

De rechtspraak in balans



De rechtspraak in balans

Een onderzoek naar de rol van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen in het kader van de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland

E. Mak

ISBN: 978-90-5850-330-5

Illustratie omslag:

'Raised aloft on a column, a brazen statue of Justice';

illustratie van Frank Dicksee A.R.A. bij Henry Wadsworth Longfellow's

'Evangeline: A Tale of Acadie' (ca. 1880):

'Once in an ancient city, whose name I no longer remember,
Raised aloft on a column, a brazen statue of Justice
Stood in the public square, upholding the scales in its left hand,
And in its right a sword, as an emblem that justice presided
Over the laws of the land, and the hearts and homes of the people.'

Uitgever: Willem-Jan van der Wolf
 René van der Wolf

Dit boek is een uitgave van:


Postbus 31051
6503 CB Nijmegen
www.wlp.biz
wlp@hetnet.nl

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, door fotokopieën, opnamen of op enig andere manier, zonder voorafgaande toestemming van de auteur en de uitgever.

Voor het opnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

© 2007 /E. Mak

De rechtspraak in balans

Een onderzoek naar de rol van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen in het kader van de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland

L'équilibre de l'organisation juridictionnelle
Une recherche sur le rôle des principes de l'État de droit classique et du « new public management » dans le cadre de l'organisation juridictionnelle aux Pays-Bas, en France et en Allemagne

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de rector magnificus
prof.dr. S.W.J. Lamberts
en volgens besluit van het College voor Promoties.
De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 24 januari 2008 om 13.30 uur
door

Elaine Mak

geboren te Rotterdam



Promotiecommissie

Promotor:

Prof.mr. M.A. Loth

Overige leden:

Prof.mr. R. de Lange

Prof.dr.dr. O. Pfersmann

Prof.mr. W.M.E. Thomassen

‘Le droit cesse d’être, il est en devenir permanent. En définitive, la force d’un droit
pourrait résider dans sa plasticité, dans son aptitude à évoluer,
à s’adapter aux nécessités économiques et sociales.’

-- Guy Canivet
Tulane Law Review 2005, p. 225

WOORD VOORAF

Dit boek had niet voltooid kunnen worden zonder de steun, het vertrouwen en het luisterend oor van collega's, vrienden en familie. Op deze plaats wil ik diegenen bedanken die op enigerlei wijze hebben bijgedragen aan de totstandkoming van dit proefschrift.

Een woord van dank allereerst aan mijn promotor, Marc Loth, voor de fantastische begeleiding en de prettige samenwerking. Het geschonken vertrouwen, de inspirerende gesprekken, het enthousiasme en de kritische blik waarmee hij mijn stukken heeft gelezen en van commentaar voorzien, hebben geholpen om het beste in mij naar boven te halen.

Merci, ensuite, à mon « directeur parisien », M. le Professeur Otto Pfersmann. Son excellence académique combinée à l'érudition et à la gentillesse m'ont apportées des éléments inestimables dans le cadre de mon éducation scientifique et académique. Sa volonté d'être impliqué dans ce travail de thèse me touche et m'oblige.

Onmisbaar voor de voltooiing van dit boek waren de steun, vriendschap en collegialiteit die ik ben tegengekomen op de plaatsen waar het onderzoek heeft plaatsgevonden. In Rotterdam noem ik in het bijzonder de collega's van de sectie Inleiding en van de capgroep ARW, en de promovendi. Dank aan het bestuur van de Erasmus PhD Association Rotterdam en aan de Cubic!-redactie voor de bredere kijk op het promovendibestaan en voor veel gezellige momenten. Dank aan de OMV en de meiden van het PhD seminar organising committee voor de goede samenwerking, de gezelligheid en een geweldig congres.

Partir, c'est mourir un peu. Malgré la distance, on n'a heureusement pas perdu le contact. Merci à mes amis parisiens, surtout à Vanessa Barbé, à Yoan Vilain (qui est aussi devenu un ami berlinois) et à la famille Jafari, pour l'amitié, l'hospitalité et les revoirs toujours chaleureux.

De afronding van dit proefschrift is voor een groot deel gerealiseerd in Berlijn. Vielen Dank an Prof. Ingolf Pernice, an die Koordinatoren des Graduiertenkollegs 'Verfassung jenseits des Staates' Daniel Thym und Julia Oelschläger, an die Kollegiaten, und an die neuen Freunde, für eine sehr schöne Zeit.

Dank aan mijn vrienden en vriendinnen voor de nodige ontspannende en gezellige momenten buiten de universiteit.

Tot slot, dank aan mijn familie, in het bijzonder mijn ouders en mijn zussen Chantal en Vanessa, voor hun onvoorwaardelijke liefde en steun.

Dit onderzoek is deels gerealiseerd met financiële steun van NWO (korte reisbeurzen in verband met verblijven in Frankrijk en Duitsland). Dank aan Vanessa Barbé en Vanessa Mak voor de correctie van de Franse en Engelse samenvattingen.

Rotterdam, 22 augustus 2007

Verkorte inhoudsopgave

Inleiding

Op zoek naar een balans: een nieuw perspectief op uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie 1

Deel I

De balans in beeld: een theoretisch kader voor de organisatie van de rechtspraak 21

Hoofdstuk 1

De rechtspraak in context: een samenspel van uitgangspunten uit twee paradigma's 23

Hoofdstuk 2

De rechtspraak in een constitutioneel kader: de juridische ordening van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie 53

Hoofdstuk 3

De rechtspraak in balans: een verklaringsmodel voor het evenwicht van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie 95
Conclusie van Deel I

Deel II

De balans in beweging: een analyse van dilemma's betreffende de rechterlijke organisatie in het licht van constitutionele beginselen 115

Hoofdstuk 4

De constitutionele kern van de rechterlijke activiteit: een afbakening van het domein van de rechter 117

Hoofdstuk 5

Het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie: nieuwe organisatievormen belicht 185

Hoofdstuk 6

De verdeling van rechtsmacht: constitutionele mogelijkheden tot specialisatie van gerechten en van rechters 229
Conclusie van Deel II

Conclusie

Dichter bij een balans: effecten en mogelijkheden van een nieuwe classificatie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie 311

INLEIDING

Op zoek naar een balans: een nieuw perspectief op uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie

1 Ter introductie: drie dilemma's betreffende de rechterlijke organisatie in Nederland

Sinds 1 april 2007 bestaat in de Nederlandse rechtspraak een nieuwe methode van conflictafdoening: naast een schikking of een rechterlijke beslissing kan de afdoening van een aangespannen zaak uitmonden in een doorverwijzing naar mediation.¹ De invoering van deze methode van conflictafdoening past in de tendens tot bevordering van alternatieve geschilbeslechting (ADR), een tendens die wordt gevoed door de politieke wens van 'dejuridisering' van de geschilbeslechting en het bevorderen van de eigen verantwoordelijkheid van de burger bij de oplossing van zijn conflicten.² Andere motieven die ten grondslag liggen aan de bevordering van ADR betreffen de wens om conflicten op de kwalitatief beste of meest effectieve wijze af te doen, de wens om tegemoet te komen aan de maatschappelijke behoefte aan een meer pluriforme toegang tot het recht, en de wens om de druk op de rechtspraak te verminderen.³ De mogelijke consequenties van de nieuwe regeling roepen vragen op in het licht van de uitgangspunten van de 'rechterlijke organisatie'⁴ in Nederland zoals die tot uitdrukking zijn gebracht in de grondwettelijke regeling van de rechtspraak en de daarop gebaseerde lagere regelgeving. In hoeverre gaan 'dejuridisering' en bevordering van 'kwaliteit' en 'effectiviteit' van de rechtspraak samen met het grondwettelijke uitgangspunt van toegang tot een 'onafhankelijke' rechter? In hoeverre moet worden toegegeven aan de huidige nadruk op 'dejuridisering' en 'effectiviteit' van de rechtspraak zonder dat klassieke uitgangspunten van de rechterlijke organisatie in gevaar komen? Hoe reëel is bijvoorbeeld het gevaar van oneigenlijk gebruik van de doorverwijzingsvoorziening

¹ Zie <http://www.rechtspraak.nl/naar+de+rechter/mediation+naast+rechtspraak/>.

² Vgl. Brummelhuis & Pel 2007, p. 13, en *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 352, nr. 19.

³ *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 352, nr. 19. Vgl. Brummelhuis & Pel 2007, p. 13.

⁴ Het concept 'organisatie' kan vanuit verschillende perspectieven worden bekeken. *Van Dale Hedendaags Nederlands* geeft als definities: '1. het organiseren; 2. wijze waarop iets is georganiseerd (inrichting, ordening, organisme); 3. groep personen met een bepaald doel of een bepaalde functie.' De 'rechterlijke organisatie' of 'organisatie van gerechten' kan op basis van deze opsomming worden gedefinieerd als: 1. het organiseren van de rechters en de gerechten; 2. de wijze waarop de rechters en de gerechten zijn georganiseerd; 3. een groep personen, de rechters, met een bepaald doel of een bepaalde functie, de rechtspraak of geschillenbeslechting. In dit onderzoek wordt het begrip 'rechterlijke organisatie' afwisselend in één van deze betekenissen gebruikt, waarbij uit de context duidelijk wordt welke betekenis is bedoeld.

door de rechter, waarvan sprake zou zijn indien zaken naar mediation worden afgeschoven enkel en alleen ter verlichting van de werkdruk binnen de gerechten?

Dilemma's doen zich niet alleen voor op het niveau van de functie-uitoefening door de rechter, maar ook op het niveau van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie. In de Nederlandse rechtsorde is met de instelling van de Raad voor de rechtspraak een organisatorische hiërarchie gecreëerd binnen de rechterlijke organisatie. Onderdeel van de nieuwe regeling in de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) is de mogelijkheid voor de minister van Justitie, de Raad voor de rechtspraak en de gerechtsbesturen om aanwijzingen te geven met het oog op een goede bedrijfsvoering van de gerechten.⁵ De nieuwe regeling, die in het teken staat van de vergroting van de 'efficiëntie' van de rechterlijke organisatie, roept wederom vragen op in het licht van de grondwettelijke uitgangspunten van de Nederlandse rechterlijke organisatie. Welke voor- en nadelen zijn verbonden aan de hervorming van het financieringsstelsel voor de rechterlijke organisatie? Hoe staat de aanwijzingsbevoegdheid met het oog op een 'goede bedrijfsvoering' van de gerechten in verhouding tot de waarborg van de onafhankelijkheid van de rechter die oordeelt in een concreet geval?

Een laatste categorie van vragen betreft de verdeling van rechtsmacht over de gerechten die deel uitmaken van de rechterlijke organisatie. In Nederland hebben specialisatie en concentratie van rechtspraak een hoge vlucht genomen. 'Specialisatie' betreft de arbeidsverdeling waarbij rechters zich toeleggen op de afhandeling van zaken op een deelgebied van de rechtspraak. In Nederland is de inzet van gespecialiseerde rechters de afgelopen jaren gestimuleerd, onder andere door de wettelijke aanwijzing van rechtbankrechters en raadsheren bij de gerechtshoven als rechter-plaatsvervanger of raadsheer-plaatsvervanger in andere gerechten van gelijke rang.⁶ De mogelijkheid tot overheveling van zaakspakketten tussen gerechten op basis van het Besluit nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen (Bnn)⁷ geeft een tweede impuls aan de ontwikkeling van gespecialiseerde kennis binnen de Nederlandse rechtsprekende macht. 'Concentratie' van rechtspraak betreft de situatie waarbij, op basis van een wettelijke regeling of van afspraken tussen gerechten, een of een aantal gerechten op het grondgebied van de Staat exclusief bevoegd wordt/worden verklaard voor de afhandeling van een bepaalde categorie van zaken.⁸ Voorbeelden van wettelijke concentratie zijn de bevoegdheid van de Amsterdamse Ondernemingskamer voor de behandeling van zaken op het gebied van het ondernemingsrecht en de bevoegdheid van de rechtbank in Den Haag voor de behandeling van zaken op het gebied van het intellectuele eigendomsrecht. Concentratie op basis van afspraken tussen gerechten kan worden gerealiseerd door middel van overheveling van zaakspakketten op basis van de regeling van het Bnn. De overwegingen die ten grondslag liggen aan de invoering van maatregelen van specialisatie en concentratie zien in het bijzonder op de deskundige en tijdige afdoening van zaken; zij staan in het teken van 'kwaliteit', 'effectiviteit' en 'efficiëntie'. Ook met betrekking tot de

⁵ Artikelen 24 lid 1, 92 lid 1 en 93 lid 1 RO.

⁶ Artikelen 40 lid 2 en 58 lid 2 RO.

⁷ *Stb.* 2001, 616.

⁸ Vgl. Hartendorp 2003, p. 3.

verdeling van rechtsmacht rijst de vraag hoe de recente moderniseringstendenzen kunnen worden gerijmd met de grondwettelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. Zijn rechterlijke ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ voldoende gewaarborgd in een systeem dat op flexibele wijze omspringt met de verdeling van zaken en de inzet van rechters binnen de rechterlijke organisatie? In hoeverre ligt het gevaar op de loer van misbruik van de mogelijkheden van overheveling van zaakspakketten en inzet van rechters in verschillende gerechten, bijvoorbeeld met het doel een bepaalde rechter op een zaak te zetten of juist van een zaak af te houden? Hoe denkbeeldig is het risico van partijdige rechtspraak in een gespecialiseerde setting waarin een kleine groep van professionals (rechters, advocaten) en partijen elkaar tegenkomt?

De drie geschetste dilemma’s geven aanleiding tot een nieuwe bestudering van de uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in Nederland, en – in een breder perspectief – in moderne rechtsordes die zijn vormgegeven volgens het model van de ‘rechtsstaat’. Centraal staat de vraag hoe voor een specifieke rechtsorde op een specifiek moment een balans kan worden gevonden tussen klassieke grondwettelijke waarborgen die zien op de regulering van macht in de ‘rechtsstaat’ en uitgangspunten die meer recent in de aandacht zijn gekomen van beleidsmakers en samenleving en die betrekking hebben op de realisatie van een ‘optimaal’ functionerende staatsorganisatie en – als onderdeel daarvan – een ‘optimaal’ functionerende rechterlijke organisatie. De bestudering van die vraag wordt in dit onderzoek niet alleen aangevat met de bedoeling om meer duidelijkheid te verkrijgen over de oplossing van dilemma’s betreffende de rechterlijke organisatie, maar tevens met de bedoeling om de premissen voor de discussie uit te kristalliseren. Deze insteek vraagt om een nadere toelichting.

2 De probleemstelling

Aanleiding voor het onderhavige onderzoek zijn de genoemde recente tendensen in de Nederlandse rechterlijke organisatie en in het bijzonder de politieke, maatschappelijke en (rechts)wetenschappelijke discussie hierover.⁹ De ontwikkeling in Nederland staat echter niet op zichzelf. Ook in buurlanden als Frankrijk en Duitsland staat modernisering van de rechterlijke organisatie hoog op de politieke en maatschappelijke agenda.¹⁰ Moderniseringsoperaties staan in het teken van een herwaardering van de afbakening van het ‘rechterlijke domein’, van de organisatie van het beheer en bestuur van de rechtspraak en van de verdeling van rechtsmacht op het grondgebied van de Staat. De motor

⁹ Zie bijvoorbeeld met betrekking tot ‘specialisatie’ in de rechterlijke organisatie Hol & Loth 2002; Langbroek & Fabri 2004; Langbroek & Fabri 2006; Kroeze 2007. Een kritisch geluid komt onder andere van Bovend’Eert 2006. Zie in meer detail *infra*, hoofdstuk 6.

¹⁰ Zie met betrekking tot Frankrijk bijvoorbeeld Cointat 2002 en – naar aanleiding van de invoering van de *Loi du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF)* – Jean & Pauliat 2006. In de doctrine zijn beschouwingen over de rol van de rechtspraak in de hedendaagse Franse rechtsorde onder meer te vinden bij Foyer et al 2000 en Perrot et al 1996. Wat betreft de discussie over de modernisering van de rechterlijke organisatie in Duitsland, zie Hoffmann-Riem 1998; Hoffmann-Riem 2000; Caesar 1999; Krix 2002.

voor die veranderingen is de kritiek die van verschillende kanten wordt geleverd op de huidige rechterlijke organisatie. Voor de mondige burger is de rechterlijke organisatie een ondoorzichtig systeem, waarin de beslechting van een geschil doorgaans lang op zich laat wachten. De rechter komt onder druk te staan om ondanks een stijgende zaaklast en complexiteit van zaken tijdige, deskundige en naar behoren gemotiveerde beslissingen af te leveren. De wetgever dient de belangen en behoeften van burger en rechter om te zetten in regelgeving die past binnen het bestaande kader van rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. De gesignaleerde kritiek impliceert dat de bestaande organisatie van de rechtspraak niet voldoet aan de eisen die in het huidige tijdsgewricht aan de overheidsorganisatie worden gesteld. Voor het behoud van de legitimiteit van de rechtspraak dienen de uitgangspunten van de rechtsstaat opnieuw in kaart te worden gebracht en voor de huidige sociale orde te worden geoperationaliseerd.

De discussie in dit verband wordt gecompliceerd door een nog onvoldoende bestudeerd verschil in uitgangspositie van deelnemers aan het debat. In een klassiek-rechtsstatelijk discours worden de gesignaleerde tendensen als zorgwekkend ervaren. Gevreesd wordt voor de waarborg van de ‘onafhankelijkheid’ van de rechter. Hermans bijvoorbeeld erkent de nadruk die in de discussie is komen te liggen op de versterking van het management van de rechterlijke organisatie, maar waarschuwt dat de primaire functie van de rechtspraak niet uit het oog mag worden verloren: ‘het management is er ter ondersteuning van de rechterlijke werkzaamheden en niet andersom’.¹¹ In reactie op Barendrecht’s pleidooi voor een ‘klantgerichte rechtsstaat’¹² benadrukt Nieuwenhuis de ‘kern van de rechtsstaat’ die tot uitdrukking komt in het adagium ‘(m)ajority rule, minority rights; (...) de onvertaalbare wapenspreuk van de democratische rechtsstaat’.¹³ Kort gezegd staat deze stroming in de discussie afwijzend tegenover vernieuwingen in de rechterlijke organisatie die een ander doel dienen dan de waarborg van de rechterlijke ‘onafhankelijkheid’ in het licht van de regulering van macht in de Staat.¹⁴

Tegenover dit klassiek-rechtsstatelijke discours staat een ‘new public management’-discours, waarin overwegend positief wordt geoordeeld over voorgestelde maatregelen ter modernisering van de rechterlijke organisatie. Uitgangspunt is ook in dit discours dat ‘(b)ij alle initiatieven ten behoeve van het verbeteren van de doelmatigheid (...) de grenzen die de rechtsstaat daaraan stelt in het oog (dienen) te worden gehouden’.¹⁵ Tegen die achtergrond wordt ervoor gepleit om ‘de klassieke kern van de rechtsstaat aan te pakken’.¹⁶ Die kern krijgt in het ‘new public management’-discours een nieuwe invulling, waarbij ‘klantgerichtheid’ en het vinden van ‘eenvoudige oplossingen voor zoveel mogelijk mensen’¹⁷ voorop staan. De klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de

¹¹ Hermans 2004, p. 17.

¹² Barendrecht 2004.

¹³ Nieuwenhuis 2004.

¹⁴ Zie naast de genoemde literatuur Bovend’Eert 2003; Bovend’Eert 2001.

¹⁵ Bauw & Van Dijk 2003.

¹⁶ Barendrecht 2004.

¹⁷ Barendrecht 2004.

rechterlijke organisatie worden gezien als een verworvenheid van de moderne ‘rechtsstaat’. Een vergroting van de legitimiteit van de rechterlijke organisatie wordt volgens de ‘new public management’-stroming geacht voort te vloeien uit de invoering van maatregelen ter vergroting van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechterlijke organisatie in het licht van de realisatie van een ‘optimaal’ functionerende staatsorganisatie.¹⁸

Met de opkomst van het ‘new public management’-discours is de discussie betreffende de rechterlijke organisatie in een nieuw perspectief komen te staan. Fricities ontstaan in dit nieuwe perspectief op grond van onduidelijkheden met betrekking tot de verhouding tussen de verschillende typen van argumenten die een rol spelen in de discussie. In sommige gevallen hebben klassiek-rechtsstatelijke argumenten en ‘new public management’-argumenten een positieve uitwerking op elkaar: zij vullen elkaar aan of zij versterken elkaar. Nastreving van het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt van rechtseenheid door middel van gelijke beslissingen in gelijke gevallen gaat, vanwege een verminderd gebruik van het rechtsmiddel van hoger beroep, gelijk op met nastreving van ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechterlijke organisatie. In andere gevallen komen argumenten uit de twee discoursen met elkaar in botsing. Een beheers- en bestuursstructuur voor de rechtspraak waarin rechtseenheid en rechtsgelijkheid worden gerealiseerd door middel van ‘richtlijnen’ voor de rechtspraak in specifieke categorieën van zaken roept een risico in het leven voor de waarborg van de ‘onafhankelijkheid’ van de individuele rechter. Niet duidelijk is in die gevallen van botsing welk argument op juridische gronden doorslaggevend is. Welke oplossingen of oplossingsrichtingen worden voorgeschreven door de rechtsbronnen die normen geven voor de rechterlijke organisatie in de ‘rechtsstaat’? De beantwoording van die vraag is relevant met het oog op de verklaring van de grenzen die constitutionele bepalingen in het rechtssysteem van Nederland, en in andere moderne ‘rechtsstaten’ zoals Frankrijk en Duitsland, stellen aan de mogelijkheden voor regelgevers voor de rechterlijke organisatie (wetgever, lagere regelgever, rechterlijke macht) om specifieke oplossingen voor de rechterlijke organisatie in te voeren, en met het oog op een eventuele bekritisering van die grenzen. Als hypothese kan worden aangenomen dat de regelgever voor de rechterlijke organisatie streeft naar synchronisatie van het formeel-constitutionele kader van geschreven bepalingen (de Constitutie, die ‘Grondwet’ kan heten maar ook bijvoorbeeld ‘*Constitution*’ of ‘*Grundgesetz*’) met het materieel-constitutionele kader van normen die de productie van nieuwe normen in het rechtssysteem beheersen (waartoe – zoals wij zullen zien – de uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie behoren).¹⁹ De vraag rijst in hoeverre uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het nieuwe perspectief van het ‘new public management’-discours in evenwicht kunnen worden gebracht in de juridische discussie betreffende de rechterlijke organisatie.

¹⁸ Zie naast de genoemde literatuur Van Delden, Bauw & Van Dijk 2007.

¹⁹ Ten aanzien van de definities van ‘materieel-constitutionele’ normen en ‘formeel-constitutionele’ normen, zie verder *infra*, par. 2.1.1.

De probleemstelling van het onderzoek kan nu preciezer worden geformuleerd. Centraal in het onderzoek staat de vraag hoe klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie geïnclassificeerd worden in een constitutioneel afwegingskader voor de realisatie van een maximaal legitieme rechterlijke organisatie in hedendaagse ‘rechtsstaten’ en welke implicaties die classificatie van uitgangspunten heeft voor de mogelijkheden tot invoering van specifieke oplossingen voor de rechterlijke organisatie in moderne ‘rechtsstaten’. De beantwoording van die vraag zal worden aangevat door middel van de ontwikkeling van een verklaringsmodel aan de hand waarvan dilemma’s betreffende de rechterlijke organisatie in Nederland en in de andere voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen kunnen worden bestudeerd.

Onderliggende vragen waarvan de beantwoording van belang is voor de beantwoording van de hoofdvraag, zijn van tweeërlei aard. In de eerste plaats is voor de ontwikkeling van het verklaringsmodel een analyse van theoretisch aard vereist. Die analyse valt uiteen in drie stappen:

- inventarisatie van paradigma’s²⁰ die een rol spelen bij de zoektocht naar oplossingen voor de rechterlijke organisatie in de onderzochte ‘rechtsstaten’ en van de implicaties van die paradigma’s met betrekking tot de materieel-constitutionele status van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie;
- bestudering van de vertaling van materieel-constitutionele beginselen in een formeel-constitutioneel kader voor normstelling betreffende de rechterlijke organisatie, door middel van een analyse van de wijze van integratie van ‘beginselen’ in het formeel-constitutionele kader en van de invloedsfactoren op dit proces in de drie onderzochte rechtssystemen;
- ontwikkeling van een verklaringsmodel betreffende de afweging van materieel-constitutionele beginselen met of zonder uitdrukkelijke formeel-constitutionele status in de zoektocht naar een maximaal legitieme organisatie van de rechtspraak in de drie onderzochte rechtssystemen.

Een tweede serie vragen betreft de operationalisering van het aldus ontwikkelde verklaringsmodel voor een aantal dilemma’s betreffende de rechterlijke organisatie in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen. Het onderzoek in dit verband omvat de volgende stappen:

- inventarisatie van de dilemma’s die op het constitutionele niveau een rol spelen bij de rechterlijke organisatie in de drie rechtssystemen, door middel van een analyse van de ‘constitutionalisering’ – dat wil zeggen: opname in het formeel-constitutionele kader²¹ – van elementen die behoren tot het normstellingsgebied betreffende de rechterlijke organisatie;
- inventarisatie van de beginselen die in de drie rechtssystemen een rol spelen bij de oplossing van de geschetste dilemma’s, door middel van een onderzoek van de neerslag van uitgangspunten van klassiek-rechtsstatelijke aard en uitgangspunten met

²⁰ Een nadere uitleg ten aanzien van het gebruik van het concept ‘paradigma’ in het onderzoek volgt *infra*, par. 1.1.1.

²¹ Vgl. *infra*, par. 2.1.

een ‘new public management’-karakter in de materiële en formele Constituties tegen de achtergrond van de ontwikkeling van legitimiteitseisen voor de rechterlijke organisatie in de historische en hedendaagse context van elk van de onderzochte rechtssystemen;

- formulering van aanbevelingen en grenzen voor de afweging van beginselen in het licht van de onderzochte dilemma’s, door middel van een onderzoek van de wijze waarop de beginselen die een rol spelen in de hedendaagse debatten betreffende de modernisering van de rechterlijke organisatie in de onderzochte rechtssystemen elkaar aanvullen of versterken dan wel met elkaar botsen.

De twee exercities van conceptualisering en operationalisering van een verklaringsmodel tonen hoe uitgangspunten met verschillende achtergronden in de materieel-constitutionele en formeel-constitutionele kaders van de onderzochte rechtssystemen geïnclassificeerd worden voor afweging in het licht van de zoektocht naar oplossingen voor een maximaal legitieme rechterlijke organisatie voor een gegeven moment. Op grond van paradigma-afhankelijke ‘materiële constitutionaliteit’ en historisch gegroeide ‘formele constitutionaliteit’ spelen specifieke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie een rol in het afwegingskader van beginselen voor de rechterlijke organisatie in de drie voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen. Door het in kaart brengen van dit afwegingskader wordt de mogelijkheid geschapen om aanbevelingen te doen en grenzen aan te wijzen met het oog op de afweging van oplossingen voor de rechterlijke organisatie betreffende de onderzochte dilemma’s die spelen in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

3 De relevantie van het onderzoek

De gepresenteerde vraagstelling betreft een problematiek die vanuit de hier gekozen invalshoek voor het onderzoek nog geen onderwerp heeft gevormd van uitgebreide studie. Wat betreft de rechterlijke organisatie in verschillende rechtssystemen en de interactie in dit verband tussen de verschillende normstellers in moderne ‘rechtsstaten’ is veel literatuur voorhanden. Tot de belangrijkste publicaties die in het onderhavige onderzoek worden bestudeerd, behoren de onderzoeken over gerechten en over constitutionele rechtspraak van Alec Stone Sweet, Martin Shapiro en Thierry S. Renoux.²² Met betrekking tot de component van het onderzoek die ziet op de invloed van artikel 6 lid 1 EVRM op de rechterlijke organisatie, vormt het proefschrift van Martin Kuijer een belangrijke bron van informatie.²³ De rol van Raden voor de rechtspraak bij het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie is in Europees verband onderzocht door Wim Voermans.²⁴ De verdeling van rechtsmacht en de tendens van ‘specialisatie’ in de rechterlijke organisatie zijn onderwerp van onderzoek geweest voor onder andere

²² Stone Sweet 2000; Shapiro 1981; Renoux 1984.

²³ Kuijer 2004.

²⁴ Voermans 1999.

Philip M. Langbroek en Marco Fabri en – wat betreft de Nederlandse rechterlijke organisatie – Ton Hol en Marc Loth.²⁵

Het onderscheid van verschillende discoursen voor de discussie over de rechtspraak is, met betrekking tot de rol van de rechter, onder de aandacht gebracht door Arie-Jan Kwak.²⁶ Kwak onderscheidt vier dimensies van het ideaaltype van de ‘meervoudige rechter’. De ‘gezaghebbende’ rechter belichaamt de normen, waarden en aspiraties van de samenleving. Hij spreekt recht vanuit een ‘ivoren toren’.²⁷ In een moderne samenleving waarin normen niet zonder meer gemeenschappelijk zijn, groeit de vraag naar rechtspraak door een ‘neutrale’ rechter die op basis van formele rechtsregels – een ‘glazen huis’²⁸ – het handelen van de burger op een doorzichtige en controleerbare wijze toetst aan het objectieve recht. Een tegenwicht aan het ‘formalisme’ dat met deze dimensie samenhangt, wordt gevormd door de rol van de ‘efficiënte’ rechter. De rechtspraak wordt dan opgevat als een ‘(quasi-)markt’, waar de rechter ‘responsief, flexibel, doelgericht en kostenbewust’ de burgers als ‘klanten’ van de rechtspraak bedient.²⁹ Om het hoofd te bieden aan het met deze pragmatische instelling samenhangende gevaar van opportunisme, wordt van de rechter tot slot een ‘coöperatieve’ attitude gevraagd. In een ‘forum’ wordt de burger betrokken bij de vormgeving van de samenleving en het recht, terwijl de rechter optreedt als ‘partner’ van de burger bij de beslechting van geschillen en de vormgeving van de rechtsorde.³⁰ Met de bezwering van het gevaar van te vergaand relativisme, door aanknopng bij de vraag om gezag van het recht, is de cirkel rond en verschijnt het beeld van de ‘meervoudige rechter’.³¹ De door Kwak onderscheiden rechterbeelden kunnen worden getransponeerd naar de twee discoursen betreffende de rechterlijke organisatie. ‘Gezag’, ‘neutraliteit’ en ‘samenwerking’ zijn verbonden met klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten van binding aan het recht (‘legaliteit’), rechterlijke ‘onafhankelijkheid’ en ‘democratie’. ‘Efficiëntie’ komt voort uit een ander perspectief, waarin de focus ligt op ‘de optimale inzet van de middelen in dienst van de concrete belangen en behoeften van de burgers’.³² Kwak’s uitkristallisering van verschillende dimensies voor de discussie over de rechtspraak geeft een bruikbare aanzet voor de conceptualisering van uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de argumenten die naar voren zijn gebracht in de hierboven genoemde discussie met betrekking tot de rechterlijke organisatie in Nederland en in de verwante rechtssystemen van Frankrijk en Duitsland.

Met betrekking tot onderzoek naar de verdeling van rechtsmacht en andere organisatorische vraagstukken betreffende de rechtspraak valt op dat analyses in dit verband tot nu toe voornamelijk vanuit een beleidsperspectief hebben plaatsgevonden.

²⁵ Langbroek & Fabri 2004; Langbroek & Fabri 2006; Hol & Loth 2002.

²⁶ Kwak 2005; Kwak 2006.

²⁷ Kwak 2006, p. 14.

²⁸ Kwak 2006, p. 25.

²⁹ Kwak 2006, pp. 37 en 59.

³⁰ Kwak 2006, pp. 51 en 59.

³¹ Kwak 2006, p. 60.

³² Kwak 2006, p. 36.

Zo heeft de Nederlandse Raad voor de rechtspraak een model ontwikkeld ter bepaling van gevallen waarin gekozen kan worden voor concentratie van rechtspraak.³³ Bij het WODC is een studie van Carolien Klein Haarhuis verschenen, waarin een aanzet wordt gegeven voor de ontwikkeling van een conceptueel kader voor de spreiding van rechtspraak. Dit onderzoek is gebaseerd op een verkenning van inzichten uit onderwijs en zorg.³⁴ Het conceptuele kader dat Klein Haarhuis schetst, neemt als uitgangspunt een aantal doelstellingen, welke een rol spelen bij de spreiding van rechtspraak. Op grond van de vergelijking met de organisatie van onderwijs en zorg komen de volgende spreidingsdoelstellingen naar voren:

- toegankelijkheid, te bereiken via betaalbaarheid, bereikbaarheid (evenwichtige spreiding), keuzevrijheid, tijdigheid, gelijke toegang voor alle rechtzoekenden;
- kwaliteit, te bereiken via vraaggerichtheid, transparantie (concreet: informatievoorziening, kwaliteitssystemen, prestatie-indicatoren), specialisatie;
- doelmatigheid, te bereiken via technische doelmatigheid (concreet: prestatie-indicatoren, toesnijden op type zaak), macro-doelmatigheid (concreet: mate van aansluiting op politieke en justitiële organisatie), allocatieve doelmatigheid, dynamische doelmatigheid (concreet: professionalisering van informatievoorziening), en beheerste ontwikkeling van macro-kosten (concreet: wanneer ‘recht op rechtspraak’? beoordeling op grond van financiering, kabinetsbeleid, prestatie-indicatoren).³⁵

Klein Haarhuis analyseert die doelstellingen vanuit de verschillende perspectieven van de burger, het gerecht, en de overheid in de vorm van de ministeries van Justitie en Financiën en de Raad voor de rechtspraak.³⁶ Zij stelt dat ‘de uiteindelijke keuze voor een specifiek spreidingsmodel (afhangt) van welke gewichten worden toegekend aan de verschillende doelstellingen’.³⁷ Wat opvalt, is dat Klein Haarhuis de klassieke beginselen van de ‘rechtsstaat’ buiten het kader van de analyse houdt. De nadruk van haar onderzoek ligt op de vaststelling van een model voor de afweging van verschillende ‘new public management’-uitgangspunten voor de organisatie van de rechtspraak. De resultaten van dat onderzoek kunnen echter veel aan diepte winnen indien zij worden geplaatst in het kader van de nieuwe classificatie van uitgangspunten uit het klassiek-rechtsstatelijke discours.

Door Gar Yein Ng is een belangrijke aanzet gegeven voor de bestudering van vraagstukken die zich in dit verband voordoen. Zij heeft een empirisch onderzoek uitgevoerd naar de rechterlijke organisatie in Nederland en in Frankrijk. Doel van het onderzoek was te bepalen in hoeverre ‘kwaliteitseisen’ voor de rechterlijke organisatie verenigbaar zijn met de constitutionele beginselen in een systeem van *‘checks and*

³³ RvdR 2004. Zie in dit verband ook Hartendorp 2003.

³⁴ Klein Haarhuis 2005. Vgl. Klein Haarhuis & Niemeijer 2006b.

³⁵ Klein Haarhuis 2005, pp. 53-57.

³⁶ Klein Haarhuis 2005, p. 11.

³⁷ Klein Haarhuis 2005, p. 61.

balances'.³⁸ In haar proefschrift bespreekt Ng 'de verantwoording voor effectieve rechtspraak en hoe dit zou moeten worden georganiseerd binnen het principe van *checks and balances*. Centraal bij deze vraag staat de rol die de rechterlijke macht zou moeten spelen en hoe deze ter verantwoording kan worden geroepen voor de organisatie, zonder dat dit de rechterlijke onafhankelijkheid in het beslissen van zaken aantast.'³⁹ Naar aanleiding van interviews met betrokkenen bij de rechtspraak komt Ng tot de conclusie dat de operationalisering van 'rechterlijke onafhankelijkheid' en de operationalisering van kwaliteitstheorieën niet 'incompatibel' lijken te zijn in de constitutionele systemen van Nederland en Frankrijk.⁴⁰ De vervolgvraag die zij opwerpt betreft enerzijds de vraag welke rol kwaliteitsnormen en –criteria moeten spelen in het kader van '*checks and balances*' en anderzijds de vraag in hoeverre sprake is van compatibiliteit van 'rechterlijke onafhankelijkheid' en kwaliteitsnormen.⁴¹

De insteek van het onderzoek van Ng en haar keuze voor een empirische onderzoeksmethode leveren een helder inzicht op in de werking van mechanismen voor 'kwaliteitsbewaking' in de rechterlijke organisatie en de praktische inbedding van 'kwaliteitseisen' in de op de traditionele beginselen van '*checks and balances*' georiënteerde rechterlijke organisaties van Nederland en Frankrijk. Het onderzoek van Ng geeft echter onvoldoende inzicht in de rechtstheoretische aspecten betreffende de constitutionele integratie van 'new public management'-uitgangspunten in het licht van het veranderde perspectief op uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. De ontwikkeling van een theoretisch verklaringsmodel voor de inbedding van 'new public management'-beginselen in constitutionele systemen die zijn gegrond op klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten is noodzakelijk om duidelijk te maken hoe de twee typen van uitgangspunten op elkaar inwerken bij de uitwisseling van argumenten in de moderniseringsdebatten. Hoe zijn uitgangspunten voor de organisatie van de rechtspraak in constitutionele regelingen voor de rechterlijke organisatie ingebed, en hoe kunnen nieuwe uitgangspunten in dat stelsel van constitutionele normen worden geïntroduceerd? Welke afweging vloeit uit het constitutionele kader voort ten aanzien van het evenwicht tussen klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de organisatie van de rechtspraak en 'new public management'-uitgangspunten? Is de verhouding tussen de twee typen van uitgangspunten er één van complementariteit – zoals Ng op basis van empirische gegevens stelt – of brengt een rechtstheoretische analyse (tevens) een spanningsverhouding aan het licht?

De hoop is om met het huidige onderzoek een nieuwe dimensie toe te voegen aan de aangestipte onderzoeken. De resultaten van het proces van 'inkaartbrenging' (*'mapping'*) van het constitutionele kader voor de discussie betreffende de rechterlijke organisatie kunnen als basis dienen voor een proces van bekritisering (*'criticism'*) van de wijze van discussie en op die manier het motief en het perspectief geven voor de verdere

³⁸ Ng 2007. Ten aanzien van de invloed van het beginsel van 'efficiëntie' in de rechtspraak, vgl. Fix-Fierro 2003.

³⁹ Ng 2007, p. 398.

⁴⁰ Ng 2007, p. 391.

⁴¹ Ng 2007, p. 391.

structurering van die discussie in de onderzochte rechtssystemen.⁴² Alvorens aan te vangen met de analyse van de afgebakende onderzoeksvragen, is een reflectie op de onderzoeksmethode nodig.

4 De methode

Als methode van onderzoek is gekozen voor een rechtsvergelijkende analyse van de bronnen van juridische normen voor de organisatie van de rechtspraak in een aantal 'rechtsstaten'. De rechtsvergelijking wordt gebruikt om een verband te leggen tussen enerzijds de elementen van 'beginselen', 'constitutionalisering' en de doorwerking van internationaal recht in nationale rechtsordes, en anderzijds de keuzes voor dilemma's betreffende de organisatie van de rechtspraak in die rechtssystemen. Twee vragen dienen zich aan. In de eerste plaats moet een verantwoording plaatsvinden van de keuze van het onderzoeksperspectief. Vervolgens dient een aantal aspecten van de rechtsvergelijkende benadering uitgewerkt te worden.

- HET ONDERZOEKSPERSPECTIEF

Getracht wordt om de verhouding tussen verschillende typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie en op die uitgangspunten gebaseerde argumenten te verhelderen. In die zin sluit het onderzoeksperspectief aan bij de exercitie van 't Hart in zijn *Openbaar ministerie en rechtshandhaving*.⁴³ Voor 't Hart vormt het feit dat 'inmiddels zoveel onduidelijkheid is ontstaan in de beleidsstukken, en (...) zoveel verschil van mening bestaat tussen de schrijvers over de vraag wat onder rechtshandhaving moet worden verstaan en welke eisen daaraan gesteld moeten worden'⁴⁴ een rechtvaardiging om op het begrip 'rechtshandhaving' en de achtergronden van dit reeds veel besproken begrip terug te komen. Een dergelijke redenering gaat ook op voor de discussie over de rechterlijke organisatie. Met het doel een zinvolle uitwisseling van argumenten te bevorderen, zullen in het onderzoek de uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in een aantal 'rechtsstaten' opnieuw worden geconceptualiseerd in het licht van de relevante paradigma's voor de discussie over de rechterlijke organisatie en worden geoperationaaliseerd om duidelijk te maken welke consequenties zijn verbonden aan de nieuwe classificatie van beginselen.

Het onderzoek heeft een rechtstheoretische en een staatsrechtelijke dimensie. Vanuit rechtstheoretisch oogpunt vormt het werk van Ronald Dworkin een belangrijk aanknopingspunt voor het onderzoek. Zijn onderzoek naar de rol van 'beginselen' in het recht⁴⁵ geeft inzicht in de status van verschillende elementen van het recht en in de wijze van interactie tussen die elementen. Uitgaande van het door Dworkin geschetste conceptuele kader kan worden vastgesteld welke status in de onderzochte rechtssystemen wordt toegekend aan de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de

⁴² Unger 1996, p. 22.

⁴³ 't Hart 1994.

⁴⁴ 't Hart 1994, p. 13.

⁴⁵ Dworkin 1977; Dworkin 1986; Dworkin 2006.

discourseen betreffende de rechterlijke organisatie.⁴⁶ In de staatsrechtelijke dimensie van het onderzoek zal vervolgens worden aangeknoopt bij de status van de onderscheiden uitgangspunten in het constitutionele recht betreffende de rechterlijke organisatie. Enerzijds omvat die exercitie een theoretische uiteenzetting van de juridische aspecten die samenhangen met de ‘constitutionalisering’ van normen en van de evolutie van het tot stand gebrachte normatieve kader van constitutionele bepalingen.⁴⁷ Anderzijds wordt een koppeling gemaakt met de discussie ten aanzien van een aantal dilemma’s betreffende de rechterlijke organisatie in de moderne ‘rechtsstaat’.⁴⁸ Met het oog op het voorgenomen onderzoek is gekozen voor een rechtsvergelijkende benadering.

- EEN RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

Een verantwoording van de keuze voor een rechtsvergelijkend onderzoek zal nu vooraf gaan aan de verantwoording van de selectie van rechtssystemen voor het onderzoek.

Motieven voor rechtsvergelijking

De keuze voor de rechtsvergelijking vloeit voort uit de te beantwoorden onderzoeksvraag. Een doel van de rechtsvergelijking bestaat erin de zwakke en sterke punten van de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen in kaart te brengen opdat van elkaar geleerd kan worden.⁴⁹ Nationale oplossingen komen immers voort uit politieke debatten en uit specifieke extrajuridische contexten die doorwerken in nationale juridische concepten maar wegvallen indien zij bestudeerd worden vanuit een rechtsvergelijkende invalshoek.⁵⁰ Om waarnemingen op het niveau van verschillende rechtssystemen te kunnen waarderen, is het nodig het onderzoek in een breder kader te plaatsen door meerdere rechtssystemen naast elkaar te leggen tegen de achtergrond van het grotere verband van ‘rechtsstaten’.⁵¹

Rechtsvergelijking is echter een activiteit die met de nodige voorzichtigheid moet worden ondernomen. John Bell, die onderzoek deed naar aspecten van de diversiteit van rechterlijke instituties in vijf Europese landen, merkt hierover op dat de verhoudingen van de rechterlijke organisatie ten opzichte van de rechtsgemeenschap, de overheidsinstituties en de samenleving in bredere zin in ieder rechtststelsel van unieke aard zijn. Om die reden, zo meent Bell, kan beargumenteerd worden of de rechterlijke organisatie

⁴⁶ Zie *infra*, hoofdstuk 1.

⁴⁷ Zie *infra*, hoofdstuk 2.

⁴⁸ Zie *infra*, Deel II.

⁴⁹ Vgl. Jaluzot 2005, pp. 46-47.

⁵⁰ Pfersmann 2001b, p. 287.

⁵¹ Vgl. Nolte 2005, p. 6. Bij de vergelijking van Europees en Amerikaans constitutionalisme dient het ruimere verband van de constitutionele Staten als achtergrond om vast te stellen of met betrekking tot Europa sprake is van de ontwikkeling van een onderscheidbare constitutionele identiteit of dat de Verenigde Staten in het kader van de constitutionele Staten opnieuw een uitzondering vormen. In dat licht wordt een vergelijking gemaakt van verschillende thema’s: de vrijheid van meningsuiting, de menselijke waardigheid, de beschermende functie van de Staat, de (constitutionele) rechtspraak, en ‘democratie’ en internationale invloeden.

in een gegeven rechtssysteem functioneert op een effectieve wijze of volgens de beweringen in de eigen context van die rechterlijke organisatie. Verdergaande rechtsvergelijkende conclusies zijn volgens Bell echter moeilijk te trekken.⁵² Mijn stellingname is op dit punt minder relativistisch. Als hypothese voor het onderzoek neem ik aan dat de ‘rechtsculturen’ van moderne westerse rechtssystemen in zo sterke mate met elkaar verbonden zijn dat fundamentele waarden voor de organisatie van de rechtspraak kunnen worden afgeleid uit het gedeelde referentiekader van de ‘rechtsstaat’ en de daarin verankerde waarden. Die gedeelde waarden kunnen worden gevonden door de rechtssystemen, op basis van een inleidende beschrijving, in de analyse direct met elkaar te confronteren.

Doel van de rechtsvergelijking is niet om aan te geven welk van de onderscheiden systemen de ‘beste’ oplossing biedt voor vraagstukken betreffende de organisatie van de rechtspraak. Het is immers twijfelachtig of via een rechtsvergelijkende analyse een ‘betere’ oplossing kan worden aangewezen voor vraagstukken betreffende de rechterlijke organisatie op het niveau van een specifiek rechtssysteem of – in meer bescheiden zin – aan te geven of een systeem ‘goed’ functioneert.⁵³ Als uitgangspunt van het rechtsvergelijkende onderzoek wordt genomen dat het constitutionele kader van de onderzochte systemen de grenzen aangeeft waarbinnen naar een ‘optimale’ oplossing kan worden gezocht. Hiermee wordt slechts tot op bepaalde hoogte aangegeven aan welke eisen de rechterlijke organisatie in de moderne ‘rechtsstaat’ moet voldoen: er worden *oplossingsrichtingen* aangegeven, op het operationele niveau van elk van de rechtsordes blijven dan nog diverse specifieke *oplossingen* mogelijk.

De keuze van de te vergelijken rechtssystemen

Een rechtsvergelijkend onderzoek als voorgesteld is slechts zinvol indien systemen worden vergeleken die voortkomen uit dezelfde juridische traditie⁵⁴; ware dit niet het geval, dan zou sprake zijn van het vergelijken van de spreekwoordelijke ‘appels en peren’.⁵⁵ Zoals aangegeven is het onderzoek beperkt tot rechtssystemen die behoren tot het model van de moderne ‘rechtsstaat’ of ‘liberale democratie’, dat wil zeggen de staatsvorm waarvan de politieke en ideologische traditie worden gekenmerkt door het beginsel van democratie, het rechtsstaatbeginsel, de bescherming van fundamentele rechten en een ‘open’ regeringsvorm.⁵⁶ Die traditie is van invloed op het functioneren van de rechtsorde, onder meer wat betreft de participatie van burgers in politieke deliberaties, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de autonomie van burgers in de privésfeer. De ‘liberale democratieën’ delen tevens een vergelijkbare economische orde en economische en sociale geschiedenis.⁵⁷ Deze grondtrekken vormen het kader waarin

⁵² Bell 2006, p. 2.

⁵³ Vgl. Bell 2006, p. 43.

⁵⁴ Koopmans 2003, p. 7.

⁵⁵ Vgl. Lasser 2004, p. 269 e.v., over ‘apples and oranges’. Een interessant gebruik van de verschillen tussen rechtstradities is te vinden bij Shapiro 1981.

⁵⁶ Koopmans 2003, p. 7.

⁵⁷ Koopmans 2003, p. 8.

bepaalde vragen rijzen met betrekking tot de organisatie van de rechtspraak, vragen die onder andere betrekking hebben op de 'effectieve' en 'efficiënte' organisatie van de gerechten in het licht van het beginsel van 'onafhankelijkheid' en het beginsel van bescherming van de rechten van de burgers in de 'rechtsstaat'.

De keuze van te vergelijken rechtssystemen is hiermee beperkt tot 'rechtsstaten'. Het scala van systemen is daarmee echter nog te groot voor dit onderzoeksproject. Uit de in aanmerking komende systemen, is ervoor gekozen een vergelijking te maken tussen de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland. Die keuze is in de eerste plaats gebaseerd op het praktische argument van het aantal talen dat de onderzoeker beheerst. Ervan uitgaande dat een goede kennis van de in een rechtssysteem gebruikte taal noodzakelijk is voor een zinvol bronnenonderzoek, vormt dit een eerste beperking van het onderzoeksveld. De selectie van de te vergelijken rechtssystemen volgt dan uit een beperkte voorstudie van mogelijk in de vergelijking te betrekken systemen: initiële hypothesen komen voort uit 'initieel rechtsvergelijkend onderzoek' en geven een idee van wat nuttig kan zijn vanuit een rechtsvergelijkend perspectief.⁵⁸ Enkele karakteristieken van de constitutionele systemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland doen vermoeden dat zij interessant vergelijkingsmateriaal opleveren. De verschillen tussen de systemen, die op dezelfde grondslag tot stand zijn gekomen, geven aanleiding tot een nader onderzoek van de overwegingen die in elk van die systemen doorslaggevend zijn geweest voor de beslissingen van de normstellers in die systemen gericht op het creëren van een maximaal legitieme organisatie van de rechtspraak. Interessante punten van onderzoek betreffen onder meer de verdeling van rechterlijke competenties en de rol van het beginsel van de 'wettelijke rechter'.⁵⁹ Nederland, Frankrijk en Duitsland springen er in dit verband in eerste instantie uit vanwege de nagenoeg gelijke historische basis van de rechterlijke organisatie in die landen. Verder speelt bij de beperking van het onderzoek tot de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland mee dat aan de hand van voorbeelden uit die systemen de meest prangende vragen betreffende het object van onderzoek kunnen worden behandeld. Tot slot biedt de tijdsruimte van het onderzoek geen ruimte voor een uitgebreidere rechtsvergelijking. Niettemin zal waar mogelijk en relevant worden verwezen naar voorbeelden uit andere rechtssystemen dan de drie die centraal staan in het onderzoek.

- METHODOLOGISCHE PROBLEMEN VAN RECHTSVERGELIJKING

Methodologische vraagstukken die verband houden met de voorgenomen analyse betreffen de gebruikte methode van rechtsvergelijking en het aangrijpingspunt van de analyse.

De methode van rechtsvergelijking

Vergelijking van rechtssystemen kan vanuit verschillende perspectieven worden uitgevoerd. De geformuleerde onderzoeksvraag geeft in dit verband aanleiding tot een

⁵⁸ Vgl. Bell 2006, pp. 282-283.

⁵⁹ Daarover *infra*, hoofdstuk 6.

analyse volgens de ‘conceptuele’ benadering.⁶⁰ De gekozen benadering houdt in dat de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen worden vergeleken aan de hand van juridische concepten die zij gemeen hebben. Een moeilijkheid in dit verband betreft de formulering van de concepten die dienst kunnen doen als uitgangspunt voor de vergelijking van verschillende rechtssystemen. Gelijklopende termen kunnen in verschillende systemen een andere betekenis hebben. Ook is het mogelijk dat een concept in verschillende rechtssystemen onder een andere benaming bekend is. Ten aanzien van de definiëring van de te gebruiken concepten wordt in het onderhavige onderzoek als uitgangspunt genomen dat het de voorkeur verdient aan te sluiten bij de definitie die gemiddeld genomen het minste afwijkt van de begrippen die in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen worden gebruikt, eerder dan bij de definitie met de hoogste graad van precisie. Die voorkeur is gebaseerd op het algemene gegeven dat de kwaliteit van data beter wordt indien die data meer betekenisvol en bruikbaar zijn voor de dataverzamelaar.⁶¹ Met het oog op dit uitgangspunt zullen het ‘rechtsstaat’-concept en de daarmee samenhangende aspecten van de rechterlijke organisatie in rechtsvergelijkend perspectief worden gedefinieerd voor de in het onderzoek betrokken rechtssystemen.

De ‘conceptuele’ analyse vindt plaats tegen de achtergrond van een ‘contextualistische’ of ‘culturele’ benadering.⁶² De analyse beperkt zich daarmee niet louter tot een ‘textualistische’ benadering, waarbij de bestudering van het ‘recht in de teksten’ (*law in the books*) het uitgangspunt vormt. Door de onderzochte oplossingen voor de rechterlijke organisatie in de (politieke, economische, sociologische) context van de onderzochte rechtssystemen te analyseren, wordt getracht het ‘recht in actie’ (*law in action*) te begrijpen. De complexiteit van het recht komt alleen in deze benadering volledig tot uiting: via de ‘contextualistische’ benadering blijkt in hoeverre het recht kan worden begrepen als zijnde het product of de oorzaak van sociale fenomenen én als een manier om de sociale orde te structureren.⁶³

Aangrijpingspunt van de analyse: een onderzoek ex tunc en ex nunc

Tot slot volgt de vraag van het aangrijpingspunt van de analyse: welk moment of welke momenten in de ontwikkeling van de rechtssystemen dient of dienen als meetpunt voor de betekenis van de normen van het constitutionele kader? De specificiteit van het kader van constitutionele bepalingen voor de rechterlijke organisatie in een gegeven rechtssysteem is het uitvloeisel van een ontwikkelingsproces in de historische, maatschappelijke, politieke en economische context van dat systeem. In de historische ontwikkeling van rechtssystemen wordt bepaald hoe de rechterlijke organisatie eruit ziet en hoe zij haar functies uitoefent. Die vormgeving en functie-uitoefening zijn echter ook in het huidige tijdsgewricht onderwerp van discussies over de plaats van de rechtspraak in het over-

⁶⁰ Over de verschillende mogelijke methoden van rechtsvergelijking, zie Jaluzot 2005, pp. 38-43.

⁶¹ Cf. CEPEJ 2004, p. 9.

⁶² Jaluzot 2005, p. 43. Vgl. Loth & Gaakeer 2005, hoofdstuk 2.

⁶³ Jaluzot 2005, p. 43.

heidsbestel en de daaruit voortvloeiende beslissingen betreffende de organisatie van de rechtspraak.⁶⁴ De rechtsvergelijking krijgt daardoor een dubbele dimensie. Om de specificiteit van de rechterlijke organisatie in een gegeven rechtssysteem te bevatten en de consequenties ervan op waarde te schatten in het huidige tijdsgewricht, dient een ‘nulmeting’ te worden gemaakt van het evenwicht van constitutionele beginselen ten tijde van de totstandkoming van het huidige positiefrechtelijke raamwerk voor de organisatie van de rechtspraak, de context *ex tunc*. Tendensen in de huidige context, de context *ex nunc*, kunnen vervolgens worden geëvalueerd tegen de achtergrond van het uit de originaire context geëvolueerde evenwicht van beginselen.⁶⁵

Een inleidende inventarisatie van de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen dient ter illustratie. Dat de Nederlandse rechterlijke organisatie is zoals zij is, kan grotendeels worden teruggevoerd op de Franse invloed aan het eind van de achttiende eeuw.⁶⁶ De Franse gerechtelijke structuur, op zijn beurt, is gegroeid vanuit de historische opvattingen over de verhouding tussen rechterlijke en uitvoerende macht. De bestuursrechtspraak is vanuit die gronden vormgegeven en heeft zich ontwikkeld tot een apart systeem van gerechten. Ook de Duitse rechterlijke organisatie is het product van een voortdurende wisselwerking tussen maatschappelijke en juridische factoren. Bepalend moment voor de analyse van het Nederlandse systeem vormt de grondwettelijke regeling die geldt sinds de algehele grondwetsherziening van 1983.⁶⁷ Voor Frankrijk is de *Constitution* van 1958 het startpunt van de analyse, terwijl met betrekking tot het Duitse rechtssysteem wordt aangeknoopt bij het *Grundgesetz* van 1949. Het is opvallend te bemerken in welke mate er verschillen tussen de constitutionele regelingen bestaan.

Het Duitse *Grundgesetz* telt een groot aantal bepalingen, waaronder een uitgebreide grondrechtencatalogus en gedetailleerde bepalingen betreffende de organisatie van de rechtspraak. Een belangrijke waarborg tegen misbruik van staatsmacht wordt gegeven door de zogenaamde ‘*Ewigkeitsklausel*’ van artikel 79 lid 3 GG. Op grond van deze bepaling is een wijziging van het *Grundgesetz* uitgesloten als daarmee inbreuk wordt gemaakt op de indeling van de Staat in deelstaten (*Länder*), op het beginsel van samenwerking met de deelstaten in het kader van wetgeving, of op de fundamentele beginselen die zijn gecodificeerd in de artikelen 1 en 20 GG betreffende respectievelijk de bescherming van de menselijke waardigheid en de proclamatie van de democratische

⁶⁴ Vgl. Bell 2006, p. 42.

⁶⁵ In dit verband doet zich het gemis voelen van een ‘studie naar de continuïteit in rechterlijke organisatie (...) op Europees niveau’, een wens geuit door Van Rhee 1998, p. 427.

⁶⁶ Van Boven 1990; Von Boné 1995; Pieterman 1990.

⁶⁷ De grondwettelijke regeling van 1983 vormt een herziening van de Grondwet van 24 augustus 1815. Vanwege de significante wijziging in systematiek en inhoud die in 1983 haar beslag heeft gekregen (vgl. Van der Pot 2006, p. 138), zal dat jaartal worden aangehouden als startpunt voor het onderzoek. Over de grondwetsherziening van 1983, zie Kortmann 1987.

en sociale aard van de Duitse Staat.⁶⁸ De gedetailleerdheid van de Constitutie en de nadruk op de bescherming van grondbeginselen als ‘democratie’ en ‘menselijke waardigheid’ kunnen verklaard worden tegen de achtergrond van de Duitse geschiedenis. De Constitutie van 1949 vormt een duidelijke uiting van de wens te voorkomen dat de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog zich ooit zullen herhalen.

Het ontwerp van de Franse *Constitution* van 1958 vond plaats tegen een andere historische en politieke achtergrond. De *Constitution* draagt duidelijk het stempel van de vermaarde Generaal De Gaulle. In de turbulente context van de dekolonisatie werd met de *Constitution* van de Vijfde Republiek beoogd een evenwicht te creëren tussen de bevoegdheden van de President en het Parlement. Daarbij werd, in het belang van een werkbaar bestuur van het land, een belangrijke machtspositie gereserveerd voor de President, terwijl een helder afgebakende bevoegdheidssfeer werd voorbehouden aan de wetgevende macht. De *Conseil constitutionnel*, die zich later ontwikkelde tot een zelfbenoemde beschermer van grondrechten⁶⁹, was aanvankelijk ingesteld met het oog op de onafhankelijke beslechting van bevoegdheidsgeschillen tussen de wetgevende en de uitvoerende macht. Dit orgaan heeft zijn origine in de *Constitution* van 1946, waarmee de Vierde Republiek werd gegrondvest, maar kreeg er in 1958 aanzienlijk meer bevoegdheden bij en had toen pas de mogelijkheid om een rol van betekenis te spelen in het Franse constitutionele bestel. De rechterlijke macht kreeg geen bijzondere aandacht in de *Constitution* van 1958. Zij werd gekwalificeerd als een onderdeel van de uitvoerende macht. Die onderwaardering van de rechtspraak kan worden teruggevoerd op de tijd van de Franse Revolutie, toen de macht van de gerechten werd ingeperkt in reactie op de uitwassen van de rechtspraak onder het ‘*ancien régime*’.⁷⁰

De Nederlandse Grondwet van 1983, ten slotte, wordt gekenmerkt door een meer ‘flexibele’ aanpak van de rechterlijke organisatie, doordat veel regelgevende bevoegdheden zijn toegewezen aan de wetgever. In Nederland heeft historisch gezien immer een groot vertrouwen in de rechtspraak bestaan. Dit vertrouwen is echter in recente jaren onder druk komen te staan, onder andere als gevolg van rechterlijke dwalingen in een aantal in het oog springende zaken.⁷¹ Een belangrijk kenmerk van de Nederlandse constitutionele regeling betreft de gekozen structuur voor de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde.⁷² Ook dit aspect hangt samen met de rechtscultuur, die met betrekking tot Nederland – anders dan de afwijzing in 2005

⁶⁸ Artikel 79 lid 3 GG luidt: ‘Eine Änderung dieses Grundgesetz, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätzen berührt werden, ist unzulässig.’

⁶⁹ Te beginnen met de ‘landmark decision’ betreffende de ‘*liberté d’association*’; CC, beslissing nr. 71-44 DC van 16 juli 1971, *Rec.* p. 29.

⁷⁰ Renoux 1984.

⁷¹ Vgl. de aandacht voor de rechterlijke dwalingen in de zaak van de ‘Schiedammer parkmoord’ en in de ‘Puttense moordzaak’. Over de zelfevaluatie van de rechterlijke macht naar aanleiding van die zaken, zie *Trema* 2005, nr. 7. Over het vertrouwen in de rechtspraak, zie ook Buruma 2006, pp. 11-13 en de aldaar aangehaalde literatuur.

⁷² Zie *infra*, paragraaf 2.2.3.

van de ‘Europese Grondwet’ wellicht doet vermoeden – kan worden aangemerkt als zeer ‘open’ ten aanzien van invloeden vanuit het internationale en supranationale recht.

Indien de verschillen tussen de rechtsculturen van de onderzochte rechtssystemen in acht worden genomen, kan een gemeenschappelijk kader van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie worden afgebakend en geïdentificeerd. Nu de randvoorwaarden voor het onderzoek uiteen zijn gezet, dient tot slot van deze Inleiding aandacht te worden besteed aan de opzet van het onderzoek.

5 De opzet van het onderzoek

De opzet van het onderzoek volgt uit de twee kernelementen van de vraagstelling die hierboven gepresenteerd zijn. Een theoretische analyse van de paradigma’s die een rol spelen bij de discussie betreffende de organisatie in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland vormt, in samenhang met een inventarisatie van de dimensies van het formeel-constitutionele kader van die rechtssystemen, de opmaat voor de formulering van een model ter verklaring van de interactie van beginselen in het materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie in de onderzochte rechtssystemen. Een rechtsvergelijkende analyse van dilemma’s betreffende de rechterlijke organisatie in het licht van de geschreven constitutionele bepalingen met betrekking tot de rechterlijke organisatie in de voor het onderzoek geselecteerde ‘rechtsstaten’ dient vervolgens als aangrijpingspunt om de inhoud van het materieel-constitutionele afwegingskader voor de discussie in die rechtssystemen vast te stellen.

Het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie vormt het kernpunt van het onderzoek. In Deel I van het onderzoek wordt dit constitutionele kader als uitgangspunt genomen voor de formulering van een verklaringsmodel voor de organisatie van de rechtspraak in de ‘rechtsstaten’ van Nederland, Frankrijk en Duitsland. Dit kader, dat tot stand is gekomen en zich ontwikkelt in de samenleving, vormt een representatie van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten. Die uitgangspunten dienen door de regelgevers in de Staat in hun handelingen telkens in een evenwicht te worden gebracht dat beantwoordt aan eisen vanuit het actuele moment. Het onderzoek tracht in hoofdstuk 1 in kaart te brengen welke typen van uitgangspunten een rol spelen bij de organisatie van de rechtspraak in de ‘rechtsstaten’ van Nederland, Frankrijk en Duitsland. De nadruk ligt op een analyse van de wisselwerking tussen vereisten uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en het ‘new public management’-paradigma voor de staatsorganisatie in het licht van de inhoudelijke en formele eisen voor de legitimiteit van die organisatie. Die analyse gaat samen met een conceptualisering, in een rechtsvergelijkend perspectief, van de dimensies van het materieel-constitutionele kader waarin de afweging plaatsvindt van de verschillende uitgangspunten voor de organisatie van de rechtspraak. In hoofdstuk 2 worden op basis van die conceptualisering de mechanismen beschreven die van invloed zijn op de organisatie van de rechtspraak in de voor het onderzoek geselecteerde ‘rechtsstaten’. Aan de hand van de vaststelling van de plaats van de rechtspraak in de samenleving en in het constitutionele kader van de onderzochte rechtssystemen wordt

in hoofdstuk 3 een verklaringsmodel ontwikkeld voor de moderniseringsdebatten betreffende de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland.

Dit verklaringsmodel dient als uitgangspunt voor de analyse, in Deel II, van een aantal dilemma's van de rechterlijke organisatie die in de recente moderniseringsdebatten naar voren zijn gekomen. Tendensen in die organisatie worden geïnventariseerd en geëvalueerd in het licht van de constitutionele uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. De dilemma's hebben betrekking op de afbakening van de rechterlijke activiteit ten opzichte van andere activiteiten en actoren in de Staat (hoofdstuk 4), de beheers- en bestuursstructuur voor de rechterlijke organisatie (hoofdstuk 5) en de verdeling van rechtsmacht over gerechten en rechters in de Staat (hoofdstuk 6). Via de analyse met betrekking tot Nederland, Frankrijk en Duitsland wordt getracht een aantal gemeenschappelijke constitutionele uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in de moderne 'rechtsstaat' te onderscheiden, en te bepalen waar in de praktijk de grenzen en mogelijkheden van het kader van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen voor de rechterlijke organisatie liggen.

Aan de hand van de resultaten van het onderzoek zal in de Conclusie worden teruggekoppeld op de hierboven geschetste dilemma's betreffende de rechterlijke organisatie in Nederland. In het kader van de modernisering van de rechterlijke organisatie zal een aantal aanbevelingen worden geformuleerd voor de afweging van op klassiek-rechtsstatelijke leest geschoeide argumenten voor de rechterlijke organisatie enerzijds en van argumenten die gebaseerd zijn op 'new public management'-uitgangspunten anderzijds. Ook zal worden aangegeven in hoeverre de resultaten van het onderzoek mogelijkheden bieden voor vervolgonderzoek.

DEEL I

De balans in beeld: een theoretisch kader voor de organisatie van de rechtspraak

‘Een slagvaardiger rechtspraak’ in ‘een bruikbare rechtsorde’. Dat lijkt het vertrekpunt te zijn voor beleidsdebatten betreffende de ‘rechterlijke organisatie’ in hedendaagse westerse democratieën.¹ Om het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak terug te winnen of te versterken wordt de nadruk gelegd op aanpassing aan de eisen van de tijd van de wijze waarop de rechters en de gerechten georganiseerd zijn. Gestreefd wordt naar een legitimatie van de overheidsrechtspraak door de realisatie van snelle doorlooptijden van zaken binnen gerechten en een heldere en juridisch correcte motivering van rechterlijke beslissingen. De afbakening van het domein van de rechtspraak en het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie worden toegesneden op de realisatie van die doelen, bijvoorbeeld door de afschuiving van delen van de ‘geschilbeslechting’ naar niet-rechterlijke organen en door de inrichting van gerechtsbesturen op basis van de uitgangspunten van moderne organisatietheorieën. Door een ‘functionele’ benadering wordt ook de verdeling van rechtsmacht gestroomlijnd, waarbij ‘specialisatie’ het toverwoord is. Concentratie van rechtspraak bij gespecialiseerde rechterlijke colleges en inzet van gespecialiseerde rechters bij de afhandeling van zaken over het gehele grondgebied van de Staat vormen enkele uitwerkingen van die gedachte.

De verandering van focus bij de modernisering van rechterlijke organisaties heeft als gevolg dat de garantie van klassieke waarden als ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ van de uitoefening van de rechterlijke functie een andere invulling krijgt. Mede als gevolg van de toegenomen mobiliteit en informatisering in hedendaagse samenlevingen is ‘territorialiteit’ van jurisdictie in belang afgenomen. Tegelijkertijd steekt de vrees voor de ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ van de rechter in concrete gevallen slechts sporadisch de kop op. Soms is sprake van kritiek die samenhangt met de organisatiestructuur van de rechtspraak. De rechtspraak van de Raad van State in asielzaken is bijvoorbeeld bekritiseerd vanwege de dubbele functie van staatsraden bij de wetgevingsadvisering en bij de rechtspraak.² Incidentele rechterlijke dwalingen doen meer stof opwaaien dan verzoeken tot wraking van rechters.³ In de genoemde gevallen wordt

¹ De terminologie is terug te vinden in beleidsstukken van de Nederlandse overheid. Zie bijvoorbeeld WRR 2002; *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 279, nr. 9 (Rechtsstaat en Rechtsorde, Nota Bruikbare Rechtsorde) en het naar aanleiding van de Nota uitgebrachte advies van de Commissie Bruikbare Rechtsorde 2005.

² Essakkili 2005; Essakkili & Spijkerboer 2006; Spijkerboer 2007; Jessurun d’Oliveira 2007.

³ Vgl. de aandacht voor de organisatie van de rechtspraak naar aanleiding van de rechterlijke dwalingen in de Schiedammer Parkmoord-zaak en in de Puttense moordzaak, en de geringere aandacht voor de wraking van rechters in bijvoorbeeld de Clickfonds-zaak of in minder ‘mediagenieke’ zaken.

geen direct verband gelegd met de implicaties van maatregelen die de modernisering van de rechtspraak betreffen. Eerder wordt gewezen op de versterking van de realisatie van ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ die uit dergelijke maatregelen voortvloeit. Dan wordt bijvoorbeeld gesteld dat de rechterlijke macht door de instelling van een Raad voor de rechtspraak in een sterkere positie komt te staan ten opzichte van de minister wat betreft het beheer en bestuur van de gerechten.⁴ Bovendien is sprake van een accentverschuiving, waarbij niet de ‘input’-legitimiteit van de rechtspraak centraal staat, maar de nadruk ligt op de ‘output’-legitimiteit.⁵ Specialisatie van rechters wordt in het bijzonder op inhoudelijke gronden gepropageerd, ter realisatie van een snelle afdoening en correcte motivering van de rechtspraak in complexe zaken.⁶

In het licht van de geschetste ontwikkelingen wordt de vraag relevant welke plaats in de ‘rechtsstaten’ van de 21^e eeuw nog toekomt aan klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de organisatie van de rechtspraak, zoals ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’, en welke plaats in deze context dient te worden gegeven aan ‘nieuwe’ uitgangspunten voor de verzekering van een legitieme overheidsrechtspraak, zoals ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’. De beantwoording van die vraag vereist een nadere analyse van de constitutionele uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. Wat is de aard van uitgangspunten voor het klassiek-rechtsstatelijke discours en van uitgangspunten voor het ‘nieuwe’ discours? Hoe staan argumenten die in die twee discoursen naar voren worden gebracht in verhouding tot elkaar? Welke status hebben zij in de sociale orde en in het positieve recht van hedendaagse ‘rechtsstaten’ en welke implicaties gaan van die status uit ten aanzien van de organisatie van de rechtspraak?

Teneinde een antwoord op die vragen te formuleren zal voor de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland het theoretische kader voor de organisatie van de rechtspraak in kaart worden gebracht. Wij besteden in de eerste plaats aandacht aan de herkomst van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie en aan de onderlinge verhoudingen tussen verschillende typen van uitgangspunten (hoofdstuk 1). In de tweede plaats komt de positivering van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het constitutionele recht aan bod en in verband daarmee de invloedsfactoren op het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie (hoofdstuk 2). Aan de hand van de aldus in kaart gebrachte maatschappelijke en juridische achtergrond voor de organisatie van de rechtspraak wordt een model geconstrueerd voor de verklaring van oplossingen voor de rechterlijke organisatie in het licht van de hierboven onderscheiden discoursen (hoofdstuk 3).

⁴ Zie *infra*, hoofdstuk 5.

⁵ Zie *infra*, par. 1.2.2.

⁶ Zie *infra*, hoofdstuk 6.

Hoofdstuk 1

De rechtspraak in context: een samenspel van uitgangspunten uit twee paradigma's

Naast de klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de rechterlijke organisatie heeft een categorie van 'nieuwe' uitgangspunten een belangrijke plaats verworven in debatten betreffende de organisatie van de rechtspraak in hedendaagse 'rechtsstaten'. 'Transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' worden in actuele debatten gepresenteerd als normen voor de realisatie van een legitieme rechterlijke organisatie die in rang niet onderdoen voor de traditionele uitgangspunten van 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' van de rechterlijke functie-uitoefening. De vraag rijst welke rol de beide typen van uitgangspunten spelen bij de organisatie van de rechtspraak in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland, met het oog op het bereiken van maximale legitimiteit van de rechtspleging. De zoektocht naar een antwoord op die vraag vangt aan met een inventarisatie van twee relevante paradigma's voor de bestudering van vraagstukken betreffende de rechterlijke organisatie (1.1). Daarop volgt een analyse van de verhouding tussen de twee paradigma's in het kader van de formulering van oplossingen voor de organisatie van de rechtspraak in de context van de voor het onderzoek geselecteerde 'rechtsstaten' (1.2).

1.1 Twee paradigma's voor de rechterlijke organisatie

Twee paradigma's spelen een rol in de discussie over de organisatie van de rechtspraak in de actuele context van westerse 'rechtsstaten'. Zij bepalen vanuit welk perspectief de verschillende uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie worden bestudeerd en vormen de basis voor de ontwikkeling van nieuwe oplossingen voor de rechterlijke organisatie. Alvorens de bijzonderheden van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma (1.1.2) en van het 'new public management'-paradigma (1.1.3) nader te bestuderen, wordt kort ingegaan op de betekenis van het concept 'paradigma' als vertrekpunt van de analyse (1.1.1).

1.1.1 *Het concept 'paradigma'*

De kwalificatie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie vindt plaats door aanknoping bij het concept 'paradigma'. Dit concept biedt handvatten voor de verklaring van de inhoud van het 'wetenschappelijke' discours over de rechterlijke organisatie en maakt het mogelijk een verandering van perspectief aan het licht te brengen ten aanzien van de uitgangspunten voor dit discours.

- HET 'PARADIGMA' ALS MIDDEL TER VERKLARING VAN DE INHOUD VAN HET 'WETENSCHAPPELIJKE' DISCOURS OVER DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE

De discoursen die een rol spelen bij de modernisering van de rechterlijke organisatie in de 'rechtsstaat' kunnen, als 'wetenschappelijke' discoursen, worden bestudeerd aan de hand van het door Thomas S. Kuhn geïntroduceerde concept 'paradigma'.⁷ In het kader van dit onderzoek wordt het concept 'paradigma' gehanteerd ter aanduiding van een samenhangend geheel van rechtsnormen, -beginselen, -waarden, -overtuigingen en -praktijken die ten grondslag liggen aan de discussie over de organisatie van de rechtspraak in een gegeven rechtsorde op een gegeven moment. Anders dan bij Kuhn, die zijn analyse baseert op de ontwikkeling van 'natuurwetenschappelijke' discoursen, wordt het vertrekpunt voor de 'wetenschappelijke' discoursen betreffende de rechterlijke organisatie niet gevormd door empirische feiten uit de 'natuur', maar door 'rechtsbeginselen'⁸, die de vorm en het functioneren van de rechtspraak definiëren. De discoursen betreffende de rechterlijke organisatie vallen in het domein van de 'rechtswetenschap', onderdeel van de categorie van 'geesteswetenschappen'⁹, dat zich bezighoudt met de bestudering van 'rechtsnormen'. Zonder te willen treden in de discussies ten aanzien van de 'universaliteit' en 'tijdloosheid' van bepaalde rechtsnormen¹⁰, wordt ten behoeve van het onderzoek uitgegaan van de constante gelding van een geheel van rechtsbeginselen in de onderzochte rechtssystemen voor de onderzochte periode.¹¹ Deze 'rechtsbeginselen' gelden als de 'empirische feiten' die het voorwerp van analyse vormen in de discussie betreffende de rechterlijke organisatie.

De relevantie van het gebruik van het concept 'paradigma' voor het onderzoek van discoursen betreffende de rechterlijke organisatie ligt vanuit wetenschappelijk oogpunt in de verklarende kwaliteiten die aan het concept verbonden zijn. Aan de hand van het concept 'paradigma' wordt beoogd een helder beeld te schetsen van de perspectieven op de uitgangspunten die een rol spelen bij de discussie over de maximalisatie van de legitimiteit van de rechtspleging. De analyse van vraagstukken van rechterlijke organisatie in het licht van relevante paradigma's opent de mogelijkheid om complexe 'puzzels'¹² op een nieuwe manier op te lossen. De meerwaarde van het onderzoek toont zich in dit verband in de uiteenzetting van nieuwe oplossingen of oplossingsrichtingen voor de rechtspraak door middel van (i) een conceptualisering van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie en (ii) een operationalisering van die uitgangspunten in de analyse van dilemma's betreffende de rechterlijke organisatie.

Tekenend voor de moderniseringsdebatten in de huidige context van de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen is de samenloop van argumenten uit twee

⁷ Kuhn 1962. Kuhn spits zijn uiteenzetting toe op 'natuurwetenschappelijke' discoursen en verbindt het 'wetenschappelijke' karakter van die discoursen aan hun aard als betogen op basis van constellaties van feiten, theorieën en methoden die verzameld zijn in de actuele literatuur. Kuhn 1962, p. 1.

⁸ Waarover *infra*, par. 1.2.1.

⁹ Over de onderscheiden aspecten van 'natuurwetenschappen' en 'geesteswetenschappen', zie Loth & Gaakeer 2005, pp. 294-305.

¹⁰ Ten aanzien van de universaliteit van grondrechten, zie bijvoorbeeld Bax et al 1989.

¹¹ Vgl. *infra*, par. 1.2.1.

¹² Vgl. Kuhn 1962, p. 36.

verschillende discoursen. Eén discours is gebaseerd op klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie, een tweede discours verbindt de oplossing van vraagstukken betreffende de rechterlijke organisatie aan de realisatie van ‘new public management’-uitgangspunten. De kwalificatie van deze twee discoursen in het licht van ‘paradigma’s’ voor de discussie over de rechterlijke organisatie maakt het mogelijk om een wijziging van het perspectief op de uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie aan het licht te brengen, die resulteert in een compatibilisering van de twee typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie.

- HET ‘PARADIGMA’ ALS MIDDEL TER INDICATIE VAN EEN WIJZIGING VAN HET PERSPECTIEF OP DE UITGANGSPUNTEN VOOR DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE

Het ‘new public management’-paradigma benadert de samenhang tussen uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie op een andere manier dan het klassiek-rechtsstatelijke paradigma. De keuze van een nieuw perspectief in de discussie ten aanzien van de modernisering van de rechterlijke organisatie volgt uit de perceptie van rechtsbeginzelen, uit de logica en uit de overtuiging van de relevante doelgroep van deelnemers aan het debat: politici, beleidsmedewerkers, wetenschappers uit verschillende disciplines (rechtswetenschap, bestuurskunde, sociologie, (rechts)economie, *et cetera*), en de samenleving als geheel.¹³

De twee paradigma’s voor de discussie over de rechterlijke organisatie zijn niet incommensurabel; er is geen sprake van twee conglomeraten van ideeën die naast elkaar bestaan en onverenigbaar zijn. In die zin wijkt de omslag in het perspectief op de discussie over de rechterlijke organisatie af van de door Kuhn onderscheiden ‘wetenschappelijke revoluties’, dat wil zeggen: ‘those non-cumulative developmental episodes in which an older paradigm is replaced in whole or in part by an incompatible new one’.¹⁴ De opkomst van een discours in het licht van het ‘new public management’-paradigma kan eerder worden aangemerkt als een verandering van de ‘wijze van zien’ van de uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie, die bepalend is voor de ‘wijze van zijn’ van die uitgangspunten. Het nieuwe perspectief brengt nieuwe verschijnselen aan het licht die een rol spelen bij de organisatie van de rechtspraak, maar werpt ook een ander licht op bekende verschijnselen, te weten de klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. Deze uitgangspunten veranderen in het nieuwe paradigma van kleur¹⁵ en worden op die manier compatibel gemaakt met de nieuwe eisen aan de rechterlijke organisatie die voortvloeien uit het ‘new public management’-paradigma.

De opmaat voor de omslag naar het nieuwe paradigma wordt gevormd door ‘a growing sense, (...) often restricted to a narrow subdivision of the scientific community, that an existing paradigm has ceased to function adequately in the exploration of an aspect of nature to which that paradigm itself had previously led the way’.¹⁶ Voor de

¹³ Vgl. Kuhn 1962, pp. 92-94.

¹⁴ Kuhn 1962, p. 92.

¹⁵ Zie *infra*, par. 1.1.3.

¹⁶ Kuhn 1962, p. 92.

discussie betreffende de rechterlijke organisatie moet op basis van de toenemende nadruk op het ‘new public management’-theorieën worden aangenomen dat het klassiek-rechtsstatelijke paradigma geacht wordt niet meer te voldoen in de vaststelling van aspecten van rechtsbeginselen voor de rechterlijke organisatie waar dat paradigma aanvankelijk de weg voor had bereid.¹⁷ De analyse van die aspecten van rechtsbeginselen wordt om die reden vanuit een nieuw paradigma aangevat, het ‘new public management’-paradigma.

Op het moment van overgang naar een nieuw paradigma wordt een nieuwe ‘puzzel’ geïntroduceerd, zonder dat de oude wordt opgelost.¹⁸ De overgang naar het nieuwe paradigma plaatst bestaande data in een nieuw kader voor analyse, een proces dat beschreven kan worden als ‘handling the same bundle of data as before, but placing them in a new system of relations with one another by giving them a different framework’.¹⁹ Dit moment van transitie kan worden waargenomen in de debatten ten aanzien van de modernisering van de rechterlijke organisatie in hedendaagse westerse democratieën. Hoewel nog aandacht wordt besteed aan ‘oude’ vraagstukken betreffende te verkiezen oplossingen voor regulering van de overheidsmacht in de Staat, treedt een nieuwe categorie van vragen op de voorgrond. Het ‘optimale’ functioneren van de rechterlijke organisatie en de zoektocht naar de daarvoor beschikbare mogelijkheden vormen de ‘puzzel’ waarvan de oplossing in de hedendaagse ‘rechtsstaten’ van Nederland, Frankrijk en Duitsland centraal staat. Bij de met het onderzoek beoogde conceptualisering en operationalisering van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie moet rekening worden gehouden met deze verandering van perspectief. Die exercities staan daarom in het teken van de wijze van interactie tussen verschillende typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het licht van de twee paradigma’s die een rol spelen.

Hoewel sprake is van een ‘wetenschappelijke’ omslag²⁰, kan het ‘politieke’ aspect in de discoursen niet verloochend worden; de realisatie van rechtsbeginselen wordt in de debatten ten dele afhankelijk gemaakt van overwegingen ten aanzien van de beschikbare (financiële) middelen voor de rechtspraak en van de politieke en maatschappelijke steun voor bepaalde maatregelen op ‘oneigenlijke’ gronden, dat wil zeggen: argumenten die los staan van de ‘wetenschappelijke’ discussie. Vanuit de politiek zijn argumenten voor de invoering van bepaalde maatregelen bijvoorbeeld gelegen in machtsverhoudingen tussen politieke partijen. Vanuit de samenleving kan een ‘oneigenlijke’ invloed in het debat voortkomen uit onvrede met actueel overheidsbeleid in het algemeen. Die factoren zijn niet van juridisch-wetenschappelijke aard en vallen om die reden buiten de rechtswetenschappelijke discussie. De kern van de discoursen is echter ‘wetenschappelijk’ van aard, want betreft de theoretische uitkristallisering van rechtsbeginselen die aan de rechterlijke organisatie ten grondslag liggen en van de implicaties van die rechtsbe-

¹⁷ Zoals hierboven betoogd kan Kuhn’s analyse ten aanzien van de ‘natuurwetenschappen’ worden getransponeerd naar de analyse van ‘geesteswetenschappen’, waarbij in het onderhavige onderzoek ‘natuur’ of ‘empirische feiten’ moet worden vervangen door ‘rechtsbeginselen’, de ‘feiten’ van de ‘rechtswetenschap’.

¹⁸ Vgl. Kuhn 1962, p. 39.

¹⁹ Butterfield 1949, pp. 1-7, aangehaald bij Kuhn 1962, p. 85.

²⁰ Vgl. het door Kuhn gehanteerde begrip ‘wetenschappelijke revolutie’. Kuhn 1962, p. 92.

ginselen voor de concrete organisatie van de rechtspraak. Die kern vormt het onderwerp van het onderhavige onderzoek. Het moment is gekomen om de bijzonderheden van de twee paradigma's voor de discussie over de rechterlijke organisatie nader te bekijken, te beginnen met het klassiek-rechtsstatelijke paradigma.

1.1.2 *Het klassiek-rechtsstatelijke paradigma*

De rol die paradigma's spelen bij de discussie over de realisatie van een maximaal legitieme rechtspleging is afhankelijk van de kenmerkende aspecten van de met de paradigma's verbonden theorieën en de eisen die uit die aspecten voortvloeien met betrekking tot de rechterlijke organisatie. Die kenmerkende aspecten kunnen worden blootgelegd door middel van een onderzoek naar de inhoud van de paradigma's. De eisen die eruit voortvloeien voor de rechterlijke organisatie komen naar voren in een onderzoek van de effecten van de paradigma's. Een inventarisatie van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma voor de rechterlijke organisatie zal nu plaatsvinden door het in kaart brengen van het ontstaan en de ontwikkeling van het paradigma enerzijds en de inhoud en effecten van het paradigma met betrekking tot de rechterlijke organisatie anderzijds.

- ONTSTAAN EN ONTWIKKELING VAN DE 'RECHTSSTAAT'-IDEE

De opkomst van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma voor de rechterlijke organisatie valt samen met het ontstaan van de 'rechtsstaat'-idee. De ontwikkeling van de theoretische grondslagen van dat concept in de context van westerse democratieën heeft geleid tot de uitkristallisering van verschillende elementen van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma die van invloed zijn op de organisatie van de rechtspraak.

Het ontstaan van de 'rechtsstaat'-idee valt samen met de opkomst van de 'liberale staat'. De klassieke 'rechtsstaat' is in de praktijk tot bloei gekomen vanaf het einde van de 18^e eeuw. De revoluties in de Verenigde Staten en in Frankrijk staan aan de basis van die ontwikkeling. Zowel de *Declaration of Independence* van 1776 als de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789 geven uitdrukking aan de beginselen van het 'liberalisme' en de daarmee verbonden vereisten ten aanzien van de bescherming van de vrijheidssfeer van het individu ten opzichte van de Staat.²¹ De idee van de 'liberale staat' heeft haar wortels in de zoektocht naar een *modus vivendi* in het Europa van de 16^e eeuw.²² 'Rechtvaardigheid' (*justice*) in de samenleving is het uitgangspunt. De bron en het karakter van dit concept van '*justice*' zijn nader uitgewerkt in verschillende theorieën van het moderne 'liberalisme'. Twee hoofdstromen kunnen worden onderscheiden, het deontologisme en het Utilitarisme, die respectievelijk aansluiten bij Kant's theorie van 'rechtvaardigheid' gelegen in menselijke capaciteiten en Mill's theorie van 'goedheid' gelegen in menselijke verlangens.²³ Het 'liberalisme' hangt samen met het concept van 'tolerantie' (*toleration*). De idee van de 'liberale staat' herbergt een botsing van twee visies. In de visie van 'tolerantie' als een 'ideale' *modus vivendi* gelden de 'liberale

²¹ Vgl. Paine 1791/92.

²² Gray 2000, p. 1.

²³ Hudson 2003, p. 5.

instituties' als uitwerking van universele beginselen. Indien 'tolerantie' wordt gezien als de zoektocht naar de voorwaarden voor vrede tussen verschillende levensstijlen zijn 'liberale instituties' een middel om het vreedzaam naast elkaar bestaan van die levensstijlen te garanderen.²⁴

In de loop van de geschiedenis is de met het klassiek-rechtsstatelijke paradigma verbonden theorie als aanknopingspunt gebruikt voor de perfectionering van het uitgangspunt van regulering van overheidsmacht. 'Liberalisme' is met de ontwikkeling van de 'rechtsstaat'-idee gekoppeld aan verschillende later uitgekristalliseerde concepten. Als gevolg van de zoektocht naar nieuwe oplossingen voor de uitwerking van de 'rechtsstaat'-idee is op die manier een aantal 'verdiepingen' toegevoegd aan het 'huis van de rechtsstaat'.²⁵ Allereerst werd in de 19^e eeuw in de westerse 'rechtsstaten' het beginsel van 'democratie' in het model van staatsorganisatie geïncorporeerd. Dit concept heeft betrekking op de verhouding tussen de Staat en de burgers – zonder wie de Staat geen 'Staat' kan zijn.²⁶ 'Democratie' kan worden omschreven als het systeem van politieke en maatschappelijke arrangementen die zijn ingesteld om de nodige procedurele middelen te bieden voor zelfbeschikking op het individuele en op het collectieve niveau.²⁷ Het voegt aan de grondslag van bescherming van de burger tegen de overheid een dimensie toe: participatie in het overheidsbestuur. In de zin dat acceptatie van het overheidsoptreden door de burger bepalend is geworden voor de organisatie van de Staat en van de rechtspraak, is 'democratie' een sleutelbegrip geworden in de ontwikkeling van de rechtsstatelijke organisatie. Met de opkomst van de 'sociale rechtsstaat' in de 20^e eeuw heeft de idee van bescherming van de burger door de overheid zijn intrede gedaan in het model van staatsorganisatie. De overheid dient zich niet slechts te onthouden van inmenging in de privé sfeer van de burger, maar dient tevens actie te ondernemen teneinde bijvoorbeeld onderwijs, werk en huisvesting voor de burger te waarborgen. Aan de aanvang van de 21^e eeuw staat een nieuwe verdieping in de steigers op het 'huis van de rechtsstaat'. De ontwikkeling van de 'informatiemaatschappij' vraagt om regulering van de mogelijkheden tot infiltratie in de persoonlijke levenssfeer van de burger. In dit opzicht wordt gesproken van de 'digitale rechtsstaat'.²⁸ Deze 'digitale rechtsstaat' wordt gekenmerkt door 'deterritorialisering', 'turbulentie', 'horizontalisering' en 'dematerialisering'.²⁹

De moderne 'rechtsstaat'-idee levert aldus geen vaststaand model voor de organisatie van de Staat op, maar vormt een 'verzameling van *topoi*, (...) een herenhuis vol met beginselen en argumenten'.³⁰ Dit huis verschilt van moment tot moment, van rechtsorde tot rechtsorde:

²⁴ Gray 2000, p. 2.

²⁵ De term is afkomstig van Bovens 1999, p. 3.

²⁶ De aanwezigheid van een 'bevolking' is een van de vereisten voor de kwalificatie als 'Staat'. De overige vereisten zijn de aanwezigheid van een 'grondgebied' en de aanwezigheid van een 'regering' of 'bestuur'. Vgl. Van der Pot 2006, pp. 163-183 over 'staatsbegrippen en staatsideeën'.

²⁷ Pottakis 2005, p. 1110.

²⁸ Bovens 1999. Zie ook het rapport van de Commissie Franken 2000.

²⁹ Bovens 1999, p. 9.

³⁰ Bovens 1999, p. 3.

‘Om te beginnen is er niet één, onveranderlijke kern van de rechtsstaat, maar is de rechtsstaat een betrekkelijk organische verzameling van argumenten die aangroeit in reactie op maatschappelijke ontwikkelingen. (...) Er is bovendien niet één standaardhuis van de rechtsstaat. De verschillende nationale juridische tradities kennen duidelijke stijlverschillen. Zoals men op reis aan de verschillen in bouwstijl onmiddellijk kan zien dat men de grens is gepasseerd, zo verschilt ook de architectuur van het Britse, Amerikaanse of Franse huis van de rechtsstaat duidelijk van (het) Nederlandse huis.’³¹

De argumenten die vanuit de theorie van de ‘rechtsstaat’ naar voren worden gebracht ter ondersteuning van specifieke oplossingen voor de rechterlijke organisatie zijn dus een product van de context, zowel wat betreft de tijd als wat betreft de plaats van het opduiken van die argumenten in debatten over de organisatie van de rechtspraak.

De beschrijving van het ontstaan en de ontwikkeling van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma voor de rechterlijke organisatie is hiermee voltooid. Teneinde meer zicht te krijgen op de rol van het paradigma in het kader van de zoektocht naar oplossingen voor de organisatie van de rechtspraak dienen nu de inhoud en effecten van het paradigma bestudeerd te worden.

- INHOUD EN EFFECTEN VAN HET KLASSEK-RECHTSSTATELIJKE PARADIGMA

Met betrekking tot het klassiek-rechtsstatelijke paradigma kunnen de inhoud en effecten van het paradigma worden blootgelegd door middel van een onderzoek van de kenmerken en voorwaarden van ‘rechtsstatelijkheid’. De verschillende lagen van de ‘rechtsstaat’-idee dragen verschillende uitgangspunten aan voor de organisatie van de Staat en van de rechtspraak als onderdeel van de staatsorganisatie. Een en ander wordt duidelijk door een inventarisatie van die uitgangspunten van ‘rechtsstatelijkheid’ en van de oplossingsrichtingen en oplossingen die zij aanreiken voor de staatsorganisatie.

Het liberale uitgangspunt, in de eerste plaats, vereist dat voor de burger een ruimte wordt gegarandeerd waarin hij vrij is van de invloed van de overheid. In dat licht moet macht op rechtvaardige wijze worden gevestigd, moet die macht op rechtvaardige wijze worden uitgeoefend ten aanzien van de rechtssubjecten en moet op rechtvaardige wijze tot een beslechting van geschillen tussen die rechtssubjecten worden komen.³² Daartoe moet de macht van de overheid beteugeld worden en moeten aan de burger fundamentele vrijheidsrechten worden toegekend die hij kan inroepen tegen die overheid. De rol van de ‘rechterlijke macht’ is van groot belang: zij biedt tegenwicht aan de andere staatsmachten en door haar kenmerken van ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ wordt een effectieve bescherming van de burger tegen de overheid gerealiseerd. Voorwaarden die uit de klassieke rechtstaatidee voortvloeien ter realisatie van deze uitgangspunten, zijn de ‘legaliteit’ van het overheidsoptreden, de scheiding van

³¹ Bovens 1999, p. 5.

³² Hudson 2003, p. 5, die hiermee een weergave geeft van de hoofdlijnen van de theorieën van Hobbes en Locke.

machten, de garantie van grondrechten voor de burger, en de waarborg van rechterlijke controle van het overheidsoptreden.³³ Het 'legaliteitsbeginsel', in de eerste plaats, vereist dat alle overheidsacties berust op een voorafgaande wettelijke grondslag. Via deze weg wordt beoogd de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid in het rechtssysteem te waarborgen; als algemeen verbindend voorschrift ter behartiging van het algemeen belang is de wet gericht op gelijke behandeling.³⁴ Ook de wetgever zelf wordt door het recht gebonden: hij moet zich houden aan de 'constitutie', dat wil zeggen 'het geheel van regels dat de grondslagen van het staatsbestel bevat'³⁵ of de normen die bepalend zijn voor de productie van geldige normen in een rechtssysteem.³⁶ De beteugeling van de macht in de Staat wordt in de tweede plaats gerealiseerd via de scheiding van de drie staatsfuncties 'wetgeving', 'bestuur' en 'rechtspraak'.³⁷ Die scheiding van 'machten' hoeft niet tot een scheiding van 'organen' te leiden; in het Nederlandse rechtssysteem, bijvoorbeeld, overlappen de wetgevende en uitvoerende organen op het centrale niveau elkaar gedeeltelijk: de regering vormt de centrale uitvoerende macht, maar is ook betrokken bij de totstandkoming van wetgeving (artikel 81 Gw). Een mechanisme van 'checks and balances' opent de mogelijkheid van onderlinge controle van het handelen van de staatsmachten. De rol van de rechterlijke macht bestaat in dat geval doorgaans in het (marginaal) toetsen van handelingen van bestuursorganen aan wettelijke normen (legaliteitstoets), in veel gevallen ook in (een vorm van) toetsing van het handelen van de wetgever aan constitutionele en/of verdragsrechtelijke normen (constitutionele toetsing en verdragstoetsing).³⁸ De 'onafhankelijkheid' van de rechterlijke macht verzekert dat zij een daadwerkelijk tegenwicht kan bieden aan de macht van wetgever en bestuur. De bescherming van de vrijheidssfeer van de burger vereist echter meer. Het bouwwerk van de 'rechtsstaat' vindt zijn voltooiing in de waarborg van 'grondrechten', die een rol spelen op het niveau van de individuele rechtsbescherming. Waar de scheiding van machten ziet op de verdeling van bevoegdheden op het niveau van de Staat, betreffen de grondrechten daarentegen de verhouding tussen overheid en burgers. De behartiging van het algemeen belang door de overheid vindt een tegenhanger in de vrijheidssfeer waarin de burger zelf invulling kan geven aan zijn leven.³⁹ Locke heeft een brede definitie gegeven door de klassieke grondrechten te bestempelen als 'algemene waarborgen van de vrijheidssfeer van de burgers'.⁴⁰ De opkomst van deze rechten – waartoe gerekend kunnen worden: het recht op gelijke behandeling, de godsdienstvrijheid, de vrijheid van meningsuiting, de bescherming van de menselijke waardigheid – is historisch gezien te verklaren als een reactie op willekeurig of onderdrukkend overheidsoptreden. In de klassieke rechtsstaatgedachte worden grondrechten opgevoerd als 'beveiligingsmechanisme' tegen misbruik door de wetgever van zijn bevoegdheid tot het

³³ Burkens et al 2001, pp. 16-23.

³⁴ Van Wijk et al 2005, p. 39.

³⁵ Burkens et al 2001, pp. 42-43.

³⁶ Pfersmann 2001a, p. 69.

³⁷ Vgl. Montesquieu 1748, p. 168 e.v.

³⁸ Over constitutionele toetsing en verdragstoetsing, zie *infra*, par. 2.2.2 en 2.2.3.

³⁹ Burkens et al 2001, p. 126.

⁴⁰ Burkens et al 2001, p. 124. Voor Frankrijk, zie Picard 1998.

vaststellen van het positieve recht.⁴¹ De grenzen voor de wetgever worden in laatste instantie gegeven door de ‘grondwet’, die in veel rechtssystemen tegenwoordig mede een catalogus van grondrechten omvat.

Het beginsel van ‘democratie’ voegt een aantal voorwaarden aan dit geheel toe. In moderne democratieën berust de feitelijke soevereiniteit bij de Staat – of in het algemeen: bij de vorm die de publieke macht heeft gekregen – en is ‘vertegenwoordiging’ het centrale kenmerk van het concept ‘democratie’. De burger kan participeren in de totstandkoming van het overheidsbeleid via de uitoefening van politieke rechten als het (actieve en passieve) kiesrecht, het recht van petitie, en het recht van vereniging en vergadering.⁴² De keuze voor een systeem van vertegenwoordiging berust op verschillende argumenten. In de eerste plaats wordt het in de moderne democratieën als een instrumentele imperatief gezien om de communicatie tussen Staat en samenleving te laten voortbestaan. In de tweede plaats wordt benadrukt dat vertegenwoordiging leidt tot een efficiëntere wijze van staatsbestuur, doordat het nemen van beslissingen wordt overgelaten aan een meer bekwame heersende minderheid in plaats van aan de bevolking als geheel.⁴³ Een gevolg van het systeem van vertegenwoordiging is dat burgers, buiten de mogelijkheid van participatie via een referendum, niet direct beslissen over specifieke beleidsvoornemens. Zij beslissen echter wel wie voor hen gaat besluiten en zij zullen de zittende volksvertegenwoordigers afrekenen op de wijze waarop deze zich gedurende hun zittingsperiode van hun taak kwijten.⁴⁴ De legitimiteit van het recht en van het overheidsbestuur is met de integratie van het ‘democratiebeginsel’ in het rechtsstaatmodel uitdrukkelijk in het teken gesteld van de acceptatie van beleid door de burger. Niet alleen vormt ‘democratie’ een versterking van de legitimiteit van het positieve recht, regels van positief recht dragen ook bij aan de realisering van het democratie-beginsel: de democratische meerderheid kan via wetten het recht snel in overeenstemming brengen met economische en politieke belangen.⁴⁵ Nu de legitimiteit van het positieve recht niet meer kan worden gevonden in religie, gewoonte of traditie, biedt het democratie-beginsel uitkomst: het constitutieve kenmerk van de legitimiteit van het recht is dat het ‘volk’ – dat wil zeggen: de meerderheid in de samenleving⁴⁶ – zelf ermee moet instemmen dat de wetten geldig en gelegitimeerd zijn.⁴⁷ De ontwikkeling

⁴¹ Burkens et al 2001, p. 124.

⁴² In de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen terug te vinden in de catalogi van grondrechten in Grondwet, *Grundgesetz* en (via de preambule van de *Constitution* van 1958) in de *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* van 1789.

⁴³ Pottakis 2005, p. 1111.

⁴⁴ Door sommige auteurs wordt gepleit voor een actievorm van burgerschap, niet meer enkel gericht op het genieten van individuele vrijheden (in het kader van de rechtsbescherming tegen de overheid), maar tevens op de actieve deelname van burgers aan het overheidshandelen (democratie, participatie). Vgl. Breyer 2006.

⁴⁵ Vgl. Berkowitz 2006, p. 3, onder verwijzing naar Habermas 1992 en Waldron 1999.

⁴⁶ Cf. Pottakis 2005, pp. 1112-1113, die verwijst naar Habermas 1998, pp. 76-77.

⁴⁷ Berkowitz 2006, p. 3, onder verwijzing naar Habermas 1992, p. xlii. ‘Democratie’ kan volgens Berkowitz niet als *leidend* beginsel dienen voor de legitimiteit van het positieve recht, nu het in veel gevallen niet ‘democratie’ is maar ‘soevereiniteit’ – in de persoon van een monarch of van een wetgevend lichaam – die de formele en noodzakelijke wetgevende macht vormt die de positieve wetten legitimeert. Berkowitz 2006, p. 4; Waldron 1999, p. 256. ‘Democratie’ is mijns inziens echter

van de verhouding tussen Staat en burgers in het licht van het democratie-beginsel werkt door in de organisatie van alle functies binnen de Staat, inclusief de rechtspraak.⁴⁸

De uitwerking van de ‘sociale rechtsstaat’ wordt gekenmerkt door de opkomst van ‘sociale grondrechten’ en ‘beginselen van behoorlijk bestuur’, getoetst in een procedure voor de ‘bestuursrechter’. De internationalisering van rechtssystemen heeft bovendien bijgedragen aan de integratie van verdragsrechten in de nationale systemen. Een belangrijk voorbeeld is artikel 6 lid 1 EVRM, dat de garantie van een ‘fair trial’ voorschrijft. Al met al blijkt dat met de ontwikkeling van de ‘rechtsstaat’ het concept ‘grondrechten’ een breder karakter heeft gekregen: in de hedendaagse verzameling van klassieke vrijheidsrechten, politieke en sociale grondrechten wordt uiting gegeven aan ‘de voor een rechtsstaat kenmerkende staatsdoelen (sociale) rechtvaardigheid, rechtszekerheid en participatie’.⁴⁹ De rechterlijke organisatie is met die ontwikkeling meegegroeid. Zij vindt een nieuwe legitimatie in de bescherming van bepaalde sociale grondrechten en de realisatie van sociale rechtvaardigheid.⁵⁰

Op basis van de idee van de ‘digitale rechtsstaat’, ten slotte, dienen ‘informatierechten’ te worden gewaarborgd, zoals digitale toegang tot publieke documenten; categorale informatieverstrekking; toegang tot de elektronische snelweg; en een virtueel wetsbegrip.⁵¹ Tevens dient te worden voorzien in ‘behoorlijke informatisering’, waarbij kernelementen worden gevormd door de waarden van ‘vertrouwelijkheid’, ‘integriteit’, ‘authenticiteit’ en ‘transparantie’.⁵²

Samenvattend vloeien meerdere ‘oplossingsrichtingen’ voor de staatsorganisatie voort uit de kenmerkende elementen van ‘rechtsstatelijkheid’. Zij zijn ontwikkeld op basis van de fundamentele grondslag van regulering van overheidsmacht (legaliteit, scheiding van machten, bescherming van vrijheidsrechten, rechterlijke toetsing); op basis van het democratiebeginsel (politieke rechten, parlementair stelsel, scheiding van politiek en bestuur); op basis van ‘sociale rechtsstatelijkheid’ (sociale grondrechten, behoorlijk bestuur); en op basis van ‘digitale rechtsstatelijkheid’ (informatierechten, behoorlijke informatisering). De onderscheiden oplossingsrichtingen vormen de grondslag voor de ontwikkeling van in klassiek-rechtsstatelijk opzicht legitieme oplossingen voor de staatsorganisatie. In bestaande ‘rechtsstaten’ kunnen vele legitieme oplossingen voor de organisatie van de Staat worden aangewezen die uit deze oplossingsrichtingen voortvloeien. Gedacht kan worden aan grondwettelijke attributie en delegatie van normstellende bevoegdheden als uitwerking van het legaliteitsbeginsel; modaliteiten van kiesgerechtigdheid en verkiesbaarheid als uitwerking van het

wel degelijk een *aanvullend* beginsel, dat de perceptie van legitimiteit van het recht vergroot. De (gedeeltelijke) grondslag van positieve wetten in democratische legitimiteit doet niet af aan de feitelijke en uiteindelijk sociale aard van ‘legitimiteit’. Over de herkomst en legitimiteit van het positieve recht, zie ook *infra*, par. 1.2.2.

⁴⁸ Zie onder andere *infra*, par. 1.2.2.

⁴⁹ De Lange 1991, p. 234, onder verwijzing naar Hirsch Ballin 1988.

⁵⁰ Vgl. op het terrein van het privaatrecht Mak 2007.

⁵¹ Bovens 1999, p. 17.

⁵² Bovens 1999, p. 17. ‘Transparantie’ ziet in dit verband op het handelen van alle onderdelen van de overheid en is daarmee van een andere strekking dan het ‘new public management’-uitgangspunt van ‘transparantie’ van de rechterlijke organisatie, dat hieronder aan bod komt. Zie *infra*, par. 1.1.3.

kiesrecht; regelingen voor de financiering van onderwijs als uitwerking van het recht op onderwijs; de mogelijkheid wetgeving en parlementaire stukken via databanken op internet te raadplegen als uitwerking van het recht op digitale toegang tot publieke documenten. Voor de organisatie van de rechtspraak kan worden gewezen op de regels betreffende de rechtspositie van rechters, of de regels ter bepaling van de territoriale bevoegdheid van de rechter.

De klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de staatsorganisatie werken op verschillende wijzen op elkaar in. Doorgaans is sprake van onderlinge aanvulling en versterking. Democratische participatie door middel van verkiezingen geeft een versterkte legitimatie aan de uitoefening van de wetgevende functie door de wetgever. De bescherming van sociale grondrechten vormt een aanvullende legitimatie voor de bevoegdheid van de rechter met betrekking tot de waarborg van fundamentele (vrijheids-)rechten. In sommige gevallen botsen klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten echter met elkaar. Een voorbeeld betreft de mogelijkheid van toetsing van wetten door de niet-democratisch gekozen rechter. In geval van het bestaan van een mechanisme van ‘constitutionele toetsing’⁵³ bestaat een spanning tussen de uitwerking van het uitgangspunt van ‘rechterlijke toetsing’ van overheidshandelen en de gelding van democratisch tot stand gekomen wetgeving. Met betrekking tot het geheel van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie dat wordt onderscheiden in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma is dus sprake van interne incoherenties; het paradigma is niet echt een ‘eenheid’. Het bestaan van die incoherenties wordt hier gesignaleerd maar zal in het vervolg van het onderzoek niet op de voorgrond worden gesteld. Ter rechtvaardiging van die keuze wordt de focus van het onderzoek in herinnering geroepen, welke ligt bij de verhouding tussen klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘nieuwe’ uitgangspunten die in het ‘new public management’-paradigma aan het licht komen. Het is tijd om de bijzonderheden van dit nieuwe paradigma nader te bekijken.

1.1.3 *Het ‘new public management’-paradigma*

De opkomst van het ‘new public management’-paradigma heeft belangrijke consequenties voor de zoektocht naar oplossingen voor de rechterlijke organisatie. Het ontstaan en de ontwikkeling van ‘new public management’-theorieën en hun inhoud en effecten voor de rechterlijke organisatie zullen nu worden bestudeerd.

- ONTSTAAN EN ONTWIKKELING VAN ‘NEW PUBLIC MANAGEMENT’-THEORIEËN

De gedeeltelijke transponering van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma door het ‘new public management’-paradigma heeft kunnen plaatsvinden op grond van twee doorslaggevende kenmerken van het nieuwe paradigma. In de eerste plaats is met de vaststelling van ‘new public management’-theorieën een in voldoende mate onvergelijkelijke prestatie (‘sufficiently unprecedented achievement’) geleverd om een groep van aanhangers blijvend te verwijderen van concurrerende wijzen van

⁵³ Waarover in meer detail *infra*, par. 2.2.2.

wetenschapsbeoefening. Ten tweede zijn de ontwikkelde theorieën in voldoende mate ‘onaf’ (‘sufficiently open-ended’) om een grote categorie van vraagstukken open te laten voor oplossing door de opnieuw gedefinieerde groep van professionals.⁵⁴

Theorieën van ‘new public management’ hebben in de jaren tachtig en negentig van de 20^e eeuw opgang gemaakt.⁵⁵ Zij zijn ontwikkeld als conceptueel instrument voor de structurering van het wetenschappelijke debat over hedendaagse veranderingen in de organisatie en het beheer van de overheidsadministratie.⁵⁶ De theorievorming over ‘new public management’ heeft geleid tot de huidige heersende conceptie, die uiteenvalt in twee onderdelen: enerzijds wordt ‘new public management’ gezien als een ‘beheersargument’ (*administrative argument*) inhoudende een standpunt ten aanzien van organisatorische vormgeving in de publieke sector, anderzijds is sprake van een ‘beheersfilosofie’ (*administrative philosophy*) inhoudende het heersende geheel van opvattingen dat bepalend is voor beleidsvorming.⁵⁷ Door een specificatie met betrekking tot een bepaald onderzoeksgebied kan ‘new public management’ de status van ‘paradigma’ verkrijgen. Barzelay heeft bijvoorbeeld, in het kader van een onderzoek naar de overheidsadministratie in de Amerikaanse Staat Minnesota, een vergelijking ontwikkeld tussen een ‘bureaucratisch’ en een ‘post-bureaucratisch’ paradigma, waarbij de laatste van de twee een verbijzondering inhoudt van het ‘new public management’-concept als ‘beheersargument’.⁵⁸ Het in het huidige onderzoek gepresenteerde ‘new public management’-paradigma voor de rechterlijke organisatie vormt een vergelijkbare verbijzondering van het ‘new public management’-concept.

In ‘new public management’-theorieën staat ‘kwaliteit’ centraal, dat wil zeggen: ‘achieving the full potential that one is capable of with the resources one has’⁵⁹ ofwel het realiseren van ‘maximale kwaliteitseisen’.⁶⁰ Uitgangspunt is de realisatie van een ‘optimaal’ functionerende organisatie, in de zin van een organisatie die ‘kwaliteit’ garandeert. De centrale stelling van de theorieën legt de nadruk op ‘efficiëntie’ en ‘effectiviteit’ in samenhang met een ‘klantgerichte’ instelling: ‘(N)ot only should an organisation be able to fulfil its tasks in an efficient and effective manner, but it should also be customer or client-oriented’.⁶¹ In de ontwikkeling van de wetenschappelijke discussie is de vraag gerezen in hoeverre deze ‘new public management’-uitgangspunten verenigbaar zijn met waarden als ‘rechtvaardigheid’ en ‘gelijkheid’.⁶²

In hun korte bestaansperiode hebben ‘new public management’-theorieën zich ontwikkeld tot maatstaf voor reorganisatiemaatregelen op tal van gebieden. Het ontstaan van ‘new public management’-theorieën stond van oorsprong los van het

⁵⁴ Kuhn 1962, p. 10.

⁵⁵ De benaming ‘new public management’ is afkomstig van Britse en Australische politicologen die werkzaam zijn op het gebied van de overheidsadministratie; Barzelay 2002, p. 15. Vgl. Ng 2007, p. 11.

⁵⁶ Barzelay 2002, p. 15.

⁵⁷ Vgl. Barzelay 2002, pp. 29-30, onder verwijzing naar Hood & Jackson 1991.

⁵⁸ Barzelay 2002, p. 24.

⁵⁹ Ng 2007, p. 29, in aansluiting bij Pirsig 1984 en Pirsig 1991.

⁶⁰ Ng 2007, p. 29.

⁶¹ Ng 2007, pp. 11-12. Vgl. Ten Berge 1998, p. 29.

⁶² Zie bijvoorbeeld Harrow 2002.

gebied van de rechterlijke organisatie. Met de groeiende aandacht voor 'new public management' hebben deze theorieën in recente jaren echter ook voet aan de grond gekregen in debatten betreffende de organisatie van de rechtspraak.⁶³ In lijn met deze ontwikkeling van 'new public management'-theorieën zijn de recente debatten over de modernisering van de rechterlijke organisatie in West-Europese democratieën sterk door de uitgangspunten van het 'new public management'-paradigma beïnvloed.

- INHOUD EN EFFECTEN VAN HET 'NEW PUBLIC MANAGEMENT'-PARADIGMA

De inhoud en effecten van het 'new public management'-paradigma voor de rechterlijke organisatie volgen uit een analyse van de kenmerken en voorwaarden die met het concept 'new public management' verbonden zijn.

Het uitgangspunt van 'klantgerichtheid' vraagt om aanpassing van de organisatie aan de wensen van de 'klant' met betrekking tot de 'kwaliteit' van het product of de dienst. Daarnaast moet verantwoordelijkheid bestaan voor de kwaliteit van het product of de dienst en moet sprake zijn van een 'klantvriendelijke' attitude.⁶⁴ De 'kwaliteit' van een dienst kan worden afgemeten aan factoren als wachttijd, termijn van behandeling, volledigheid van de behandeling, bejegening, consistentie, toegankelijkheid, nauwkeurigheid, en responsiviteit.⁶⁵ Voor overheidsorganisaties kan navolging van kwaliteitseisen bijdragen aan de legitimering naar het publiek toe.⁶⁶

Als belangrijkste 'kwaliteitseis' voor de rechtspraak kan in het huidige tijdsgewricht 'effectiviteit' worden aangewezen. In de debatten betreffende de modernisering van de rechterlijke organisatie staat dit uitgangspunt voor de staatsorganisatie centraal. Kwaliteitsbewaking voor de rechterlijke organisatie vindt tegen deze achtergrond plaats door het realiseren van verantwoordelijkheid voor een 'effectieve rechtspleging' ('accountability for the effective delivery of justice'⁶⁷). Methodes ter bevordering van de 'kwaliteit' van de rechterlijke organisatie voegen hiermee een dimensie van 'doelgerichtheid' toe aan de traditioneel 'waardegeoriënteerde' organisatie van de rechtspraak, die in het 'new public management'-discours als bureaucratisch en inflexibel gekwalificeerd wordt.⁶⁸

De uitgangspunten van de theorie van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma hebben in het 'new public management'-paradigma een nieuwe plaats gekregen. Zij zijn geïncorporeerd in het 'kwaliteit'-concept en figureren in dat verband naast de 'nieuwe' beginselen van 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie'. 'Kwaliteit' omvat in de context van de rechterlijke organisatie dus ook klassiek-rechtsstatelijke beginselen, zoals 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' van de rechterlijke functie-uitoefening.⁶⁹ Door de verandering van kleur zijn de klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten compatibel gemaakt met de nieuwe 'kwaliteitseisen' aan de rechterlijke organisatie, die aan het licht

⁶³ Vgl. de in de Inleiding beschreven discussies.

⁶⁴ Ng 2007, p. 12.

⁶⁵ Lindsay & Petrick 1997, p. 55. Vgl. Ng 2007, p. 26.

⁶⁶ Ng 2007, p. 12.

⁶⁷ Ng 2007, p. 392.

⁶⁸ Ng 2007, p. 393.

⁶⁹ Vgl. Kerkmeester & Visscher, 2007, p. 8.

zijn gekomen door de evaluatie van de discussie over de rechterlijke organisatie in het perspectief van het ‘new public management’-paradigma.

De overgang van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma naar het ‘new public management’-paradigma laat zich als volgt samenvatten. Zoals gezegd heeft het concept van de ‘rechtsstaat’ haar oorsprong in de idee van regulering van overheidsmacht door instelling van een systeem van ‘verdeling van machten’. Die idee vormt de theoretische basis voor onderzoek in het licht van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma. In het ‘new public management’-paradigma staat op het publieke niveau het ‘optimale’ functioneren van de staatsorganisatie centraal. Uitgangspunten van klassieke rechtsstatelijkheid figureren in het licht van de ‘new public management’-theorieën naast uitgangspunten van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’. Beide typen van uitgangspunten vormen in dit nieuwe paradigma ‘kwaliteitsnormen’ voor de organisatie van de instituties van de Staat, inclusief de rechterlijke organisatie. In het ‘new public management’-paradigma worden de uitgangspunten van klassieke rechtsstatelijkheid opnieuw gedefinieerd en wordt getracht hen in het nastreven van een ‘optimaal’ functionerende staatsorganisatie compatibel te maken met nieuwe ‘kwaliteitsnormen’ zoals ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’.

Uit de beschouwing van uitgangspunten voor de staatsorganisatie in het licht van het nieuwe paradigma volgt een nieuwe uitwerking van uitgangspunten van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’. Zij stellen nieuwe eisen aan de verhouding tussen recht en samenleving. Voorbeelden betreffen de vereisten van ‘subsidiariteit’ en ‘proportionaliteit’; het uitgangspunt van berechting binnen een redelijke termijn; de verdeling van rechtsmacht op basis van het principe van ‘functionele’ jurisdictie. De effecten van het ‘new public management’-paradigma komen tot uiting in de ‘oplossingsrichtingen’ die uit het paradigma voortvloeien voor de organisatie van de Staat en van de rechtspraak. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op de invoering van prestatiegerichte bekostiging van de rechtspraak in Nederland (het ‘Lamicie’-systeem) teneinde de afhandeling van zaken binnen een redelijke termijn te garanderen.⁷⁰ Evenals het geval is in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma, bestaan in het ‘new public management’-paradigma interne incoherenties tussen de uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie die in het paradigma worden onderscheiden. Het onderzoek spitst zich toe op de incoherenties die bestaan tussen ‘klassiek-rechtsstatelijke’ uitgangspunten en de verschillende categorieën van ‘nieuwe’ ‘new public management’-uitgangspunten.⁷¹ De interne incoherenties tussen de ‘nieuwe’ uitgangspunten blijven om die reden grotendeels buiten de analyse.

Nu de belangrijkste kenmerken van de twee paradigma’s voor de rechterlijke organisatie onderscheiden zijn, is het tijd geworden om te bekijken hoe zij zich tot elkaar verhouden.

⁷⁰ Van der Knaap & Van den Broek 2000, pp. 319-320.

⁷¹ Over die categorieën, zie *infra*, par 1.2.1.

1.2 De verhouding tussen de paradigma's

De twee paradigma's bieden handvatten in de zoektocht naar oplossingen voor een maximaal legitieme organisatie van de rechtspraak in westerse 'rechtsstaten'. Teneinde de bijdrage van de paradigma's in dat verband op waarde te schatten, dient de wisselwerking tussen beide bestudeerd te worden. De theoretische grondslag van die wisselwerking, allereerst, komt naar voren uit een classificatie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie (1.2.1). De contextuele uitwerking van de verhouding tussen de paradigma's, in de tweede plaats, kan worden verklaard vanuit een inventarisatie van de contextuele grondslagen die een rol spelen bij de afweging van beginselen voor de rechterlijke organisatie (1.2.2).

1.2.1 *De theoretische grondslag van de verhouding tussen de paradigma's: een classificatie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie*

De verhouding tussen de twee paradigma's voor de discussie over de rechterlijke organisatie hangt samen met de aard van de onderscheiden argumenten die een rol spelen in de debatten. Die argumenten komen tot stand op basis van interpretatie of uitwerking van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie die in het licht van de paradigma's onderzocht worden. Wij hebben gezien dat onderzoek op basis van het 'new public management'-paradigma leidt tot de ontginning van een terrein van 'gejuridiseerde' uitgangspunten die deels van een andere aard zijn dan de uitgangspunten die de grondslag vormen voor onderzoek op basis van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma.

In de eerste plaats zullen de inhoud en wijze van interactie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie worden geïnventariseerd. Uit een verdere analyse zal blijken dat de invloed van de paradigma's voor de discussie betreffende de rechterlijke organisatie tot uitdrukking komt in de status van de verschillende uitgangspunten in de discussie betreffende de rechterlijke organisatie.

- INHOUD EN WIJZE VAN INTERACTIE VAN UITGANGSPUNTEN VOOR DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE

Aan de hand van een typologie van de uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie kan worden vastgesteld op welke wijze die uitgangspunten interageren bij de gedachtevorming over oplossingen voor de rechterlijke organisatie.

Een typologie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie

De rechterlijke organisatie wordt beheerst door uitgangspunten van verschillende aard. De categorieën van uitgangspunten komen aan de oppervlakte in onderzoek naar oplossingen voor de rechterlijke organisatie op basis van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma of op basis van het 'new public management'-paradigma. Een classificatie van uitgangspunten levert categorieën op van 'klassiek-rechtsstatelijke' uitgangspunten,

‘politieke’ uitgangspunten, ‘economische’ uitgangspunten en ‘technisch- of sociaal-wetenschappelijke’ uitgangspunten.⁷²

Onderzoek in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma heeft het bestaan aan het licht gebracht van een categorie van uitgangspunten die in het vervolg van dit boek zullen worden aangeduid als ‘klassiek rechtsstatelijke’ uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. Deze categorie van uitgangspunten heeft betrekking op de verhouding tussen recht en samenleving. Voorbeelden van uitgangspunten die in dit verband van invloed zijn op de organisatie van de rechtspraak zijn het principe van de scheiding van machten en het principe van rechterlijke ‘onafhankelijkheid’.⁷³

Naast de categorie van ‘klassiek-rechtsstatelijke’ uitgangspunten kunnen drie categorieën van uitgangspunten worden onderscheiden die op basis van onderzoek in het ‘new public management’-paradigma ten dele zijn ‘gejuridiseerd’⁷⁴ en die om die reden in het vervolg van dit boek zullen worden gekwalificeerd als ‘new public management’-uitgangspunten. ‘Politieke’ uitgangspunten, allereerst, zien op de verhouding tussen de beleidsmakers en de samenleving. Deze categorie van uitgangspunten is gericht op de politieke context (wat is politiek aanvaardbaar? wat zegt het regeerakkoord?) en de maatschappelijke context (wat zegt de publieke opinie?). Op basis van uitgangspunten van ‘politieke’ aard wordt onder meer vereist dat de wetgever bij de vormgeving van de rechterlijke organisatie rekening houdt met de belangen van de burger en van de rechter. In het kader van de rechterlijke organisatie is een rol weggelegd voor het uitgangspunt van ‘transparantie’ van de organisatie.

‘Technisch- of sociaalwetenschappelijke’ uitgangspunten betreffen de ‘effectiviteit’ van het overheidshandelen. ‘Effectiviteit’ ziet op de ‘doeltreffendheid’ van maatregelen, dat wil zeggen: het vermogen om een beoogd doel te realiseren. Zo dient bijvoorbeeld de wet ‘effectief’ overheidsoptreden mogelijk te maken.⁷⁵ De organisatie van de rechtspraak moet in dit licht door de bevoegde normstellers op doeltreffende wijze geregeld worden. De rechterlijke organisatie in de ‘rechtsstaat’ moet het doel kunnen realiseren waarvoor zij is ingesteld, ‘rechtspraak’ volgens de eisen die de sociale orde daaraan stelt. ‘Effectieve rechtspleging’ omvat niet alleen de berechting binnen een redelijke termijn, maar ook het naleven van inhoudelijke ‘kwaliteitseisen’ voor rechterlijke beslissingen (microniveau), het verzekeren van ‘transparantie’ van procedures en van de gerechtelijke organisatie (mesoniveau), het onderhouden van een duidelijke institutionele relatie met de politieke staatsmachten en het uitdragen van een bepaalde visie op de verhouding van de Staat en de burger (macroniveau).⁷⁶

‘Economische’ uitgangspunten beheersen de verhouding tussen marktwerking en samenleving. ‘Doelmatigheid’ van maatregelen is het uitgangspunt, dat wil zeggen: de geschiktheid van maatregelen voor de realisatie van het met de invoering ervan beoogde doel. Op het niveau van de organisatie van de Staat dienen de ‘kosten’ en ‘baten’ van

⁷² Snellen 1987, p. 1. Snellen spreekt van ‘rationaliteiten’, dat wil zeggen ‘in zich gesloten systemen van criteria voor verantwoord handelen’. Zie ook Van Wijk et al 2005, p. 49.

⁷³ Zie in meer detail *supra*, par. 1.1.2.

⁷⁴ Vgl. *infra*, par. 1.2.1.

⁷⁵ Van Wijk et al 2005, p. 47.

⁷⁶ Vgl. Ng 2007, p. 392.

verschillende oplossingen tegen elkaar te worden afgewogen. Wat betreft de organisatie van de rechtspraak geldt als belangrijkste uitgangspunt in dit verband de garantie van de ‘efficiëntie’ van de rechtspleging⁷⁷: de gekozen oplossingen voor de rechterlijke organisatie dienen wenselijk te zijn vanuit een economisch perspectief van kosten-batenafweging. Het uitgangspunt van ‘efficiëntie’ is in dit verband – in principe – geen doel op zich.⁷⁸ Het uitgangspunt staat in dienst van de afweging tussen ‘waarden’ uit de andere onderscheiden categorieën van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie.

De inhoud van de uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie is hiermee vastgesteld. Alvorens te bezien hoe uitgangspunten uit de verschillende categorieën in de rechtsorde functioneren in het licht van de twee paradigma’s voor de discussie over de rechterlijke organisatie, dient te worden bekeken hoe die uitgangspunten op elkaar inwerken bij de oplossing van vraagstukken betreffende de rechterlijke organisatie.

De wijze van interactie tussen typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie

Door onderzoek van uitgangspunten in het licht van de twee paradigma’s voor de bestudering van de rechterlijke organisatie worden verschillende oplossingen of ‘oplossingsrichtingen’⁷⁹ uitgekristalliseerd voor vraagstukken betreffende de rechterlijke organisatie. In sommige gevallen lijken geboden oplossingen elkaar aan te vullen of te versterken, dan is sprake van complementariteit van typen van uitgangspunten voor de oplossing van vraagstukken betreffende de rechterlijke organisatie. In andere gevallen staan verschillende oplossingen op gespannen voet met elkaar, dan is sprake van een concurrentieverhouding tussen de bedoelde typen van uitgangspunten.

De mogelijke wijzen van interactie tussen typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie kunnen verklaard worden door die typen van uitgangspunten te beschouwen als behorende tot ‘sferen’ die bij de uitwerking van oplossingen voor de rechterlijke organisatie compatibel gemaakt moeten worden. Enerzijds bestaat een sfeer van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie, die betrekking hebben op de regulering van de overheidsmacht. Anderzijds bestaat een sfeer van ‘new public management’-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie, die het ‘optimaal’ functioneren van de rechterlijke organisatie beogen. Die sfeer omvat de ‘politieke’, ‘technisch- of sociaalwetenschappelijke’ en ‘economische’ uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. De twee sferen van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten overlappen slechts gedeeltelijk. Waar sprake is van overlapping, vullen de uitgangspunten elkaar aan of versterken zij elkaar. Waar de sferen elkaar niet overlappen, is sprake van botsing van uitgangspunten.⁸⁰

⁷⁷ Snellen categoriseert onder de economische logica ook ‘de macro-economische effecten van overheidsbeleid’, Snellen 1987, p. 1.

⁷⁸ Voorbeelden van maatregelen die enkel zijn genomen omdat zij op positieve wijze uit een kosten-batenanalyse komen, zijn moeilijk aan te wijzen. Doorgaans wordt de realisering van een bepaalde ‘waarde’ aangevoerd als reden voor invoering van een moderniseringsmaatregel.

⁷⁹ Vgl. Loth 2004b, p. 267.

⁸⁰ Binnen de twee sferen bestaan interne incoherenties die hier verder buiten beschouwing blijven. Zie in dit verband *supra*, par. 1.1.2 en 1.1.3.

Van aanvulling is sprake indien argumenten op basis van uitgangspunten uit één sfeer naar een bepaalde oplossing voor de rechterlijke organisatie wijzen en argumenten op basis van uitgangspunten uit de andere sfeer extra elementen aan die oplossing toevoegen. Een voorbeeld betreft de regeling van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie. Op basis van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten zijn argumenten ontwikkeld voor toekenning van bevoegdheden in dit kader aan de politieke staatsmachten dan wel aan de rechterlijke macht zelf. De klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten geven echter geen argumenten voor de te kiezen structuur voor de uitoefening van beheers- en bestuursbevoegdheden. Uitgangspunten van ‘new public management’ bieden in dit verband een grondslag voor de ontwikkeling van oplossingen voor de vormgeving van die structuur die leiden tot een maximaal legitieme organisatie van de rechtspraak in de ‘rechtsstaat’.⁸¹

Versterking van uitgangspunten uit de twee sferen doet zich voor indien argumenten op basis van uitgangspunten uit één sfeer naar een bepaalde oplossing voor de rechterlijke organisatie wijzen en argumenten op basis van uitgangspunten uit de andere sfeer extra gronden voor de keuze van die oplossing aandragen. Als voorbeeld kan worden gewezen op de keuze van de constitutionele wetgever in de rechtsstaten Nederland, Frankrijk en Duitsland om de afdoening van civiele zaken en strafzaken op te dragen aan de ‘rechterlijke macht’.⁸² Hiermee is de waarborg van ‘onafhankelijke’ en ‘onpartijdige’ rechtspraak gediend en wordt tevens een ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ arbeidsverdeling op het niveau van de centrale overheid gerealiseerd.

Botsing van uitgangspunten, tot slot, betreft de situatie waarin argumenten op basis van uitgangspunten uit één sfeer naar een bepaalde oplossing voor de rechterlijke organisatie wijzen en argumenten op basis van uitgangspunten uit de andere sfeer gronden geven die tegen de keuze van die oplossing pleiten. Bij wijze van voorbeeld wordt hier de verdeling van rechtsmacht genoemd, die kan plaatsvinden op basis van het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt van ‘territorialiteit’ dan wel op basis van het ‘new public management’-uitgangspunt van ‘functionaliteit’. Specialisatie en concentratie van rechtspraak riskeren in bepaalde gevallen afbreuk te doen aan de uitgangspunten van rechterlijke ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’.⁸³

De wijzen van interactie van typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie zijn hiermee verhelderd. Nog niet duidelijk is echter hoe de afweging van verschillende oplossingen voor de rechterlijke organisatie tot stand komt. In geval van aanvulling of versterking van uitgangspunten, bestaat geen juridische belemmering voor de doorvoering van voorgestelde oplossingen. Die oplossingen kunnen dan worden ingevoerd al naar gelang aanvulling of versterking van uitgangspunten in de context van een rechtsorde gewenst of noodzakelijk is voor het behoud van de legitimiteit van de rechterlijke organisatie.⁸⁴ In geval van botsing van uitgangspunten is

⁸¹ Over de uitgangspunten die een rol spelen bij de regeling van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie, zie in meer detail *infra*, hoofdstuk 5.

⁸² Over die keuze, zie *infra*, hoofdstuk 4.

⁸³ Zie *infra*, hoofdstuk 6.

⁸⁴ Zie *infra*, par. 1.2.2.

de afweging minder eenvoudig. De doorslag voor argumenten uit de ene dan wel uit de andere sfeer van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie is afhankelijk van de status die aan de uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie toekomt. In dat verband is de keuze van het paradigma voor de bestudering van oplossingen voor de rechterlijke organisatie van cruciale betekenis.

- DE STATUS VAN UITGANGSPUNTEN VOOR DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE:
DE INVLOED VAN DE PARADIGMA'S

De status van de onderscheiden typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie verschilt afhankelijk van het paradigma waarin onderzoek plaatsvindt naar oplossingen voor de rechterlijke organisatie. Mogelijke classificaties van uitgangspunten komen tot uitdrukking in het onderscheid tussen 'beginselen' en 'beleidsdoelen'. De classificatie van uitgangspunten in een van die twee categorieën is afhankelijk van het paradigma waarin de discussie plaatsheeft.

'Beginselen' en 'beleidsdoelen'

Uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie vormen een species van de categorie van 'beginselen', dat wil zeggen: waarden die een fundamentele grondslag verlenen aan een sociale orde maar een ander karakter hebben dan 'regels'.⁸⁵ 'Beginselen' vallen uiteen in '*principles*' en '*policies*', zoals beschreven door Dworkin, die deze typen van normen definieert als 'beginselen' met verschillende functies in de sociale orde.⁸⁶ Een '*policy*' wordt door Dworkin gedefinieerd als een norm die een te bereiken doel aangeeft, in de meeste gevallen de verbetering van een economisch, politiek of sociaal aspect van de samenleving. Het concept '*principle*' is moeilijker te definiëren. Volgens Dworkin is een '*principle*' een norm die in acht moet worden genomen, niet omdat hiermee de vooruitgang of waarborg is gediend van een economische, politieke of sociale situatie die wenselijk wordt geacht, maar omdat sprake is van een vereiste van 'rechtvaardigheid' of 'eerlijkheid' of van een andere dimensie van 'moraliteit'.⁸⁷ Die 'morele' grondslag van '*principles*' kan echter worden betwist indien de afbakening wordt beperkt tot het concept 'rechtsbeginselen'. 'Moraliteit' heeft met betrekking tot 'rechtsbeginselen' een andere betekenis dan met betrekking tot 'morele' beginselen:

'(W)e should distinguish between legal principles, which serve legal values, and moral principles, which serve moral values. Therefore, a legal principle is to be observed as a standard because it is a requirement of the internal morality of law, not so much the external, non-legal, dimension of morality.'⁸⁸

⁸⁵ Vgl. Dworkin 1977, p. 22. Over de verhouding tussen 'beginselen' en 'regels', zie *infra*, par. 2.1.1.

⁸⁶ Dworkin 1977, p. 22.

⁸⁷ Dworkin 1977, p. 22.

⁸⁸ Gribnau, 2002; vgl. Fuller 1977, pp. 200-224.

Redenen om het recht te gehoorzamen hoeven niet van morele aard te zijn, tenzij bewezen wordt dat het recht een verwezenlijking is van de moraal.⁸⁹ *'Principles'* kunnen in dit verband worden aangeduid als 'eigensoortige optimaliseringsgeboden van het recht'; zij normeren het recht vanuit een intern perspectief, 'beogen geen "aan het recht extern doel", het weze een moreel doel'.⁹⁰ Doorslaggevend voor de omschrijving van *'principles'* is daarmee dat zij de uitdrukking zijn van bepaalde door het recht na te streven 'waarden'. Die 'waarden' kunnen van morele aard zijn, maar dat is niet noodzakelijk. Ook *'policies'*, hoewel 'doelgericht' van karakter, geven in zekere zin uitdrukking aan 'waarden': een bepaald economisch, politiek of sociaal aspect van de samenleving wordt voor verbetering vatbaar geacht; de 'waarde' van het bedoelde aspect wordt daarmee impliciet erkend.

Als onderscheid tussen de twee typen van 'beginselen' wordt ook wel aangevoerd dat *'policies'* betrekking hebben op de verdeling van collectieve goederen, terwijl *'principles'* de bescherming van individuele rechten betreffen.⁹¹ 'Individuele rechten' kunnen worden gedefinieerd als aanspraken van burgers tegen de overheid (en in geval van horizontale werking ook tegenover medeburgers). Er kan sprake zijn van een recht op een niet-doen van de overheid (ter bescherming van een vrijheidssfeer) of op een recht op handelen van de overheid (ter bescherming van een vrijheidssfeer of ter realisatie van sociaal-economische aanspraken van burgers).⁹² In het kader van de organisatie van de rechtspraak levert de afbakening van 'beginselen' aan de hand van dit onderscheidingscriterium het volgende op. Wat betreft de rechtspraak is sprake van een directe individuele aanspraak van de burger indien de burger zelf in rechte betrokken raakt. In die zin vormt (de toegang tot) de rechtspraak een *'principle'* voor de rechterlijke organisatie. 'Rechtspraak' kan tevens worden gedefinieerd als een 'collectief goed', dat ter beschikking dient te staan aan alle burgers voor de beslechting van geschillen, de handhaving van het strafrecht en de ordening van de samenleving. In dat opzicht moeten *'policies'* worden ontwikkeld ter verzekering van een 'eerlijke' verdeling van het goed 'rechtspraak' over alle burgers in de sociale orde.

De kwalificatie van beginselen als *'principles'* of als *'policies'* is van belang met betrekking tot de vaststelling van de wijze van het functioneren van die beginselen in de rechtsorde. 'Beginselen' zijn niet onveranderlijk, zij vormen een 'afstemming op een concrete historische, culturele, economische en religieuze situatie'.⁹³ Ten aanzien van de onderscheiden typen van 'beginselen' gebeurt dit op twee 'snelheden'. *'Policies'* komen in het hier en nu tot stand en zijn – omdat zij onder invloed staan van kortetermijnontwikkelingen in de maatschappij – van relatief vluchtige aard. *'Principles'* hebben een historische basis, zij hebben zich in de loop van de geschiedenis een plaats verworven in het geheel van normen dat aan een rechtssysteem ten grondslag ligt. Terwijl *'principles'*

⁸⁹ Raes 1991, p. 778.

⁹⁰ Raes 1991, p. 782. Vgl. *infra* par. 2.2.1.

⁹¹ Alexy 1986, p. 98.

⁹² Vgl. Burkens 2001, pp. 138-141.

⁹³ Scheltens 1991, p. 801 ten aanzien van de rol van 'beginselen' in het kader van de bescherming van mensenrechten. Vgl. Ng 2007, p. 29 ten aanzien van het veranderlijke karakter van 'kwaliteitseisen' voor de rechterlijke organisatie.

waarborgen dat een constant, slechts langzaam evoluerend geheel van waarden voor de samenleving gegarandeerd blijft, vormen *'policies'* de drijvende kracht achter de concretisering van die *'principles'* in de ordening van de samenleving.

De functie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie kan op basis van dit onderscheid nader worden bepaald.

Een classificatie van uitgangspunten in het licht van de twee paradigma's

Slechts een deel van de uitgangspunten uit de hierboven onderscheiden categorieën van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie heeft de status van *'principle'* in de zin van 'rechtsbeginsel', en normeert daarmee de wijze waarop het recht vorm geeft aan de instituties voor de regulering van de sociale orde, waaronder de 'rechtspraak'. Deze *'principles'* dienen gerespecteerd te worden bij de ontwikkeling van *'policies'* voor de rechterlijke organisatie, beleidsnormen voor de realisatie van wenselijke doelen met betrekking tot de organisatie van de rechtspraak.

De status van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie verschilt al naar gelang een analyse plaatsvindt in het licht van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma of in het 'new public management'-paradigma. Beginselen van 'klassiek-rechtsstatelijke' aard hebben in elk van de paradigma's de status van 'rechtsbeginsel'; zij normeren de verhouding tussen recht en samenleving door eisen te stellen aan de regulering van de overheidsmacht. Uitgangspunten uit de 'politieke', 'economische' en 'technisch- of sociaalwetenschappelijke' categorieën van beginselen gelden in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma slechts als 'beleidsdoelen'. Zij vormen geen minimumnormen voor de regulering van overheidsmacht, onder andere wat betreft de rechterlijke organisatie, maar geven slechts aan welke maatregelen uit een contextueel perspectief gewenst zijn met het oog op de regulering van overheidsmacht of met het oog op de realisatie van een hoger niveau van bescherming van klassiek-rechtsstatelijke beginselen. In het 'new public management'-paradigma worden echter uitgangspunten uit elk van de vier categorieën gekwalificeerd als 'beginselen'. Uitgangspunten uit de categorieën die naast de groep van klassiek-rechtsstatelijke beginselen bestaan, hebben door het filter van het 'new public management'-paradigma een juridische uitwerking gekregen; zij zijn van kleur verschoten in het nieuwe paradigma voor de discussie over de rechterlijke organisatie. De uitgangspunten van 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' als grondslag voor de sociale orde hebben een status van 'rechtsbeginsel' gekregen in de uitgangspunten van 'openbaarheid' van de rechtspraak, van 'subsidiariteit' en 'proportionaliteit', van berechting binnen een redelijke termijn, van 'functionaliteit' bij de vaststelling van jurisdictie. Betrekking van deze 'beginselen' in overwegingen ten aanzien van de rechterlijke organisatie wordt hiermee een vereiste voor de legitimiteit van de rechterlijke organisatie.

De uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie die een 'juridische' status hebben verworven, maken deel uit van de categorie van *'principles'* in de door Dworkin bedoelde zin. Zij drukken waarden uit die bij de organisatie van de rechtspraak in de moderne 'rechtsstaat' in acht moeten worden genomen. De realisatie van deze beginselen in het actuele moment – waarin het recht in een verhouding van wederzijdse beïnvloeding

staat ten opzichte van politiek en samenleving⁹⁴ – vindt plaats op basis van ‘*policies*’, die doelen voor de huidige samenleving aangeven, dat wil zeggen: aspecten die voor verbetering vatbaar zijn. In het licht van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma kunnen maatregelen in het teken van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechterlijke organisatie worden gekwalificeerd als ‘*policies*’ ter realisatie van de klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de rechterlijke organisatie. In het licht van het ‘new public management’-paradigma dienen maatregelen gericht op vergroting van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ opnieuw gekwalificeerd te worden. Die uitgangspunten vormen niet meer ‘beleidsdoelen’, maar zijn verworpen tot ‘beginselen’ voor de staatsorganisatie. De nastreving van doelen voor de samenleving is getransformeerd tot een concretisering van waarden. Het gewenste niveau van uitwerking van die waarden in het recht is in het huidige tijdsgewricht blijkbaar nog niet bereikt en geeft aanleiding tot de vorming van nieuw beleid.

De uitbreiding van het arsenaal van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het ‘new public management’-paradigma vraagt om een analyse van de verhouding tussen ‘oude’ en ‘nieuwe’ uitgangspunten in de feitelijke context van rechtssystemen.

1.2.2 De contextuele uitwerking van de verhouding tussen de paradigma’s: een inventarisatie van de contextuele grondslagen voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie

Welke oplossingen voor de rechterlijke organisatie gekozen worden, is afhankelijk van het op het moment van de beslissingsvorming bestaande evenwicht tussen de grondslagen voor legitimiteit van het recht betreffende de rechterlijke organisatie. Vanuit de rechtsorde en de samenleving wordt die legitimiteit gegrond in het evenwicht tussen ‘autonomie’ en ‘responsiviteit’ van het recht ten aanzien van de vraag om realisatie van bepaalde (typen van) uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. Vanuit het perspectief van de wetenschap vertaalt die legitimiteitsvraag zich in een transformatie van discussie in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma naar discussie in het ‘new public management’-paradigma. Alvorens dieper in te gaan op dit dubbele effect van het uitgangspunt van ‘legitimiteit’, dient aandacht te worden besteed aan de inhoud van het concept.

- HET CONCEPT ‘LEGITIMITEIT’

‘Legitimiteit’ ziet op aanvaarding. Twee vragen dienen zich aan: aanvaarding van wat? aanvaarding door wie? De eerste vraag kan beantwoord worden door de dimensies van het concept ‘legitimiteit’ nader te bestuderen. Een antwoord op de tweede vraag volgt uit de vaststelling van de belanghebbende actoren bij de organisatie van de rechtspraak.

Dimensies van ‘legitimiteit’

Discussie in het licht van de paradigma’s voor de bestudering van de rechterlijke organisatie vindt uiteindelijk plaats met het oog op waarborging van de ‘legitimiteit’ van de

⁹⁴ Vgl. Loth & Gaakeer 2005, p. 56. Zie *supra*, Inleiding.

rechtspraak in haar verschillende dimensies. Teneinde de steun te verkrijgen en te behouden van belanghebbende actoren in de 'rechtsstaat' wordt getracht te voldoen aan de eisen van 'functionele', 'institutionele' en 'argumentatieve' legitimiteit van de rechtspraak als onderdeel van de staatsorganisatie.⁹⁵

De 'functionele legitimiteit' houdt verband met de rol die bepaalde constructies spelen in de staatsorganisatie of, als onderdeel daarvan, de organisatie van de rechtspraak. De 'functionele legitimiteit' van de organisatie van de 'rechtsstaat' wordt in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma gekoppeld aan organisatiestructuren die voor het publiek aanvaardbaar zijn in het licht van de centrale idee van regulering van overheidsmacht. In het 'new public management'-paradigma wordt ten aanzien van de 'functionele legitimiteit' aangeknoopt bij de organisatiestructuren die 'optimalisering' van de 'kwaliteitseisen' voor de staatsinstituties beloven. De organisatie van de rechtspraak is in het licht van de zoektocht naar 'functionele legitimiteit' slechts legitiem indien zij overeenkomt met de rol die door de samenleving aan de 'rechtspraak' is toebedacht.

'Institutionele legitimiteit' verbindt de rechtvaardiging van de organisatiestructuur van de Staat en van de rechtspraak aan waarborgen voor de uitoefening van taken in die structuur. In het kader van de rechtspraak kan vanuit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma gedacht worden aan de garantie van waarborgen voor 'onafhankelijkheid' die volgen uit de wijze van benoeming van rechters of uit de benoeming 'voor het leven'. Het 'new public management'-paradigma stuurt in dit geval aan op de realisatie van 'kwaliteitseisen' voor de staatsorganisatie. Wat betreft de organisatie van de rechtspraak volgt 'institutionele legitimiteit' in die context evenzeer uit de realisatie van 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' als uit de realisatie van de opnieuw gedefinieerde eisen van 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid'.

De 'argumentatieve legitimiteit' van de staatsorganisatie, tot slot, betreft de 'producten' van de staatsinstituties. In het kader van de rechtspraak hangt deze dimensie van 'legitimiteit' samen met de eisen ten aanzien van rechterlijke beslissingen. Het gezag van rechterlijke beslissingen berust in klassiek-rechtsstatelijk opzicht op de waarborg van rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Factoren als de heldere motivering van de beslissing en de consistentie van de jurisprudentie spelen hier een rol. In het 'new public management'-paradigma wordt naast deze factoren, die geïncorporeerd zijn in de 'kwaliteitseisen' voor de rechterlijke organisatie, aandacht gevraagd voor zaken als de beschikbaarheid van rechterlijke beslissingen voor het publiek en in samenhang daarmee de mogelijkheid van controle van de consistentie van de jurisprudentie. Bovendien kan elk van de paradigma's worden gekoppeld aan een ander publiek. In het klassiek-rechtsstatelijke paradigma is de rechterlijke beslissing gericht aan een rechtsgeleerd publiek, in het bijzonder aan de rechter in hoger beroep. In het 'new public management'-paradigma bestaat het publiek van de rechtspraak tevens uit de politiek en de samenleving, waardoor extra eisen worden gesteld aan rechterlijke beslissingen.

'Legitimiteit' van de rechterlijke organisatie vormt de optelsom van de afweging van belangen van verschillende actoren in de 'rechtsstaat'.

⁹⁵ Voor het onderscheid van de dimensies van 'legitimiteit' is aangeknoopt bij Loth 2007, pp. 15-16.

Belanghebbenden bij legitimiteit van de rechterlijke organisatie

De uitwerking van de verschillende uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie staat in dienst van de aanvaarding van oplossingen voor de rechterlijke organisatie door actoren binnen de rechtsorde. Die uitwerking dient in voldoende mate gehoor te geven aan ‘belangen’ van die verschillende actoren, dat wil zeggen: zaken waaraan aandacht wordt geschonken omdat er voordeel mee gemoeid is.⁹⁶ Wat betreft de organisatie van de Staat en van de rechtspraak wordt een ‘algemeen belang’ belichaamd door de onderscheiden uitgangspunten voor de staatsorganisatie.⁹⁷ Dit ‘algemene belang’ omvat meerdere dimensies. Bij de organisatie van de rechtspraak spelen ‘belangen’ op twee manieren een rol bij de afweging van de bevoegde normsteller. Enerzijds is sprake van invloed op de rechterlijke organisatie vanuit de belangensfeer van de samenleving (extern perspectief). In dat verband hebben belangen invloed op de verhouding van de rechterlijke organisatie ten opzichte van andere staatsmachten (wetgever en bestuur), andere rechtsordes (internationaal en Europees), andere vormen van geschilbeslechting (in het bijzonder ADR) en de rechtshulp, en de burger. Anderzijds wordt de rechterlijke organisatie beïnvloed door hervormingstendensen in de belangensfeer van de rechterlijke organisatie zelf (interne perspectief).⁹⁸ Het belang van spelers op het niveau van de internationale rechtsorde bij de organisatie van de rechtspraak op het nationale niveau kan worden ondergebracht bij de categorie ‘politiek’. De belangen van andere juridische professionals dan de rechter vallen goeddeels samen met de ‘rechterlijke’ belangen (wat betreft andere vormen van geschilbeslechting) of met de belangen van de burger (wat betreft de rechtshulp). Uit dit geheel van invloeden op de organisatie van de rechtspraak komen aldus drie categorieën van ‘belanghebbenden’ naar voren: de burger, de rechter, en de politiek.

De drie categorieën van ‘belangen’ blijken met elkaar in verbinding te staan. In de verhouding tussen staatsorganen en samenleving dienen de rechterlijke en politieke machten bij de realisatie van hun eigen belangen rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de burger. Omgekeerd mag van de burger worden verwacht dat hij respect heeft voor de instituties die zorgen voor het goed functioneren van de rechtsorde.⁹⁹ In de verhouding van de machten van de *trias politica* dienen wetgever en bestuur de gerechtvaardigde belangen van de rechterlijke macht te respecteren en is de rechterlijke macht gehouden tot respect van de belangen van de politieke machten voorzover deze door geldige regelgeving worden gewaarborgd.

‘Belangen’ vinden een weerslag in elk van de onderscheiden categorieën van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. Als voorbeeld van belangen die tot uitdrukking komen in ‘klassiek-rechtsstatelijke’ uitgangspunten kunnen worden

⁹⁶ Ten aanzien van de definitie van ‘belangen’, zie Groenendijk 1981, pp. 40-47. Zie tevens Emaus 2007, pp. 12-13.

⁹⁷ Naast het ‘algemeen’ belang kunnen ‘individuele’, ‘groepsbelangen’ en ‘collectieve’ belangen worden onderscheiden. Vgl. Groenendijk 1981, pp. 47-49.

⁹⁸ Vgl. Loth & Mak 2007, p. 82 met betrekking tot de afbakening van het domein van de rechtspraak via de begrenzing met aangrenzende domeinen.

⁹⁹ Vgl. Loth & Mak 2007, p. 89.

genoemd: het belang van de burger bij regulering van de macht in de Staat, onder andere via legitimiteitseisen aan de wetgever en de waarborg van 'onafhankelijke' rechtspraak; het belang van de rechter bij onafhankelijkheidswaarborgen ten aanzien van de politieke staatsmachten; het belang van de wetgever bij de realisatie, door middel van onafhankelijkheidswaarborgen, van legitimiteit ten aanzien van de externe en interne belanghebbenden bij de rechtspraak. 'Politieke' uitgangspunten vinden een onderbouwing in het belang van de burger en de rechter om gehoor te vinden bij de regelgevers voor de rechterlijke organisatie met wensen ten aanzien van de organisatie van de rechtspraak. In het geval van de burger kan als voorbeeld de roep om meer 'transparantie' van de rechterlijke organisatie worden genoemd. Vanuit de rechterlijke macht is een voorbeeld van een 'politiëk' belang de verdediging van een 'rechterlijk domein' ten opzichte van de wetgever en de uitvoerende macht: hoe ver gaat de autonomie van de rechters bij het vormgeven van hun eigen organisatie? De wetgever staat aan de andere kant van de belangenverhouding: vanuit de wens zijn handelen te legitimeren naar de samenleving toe, heeft hij er belang bij om 'responsief' te zijn ten aanzien van de wensen van burger en rechter met betrekking tot de organisatie van de rechtspraak. Wat betreft 'technisch- of sociaalwetenschappelijke' uitgangspunten speelt vanuit het perspectief van de burger het belang bij een beslissing binnen een redelijke termijn. Voor de rechterlijke macht is van belang dat voldoende kennis, tijd en (financiële en procedurele) middelen beschikbaar zijn om zaken af te doen. De wetgever dient de legitimiteit van de staatsorganisatie, inclusief de rechtspraak, te waarborgen door de garantie van de minimumeisen voor de rechterlijke organisatie in het oog te houden. 'Economische' uitgangspunten knopen voor elk van de belanghebbenden bij de organisatie van de rechtspraak aan bij het belang om 'efficiëntie' van de rechterlijke organisatie gemaximaliseerd te zien worden in de kosten-baten-afweging voor de rechterlijke organisatie.

De inhoudelijke aspecten van en invloeden op de 'legitimiteit' van de rechterlijke organisatie zijn hiermee in kaart gebracht. Teneinde te bepalen hoe legitimiteit van de rechterlijke organisatie in hedendaagse 'rechtsstaten' gerealiseerd kan worden, dient een inventarisatie plaats te vinden van de voorwaarden voor realisatie van die 'legitimiteit'.

- VOORWAARDEN VOOR 'LEGITIMITEIT': DE VASTSTELLING VAN HET EVENWICHT TUSSEN 'AUTONOMIE' EN 'RESPONSIEF RECHT'

De keuze van oplossingen voor de rechterlijke organisatie vindt plaats in de interactie tussen recht en samenleving. De daadwerkelijke wisselwerking tussen recht en samenleving is afhankelijk van het gekozen verband tussen beide, ofwel de wijze waarop door het recht wordt tegemoet gekomen aan eisen en wensen die vanuit de samenleving naar voren worden gebracht. Mogelijke verbanden tussen recht en samenleving vloeien voort uit de concepten van 'autonomie' en 'responsiviteit' en hun invloed op de realisatie van legitimiteit van de sociale orde. Die legitimiteit kan worden bereikt door middel van een 'optimale' afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het licht van de grondslagen van 'autonomie' en 'responsiviteit' van het recht. Met betrekking tot het kader voor die afweging dient een compatibilisering plaats te vinden van klassiek-

rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten voor de discussie over de rechterlijke organisatie. De afwegingscriteria en hun implicaties voor de discussie in de paradigma’s voor de rechterlijke organisatie zullen nu nader worden bestudeerd.

‘Autonomie’ en ‘responsiviteit’ als afwegingscriteria voor uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie

Het recht in de moderne rechtsordes balanceert voortdurend tussen de uitgangspunten voor legitimiteit die voortvloeien uit de concepten van ‘autonomie’ en ‘responsiviteit’. Deze uitgangspunten staan in direct verband met de verschijningsvormen van ‘law in society’ die zijn onderscheiden door Nonet en Selznick.¹⁰⁰ Als opvolger van ‘repressief recht’, gericht op de handhaving van de positie van de machthebbers¹⁰¹, wordt met ‘autonoom recht’ beoogd de institutionele autonomie van de autoriteiten in de Staat te beschermen.¹⁰² Het recht, als uitdrukking van de rechtsnormen die inherent zijn aan de samenleving, vormt een waarborg voor de bescherming van de fundamentele waarden van de sociale orde. Indien de binding aan het geldende recht als voornaamste grond voor legitimiteit van de sociale orde wordt aangemerkt, ligt ‘de belofte van autonoom recht’ in legaliteit.¹⁰³ Met de evolutie van de rechtsorde en de samenleving kan ‘autonoom recht’ echter zijn doel voorbij schieten en aan gezag inboeten als middel ter realisatie van de legitimiteit van de sociale orde.¹⁰⁴ Het uitgangspunt van ‘legaliteit’ voldoet om die reden niet meer ten volle als uitgangspunt voor legitimiteit van het recht in de huidige context van westerse ‘rechtsstaten’:

‘Legaliteit kan (...) omslaan in legalisme, met name wanneer de spanning tussen materiële en procedurele rechtvaardigheid te groot wordt. In tijden van politieke verandering of culturele vernieuwing wordt de nadruk op conformiteit en regels in toenemende mate als klemmend ervaren, zoals met name de jaren zestig van de vorige eeuw lieten zien.’¹⁰⁵

Een antwoord ter hernieuwde verzekering van de legitimiteit van het recht komt in de garantie van ‘responsief recht’. ‘Responsief recht’ legt de nadruk op de rol van het recht als ‘het hernieuwde streven naar functionaliteit, naar doelgerichtheid in het recht’.¹⁰⁶ Het recht vormt in dit opzicht een instrument om beleid betreffende de beheersing en sturing van de rechtsorde te incorporeren in wetgeving.

De debatten ten aanzien van de organisatie van de rechtspraak in hedendaagse ‘rechtsstaten’ staan in het teken van de vaststelling van het evenwicht tussen ‘autonomie’ en ‘responsiviteit’ van het recht betreffende de rechterlijke organisatie. Overwegingen

¹⁰⁰ Nonet & Selznick 1978.

¹⁰¹ Nonet & Selznick 1978, p. 29.

¹⁰² Nonet & Selznick 1978, p. 54.

¹⁰³ Nonet & Selznick 1978, p. 54; vgl. Loth & Gaakeer 2005, p. 333.

¹⁰⁴ Vgl. Nonet & Selznick 1978, p. 71 en p. 77.

¹⁰⁵ Loth & Gaakeer 2005, p. 333.

¹⁰⁶ Loth & Gaakeer 2005, p. 333; Nonet & Selznick 1978, p. 77.

in de debatten over de modernisering van de rechterlijke organisatie in westerse democratieën laten duidelijk een roep om ‘responsief recht’ zien. Nadruk ligt op de uitwerking van het uitgangspunt van ‘functionaliteit’ ter realisatie van een ‘transparante’, ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ rechterlijke organisatie. Tegelijkertijd bestaat echter het besef dat traditionele beginselen van ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ van de rechtspraak blijvend bescherming behoeven. Hoewel oplossingen die worden gegrond in klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten in bepaalde opzichten niet meer kunnen beantwoorden aan de eisen aan de rechterlijke organisatie in het huidige tijdsgewricht, moet ervoor worden gewaakt het kind met het badwater weg te gooien. De overstap naar de zoektocht van oplossingen voor de rechterlijke organisatie op basis van ‘new public management’-uitgangspunten mag niet leiden tot een zuiver ‘doelgerichte’ benadering waarbij fundamentele waarden van de ‘rechtsstaat’ in de verdrukking komen. De afweging van oplossingen voor de organisatie van de rechtspraak in de rechtsordes van moderne ‘rechtsstaten’ vertaalt zich in de vaststelling van een evenwicht tussen legitimiteit gebaseerd op de uitgangspunten van ‘autonoom recht’ enerzijds en ‘responsief recht’ anderzijds.¹⁰⁷

Bij die afweging is van groot belang welke status in de ‘rechtsstatelijke’ rechtsorde toekomt aan de aangeboorde uitgangspunten voor de vorming van oplossingen voor de rechterlijke organisatie. Die status is, zoals wij hebben gezien, afhankelijk van de keuze voor een paradigma voor de discussie over de rechterlijke organisatie. Door een koppeling te maken met het evenwicht tussen ‘autonoom’ en ‘responsief’ recht kan onderbouwd worden op welke wijze de paradigma’s een bijdrage leveren aan de realisatie van maximale legitimiteit van de rechterlijke organisatie in de actuele context van de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen en voor welke keuze de deelnemers aan moderniseringsdebatten voor de rechterlijke organisatie zich in dit verband geplaatst zien.

De afweging van uitgangspunten: een compatibilisering van twee discoursen in een nieuw constitutioneel kader

De uitwerking van het evenwicht tussen ‘autonomie’ en ‘responsiviteit’ van het recht betreffende de rechterlijke organisatie komt tot uitdrukking in het geheel van beginselen dat, na bestudering in het licht van (een van) de beschreven paradigma’s, aanleiding geeft tot invoering van bepaalde oplossingen voor de rechterlijke organisatie. Dit geheel van beginselen kan worden aangeduid als het ‘materieel-constitutionele kader’¹⁰⁸ voor de rechterlijke organisatie in de ‘rechtsstaat’. Het constitutionele kader schept de voorwaarden voor de uitdrukking van de beginselen die ertoe behoren in ‘oplossingen’ ofwel ‘regels’ voor de rechterlijke organisatie. Die voorwaarden vloeien voort uit het beginsel

¹⁰⁷ In tegenstelling tot Nonet en Selznick, die een verschuiving van ‘autonomie’ naar ‘responsiviteit’ van het recht bepleiten, sluit ik mij aan bij het standpunt van Loth, die een balans tussen ‘autonomie’ en ‘responsiviteit’ voorstaat. Zie Loth 1998b, in het bijzonder pp. 16-19.

¹⁰⁸ De benaming van het ‘materieel-constitutionele’ kader verklaart zich in de samenhang met de benaming van het ‘formeel-constitutionele’ kader dat in het volgende hoofdstuk onderscheiden zal worden. Zie *infra*, hoofdstuk 2.

van legaliteit van normstelling in de ‘rechtsstaat’. Zij zien op de erkenning van normstellers voor de rechterlijke organisatie en de vaststelling van de bevoegdheidssferen van die normstellers. Tevens geeft het constitutionele kader aan welk evenwicht van beginselen in een gegeven tijdsgewricht het uitgangspunt vormt voor de keuze van oplossingen voor de rechterlijke organisatie. Op die manier vindt een inhoudelijke begrenzing plaats van de functie-uitoefening door de bevoegd verklaarde normstellers.

Drie functies van dit materieel-constitutionele kader kunnen nu worden benoemd.¹⁰⁹ In de eerste plaats vormt het constitutionele kader een *waarborg* voor de bescherming van de fundamentele waarden van de sociale orde. In de tweede plaats is het constitutionele kader het *instrument* om beleid betreffende de organisatie van de sociale orde te incorporeren in wetgeving. Tot slot dient het constitutionele kader als *legitimatie* voor de op grond ervan totstandgekomen regelgeving: door bevoegde normstellers vastgestelde regels worden geaccepteerd zolang zij voldoen aan de algemeen aanvaarde uitgangspunten van het constitutionele kader. Voor de discussie over de rechterlijke organisatie is van belang om vast te stellen wat de inhoud van het constitutionele kader is: welke beginselen maken deel uit van dit kader en in hoeverre geeft het kader zelf aan hoe die beginselen zich tot elkaar verhouden?

Voor opname in het constitutionele kader is een vereiste dat uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie een ‘juridische’ status hebben, dat wil zeggen: dat zij als ‘beginselen’ gekwalificeerd kunnen worden. Uitgangspunten die de status van ‘beginselen’ hebben, drukken een ‘dwingende’ stempel op de juridische discussie: zij *moeten* meegewogen worden in de beslissing ten aanzien van oplossingen voor de rechterlijke organisatie. Uitgangspunten die de status van ‘beleidsdoelen’ hebben, hebben slechts een aanvullende rol in de juridische discussie: zij *kunnen* meegewogen worden in de beslissing ten aanzien van oplossingen voor de rechterlijke organisatie. Wij hebben gezien dat de classificatie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie als ‘beginsel’ of als ‘beleidsdoel’ verschilt al naar gelang onderzoek plaatsvindt in het licht van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma of in het licht van het ‘new public management’-paradigma.¹¹⁰ De keuze van het paradigma voor de discussie over de rechterlijke organisatie wordt daarmee van doorslaggevende invloed op de vaststelling van de inhoud van het materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie.

Met het oog op de realisatie van maximale ‘legitimiteit’ van het recht betreffende de rechterlijke organisatie in de verhouding tussen recht en samenleving dienen de discourses in de twee paradigma’s voor de rechterlijke organisatie compatibel gemaakt te worden. Het klassiek-rechtsstatelijke paradigma kwalificeert slechts ‘klassiek-rechtsstatelijke’ uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie als ‘beginsel’. ‘New public management’-uitgangspunten blijven in dit kader voor de discussie onderbelicht, doordat zij slechts de status van ‘beleidsdoel’ hebben, en daarmee een ‘juridische’ status als afwegingscriterium in het constitutionele kader ontberen. In de hedendaagse context van moderne ‘rechtsstaten’ zet het discours in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma te veel in op de ‘autonomie’ van het recht als waarborg van de rechten van de burger. In het

¹⁰⁹ Vgl. Van der Hoeven 1989, p. 19.

¹¹⁰ Zie *supra*, par. 1.2.1.

licht van de toegenomen maatschappelijke roep om ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de staatsorganisatie, dreigen de deelnemers aan het klassiek-rechtsstatelijke discours zich in een ‘ivoren toren’ te isoleren. Discussie in het ‘new public management’-paradigma geeft gehoor aan de roep om ‘responsief’ recht. Het ‘new public management’-paradigma kwalificeert ‘new public management’-uitgangspunten als ‘beginsel’ en erkent gelijktijdig de status als ‘beginsel’ van ‘klassiek-rechtsstatelijke’ uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. Met de nieuwe definiëring van het constitutionele kader in het licht van dit paradigma krijgen de normstellers voor de rechterlijke organisatie een instrument voor normstelling in handen dat is toegerust op de beantwoording aan de eisen van de tijd. De verhouding tussen de twee sferen van uitgangspunten die in het paradigma vertegenwoordigd zijn, is echter nog niet uitgekristalliseerd in de constitutionele praktijk. Gezocht moet worden naar een evenwicht waarin enerzijds ‘new public management’-beginselen tot volle wasdom kunnen komen en anderzijds de *noyau dur* van de klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de staatsorganisatie behouden blijft. Dit evenwicht moet tot stand gebracht worden door middel van een herwaardering van de klassiek-rechtsstatelijke beginselen die ten grondslag liggen aan de bestaande constitutionele en lagere regelgeving voor de rechterlijke organisatie, met inachtneming van de ‘nieuwe’ categorie van ‘new public management’-beginselen. Teneinde meer inzicht te verkrijgen in de mogelijkheid van een gecontroleerd verloop van dit evaluatieproces, zal in het volgende hoofdstuk aandacht worden besteed aan het bestaande formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie dat de bedoelde evaluatie beheerst en aan de factoren die van invloed zijn op de evolutie van dit kader.

De twee discoursen die aan de basis staan van de organisatie van de rechtspraak in de moderne ‘rechtsstaat’ sluiten aan bij onderscheiden dimensies van de legitimiteit van overheidsrechtspraak. Die legitimiteit komt tot uitdrukking in het evenwicht tussen de ‘autonome’ status van het recht betreffende de rechterlijke organisatie als waarborg van fundamentele waarden van de rechtsorde en van de samenleving als geheel, en de ‘responsieve’ status van dat recht als een instrument om actuele beleidsdoelen te realiseren. Bij de bepaling van het evenwicht tussen de twee dimensies van legitimiteit moet een afweging worden gemaakt tussen argumenten die zijn gericht op de regulering van overheidsmacht enerzijds en argumenten die de nadruk leggen op het ‘optimale’ functioneren van de rechterlijke organisatie anderzijds. Wij hebben gezien dat de eerste serie argumenten voortkomt uit een discours dat zijn grondslag heeft in een klassiek-rechtsstatelijk paradigma, met ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ als centrale uitgangspunten voor de organisatie van de rechtspraak. De tweede reeks argumenten heeft, zoals is gebleken, zijn oorsprong in een ‘new public management’-paradigma, waarin ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van organisaties naast de klassiek-rechtsstatelijke argumenten betreffende de organisatie van de rechtspraak komen te staan.

Een analyse van de verhouding tussen de paradigma's toont aan dat het 'new public management'-paradigma over het klassiek-rechtsstatelijke paradigma voor onderzoek naar de staatsorganisatie is heengeschoven. Klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten hebben een plaats in dit paradigma behouden, maar in de afweging van argumenten voor de rechterlijke organisatie worden zij geconfronteerd met een nieuwe groep van uitgangspunten met de status van 'beginsel': de 'new public management'-beginselen. In veel gevallen lijken de typen van uitgangspunten elkaar aan te vullen of te versterken: 'onafhankelijke' en 'onpartijdige' rechtspraak door middel van machtscheiding en 'territoriale' verdeling van rechtsmacht zijn in harmonie met de uitgangspunten van een 'transparante', 'effectieve' en 'efficiënte' organisatie van de rechtspraak. Soms lijken de typen van uitgangspunten elkaar echter te door kruisen: de afweging van nieuwe organisatorische maatregelen ter vergroting van de 'transparantie', 'effectiviteit' of 'efficiëntie' van de rechterlijke organisatie kan tegen de achtergrond van uitgangspunten van klassieke rechtsstatelijkheid tot spanningen leiden. Een voorbeeld betreft de invoering van meer 'specialisatie' in de rechtspraak.¹¹¹

Een mogelijkheid tot compatibilisering van argumenten uit de twee discoursen wordt gegeven door de constitutionele vaststelling van een evenwicht tussen beginselen in het licht van het 'new public management'-paradigma voor de rechterlijke organisatie. Deelnemers aan het klassiek-rechtsstatelijke discours zullen moeten accepteren dat de realisatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen plaatsvindt in een afweging met 'new public management'-beginselen. Deelnemers aan het 'new public management'-discours dienen bij de realisatie van 'new public management'-beginselen oog te houden voor de waarborg van de *noyau dur* van klassiek-rechtsstatelijke beginselen. De hernieuwing en maximalisatie van de legitimiteit van de rechterlijke organisatie die op deze wijze tot stand wordt gebracht, komt in de voor het onderzoek geselecteerde 'rechtsstaten' tot uitdrukking in het kader van de 'formele Constitutie'. Het is tijd om te bezien hoe het formeel-constitutionele kader eruit ziet en welke factoren van invloed zijn op de ontwikkeling van dit kader in de evolutie van de 'rechtsstaat'.

¹¹¹ Vgl. *infra*, hoofdstuk 6.

Hoofdstuk 2

De rechtspraak in een constitutioneel kader: de juridische ordening van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie

Met de analyse in hoofdstuk 1 is een eerste aanzet gegeven voor de beantwoording van de vraag hoe argumenten gebaseerd op klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en argumenten gebaseerd op 'new public management'-uitgangspunten compatibel gemaakt kunnen worden in een juridisch afwegingskader voor de rechterlijke organisatie. De bestudering van die vraag blijkt in hedendaagse westerse 'rechtsstaten' plaats te vinden tegen de achtergrond van de overgang van een klassiek-rechtsstatelijk paradigma naar een 'new public management'-paradigma voor de discussie over de rechterlijke organisatie. De uitwisseling van argumenten ondervindt de gevolgen van die paradigmawisseling in de vorm van een herdefiniëring van de legitimerende status van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en van 'new public management'-uitgangspunten in de sociale orde van de 'rechtsstaat' en de daarmee gepaard gaande wijziging van het materieel-constitutionele kader van beginselen voor de rechterlijke organisatie.

In het licht van de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag, betreffende de afweging van de twee typen van uitgangspunten met het oog op de realisatie van een maximaal legitieme rechterlijke organisatie in de 'rechtsstaat', dient nu in de tweede plaats te worden bekeken hoe uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie tot uitdrukking komen in formele regelgeving die de 'legale' basis vormt voor de organisatie van de rechtspraak in de 'rechtsstaat'. Dat onderzoek kan worden aangevat door voor de geselecteerde rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland te bezien hoe in die systemen het concept van de 'rechtsstaat' is uitgewerkt met betrekking tot de formele normstelling voor de omgang met problemen van organisatie van de rechtspraak.¹ Door overeenkomsten en verschillen tussen die rechtssystemen te vergelijken, zal een blauwdruk van het 'formeel-constitutionele kader' worden vastgesteld, die kan dienen als *tertium comparationis* of grondslag voor de vergelijking van oplossingen voor de rechterlijke organisatie in de geselecteerde systemen. Met andere woorden: getracht zal worden een gemeenschappelijke rechtsstatelijk-constitutionele basis bloot te leggen voor de normstelling met betrekking tot de rechterlijke organisatie in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

Een eerste inventarisatie leert dat de primaire vindplaats van uitgangspunten die deel uitmaken van het referentiekader voor de rechterlijke organisatie in de onderzochte rechtsstelsels wordt gevormd door de geschreven 'Constitutie': het geheel van normen in het rechtssysteem dat slechts gewijzigd kan worden via een procedure die zwaarder is dan de wijzigingsprocedure voor alle andere geschreven normen in het rechtssysteem.²

¹ Voor een verantwoording van de selectie van deze rechtssystemen, zie *supra*, Inleiding.

² Pfersmann 2001a, p. 72.

De Constitutie geldt als weergave van een formeel-constitutioneel kader van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie (2.1). Daarmee zijn echter niet alle factoren die de normering van de rechterlijke organisatie bepalen aan de oppervlakte gebracht. De Constitutie is geen statisch gegeven, maar evolueert met de ontwikkeling van de sociale orde die zij beheerst. De ontwikkeling van het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie in de onderzochte rechtssystemen is in het licht van de facilitering van die dynamiek afhankelijk van de mogelijkheden tot wijziging, toetsing en aanvulling van de door het formeel-constitutionele kader gegeven normen (2.2).

2.1 De vindplaats van juridische normen voor de rechterlijke organisatie: de Constitutie als weergave van een formeel-constitutioneel kader

Het in hoofdstuk 1 in kaart gebrachte materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie vindt in een legitieme en legale organisatie van de ‘rechtsstaat’ een weerslag in de geschreven Constitutie. Voor een beter begrip van de verhouding tussen die twee platformen voor de uitdrukking van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie, moet nader worden ingegaan op de kenmerken van het proces van ‘constitutionalisering’ van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie (2.1.1). Aansluitend wordt bekeken welke consequenties in de onderzochte rechtssystemen, met betrekking tot de uitwerking van het materieel-constitutionele kader van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie, verbonden zijn aan de formalisering van normen in de Constitutie (2.1.2).

2.1.1 De constitutionalisering van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie

Het begrip ‘constitutionalisering’ ziet op de kwalificatie van normen als ‘formeel-constitutionele’ normen in een rechtssysteem, ofwel de opbouw door bevoegde normstellers van ‘een structuur van regels betreffende het functioneren van een in zelfstandigheid en bestuurlijke autonomie opererende politieke gemeenschap van personen en hun fundamentele rechten’.³ Met betrekking tot de constitutionalisering van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie dienen twee aspecten belicht te worden. In de eerste plaats zal, vanuit formeel-juridisch oogpunt, aandacht worden besteed aan de uitwerking van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in regels van positief constitutioneel recht. In de tweede plaats dient, vanuit inhoudelijk oogpunt, te worden ingegaan op de vraag hoe de betekenis van die ‘geconstitutionaliseerde’ uitgangspunten kan worden vastgesteld.

- DE UITWERKING VAN UITGANGSPUNTEN VOOR DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE IN HET POSITIEVE CONSTITUTIONELE RECHT

Tot nu toe hebben wij volstaan met aan te geven dat uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie behoren tot categorieën van ‘normen’ die kunnen worden gekwalificeerd als ‘beginselen’ dan wel als ‘beleidsdoelen’.⁴ Ter inleiding van het thema van de invloeden

³ Nolte 2005, p. 5.

⁴ Vgl. *supra*, par. 1.2.1.

op de organisatie van de rechtspraak was het nodig om de inhoudelijke of materieel-constitutionele elementen te duiden die in dat kader een rol spelen. Nu wij zijn aangekomen bij de behandeling van de formele inbedding van de onderkende elementen in regels van positief recht, moet de status van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het positieve constitutionele recht worden verduidelijkt. Een analyse van het onderscheid tussen 'beginselen' en 'beleidsdoelen' enerzijds en 'regels' van positief recht anderzijds gaat vooraf aan de uiteenzetting van de wijzen van introductie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het positieve recht en de rol die in dat verband wordt gespeeld door wetgever en rechter.

De status van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie revisited⁵: 'beginselen', 'beleidsdoelen' en 'regels'

In hoofdstuk 1 is gebleken dat uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in de 'rechtsstaat' op inhoudelijke basis gekwalificeerd kunnen worden als 'beginselen' of als 'beleidsdoelen'. Met de codificatie van die typen van normen in het geschreven recht wordt de vraag relevant naar de verhouding tussen 'beginselen' en 'beleidsdoelen' enerzijds en 'regels' waarin zij tot uitdrukking komen anderzijds. 'Regels' zijn normen die permissies, geboden en verboden bevatten.⁶ 'Regels' gelden in een rechtsorde op basis van een uit de sociale orde voortvloeiende '*rule of recognition*', een formeel mechanisme ter aanduiding van 'the point at which a private view of members of the society, or of influential sections or powerful groups in it, ceases to be a private view and becomes (...) binding on all members notwithstanding their disagreement with it.'⁷

'Rechtsbeginselen', als onderdeel van de Dworkiniaanse categorie van '*principles*',⁸ verschillen op twee punten van de categorie van rechtsnormen die wordt gevormd door 'regels'. 'Regels' wijzen de richting aan naar specifieke beslissingen over juridische verplichtingen in specifieke omstandigheden.⁹ Zij kenmerken zich door een 'alles-of-niets'-karakter ('regels' kunnen wel of niet gerealiseerd worden) en door het karakter van 'vaststelling' ('*Festsetzung*') in het domein van het feitelijke en het volgens het recht mogelijke.¹⁰ Over 'beginselen' kan worden gezegd dat zij in verschillende mate gerealiseerd kunnen worden. Bovendien hangt de geboden mate van verwezenlijking van 'beginselen' niet slechts van feitelijke maar ook van in het recht besloten mogelijkheden af. In die zin kunnen 'rechtsbeginselen' worden omschreven als 'normen die

⁵ Voor een eerste inventarisatie van de status van deze uitgangspunten, in het 'materieel-constitutionele' kader voor de rechterlijke organisatie, zie *supra*, hoofdstuk 1.

⁶ Kelsen 1934, p. 15; cf. Dworkin 1977, p. 17; Hart 1961.

⁷ Raz 1983, p. 51; vgl. Waldron 1999, p. 39. Zie verder Hart 1961. Hier kan in het midden worden gelaten of de 'ultimate rule of recognition' een werkelijk bestaande norm is (zoals Hart 1961, p. 110 naar voren brengt: de 'ultimate rule of recognition' is een 'matter of fact') of een hypothetische norm, zoals Kelsen's '*Grundnorm*'. Vgl. Kelsen 1934, pp. 200-209.

⁸ Zie *supra*, par. 1.2.1.

⁹ Dworkin 1977, p. 24.

¹⁰ Alexy 1986, pp. 76-77.

worden gegeneerd in het recht om collisies tussen regels normatief te beslechten'.¹¹ De reikwijdte van de door het recht geboden mogelijkheden tot realisatie van een beginsel wordt bepaald door beginselen en regels die een andere richting aangeven dan het beginsel dat gerealiseerd moet worden.¹²

Hierboven is op inhoudelijke gronden een onderscheid gemaakt tussen twee typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie, te weten 'beginselen' ('*policies*') en 'beleidsdoelen' ('*principles*').¹³ Wij hebben erop gewezen dat die twee soorten uitgangspunten in verschillende tempo's bijdragen aan de ontwikkeling van de rechtsorde. '*Policies*' komen in het hier en nu tot stand en sturen de ontwikkeling van het positieve recht aan. '*Principles*' hebben een historische basis, zij kunnen in de geschiedenis worden gevonden, en rechtvaardigen de historisch tot stand gekomen rechtsregels.¹⁴ In de wisselwerking van de twee typen van uitgangspunten met het positieve recht komt dit verschil in karakter tot uitdrukking in de wijze van uitwerking van uitgangspunten in dat positieve recht. '*Policies*' zullen doorgaans slechts als complementair argument in de juridische discussie worden aangewend. Vanwege hun vluchtige karakter is fundering van regelgeving op '*policies*' alleen af te raden: op die manier kan geen constante basis voor de sociale orde worden ontwikkeld en wordt de autonome grondslag voor de legitimiteit van het recht geweld aangedaan. De doorwerking van '*principles*' in het positieve recht vormt het onderwerp van een langzamer ontwikkelingsproces, dat echter verder strekkende gevolgen heeft voor de inrichting van de rechtsorde.

De rol die 'beginselen' en 'beleidsdoelen' kunnen spelen bij de vormgeving van de rechterlijke organisatie is afhankelijk van de status die aan uitgangspunten van beide typen wordt toegekend in het positieve recht. Beginselen of waardeoordelen gaan deel uitmaken van het recht door hun relatie met geldende regels, maar worden zelf niet vastgesteld door de '*rule of recognition*'. Een (politiek of moreel) beginsel, zelfs als het door de meerderheid van de justitiabelen wordt onderschreven, is niet uit dien hoofde een rechtsbeginsel. Beginselen verkrijgen het karakter van '*rechtsbeginselen*' op grond van hun functie in verhouding tot rechtsregels:

'The rules which are rules of law are so in virtue of their pedigree; the principles which are principles of law are so because of their function in relation to those rules, that is, the function which those who use them as rationalizations of the rules thus ascribe to them.'¹⁵

'(...) the principles interact with the rules, underpin them, hedge them in, qualify them, justify the enunciation of new rulings as tested out by consequentialist arguments, and so on.'¹⁶

¹¹ Raes 1991, p. 782.

¹² Alexy 1986, p. 76-77.

¹³ Zie *supra*, par. 1.2.1.

¹⁴ Vgl. Dworkin 1986, p. 372.

¹⁵ MacCormick 1978, p. 233.

¹⁶ MacCormick 1978, p. 244.

Anders dan rechtsregels, die binden op basis van hun wijze van totstandkoming, binden rechtsbeginselen vanwege hun inhoud: zij vormen ‘het morele cement van het recht’.¹⁷ De rol van ‘rechtsbeginselen’ in verhouding tot bepalingen van positief recht bestaat erin waarden meer expliciet te maken: ‘it is a matter of making sense of law, as much as of finding the sense which is already there.’¹⁸ ‘Beleidsdoelen’, als tweede categorie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie, spelen slechts een rol in het juridische kader voor zover zij – op extrajuridische gronden – zijn meegewogen bij de realisatie van oplossingen voor de rechterlijke organisatie in het positieve recht.¹⁹

De introductie van ‘beginselen’ in het recht wordt in ‘civil law’-systemen gerealiseerd via interpretatie door de bevoegde normsteller van bepalingen van geschreven recht. De status van een bepaald beginsel in een rechtssysteem wordt daarmee afhankelijk van de plaats in de hiërarchie van normen van de gecodificeerde rechtsnorm waarbij wordt aangeknoopt. De classificatie van beginselen in het licht van bepalingen van geschreven recht (‘grondrechten’ of rechtsregels met een andere status) is vooral van belang voor de vaststelling van de constitutionele rang van die beginselen of meer algemeen: de status van gecodificeerde beginselen in de hiërarchie van normen van geschreven recht.²⁰ Dit brengt ons bij de vraag naar de wijze van introductie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het positieve recht.

De wijze van introductie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het positieve recht: de rol van wetgever en rechter

Bij de uitwerking van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in regels van positief recht is in de eerste plaats een rol weggelegd voor de wetgever. Een uitgangspunt van het ‘liberale’ gedachtegoed dat ten grondslag ligt aan de ‘rechtsstaat’ is immers ‘dat het speciaal aan de democratisch gekozen volksvertegenwoordiging is om de nieuwe waarden in wetgeving te normeren’.²¹ Een onderscheid kan in dit verband worden gemaakt tussen verschillende soorten ‘wetgevers’: op het interne niveau van de ‘rechtsstaat’ worden normen van algemene strekking gesteld door de ‘constitutionele’ wetgever, door de ‘organieke’ wetgever en door de ‘gewone’ wetgever. De drie ‘wetgevers’ zijn respectievelijk bevoegd voor de productie van normen van formeel-constitutionele aard, voor de productie – in een ‘gewone’ of specifieke wetgevingsprocedure²² – van

¹⁷ Loth & Gaakeer 2005, p. 75. Vgl. *supra*, par. 1.2.1.

¹⁸ MacCormick 1978, p. 234.

¹⁹ Vgl. *supra*, par. 1.2.1 ten aanzien van de complementerende aard van ‘beleidsdoelen’ in het afwegingskader voor oplossingen voor de rechterlijke organisatie. Ten aanzien van de oplossingen die in regelgeving worden uitgewerkt op basis van beleidsdoelen kan een parallel worden getrokken naar de door De Waard onderscheiden categorie van ‘inrichtingseisen’ voor de rechtspraak, die naast ‘beginselen’ staat. Zie De Waard 1987, p. 107.

²⁰ Zie *infra*, par. 2.2.2.

²¹ Vis 2006.

²² In het Nederlandse rechtssysteem bestaat geen aparte procedure voor de productie van ‘organieke’ normen. Zie Kortmann 2005, pp. 28-29. In het Franse rechtssysteem geldt in dit verband de procedure van artikel 46 van de *Constitution* van 1958.

normen waarvan de productie direct wordt opgedragen door de formele Constitutie, en voor de productie van normen in een ‘gewone’ wetgevingsprocedure op basis van wetsvoorstellen afkomstig van de bevoegde initiatiefnemers.²³

De introductie van ‘rechtsbeginselen’ voor de rechterlijke organisatie in het positieve recht door de wetgever vindt doorgaans plaats via ‘open normen’ of via regels voor de oplossing van een botsing van beginselen. Met ‘open normen’ kan de wetgever een richtsnoer geven voor normstelling door de lagere regelgever en voor toetsing door de rechter. Een voorbeeld van een ‘open norm’ betreffende de inhoudelijke uitoefening van de rechterlijke functie wordt gevormd door de ‘redelijkheid en billijkheid’ van artikel 6:2 lid 2 BW. Het karakter van ‘beginselen’ als ‘optimaliseringsgeboden’ van het recht²⁴ komt tot uitdrukking in regels van positief recht die als onderdeel van een ‘*Kollisionsgesetz*’ uitdrukking geven aan twee ‘beginselen’, waarvan de inhoud niet kwantificeerbaar is en waarvan de voorrangrelatie pas in het concrete geval kan worden vastgesteld.²⁵ Als voorbeeld kan worden gewezen op in de Constitutie vervatte grondrechten en de clausules betreffende geoorloofde beperking van die grondrechten. In gevallen waarin een afweging van grondrechten wordt gevraagd, zijn ‘beginselen’ relevant voor de te nemen beslissing indien zij terecht kunnen worden ingeroepen ter onderbouwing of ter ontkrachting van de ‘grondrechtelijke’ beslissing van de normsteller. Indien het beginsel of beleidsdoel terecht wordt aangevoerd, geldt het.²⁶ De relevante beginselen kunnen zowel ‘*principles*’ als ‘*policies*’ zijn, waarbij ook ‘*policies*’, die betrekking hebben op collectieve goederen, zowel argumenten kunnen opleveren tegen bescherming van grondrechten als argumenten vóór de bescherming van grondrechten.²⁷ De invloed van ‘*policies*’ blijft – zoals al eerder gezegd – beperkt tot een complementerende rol.

Met betrekking tot de verschillende niveaus van ‘wetgeving’ vormt de Constitutie het eerste platform voor de uitdrukking van ‘beginselen’. De organieke en gewone wetgever dienen bij dit referentiekader aan te knopen voor de uitwerking van regelgeving. Aanknoping bij een bepaalde constitutionele bepaling is echter niet in alle gevallen voorgeschreven: de Constitutie laat doorgaans een bepaalde speelruimte aan de wetgever. Omdat veel constitutionele beperkingsclausules de mogelijkheid voor de wetgever omvatten om zelf te beslissen bij welke beginselen hij aansluiting wil zoeken, kan de wetgever grondrechten beperken op basis van beginselen die vanuit het oogpunt van de Constitutie niet gevolgd hoeven te worden.²⁸ In het kader van de interpretatie van grondrechten zijn bijvoorbeeld ook beginselen relevant die niet op inhoudelijke gronden aan een grondwettelijke bepaling kunnen worden gekoppeld. Gedacht kan worden aan de opportuniteit van invoering van een bepaalde wettelijke regel.

De uitwerking van ‘beginselen’ in het recht ligt in het geval van concretisering van beginselen niet alleen bij de wetgever. Een belangrijke rol wordt gespeeld door de

²³ Zie in meer detail *infra*, par. 2.1.2.

²⁴ Vgl. *supra*, par. 1.2.1.

²⁵ Alexy 1986, p. 84.

²⁶ Alexy 1986, p. 117.

²⁷ Alexy 1986, p. 118.

²⁸ Alexy 1986, p. 119.

rechter. In het geval van ‘tegenbeginselen’ is de rechter bijvoorbeeld de normsteller die ‘beginselen’ in het positieve recht introduceert. ‘Tegenbeginselen’ zijn uitgangspunten die tot op zekere hoogte aanvaard zijn in de samenleving maar nog niet vanzelfsprekend zijn geworden.²⁹ Zij zullen geleidelijk hun intrede doen in het recht, als aanvulling op reeds erkende ‘beginselen’. In eerste instantie kan een ‘tegenbeginsel’ in enkele concrete gevallen boven het ‘beginsel’ van de bindende kracht van de wet gaan. In de loop der tijd kan een ‘tegenbeginsel’ verworden tot een ‘beginsel’ van het recht, in die zin dat het onderwerp wordt van een ‘open norm’. ‘Tegenbeginselen’ brengen dynamiek in het recht, zij vormen een voorbereiding op veranderingen in het systeem van uitgangspunten dat aan de structuur van de samenleving ten grondslag ligt, en zij kunnen bijdragen aan de optimalisering van het rechtssysteem.³⁰

De rol van de rechter bij de introductie van ‘tegenbeginselen’ hangt samen met de flexibiliteit van de uitoefening van de rechterlijke functie ten aanzien van de wetgevende functie. Op basis van die flexibiliteit is aannemelijk dat de rechter sneller dan de wetgever kan reageren op veranderingen in de samenleving, en dus eerder gehoor kan geven aan de roep om erkenning van een bepaald beginsel. Vanwege het uitgangspunt van de algemene normstellende competentie van de wetgever dient de rechter echter zorgvuldig om te gaan met de verankering van een beslissing in ‘beginselen’ die geen deel uitmaken van of die niet direct voortvloeien uit het geschreven recht. In welke gevallen is de rechter bevoegd om een beslissing te nemen op basis van een niet door de wetgever in het rechtssysteem geïntroduceerd ‘beginsel’? In welke gevallen heeft een dergelijk ‘tegenbeginsel’ voorrang ten opzichte van een ‘regel’ van geschreven recht, of ten opzichte van een in een ‘open norm’ neergelegd ‘beginsel’? Dworkin heeft in dit verband de concepten *‘fit’* en *‘justification’* geïntroduceerd.³¹ De eerste voorwaarde voor de voorrang van een niet gecodificeerd ‘beginsel’, ofwel een ‘tegenbeginsel’, hangt samen met het aspect van *‘fit’*: past het ‘tegenbeginsel’ in voldoende mate in de norm die geïnterpreteerd moet worden, in de relatief ‘vaststaande’ onderdelen van die norm. In de tweede plaats is de voorrang van het ‘tegenbeginsel’ afhankelijk van het aspect van *‘justification’*: biedt het ‘tegenbeginsel’ een voldoende mate van rechtvaardiging van de praktijk in kwestie, dat wil zeggen: ondersteunt het ‘tegenbeginsel’ die praktijk en is het van zichzelf aantrekkelijk genoeg.³² Voorbeelden zijn op alle rechtsgebieden te vinden. Jan Leijten heeft een privaatrechtelijk leerstuk onder de loep genomen door te bekijken welke invloed van beginselen uitgaat in het kader van de rechtspraak op artikel 6:2 lid 2 BW inhoudende de ‘open’ norm van ‘redelijkheid en billijkheid’.³³

De incorporatie van ‘beginselen’ in het positieve (constitutionele) recht blijkt van een grote complexiteit te zijn. Duidelijk is in ieder geval geworden dat het onderzoek naar de constitutionele aspecten van de rechterlijke organisatie vraagt om aanknopingspunten bij verschillende rechtsbronnen waarin ‘beginselen’ tot uitdrukking komen, met inachtne-

²⁹ Leijten 1991, p. 725.

³⁰ Cf. MacCormick 1978, p. 245. Vgl. Kelsen 1945, pp. 100-113.

³¹ Dworkin 1986, p. 66.

³² Zie Soeteman 1991, p. 752.

³³ Leijten 1991, p. 724.

ming van invloeden vanuit de samenleving. Als slotsom kan gelden dat ‘beginselen’ door de bevoegde autoriteiten voor de uitwerking van constitutionele normen in het constitutionele recht kunnen worden ‘ingelezen’ indien aanknopng bij een constitutionele bepaling mogelijk is op inhoudelijke gronden dan wel op formele gronden betreffende de realisatie van een ‘optimaal’ functionerend rechtssysteem. Een belangrijke taak is weggelegd voor de rechter, die meer nog dan de wetgever een pioniersfunctie vervult als voortstuwcr van de rechtsontwikkeling door ‘responsiviteit’ ten aanzien van wensen vanuit de samenleving.

In Deel II van dit onderzoek zal uiteengezet worden welke specifieke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie met de status van ‘constitutionele norm’ door de normstellers voor de rechterlijke organisatie gerespecteerd moeten worden bij de regelgeving met betrekking tot die organisatie. Vooruitlopend op die exercitie is het van belang vast te stellen welke rol uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie spelen bij de vaststelling van de betekenis van constitutionele normen.

- DE ROL VAN UITGANGSPUNTEN VOOR DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE BIJ DE INTERPRETATIE VAN CONSTITUTIONELE NORMEN

Het onderzoek houdt een analytische benadering in van de normen van positief recht die betrekking hebben op de rechterlijke organisatie. In Deel II zal getracht worden vast te stellen aan welke klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten die normen uitdrukking geven. De centrale vraag is welke verhouding tussen die uitgangspunten in acht moet worden genomen door de bevoegde normstellers bij de vaststelling van regels voor de rechterlijke organisatie. De bedoelde uitgangspunten vormen echter slechts één aanknopingspunt voor de normstellers bij de uitleg van constitutionele bepalingen. Voor een beter begrip van de dynamiek van het positieve recht betreffende de rechterlijke organisatie dient de rol van ‘beginselen’ bij de interpretatie van constitutionele bepalingen te worden geplaatst in het kader van het geheel van interpretatiemethoden. Tevens dient bekeken te worden welke consequenties de gekozen interpretatiemethode heeft voor de vertaling in het formeel-constitutionele kader van het samenspel van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie.

Uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het geheel van constitutionele interpretatiemethoden

De betekenis van constitutionele bepalingen (en bepalingen van wetgeving en lagere regelgeving) kan via verschillende methoden worden vastgesteld. De interpretatiemethoden dragen bij aan de vaststelling van de betekenis van (constitutionele) bepalingen en aan de rechtvaardiging van de gekozen uitleg.³⁴ De volgende methoden kunnen worden onderscheiden: ‘grammaticale’ interpretatie; ‘systematische’ interpretatie; ‘wethistorische’ interpretatie; ‘rechtshistorische’ interpretatie; ‘anticiperende’ interpretatie; ‘teleologische’ interpretatie; interpretatie op basis van precedenten; interpretatie

³⁴ Franken 2003, p. 194.

op basis van een redenering naar analogie of a contrario; interpretatie met een beroep op de doctrine; interpretatie door middel van rechterlijke belangenafweging.³⁵

Bij dit arsenaal van interpretatiemethoden voegt zich de interpretatie op basis van rechtsbeginselen. Het rechtsbeginsel kan een aanvullende, een derogerende of een legitimerende werking hebben. Van aanvullende werking van beginselen is sprake indien voor een concreet geval geen oplossing in de wet is te vinden. Een rechtsbeginsel kan die leemte opvullen.³⁶ In geval van beperkende of derogerende werking van rechtsbeginselen wordt de strikte toepassing van de wet achterwege gelaten op grond van strijdigheid met een rechtsbeginsel. Het kan gaan om een afweging tussen een 'beginsel' en een 'tegenbeginsel'.³⁷ De legitimerende werking van beginselen komt tot uiting in een extra rechtvaardiging voor de toepassing van een regel. 'Beginselen' hebben slechts een relatief gewicht, dat wil zeggen: het belang van 'beginselen' voor de oplossing van een juridisch vraagstuk dient in ieder individueel geval opnieuw vastgesteld te worden.

Een twistpunt bij de interpretatie van constitutionele bepalingen betreft de vraag in hoeverre de context – ten tijde van de invoering van normen, en ten tijde van het zich voordoen van de interpretatievraag – van belang is voor de bepaling van de betekenis van de gecodificeerde rechtsnormen. De mate waarin bij de interpretatie van bepalingen rekening wordt gehouden met de context waarin de bepaling tot stand is gekomen of functioneert, is van invloed op het evenwicht in de spanningsverhouding tussen uitgangspunten in het materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie. De interpretatiemethoden moeten daarom beoordeeld worden op basis van de mate waarin zij uitdrukking geven aan veranderingen in dat constitutionele kader.

Uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie als uitdrukking van een veranderend constitutioneel kader

Afhankelijk van de gekozen interpretatiemethode is er meer of minder ruimte om bij de bepaling van de betekenis van regels rekening te houden met veranderingen in gewicht van beginselen. Het in de sociale orde nagestreefde evenwicht tussen klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en 'new public management'-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie komt daarmee afhankelijk van de gekozen methode meer of minder tot uitdrukking in het positieve recht.

Interpretatiemethoden die weinig ruimte geven voor het meewegen van contextuele factoren, laten weinig mogelijkheden om veranderde opvattingen in de sociale orde te verdisconteren in de betekenis van constitutionele bepalingen in de relevante context. Een verandering in het gewicht van beginselen zal op die manier niet snel zichtbaar worden in de uitleg van constitutionele bepalingen. Als voorbeeld stellen wij ons een constitutionele bepaling c voor, die op basis van wetshistorische interpretatie wordt geacht x te betekenen, waarbij x staat voor een bepaalde afweging van waarden door de wetgever ten tijde van de totstandkoming van de bepaling (t). Op moment t kan de balans van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen die

³⁵ Scholten 1931, pp. 33 e.v.; Vranken 1995, pp. 75 e.v.; Franken 2003, p. 194.

³⁶ Vgl. Scholten 1931, p. 63.

³⁷ Vgl. *supra*, deze paragraaf.

aan de afweging van de wetgever ten grondslag ligt, worden aangeduid met y . Op een later moment $t + 1$ is die verhouding echter veranderd. Het nieuwe evenwicht kan worden aangeduid met z . Indien als betekenis van de bepaling x wordt genomen, zonder de vraag te stellen of die betekenis aanleiding geeft tot een oplossing voor het voorliggende geval in samenhang met y of met z , blijft de veranderde verhouding van beginselen onderbelicht. Op basis van de verhouding z is echter wellicht aanvulling, derogering of legitimering van de door de constitutionele bepaling aangereikte oplossingsrichting vereist.³⁸

Deze constatering van de belangrijke rol van de context bij de vaststelling van de betekenis van constitutionele bepalingen pleit ervoor om veranderingen in gewicht van beginselen in acht te nemen bij de interpretatie van constitutionele bepalingen. In het licht van ontwikkelingen in de voor het onderzoek geselecteerde ‘rechtsstaten’ – ontwikkelingen die voortkomen uit de evolutie van de samenleving en uit de evolutie van het recht – geldt dat ‘centrale elementen van de rechtsstaat als de scheiding der machten en de rechterlijke onafhankelijkheid, het rechtszekerheidsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel, dienen te worden heroverwogen in het licht van nieuwe omstandigheden’.³⁹ De eis gaat echter verder. Op grond van de opkomst van het ‘new public management’-paradigma dienen ook de ‘nieuwe’ beginselen van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ aan een heroverweging te worden onderworpen, waarbij zij voor het eerst op gelijke rang meespelen als de klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de staatsorganisatie.⁴⁰

Samenvattend blijkt dat ‘beginselen’ in het positieve constitutionele recht tot uitdrukking komen via de codificatie in ‘open normen’ of via de interpretatie van constitutionele regels in het licht van het evenwicht van beginselen dat geldt in de context van het rechtssysteem. Afhankelijk van de door de bevoegde normsteller gekozen interpretatiemethode komt meer gewicht toe aan klassiek-rechtsstatelijke beginselen of aan ‘new public management’-beginselen en is er een grotere mogelijkheid om ruimte te geven aan de ontwikkeling van het evenwicht van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in de politieke en maatschappelijke context van een gegeven ‘rechtsstaat’. Wij hebben hiermee gezien op welke wijze beginselen betreffende de rechterlijke organisatie in het positieve recht van een rechtssysteem worden geïntegreerd. In het licht van de formeel-juridische neerslag van de evolutie van het evenwicht van beginselen voor de rechterlijke organisatie in de ‘rechtsstaat’ dienen nu de implicaties van de verhouding tussen het materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie en de geschreven ‘Constitutie’ nader bestudeerd te worden.

³⁸ Opgemerkt zij dat de betekenis van de constitutionele bepaling in zichzelf niet verandert, slechts de consequenties die zij oproept voor het concrete geval kunnen veranderen met een verandering van de context. Vgl. Pfersmann 2003.

³⁹ Loth 1998b, p. 19.

⁴⁰ Vgl. *supra*, hoofdstuk 1.

2.1.2 *De verhouding tussen het materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie en de Constitutie*

Om het belang van de Constitutie voor de organisatie van de rechtspraak in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland te doorgronden, dient te worden ingegaan op de samenhang tussen het materieel-constitutionele kader van beginselen voor de rechterlijke organisatie en het positieve constitutionele recht zoals dat in de ‘Constitutie’ is neergelegd. Een analyse van de plaats van de ‘Constitutie’ in het rechtsstaatconcept gaat vooraf aan de bestudering van de betekenis van de ‘Constitutie’ voor het afwegingskader van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie.

- DE PLAATS VAN DE ‘CONSTITUTIE’ IN HET RECHTSSTAATCONCEPT

De analyse vindt in twee stappen plaats. Eerst wordt het concept ‘Constitutie’ vanuit een theoretisch perspectief in kaart gebracht, waarbij een verheldering van de onderzoeksvraag plaatsvindt aan de hand van voorbeelden uit de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen. In het licht van de rechtsvergelijkende focus van het onderzoek met betrekking tot de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland wordt vervolgens kort ingegaan op de ontwikkeling van de plaats van de Constitutie in de historische en politieke context van die rechtsstelsels.

Theoretisch perspectief

Het begrip ‘Constitutie’ kan, zoals al uit het betoog naar voren kwam, op twee manieren worden opgevat. Hierboven zijn de beginselen voor de rechterlijke organisatie in de ‘rechtsstaat’ aangemerkt als ‘materieel-constitutionele’ normen. Grond voor die kwalificatie was de inhoud van die normen; de gelding van ‘beginselen’ hangt immers samen met de inhoud ervan, niet met de wijze van totstandkoming.⁴¹ Discussie bestaat over de vraag of afbakening van ‘constitutionele normen’ moet plaatsvinden aan de hand van een inhoudelijk criterium, bijvoorbeeld het criterium dat ‘constitutionele’ normen die normen zijn die een ‘fundamentele’ lading hebben.⁴² Een definitie op formele gronden levert minder controverse op. De ‘Constitutie in materiële zin’ wordt in die zin gedefinieerd als het geheel van normen die bepalend zijn voor de productie van normen in het rechtssysteem.⁴³ Nu beginselen voor de rechterlijke organisatie, zoals wij zagen, een rol spelen bij de legitimatie van de structuur van de sociale orde, maken zij als normen voor de productie van normen deel uit van het ‘materieel-constitutionele’ kader van normen voor de rechterlijke organisatie. De formele status van beginselen voor de rechterlijke organisatie in de hiërarchie van normen van een specifiek rechtssysteem is afhankelijk van de plaats van die uitgangspunten in de ‘formele Constitutie’ van dat systeem. Die ‘Constitutie in formele zin’ omvat het geheel van normen dat slechts gewijzigd kan worden via een procedure die zwaarder is dan de wijzigingsprocedure voor alle andere normen in het rechtssysteem.⁴⁴

⁴¹ Vgl. *supra*, par. 1.2.1. en par. 2.1.1.

⁴² Vgl. Van der Tang 1998, pp. 38-39.

⁴³ Pfersmann 2001a, p. 69.

⁴⁴ Pfersmann 2001a, p. 72. Vgl. *supra*, par. 2.1.1.

Een ‘Constitutie in materiële zin’ bestaat in alle rechtssystemen, in die zin dat die systemen een geheel van, niet noodzakelijkerwijs geschreven, normen kennen die de productie van normen in het rechtssysteem beheersen. Niet alle rechtssystemen kennen echter een ‘Constitutie in formele zin’. Als voorbeeld kan het Engelse rechtssysteem worden genoemd. In dat systeem geldt de *‘sovereignty of Parliament’*: de ‘wet’ is de hoogste norm in het rechtssysteem. Dit betekent niet dat de wetgever aan geen enkele ‘hogere’ norm gebonden is. Het recht van de Europese Unie heeft zich bijvoorbeeld een plaats verworven in de Engelse hiërarchie van normen door middel van de *European Communities Act 1972*. Ondanks het dualistische systeem van doorwerking van verdragsrecht in het Engelse systeem, kan een posterieure wet eerder uitgevaardigde verordeningen en richtlijnen van de Europese Unie niet opzij zetten.⁴⁵ Het EVRM heeft via de *Human Rights Act 1998* een ‘bovenwettelijke’ status verkregen in het Engelse systeem, waarbij moet worden aangetekend dat de toetsing van wetten door de rechter slechts tot een advies aan het Parlement kan leiden.⁴⁶ De drie voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland kennen elk een ‘Constitutie in formele zin’, welke Constituties respectievelijk de titel dragen van ‘Grondwet’, ‘*Constitution*’ en ‘*Grundgesetz*’.

De invoering van een ‘Constitutie in formele zin’ hangt in moderne rechtssystemen samen met de wens om een rem in te bouwen op de rechtsstatelijk legitieme maar mogelijk onrechtvaardige uitoefening van de macht tot wetgeving. Die ‘Constitutie’, als bron van hoger recht dan het positieve wettelijke recht, is bedoeld om de gevaarlijke en potentieel tirannieke tendensen van wetgevende democratie te beteugelen.⁴⁷ Weliswaar biedt ook de ‘Constitutie’ geen zekere en heldere grond voor het recht; Berkowitz volgt Hannah Arendt waar hij stelt dat ‘neither democratic legislatures (subject as they are to whim and passion) nor even constitutions shrouded in mystery (subject as they are to the demands of precedent, predictability, and transparency) can satisfy the modern demand that law have a certain and knowable ground.’⁴⁸ Toch geeft de vaak moeilijk te wijzigen ‘Constitutie’⁴⁹ meer waarborgen voor de realisatie van ‘rechtvaardigheid’ in de sociale orde dan wetgeving, die vaak in het teken staat van de ‘waan van de dag’.⁵⁰ Een moeilijkheid is dat de vaststeller van de grondwet, de constitutionele wetgever, onder de ‘*rule of law*’ zelf niet gebonden is aan de grondrechten. De grondwet kan zelfs gewijzigd worden, waarmee een eventueel ‘beveiligingsmechanisme’ van rechterlijke toetsing –

⁴⁵ Behrendt 2002, pp. 275-281, over de verhouding tussen de *European Communities Act 1972* en de constitutionele doctrine van ‘*implied appeal*’.

⁴⁶ Ter Kuile 2006, p. 1891. Over de invloed van verdragsrecht op het ‘formeel-constitutionele’ kader, zie in meer detail *infra*, par. 2.2.3.

⁴⁷ Berkowitz 2006, p. 13; vgl. Arendt 1963, hoofdstukken 4 en 5.

⁴⁸ Berkowitz 2006, p. 15; Arendt 1963.

⁴⁹ Over de voorwaarden voor wijziging van de ‘Constitutie’, vgl. *infra*, paragraaf 2.2.1.

⁵⁰ In dit verband kan worden gewezen op het gevaar van ‘gelegenheidswetgeving’. Zie daarover bijvoorbeeld Eijlander 2004.

zelf positief recht – buiten werking kan worden gesteld.⁵¹ Dit roept vragen op die in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen vooral van theoretische aard zijn en die het bestek van dit onderzoek te buiten gaan.

Voor de rechterlijke organisatie geldt dat in ieder geval een aantal normen in de ‘rechtsstaat’ van materieel-constitutionele en/of formeel-constitutionele aard zullen zijn. De organisatie van de rechtspraak in de ‘rechtsstaat’ betreft immers een van de drie staatsfuncties ‘wetgeving’, ‘bestuur’ en ‘rechtspraak’. Zij wordt beheerst door de materieel-constitutionele beginselen van scheiding van machten in de Staat en van rechterlijke controle op het overheidshandelen (*checks and balances*).⁵² Die beginselen vormen de basis voor de rechterlijke organisatie, het materiële aspect van de ‘*constitution judiciaire*’, die eventueel tot uitdrukking komt in een basale regeling op formeel-constitutioneel niveau.

De theoretische analyse van de verschillende dimensies van het concept ‘Constitutie’ vormt de opmaat voor een uiteenzetting van de ontwikkeling van dit concept in de historische en politieke context van de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

Ontwikkeling in de historische en politieke context

De inhoud van de Constitutie in een gegeven rechtssysteem is het resultaat van een ontwikkeling in de historische, politieke, sociale en economische context van dat systeem. Hierdoor kunnen aanmerkelijke verschillen worden aangewezen tussen de als ‘Constitutie’ te kwalificeren normenverzamelingen in verschillende rechtssystemen. Laten wij een blik werpen op die ontwikkeling van de constitutionele regeling van de rechtspraak in de rechtsstelsels van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

De organisatie van de rechtspraak is geen fenomeen dat met de opkomst van het concept van de ‘rechtsstaat’ zijn intrede heeft gedaan in rechtssystemen. In Europese staten als Nederland, Frankrijk en Duitsland bestonden al organen die ‘rechtsprekende’ functies uitoefenden lang voordat het model van de ‘liberale democratie’ bepalend werd voor de organisatiestructuur van de samenleving in die landen. Als startpunt van het onderzoek wordt aangeknoopt bij de meest actuele constitutionele regelingen van de ‘rechterlijke organisatie’ in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen, met terugkoppeling naar de totstandkoming en ontwikkeling van die constitutionele regelingen.⁵³

Een moeilijkheid in het kader van het onderzoek wordt gevormd door de verschillende constitutionele vormen in de onderzochte rechtssystemen. Het Duitse *Grundgesetz* is zeer gedetailleerd, de Franse *Constitution* van 1958 zeer summier over de rechterlijke organisatie, de Nederlandse Grondwet bevindt zich daar tussenin. Dit betekent niet dat sprake is van totaal uiteenlopende constitutionele grondslagen; deze moeten echter op verschillende niveaus worden gezocht. In het Franse systeem is dan

⁵¹ Burkens 2001, pp. 124-125. Over grondwetswijziging en constitutionele toetsing, *infra*, paragrafen 2.2.1 en 2.2.2.

⁵² Vgl. *supra*, par. 1.1.2 en *infra*, par. 4.2.1.

⁵³ Vgl. *supra*, Inleiding.

het ‘*bloc de constitutionnalité*’ van groot belang, dat door de Franse constitutionele rechter is bestempeld als referentiekader voor de toetsing van de grondwettigheid van wetten en verdragen.⁵⁴ Dit ‘blok’ van ‘constitutionele’ normen wordt gevormd door de *Constitution* van 1958, de *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* van 1789, de preambule van de *Constitution* van 1946 en de door de constitutionele rechter in de jurisprudentie erkende ‘*principes généraux reconnus par les lois de la République*’.⁵⁵ Zowel in het Franse als in het Duitse rechtssysteem vormt de jurisprudentie van de constitutionele rechter een belangrijke aanvullende bron van constitutionele normen.⁵⁶

De reikwijdte van constitutionele bepalingen in het kader van wetgeving en andere vormen van normstelling in de ‘rechtsstaat’ is onder invloed van de tendens van ‘constitutionalisering’ van steeds meer rechtsgebieden enorm toegenomen. Hierboven hebben wij gezien hoe die ontwikkeling van ‘constitutionalisering’ van invloed is op de uitwerking van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het positieve recht van ‘rechtsstaten’. Die ontwikkeling is in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen terug te vinden in wijzigingen van formele Constituties, maar, wat Frankrijk en Duitsland betreft, bovenal in de zojuist al genoemde jurisprudentie van de constitutionele rechters.

Met betrekking tot de plaats van de ‘Constitutie’ in het rechtsstaatconcept kan aldus een aantal gemeenschappelijke basiselementen voor de onderzochte rechtssystemen worden onderscheiden. Afhankelijk van de contextuele invloeden in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland heeft het rechtsstaatconcept zich in ieder rechtssysteem op eigen wijze ontwikkeld, hetgeen in Deel II van dit onderzoek naar voren zal komen in de analyse van de rechterlijke organisatie in de bedoelde rechtssystemen. Op basis van het historisch gegroeide referentiekader van de ‘rechtsstaten’ – deels gemeenschappelijk, deels van ‘eigen aard’ – trachten de normstellers voor de rechterlijke organisatie in ieder rechtssysteem op optimale wijze vorm te geven aan de organisatie van de rechtspraak.

De grondslag van de invloed van de Constitutie op de rechterlijke organisatie is hiermee gegeven. Nog niet helder is welke betekenis toekomt aan deze bron van gecodificeerde rechtsnormen bij de zoektocht naar oplossingen voor de organisatie van de rechtspraak op basis van een afweging van materieel-constitutionele uitgangspunten.

- DE BETEKENIS VAN DE ‘CONSTITUTIE’ VOOR HET AFWEGINGSKADER VAN UITGANGSPUNTEN VOOR DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE

Twee vragen dienen in dit verband beantwoord te worden. In de eerste plaats rijst de vraag in hoeverre de ‘Constitutie’ van belang is voor de bepaling van de inhoud en het gewicht van beginselen uit het materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie. In verband daarmee dient te worden bekeken in hoeverre de ‘Constitutie’ bepalend is voor de afbakening van het domein van de verschillende normstellers

⁵⁴ Vgl. de ‘*landmark decision*’ van CC, beslissing nr. 71-44 DC van 16 juli 1971, *Rec.* p. 29 (*Liberté d’association*). Zie ook *infra*, paragraaf 2.2.2.

⁵⁵ Pfersmann 2001a, pp. 116-120.

⁵⁶ Vgl. *infra*, par. 2.2.2.

betreffende de vaststelling van normen voor de organisatie van de rechtspraak. Vertrekpunt van de analyse is de idee dat de constitutionele wetgever de uitgangspunten geeft voor de organisatie van de rechtspraak, terwijl de lagere regelgevers bevoegd zijn tot het stellen van concrete regels op het gebied van de rechterlijke organisatie. Een analyse van de verhouding tussen de niveaus van normstelling werpt meer licht op de implicaties van het formeel-constitutionele kader voor de afweging van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten bij de vaststelling van oplossingen voor de rechterlijke organisatie.

Interpretatie in het constitutionele domein van normstelling: constitutionele wetgever en lagere regelgevers

De constitutionele wetgever bepaalt welke normen in de Constitutie worden opgenomen en welk domein toekomt aan de verschillende ‘machten’ in de Staat. Hij bakent daarmee het domein af waarbinnen de bevoegde regelgevers regels kunnen uitvaardigen voor de rechterlijke organisatie. Uit de verschillende onderscheiden typen van uitgangspunten voor de organisatie van de ‘rechtsstaat’ en de wijze waarop die uitgangspunten worden gecodificeerd in constitutionele normen volgen vereisten waar de regelgevers voor de rechterlijke organisatie rekening mee moet houden bij de vormgeving van die organisatie. In meer algemene zin kan worden gesteld dat nieuw uitgevaardigde regels slechts kunnen gelden in een bepaald rechtssysteem indien zij passen in het geheel van die rechtsorde⁵⁷: nieuwe regels moeten in overeenstemming zijn met hogere rechtsregels en met beginselen die ten grondslag liggen aan de geschreven grondwet, die deel uitmaken van de Constitutie in materiële zin.⁵⁸

De uitwerking van formeel-constitutionele normen vindt plaats op het niveau van de wetgeving en op het niveau van de lagere regelgeving. Met betrekking tot de ‘wetgeving’ kan een onderscheid worden gemaakt tussen de ‘organieke wetgever’ en de ‘gewone wetgever’.⁵⁹ ‘Organieke wetgeving’⁶⁰ betreft de constructie waarin de wetgever rechtstreeks door de grondwetgever bevoegd wordt verklaard om regels te stellen over een bepaald onderwerp. Soms is voor de invoering van ‘organieke wetgeving’ een verzwaarde procedure voor totstandkoming vereist.⁶¹ In materiële zin kan de taak van de ‘organieke wetgever’ worden omschreven als de uitoefening van een ‘primaire constituerende functie’.⁶² De ‘gewone’ wetgever stelt op aangeven van de bevoegde

⁵⁷ Van Wijk et al 2005, p. 49. Vgl. *infra*, par. 2.1.1 over de door Dworkin naar voren gebrachte aspecten van ‘fit’ en ‘justification’.

⁵⁸ Van Wijk et al 2005, p. 49.

⁵⁹ Het onderscheid is hierboven reeds ter sprake gekomen. Zie *supra*, par. 2.1.1.

⁶⁰ Kortmann 2005a, p. 105, spreekt van ‘gedelegeerd grondwettelijk recht’.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld artikel 46 van de Franse *Constitution*. In het Nederlandse rechtssysteem bestaat geen formele categorie van organieke wetten: er zijn naast de grondwet geen andere wetten die een verzwaarde procedure voor totstandkoming en wijziging vereisen. Kortmann is van mening dat de formele conceptie van de ‘organieke wet’ ook op andere gronden niet voldoet. Kortmann 2005a, pp. 28-29.

⁶² Kortmann 2005a, p. 29.

initiatiefnemers regels volgens de door de Constitutie voorgeschreven procedure voor de totstandkoming van ‘wetgeving in formele zin’.⁶³ In elk van de onderzochte systemen zal de wetgever met betrekking tot de rechterlijke organisatie kiezen voor de wijze van organisatie die hem op het moment van afweging ‘het beste’ voorkomt, dat wil zeggen: ‘optimaal’ toeschijnt. De ‘optimale’ vormgeving van de rechterlijke organisatie wordt daarmee bepaald door de wetgever binnen het door de Constitutie gegeven kader. De uitvoerende macht heeft een rol bij de verdere uitwerking van het aldus gegeven wettelijke kader.

De verdeling van normstellende bevoegdheden tussen de niveaus van ‘wetgeving’ en ‘lagere regelgeving’ is een complexe aangelegenheid. Een blik op de positiefrechtelijke regelingen in de onderzochte rechtssystemen leert dat de uitwerking van ‘constitutionele’ en ‘organieke’ regels, zoals wat betreft de rechterlijke organisatie op het gebied van de instelling van gerechten van een soort en de spreiding van gerechten over het grondgebied, soms door de wetgever in formele zin ter hand wordt genomen⁶⁴, soms aan de lagere regelgever wordt overgelaten.⁶⁵ De verdeling van regelgevende bevoegdheden tussen de wetgevende macht aan de ene kant en de uitvoerende macht aan de andere kant kan verschillende invullingen krijgen. Uiteindelijk komt die verdeling neer op een afweging tussen ‘rigiditeit’ en ‘flexibiliteit’: meer bevoegdheden bij de (constitutionele) wetgever betekent een meer verstard systeem, meer bevoegdheden bij de lagere regelgever betekent een flexibel systeem met ruimte voor pragmatische maatregelen.

Dit kan worden toegelicht aan de hand van bijvoorbeeld de bevoegdheidsverdeling in de context van de verdeling van rechtsmacht.⁶⁶ Een algemeen uitgangspunt in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland is dat er een voorbehoud van een (constitutionele) wet bestaat voor bepaalde kwesties betreffende de rechterlijke organisatie. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de instelling van ‘categorieën’ van gerechten, welke in de onderzochte systemen door de constitutionele wetgever of door de organieke (of gewone) wetgever dient te worden gerealiseerd.⁶⁷ Institutionele kwesties dienen in principe op het (grond)wettelijke niveau te worden geregeld, waar de waarborg van rechterlijke onafhankelijkheid in het kader van de scheiding van machten het uitgangspunt is. Vanuit het oogpunt van flexibiliteit en daarmee ‘efficiëntie’ kunnen in elk van de onderzochte systemen bevoegdheden tot op zekere hoogte worden uitbesteed aan lagere regelgevers, onder voorbehoud van een wettelijke *noyau dur*. De Constitutie en de interpretatie aan de hand van de aan de Constitutie ten grondslag liggende beginselen stellen de grenzen aan de delegatiemogelijkheden.⁶⁸

⁶³ Zie voor Nederland artikel 81 Gw e.v., voor Frankrijk artikel 34 C e.v., voor Duitsland artikel 70 GG e.v.

⁶⁴ Zoals in Nederland, in de Wet op de rechterlijke indeling.

⁶⁵ Zoals in Frankrijk, vgl. Renoux 1984, p. 278 e.v.

⁶⁶ Daarover uitgebreid *infra*, hoofdstuk 6.

⁶⁷ Zie *infra*, hoofdstuk 6.

⁶⁸ Over de bijzonderheden betreffende de afweging van beginselen in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland, zie *infra*, hoofdstuk 6.

De inhoud van het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie wordt dus in eerste instantie bepaald door de constitutionele wetgever. Indien een groter aantal en meer gedetailleerde normen voor de rechterlijke organisatie zijn opgenomen in de Constitutie, neemt de rigiditeit van het constitutionele kader toe. De Constitutie geeft dan immers een meer precieze uitwerking van uitgangspunten voor de organisatie van de rechtspraak, hij kiest een interpretatie uit het geheel van mogelijke interpretaties van die uitgangspunten, waarvan niet door de wetgever en de lagere regelgever kan worden afgeweken. De wetgever en de lagere regelgever beschikken in dat geval over een minder groot keuzeveld voor de vormgeving van de rechterlijke organisatie.

Implicaties voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie

De 'rigiditeit' of 'flexibiliteit' van het constitutionele kader die voortvloeit uit de formele Constitutie is van invloed op de afweging van de verschillende materieel-constitutionele uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. Een meer 'rigide' kader duidt op een systeem met een gedetailleerde formeel-constitutionele regeling van de rechtspraak. In een dergelijk kader bestaat, in vergelijking met een 'flexibel' kader van formeel-constitutionele normen voor de rechterlijke organisatie, minder ruimte voor de uitwerking van 'nieuwe' uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in constitutionele bepalingen door middel van constitutionele interpretatie door de infraconstitutionele normsteller.⁶⁹

Als voorbeeld van een 'rigide' systeem kan worden verwezen naar het Duitse rechtssysteem. Het *Grundgesetz* geeft een zeer gedetailleerde regeling van de organisatie van de rechtspraak in verschillende '*Gerichtsbareiten*', creëert hoogste gerechten voor elk van die kolommen van rechtspraak en bepaalt hoe op het niveau van de Duitse deelstaten lagere gerechten voor de kolommen van rechtspraak kunnen worden gecreëerd.⁷⁰ De lagere regelgever ondervindt als gevolg van de uitvoerige constitutionele regeling een beperking in de reikwijdte van zijn bevoegdheid tot inrichting van de rechterlijke organisatie. Doordat de constitutionele wetgever reeds een keuze heeft gemaakt, valt een aantal mogelijke uitwerkingen van materieel-constitutionele beginselen weg uit het spectrum van oplossingen voor de organisatie van de rechtspraak. Gedacht kan worden aan de mogelijkheid van onderbrenging van de rechtspraak in civiele zaken, strafzaken en bestuursrechtelijke zaken bij één hiërarchie van gerechten, een mogelijkheid die in het Nederlandse rechtssysteem enkele jaren geleden is gerealiseerd via een herziening van de (organieke) Wet op de rechterlijke organisatie.⁷¹

Een 'flexibeler' constitutioneel kader opent de weg voor een snellere en eenvoudiger integratie van 'nieuwe' beginselen via constitutionele interpretatie. In het Nederlandse rechtssysteem, bijvoorbeeld, geeft de Grondwet minder gedetailleerde regels voor de

⁶⁹ Over een andere dimensie van de 'rigiditeit/flexibiliteit' van de formele 'Constitutie', gelegen in de mogelijkheid tot wijziging van de bepalingen die erin zijn gecodificeerd, in meer detail *infra*, paragraaf 2.2.1.

⁷⁰ Artikelen 92 GG e.v.. Zie in meer detail *infra*, hoofdstuk 6.

⁷¹ Ten aanzien van de wetgevingsprocedure met betrekking tot dit onderwerp, zie Van Mierlo & Bart 2002.

organisatie van de rechtspraak dan het geval is in het Duitse *Grundgesetz*. Daaruit verklaart zich de zojuist genoemde mogelijkheid van hervorming van de structuur van 'kolommen' van rechtspraak zonder wijziging van de formele Constitutie. Een vergelijkbare conclusie kan worden getrokken voor de Franse *Constitution* van 1958, indien deze wordt vergeleken met de Duitse constitutionele regeling. Het Franse systeem kenmerkt zich op bepaalde punten als meer 'rigide' dan het Nederlandse. Met betrekking tot de organisatie van de rechtspraak in kolommen van gerechten volgt uit de Franse *Constitution* een scheiding van de hiërarchieën van 'gewone' en 'administratieve' gerechten, die een belemmering vormt voor de integratie van de verschillende typen van gerechten in één 'rechterlijke organisatie'.⁷² Ten opzichte van het Duitse *Grundgesetz* biedt de Franse constitutionele regeling echter meer ruimte tot interpretatie door de regelgevers voor de rechterlijke organisatie, doordat slechts twee kolommen van rechtspraak worden onderscheiden en geen specifieke indeling van die kolommen wordt voorgeschreven. Als gevolg van de grotere vrijblijvendheid van de constitutionele regelingen hebben de regelgevers voor de rechterlijke organisatie in de rechtssystemen van Nederland en Frankrijk meer mogelijkheden om te kiezen voor het al dan niet vooropstellen van klassiek-rechtsstatelijke beginselen of 'new public management'-beginselen bij de modernisering van de rechterlijke organisatie.

Het afwegingskader voor oplossingen voor de rechterlijke organisatie wordt dus in de eerste plaats bepaald door de formele Constitutie. Dit is de *vindplaats* van juridische normen voor de rechterlijke organisatie. De *ontwikkeling* van deze normen in het formeel-constitutionele kader van de 'rechtsstaat' is afhankelijk van een aantal factoren.

2.2 De ontwikkeling van juridische normen voor de rechterlijke organisatie: de implicaties van constitutionele rigiditeit, constitutionele toetsing en verdragsrecht voor het formeel-constitutionele kader

Wij hebben gezien dat de inhoud van de geschreven Constitutie het uitgangspunt is voor de afweging van oplossingen voor de rechterlijke organisatie door bevoegde regelgevers. Voor de afbakening van de inhoud van dit formeel-constitutionele kader moeten wij ons rekenschap geven van de mogelijkheden tot wijziging, toetsing en aanvulling van de constitutionele normen. Die mogelijkheden zullen nu worden bestudeerd voor de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland. Een onderscheid kan worden gemaakt tussen de mogelijkheden van wijziging van de Constitutie door de constitutionele wetgever (2.2.1), de gevolgen van interpretatie van normen via het instrument van 'constitutionele toetsing' door de rechter (2.2.2), en de gevolgen van doorwerking van normen van internationale oorsprong, die via de Constitutie dan wel door middel van verdragstoetsing hun intrede doen in de nationale rechtsorde (2.2.3).

⁷² Zie *infra*, hoofdstuk 6.

2.2.1 Constitutioneel kader en 'rigiditeit' van de Constitutie

De invloed van de Constitutie op de rechterlijke organisatie is deels afhankelijk van de 'levensduur' van de geschreven constitutionele normen: wijziging van constitutionele bepalingen die de rechterlijke organisatie betreffen, levert nieuwe normen op die gerespecteerd moeten worden bij de regelgeving op dit gebied. Een te 'lichte' mogelijkheid tot wijziging roept het risico in het leven dat afbreuk wordt gedaan aan het gezag van de Constitutie. De mogelijke uitwerking van materieel-constitutionele beginselen dient daarom te worden bezien in het licht van de 'rigiditeit' van de Constitutie, in de zin van de mogelijkheden tot wijziging van de Constitutie.

- DE PLAATS VAN 'CONSTITUTIONELE RIGIDITEIT' IN HET RECHTSSTAATCONCEPT
Een analyse vanuit theoretisch oogpunt gaat vooraf aan een beschrijving van de constitutionele 'rigiditeit' in de rechtsordes van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

Theoretisch perspectief

Vanuit theoretisch perspectief kan worden gewezen op de visie in de rechtswetenschappelijke literatuur, waarin is gesteld dat:

'(a) Constitution is said to be formally "rigid" to the extent that it can only be amended through political procedures that are more complex than those that are followed for the enactment and repeal of ordinary legislation. A flexible Constitution, in contrast, can be amended following the ordinary procedure.'⁷³

De 'rigiditeit' of 'flexibiliteit' van de Constitutie wordt in deze visie gekoppeld aan de vereisten voor wijziging van de Constitutie. Een Constitutie die geen speciale procedure bepaalt voor haar wijziging wordt in de heersende leer gekwalificeerd als 'flexibel'.⁷⁴ Bij de definitie van 'rigiditeit' spelen verschillende formele, wettelijke factoren een rol.⁷⁵ Een Constitutie is in de eerste plaats meer 'rigide' indien meer politieke actoren op wettelijke grond verplicht worden tot medewerking in het wijzigingsproces. Dit is bijvoorbeeld het geval in het federale systeem van de Verenigde Staten. In de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland kan dit aspect in het laatste systeem worden aangewezen. Evenals met betrekking tot de Verenigde Staten, is in Duitsland sprake van een federaal systeem. Wijziging van het *Grundgesetz* verloopt via een procedure waarbij naast de federale vertegenwoordiging in de *Bundestag* tevens wordt deelgenomen door vertegenwoordigers van de deelstaten die zitting hebben in de *Bundesrat*.⁷⁶ In de tweede plaats wordt een Constitutie als meer 'rigide' aangemerkt indien een grotere (parlementaire) meerderheid vereist is voor de

⁷³ Ferreres-Comella 2000, p. 46; vgl. Bryce 1905. Zie tevens Pfersmann 2001a, p. 102.

⁷⁴ Volgens een minderheid moet het stilzwijgen van de Constitutie echter worden uitgelegd als een verbod tot wijziging, waarmee de Constitutie als 'rigide' moet worden bestempeld. Vgl. Ferreres-Comella 2000, p. 46.

⁷⁵ Ferreres-Comella 2000, pp. 46-48.

⁷⁶ Artikel 79 lid 2 GG.

aanname van de wijziging. Dit is het geval in Nederland, waar een gekwalificeerde meerderheid en stemming in twee lezingen vereist is voor invoering van wijzigingen van de Constitutie.⁷⁷ Ook in Duitsland wordt een gekwalificeerde meerderheid geëist, maar daar is sprake van minder ‘rigiditeit’ doordat slechts een maal over de wijziging gestemd hoeft te worden.⁷⁸ In Frankrijk wordt een stemming bij referendum vereist dan wel een stemming door de twee kamers van het Parlement (als *Congrès*) bij gekwalificeerde meerderheid.⁷⁹ Tot slot is sprake van ‘rigiditeit’ van de Constitutie indien deelname van het volk aan de wijzigingsprocedure wordt vereist. Deze dimensie van ‘rigiditeit’ kan worden teruggevonden in Frankrijk, waar deelname van het volk direct via een referendum plaatsvindt, en in Nederland, waar die deelname indirect plaatsvindt via tussentijdse verkiezingen.⁸⁰

Naast wettelijke factoren zijn ook factoren die samenhangen met de context van een rechtssysteem van invloed op de ‘rigiditeit’ of ‘flexibiliteit’ van de Constitutie in dat systeem.

Ontwikkeling in de historische en politieke context

De ‘rigiditeit’ of ‘flexibiliteit’ van de Constitutie hangt in de praktijk af van niet-juridische factoren. Of de Constitutie moeilijk te veranderen is, wordt mede bepaald door politieke, historische en sociale factoren.⁸¹ Als eerste kan genoemd worden het stelsel van politieke partijen. In de Nederlandse en Duitse coalitiestelsels, waar wijziging van de Constitutie tot stand komt op basis van een compromis tussen de regeringspartijen, is sprake van minder constitutionele rigiditeit dan in het Franse tweepartijstelsel, waar door een rechtse regering geïnitieerde hervormingen door een opvolgende linkse regering worden teruggedraaid en *vice versa*.⁸² Ten tweede speelt de historische achtergrond van rechtssystemen een rol. De keuze voor constitutionele ‘rigiditeit’ of ‘flexibiliteit’ gaat terug op de opvatting over het karakter van de ‘Constitutie’. Een rigide Constitutie past bij de opvatting van de ‘Constitutie’ als een solide, tijdsbestendige, principiële verankering van als tijdloos beschouwde uitgangspunten voor de organisatie van de rechtsstaat. Constitutionele flexibiliteit sluit aan bij de opvatting van de ‘Constitutie’ als een vluchtige, ‘aanpasbare’, pragmatische neerslag van op een bepaald moment bestaande ideeën over de organisatie van de Staat. Het ontbreken van een sterke symboolfunctie van de Nederlandse Grondwet, onder andere vanwege de afwezigheid van een mechanisme van constitutionele toetsing van wetten⁸³, kan verondersteld worden samen te hangen

⁷⁷ Artikel 137 Gw.

⁷⁸ Artikel 79 lid 2 GG: ‘Ein solches Gesetz [een wet inhoudende een wijziging van het GG – EM] bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates.’

⁷⁹ Artikel 89 C.

⁸⁰ Zie de artikelen 89 C en 137 Gw.

⁸¹ Ferreres-Comella 2000, pp. 48-49.

⁸² Tegenwerking van hervormingsplannen vindt tevens plaats door verwijzing van wetsvoorstellen door de oppositie naar de *Conseil constitutionnel*; vgl. Stone Sweet 1992, pp. 3-5.

⁸³ Vgl. Wansink 2002.

met een pragmatischer benadering van de constitutionele regeling. Tot slot wordt invloed uitgeoefend door de politieke traditie. In een ‘constitutioneel conservatief’ stelsel is sprake van meer constitutionele rigiditeit dan in een ‘progressiever’ stelsel.

In het licht van de analyse van invloedsfactoren op het afwegingskader voor uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie rijst de vraag in hoeverre de ‘rigiditeit’ of ‘flexibiliteit’ van de formele Constitutie van betekenis is voor de juridische uitwerking van beginselen uit het materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie.

- DE BETEKENIS VAN ‘CONSTITUTIONELE RIGIDITEIT’ VOOR HET AFWEGINGSKADER VAN
UITGANGSPUNTEN VOOR DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE

In aansluiting bij de rolverdeling tussen constitutionele wetgever en lagere regelgevers in het kader van de vaststelling van de Constitutie, kan een aantal opmerkingen worden geplaatst ten aanzien van de implicaties van ‘constitutionele rigiditeit’ voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie.

Wijzigingen in het constitutionele domein van normstelling: constitutionele wetgever en lagere regelgevers

Hoe moeilijker het is om de formele Constitutie te wijzigen, hoe meer ‘rigide’ het stelsel van eisen aan de infraconstitutionele normstellers in een rechtssysteem zal zijn. De regelgevers voor de rechterlijke organisatie kunnen in een systeem dat zich kenmerkt door ‘constitutionele rigiditeit’ gebonden zijn aan constitutionele bepalingen die lang geleden zijn geformuleerd. Het risico bestaat dat die bepalingen geen juist referentiekader bieden voor actuele tendensen in de rechtsorde en daardoor onvoldoende mogelijkheid bieden aan de bevoegde normstellers om aansluiting te zoeken bij het in de huidige samenleving ondersteunde evenwicht van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen voor een legitieme organisatie van de rechtspraak.

Een eerste consequentie van dit gegeven is dat de constitutionele bepalingen in een Constitutie die moeilijk te wijzigen is vaak minder talrijk en minder gedetailleerd zijn dan in een systeem met een flexibele Constitutie. Een vergelijking kan op dit punt worden gemaakt tussen de summiere constitutionele regeling van de rechtspraak in de ‘rigide’ Constituties van Nederland en Frankrijk en de uitgebreide constitutionele regeling van dit onderwerp in het wat betreft de wijziging van constitutionele bepalingen – in naam – ‘flexibele’ Duitse *Grundgesetz* van 1949. In het Duitse rechtssysteem zou een reden voor de regeling van meer aspecten van de rechterlijke organisatie in het *Grundgesetz* gelegen kunnen zijn in de ‘lichte’ wijzigingsprocedure voor die grondwet.⁸⁴ ‘Rigiditeit’ van de Constitutie staat hier in direct verband met de democratische legitimatie van de Constitutie:

‘The more detailed and categorical the clauses, the higher the likelihood that the future majorities would disagree with them or find them insufficient.’

⁸⁴ Slechts op het werkingsgebied van artikel 79 lid 3 GG geldt een zwaarder regime. Deze constitutionele bepaling geeft een verbod tot wijziging van bepaalde artikelen, vooral de bescherming van grondrechten betreffend.

So abstraction is necessary for a rigid Constitution to preserve its democratic legitimacy through time.⁸⁵

Niet alleen kan ‘constitutionele rigiditeit’ de oorzaak zijn van het gedateerd raken van de ‘Constitutie’. De andere kant van de medaille is dat zij een belemmering vormt voor het aanpassen van de Constitutie aan de eisen van de tijd. Wijzigingen van de constitutionele normen kunnen in Nederland en Frankrijk slechts via een zware procedure worden gerealiseerd. Zij behoeven de steun van een gekwalificeerde meerderheid in de volksvertegenwoordiging of dienen door het volk per referendum goedgekeurd te worden.⁸⁶ De legitimiteit van de constitutionele regeling kan in dit verband wat betreft de organisatie van de rechtspraak in gevaar komen indien het geheel van gecodificeerde bepalingen te veel uit de pas gaat lopen met het in de sociale orde ondersteunde evenwicht van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. De normstellers voor de rechterlijke organisatie kunnen in een ‘rigide’ systeem een uitweg vinden uit het knellende keurslijf van de Constitutie door constitutionele bepalingen op abstracte wijze te interpreteren.⁸⁷ Die mogelijkheid kent echter een grens: de *noyau dur* van de constitutionele bepaling mag niet worden aangetast.⁸⁸

De slotsom is de volgende. Constitutionele ‘rigiditeit’ waarborgt de stabiliteit van de Constitutie. Zij zet echter een rem op de rechtsontwikkeling in een rechtssysteem, doordat het constitutionele recht niet in staat is om ontwikkelingen in de samenleving op de voet te volgen. ‘Flexibiliteit’ van de Constitutie geeft meer mogelijkheden om aansluiting te zoeken bij de actuele context van rechtssystemen, maar draagt het risico in zich van ‘devaluatie’ van het gezag van de Constitutie in de samenleving.⁸⁹

Implicaties voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie

Gezien de ontwikkeling van het concept van de ‘rechtsstaat’ in de onderzochte West-Europese rechtssystemen, ligt het in de lijn der verwachting dat de trend van grotere benadrukking van ‘new public management’-beginselen voor de rechterlijke organisatie in de toekomst doorzet. Op het formeel-constitutionele niveau zal die ontwikkeling duidelijker zichtbaar zijn in een systeem dat zich kenmerkt door ‘constitutionele flexibiliteit’ dan in een systeem met een ‘rigide’ Constitutie. Beginselen die aan belang hebben gewonnen in de rechtsorde kunnen in een ‘flexibel’ systeem immers gemakkelijker in de Constitutie worden geïntroduceerd in nieuwe constitutionele bepalingen. Een wijziging van de Constitutie om uitdrukking te geven aan beginselen van ‘new public management’ kan tegen de achtergrond van een ‘rigide’ constitutioneel systeem echter niet eenvoudig gerealiseerd worden.

⁸⁵ Ferreres-Comella 2000, p. 50.

⁸⁶ Artikelen 137 Gw en 89 C.

⁸⁷ Ferreres-Comella 2000, pp. 50-51.

⁸⁸ Vgl. *supra*, hoofdstuk 1. Ten aanzien van de interpretatie van formeel-constitutionele normen en de invloed op de ‘rigiditeit’ van de Constitutie, zie *supra*, par. 2.1.2.

⁸⁹ Vgl. in dat verband de ‘symboolfunctie’ van de Constitutie, als ankerpunt voor fundamentele waarden van de samenleving. Zie *supra*, deze paragraaf.

Meer nog echter dan door constitutionele ‘rigiditeit’ of ‘flexibiliteit’ wordt het evenwicht tussen klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginse- len voor de rechterlijke organisatie in een ‘rechtsstatelijke’ rechtssystemen beïnvloed door de rol van het instrument van ‘constitutionele toetsing’.

2.2.2 Constitutioneel kader en constitutionele toetsing

De implicaties die van de factor van ‘constitutionele toetsing’ uitgaan in het verband van de organisatie van de rechtspraak kunnen worden vastgesteld door een analyse van de plaats van ‘constitutionele toetsing’ in het rechtsstaatconcept, gevolgd door de bepaling van de betekenis van ‘constitutionele toetsing’ voor het afwegingskader van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie.

- DE PLAATS VAN ‘CONSTITUTIONELE TOETSING’ IN HET RECHTSSTAATCONCEPT

Een analyse vanuit theoretisch perspectief gaat vooraf aan de beschrijving van de ontwikkeling van de plaats van ‘constitutionele toetsing’ in de historische en politieke context van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

Theoretisch perspectief

Vanuit een zuiver theoretisch perspectief kan worden gesteld dat de idee van rechterlijke toetsing van het handelen van de wetgever aan de Constitutie slechts van betrekkelijk belang is in het kader van het concept van de ‘rechtsstaat’. Rechterlijke controle op het handelen van de wetgever is namelijk geen theoretisch uitgangspunt van dit concept. Om die reden is het ontbreken van mechanismen van ‘constitutionele toetsing’ in bijvoorbeeld Nederland⁹⁰ en Engeland⁹¹ niet in strijd met het rechtsstaatconcept. Centraal in het vraagstuk van de invloed van constitutionele toetsing staat de verhouding tussen de wetgever, de uitvoerende macht en de rechter, de drie autoriteiten in de Staat die hun stempel drukken op de uitleg en uitwerking van constitutionele bepalingen in het algemeen en als onderdeel daarvan de constitutionele bepalingen betreffende de organisatie van de rechtspraak.

De verhouding van de rechterlijke organisatie ten opzichte van de wetgever en het bestuur wordt in grote mate bepaald door de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van het overheidshandelen aan hogere regels. Voor het handelen van de uitvoerende macht komt dit neer op een legaliteitstoetsing van infralegislatieve regelingen als algemene maatregelen van bestuur (AMvB’s) en algemene plaatselijke verordeningen (APV’s). Met de domeinverschuiving van wetgever naar bestuur door middel van kaderwetgeving⁹² is de roep om rechtsbescherming tegen het bestuur toegenomen. Dit heeft een impuls gegeven aan de ontwikkeling van het bestuursrecht en van de bestuursrechtpraak. De toetsing van het handelen van de wetgever is problematischer en vereist een stellingname over de hiërarchie van normen en haar garantie door wetgever en rechter. Erkenning van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van wetten aan de Constitutie

⁹⁰ Op grond van artikel 120 Gw.

⁹¹ Wel toetsing aan *Human Rights Act 1998*. Zie *supra*, par. 2.1.2.

⁹² Zie *infra*, hoofdstuk 4.

betekent het afzweren van de gedachte van de ‘soevereiniteit van de wetgever’. Zoals hierboven betoogd, past die ontwikkeling in de gedachte van beteugeling van de macht van de wetgever in de ‘rechtsstaat’.⁹³

Het in hoofdstuk 1 aangesneden vraagstuk van ‘legitimiteit’ van de staatsorganisatie en van de rechterlijke organisatie⁹⁴ moet in het licht worden geplaatst van het ‘constitutionalisme’:

‘Constitutionalism is about the fundamental rules and the identity, or better the self-understanding (Selbstverständnis), of any particular political community.’⁹⁵

De vereisten van ‘democratie’ maken het uitzonderlijk dat de ultieme bevoegdheid voor de vaststelling van de legitimiteit van het recht wordt gelegd bij gerechten of andere instellingen. De bevoegdheid tot wijziging van de Constitutie zal uiteindelijk bij de democratisch gekozen (constitutionele) wetgever liggen.⁹⁶ Toetsing van wetten aan de Constitutie is echter in de ideologie van de ‘rechtsstaat’ van belang in verband met de waarborg van de individuele vrijheid van de burger.⁹⁷ Bij de keuze voor invoering van een mechanisme van constitutionele toetsing moet een afweging worden gemaakt tussen deze twee uitgangspunten.

In het verband van het vraagstuk van constitutionele toetsing en gezien de hoge vlucht die dit instrument heeft genomen in ‘rechtsstaten’ waarin het is geïntroduceerd, blijft de vraag actueel wie de ‘bewaker’ van de Constitutie controleert.⁹⁸ De wenselijkheid en reikwijdte van ‘constitutionele toetsing’ hangen af van contextuele omstandigheden van politieke, historische of sociale aard. Vanuit dat perspectief kunnen verschillende uitwerkingen van de idee van ‘constitutionele toetsing’ worden onderscheiden.

Ontwikkeling in de historische en politieke context

Bezien in het licht van de ontwikkeling in de historische en politieke context van ‘rechtsstaten’ kunnen als achtergrond voor het de invoering van een Constitutie onder andere gelden: een gewelddadige revolutie, een naoorlogse bezetting door een vreemde macht, een vreedzame overgang van een autoritair regime naar een democratie, een postkoloniale staatsinrichting.⁹⁹ Door sommigen wordt ‘constitutionalisering’ en de daarmee gepaard gaande invoering van een mechanisme van constitutionele toetsing, als het grondrechten betreft (dat wil zeggen: het opstellen van een catalogus van grondrechten

⁹³ Zie *supra*, par. 2.1.2.

⁹⁴ Zie *supra*, par. 1.2.2.

⁹⁵ Nolte 2005, p. 4; vgl. Rosenfeld 1994.

⁹⁶ Berkowitz 2006, p. 3.

⁹⁷ Zie *supra*, par. 1.1.2.

⁹⁸ Voor een overzicht van de discussie over het vraagstuk van ‘constitutionele toetsing’ in Nederland, zie Van der Pot 2006, p. 205; Kortmann 2005a, p. 375. In rechtsvergelijkend perspectief kan onder andere worden gewezen op Stone Sweet 1992 en Fromont 1996.

⁹⁹ Dorsen et al 2003, pp. 72-73. Vgl. Teitel 2004, p. 2582.

en het aan de rechter verlenen van de bevoegdheid tot toezicht op de inachtneming van die grondrechten), gezien als een reactie op de Tweede Wereldoorlog, of als een instrument dat een coördinerende rol kan vervullen in complexe politieke systemen als de Europese Unie.¹⁰⁰ Een gedurfde visie – onder andere naar voren gebracht door Ran Hirschl – betreft de verklaring van invoering van constitutionele toetsing als ‘manoeuvre (...) van politieke elites die hun macht ondermijnd zien, en die daarom een deel van hun bevoegdheden overdragen aan rechters die het in grote lijnen met hen eens zijn, maar wier beslissingen niet zonder meer onderhevig zijn aan democratische controle’.¹⁰¹

In elk van de mogelijke contexten van ‘constitutionalisering’ zal meer of minder wens bestaan tot invoering van een mogelijkheid van ‘constitutionele toetsing’. Tegen die achtergrond kan begrepen worden waarom in bepaalde rechtssystemen geen of slechts een beperkt toetsingsmechanisme bestaat, terwijl dit controlemechanisme in andere rechtssystemen tot grote bloei is gekomen. Engeland en Nederland kennen bijvoorbeeld geen ‘constitutionele toetsing’ en Frankrijk slechts in zeer bescheiden mate in de mogelijkheid van toetsing van wetten voor hun inwerkingtreding door de *Conseil constitutionnel*. In Duitsland en in de Verenigde Staten heeft de praktijk van ‘constitutionele toetsing’ in veel grotere mate ingang gevonden. Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* is bevoegd tot een toetsing van wetten op doorverwijzing van andere gerechten in Duitsland (*‘konkrete Normenkontrolle’*) of op aangeven van bepaalde politieke actoren (*‘abstrakte Normenkontrolle’*), tot behandeling van klachten over de schending van grondrechten door de overheid (*‘Verfassungsbeschwerde’*), en tot afdoening van geschillen tussen staatsorganen of tussen *Bund* en *Länder* over de wederzijdse constitutionele rechten en plichten (*‘Verfassungsverstreit’*).¹⁰² Het Amerikaanse *Supreme Court* heeft de eigen bevoegdheid tot constitutionele toetsing vastgesteld¹⁰³ en verder ontwikkeld in zijn jurisprudentie. De ontwikkeling van mechanismen van constitutionele toetsing in Duitsland en in de Verenigde Staten is afhankelijk geweest van historische omstandigheden. Voor het Duitse systeem wordt de invoering van een prominente vorm van ‘constitutionele toetsing’ vaak verklaard als zijnde een reactie op de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog en de wens herhaling hiervan uit te sluiten door een sterke rechterlijke controle op de politieke staatsmachten en bescherming van fundamentele rechten van de burgers. De idee van ‘constitutionele toetsing’ hangt in het Duitse systeem uitdrukkelijk samen met de waarborg van het beginsel van ‘democratie’, dat tot constitutioneel beginsel is verklaard en waarvan de naleving via rechterlijke controle wordt verzekerd.¹⁰⁴ In de Verenigde Staten heeft de *Supreme Court* zelf de bevoegdheid tot

¹⁰⁰ Hirschl 2004, pp. 7-8.

¹⁰¹ Spijkerboer 2006, p. 2591, in een weergave van de stelling van Hirschl 2004.

¹⁰² Artikel 93 GG.

¹⁰³ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹⁰⁴ Vgl. de ‘evolutionist theories’, beschreven bij Hirschl 2004, pp. 32-33.

‘constitutionele toetsing’ geïntroduceerd, maar woedt het debat over de rechterlijke toetsingsbevoegdheid nog steeds.¹⁰⁵

De inhoud en vorm van de constitutionele regeling zijn van invloed op de impact die kan uitgaan van ‘constitutionele toetsing’ in een rechtssysteem. In de Franse *Constitution* van 1958 is slechts een beperkt aantal regels gegeven met betrekking tot de rechterlijke organisatie. De *Conseil constitutionnel* heeft echter op basis van de preambule van de *Constitution* een ‘*bloc de constitutionnalité*’ afgebakend dat ruimer is dan de bepalingen die uitdrukkelijk in de *Constitution* zijn te vinden.¹⁰⁶ In de constitutionele jurisprudentie zijn meerdere beginselen voor de rechterlijke organisatie geëxpliciteerd en uitgelegd.¹⁰⁷ De Duitse constitutionele rechter heeft vanwege de uitgewerkte constitutionele tekst minder vergaand interpretatiewerk te verrichten.¹⁰⁸ Lastig in het Nederlandse systeem is dat constitutionele toetsing, vanwege het rechterlijke toetsingsverbod van artikel 120 Gw, slechts kan plaatsvinden in het wetgevingsproces en door de wetgever zelf. Doordat geen uitdrukkelijke verplichting tot een dergelijke controle bestaat, is de conformiteit van wettelijke bepalingen aan de Grondwet en in dat licht de interpretatie van grondwettelijke bepalingen geen dwingend gegeven. Ook halen afwegingen in dit verband minder vaak de publiciteit dan uitspraken van de constitutionele rechters in Duitsland en Frankrijk.

Op basis van de analyse van de drie voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen kunnen drie verschillende mechanismen van rechterlijke toetsingsbevoegdheden met betrekking tot de Constitutie worden onderscheiden. Deze kunnen als volgt worden samengevat:

- Duitsland: gedetailleerde Constitutie; beperkte constitutionaliteitstoets door de wetgever in het wetgevingsproces; constitutionaliteitstoets *a posteriori* van wetten *in abstracto* of *in concreto*, waarbij de constitutionele rechter weinig inventief hoeft te zijn om een verband met een grondwettelijk beginsel te leggen, maar weinig vrijheid heeft tot ruime interpretatie van constitutionele beginselen;
- Frankrijk: summiere constitutionele regeling; beperkte constitutionaliteitstoets door de wetgever maar adviserende rol van de *Conseil d’État*; constitutionaliteitstoets *a priori* van wetten *in abstracto*, waarbij de constitutionele rechter zelf een ruimer referentiekader heeft bedongen door de creatie van

¹⁰⁵ Vgl. bijvoorbeeld de controverse tussen Justices Scalia en Breyer. Zie Scalia 1998 en Breyer 2006. Zie in de Nederlandse literatuur Drion 2004; Mertens 2004.

¹⁰⁶ Zie *supra*, paragraaf 2.1.2.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld CC, beslissing nr. 61-14 L van 18 juli 1961, *Rec.* p. 38 (*Organisation judiciaire*); CC, beslissing nr. 70-40 DC van 9 juli 1970, *Rec.* p. 25 (*Indépendance des magistrats*); CC, beslissing nr. 75-56 DC van 23 juli 1975, *Rec.* p. 22 (*Juge unique*).

¹⁰⁸ Prakke & Kortmann 2004, p. 162, die met betrekking tot de rechtsbescherming in Duitsland wijzen op de nadruk, in het Duitse systeem, op het belang van grondrechten en hun daadwerkelijke bescherming.

een *'bloc de constitutionnalité'*, en meer vrijheid heeft gevonden tot ruime interpretatie van constitutionele beginselen;

- Nederland: constitutionele regeling uitgebreider dan in Frankrijk, indien het *'bloc de constitutionnalité'* wordt meegerekend dan meer vergelijkbaar; constitutionalitystoets door de wetgever aangestuurd door invloeden vanuit het publieke debat¹⁰⁹; geen constitutionele rechtspraak waardoor de Grondwet een enigszins 'statisch' document blijft.¹¹⁰

De inhoud en reikwijdte van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid ten aanzien van de Constitutie zijn van belang in verband met de juridische uitwerking van het afwegingskader van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie.

- DE BETEKENIS VAN 'CONSTITUTIONELE TOETSING' VOOR HET AFWEGINGSKADER VAN UITGANGSPUNTEN VOOR DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE

De ondergrond voor de invloed van 'constitutionele toetsing' op het evenwicht van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het constitutionele kader wordt gevormd door de perceptie van de verhouding tussen wetgever en rechter in het betrokken rechtssysteem. Een analyse van die verhouding dient daarom als opmaat voor een inventarisatie van de implicaties van 'constitutionele toetsing' voor de afweging van verschillende typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie.

Bescherming van het constitutionele domein van normstelling: wetgever en rechter

De mogelijkheid van 'constitutionele toetsing' is van directe betekenis voor de verhouding tussen de wetgevende en de rechterlijke macht in een rechtssysteem.¹¹¹ Op het niveau van constitutionele inkadering van de bevoegdheden tot normstelling is met name die verhouding problematisch. Aan de wetgever komt de taak toe het in de samenleving ondersteunde evenwicht van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en 'new public management'-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie te verwoorden in regelgeving die past binnen het constitutionele kader waarin die typen van uitgangspunten in mindere of meerdere mate tot uitdrukking komen. De rechter beschikt in sommige rechtssystemen over de bevoegdheid te toetsen of de aldus geïntroduceerde

¹⁰⁹ Ter Kuile 2006 verwijst voor een 'optimalisering' van de parlementaire rol bij de bescherming van grondrechten naar het Britse systeem sinds de invoering van de *Human Rights Act 1998*.

¹¹⁰ Vgl. het wetsvoorstel-Halsema en de discussie naar aanleiding hiervan. *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 331, nr. 1-3.

¹¹¹ Wij laten de in de praktijk minder belangrijke vraag of de constitutionele rechter ook handelingen van de constitutionele wetgever – dat wil zeggen: wijzigingen van de constitutie – kan toetsen, buiten beschouwing. Door de Franse *Conseil constitutionnel* is die vraag ontkennend beantwoord: CC, beslissing nr. 2003-469 DC van 26 maart 2003, *Rec.* p. 293 (*Révision constitutionnelle*).

wettelijke regels in overeenstemming zijn met (onder andere) constitutionele bepalingen.¹¹²

De in eerste instantie bevoegde autoriteit voor de vaststelling van regels, onder andere over de vormgeving van de rechterlijke organisatie, is de wetgever. Over die wetgever kan worden gezegd dat hij beslissingen neemt op basis van beleidsargumenten of ‘*policies*’ (in het algemeen belang, in abstracto) maar met inachtneming van beginzelen of ‘*principles*’ (ter bescherming van de rechten van het individu, in concreto).¹¹³ De spanning die zich op het wetgevingsniveau manifesteert, is die tussen de wet als instrument van beleid en de wet als waarborg voor de rechtsbescherming van het individu.¹¹⁴ De wetgever heeft bij de uitvoering van zijn taak te maken met de uitvoerende macht en met de rechterlijke macht. De uitvoerende macht treedt vooral op als ‘uitwerker’ van het door de wetgever gepropageerde beleid en zal zich daardoor voegen naar de beleidsafwegingen die in (kader)wetgeving zijn gemaakt. De rechterlijke macht wordt geacht tegenwicht te bieden aan de politieke machten doordat in de rechterlijke functieomschrijving de rechtsbescherming van de burger voorop staat. In dat verband worden het bestaan en de reikwijdte van de mogelijkheid van constitutionele toetsing van belang; die mogelijkheid bepaalt (voor een deel) hoe ver de rechterlijke macht kan gaan bij het intomen of bijsturen van de hervormingsdrang van de politiek.

In het huidige tijdsgewricht wordt de verhouding tussen de staatsmachten in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland in algemene zin gekenmerkt door een terugtrek van de wetgever ten behoeve van de uitvoerende en de rechterlijke macht.¹¹⁵ Die tendens heeft geleid tot de groei van het (discretionaire) bestuurshandelen en de grotere rol van de rechter als interpretator van ‘open normen’ en als controlerende instantie van het bestuurshandelen. Rechters worden daarmee in algemene zin steeds duidelijker politieke actoren.¹¹⁶

De rol van de constitutionele rechter neemt in de evolutie van rechtssystemen een steeds belangrijker plaats in, onder andere op het gebied van de rechterlijke organisatie. Als belangrijkste factor geldt in dit verband de uitbreiding van het domein van constitutionele normen als gevolg van de tendens van ‘constitutionalisering’, die zich tot nagenoeg alle rechtsgebieden heeft uitgebreid. De constitutionele rechter heeft in belangrijke mate bijgedragen aan ‘constitutionalisering’ door middel van de interpretatie van constitutionele normen als referentienormen voor wetgeving:

¹¹² Over de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van wetgeving aan verdragsrecht, zie *infra*, par. 2.2.3.

¹¹³ Vgl. Dworkin 1977, pp. 82-84 ten aanzien van de positie van de rechter.

¹¹⁴ Vgl. Van Wijk et al 2005, p. 46. J. van der Hoeven onderscheidt nog een derde functie van de ‘wet’, te weten de legitimatie van de op grond ervan totstandgekomen lagere regelgeving: die lagere regels worden geaccepteerd zolang zij voldoen aan de algemeen aanvaarde uitgangspunten van het wettelijke kader; vgl. *supra*, par. 1.2.2.

¹¹⁵ Koopmans 1970. Vgl. *infra*, par. 4.2.2.

¹¹⁶ Vgl. Benvenisti 2007.

(...) the court has to clarify what the constitution requires or forbids with respect to the legislative regulation of particular matters. This means that the court must define constitutional “components” with respect to the content and approach of specific areas of law. This process, known as “constitutionalization of specific areas of law,” pertains most typically to criminal procedure as well as to various issues of property rights, family law, taxation, and social benefits. In all those and many other areas, the constitution – as defined by the case law of the constitutional court – provides for norms and rules of a higher order, by which (it is meant) that they are binding both on the “ordinary” legislature as well as on the “ordinary” judge. (...) The constitutionalization of specific branches of law means that the normative context of each of those branches is now determined not just by particular statutes and codes but by the pertinent constitutional provisions and the existing constitutional case law.’¹¹⁷

De macht van de rechter is echter beperkt: een de wetgever onwelgevallige rechterlijke beslissing kan via nieuwe wetgeving van haar effect ontdaan worden. Het evenwicht van machten blijft wankel, ook vanwege het niet langer vanzelfsprekend zijn van de rol van de rechter als beschermer van fundamentele rechten. Vanuit de verklaring van constitutionalisering als ‘anti-democratische machtsgreep’¹¹⁸ wordt namelijk betoogd dat de toekenning van de bevoegdheid van constitutionele toetsing aan de rechter een gevaar in zich draagt voor de bescherming van grondrechten van minderheidsgroepen: indien een beroep voor de rechter wordt afgewezen, rest deze groepen nauwelijks nog een mogelijkheid om de bescherming van hun belangen via politieke weg veilig te stellen.¹¹⁹ De rol van de rechter als een politieke actor wordt in die visie bevestigd.

Aangetekend moet worden dat de mate waarin de politieke machten invloed kunnen uitoefenen op de functieuitoefening door de rechterlijke macht in nauw verband staat met bijvoorbeeld de wijze en modaliteiten van de benoeming van rechters. Een benoeming voor het leven geeft de rechterlijke macht meer armslag om af te wijken van de bestaande politieke consensus, een benoeming voor bepaalde tijd kan kritiek oproepen in het licht van de eis van ‘onafhankelijke’ en ‘onpartijdige’ rechtspraak.¹²⁰

Welke motieven ook aan de invoering van ‘constitutionele toetsing’ ten grondslag liggen, duidelijk is dat het bestaan of de afwezigheid van dit instrument in ‘rechtsstatelijke’ rechtssystemen van grote invloed is op de verhouding tussen wetgever en rechter en als gevolg daarvan implicaties heeft voor de uitwerking van de formele Constitutie. Die implicaties komen onder andere tot uitdrukking in de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie.

¹¹⁷ Garlicki 2007, pp. 48-49.

¹¹⁸ Hirschl 2004; vgl. *supra*, deze paragraaf.

¹¹⁹ Hirschl 2004; vgl. Spijkerboer 2006, pp. 2592-2593.

¹²⁰ Betreffende de positie van de constitutionele rechter in verband met de rigiditeit van constitutionele systemen, vgl. Ferreres-Comella 2000, p. 56.

Implicaties voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie

De conceptuele verhouding tussen uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie wordt niet beïnvloed door de aan- of afwezigheid van een mechanisme van ‘constitutionele toetsing’ of door de vorm van een eventueel mechanisme van toetsing. Vanuit inhoudelijk perspectief zijn het bestaan en de vorm van een mechanisme van ‘constitutionele toetsing’ echter van invloed op de vaststelling van het evenwicht tussen de verschillende typen van uitgangspunten, die een rol spelen bij de organisatie van de rechtspraak in het grotere verband van de organisatie van de Staat. Dit houdt verband met de achtergrond van de bevoegde normstellers voor de rechterlijke organisatie. Uit de geschetste invloed van ‘constitutionele toetsing’ op de rolverdeling tussen de wetgever en de rechter vloeien een aantal consequenties voort voor de afweging van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie.

Met betrekking tot de invloed van een mechanisme van ‘constitutionele toetsing’ kan in algemene zin worden geconcludeerd dat de rol die de rechter zich aanmeet doorslaggevend is voor de vaststelling van het constitutionele evenwicht tussen de twee typen van uitgangspunten. Bij recente hervormingen van de ‘rechterlijke organisatie’ in westerse ‘rechtsstaten’ lijken ‘new public management’-uitgangspunten door de overheid stelselmatig op de voorgrond te worden geplaatst, waardoor de waarborg van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten soms in het gedrang komt. De rechterlijke macht kan tegenwicht bieden aan de politieke machten door de rechtsbescherming van de burger voorop te stellen. In het Franse systeem speelt de constitutionele rechter een cruciale rol bij de bescherming van de fundamentele klassiek-rechtsstatelijke waarden voor de rechterlijke organisatie:

‘De même qu’il a revalorisé un domaine de la loi que beaucoup croyaient en péril, le Conseil constitutionnel a conservé à l’autorité judiciaire sa couronne de souveraineté, en resituant son action dans le cadre de la théorie de la séparation des pouvoirs et en garantissant sur le plan organique, son indépendance, sur le plan fonctionnel, son impartialité. (...) corrélativement aux facteurs d’indépendance résultant pour le magistrat judiciaire d’un statut organique propre et de la proclamation constitutionnelle de son inamovibilité, le Conseil constitutionnel a protégé l’impartialité du juge en assurant la garantie de la loi, parfois même de la Constitution, aux principes fondamentaux gouvernant le procès judiciaire. (...) le Conseil constitutionnel a protégé l’indépendance de l’autorité judiciaire des atteintes des pouvoirs exécutif et législatif; il a garanti les conditions de son exercice, contribué à la stabilité juridictionnelle, concouru à l’unification de la notion d’autorité judiciaire et défendu les attributions fondamentales du juge judiciaire.’¹²¹

De mogelijkheid van realisatie van ‘new public management’-uitgangspunten verloopt in de in het onderzoek betrokken continentaal-Europese rechtssystemen minder soepel daar waar een uitgebreide regeling van ‘constitutionele toetsing’ bestaat dan daar waar

¹²¹ Renoux 1984, p. 553.

geen of slechts een beperkte mogelijkheid tot toetsing bestaat. Oorzaken hiervan zijn gelegen in de minder activistische houding van de Europese constitutionele rechters in vergelijking tot de wetgever wanneer het gaat om de interpretatie van constitutionele bepalingen betreffende de organisatie van de rechtspraak. Dat de beperking niet in de bevoegdheid van de rechterlijke macht zelf is besloten – of in ieder geval een dergelijke belemmering door de rechter zelf niet wordt gevoeld – wordt aangetoond door de rol van de constitutionele rechtspraak in bijvoorbeeld het rechtssysteem van de Verenigde Staten. Het *Supreme Court* is tot op heden juist de aanjager van hervormingen in de samenleving geweest en heeft zich meer dan wetgever en uitvoerende macht gericht op realisatie van ‘responsiviteit’ van het recht ten aanzien van wensen uit de sociale orde.¹²²

De rechter kan niet alleen door middel van ‘constitutionele toetsing’ invloed uitoefenen op het evenwicht van beginselen dat als referentiekader dient voor de normering van de rechterlijke organisatie. De Constituties in moderne rechtsstaten bieden ook door middel van toetsing aan verdragsrecht een mogelijkheid tot rechterlijke beïnvloeding van de inhoud van het formeel-constitutionele kader voor de organisatie van de rechtspraak.

2.2.3 Constitutioneel kader en verdragsrecht

Na de Tweede Wereldoorlog is de invloed van internationaal en Europees recht in de rechtsstelsels van Nederland, Frankrijk en Duitsland gestaag gegroeid. De beïnvloeding van de ontwikkeling van een rechtssysteem via normen die buiten de nationale rechtsorde zijn ontwikkeld, is vandaag de dag een veel voorkomend fenomeen. Beleidsstukken bevatten vaak een rechtsvergelijkende analyse, die vervolgens aan de basis staat van wetgeving.¹²³ Ook in de rechtspraak is een aspect van ‘transnationaliteit’ niet ongewoon meer.¹²⁴ In die gevallen is sprake van ‘spontane’ harmonisatie. Via een andere lijn doet zich echter tevens een ‘opgelegde’, ‘georganiseerde’ vorm van harmonisatie voor. Normen afkomstig uit het verdragenrecht werken via het constitutionele recht door in nationale rechtsordes en zijn op die manier van invloed op de inhoud van regelgeving in nationale systemen.

In het licht van de toenemende internationalisering van het recht is het niet verwonderlijk dat ook op het gebied van de rechterlijke organisatie sprake is van een zich doorzettende trend: de organisatie van de rechtspraak wordt steeds meer beïnvloed door buiten de interne rechtsorde tot stand gekomen normen. Artikel 6 lid 1 EVRM in het bijzonder geeft een scala van (minimum)eisen voor de rechtspraak die door wetgevers in de lidstaten van de Raad van Europa moeten worden gerespecteerd. De

¹²² De vraag is geregeld opgeworpen of het constitutionele hof een dergelijke ruime interpretatievrijheid mag nemen. Vgl. de hiervoor reeds aangehaalde controverse tussen Scalia en Breyer.

¹²³ Vgl. bijvoorbeeld het wetsvoorstel-Halsema, waarin ter rechtvaardiging van de invoering van een mechanisme van constitutionele toetsing in Nederland wordt verwezen naar de praktijk in andere Europese landen en in de Verenigde Staten. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 331, nr. 3, pp. 8-11.

¹²⁴ Vgl. op dit punt Canivet 2005.

plaats van het verdragsrecht in het rechtsstaatconcept heeft zich daarmee ontwikkeld tot een invloedsfactor van belang in het constitutionele kader voor de organisatie van de rechtspraak. In het kader van het onderzoek rijzen twee vragen. Allereerst dient te worden vastgesteld op welke wijze normen afkomstig uit de internationale rechtsorde invloed kunnen uitoefenen in de nationale ‘rechtsstaat’. Vervolgens kan worden bekeken welke invloed van de doorwerking van verdragsrecht uitgaat op de vaststelling van het evenwicht van constitutionele uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie.

- DE PLAATS VAN VERDRAGSRECHT IN HET RECHTSSTAATCONCEPT

Een theoretische analyse van de plaats van verdragsrecht in het rechtsstaatconcept wordt gevolgd door een beschrijving van de historische en politieke ontwikkeling in dit verband in Nederland, Frankrijk en Duitsland.

Theoretisch perspectief

De rol van verdragsrecht in nationale rechtssystemen roept veel vragen op, bijvoorbeeld wat betreft de verhouding van de internationale of supranationale rechtsorde ten opzichte van nationale rechtsordes.¹²⁵ De doorwerking van normen van internationaal recht in nationale rechtsordes is echter een gegeven: in het licht van de internationalisering van het recht moet door elk rechtssysteem een manier worden gevonden voor de omgang met normen die afkomstig zijn uit de internationale rechtsorde. Daarbij zijn hoofdrollen weggelegd voor de wetgever en met name voor de rechter.¹²⁶ De rechter kan wettelijke regels toetsen op hun verenigbaarheid met bepalingen van internationale en Europese verdragen, en daarmee de eventuele beperkingen omzeilen die het gevolg zijn van de afwezigheid of beperktheid van een mechanisme van constitutionele toetsing. De positie van de rechter is op deze wijze versterkt ten opzichte van de positie van de wetgever en de uitvoerende macht. In het kader van de rechterlijke organisatie is daarmee naast de mogelijkheid en uitwerking van ‘constitutionele toetsing’ ook de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde van belang voor de afbakening van het domein van de bevoegde normstellers in de Staat.

Het nationale constitutionele recht ondervindt bovendien een invloed van het internationale recht vanuit een tendens van ‘constitutionalisering’ op het internationale of supranationale niveau. De rechtsstaatidee (*rule of law*) ligt ten grondslag aan het EVRM¹²⁷ en aan het recht van de Europese Unie.¹²⁸ Niet alleen met betrekking tot

¹²⁵ Ten aanzien van de doorwerking van internationaal recht in het Nederlandse rechtssysteem, zie bijvoorbeeld Fleuren 2004. Met betrekking tot de verhouding tussen het recht van de Europese Unie en de rechtssystemen van haar lidstaten, zie Pernice 2002.

¹²⁶ De rol van de uitvoerende macht wordt in dit verband buiten beschouwing gelaten. Hoewel de uitvoerende macht formeel verplicht is bij de uitoefening van haar taken rekening te houden met de conformiteit aan verdragsrechtelijke normen, wordt in de praktijk – op grond van pragmatische overwegingen – nauwelijks gevolg gegeven aan dit vereiste. Vgl. voor Nederland artikel 94 Gw, dat is geplaatst in hoofdstuk 5 van de Grondwet: ‘Wetgeving en bestuur’. Over die bepaling Van der Pot 2006, pp. 698-702; Fleuren 2004.

¹²⁷ Widdershoven 1989, pp. 112-113.

nationale niveaus, maar ook op het internationale niveau bestaat een ‘constitutionalisering’ van rechtsordes. Het ‘constitutionalisme’ op het niveau van de Europese Unie en de Raad van Europa staat echter verder van ‘het volk’ af en is ‘vager’ van aard dan het ‘constitutionalisme’ op het niveau van het nationale constitutionele recht.¹²⁹ Toch komt dit ‘Europese constitutionalisme’, als gevolg van de voortschrijdende internationalisering van het recht, steeds meer op gelijke voet te staan met het – óók door de internationalisering beïnvloede – ‘constitutionalisme’ op het niveau van staten:

‘The development of European integration (...) has started to make these clear-cut differences [tussen nationaal en Europees constitutionalisme – EM] disappear. This is not only because a European entity is developing which more closely resembles a state. It is also because the European states themselves and their characteristic constitutionalisms are being transformed by the process of European integration. This is visible most clearly in the jurisprudence of the European Courts in Strasbourg and Luxembourg. The jurisprudence of the European Court of Human Rights necessarily influences and harmonises national human rights jurisprudence. To a lesser extent, similar developments are taking place in the area of state organization.’¹³⁰

Met betrekking tot de rechterlijke organisatie is vooral artikel 6 lid 1 EVRM van groot belang voor het nationale recht. Deze bepaling ‘kan beschouwd worden als een “voorzichtig geformuleerd symptoom” van de rechtsstaatgedachte.’¹³¹ De eisen met betrekking tot de rechtspraak die in artikel 6 lid 1 EVRM zijn opgenomen, gelden als ‘een positivering van de beginselen van behoorlijke rechtspraak’.¹³² De uitwerking van een referentiekader voor de lidstaten bij het EVRM vindt plaats in de jurisprudentie van het EHRM en in de verdragstoetsing of constitutionele toetsing die wordt aangevat door in de nationale rechtsordes met die taak belaste organen. De normatieve voorrang van het verdragsartikel leidt echter niet tot een intrinsieke superioriteit ten opzichte van de bepalingen van nationaal recht die de rechterlijke organisatie betreffen.¹³³ De nationale bronnen van rechtsnormen spelen vooral een rol wanneer blijkt dat binnen de nationale rechtsorde hogere eisen worden gesteld dan door de (minimum)normen uit het internationale recht geschiedt.¹³⁴

De grondslag voor de invloed van het verdragsrecht in de nationale rechtsordes is de constitutionele structuur die het kader vormt voor de doorwerking van het internationale recht in de nationale rechtsorde. Die structuur is in overwegende mate het resultaat van

¹²⁸ Vgl. de preambule van het Verdrag betreffende de Europese Unie en artikel 6 van dat Verdrag.

¹²⁹ Nolte 2005, p. 5.

¹³⁰ Nolte 2005, p. 5.

¹³¹ Hirsch Ballin 1983; vgl. Widdershoven 1989, p. 112.

¹³² Widdershoven 1989, pp. 112-113.

¹³³ Picard 1994, p. 221.

¹³⁴ Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de Duitse doctrine van de *gesetzliche Richter*, die verder gaat dan de door het Verdrag geformuleerde eisen aan de rechtspleging. Vgl. Kuijer 2004, p. 201 en p. 186 e.v.

ontwikkelingen in de historische, politieke, sociale en economische context van rechtssystemen.

Ontwikkeling in de historische en politieke context

De vraag die in dit verband rijst is welke invloed het internationale recht heeft in nationale rechtsordes, met name in het kader van de rechterlijke organisatie. Om die vraag te beantwoorden moeten bekeken worden in hoeverre vraagstukken betreffende de rechterlijke organisatie in het bereik van het internationale recht vallen. Laten wij een blik werpen op de verschillen met betrekking tot de doorwerking van verdragsrecht betreffende de rechterlijke organisaties in de nationale rechtsordes van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

Als aanknopingspunt voor de analyse kan artikel 6 lid 1 EVRM dienen. De in deze bepaling neergelegde eisen voor de organisatie van de rechtspraak worden in de jurisprudentie van het EHRM 'doelgericht en systematisch aan de orde gesteld, zodat zich langzamerhand een uitgewerkt en afgewogen kader heeft gevormd.'¹³⁵ De analyse van de invloed van artikel 6 lid 1 EVRM op de rechterlijke organisatie in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland toont aan dat de receptie van de door dat artikel gestelde eisen in het Nederlandse rechtssysteem gemakkelijker is verlopen dan in het Franse systeem, en nog weer gemakkelijker dan in Duitsland. In de eerste plaats vormt de tekst van de Constitutie een belangrijke verklarende factor voor dit verschil. De Nederlandse Grondwet kenmerkt zich door een zeer grote openheid ten aanzien van verdragsrecht: een ieder verbindende bepalingen van verdragen hebben direct effect in de nationale rechtsorde (artikel 93 Gw) en hebben voorrang op regels van nationaal recht, inclusief grondwettelijke bepalingen (artikel 94 Gw). Daarmee heeft het verdragsrecht in Nederland een belangrijker status dan in Frankrijk, waar bepalingen uit verdragen op grond van artikel 55 *Constitution* weliswaar direct doorwerken in de nationale rechtsorde, maar slechts voorrang genieten op wetgeving en lagere regelgeving, niet op bepalingen uit de Constitutie. In Duitsland heeft het verdragsrecht nog meer moeite om ingang te vinden in de nationale rechtsorde. Vanwege het dualistische stelsel hebben verdragsbepalingen slechts effect in de nationale rechtsorde indien zij, door middel van een transformatiewet, zijn omgezet in regels van nationaal recht. Het Duitse stelsel is echter niet puur dualistisch; verdragsrechtelijke normen kunnen na invoering in het nationale systeem als zodanig worden ingeroepen in de interne rechtsorde.¹³⁶

Naast de positiefrechtelijke regeling van de doorwerking van verdragsrecht, speelt ook de attitude van de normstellers voor de rechterlijke organisatie een grote rol bij de bepaling van de plaats die in de nationale rechtsorde aan het verdragsrecht toekomt. Neemt de wetgever een activistische of een meer terughoudende positie in met betrekking tot de regelgeving over de rechterlijke organisatie? Een activistische wetgever draagt in

¹³⁵ Widdershoven 1989, pp. 112-113.

¹³⁶ Vandaele 2002, nr. 5. Algemene regels van volkenrecht maken op grond van artikel 25 GG deel uit van het federale recht en hebben voorrang op wetgeving. Ten aanzien van de inbedding van het EU-recht in de Duitse rechtsorde, zie artikel 23 GG.

grotere mate bij aan de ontwikkeling van de rechtsorde, hij ‘stuurt’ meer dan een ‘terughoudende’ wetgever. Daarmee bestaat een groter risico van botsing aan constitutionele en verdragsrechtelijke grenzen. In geval van een activistische instelling van de wetgever bestaat daardoor meer ruimte voor het constitutionele recht en voor het verdragsrecht om een prominente plaats in de rechtsorde te claimen.

Een factor die bepalend is voor de feitelijke invloed van het verdragsrecht in de nationale rechtsorde wordt gevormd door de stellingname van de rechterlijke macht, en in het bijzonder de constitutionele rechter, als het gaat om de vraag van de openheid van het nationale rechtssysteem ten aanzien van verdragsrecht. In het Nederlandse rechtssysteem heeft de voorrang van het internationale recht in de nationale rechtsorde nooit tot grote discussie geleid.¹³⁷ In Frankrijk en Duitsland, daarentegen, blijkt uit de jurisprudentie van de hoogste rechters dat de plaats die het internationale recht in de nationale rechtssystemen heeft verworven de uitkomst is van een lange ontwikkeling en cultuuromslag in de jurisprudentie.¹³⁸ Illustratief is de houding van de Franse *Conseil d'État* ten aanzien van de doorwerking van artikel 6 lid 1 EVRM in de nationale rechtsorde:

‘si le Conseil d'État reconnaît bien la primauté *normative* des règles définissant, selon la Convention, le procès équitable, il n'admet pas pour autant, d'emblée, la supériorité *intrinsèque* de la conception européenne du procès équitable sur celle qu'il a conçue, au fil des siècles, pour la fonction administrative française; il n'accueille progressivement la règle européenne que si elle s'adapte naturellement, sans violence ou sans contrainte, à son propre système juridictionnel; pour qu'il consente à la mettre en œuvre, il faut pratiquement qu'elle découle déjà des exigences propres à ce système, qu'il lui suffit alors de développer spontanément.¹³⁹ (...) Le Conseil d'État paraît donc presque inverser l'ordre des facteurs: la Convention ne ferait en définitive que confirmer ce que notre droit disposait déjà, au moins en puissance. (...) la jurisprudence administrative a toujours été conçue et s'est toujours comportée comme une œuvre en marche, dont le principe dynamique se trouve en lui-même, et non dans des sources extérieures, qui ne jouent en définitive qu'un rôle utile de catalyseur: le système n'en admet les effets que lorsqu'il les a acclimatées comme facteurs endogènes.’¹⁴⁰

¹³⁷ Zie Claes & De Witte 1998, p. 171.

¹³⁸ Met betrekking tot Frankrijk, zie CC, beslissing nr. 74-54 DC van 15 januari 1975, *Rec. p. 19 (Interruption volontaire de grossesse)*; CCass, 24 mei 1975, *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre Mixte* nr. 4, p. 6 (*Sté Cafés Jacques Vabre*); CE Ass, 20 oktober 1989, *Rec. p. 190 (Nicolo)*. Het dualistische Duitse stelsel komt met betrekking tot het EU-recht tot uitdrukking in de uitspraken BVerfG, 29 mei 1974, BvL 52/71, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*) en BVerfG, 22 oktober 1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*), en meer recente uitspraken zoals BVerfG, 7 juni 2000, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147 (*Bananenmarktordnung*) en BVerfG, 18 juli 2005, 2 BvR 2236/04, BVerfGE 113, 273 (*Europäischer Haftbefehl*). Over de constitutionele toetsing van regels van EU-recht in Duitsland, zie Walter 1997.

¹³⁹ Picard 1994, p. 221.

¹⁴⁰ Picard 1994, p. 229.

In de Franse constitutionele rechtspraak wordt als uitgangspunt voor rechterlijke interpretatie aangenomen dat geen duidelijke contradictie bestaat tussen de Constitutie en verdragsrechtelijke normen van het EVRM. Vanuit een gemeenschappelijke ‘inspiratie’ vindt het verdragsrecht via de rechtspraak van de constitutionele rechter indirect een weg in het Franse recht:

‘Au total, entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et le droit de la Convention européenne, conçu comme un standard “minimum”, il n’y a pas de contradiction apparente mais au contraire une *inspiration commune* [cursivering EM] qui est bien marquée sur plusieurs points. De la sorte que l’attitude du Conseil constitutionnel conforte l’incidence de la Convention européenne en droit français même si c’est de manière indirecte que cette influence se fait sentir.’¹⁴¹

Met betrekking tot de drie voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen kan de impact van verdragsrecht in de nationale rechtsorde en de verhouding van verdragstoetsing ten opzichte van constitutionele toetsing als volgt worden samengevat:

- Duitsland: verdragsrecht werkt moeizaam door in de nationale rechtsorde, vanwege het dualistische systeem en vanwege de mogelijkheid van rechterlijke toetsing aan constitutionele beginselen;
- Frankrijk: vanwege de onmogelijkheid van constitutionele toetsing *a posteriori* bestaat een vrij grote inbreng van verdragsrecht in de rechterlijke toetsing in concrete gevallen;
- Nederland: inbreng van constitutionele beginselen in de rechtspraak vindt in de rechtspraak, bij het ontbreken van een mechanisme van constitutionele toetsing, uitsluitend plaats via rechterlijke toetsing aan het internationale recht.

Op welke wijze de invloed van het internationale recht in de nationale rechtsordes ook geconstrueerd wordt, niet ontkend kan worden dat het internationale recht in de loop der tijd een invloedsfactor van steeds groter belang is geworden voor de bepaling van de constitutionele ordening van nationale rechtsordes. De toenemende globalisering heeft geleid tot een wijdere ‘blik naar buiten’. Harmonisatie van rechtssystemen vloeit dan voort uit de verwijzing naar andere rechtssystemen in het kader van wetgevingsprocedures en rechtspraak, en uit de verplichte toepassing van normen afkomstig uit verdragen die zijn aangegaan door de betrokken Staat. De vraag rijst welke betekenis op basis van de voorgaande theoretische en contextuele analyse moet worden toegekend aan het verdragsrecht met betrekking tot de vaststelling van het afwegingskader van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie.

¹⁴¹ Cohen-Jonathan 1994, p. 24. Het EVRM werkt overigens ook via de jurisprudentie van het HvJ EG door in de nationale rechtsorde, zie Cohen-Jonathan 1994, pp. 24-25.

- DE BETEKENIS VAN VERDRAGSRECHT VOOR HET AFWEGINGSKADER VAN UITGANGSPUNTEN VOOR DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE

Het internationale recht vormt een bindend referentiekader voor de constitutionele wetgever en voor de infraconstitutionele regelgevers in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland. Een belangrijke rol is in dat verband weggelegd voor de rechter, als controleur van de handelingen van de wetgever. De verhouding tussen wetgever en rechter staat centraal bij ontwikkelingen in het evenwicht van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en 'new public management'-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het licht van de doorvoering van normen van internationaal recht in de nationale rechtsorde. Een analyse van die verhouding gaat vooraf aan een beschouwing van de implicaties van verdragsrecht voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het constitutionele kader.

Harmonisering van het constitutionele domein van normstelling: wetgever en rechter

Het beeld van het internationale recht als bepalend voor de inhoud van het nationale (constitutionele) recht wordt met betrekking tot het EVRM voor het Nederlandse rechtstelsel bevestigd door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid:

'Het EVRM is (...) voor de werking van de grondrechten in Nederland van aanzienlijke betekenis, ook omdat de rechter de Nederlandse wetten daaraan kan toetsen. Bovendien beperkt het verdrag de vrijheid van de Nederlandse wetgever, ook van de grondwetgever, om autonoom regels vast te stellen: men moet steeds blijven binnen de grenzen die het verdrag stelt. Daarmee raakt het aan enkele grondtrekken van de Nederlandse vormgeving van de rechtsstaat, waaronder ook het verbod aan de rechter om wetten te toetsen.'¹⁴²

De verhouding tussen wetgever en rechter met betrekking tot de doorwerking van verdragsrecht in de nationale rechtsorde kan goed geïllustreerd worden aan de hand van het voorbeeld van het EVRM. Ten tijde van het ontwerp van dit verdrag werd de invloed van het verdragsrecht op het nationale recht geacht slechts van beperkt belang te zijn voor de rechtsontwikkeling in de lidstaten van de Raad van Europa. De verdragsstaten erkenden de noodzaak van een effectieve bescherming van mensenrechten op het internationale niveau, maar beschouwden dit politiek controversiële onderwerp nog als een vooral interne aangelegenheid. In het licht van die ambivalente houding heeft de Straatsburgse rechter zijn rol met betrekking tot de bescherming van de verdragsrechten op behoedzame wijze uitgewerkt.¹⁴³ Daarbij speelt mee dat de invloed van het verdragsrecht in de nationale rechtsorde afhankelijk is van de constitutionele regeling in de staat die zich aan dat recht heeft onderworpen: de constitutionele beperkingen in het rechtssysteem van de verdragsstaat bepaalt in eerste instantie in

¹⁴² WRR 2002, pp. 64-65.

¹⁴³ Zie bijvoorbeeld Kuijer 2004, pp. 24-26.

welke mate normen van verdragsrecht gelding kunnen krijgen in de nationale rechtsorde.¹⁴⁴

Tegen deze historische en constitutionele achtergrond hadden de verdragsstaten echter buiten een aantal ontwikkelingen op het nationale niveau gerekend, in het bijzonder betreffende de verhouding tussen de staatsmachten. Vooral door de toegenomen invloed van de rechtspraak bij de doorwerking van verdragsrecht heeft het EVRM, en onder andere artikel 6 lid 1 van het Verdrag, een veel groter belang gehad in de rechtsontwikkeling op het niveau van de verdragsstaten dan aanvankelijk was verwacht.¹⁴⁵ Zowel Nederland, Frankrijk als Duitsland zijn meerdere malen voor het EHRM gedaagd en veroordeeld voor schendingen van artikel 6 lid 1 EVRM. Zo is het ‘Kroonberoep’ bij de Nederlandse Raad van State geoordeeld in strijd met het EVRM te zijn, omdat de beslissingsbevoegdheid formeel gesproken bij de uitvoerende macht lag en niet bij de rechterlijke macht.¹⁴⁶ Verder is de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Nederlandse Raad van State ter discussie gesteld vanwege de combinatie van taken van wetgevingsadvisering en rechtspraak in dit ene orgaan.¹⁴⁷ De procedure bij de Franse evenknie van (en het model voor¹⁴⁸) de Raad van State, de *Conseil d’État*, is aan de kaak gesteld vanwege de rol van de *commissaire du gouvernement* in die procedure.¹⁴⁹ Een zaak waarin de Duitse Staat betrokken was, betrof bijvoorbeeld de conformiteit aan het EVRM – in het licht van het beginsel van de ‘*gesetzliche Richter*’ – van maatregelen genomen met het oog op de verlichting van de *case load* van de Duitse gerechten.¹⁵⁰ De hoge vlucht die het verdragsrecht in de nationale rechtsordes heeft genomen is deels te verklaren uit de activistische rol die het EHRM zich heeft aangemeten, en in verband daarmee uit de receptie van die beslissingen in de nationale rechtsordes, bijvoorbeeld via de aanpassing van wetgeving op het nationale niveau. Anderzijds is die tendens nog versterkt door de bevestiging van de beslissingen van het Straatsburgse Hof in de jurisprudentie van de nationale rechters in de lidstaten, in samenhang met de belangrijker positie die de nationale gerechten hebben geclaimd in hun verhouding met de politieke staatsmachten.

Een vergelijkbare tendens is waarneembaar indien wordt gekeken naar de doorwerking van het recht van de Europese Unie in de rechtsordes van de lidstaten van de

¹⁴⁴ Vgl. *supra*, deze paragraaf.

¹⁴⁵ Deze constatering gaat ook op voor andere bepalingen van het EVRM. Met betrekking tot het martelverbod van artikel 3 lid 1 EVRM springt in het bijzonder de recente uitspraak van het EHRM in de zaak van de Somalische asielzoeker Salah Sheekh tegen Nederland in het oog: EHRM, 11 januari 2007, nr. 1948/04 (*Salah Sheekh tegen Nederland*). Zie Mak 2007c.

¹⁴⁶ EHRM, 23 oktober 1985, nr. 8848/80, A-serie nr. 97 (*Bentham tegen Nederland*).

¹⁴⁷ EHRM, 6 mei 2003, nr. 39343/98, 39651/98, 43147/98, 46664/99 (*Kleyn tegen Nederland*); indirect in EHRM, 11 januari 2007, nr. 1948/04 (*Salah Sheekh tegen Nederland*).

¹⁴⁸ De Raad van State is ingesteld in 1531, maar in sterke mate beïnvloed door de staatsvormingen gedurende en na de Franse overheersing van de Nederlanden (1795-1813). Zie www.raadvanstate.nl.

¹⁴⁹ EHRM, 7 juni 2001, nr. 39594/98 (*Kress tegen Frankrijk*).

¹⁵⁰ ECRM, 25 november 1996, nr. 28899/95 (*Stieringer tegen Duitsland*); EHRM, 9 maart 1999, nr. 32813/96 (*Lindner tegen Duitsland*). Vgl. *infra*, hoofdstuk 6.

Unie. Ook in dat verband speelt de nationale rechter een belangrijke rol bij de opname van het verdragsrecht in de nationale rechtsorde.¹⁵¹ Wat betreft de rechterlijke organisatie vloeien uit het EU-recht, dat voor de bescherming van fundamentele rechten aansluiting heeft gezocht bij het EVRM, vergelijkbare eisen voort als uit het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM.¹⁵² Ten aanzien van de toetreding van nieuwe lidstaten tot de Europese Unie kan in dit verband worden gewezen op de Kopenhagen-criteria.¹⁵³ Met betrekking tot de mogelijke toetreding van Turkije tot de EU wordt door experts uitdrukkelijk gewezen op de noodzaak tot aanpassing van de rechterlijke organisatie, inclusief het beheer en bestuur van die organisatie, aan klassiek-rechtsstatelijke eisen met betrekking tot de onafhankelijkheid en onpartijdigheid.¹⁵⁴

Tot slot kan worden gewezen op de samenwerking in het kader van de *European Commission for the Efficiency of Justice/Commission européenne pour l'efficacité de la justice* (CEPEJ)¹⁵⁵ van de Raad van Europa. In dit samenwerkingsverband is een transnationale dialoog in gang gezet, waarbij experts uit alle lidstaten informatie aanleveren betreffende specifieke componenten van de organisatie van de rechtspraak in hun rechtssysteem. De aldus gerealiseerde rapporten¹⁵⁶ bieden een aanzet tot herwaardering van nationale oplossingen en tot harmonisering van de rechterlijke organisaties in Europese rechtssystemen.

De rechter heeft een prominente rol ingenomen bij de bepaling van de invloed van verdragsrecht in de nationale rechtsordes van Nederland, Frankrijk en Duitsland. Deze invulling van de machtsverhouding tussen wetgever en rechter en de wijze en mate van doorvoering van verdragsrecht in nationale rechtsordes heeft implicaties voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in de betrokken rechtssystemen.

Implicaties voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie

Wederom kan de problematiek helder worden gemaakt door aan te sluiten bij de praktijk met betrekking tot het EVRM. Artikel 6 lid 1 EVRM combineert de codificatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen met een juridisering van 'new public management'-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. Naast de voorwaarde van rechtspraak

¹⁵¹ Zie bijvoorbeeld Walter 1997, ten aanzien van de constitutionele toetsing van EU-recht in de Duitse rechtsorde. Vgl. *supra*, deze paragraaf.

¹⁵² Vgl. de jurisprudentie van het HvJ EG vanaf de zaak Nold: HvJ EG, 17 mei 1974, nr. 4/73, ECR 491 (*Nold II*), en het in Nice aangenomen *Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie*, 18 december 2000, C 364/1.

¹⁵³ Zie onder andere 'Toetredingscriteria (criteria van Kopenhagen)', http://europa.eu/scadplus/glossary/accesion_criteria_copenhagen_nl.htm, geraadpleegd op 23 juli 2007.

¹⁵⁴ Richmond 2004.

¹⁵⁵ Zie <http://www.coe.int/cepej>.

¹⁵⁶ Onder andere ten aanzien van de organisatie van de rechtspraak in het algemeen (de periodieke rapportage *European Judicial Systems*, meest recent verschenen in 2006, zie CEPEJ 2006), en – op verzoek van Nederland – ten aanzien van de territoriale verdeling van rechtsmacht (CEPEJ 2003).

door een ‘onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat door de wet is ingesteld’, wordt de eis gesteld van berechting binnen een redelijke termijn. In vergelijking met bepalingen uit de nationale constitutionele regelingen geeft artikel 6 lid 1 EVRM hiermee blijk van een grotere openheid ten aanzien van die ‘new public management’-uitgangspunten. Een verklaring hiervoor kan worden gevonden in het feit dat het Verdrag van een latere datum is dan de meeste constitutionele bepalingen in de onderzochte rechtssystemen¹⁵⁷ en dus is terug te voeren op een ander moment in de ontwikkeling van het concept van de ‘rechtsstaat’, toen ‘new public management’-uitgangspunten al meer ‘salonfähig’ begonnen te worden. Bovendien kan worden verondersteld dat op het internationale niveau minder weerstand bestaat ten aanzien van de uitwerking van ‘nieuwe’ beginselen in het corps van rechtsnormen voor de rechterlijke organisatie. Immers, in het proces van formulering van een geheel nieuw corps van regels in het kader van een nieuwe juridische structuur bestaat een grotere vrijheid ten aanzien van de keuze van te codificeren normen dan het geval is ten aanzien van de uitwerking van nieuwe normen in het bestaande corps van regels in een rechtsorde.

Als gevolg van de invloed van internationaal recht in de nationale rechtsordes wordt de positie van de rechterlijke macht een meer ‘autonome’ en een ‘sterkere’.¹⁵⁸ Er is sprake van een grotere *autonomie*, omdat de rechtspositie van de rechter niet meer van de Staat afhangt maar in zekere zin ‘exterieur aan de Staat’ wordt. Heden ten dage, aldus Soyer, ‘l’indépendance de la justice, la légitimité du juge résultent du vaste contrat liant l’État à d’autres États dans un ensemble multilatéral, régi tant par le statut du Conseil de l’Europe que par la Convention européenne’.¹⁵⁹ De positie van de rechterlijke macht wordt *sterker*, omdat de onafhankelijkheid van de rechter voortaan voortvloeit uit de ‘valeurs inscrits au fronton de l’ensemble européen’, dat wil zeggen de kernwaarden van de Europese samenwerking, enerzijds op het niveau van de Raad van Europa, anderzijds op het niveau van de Europese Unie (omdat het HvJ EG en het EU-Verdrag ook verwijzen naar de beginselen van het EVRM). Dat duidt erop dat de onafhankelijkheid van de rechtspraak wordt gegarandeerd via de weg van de toetsing door gerechten en aan internationale verdragen, waarvan het, politiek gezien, veel moeilijker wordt zich af te scheiden. Een lidstaat kan zijn Constitutie veranderen, maar zal moeite hebben om zich los te maken uit het Europese democratische verband.¹⁶⁰ Voor de rechtspositie van de rechter en de rechterlijke macht impliceert dit een toename van de bescherming tegen de willekeur.¹⁶¹

¹⁵⁷ Veel constitutionele bepalingen zijn opgenomen in een Constitutie die na 1950 (het jaar van inwerkingtreding van het EVRM) is aangenomen. Het merendeel van die bepalingen heeft echter zijn oorsprong in eerdere Constituties en is daardoor van oudere origine dan de bepalingen van het EVRM.

¹⁵⁸ Volgens een niet gepubliceerde studie van J.-C. Soyer; de informatie komt uit De Gouttes 1994, p. 56 e.v.

¹⁵⁹ Zie De Gouttes 1994, p. 60.

¹⁶⁰ De Gouttes 1994, p. 60.

¹⁶¹ De Gouttes 1994, p. 60.

De invloed van internationaal recht in nationale rechtssystemen geeft dus een gedeeltelijke verklaring voor de mate waarin ‘new public management’-uitgangspunten geïntegreerd zijn in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland. In een rechtssysteem dat een belangrijke status geeft aan normen van internationaal recht zullen beginselen die gericht zijn op vergroting van de ‘responsieve’ legitimiteit van de rechterlijke organisatie een gewichtiger positie innemen dan in een rechtssysteem dat in mindere mate openstaat voor de doorwerking van internationaal recht. In de verzameling van factoren die van invloed zijn op de ‘rigiditeit’ of ‘flexibiliteit’ van het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie, is de rol van het internationale recht niet te veronachtzamen. Hoe belangrijker de status van het internationale recht in de rechtsorde, hoe ‘flexibeler’ het systeem. Er zijn dan immers meer mogelijkheden voor de regelgevers voor de rechterlijke organisatie om bij de uitoefening van hun functies te verwijzen naar normen die niet uitdrukkelijk in de Constitutie zijn geformuleerd en die in grotere mate uitdrukking geven aan ‘new public management’-uitgangspunten. Op die manier kan door middel van verdragstoetsing een bijdrage worden geleverd aan het proces van integratie van ‘new public management’-beginselen in het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie.

De organisatie van de rechtspraak in de voor het onderzoek geselecteerde ‘rechtsstaten’ berust op een samenspel van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten. Tegen de achtergrond van de grondslagen van ‘autonome’ en ‘responsieve legitimiteit’ worden zij in evenwicht gebracht om een maximaal legitieme organisatie van de rechtspraak in de specifieke rechtsorde op een bepaald moment te realiseren. De betrokken uitgangspunten ontleen hun geldingskracht aan hun status van ‘beginsel’. Zij komen in het rechtssysteem tot uitdrukking door middel van hun rol bij de interpretatie van ‘regels’. Door codificatie in de ‘Constitutie’ kunnen ‘beginselen’ een formeel-constitutionele status verkrijgen. Zij dienen daarmee als referentienorm voor de regelgevers voor de rechterlijke organisatie bij de zoektocht naar oplossingen voor die organisatie. De betekenis van de constitutionele bepalingen wordt vastgesteld door middel van interpretatie door wetgever, lagere regelgever en rechter. Als invloedsfactoren op de ontwikkeling van de formeel-constitutionele kaders voor de organisatie van de rechtspraak in Nederland, Frankrijk en Duitsland kunnen worden aangewezen: de ‘rigiditeit’ van de Constitutie; de rol van ‘constitutionele toetsing’ in een rechtssysteem; de rol van verdragsrecht in een rechtssysteem. Zij hebben implicaties voor de wijziging, de bescherming en de harmonisering van het constitutionele domein van normstelling voor de rechterlijke organisatie. De terugtred van de wetgever, in samenhang met de opkomst van rechterlijke toetsing in het licht van constitutionalisering en internationalisering, heeft in dit verband geleid tot een prominente rol van de rechter in het proces van uitwerking van beginselen in het positieve constitutionele recht.

De materieel-constitutionele en formeel-constitutionele kaders voor de organisatie van de rechtspraak in een aantal ‘rechtsstaten’ zijn hiermee in kaart gebracht. Aan de

HOOFDSTUK 2

hand van de verzamelde gegevens zal in het volgende hoofdstuk een verklaringsmodel worden ontwikkeld voor de vaststelling van het evenwicht van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

Hoofdstuk 3

De rechtspraak in balans: een verklaringsmodel voor het evenwicht van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie

Hoe kan een ‘onafhankelijke’, ‘transparante’, ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ organisatie van de rechtspraak voor de Nederlandse, Franse en Duitse sociale ordes van de 21^e eeuw worden gerealiseerd binnen de grenzen van de legitimiteitseisen voor de organisatie van de rechtspraak in die ‘rechtsstaten’? De zoektocht naar een evenwicht van beginselen voor de rechterlijke organisatie in de onderzochte rechtssystemen is gebaat bij een verklaringsmodel voor mogelijke oplossingen dat rekening houdt met enerzijds het onderscheid tussen de verschillende typen van uitgangspunten die een rol spelen bij de organisatie van de rechtspraak in de ‘rechtsstaat’, en anderzijds de kwalificatie van die uitgangspunten in de onderscheiden paradigma’s voor de discussie betreffende de rechterlijke organisatie.

Het is nu tijd om de gegevens die zijn verkregen uit de theoretische analyse in de vorige hoofdstukken om te zetten in een verklaringsmodel voor de uitwisseling van argumenten in hedendaagse debatten over de modernisering van de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland. Als vertrekpunt voor de ontwikkeling van een dergelijk verklaringsmodel geldt het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie, dat uitdrukking geeft aan de materieel-constitutionele beginselen die ten grondslag liggen aan de rechterlijke organisatie. De analyse van de status van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten in de twee paradigma’s voor de discussie over de rechterlijke organisatie en de analyse van de uitdrukking van beginselen in het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie dienen aldus als aanknopingspunt voor de formulering van het verklaringsmodel. Een visualisatie van de onderzoeksresultaten uit de hoofdstukken 1 en 2 wordt gekoppeld aan een inventarisatie van de belangrijkste kenmerken van de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland inzake de ‘rigiditeit/flexibiliteit’ van de constitutionele kaders van die rechtssystemen. Aan de hand van die inventarisatie zal getracht worden een kader uit te kristalliseren voor de afweging van argumenten uit het klassiek-rechtsstatelijke discours en argumenten uit het ‘new public management’-discours ten aanzien van de organisatie van de rechtspraak in de genoemde rechtssystemen.

Om de onderzoeksvraag te verhelderen vindt allereerst een schematisering plaats van de wisselwerking tussen de verschillende typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie (3.1). Die schematische weergave van het samenspel van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie dient als opmaat voor de uitwerking van een aantal verklaringscriteria voor de moderniseringsdebatten betreffende de organisatie van de rechtspraak in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland (3.2).

3.1 Figuren voor de rechterlijke organisatie

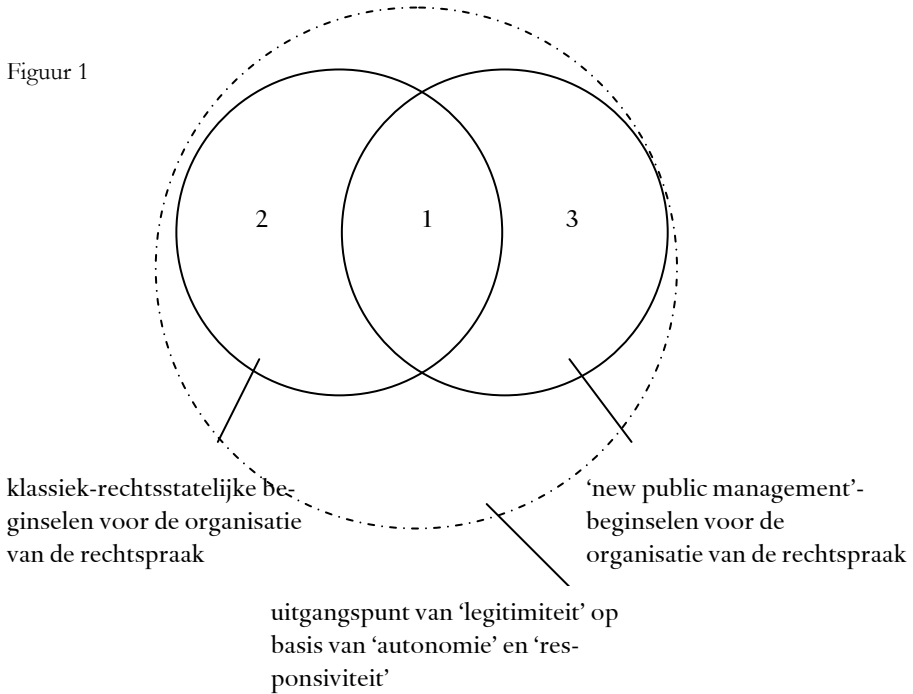
De organisatie van de rechtspraak komt tot stand in het licht van de overlappende sferen van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten, tegen de achtergrond van contextuele vereisten met betrekking tot de legitimiteit van de rechterlijke organisatie (3.1.1). Beginselen uit die sferen bepalen het kader voor de regelgeving op het gebied van de rechterlijke organisatie voor zover zij zijn geïntegreerd in het materieel-constitutionele kader voor een legitieme organisatie van de rechtspraak (3.1.2).

3.1.1 *Twee overlappende sferen: klassieke rechtsstatelijkheid en ‘new public management’ in beeld*

Gebleken is dat het constitutionele kader voor de organisatie van de rechtspraak verschillende typen van uitgangspunten voor de staatsorganisatie in zich herbergt: een verzameling van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten die waarborgen omvatten voor een vormgeving van de rechterlijke activiteit in het licht van de gedachte van regulering van overheidsmacht, en een verzameling van ‘new public management’-uitgangspunten die betrekking hebben op de ‘transparante’, ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ vormgeving van de rechterlijke activiteit. Aspecten uit de klassiek-rechtsstatelijke sfeer maken sinds de opkomst van de rechtsstaatidee deel uit van het kader van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in de rechtsordes van Nederland, Frankrijk en Duitsland. Zij betreffen in het bijzonder de institutionele waarborgen voor de rechtspraak, rechterlijke ‘onafhankelijkheid’ en machtenscheiding voorop. De aspecten uit de ‘new public management’-sfeer zijn in de ontwikkeling van de discussie in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma steeds meer op de voorgrond getreden. Aanvankelijk maakten zij slechts deel uit van het contextuele kader waarin de rechterlijke organisatie gestalte kreeg. Die anomalie binnen het klassiek-rechtsstatelijke paradigma heeft in recente jaren geleid tot overgang naar een nieuw paradigma voor discussie over de rechterlijke organisatie: het ‘new public management’-paradigma. Als gevolg van de ‘juridisering’ van ‘new public management’-uitgangspunten in dit nieuwe paradigma is sprake van een nieuwe verzameling van volwaardige ‘juridische’ principes of ‘rechtsbeginselen’. In het ‘new public management’-paradigma moeten de verschillende typen van beginselen voor de rechterlijke organisatie als ‘kwaliteitseisen’ met elkaar in evenwicht worden gebracht tegen de achtergrond van de contextuele voorwaarde van ‘legitimiteit’ van de staatsorganisatie.¹ Dit kan als volgt in een schema worden weergegeven:

¹ Zie *supra*, hoofdstuk 1.

Figuur 1

*Legenda figuur 1*

- 1: legitiem op basis van klassieke rechtsstatelijkheid en 'new public management'
 2: legitiem op basis van klassieke rechtsstatelijkheid maar niet op basis van 'new public management'
 3: legitiem op basis van 'new public management' maar niet op basis van klassieke rechtsstatelijkheid

Zoals te zien in Figuur 1, overlappen de twee sferen van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen slechts gedeeltelijk. In hoofdstuk 1 is reeds in grote lijnen aangegeven hoe de sferen zich tot elkaar verhouden.² Op veel punten versterken de sferen elkaar: snelle doorlooptijden en met deskundigheid voorbereide rechterlijke beslissingen zijn niet alleen 'effectief' en 'efficiënt', zij dragen door de realisatie van toegang tot de rechter en van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechts-eenheid ook bij aan de klassiek-rechtsstatelijke legitimiteit van de rechtspraak. Op andere punten is echter sprake van een spanningsveld tussen de twee typen van beginselen. Het klassiek-rechtsstatelijke beginsel van rechterlijke 'onafhankelijkheid' bijvoorbeeld is inefficiënt indien het te hoge eisen stelt aan de wijze van selectie en benoeming van rechters en daardoor afbreuk doet aan de effectiviteit van de rechtspraak en te hoge kosten met zich meebrengt voor de rechterlijke organisatie. Omgekeerd is de uitwerking van het 'new public management'-beginsel van 'specialisatie' niet legitiem wanneer wordt aangestuurd op een supergespecialiseerde kleine kring van juridische professionals

² Zie *supra*, par 1.2.

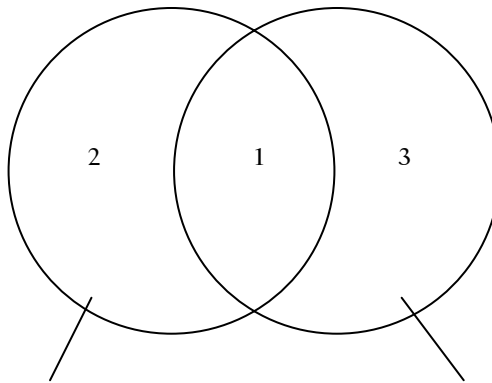
(rechters, officieren van justitie, advocaten) die zich met een bepaald zaaksgebied bezighouden; het gevaar van creatie van ‘afhankelijkheid’ of ‘partijdigheid’ van de rechter ligt dan op de loer.

‘Legitimiteit’ ligt als contextuele voorwaarde ten grondslag aan de twee sferen van beginselen voor de rechterlijke organisatie. Haar aspecten van ‘autonomie’ en ‘responsiviteit’ zijn bepalend voor de afweging van beginselen uit de twee sferen van klassieke rechtsstatelijkheid en ‘new public management’ in een rechtsorde op een gegeven moment.³ Dat evenwicht komt tot stand door een afweging van de beginselen die deel uitmaken van het materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie. De inhoud van dat referentiekader kan op basis van de analyse in hoofdstuk 1 als volgt in kaart worden gebracht.

3.1.2 *De inhoud van het materieel-constitutionele kader voor een legitieme rechterlijke organisatie: een evenwicht van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen*

Het materieel-constitutionele kader voor een legitieme rechterlijke organisatie in de hedendaagse rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland kan zichtbaar worden gemaakt in de volgende illustratie:

Figuur 2



klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de organisatie van de rechtspraak

‘new public management’-beginselen voor de organisatie van de rechtspraak

Legenda figuur 2

- 1: legitiem op basis van klassieke rechtsstatelijkheid en ‘new public management’
- 2: legitiem op basis van klassieke rechtsstatelijkheid maar niet op basis van ‘new public management’
- 3: legitiem op basis van ‘new public management’ maar niet op basis van klassieke rechtsstatelijkheid

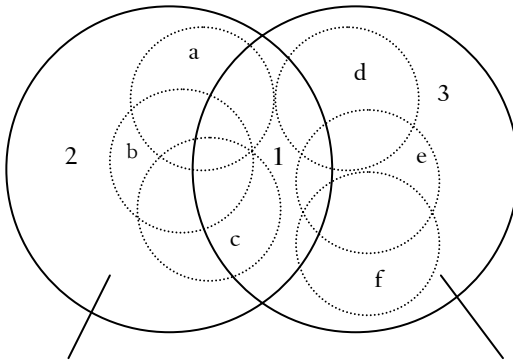
³ Vgl. *supra*, par. 1.2.2.

Het materieel-constitutionele kader voor de legitieme organisatie van de rechtspraak wordt weergegeven door sfeer 1, dat het domein vormt waarin de typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie elkaar aanvullen dan wel versterken. Aan de ene kant vindt een begrenzing van dit domein plaats door een ondergrens van klassiek-rechtsstatelijke beginselen, en aan de andere kant door een ondergrens van 'new public management'-beginselen. Aan de linkerkant van sfeer 1 hebben klassiek-rechtsstatelijke beginselen de overhand in de afweging tegen 'new public management'-beginselen. Aan de rechterkant van sfeer 1 ligt het evenwicht omgekeerd: 'new public management'-beginselen wegen dan relatief zwaarder in de afweging dan klassiek-rechtsstatelijke beginselen. De linkergrens van sfeer 1 geeft de minimumeisen van 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie', de rechtergrens wordt gevormd door de klassiek-rechtsstatelijke minimumeisen voor de rechterlijke organisatie.

In de huidige moderniseringsdebatten in Nederland, Frankrijk en Duitsland ligt de nadruk op de vergroting van de beginselen van 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de rechtspraak, minder dan op de waarborg of versterkte bescherming van klassiek-rechtsstatelijke beginselen van de rechterlijke organisatie. De waarborg van klassiek-rechtsstatelijke beginselen wordt gezien als een verworvenheid van de hedendaagse rechtsstaten, de verdere uitwerking van 'new public management'-beginselen vormt een volgende stap in de evolutie van de staatsorganisatie. De linkergrens van het constitutionele kader loopt daarmee slechts een beperkt risico om overschreden te worden door de normstellers. Doel van het onderzoek is de rechtergrens van het kader vast te stellen: waar stuiten 'new public management'-beginselen van 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' op de grens van klassiek-rechtsstatelijke minimumeisen voor de organisatie van de rechtspraak?

De wisselwerking tussen specifieke beginselen kan in een figuur worden weergegeven. In het volgende voorbeeld zijn een aantal klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen voor de organisatie van de rechtspraak weergegeven.

Figuur 3



klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de organisatie van de rechtspraak

'new public management'-beginselen voor de organisatie van de rechtspraak

Legenda figuur 3

- 1: legitiem op basis van klassieke rechtsstatelijkheid en 'new public management'
- 2: legitiem op basis van klassieke rechtsstatelijkheid maar niet op basis van 'new public management'
- 3: legitiem op basis van 'new public management' maar niet op basis van klassieke rechtsstatelijkheid
- a: beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid
- b: beginsel van machtscheiding
- c: beginsel van territoriale jurisdictie
- d: beginsel van specialisatie
- e: beginsel van effectieve toegang tot de rechter
- f: beginsel van functionele jurisdictie

De drie kleinere sferen in sfeer 2 kunnen bijvoorbeeld staan voor het beginsel van rechterlijke 'onafhankelijkheid', het beginsel van machtscheiding en het beginsel van 'territoriale' jurisdictie. De kleinere sferen in sfeer 3 kunnen een weergave zijn van het beginsel van 'specialisatie', het beginsel van 'effectieve' toegang tot een rechterlijke instantie en het beginsel van 'functionele' jurisdictie. Alle beginselen hebben een deel dat zowel in het domein van klassiek-rechtsstatelijke beginselen als in het domein van 'new public management'-beginselen past. De beginselen in sfeer 2 hebben echter ook een deel dat zuiver klassiek rechtsstatelijk van aard is, de beginselen in sfeer 3 ook een deel dat zuiver 'new public management'-uitgangspunten omvat.

Doel van het onderzoek is niet vast te stellen welke oplossingen voor de rechterlijke organisatie 'optimaal' zijn binnen het materieel-constitutionele kader; dat is een zaak voor de beleidsmakers in een gegeven rechtsorde. Wel kan op grond van een analyse worden vastgesteld waar (oplossingen voor de rechterlijke organisatie in) onderscheiden rechtssystemen op de bandbreedtes van 'new public management'-legitimitieit en 'klassiek-rechtsstatelijke' legitimitieit kunnen worden geplaatst, tegen de achtergrond van het uitgangspunt van 'legitimitieit' op basis van 'autonomie' en 'responsiviteit' van

het recht. Aan de hand van een dergelijke analyse kan worden bekeken of recente tendensen in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen passen in het constitutionele kader voor een legitieme rechterlijke organisatie. Op basis van de uiteenzetting in hoofdstuk 2 kan een aantal verklaringscriteria worden vastgesteld, die behulpzaam kunnen zijn bij de evaluatie van moderniseringsdebatten voor de rechtspraak in de hedendaagse ‘rechtsstaten’ van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

3.2 Verklaringscriteria voor moderniseringsdebatten

De organisatie van de rechtspraak in de ‘rechtsstaat’ is onderhevig aan invloeden uit de klassiek-rechtsstatelijke sfeer en uit de ‘new public management’-sfeer. Het gewicht van die sferen is geen stilstaand gegeven, het ontwikkelt zich met de evolutie van beginselen, waarden en opvattingen in de samenleving. Beginselen als de eis van ‘effectieve’ toegang tot de rechter, de eis van afdoening van zaken binnen een redelijke termijn en de eis van een deugdelijke motivering van rechterlijke beslissingen hebben zo bijvoorbeeld hun weg gevonden van het materieel-constitutionele recht naar het formeel-constitutionele kader. Zij zijn terug te vinden in nationale constitutionele regelingen en zij werken in nationale rechtsordes door via het internationale en supranationale recht.⁴ De verhoudingen tussen beginselen in het constitutionele kader van de moderne ‘rechtsstaten’ zullen nu eerst worden gevisualiseerd (3.2.1). Uitgaande van dit kader worden verklaringscriteria geformuleerd voor de evaluatie van moderniseringsmaatregelen voor de rechterlijke organisatie in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen (3.2.2).

3.2.1 *Complementariteit en concurrentie: oplossingen voor de rechterlijke organisatie in het licht van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen voor de rechterlijke organisatie*

In het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie treffen wij zowel klassiek-rechtsstatelijke beginselen als ‘new public management’-beginselen voor de rechterlijke organisatie aan. Op basis van die beginselen kunnen oplossingen voor de organisatie van de rechtspraak worden gekozen. Bij elk van die oplossingen is sprake van een bepaalde verhouding tussen de twee typen van beginselen. Oplossingen voor de rechterlijke organisatie die op basis van de beginselen kunnen worden geformuleerd, kunnen op twee punten worden geanalyseerd:

- is een oplossing, in vergelijking met andere mogelijke oplossingen voor de rechterlijke organisatie, meer of minder legitiem in het licht van klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de rechtspraak?
- is een oplossing, in vergelijking met andere mogelijke oplossingen voor de rechterlijke organisatie, meer of minder legitiem in het licht van ‘new public management’-beginselen of ‘moderne kwaliteitseisen’ voor de rechtspraak?

⁴ Zie *supra*, hoofdstuk 2.

Die twee aspecten corresponderen met twee uiteenlopende stromingen in de discussie over de modernisering van de rechterlijke organisatie in de moderne ‘rechtsstaat’, die hierboven reeds gepresenteerd zijn.⁵ Aan de ene kant van het spectrum staan schrijvers die vernieuwing in de rechterlijke organisatie afwijzen omdat daarmee een aantasting van de ‘onafhankelijkheid’ van de rechter zou plaatsvinden. Aan de andere kant van het spectrum staan schrijvers die alleen wijzen op de voordelen van meer ‘responsiviteit’ door invoering van maatregelen die in het teken staan van de vergroting van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechterlijke organisatie.⁶

De mogelijke oplossingen voor de rechterlijke organisatie kunnen in kaart worden gebracht op de volgende continua:

Figuur 4



en

Figuur 5

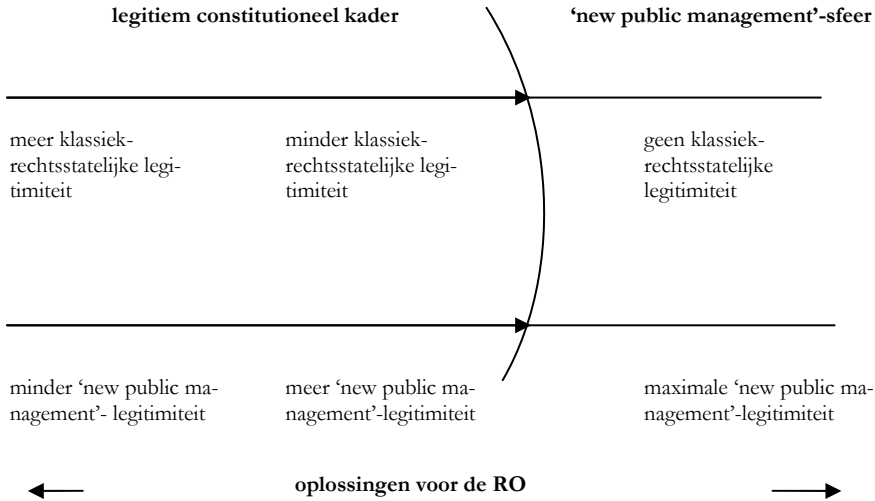


Tegen de achtergrond van het uitgangspunt van ‘legitimiteit’ op basis van het evenwicht tussen ‘autonomie’ en ‘responsiviteit’ van het recht betreffende de rechterlijke organisatie tekenen zich grenzen af van constitutionele minimumeisen van klassiek-rechtsstatelijke aard en van ‘new public management’-aard. Die grenzen mogen niet worden overschreden bij de invoering van maatregelen ter modernisering van de rechterlijke organisatie. In recente debatten in Nederland, Frankrijk en Duitsland speelt zoals gezegd in het bijzonder de vergroting van de ‘new public management’-legitimiteit van de rechtspraak. De klassiek-rechtsstatelijke ondergrens van ‘legitimiteit’ dient in dit verband beschermd te worden. In schema ziet de spanningsverhouding tussen de twee sferen aan de rechtergrens van het constitutionele kader er als volgt uit:

⁵ Zie *supra*, Inleiding.

⁶ Voor een literatuuroverzicht, zie *supra*, Inleiding.

Figuur 6



Hoe kan worden bepaald waar de grens van de klassiek-rechtsstatelijke sfeer van beginselen voor de rechterlijke organisatie ligt? Met andere woorden: hoe kan de rechtergrens van het constitutionele kader voor een legitieme rechterlijke organisatie worden afgebakend? Een aantal verklaringscriteria kan worden geformuleerd uitgaande van de analyse in hoofdstuk 2 betreffende het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland.

3.2.2 *Moderniseringsoplossingen geëvalueerd: verklaringscriteria ter bepaling van de grenzen van het materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie*

Centraal in de problematiek van de uitwerking van materieel-constitutionele beginselen voor de rechterlijke organisatie staat de mate van 'flexibiliteit/rigiditeit' van het formeel-constitutionele kader in de onderzochte rechtssystemen. Met inachtneming van de bijzonderheden die voortvloeien uit de rechtscultuur van rechtsordes, kan vanuit een rechtstheoretisch perspectief aan de hand van het concept van 'rigiditeit/flexibiliteit' een verklaringmodel worden beschreven voor de mogelijkheid tot legitieme maximalisatie van 'new public management'-beginselen voor de rechtspraak in het constitutionele kader van de onderzochte rechtssystemen.

- RECHTSCULTUUR EN OPLOSSINGEN VOOR DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE

De zoektocht naar een balans van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen voor de organisatie van de rechtspraak verenigt verschillende aspecten in zich. Enerzijds wordt invloed uitgeoefend door het kader van het positieve recht in de nationale rechtsorde, het formeel-constitutionele kader van bepalingen, dat tot stand is gekomen in een historische context en zich ontwikkelt op basis van een aantal factoren. Anderzijds rijst telkens de vraag naar de rol die in de 'rechtsstaat' aan de

rechtspraak (en aan de andere staatsfuncties) moet worden toegekend, de functie die gerechten in de rechtsorde en in de samenleving vervullen; vanuit dat oogpunt moet worden teruggegrepen op de beginselen die het materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie vormen en als zodanig aan de basis liggen van alle in het rechtssysteem geproduceerde normen.

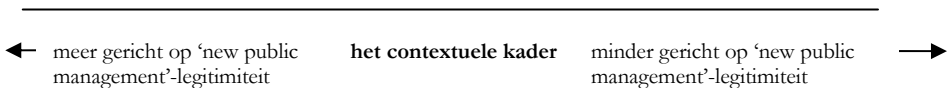
Een duidelijker beeld van de wisselwerking tussen de twee constitutionele kaders kan worden verkregen via een toetsing van de uiteengezette ideeën in een rechtsvergelijkende analyse van de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland. Een onderzoek van die rechtssystemen geeft allereerst een (kwantitatief) beeld van de mate waarin oplossingen met het oog op vergroting van de ‘new public management’-legitimiteit van de rechterlijke organisatie doorgang hebben gevonden in die rechtssystemen.

Figuur 7



De politieke en sociale wenselijkheid van invoering van dergelijke maatregelen – in verband met de rol die wordt toebedacht aan de rechterlijke macht – is van belang voor de vormgeving van de rechterlijke organisatie. De gevonden uitkomsten ten aanzien van de ‘new public management’-factor van oplossingen voor de rechterlijke organisatie kunnen geacht worden te corresponderen met het contextuele kader van onderzochte rechtssystemen: meer op ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ gerichte oplossingen voor de rechterlijke organisatie zullen vaker voorkomen in rechtssystemen waarin die waarden meer centraal staat in het licht van het uitgangspunt van ‘legitimiteit’ gebaseerd op ‘responsiviteit’ van het recht ten aanzien van wensen vanuit de sociale orde.

Figuur 8



Echter, het gevonden verband geeft niet aan in hoeverre de wens van meer ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ of ‘efficiëntie’ ook daadwerkelijk samenvalt met de mate waarin oplossingen met dat doel in een bepaald rechtssysteem zijn ingevoerd. De mate waarin in een rechtssysteem de klassiek-rechtsstatelijke grens van het materieel-constitutionele kader wordt opgezocht, is afhankelijk van de rechtscultuur in de betrokken rechtsorde, in nauw samenhang bezien met de mogelijkheid tot aanpassing van het formeel-constitutionele

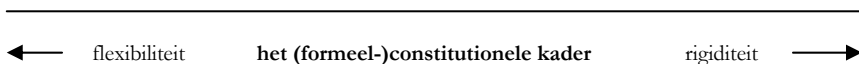
evenwicht van beginselen aan veranderingen in de samenleving. In een behoudender rechtscultuur zal in het huidige tijdsgewricht minder naar maximalisatie van ‘new public management’-legitimiteit worden gestreefd dan in een meer pragmatische rechtscultuur. De daadwerkelijke mogelijkheid om gehoor te geven aan wensen die in de samenleving worden geuit, is in grote mate afhankelijk van de ruimte die de ‘Constitutie in formele zin’ en de invloeden daarop bieden tot evolutie van het constitutionele kader.

Om daarover meer te zeggen, dient de invloed van het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie te worden afgezet tegen de achtergrondoverweging betreffende ‘autonomie’ en ‘responsiviteit’ als grondslagen voor de legitimiteit van het recht. Bezien moet worden in hoeverre de constitutionele regeling op zichzelf bepalend is voor de uitwerking van beginselen voor de rechterlijke organisatie. Als andere kant van de medaille rijst dan de vraag in hoeverre de Constitutie de uitwerking van constitutionele beginselen door de regelgevers voor de rechterlijke organisatie vergemakkelijkt of juist bemoeilijkt.

- ‘RIGIDITEIT/FLEXIBILITEIT’ VAN HET CONSTITUTIONELE KADER

In dit verband is het vanuit rechtstheoretisch oogpunt van belang om te bekijken in hoeverre de ‘flexibiliteit’ dan wel ‘rigiditeit’ van het constitutionele kader van invloed is op de plaats van rechtssystemen op de twee bandbreedtes van klassiek-rechtsstatelijke legitimiteit en ‘new public management’-legitimiteit. De ‘rigiditeit/ flexibiliteit’ die hier ter discussie staat heeft niet slechts betrekking op de mogelijkheden tot wijziging van de ‘Constitutie’⁷ maar neemt alle invloedsfactoren op het ‘constitutionele kader’ in ogenschouw. Dat wil zeggen: niet alleen de tekst van de geschreven Constitutie maar ook de mogelijkheden tot interpretatie van die tekst in de jurisprudentie worden onderzocht. Bovendien wordt de ‘rigiditeit/flexibiliteit’ van het constitutionele kader niet gedefinieerd vanuit de ‘Constitutie’ zelf, maar vanuit de eisen die het constitutionele kader oplegt aan de normstellers in de rechtsorde. Onder ‘rigiditeit/flexibiliteit’ wordt in dit verband verstaan: de mate waarin het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie ruimte biedt aan de regelgevers voor de rechterlijke organisatie (wetgever, uitvoerende macht en rechterlijke macht) om op basis van materieel-constitutionele uitgangspunten normen te stellen voor de organisatie van de rechtspraak in een rechtssysteem. Hoe meer ‘rigide’ het constitutionele kader, hoe strikter de omkadering van de normstelling door de drie staatsmachten. Het continuüm kan als volgt worden gevisualiseerd:

Figuur 9



⁷ Daarover *supra*, paragraaf 2.2.1.

De reden voor het bestaan van een ‘rigide’ constitutioneel kader voor de rechterlijke organisatie kan worden gevonden in de wens tot onderwerping van de regelgevers aan strenge maatstaven met betrekking tot de regeling van de onderwerpen die in de Constitutie in grondlijnen zijn neergezet. De bescherming van grondrechten van minderheden staat hierbij voorop.⁸ Door de ‘rigiditeit’ van de Constitutie wordt de wetgever gedwongen zijn keuzes te verantwoorden (bijvoorbeeld ten aanzien van de constitutionele rechter) en wordt een zekere continuïteit van het constitutionele systeem gewaarborgd.⁹ Het feit *dat* wijziging van de Constitutie mogelijk is (ook als reactie op een rechterlijke beslissing), geeft echter een grens aan de interpretatievrijheid van de rechter en vormt de voedingsbodem voor een dialoog tussen de rechter en de politieke staatsmachten, of met andere woorden: een ‘open society of constitutional interpreters’.¹⁰ Een minder drastische rem op de rechterlijke macht wordt gevormd door de mogelijkheid voor de wetgever om een als in strijd met de Constitutie beoordeelde wet nogmaals in te dienen om zo een nieuw debat op gang te brengen.¹¹

Verwacht kan worden dat een ‘flexibeler’ constitutioneel kader leidt tot een sneller evoluerend beleid met betrekking tot de rechterlijke organisatie. Een ‘flexibel’ constitutioneel kader biedt immers veel ruimte aan de bevoegde regelgevers (in eerste instantie de wetgever) in het rechtssysteem om een eigen beleid te voeren voor de organisatie van de rechtspraak. In een meer ‘rigide’ constitutioneel kader is die ruimte beperkt.

De plaats van een rechtssysteem op het continuüm van ‘rigiditeit/flexibiliteit’ van het constitutionele kader wordt beïnvloed door verschillende factoren, die corresponderen met de in hoofdstuk 2 gepresenteerde invloedsfactoren op de ontwikkeling van het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie. Wij zullen nu zien hoe die factoren gebruikt kunnen worden als verklaringscriteria voor oplossingen voor de rechterlijke organisatie.

- INVLOEDEN OP DE ‘RIGIDITEIT/FLEXIBILITEIT’ VAN HET CONSTITUTIONELE KADER

Op basis van de analyse in hoofdstuk 2 kunnen als invloedsfactoren op de ‘flexibiliteit’ dan wel ‘rigiditeit’ van het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie worden onderscheiden: het aantal constitutionele regels en de gedetailleerdheid van die regels; de zwaarte van de procedure tot wijziging van de Constitutie; de mogelijkheid van constitutionele toetsing; de voorwaarden voor de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde. Op basis van de analyse waarin die factoren voor verschillende rechtssystemen in kaart zijn gebracht, kan een nieuw continuüm van rechtssystemen worden geschetst.

Veel en gedetailleerde constitutionele regels, in de eerste plaats, leiden tot ‘rigiditeit’, ervan uitgaande dat de interpretatievrijheid van de wetgever binnen het constitutionele kader aan banden wordt gelegd. Weinig en niet gedetailleerde regels leiden tot ‘flexibiliteit’. De mogelijkheid tot wijziging van de Constitutie leidt bij een lichte procedure tot

⁸ Ferreres-Comella 2000, met name p. 68.

⁹ Vgl. Ferreres-Comella 2000, p. 58.

¹⁰ Häberle 1975; vgl. Ferreres-Comella 2000, p. 59.

¹¹ Ferreres-Comella 2000, pp. 62-67.

‘flexibiliteit’ van het systeem, bij een zware procedure tot ‘rigiditeit’. Het bestaan en de vorm van een mogelijkheid van constitutionele toetsing zijn bij een uitgebreide toetsingsmogelijkheid een aanwijzing voor ‘rigiditeit’, indien ervan wordt uitgegaan dat de constitutionele rechter in continentaal-Europese systemen een rem op de interpretatievrijheid van de wetgever kan en zal zetten.¹² Bij afwezigheid of beperktheid van de mogelijkheid tot constitutionele toetsing zal op grond van dezelfde veronderstelling een ‘flexibeler’ constitutioneel kader bestaan. De doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde leidt in geval van een monistisch systeem met vergaande doorwerking tot meer ‘flexibiliteit’, ervan uitgaande dat de internationale normen doorgaans van recenter datum zijn dan de normen in de nationale Constitutie en meer ‘new public management’-beginselen zullen behelzen, die slechts in een ‘flexibel’ systeem de kans krijgen op de voorgrond te treden. In geval van een dualistisch systeem zal het constitutionele kader meer ‘rigide’ zijn. De vier factoren kunnen kort worden geïnventariseerd voor de in het onderzoek betrokken rechtssystemen.

Het Duitse rechtssysteem kenmerkt zich door een uitgebreide regeling van de juridische aspecten van de rechterlijke organisatie in het *Grundgesetz* (inzake de instelling van gerechten en de waarborg van ‘onafhankelijkheid’), een ‘extensieve’ interpretatie van constitutionele normen door het *Bundesverfassungsgericht* (zoals met betrekking tot het concept van de ‘gesetzliche Richter’) en een terughoudende benadering ten aanzien van de doorwerking van het (flexibelere) internationale recht (hetgeen tot uitdrukking komt in het dualistische systeem van doorwerking van verdragsrecht en in de behoudende jurisprudentie van de constitutionele rechter). Hierdoor bestaan weinig mogelijkheden voor de politiek om ruimte te geven aan beleidsopties die gericht zijn op vergroting van de ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechterlijke organisatie. De door de Constitutie aan de normstellers gelaten speelruimte is beperkt, het constitutionele kader is in algemene zin daardoor ‘rigide’. Een uitzondering op deze ‘rigiditeit’ wordt slechts gevormd door de relatief lichte eisen die aan de wijziging van de Constitutie in het Duitse systeem worden gesteld.¹³ In de praktijk wordt van die mogelijkheid echter niet veelvuldig gebruik gemaakt. De indruk bestaat dat het behoud van het ‘rigide’ Duitse kader voor de rechterlijke organisatie samenvalt met een conservatieve(re) houding ten aanzien van klassieke rechtsstatelijke legitimiteit en ‘new public management’-legitimiteit in de Duitse rechtsorde.

In vergelijking met het Duitse systeem kan het Franse constitutionele kader als meer ‘flexibel’ worden gekwalificeerd. De constitutionele normen zijn meer ‘open’ van karakter: de instelling van gerechten en de waarborg van ‘onafhankelijkheid’ zijn in de *Constitution* van 1958 slechts op hoofdlijnen geregeld. Die ‘flexibiliteit’ vindt echter een tegenwicht in de relatief zware eisen betreffende de wijziging van de Constitutie, alsook in de soms behoudende jurisprudentie van de *Conseil constitutionnel* (bijvoorbeeld ten aanzien van de verdeling van bevoegdheden tussen wetgever en uitvoerende macht met betrekking tot de instelling van gerechten, of ten aanzien van mogelijkheden tot

¹² Vgl. *supra*, paragraaf 2.2.2.

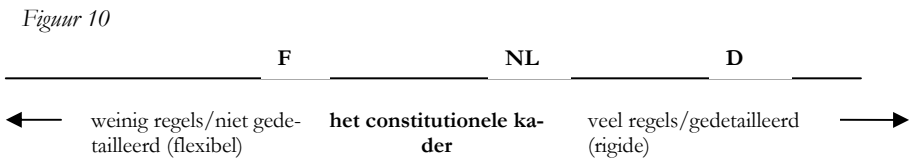
¹³ Artikel 79 GG; vgl. *supra*, par. 2.2.1.

rechtspraak door een alleenzittende rechter) en in de relatieve terughoudendheid betreffende de doorwerking van internationaal recht in de Franse rechtsorde.

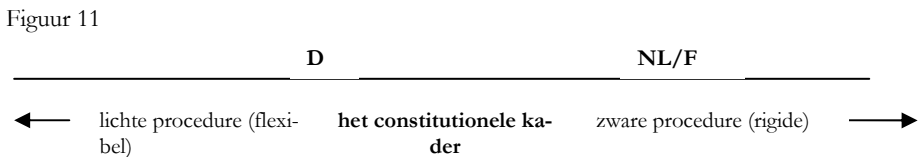
Links van Frankrijk bevindt zich op het continuüm van ‘rigiditeit/flexibiliteit’ van het constitutionele kader het Nederlandse rechtssysteem. De Grondwet van 1983 kent een relatief licht omkaderd geheel van normen voor de rechterlijke organisatie. De grotere mate van precisie van deze normen ten aanzien van de Franse *Constitution* duidt in aanleg op een meer ‘rigide’ systeem. Die hypothese wordt echter niet bewaarheid. De in het grondwettelijke systeem ingebouwde ‘rigiditeit’ wordt namelijk niet versterkt door een conservatieve jurisprudentie van een constitutionele rechter: in het Nederlandse systeem is de wetgever controleur van de grondwettigheid van zijn eigen werk, de rechter mag zich op grond van artikel 120 Gw niet inlaten met de toetsing van wetten aan de Grondwet. Verder biedt het gematigde monistische systeem voor de implementatie van verdragsnormen in de nationale rechtsorde een ruime mogelijkheid tot doorwerking (vooral via de rechtspraak) van verdragsnormen die ‘flexibiliteit’ bij de organisatie van de rechtspraak toelaten of zelfs aanmoedigen (denk aan de eisen van effectieve toegang tot de rechter en van afdoening van zaken binnen een redelijke termijn, geformuleerd in artikel 6 lid 1 EVRM). Een element van ‘rigiditeit’ is slechts nog te vinden in de relatief zware procedure voor de wijziging van de Grondwet.

In schema leveren de gepresenteerde gegevens het volgende beeld op:

1. Aantal en gedetailleerdheid van constitutionele regels

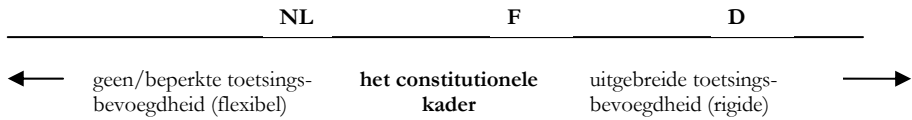


2. Mogelijkheden tot wijziging van de Constitutie



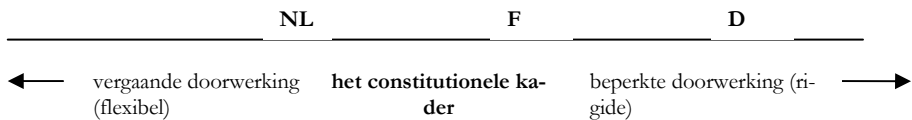
3. Bestaan en vorm van een mogelijkheid van 'constitutionele toetsing'

Figuur 12



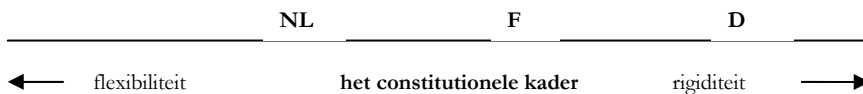
4. Doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde

Figuur 13



Op grond van het geconstateerde verband kunnen de vier onderscheiden factoren voor constitutionele 'rigiditeit/flexibiliteit' tegen elkaar worden afgewogen. Dit levert het volgende totaalbeeld op:

Figuur 14



Het aldus geconstateerde beeld leidt tot een aantal gevolgtrekkingen ten aanzien van het relatieve gewicht van elk van de invloedsfactoren op het constitutionele kader in de afweging van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-begin-selen.

In een 'flexibel' constitutioneel kader zullen beginselen uit de 'new public management'-sfeer eerder ingang vinden dan in een 'rigide' constitutioneel kader, dat nog sterk geënt is op beginselen uit de klassiek-rechtsstatelijke sfeer. 'Flexibiliteit' van het constitutionele kader kan een stimulans zijn voor invoering van meer op 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' gerichte maatregelen, 'rigiditeit' van het constitutionele kader leidt tot intoming van (beleidsvormings)ambities op dat gebied. Het totale beeld van het continuüm 'rigiditeit/flexibiliteit' kan aldus worden gekoppeld aan het continuüm van een meer of minder grote gerichtheid op 'new public management'-legitimiteit of legitimiteit gebaseerd op 'responsiviteit' van het recht betreffende de rechterlijke organisatie.

De mogelijkheden tot rechterlijke toetsing en tot verlening van grote invloed aan het internationale recht blijken van grotere invloed te zijn op het constitutionele referentiekader voor de rechterlijke organisatie dan de gedetailleerdheid van de constitutionele regeling en de eisen met betrekking tot de wijziging van de Constitutie. Immers, de respectievelijke plaatsen van Nederland, Frankrijk en Duitsland op het continuüm van het totale constitutionele kader vallen grotendeels samen met de plaats van die systemen op de continua voor de factoren ‘rechterlijke toetsing’ en ‘doorwerking van internationaal recht’. Die op (rechterlijke) interpretatie van de Constitutie betrekking hebbende factoren wegen zwaarder dan de regels van geschreven constitutioneel recht op zichzelf bezien wanneer het gaat om de doorvoering van in de context bestaande wensen voor de rechterlijke organisatie, in het huidige tijdsgewricht vooral gericht op vergroting van de ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechtspraak. Een verklaring hiervoor kan worden gevonden in het feit dat maatschappelijke ontwikkelingen en invloeden eerder in het recht doordringen via de rechtspraak dan via invoering van nieuwe constitutionele bepalingen of wijzigingen van bestaande constitutionele bepalingen.¹⁴ Door middel van constitutionele toetsing en verdragstoetsing neemt de (constitutionele) rechter het initiatief bij de aanpassing op het constitutionele niveau van het evenwicht van beginselen voor de rechterlijke organisatie aan gewijzigde wensen vanuit de samenleving.

Met deze weergave van de samenhang tussen invloedsfactoren op de ‘rigiditeit/flexibiliteit’ van het formeel-constitutionele kader is de achtergrond geschetst voor de analyse van dilemma’s betreffende de modernisering van de rechterlijke organisatie in het licht van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen.

Uit de analyse is duidelijk geworden in welke mate de verschillende invloedsfactoren op de inhoud van de ‘Constitutie’ van belang zijn voor de ‘rigiditeit/flexibiliteit’ van het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie. De beschreven factoren en hun gewicht in debatten over de modernisering van de rechterlijke organisatie vormen de elementen van het verklaringsmodel voor de moderniseringsdebatten in de ‘rechtsstaten’ van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

Het aldus geschetste constitutionele referentiekader voor de rechterlijke organisatie in de ‘rechtsstaat’ vormt het uitgangspunt voor de bestudering van een aantal concrete vraagstukken betreffende de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland. Op basis van het verklaringsmodel dient die analyse voor de context *ex tunc* vooral gericht te zijn op de inhoud van de Constitutie en de mogelijkheid tot wijziging van dit document. Voor de context *ex nunc* dient vooral te worden gelet op de jurisprudentie van nationale constitutionele rechters en de wijze van doorwerking van verdragsrecht in nationale rechtsordes, met bijzondere aandacht voor de invloed van artikel 6 lid 1 EVRM op de nationale rechterlijke organisatie.

¹⁴ Vgl. *supra*, par. 2.1.1.

Conclusie van Deel I

De uitwisseling van argumenten in debatten over de modernisering van de rechterlijke organisatie in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland kenmerkt zich door een *mixture* van twee soorten argumenten. Uitgangspunten voor de regulering van de macht in de Staat moeten, uit het oogpunt van ‘klassiek-rechtsstatelijke’ legitimiteit, bij de organisatie van de rechtspraak in de ‘rechtsstaat’ in evenwicht worden gebracht met uitgangspunten voor een ‘optimaal transparante, effectieve en efficiënte’ organisatie van de Staat. De verschillende achtergrond van argumenten gegrond op de twee soorten uitgangspunten wordt in de huidige debatten in Nederland, Frankrijk en Duitsland echter onvoldoende onderkend. Een eerste stap ter verheldering van het referentiekader voor de debatten is gemaakt door de opmars van ‘new public management’-uitgangspunten en -argumenten voor de rechterlijke organisatie te beschouwen tegen de achtergrond van de ontwikkeling van de concepten van ‘rechtsstaat’ en ‘constitucionalisering’ in de rechtsordes van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

In hoofdstuk 1 is het samenspel van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in de ‘rechtsstaat’ geanalyseerd in het licht van twee relevante paradigma’s voor de discussie betreffende de rechterlijke organisatie. In de ‘rechtsstaat’ heeft de organisatie van de rechtspraak haar basis in een geheel van beginselen dat uitdrukking geeft aan een afweging van de belangen van samenleving, rechter en politiek. Die beginselen kunnen stabiel van aard zijn en langzaam evolueren. Wij spreken dan van ‘*principles*’ of ‘beginselen in enge zin’. Daarnaast is in de maatschappelijke, politieke en juridische debatten in de ‘rechtsstaat’ een rol weggelegd voor uitgangspunten die vluchtiger van aard zijn en zich sneller ontwikkelen. Deze ‘*policies*’ vallen onder het begrip ‘beginselen in ruime zin’ en hebben geen ‘juridisch’ karakter. De organisatie van de rechtspraak vindt plaats op basis van ‘*principles*’ en ‘*policies*’ die voortkomen uit verschillende sferen. ‘Klassiek-rechtsstatelijke’ beginselen, gericht op de regulering van macht in de Staat, hebben een plaats in de ‘autonome’ context van de legitimiteit van het recht. Een belangrijk aspect van die legitimiteit wordt vanuit haar ‘responsieve’ aspect gevormd door het geheel van ‘new public management’-uitgangspunten, die gericht zijn op een ‘transparante’, ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ organisatie van de Staat. In het klassiek-rechtsstatelijke paradigma voor de discussie over de rechterlijke organisatie waren ‘new public management’-uitgangspunten ‘*policies*’, in het ‘new public management’-paradigma voor de discussie zijn zij van kleur veranderd en als ‘*principles*’ naast de klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de rechterlijke organisatie komen te staan. Ook de klassiek-rechtsstatelijke beginselen zijn in dit paradigma aan een herwaardering onderhevig: zij gelden niet meer zuiver als uitgangspunten voor de regulering van macht in de ‘rechtsstaat’, maar zijn verworpen tot ‘kwaliteitseisen’ voor de rechterlijke organisatie. Aan de hand van de verschillende typen van beginselen krijgt de staatsorganisatie vorm. Op de achtergrond speelt het doel om via een afweging van de verschillende soorten van beginselen een maximaal legitieme organisatie van de Staat te realiseren. Argumenten gebaseerd op klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en op ‘new public management’-uitgangspunten vullen elkaar aan en versterken elkaar, maar komen soms ook met elkaar in conflict.

Het evenwicht van argumenten in dit spanningsveld ontwikkelt zich in het materieel-constitutionele kader van ieder afzonderlijk rechtssysteem op basis van de gewenste mate van ‘autonomie’ en ‘responsiviteit’ van het recht ter legitimatie van de staatsorganisatie. Om het afwegingskader voor de zoektocht naar de ‘optimale’ balans van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen af te bakenen, moeten een nadere inventarisatie plaatsvinden van het formeel-constitutionele kader waarin die beginselen functioneren.

Daartoe is in hoofdstuk 2 een analyse gemaakt van de constitutionele ordening van beginselen voor de rechterlijke organisatie. De geschreven Constitutie bevat regels voor de rechterlijke organisatie. Die regels vinden hun legitimiteit in beginselen die door de samenleving worden ondersteund. De uitwerking van beginselen in het positieve constitutionele recht wordt via wetgeving en via de rechtspraak gerealiseerd. Zij kunnen geschreven constitutionele bepalingen aanvullen, opzij zetten of de toepassing ervan legitimeren. De inhoud van het materieel-constitutionele kader van beginselen voor de rechterlijke organisatie kan worden uitgefilterd door aan te sluiten bij de ‘Constitutie’ (de vindplaats van geschreven constitutionele regels) en bij de interpretatie die deze regeling heeft gekregen in wetgeving en in de jurisprudentie. De ontwikkeling van de constitutionele normen voor de rechterlijke organisatie wordt beheerst door drie invloedsfactoren op de ‘Constitutie’: de mogelijkheid en modaliteiten van wijziging van de ‘Constitutie’ (constitutionele ‘rigiditeit’ of constitutionele ‘flexibiliteit’); de mogelijkheid en modaliteiten van ‘constitutionele toetsing’; en de mogelijkheid en modaliteiten van doorwerking van verdragsrecht in de nationale rechtsorde. Het aldus uitgekristalliseerde formeel-constitutionele kader dient voor de regelgevers met betrekking tot de rechterlijke organisatie als vertrekpunt voor beleidskeuzes ter realisatie van een maximaal legitieme rechterlijke organisatie, zowel uit het oogpunt van de waarborg van klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de organisatie van de rechtspraak in de ‘rechtsstaat’ als uit het oogpunt van de realisatie van ‘new public management’-beginselen.

Het analysekader voor de meting van de invloed van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten op de organisatie van de rechtspraak in Nederland, Frankrijk en Duitsland is in hoofdstuk 3 nader in kaart gebracht. Zowel het gewicht dat in het formeel-constitutionele kader wordt toegekend aan de verschillende typen beginselen voor de rechterlijke organisatie, als de ontwikkeling van het evenwicht van beginselen in het onderliggende materieel-constitutionele kader, zijn afhankelijk van de ‘rigiditeit’ dan wel ‘flexibiliteit’ van het formeel-constitutionele kader. Die ‘rigiditeit/flexibiliteit’ bepaalt in hoeverre de keuzemogelijkheid van de normstellers voor de rechterlijke organisatie voor een bepaalde oplossing of oplossingsrichting voor de organisatie van de rechtspraak wordt beperkt door het in de Constitutie vastgelegde evenwicht van beginselen. De mate van ‘rigiditeit/flexibiliteit’ van het constitutionele kader in een gegeven rechtssysteem is het resultaat van het samenspel van de in hoofdstuk 2 onderscheiden invloedsfactoren op de constitutionele ordening van beginselen. Een analyse toont aan dat die factoren niet in gelijke mate verantwoordelijk zijn voor de ‘rigiditeit/flexibiliteit’ van het constitutionele kader. De inhoud en gedetailleerdheid van constitutionele bepalingen en de mogelijkheid tot wijziging van de

Constitutie vormen de belangrijkste factoren voor de 'rigiditeit/flexibiliteit' van het constitutionele kader op het moment van invoering van de Constitutie. In de evolutie van rechtsordes zijn vormen van rechterlijke toetsing echter belangrijkere indicatoren voor de plaats van een rechtssysteem op het continuüm dan de eerste twee factoren. Met die wetenschap in het achterhoofd kan een onderzoek worden aangevat van de oplossingen voor de rechterlijke organisatie in de moderne 'rechtsstaten' van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

DEEL II

De balans in beweging: een analyse van dilemma's betreffende de rechterlijke organisatie in het licht van constitutionele beginselen

Welke rol wordt op basis van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-uitgangspunten toegekend aan de 'rechtsprekende macht'¹ in de hedendaagse 'rechtsstaten' van Nederland, Frankrijk en Duitsland? Hoe kunnen beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie en de verdeling van rechtsmacht op een zodanige manier worden geregeld dat gehoor wordt gegeven aan de politieke en maatschappelijke roep om 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de staatsorganisatie, zonder dat de 'autonome' kwaliteit van het recht als waarborg voor de rechterlijke 'onafhankelijkheid' uit het oog wordt verloren? Deze vragen staan centraal in moderniseringsdebatten betreffende de organisatie van de rechtspraak in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen. Het verklaringsmodel dat in Deel I is ontwikkeld op basis van het constitutionele kader van de bedoelde rechtssystemen biedt een aanknopingspunt dat als leidraad kan dienen voor een weloverwogen uitwisseling van argumenten in de moderniseringsdebatten en voor de realisatie van oplossingen voor de rechterlijke organisatie waarin klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen elkaar aanvullen en versterken.

Het in Deel I uitgekristalliseerde conceptuele kader zal nu worden geoperationaliseerd voor een aantal dilemma's betreffende de organisatie van de rechtspraak in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland. Het betreft vragen die spelen in drie onderscheiden dimensies van de rechterlijke organisatie: de afbakening van de inhoudelijke activiteit van de gerechten in het grotere kader van de staatsorganisatie, de administratieve organisatie van de gerechten, en de interne organisatie van de rechtspraak op functioneel en territoriaal niveau. De analyse van dilemma's in elk van die dimensies zal plaatsvinden vanuit het oogpunt van de veranderde verhouding tussen klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en 'new public management'-uitgangspunten in de wisseling van perspectief tussen het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en het 'new public management'-paradigma voor de discussie over de rechterlijke organisatie. Met betrekking tot de eerste dimensie rijst dan de vraag hoe de legitimiteit van de uitoefening van de rechterlijke activiteit door 'gerechten' in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland gestalte krijgt aan de hand van een herwaardering van uitgangspunten in het formeel-constitutionele kader. In hoeverre dwingt het constitutionele kader tot scheiding van 'rechterlijke' en 'politieke' staatsfuncties? In hoeverre is de

¹ Onder 'rechtsprekende macht' wordt hier verstaan de rechterlijke colleges die in de Staat belast zijn met de functie 'rechtspraak', ongeacht of zij onderdeel uitmaken van de 'rechterlijke macht', dat wil zeggen de autoriteit en organen in de Staat die tegenover de politieke staatsmachten staat/staan. Vgl. *infra*, par. 4.2.

rechterlijke activiteit voorbehouden aan de overheid? In de tweede plaats roept de organisatie van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie vragen op. Waar ligt de balans tussen inhoudelijke 'onafhankelijkheid' en organisatorische 'afhankelijkheid' van de rechter? Hoe spelen die twee concepten op elkaar in? Tot slot rijzen in het kader van de organisatie van de rechtspraak vragen betreffende de keuze van 'transparante', 'effectieve' en 'efficiënte' oplossingen voor de verdeling van rechtsmacht over gerechten en over rechters, waarbij de waarborg van 'onafhankelijke' en 'onpartijdige' rechtspraak in ere gehouden wordt. Waar ligt, met het oog op de maximalisatie van uitgangspunten van 'new public management' en herwaardering van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten in het constitutionele kader, de balans tussen 'responsieve' legitimiteit van de rechtspraak door een 'functionele' benadering die tot uitdrukking komt in maatregelen van 'specialisatie' en 'autonome' legitimiteit door een 'territoriale' benadering die in het teken staat van de garantie van rechterlijke 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid'?

De beschreven dilemma's geven aanleiding tot een onderzoek van de mogelijkheid tot maximale realisatie van 'new public management'-uitgangspunten in het licht van een herwaardering van klassiek-rechtsstatelijke eisen voor de organisatie van de rechtspraak met formeel-constitutionele status, zowel op het moment van totstandkoming van de constitutionele regeling als in de hedendaagse context. Door de dominante beginselen in de context *ex tunc* en in de context *ex nunc* tegen elkaar af te zetten, kan voor elk van de te bestuderen dilemma's worden vastgesteld in hoeverre de twee typen van beginselen voor de rechterlijke organisatie elkaar aanvullen of versterken dan wel met elkaar botsen. Een rechtsvergelijkende analyse van de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland staat in dienst van de vaststelling van de gemeenschappelijke kenmerken van het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie in deze West-Europese 'rechtsstaten'. Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan de afbakening van de 'constitutionele kern' van de rechterlijke activiteit ofwel het 'domein' van de rechter (hoofdstuk 4); de afweging tussen inhoudelijke 'onafhankelijkheid' en organisatorische 'afhankelijkheid' van de rechter in het kader van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie (hoofdstuk 5); en de constitutionele mogelijkheden tot specialisatie en concentratie in het kader van de verdeling van rechtsmacht (hoofdstuk 6).

Hoofdstuk 4

De constitutionele kern van de rechterlijke activiteit: een afbakening van het domein van de rechter

Welke mogelijkheden biedt het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie in de ‘rechtsstaten’ van Nederland, Frankrijk en Duitsland voor de realisatie van een ‘onafhankelijke’, ‘transparante’, ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ organisatie van de rechterlijke activiteit in de hedendaagse context? De beantwoording van die vraag omvat twee aspecten. Enerzijds dient de rechterlijke activiteit op het niveau van de publieke overheidsfunctie van regulering van de samenleving te worden afgebakend ten opzichte van de andere dimensies van de overheidsfunctie: ‘wetgeving’ en ‘bestuur’. In dat verband staat de verhouding van de rechterlijke macht ten opzichte van de politieke staatsmachten centraal, en de perceptie van die verhouding door de politiek, door de samenleving en door de rechterlijke macht zelf. Anderzijds dient op het niveau van de ‘geschilbeslechting’ als zodanig een afbakening te worden gemaakt tussen ‘rechtspraak’ en andere, niet-gerechtelijke vormen van ‘geschilbeslechting’. Cruciaal in deze afbakening is de verhouding van de rechterlijke macht ten opzichte van organen van alternatieve geschilbeslechting, en wederom de perceptie van die verhouding door de politiek, door de samenleving en door de rechterlijke macht zelf.

Debatten betreffende deze twee dimensies van de begrenzing van het ‘rechterlijke domein’ kunnen worden gestructureerd door de afweging te plaatsen tegen de achtergrond van beginselen die tot uitdrukking komen in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie. Een inventarisatie van de verhouding van beginselen in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en in het ‘new public management’-paradigma draagt bij aan de verheldering van het gewicht van uitgangspunten die geacht worden een rol te spelen bij de te maken afweging. Ook komt uit die inventarisatie naar voren in welke verhouding die uitgangspunten ten opzichte van elkaar staan: is sprake van een aanvullende of versterkende werking of van een spanningsveld van beginselen? De analyse van de constitutionele regelingen van Nederland, Frankrijk en Duitsland in samenhang met de implicaties van constitutionele ‘rigiditeit’, constitutionele toetsing en verdragstoetsing in de historische en hedendaagse context van de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen beoogt een gemeenschappelijke constitutionele kern van de rechterlijke activiteit in de ‘rechtsstaat’ bloot te leggen. Daarbij zal zowel aandacht worden besteed aan de inhoud van de rechterlijke functie als aan de organisatievorm die zij in de ‘rechtsstaat’ heeft gekregen.

Het onderzoek wordt nu aangevangen met een korte inventarisatie van de constitutionalisering van normen betreffende de afbakening van het rechterlijke domein in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen (4.1). Het verklaringsmodel voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie zal vervolgens worden aangewend om vast te stellen in hoeverre, in de bedoelde rechtssystemen, klassiek-rechts-

statelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in elk van de beide paradigma’s voor de discussie over de rechterlijke organisatie ingang hebben gevonden bij en richting geven aan de afbakening van de rechterlijke functie ten opzichte van de politieke staatsfuncties (4.2) en de afbakening van de (publieke) rechterlijke functie ten opzichte van (private) alternatieve vormen van geschilbeslechting (4.3).

4.1 De constitutionalisering van de afbakening van het rechterlijke domein

Na een nadere bestudering van het concept van het ‘rechterlijke domein’ (4.1.1) zal bekeken worden in hoeverre normen betreffende de afbakening van dit domein in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland een plaats hebben gekregen op het constitutionele niveau van de ‘rechtsstaat’ (4.1.2).

4.1.1 *Het concept ‘rechterlijk domein’*

Met het begrip ‘rechterlijk domein’ wordt hier bedoeld op het werkterrein van de rechter in kwantitatieve en in kwalitatieve zin. Vanuit een kwantitatief perspectief betreft het domein van de rechter ‘de omvang (aantal beroepen op de rechtspraak) van de rechtspraak en de samenstelling van de rechtsgebieden binnen de rechtspraak’.¹ Deze benadering van het ‘rechterlijke domein’ correspondeert met een visie waarin ‘rechtspraak’ wordt gezien als een overheidsfunctie om conflicten op te lossen; in de woorden van David Luban is sprake van een ‘problem solving conception’ van rechtspraak.² Een andere benadering van het ‘rechterlijke domein’ gaat uit van de rol of functie die de ‘rechtspraak’ vervult in de samenleving. In dit kwalitatieve perspectief, dat correspondeert met Luban’s ‘public life conception’³, wordt ‘rechtspraak’ gezien als een vervolg op de politieke besluitvorming in een sociale orde en daarmee als een onmisbare schakel in het publieke debat. ‘Rechtspraak’ speelt niet alleen een rol bij de beslechting van conflicten, maar heeft tevens een ‘gemeenschapsstichtende’ functie, in de zin dat zij bijdraagt aan de ontwikkeling van publieke waarden en daarmee aan het zelfbeeld van een politieke gemeenschap.⁴

Het onderzoek gaat voor de afbakening van het rechterlijke domein uit van een ‘gemengd rechtspraakbegrip’: voor de definitie van het begrip ‘rechtspraak’ wordt niet alleen aangesloten bij de inhoudelijke elementen die kenmerkend zijn voor de functie ‘rechtspraak’, maar tevens bij de formele kenmerken van de organen die belast zijn met de uitoefening van die functie. De keuze voor een omschrijving van ‘rechtspraak’ die enkel materiële of enkel formele aspecten omvat, brengt namelijk belangrijke nadelen met zich mee. Een definitie die zich beperkt tot de functie ‘rechtspraak’, ongeacht het orgaan dat die functie uitoefent, impliceert een ruim rechtspraakbegrip: alle functies die op grond van inhoudelijke criteria kunnen worden aangemerkt als ‘rechtspraak’ vallen er-

¹ Loth & Mak 2007, p. 75.

² Luban 1995, p. 2632; Loth & Mak 2007, p. 77.

³ Luban 1995, p. 2633.

⁴ Loth & Mak 2007, p. 77.

onder, ongeacht de status van het orgaan dat die functies uitoefent.⁵ Een omschrijving die enkel uitgaat van het orgaan, kan leiden tot aanname van een te eng rechtspraakbegrip: de uitoefening van ‘rechtspraak’ of daarop gelijkende functies door organen die niet als ‘gerecht’ of als onderdeel van de ‘rechterlijke macht’ kunnen worden gekwalificeerd, valt erbuiten. Anderzijds brengt de formulering van een ‘leeg’ rechtspraakbegrip – waarbij geen inhoudelijke taakomschrijving wordt gegeven – het gevaar met zich mee dat uit een ‘zijn’ een ‘behoren’ wordt afgeleid⁶: de kenmerken van het orgaan ‘gerecht’ kunnen worden gezien als verplichte vereisten aan alle organen die ‘rechtspraak’ of daarop gelijkende functies uitoefenen.

Uitgangspunt voor het onderzoek van de verschillende aspecten van de afbakening van het rechterlijke domein zijn de constitutionele normen die deze afbakening beheersen.

4.1.2 *Opname van normen betreffende de afbakening van het ‘rechterlijke domein’ in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie*

De opname van normen betreffende de afbakening van het ‘rechterlijke domein’ in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie vloeit voort uit het klassiek-rechtsstatelijke beginsel van ‘machtenscheiding’ ter regulering van de overheidsmacht in de ‘rechtsstaat’. De uitwerking van dit beginsel in rechtssystemen die in het teken van het ‘constitutionalisme’⁷ staan, vereist een verankering van de arbeidsverdeling tussen de staatsmachten in constitutionele normen. Voor de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland zijn de grondtrekken van die arbeidsverdeling te vinden in de constitutionele regeling in elk van die rechtsordes. De Nederlandse Grondwet, de Franse *Constitution* van 1958 en het Duitse *Grundgesetz* onderscheiden de functies ‘wetgeving’, ‘bestuur’ en ‘rechtspraak’. De constitutionele regelingen stellen de organen in die met die functies belast zijn of attribueren de bevoegdheid daartoe aan de (organieke) wetgever. In de Constituties van Nederland, Frankrijk en Duitsland zijn de belangrijkste bepalingen met betrekking tot de afbakening van het ‘rechterlijke domein’ te vinden in de afdeling betreffende de organisatie van de ‘rechtspraak’. In de Nederlandse Grondwet gaat het om Hoofdstuk 6, getiteld ‘Rechtspraak’. De relevante bepalingen zijn in de Franse *Constitution* van 1958 terug te vinden in *Titre VIII*, die als opschrift draagt ‘*De l’autorité judiciaire*’. Het Duitse *Grundgesetz*, ten slotte, behandelt de organisatie van de ‘rechtspraak’ in titel of hoofdstuk IX, genaamd ‘*Die Rechtsprechung*’. De constitutionele bepalingen stellen verschillende gerechten in of dragen die taak op aan de wetgever. Een inhoudelijke definitie van de functie ‘rechtspraak’ kan worden afgeleid uit de constitutionele bepalingen die onderscheiden tussen de afdoening van verschillende typen van zaken. Deze institutionele en inhoudelijke aspecten van het rechterlijke domein zullen nu nader worden geïnventariseerd in een analyse van de plaats van de rechterlijke functie in de staatsorganisatie en in

⁵ Vgl. Troper 1981, pp. 7-8.

⁶ De Waard 1987, p. 13.

⁷ Daarover in meer detail *supra*, par. 2.1.2.

een afbakening van 'rechtspraak' ten opzichte van alternatieve vormen van geschilbeslechting aan de hand van het criterium van het 'publieke' karakter van rechtspraak.

4.2 De plaats van de rechterlijke functie in de staatsorganisatie: een afbakening ten opzichte van de politieke staatsfuncties

De scheiding op organisatorisch niveau van de functie 'rechtspraak' ten opzichte van de staatsfuncties 'wetgeving' en 'bestuur' heeft haar intrede gedaan met de opkomst van het model van de 'rechtsstaat'. Voordat dit model de grondslag werd voor de organisatie van de overheidsfuncties in West-Europese Staten, oefenden de met 'rechtspraak' belaste organen vaak een combinatie van functies uit.⁸ Met de uitwerking van het beginsel van machtscheiding kwam aan die praktijk een einde. Hoewel de scheiding van functies niet zonder meer noodzaakt tot een scheiding van organen⁹, is de rechterlijke functie sindsdien grotendeels geconcentreerd bij 'gerechten', terwijl de politieke functies in de Staat zijn toegekend aan wetgevende organen en aan bestuursorganen. De ratio voor deze organisatorische constructie is terug te voeren op het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt van regulering van staatsmacht. In de hedendaagse context van de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland is de traditionele afbakening van functies en organen echter onder druk komen te staan als gevolg van de veranderde perceptie van de rol van elk van de staatsmachten, in samenhang met de toegenomen vraag naar 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de staatsorganisatie waarvan de rechtspraak deel uitmaakt.

In de nu volgende analyse wordt getracht aan te geven hoe de uitgangspunten die worden onderscheiden in elk van de twee eerder beschreven paradigma's aangewend kunnen worden in de afweging van oplossingen voor de rechterlijke organisatie in het constitutionele kader van de 'rechtsstaat' *ex tunc* en *ex nunc*. In de historische context, waarin discussie plaatsvond in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma, is de voornaamste rechtvaardiging voor de afbakening van de rechtspraak ten opzichte van de politieke staatsfuncties terug te voeren op de eis van de garantie van 'rechterlijke onafhankelijkheid' (4.2.1). Het belang van 'new public management'-beginselen voor de organisatie van de rechtspraak is toegenomen tegen de achtergrond van een veranderd machtenevenwicht en een wending van de discussie naar het 'new public management'-paradigma, waarin de perceptie van de rechtspraak als uitwerking van regelgeving en als element van (publieke) dienstverlening een centrale plaats inneemt (4.2.2). Door middel van een confrontatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen wordt duidelijk op welke wijze deze twee typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie zich in de hedendaagse discussie tot elkaar verhouden in het verband van de afbakening van de rechterlijke functie ten opzichte van de politieke staatsfuncties (4.2.3).

⁸ Van Rhee 1998, p. 425.

⁹ Renoux 1984, pp. 14-17.

4.2.1 *De rechterlijke macht in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma: rechtspraak als tegenhanger van politieke staatsmacht en waarborg voor de burger*

In de historische context van de onderzochte rechtssystemen staat de afbakening van de rechterlijke functie ten opzichte van 'wetgeving' en 'bestuur' in het teken van de garantie van 'rechterlijke onafhankelijkheid'. De met rechtsprekende bevoegdheden beklede organen dragen verantwoordelijkheid voor de uitoefening van hun functie volgens de eisen die het model van de 'rechtsstaat' stelt aan de regulering van de overheidsmacht. De constitutionele regelingen, tot stand gekomen op de fundamenteën van het 'liberale' gedachtegoed, staan vrijwel volledig in het teken van de realisatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen. Aanvullende 'new public management'-uitgangspunten zijn slechts impliciet aanwezig in het formeel-constitutionele kader dat gevormd wordt door de geschreven Constituties.

De hegemonie van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma heeft ertoe geleid dat in de constitutionele regelingen van gevestigde 'rechtsstaten' het beginsel van 'rechterlijke onafhankelijkheid' op de voorgrond staat. In de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland is het gekozen perspectief bepalend voor de definitie van het concept 'rechterlijke onafhankelijkheid' en voor de uitwerking van dit concept in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie.

- HET CONCEPT 'RECHTERLIJKE ONAFHANKELIJKHEID'

Met betrekking tot het concept 'rechterlijke onafhankelijkheid' is het klassiek-rechtsstatelijke paradigma de leidraad geweest bij de theoretische afbakening van de elementen ervan. Uitgangspunten die aan belang hebben gewonnen met de opkomst van het 'new public management'-paradigma zijn daardoor bij de juridisering van het concept op de achtergrond gebleven. Dit blijkt uit een analyse van de conceptualisering van het begrip 'rechterlijke onafhankelijkheid' in de moderne rechtsstatelijke context van de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen.

Het concept 'rechterlijke onafhankelijkheid' kan worden omschreven als de mogelijkheid voor de rechter om tot een beslissing in een concreet geval of een categorie van gevallen te komen zonder te zijn beïnvloed door druk van buitenaf of door aanwijzingen hoe te handelen en te beslissen. De 'rechter' wordt gekwalificeerd als een van de administratie en de wetgevende macht onafhankelijk orgaan dat een wettelijke opdracht tot geschilbeslechting heeft gekregen.¹⁰ 'Onafhankelijkheid' wordt daarmee enerzijds gekoppeld aan de functie 'rechtspraak', anderzijds aan het orgaan dat belast is met de uitoefening van die functie. De ontleding van het concept kan vanuit die twee verschillende invalshoeken worden aangegrepen. In een afbakening wordt uitgegaan van de inhoudelijke dimensie van de rechterlijke *functie*. In een andere definiëring vormt de institutionele dimensie van de rechterlijke macht het uitgangspunt, de *organen* van de rechtspraak staan centraal. De twee dimensies vormen twee kanten van dezelfde medaille. Zij bren-

¹⁰ Bovend'Eert 2000a, p. 62. Onduidelijk is of Bovend'Eert met de 'rechter' alleen het 'gerecht' of tevens de individuele 'rechter' bedoelt. Vgl. *infra* ten aanzien van verschillende soorten van 'onafhankelijkheid' die verbonden zijn met onderscheiden niveaus in de rechterlijke organisatie.

gen echter verschillende aspecten van die medaille naar voren en bieden zo elk een eigen detaillering van het onafhankelijkheidsconcept. Dit blijkt indien een nadere blik wordt geworpen op achtereenvolgens de functionele dimensie van ‘onafhankelijkheid’ en de institutionele dimensie van ‘onafhankelijkheid’.

De functionele dimensie van ‘onafhankelijkheid’

Vanuit inhoudelijk oogpunt kunnen vier typen van ‘onafhankelijkheid’ worden onderscheiden, die voortvloeien uit het klassiek-staatsrechtelijke paradigma waarin de nadruk ligt op de regulering van de macht in de Staat. De theorie van de scheiding van staatsfuncties, zoals uitgewerkt door Montesquieu en gecodificeerd in artikel 16 van de Franse *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* van 1789¹¹, heeft als ratio een onderlinge beperking van de macht teneinde de vrijheid van de burger te garanderen.¹² De wetgever vaardigt normen uit, de uitvoerende macht en de rechterlijke macht passen die normen toe. De ‘rechtspraak’ wordt in de klassieke opvatting van Montesquieu beschouwd als ‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’.¹³ De rechterlijke macht is ‘onzichtbaar’: als niet-politieke en neutrale macht is zij gebonden aan de wet, op voorwaarde dat die wet de vrijheid van het individu waarborgt. Deze ‘ordering’ van staatsfuncties vormt het fundament van de verdeling van bevoegdheden over de organen van de Staat.¹⁴

In de eerste plaats dient in dit verband de ‘constitutionele onafhankelijkheid’ van de rechterlijke macht als geheel gewaarborgd te worden ten opzichte van de politieke staatsmachten. De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht houdt dan in dat zij bij de uitoefening van de aan haar opgedragen rechtsprekende taak gevrijwaard is van beïnvloeding door de andere staatsmachten.¹⁵ Omgekeerd gelden ook voor de politieke staatsmachten waarborgen die hen in staat stellen om hun functies uit te oefenen in een sfeer die zich kenmerkt door een zekere mate van ‘onafhankelijkheid’. De onafhankelijkheidssfeer van elk van de staatsmachten en de toegestane uitzonderingen op die ‘onafhankelijkheid’ zijn geregeld in de constitutionele organisatie van de Staat. ‘Onafhankelijkheid’ bestaat in ieder geval niet in twee typen van gevallen. Enerzijds kan van ‘onafhankelijkheid’ in het algemeen geen sprake zijn indien een *bevelsverhouding* bestaat. Een voorbeeld uit het Nederlandse rechtssysteem is artikel 127 RO, dat aan de minister van Justitie de bevoegdheid toekent aanwijzingen te geven betreffende de uitoefening van taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie.¹⁶ De laatste kan niet onafhankelijk van de eerste opereren. Van ‘onafhankelijkheid’ is anderzijds ook geen sprake als een *vertrouwensconstructie* is gecreëerd. Gedacht kan worden aan de relatie tussen minister en parlement: een ongeschreven regel van het Nederlandse staatsrecht houdt in dat

¹¹ ‘Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution.’

¹² Montesquieu 1748, p. 168.

¹³ Montesquieu 1748, p. 176.

¹⁴ Franken 1997, p. 10; vgl. Montesquieu 1748, p. 170.

¹⁵ Vgl. Franken 1997, p. 12.

¹⁶ Ten aanzien van de kwalificatie van leden van het openbaar ministerie als leden van de ‘rechterlijke macht’, zie Cliteur 1999, pp. 14-15.

de minister dient op te stappen als hij niet meer het vertrouwen van het parlement geniet. In die zin is sprake van een afhankelijkheidsrelatie.¹⁷

Een complex stelsel van *'checks and balances'* waarborgt dat bij de uitoefening van elk van de staatsfuncties geen misbruik plaatsvindt. Een punt van overweging betreft de verhouding van de 'onafhankelijkheid' tot andere constitutionele principes: ministeriële verantwoordelijkheid, formele wetgeving, controle en budgetrecht van het parlement inzake de rechterlijke organisatie.¹⁸ Het stelsel van *'checks and balances'* ordent die beginselen in een constitutionele structuur. De macht van de wetgever vindt een begrenzing in de invloed van het bestuur (door middel van indiening en terugtrekking van wetsvoorstellen) op de door wetgeving geregelde ontwerpen, en in de rechterlijke toetsing van het handelen van de wetgever aan de Constitutie en/of aan bepalingen van internationaal recht.¹⁹ Het bestuur dient te blijven binnen het door de wetgever gestelde kader voor de uitoefening van de uitvoerende functie. De legaliteit van het bestuurshandelen vormt onderwerp van rechterlijke toetsing. Met de opkomst van het 'democratie'-beginsel zijn nieuwe mechanismen ingevoerd die controle op de uitoefening van de politieke functies mogelijk maken. Ongeoorloofde of ongewenste wetgeving kan worden afgestraft door af te zien van hervervanging van de verantwoordelijk gehouden politici of politieke partijen. Handelingen die tot het 'bestuur' behoren, kunnen – via het Parlement – worden afgewezen door een beroep op de ministeriële verantwoordelijkheid of de vertrouwensregel.²⁰ Voor de rechterlijke macht, tot slot, is een scala van waarborgen ontworpen ter garantie van zijn onafhankelijkheid ten opzichte van de politieke machten. Die waarborgen zien op de selectie en benoeming van rechters en op de functieuitoefening in de gerechten.²¹

Door de deelname van de regering in het wetgevingsproces is de theorie van de *trias politica* in West-Europese staten deels illusoir. De politieke staatsmachten werken nauw samen en vormen een 'blok' ten opzichte van de rechterlijke macht. In de literatuur wordt door sommigen gesproken van een *'duas politica'*.²² De rechter is echter in de organisatorische vormgeving van de constitutionele onafhankelijkheidswaarborg niet langer 'onzichtbaar'²³: hij staat tegenover de politieke machten om te controleren of de grondrechten en het legaliteitsbeginsel worden gerespecteerd. Hiermee wordt de onafhankelijkheid van de rechter gelegitimeerd. Tegelijkertijd krijgt hij een verantwoordingsplicht. Gebonden als ook hij is aan de grondrechten en het legaliteitsbeginsel, zal de rechter verantwoording moeten afleggen aan de burgers en aan de andere staatsorganen.²⁴ Deze onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als geheel ten opzichte van

¹⁷ Vgl. Cliteur 1999, p. 16.

¹⁸ Commissie Leemhuis 1998, p. 13.

¹⁹ Vgl. *supra*, hoofdstuk 2.

²⁰ Vgl. voor Nederland Kortmann 2005a, pp. 304-311 en pp. 318-329.

²¹ Vgl. verder *infra* over de onderscheiden vormen van 'onafhankelijkheid' die kunnen worden afgeleid uit de 'constitutionele onafhankelijkheid'.

²² Koopmans 2003, p. 247; Voermans 2007, p. 148, noot 3.

²³ Cf. Franken 1997, p. 11.

²⁴ Vgl. Franken 1997, pp. 10-11.

de politieke staatsmachten is verbonden met een brede maatschappelijke verantwoordelijkheid: onvrede in de samenleving moet worden voorkomen of verholpen.²⁵ Orde-ning (scheiding van functies) staat tegenover verdeling (scheiding van organen). De waarborg van het ideaal van de vrijheid van het individu is geplaatst tegenover de inhoudelijke vormgeving van die vrijheid. Wetstoepassing komt daarmee te staan tegenover rechtsvorming, de scheiding van taken en bevoegdheden tegenover ‘*checks and balances*’.²⁶

Uit het overkoepelende concept van ‘constitutionele onafhankelijkheid’ van de rechterlijke macht vloeien drie andere typen van ‘onafhankelijkheid’ voort. Het betreft de ‘functionele onafhankelijkheid’ van de rechter in zijn functie van geschilbeslechter, de ‘rechtspositionele onafhankelijkheid’ van de rechterlijke ambtenaar, en de ‘feitelijke onafhankelijkheid’ van de rechter als persoon die oordeelt in het concrete geval.²⁷ De ‘functionele onafhankelijkheid’ of ‘zakelijke onafhankelijkheid’ ziet op ‘de wettelijke ruimte, die de rechter heeft om te kunnen beslissen’.²⁸ Franken schaaft hier dus niet onder het verbod aan de andere staatsmachten om zich met de ‘rechtspraak’ door de ‘rechterlijke macht’ te bemoeien.²⁹ Het gaat om het gebod aan de rechter om zich bij het nemen van een beslissing slechts te laten leiden door zijn ‘juridische geweten’.³⁰ Die beslissingsruimte wordt begrensd door de gebondenheid aan de ‘producten’ van de drie staatsmachten: wetten, regelgeving en besluiten, en rechterlijke uitspraken.³¹ Controle in dit kader vindt plaats door middel van de openbaarheid van de rechterlijke uitspraak en de motiveringsplicht van de rechter.³² De ‘rechtspositionele onafhankelijkheid’, ook wel ‘persoonlijke onafhankelijkheid’ genoemd, betreft de formele waarborgen voor het vrij functioneren van de individuele rechter. Het gaat dan vooral om de waarborgen betreffende benoeming en ontslag van rechters (benoeming voor het leven, ontslag slechts onder zeer bijzondere omstandigheden, etc.) en om de incompatibiliteiten die gelden voor de voor het leven benoemde leden van de ‘rechterlijke macht’.³³ De ‘praktische’ of ‘feitelijke onafhankelijkheid’, ten slotte, betreft ‘het onafhankelijk functioneren van de rechter als individueel persoon’.³⁴ In deze context speelt de perceptie van de justitiabele een belangrijke rol. De jurisprudentie van het EHRM staat in dit verband in het teken van het adagium uit de ‘*common law*’ dat ‘justice must not only be done, it must also be seen to be done’.³⁵ ‘Onafhankelijkheid’ hangt in dit opzicht nauw samen met de ‘onpar-

²⁵ Franken 1997, p. 9.

²⁶ Vgl. Franken 1997, p. 11.

²⁷ Cf. Franken 1997, p. 9.

²⁸ Franken 1997, p. 13.

²⁹ Zie Franken, p. 13. Anders: Duynstee 1974, p. 43.

³⁰ Franken 1997, p. 13.

³¹ Franken 1997, p. 13.

³² Franken 1997, p. 19.

³³ Franken 1997, p. 20 en p. 26.

³⁴ Franken 1997, p. 28.

³⁵ Deze formulering van het adagium wordt toegeschreven aan Gordon, Lord Hewart, Lord Chief Justice in het Britse *House of Lords* van 1922 tot 1940, in *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* (1924): ‘...justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done’. Cf. Maleson 2000, p. 120.

tijdigheid' van de rechter. Een onderscheid moet worden gemaakt tussen de subjectieve en de objectieve onpartijdigheid van de rechter.³⁶ Waar 'onafhankelijkheid' een middel is om bepaalde doelen te bereiken (bijvoorbeeld de waarborg van eerlijke en onpartijdige rechtspraak), is 'onpartijdigheid' een doel op zich. Het houdt in dat de rechter niet bevooroordeeld mag zijn ten aanzien van het onderwerp waarover zijn beslissing wordt gevraagd en ook niet ten aanzien van de partijen bij het geschil waarover de rechter moet oordelen.³⁷ De rechter mag niet oordelen op basis van zijn eigen vooroordelen en belangen. Bovendien mag geen sprake zijn van (een schijn van) in gevaar brengen van de rechterlijke onpartijdigheid als gevolg van de structuur en organisatie van de rechtspraak.³⁸ Het concept 'onpartijdigheid' overlapt met het concept 'onafhankelijkheid', omdat een rechter bevooroordeeld kan (lijken te) zijn ten aanzien van degene waarvan hij afhankelijk is.³⁹ De eis van 'onafhankelijkheid' vormt de principiële institutionele waarborg voor de 'onpartijdigheid' – de *'state of mind'* – van de rechter in het concrete geval. Om de 'feitelijke onafhankelijkheid' van de rechter te beschermen kan een regeling bestaan voor zijn aansprakelijkheid of verantwoordelijkheid voor de genomen beslissing. De onpartijdigheid van de rechter kan worden gewaarborgd via een regeling van incompatibiliteiten en onbevoegdheden.⁴⁰

Tot zover de klassiek-rechtsstatelijke ontleding van het 'onafhankelijkheidsbegrip', aangevat vanuit de functionele dimensie van de rechtspraak en geënt op de regulering van de overheidsmacht ter verzekering van de vrijheidssfeer van de burger. 'Onafhankelijkheid' – en 'machtenscheiding' in de zin van scheiding van functies in de Staat – vormt de juridisering in het constitutionele kader van deze eis van machtsregulering. Tegelijkertijd kan in de gekozen constructie een aspect van 'effectiviteit' en 'efficiëntie' worden aangewezen: verdeling van functies over verschillende organen draagt, vanuit het beginsel van arbeidsverdeling of 'specialisatie', bij aan een doeltreffende en doelmatige uitoefening van die functies.⁴¹ Die afweging is echter impliciet gebleven in de debatten ten tijde van de totstandkoming van de constitutionele regelingen. Zij is niet uitdrukkelijk tot grondslag voor de legitimiteit van de staatsorganisatie verheven en heeft daarmee in de oorspronkelijke constitutionele context slechts een 'extrajuridische', aanvullende waarde bij de reflectie ten aanzien van de vormgeving van de rechterlijke organisatie.

Naast het onderscheid van onafhankelijkheidsaspecten die verband houden met de uitoefening van de rechtsprekende functie, dient de institutionele structuur van die 'onafhankelijkheid' in de analyse betrokken te worden. Deze structuur is van invloed op de

³⁶ Vgl. Commissie Leemhuis 1998, pp. 76-77. Voor een overzicht van de jurisprudentie van het EHRM op dit punt zie Kuijer 2004, pp. 309-366; Stroink 1999.

³⁷ Vgl. Kuijer 2004, p. 5. Kuijer verwijst naar Smits 1996, pp. 248-249 en De Werd 1999b, p. 32.

³⁸ Kuijer 2004, p. 5.

³⁹ Kuijer 2004, p. 5 en Miehsler & Vogler 1986, § 300 betreffende artikel 6 EVRM: 'das Erfordernis der Objektivität von Verfahren und Entscheidung sowohl im Grundsatz der Unparteilichkeit als auch in jenem der Unabhängigkeit von den Parteien enthalten ist'.

⁴⁰ Vgl. Renoux 1984, p. 166 e.v.

⁴¹ Vgl. *infra*, par. 6.1.1. ten aanzien van de rol van het beginsel van 'functionaliteit' bij de verdeling van rechtsmacht.

waarborg van de vier aspecten van de functionele dimensie van ‘rechterlijke onafhankelijkheid’. Hiermee komen wij bij het tweede aangrijpingspunt voor de analyse van het concept van ‘rechterlijke onafhankelijkheid’, dat uitgaat van de rechterlijke organen.

De institutionele dimensie van ‘onafhankelijkheid’

De verschillende aspecten van de ‘rechterlijke onafhankelijkheid’ bezien vanuit haar functionele dimensie kunnen worden gekoppeld aan de institutionele niveaus waar ‘onafhankelijkheid’ een rol speelt. Door het veranderde aangrijpingspunt van de analyse vindt een verdere differentiëring plaats waarin de verhouding tussen klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie duidelijker tot uitdrukking komt. In de institutionele dimensie vindt de conceptualisering plaats uitgaande van het geheel van organen dat samen de ‘rechterlijke macht’ vormt. Vanuit dat perspectief is het mogelijk om drie niveaus te onderscheiden waar ‘onafhankelijkheid’ gewaarborgd moet zijn.⁴² Op elk van de niveaus staat een andere institutionele verhouding centraal.

Het macroniveau van de rechterlijke macht als geheel, allereerst, correspondeert met de eis van ‘institutionele onafhankelijkheid’. Zij valt samen met de zojuist onderscheiden ‘constitutionele onafhankelijkheid’ van de rechterlijke macht.⁴³ Belangrijkste element op dit niveau betreft de verhouding van de rechterlijke macht ten opzichte van politiek en bestuur. Dit uitgangspunt hangt direct samen met het beginsel van scheiding van machten in de Staat, dat ten grondslag ligt aan de ‘rechtsstaat’.⁴⁴ Het gaat in dit geval dus niet om de verhouding van de rechterlijke macht ten opzichte van de burger en ook niet om de onderlinge verhoudingen tussen organen van de rechterlijke macht.⁴⁵

Geheel aan de andere kant van de rechterlijke organisatie bevindt zich het microniveau van de rechters. Dit niveau hangt samen met ‘inhoudelijke onafhankelijkheid’ of ‘individuele onafhankelijkheid’. Voor de individuele rechter moeten voldoende waarborgen aanwezig zijn ter voorkoming van juridisch-inhoudelijke beïnvloeding van de uitoefening van de geschilbeslechtende taak.⁴⁶ De vormen van ‘onafhankelijkheid’ die op dit niveau gegarandeerd moeten worden, zijn de hierboven onderscheiden ‘functionele’, ‘rechtspositionele’ en ‘feitelijke onafhankelijkheid’ van de rechter in zijn verschillende hoedanigheden van geschilbeslechter, rechterlijk ambtenaar en beslisser in concrete gevallen. De institutionele verhouding die aan de orde is, heeft een extern en een intern aspect. Vanuit een externe invalshoek, allereerst, staat ‘onafhankelijkheid’ in het teken van de positie van de individuele rechters ten opzichte van politiek, bestuur en samenleving. Op dit niveau speelt onder andere de onafhankelijkheid van de rechter ten opzichte van de justitiabele. In Frankrijk was het voor de Revolutie gebruikelijk dat de rechter werd betaald door de partijen die voor hem verschenen.⁴⁷ Die praktijk behoort

⁴² Vgl. Commissie Leemhuis 1998, in het bijzonder pp. 12-13 en 74.

⁴³ Zie *supra*, deze paragraaf.

⁴⁴ Zie *supra*, Inleiding van dit proefschrift.

⁴⁵ Kortmann 2005a, p. 369.

⁴⁶ Commissie Leemhuis 1998, pp. 12-13 en 74.

⁴⁷ Renoux 1984, p. 99.

weliswaar tot het verleden, maar dat betekent niet dat aan partijen geen andere mogelijkheden ten dienst staan om te proberen de rechterlijke beslissing te beïnvloeden. In de tweede plaats kan de onafhankelijkheid van de rechter op het microniveau vanuit een interne invalshoek worden bekeken. Dan betreft het de onafhankelijkheid van de rechter ten opzichte van zijn collega's en ten opzichte van zijn eigen waardenopvattingen en vooroordelen.⁴⁸

Tussen het macro- en het microniveau bevindt zich een derde niveau, dat onderbelicht blijft in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma voor de discussie betreffende de rechterlijke organisatie. Het betreft het mesoniveau van de gerechten die de rechterlijke macht vormen. Daar staat de 'organisatorische onafhankelijkheid' van de gerechten ten opzichte van het bestuur centraal. Zij vereist dat gerechten bij de uitoefening van organisatorische taken gevrijwaard zijn van beïnvloeding door het bestuur.⁴⁹ Het mesoniveau van de 'organisatorische onafhankelijkheid' is in het oorspronkelijke constitutionele kader niet uitdrukkelijk geconceptualiseerd. In recente beschouwingen is geopperd een verbinding te leggen met het concept van 'rechtspositionele onafhankelijkheid'.⁵⁰ Dan speelt de vraag van de beheersverantwoordelijkheid voor de rechterlijke macht. De 'rechtspositionele onafhankelijkheid' hangt namelijk samen met een organisatorische verantwoordelijkheid of managementverantwoordelijkheid. De 'rechter' is verantwoording over het budgetbeheer schuldig aan het orgaan dat de financiering van de rechtspraak verzorgt – in eerste instantie doorgaans de minister⁵¹ – en aan hoger geplaatsten in de organisatie.⁵² Het beginsel van 'rechterlijke onafhankelijkheid' laat in dit verband de mogelijkheid open van een verdeling van bevoegdheden over de verschillende staatsmachten, met een mogelijke rol voor de zittende magistratuur zelf.⁵³ Dergelijke overwegingen zijn echter pas recent in debatten over het onafhankelijkheidsbegrip opgedoken. Een verklaring hiervoor is te vinden in het feit dat de onafhankelijkheid op het mesoniveau in beginsel nauwelijks directe verbanden heeft met de klassiek-rechtsstatelijke waarden voor de rechterlijke organisatie, maar veeleer ziet op de realisatie van 'new public management'-uitgangspunten.⁵⁴

In staatsrechtelijke analyses worden ook vandaag de dag nog doorgaans slechts de vormen van 'onafhankelijkheid' onderscheiden die samenhangen met het institutionele

⁴⁸ Vgl. Franken 1997, p. 28.

⁴⁹ Commissie Leemhuis 1998, p. 13.

⁵⁰ Franken 1997, pp. 23-26.

⁵¹ Over de organisatie van het (financiële) beheer van de rechterlijke organisatie, zie *infra*, hoofdstuk 5.

⁵² Zie *infra*, par. 5.2.1.

⁵³ Over de voorstellen tot reorganisatie van het beheer en bestuur van de gerechten in Nederland, zie Franken 1997, p. 23 e.v. In het rapport van de commissie-Leemhuis wordt in dit verband gesproken van de 'organisatorische onafhankelijkheid' van de 'gerechten', die zich op het mesoniveau van de 'rechterlijke organisatie' bevinden. Zie Commissie Leemhuis 1998, p. 13; vgl. *supra*, deze paragraaf.

⁵⁴ Zie *infra*, hoofdstuk 5 ten aanzien van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie.

macroniveau en het individuele microniveau van de rechterlijke organisatie.⁵⁵ Hieruit blijkt dat die analyses in overwegende mate plaatsvinden vanuit het perspectief van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma voor de discussie over de rechterlijke organisatie. Dit perspectief klinkt ook door in de grondwettelijke regeling van de rechterlijke organisatie. Nu een theoretische afbakening heeft plaatsgevonden van de verschillende elementen van het onafhankelijkheidsconcept die een rol spelen bij de afbakening van het rechterlijke domein dient te worden bekeken hoe die elementen zijn uitgewerkt in het klassiek-rechtsstatelijke formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen.

- 'RECHTERLIJKE ONAFHANKELIJKHEID' IN HET CONSTITUTIONELE KADER VOOR DE RECHTSpraak

Het uitgangspunt van 'rechterlijke onafhankelijkheid' staat aan de basis van de constitutionele regelingen in de onderzochte rechtssystemen. In het Nederlandse recht is het vereiste van 'rechterlijke onafhankelijkheid' niet als zodanig terug te vinden in de geschreven Grondwet.⁵⁶ De Franse *Constitution* erkent het beginsel door de waarborg ervan op te dragen aan de president van de Republiek (artikel 64 *Constitution*): 'Le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire'. Het Duitse *Grundgesetz* waarborgt de onafhankelijkheid van de individuele rechters (artikel 97 lid 1 GG): 'Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen'.

De uitwerking van het onafhankelijkheidsbeginsel in wetgeving, lagere regelgeving en jurisprudentie betreffende de 'rechterlijke organisatie' brengt keuzes aan het licht betreffende de afweging van de twee typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie die eerder zijn onderscheiden. Verschillen en overeenkomsten tussen gekozen uitwerkingen in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland kunnen vergeleken worden aan de hand van de drie hoofdkenmerken van de organen van de 'rechtspraak'. De zojuist onderscheiden aspecten van het concept 'rechterlijke onafhankelijkheid' impliceren de volgende kenmerken: de kwaliteit van orgaan van de Staat; de kwaliteit van 'neutrale derde'; de naleving van procedurele waarborgen.⁵⁷

De gerechten: organen van de Staat

Het eerste aspect van de constitutionele uitwerking betreft de organen van de rechtspraak. De constitutionele regelingen maken onderscheid tussen 'rechtspraak' op meerdere niveaus. Op het niveau van de verdeling van functies in de Staat, is naast de 'wetgever' en de 'uitvoerende macht' (of het 'bestuur') een plaats gereserveerd voor de 'rechterlijke macht'. Die 'rechterlijke macht' wordt gevormd door de organisatieonderdelen 'gerechten' en 'rechters'. Onder 'gerecht' wordt hier in algemene zin ver-

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld De Lange & Mevis 2006, pp. 333-335. C.A.J.M. Kortmann focust op de onafhankelijkheid van de rechter. In zijn analyse van de 'rechtspositionele onafhankelijkheid' en de 'functionele/zakelijke onafhankelijkheid' blijft het overkoepelende concept van de 'constitutionele onafhankelijkheid' nagenoeg onderbelicht. Zie Kortmann 2005a, p. 366.

⁵⁶ Vgl. Kortmann 2005a, p. 366.

⁵⁷ Vgl. Shapiro 1981, p. 65; Pfersmann 2002, p. 190.

staan de op een bepaald inhoudelijk en territoriaal gebied in de rechterlijke organisatie functionerende institutie met de bevoegdheid om rechterlijke uitspraken te doen.⁵⁸ De ‘rechter’ is de individuele functionaris die binnen een ‘gerecht’ met de bevoegdheid is bekleed om rechterlijke uitspraken te doen. Met betrekking tot deze verschillende niveaus van de ‘rechterlijke organisatie’ gelden verschillende constitutionele vereisten en waarborgen.

De kwalificatie van ‘gerechten’ als organen van de Staat, met de toekenning van de bijbehorende waarborgen, hangt samen met het vereiste van ‘constitutionele onafhankelijkheid’ van de rechter. Zoals reeds vermeld, is de scheiding van functies met de opkomst van de rechtsstaatidee grotendeels synoniem geworden voor de scheiding van de organen die belast zijn met de uitoefening van die functies. De ‘rechtspraak’ door organen van de Staat biedt als waarborg dat sprake is van instelling van het rechtsprekende orgaan door een wet in formele zin. Niet van belang daarbij is of de wetgever dat orgaan met zoveel woorden als ‘rechter’ heeft aangemerkt.⁵⁹ Een moeilijkheid wordt gevormd door het bestaan van organen die de formele kenmerken van een ‘gerecht’ hebben, maar geen onderdeel uitmaken van de ‘rechterlijke macht’.

Uit de constitutionele regelingen van Nederland en Frankrijk blijkt dat niet alle organen van de ‘rechtspraak’ tot de ‘rechterlijke macht’ behoren. De Nederlandse Grondwet draagt de ‘rechtspraak’ in de artikelen 112 en 113 van de Grondwet op aan de ‘rechterlijke macht’. Artikel 112 lid 2 Gw laat echter de mogelijkheid open van berechting van bepaalde soorten geschillen door ‘gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren’. Artikel 116 lid Gw geeft aan dat een antwoord op de vraag welke ‘gerechten’ tot de ‘rechterlijke macht’ behoren moet worden gezocht in de wet. Artikel 2 van de Wet RO biedt uitsluitel. Het artikel bepaalt dat tot de ‘gerechten’ van de ‘rechterlijke macht’ behoren: de rechtbanken, de gerechtshoven en de Hoge Raad. Die begrippen zijn echter aan verandering onderhevig, al naar gelang de rechtsmacht van de verschillende ‘gerechten’ wordt beperkt of uitgebreid. Zo omvat de ‘rechtspraak’ bij de ‘rechtbanken’ in het huidige Nederlandse rechtssysteem sinds 1 januari 2002 de bestuursrechtspraak in eerste aanleg. Voor die datum was deze vorm van ‘rechtspraak’ ondergebracht bij ‘gerechten’ die buiten de ‘rechterlijke macht’ functioneerden.⁶⁰ Een aantal administratieve gerechten, veelal optredend in hoger beroep, valt nog steeds buiten de ‘rechterlijke macht’.⁶¹

Het Franse systeem – dat ten grondslag ligt aan de hedendaagse Nederlandse rechterlijke organisatie – heeft vastgehouden aan de strikte afbakening van de ‘administratieve gerechten’ ten opzichte van de gerechten van de ‘rechterlijke macht’. Tot de *‘autorité*

⁵⁸ Ten aanzien van de interne organisatie van ‘gerechten’ en de verdeling van rechtsmacht over ‘gerechten’, zie *infra*, hoofdstuk 6.

⁵⁹ Bovend'Eert 2000a, p. 62. Zie ook Kortmann 1987, p. 112.

⁶⁰ De nieuwe bevoegdheid van de rechtbanken is geregeld in artikel 43 RO.

⁶¹ Over de ratio achter deze verdeling van functies, zie ook *infra*, hoofdstuk 6. De verdere doorvoering van de integratie van de bestuursrechtspraak bij de ‘gewone’ gerechten in Nederland, in de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie, is inmiddels van de baan. Zie Ministerie van Justitie 2001 en *Kamerstukken II* 2003-2004, 25 425, nr. 7.

judiciaire' behoren slechts de gerechten en rechters van de '*ordre judiciaire*'.⁶² Artikel 64 lid 1 van de *Constitution* van 1958 draagt aan de President van de Franse Republiek op om de 'onafhankelijkheid' van de gerechtelijke autoriteit te waarborgen. Op grond van lid 2 van artikel 64 wordt de President bij de uitvoering van zijn taak geassisteerd door de *Conseil Supérieur de la Magistrature*. De *Constitution* van 1958 bevat in artikel 65 een gedetailleerde regeling van de samenstelling en bevoegdheden van dit orgaan.⁶³

Een andere constructie is te vinden in de Duitse rechtsorde. In het Duitse rechtssysteem wordt de 'rechtsprekende macht' toevertrouwd aan de 'rechters'. Artikel 92 specificeert dat de uitoefening van die functie plaatsvindt door het *Bundesverfassungsgericht*, door de in de grondwettelijke tekst aangewezen *Bundesgerichte* en door de gerechten van de Duitse deelstaten. Uit deze tekst kan worden afgeleid dat in Duitsland geen onderscheid wordt gemaakt tussen gerechten van de 'rechterlijke macht' en gerechten die niet tot de 'rechterlijke macht' behoren. Voor alle 'gerechten' in het Duitse rechtssysteem gelden dezelfde onafhankelijkheidswaarborgen, ongeacht het ministerie waarbij zij zijn ondergebracht. Dit is opvallend, omdat de vijf takken of '*Gerichtsbarkeiten*' van de Duitse rechterlijke organisatie bij verschillende ministeries zijn ondergebracht.⁶⁴

De verschillende regelingen kunnen vanuit de historische, politieke en maatschappelijke context worden verklaard, die in het teken stond van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma voor discussie betreffende de rechterlijke organisatie. In het Duitse rechtssysteem is de ontwikkeling van de bestuursrechtspraak aanleiding geweest tot onderbrenging van deze vorm van rechtspraak bij de rechterlijke macht.⁶⁵ In Frankrijk stond het wantrouwen jegens die macht hieraan in de weg. Alle gerechten en rechters van de '*ordre administratif*' vallen om die reden buiten de 'rechterlijke macht'. De onderbrenging van bestuursrechtelijke zaken bij afzonderlijke 'gerechten' die niet tot de 'rechterlijke macht' behoren, is terug te voeren op klassieke opvattingen betreffende de afdoening van geschillen tussen burger en overheid. Vooral vanuit het oogpunt van rechtsstatelijkheid is de bestuursrechtspraak oorspronkelijk ondergebracht bij de uitvoerende macht zelf⁶⁶ – in lijn met de gedachte dat 'juger l'administration, c'est encore administrer' – en later, in het kader van de opkomst van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming, bij aparte gerechten.⁶⁷ Hier ligt het verschilpunt tussen gerechten van de 'rechterlijke macht' en gerechten die niet daartoe behoren: de eerste categorie wordt gezien als wer-

⁶² Zie echter Renoux 1999, p. 967 over de '*pouvoir juridictionnel*': deze omvat alle 'gerechten', ook die van de '*ordre administratif*'; vgl. Renoux 1994.

⁶³ Zie over de rol van dit orgaan in meer detail *infra*, hoofdstuk 5.

⁶⁴ Vgl. Bovend'Eert 1996, p. 3 en *infra*, par. 5.2.1.

⁶⁵ Artikelen 92 en 95 GG. De gelijkwaardigheid en gelijke rang van de vijf *Gerichtsbarkeiten* die de gerechten van de rechterlijke macht omvatten, is bevestigd in de jurisprudentie van het *Bundesverfassungsgericht* en van het *Bundesgerichtshof*; zie BVerfG, 20 januari 1981, 2 BvR 993/77, BVerfGE 56, 87, DRiZ 1981, 190; BGHZ 86, 226 = NJW 1983, 1661. Zie Kissel 2001, p. 118. Zie tevens Bovend'Eert 1994, pp. 156-157.

⁶⁶ Vgl. ook *infra*, hoofdstuk 6, over de verdeling van rechtsmacht en in dat verband het beginsel van de '*dualité des juridictions*'.

⁶⁷ Zie in meer detail *infra*, hoofdstuk 6.

kelijk afgescheiden van de andere staatsmachten, de tweede categorie is in grote mate verstrengeld met de uitvoerende macht. De ‘rechterlijke macht’ is van oudsher met strengere waarborgen voor onafhankelijkheid van de gerechten en van de rechters omgeven dan de groep van administratieve gerechten. Voor de ‘rechterlijke macht’ wordt namelijk een constitutionele waarborg voor de ‘onafhankelijkheid’ gegeven, terwijl voor de administratieve gerechten die waarborgen in een wettelijke regeling zijn neergelegd.⁶⁸ Het Nederlandse systeem is op dit punt sterk beïnvloed door het Franse en kent om die reden in beginsel een vergelijkbare scheiding van de twee soorten gerechten⁶⁹, al loopt de afbakening van de rechterlijke competenties van de soorten gerechten in de twee rechtssystemen niet gelijk op.⁷⁰

De constitutionele wetgever in zowel het Nederlandse als het Franse rechtssysteem heeft door de bewuste keuze voor een open begrip ‘rechterlijke macht’ de mogelijkheid open gehouden om in te spelen op de dynamiek in de ontwikkeling van de rechtsorde. De ontwikkeling in de twee rechtssystemen heeft ertoe geleid dat op formele gronden de afdoening van bestuursrechtelijke geschillen in de huidige context met de ‘gewone rechtspraak’ kan worden gelijkgesteld. De onafhankelijkheidswaarborgen die gelden voor de uitoefening van de ‘gewone’ rechtspraak gelden ook met betrekking tot de bestuursrechtspraak.⁷¹ De buiten de ‘rechterlijke macht’ actieve ‘administratieve gerechten’ hebben zich echter pas later een plaats verworven bij de uitoefening van de rechterlijke functie en hebben als gevolg van de langzame ontwikkeling van de rechtssystemen nog geen ‘rechterlijke’ status gekregen.⁷² De administratieve gerechten dienen, op grond van het vervullen van de formele eisen aan de kwalificatie als ‘gerecht’, te worden beschouwd als onderdeel van de ‘gerechtelijke autoriteit’ (*‘autorité juridictionnelle’*) of ‘gerechtelijke macht’ (*‘pouvoir juridictionnel’*).⁷³

Het onderscheid van ‘gerechten’ van de ‘rechterlijke macht’ en ‘gerechten’ die niet tot de ‘rechterlijke macht’ behoren, toont aan dat het beginsel van ‘constitutionele onafhankelijkheid’ geen verplichte toedeling van alle rechtsprekende taken aan één van de

⁶⁸ Zie artikel 64 C ten aanzien van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Vgl. CC, beslissing nr. 80-119 DC van 22 juli 1980, *Rec.* p. 46 (*Validation d’actes administratifs*) met betrekking tot het *‘principe fondamental reconnu par les lois de la République’* inhoudende de onafhankelijkheid van de administratieve gerechten.

⁶⁹ Een onderscheid dat voor het Nederlandse systeem inmiddels is opgeheven met betrekking tot de bestuursrechtspraak in eerste aanleg, zie *supra*.

⁷⁰ Vgl. bijvoorbeeld de verdeling van bevoegdheden tot afdoening van zaken op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht. Zie *infra*, par. 6.2.1.

⁷¹ Voor Nederland, zie bijvoorbeeld artikel 27 Wet RvSt met betrekking tot de onafhankelijkheidswaarborgen voor de staatsraden en staatsraden in buitengewone dienst die belast zijn met rechtspraak in het kader van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Voor Frankrijk, vgl. *supra*, deze paragraaf.

⁷² Het betreft in Nederland nu nog slechts de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Over de verdeling van rechtsmacht in het kader van bestuursrechtelijke zaken, vgl. in meer detail *infra*, hoofdstuk 6.

⁷³ Vgl. Renoux 1999, p. 967.

staatsmachten voorschrijft. Bovendien blijkt dat ‘gerechten’ hun status niet ontleen aan het feit dat zij deel uitmaken van de ‘rechterlijke macht’; ook buiten de constitutioneel afgebakende ‘rechterlijke macht’ kunnen organen bestaan die als ‘gerecht’ te kwalificeren zijn. De kwalificatie als ‘gerecht’ hangt enkel samen met de kwaliteit van orgaan van de Staat in samenhang met de aanwezigheid van afdoende waarborgen voor ‘onafhankelijke rechtspraak’. Een ‘gerecht’ behoort echter alleen dan tot de ‘rechterlijke macht’ (in de zin van een van de andere staatsmachten onderscheiden autoriteit, ofwel het geheel van rechterlijke colleges) indien de Constitutie of de (organieke) wet dit uitdrukkelijk bepaalt.⁷⁴

De kwalificatie van ‘gerechten’ als onderdeel van de ‘rechterlijke macht’ of als daarbuiten opererend rechtsprekend orgaan blijkt in laatste instantie het resultaat te zijn van de historische ontwikkeling van de perceptie op ‘rechtspraak’ en op de rechterlijke organisatie. Het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt van regulering van staatsmacht is in die ontwikkeling niet van inhoud veranderd, maar heeft, met de uitwerking in het vereiste van onafhankelijkheidswaarborgen voor de bestuursrechtspraak, een ruimere invulling gekregen. ‘New public management’-uitgangspunten spelen een impliciete rol in de evolutie van de organisatie van de bestuursrechtspraak. Integratie van de bestuursrechtspraak bij de ‘rechterlijke macht’ leidt tot een bestendiging van de gelijkwaardige positie van ‘administratieve’ en ‘gewone gerechten’. Bovendien worden de ‘transparantie’, de ‘effectiviteit’ en de ‘efficiëntie’ van de rechtspraak vergroot door het samenbrengen van de regeling van onafhankelijkheidswaarborgen voor alle gerechten en rechters in een regeling. In het licht van de toegenomen aandacht voor ‘new public management’-uitgangspunten is het om die reden niet verwonderlijk dat de scheiding van gerechten voor de ‘gewone’ rechtspraak en voor de bestuursrechtspraak bij de herziening van de Nederlandse rechterlijke organisatie ter discussie is gesteld.⁷⁵ Deze ontwikkeling zal later nog ter sprake komen.⁷⁶ Voor nu is relevant om te onderkennen dat bij de mogelijke integratie van organen in de ‘rechtsprekende macht’ de nadruk wordt gelegd op de rechtspositionele waarborgen voor rechterlijke ambtenaren. Hiermee komen wij toe aan een tweede constitutionele uitwerking van het concept van rechterlijke ‘onafhankelijkheid’: de positionering van de rechter als een ‘neutrale derde’.

De rechter: een ‘neutrale derde’

Een tweede uitwerking van de ‘rechterlijke onafhankelijkheid’ in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie is in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma te vinden in de kwalificatie van de ‘rechter’ als ‘neutrale derde’. ‘Neutraliteit’ wordt in dit verband verstaan als de afwezigheid in concrete gevallen van (mogelijkheden van) beïnvloeding van de rechter door niet bij de rechtspraak betrokken personen of entiteiten. Juist omdat sprake is van een orgaan van de Staat zou in eerste instantie aan die kwaliteit van ‘neutraliteit’ van de rechter getwijfeld kunnen worden. Bedacht moet echter worden dat de rechterlijke macht als onderdeel van de overheid geen instructies of bevelen kan

⁷⁴ Zie in meer detail *infra*, hoofdstuk 6.

⁷⁵ Zie Ministerie van Justitie 2001 en *Kamerstukken II* 2003-2004, 25 425, nr. 7.

⁷⁶ Zie *infra*, par. 4.2.2 en 6.2.1.

krijgen van andere overheidsorganen bij de uitoefening van haar functie.⁷⁷ In dit kader is de ‘functionele onafhankelijkheid’ van de ‘rechter’ van belang, die hierboven als concept is besproken: in beginsel is de ‘rechter’ slechts onderworpen aan de door de wetgever vastgestelde regels, die algemeen van aard zijn en voorafgaand aan concrete geschillen zijn vastgesteld. Het is nu tijd om de constitutionele regeling met betrekking tot die functionarissen van de ‘rechterlijke organisatie’, de ‘rechters’, nader te bestuderen. Wij keren terug naar het microniveau van de ‘rechterlijke organisatie’, waar de rechterlijke ambtenaren hun functie uitoefenen.

De Nederlandse Grondwet laat de regeling van de inrichting, samenstelling en bevoegdheid van de rechterlijke macht over aan de wetgever (artikel 116 lid 2 Gw). In het Franse rechtssysteem is een constitutionele bevoegdheidsverdeling te vinden in artikel 64 lid 3 van de *Constitution*, dat de regeling van de rechtspositie van de rechters van de ‘rechterlijke macht’ opdraagt aan de organieke wetgever. Het Duitse *Grundgesetz* regelt de bevoegdheidsverdeling tussen de constitutionele wetgever, de federale wetgever en de wetgevers van de deelstaten in artikel 95 van de fundamentele wet. Met betrekking tot de ‘samenstelling’ van de ‘rechterlijke macht’, dat wil zeggen: de bepaling van het aantal en soort ‘rechters’ in ieder ‘gerecht’⁷⁸, formuleren de constitutionele en wettelijke regelingen een aantal eisen. Een persoon is drager van de kwaliteit van ‘rechter’ als zijn ambt voldoet aan de door de Constitutie gegeven waarborgen voor de rechtspositionele, functionele en feitelijke onafhankelijkheid die van hem een ‘neutrale derde’ maken. Daartoe is onder andere vereist dat de ‘rechter’ is aangesteld volgens de door de wet gegeven benoemings- of verkiezingsprocedure en bij het nemen van zijn beslissing slechts aan het ‘recht’ gebonden is.

De Constituties van de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen geven regels over de procedure en termijn van benoeming van ‘rechters’ alsmede over de rechtspositie van de ‘rechter’ in functie. Uitgangspunt is de waarborg van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter in het concrete geval. De rechtspositie van de rechter kan immers van invloed zijn op de wijze waarop hij de rechterlijke functie uitoefent.⁷⁹ Aspecten die in dit verband van belang zijn, betreffen de bevoegde autoriteiten in verband met de selectie en benoeming van rechters en de termijn van benoeming.⁸⁰ De ‘rechters’ genieten bepaalde rechtspositionele waarborgen, zoals blijkt uit artikel 117 van de Nederlandse Grondwet. Lid 1 van dat artikel geeft aan dat de leden van de rechterlijke macht die met rechtspraak zijn belast bij koninklijk besluit voor het leven worden benoemd.⁸¹ Hetzelfde geldt voor de procureur-generaal bij de Hoge Raad. Voor de

⁷⁷ Kortmann 2005, p. 366.

⁷⁸ Vgl. *Kamerstukken II*, 1979-1980, 16 162, nr. 3, p. 17. De inrichting en bevoegdheid van de rechterlijke macht komen later aan bod. Met die begrippen wordt bedoeld op de organisatie van het ‘beheer’ en ‘bestuur’ van de ‘rechterlijke macht’, en de bepaling van de absolute en relatieve competentie van de ‘gerechten’. Over ‘beheer’ en ‘bestuur’, zie *infra*, hoofdstuk 5. Over de verdeling van rechtsmacht, zie *infra*, hoofdstuk 6.

⁷⁹ Bovend’Eert 2000b, p. 14. Vgl. *infra*, hoofdstuk 5.

⁸⁰ Over dit onderwerp in meer detail *infra*, hoofdstuk 6.

⁸¹ Over de wijze van selectie en benoeming van rechters, zie in meer detail *infra*, par. 5.2.2.

leden van de Hoge Raad geldt een bijzondere procedure van benoeming. Artikel 118 Gw bepaalt dat zij worden benoemd uit een voordracht van drie personen, opgemaakt door de Tweede Kamer. In het Franse rechtssysteem wordt de regeling van de rechtspositie van de ‘*magistrats*’ (de tot de ‘rechterlijke macht’ behorende rechters en de ‘quasi-rechterlijke ambtenaren’ zoals de Advocaten-Generaal⁸²) door artikel 64 lid 3 *Constitution* opgedragen aan de organieke wetgever. Een belangrijke rol is in dit verband weggelegd voor de *Conseil supérieur de la magistrature*, een orgaan dat speciaal is ingesteld voor de selectie en opleiding van rechters.⁸³ Het Duitse Grundgesetz regelt de benoemingsprocedure van rechters in de hoogste gerechten van de *Gerichtsbanken* in artikel 95 lid 2 *Grundgesetz*: De benoeming van rechters in die gerechten is opgedragen aan de bevoegde federale minister voor het betreffende zaaksgebied samen met een selectiecommissie die is samengesteld uit de bevoegde ministers van de deelstaten en een gelijk aantal leden gekozen uit de *Bundestag*, het Duitse parlement. De benoeming van rechters in de lagere gerechten behoort tot de bevoegdheid van de deelstaten.⁸⁴

Rechters kunnen hun ambt in sommige gevallen door verkiezingen verkrijgen. Hoewel democratisch van aard, is een nadeel van deze methode dat de rechter om verkozen of herkozen te worden afhankelijk is van de gunst van de kiezers. Politieke overwegingen doen hiermee hun intrede op een gebied waar zij normaal gesproken geweerd moeten worden.⁸⁵ In de onderzochte rechtssystemen komt de verkiezing van rechters vooral voor in het geval van rechtspraak door niet-professionele rechters. Zo worden de rechters in de Franse gerechten voor handelszaken (*tribunaux de commerce*) en voor arbeidszaken (*conseils de prud’hommes*) gekozen door hun ‘gelijken’. De kiesgerechtigden zijn respectievelijk handelslieden en vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers.⁸⁶

De benoeming van rechters is dus niet zonder (constitutionele) problemen die verband houden met de uitwerking van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten. In geval van benoeming van rechters door de rechterlijke macht zelf dreigt het gevaar van een ‘rechterlijke oligarchie’⁸⁷ of ‘old boys network’. De benoeming door de uitvoerende macht is dan ook de meest praktische oplossing gebleken. Die keuze maakt het echter noodzakelijk om de nodige constitutionele en wettelijke waarborgen te creëren om de rechters te beschermen tegen beïnvloeding door de executieve. In dat verband is vooral

⁸² De term ‘quasi-judicial officers’ is van Lasser 2004, p. 15, noot 38.

⁸³ Relevante wetgeving is de *loi organique no. 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, JO nr. 146, 26 juni 2001, p. 10119, en de *ordonnance no. 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, JO van 23 december 1958, p. 11551. Over de rol van de CSM, zie in meer detail *infra*, par. 5.2.2. Voor de evaluatie van de rol van een Raad voor de rechtspraak, zie *infra*, par. 5.3.

⁸⁴ Zie verder *infra*, par. 5.2.2.

⁸⁵ Renoux 1984, p. 99.

⁸⁶ Ten aanzien van de *conseils de prud’hommes*, zie *Livre 5, Titre 1er* van de *Code du Travail*. Met betrekking tot de *tribunaux de commerce*, zie *Livre VII, Titre II* van de *Code de Commerce*.

⁸⁷ Renoux 1984, p. 99.

de ‘onafzetbaarheid’ van rechters van groot belang.⁸⁸ Die eis van ‘*inamovibilité*’ is in de Franse *Constitution* neergelegd in artikel 64 lid 4 *Constitution*. De ‘onafzetbaarheid’ heeft zowel een dimensie in de tijd als een dimensie in de ruimte. In het eerste geval speelt de termijn van benoeming van de rechter, in het tweede geval de mogelijkheid tot overplaatsing van de rechter naar een ander gerecht op het grondgebied van de Staat.⁸⁹ Om de rechtspositionele onafhankelijkheid van de rechter te garanderen, is de ‘benoeming voor het leven’ ingevoerd, welke de onmogelijkheid inhoudt om de rechter te ontslaan gedurende de periode dat hij zijn functie uitoefent. Het is mogelijk een maximumleeftijd in te stellen, zoals artikel 117 lid 2 van de Nederlandse Grondwet aangeeft. De ‘onafzetbaarheid’ is dus gebonden aan de uitoefening van de rechterlijke functie en geldt voor de duur van de uitoefening van die functie.⁹⁰

Bepaalde (recentere) oplossingen voor de rechterlijke organisatie geven, zonder expliciete verwijzing, een aanwijzing voor de betrekking van ‘new public management’-uitgangspunten in de afweging van oplossingen voor de rechterlijke organisatie. Met het oog op een flexibeler toepassing van het uitgangspunt van ‘benoeming voor het leven’ heeft de Franse *Conseil constitutionnel* een aantal constructies van de organieke wetgever beoordeeld en als in overeenstemming met de *Constitutie* aangemerkt. In de eerste plaats ging het om de instelling van tijdelijke rechterlijke functies waarbij geen herbenoeming mogelijk is.⁹¹ Een andere constructie betrof de automatische herbenoeming van een zittende rechter die aan het eind van zijn tijdelijke benoeming is gekomen.⁹² Door de constitutionele rechter werd overwogen dat de ‘onafzetbaarheid’ van de rechter niet alleen ziet op de uitoefening van een specifieke rechterlijke functie, maar op de hele carrière van die rechter in de zittende magistratuur.⁹³ Hiermee is overigens niet gezegd dat de betrokken rechter dan recht zou hebben op benoeming in dezelfde functie die hij tot het einde van zijn benoemingsperiode vervulde. Het beginsel van ‘onafzetbaarheid’ laat toe dat de rechter een geheel andere rechterlijke functie krijgt toebedeeld binnen het gerecht waarin hij is benoemd.⁹⁴ Factoren die de president van het gerecht mee mag laten wegen, betreffen de deskundigheid van de rechter en zijn plaats in de rechterlijke hiërarchie. Voor functies die een specifieke waarborg van de onafhankelijkheid vereisen – zoals de functie van rechter-commissaris – is vaak een benoeming voor bepaalde tijd voorgeschreven. De rechter kan zich in dat geval niet beroepen op zijn ‘onafzetbaarheid’.⁹⁵ Voor het Franse rechtssysteem geldt dat op grond van het constitutionele recht geen ‘onafzetbaarheid’ van de rechter in een functie bestaat, maar slechts in

⁸⁸ Renoux 1984, p. 99.

⁸⁹ Renoux 1984, p. 101 e.v. Over het tweede aspect van de ‘onafzetbaarheid’, betreffende de vaste standplaats van de rechter, zie *infra*, hoofdstuk 6.

⁹⁰ Renoux 1984, p. 117.

⁹¹ CC, beslissing nr. 70-40 DC van 9 juli 1970, *Rec.* p. 25 (*Indépendance des magistrats*).

⁹² CC, beslissing nr. 67-33 DC van 12 juli 1967, *Rec.* p. 21.

⁹³ Renoux 1984, p. 119.

⁹⁴ Renoux 1984, p. 120.

⁹⁵ Renoux 1984, p. 120.

een betrekking. Het gaat dan om de baan van ‘rechter van de zittende magistratuur in een bepaald gerecht’.⁹⁶

De onafhankelijkheid van de rechter is vanuit klassiek-rechtsstatelijk oogpunt verder gewaarborgd doordat het orgaan dat hem benoemt niet tevens bevoegd is tot verlening van ontslag:

‘Om de beslissingsbevoegdheid van de rechter – de functionele onafhankelijkheid – te waarborgen is het nodig dat regering en parlement niet bevoegd zijn op het terrein van schorsing en ontslag van rechters. Zouden deze bevoegdheden toekomen aan politieke organen, dan dreigt altijd het gevaar dat zij de rechter in de uitoefening van zijn functie beïnvloeden door bijvoorbeeld te dreigen met schorsing of ontslag.’⁹⁷

Zowel in Nederland als in Duitsland berust de bevoegdheid tot ontslag van rechters in beginsel bij rechterlijke instanties.⁹⁸ In het Nederlandse systeem bepaalt artikel 116 lid 4 Gw dat het toezicht op de bij de ‘rechtspraak’ betrokken personen bij wet wordt geregeld. Het betreft toezicht door ‘leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast’ op de ambtsvervulling door zodanige leden en door de niet tot de rechterlijke macht behorende personen bedoeld in artikel 116 lid 3 Gw. De basisregels voor het ontslag van rechters zijn in de Nederlandse Grondwet in artikel 117 lid 2 t/m 4 Gw te vinden. In het Duitse rechtssysteem proclameert artikel 97 GG de onafhankelijkheid van de rechters. Het artikel geeft waarborgen betreffende onder andere de mogelijkheden van ontslag van rechters. Ontslag is niet de enige mogelijke wijze om invloed uit te oefenen op de rechtspositie van de rechter. Een rechter kan in bepaalde gevallen ook worden overgeplaatst of in een andere functie worden ingezet. In Duitsland gelden voor rechters op het federale niveau en rechters op het niveau van de deelstaten krachtens artikel 98 GG verschillende regelingen. Op grond van het principe van ‘onafzetbaarheid’ kan overplaatsing van een rechter slechts als sanctie worden gebruikt.⁹⁹ De uitzonderingen in de tuchtrechtspraak worden gelegitimeerd doordat in dat geval geen sprake meer is van de normale uitoefening van de rechterlijke functie. Er geldt een tuchtrechtelijke procedure die de nodige waarborgen aan de betrokken rechter geeft.¹⁰⁰

Echter, in de loop der tijd is de flexibele inzetbaarheid van rechters door beleidsmakers en regelgevers als steeds belangrijker ervaren. In het Nederlandse rechtssysteem zijn rechters van rechtbanken en gerechtshoven sinds de herziening van de Wet RO van rechtswege plaatsvervanger in alle andere gerechten van hetzelfde type die zich op het grondgebied van de Staat bevinden.¹⁰¹ Feitelijk is de rechter dus niet meer zeker van zijn functievervulling bij het gerecht waarin hij is benoemd. Dit tweede aspect van de ‘onaf-

⁹⁶ Renoux 1984, p. 121.

⁹⁷ Bovend'Eert 2000b, p. 23.

⁹⁸ Bovend'Eert 2000b, p. 24.

⁹⁹ Renoux 1984, p. 101.

¹⁰⁰ Vgl. Renoux 1984, p. 116.

¹⁰¹ Artikelen 40 lid 2 en 58 lid 2 RO.

zetbaarheid', dat betrekking heeft op de waarborg van de vaste standplaats van de rechter, komt later in dit onderzoek nog aan de orde.¹⁰²

Als voorlopige conclusie kan gelden dat de eisen met betrekking van de rechtspositie van de 'rechter', als 'neutrale derde' belast met de beslechting van geschillen tussen partijen in de samenleving, zijn terug te voeren op beginselen die figureren in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma. 'Transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' worden niet uitdrukkelijk genoemd als redenen voor de gekozen organisatiestructuur. Het toegenomen belang van die 'new public management'-uitgangspunten leidt echter in het huidige tijdsgewricht tot spanningen. Alvorens nader op de rol van deze 'nieuwe' beginselen in te gaan, volgt een inventarisatie van de constitutionele regeling betreffende procedurele waarborgen voor de rechtspraak.

Het proces: procedurele waarborgen

Het constitutionele kader van de onderzochte 'rechtsstaten' vereist voor de rechtspraak niet enkel een 'gerecht' en 'rechters' waarvan de onafhankelijkheid gegarandeerd zijn, maar ook een aantal procedurele waarborgen voor de 'eerlijke' berechting van zaken. De gelding van dit uitgangspunt voor de organisatie van de 'rechtspraak' is omstreden indien slechts de inhoudelijke taak van 'geschilbeslechting' als uitgangspunt wordt genomen. In die optiek is niet zonder meer noodzakelijk dat de oplossing van een geschil door een 'neutrale derde' voldoet aan bepaalde vereisten met betrekking tot de procedure. In het klassiek-rechtsstatelijke paradigma zijn bepaalde procedurele waarborgen echter als 'grondrechten' geïncorporeerd in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie, zij hebben juridische status verkregen. Rechtssystemen die de beginselen van de 'rechtsstaat' onderschrijven, kennen daarmee een aantal constitutionele eisen aan de procesvorm van de rechtspraak.¹⁰³

In de Constituties en in de organieke wetgeving van de onderzochte rechtssystemen zijn procedurele waarborgen voor de rechtspraak opgenomen. Aspecten die een plaats hebben gekregen in de lijst van procedurele waarborgen betreffen het uitgangspunt dat er een proces plaatsvindt (het 'procesbeginsel')¹⁰⁴, de 'openbaarheid' van de 'rechtspraak', het contradictoire karakter van het proces ('hoor en wederhoor'), de 'equality of arms' en twee uitgangspunten van het strafproces: het onmiddellijkheidsbeginsel en de onschuldpresumptie.¹⁰⁵ Die constitutionele vereisten en de interpretatie ervan in lagere regelgeving vinden een belangrijke grondslag in het internationale recht. In de huidige Europese context worden de minimumeisen aan 'goede rechtspraak' op kernachtige wijze verwoord door de artikelen 6 en 7 van het EVRM, opgenomen in de sectie van het Verdrag die ziet op de bescherming van '*Rights and Freedoms*'. Uit deze bepalingen vloeien de volgende vereisten voor een 'fair trial' voort: onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter; externe openbaarheid; onmiddellijkheid; 'equality of arms'; con-

¹⁰² Zie *infra*, hoofdstuk 6.

¹⁰³ Over de constitutionalisering van procesrecht, zie ten aanzien van Frankrijk Schmitter 1994.

¹⁰⁴ Zie in dit verband Hildebrandt 2002.

¹⁰⁵ De beginselen komen in het bijzonder in de strafrechtelijke procedureregelingen tot uitdrukking. Zie bijvoorbeeld voor Nederland Enschedé 1969; Hildebrandt 2002.

tradictoire karakter van het proces; onschuldpresumptie.¹⁰⁶ Het voert te ver om op deze plaats in te gaan op alle onderscheiden aspecten van deze procedurele waarborgen.¹⁰⁷ Duidelijk is echter dat indien niet aan de bovenstaande voorwaarden is voldaan, in EVRM-termen geen ‘fair trial’ heeft plaatsgevonden. De doorwerking van deze bepalingen in de nationale rechtssystemen heeft belangrijke consequenties gehad voor de interpretatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de rechterlijke organisatie, zoals het beginsel van de ‘wettelijke rechter’¹⁰⁸, en de juridisering van ‘new public management’-uitgangspunten, zoals de berechting binnen een redelijke termijn en de eis van proportionaliteit van wettelijke beperkingen van grondrechten.¹⁰⁹ Met betrekking tot de categorie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen stelt het verdragsrecht doorgaans minder strenge normen dan het nationale recht van de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland. In die zin is sprake van verdragsrechtelijke ‘minimumnormen’. Wat betreft de uitwerking van ‘new public management’-beginselen neemt het verdragsrecht echter vaak het initiatief. De ontwikkeling van het vereiste van rechtspraak binnen een redelijke termijn, bijvoorbeeld, is in overwegende mate voortgekomen uit de implicaties die van artikel 6 lid 1 EVRM uitgaan met betrekking tot de organisatie van de rechtspraak op het nationale niveau van de verdragsstaten.¹¹⁰

De inventarisatie van de constitutionele regeling van de rechterlijke activiteit in het oorspronkelijke kader van de ‘rechtsstaat’ is hiermee voltooid en een eerste stap is gezet naar de vaststelling van de rol van ‘new public management’-uitgangspunten bij de organisatie van de rechtspraak. Kwaliteitseisen met betrekking tot de legitimering van de rechterlijke organisatie vanuit het ‘new public management’-paradigma blijken slechts in geringe mate tot uitdrukking te komen in de constitutionele regelingen die hun oorsprong hebben in het liberalisme van het einde van de 18^e eeuw. Met betrekking tot de afbakening van de juridische activiteit vloeit dit voort uit de invulling van het concept van ‘rechterlijke onafhankelijkheid’. De hedendaagse context legt echter nieuwe eisen op aan de organisatie van overheidsfuncties. Wij zullen zien dat de verhoudingen tussen de staatsmachten in de tweede helft van de 20^e eeuw veranderd zijn, een ontwikkeling die geplaatst kan worden in het perspectief van het ‘new public management’-paradigma. Ten gevolge van die ontwikkeling is de rol van de rechterlijke macht ten opzichte van de politieke staatsmachten in de perceptie van politiek en samenleving enerzijds (extern) en van de rechterlijke macht anderzijds (intern) een andere geworden. Deze hernieuwde kwalificatie brengt nieuwe vereisten met zich mee ten aanzien van de gronden voor de legitimiteit van de rechtspraak.

¹⁰⁶ Hildebrandt 2002, p. 414. Zie ook Kuijer 2004, hoofdstuk 4.

¹⁰⁷ Bovendien is een veelheid aan waardevolle literatuur voorhanden. Zie bijvoorbeeld Kuijer 2004; Hildebrandt 2002; Smits 1996; Sermet 1996; Sudre 2006; Miehsler & Vogler 1986.

¹⁰⁸ Zie *infra*, hoofdstuk 6.

¹⁰⁹ Zie *supra*, par. 2.2.3.

¹¹⁰ Zie bijvoorbeeld Fabri & Langbroek 2003.

4.2.2 *De rechterlijke macht in het 'new public management'-paradigma: rechtspraak als uitwerkingsinstrument van regelgeving en element van publieke dienstverlening*

In geen van de onderzochte systemen heeft de verlegging van het accent betreffende de rol van de rechtspraak aanleiding gegeven tot drastische wijzigingen van de geschreven Constitutie. Wel kan een aantal ontwikkelingen in de samenleving en in de rechtsordes van Nederland, Frankrijk en Duitsland worden aangewezen die vooral via wetgeving en lagere regelgeving uitdrukking geven aan een veranderde attitude ten aanzien van de rol van de rechtspraak in de 'rechtsstaat'. Belangrijke ontwikkelingen van het constitutionele kader hebben zich voorgedaan via de rechtspraak. In het bijzonder via verdragstoetsing is een grotere 'responsiviteit' van het recht betreffende de rechterlijke organisatie in nationale rechtsordes gerealiseerd. Het instrument van 'constitutionele toetsing' heeft bijgedragen aan de bescherming van de 'autonomie' van het constitutionele recht. Op deze verschillende wijzen is de interactie tussen klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen voor de rechterlijke organisatie duidelijker naar voren gekomen in debatten over de rechterlijke organisatie in de onderzochte rechtssystemen. Het nieuwe perspectief op de discussie betreffende de rechterlijke organisatie, hierboven omschreven als het 'new public management'-paradigma, is van invloed op de inhoud van de gronden die vanuit de samenleving worden beschouwd als fundamenteel voor de legitimiteit van de rechtspraak en in engere zin op de hedendaagse afbakening van de rechterlijke functie ten opzichte van de politieke staatsfuncties 'wetgeving' en 'bestuur'. In de verhouding van de rechterlijke organisatie ten opzichte van de politieke staatsmachten wordt 'rechtspraak' in het nieuwe paradigma beschouwd als instrument voor de uitwerking van regelgeving en als element van publieke dienstverlening.

- 'RECHTSPRAAK' ALS UITWERKINGSINSTRUMENT VAN REGELGEVING

In de verhouding tussen de staatsmachten heeft een verschuiving plaatsgevonden. De wetgever is meer sturing gaan geven aan de samenleving ('van codificatie naar modificatie' in de woorden van Koopmans¹¹¹) maar is tegelijk teruggetreden ten behoeve van bestuur (kaderwetgeving) en rechter ('open normen'). Het bestuur heeft een grotere discretionaire bevoegdheid gekregen maar heeft zich om die reden een grotere mate van rechterlijke toetsing moeten laten welgevalen. De rechterlijke macht heeft naar twee kanten een domeinvergroting meegemaakt: wetgeving met 'open normen' biedt haar de mogelijkheid tot 'rechtsvorming' door jurisprudentie, toetsing van handelingen van het bestuur geeft de rechterlijke macht de status van 'controleur' van het overheidshandelen.

De plaats van de rechtspraak te midden van de functies die aan de overheid zijn voorbehouden is minder duidelijk afgebakend dan voorheen. Als gevolg hiervan zijn de grenzen van het rechterlijke domein vager geworden; rechtspraak, wetgeving en bestuur zijn 'communicerende vaten' geworden. De legitimiteit van de rechtspraak vraagt, als gevolg van deze tendens, om aanvullende rechtvaardigingsgronden, die samenhangen met de gronden voor de legitimiteit van de andere staatsfuncties. De afbakening

¹¹¹ Koopmans 1970, p. 223.

tussen 'recht' en 'politiek' staat hierbij centraal. In dit geval is niet langer de vraag hoe de rechterlijke macht haar onafhankelijkheid ten aanzien van de politieke machten kan behouden. Veeleer rijst de vraag hoe ver de rechterlijke macht kan gaan bij het aan zich trekken van functies die raken aan de domeinen van de politieke staatsmachten. De duidelijke afbakening in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma tussen 'rechtstoepassing' en 'rechtsvorming' heeft in het 'new public management'-paradigma plaatsgemaakt voor een uitgebreidere rol van de rechtspraak, die naar 'rechtsvorming' neigt en waarbij de rechtspraak als instrument fungeert voor de uitwerking van het handelen van wetgever en bestuur.

In het licht van de constitutionele vaststelling van de bevoegdheden tot productie van rechtsnormen moet opnieuw bekeken worden in hoeverre de 'rechterlijke macht' zich in dit verband onderscheidt van de andere staatsmachten. Kunnen de inhoudelijke taken van de drie staatsmachten duidelijk van elkaar worden onderscheiden? In hoeverre spelen bij de afbakening van de functiedomeinen klassiek-rechtsstatelijke beginselen (nog) een rol naast 'new public management'-beginselen? Hoe zijn die beginselen in het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie tot uitdrukking gebracht? Ter beantwoording van die vragen dient een blik te worden geworpen op de afbakening van 'rechtspraak' ten opzichte van de producten van de politieke machten die tot stand komen onder de namen 'wetgeving' en 'bestuur'.

'Rechtspraak' versus 'wetgeving'

De rechter heeft met de invoering van de instrumenten van rechterlijke uitvoering en toetsing van wetgeving grip gekregen op het domein van de wetgever. Met betrekking tot de uitwerking van de toetsende rol van de rechter is de ontwikkeling te verklaren vanuit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma: het primaat van de Constitutie kan slechts verwezenlijkt worden indien een controlemogelijkheid op het handelen van de wetgever bestaat. In een rechtssysteem dat rechterlijke toetsing van wetten aan de Constitutie kent, is sprake van het door de rechter betreden van het domein van de wetgever. De rechter die een ongrondwettelijke bepaling van een wet kan vernietigen¹¹², wordt wel gezien als 'negatieve wetgever'.¹¹³ Indien de constitutionele rechter aanwijzingen aan de wetgever geeft betreffende te wijzigen of in te voeren wetgeving, kan hij zelfs als 'positieve kaderwetgever' worden bestempeld.¹¹⁴ De vraagstelling in het geval van constitutionele toetsing van wetgeving ziet op de verhouding tussen de wetgever en de rechterlijke macht als 'controleur' van uit te vaardigen of uitgevaardigde wettelijke regels in het licht van de Constitutie.¹¹⁵ In dit geval is de te maken afweging in doorslaggevende mate van klassiek-rechtsstatelijke aard.

Een andere invloed op de groei van het domein van de rechter hangt samen met de verschuiving van het perspectief van discussie over de rechterlijke organisatie naar het

¹¹² Zie bijvoorbeeld artikel 93 GG.

¹¹³ Kelsen 1928, p. 226.

¹¹⁴ Vgl. Behrendt 2006.

¹¹⁵ Over de constitutionele toetsing van wetgeving en de rol van de constitutionele rechter in de rechtsstaat, zie *supra*, paragraaf 2.2.2.

‘new public management’-paradigma. De terugtred van de wetgever ten gunste van bestuur en rechter bij de productie van normen kan goeddeels verklaard worden uit overwegingen met betrekking tot een ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ inzet van de capaciteiten van elk van de drie staatsmachten. Hier staat de vraag centraal naar de verhouding tussen de wetgever als normsteller en de rechterlijke macht als ‘uitvoerder’ van uitgevaardigde wettelijke regels bij de oplossing van partijconflicten. De verschoven verhouding tussen wetgever en rechter roept de vraag op naar een hernieuwde afbakening van de twee functies ‘wetgeving’ en ‘rechtspraak’.

Bij de analyse van de drie staatsfuncties wordt veelal het verschil tussen het algemene en het bijzondere als onderscheidend criterium gebruikt.¹¹⁶ Ofwel is het uitgangspunt het model van *uitvoering* van het algemene door het bijzondere, ofwel het model van *concretisering* van het algemene in het bijzondere.¹¹⁷ Het eerste model sluit aan bij de theorie van Montesquieu en diens onderscheid van drie machten in de Staat: de wetgevende macht (maker van de algemene en onpersoonlijke ‘wet’), de uitvoerende macht (uitvoerder van de ‘wet’ in concrete gevallen), en de rechterlijke macht (bestraffer van de schending van het ‘recht’, *‘puissance invisible et nulle’*).¹¹⁸ Het tweede model correspondeert met de theorie van Kelsen, waarin het uitgangspunt wordt gevormd door de vorming van het recht in stappen (*‘Stufenbau’*).¹¹⁹ Die theorie komt het duidelijkst naar voren in het proces van concretisering en toepassing van wettelijke normen in normen die worden geproduceerd door de uitvoerende macht en door de rechter.¹²⁰

De rol van de rechter wordt dan in de eerste plaats gedefinieerd in de verhouding ten opzichte van de wetgever. De rechter is, conform de begrenzing van zijn ‘functionele onafhankelijkheid’, niet volkomen vrij in de uitleg die hij geeft aan wettelijke bepalingen: hij blijft ‘aan wet en recht gebonden.’¹²¹ In het geval van rechtspraak zal in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland de toepasselijke nationale wettelijke regeling of het toepasselijke buitenlandse recht of verdragsrecht als uitgangspunt dienen voor de normstelling door de rechter. Het EHRM stelt de eis dat het rechtsprekende orgaan zijn functie uitoefent ‘on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner’.¹²² In de zaak *Sramek* overwoog de Commissie hierover:

‘Although the exercise of certain discretionary powers is not entirely extraneous to its functions it is nevertheless characteristic of a tribunal that its decisions are not primarily left to its discretion, but must be arrived at in orderly proceedings conducted on the basis of the rule of law, i.e. proceedings enabling it to establish the legally relevant facts, and to apply pre-existing legal regulations or principles to these facts.’¹²³

¹¹⁶ Timsit 1997a, p. 30.

¹¹⁷ Timsit 1997a, p. 30.

¹¹⁸ Montesquieu 1748, p. 170.

¹¹⁹ Kelsen 1934. Vgl. Loth & Gaakeer 2005, p. 68.

¹²⁰ Timsit 1997a, p. 30.

¹²¹ WRR 2002, p. 183. Zie ook Van den Broeke 2004, pp. 29-31 en Huls 2004, pp. 81-82.

¹²² Kuijer 2004, p. 176.

¹²³ ECRM, 8 december 1982, *Sramek-Oostenrijk* (verwijzing in A-serie 84), § 71.

Er is dus geen sprake van ‘rechtspraak’ indien niet aan rechtsnormen wordt getoetst. Dit is bijvoorbeeld het geval ‘wanneer de toetsende instantie beleidsoverwegingen in zijn oordeel mag betrekken’¹²⁴, dat wil zeggen ‘zich bij het nemen van de beslissing mede mag laten leiden door eigen (institutionele) belangen’.¹²⁵ De toepassing door gerechten van door de wetgever gestelde rechtsnormen hangt samen met de democratische legitimatie van ‘wetgeving’. Als de verliezer van een rechtsgeding niet van tevoren heeft ingestemd met de toepasselijke norm, dan moet hij ervan overtuigd zijn dat de rechtsregel die hem wordt opgelegd niet in het voordeel was van zijn tegenpartij. Hieruit kan het verlangen worden verklaard naar neutrale rechtsbeginselen¹²⁶, en het vertrouwen in door de wetgever vastgestelde normeringen.

In de modellen van uitvoering en concretisering van wetgeving komt het onderscheid tussen de rechterlijke functie en de functie van de wetgever echter niet duidelijk naar voren.¹²⁷ Het eerste model probeert een afbakening op inhoudelijke gronden te maken, maar weet geen duidelijk onderscheid vast te stellen tussen de rechter en de wetgever. In geval van onduidelijke of onvolledige wettelijke bepalingen zal de rechter zichzelf een bevoegdheid aanmeten om algemene(re) rechtsnormen te produceren voor de oplossing van het voorliggende geval. Rechtstoepassing wordt dan rechtsvorming. De rechter wordt zo ook ‘wetgever’ in de zin als bedoeld door Montesquieu. De Kelseniaanse theorie, anderzijds, maakt slechts onderscheid op formele gronden. Het onderscheid tussen de functies van ‘wetgever’ en ‘rechter’ is ook dan niet helder: in sommige opvattingen is de enige betekenis van de ‘wet’ diegene die door de rechter wordt gegeven als hij bij de toepassing van die wet tot interpretatie overgaat.¹²⁸

Timsit verklaart de verwarring op dit punt uit het niet onderkennen van een tweede onderscheidingscriterium, dat functioneert naast het onderscheid algemeen/bijzonder en daaraan haar reikwijdte geeft. Het gaat om het onderscheid tussen ‘woord’ en ‘schrift’. De ‘wet’ is zowel ‘geschrift’ als ‘algemene norm’. Omdat zij ‘geschrift’ is, dat wil zeggen de tekst die de norm ‘draagt’, is zij van algemene aard. De ‘wet’ als ‘geschrift’ is losgemaakt van haar auteur, van de normadressaten en van de context waarin zij tot stand is gekomen. Dit geeft de ‘wet’ haar karakter van onpersoonlijkheid en tijdloosheid en opent de mogelijkheid van de bescherming van individuele rechten.¹²⁹ Tegenover de ‘*volonté générale*’ die tot uitdrukking is gebracht in de geschreven tekst van de ‘wet’ staat de ‘*volonté particulière*’ die tot uitdrukking komt in de uitspraken van de gerechten, de beslissingen van de rechter die ‘*bouche de la loi*’ is: omdat de beslissing een gesproken woord is, kan zij het bijzondere geval betreffen.¹³⁰

¹²⁴ Widdershoven 1989, p. 24.

¹²⁵ De Waard 1987, p. 25.

¹²⁶ Shapiro 1981, p. 8.

¹²⁷ Cf. Timsit 1997a, pp. 30-31.

¹²⁸ Timsit 1997a, p. 31, noot 2.

¹²⁹ Timsit 1997a, p. 31.

¹³⁰ Timsit 1997a, p. 32.

In het klassieke onderscheid tussen ‘wetgeving’ en ‘rechtspraak’ kenmerkt ‘wetgeving’ zich aldus door ‘geschrift’ en ‘algemeenheid’¹³¹, ‘rechtspraak’ door de gesproken beslissing in het bijzondere geval. Gevolg van deze aanname is dat de rechter niet bevoegd is tot ‘regeren’, dat wil zeggen: tot het formuleren van algemene regels die gelden voor alle rechtssubjecten in de Staat.¹³² In de hedendaagse ‘rechtsstaat’ moet de ontwikkeling van de rol van de wetgever – ‘van codificatie naar modificatie’ – en de daarmee gepaard gaande veranderde rol van de rechter – rechtsvorming op basis van ‘open normen’ – in het licht van dat criterium worden gewaardeerd. Slechts voor zover de grens tussen algemene regelgeving en bijzondere toepassing wordt gerespecteerd, kan de rechter worden toegestaan om op grond van een ‘doelmatiger’ en ‘doeltreffender’ arbeidsverdeling tussen de staatsmachten te treden in het domein dat voorheen aan de wetgever toebehoorde.

‘Rechtspraak’ versus ‘bestuur’

Een vergelijkbare tendens van herwaardering van staatsfuncties in het licht van het ‘new public management’-paradigma heeft zich voorgedaan in de verhouding tussen rechter en bestuur. De rechter is onder invloed van ‘new public management’-beginselen in staat gesteld tot toetsing van het handelen van de uitvoerende macht en is daarmee ‘quasi-bestuurder’ geworden.

Het is reeds vanuit klassiek-rechtsstatelijk oogpunt moeilijk om een strikt onderscheid van ‘rechtspraak’ ten opzichte van de uitvoerende of besturende functie te maken. Een onderscheid tussen de rechterlijke uitspraak en de beschikking van een bestuursorgaan kan in beginsel slechts op formele gronden worden gemaakt (is de beslissing onder inachtneming van bepaalde waarborgen van onafhankelijkheid genomen?), inhoudelijk is in beide gevallen sprake van toepassing van rechtsnormen in een concreet geval. Zowel de organen van de rechterlijke macht als de organen van de uitvoerende macht, de bestuursorganen, passen de door de wetgever gestelde rechtsregels toe, produceren normen in concrete gevallen. Door de Franse staatsrechtsgeleerde Carré de Malberg is om die reden aangevoerd dat geen absoluut en constant materieel verschil kan worden onderkend tussen de functies ‘bestuur’ en ‘rechtspraak’.¹³³ Op die zienswijze valt echter af te dingen.

Sommige auteurs zijn van mening dat de rechterlijke beslissing zich onderscheidt van andere typen beslissingen doordat het gaat om een ‘declaratoire’ uitspraak, in de zin dat ‘rechtspraak’ de neerslag vormt van een bestaande rechtssituatie. Die opvatting van rechterlijke beslissingen als declaratoire oordelen rijmt met het beginsel van ‘rechtszekerheid’, dat, in zijn uitwerking in het verbod van terugwerkende kracht, in de weg staat

¹³¹ In uitzonderingsgevallen betreft wetgeving in formele zin slechts een specifiek geval. Een voorbeeld in het Nederlandse rechtssysteem betreft de goedkeuring van huwelijken van leden van de koninklijke familie, zie bijvoorbeeld de Rijkswet van 4 juli 2001 betreffende het verlenen van toestemming aan Prins Willem-Alexander om een huwelijk aan te gaan met Máxima Zorreguieta, *Stb.* 2001, 333.

¹³² Vgl. Timsit 1997b, in het bijzonder p. 139.

¹³³ Carré de Malberg 1920, p. 764 e.v.; vgl. Chaumont 1942, p. 111.

aan de creatie van nieuw recht in ‘constitutieve’ rechterlijke uitspraken. Indien rechterlijke beslissingen worden beschouwd als declaratoire oordelen die uitdrukking geven aan geldend recht, wordt dit verbod niet overtreden.¹³⁴ Bestuursbeslissingen daarentegen kennen een creatief of ‘constitutief’ element, doordat door middel van dergelijke beslissingen nieuwe rechtssituaties in het leven worden geroepen.¹³⁵ De geschilbeslechting door bijvoorbeeld de Nationale ombudsman wordt op grond van dit criterium beschouwd te vallen buiten hetgeen als ‘rechtspraak’ kan worden aangemerkt.¹³⁶

Als onderscheidend criterium dat hiermee samenhangt kan worden opgevoerd dat ‘bestuur’ de mogelijkheid in zich houdt van het betrekken van beleidsoverwegingen in beslissingen. Institutionele belangen van de overheid mogen in de afweging van bestuurlijke oordelen worden betrokken. De ‘rechtspraak’ daarentegen vereist een ‘neutrale’ toepassing van rechtsnormen.¹³⁷ Widdershoven wijst om die reden als kenmerkend verschil tussen rechtspraak en administratief bezwaar en beroep aan dat

‘evenals bij bestuurlijke gezagsbeslissingen in eerste aanleg (...) in beroeps- en bezwaarschriftenprocedures naast rechtsnormen eigen institutionele belangen bij de beoordeling een rol (mogen) spelen. Oftewel: er is niet alleen sprake van een rechtmatigheids-, maar ook van een beleidstoetsing.’¹³⁸

In dit geval is echter geen sprake van een strikt onderscheid, maar slechts van gradaties van ‘neutraliteit’. Dit blijkt indien wij een blik werpen op de typologie van verschillende methoden van rechtsvinding. De rechter zal bij de toepassing van normen op een concreet geval altijd moeten interpreteren. Tussen de ‘formele’ en de ‘materiele’ rechtsvinding zijn verschillende gradaties te onderscheiden. Het ene uiterste is het directe beroep op een regel, het andere is de vrije rechtsvinding door de rechter. In het concrete geval is altijd sprake van een belangenafweging door de rechter: welke interpretatiemethode de doorslag geeft, moet blijken uit de argumentatie die tot uitdrukking komt in de motivering van de uitspraak. Een interessant vraagstuk betreft de wijze waarop de rechter omgaat met ‘politieke’ argumenten: in het Harmonisatiewet-arrest stelde de Nederlandse Hoge Raad expliciet dat een vraag aan de orde was waar hij zich als rechter buiten diende te houden. Het betrof de mogelijkheid van toetsing van een wettelijke regeling aan een ongeschreven rechtsbeginsel, en meer in het algemeen de reikwijdte van het rechterlijke verbod van constitutionele toetsing (artikel 120 Gw).¹³⁹ Uitgangspunt is dat iedere wettelijke regel in principe reeds het uitvloeisel is van een politieke belangenaf-

¹³⁴ Loth 1999b, pp. 219-220. De door Loth bepleitte ‘contextualisering van de rechtszekerheid’ vormt een aansporing tot herwaardering van dit concept in antwoord op de door Brouwer voorgestane conceptie van ‘rechtszekerheid’ in het licht van een rechtspositivistisch rechtsbegrip. Zie Brouwer 1999.

¹³⁵ Widdershoven 1989, p. 18; vgl. De Waard 1987, pp. 40-41 en Duguit, p. 175.

¹³⁶ Cf. De Waard 1987, p. 52.

¹³⁷ Cf. *supra*, par. 4.2.1.

¹³⁸ Widdershoven 1989, p. 44.

¹³⁹ HR, 14 april 1989, NJ 1990, 469 (*Harmonisatiewet-arrest*).

weging, en dat de rechter zich als 'neutraal' tegenwicht ten opzichte van wetgever en bestuur buiten die afweging dient te houden. Het onderscheid tussen de activiteiten van rechterlijke organen en van bestuursorganen lijkt echter weg te vallen indien de rechter overwegingen op basis van 'policies' in zijn oordeelsvorming betreft.¹⁴⁰

Het constitutionele kader geeft echter steeds meer ruimte voor de inmenging van de rechtspraak in het domein van het bestuur. Een interessante ontwikkeling is dat de bestuursrechtspraak in de afgelopen eeuw sterk is gegroeid en steeds meer een zelfstandige positie heeft verworven, 'los' van het bestuur en met voldoende waarborgen om de 'onafhankelijkheid' van de 'gerechten' en 'rechters' te garanderen.¹⁴¹ Die ontwikkeling, die in eerste instantie een klassiek-rechtsstatelijke grondslag heeft in de gewijzigde kwalificatie van de beslechting van geschillen tussen overheid en burger, heeft een vervolg gekregen op basis van 'new public management'-uitgangspunten. In het Nederlandse systeem is namelijk recent gekozen voor integratie van de administratieve gerechten van eerste aanleg in de gerechten van de gewone rechterlijke macht. Die keuze stond in het teken van een verbetering van de institutionele waarborgen betreffende de bestuursrechtspraak¹⁴², maar werd ook gebaseerd op het voordeel van de realisatie van meer doeltreffendheid en doelmatigheid en van organisatorische schaalvoordelen.¹⁴³ Hieraan ligt mede ten grondslag dat vanuit rechtsstatelijk oogpunt de scheiding tussen de gewone rechtspraak en de bestuursrechtspraak niet meer te legitimeren was: beide worden tegenwoordig gezien als bij uitstek taken van de 'rechterlijke macht', waarbij ondergeschiktheid aan het bestuur als onwenselijk wordt ervaren. In termen van klassiek-rechtsstatelijke legitimiteit en 'new public management'-legitimiteit kan worden gezegd dat de groei van de vraag naar bescherming van de burger tegen het bestuur heeft geleid tot het weghalen bij het bestuur zelf van de 'geschilbeslechting' in zaken tussen overheid en burger, en de ontwikkeling van de bestuursrechtspraak. Hiermee wordt de legitimiteit van de oplossing van conflicten in de verticale verhouding tussen burger en bestuur gewaarborgd. Voorzover de rechtspraak in bestuursrechtelijke aangelegenheden wordt ondergebracht bij de organen van de 'rechterlijke macht' is tevens sprake van een 'effectieve' en 'efficiënte' oplossing. De institutionele scheiding van 'gewone' en bestuursrechtelijke 'rechtspraak' is in dit licht niet meer houdbaar.¹⁴⁴

De opkomst van de bestuursrechtspraak heeft de mogelijkheid geopend van een marginale rechterlijke toetsing van handelingen van het bestuur. In de rechtssystemen van Nederland en Duitsland is, door de (gedeeltelijke) integratie van de bestuursrecht-

¹⁴⁰ Vgl. het in Deel I gepresenteerde onderscheid tussen 'policies' (beleidsargumenten) en 'principles' (meer principiële argumenten). Dworkin, die aan dit onderscheid bekendheid heeft gegeven, geeft zelf al aan dat tussen de concepten geen waterdichte scheidslijn is aan te brengen. Met betrekking tot het belang van dit onderscheid in het proces van rechtsvinding door de rechter, vgl. Kloosterhuis 2006, pp. 111-118.

¹⁴¹ Zie *supra*, par. 4.2.1.

¹⁴² Onder andere naar aanleiding van de veroordeling van het 'Kroonberoep' in EHRM, 23 oktober 1985, nr. 8848/80, A-serie nr. 97 (*Bentham tegen Nederland*).

¹⁴³ Vgl. Ministerie van Justitie 2001, p. 6.

¹⁴⁴ Zie *supra*, par. 4.2.1.

spraak in de ‘rechterlijke macht’, sprake van een volwaardige vorm van ‘rechtspraak’, dat wil zeggen: ‘rechtspraak’ die zich in de organisatievorm voor haar uitoefening niet onderscheidt van de rechtspraak in civiele zaken of in strafzaken. In Frankrijk is de rechtspraak in bestuursrechtelijke zaken weliswaar nog steeds ondergebracht bij een aparte categorie van gerechten, die niet tot de ‘*pouvoir judiciaire*’ behoren. Door de gegroeide waarborg van de onafhankelijkheid van deze gerechten kunnen zij echter als voldoende ‘zelfstandig’ ten aanzien van het bestuur worden beschouwd om als vorm van ‘rechtspraak’ te gelden.¹⁴⁵ Op materiële gronden wordt echter door sommigen betwist dat ‘bestuursrechtspraak’, in vergelijking met andere vormen van ‘geschilbeslechting’, als ‘rechtspraak’ gekwalificeerd kan worden. Als argument wordt dan naar voren gebracht dat de rechter in het bestuursrecht slechts als ‘controleur’ optreedt, maar geen individuele rechtsposities vaststelt zoals in het geval van geschilbeslechting tussen individuen of in geval van oplegging van straffen.¹⁴⁶ De functie-uitoefening door de ‘rechter’ gaat mijns inziens echter verder dan een simpele ‘controle’: getoetst wordt of sprake was van ‘rechtmatig’ handelen door het bestuur. Weliswaar kan de rechter geen eigen beslissing in de plaats stellen van de beslissing van het bestuur (de rechter kan geen ‘doelmatigheidstoetsing’ uitvoeren), maar hij kan een bestreden besluit vernietigen en daarmee handelingen van het bestuur ongedaan maken. In die zin is, niet op een ‘positieve’ of ‘actieve’ manier maar wel op een ‘negatieve’ of ‘reactieve’ manier sprake van vaststelling van individuele rechtsposities.¹⁴⁷ De rechter wordt een ‘negatieve bestuurder’.¹⁴⁸ Concluderend kan worden gesteld dat de gegroeide rol van de rechter ten opzichte van het bestuur aanvaardbaar is in het licht van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen voor de rechterlijke organisatie indien de grens van de autonome handelingssfeer van de uitvoerende macht wordt gerespecteerd.¹⁴⁹

De rol van de rechterlijke organisatie is niet alleen veranderd als gevolg van de wijziging van de opvatting ten aanzien van de functies van wetgever en bestuur in het ‘new public management’-paradigma en de herwaardering in dat verband van ‘rechtspraak’ als uitwerkingsinstrument van producten van de politieke staatsmachten. Ook op zichzelf bezien is de rol van de rechtspraak onderhevig aan opvattingen vanuit de samenle-

¹⁴⁵ Vgl. CC, beslissing nr. 80-119 DC van 22 juli 1980, *Rec.* p. 46 (*Validation d’actes administratifs*). Met betrekking tot die beslissing, zie Renoux 1984, pp. 33-34.

¹⁴⁶ Tak 2005, p. 566.

¹⁴⁷ Vgl. *supra*, par. 2.2.2 ten aanzien van de verhouding tussen constitutionele rechter en wetgever.

¹⁴⁸ Vgl. de kwalificatie van de ‘negatieve wetgever’ door Kelsen 1928, p. 226. Kritiek op het ‘beperkte’ karakter van marginale toetsing is, met betrekking tot de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in asielzaken, geleverd door Essakili & Spijkerboer 2006.

¹⁴⁹ Een inventarisatie van de domeinen van de staatsmachten laat zien dat niet slechts sprake is van een uitbreiding van het rechterlijk domein naar gebieden die voorheen tot de exclusieve bevoegdheid van het bestuur behoorden. Tevens hebben bestuursorganen bepaalde rechtsprekende taken aan zich getrokken. Ten aanzien van de positie van zelfstandige bestuursorganen als geschilbeslechteers, zie *infra*, par. 4.3.2.

ving. In de veranderde perceptie van politiek, samenleving en rechterlijke macht is de idee van de 'rechtspraak' als element van publieke dienstverlening opgekomen.

- 'RECHTSPRAAK' ALS ELEMENT VAN PUBLIEKE DIENSTVERLENING

In het 'new public management'-paradigma wordt 'rechtspraak' in de eerste plaats gezien als een element van het geheel van de 'publieke dienstverlening' die door de overheid wordt gerealiseerd. Niet de waarborg van grondrechten van de burger staat voorop, maar het aspect van 'rechtspraak' als instrument voor de beslechting van geschillen, de 'problem solving conception'.¹⁵⁰ Enerzijds staat deze opvatting van 'rechtspraak' als 'geschilbeslechting' aan de basis van een tendens van privatisering van de rechtspraak.¹⁵¹ Met betrekking tot het overheidsdomein van de 'geschilbeslechting' werpt de bestudering van de 'rechtspraak' vanuit het 'new public management'-paradigma een nieuw licht op de institutionele dimensie van de staatsorganisatie.

Een belangrijk aspect in dit verband betreft de kwalificatie van de 'rechtspraak' als 'overheidsdienst'. Dit concept 'overheidsdienst' is met name in het Franse bestuursrecht tot ontwikkeling gekomen. In navolging van de Franse doctrine kan van een '*service public*' in materiële zin worden gesproken wat betreft iedere activiteit die tot doel heeft in een behoefte van algemeen nut te voorzien en die, als zodanig, verzekerd of gecontroleerd moet worden door de overheid, omdat de voortdurende voorziening in die behoefte slechts door de overheid gewaarborgd kan worden.¹⁵² In formele zin wordt met de term '*service public*' bedoeld op een georganiseerd geheel van materiële en menselijke middelen dat door de Staat of een ander overheidslichaam wordt ingezet in het kader van de uitvoering van diens taken. In die opvatting is het begrip '*service public*' synoniem aan de overheid in formele zin.¹⁵³ Het begrip '*service public*' is dus direct verbonden met de uitoefening van aan de overheid voorbehouden bevoegdheden. Twee belangrijke uitgangspunten staan centraal in de omschrijving van het begrip. In de eerste plaats geldt dat, hoewel delegatie mogelijk is, met betrekking tot de '*service public*' altijd sprake is van een dienst van de Staat. Ten tweede bestaat de '*service public*' ten behoeve van het algemeen belang, en gaat daarmee boven collectieve belangen.¹⁵⁴

De 'rechtspraak' kan op grond van deze omschrijving als 'overheidsdienst' in formele en in materiële zin worden gekwalificeerd. De 'rechtspraak' is een activiteit van algemeen belang, zij staat ten dienste aan de samenleving als geheel. Bovendien is sprake van een activiteit die wordt vervuld door een publieke persoon, de 'rechterlijke macht' is onderdeel van de instituties van de Staat. Tot slot is met betrekking tot de 'rechtspraak' sprake van een organisatie die functioneert volgens procedures die afwijken van de algemene regels die het functioneren van private dienstverleners beheersen.¹⁵⁵ Het be-

¹⁵⁰ Luban 1995. Vgl. *supra*, par. 4.1.

¹⁵¹ Daarover *infra*, par. 4.3.2.

¹⁵² Guillien & Vincent 2001, p. 509, lemma 'service public'.

¹⁵³ Guillien & Vincent 2001, p. 509, lemma 'service public'.

¹⁵⁴ Vatier 2000, p. 141.

¹⁵⁵ Pauliat 2001, p. 83. Zij spreekt van een organisatie die functioneert volgens procedures die afwijken van het '*droit commun*'.

staan en het functioneren van de ‘rechtspraak’ worden vereist door de Constitutie.¹⁵⁶ Er geldt een verbod van privatisering, ten minste waar het gaat om bepaalde onderdelen van de rechterlijke activiteit; de Constituties kennen immers exclusieve bevoegdheidsverleningen aan de rechterlijke macht.¹⁵⁷ In de Europese context is de ‘rechtspraak’, beschouwd als ‘dienst’, bijzonder van karakter omdat zij niet onderhevig is aan concurrentie.¹⁵⁸

‘Rechtspraak’ wordt vanuit de samenleving en de politiek steeds meer in het perspectief van ‘dienstverlening’ gezien. In de politiek wordt gesproken van de ‘bruikbare rechtsorde’, waarin met betrekking tot de ‘rechtspraak’ een ‘terugtrek naar de tweede lijn’ (meer controlerende dan uitvoerende taken) wordt voorgestaan¹⁵⁹, voor de burgers is in de gejuridiseerde samenleving de stap naar de rechter snel gemaakt.¹⁶⁰ In de verhouding tussen rechtspraak en burger hangt de opvatting van de rechtspraak als een ‘overheidsdienst’ samen met een veranderde attitude van de burger die voor discussie vatbaar is. De rechtspraak is in de hedendaagse context niet meer enkel een waarborg voor de bescherming van de burger tegen de overheid en voor de ordelijke regeling van geschillen. De burger is rechtspraak gaan beschouwen als een ‘product’, waarvan hij als ‘klant’ mag verwachten dat aan bepaalde ‘kwaliteitseisen’ wordt voldaan.¹⁶¹ Het accent is meer komen te liggen op de inhoudelijke kwaliteitsvoordelen van ‘rechtspraak’ voor de burger dan, zoals aanvankelijk, op de formele waarborgen die worden geboden door de afhandeling van zaken binnen de rechterlijke organisatie. ‘Output’-legitimiteit is belangrijker geworden dan ‘input’-legitimiteit.¹⁶² De burger verwordt tot een ‘consument’ van de dienst ‘rechtspraak’, zoals hij ook afnemer is van door de overheid gefinancierde zorg of van het openbaar vervoer. De rechtspraak wordt nog slechts beschouwd als een instrument voor de voldoening van materialistische wensen van de burger, en verliest daarmee haar traditionele verband met minder grijpbare noties van klassiek-rechtsstatelijke aard.¹⁶³

Op de wenselijkheid van deze ontwikkeling valt zeker af te dingen. De ‘problem solving conception’ van rechtspraak, waarbij die rechtspraak enkel wordt gedefinieerd als de overheidsfunctie om conflicten op te lossen die in de samenleving zelf niet tot een oplossing worden gebracht, doet de rechtspraak tekort. De gemeenschapsstichtende functie van rechtspraak die tot uitdrukking komt in de ‘public life conception’ van rechtspraak¹⁶⁴ mag niet uit het oog worden verloren. Bovendien mag van de burger een mate

¹⁵⁶ Vgl. voor de onderzochte rechtssystemen de reeds genoemde constitutionele afdelingen die gewijd zijn aan de ‘rechtspraak’. Zie *infra*, par. 4.1.2.

¹⁵⁷ Vgl. *supra*, par. 4.2.1.

¹⁵⁸ Pauliat 2001, p. 83.

¹⁵⁹ Zie voor Nederland Loth 2004a, p. 50. Vgl. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 279, nr. 9, pp. 15 en 27.

¹⁶⁰ Vgl. Loth & Gaakeer 2005, hoofdstuk 1.

¹⁶¹ Loth & Mak 2007, p. 89.

¹⁶² Vgl. *supra*, par. 1.2.2.

¹⁶³ Cf. Vatier 2000, p. 146.

¹⁶⁴ Vgl. *supra*, par. 4.1.1.

van eigen verantwoordelijkheid worden geëist.¹⁶⁵ Uitgangspunt bij de ontwikkeling van nieuwe maatregelen voor de rechterlijke organisatie mag zeker zijn dat de ‘nieuwe’ beginselen uit het ‘new public management’-paradigma die een plaats hebben verworven in het materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie daaruit niet meer weggedacht kunnen worden. De nieuwe ‘kwaliteitsvoordelen’ moeten echter zorgvuldig worden afgewogen tegen bestaande klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de rechterlijke organisatie. De voordelen van de kwalificatie van de rechtspraak als ‘overheidsdienst’ kunnen dan worden gevonden in de motivering van de rechterlijke beslissing, de bindende beslissing met executoriale kracht, en de garantie van rechtszekerheid, rechtsgeelijkheid en rechtseenheid.¹⁶⁶

De geschetste tendens is evenzeer het gevolg van de toenemende internationalisering van de nationale rechtsordes en de daarmee gepaard gaande introductie van nieuwe concepten in nationale rechtsstelsels, als van de autonome ontwikkeling van de samenleving en de ‘responsiviteit’ van het recht ten aanzien van de gewijzigde opvattingen over de rol van de rechtspraak.¹⁶⁷ Met de hierboven geschetste invloed van het gewijzigde machterevenwicht heeft de veranderde attitude ten aanzien van de rechtspraak bijgedragen aan het ontstaan van een nieuw evenwicht van constitutionele beginselen voor de rechterlijke organisatie.

Aldus is de invloed van het ‘new public management’-paradigma op de discussie over de rechterlijke organisatie uitgekristalliseerd. In de afbakening ten opzichte van de domeinen van wetgever en bestuur blijkt als belangrijk vereiste te gelden dat gewaakt dient te worden voor een uitdrukkelijk ‘politieke’ rol van de rechter. De legitimiteit van de rechtspraak berust immers in grote mate op haar ‘neutraliteit’ ten aanzien van politieke aangelegenheden. Een beschermingsconstructie voor de fundamentele uitgangspunten van klassieke rechtsstatelijkheid is gegeven met het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie. De ontwikkeling naar meer ‘responsieve’ legitimiteit van de rechterlijke organisatie op basis van ‘new public management’-beginselen wordt gestuit op het moment dat de grenzen van dit kader zijn bereikt. Omgekeerd moet verzekerd worden dat de ‘autonome’ positie van de rechterlijke organisatie niet leidt tot een afbreuk aan haar vermogen om een goed functionerende dienst voor de sociale orde te belichamen. Een confrontatie van de traditionele en hedendaagse uitgangspunten voor de rechtspraak in de ‘rechtsstaten’ van Nederland, Frankrijk en Duitsland wordt nu aangegrepen om te bezien op welke wijze de twee typen van beginselen die in het huidige paradigma voor de discussie centraal staan elkaar aanvullen of versterken of met elkaar botsen op het gebied van de afbakening van het rechterlijke domein ten opzichte van de politieke staatsfuncties.

¹⁶⁵ Loth & Mak 2007, p. 89; vgl. Tjeenk Willink 1995.

¹⁶⁶ Over concrete voorzieningen ter bewaking van de rechtseenheid in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland, zie *infra*, hoofdstuk 6.

¹⁶⁷ Vgl. Vatier 2000, p. 147. Over de verhouding tussen de staatsmachten en de invloed, in dat verband, van het internationale recht en de internationale rechtspraak, zie tevens Thomassen 1999.

4.2.3 *Een confrontatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen: transparantie, effectiviteit en efficiëntie met respect van de rechterlijke onafhankelijkheid*

Uit de ontwikkeling van de rechterlijke functie in het institutionele machtenevenwicht volgen twee eisen voor de legitimiteit van de rechterlijke organisatie die in elk van de onderzochte rechtssystemen kunnen worden onderscheiden: rechtspraak, bezien vanuit het 'new public management'-paradigma, ontleent rechtsstatelijke legitimiteit aan haar 'niet-politieke', 'onafhankelijke' karakter in combinatie met haar vermogen om een dienst aan de samenleving te verlenen. 'Input'- en 'output'-legitimiteit, 'autonomie' en 'responsiviteit' van het recht worden gecombineerd in een nieuw constitutioneel evenwicht. De randvoorwaarden voor de vaststelling van regels voor de rechterlijke organisatie zijn tegen deze nieuwe achtergrond afhankelijk van de wijze van interactie tussen de twee typen van beginselen voor de rechterlijke organisatie en van het evenwicht van beginselen dat uit die interactie voortvloeit. Het is tijd om te bekijken op welke punten klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen elkaar aanvullen, elkaar versterken of met elkaar botsen in het verband van de afbakening van de rechterlijke functie ten opzichte van de politieke staatsfuncties. Ten aanzien van de aanvullende en versterkende werking van beginselen is met het toegenomen belang van 'new public management'-uitgangspunten een dimensie toegevoegd aan de verantwoordelijkheid van de rechterlijke macht voor de rechtspraak. Een botsing en daarmee verbonden grens aan de integratie van 'new public management'-beginselen in het bestaande constitutionele kader vloeit voort uit de klassiek-rechtsstatelijke minimumeis van politieke 'neutraliteit' van de rechterlijke organisatie.

- AANVULLING EN VERSTERKING: DE VERANTWOORDELIJKHEID VAN DE RECHTERLIJKE MACHT

Ondanks de veranderende gronden voor de legitimiteit van de rechtspraak in de 'rechtsstaat', zowel ten aanzien van de andere staatsmachten als ten aanzien van de burgers, blijven bepaalde klassiek-rechtsstatelijke beginselen van onverminderd belang. Zij komen echter te staan *naast* nieuwe uitgangspunten voor de legitimiteit van de rechtspraak die aan het licht zijn gekomen in het 'new public management'-paradigma. 'Rechterlijke onafhankelijkheid' gaat samen met 'verantwoordelijkheid'. De vestiging van die verantwoordelijkheid hangt samen met en vormt een versterking van de onderscheiden klassiek-rechtsstatelijke verschijningsvormen van 'rechterlijke onafhankelijkheid', de uitbreiding van verantwoordelijkheid heeft haar oorsprong in het nieuw onderscheiden 'new public management'-domein van de 'organisatorische onafhankelijkheid' van de rechterlijke macht.

Verantwoordelijkheid als versterking van klassiek-rechtsstatelijke 'onafhankelijkheid'

'Verantwoordelijkheid' vloeit in eerste instantie voort uit klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de rechterlijke organisatie. 'New public management'-beginselen geven extra gronden voor de legitimiteit van de rechterlijke organisatie op basis van die 'verant-

woordelijkheid' en hebben daarmee een versterkende werking in het licht van de realisatie van een maximaal legitieme rechterlijke organisatie.

Franken verbindt de vier aspecten van 'onafhankelijkheid' in de functionele dimensie aan vier vormen van 'verantwoordelijkheid'. De 'constitutionele onafhankelijkheid' correspondeert met de *esprit de la loi* (de bedoeling van de wet).¹⁶⁸ Op de rechter rust de verantwoordelijkheid om in zijn beslissingen uitdrukking te geven aan de bedoeling van de wet, te weten de waarborg van de vrijheidssfeer van de burgers. Slechts indien hij dat uitgangspunt in acht neemt zal de rechtspraak gelegitimeerd zijn in de ogen van de burgers, en zal zij een antwoord kunnen vormen op onvrede in de samenleving. De juridische grondslag van het beginsel van 'constitutionele onafhankelijkheid' is dan te vinden in het uitgangspunt van toevertrouwing van de 'rechtspraak' aan een orgaan dat vrij is van beïnvloeding door politiek en bestuur en daardoor de burger de beste waarborg kan geven van bescherming van zijn vrijheid en van een rechtvaardige toepassing van rechtsnormen in het concrete geval. Met betrekking tot de 'functionele onafhankelijkheid' van de rechter bestaat een verband met de *esprit du juge* (de gezindheid van de rechter).¹⁶⁹ De rechter is politieke verantwoording schuldig aan parlement en minister. Hij wordt geacht als een 'goed rechter' te handelen door slechts de gelegitimeerde bronnen voor de 'rechtspraak' in zijn beslissing te betrekken.¹⁷⁰ De 'rechtspositionele onafhankelijkheid' staat in verband met de *esprit du fonctionnaire* (het karakter van de ambtenaar); toekenning van waarborgen van onafhankelijkheid aan de individuele functionaris in de rechterlijke organisatie is slechts gelegitimeerd indien die functionaris als een 'goed ambtenaar' met de hem toegekende vrijheid omgaat.¹⁷¹ In de paradox van onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid is tot slot sprake van een verband tussen de 'feitelijke onafhankelijkheid' en de *esprit de l'homme* (naast kennis een attitude).¹⁷² Deze vorm van 'onafhankelijkheid' hangt samen met een professionele verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid.¹⁷³ Van de 'rechter' wordt verwacht dat hij als een 'goed mens' oordeelt, dat wil zeggen een rechtvaardige beslissing geeft die recht doet aan alle partijen bij het geschil.

Elk van de verbanden tussen 'onafhankelijkheid' en 'verantwoordelijkheid' kan worden onderworpen aan een herwaardering in het licht van de uitgangspunten van het 'new public management'-paradigma. De toedeling van 'constitutionele onafhankelijkheid' aan de rechterlijke macht in het kader van de rechtspraak blijkt dan in oorsprong een 'effectieve' oplossing, doordat er een doeltreffende arbeidsverdeling binnen de Staat mee wordt gerealiseerd. Meer gedetailleerde uitwerkingen van die organisatie, ingevoerd met het oog op bevordering van de 'efficiëntie' van de staatsorganisatie, moeten worden getoetst op hun houdbaarheid in het licht van het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt van 'rechterlijke onafhankelijkheid'. Ook in het geval van de 'functionele on-

¹⁶⁸ Franken 1997, p. 34.

¹⁶⁹ Franken 1997, p. 34.

¹⁷⁰ Franken 1997, pp. 9 en 34.

¹⁷¹ Franken 1997, p. 34.

¹⁷² Franken 1997, p. 34.

¹⁷³ Franken 1997, p. 9.

afhankelijkheid' van de rechter hangen klassiek-rechtsstatelijke legitimiteit en 'effectiviteit' en 'efficiëntie' samen: een duidelijke afbakening van de 'bronnen van het recht' leidt tot legitimering van de functie-uitoefening van de 'rechter' en, in het licht van de eis van doeltreffendheid van de rechterlijke organisatie, tot transparantie en rechtszekerheid voor de burger. Wat betreft de 'rechtspositionele onafhankelijkheid' van de rechterlijke macht gaan klassieke rechtsstatelijkheid en 'effectiviteit' en 'efficiëntie' grotendeels gelijk op: benoeming of verkiezing van een selecte groep van 'onafhankelijke rechters' leidt tot een gelegitimeerde en doeltreffende oplossing voor de 'rechtspraak' in een rechtsorde. Tot slot vallen klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen voor de organisatie van de rechtspraak in het geval van de 'feitelijke onafhankelijkheid' van de rechter in beginsel goeddeels samen: de opdracht van 'rechtspraak' aan professionele 'rechters' waarborgt een deskundige en rechtvaardige afdoening van zaken.

Van een aanvullende werking van 'new public management'-beginselen is sprake op het mesoniveau van de rechterlijke organisatie, waar 'organisatorische onafhankelijkheid' haar intrede doet.

'Organisatorische onafhankelijkheid' van de rechterlijke macht als aanvulling op klassiek-rechtsstatelijke vormen van onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid

De 'new public management'-uitgangspunten van 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' voegen nieuwe elementen toe aan de oplossingen voor de rechterlijke organisatie die voortvloeien uit de aspecten van 'functionele' en 'institutionele' onafhankelijkheid die op het macroniveau en op het microniveau van de rechterlijke organisatie spelen en de daarmee verband houdende vormen van 'verantwoordelijkheid'. De Commissie Leemhuis stelde in haar rapport uit 1998 met betrekking tot de herziening van de rechterlijke organisatie in Nederland dat 'de individuele onafhankelijkheid niet moet worden overspannen; evenals in andere organisaties behoort het normaal te zijn dat er in de organisatie [van de rechtspraak – EM] een vorm van toezicht op de voortgang van de werkzaamheden en de productie bestaat.'¹⁷⁴ De overwegingen met betrekking tot 'rechterlijke onafhankelijkheid' en 'verantwoordelijkheid' worden hiermee doorgetrokken naar het mesoniveau van de 'organisatorische onafhankelijkheid' van de rechterlijke macht. Op deze wijze is een nieuw terrein van 'onafhankelijkheid' én van 'verantwoordelijkheid' gecreëerd, dat een uitwerking krijgt in oplossingen voor het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie. Daarover meer in hoofdstuk 5. Op dit moment kan worden volstaan met de constatering dat 'new public management'-beginselen voor de rechterlijke organisatie wat betreft de afbakening van het rechterlijke domein een aanvulling geven op geldende klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten.

Nu moet nog nader bekeken worden op welke punten oplossingen gebaseerd op 'new public management'-beginselen voor de rechterlijke organisatie in botsing komen met bestaande oplossingen gebaseerd op klassiek-rechtsstatelijke beginselen. Aan de hand van die analyse komt vast te staan welke grenzen het formeel-constitutionele kader in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland stelt aan de invoering

¹⁷⁴ Commissie Leemhuis 1998, p. 13.

van nieuwe oplossingen voor de rechterlijke organisatie die een uitwerking vormen van 'new public management'-beginselen.

- BOTSING EN GRENS: DE WAARBORG VAN POLITIEK NEUTRALE RECHTSpraak

De politieke neutraliteit van de 'rechterlijke macht' wordt door klassiek-rechtsstatelijke constitutionele grenzen op meerdere manieren gewaarborgd. De op klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten gebaseerde oplossingen van instelling van gerechten bij wet, rechtspositionele waarborgen voor de rechter en procedurele minimumnormen stellen in het formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie grenzen aan 'new public management'-oplossingen als de arbeidsverdeling tussen de staatsmachten op basis van kostenefficiëntie, politieke benoemingen van rechters en kostenbesparende procesvormen die bijzondere waarborgen voor de rechtzoekende ontberen.

Een grens aan een kostenefficiënte arbeidsverdeling: instelling van gerechten bij wet

Op het macroniveau van de 'rechterlijke macht' vereist de legitimiteit van de 'rechtspraak' door 'gerechten' dat deze organen bij een wet in formele zin zijn ingesteld. Dit vereiste is terug te vinden op het constitutionele niveau van de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland, en vloeit tevens voort uit artikel 6 lid 1 EVRM.¹⁷⁵ Het vereiste van instelling bij wet is verenigbaar met 'new public management'-uitgangspunten, in die zin dat een vanuit klassiek-rechtsstatelijk oogpunt legitieme oplossing hier tevens een 'effectieve' oplossing is, dat wil zeggen: leidt tot de realisatie van het beoogde doel van 'onafhankelijke' rechtspraak. Vanuit het oogpunt van 'efficiëntie' van de 'rechtspraak' kan de instelling bij wet echter als een belemmering worden ervaren voor een 'flexibele' organisatie van de 'rechtspraak', in de zin van een eenvoudige mogelijkheid tot aanpassing van de organisatie aan een veranderend evenwicht van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen. De instelling bij wet vormt in die zin wellicht niet de meest 'optimale' oplossing voor de rechterlijke organisatie. Binnen het kader van de 'rechtsstaat' moet echter een evenwicht worden gevonden tussen eisen van legitimiteit die zijn gebaseerd op klassieke rechtsstatelijkheid en eisen van legitimiteit die een basis hebben in 'new public management'-beginselen als 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de rechtspleging. Het vereiste van instelling van gerechten bij wet in formele zin vormt in dit verband een middel ter realisatie van de autonome status van het recht betreffende de rechterlijke organisatie. Deze oplossing ontleent haar legitimiteit aan de heersende opvatting dat het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt van rechterlijke 'onafhankelijkheid' op 'optimale' wijze wordt gewaarborgd indien wijziging van regelgeving betreffende de afbakening van het rechterlijke domein ten opzichte van de politieke staatsmachten niet te eenvoudig is gemaakt.

¹⁷⁵ Zie *supra*, par. 4.2.1. Ten aanzien van het vereiste 'established by law' zoals neergelegd in het EVRM, zie Kuijter 2004, pp. 182-191. Ten aanzien van de uitwerking van dit beginsel, zie *infra*, par. 6.1.2.

Een grens aan politieke benoemingen: rechtspositionele waarborgen voor de rechter

Waarborgen betreffende de procedure van benoeming van rechters en garanties voor de onafhankelijke uitoefening van de rechterlijke functie staan in sommige aspecten haaks op de eisen met betrekking tot een snelle en economisch gunstige organisatie van de geschilbeslechting in de Staat.¹⁷⁶ Verdere klassiek-rechtsstatelijke constitutionele grenzen komen om die reden, op het microniveau van de ‘rechter’, aan het licht in een analyse van de mogelijkheden tot benoeming en ontslag van rechters.

Op verschillende manieren kan via de (wijze van) ‘in- en uitstroom’ van rechters invloed worden uitgeoefend op de inhoud van de rechtspraak. Een voorbeeld is het uitbreiden van het aantal rechters in een bepaald gremium, zodat via nieuwe benoemingen een verschuiving in de meerderheidsopvatting in het betreffende college kan worden bewerkstelligd.¹⁷⁷ Ook kan door de wijziging van de leeftijdsgrens voor zittende rechters een verandering in de omvang en het type rechters worden gerealiseerd, wat een weerslag kan hebben op de inhoudelijke lijn van de rechtspraak.¹⁷⁸ Tot slot kan de opheffing van een gerecht een manier zijn voor de regering om zich te ontdoen van rechters die haar niet welgevallig zijn.¹⁷⁹ De Constitutie dient in voldoende mate tegenwicht te bieden aan het gebruik van bevoegdheden ter realisatie van dergelijke politieke en effectiviteits-gerichte maatregelen die op gespannen voet staan met de klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de rechterlijke organisatie. Dat tegenwicht komt tot uitdrukking in waarborgen ten aanzien van de ‘rechtspositionele onafhankelijkheid’ van de rechter zoals die hierboven beschreven zijn.

Een spanning tussen uitgangspunten uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en het ‘new public management’-paradigma is ook waarneembaar in het licht van de garantie van procedurele waarborgen voor de rechtspraak.

Een grens aan kostenbesparende procesvoering; procedurele minimumnormen

In het licht van de uitgangspunten van klassiek-rechtsstatelijke legitimiteit van de rechtspraak en legitimiteit door uitwerking van ‘new public management’-uitgangspunten kunnen spanningen ontstaan als gevolg van invoering en afdwinging van procedurele waarborgen. Welke oplossingen of ‘oplossingsrichtingen’ zijn het meest ‘efficiënt’ en ‘effectief’ zonder afbreuk te doen aan de klassiek-rechtsstatelijke eisen betreffende de legitimiteit van de ‘rechtspraak’? De in de artikelen 6 en 7 EVRM geformuleerde eisen aan een ‘fair trial’¹⁸⁰ gelden als klassiek-rechtsstatelijke grens voor de inrichting van de rechterlijke procedure in de EVRM-lidstaten. Uit deze minimumeisen vloeien een aantal consequenties voor de organisatie van de rechtspraak voort. Besparing op de kosten van de rechtspraak door verwijzing van zaken naar alternatieve geschilbeslechting mag

¹⁷⁶ Over de consequenties die hieruit voortvloeien voor de afbakening van rechtspraak ten opzichte van alternatieve vormen van geschilbeslechting, vgl. *infra*, par. 4.3.

¹⁷⁷ Vgl. het *Court Packing Plan* van president Roosevelt in de jaren dertig van de vorige eeuw. In verband met de rechterlijke organisatie in het Nederlandse rechtssysteem is daarover geschreven door Bovend’Eert & Kortmann 2000.

¹⁷⁸ De Werd 1994, p. 13.

¹⁷⁹ De Werd 1994, p. 14.

¹⁸⁰ Zie *supra*, par. 4.2.1.

niet ten koste gaan van de toegang tot de rechter en het openbare karakter van de rechtspraak. De faciliteiten van de rechtspleging dienen van een zodanig niveau te zijn dat rechtshulp verzekerd is voor alle rechtzoekenden.

De afweging van aspecten van klassiek-rechtsstatelijke legitimiteit en 'new public management'-legitimiteit is hiermee in kaart gebracht voor de afbakening van de rechterlijke functie ten opzichte van de politieke staatsfuncties. De rechtspraak moet aantonen dat zij de haar toebedeelde rol kan waarmaken. In de debatten over de rolverdeling tussen de staatsmachten wordt van de rechterlijke macht in het nieuwe paradigma een grotere verantwoording van haar functie-uitoefening gevraagd dan voorheen. Daarnaast stelt het bestaande formeel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie, waarin oplossingen zijn verwerkt die in overwegende mate voortvloeien uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma, een aantal grenzen aan de mogelijkheden van integratie in de regelgeving van oplossingen gebaseerd op 'new public management'-beginselen.

Het is tijd om onze aandacht te richten op een tweede domeingrens. Beginselen die onderkend worden in de twee paradigma's voor de discussie betreffende de rechterlijke organisatie komen ook tot uitdrukking op het grensgebied tussen de organisatie van de 'rechtspraak' en de organisatie van andere vormen van 'geschilbeslechting'. De evolutie van het concept van de 'rechtsstaat' en daarbinnen van de uitgangspunten uit de twee paradigma's bepaalt de mogelijkheden tot invoering en aanpassing van structuren van 'geschilbeslechting'.

4.3 Het publieke karakter van de rechterlijke functie: een afbakening ten opzichte van alternatieve vormen van geschilbeslechting

De 'rechterlijke organisatie' kan worden omschreven als een complex van instellingen dat zich door organisatievorm en arbeidswijze onderscheidt van andere organen die zich met 'geschilbeslechting' bezighouden.¹⁸¹ Bezien zal nu worden hoe de plaats van de 'rechtspraak' in het constitutionele kader van de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland op basis van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en 'new public management'-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie gelegitimeerd wordt ten opzichte van alternatieve vormen van 'geschilbeslechting'. In de historische context van de 'rechtsstaten' van Nederland, Frankrijk en Duitsland blijkt de rechtspraak haar legitimiteit te ontleen aan het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt waarin 'rechtspraak' geldt als het aanbod van een gereguleerde wijze van geschilbeslechting (4.3.1). In de hedendaagse context is sprake van een gestegen vraag naar uitwerking van 'new public management'-beginselen in het bestaande constitutionele kader voor de organisatie van de rechtspraak. Daarmee wordt 'rechtspraak' in het 'new public management'-paradigma een mogelijke wijze van geschilbeslechting naast alternatieve vormen van geschilbeslechting (4.3.2). Een confrontatie van de twee typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie biedt de mogelijkheid om aan te tonen op welke wijze die ty-

¹⁸¹ Simons 1996, p. 5; vgl. Van Rhee 1998, p. 425.

pen van uitgangspunten zich tot elkaar verhouden met betrekking tot de afbakening van 'rechtspraak' en 'alternatieve geschilbeslechting' (4.3.3).

4.3.1 *Rechtspraak in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma: een gereguleerde wijze van geschilbeslechting*

Aanvankelijk stond bij de organisatie van de rechtspraak voorop dat met de uitoefening van 'geschilbeslechting' door de overheid een zekere mate van regulering van verhoudingen in de samenleving kon worden gerealiseerd. De constructie van rechtspraak door de rechterlijke macht bood zekerheid aan de overheid, die een belangrijke rol behield bij de oplossing van gerezen conflicten in de samenleving, en aan de burger, die met een uitspraak van de rechter een beslissing verkreeg die in het teken stond van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseenheid.

Voor een beter begrip van de bijzondere positie van de rechtspraak in het scala van vormen van geschilbeslechting dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de 'functie', de 'taak' en de 'bevoegdheden' van 'gerechten'. Dit onderscheid kan worden onderkend met betrekking tot de drie hoofdgebieden van de rechtspraak: het privaatrecht, het strafrecht en het bestuursrecht. De functie, allereerst, betreft het doel dat de 'gerechten' hebben binnen het grotere geheel van de Staat, met andere woorden: de rol die zij spelen binnen de Staat. De functie van 'gerechten' is de 'rechtspraak' in de zin van 'geschilbeslechting' of de beantwoording van rechtsvragen in een met waarborgen omklede procedure. Dit doel ligt ten grondslag aan de taak die aan de 'gerechten' is opgedragen. Wat betreft het privaatrecht staat die taak in het teken van 'het herstel van de vrede tussen partijen'.¹⁸² In het strafrecht zijn bestraffing en preventie uitgangspunten van de rechtspraak; het strafrecht geeft een 'negatief sanctiestelsel', dat wil zeggen een stelsel 'dat alleen in werking treedt naar aanleiding van een vermoede of geconstateerde, strafbaar gestelde rechtsnormschending teneinde daarop, zonodig, met een negatieve sanctie – straf – te reageren'.¹⁸³ Het bestuursrecht, ten derde, draagt bij aan de ordening van de samenleving; het is het 'recht betreffende de actieve overheidsbemoeiing'.¹⁸⁴ Om de onderscheiden taken uit te oefenen, beschikken 'gerechten' over de 'bevoegdheid' van productie van rechtsnormen voor concrete gevallen door het geven van een bindende en afdwingbare uitspraak.

De taken en bevoegdheden van 'gerechten' zijn vastgelegd in de Constitutie en de (organieke) wetten ter uitvoering van de fundamentele wet. De functie legitimeert de gekozen vorm en omgekeerd.¹⁸⁵ Een verandering of accentverschuiving in de functie van de rechtspraak zal daarom een verandering van de organisatievorm tot gevolg hebben. Laten wij nu bekijken welke klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en 'new public management'-uitgangspunten in dit verband een rol spelen. Enerzijds moet daartoe dieper worden ingegaan op de functie en taken van de rechter, anderzijds op de bevoegdheden die aan de rechter zijn toegekend om zich van die taken te kwijten.

¹⁸² Loth 1998b, p. 16.

¹⁸³ Enschedé 2005, p. 6.

¹⁸⁴ Van Wijk et al 2005, p. 1.

¹⁸⁵ Vgl. Summers 2005, pp. 17-18.

- DE FUNCTIE EN DE TAKEN VAN DE RECHTER

'Rechtspraak' is 'geschilbeslechting'. Echter: niet alle 'geschilbeslechting' draagt de naam 'rechtspraak'. Er waren al neutrale derden die zich met de 'beslechting' van 'geschillen' bezighielden voordat er objectief recht in de moderne zin was, en voordat organen bestonden die aan de formele kenmerken voor de kwalificatie als 'gerecht' voldoen. 'Rechtspraak' kan daarom worden gekwalificeerd als *een vorm van (het ruimere concept) 'geschilbeslechting'*. Daarnaast omvat zij een aantal bijkomende functies. Uit de taken die aan de 'gerechten' zijn toebedeeld moet de 'oneigenlijke rechtspraak' worden gedestilleerd.

De functie van de rechter: 'rechtspraak' als 'geschilbeslechting' en meer

Op basis van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma zijn een aantal oplossingen voor de rechterlijke organisatie ontwikkeld die 'rechtspraak' positioneren als het middel bij uitstek voor de beslechting van geschillen. Het 'geschil' kan in algemene zin worden omschreven als 'een verschil van mening'.¹⁸⁶ In juridische zin is een preciezere omschrijving nodig. Loth omschrijft het 'geschil' als 'de gejuridiseerde vorm van het partijconflict'.¹⁸⁷ Duguit definieert 'geschilbeslechting' als het zoeken van een oplossing in een zaak waarin twee tegengestelde aanspraken of stellingnames bestaan ten aanzien van een rechtsvraag.¹⁸⁸ In het privaatrecht, het strafrecht en het bestuursrecht heeft het begrip 'geschilbeslechting' een verschillende lading, die samenhangt met de rechtsverhouding die op elk van die rechtsgebieden centraal staat. Het 'beslechten' van 'geschillen' ziet erop die 'geschillen' af te doen door partijen bij een 'geschil' tot een vergelijk te brengen of door een voor hen bindende beslissing te nemen.¹⁸⁹

Met 'geschilbeslechting' alleen zijn echter niet alle doelen van de rechtspraak benoemd. Loth maakt in zijn Rotterdamse oratie een onderscheid tussen rechtspraak als 'geschilbeslechting', rechtspraak als 'bemiddeling' en rechtspraak als 'de ontwikkeling van de rechtsorde'.¹⁹⁰ In het eerste geval zal het *gejuridiseerde partijconflict* worden berecht op basis van het recht.¹⁹¹ Bij de rechtspraak als 'bemiddeling' wordt gezocht naar een oplossing voor het *partijconflict* dat aan het geschil ten grondslag ligt. De rechter dient een andere houding aan te nemen, hetgeen zijn weerslag heeft op de uitkomst van het proces:

'De rechter als bemiddelaar kijkt verder dan de stellingen van partijen en beschouwt die stellingen in het licht van de in het geding zijnde belangen. (...) De beslissing doet waar mogelijk recht aan de wederzijdse belangen van partijen. Anders dan bij rechtspraak als geschillenbeslechting resulteert bemiddelende rechtspraak veelal in een

¹⁸⁶ Van Dale *Hedendaags Nederlands*, online woordenboek, lemma 'geschil', betekenis 1.

¹⁸⁷ Loth 1998b, p. 6.

¹⁸⁸ Duguit 1922, p. 169.

¹⁸⁹ Shapiro 1981, pp. 8-17.

¹⁹⁰ Loth 1998b, p. 5.

¹⁹¹ Loth 1998b, p. 6.

tweetijdig of bemiddelend vonnis, danwel in een schikking van het conflict tussen partijen.¹⁹²

Verschillen met de procedure van ‘geschilbeslechting’ zijn dat partijen bij ‘bemiddeling’ moeten instemmen met de overeengekomen oplossing en dat sprake moet zijn van een informele procedure die de ruimte biedt aan partijen om met elkaar en met de rechter te communiceren.¹⁹³ De ‘beslechting’ van het geschil krijgt dus niet in alle gevallen de vorm van een rechterlijke beslissing. Indien partijen na tussenkomst van een bemiddelaar besluiten te schikken, hoeft de rechter immers geen uitspraak meer te doen. Echter, pas indien sprake is van een rechterlijke beslissing, kan van ‘rechtspraak’ in constitutionele zin worden gesproken.¹⁹⁴

‘Geschilbeslechting’ loopt over in ‘ontwikkeling van de rechtsorde’ indien de rechter een beslissing geeft die wegens gebrek aan direct toepasbare regels van positief recht tot stand komt via gebruikmaking van ‘vrijere interpretatiemethoden’ of verwijzing naar rechtsbeginselen.¹⁹⁵ Haar legitimatie ontleent rechtspraak dan aan ontwikkelingen in de samenleving en in het recht, die geplaatst kunnen worden in de maatschappelijke, politieke, morele en juridische context.¹⁹⁶

Het gewicht dat bij de definitie van ‘rechtspraak’ wordt toegekend aan de verschillende onderscheiden functies kan worden vastgesteld aan de hand van een analyse van het gebruikte paradigma voor die ‘gewichtsbepaling’. Indien de verschillende met rechtspraak beoogde doelen worden bekeken in het licht van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma, dan blijkt rechtspraak als ‘geschilbeslechting’ een sterkere klassiek-rechtsstatelijke legitimatie te hebben dan rechtspraak als ‘bemiddeling’. De legitimatie reikt in het eerste geval van de institutie als geheel tot iedere concrete uitspraak, in het tweede geval kan die legitimatie echter niet worden gevonden in de concrete uitspraak van de rechter.¹⁹⁷ In de wending naar discussie over de rechterlijke organisatie in het ‘new public management’-paradigma wordt meer belang gehecht aan de functie van rechtspraak als bemiddeling en ontwikkeling van de rechtsorde. ‘Output’-legitimiteit wint aan belang ten aanzien van ‘input’-legitimiteit van de rechtspraak.¹⁹⁸ Voor de samenleving en de politiek staat niet meer de klassiek-rechtsstatelijke ‘input’-legitimiteit van de rechtspraak centraal, die samenhangt met de institutionele waarborgen voor onafhankelijke rechtspraak. Grotere waarde wordt gehecht aan de ‘output’-legitimiteit van rechtspraak. Motivering van de uitspraak, de beslissing binnen een redelijke termijn, en inhoudelijke consistentie van de uitspraak dragen bij aan de aanvaardbaarheid van rechtspraak boven andere wijzen van geschilbeslechting. Hieruit kan geconcludeerd

¹⁹² Loth 1998b, p. 8. Ten aanzien van het onderscheid tussen het geschil en het onderliggende conflict, zie Emaus 2007.

¹⁹³ Loth 1998b, pp. 11-12.

¹⁹⁴ Vgl. *supra*, par. 4.2.1 ten aanzien van het vereiste van een bindende beslissing.

¹⁹⁵ Loth 1998b, p. 15. Zie ook *supra*, par. 2.1.1.

¹⁹⁶ Loth 1998b, p. 19.

¹⁹⁷ Loth 1998b, pp. 17-18.

¹⁹⁸ Vgl. *supra*, par. 1.2.2.

worden dat in het nieuwe paradigma 'een zwakke of problematische rechtsstatelijke legitimatie toereikend is, terwijl andere legitimaties veelal meer gewicht hebben, zoals de belangen van partijen, de ontwikkeling van de rechtsorde, maar ook de eisen van een efficiënte rechtspleging'.¹⁹⁹

De perceptie van de functie van de rechtspraak is in beweging. Vooralsnog lijkt het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt van 'geschilbeslechting' de boventoon te voeren bij de definitie van de rechterlijke functie. Indien een nadere blik wordt geworpen op de taken die aan de gerechten zijn toebedeeld in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland blijkt echter dat die gerechten zich niet alleen met de afdoening van gejuridiseerde partijconflicten bezighouden. Deze worden doorgaans bijeengebracht onder de term 'oneigenlijke rechtspraak'.

De taken van de rechter: het probleem van 'oneigenlijke rechtspraak'

Niet alle taken die de 'gerechten' uitoefenen lijken onder de functieomschrijving 'geschilbeslechting' dan wel 'bemiddeling' of 'ontwikkeling van de rechtsorde' te kunnen worden gebracht. Moeilijk te plaatsen zijn bijvoorbeeld de 'niet-judiciële taken' van de rechter, zoals de benoeming van een voogd of de bekrachtiging van een adoptie. Waaraan ontleent de toedeling aan de rechterlijke macht van dergelijke taken, die niet direct verband houden met de uitoefening van de functie 'geschilbeslechting', haar legitimiteit? Het antwoord moet worden gezocht in een nadere definitie van de functie 'rechtspraak', waarbij de 'oneigenlijke rechtspraak' wordt onderscheiden.

Duguit benadrukt dat voor de kwalificatie van de rechterlijke functie in meer algemene zin sprake moet zijn van een (vermeende of beweerde) rechts- of normschending ('*atteinte au droit*'). Hij concludeert dat sprake is van 'rechtspraak' indien er een aanspraak is die de beantwoording van een rechtsvraag vereist.²⁰⁰ In aansluiting bij de definities van Loth en van Duguit wordt hier als algemene omschrijving van de functie 'rechtspraak' gegeven: de beantwoording van een rechtsvraag in geval van een partijconflict. Onder de term 'rechtspraak' in de materiële zin van het woord kunnen dan verschillende categorieën van taken worden gebracht die via die 'rechtspraak' dienen te worden gerealiseerd.²⁰¹

De eerste situatie betreft het geval dat een uitspraak moet worden gedaan over een *geschil* tussen twee partijen, de 'geschilbeslechting' in ruime zin zoals wij die hierboven hebben onderscheiden. Er kan een nader onderscheid worden gemaakt. Enerzijds valt te denken aan *geschillen tussen burgers onderling*, betreffende een contract of een on-

¹⁹⁹ Loth 1998b, p. 21.

²⁰⁰ Duguit 1922, pp. 169-170.

²⁰¹ Zie bijvoorbeeld Chapus 2002, p. 91. Duguit komt tot een andere indeling, hij onderscheidt drie *categorieën van rechtsvragen* die aan de rechter kunnen worden voorgelegd: 1) is er een houding, een doen of een nalaten dat in strijd is met een rechtsregel, met de wet; 2) is er een doen of een nalaten dat een inbreuk vormt op een situatie van objectief recht; 3) is er een doen of een nalaten dat een inbreuk vormt op een subjectieve juridische situatie; zie Duguit 1922, p. 179. Dit onderscheid geeft echter minder goed aan wat de *missie* van het rechtsprekende orgaan is, dat wil zeggen wat het karakter van de rechterlijke taak is.

rechtmatige daad.²⁰² Anderzijds valt ook het beroep dat tegen een beslissing van een bestuursorgaan wordt ingesteld in deze categorie: het over dit beroep beslissende orgaan heeft als taak zich uit te spreken over het geschil *tussen burger en overheid* dat door de bestuursbeslissing in het leven is geroepen.²⁰³

Als het gaat om vervolging van een persoon bestaat de taak van de rechter uit de oplegging van *straffen of disciplinaire sancties*.²⁰⁴ In dit verband rijst de vraag hoe het begrip ‘tuchtrechtspraak’ kan worden afgebakend ten opzichte van de strafrechtspraak. In het Nederlandse debat in het kader van de Grondwetsherziening van 1983 heeft kritiek van de Raad van State op het regeringsontwerp geleid tot een precisering van de grenslijn tussen strafrecht en tuchtrecht. De regering stelt dat een scherp onderscheid tussen strafrechtspraak en tuchtrechtspraak niet te maken is. De verscheidenheid van vormen waarin het tuchtrecht zich aandient, maakt het moeilijk tot een sluitende definitie te komen. Hoewel op grond van de *soort sancties* geen duidelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen straf- en tuchtrechtspraak, biedt de *strekking van de sancties* wel enig houvast: betreft het de handhaving door de overheid van een algemeen geldend rechtsvoorschrift of gaat het om een sanctie die gericht is op de handhaving van de goede functionering en de eer van een bepaalde beroepsgroep?²⁰⁵ Als reden voor de toekenning van bevoegdheden op het gebied van de tuchtrechtspraak aan rechters wordt aangevoerd ‘dat het gaat om vertrouwensberoepen waarvoor het van algemeen belang wordt geacht dat er een onafhankelijke toets op de juiste beroepsuitoefening plaatsvindt’.²⁰⁶ Uit praktisch belang kan de vraag worden gesteld of tuchtrechtspraak dient te worden geattribueerd aan de rechterlijke macht.²⁰⁷

Hiermee raken wij aan het problematische geval van de ‘oneigenlijke rechtspraak’. Indien een rechterlijk orgaan geroepen is te beslissen buiten een van de zojuist onderscheiden gevallen, is sprake van de taak een *beslissing* te nemen *buiten een proces*.²⁰⁸ Een voorbeeld in het Nederlandse recht is de benoeming van een voogd.²⁰⁹ In een onderzoek van het WODC zijn de ‘niet-judiciële activiteiten’ in kaart gebracht die worden uitgevoerd binnen de rechterlijke organisatie in Nederland.²¹⁰ De term ‘niet-judiciële activiteiten’ wordt aangewend ter afbakening van de werkzaamheden van de Nederlandse gerechten ‘die buiten de definitie van de taken vallen zoals die door internationale verdragen (artikel 6 EVRM) en de Grondwet (hoofdstuk 6, artikelen 112 en 113) tot

²⁰² Vgl. artikel 112 Gw.

²⁰³ Artikel 115 Gw erkent de mogelijkheid van het instellen van administratief beroep, namelijk in geval van de in artikel 112 lid 2 Gw bedoelde bestuursrechtelijke geschillen.

²⁰⁴ Vgl. artikel 113 lid 1 Gw. Zie Enschedé 2005, pp. 6-7.

²⁰⁵ *Kamerstukken II*, 1979-1980, 16 162, nr. 4, bijlage I, in: Ministerie van Binnenlandse Zaken 1983, p. 40; vgl. Enschedé 2005, p. 7.

²⁰⁶ Croes 2005, p. 13.

²⁰⁷ Vgl. Croes 2005, pp. 76-77.

²⁰⁸ Chapus 2002, pp. 91-92.

²⁰⁹ Artikel 1:295 BW e.v.

²¹⁰ Croes 2005.

het rechterlijk domein worden gerekend'.²¹¹ Als hoofdcategorieën van dergelijke taken onderscheidt het rapport:

- administratieve activiteiten (bijhouden van registers door gerechtsambtenaren);
- advisering (onder andere RAIO-selectiecommissie en Commissie Aantrekken Leden Rechterlijke Macht);
- beëdigingen (onder andere notarissen, advocaten, ambtenaren van de burgerlijke stand);
- klachtrecht (onder andere Beklagcommissies bij de Penitentiaire Inrichtingen, de justitiële TBS-inrichtingen en de Justitiële Jeugdinstellingen);
- tuchtrecht, als bijzondere vorm van klachtrecht (hoofdzakelijk wettelijk tuchtrecht met betrekking tot advocaten, notarissen, accountants en gerechtsdeurwaarders, maar ook medisch tuchtrecht waarvoor de inzet van rechters niet verplicht is voorgeschreven);
- restcategorie (onder andere teboekstelling van schepen).²¹²

De uitoefening van dergelijke 'niet-judiciële' taken is problematisch in het licht van de functieomschrijving van de 'rechter'. Volgens Duguit zou namelijk in de 'rechtspraak' de *exclusieve*, de enige, functie van de rechter zijn gelegen:

'(...) il reste vrai que le juge intervient uniquement pour résoudre une question de droit. C'est là sa mission exclusive ; et du moment que le juge peut être saisi, c'est qu'il se pose une question de droit. L'intervention de l'agent public pour résoudre une question de droit et la notion de juridiction²¹³ sont deux choses absolument inséparables.'²¹⁴

Gezien het karakter van de 'niet-judiciële' activiteiten, en de taken in het kader van het beheer en bestuur van de 'gerechten'²¹⁵, rijst de vraag waarom de rechter die taken heeft toebedeeld gekregen, terwijl zij niet onder zijn functie-omschrijving vallen. Uit de Nederlandse wetsgeschiedenis zijn wat dat betreft geen heldere conclusies te trekken. In de parlementaire stukken zijn nauwelijks aanwijzingen te vinden omtrent de ratio van de toedeling van 'niet-judiciële' taken aan de gerechten.²¹⁶ De veronderstelling wordt geuit dat die toedeling samenhangt met de waarborgen van de rechtspraak die liggen in '(d)e onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechters, de ervaring die er binnen de Rechtspraak bestaat met het afgewogen nemen van beslissingen en het vertrouwen dat

²¹¹ Samenvatting Croes 2005, p. 1; vgl. Croes 2005, pp. 1-2.

²¹² Samenvatting Croes 2005, pp. 2-3; vgl. Croes 2005, pp. 5-15.

²¹³ In het oog moet worden gehouden dat Duguit met de term 'juridiction' in deze context doelt op het materiële begrip 'rechtspraak' en niet op het orgaan 'gerecht'; zie Duguit, p. 167.

²¹⁴ Duguit, pp. 171-172.

²¹⁵ Zie *infra*, hoofdstuk 5.

²¹⁶ Croes 2005, p. 17.

rechters genieten'.²¹⁷ De bijzondere waarborgen die samenhangen met de klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie hebben aldus aanleiding gevormd voor de toewijzing van andere taken dan 'rechtspraak' aan de rechterlijke macht.

Zo blijkt dus dat de begrippen 'rechtspraak' en 'geschilbeslechting' niet noodzakelijkerwijze samenvallen. Enerzijds kan sprake zijn van 'geschilbeslechting' zonder dat een kwalificatie als 'rechtspraak' mogelijk is, zoals bij administratief bezwaar en beroep.²¹⁸ Anderzijds doet zich de situatie voor van uitoefening van taken door de gerechten die worden aangemerkt als 'rechtspraak', maar dat eigenlijk niet zijn: een beslissing die bijvoorbeeld had moeten worden genomen door een bestuursorgaan (van rechtswege of op verzoek van belanghebbenden) wordt dan genomen door een gerecht, met het oog op het belang van een betere waarborg van de rechten van de belanghebbenden. Hier is sprake van een 'juridisering van de bestuurlijke actie'.²¹⁹

De toedeling van 'niet-judiciële' taken aan gerechten is tot nu toe nog nauwelijks ter discussie gesteld in het licht van 'new public management'-uitgangspunten als 'effectiviteit' en 'efficiëntie'. De doeltreffendheid en doelmatigheid van de vervulling van taken van 'oneigenlijke rechtspraak' moeten dan worden afgewogen tegen de 'effectieve' en 'efficiënte' uitvoering van de eigenlijke 'rechtspraak'. Omgekeerd kan ook de vraag worden gesteld of 'rechtspraak' een exclusieve functie van de rechter is in die zin dat andere organen uit het oogpunt van een optimaal evenwicht van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie niet over bevoegdheden in dit kader mogen beschikken. Alvoers dieper in te gaan op de afbakening van 'rechtspraak' ten opzichte van de functie-uitoefening door andere organen binnen de 'rechtsstaat', dient bekeken te worden hoe de bevoegdheden die samenhangen met de uitoefening van de functie 'rechtspraak' gewaardeerd kunnen worden in het licht van de klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en 'new public management'-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie.

- DE BEVOEGDHEDEN VAN DE RECHTER

De rechter heeft een taak uit te voeren om de functie 'rechtspraak' – in de zin van 'geschilbeslechting' – te realiseren. Die taak kan slechts tot een goed einde worden gebracht indien de 'gerechten' over bepaalde bevoegdheden beschikken. Vanuit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma moeten de bevoegdheden van de rechter erin bestaan een bindende beslissing te kunnen opleggen en de naleving van die beslissing door partijen te kunnen verzekeren.

²¹⁷ Croes 2005, p. 17.

²¹⁸ Als kanttkening geldt de afbakening van deze vorm van 'geschilbeslechting' ten opzichte van 'rechtspraak' op basis van het 'constitutieve' of 'declaratoire' karakter van de beslissing. Vgl. *supra*, par. 4.2.2.

²¹⁹ Chapus 2002, p. 93, die spreekt van een 'jurisdictionnalisation de l'action administrative'. Zie tevens Chevallier 1974.

Een bindende beslissing

In de jurisprudentie van het EHRM wordt als kenmerk van 'rechtspraak' gesteld dat sprake moet zijn van een '*power of decision*'.²²⁰ In de zaak *Sramek* heeft de ECRM dit vereiste verduidelijkt door een 'tribunal' te definiëren als zijnde 'an authority with power to decide legal disputes with binding effects for the parties'.²²¹ Uit het element van '*power of decision*' vloeien dus twee vereisten voort. In de eerste plaats is pas sprake van 'rechtspraak' indien een beslissing een bindend karakter heeft, in de zin dat partijen gehouden zijn om zich eraan te houden. In de tweede plaats impliceert het bindende effect dat een beslissing niet gewijzigd mag worden door een niet-rechterlijk orgaan, met andere woorden: dat een rechterlijke beslissing niet herzien kan worden buiten de door de wet voorziene beroepsprocedures.²²² Het eerste vereiste valt onder de materiële voorwaarden voor de kwalificering van de functie 'rechtspraak', het tweede vereiste behoort tot de formele vereisten aan het orgaan 'gerecht'.

De zojuist omschreven functie van 'rechterlijke bemiddeling' kan in dit licht op een lijn gesteld worden met vormen van 'alternatieve geschilbeslechting', die zich buiten de rechter om afspelen. Bij 'bemiddeling' is geen sprake van het nemen van een bindende beslissing. De rechter ontleent het gezag om te bemiddelen aan het imago dat hij door de functie 'rechtspraak' heeft verkregen. De effectiviteit van zijn optreden als bemiddelaar is gewaarborgd door de mogelijkheid over te schakelen naar 'rechtspraak', en dan een bindende beslissing te geven.²²³ De scheidslijn tussen 'rechtspraak' en vormen van alternatieve geschilbeslechting wordt hier zeer dun en roept de vraag op welke taakverdeling tussen gerechten en organen van alternatieve geschilbeslechting 'optimaal' is op basis van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en 'new public management'-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. In het klassiek-rechtsstatelijke paradigma ligt de nadruk op 'geschilbeslechting' en daarop gelijkende taken door de rechter. Wij zullen echter zien dat in het 'new public management'-paradigma sprake is van een verschuivende evenwicht en zelfs van een balans die, met het oog op 'dejuridisering' van de sociale orde, lijkt door te slaan naar buitengerechtelijke geschilbeslechting.²²⁴

Het vereiste van een bindende beslissing incorporeert op impliciete wijze eisen van 'effectiviteit' en 'efficiëntie' in het klassiek-rechtsstatelijke kader van de rechtspraak. Slechts indien een beslissing partijen bindt en niet eenvoudig herzien kan worden, zal rechtspraak een voor partijen bij een geschil en voor de samenleving als geheel interessante wijze van geschilbeslechting vormen. Diezelfde legitimering ligt ten grondslag aan de verlening van executorialie kracht aan rechterlijke beslissingen.

²²⁰ Kuijer 2004, p. 175. Zie ook EHRM, 23 oktober 1985, nr. 8848/80, A-serie nr. 97 (*Bentham tegen Nederland*), § 40; en Widdershoven 1989, p. 27.

²²¹ ECRM, 8 december 1982, nr. 8790/79, A-serie nr. 84 (*Sramek tegen Oostenrijk*), § 71.

²²² Zie Kuijer 2004, p. 176 en de daar aangehaalde jurisprudentie en literatuur. Zie ook Chapus 1975, pp. 268 en 273.

²²³ Loth 1998b, pp. 12-13.

²²⁴ Zie *infra*, par. 4.3.2.

Een beslissing met executorialie kracht

Voor de kwalificering van een beslissing als 'rechtspraak' wordt in de literatuur als vereiste genoemd dat de uitspraak met overheidsgezag moet kunnen worden geëxecuteerd.²²⁵ De executorialie kracht van rechterlijke beslissingen vloeit in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen voort uit de procesrechtelijke regelingen.²²⁶ De verplichting tot naleving van de rechterlijke beslissing is in geval van executiegeschillen zelfs het onderwerp van de rechterlijke uitspraak.²²⁷

De executorialie kracht vloeit voort uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma voor de discussie over de rechterlijke organisatie in die zin dat de rechtszekerheid vereist dat rechterlijke beslissingen ten uitvoer worden gebracht. Gelijkijdig ligt aan het vereiste van executorialie kracht een duidelijk 'new public management'-uitgangspunt ten grondslag: de rechterlijke organisatie kan slechts een 'effectieve' en 'efficiënte' geschilbeslechting voor de burger realiseren indien haar uitspraken in de praktijk worden nageleefd. Dat vereiste komt tot uitdrukking in artikel 13 EVRM, dat de garantie inhoudt van een 'effectieve' rechtsgang voor de burger.²²⁸

Hiermee zijn de klassiek-rechtsstatelijke overwegingen betreffende de 'geschilbeslechting' door de rechter beschreven. Met de onderkenning van nieuwe beginselen in het 'new public management'-paradigma heeft een accentverschuiving plaatsgevonden in de opvatting over de rol van de rechtspraak als wijze van geschilbeslechting.

4.3.2 *Rechtspraak in het 'new public management'-paradigma: een mogelijke wijze van geschilbeslechting*

In het 'new public management'-paradigma, waarin rechtspraak wordt beschouwd als onderdeel van de 'publieke dienstverlening', verwordt rechtspraak tot een door de burger al dan niet te verkiezen weg voor de oplossing van een geschil. Rechtspraak is niet meer *de* aangewezen weg voor de afdoening van geschillen maar veeleer een *mogelijke* wijze van geschilbeslechting in een scala van mechanismen voor de oplossing van geschillen tussen rechtssubjecten. Voorafgaande aan een poging tot grensafbakening tussen rechtspraak en overige vormen van geschilbeslechting op (met name) institutionele gronden moet een analyse worden gemaakt van de bestaande vormen van buitengerechtelijke geschilbeslechting in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland.²²⁹

- VORMEN VAN ALTERNATIEVE GESCHILBESLECHTING

In geen van de onderzochte rechtssystemen heeft het onafhankelijkheidsbeginsel een uitwerking gekregen waarin geschilbeslechting bij uitsluiting aan de 'rechterlijke macht'

²²⁵ Widdershoven 1989, p. 27.

²²⁶ Zie voor Nederland artikel 430 Rv e.v.

²²⁷ Chaumont 1942, pp. 114-115.

²²⁸ Jurisprudentie van het EHRM betreffende dit artikel is bijvoorbeeld EHRM, 18 december 1996, nr. 21987/93, Reports 1996-VI (*Aksoy tegen Turkije*). Vgl. Lawson & Schermers 1999, pp. 654-670, in het bijzonder pp. 663-664 en p. 668.

²²⁹ Voor de analyse in dit kader is aansluiting gezocht bij Loth 2003b, p. 41, en Pel 2000, p. 83.

is opgedragen. Het Duitse systeem komt het meest in de buurt. In Duitsland bestaan gerechten voor de afdoening van zaken op elk van de drie hoofdgebieden van de rechtspraak met een uitsplitsing in vijf ‘*Gerichtsbareiten*’.²³⁰ Het Duitse *Grundgesetz* bepaalt dat de ‘rechterlijke macht’ is opgedragen aan rechters²³¹ en geeft met de instelling van de verschillende ‘*Gerichtsbareiten*’ een globale inhoudelijke invulling aan de rechterlijke bevoegdheid. De Nederlandse Grondwet garandeert geen recht op toegang tot de rechter en waarborgt ook geen exclusieve bevoegdheid van de rechterlijke macht voor de afdoening van zaken.²³² Voor de afdoening van civielrechtelijke zaken en strafzaken bestaat in Nederland een grondwettelijke bevoegdheidstoedeling aan de rechterlijke macht, voor de afdoening van administratiefrechtelijke zaken is dit niet het geval.²³³ In het Franse rechtssysteem geldt een vergelijkbare regeling: de rechtspraak in civielrechtelijke zaken en strafzaken is grotendeels bij de gerechten van de rechterlijke macht geconcentreerd, de bestuursrechtspraak behoort tot de bevoegdheid van de administratieve gerechten die onder de eindverantwoordelijkheid van de *Conseil d’État* opereren. De *Constitution* van 1958 geeft geen inhoudelijke afbakening van de rechterlijke bevoegdheid.

In de drie onderzochte rechtssystemen is afdoening van zaken door de rechter geen absoluut constitutioneel uitgangspunt. In algemene zin kan worden gesteld dat de minimumeisen van artikel 6 lid 1 EVRM de grondslag zijn voor de bewaking van een exclusief rechterlijk domein op bepaalde rechtsgebieden.²³⁴ Andere geschilbeslechte – mediators, arbiters, etc. – hebben op grond van het voorgaande bestaansrecht. In Nederland en Frankrijk bestaat geen verbod aan de politieke staatsmachten om rechtsprekende taken aan zich te trekken. In die zin is dus geen sprake van ‘exclusieve bevoegdheidsdomeinen’. Echter, ook in geval van uitoefening van rechtsprekende taken door niet-rechterlijke organen geldt de eis van ‘onafhankelijkheid’ van de geschilbeslechting.²³⁵ Binnen de aldus afgebakende grenzen kunnen in de onderzochte rechtssystemen op elk van de drie principale rechtsgebieden vormen van alternatieve geschilbeslechting worden onderscheiden.

Privaatrechtelijke vormen van alternatieve geschilbeslechting

In het privaatrecht bestaan sinds lange tijd verschillende vormen van alternatieve geschilbeslechting. De scheidslijn tussen ‘rechtspraak’ en ‘alternatieve geschilbeslechting’ is niet altijd eenvoudig vast te stellen.

Klassieke vormen van ‘alternatieve geschilbeslechting’ in het privaatrecht betreffen ‘bemiddeling’ en ‘mediation’.²³⁶ Bij ‘bemiddeling’ treedt een derde op als ‘*go-between*’ tussen de partijen bij het geschil. Hij draagt zelf geen oplossingen aan, in principe wor-

²³⁰ Vgl. *supra*, Inleiding.

²³¹ Artikel 92 GG.

²³² Bovend’Eert 2000a, p. 61; Brenninkmeijer 1987, p. 268.

²³³ Artikelen 112 en 113 Gw.

²³⁴ Vgl. *supra*, par. 4.2.

²³⁵ Pauliat 2001, p. 79.

²³⁶ Shapiro 1981, pp. 2-3.

den alle oplossingen aangedragen en geaccepteerd door de partijen zelf.²³⁷ Beide partijen moeten hebben ingestemd met de tussenkomst van de bemiddelaar. De uiteindelijke oplossing zal de uitkomst zijn van open onderhandelingen tussen de partijen en in even grote mate voor hen aanvaardbaar zijn.²³⁸ De mediator heeft een actievere rol in het proces van geschilbeslechting. Hij treedt op met instemming van partijen en mag geen oplossingen aan hen opleggen. Zijn functie houdt enerzijds in het zijn van ‘buffer’ tussen partijen en bedenker van voorlopige oplossingen. Door opeenvolgende voorstellen en tegenvoorstellen te behandelen kan hij actief en openlijk bijdragen aan het vinden van een oplossing die voor beide partijen aanvaardbaar is.²³⁹ Er bestaan verschillende vormen van mediation. Pel onderscheidt tussen ‘faciliterende’ mediation en ‘transformatieve’ mediation. De eerste vorm van mediation heeft als doel heeft het vinden van een snelle oplossing op basis van onderliggende belangen, niet uitsluitend op basis van juridische standpunten, met verbetering van de communicatie. De tweede door Pel onderscheiden vorm van mediation is gericht op het bereiken van een echte verzoening en op het verbeteren en voortduren van de relatie tussen partijen.²⁴⁰

‘Bemiddeling’, ‘mediation’ en andere vormen van ‘alternative dispute resolution’ (ADR)²⁴¹ zijn in formele zin geen ‘rechtspraak’. Immers, ‘bemiddeling’ en ‘mediation’ verschillen van rechtspraak doordat niet door een rechter op de vordering of op verzoek van één van de partijen bindend wordt beslist op basis van het recht en met inachtneming van fundamentele regels en dwingend recht.²⁴² In de eerste plaats geeft de bemiddelaar of mediator zelf geen antwoord op een rechtsvraag, hij helpt partijen slechts bij het samen vinden van een oplossing van hun conflict. Bovendien geschiedt ‘bemiddeling’ of ‘mediation’ op vrijwillige basis: beide partijen moeten instemmen met de procedure. Vaak wordt ook niet met een vaststaande set van rechtsnormen gewerkt. Er wordt bovendien niet alleen gekeken naar belangen die in rechtsbelangen kunnen worden vertaald. Tot slot zijn bemiddeling en mediation niet bindend, in die zin dat de bemiddelaar of mediator geen beslissing neemt, maar partijen slechts begeleidt bij het samen vinden van een oplossing voor hun conflict.²⁴³

Naast ‘bemiddeling’ en ‘mediation’ kunnen nieuwe constructies worden onderscheiden waarbij de banden tussen rechtspraak en alternatieve geschilbeslechting worden aangehaald, of met andere woorden: de grenzen vervagen. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de introductie van een mogelijkheid tot doorverwijzing van een bij de

²³⁷ De bemiddelaar heeft in de praktijk weldegelijk invloed op de onderhandelingen en hij draagt zelf vaak oplossingen aan voor de beslechting van het geschil. Shapiro 1981, p. 3.

²³⁸ Shapiro 1981, p. 3.

²³⁹ Shapiro 1981, p. 3, die verwijst naar enkele publicaties over mediation in het Chinese rechtstelsysteem.

²⁴⁰ Pel 2000, p. 84.

²⁴¹ Zie voor een overzicht Asser et al 2003, p. 47. Zie tevens Snijders 2002.

²⁴² Vgl. Asser et al 2003, pp. 49-51 en p. 61. Zie tevens *supra*, par. 4.3.1. Met ‘dwingend recht’ – als tegenhanger van ‘aanvullend recht’ – wordt bedoeld op ‘die wettelijke voorschriften (...) waarvan afwijking door partijen niet geoorloofd of niet mogelijk is’; Loth 2000, p. 1.

²⁴³ Asser et al 2003, pp. 50-51; Pel 2000, p. 82.

rechter aangebrachte zaak naar een mediator in het kader van het project 'mediation naast rechtspraak' in Nederland²⁴⁴ en de invoering van een '*justice de proximité*' in Frankrijk. De invoering in het Nederlandse rechtssysteem van 'mediation naast rechtspraak' opent een directe verbinding tussen deze twee wijzen van geschilbeslechting. De ontwikkeling past in een trend van 'dejuridisering'.²⁴⁵ In Frankrijk wordt de oplossing voor een 'bemiddelende' rol bij de beslechting van geschillen gezocht binnen de rechterlijke organisatie. De in 2003 ingestelde '*justice de proximité*' vormt een soort hybride tussen 'rechtspraak' en 'mediation'.²⁴⁶ Vanuit institutioneel oogpunt is, onder andere vanwege de rechtspositionele waarborgen voor de '*juges de proximité*' sprake van 'rechtspraak'.²⁴⁷ Vanuit inhoudelijk oogpunt ligt de rol van de '*juge de proximité*', die belast is met de afdoening van civiele zaken waarin een gering belang speelt en van eenvoudige strafzaken, dicht bij de rol van de 'mediator'.²⁴⁸

Een andere vorm van alternatieve geschilbeslechting die dicht tegen 'rechtspraak' aanligt, betreft 'arbitrage'. 'Arbitrage' is soms moeilijk te onderscheiden van 'mediation'. In vergelijking met 'mediation' is bij 'arbitrage' minder sprake van instemming van partijen en minder sprake van oplossingen door actieve bemiddeling. In beginsel is voor 'arbitrage' de instemming van partijen nodig. Het veelvuldige gebruik van arbitrageclausules in contracten heeft er echter toe geleid dat het element van instemming hier aan kracht heeft ingeboet: het gaat niet om de instemming met arbitrage op het moment dat zich een conflict voordoet, maar om een voorafgaande instemming met arbitrage in de toekomst in het algemeen. Toch zullen partijen ook dan in de meeste gevallen in het concrete geval nog overeenstemming moeten bereiken over de vraag wie als arbiter zal optreden.²⁴⁹ In het geheel van alternatieve methoden van geschilbeslechting is een belangrijk verschil tussen 'mediation' en 'arbitrage' verder gelegen in het feit dat de arbiter geacht wordt zelf een oplossing voor het conflict te vinden, terwijl de mediator partijen slechts bijstaat bij het door hen zelf creëren van een oplossing. Bij de besluitvorming van de arbiter is geen sprake van pure 'bemiddeling' of 'mediation'. In de eerste plaats werken arbiters vaak met een relatief vaststaande set van rechtsnormen. Partijen hebben van tevoren ingestemd met de normen waar zij aan zullen worden onderworpen of zij hebben zelf die normen opgesteld. Als in een concreet geval een partij de bedoelde normen zwaarder heeft geschonden dan de andere, zal de arbiter bovendien niet snel tot een compromis komen enkel en alleen uitgaande van de belangen van partijen, onafhankelijk van de mate waarin zij zich hebben gehouden aan de vooraf vastgestelde nor-

²⁴⁴ Brummelhuis & Pel 2007. Zie *supra*, Inleiding.

²⁴⁵ Brummelhuis & Pel 2007, p. 13. Zie *supra*, Inleiding.

²⁴⁶ Voor een vergelijkend onderzoek naar vormen van 'rechtspraak in de buurt' in Nederland en Frankrijk, zie Mak 2005.

²⁴⁷ De constitutionele rechter heeft de constitutionele grenzen aangegeven betreffende de selectie van '*juges de proximité*', zie CC, beslissing nr. 2003-466 DC van 20 februari 2003, *Rec.* p. 156 (*Juges de proximité*). Vgl. Mak 2005, pp. 27-32.

²⁴⁸ Ten aanzien van de inpassing van de '*justice de proximité*' in het Franse systeem van verdeling van rechtsmacht, zie *infra*, par. 6.2.1.

²⁴⁹ Shapiro 1981, p. 4.

men. Ook is ‘arbitrage’ vaak bindend van karakter, op grond van een wettelijke of een contractuele bepaling. De arbiter heeft dan de bevoegdheid om zijn oplossing op te leggen aan beide partijen zelfs als die oplossing niet wordt ondersteund door (een van beide) partijen bij het geschil.²⁵⁰ Indien sprake is van ‘niet-bindende’ arbitrage, zijn partijen niet verplicht de door de arbiter aangedragen oplossing te accepteren.²⁵¹ Als partijen echter gehouden zijn de beslissing van de arbiter te accepteren en na te leven, dan valt ‘arbitrage’ inhoudelijk vrijwel samen met ‘rechtspraak’. Een accentverschil kan dan hoogstens worden ontdekt in de mate waarin rekening wordt gehouden met specifieke partijbelangen. Via het verlot tot executie²⁵² dat kan worden verleend door de voorzieningenrechter, kan het arbitrale vonnis dezelfde rechtskracht verkrijgen als het rechterlijk vonnis. Hierdoor verschilt arbitrage van ‘mediation’ en ‘bindend advies’: voor de nakoming van de uitspraak gelden in die gevallen, waar enkel partijen zijn gebonden maar er geen in rechte afdwingbaar vonnis is, dezelfde voorwaarden als voor de nakoming van gewone overeenkomsten.²⁵³ In geval van arbitrage met als uitkomst een partij bindende beslissing valt arbitrage grotendeels samen met ‘rechtspraak’. Er wordt dan immers een antwoord gegeven op een rechtsvraag, de arbiter zal in de meeste gevallen een vooraf bepaalde set van rechtsnormen toepassen, en er zal een uitspraak worden genomen waar partijen zich aan hebben te houden. De institutionele kenmerken van de arbitrageprocedure – in het bijzonder de rechtspositie van de arbiters – duiden echter op een institutioneel onderscheid ten opzichte van de ‘gerechten’ van de rechtsprekende macht, waardoor de gelijkstelling met ‘rechtspraak’ minder voor de hand ligt.²⁵⁴

Het bestaan van vele methoden van ‘alternatieve geschilbeslechting’ in het privaatrecht vormt een aanwijzing voor de rol van ‘new public management’-uitgangspunten bij de organisatie van de rechtspraak. ‘Effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de geschilbeslechting in dit rechtsgebied leveren in de vorm van buitengerechtelijke afdoening van geschillen een zeer groot voordeel op, waar tegenover slechts een gering nadeel staat met betrekking tot de met rechtspraak gegeven waarborgen. In het domein van het strafrecht geldt een andere balans van uitgangspunten.

²⁵⁰ Shapiro 1981, p. 4; vgl. Fuller 1963, p. 3. Toch wordt arbitrage voornamelijk als methode van geschilbeslechting gebruikt in gevallen waarin, hoewel er overkoepelende rechtsnormen bestaan, de belangen van partijen voorop staan en aan geen van beide meer waarde toekomt dan aan de ander. Het bereiken van een voor beide partijen aanvaardbare tussenoplossing is dan het doel en arbiters zouden zelfs moeite hebben om werk te krijgen als zij niet dergelijke oplossingen zouden bieden. Shapiro 1981, p. 4; vgl. Getman 1979, p. 916.

²⁵¹ Shapiro 1981, p. 4.

²⁵² Zie voor Nederland artikel 1062 Rv.

²⁵³ Brenninkmeijer, Van Ewijk & Van der Werf 2002, p. 31. Om alsnog een executoriale titel te verkrijgen, kan in geval van bindend advies of mediation een vervolprocedure voor de rechter worden gestart. Vgl. Brenninkmeijer, Van Wijk & Van der Werf 2002, p. 29.

²⁵⁴ Hierover verder *infra*, deze paragraaf.

Strafrechtelijke vormen van alternatieve geschilbeslechting

Strafrechtelijke vormen van alternatieve geschilbeslechting zijn in Nederland ontwikkeld met de mogelijkheid van afdoening van zaken via een 'transactie'²⁵⁵ en zeer recent met de invoering van de mogelijkheid van afdoening van zaken door het OM.²⁵⁶ In geval van een 'transactie' kan een verdachte door een boete te betalen ontkomen aan verdere vervolging. Als de transactie wordt geweigerd, dient de officier van justitie indien hij vervolging opportuun acht de zaak alsnog voor de rechter te brengen. De afdoening van zaken door het OM via een 'strafbeschikking' verschilt in die zin van de 'transactie' dat in geval de verdachte tegen de strafbeschikking wil opkomen hij zelf zijn zaak voor de rechter zal moeten brengen door verzet in te stellen.²⁵⁷ In Frankrijk en Duitsland zijn vormen van buitengerechtelijke afdoening van strafzaken minder courant. Een reden hiervoor kan in het Duitse recht worden gevonden in het ontbreken van een 'opportuiniteitsbeginsel' zoals dat aan het Nederlandse recht ten grondslag ligt: het Duitse openbaar ministerie is op grond van artikel 152 lid 2 *StPO* in beginsel verplicht tot vervolging van alle opgespoorde strafbare feiten.²⁵⁸

De positie van de tuchtrechtspraak, waarnaar hierboven al werd verwezen²⁵⁹, is niet eenvoudig te kwalificeren. Het gaat daarbij om de berechting van leden van een beroepsgroep door organen samengesteld uit en door leden van de betreffende beroepsgroep zelf.²⁶⁰ Volgens de Nederlandse Grondwet kan tuchtrechtspraak zowel plaatsvinden in het verband van organen van de overheid als in een ander verband. Slechts voor door de overheid ingesteld vormen van tuchtrechtspraak geldt het vereiste van instelling van de beslissende organen bij de wet.²⁶¹

Anders dan in de rechtssystemen van Frankrijk en Duitsland lijken in het Nederlandse rechtssysteem uitgangspunten van 'effectiviteit' en 'efficiënte' duidelijk voet aan de grond te krijgen in het verband van de afdoening van strafrechtelijke geschillen. 'New public management'-uitgangspunten dringen op die manier door in de afweging van de wetgever. Het opportuiniteitsbeginsel is dan ook een duidelijk voorbeeld van een beginsel dat voortkomt uit het 'new public management'-paradigma en vormt daarmee een uitgangspunt dat *avant la lettre*, dat wil zeggen: voor de daadwerkelijke wending naar het nieuwe paradigma, is geaccepteerd als uitgangspunt voor de organisatie van de (straf)rechtspraak in Nederland. Het 'pragmatische' karakter van de Nederlandse staatsorganisatie kan in dit verband als verklarende factor worden aangevoerd. In het bijzonder in Duitsland wordt meer aangesloten bij klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten als rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseenheid. Een vergelijkbare afweging moet

²⁵⁵ Artikel 74 Sr.

²⁵⁶ Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330 en *Stb.* 2007, 160. De inwerkingtreding van de wet is voorzien voor eind 2007; zie De Vette 2007, p. 8 en www.om.nl.

²⁵⁷ Bethlehem 2007.

²⁵⁸ Uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel zijn onder meer te vinden in de artikelen 153 t/m 154e *StPO*.

²⁵⁹ Zie *supra*, par. 4.3.1.

²⁶⁰ Croes 2005, pp. 73-76.

²⁶¹ Artikel 113 lid 4 Gw.

worden gemaakt met betrekking tot de organisatie van de bestuursrechtelijke geschilbeslechting.

Bestuursrechtelijke vormen van alternatieve geschilbeslechting

In veel gevallen komen bestuursrechtelijke zaken in het Nederlandse rechtssysteem niet direct bij de bestuursrechter terecht. Eerst moet een procedure worden gevolgd van administratief bezwaar (bij het bestuursorgaan dat de bestreden beslissing heeft genomen) of van administratief beroep (bij een hoger bestuursorgaan in dezelfde kolom als het bestuursorgaan dat de beslissing heeft genomen).²⁶² Dit voortraject van de bestuursrechtspraak is echter niet wat hier onder de ‘bestuursrechtelijke vormen van alternatieve geschilbeslechting’ wordt verstaan.

De bedoelde vormen van alternatieve geschilbeslechting zien op een afhandeling van bestuursrechtelijke zaken in een procedure die kan worden opgevat als ‘parallel’ aan rechtspraak. In sommige gevallen staat de weg open van betwisting van de in een dergelijke procedure genomen beslissing bij de rechter. Als eerste voorbeeld kan worden gewezen op de afdoening van lichte strafbare feiten via een bestuursrechtelijke procedure. Met betrekking tot verkeersovertredingen is in Nederland in 1994 de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften van kracht geworden.²⁶³ Dit type van zaken wordt nu in beginsel afgedaan via een ‘bestuurlijke boete’, en slechts in geval van betwisting van die boete komt de rechter te pas aan de behandeling van de zaak.²⁶⁴

In het bestuursrecht komt de constructie van alternatieve geschilbeslechting in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen tevens steeds vaker voor in de vorm van ‘geschilbeslechting’ door zelfstandige bestuursorganen.²⁶⁵ In geval van ‘geschilbeslechting’ door zelfstandige bestuursorganen is in veel gevallen sprake van een bijkomende bevoegdheid die is verleend in het kader van de toezichthoudende taak van die organen. Die taak is tot stand gekomen tegen de achtergrond van een tendens van zelfstandiging van overheidsdiensten. Zij heeft in Nederland, Frankrijk en Duitsland geleid tot een toename van het aantal ‘zelfstandige bestuursorganen’. Overwegingen die van invloed zijn geweest op deze tendens houden verband met de ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ organisatie van de energievoorziening, de telefonie, het openbaar vervoer, et cetera. Inzet van de hervorming is een terugtrek van de overheid, waarbij meer verantwoordelijkheid in de samenleving zelf komt te liggen. Autonomie staat tegenover solidariteit, liberalisme tegenover een patriarchale houding.

²⁶² In het Nederlandse rechtssysteem bepaalt artikel 115 Gw in dit verband: ‘Ten aanzien van de in artikel 112, tweede lid, bedoelde geschillen kan administratief beroep worden opengesteld.’

²⁶³ Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wet Mulder), *Stb.* 1989, 300.

²⁶⁴ Hoofdstukken V en VI van de WAHV.

²⁶⁵ Zie voor Nederland Zijlstra 1997, voor Frankrijk Gélard 2006. In Duitsland bestaan enkele ‘*Bundesaufsichtsämter*’ of ‘*selbständige Bundesbehörden*’ met specifieke toezichtsbevoegdheden, die onder een bepaald ministerie ressorteren. Zie bijvoorbeeld Müller 1997 over het *Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen*.

De functie van ‘zelfstandige bestuursorganen’ bestaat er in dit verband in om ontwikkelingen van ‘regulering’ van markten in goede banen te leiden, door toezicht te houden op markten (waar veelal een marktspeler met een voormalige monopoliepositie actief is), maar ook door beslissingen te nemen in geschillen tussen marktspelers. Het betreft meestal vraagstukken in het kader van de bevordering van de concurrentie. Dit noemen wij ‘regulering’ van de markt. Dit concept moet onderscheiden worden van de ‘deregulering’ in de zin van het terugdringen van de overheidsbemoediging bij de distributie van schaarse middelen. In de Franse juridische terminologie staat het begrip ‘*régulation*’ gelijk aan ‘*réglementation*’, dat wil zeggen een toegestane normatieve activiteit (‘*activité normative sanctionnée*’²⁶⁶). In de Engelse terminologie wordt onder ‘*regulation*’ ook de vagere sociologische definitie van die term gebracht.²⁶⁷ De functie van ‘zelfstandige bestuursorganen’ is doorgaans ‘regulering’ in de juridische zin, een taak die zij in dat kader moeten vervullen is de beslechting van geschillen tussen private partijen. De legitimiteit van die taaktoedeling berust op de vraag naar bescherming van de zwakkere partij in een ongelijke verhouding tussen private partijen. In dat verband kan gedacht worden aan de bescherming van zwakkere partijen in het huurrecht, in het consumentenrecht en in het arbeidsrecht. Met het oog op die bescherming wordt een toezichthoudende taak opgedragen die slechts op effectieve wijze kan worden vervuld indien een bevoegdheid bestaat tot het beslechten van geschillen tussen marktspelers of het opleggen van sancties aan marktspelers die de geldende regelgeving ter regulering van de markt niet naleven.²⁶⁸

Als voorbeeld van de afdoening van geschillen door zelfstandige bestuursorganen kan worden gewezen op de geschilbeslechtende functie van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) in Nederland. Zij heeft haar basis in het Europese telecommunicatierecht.²⁶⁹ Ondernemingen zijn op grond van de toepasselijke regelgeving verplicht om bijvoorbeeld zorg te dragen voor interconnectie, dat wil zeggen het verbinden van (telefoon)netwerken zodat gebruikers van het ene net ook kunnen communiceren met gebruikers van het andere (concurrerende) net.²⁷⁰ Indien de ondernemingen er niet in slagen tot een overeenkomst te komen, kunnen ze hun geschil voorleggen aan de OPTA, die dan zelf (bepalingen van) een overeenkomst kan vaststellen.²⁷¹ De vraag kan gesteld worden hoe deze functie van de OPTA dient te worden gekwalificeerd. Is sprake van ‘rechtspraak’ of van bestuurlijke besluitvorming? In hoeverre is het op grond van de constitutionele uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie toelaatbaar dat zaken in dit verband aan de rechter wordt onttrokken en partijen worden verplicht om hun geschil voor te leggen aan een ander orgaan, niet zijnde een gerecht? Hier kan een verband worden gelegd met (verplichte) arbitrage. Ook rijst de vraag hoe de bevoegdheid van de OPTA om zelf (bepalingen van) een overeenkomst

²⁶⁶ Timsit 1997c, p. 163.

²⁶⁷ Timsit 1997c, p. 163.

²⁶⁸ Zie Verhey & Verheij 2005, pp. 182-183.

²⁶⁹ Ottow 2006, p. 141.

²⁷⁰ Ottow 2006, p. 17.

²⁷¹ Ottow 2006, p. 141.

tussen twee private partijen vast te stellen zich verhoudt tot de in het privaatrecht geldende contractsvrijheid.

De toezichtregeling in het telecommunicatierecht wordt doorgaans gerechtvaardigd met een beroep op de noodzaak van bescherming van de belangen van de gebruiker van de diensten van de netwerkbeheerders.²⁷² Zij dienen verzekerd te zijn van gezonde concurrentieverhoudingen. In dat geval is gerechtvaardigd dat een derde – in dit geval een overheidsorgaan – zich mengt in de verhouding tussen twee private partijen met een machtspositie ten opzichte van de burger. Indien de geschilbeslechtende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen wordt beschouwd als ‘rechtspraak’ kan de toedeling van bevoegdheden echter als in strijd met het constitutionele kader worden beschouwd vanwege het ontbreken van noodzakelijke verdedigingsrechten (*‘droits de la défense’*).²⁷³ Hier botsen ‘new public management’-beginselen van ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ met beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma.

De inventarisatie van methoden van alternatieve geschilbeslechting op de drie hoofdgebieden van de rechtspraak geeft nog niet aan in welke gevallen voor een bepaalde methode van geschilbeslechting zal of kan worden gekozen. De verschuiving van het perspectief op de uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het ‘new public management’-paradigma dwingt tot een nieuwe reflectie op dat vraagstuk, waarbij de institutionele waarborgen voor de geschilbeslechting op de voorgrond staan.

- EEN PLAATS NAAST RECHTSPRAAK: HET DOMEIN VAN ALTERNATIEVE GESCHILBESLECHTING

In het hedendaagse expliciete streven naar een ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ organisatie van de rechtspraak vindt de roep om ‘geschilbeslechting op maat’ allengs meer gehoor. Verschillende typen ‘geschillen’ dienen ieder op ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ wijze te worden afgedaan. Beleid is gericht op een terugtred van de overheid, inclusief de rechter, naar de ‘tweede lijn’. In die trend past de opkomst van buitengerechtelijke vormen van geschilbeslechting. De vraag rijst welke rol in het constitutionele evenwicht van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie naast de rechtspraak toekomt aan alternatieve vormen van geschilbeslechting. De positie van niet-rechterlijke geschilbeslechtters die niet als ‘gerecht’ gekwalificeerd kunnen worden, zoals arbitragecolleges en zelfstandige bestuursorganen²⁷⁴, kan in dit verband ter discussie worden gesteld. In hoeverre zijn deze organen gelegitimeerd om de functie ‘geschilbeslechting’ uit te oefenen? Zijn voor deze organen waarborgen voor onafhankelijkheid gecreëerd en zo ja, waarin onderscheiden zij zich dan nog van de ‘gerechten’ van de ‘rechterlijke macht’? Die vragen leveren verschillende antwoorden op al naar gelang sprake is van geschilbeslechting tussen private personen dan wel van geschilbeslechting in het publieke domein.

²⁷² OPTA, beslissing op bezwaar van 19 juli 2002 inzake geschil *KPN Mobiele vs. O2* over MTA-tarieven van O2 (kenmerk: OPTA/JUZ/2002/201770 & OPTA/JUZ/2002/201772), www.opta.nl; vgl. Ottow 2006, p. 150.

²⁷³ Vgl. CC, beslissing nr. 86-224 DC van 23 januari 1987, *Rec.* p. 8 (*Conseil de la concurrence*).

²⁷⁴ Ten aanzien van arbitragecolleges, vgl. de analyse *supra*, deze paragraaf. Ten aanzien van zelfstandige bestuursorganen, zie Pauliat 2001, p. 79.

Alternatieve geschilbeslechting tussen private personen

In de eerste plaats zijn er de geschillen tussen private personen. Die groep van personen kan verder worden onderverdeeld in natuurlijke personen, rechtspersonen en overheidsorganen die privaatrechtelijke rechtshandelingen verrichten.²⁷⁵ Geschilbeslechting in dit kader is nooit een exclusief domein van de rechter geweest. Ook voordat er organen waren die voldeden aan hetgeen hierboven als vereiste voor het zijn van ‘gerecht’ is genoemd²⁷⁶, werden al geschillen tussen private partijen door tussenkomst van een derde afgehandeld. Vandaag de dag laat de ontwikkeling van technieken van ‘mediation’ en bindend advies een hernieuwde trend zien van buitengerechtelijke afdoening van geschillen. Afdoening van een geschil via de rechter is hier een *keuze* van partijen, geen verplichting.

Met betrekking tot de ‘rechtspraak’ in civiele zaken is een vraag die gesteld kan worden of ook een arbitragecollege kan worden aangemerkt als een ‘gerecht’ in de hier bedoelde zin. Volgens sommigen gaat het hier om een gerecht: een arbitragecollege is een onafhankelijk orgaan, en ook al is het niet door de Staat ingesteld, toch zijn de normen die worden toegepast van de Staat afkomstig.²⁷⁷ Mijns inziens is echter niet voldaan aan de klassiek-rechtsstatelijke vereisten die gelden met betrekking tot de ‘gerechten’: de geschilbeslechting door arbitragecolleges heeft geen publiek karakter. In de eerste plaats is de benoeming van de arbiters niet in handen van de Staat. Hierboven hebben wij gezien dat de aanwijzing van rechters dan wel via benoeming door de Staat dan wel door verkiezing door (een bepaalde groep van) burgers plaatsvindt.²⁷⁸ In geval van arbitrage vindt die verkiezing niet meer plaats door een collectief van burgers voorafgaande aan het rijzen van geschillen, maar door de partijen bij een concreet geschil die voor de afdoening daarvan hun eigen rechters aanwijzen. Vaak zijn bepaalde vereisten ontwikkeld om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de gekozen arbiters te waarborgen. Zo is meestal een lijst van beschikbare personen aanwezig waaruit de partijen bij het geschil hun arbiters kunnen kiezen.²⁷⁹ De mogelijkheden tot ‘*judge shopping*’ zijn in dit verband aanvaardbaar.²⁸⁰ Echter, ook een tweede belangrijk aspect van ‘rechtspraak’ door een gerecht ontbreekt: de openbaarheid van de rechtspleging. Dit is mijns inziens een onvoorwaardelijk vereiste om van ‘rechtspraak’ te kunnen spreken²⁸¹, uitzonderingen als de – gelegitimeerde – ‘rechtspraak’ met gesloten deuren in het jeugdrecht daargelaten. Arbitragecolleges horen om die reden niet tot de organen van de ‘rechtspraak’ te worden gerekend, ongeacht de inhoudelijke definitie van de door die colleges uitgeoefende functie.

²⁷⁵ Franken 2003, p. 241 en 264.

²⁷⁶ Zie *supra*, paragraaf 4.1.

²⁷⁷ In die zin past het arbitragecollege in Pfersmann’s omschrijving van de ‘*juqe organique*’; zie Pfersmann 2002, p. 190.

²⁷⁸ Zie *supra*, par. 4.2.1.

²⁷⁹ Brenninkmeijer, Van Ewijk & Van der Werf 2002, p. 34.

²⁸⁰ Vgl. *infra*, par. 6.2.2.

²⁸¹ Ten aanzien van de aspecten van het ‘publieke karakter’ van de rechtspraak, zie Loth 2004a.

In het geval van bekende privaatrechtelijke ‘alternatieve methoden van geschilbeslechting’ als ‘mediation’ en ‘bemiddeling’ is het verschil met ‘rechtspraak’ duidelijker: ook hier geen openbaarheid, en tevens een procedure die wezenlijk van het gerechtelijke proces verschilt. De organen die in dit kader optreden beschikken niet over wettelijke waarborgen ter bescherming van hun onafhankelijkheid en kunnen dus niet als ‘gerecht’ of in het verlengde daarvan als onderdeel van de ‘rechterlijke macht’ worden aange-merkt.

De privaatrechtelijke vormen van ‘alternatieve geschilbeslechting’ onderscheiden zich van de ‘geschilbeslechting’ door ‘gerechten’ voor wat betreft de benoemingsprocedure van de beslisser en wat betreft het publieke karakter van de procedure. Klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie blijken aldus de crux te vormen bij de keuze voor onderbrenging van ‘geschilbeslechting’ bij de rechtsprekende macht of in procedures van privaatrechtelijke buitengerechtelijke geschilbeslechting. Een vergelijkbare redenering gaat op voor de geschilbeslechting in het publieke domein. In dat verband speelt in het bijzonder het aspect van het ‘publieke’ karakter van de geschilbeslechting een doorslaggevende rol bij de afweging tussen rechtspraak en alternatieve geschilbeslechting.

Alternatieve geschilbeslechting in het publieke domein

Naast de alternatieve geschilbeslechting in het private domein betreft een tweede type van zaken de geschillen waarbij publieke personen, dat wil zeggen overheidsorganen, betrokken zijn. Het kan dan gaan om de vervolging in strafzaken of om de afhandeling van bestuursrechtelijke geschillen. Nu het geweldsmonopolie in de rechtsstaat bij de overheid ligt, zal de afdoening van strafzaken in de eerste plaats zijn voorbehouden aan de rechterlijke organen: eigenrichting is verboden. Niet alleen gerechten maar ook organen van de uitvoerende macht beschikken over bevoegdheden in deze context: gedacht kan worden aan de sanctiebevoegdheden van bestuursorganen (bestuursdwang, dwangsom), aan de afdoening van overtredingen van ordemaatregelen door zelfstandige bestuursorganen (bestuurlijke boete), en aan de afdoening van strafzaken door politie en openbaar ministerie (transactie, OM-afdoening). In het Nederlandse rechtssysteem worden niet alle strafbare feiten vervolgd. Het opportuniteitsbeginsel maakt het mogelijk zaken niet te vervolgen, de officier van justitie kan ervoor kiezen een zaak te seponeren of een transactie aan te bieden. De keuze ligt hier niet bij de procespartijen, maar bij de met afdoening belaste overheidsorganen of bij de wetgever. Het nieuwe instrument van ‘OM-afdoening’ heeft een omgekeerde insteek. De officier van justitie neemt een beslissing, die bij het uitblijven van een actie van de verdachte tot afdoening van de zaak buiten de rechter leidt. Slechts indien de verdachte aangeeft de zaak te willen laten voorkomen bij de rechter, gebeurt dit alsnog.²⁸²

In het strafrecht is het belangrijkste verschil tussen beoordeling van het concrete geval door een ‘gerecht’ of, in het voortraject, door het openbaar ministerie gelegen in de gezagsverhouding ten opzichte van de minister van Justitie. Ook in het bestuursrecht

²⁸² Zie *supra*, deze paragraaf.

speelt de gezagsverhouding van de ‘alternatieve geschilbeslechter’ ten opzichte van de uitvoerende macht een rol. In het Nederlandse rechtssysteem hebben zelfstandige bestuursorganen geen constitutionele basis. Verscheidene aanzetten tot regeling op grondwettelijk niveau zijn op niets uitgelopen.²⁸³ De in de praktijk tot stand gekomen zelfstandige bestuursorganen zijn echter niet in strijd met de Grondwet. Toch is inbedding in de grondwettelijke regeling wenselijk, omdat ‘bij zelfstandige bestuursorganen, zeker als het gaat om marktautoriteiten, wordt afgeweken van klassieke patronen van parlementaire controle en machtscheiding’.²⁸⁴ Het ziet er niet naar uit dat de aanhangige procedure tot invoering van een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen op korte termijn zal worden afgerond.²⁸⁵ Bovendien blijft discussie bestaan over het bestaansrecht van de zelfstandige bestuursorganen.²⁸⁶ De crux zit erin dat het hier gaat om *bestuursorganen* die belast zijn met ‘geschilbeslechting’. Het Nederlandse recht kent die figuur niet. Wel moet worden opgemerkt dat tot halverwege de jaren tachtig van de vorige eeuw geschilbeslechting door de Kroon bestond. Naar aanleiding van de veroordeling van deze constructie door het EHRM in het Benthem-arrest²⁸⁷, is het systeem toen echter hervormd. Het is dan ook lastig om de uitoefening door zelfstandige bestuursorganen van bevoegdheden van geschilbeslechting onder te brengen in de structuur van de Algemene wet bestuursrecht.²⁸⁸

De ontwikkeling van de rol van rechtspraak in het domein van het geheel van vormen van geschilbeslechting – ofwel de ‘geschilbeslechtingsdelta’²⁸⁹ – heeft een aantal consequenties voor het evenwicht van constitutionele beginselen, dat voortvloeit uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma dan wel uit het ‘new public management’-paradigma. Alvorens de verhouding tussen de typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie nader te bestuderen, kan samenvattend het volgende worden gezegd over de keuze van de methode van geschilbeslechting in private en in publieke aangelegenheden. Doorslaggevend voor de keuze is of sprake is van een verticale of een horizontale relatie tussen de betrokkenen bij het geschil. In verticale relaties berust de legitimiteit van de tussenkoms van een rechter op de behoefte aan bescherming van de zwakkere, ondergeschikte partij. In horizontale relaties wordt de rechterlijke interventie gelegitimeerd door de behoefte aan hulp van een neutrale derde. In het ene geval staat de relatie tussen partijen centraal, in het andere geval de relatie van beide partijen tot de derde die als geschilbeslechter is aangewezen. Materiële kenmerken van het type geschil bepalen naar welk type formele kenmerken van de geschilbeslechter wordt gezocht.

²⁸³ Verhey & Verheij 2005, p. 172.

²⁸⁴ Verhey & Verheij 2005, p. 173.

²⁸⁵ Verhey & Verheij 2005, p. 174.

²⁸⁶ Zie bijvoorbeeld Eijlander 2005 en Kortmann 2005b.

²⁸⁷ EHRM, 23 oktober 1985, nr. 8848/80, A-serie nr. 97 (*Benthem tegen Nederland*).

²⁸⁸ Verhey & Verheij 2005, p. 170.

²⁸⁹ Een term die met name voor de privaatrechtelijke geschilbeslechting wordt gebruikt. Zie Van Velthoven & Ter Voert 2004; Croes & Van Gammeren-Zoetewij 2007, pp. 51-71. Zie tevens het themanummer over dit onderwerp van *NJB*, 2005, nr. 1, met bijdragen van onder andere Nick Huls en Ivo Giesen.

De keuze voor rechtspraak of alternatieve geschilbeslechting als methode voor de afdoening van specifieke typen van zaken wordt gemaakt op basis van een afweging in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie. Legitimiteit van de afbakening van rechtspraak ten opzichte van alternatieve methoden van geschilbeslechting vloeit voort uit het evenwicht tussen klassieke rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen. Een confrontatie van die twee typen van beginselen zal nu worden aangevat om duidelijk te maken op welke punten de beginselen elkaar aanvullen, elkaar versterken of met elkaar botsen.

4.3.3 *Een confrontatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen: transparantie, effectiviteit en efficiëntie met respect van de rechterlijke onafhankelijkheid*

In het licht van de afweging tussen legitimiteit gebaseerd op klassiek-rechtsstatelijke beginselen en legitimiteit gebaseerd op ‘new public management’-beginselen dient een rechterlijke organisatie te worden gecreëerd die de kans biedt van ‘alternatieve geschilbeslechting’ voor hen die een dergelijke wijze van afdoening van hun geschil prefereren. Gelijktijdig dient de belofte te worden waargemaakt van ‘rechtspraak’ voor hen die de bijzondere waarborgen die aan die wijze van geschilbeslechting zijn verbonden behoeven ter bescherming van hun belangen. Eisen met betrekking tot de organisatie van de rechtspraak, die uit de twee typen van beginselen voortvloeien, vinden een evenwicht in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie. Bepalend voor dat evenwicht is de verhouding van ‘new public management’-beginselen ten aanzien van klassiek-rechtsstatelijke beginselen. Door middel van aanvulling en versterking dragen ‘new public management’-beginselen bij aan de presentatie van rechtspraak als redelijk alternatief voor geschilbeslechting. Een botsing en de daarmee samenhangende klassiek-rechtsstatelijke grens van het constitutionele kader komt in zicht met betrekking tot de bepaling van een ‘*noyau dur*’ van verplichte afdoening van zaken door de rechter.

- AANVULLING EN VERSTERKING: RECHTSPRAAK ALS REDELIJK ALTERNATIEF

In de hedendaagse rechtsordes van Nederland, Frankrijk en Duitsland vormt klassiek rechtsstatelijkheid *an sich* geen voldoende krachtig argument meer voor de rechtvaardiging van het bestaan van rechtspraak als ‘superieure’ wijze van geschilbeslechting ten opzichte van alternatieve vormen van geschilbeslechting. Het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt van ‘onafhankelijke’ rechtspraak en de daaraan verbonden waarborgen vormt slechts een cumulatief argument dat staat naast in belang toegenomen ‘new public management’-uitgangspunten voor de keuze van een bepaalde wijze van geschilbeslechting. De rechtspraak dient zich op basis van ‘kwaliteitseisen’ aan geschilbeslechting in het scala van mogelijkheden te presenteren als een ‘redelijk alternatief’ ten opzichte van andere wijzen van geschilbeslechting.

De vraag of de afhandeling van bepaalde categorieën van zaken op basis van de formeel-constitutionele regeling aan de overheid dient te worden overgelaten, moet worden bekeken tegen het licht van de afweging van op economische leest geschoeide ‘effectiviteits’- en ‘efficiëntie’-overwegingen enerzijds en verschillende soorten overwe-

gingen betreffende het klassiek-rechtsstatelijke karakter van rechtspraak anderzijds. In die context kan worden gezocht naar de maximaal legitieme organisatie van de geschilbeslechting, waarin een aantal kerntaken bij de rechter wordt gelegd en een afbakening wordt gemaakt van de rechtspraak ten opzichte van alternatieve vormen van geschilbeslechting zoals privaatrechtelijke afdoening van zaken via ADR en arbitrage, strafrechtelijke afdoening van zaken via transacties en strafbeschikkingen en bestuursrechtelijke afdoening van zaken via de bestuurlijke boete en geschilbeslechting door zelfstandige bestuursorganen.

In zaken tussen private partijen zal een de noodzaak tot afdoening door de rechter in veel gevallen niet direct aanwezig zijn. Dit is in het bijzonder het geval bij kleine zaken waarbij enkel de belangen van de partijen die voor de rechter verschijnen in het geding zijn. Zolang geen kwesties van openbare orde spelen, zijn partijen vrij om hun zaak aan een ander orgaan belast met geschilbeslechting voor te leggen dan de rechter.²⁹⁰ Naleving van bepalingen van dwingend recht kan echter slechts voor de rechter worden gevorderd. Normering van de privaatrechtelijke contractsvrijheid in bepalingen van dwingend recht kan plaatsvinden met het oog op de bescherming van de zwakkere partij, met het oog op de bescherming van belangen van derden of met het oog op de bescherming van het algemeen belang.²⁹¹ Indien geen sprake is van bepalingen van dwingend recht waarvan naleving wordt gevorderd, moet de meerwaarde van rechtspraak boven een andere wijze van geschilbeslechting blijken uit de bijzondere eigenschappen die haar onderscheiden van dat alternatief.

De niet-gerechtelijke organen die een 'geschilbeslechtende' taak en de bijbehorende bevoegdheden hebben gekregen dienen bij de uitvoering van die taak en de uitoefening van bevoegdheden aan de vormvereisten van het orgaan 'gerecht' te voldoen.²⁹² Zo kunnen constructies worden ingevoerd ter garantie van de onafhankelijkheid van de bedoelde organen. Het gaat dan in het bijzonder om de feitelijke onafhankelijkheid van de derde die beslist over het concrete geval. De perceptie van neutraliteit van de geschilbeslechter en totstandkoming van de beslissing op basis van normen waarmee partijen hebben ingestemd, is immers van doorslaggevend belang voor de aanvaarding van de beslissing door de partijen bij het geschil.²⁹³ Hiermee wordt de vorm van het 'gerecht' benaderd. Echter, de waarborgen voor de onafhankelijkheid van het beslissende orgaan kunnen nooit van dezelfde orde zijn als de waarborgen die voor het 'gerecht' gelden, ervan uitgaande dat de 'gerechtelijke onafhankelijkheid' met de meeste waarborgen om-

²⁹⁰ Vgl. Van den Broeke 2004, p. 32 (geïnterviewde: mr. M.A. van de Laarschot, ten tijde van het interview waarnemend voorzitter sector civiel recht bij de rechtbank Rotterdam. Deze visie wordt tevens onderschreven door prof.mr. K.F. Haak, Erasmus Universiteit Rotterdam, zie Van den Broeke 2004, p. 33).

²⁹¹ Loth 2000, pp. 41-47.

²⁹² Pauliat 2001, p. 79: 'L'indépendance est requise pour toutes les institutions habilitées à résoudre des litiges, au plan juridictionnel ou non.' Vgl. *supra*, par. 4.3.2.

²⁹³ Shapiro 1981, p. 2.

kleed is. Die waarborgen hebben deels een constitutioneel, deels een wettelijk karakter en ontleen daaraan klassiek-rechtsstatelijke, democratische legitimiteit.²⁹⁴

De toekenning van bevoegdheden van geschilbeslechting aan gerechten dan wel aan andere organen kan vergaande consequenties met zich meebrengen. Niet vergeten moet worden dat iedere organisatie gestalte krijgt binnen een bepaalde institutionele structuur.²⁹⁵ Een gevolg van verdergaande specialisatie – hetgeen in het geval van de geschilbeslechting zou betekenen: het spreiden van taken over gerechten en verschillende niet-gerechtelijke organen – is dat ‘met elkaar samenhangende problemen moeilijk opgelost kunnen worden’.²⁹⁶ Het pleidooi van Kastelein voor een ‘intern marktmechanisme’ om de coördinatie tussen organisaties te verbeteren, snijdt in het verband van de ‘geschilbeslechting’ echter geen hout: afdoening door de rechter, arbitrage, bindend advies, mediation, et cetera, staan niet of nauwelijks in een concurrentieverhouding ten opzichte van elkaar, vanwege de verschillende uitgangspunten bij de keuze voor de ene of de andere wijze van geschilbeslechting. Hiermee is het beslissende criterium in het onderscheid tussen rechtspraak en andere vormen van geschilbeslechting gegeven. Doorslaggevend voor de onderbrenging van een type van ‘geschilbeslechting’ bij de overheidsgerechten of bij buitengerechtelijke organen is het doel waarmee de ‘oplossingsstructuur’ in het leven wordt geroepen.

De functie die aan de gerechten is toebedeeld, is ‘geschilbeslechting’ in de vorm van ‘rechtspraak’. Die functie heeft verschillende verschijningsvormen afhankelijk van de kenmerken van de relatie tussen de bij het geschil betrokken partijen.²⁹⁷ Het blijkt moeilijk een inhoudelijke afbakening te maken ten aanzien van de functies ‘wetgeving’ en ‘bestuur’. Ook is niet direct duidelijk op basis van welke criteria de verdeling van rechtsprekende functies tussen gerechten en niet-rechterlijke organen plaatsvindt. De vraag waarom bepaalde bevoegdheden zijn toebedeeld aan de rechterlijke macht kan slechts worden beantwoord door een verband te leggen met de formele kenmerken van de organen van de ‘rechtspraak’. De legitimiteit van de toekenning van bepaalde (inhoudelijke) bevoegdheden berust op factoren die verband houden met de vorm van de rechtspraak. In verticale relaties tussen overheid en burger (strafrecht, bestuursrecht), of meer in het algemeen rechtsvragen die direct het *publieke domein* raken (‘geschokte rechtsorde’), speelt de vraag naar *bescherming* door een onafhankelijke instantie van de burger tegen de overheid en tegen burgers die (strafrechtelijke) normen hebben geschonden (plaats van het slachtoffer in het strafproces). In horizontale relaties tussen burgers onderling, die zich in het *private domein* afspelen, wordt een beroep op de rechterlijke macht voor de beslechting van een geschil ingeroepen, omdat hij als *neutrale derde* geacht wordt de beste waarborg te bieden voor een rechtvaardige uitspraak.²⁹⁸

²⁹⁴ Vgl. *supra*, par. 4.2.

²⁹⁵ Pröpper 1993, p. 366; vgl. Selznick 1957.

²⁹⁶ Pröpper 1993, p. 366, die onder meer verwijst naar Kastelein 1990.

²⁹⁷ Vgl. *supra*, par. 4.3.2.

²⁹⁸ Daarmee is overigens niet gezegd dat het onderliggende conflict daarmee van tafel is; vgl. in dat verband de rol van bemiddeling en verzoening door middel van mediation, bindend advies

De exclusieve bevoegdheid van de rechter, zijn exclusieve ‘domein’, beperkt zich in het constitutionele kader van de ‘rechtsstaat’ tot de gevallen waarin afdwingbaarheid van het recht aan de orde is: oplegging van vrijheidsstraffen, tenuitvoerlegging van vonnissen of van overeenkomsten naar aanleiding van een mediationprocedure. Die exclusiviteit vloeit voort uit het feit dat alleen de rechterlijke macht deze *bevoegdheid tot afdwinging van het recht* kan hebben. Dit hangt samen met het gegeven dat van alle geschilbeslechters alleen de rechterlijke macht op gelijke voet staat met de andere staatsmachten; zij kan daardoor beslissingen nemen die niet meer kunnen worden aangetast door niet-rechterlijke organen. Aan de andere kant is de rechterlijke macht zelf deel van de overheid en daardoor bevoegd een deel van de ‘zwaarmacht’ uit te oefenen, in dit geval via de executie van rechterlijke uitspraken. Hier komt het onderscheid terug tussen de verhouding van de rechterlijke macht als onderdeel van de *trias politica* ten opzichte van de andere staatsmachten²⁹⁹ en de verhouding van de rechterlijke macht als overheidsorgaan ten opzichte van de justitiabelen. In laatste instantie ontleent de rechtspraak haar bestaansrecht naast alternatieve vormen van geschilbeslechting aan de bijzondere waarborgen die worden geboden door de institutionele vormgeving van de rechterlijke organisatie. ‘New public management’-beginselen van ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechterlijke organisatie en klassiek-rechtsstatelijke beginselen betreffende de waarborg van ‘onafhankelijke’ rechtspraak vullen elkaar aan en versterken elkaar in de constructie van een rechterlijke organisatie die zich beperkt tot een ‘kerntaak’ van geschilbeslechting en in dat verband de noodzakelijke waarborgen biedt voor de bescherming van fundamentele rechten van de burger. Het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie schrijft voor in welke gevallen geen vrije keuze bestaat en geschilbeslechting plaatsvindt door de gerechten. In die vaststelling van een ‘*noyau dur*’ van verplichte afdoening van zaken door de rechtsprekende macht komt de botsing tussen klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en ‘new public management’-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie tot uitdrukking en de grens die bij de bepaling van een legitiem evenwicht van beginselen wordt gesteld door het constitutionele kader.

- BOTSING EN GRENS: RECHTSPRAAK ALS SEMI-VERPLICHTE WIJZE VAN GESCHILBESLECHTING

De ontwikkeling van het constitutionele kader in respons op ontwikkelingen in de samenleving en in de rechtsorde leidt tot een constant hernieuwde balansbepaling, waarbij fundamentele grenzen van de rechtsstatelijke ideologie niet mogen worden overschreden. De mogelijkheid te kiezen voor een andere wijze van afdoening van een zaak dan door middel van rechtspraak blijkt grenzen te kennen. In het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie kan een kern van exclusief rechterlijke bevoegdheden worden aangewezen. ‘Rechtspraak’ geldt daarom als semi-verplichte wijze van geschilbeslechting. Het domein waarin deze ‘semi-verplichting’ geldt, kan nu worden afgebakend voor de onderscheiden hoofdgebieden van het recht.

of een andere vorm van alternatieve geschilbeslechting. Zie *supra*, paragraaf 4.3.2 en Emaus 2007.

²⁹⁹ Vgl. *supra*, par. 4.2.

In het geval van geschilbeslechting is inschakeling van de rechter soms onvermijdelijk. De bijzondere waarborgen die met deze vorm van geschilbeslechting verbonden zijn, kunnen wellicht niet verwezenlijkt worden in het geval van alternatieve geschilbeslechting.³⁰⁰ De (constitutionele wetgever) dient zich tegen deze achtergrond te beraden over de verplichtstelling van rechtspraak voor bepaalde typen van zaken. Doorslaggevend voor de verplichtstelling van rechtspraak is of een publiek belang in het geding is. Daarbij speelt met name de bescherming van zwakkere partijen in rechtsverhoudingen een rol. Een voorbeeld in het privaatrecht betreft de regelgeving omtrent ‘flitsscheidingen’.³⁰¹ In dat geval speelt mee dat in het familierecht ook bepaalde publiekrechtelijke belangen een rol spelen. Ook zijn niet alleen de belangen van de partijen bij het geding in het spel, maar ook die van derden, in dit geval de kinderen. De rechter vertegenwoordigt een publiek belang, de mediator of bemiddelaar treedt juist op in een besloten setting. Andere voorbeelden uit het privaatrecht betreffen de bescherming van huurders, consumenten en werknemers. Doorgaans vormen zij de ‘zwakkere’ partij in de contractuele verhouding met de verhuurder, de verkoper of de werkgever.³⁰²

Ook in het geval van het strafrecht zal het publieke belang vereisen dat een aantal typen van zaken door de rechter wordt afgedaan. Gedacht kan worden aan ernstige delicten als moord en verkrachting. De rechtsorde is hier op zodanige wijze geschokt, dat oplegging van een sanctie door de strafrechter het enige middel is dat tot een voor de samenleving bevredigende wijze van afdoening van de zaak leidt. In algemene zin geldt als beperking voor alle geschilbeslechters in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland dat de doodstraf niet mag worden opgelegd.³⁰³ In geval van zware straffen moeten de voorwaarden van een ‘fair trial’ vervuld zijn. Dat blijkt uit onderzoek van Hildebrandt naar de waarde van het procesbeginsel bij de afdoening van strafzaken. Zij komt tot de volgende conclusie betreffende de (on)voorwaardelijkheid van het procesbeginsel:

‘Hoewel in geval van zware straffen (waaronder in ieder geval de vrijheidsbeneming) onverkort aan alle eisen van de procesvorm van het ‘fair trial’ voldaan moet zijn, moeten de constitutieve voorwaarden voor deze procesvorm in andere gevallen in ieder geval op worden gevat als regulatieve voorwaarde voor de bestraffing. Dat wil zeggen dat het procesbeginsel hier niet wordt geïnterpreteerd als procesverplichting, noch als een recht op toegang tot de rechter waarvan zonder meer afstand kan worden gedaan, maar als een richtlijn voor iedere vorm van punitieve rechtshandhaving.’³⁰⁴

³⁰⁰ Bovend’Eert 2000a, p. 64.

³⁰¹ Zie daarover onder andere ‘Flitsscheiding verovert terrein’, *NRC Handelsblad*, 19 september 2005, p. 7, en ‘Kamer beperkt flitsscheiding’, *NRC Handelsblad*, 29 september 2005, p. 1.

³⁰² Vgl. *supra*, par. 4.3.2.

³⁰³ Cf. artikel 114 Gw en artikel 102 GG. In het Franse rechtssysteem is het verbod met de *loi constitutionnelle no. 2007-239 du 23 février 2007* (JO 24 februari 2007) opgenomen in artikel 66-1 C.

³⁰⁴ Hildebrandt 2002, p. 520.

Uit het oogpunt van rechtsstatelijkheid geldt dus alleen in geval van zware straffen de eis van een ‘fair trial’. Hiermee is niet gezegd dat tevens sprake moet zijn van een proces voor een ‘gerecht’, dat wil zeggen een orgaan dat zich behalve door de aanwezigheid van procedurele waarborgen ook kenmerkt door de kwalificatie als orgaan van de Staat en als neutrale derde. Oplegging van de straf van vrijheidsontneming is echter in elk van de onderzochte rechtssystemen voorbehouden aan de rechterlijke macht.³⁰⁵ Dit is in lijn met de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van de afdoening van zaken door zelfstandige bestuursorganen. Volgens het Straatsburgse hof is dit geoorloofd, zolang maar geen mogelijkheid bestaat tot oplegging van een vrijheidsstraf.³⁰⁶ De reden hiervoor is dat de benaming van de vrijheid een inbreuk vormt op het fundamentele recht van de burger om zich in vrijheid te bewegen.³⁰⁷ De afbakening van de taak van ‘gerechten’ ten opzichte van andere organen blijft echter een subjectief element in zich dragen. Objectief gezien kan bijvoorbeeld gesteld worden dat vrijheidsstraffen slechts mogen worden opgelegd door ‘gerechten’. Hiermee staat echter nog niet vast in welke typen van gevallen de mogelijkheid van oplegging van een vrijheidsstraf behoort te bestaan. Dit vraagt om een afweging van waarden die in de samenleving bestaan.

Met betrekking tot bestuursrechtelijke zaken is het rechterlijke domein in de loop der tijd fors uitgebreid. In de jurisprudentie betreffende artikel 6 lid 1 EVRM zijn bestuurshandelingen gekwalificeerd als ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’. De garantie van toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter geldt voor nagenoeg alle typen van bestuurshandelingen.³⁰⁸ Eventuele gaten in de toegang tot de bestuursrechter kunnen bovendien worden opgevuld door de burgerlijke rechter, die in dat geval als ‘re-strechter’ functioneert.³⁰⁹ Een heikel punt is echter de reikwijdte van de toetsing door de bestuursrechter. De Nederlandse bestuursrechtspraak is in dit verband berispt door het EHRM, dat in asielzaken geen genoeg neemt met een marginale toetsing *ex tunc*, maar een volle toetsing naar de situatie van het moment vereist.³¹⁰

De ratio van het gekozen onderscheidingscriterium voor de verplichtstelling van rechtspraak is terug te voeren op het publieke karakter van rechtspraak.³¹¹ Het bestaan van ‘publieke rechtspraak’ is verdedigbaar op een aantal goede gronden, die helder worden indien wij een nadere blik werpen op de betekenis van het begrip ‘publiek’.³¹² Op

³⁰⁵ Zie voor Nederland artikel 113 lid 3 Gw. Met betrekking tot Frankrijk, zie artikel 66 C juncto de artikelen 7, 8 en 9 DDHC, maar zie ook Favoreu & Philip 1979, p. 343 (*GD*, 2^e druk, nr. 27, *Juge unique*): de bevoegdheid tot oplegging van vrijheidsstraffen wordt erkend als een ‘*principe fondamental reconnu par les lois de la République*’, en daarmee als een beginsel met constitutionele waarde. Met betrekking tot Duitsland, zie artikel 104 lid 2 GG.

³⁰⁶ EHRM, 21 februari 1984, nr. 8544/79, A-serie nr. 73 (*Öztürk tegen Duitsland*), §§ 53-54. Zie Kuijer 2004, p. 127.

³⁰⁷ EHRM, 21 februari 1984, nr. 8544/79, A-serie nr. 73 (*Öztürk tegen Duitsland*), § 54.

³⁰⁸ Verhey & Verheij 2005, p. 182.

³⁰⁹ Vgl. Verhey & Verheij 2005, p. 182, en *infra*, par. 6.2.1.

³¹⁰ EHRM, 11 januari 2007, nr. 1948/04 (*Salah Sheekh tegen Nederland*); EHRM, 5 juli 2005, nr. 2345/02 (*Said tegen Nederland*). Zie Mak 2007c.

³¹¹ Vgl. Loth 2004a. Zie tevens Brenninkmeijer 1987, p. 14.

³¹² Loth 2004a, p. 46.

basis van het werk van de filosofe Hannah Arendt en de socioloog Richard Sennett onderscheidt Loth vier relevante betekenissen van de term ‘publiek’: gemeenschappelijkheid, toegankelijkheid, openbaarheid en pluriformiteit.³¹³ Hij geeft vervolgens aan hoe de rechtspraak in elk van die vier betekenissen een publiek karakter heeft.³¹⁴ De gemeenschappelijkheid van de rechtspraak komt tot uitdrukking in haar tweezijdige karakter: enerzijds een ‘public good’ in economische zin, anderzijds een onderdeel van het politieke overheidslichaam, dat belast is met de behartiging van publieke belangen. Toegankelijkheid van de rechtspraak voor iedere burger is van belang in verband met de bescherming van minderheidsrechten.³¹⁵ Het mag niet zo zijn dat twee soorten rechtspraak ontstaan: private geschilbeslechting voor zij die dat kunnen betalen, rechtspraak voor de minder draagkrachtige burgers. Openbaarheid van de rechtspraak, ten derde, is van belang in verband met de transparantie en de controleerbaarheid van de rechtspraak. Het publieke karakter van rechtspraak houdt tot slot in dat zij van invloed is op de pluriformiteit van de samenleving. De jurisprudentie vormt het uitgangspunt voor maatschappelijke discussies en dient tevens als oriëntatiepunt voor rechters bij de beslissing van toekomstige gevallen.³¹⁶

Vanuit de paradigma’s voor de rechterlijke organisatie die in Deel I zijn onderscheiden, vloeien argumenten voort voor het instellen en in stand houden van publieke rechtspraak. ‘Gemeenschappelijkheid’ (behartiging van het publieke belang) en ‘pluriformiteit’ (rechtspraak als ankerpunt in maatschappelijke discussies) rechtvaardigen de rol van de rechtspraak vanuit de politieke dimensie van klassieke rechtsstatelijkheid. ‘Openbaarheid’ (transparantie) en ‘toegankelijkheid’ zijn nauw verbonden met de nieuwe dimensie in de discussie over de rechterlijke organisatie die is geïntroduceerd met het ‘new public management’-paradigma; zij dragen bij aan de ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechtspraak. Alle uitgangspunten zijn gejuridiseerd in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie in de ‘rechtsstaten’ van Nederland, Frankrijk en Duitsland. Publieke rechtspraak bestaat in die systemen bij de gratie van de als nastrevenswaardig aangemerkte aspecten van het ‘publieke’ karakter. Die aspecten zijn in eerste instantie, geheel of ten dele, in constitutionele normen gevat. Met het verstrijken der tijd en de ontwikkeling van samenleving en rechtsorde zijn accentverschuivingen doorgevoerd door middel van wijziging van constitutionele normen, door middel van constitutionele toetsing en door middel van verdragstoetsing. De fundamentele rechtsstatelijke rechtvaardiging van het bestaan van publieke rechtspraak is echter onaangetast gebleven. Het bestaan van (een minimumaanbod van) publieke rechtspraak kan daarmee worden aangemerkt als een gemeenschappelijke juridische minimumnorm voor de geschilbeslechting in de onderzochte ‘rechtsstaten’. Indien die norm niet in ere wordt gehouden, wordt afbreuk gedaan aan het klassiek-rechtsstatelijke beginsel van ‘onafhankelijkheid’ van de rechter.

³¹³ Arendt 1958, pp. 50-58; Sennett 1977, p. 16-17.

³¹⁴ Loth 2004a, p. 46.

³¹⁵ Vgl. EHRM, 21 februari 1975, nr. 4451/70, A-serie nr. 18 (*Golder tegen Verenigd Koninkrijk*).

³¹⁶ Zie in meer detail Loth 2004a, pp. 47-48.

In dit hoofdstuk heeft een eerste thematische beschouwing plaatsgevonden van de zoektocht naar legitimiteit van de rechterlijke organisatie, die gerealiseerd wordt in de balans tussen 'autonomie' en 'responsiviteit' van het constitutionele recht betreffende de rechterlijke organisatie. Het centrale vraagpunt betrof de afbakening van de rechterlijke activiteit in het publieke domein (de rol van de rechterlijke macht ten opzichte van de politieke staatsmachten) en ten opzichte van het private domein (rechtspraak ten opzichte van alternatieve vormen van geschilbeslechting). Als onderzoeksmethode is gebruik gemaakt van een rechtsvergelijkende analyse van de beginselen voor de rechterlijke organisatie in de 'rechtsstaat' in de historische en in de hedendaagse context van drie rechtssystemen. Bekeken is in hoeverre de invloedsfactoren op het constitutionele kader bepalend zijn voor de mate waarin veranderde inzichten over de rol van de rechterlijke organisatie in de rechtsstaat tot uitdrukking komen in regelgeving betreffende de organisatie van de rechtspraak.

Uit de analyse is een aantal beginselen gedestilleerd dat de constitutionele kern van de rechterlijke activiteit in de afweging van 'autonomie' en 'responsiviteit' weergeeft. In die norm zijn beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma compatibel gemaakt met nieuwe beginselen uit het 'new public management'-paradigma. De aspecten van de afbakening van het rechterlijk domein zijn van tweeërlei aard. In het publieke domein van de verhouding tussen de staatsmachten ontleent de rechterlijke macht haar legitimiteit vanuit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma aan de belofte van politieke neutraliteit die de essentie vormt van de rechterlijke 'onafhankelijkheid'. Vanuit het 'new public management'-paradigma vloeit die legitimiteit op dit niveau voort uit de aanvaarding van de verantwoordelijkheid die samenhangt met de kwalificatie van de rechtspraak als element van publieke dienstverlening. In de afbakening ten opzichte van het niet-rechterlijke domein van geschilbeslechting is de klassiek-rechtsstatelijke legitimiteit van de rechtspraak verbonden met haar status als gereguleerde, publieke wijze van geschilbeslechting, die in het teken staat van de rechtsbescherming van de burger. Het 'new public management'-paradigma biedt uitgangspunten voor legitimiteit door het accent te leggen op de bijzondere waarborgen van de rechtspraak ten opzichte van alternatieve vormen van geschilbeslechting ('rechtspraak als redelijk alternatief').

Argumenten voor de vormgeving van de rechterlijke organisatie zijn op deze manier in een gemeenschappelijk afwegingskader samengebracht. Zij kunnen tegen elkaar worden afgewogen in debatten over de modernisering van de rechterlijke organisatie, waarbij klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de organisatie van de rechtspraak in balans worden gebracht met 'new public management'-uitgangspunten. De bescherming van fundamentele waarden voor de regulering van macht in de 'rechtsstaat' staat tegenover de tegemoetkoming aan de maatschappelijke eisen van het moment. Het constitutionele kader en de invloedsfactoren op de ontwikkeling van dit kader vormen de grondslag voor de constante herbepaling van het evenwicht tussen beginselen gericht op de garantie van 'autonomie' van het recht en beginselen gericht op de realisatie van 'responsiviteit' ten aanzien van wensen uit politiek en samenleving.

Zonder vorm geen organisatie, maar slechts chaos en anarchie.³¹⁷ Zonder klassiek-rechtsstatelijke en ‘transparante’, ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ vormgeving van de ‘rechterlijke organisatie’ geen constitutioneel gelegitimeerde ‘rechtspraak’. Wij hebben gezien hoe de ‘rechterlijke organisatie’ *an sich* eruit ziet en hoe haar functie-uitoefening past in het bredere kader van vormen van ‘geschilbeslechting’ in de rechtsstaat. Het is nu tijd om een nadere blik te werpen op de beheersmatige en bestuurlijke inbedding van de ‘rechterlijke organisatie’ in het geheel van de organisatie van de overheid.

³¹⁷ Aldus Judge J. Bleckley in *Cochran v. State*, 62 Ga. 731, 732 (1879), aangehaald door Summers 2005, p. 13: ‘It is through form that all organization is reached. Matter without form is chaos; power without form is anarchy.’ Zie ook Summers 2006.

Hoofdstuk 5

Het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie: nieuwe organisatievormen belicht

In de hedendaagse context worden de presidenten van de gerechten in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland steeds meer gelijkgesteld aan bedrijfsleiders, die verantwoordelijkheid dragen voor het beheer, de productiviteit en de kwaliteit van de dienst die zij aan hun medeburgers verlenen.¹ De individuele rechter in Nederland wordt in functioneringsgesprekken afgerekend op het aantal afgedane zaken en het percentage ‘kennelijk onverschoonbare vernietigingen’ van zijn beslissingen in hoger beroep en in cassatie.² Dit zijn slechts twee voorbeelden die aantonen dat de normering betreffende de zorg voor het functioneren van met rechtspraak belaste organen zich heeft aangepast aan de eisen van de tijd. In de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland geeft de ontwikkeling van de laatste jaren aanleiding te constateren dat sprake is van een geleidelijke groei in belang van uitgangspunten van ‘new public management’.

Die constatering vormt de opmaat voor een analyse van ‘beheer’ en ‘bestuur’ van de rechterlijke organisatie in het constitutionele kader, waarin beginselen van klassieke rechtsstatelijkheid en ‘new public management’ zijn samengebracht in een constitutioneel evenwicht. Welke constitutionele uitgangspunten liggen ten grondslag aan het ‘beheer’ en ‘bestuur’ van de rechterlijke organisatie? Welk gewicht hebben beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en beginselen uit het ‘new public management’-paradigma in de zoektocht naar een balans tussen autonomie en responsiviteit van het recht betreffende de rechterlijke organisatie in een gegeven tijdsgewricht? Welke aanvulling, versterking of begrenzing van de legitimiteit van de rechterlijke organisatie in de ‘rechtsstaat’ kan worden afgeleid uit de confrontatie van beginselen uit de twee paradigma’s? In eerste instantie dient te worden vastgesteld in hoeverre de regeling betreffende het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie in het constitutionele domein valt (5.1). Vervolgens kan worden bezien welke beginselen uit de twee paradigma’s voor de rechterlijke organisatie een rol spelen bij de zoektocht naar oplossingen voor beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen (5.2). Een confrontatie van de twee perspectieven biedt gelegenheid tot vaststelling van de wijze(n) waarop de twee typen van beginselen in de ‘rechtsstaat’ zich tot elkaar verhouden en bijdragen aan de realisatie van een maximaal legitieme rechterlijke organisatie (5.3).

¹ Met betrekking tot Frankrijk, zie Lottin 2002. Voor Nederland, vgl. Commissie Deetman 2006, pp. 7 en 23. Met betrekking tot Duitsland kan verwezen worden naar Hoffmann-Riem 2000, hoofdstuk 16.

² RvdR 2006, p. 16.

5.1 De constitutionalisering van beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie

In het vorige hoofdstuk hebben wij gezien dat de afbakening van de rechterlijke functie in de ‘rechtsstaat’ direct voortvloeit uit het klassiek-rechtsstatelijke beginsel van scheiding van machten in de ‘rechtsstaat’. De constitutionele waarde van normen betreffende de interne organisatie van de rechterlijke functie, daarentegen, is minder vanzelfsprekend. In het licht van het in Deel I geschetste referentiemodel van het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie dient een nadere blik te worden geworpen op de reikwijdte van de constitutionalisering van normen van organisatorische aard. Daartoe is allereerst een conceptualisering nodig van de begrippen ‘beheer’ en ‘bestuur’ in het kader van de rechterlijke organisatie (5.1.1). Vervolgens wordt bekeken in hoeverre de regeling van dit onderwerp wordt beheerst door normen van constitutionele aard (5.1.2).

5.1.1 De concepten ‘beheer’ en ‘bestuur’

Om te beginnen een begripsomschrijving, uitgaande van de betekenis van ‘beheer’ en ‘bestuur’ met betrekking tot de rechterlijke organisatie in de drie onderzochte rechtssystemen. In Duitsland, allereerst, wordt ‘*Gerichtsverwaltung*’ in beginsel begrepen als de functie van de gerechten die geen ‘rechterlijke’ activiteit inhoudt.³ Tegenover die negatieve afbakening staat een positieve omschrijving, waarin onder het beheer en bestuur van het gerecht ook de functie-uitoefening door beheers- en bestuursorganen binnen de rechterlijke organisatie (zoals de *Präsidentrat* en de *Richterrat*⁴) begrepen wordt. Als meest treffende omschrijving wordt aangehouden dat de ‘*Gerichtsverwaltung*’ alle taken binnen een gerecht omvat die niet tot de ‘rechtspraak’ behoren, maar die op directe of indirecte wijze betrekking op die rechtspraak hebben.⁵ Onderdelen van die ‘*Gerichtsverwaltung*’ betreffen de financiering van de gerechten, de regeling van aangelegenheden van materiële aard (ter beschikking stellen van gerechtsgebouwen, inrichting van rechtszalen en gerechtsbibliotheken, et cetera), het personeelsbeleid en het diensttoezicht.⁶

Een preciezere omschrijving is te vinden in de Nederlandse discussie. Bij de herziening van de Nederlandse rechterlijke organisatie is de afbakening van de begrippen ‘beheer’ en ‘bestuur’ van de rechterlijke organisatie uitdrukkelijk aan de orde gesteld, met als resultaat de volgende afbakening van beide begrippen. Het ‘beheer’ van de rechterlijke organisatie betreft de taken die verricht moeten worden om het (voort)bestaan en functioneren van de gerechten te garanderen: het ter beschikking stellen van middelen en gebouwen, het personeelsbeleid (rechters en ondersteunend personeel), en de be-

³ <http://www.bundesfinanzhof.de/www/bfh/11verw/verw1.html>, geraadpleegd op 11 mei 2007.

⁴ Over die organen, zie *infra*, par. 5.2.2.

⁵ <http://www.bundesfinanzhof.de/www/bfh/11verw/verw1.html>, geraadpleegd op 11 mei 2007. Vgl. Bovend’Eert 1996, p. 13; Schilken 2003, pp. 164-166.

⁶ Bovend’Eert 1996, p. 13. Vgl. Kissel 1994, p. 182 e.v.

drijfsvoering.⁷ Het ‘bestuur’ van de gerechten betreft het vormen en uitvoeren van beleid ten aanzien van de uitoefening van de rechtsprekende taak door rechters en gerechten. Het beleid in dit kader ziet op de werkwijze en de procesvoering van de gerechten: toezicht op gerechtelijke administraties, werkvoorraden, doorlooptijden, bevordering van de rechtseenheid, kwaliteitszorg.⁸

De Franse benadering van de definitie van ‘beheer’ en ‘bestuur’ van de rechterlijke organisatie komt in grote lijnen overeen met de afbakening in de Nederlandse literatuur. De Franse definitie van het begrip ‘*administration de la justice*’ gaat in beginsel uit van een scherp onderscheid tussen de organisatie van de rechtspraak en het functioneren van de gerechten.⁹ In een voorstel tot herziening van de *Code de l’organisation judiciaire (COJ)* wordt onderscheiden tussen ‘*l’administration*’, ‘*la gestion administrative*’ en ‘*l’administration judiciaire*’.¹⁰ Het overkoepelende begrip ‘*administration (de la Justice)*’ omvat enerzijds de ‘*gestion administrative*’, dat wil zeggen de zorg en verantwoording voor de inzet van de financiële en personele middelen die ter beschikking zijn gesteld aan de gerechten. Aspecten van dit ‘beheer’ betreffen het budgetbeheer voor de rechterlijke organisatie, het ‘human resource management’, het technologisch beheer en het beheer van de gebouwen die aan de rechtspraak ten dienste staan.¹¹ Anderzijds omvat het ‘beheer’ en ‘bestuur’ de ‘*gestion judiciaire*’ van de gerechten, dat wil zeggen de handelingen gericht op het goed functioneren van de gerechten wat betreft de uitoefening van de rechterlijke activiteit. ‘Procesbeheer’ staat hier voorop. Als doelstellingen gelden onder andere dat zaken binnen een redelijke termijn dienen te worden afgedaan en dat rechterlijke beslissingen inhoudelijk correct moeten zijn en aan motiveringsvereisten moeten voldoen. Beheer van middelen heeft slechts zin indien dit gericht is op de garantie van een goed procesbeheer voor de rechterlijke organisatie en van de waarborg van rechterlijke onafhankelijkheid.¹² Het EHRM heeft in een arrest van 28 oktober 1999 in de zaak Zielinski aansluiting gezocht bij dit tweede aspect van het beheersbegrip: ‘*l’administration de la justice*’ omvat alles wat met het proces en met het nemen van de beslissing door de rechter te maken heeft.¹³

Ten behoeve van de nu volgende analyse worden de elementen ‘beheer’ en ‘bestuur’ waar nodig van elkaar onderscheiden en apart behandeld. In algemene zin worden zij bij elkaar genomen en afgezet tegen de uitoefening van de inhoudelijke functie ‘rechtspraak’. Problematisch is de afbakening van de beheers- en bestuurstaak ten opzichte van de (inhoudelijke) taak van ‘geschilbeslechting’. Hier bestaat het risico van een botsing van het principe van onafhankelijke rechtspraak met het uitgangspunt van een op ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ gerichte ‘bedrijfsorganisatie’. Het is niet ondenkbaar dat de

⁷ Vgl. artikel 91 lid 1 RO.

⁸ Voermans 2000, pp. 642-643.

⁹ Pauliat 2001, p. 76.

¹⁰ Dalle 2001, p. 95.

¹¹ Lottin 2002.

¹² Vgl. Lottin 2002.

¹³ EHRM, 28 oktober 1999, nr. 24846/94 en 34165/96 t/m 34173/96 (*Zielinski en Pradal en Gonzalez e.a. tegen Frankrijk*), § 57.

uitoefening van sommige bevoegdheden in het kader van het bestuur en beheer van de rechterlijke organisatie van invloed is op de inhoudelijke rechtspraak. In de zojuist geciteerde beslissing van het EHRM in de zaak *Zielinski* wordt wetgeving met terugwerkende kracht veroordeeld; artikel 6 lid 1 EVRM staat eraan in de weg dat de wetgever zich mengt in het procesbeheer met het doel invloed uit te oefenen op de rechterlijke afwikkeling van een geschil.¹⁴ Bij wijze van voorbeeld kan verder worden gewezen op de dunne scheidslijn tussen de vergroting van de rechtseenheid door maatregelen in het kader van het beleid betreffende de rechterlijke organisatie en ongeoorloofde inmenging in de inhoudelijke functie-uitoefening van de rechter.¹⁵ De taken van 'beheer' en 'bestuur' vinden een begrenzing in het verbod van inmenging 'in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een concrete zaak of in categorieën van zaken'.¹⁶ Wij zullen hieronder zien hoe in het licht van deze begrenzing een optimaal evenwicht kan worden gerealiseerd tussen klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen voor de rechterlijke organisatie.

De concepten 'beheer' en 'bestuur' zijn hiermee voldoende helder geschetst. Alvorens de analyse aan te vangen van de constitutionele factoren die een rol spelen bij de keuze van een structuur voor dit 'beheer' en 'bestuur' in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland, dient te worden vastgesteld in hoeverre sprake is van een vraagstuk van constitutionele aard. Een volgende stap bestaat er daarom in te bezien of en in welke mate normen met betrekking tot het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie ingang hebben gevonden in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen.

5.1.2 *Opname van beheers- en bestuursnormen in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie*

In de 'rechtsstaat' geeft de Constitutie in materiële zin de normen die de productie regelen van normen betreffende de organisatie van de Staat.¹⁷ Zij kan ermee volstaan de drie staatsfuncties 'wetgeving', 'bestuur' en 'rechtspraak' toe te delen aan verschillende organen in de Staat en de verdere regeling betreffende de organisatie van die functies opdragen aan een van de onderscheiden 'machten'. De afbakening van het 'rechterlijk domein' behoort tot de eerste categorie van normen en heeft daarmee constitutionele waarde. De verdere organisatie van de rechtspraak, betreffende het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie en de verdeling van rechtsmacht, heeft in materiële zin in beginsel geen constitutionele status. In veel gevallen heeft de constitutionele wetgever in gegeven 'rechtsstaten' ervoor gekozen om meer of minder normen betreffende deze organisatorische kwesties op te nemen in een codificatie van constitutionele normen, de Constitutie in formele zin. Door deze 'formalisering' of 'constitutionalisering' verkrij-

¹⁴ Vgl. EHRM, 28 oktober 1999, nr. 24846/94 en 34165/96 t/m 34173/96 (*Zielinski en Pradal en Gonzalez e.a. tegen Frankrijk*), § 57.

¹⁵ Vgl. de artikelen 93, 94 en 95 RO, waarover in meer detail *infra*, par. 5.2.2. en 5.3.

¹⁶ Vgl. de artikelen 24 lid 2, 96 leden 1 en 2 en 109 van de Nederlandse Wet RO, betreffende de zogenaamde 'onafhankelijkheidsexcepties'. Zie ook *infra*, par. 5.3.3.

¹⁷ Over het concept 'Constitutie', zie *supra*, paragraaf 2.2.1.

gen normen die in materiële zin geen constitutionele waarde hebben de status van formeel-constitutionele normen. Zij gelden daarmee als referentienorm voor wetgeving en lagere regelgeving in het rechtssysteem, en als toetsingsnorm voor de rechter.

Deze 'constitutionalisering' kan worden vastgesteld voor normen betreffende het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland. Zij loopt gelijk op met de mate van doorvoering van 'new public management'-beginselen in de respectieve systemen. Dit hangt samen met de tendens in de hedendaagse politieke en maatschappelijke context om wat betreft vraagstukken van 'beheer' en 'bestuur' van de rechterlijke organisatie aan te knopen bij de opnieuw gekwalificeerde elementen uit dit paradigma eerder dan bij beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma. Voor zover het 'new public management'-paradigma een uitwerking vindt in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie, zullen oplossingen betreffende 'beheer' en 'bestuur' een constitutionele basis krijgen.

Het duidelijkste voorbeeld van constitutionalisering is in dit verband te vinden in het Nederlandse rechtssysteem. Dit hangt samen met de Nederlandse rechtscultuur. Deze lijkt meer dan de rechtsculturen van Frankrijk en Duitsland open te staan voor doorvoering van beginselen van 'new public management' in de rechterlijke organisatie, inclusief de daarmee gepaard gaande aanpassing van bestaande regelingen van constitutionele aard.¹⁸ Tegelijkertijd speelt mee dat de laatste grote moderniseringsoperatie van de rechterlijke organisatie in recente jaren haar beslag heeft gekregen. De constitutionele regelgeving met betrekking tot de organisatie van de rechtspraak geeft daarmee een weergave van de balans tussen beginselen van klassieke rechtsstatelijkheid en beginselen van 'new public management' in het huidige Nederlandse rechtssstelsel.

De ontwikkeling in het Franse rechtssstelsel verloopt in een langzamer tempo. Hoewel 'beheer' en 'bestuur' in Frankrijk hoog op de politieke agenda staan in het kader van de modernisering van de rechterlijke organisatie, hebben directe verwijzingen naar deze onderwerpen nog slechts in geringe mate ingang gevonden in de wetgeving. Met betrekking tot de rechtspraak door de gerechten van de rechterlijke macht, geven zowel de *Code de procédure civile* als de *Code de procédure pénale* geen aanknopingspunten voor de '*administration de la justice*' of de '*administration du tribunal*'. Dit zou erop kunnen duiden dat er geen verband is tussen het verloop van een gerechtelijke procedure en het beheer van een gerecht.¹⁹ Een verwijzing naar '*mesures d'administration judiciaire*' is wel terug te vinden in de artikelen R213-2 en R 311-15 *COJ*, waarin de bevoegdheden van de *chefs de juridiction* zijn vastgelegd.²⁰ Met betrekking tot het beheer en bestuur van de admini-

¹⁸ Een vergelijking van de rechtsculturen van Nederland en Duitsland met betrekking tot de rechtspleging is te vinden bij Blankenburg 1998.

¹⁹ Dalle 2001, p. 95.

²⁰ Artikel R213-2 *COJ* (met betrekking tot het functioneren van het *cour d'appel*): 'Le premier président prend par ordonnance les mesures d'administration judiciaire.' Artikel R 311-15 (met betrekking tot het functioneren van het *tribunal de grande instance*): 'Le président du tribunal prend par ordonnance les mesures d'administration judiciaire.' Over de bevoegdheden betreffende het beleid voor de rechtspraak, zie *infra*, par. 5.2.2.

stratieve gerechten is sprake van een vergelijkbare terughoudendheid betreffende de wettelijke regeling van deze materie.²¹

In het Duitse rechtssysteem, ten slotte, is de regeling van ‘beheer’ en ‘bestuur’ niet direct zichtbaar in de constitutionele bepalingen en de wetgeving met betrekking tot de rechterlijke organisatie. Artikel 74 (1) sub 1 GG bepaalt slechts dat de ‘*Gerichtsverfassung*’ een gedeeld bevoegdheidsterrein van de federale overheid en de deelstaten betreft. Het *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG) en het *Deutsche Richtergesetz* (DRiG) geven geen specifieke aanknopingspunten. Uitdrukkelijke bepalingen betreffende de ‘*Gerichtsverwaltung*’ zijn op het federale niveau slechts te vinden in de organieke wetgeving betreffende de bestuursrechtspraak.²² Constitutionalisering van normen betreffende ‘beheer’ en ‘bestuur’ is echter onderwerp van discussie in verband met de wens tot toepassing van een model van ‘new public management’ (‘*neue Steuerungsmodell*’) op de staatsorganisatie en in dat verband het beheer en bestuur van de rechtspleging.²³

Vanwege het ontbreken van normen betreffende ‘beheer’ en ‘bestuur’ op het constitutionele niveau in Frankrijk en Duitsland, heeft de constitutionele rechter (nog) geen rol van betekenis kunnen spelen bij de interpretatie van normen in dit verband. Dit wordt gecompenseerd door een lichte invloed vanuit het internationale recht. Het EHRM heeft in de rechtspraak op basis van artikel 6 lid 1 EVRM aan de lidstaten een ruime ‘*margin of appreciation*’²⁴ gelaten wat betreft de regeling van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie.²⁵ In het verband van de Europese Unie wordt van de lidstaten verwacht dat zij de vereisten van dit artikel in acht nemen.²⁶ Vergelijkingsmateriaal voor de formulering van oplossingen voor de rechterlijke organisatie komt tot stand in de samenwerking tussen lidstaten van de Raad van Europa in het kader van de CEPEJ. Hierboven is reeds gewezen op de bijdrage die op deze wijze wordt geleverd aan de harmonisering van oplossingen voor de rechterlijke organisatie in Europese rechtssystemen.²⁷

In het constitutionele kader van de ‘rechtsstaat’ dient een ‘optimale’ keuze te worden gemaakt voor het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie. Hiermee wordt een

²¹ Zie artikel R231-3 *Code de justice administrative*: ‘Le vice-président du Conseil d’Etat assure la gestion du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d’appel. Il peut déléguer sa signature au secrétaire général et aux secrétaires généraux adjoints du Conseil d’Etat. Délégation peut également être donnée aux chefs de service du Conseil d’Etat et aux fonctionnaires du secrétariat général appartenant à un corps de catégorie A.’

²² Zie de artikelen 38 en 39 van de *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO); artikel 2 (3) *Verwaltungsverfahrensgesetz* (BVwVfG).

²³ Vgl. Krix 2002, p. 131; Hoffmann-Riem 2000, p. 235. Zie tevens Depré 2005; Bovend’Eert 1996.

²⁴ Ten aanzien van dit begrip, vgl. Lawson & Schermers 1999, p. 26, met betrekking tot EHRM, 21 februari 1975, nr. 4451/70, A-serie nr. 18 (*Golder tegen Verenigd Koninkrijk*), onder verwijzing naar EHRM, 16 december 1992, nr. 12964/87, A-serie 253-B (*De Geouffre de la Pradelle tegen Frankrijk*), § 34.

²⁵ Kuijer 2004, pp. 186-187.

²⁶ Zie *supra*, par. 2.2.4.

²⁷ Zie *supra*, par. 2.2.4.

heikel punt aangesneden. Centraal bij de keuzes met betrekking tot beheer en bestuur staat de afweging tussen beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma enerzijds (rechterlijke ‘onafhankelijkheid’, scheiding van machten) en beginselen uit het ‘new public management’-paradigma anderzijds (‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van het beheer en bestuur). Tegen de achtergrond van de legitimiteitsgronden die liggen in de autonomie en responsiviteit van het recht van de rechterlijke organisatie worden klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen voor de rechterlijke organisatie met elkaar in evenwicht gebracht. De invloed van de verschillende beginselen is afhankelijk van de mate waarin zij via constitutionele wetgeving en de wijziging daarvan, alsmede via constitutionele rechtspraak en verdragstoetsing tot uitdrukking zijn gebracht in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie.²⁸ Die invloed kan voor de hedendaagse context van de ‘rechtsstaat’ worden onderzocht door de ontwikkelingen in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland te inventariseren in het licht van de twee onderscheiden paradigma’s voor de discussie over de rechterlijke organisatie.

5.2 Beginselen voor het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie: een inventarisatie vanuit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en vanuit het ‘new public management’-paradigma

Het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie staan in de context van klassieke rechtsstatelijkheid in het teken van de verhouding tussen de rechterlijke macht en de politieke staatsmachten. Die verhouding zal worden bezien in het licht van het constitutionele beginsel van ‘onafhankelijkheid’ en de daarmee samenhangende eis van toezicht (5.2.1). In het ‘new public management’-paradigma dient de beheers- en bestuursstructuur in het constitutionele referentiekader opnieuw te worden gedefinieerd in het licht van de beginselen van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ (5.2.2).

5.2.1 Beheer en bestuur in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma: de verhouding tussen de rechterlijke macht en de politieke staatsmachten bezien in het licht van de beginselen van onafhankelijkheid en toezicht

Taken van beheer en bestuur van de gerechten kunnen aan verschillende organen binnen de Staat worden toevertrouwd. De twee mogelijkheden voor de toekenning van bevoegdheden van beheer en bestuur (‘extern’ en ‘intern’ ten opzichte van de rechterlijke macht) zullen nu nader worden geanalyseerd. Allereerst richten wij onze aandacht op de in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma gepropageerde rol van de politieke staatsmachten bij het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid van rechterlijk zelfbeheer en –bestuur, een mogelijkheid die in recente moderniseringsdebatten naar voren is gebracht.

²⁸ Vgl. *supra*, hoofdstuk 2.

- DE ROL VAN DE WETGEVENDE EN UITVOERENDE MACHT

De toedeling van bevoegdheden van ‘beheer’ en ‘bestuur’ van de rechterlijke organisatie aan de wetgevende en aan de uitvoerende macht vloeit voort uit de opvatting van ‘*checks and balances*’ in de historische context. De toedeling van bevoegdheden gaat samen met de mogelijkheid verantwoording te vragen voor het gebruik dat van die bevoegdheden wordt gemaakt.

De ratio van ‘checks and balances’

In het klassiek-rechtsstatelijke paradigma is de toekenning van bevoegdheden van ‘beheer’ en ‘bestuur’ aan de wetgevende en aan de uitvoerende macht te verklaren vanuit de idee van ‘*checks and balances*’. De constitutionele regelingen van de ‘rechtsstaten’ van Nederland, Frankrijk en Duitsland zijn gegroeid vanuit de opvatting van de rechterlijke macht als ondergeschikt aan de wetgever en/of aan de uitvoerende macht. De rechter werd aanvankelijk gezien als bevoegd tot de enkele toepassing van door de wetgever gestelde regels (*‘bouche de la loi’*).²⁹ Vanwege de vergelijkbaarheid met de functie ‘bestuur’ en de monopoliepositie van de uitvoerende macht wat betreft de staatsorganisatie werd de rechtspraak tevens beschouwd als zijnde inhoudelijk van gelijke rang maar vanuit institutioneel oogpunt ondergeschikt aan de uitvoerende macht.³⁰ Dit blijkt het duidelijkst uit de perceptie van de rechterlijke organisatie in Frankrijk, waar zij wordt aangemerkt als ‘staatsorgaan’ (*autorité publique*), niet als ‘staatsmacht’ (*pouvoir public*). Deze positie hangt samen met de historische ontwikkeling van de rechterlijke macht in Frankrijk maar ook met de wijze waarop de constitutionele ‘*checks and balances*’ vorm hebben gekregen in het Franse semi-presidentiële systeem.³¹ Er is een duidelijke lijn tussen de uitvoerende en de rechterlijke macht gecreëerd, waarbij de rechterlijke organen op beheers- en bestuursniveau ondergeschikt zijn gemaakt aan de uitvoerende macht. In het Duitse rechtssysteem volgt een gelijke constructie uit de interpretatie van het democratieprincipe. De democratische legitimering (*‘demokratische Legitimierung’*) van de rechterlijke autoriteit vereist een verbinding met het volk. Die verbinding kan gerealiseerd worden via de benoeming van rechters door de minister van Justitie, die op zijn beurt democratische legitimering ontleent aan zijn ondergeschiktheid aan de gekozen regeringsleider.³²

In continentaalrechtelijke stelsels kent een gebruikelijke verdeling van bevoegdheden tussen de drie staatsmachten de volgende hoofdkenmerken³³: er is het budgetrecht van de wetgevende macht, daarnaast de verantwoordelijkheid van de uitvoerende macht voor de staatsorganisatie, tot slot de onafhankelijkheid van de rechtsprekende macht.³⁴ Het parlement heeft de zeggenschap over het totaal aan financiële middelen, dat be-

²⁹ Zie *supra*, hoofdstuk 4.

³⁰ Zie *supra*, hoofdstuk 4.

³¹ Voermans 1999, p. 41.

³² Mallmann 2007, antwoord op vraag 10. Zie ook *infra*, par. 5.3.1.

³³ In ‘common law’-stelsels zijn beheer en rechtspraak strikt gescheiden. De rechterlijke macht heeft daar geen rol in het beheer van de gerechten. Vgl. Dalle 2001, p. 93.

³⁴ Loth 1998a, p. 757.

schikbaar wordt gesteld ten behoeve van de rechtspraak.³⁵ De voor de rechtspraak verantwoordelijke minister³⁶ beslist over de verdeling van het toegekende budget over de gerechten, neemt maatregelen betreffende de rechterlijke ambtenaren en het ondersteunende personeel die samen het personeel van de rechterlijke organisatie vormen, en houdt toezicht op de werkwijze en procesvoering van de gerechten. De rechterlijke macht zelf beslist over de interne bedrijfsvoering en procesvoering van de gerechten, waarbij een keuze kan worden gemaakt tussen volkomen autonomie van de afzonderlijke gerechten of concentratie van een deel van de bevoegdheden bij een overkoepelend beheersorgaan.³⁷ De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht bepaalt in hoeverre toezicht en controle mag plaatsvinden door de wetgevende en de uitvoerende macht.

De geschetste rolverdeling is herkenbaar in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen. In elk van deze rechtssystemen beslist het Parlement over het toe te kennen budget voor de rechtspraak.³⁸ In Nederland berust de verantwoordelijkheid voor het functioneren van de rechterlijke organisatie bij de minister van Justitie, hetzelfde geldt in Frankrijk, in Duitsland ligt de verantwoordelijkheid bij de voor de verschillende kolommen van rechtspraak verantwoordelijke minister(ie)s.³⁹ De interne bedrijfsvoering voor de gerechten is in de drie rechtsstelsels op verschillende wijze geregeld.⁴⁰ De 'onafhankelijkheid' van de rechterlijke macht, de gerechten en de rechters ten opzichte van de politieke staatsmachten blijft echter het beslissende uitgangspunt voor de regeling van het 'beheer' en 'bestuur' van de rechterlijke organisatie.⁴¹

Bevoegdheden en verantwoordelijkheid

Bevoegdheid bestaat niet zonder verantwoordelijkheid. Uitgangspunt is de rechterlijke onafhankelijkheid. In navolging van Bovend'Eert en Kortmann kan worden gesteld: 'De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht begrenst (...) de bevoegdheden van de minister en daarmee zijn verantwoordelijkheid'.⁴² Hieruit vloeit voort dat ministeriële verantwoordelijkheid slechts bestaat voor zover de wet de minister bevoegdheden toekent.⁴³ Die verantwoordelijkheid is volgens de Nederlandse regering beperkt tot een verantwoordelijkheid in algemene zin voor 'het goed kunnen functioneren van de rechterlijke organisatie'.⁴⁴ In de grondwettelijke ordening volgt hieruit dat de regering ver-

³⁵ Zie voor Nederland de regeling inzake de rijksbegroting, die is te vinden in de Compatibiliteitswet 2001. Voor Frankrijk, zie de *LOLF*; voor Duitsland zie de artikelen 104a t/m 115 *GG*.

³⁶ In Nederland en Frankrijk de minister van Justitie, in Duitsland de verschillende ministers die verantwoordelijk zijn voor elk van de *Gerichtsbanken*. Zie *infra*, deze paragraaf.

³⁷ Daarover *infra*, paragraaf 5.2.2.

³⁸ Zie *supra*, deze paragraaf.

³⁹ In meer detail *infra*, par. 5.2.2.

⁴⁰ Zie *infra*, par 5.2.2.

⁴¹ Vgl. Lottin 2002.

⁴² Bovend'Eert & Kortmann 2000, p. 1770.

⁴³ Martens & Ten Kate 2000, p. 1618.

⁴⁴ *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27 182, nr. 3, p. 10. Zie ook Van Mierlo & Bart 2002, p. 158 (MvT RvdR). Deze stelling wordt bestreden door Bovend'Eert, die van mening is dat er niet

antwoordelijkheid draagt voor het functioneren van de rechterlijke organisatie als geheel en voor de financiering van die organisatie.⁴⁵ De Nederlandse regering stelt dat, ook sinds de instelling van de Raad voor de rechtspraak⁴⁶, de minister van Justitie nog verantwoordelijk is voor de kwaliteit van de rechtspraak en het functioneren van de rechterlijke organisatie.⁴⁷ De nieuwe structuur is daarmee in overeenstemming met het historisch gegroeide uitgangspunt dat ‘beheer’ en ‘bestuur’ van de rechterlijke organisatie in de eerste plaats tot het domein van de uitvoerende macht behoren.

De toedeling van verantwoordelijkheden in het Nederlandse rechtssysteem wijkt af ten opzichte van de gekozen organisatiestructuren in Frankrijk en Duitsland. In het Franse systeem vormt het bestuur en beheer van de rechterlijke organisatie in de eerste plaats een taak van de regering, anders dan in het huidige Nederlandse systeem met de Raad voor de rechtspraak als centraal beheersorgaan.⁴⁸ De minister van Justitie is verantwoordelijk met betrekking tot het beleid dat hij voert over het bestuur en beheer van de rechterlijke organisatie. De verantwoordingsplicht is daarmee ruimer dan de plicht die in het Nederlandse rechtssysteem geldt.⁴⁹ Met betrekking tot de administratiefrechtelijke gerechten van eerste aanleg en van hoger beroep berust de verantwoordelijkheid voor het beheer bij de *Conseil d'État*.⁵⁰ Het Duitse systeem kent een verdeling van verantwoordelijkheid over verschillende ministers op het federale niveau en op het niveau van de deelstaten.⁵¹ De verantwoordelijkheid voor de financiering van de gerechten berust bij de uitvoerende macht. Wat betreft de federale gerechten is de federale minister van Justitie verantwoordelijk, voor de gerechten op het niveau van de deelstaten zijn de ministers van Justitie op het deelstaatniveau verantwoordelijk.⁵²

Indien eenmaal een verantwoordelijkheid is gecreëerd, dienen de benodigde bevoegdheden beschikbaar te blijven om aan de verantwoordingsplicht te voldoen. Dit kan worden toegelicht aan de hand van een voorbeeld. De uitvoerende macht is uiteindelijk verantwoording schuldig aan het Parlement, onder andere over de begroting voor de rechterlijke organisatie. Zij moet daarom invloed kunnen uitoefenen bij de vaststelling van die begroting. Een vergelijking kan worden gemaakt met zelfstandige bestuurs-

zoiets is als een ‘ministeriële verantwoordelijkheid voor het goed functioneren van de rechterlijke organisatie’, omdat de minister van Justitie niet beschikt over bevoegdheden die de inhoudelijke rechtsprekende taak, de werkwijze van de gerechten of de rechterlijke beslissingen en handelingen betreffen. Bovend'Eert 2001, pp. 40-41.

⁴⁵ Aldus de Raad van State in zijn advies naar aanleiding van het wetsvoorstel RvdR. Zie Van Mierlo & Bart 2002, p. 168 (Nota RvdR).

⁴⁶ Zie *infra*, paragraaf 5.2.2.

⁴⁷ Van Mierlo & Bart 2002, p. 168 (Nota RvdR).

⁴⁸ Voermans 1999, p. 47. Zie over de rol van een Raad voor de rechtspraak *infra*, par. 5.2.2.

⁴⁹ In de praktijk wordt echter nauwelijks ministeriële verantwoording gevraagd op dit terrein. Voermans 1999, p. 44.

⁵⁰ http://www.conseil-etat.fr/ce/missio/index_mi_ge00.shtml, geraadpleegd op 10 augustus 2007. Dezelfde bron vermeldt dat deze verantwoordelijkheid tot 1990 was toebedeeld aan de minister van Binnenlandse Zaken.

⁵¹ Bovend'Eert 1996, p. 3. Vgl. Staats 1991, p. 120.

⁵² Mallmann 2007.

organen: staatsrechtelijk is een dergelijke verzelfstandiging van (bestuurs)organen alleen aanvaardbaar 'indien de betrokken minister blijft beschikken over voldoende *toezichtbevoegdheden* om zijn ministeriële verantwoordelijkheid waar te kunnen maken'.⁵³ In de onderzochte rechtssystemen zijn ten behoeve van de uitvoerende macht de volgende bevoegdheden gecreëerd:

- de bevoegdheid inlichtingen te vragen ten aanzien van het interne beheer van de gerechten;⁵⁴
- de bevoegdheid tot vernietiging van beheers- en bestuursbesluiten van organen van de rechterlijke macht;
- de bevoegdheid van ontslag of schorsing van leden van de rechterlijke macht en/of leden van beheersorganen binnen de rechterlijke macht.⁵⁵

De verantwoordelijkheid van de minister kan geen rechtvaardiging zijn voor het aan hem verlenen van een bevoegdheid tot toezicht of beïnvloeding van de wijze van besteding van toegewezen middelen door de rechtsprekende macht. De minister heeft slechts de (met het parlement gedeelde) verantwoordelijkheid ervoor te zorgen dat die middelen er komen en dat zij voldoende zijn.⁵⁶ Die verantwoordelijkheid wordt genormeerd door artikel 6 lid 1 EVRM. Dit artikel legt volgens de vaste jurisprudentie aan de lidstaten de taak op 'to organise their judicial systems in such a way that their courts can meet the requirements of this provision'.⁵⁷ Die verplichting betreft niet alleen de inrichting van de rechterlijke organisatie. Om eraan te voldoen zal de rechterlijke macht ook over voldoende middelen moeten beschikken. Hier ligt een taak voor de begrotingswetgever.⁵⁸

De wetgever controleert het beheer en bestuur van een grotere afstand. Hij is verantwoordelijk voor de financiering van de rechtspraak.⁵⁹ Die verantwoordelijkheid hangt samen met de bevoegdheden van de wetgever ten aanzien van die financiering.

⁵³ Martens & Ten Kate 2000, p. 1615 en aldaar genoemde literatuur (noot 9). Over de positie van zelfstandige bestuursorganen in verhouding tot de rechtspraak, zie *supra*, par. 4.3.2 en 4.3.3.

⁵⁴ In Frankrijk wordt voor het reguliere toezicht op de activiteiten van de rechterlijke macht en voor *ad hoc* aangelegenheden gebruik gemaakt van inspecties. Die inspecties kunnen zowel betrekking hebben op het beheer als op disciplinaire maatregelen in het rechterlijke corps of binnen een gerecht. Voermans 1999, p. 46.

⁵⁵ Voor Nederland, zie onder meer de artikelen 36 t/m 39 en 105 t/m 109 RO. Voor Frankrijk, zie Lottin 2002. Voor Duitsland, zie Bovend'Eert 1996, pp. 18-21.

⁵⁶ Martens & Ten Kate 2000, p. 1617.

⁵⁷ Martens & Ten Kate 2000, p. 1617 en de daar vermelde jurisprudentie van het EHRM.

⁵⁸ Vgl. Martens & Ten Kate 2000, p. 1617, waar wordt gesteld dat de minister een verplichting heeft 'erop toe te zien dat de door hem voorgestelde begroting voor de rechtsprekende macht deze in staat stelt aan de eisen van artikel 6 EVRM te voldoen en om het zijne ertoe bij te dragen dat de volksvertegenwoordiging dat voorstel aanvaardt'.

⁵⁹ Vgl. Lottin 2002, die onderscheid maakt tussen de financiering van de griffies, de gefinancierde rechtshulp en de algemene plicht tot financiering van de gerechten.

Op basis van de uitkomsten van de bevoegdheidsuitoefening van de uitvoerende macht in het kader van het toezicht op het beheer door de gerechten kan de wetgever verschillende soorten maatregelen treffen:

- instelling of opheffing van posten voor rechters en andere gerechtsambtenaren;
- wijziging van de verdeling van financiële middelen;
- voorbereiding van wetgevingshervormingen betreffende de beheersprocessen.⁶⁰

Bovend'Eert en Kortmann merken terecht op dat '(h)et gevaar bestaat dat door het creëren van controlemechanismen het evenwicht tussen de staatsmachten verstoord raakt. Een ondoordacht gebruik van *checks and balances* kan ernstig afbreuk doen aan de onafhankelijke positie van een van de machten.'⁶¹ De reflectie over invoering van controle- en toezichtbevoegdheden op de rechterlijke organisatie ten behoeve van de wetgevende en uitvoerende macht staat in het teken van deze overweging. Die reflectie noopt in het bijzonder tot een zorgvuldige afweging met betrekking tot de rol van de rechterlijke macht zelf bij het beheer en bestuur van haar organisatie.

- DE ROL VAN DE RECHTERLIJKE MACHT

Met het oog op de garantie van de rechterlijke onafhankelijkheid ligt het voor de hand te kiezen voor een zo groot mogelijke rol van de rechterlijke macht zelf in het kader van 'beheer' en 'bestuur' van de rechterlijke organisatie. In dit verband dient te worden onderzocht in hoeverre die rol kan worden gemaximaliseerd in het licht van het beginsel van '*checks and balances*'. Allereerst moet worden bezien in hoeverre de keuze voor rechterlijk zelfbeheer en -bestuur in het constitutionele kader tot de mogelijkheden behoort. Vervolgens kunnen de voor- en nadelen van deze constructie ten opzichte van de bestaande inbreng van de wetgevende en uitvoerende macht in kaart worden gebracht.

De mogelijkheid van rechterlijk zelfbeheer en -bestuur

Een principiële vraag die in geval van een hervorming van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie moet worden beantwoord, is of aansluiting wordt gezocht bij de bestaande regeling en de uitgangspunten daarvan, of dat los van die historisch bepaalde opvattingen een nieuw systeem wordt ontworpen. Uitgangspunt is dat, zonder afbreuk te doen aan de autonome kwaliteit van het recht, moet worden voldaan aan de eisen die in het huidige tijdsgewricht aan de organisatie van de rechtspraak worden gesteld.⁶²

Die afweging is aan de orde gekomen in recente debatten betreffende de modernisering van de rechterlijke organisatie in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland. In het debat in Nederland hebben de President van en de P-G bij de Hoge Raad hebben het volgende uitgangspunt gekozen:

⁶⁰ Vgl. Lottin 2002.

⁶¹ Bovend'Eert en Kortmann 2000, p. 1771.

⁶² Vgl. Martens & Ten Kate 2000, p. 1615.

‘Wie de vraag wil beantwoorden welke bestuurlijke gevolgtrekkingen *naar hedendaagse rechtsopvattingen* behoren te worden verbonden aan de onafhankelijke positie welke in onze democratische rechtsstaat toekomt aan de rechtsprekende macht, moet beginnen zich los te maken van historisch bepaalde opvattingen. Eerst daarna moet hij doordenken wat ter zake in het huidige tijdsgewricht behoort te gelden.’⁶³

De noodzaak afstand te nemen van de historisch bepaalde opvattingen met betrekking tot de rechterlijke organisatie vloeit voort uit een aantal overwegingen. In de eerste plaats bieden bestaande constitutionele regelingen doorgaans niet of nauwelijks aanknopingspunten op het vlak van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie.⁶⁴ Dit geldt bijvoorbeeld voor de Nederlandse Grondwet – ook na de herziening van 1983 – maar ook voor de Franse *Constitution* van 1958 en het Duitse *Grundgesetz* van 1949. Verder is vaak nog verouderde regelgeving van toepassing op de organisatie van de rechtspraak. In Nederland stamt de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) uit 1827, toen nog andere ideeën over de machtscheiding golden. Zij is weliswaar sindsdien aanzienlijk gewijzigd, in het bijzonder met de herziening die per 1 januari 2002 van kracht is geworden. De grondtrekken van de wet zijn echter nog vergelijkbaar met die van de oorspronkelijke regeling en zij blijven van invloed op de organisatie van de rechtspraak in de hedendaagse context. Hetzelfde geldt in het Franse rechtssysteem, waar de uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie deels zijn terug te vinden in oudere regelingen als de *Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire*. Tot slot zijn de bestaande regelingen nooit wezenlijk gewijzigd, ondanks de veranderde opvattingen.⁶⁵ Dit geldt voor Nederland met betrekking tot de uit de Wet RO voortvloeiende relatie tussen uitvoerende en rechterlijke macht. Ook de Franse *Constitution* van 1958 en de organieke wetten die betrekking hebben op de rechterlijke organisatie, alsook het Duitse *Grundgesetz* en de wetten met betrekking tot de organisatie van de *Gerichtsbareiten*, geven uitdrukking aan de historisch tot stand gekomen organisatie van de rechtspraak.

De rol van de uitvoerende macht bij het beheer van de rechterlijke organisatie is, zoals wij zojuist hebben gezien, te verklaren vanuit die historische context. Indien de beheersstructuur opnieuw zou worden vastgesteld of zou worden heroverwogen, is niet ondenkbaar dat voor een andere constructie, met een prominentere rol voor de rechtsprekende macht zelf, wordt gekozen. In de loop der tijd heeft de rechterlijke macht zich namelijk in steeds grotere mate geprofileerd als een staatsmacht die op gelijke voet staat met de politieke machten. Zij is niet onzichtbaar en ondergeschikt aan wetgever dan wel uitvoerende macht.⁶⁶ In die tendens past de overweging van rechterlijk zelfbeheer en –bestuur. De afweging om een dergelijke hervorming door te voeren dient te worden overwogen tegen de achtergrond van de constitutionele beginselen die het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie beheersen.

⁶³ Martens & Ten Kate 2000, p. 1615.

⁶⁴ Vgl. *supra*, paragraaf 5.1.2.

⁶⁵ Martens & Ten Kate 2000, p. 1616, onder verwijzing naar Cliteur 1999, p. 12, noot 12.

⁶⁶ Zie *supra*, par. 4.2.1.

Voor- en nadelen van rechterlijk zelfbeheer en –bestuur

Bij de overweging van rechterlijk zelfbeheer en –bestuur moet het marginale voordeel van maximalisatie van de ‘onafhankelijkheid’ van de rechterlijke macht worden afgewogen tegen het mogelijke voordeel in termen van de vergroting van de ‘efficiëntie’ van de rechtspleging.

Maximalisatie van ‘onafhankelijkheid’

Door de President van en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad is als reactie op de concept-wetsvoorstellen in het kader van de modernisering van de rechterlijke organisatie in Nederland gesteld dat de inzet van die operatie zou moeten zijn ‘de ontvoogding van de *rechtsprekende* macht, het – eindelijk – recht doen aan de zelfstandigheid waarop zij als één van de drie staatsmachten aanspraak heeft’.⁶⁷ Hiermee wordt de kritiek op de historisch ontstane structuur voor het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie samengevat. Onderdelen van de kritiek houden afkeuring in van de afhankelijkheid van de rechterlijke macht ten opzichte van de minister, in het kader van de bedrijfsvoering voor de rechterlijke organisatie en in het kader van de financiering van de rechtspraak. Volgens het zojuist aangehaalde advies van de President van en de Procureur-Generaal bij de Nederlandse Hoge Raad ‘gaat het bij de moderniseringsoperatie niet louter om doelmatigheid. Inzet is ook en vooral de vraag welke bestuurlijke gevolgtrekkingen naar hedendaagse rechtsopvattingen behoren te worden verbonden aan de onafhankelijke positie welke in onze democratische rechtsstaat toekomt aan de rechtsprekende macht’.⁶⁸ De Commissie-Leemhuis was dezelfde mening toegedaan. Zij gebruikte in dit verband de term ‘emancipatie’ van de rechtsprekende macht.⁶⁹

Oplossingen voor de bestaande situatie in Nederland werden onder andere aangedragen door oud president van de Hoge Raad H.E. Ras⁷⁰ en door G.R. André de la Porte.⁷¹ Ras pleitte voor een grotere betrokkenheid van de rechterlijke macht bij het opstellen van de begroting, André de la Porte stelde voor de verdeling van de begroting voor de zittende magistratuur over te laten aan een uit leden van de zittende magistratuur bestaande begrotingsraad. Ras wees erop dat de minister van Justitie politiek verantwoordelijk moet blijven voor het beheer van de financiële middelen; voorkomen moet worden dat de rechterlijke macht een ‘staat in de Staat’ wordt. Stroink zag in dit

⁶⁷ Martens & Ten Kate 2000, p. 1615.

⁶⁸ Martens & Ten Kate 2000, p. 1615, onder verwijzing naar Hoge Raad 1999, par. 72 en 83. De President en P-G verwijzen naar een interdepartementaal beleidsonderzoek uitgevoerd door de commissie-Hoekstra (Commissie Hoekstra 1995), die blijkens haar taakopdracht adviseerde in het kader van een ‘streven naar verhoging van de doelmatigheid van het openbaar bestuur’; Martens & Ten Kate 2000, p. 1615. In deze context moet worden bedacht dat de moderniseringsoperatie van start is gegaan als reactie op de reorganisatie van het Openbaar Ministerie. Martens & Ten Kate 2000, p. 1615.

⁶⁹ Martens & Ten Kate 2000, p. 1615.

⁷⁰ Ras 1989, p. 1242; vgl. Stroink 1993, pp. 93-94.

⁷¹ André de la Porte 1989, pp. 526; vgl. Stroink 1993, p. 93-94.

kader echter geen gevaar in het oprichten van een begrotingsraad zoals André de la Porte die voorstond. Het doorbreken van de (financiële) relatie tussen rechterlijke macht en uitvoerende macht is juist gunstig, omdat daarmee de spanningen worden verdreven die ontstaan zijn door de sterke managementfunctie van de ‘directeur gerechtelijke ondersteuning’ (DGO) en de directe hiërarchische lijn ten opzichte van de minister van Justitie. Ook zal een grens worden gesteld doordat het de wetgever is die bepaalt hoe groot de begrotingsruimte is.⁷² Met het ingevoerde model van de Raad voor de rechtspraak⁷³ lijkt aan deze voorstellen te zijn voldaan.

De toekenning van bevoegdheden in het kader van het beheer van de rechterlijke organisatie kan tevens worden betrokken op de aan rechters toebedeelde verantwoordelijkheid wat betreft beheerstaken. In het Franse rechtssysteem hebben de presidenten van de gerechten en de voorzitters van kamers in een gerecht taken op het gebied van veiligheid, en zijn zij onder meer verantwoordelijk voor publieke aanbestedingen door het gerecht en voor fouten in het budgetbeheer.⁷⁴ Hiermee zijn zij in een positie die vergelijkbaar is met het systeem van strafrechtelijke, bestuurlijke en disciplinaire verantwoording, dat geldt voor alle beslissingnemers op het niveau van de overheid.⁷⁵ De gewone gerechten vormen ‘lokale afdelingen van het ministerie’, de rechters hebben een dubbele functionaliteit en de daarbij behorende status: onafhankelijkheid in het geval van uitoefening van de functie ‘rechtspraak’, de status van overheidsambtenaar in geval van uitoefening van beheers- en bestuurstaken.⁷⁶

Tegenover de pleidooien voor zelfbeheer en –bestuur van de rechterlijke macht staan echter argumenten die pleiten *tegen* vergroting van de bevoegdheden van de rechterlijke macht in dit kader. De Nederlandse regering erkent dat de uitwerking die het beginsel van de machtscheiding in het Nederlandse staatsrecht heeft gekregen niet de enige mogelijke is. Hoewel andere uitwerkingen denkbaar zijn, passen deze volgens de regering echter niet in ‘de traditie van het Nederlandse staatsrecht’.⁷⁷ Bovendien wordt gesteld dat de bestaande constructie voldoet aan de eisen van klassieke rechtsstatelijkheid. De regering wijst erop dat openbare verantwoording voor de besteding van de toegewezen financiële middelen al plaatsvindt door middel van de jaarverslagen met accountantsverklaring die gepubliceerd moeten worden. Aanvullende waarborgen kunnen op eenvoudiger wijze worden geregeld dan via invoering van rechterlijke zelfbeheer en –bestuur. Zo zou bij wet kunnen worden voorzien in controle door de Algemene Rekenkamer, die niet alleen de rechtmatigheid maar ook de doelmatigheid van het be-

⁷² Stroink 1993, p. 94.

⁷³ Zie *infra*, par. 5.2.2.

⁷⁴ Jean & Pauliat 2006, p. 58.

⁷⁵ Jean & Pauliat 2006, p. 58.

⁷⁶ Jean & Pauliat 2006, p. 58.

⁷⁷ Van Mierlo & Bart, p. 168 (Nota RvdR). Een dergelijke andere oplossing is bijvoorbeeld te zien in de Verenigde Staten, waar de rechterlijke organisatie voor haar functioneren niet afhankelijk is van de uitvoerende macht; de financiering wordt daar geregeld via een rechtstreekse verhouding met de volksvertegenwoordigers. Zie Van Mierlo & Bart, p. 170 (MvT).

heer zou kunnen controleren.⁷⁸ Aan rechterlijk zelfbeheer en –bestuur zijn bovendien nadelen verbonden, die niet zozeer zien op de klassiek-rechtsstatelijke risico's van deze constructie (het gevaar van de 'staat binnen de Staat'), maar vooral betrekking hebben op de 'efficiëntie' van de organisatie van het 'beheer' en 'bestuur'.

Onvoldoende 'efficiëntie'?

In hoeverre dwarsboomt het beginsel van de onafhankelijkheid van de rechter de administratieve beginselen die gemeenschappelijk zijn aan het geheel van overheidsdiensten, en die worden toegepast in het domein van de organisatie en het beheer van de overheidsorganen?⁷⁹ Hoe kan worden verzekerd dat het beheer van de rechterlijke organisatie goed is geregeld, zonder dat inbreuk wordt gemaakt op de onafhankelijke positie van de rechtsprekende macht ten opzichte van de overige staatsmachten en op de positie van de individuele rechter die rechtspreekt in het concrete geval?

Uit het beginsel van de 'onafhankelijkheid' van de rechtsprekende macht volgt noodzakelijkerwijze een bepaalde autonomie van de beheerder die functioneert binnen het gerecht, en het aanvaarden van bepaalde bevoegdheden die krachtens de geldende regelgeving aan die beheerder toekomen.⁸⁰ Volgens Pauliat moet echter worden afgestapt van de idee dat de rechtspraak slechts 'onafhankelijk' kan zijn als zij 'efficiënt' is, en – daarop verdergaand – dat zij slechts 'efficiënt' zal zijn als zij zichzelf kan beheren.⁸¹ Het beheer kan als een hulpmiddel dienen bij het hervinden van de legitimiteit van de rechtspraak binnen de (Franse) instituties en als een hulpmiddel tot het herstel van de relatie tussen rechtspraak en particulieren.⁸² Ten aanzien van de burgers is sprake van een legitimering van de rechtspraak, niet doordat de gerechtelijke handeling (de beslissing) zelf wordt aangetast, maar doordat er een reorganisatie plaatsvindt van alles wat met het proces samenhangt, om het vertrouwen te herstellen. Pauliat stelt dat er een 'ethiek van de overheidsdienst' moet worden ingevoerd.⁸³

⁷⁸ Martens & Ten Kate 2000, p. 1618. Er wordt op gewezen dat een dergelijke controle door de Algemene Rekenkamer geen inbreuk zou opleveren op de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. De Algemene Rekenkamer – ingesteld door de Grondwet – bevindt zich in een onafhankelijke positie ten opzichte van zowel de wetgevende als de uitvoerende macht. Zij zal bij de controle de doelstellingen van het beleid als gegeven moeten beschouwen. Martens & Ten Kate 2000, p. 1618. Het laatste punt volgt uit de analyse van Warmelink 1993, p. 247.

⁷⁹ Pauliat 2001, p. 77.

⁸⁰ Léger 1991, p. 21.

⁸¹ Pauliat 2001, pp. 77-78, onder verwijzing naar E. Linden, 'L'organisation et la gestion de la juridiction', intervention au colloque sur *l'administration de la justice et la gestion des tribunaux*, Bordeaux, juin 1995, Conseil de l'Europe.

⁸² Pauliat 2001, p. 77.

⁸³ Pauliat 2001, p. 85 benadrukt het belang van het vertrouwen, dat aan de basis staat van ieder vraagstuk betreffende de ethiek en de beroepsethiek in de overheidsfunctie. Zie daarover Jean-Pierre 1999. Vgl. in dit verband *supra*, par. 1.2.2 (over de basis voor de legitimiteit van de rechtspraak) en par. 4.2.2 (over de perceptie van de rechtspraak als element van publieke dienstverlening).

De ontwikkeling van de rol van de rechterlijke macht in verschillende Staten die behoren tot het model van de ‘rechtsstaat’ laat zien dat de klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie onderhevig zijn een andere rol krijgen in het ‘new public management’-paradigma. Al naar gelang de ‘rigiditeit’ of ‘flexibiliteit’ van het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie doet de invloed van het nieuwe paradigma zich in mindere of in meerdere mate gevoelen op het constitutionele niveau van de ‘rechtsstaat’. De vraag rijst of het veranderende evenwicht van beginselen noopt tot een wijziging van de structuur van beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie en zo ja, op welke wijze die structuur zou moeten worden aangepast.

Tegen de achtergrond van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma kunnen verschillende constructies worden gekozen voor de vormgeving van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie. Zowel de toekenning van bevoegdheden aan de politieke staatsmachten als de instelling van zelfbestuur van de rechterlijke macht brengt voor- en nadelen mee vanuit het oogpunt van de garantie van ‘onafhankelijkheid’ en de noodzaak van toezicht op de rechterlijke macht. De historisch tot stand gekomen structuur van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie blijkt in grote mate het resultaat van slechts in beperkte mate gemotiveerde beleidsoverwegingen ten tijde van het ontwerp van die structuur. In het huidige tijdsgewricht vindt een heroverweging plaats in het licht van de in belang gestegen en verder uitgekristalliseerde uitgangspunten van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechterlijke organisatie. Wij zullen nu bekijken in hoeverre die uitgangspunten in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie richting geven aan de debatten betreffende de modernisering van de beheers- en bestuursstructuur voor de rechtspraak.

5.2.2 *Beheer en bestuur in het ‘new public management’-paradigma: de beheersstructuur voor de rechterlijke organisatie gezien in het licht van de beginselen van transparantie, effectiviteit en efficiëntie*

De rechterlijke macht is een ‘gestructureerde overheidsdienst’.⁸⁴ Daarmee is echter nog niet gezegd *hoe* die overheidsdienst gestructureerd is, of er bijvoorbeeld hiërarchische verbanden bestaan tussen rechters of gerechten of tussen de gerechten en de uitvoerende macht. Dit is geen onbelangrijk aspect, want via de organisatie van de beheersstructuren kan een verdere legitimering van de rechtspraak worden bereikt. Die legitimering volgt zowel uit de autonome waarde van het recht als referentiekader voor politieke en maatschappelijke ontwikkelingen als uit de responsieve waarde van het recht als middel ter realisering van politieke en maatschappelijke doeleinden.⁸⁵ Voor de hedendaagse context dient in dat licht een keuze te worden gemaakt voor een structuur voor het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie.

In de huidige moderniseringsdebatten staat de verhouding van de rechterlijke macht ten opzichte van de politieke staatsmachten centraal. Bij de keuze van een beheersstruc-

⁸⁴ Cliteur 1999, p. 13.

⁸⁵ Over de gronden voor legitimiteit van de rechtspraak reeds uitgebreid *supra*, par. 1.2.2.

tuur voor de rechterlijke organisatie dient vanuit klassiek-rechtsstatelijk oogpunt slechts de waarborg van de ‘onafhankelijkheid’ van de rechter in acht te worden genomen. Het belangrijkste aspect dat uit het ‘new public management’-paradigma naar voren is gekomen, betreft de invoering van een element van ‘hiërarchie’ in de organisatie van het beheer en bestuur van de rechterlijke macht. De zittende magistratuur kent geen principiële hiërarchie. Hierin verschilt zij van het openbaar ministerie, waarvoor geldt dat hiërarchische verhoudingen inherent zijn aan de organisatie.⁸⁶ De door ‘new public management’-beginselen ingegeven keuze voor een hiërarchische structuur heeft gevolgen voor het evenwicht van beginselen van klassieke rechtsstatelijkheid en ‘new public management’. Die gevolgen kunnen in kaart worden gebracht voor de bevoegdheidsverdeling op de vier deelterreinen van de financiering van de rechterlijke organisatie, het personeelsbeleid, de bedrijfsvoering en het beleid voor de rechtspraak.

- DE FINANCIERING

In de nieuwe beheersstructuur voor de rechtspraak in Nederland heeft, naast de bestuurlijke integratie van de kantongerechten bij de rechtbanken⁸⁷, bij de gerechten een stroomlijning van de organisatie van beheer en bestuur plaatsgevonden. Het belangrijkste voorbeeld van verandering in dit kader is wellicht de financiering van de gerechten. Het beheer en bestuur van de gerechten is in het huidige systeem georganiseerd in een ‘planning and control’-cyclus. Vanuit de rechterlijke organisatie wordt via de nieuwe Raad voor de rechtspraak⁸⁸ een begroting voorgelegd aan de minister, die deze na goedkeuring via de minister van Financiën en de Koningin voorlegt aan het parlement in het kader van de stemming over de begrotingwet.⁸⁹ Dat voorbeeld laat zien dat de gerechten, die in de praktijk van het oude systeem nauwelijks inspraak hadden in de besteding van financiële middelen en andere bestuursaangelegenheden, meer autonomie hebben verkregen. Voor 1 januari 2002 bestond een directe lijn tussen de minister en de gerechten betreffende de financiering van de gerechten. De negentien rechtbanken en vijf gerechtshoven moesten ieder afzonderlijk met de minister van Justitie onderhandelen over de financiering van hun taken. In het nieuwe systeem hoeven zij niet meer voor iedere besteding toestemming te vragen aan het ministerie. De gerechten, of beter gezegd de gerechtsbesturen, dragen zelf de verantwoordelijkheid voor de besteding van het aan hen toegekende budget.

Een belangrijke achtergrond van deze hervorming betreft de invoering van een hiërarchisch element in de beheers- en bestuursstructuur. De onderhandelingen over de financiering lopen via de Raad voor de rechtspraak, die tegenover de minister het geheel van gerechten vertegenwoordigt. In de nieuwe situatie bestaat een indirecte verant-

⁸⁶ Vgl. Cliteur 1999, pp. 19-20. Cf. Ter Heide 1970.

⁸⁷ De kantongerechten zijn een bestuurlijk onderdeel van de rechtbanken geworden en als zelfstandig orgaan opgeheven, de kantonrechtspraak is echter blijven bestaan in dezelfde vorm als voorheen en is ondergebracht bij de nieuw ingestelde kantonsectoren van de rechtbanken. Vgl. artikel 47 e.v. RO.

⁸⁸ Over de Raad in meer detail *infra*.

⁸⁹ Zie artikel 12 Compatibiliteitswet 2001.

woordingsrelatie tussen de gerechten en de minister. De gerechten leggen jaarlijks rekening en verantwoording af aan de Raad voor de rechtspraak over het door hen gevoerde financiële beheer (artikel 35 lid 3 RO) en de wijze waarop de werkzaamheden ten behoeve waarvan het budget ten laste van de rijksbegroting is verleend, zijn uitgevoerd (artikel 35 lid 5 RO). De Raad legt vervolgens rekening en verantwoording af aan de minister van Justitie voor het totaal van de Raad en de gerechten gezamenlijk (artikel 104 leden 3 en 4 RO). Aangezien de Raad door de wetgever is aangemerkt als onderdeel van de rechterlijke organisatie, blijft de verantwoording van de gerechten in beginsel binnen de rechterlijke organisatie geregeld. Weliswaar kan van een indirecte verantwoordingsrelatie ten opzichte van de minister worden gesproken, maar volgens de regering hoeft dit geen probleem te vormen. De minister zal gezien zijn verantwoordelijkheid voor het algemene functioneren van de rechterlijke organisatie ‘minder behoefte hebben aan details.’⁹⁰

In het Franse rechtssysteem is ook sprake van een hiërarchisering. Anders dan in Nederland, ligt het zwaartepunt van bevoegdheden in het kader van het budgetbeheer niet bij een Raad voor de rechtspraak, maar bij gerechten zelf, in dit geval in een stelsel van concentratie van bevoegdheden bij de gerechtshoven. In de sterk gecentraliseerde structuur die daar bestaat, is slechts een kleine rol weggelegd voor de lagere gerechten. De *cours d'appel* zijn de hoofdverantwoordelijke voor de verdeling van het budget over de gerechten die binnen hun ressort vallen.⁹¹ Dit budget is afkomstig van het Ministerie van Justitie, dat ook direct een budget vaststelt voor de *Conseil d'État* en de *Conseil constitutionnel*.⁹² De jaarlijkse aanvraag van het budget loopt via de gerechtshoven, die een budgetprogramma opstellen aan de hand van de aanvragen van de afzonderlijke *tribunaux de grande instance*.⁹³ In Frankrijk heeft een hervorming plaatsgevonden waarbij de verantwoordelijkheid voor het functioneringsbudget van de gerechten van eerste aanleg (*tribunaux de grande instance, tribunaux d'instance, tribunaux de commerce* en *conseils de prud'hommes*) is overgegaan van de decentrale overheid (*collectivités locales*) op de Staat.⁹⁴ Uit enquêtes blijkt dat deze gecentraliseerde opzet niet bevorderlijk is voor het verantwoordelijkheidsgevoel, de organisatorische coherentie en het beheer van de individuele gerechten.⁹⁵

Een fundamentele hervorming van de budgettering van de Staat is tot stand gekomen in de *Loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF)*. De wet is voor de eerste maal volledig van toepassing op het budget van de Franse Staat voor 2006. Ideologisch is sprake van een verschuiving in het overheidsmanagement van een ‘middelencultuur’ (*culture de moyens*) naar een ‘resultaatcultuur’ (*culture de résultats*).⁹⁶

⁹⁰ Van Mierlo & Bart, p. 197 (Nota RvdR).

⁹¹ Voermans 1999, p. 45.

⁹² Voermans 1999, p. 45, noot 78.

⁹³ Voermans 1999, p. 45.

⁹⁴ Cointat 2002, p. 103.

⁹⁵ Voermans 1999, p. 52.

⁹⁶ Een dossier over de nieuwe wetgeving is te raadplegen via de website van La Documentation française, ‘LOLF: une nouvelle constitution financière pour l'État’,

Voor de rechterlijke organisatie houdt dit in dat de gerechten voortaan worden afgerekend op hun prestaties. De hervorming staat in het teken van twee uitgangspunten: enerzijds de toebedeling van verantwoordelijkheid aan beheerders en de invoering van toezicht op de uitvoering van beheersbevoegdheden, anderzijds een vergroting van de transparantie van het beheer van de staatsorganisatie en van de reikwijdte van de parlementaire goedkeuring.⁹⁷ De *LOLF* voorziet in dit verband in het samenbrengen van de budgetten van ministeries, welke volgens bepaalde doelstellingen en programma's gepresenteerd dienen te worden. Onder toezicht van het parlement wordt op die manier de mogelijkheid geboden om prestaties te evalueren in het licht van vastgestelde doelen.⁹⁸ De wet heeft directe gevolgen voor de professionele praktijk in de gerechten. Deze blijken bijvoorbeeld uit de nieuwe bevoegdheden van het ministerie van Financiën, waaronder de vaststelling van een globale begroting voor ieder gerecht, het ontwerp van indicatoren voor de evaluatie van prestaties van gerechten en de invoering van maatregelen ter stimulering van de prestaties van gerechten.⁹⁹

Door de *LOLF* is een verandering in gang gezet, waarbij ten aanzien van het overheidsbeleid de volgende tendensen kunnen worden onderscheiden: groei van contractualisering in de verhouding tussen minister en gerechtshoven wat betreft de afhandeling van zaken in de gerechten; erkenning van de plaats van de burger in het proces, onder andere door verbetering van informatievoorziening; besef van de noodzaak van betrouwbare evaluatie-instrumenten om de resultaten van het overheidsbeleid te waarden.¹⁰⁰ Aangezien de gekozen oplossingen voor het beheer van de gerechten direct van invloed zijn op de werkomgeving van de rechter en daarmee op zijn functieuitoefening, dienen de rollen van de spelers in het kader van dat beheer – in het Franse systeem de *Conseil supérieur de la magistrature* en de minister van Justitie – aan een herwaardering te worden onderworpen.¹⁰¹

In Duitsland vinden wat betreft de financiering van de rechtspraak op het federale niveau en op het niveau van de deelstaten directe onderhandelingen plaats tussen de gerechten en de minister van Financiën op het betrokken niveau. Budget wordt toegekend op basis van de taken die de gerechten dienen uit te voeren.¹⁰² Over de besteding van het budget wordt besloten door het rechtsbestuur. Dit bestuur handelt daarbij op eigen verantwoordelijkheid, maar dient acht te slaan op de algemene begrotingsprincipes die door de uitvoerende macht zijn gegeven.¹⁰³

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/lof/index.shtml>, geraadpleegd op 23 juli 2007.

⁹⁷ Zie <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/lof/index.shtml>, geraadpleegd op 23 juli 2007.

⁹⁸ Jean & Pauliat 2006, p. 44.

⁹⁹ Die bevoegdheden bestonden voor de inwerkingtreding van de *LOLF* reeds met betrekking tot de *Cour de cassation*, de *Cour des comptes*, de *Conseil d'État* en de administratieve gerechten.

¹⁰⁰ Jean & Pauliat 2006, p. 56.

¹⁰¹ Jean & Pauliat 2006, p. 57.

¹⁰² Mallmann 2007, vraag 48. Vgl. Staats 1991, pp. 122-123.

¹⁰³ Mallmann 2007, vraag 48.

De trend naar verzelfstandiging, die ook in Frankrijk en Nederland waarneembaar is, blijkt in Duitsland uit recente initiatieven op het gebied van de modernisering van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie. Het ‘*neue Steuerungsmodell*’¹⁰⁴ beoogt meer klantgerichtheid te introduceren alsmede een verhoging van ‘efficiëntie’ en ‘effectiviteit’. Een ontwikkeling in dat verband betreft de omzetting van een kasboekhouding naar een ‘*Kosten-Leistungsrechnung*’: evenals in Frankrijk dus een omslag naar een ‘resultaatscultuur’. Elementen die daarbij van belang zijn, betreffen de kostensoorten, de kostenplaatsen en de kostendrager in het kader van de rechtspleging. Problematisch is de afweging tussen ‘efficiëntie’ en ‘onafhankelijkheid’. Bovendien ontstaat met de verzelfstandiging van beheer en bestuur een noodzaak tot ontwikkeling van kwaliteitsmodellen voor de evaluatie van de nieuwe beheersstructuur.¹⁰⁵

De hervormingstendensen zijn ook zichtbaar op het gebied van de bevoegdheidsverdeling betreffende het personeelsbeleid voor de rechterlijke organisatie.

- HET PERSONEELSBELEID

Zijn de rechtsprekende leden van de rechterlijke macht voldoende beschermd tegen uitoefening van druk van buitenaf, bijvoorbeeld door dreiging met ontslag? In West-Europese democratieën geldt dat benoeming van rechters van oudsher geschiedt door de uitvoerende macht.¹⁰⁶ In een aantal Zuid-Europese rechtssystemen is ervoor gekozen om een belangrijke rol te reserveren voor een Raad die (gedeeltelijk) is samengesteld uit leden van de rechterlijke macht. De raden voor de rechtspraak naar het ‘Zuid-Europese’¹⁰⁷ model hebben vooral bevoegdheden in het kader van de selectie, benoeming en opleiding van rechters.¹⁰⁸ De nadruk ligt op de versterking van de onafhankelijke positie van de rechtsprekende macht ten opzichte van de politieke machten. Raden vormgegeven naar dit model zijn in de meeste gevallen in het leven geroepen in reactie op een dictatoriaal regime waarin de rechtspraak als verlengstuk van de politieke elite diende.¹⁰⁹ Dit geldt niet direct voor de *Conseil supérieur de la magistrature* (CSM) in het Franse rechtssysteem, die een basis heeft in de *Constitution* van 1946 en ruimere bevoegdheden heeft gekregen in de *Constitution* van 1958 en bij de latere hervormingen van die constitutionele regeling.¹¹⁰ In het Franse rechtssysteem is een zeker wantrou-

¹⁰⁴ Vgl. *supra*, par. 5.1.2.

¹⁰⁵ Vgl. Depré 2005, p. 14. Meer informatie ten aanzien van de hervormingsdiscussie in Duitsland is te vinden bij Bovend’Eert 1996.

¹⁰⁶ Artikel 117 Gw. Het Nederlandse systeem kent geen gekozen rechters, anders dan in Frankrijk, waar naast de van overheidswege benoemde rechters een groot aantal gekozen rechters functioneert in bijvoorbeeld de *tribunaux de commerce* (koophandel) en de *conseils de prud’hommes* (arbeidszaken). Vgl. *supra*, par. 4.2.1 en *infra*, par. 6.2.2.

¹⁰⁷ Dergelijke raden zijn onder andere te vinden in Spanje, Italië en Frankrijk. Over de Raden voor de rechtspraak volgens het Noord-Europese model, zie *infra*.

¹⁰⁸ Voermans 1999, p. 10. Zie tevens Jessurun d’Oliveira 1999, p. 383.

¹⁰⁹ Vgl. Spanje, Italië.

¹¹⁰ Over de instelling en bevoegdheidsverdeling aan de CSM, zie Renoux & De Villiers 2000, p. 548 e.v.

wen ten aanzien van de rechterlijke macht echter diep geworteld in de rechtscultuur. Dat wantrouwen is terug te voeren op de uitwassen van de rechtspraak onder het *ancien régime*, die in dienst stond van de heersende klasse.¹¹¹ De wens van selectie en benoeming van rechters door een van de politieke macht onafhankelijk orgaan als de CSM is op die historische wortels terug te voeren.

De CSM heeft een bevoegdheidsdomein dat zowel de leden van de zittende als van de staande magistratuur bestrijkt. De *Conseil* telt 16 leden die voor een periode van vier jaar worden benoemd door collega-magistraten, de minister van Justitie en het parlement. De verhouding tussen magistraten en niet-magistraten is twaalf tegen vier.¹¹² De raad heeft bevoegdheden op het gebied van de benoeming van rechters en leden van het parket, hij kan advies geven aan de minister van Justitie, en heeft bevoegdheden op het gebied van het tuchtrecht, de voordracht voor benoeming en de bevordering en plaatsing van rechters.¹¹³

In het licht van de modernisering van de Franse rechterlijke organisatie, op het gebied van beheer en bestuur in het bijzonder via de *LOLF*¹¹⁴, is gepleit voor uitbreiding van de bevoegdheden van de CSM.¹¹⁵ Nu de presidenten van gerechten geacht worden van twee markten thuis te zijn – rechter én manager – moet bij de selectie en benoeming aandacht aan beide capaciteiten kunnen worden geschonken. Momenteel beschikt de Franse Raad voor de rechtspraak over onvoldoende informatie en middelen om de kwaliteiten van kandidaten op het gebied van management in te schatten.¹¹⁶ De hervorming van de beheers- en bestuursstructuur voor de rechterlijke organisatie en de ervaringen in andere Europese rechtssystemen met een Raad met meer bevoegdheden op het gebied van beheer doen de roep om uitbreiding van het bevoegdheidskader van de CSM nog toenemen.¹¹⁷

De noodzaak van toedeling van bevoegdheden betreffende de selectie, benoeming en opleiding van rechters door een ‘onafhankelijk’ orgaan doet zich in de andere onderzochte rechtssystemen minder gevoelen. Voor het Nederlandse rechtssysteem geldt dat de benoemingsbevoegdheid weliswaar formeel gezien bij de uitvoerende macht berust, maar dat de benoeming van rechters in de praktijk binnen de rechterlijke organisatie wordt geregeld.¹¹⁸ Door de minister van Justitie is een commissie ingesteld die belast is met de selectie van ‘rechterlijke ambtenaren in opleiding’ (raio-commissie) en een commissie die de ‘zij-instroom’ van rechters coördineert (commissie aantrekken leden rechterlijke macht, CALRM). De raio-commissie is sinds enige tijd geïntegreerd in de

¹¹¹ Renoux 1993, p. 33.

¹¹² Artikel 65 C; Renoux & De Villiers, p. 547 e.v. De Raad kent twee samenstellingen, een voor de leden van de rechterlijke macht, en een voor de leden van het parket.

¹¹³ Depré 2005.

¹¹⁴ Zie *supra*.

¹¹⁵ Jean & Pauliat 2006, p. 58.

¹¹⁶ Jean & Pauliat 2006, p. 58.

¹¹⁷ Vgl. Jean & Pauliat 2006, p. 58.

¹¹⁸ Bovend'Eert 2000b, p. 9. Over de selectieprocedure, zie Loth 2003a.

CALRM.¹¹⁹ Beide commissies functioneren op basis van een stelsel van ‘coöptatie’: rechters wijzen de beoogde kandidaat aan, de benoeming door de minister vormt een formaliteit ter bekrachtiging van de ‘rechterlijke’ keuze. Die praktijk is echter bekritiseerd, omdat het huidige stelsel volgens sommigen aanleiding zou kunnen geven tot onwenselijke beïnvloeding van de samenstelling van de rechterlijke macht.¹²⁰ Met betrekking tot de CALRM wordt ervoor gepleit te komen tot een samenstelling van de commissie waarin de verhouding tussen rechters en niet-rechters 1 op 1 is.¹²¹

In Duitsland bestaat geen ‘Raad voor de rechtspraak’ in de zojuist beschreven zin. De instelling van een Raad voor de rechtspraak met benoemingsbevoegdheden wordt van regeringszijde momenteel niet overwogen.¹²² In het systeem van ‘*checks and balances*’ wordt waarde gehecht aan een verdeling van bevoegdheden over de staatsmachten bij de benoeming en bevordering van rechters. Concentratie van bevoegdheden bij de rechterlijke macht wordt geacht in strijd te zijn met het democratieprincipe.¹²³ Bovendien staan in de huidige politieke en maatschappelijke debatten betreffende de organisatie van de rechtspraak andere vraagstukken, zoals de doorlooptijden van zaken en ‘efficiëntie’ in het algemeen, voorop.¹²⁴ Uitgangspunt bij de benoeming van rechters is het grondwettelijke beginsel van toegang tot overheidsfuncties op basis van merites.¹²⁵ Bij de benoeming van leden van de zittende magistratuur is, op het federale niveau en op het niveau van de deelstaten, een rol weggelegd voor *Präsidentialräte*, vertegenwoordigingsorganen voor de deelname van de rechterlijke macht bij de benoeming van rechters. Deze constructie is in 1972 in het *Deutsche Richtergesetz (DRiG)* ingevoerd.¹²⁶ Bij ieder van de gerechten op het federale niveau is een *Präsidentialrat* ingesteld.¹²⁷ De Raad telt 5 tot 7 leden die voor een periode van vier jaar worden benoemd door collega-magistraten en het parlement. De verhouding tussen magistraten en niet-magistraten in de raad is 3/2 dan wel 4/3.¹²⁸ De Raad heeft bevoegdheden op het gebied van het personeelsbeleid en de bevordering en plaatsing van rechters, en een voordrachtsbevoegdheid bij de benoeming van rechters. Op basis van artikel 55 *DRiG* is de Raad betrokken bij iedere verkiezing van een rechter en bij iedere benoeming van een rechter tot voorzitter van een kamer in het gerecht

¹¹⁹ Van der Horst 2006, p. 193.

¹²⁰ Bovend'Eert 2000b, in het bijzonder pp. 10 en 13.

¹²¹ Van der Horst 2006, p. 192.

¹²² Mallmann 2007, antwoord op vragen 10 en 49. Verschillende suggesties voor verandering van het benoemingsstelsel zijn gedaan door de *Deutsche Richterbund*, de *Neue Richtervereinigung (NRV)* en de *Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen (BDVR)*. Zie Mallmann 2007, antwoord op vraag 10.

¹²³ Zie *infra*, par. 5.3.1.

¹²⁴ Vgl. Mallmann 2007, antwoord op vraag 10.

¹²⁵ Artikel 33 lid 2 GG: ‘Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.’ Vgl. Staats 1991, p. 124.

¹²⁶ Zie artikel 74 *DRiG* en artikel 54 *DRiG*, respectievelijk voor rechters op het niveau van de deelstaten en voor rechters op het federale niveau.

¹²⁷ Artikel 49 *DRiG* en artikel 54 t/m 57 *DRiG*.

¹²⁸ Depré 2005; zie tevens Depré & Hondeghe 2000.

waartoe de raad behoort. Ook beslist de Raad mee in geval van overplaatsing van een rechter naar een andere tak van rechtspraak ('*Gerichtszweig*'). Op het niveau van de deelstaten dient voor iedere tak van rechtspraak een *Präsidiarlat* te zijn ingesteld, waarbij bij wet kan worden gekozen voor instelling van een gezamenlijke Raad voor meerdere *Gerichtszweige*.¹²⁹ De *Präsidiarlat* dient in bepaalde gevallen te worden geraadpleegd bij de benoeming van een rechter in een vacature op het deelstaatsniveau.¹³⁰ Binnen deze randvoorwaarden lopen de regelingen van de verschillende deelstaten uiteen.¹³¹

Vanuit het oogpunt van klassieke rechtsstatelijkheid wordt in Noord-Europese rechtssystemen overwogen een versterking van de rechtspositionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te realiseren door middel van instelling van een orgaan naar het model van de Zuid-Europese Raden voor de rechtspraak. Ten tijde van de herzieningsoperatie van de rechterlijke organisatie in Nederland is door de Staatscommissie Herziening RO geopperd om aan de Raad voor de rechtspraak een adviserende bevoegdheid toe te kennen ten aanzien van benoemingen van rechters en rechtspositionele vraagstukken. De minister van Justitie zou slechts gemotiveerd van een dergelijk advies mogen afwijken.¹³² Dit systeem is echter niet overgenomen door de wetgever. Omgekeerd is echter wel sprake van een zich doorzettende trend van beïnvloeding. Zuid-Europese rechtssystemen blijken in het licht van 'new public management'-overwegingen te willen leren van de ervaringen met Raden voor de rechtspraak in Noord-Europese rechtssystemen. Er is een tendens waarneembaar waarbij Raden voor de rechtspraak naar Zuid-Europees model evolueren naar Raden volgens het Noord-Europese model.¹³³ De kenmerken van dit tweede type Raad voor de rechtspraak komen tot uitdrukking indien wordt gekeken naar de regeling van de bedrijfsvoering van de rechterlijke organisatie.

- DE BEDRIJFSVOERING

De bedrijfsvoering voor de gerechten vindt in het klassiek-rechtsstatelijke perspectief op de organisatie van de rechtspraak plaats via een directe verbinding tussen de gerechten en de minister. Een constructie die met de opkomst van beginselen uit het 'new public management'-paradigma haar intrede heeft gedaan, betreft de toedeling van bevoegdheden aan een overkoepelend beheersorgaan voor de gerechten van de rechterlijke macht.

Frankrijk sluit aan bij het klassiek-rechtsstatelijke model. Beslissingen voor het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie worden in het Franse systeem genomen over de schijf van de *cours d'appel*.¹³⁴ De doelstellingen van elk gerecht dienen ieder jaar te worden vastgesteld in een plan voor het gerecht. In dat verband moet rekening worden gehouden met de vergaarde kennis over de situatie van het gerecht, de ontwikkeling van de geschilbeslechting en de wijzigingen die de sociaal-economische omgeving van

¹²⁹ Artikel 74 lid 1 DRiG.

¹³⁰ Artikel 74 DRiG.

¹³¹ Vgl. Bovend'Eert 1996, p. 4.

¹³² Franken 1997, p. 22.

¹³³ Depré 2005.

¹³⁴ Voermans 1999, p. 45. Vgl. *supra*, deze paragraaf.

het gerecht kunnen beïnvloeden.¹³⁵ Het gaat onder meer om maatregelen betreffende het bestuur van het gerecht, waaronder de verdeling van de rechters over de kamers valt. Onder het ‘roulement’ moet worden verstaan de algemene organisatie van het gerecht, de structuur van de civiele kamers alsmede de zaken die worden toegewezen aan elk van die kamers, het globale aantal rechters belast met de beslechting van iedere grote categorie van geschillen, en tot slot het aantal en het karakter van de strafzittingen (*audiences correctionnelles*).¹³⁶ De Franse rechterlijke organisatie kenmerkt zich door een ‘*dyarchie*’ in de vormgeving van de bedrijfsvoering op het niveau van de gerechten. Tot op heden is de beheersstructuur geregeld in een zeer complex systeem dat in de weg staat aan ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’.¹³⁷ Op het niveau van de *cours d’appel* dient een beslissing met betrekking tot beheer of bestuur gezamenlijk genomen te worden door de president van het gerechtshof en het hoofd van het parket bij dat gerecht. De beslissing wordt voorbereid door de coördinator van de *service administratif régional*, die bij de uitoefening van zijn taak niet mag treden in het domein dat door de *Code de l’organisation judiciaire* is toebedeeld aan het hoofd van de griffie (*greffier en chef*).¹³⁸ De samenwerking tussen rechter en parket is verbonden met de gerechtelijke indeling, welke in het huidige Frankrijk niet meer voldoet maar moeilijk te hervormen is.¹³⁹

Op het gebied van de bedrijfsvoering voor de gerechten in Frankrijk doen de uitgangspunten van het ‘new public management’-paradigma zich steeds meer gelden. De bedrijfsvoering ondervindt vooral invloed van de recente ontwikkelingen op het gebied van de financiering van de gerechten. De invoering van de *LOLF* heeft de doorvoering van beginselen van ‘new public management’ op dit punt in een stroomversnelling gebracht.

In Duitsland kenmerkt de bedrijfsvoering van de gerechten zich door een sameloop van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen bij de vormgeving van de beheersstructuur voor de gerechten. De *Verordnung zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung* van 1935 bepaalt dat de minister van Justitie, op het federale niveau of op het deelstaatniveau, de hoogste instantie is in de beheersorganisatie.¹⁴⁰ Op het niveau van de gerechten zijn beheerstaken toegedeeld aan de presidenten van de gerechten, die in een hiërarchische rangorde functioneren, afhankelijk van de rang van het gerecht in de rechterlijke organisatie. Beheersautoriteiten op het niveau van de gerechten kunnen aanwijzingen ontvangen van de minister of van hoger geplaatste gerechtelijke beheersautoriteiten, waarbij een grens ligt in de waarborg van de rechterlijke onafhankelijkheid.¹⁴¹ ‘Klassieke rechtsstatelijkheid’ komt aldus tot uitdrukking in

¹³⁵ Léger 1991, p. 25.

¹³⁶ Léger 1991, p. 25. Meer over de organisatorische beslissingen over toedeling van zaken en rechters *infra*, hoofdstuk 6.

¹³⁷ Jean & Pauliat 2006, p. 55, onder verwijzing naar Dalle & Jean 2002.

¹³⁸ Jean & Pauliat 2006, p. 55.

¹³⁹ Jean & Pauliat 2006, p. 55, onder verwijzing naar Commaille 2000 en Jean 2003. Over de territoriale verdeling van rechtsmacht in meer detail *infra*, hoofdstuk 6.

¹⁴⁰ Zie artikel 13 van de *GVerfReglV*. Vgl. Bovend’Eert 1996, p. 14.

¹⁴¹ Bovend’Eert 1996, p. 14.

de gedachte van bescherming van de rechterlijke 'onafhankelijkheid', 'new public management'-beginselen onderbouwen de slechts beperkt gemotiveerde en daardoor wellicht niet op meest 'doelmatige' en 'doeltreffende' wijze uitgewerkte¹⁴² keuze voor een hiërarchische beheersstructuur.

In het Nederlandse rechtssysteem hebben 'new public management'-beginselen een grote en weloverwogen invloed gekregen op de bedrijfsvoering voor de gerechten. De organisatie van gerechten zoals zij in Nederland tot 1 januari 2002 bestond, kon worden getypeerd als een losse verzameling van 'meer dan 90 afzonderlijke, van elkaar onafhankelijke, niet in enige hiërarchische relatie tot elkaar staande colleges'.¹⁴³ In deze 'platte' organisatie van gerechten vormden alle rechters samen de rechtbankvergadering, die het bestuur van het gerecht verzorgde. Daarnaast was een directeur gerechtelijke ondersteuning belast met het beheer van het gerecht.¹⁴⁴ In het nieuwe systeem van 'integraal management' heeft ieder gerecht in Nederland een bestuur gekregen bestaande uit de president van het gerecht, de sectorvoorzitters (rechters) en een directeur bedrijfsvoering (niet-rechter).¹⁴⁵ Daarnaast is een Raad voor de rechtspraak volgens het Noord-Europese model ingesteld. Met betrekking tot dit type Raad ligt de nadruk in het kader van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie op de bedrijfsvoering. De Nederlandse Raad voor de rechtspraak, samengesteld uit rechterlijke en niet-rechterlijke leden benoemd voor een periode van zes jaar¹⁴⁶, is volgens artikel 91 lid 1 Wet RO belast met taken betreffende de financiering van de rechterlijke organisatie, de bedrijfsvoering van de gerechten, en activiteiten in het kader van de werving, selectie, aanstelling, benoeming en opleiding van het personeel bij de gerechten. Bovendien zijn aan de Raad in artikel 92 Wet RO bevoegdheden toegekend op het terrein van de beleidsvorming voor wat betreft het functioneren van de gerechten. De Raad is in de eerste plaats een beheersorgaan.

Een laatste terrein van bevoegdheden waar 'new public management'-uitgangspunten hun invloed hebben doen gelden, betreft het domein van het beleid voor de rechtspraak.

- HET BELEID VOOR DE RECHTSPRAAK

In de moderniseringsoperatie van de Nederlandse rechterlijke organisatie was aanvankelijk beoogd de Raad voor de rechtspraak de mogelijkheid te geven bindende richtlij-

¹⁴² Vgl. Bovend'Eert 1996, p. 17 en p. 23.

¹⁴³ Commissie Hoekstra 1995, p. 1; Zie Martens & Ten Kate 2000, p. 1616.

¹⁴⁴ Bart 2003, pp. 2-3.

¹⁴⁵ Artikel 15 leden 1 t/m 4 RO. De nieuwe structuur van de rechterlijke organisatie betreft de gerechten van de rechterlijke macht evenals de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. De Hoge Raad valt niet onder de nieuwe regeling (artikel 3 RO). Hetzelfde geldt voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State; Van Mierlo & Bart 2002, p. 143. De taken en bevoegdheden van de Raad voor de rechtspraak strekken zich bovendien niet uit tot de organisatie van het openbaar ministerie, die apart is geregeld in hoofdstuk 4 van de RO.

¹⁴⁶ De Raad voor de rechtspraak telt vijf leden, waarvan drie rechters en twee niet-rechters. De commissie-Deetman doet de aanbeveling het aantal leden van de Raad, nu de opbouwfase ten einde is, terug te brengen tot drie. Commissie Deetman 2006, p. III.

nen en beleidsregels op te stellen.¹⁴⁷ Die constructie werd terecht in strijd geacht met de onafhankelijkheid van de rechter. Daarom is ervoor gekozen de Raad ‘slechts’ een rol toe te bedelen betreffende de coördinatie en harmonisatie in het kader van rechtseenheid en juridische kwaliteit.¹⁴⁸ De Raad voor de rechtspraak, maar ook de minister van Justitie en de gerechtshoven, kunnen aanwijzingen geven met het oog op een goede bedrijfsvoering van de gerechten.¹⁴⁹ Voorwaarde is dat zij hierbij niet treden ‘in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een concrete zaak of in categorieën van zaken’.¹⁵⁰ De wetsartikelen op dit punt worden aangeduid als ‘onafhankelijkheidsexcepties’.¹⁵¹ Bovendien is aan de Raad en aan de gerechtshoven opgedragen om ondersteuning te bieden aan activiteiten van en binnen gerechten die gericht zijn op uniforme rechtstoepassing en bevordering van de juridische kwaliteit van de rechtspraak.¹⁵²

In Frankrijk en Duitsland is de constitutionalisering van normen op dit punt nog niet zo ver voortgeschreden. In het Franse rechtssysteem kan de president van het gerecht, in het licht van zijn verantwoordelijkheid voor het functioneren van het gerecht, aanwijzingen over de bedrijfsvoering van het gerecht geven aan de directeur van de griffie (*directeur de greffe*), de hoofdgriffier (*greffier en chef*) of het hoofd van het autonome parket (*chef de parquet autonome*).¹⁵³ In Duitsland kunnen zowel de minister van Justitie als de presidenten van ‘hogere’ gerechten aanwijzingen geven aan gerechtelijke beheersautoriteiten met betrekking tot zaken op het gebied van de bedrijfsvoering. De waarborg van de rechterlijke onafhankelijkheid begrenst de aanwijzingsbevoegdheid.¹⁵⁴

Als conclusie ten aanzien van de invloed van de wending naar het ‘new public management’-paradigma op de vormgeving van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie kan het volgende gelden. Het klassiek-rechtsstatelijke paradigma voor de rechterlijke organisatie legt geen principiële eisen op met betrekking tot de organisatievorm van het ‘beheer’ en ‘bestuur’ van de rechterlijke organisatie. De doorvoering van ‘new public management’-uitgangspunten in een keuze voor een hiërarchische organisatie van de beheersstructuur of de instelling van een intermediair orgaan tussen minister en gerechten is in beginsel mogelijk. Zij kan bijdragen aan de vergroting van de ‘transparantie’,

¹⁴⁷ Commissie Leemhuis 1998, p. 30.

¹⁴⁸ Het blijft helaas onduidelijk welke status aan de in dit verband genomen maatregelen toekomt. Vgl. Jessurun d’Oliveira 1999, p. 384.

¹⁴⁹ Vgl. de artikelen 24 lid 1, 92 lid 1 en 93 lid 1 RO.

¹⁵⁰ Vgl. de artikelen 24 lid 2, 96 leden 1 en 2 en 109 RO. De meeste vergaande onafhankelijkheidsexceptie is die van de Raad in het kader van de uniforme rechtstoepassing, de bevordering van de juridische kwaliteit, en de advisering op het gebied van richtlijnen en beleid van de overheid betreffende de rechtspleging. Uit een *a contrario*-lezing van artikel 96 lid 1 RO volgt dat in die gevallen wel invloed mag worden uitgeoefend op de ‘procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in categorieën van zaken’.

¹⁵¹ Vgl. *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 182, nr. 6, p. 29.

¹⁵² Vgl. de artikelen 24 lid 3 en 94 RO.

¹⁵³ Artikel R812-1 COJ.

¹⁵⁴ Bovend’Eert 1996, p. 14.

‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechterlijke organisatie. Als hypothese geldt echter dat de klassieke rechtsstatelijke beginselen een grens opleggen waar de realisatie van uitgangspunten voor de uitoefening van de inhoudelijke functie ‘rechtspraak’ in het gedrang komt. Uit de confrontatie van de typen van beginselen voor de rechterlijke organisatie die in de twee paradigma’s vertegenwoordigd zijn, kan nu worden afgeleid op welke wijze die beginselen op elkaar inwerken bij de formulering van oplossingen voor het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie in de constitutionele systemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

5.3 Een confrontatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen: transparantie, effectiviteit en efficiëntie met respect van de rechterlijke onafhankelijkheid

In debatten over het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie staat, evenals in de discussie over andere deelonderwerpen betreffende de organisatie van de rechtspraak, de gedachte van behoud en vergroting van de legitimiteit van de rechtspraak voorop. Daartoe dient een balans te worden gevonden tussen de tijdsbestendige beginselen waaraan het recht zijn autonome positie in de Staat ontleent, en eisen die in de hedendaagse wisselwerking tussen recht en samenleving dwingen tot een responsieve houding van de rechtspraak ten opzichte van de samenleving. De hierboven beschreven oplossingen ter vergroting van de legitimiteit van de rechtspleging corresponderen met een juridisering van uitgangspunten in het licht van het ‘new public management’-paradigma. Met de herwaardering van de grondslag voor het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie in het ‘new public management’-paradigma heeft een aantal nieuwe beginselen zijn intrede gedaan op het constitutionele niveau. Hierboven zijn de ontwikkelingen op het gebied van de financiering van de rechtspraak, het personeelsbeleid voor de rechterlijke macht, de bedrijfsvoering van de rechterlijke organisatie en het beleid voor de rechtspraak in kaart gebracht. Bestaan op het laatste terrein vooral risico’s voor de klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie, op de andere gebieden biedt de juridisering van ‘new public management’-paradigma kansen tot vergroting van de responsiviteit van het recht in de hedendaagse context. Die opname van beginselen in het constitutionele referentiekader voor de rechterlijke organisatie geeft de mogelijkheid tot optimalisering van het evenwicht tussen de twee typen van beginselen die van belang zijn voor een autonome en responsieve organisatie van de rechtspraak in de ‘rechtsstaat’.

Een analyse van het evenwicht tussen beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en uit het ‘new public management’-paradigma leidt tot de vaststelling van een meerzijdige verhouding. Ten behoeve van de *aanvullende* werking (5.3.1) en de *versterkende* werking (5.3.2) van beginselen dient een constitutionele mogelijkheid te zijn gegeven voor de realisatie van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ in een optimale beheersstructuur voor de rechterlijke organisatie. Waar zich een *botsing* van beginselen uit de twee paradigma’s voordoet, geldt als minimumnorm voor het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie in de ‘rechtsstaat’ dat een constitutionele waarborg moet

bestaan ter bescherming van de functionele en feitelijke onafhankelijkheid van de individuele rechter (5.3.3).

5.3.1 *Aanvulling: onafhankelijkheid én transparantie, effectiviteit en efficiëntie*

Voor een groot deel werken klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen ‘in dezelfde richting’: zij vullen elkaar aan of versterken elkaar. *Aanvulling*, allereerst, is wat betreft het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie zichtbaar op het gebied van de algemene tendens tot hiërarchisering van de beheers- en bestuursstructuur voor de rechtspraak, en op het gebied van de regeling van de rechtspositie van de rechterlijke ambtenaren.

- AANVULLING VANUIT HET ‘NEW PUBLIC MANAGEMENT’-PARADIGMA: TRANSPARANTIE, EFFECTIVITEIT EN EFFICIËNTIE DOOR HIËRARCHISERING

Nieuwe maatregelen ter vergroting van de ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van het beheer en bestuur van de rechtspraak vormen een aanvulling ten opzichte van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma. Het hiërarchische element en de instelling van een structuur die geënt is op een kosten-batenanalyse zijn aanvullingen op de klassiek-rechtsstatelijke beginselen van ‘onafhankelijkheid’ en toezicht. Zij dragen op die manier bij aan de vergroting van de legitimiteit van de rechtspraak. Als belangrijkste voorbeeld kan in dit verband worden gewezen op de instelling van Raden voor de rechtspraak en de invoering van een ‘planning & control’-cyclus ten behoeve van de financiering van de rechtspraak. Op grond van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma bestaan geen beginselmatige argumenten voor de keuze van een specifieke structuur voor de uitoefening van beheers- en bestuursbevoegdheden. ‘New public management’-beginselen leveren in dit verband extra argumenten op voor de keuze van een specifieke oplossing. Zo bestaat geen principiële grond voor toekenning van beheersbevoegdheden aan de uitvoerende macht of aan de rechterlijke macht op grond van het beginsel van rechterlijke ‘onafhankelijkheid’, maar is het mogelijk om bijvoorbeeld de keuze voor hiërarchisering van bevoegdheden binnen de rechterlijke macht te beoordelen naar de mate waarin die oplossing ‘optimaal’ is in het licht van de realisatie van de beginselen van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’.

Een aanvullende werking van beginselen komt niet alleen voort uit de opkomst van ‘new public management’-uitgangspunten en hun legitimerende rol naast klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de rechterlijke organisatie. In omgekeerde richting vormen klassiek-rechtsstatelijke beginselen, in het ‘new public management’-paradigma opnieuw gekwalificeerd als ‘kwaliteitseisen’ voor de rechterlijke organisatie, een aanvulling op ‘new public management’-uitgangspunten. Een aanvullende werking van beginselen kan in dit verband worden onderkend met betrekking tot de rechtspositionele onafhankelijkheid van de rechter.

- AANVULLING VANUIT HET KLASSIEK-RECHTSSTATELIJKE PARADIGMA: EEN NIEUWE REFLECTIE OP DE RECHTSPOSITIONELE ONAFHANKELIJKHEID VAN DE RECHTER

Wat betreft de rechtspositie van de rechterlijke ambtenaren is sprake van een gebrek aan een krachtige impuls vanuit het ‘new public management’-paradigma. Het klassiek-rechtsstatelijke paradigma biedt een aanvulling op de bestaande gronden voor de legitimiteit van dit onderdeel van de rechterlijke organisatie, door middel van een nieuwe reflectie op de rechtspositionele onafhankelijkheid van de rechterlijke ambtenaren.

Dat rechters in de nieuwe structuren worden afgerekend op hun prestaties is niet in strijd met klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten van de ‘rechtsstaat’. In het Franse rechtssysteem is met betrekking tot de *LOLF* overwogen dat geen afbreuk wordt gedaan aan het beginsel van onafhankelijkheid van de rechterlijke macht dat wordt gewaarborgd door artikel 64 van de *Constitution*.¹⁵⁵ Op basis van artikel 15 van de *DDHC* geldt bovendien dat de samenleving het recht heeft om van iedere overheidsdienaar verantwoording te vragen voor zijn handelen in het kader van het overheidsbestuur.¹⁵⁶ Voor elk van de onderzochte systemen geldt echter dat de aandacht niet mag verslappen ten aanzien van de waarborg van de rechtspositionele onafhankelijkheid van de rechterlijke ambtenaren. De Raden voor de rechtspraak volgens het Zuid-Europese model die na de Tweede Wereldoorlog zijn opgericht en waarvan de bevoegdheid vooral betrekking heeft op de benoeming en opleiding van rechters, kunnen in dit verband een voorbeeldfunctie uitoefenen. Zij hebben een duidelijke grondslag in klassiek-rechtsstatelijke beginselen. Transponering van dit model naar andere rechtssystemen heeft ogenschijnlijk geen nadelige gevolgen voor de ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie en kan een bijdrage leveren aan de versterking van de rechtspositionele onafhankelijkheid die onderdeel uitmaakt van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma.

In het licht van het beginsel van de rechtspositionele onafhankelijkheid is het niet noodzakelijk de bevoegdheid tot benoeming van rechters bij de rechterlijke macht zelf te leggen. De wijze van benoeming van rechters heeft immers in beginsel geen directe invloed op de uitoefening van de rechterlijke functie. De onafhankelijkheid van de rechter dient vooral na zijn benoeming gewaarborgd te zijn: dan moet hij in vrijheid tot een beslissing in een concrete zaak kunnen komen. Bij de benoeming kunnen dus bevoegdheden worden gegeven aan politieke organen. Een dergelijk systeem is echter niet zonder risico’s. Benoeming door de uitvoerende macht draagt het gevaar in zich van beïnvloeding van de samenstelling van de rechterlijke macht als geheel, bijvoorbeeld wat betreft de politieke voorkeur of de maatschappelijke en culturele achtergrond van de te benoemen rechter. In dat licht kan dan ook worden begrepen dat het Comité van ministers van de Raad van Europa een voorkeur heeft uitgesproken voor benoeming van

¹⁵⁵ Over het in artikel 64 C neergelegde uitgangspunt van rechterlijke ‘onafhankelijkheid’ in meer detail *supra*, par. 4.2.1.

¹⁵⁶ Artikel 15 *DDHC*: ‘La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration’. Jean & Pauliat 2006, p. 45.

rechters door ‘een van overheid en bestuur onafhankelijk orgaan, dat volgens een transparante en met waarborgen omgeven procedure beslist’.¹⁵⁷

Raden voor de rechtspraak volgens het Zuid-Europese model, zoals de Franse *Conseil supérieur de la magistrature*, zijn wat dat betreft een stap in de goede richting. De Franse constructie, waarbij de uitvoerende macht een flinke vinger in de pap hebben bij de benoeming van de leden van de CSM en bij de functie-uitoefening door dit orgaan, roept echter vragen op tegen de achtergrond van de uitgangspunten van rechtsstatelijkheid en democratie. Hoewel de verankering in de Constitutie een zekere onafhankelijkheid ten opzichte van de uitoefening van andere executieve functies waarborgt, rijst de vraag in hoeverre een cumulatie van functies bij één orgaan zoals in het geval van de CSM in overeenstemming is met het uitgangspunt van de rechterlijke onafhankelijkheid en in verband daarmee de scheiding van machten. Politisering van rechterlijke benoemingen ligt op de loer.

Daar komt nog bij dat in een systeem van benoeming van rechterlijke ambtenaren door een van de overheid onafhankelijk orgaan de democratische legitimatie van de rechtspraak minder sterk lijkt dan bij benoeming door democratisch gekozen overheidsorganen. In de Duitse doctrine is naar voren gebracht dat concentratie van benoemingsbevoegdheden bij een van de uitvoerende macht onafhankelijk orgaan leidt tot strijd met het democratiebeginsel zoals neergelegd in artikel 20 lid 2 GG.¹⁵⁸ Volgens de heersende mening dienen zowel de uitvoerende als de rechterlijke autoriteit voldoende democratische legitimiteit te ontleen aan het volk. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft in een beslissing van 15 februari 1978 overwogen dat er in beginsel een ononderbroken ‘keten van democratische legitimatie’ moet bestaan die van de uitvoerende of rechterlijke autoriteit naar het electoraat loopt.¹⁵⁹ Een benoemingsorgaan dat voor de meerderheid uit rechters bestaat die verkozen zijn door hun collega-rechters voldoet niet aan dit vereiste. De verbinding met de minister van Justitie en via hem met de gekozen regeringsleider waarborgt de democratische verbinding met het volk.

Het is verder niet duidelijk hoe de (rechterlijke) leden van een Raad voor de rechtspraak ter verantwoording geroepen zouden kunnen worden met betrekking tot hun handelen. Als laatste punt in de reflectie betreffende de rechtspositionele onafhankelijkheid van leden van de rechterlijke macht wordt daarom aandacht besteed aan de rechtspositie van de leden van een Raad voor de rechtspraak.¹⁶⁰ Zij zijn immers in staat om veel invloed uit te oefenen binnen de rechterlijke organisatie.¹⁶¹ Een punt van discussie tijdens de wetgevingsprocedure in Nederland betrof de mogelijkheid tot herbenoeming van de leden van de Raad. Die leden worden door de uitvoerende macht benoemd voor een termijn van zes jaar met een mogelijkheid tot herbenoeming voor een periode van

¹⁵⁷ Bovend'Eert 2000b, pp. 14-15 en Franken 1997, pp. 21-22. Zie ook Committee of Ministers of the Council of Europe 1994.

¹⁵⁸ Zie Mallmann 2007, antwoord op vraag 10.

¹⁵⁹ BVerfG, 15 februari 1978, 2 BvR 134, 268/76, BVerfGE 47, 253, 275.

¹⁶⁰ Dit vraagpunt kan los gezien worden van de constitutionele status van de Raad voor de rechtspraak. Daarover *infra*, par. 5.3.2.

¹⁶¹ Vgl. voor Nederland de lijst van bevoegdheden genoemd in artikel 91 lid 1 RO.

drie jaar.¹⁶² De regering meende dat het risico gering is dat leden van de Raad zich bij het nemen van beslissingen zullen laten beïnvloeden door overwegingen betreffende een eventuele herbenoeming in de Raad. De minister beschikt slechts over een beperkt aantal bevoegdheden ten aanzien van de Raad en de procedure voor (her)benoeming van de leden van de Raad is volgens de regering met voldoende waarborgen omkleed.¹⁶³ De leden van de Raad houden zich bovendien niet bezig met de concrete geschilbeslechting. De onafhankelijkheid van de leden van de Raad is in dat opzicht van een andere orde dan de onafhankelijkheid van de rechtsprekende rechterlijke ambtenaren. Gelet op de tweezijdige positie van de leden van de Raad tussen de uitvoerende macht aan de ene kant en de gerechten aan de andere kant, valt er echter veel te zeggen voor een versterking van de rechtspositionele onafhankelijkheid van de leden van de Raad, in het bijzonder ten opzichte van de uitvoerende macht.¹⁶⁴ Om ieder risico betreffende de onafhankelijkheid van de (nieuwe categorie van) leden van de Raad voor de rechtspraak bij de uitoefening van beheers- en bestuursbevoegdheden uit te sluiten, kan worden overwogen de mogelijkheid van herbenoeming uit de Wet RO te schrappen.

Om die redenen wordt een systeem van rechterlijke ‘coöptatie’ in Duitsland als in strijd met de Constitutie aangemerkt.¹⁶⁵ De vraag is welk principe de doorslag geeft in de afweging: de waarborg van rechterlijke onafhankelijkheid of de uitwerking van het democratieprincipe. Nu mogelijke gevaren met betrekking tot de waarborg van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid – in ieder geval in de rechtssystemen van Nederland en Duitsland – vooral van theoretische aard zijn, kan het democratieprincipe voorop worden gesteld. Gezien de Straatsburgse aanbevelingen lijkt het echter in ieder geval wenselijk om de genoemde mogelijkheid van toekenning van benoemingsmogelijkheden aan een Raad voor de rechtspraak voor de rechtssystemen van Nederland en Duitsland te heroverwegen.

Als uitgangspunten voor de realisatie van een ‘effectief’ en ‘efficiënt’ personeelsbeleid gelden de minimumnormen van klassieke rechtsstatelijkheid. Naast het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid¹⁶⁶ kan worden gewezen op het beginsel van de ‘onafzetbaarheid’ van rechters, inhoudende een verbod om rechters zonder hun instemming over te plaatsen naar een nieuwe post.¹⁶⁷ Dat beginsel en zijn implicaties voor de rech-

¹⁶² Artikel 84 lid 3 RO. Benoeming vindt plaats bij koninklijk besluit op voordracht van de minister van Justitie.

¹⁶³ *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 182, nr. 6, p. 4.

¹⁶⁴ Vgl. ook de kritische opmerkingen in dit kader van Bovend'Eert 2003, p. 40.

¹⁶⁵ Mallmann 2007, antwoord op vraag 10. Zie tevens Wittreck 2006; in andere zin Tschentscher 2006.

¹⁶⁶ Jean en Pauliat noemen als eerste uitgangspunt voor de hervorming in Frankrijk het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid van gerechten en rechters van de rechterlijke macht en leden van het openbaar ministerie dat volgt uit artikel 64 *Constitution* en jurisprudentie van de *Conseil constitutionnel*: CC, beslissing nr. 70-40 DC van 9 juli 1970, *Rec.* p. 25 (*Indépendance des magistrats*); CC, beslissing nr. 93-326 DC van 11 augustus 1993, *Rec.* p. 217; CC, beslissing 2004-492 DC van 2 maart 2004, *Rec.* p. 66 (*Évolutions de la criminalité*). Zie Jean & Pauliat 2006, p. 59. Vgl. *supra*, par. 4.2.3.

¹⁶⁷ Jean & Pauliat 2006, p. 59.

terlijke organisatie komen in het volgende hoofdstuk uitgebreider aan bod. Nu dient bekeken te worden in hoeverre klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen voor de rechterlijke organisatie elkaar versterken met het oog op de realisatie van een maximaal legitieme rechterlijke organisatie in de rechtsstaten van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

5.3.2 *Versterking: onafhankelijkheid door transparantie, effectiviteit en efficiëntie en vice versa*

Van een wederzijdse *versterking* van de twee typen van beginselen is sprake met betrekking tot de constitutionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ten opzichte van de politieke staatsmachten. Het centrale thema in dit verband betreft de financiële onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ten opzichte van de uitvoerende macht.

- EEN VERSTERKING VAN DE CONSTITUTIONELE ONAFHANKELIJKHEID

De constitutionele onafhankelijkheid van de rechter, dat wil zeggen de onafhankelijkheid van de rechtsprekende macht die voortvloeit uit de constitutionele scheiding van machten en de spreiding van taken en bevoegdheden over verschillende organen¹⁶⁸, krijgt een andere status in het rechtssysteem indien de beheersstructuur voor de rechterlijke organisatie wordt gewijzigd in het licht van uitgangspunten van ‘new public management’. Dient in het geval van de rechtspositie van de rechter vooral acht te worden geslagen op de versterking van de ondergrens van klassieke rechtsstatelijkheid, in het geval van de onafhankelijkheid op het constitutionele niveau kan doorvoering van beginselen van ‘new public management’ tot een hernieuwd evenwicht van beginselen leiden waarbij zowel klassiek-rechtsstatelijke waarborgen als ‘new public management’-beginselen in sterkere mate gerealiseerd worden.

Het is duidelijk dat bij de recente hervormingen in Nederland, Frankrijk en Duitsland de nadruk ligt op de versterking van de invloed van uitgangspunten van ‘new public management’ in de rechterlijke organisatie.¹⁶⁹ De gedachte is geweest die grotere ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ te realiseren door invoering van een hiërarchisch element in die organisatie. Immers, een hiërarchisch georganiseerde rechtsprekende macht kan op een doeltreffender en doelmatiger manier worden aangestuurd dan een organisatie van losse gerechten.¹⁷⁰ Dit hiërarchische element draagt echter tevens bij aan de versterking van de constitutionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ten opzichte van (in het bijzonder) de uitvoerende macht. In het licht van de hiërarchisering kunnen implicaties die verband houden met het aspect van constitutionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht worden verwacht vanuit de positionering van een nieuw beheersorgaan als de Raad voor de rechtspraak.

¹⁶⁸ Vgl. *supra*, par. 4.2.1.

¹⁶⁹ Met betrekking tot Nederland en Frankrijk, zie Ng 2007, p. 372; zie tevens *supra*, hoofdstuk 1.

¹⁷⁰ Loth 1998a, p. 759, die erop wijst dat door meer beheers- en bestuurstaken bij de rechterlijke macht zelf te leggen bovendien de identiteit en de eigen verantwoordelijkheid van de rechterlijke macht worden versterkt.

Door de komst van de Raad voor de rechtspraak in Nederland is de constitutionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als geheel versterkt. De President van en de Procureur-Generaal bij de Nederlandse Hoge Raad wijzen erop dat in het kader van de bevoegdheden betreffende de toewijzing van middelen aan de rechterlijke macht een spanning bestaat omdat 'de uitvoerende macht zich meer en meer laat leiden door markt- en managementsdenken waarin efficiency en kostprijs doorslaggevend zijn, terwijl de rechter voorrang moet blijven geven aan de eisen van het recht'.¹⁷¹ Het Noord-Europese model voor een Raad voor de rechtspraak biedt een oplossing om die spanning te verlichten. De Raad functioneert als een 'schakel' tussen de uitvoerende macht (de minister van Justitie) en de rechtsprekende macht (de gerechtshoven). Raden volgens dit model, die beschikken over beheersbevoegdheden voor de rechterlijke organisatie, dragen bij aan een versterking van de onderhandelingspositie van de rechterlijke macht ten aanzien van het ministerie. In een dergelijke hiërarchische structuur waarin de rechterlijke macht een sterkere onderhandelingspositie heeft ten aanzien van het ministerie, kan een stabiel evenwicht tot stand worden gebracht tussen de belangen die aan de beide staatsfuncties zijn gekoppeld. Naar aanleiding van de eerste ervaringen met het model van de Raad voor de rechtspraak kunnen verbeteringen worden doorgevoerd. In het eindrapport *Rechtspraak is kwaliteit* van de commissie-Deetman, belast met de evaluatie van de herziening van de rechterlijke organisatie in Nederland, wordt gepleit voor een verheldering van de rolverdeling tussen de Raad voor de rechtspraak, de presidentenvergadering en de landelijke overleggen van sectorvoorzitters.¹⁷²

Een vraag die nog beantwoord moet worden, betreft de constitutionele status van het beheersorgaan 'Raad voor de rechtspraak'. De positie van de Nederlandse Raad voor de rechtspraak kan in dat verband als problematisch worden opgevat.¹⁷³ De vraag rijst of de Raad een orgaan is van de rechtsprekende macht of tot de uitvoerende macht moet worden gerekend. Zowel de taakomschrijving van de Raad als zijn samenstelling roepen het beeld op van een orgaan van de executieve. De taken van de Raad (beheer en bestuur van gerechtshoven) betreffen niet de inhoudelijke rechtspraak (dat wil zeggen: de beslechting van geschillen), maar zijn veeleer van uitvoerende aard, met een duidelijk beleidsaspect. De Raad is samengesteld uit zowel rechterlijke als niet-rechterlijke leden, zonder speciale waarborgen voor de rechtspositionele onafhankelijkheid van die leden bij de uitvoering van hun functie in de Raad.¹⁷⁴ De Raad voor de rechtspraak staat daarmee als orgaan dicht bij de zogenaamde zelfstandige bestuursorganen dan bij de gerechtshoven. Echter, voor een kwalificatie als orgaan van de rechtsprekende macht is niet vereist dat het orgaan in kwestie met rechtsprekende taken is belast.¹⁷⁵ Onderzoek naar Europese Raden voor de rechtspraak heeft bovendien aangetoond dat er geen duidelijke

¹⁷¹ Martens & Ten Kate 2000, p. 1618, onder verwijzing naar Tjeenk Willink 1999 en Happé 1999.

¹⁷² Commissie Deetman 2006, p. III.

¹⁷³ Zie onder andere Bovend'Eert 2003 en De Werd 1999a.

¹⁷⁴ Zie artikel 84 RO.

¹⁷⁵ Ook de leden van het openbaar ministerie, belast met de opsporing en vervolging van strafbare feiten, maken deel uit van de rechterlijke macht. Vgl. Cliteur 1999, pp. 14-15.

samenhang bestaat tussen de staatsrechtelijke status en de aard van de bevoegdheden van een Raad voor de rechtspraak.¹⁷⁶ Verder staat de Raad niet onder het gezag van de minister van Justitie en is sprake van een samenwerkingsverband met de gerechten. Een bestempeling van de Raad voor de rechtspraak als orgaan van de rechtsprekende macht is dus niet uitgesloten.¹⁷⁷

Gezien het hybride karakter van de Nederlandse Raad, kom ik tot een kwalificatie als orgaan *sui generis*. Een dergelijke omschrijving is problematisch in die zin dat geen vergelijkingsmateriaal aanwezig is in het licht waarvan status en functioneren van de Raad kunnen worden gewaardeerd. Zolang is verzekerd dat de Raad geen mogelijkheid heeft om ongeoorloofde invloed uit te oefenen op de inhoudelijke functie-uitoefening van de individuele gerechten, kan deze constructie echter als aanvaardbaar worden beschouwd.

- TRANSPARANTIE, EFFECTIVITEIT EN EFFICIËNTIE DOOR ONAFHANKELIJKHEID

Omgekeerd draagt het nastreven van de realisatie van het onafhankelijkheidsbeginsel bij aan de realisatie van een transparante, effectieve en efficiënte rechterlijke organisatie. Beginselen uit het ‘new public management’-paradigma hadden in de historische context geen constitutionele status. Zij lagen op impliciete wijze echter reeds ten grondslag aan de organisatie van de rechtspraak. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de keuze voor een arbeidsverdeling tussen de drie staatsmachten, op het gebied van de inhoudelijke functie-uitoefening én op het gebied van het beheer en bestuur van de staatsorganisatie. De directe aanleiding voor die arbeidsverdeling ligt in de klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten van machtscheiding en rechterlijke onafhankelijkheid. Tegelijkertijd wordt door die arbeidsverdeling een beperkte mate van ‘specialisatie’ gerealiseerd, die bijdraagt aan de ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van – onder andere – de rechterlijke organisatie.¹⁷⁸

De ‘autonome’ legitimiteit van het recht vindt hiermee aansluiting bij de vraag om (meer) ‘responsiviteit’. De legitimiteit van het recht betreffende de rechterlijke organisatie wordt vanuit twee invalshoeken verzekerd. Niet in alle gevallen echter is de verhouding tussen de twee paradigma’s zo harmonisch. In sommige gevallen botsen beginselen uit de paradigma’s en moet een keuze worden gemaakt waarin slechts een van beide typen van beginselen op maximale wijze gerealiseerd kan worden. De botsing van beginselen in het kader van de individuele functie-uitoefening van de rechter resulteert in de eis van een minimumwaarborg van de klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten van functionele en feitelijke onafhankelijkheid van de rechter.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Van Mierlo & Bart 2002, p. 163.

¹⁷⁷ Van regeringszijde is de Raad uitdrukkelijk gepresenteerd als een orgaan van de rechtsprekende macht. Zie onder andere *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27 182, nr. 3, p. 3 en *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 182, nr. 6, p. 10.

¹⁷⁸ Over ‘specialisatie’ en de rol van dit uitgangspunt in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie, zie *infra*, hoofdstuk 6.

¹⁷⁹ Vgl. Mak 2006, pp. 377-379.

5.3.3 *Botsing en grens: de bescherming van de functionele en feitelijke onafhankelijkheid van de rechter*

Het spanningsveld in het kader van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie ligt bij de scheidslijn tussen beleid ten aanzien van de rechtspraak en inmenging in de rechtspraak. Hoe dichter men het gerecht nadert, hoe groter het risico wordt van interferentie met de rechterlijke beslissingen. Uitgangspunt in de moderniseringsdebatten in Nederland, Frankrijk en Duitsland is dat de onafhankelijke positie van de rechtsprekende macht als staatsmacht, van de gerechten en van de rechters niet in het geding mag komen in het kader van het beheer van de rechterlijke organisatie.¹⁸⁰ De bemoeienis van de uitvoerende macht met de organisatie van de gerechten riskeert echter een zwakke plek te creëren in het 'schild' van onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. In een gehïerarchiseerde beheersstructuur komt in het bijzonder de positie van de individuele rechter op de tocht te staan. Ten tijde van de beraadslagingen over de Wet RvdR in Nederland werd door de PvdA-fractie dan ook terecht benadrukt dat 'voor het vertrouwen in de rechtspraak (...) het cruciaal (is) de indruk te vermijden dat de overheid de rechterlijke macht als het ware naar zijn hand zou kunnen zetten.'¹⁸¹ Met het oog op de mogelijkheden tot beleidsvorming betreffende de rechtspraak is in het bijzonder de constitutionele waarborg van bescherming van de functionele en feitelijke onafhankelijkheid van de rechter van groot belang.

- EEN MINIMUMWAARBORG VAN FUNCTIONELE ONAFHANKELIJKHEID

De twee vormen van 'onafhankelijkheid' zijn hierboven reeds onderscheiden en gedefinieerd.¹⁸² De functionele onafhankelijkheid ziet op de elementen die de rechter in ogenschouw neemt bij de vorming van zijn beslissing in een concreet geval. Zij begrenzen op legitieme manier het domein van de beslissingsvrijheid van de rechter. In de woorden van Franken: voor de rechter geldt een gebod om zich bij het nemen van een beslissing 'alleen te laten leiden door zijn juridisch geweten'¹⁸³, waarbij hij slechts in zijn beslissingsvrijheid wordt beperkt door de wet en de feiten van het voorliggende geval.¹⁸⁴

In het Nederlandse moderniseringsdebat is de garantie van de 'functionele onafhankelijkheid' van de rechterlijke macht aan de orde gesteld in het licht van de vaststelling van de bevoegdheidstoedeling aan de Raad voor de rechtspraak. De Raad en de minister hebben een aantal bevoegdheden gekregen met betrekking tot de bevordering van de rechtseenheid en de kwaliteit van de rechtspraak. Ter bevordering van de rechtseenheid zijn in het Nederlandse rechtssysteem bovendien reeds diverse constructies in het leven geroepen. De opening van de mogelijkheid voor aan de rechtspraak externe organen tot beïnvloeding van de uniforme rechtstoepassing is er daarvan slechts een. Een ander voorbeeld is de afstemming tussen kantonrechters onderling of tussen presidenten van

¹⁸⁰ Vgl. Schütz & Schulze-Fielitz 2002.

¹⁸¹ Van Mierlo & Bart 2002, p. 140.

¹⁸² Zie *supra*, par. 4.2.1.

¹⁸³ Franken 1997, p. 13.

¹⁸⁴ Franken 1997, p. 13 en Loth & Gaakeer 2005, pp. 27-35.

gerechten.¹⁸⁵ Ook op het hoogste niveau van de rechtspraak bestaan informele overlegstructuren, zoals in Nederland het overleg tussen Kamers bij de Hoge Raad, of tussen de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep.¹⁸⁶ Tevens bestaan er formele wegen om tot uniforme rechtstoepassing te komen. In Nederland, maar ook in Frankrijk en in Duitsland, komt aan de hoogste gerechten een wettelijke rol toe in dit kader.¹⁸⁷ Voor de Nederlandse vreemdelingenrechtspraak was de bevordering van de uniforme rechtstoepassing tot voor kort georganiseerd door middel van de Rechtseenheidskamer.¹⁸⁸

Er zijn zeker argumenten die de keuze voor beleidsvorming ten aanzien van de rechtspraak ondersteunen. Niet alle zaken komen tot aan de cassatierechter¹⁸⁹, wat pleit voor het bewandelen van andere wegen ter bevordering van de uniforme rechtstoepassing. Dit argument verliest echter aan kracht indien wordt bedacht dat via de feitelijke precedentwerking uniformerende kracht kan uitgaan van rechterlijke beslissingen, ook als zaken niet tot de hoogste rechter komen.

Waar liggen de grenzen van het domein van functionele onafhankelijkheid van de rechter? De rechter beschikt over een grote mate van vrijheid bij het nemen van een beslissing: hij is slechts gebonden aan het recht en aan de feiten van het geval. De binding aan het recht betreft in de eerste plaats een binding aan de Constitutie, vervolgens aan wettelijke regels.¹⁹⁰ Verder is de rechter gebonden aan regels van internationaal recht, die zijn te vinden in verdragen en in andere regelingen van internationaal recht die van kracht zijn in de nationale rechtsorde. In de derde plaats moet de rechter rekening houden met regelgeving niet afkomstig van de formele wetgever, die bij strijd met hogere regelgeving in principe buiten toepassing mag worden gelaten. Van het meeste belang in de onderhavige context is dat de rechtspraak in de onderzochte 'civil law'-systemen geen formele precedentwerking kent.¹⁹¹ Er is sprake van feitelijke precedentwerking, en in die zin van een hiërarchie binnen de rechterlijke macht, omdat de lagere rechter in veel gevallen de uitspraken van hogere rechters (gerechtshoven en cassatierechter) als leidraad zal nemen en zal navolgen. De rechter wordt in principe niet beperkt in de wijze waarop hij van de genoemde bronnen gebruik wil maken. Een beperking van de rechterlijke beslissingsvrijheid op andere gronden dan de bovenstaande is in beginsel uitgesloten.

In algemene zin zijn de bestaande constructies ter vergroting van de rechtseenheid problematisch vanuit het klassiek-rechtsstatelijke perspectief van de functionele onaf-

¹⁸⁵ Zie Jessurun d'Oliveira 1999, pp. 379-381. Ten aanzien van vormen van rechterlijke samenwerking, zie tevens Ingelse et al 1997. Over 'rechtersregelingen', zie Teuben 2004; Giesen 2007.

¹⁸⁶ Jessurun d'Oliveira 1999, p. 378 en aangehaalde literatuur aldaar.

¹⁸⁷ Zie *infra*, par. 6.2.1.

¹⁸⁸ Terlouw 2003.

¹⁸⁹ In kantonrechtzaken is volledig hoger beroep en cassatie uitgesloten. Zie artikel 332 lid 1 Rv.

¹⁹⁰ Over de mogelijkheid van constitutionele toetsing van wettelijke regels, zie *supra*, par. 2.2.3.

¹⁹¹ Vgl. ook de afwijzing hiervan door Franken 1997, p. 14.

hankelijkheid. De rechter zal externe criteria die buiten het vastgestelde overwegingskader vallen, moeten meenemen in zijn beoordeling van concrete gevallen. Aan de rechter worden extra elementen voor de besluitvorming opgedrongen. Die elementen zijn weliswaar niet bindend: de individuele rechter heeft de vrijheid om er in het concrete geval van af te wijken. Zij brengen echter wel een zekere beperking van de autonomie van de rechter mee. Bovendien gaat door het gebruik van richtlijnen en andere soorten afspraken binnen de rechterlijke organisatie een belangrijk voordeel van jurisprudentievorming verloren, doordat een genuanceerde en goed geïnformeerde rechtsontwikkeling in de praktijk van de rechtspraak wordt overgeslagen.¹⁹² Op deze wijze wordt mijns inziens afbreuk gedaan aan de functionele onafhankelijkheid van de rechter. De rol van een Raad voor de rechtspraak en de uitvoerende macht bij de beleidsvorming ten aanzien van de rechtspleging kan daarom ter discussie worden gesteld.

De beleidsvorming voor de rechtspraak dient omkaderd te worden door constitutionele beginselen. In het Nederlandse systeem is een begrenzing gegeven met de formulering van ‘onafhankelijkheidsexcepties’ in de Wet RO.¹⁹³ In Duitsland geldt een vergelijkbaar principe: de rechter mag slechts aan toezicht worden onderworpen voor zover in dat verband geen inbreuk wordt gemaakt op zijn onafhankelijkheid.¹⁹⁴ Bij het ontbreken van wetten en maatregelen van bestuur moet in de ‘*boîte noire*’ van beleidsvorming voor de gerechten de beroepsethiek de normen stellen.¹⁹⁵ In een bureaucratische, hiërarchisch georganiseerde structuur met lange lijnen tussen individu en eindproduct en gedeelde verantwoordelijkheden, moet gevreesd worden voor een minder sterk besef van persoonlijke verantwoordelijkheid bij de rechter voor de beslissingen die hij neemt. Meer ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ maar minder betrokkenheid en verantwoordelijkheid.¹⁹⁶ Voorkomen moet worden dat de rechter verwordt tot een actor die slechts in dienst staat van de organisatie, in dienst van de rechtseenheid en daarmee van de rechtszekerheid.¹⁹⁷ In een gehiërarchiseerde beheersstructuur waarin bevoegdheden gecentraliseerd zijn op hogere niveaus in de organisatie, zoals het geval is in Duitsland, bestaat bovendien nauwelijks ruimte om een beleid dat is gericht op het doelmatig functioneren tot ontwikkeling te brengen.¹⁹⁸

Wij raken hiermee aan een algemener punt van discussie betreffende beleidsvorming ten aanzien van de rechtspleging. De hiërarchisering van de rechterlijke organisatie en de benadrukking van de rechtseenheid vloeien voort uit al langer bestaande constructies van rechterlijke samenwerking en legitimeren deze impliciet. Hierdoor komt ook de feitelijke onafhankelijkheid van de individuele rechter in het concrete geval in het gedrang.

¹⁹² Vgl. Loth 1998a, pp. 762-763 en Loth 2001, p. 115.

¹⁹³ Zie *supra*, par. 4.2.2.

¹⁹⁴ Artikel 26 lid 1 DRiG. Zie Staats 1991, p. 125 en *infra*, deze paragraaf.

¹⁹⁵ Dalle 2001, p. 95.

¹⁹⁶ Loth 1998a, p. 761.

¹⁹⁷ Vgl. Jessurun d’Oliveira 1999, p. 383.

¹⁹⁸ Vgl. Bovend’Eert 1996, p. 17; Kienbaum 1992 en Kienbaum 1993.

- EEN MINIMUMWAARBORG VAN FEITELIJKE ONAFHANKELIJKHEID

De ‘functionele onafhankelijkheid’ van de rechtspraak moet worden onderscheiden van de ‘feitelijke onafhankelijkheid’ van de rechter. In dat laatste geval gaat het om de druk die in een concreet geval op de individuele rechter kan worden uitgeoefend door belanghebbenden bij de uitspraak: politieke en maatschappelijke groeperingen, collega-rechters, en anderen. Ook spelen de eigen waardeopvattingen en vooroordelen van de rechter een rol.¹⁹⁹ De rechter mag bij het nemen van zijn beslissing niet worden beïnvloed of gestuurd door zijn collega’s of door anderen die geen deel uitmaken van het rechtsprekende college in de concrete zaak. De reden hiervoor kan worden gevonden in het belang van de rechtzoekende burger: hij heeft er recht op dat de beslissing in zijn zaak wordt genomen door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, bovendien zijnde de rechter die hem gehoord heeft. Dit recht wordt onder meer gewaarborgd via het *ius de non evocando* of recht op toegang tot de wettelijke rechter (*gesetzliche Richter* of *juge naturel*).²⁰⁰

Artikel 17 van de Nederlandse Grondwet stelt dat ‘niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent’.²⁰¹ In Nederland heeft dit principe niet zo’n sterke uitwerking gekregen als bijvoorbeeld in Duitsland of Italië, waar een objectieve verdeling van zaken over kamers binnen gerechten wordt geëist.²⁰² Het *ius de non evocando* ‘sluit de aanwezigheid in raadkamer uit van anderen dan de rechter of het gerecht dat door de wet tot de beslechting van het geschil geroepen is’.²⁰³ Het principe vindt zijn legitimatie in de wens te voorkomen dat *ad hoc*-gerechten, ‘gerechten geschapen voor de gelegenheid’, worden ingesteld door een bestuursmaatregel.²⁰⁴

Een blik over de grens leert dat het beginsel ook tot uitdrukking komt in het Franse en Duitse recht en in het EVRM. In het Franse rechtssysteem kan het principe worden afgeleid uit de organieke wet van 16 en 24 augustus 1790, waarvan artikel 16 bepaalt dat ‘*tout privilège en matière de juridiction est aboli, tous les citoyens sans distinction plaident dans la même forme, devant les mêmes juges, dans les mêmes cas*’. Artikel 17 van die wet voegt daaraan toe: ‘*L’ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune commission, ni par d’autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi*’. Deze bepalingen moeten worden gezien in het licht van de afschaffing van de onder het *ancien régime* bestaande bijzondere kerkelijke en heerlijke gerechten. Zij zijn geformuleerd met het doel de eenheid van de rechterlijke organisatie in Frankrijk te bevestigen. Het recht op de wettelijke rechter is in het Franse systeem geheel in het teken van de gelijkheid voor de rechtspraak (onderdeel van de gelijkheid voor de wet) komen te staan, in tegenstelling tot in bijvoorbeeld Duitsland, waar het recht op de ‘*gesetzlicher Richter*’ meer gelieerd is aan het uitgangspunt van

¹⁹⁹ Franken 1997, p. 28. Zie *supra*, par. 4.2.1.

²⁰⁰ Vgl. *infra*, par. 6.2.2.

²⁰¹ Zie over deze bepaling onder andere Brenninkmeijer 1982; Akkermans 1988. Vgl. Mak 2007b.

²⁰² Kuijjer 2004, p. 187.

²⁰³ Jessurun d’Oliveira 1999, p. 378.

²⁰⁴ Smits 1996, p. 252.

rechtspraak door een onafhankelijke en onpartijdige rechter.²⁰⁵ Op het Europese niveau wordt het recht op de wettelijke rechter bovendien tot op zekere hoogte beschermd en gesanctioneerd door artikel 6 lid 1 EVRM, dat vereist dat wordt rechtgesproken door ‘een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie, welke bij de wet is ingesteld’.²⁰⁶ In de jurisprudentie van het EHRM is vastgesteld dat de verdragsnorm geen verplichting inhoudt tot overname van de Duitse leer van de ‘*gesetzlicher Richter*’: het bevoegde gerecht moet op voorhand worden vastgesteld, maar de norm van artikel 6 lid 1 EVRM strekt zich niet uit tot de bepaling van de samenstelling van de rechtsprekende formaties binnen het gerecht.²⁰⁷ Praktijken van rechterlijke samenwerking kunnen ook strijd opleveren met artikel 12 van de wet Algemene Bepalingen: ‘Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn’.

Vormen van rechterlijke samenwerking en aanwijzingsbevoegdheden van niet-rechterlijke organen kunnen in het licht van deze uitgangspunten ter discussie worden gesteld. Of het voor het prevaleren van de met rechterlijke samenwerking behaalde voordelen voldoende is dat de resultaten van de interne afstemming in de openbaarheid worden gebracht, zoals Corstens stelt²⁰⁸, kan in twijfel worden getrokken. Het maken van afspraken tussen gerechten roept namelijk vragen op in het licht van het constitutionele beginsel van het *ius de non evocando*. Benadrukt moet worden dat ook de rechtsprekende macht zelf inbreuk kan maken op het gebod van de wettelijke rechter. Jessurun d’Oliveira noemt het ‘ongerijmd’ het verbod van inbreuk op dit principe slechts te laten gelden ten opzichte van de uitvoerende macht en het openbaar ministerie. Er is geen goede reden om aan de zittende magistratuur wel toe te staan hierop inbreuk te maken.²⁰⁹ Immers, beïnvloeding van de uitspraak door rechters die niet officieel tot de rechtsprekende formatie in de concrete zaak behoren, kan niet worden voorkomen via de wrakingsregelingen: het recht tot wraking strekt zich slechts uit tot de rechters die officieel deel uitmaken van het in een zaak rechtsprekende college.²¹⁰ Deze grens moet in het oog worden gehouden bij de samenwerking tussen rechters en tussen rechterlijke colleges.

A fortiori zou een terughoudende positie moeten worden ingenomen ten aanzien van bemoeienis met de uniforme rechtstoepassing door niet direct bij de inhoudelijke rechtspraak betrokken organen als een Raad voor de rechtspraak of de minister van Justitie. Bovend’Eert heeft verder gewezen op de risico’s die uitgaan van de nieuwe ‘onafhankelijkheidsexcepties’ in de Wet RO als het gaat om inmenging in de rechtspraak in

²⁰⁵ Vgl. Renoux 1993.

²⁰⁶ Dit zal in het Nederlandse recht ook de wijze van toetsing moeten zijn. Artikel 120 Gw verbiedt immers rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet.

²⁰⁷ Kuijjer 2004, p. 184 e.v., en de daar aangehaalde jurisprudentie: ECRM, 25 november 1996, nr. 28899/95 (*Stieringer tegen Duitsland*); EHRM, 9 maart 1999, nr. 32813/96 (*Linder tegen Duitsland*). Zie tevens Mak 2007b.

²⁰⁸ Corstens 1998, p. 300.

²⁰⁹ Jessurun d’Oliveira 1999, p. 382.

²¹⁰ Jessurun d’Oliveira 1999, p. 379.

concrete zaken.²¹¹ In Duitsland is in dit verband een waarborg ingebouwd in artikel 26 *DRiG*. In lid 1 van dit artikel wordt bepaald dat de rechter slechts aan toezicht kan worden onderworpen indien zijn onafhankelijkheid daarmee niet wordt aangetast. Maatregelen van toezicht kunnen onder andere een evaluatie inhouden in verband met de bevordering van rechters in de rechterlijke organisatie²¹², maar ook een aanwijzing met betrekking tot gemaakte fouten bij de uitoefening van de rechterlijke functie of een herinnering van de rechter aan de verplichting om zijn taken tijdig uit te voeren. In geval een rechter meent dat een specifiek dienstbevel een inbreuk op zijn onafhankelijkheid inhoudt, kan hij beroep instellen bij een rechterlijke instantie.²¹³ Een dergelijke regeling biedt een waarborg tegen inmenging door de uitvoerende macht in de rechtspraak en draagt om die reden vanuit klassiek-rechtsstatelijk oogpunt bij aan de realisatie van een legitieme rechterlijke organisatie.

Ook het ‘meebeslissen’ door rechters of organen die niet tot het rechterlijke college behoren waaraan een zaak is voorgelegd is problematisch, zowel in het licht van de functionele als van de feitelijke onafhankelijkheid van de rechter. De rechter dient ‘zelfstandig’ tot zijn oordeel te komen. Vanuit het oogpunt van de onafhankelijke uitoefening van de rechtsprekende functie en vanuit het oogpunt van de onpartijdigheid van het rechterlijke oordeel is er een grens aan de aanvaardbaarheid van vormen van rechterlijke samenwerking, aanwijzingsbevoegdheden en andere vormen van bemoeienis met de uitoefening van de rechterlijke functie door rechterlijke en niet-rechterlijke organen. Die grens ligt op het punt waar maatregelen ter vergroting van de ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie leiden tot een inbreuk op de functionele en feitelijke onafhankelijkheid van de rechter in de zojuist beschreven zin. De inachtneming van beginselen gericht op de garantie van de functionele en feitelijke onafhankelijkheid van de rechter vormt de klassiek-rechtsstatelijke ondergrens voor constitutionele legitimiteit van de rechterlijke organisatie. In de herziene rechterlijke organisatie is het gevaar van overschrijding van die grens vergroot. De invoering van een element van ‘hiërarchie’ plaatst de individuele rechter in een kwetsbare positie ten opzichte van het gerechtsbestuur en de organen die hoger in de ‘bestuurskolom’ staan, zoals de minister van Justitie en mogelijk een Raad voor de rechtspraak. Om die reden dient zorgvuldig te worden omgegaan met de toekenning van aanwijzingsbevoegdheden betreffende het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie. De interne beoordeling van het functioneren van rechters in het huidige Nederlandse systeem kan ter discussie worden gesteld. Indien het aantal afgedane zaken en het

²¹¹ Bovend'Eert 2003, p. 41 en Bovend'Eert 2005.

²¹² Staats 1991, pp. 124-125.

²¹³ Artikel 26 *DRiG*: ‘Dienstaufsicht. (1) Der Richter untersteht einer Dienstaufsicht nur, soweit nicht seine Unabhängigkeit beeinträchtigt wird. (2) Die Dienstaufsicht umfaßt vorbehaltlich des Absatzes 1 auch die Befugnis, die ordnungswidrige Art der Ausführung eines Amtsgeschäfts vorzuhalten und zu ordnungsgemäßer, unverzüglicher Erledigung der Amtsgeschäfte zu ermahnen. (3) Behauptet der Richter, daß eine Maßnahme der Dienstaufsicht seine Unabhängigkeit beeinträchtigt, so entscheidet auf Antrag des Richters ein Gericht nach Maßgabe dieses Gesetzes.’

percentage 'kennelijk onverschoonbare vernietigingen' de norm stellen²¹⁴, ligt een indirecte beïnvloeding van de functie-uitoefening door de rechter op de loer.

Indien de minimumwaarborgen van 'functionele' en 'feitelijke' onafhankelijkheid van de rechter worden gerespecteerd, staan tegenover de risico's van de modernisering de voordelen van 'new public management'. Op basis van beginselen uit het 'new public management'-paradigma kan worden gezocht naar een optimale beheersstructuur in termen van 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie'.

In dit hoofdstuk is voortgebouwd op de analyse uit hoofdstuk 4. Niet alleen de afbakening van het domein van de rechterlijke functie heeft een constitutionele basis, ook elementen betreffende de organisatorische structuur voor de uitoefening van die functie zijn in de 'rechtsstaat' op het constitutionele niveau geregeld. De hoofdlijnen betreffende de regeling van het 'beheer' en 'bestuur' van de rechterlijke organisatie kunnen in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland worden teruggevonden in de geschreven Constituties en in organieke wetgeving. Zij zijn aangescherpt en opnieuw vormgegeven in het licht van constitutionele hervormingen, en onder invloed van constitutionele toetsing en verdragstoetsing.

In de debatten die de laatste jaren in de onderzochte West-Europese rechtsstaten hebben plaatsgevonden met betrekking tot de modernisering van de rechterlijke organisatie vormen 'beheer' en 'bestuur' van de rechterlijke organisatie een belangrijk onderwerp van discussie. Oplossingen voor de vormgeving van dit 'beheer' en 'bestuur' in de historische context, uitdrukkelijk gebaseerd op beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma, worden in de hedendaagse context heroverwogen in het licht van beginselen van 'new public management'. De historisch gegroeide praktijk waarbij een groot aantal bevoegdheden is toebedeeld aan de wetgevende en vooral aan de uitvoerende macht wordt heroverwogen ten gunste van de mogelijkheid van rechterlijk zelfbeheer en -bestuur. De organisatie van 'beheer' en 'bestuur' houdt echter niet op met de verdeling van bevoegdheden over organen die extern zijn aan de rechterlijke macht en aan de rechterlijke macht zelf. De uitwerking van die bevoegdheidsverdeling is van minstens even groot belang voor de constitutionele en maatschappelijke legitimiteit van de rechtspraak. Aspecten van mogelijke beheersstructuren, in het bijzonder de keuze voor een 'platte' of hiërarchische structuur en de eventuele instelling van een Raad voor de rechtspraak als intermediair tussen gerechten en uitvoerende macht, moeten worden gewaardeerd in het licht van beginselen uit de twee paradigma's voor de rechterlijke organisatie.

Door middel van overweging van nieuwe wettelijke regelingen in het constitutionele kader kan de normsteller voor de rechterlijke organisatie een evaluatie en actualisering bewerkstelligen van de regelgeving betreffende het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie, waarbij rekening wordt gehouden met eisen uit de klassiek-rechtsstatelijke context en met gejuridiseerde eisen uit het recentere 'new public mana-

²¹⁴ Vgl. *supra*, de inleiding van dit hoofdstuk.

gement'-paradigma. Op die manier kan worden gezocht naar een 'optimale' balans tussen 'autonomie' en 'responsiviteit' van het recht betreffende de rechterlijke organisatie.

Uit de analyse van de beheersstructuur voor de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland in het licht van beginselen van klassieke rechtsstatelijkheid en 'new public management' blijkt dat het samenbrengen van de twee typen van beginselen soms leidt tot een aanvulling of versterking van de legitimiteit van de rechterlijke organisatie, maar in andere gevallen leidt tot een botsing van beginselen. Op het statelijke niveau wordt de rechtsprekende macht met een hiërarchisering van de beheersstructuur een sterk geïncorporeerd orgaan met een eigen verantwoordelijkheid. De plaatsing van een Raad voor de rechtspraak als schakel tussen de gerechten en het ministerie van Justitie heeft in Nederland geleid tot een versterking van de positie van de rechterlijke macht als geheel en van de individuele gerechten ten aanzien van de minister van Justitie. Een dergelijke constructie brengt geen noemenswaardige veranderingen met zich mee voor de rechtspositionele onafhankelijkheid van de rechterlijke ambtenaren. Die positie kan niettemin versterkt worden door de overweging van invoering van een onafhankelijk orgaan met bevoegdheden op het gebied van de benoeming van rechters. Op het niveau van de geschilbeslechting in concrete gevallen neemt echter in de nieuwe bureaucratische gedachtevorming de bekommernis om 'efficiëntie' de plaats in van betrokkenheid. De individuele rechter wordt geconfronteerd met een groot aantal andere actoren die invloed trachten uit te oefenen op de uitoefening van de rechtsprekende functie. Die invloeden brengen gunstige effecten met zich mee – de bevordering van uniforme rechtstoepassing leidt tot een toename van rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid en daarmee van de 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de rechtspleging – maar vormen een inperking van de autonomie van de individuele rechter die oordeelt over het concrete geval. De zoektocht naar een balans vindt plaats in de wisselwerking tussen constitutionele en wettelijke normen en normen van beroepsethiek. Constitutionele minimumnormen in dat verband staan in het teken van de waarborg van de 'onafhankelijkheid' van de individuele rechter binnen de rechterlijke organisatie.

De afweging die uit dit hoofdstuk naar voren komt, betreft wederom die tussen de 'new public management'-beginselen van 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' enerzijds en het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt van regulering van overheidsmacht anderzijds. In de kern moet overwogen worden in hoeverre in het kader van beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie de klassiek-rechtsstatelijke garanties voor onafhankelijke rechtspraak moeten worden opgegeven of aangepast ten gunste van de voordelen van een 'transparantere', 'effectievere' en 'efficiëntere' organisatie van dat beheer en bestuur op basis van 'new public management'-beginselen. In dit spanningsveld moet de rechtspleging haar responsieve en daarmee 'transparante', 'effectieve' en 'efficiënte' structuur krijgen, maar vooral ook haar autonomie in de zin van 'onafhankelijkheid' behouden. De verhoudingen in het geschetste spanningsveld zullen nu verder onderzocht worden voor de regeling van de verdeling van rechtsmacht in de 'rechtsstaat'.

Hoofdstuk 6

De verdeling van rechtsmacht: constitutionele mogelijkheden tot specialisatie van gerechten en rechters

In recente jaren is een belangrijke plaats in de debatten over de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland gereserveerd voor de modernisering van de verdeling van rechtsmacht. De debatten in Nederland staan in het teken van een optimalisering van de verdeling van rechtsmacht door middel van concentratie van rechtsmacht bij bestaande gerechten, door middel van inzet van gespecialiseerde rechters in verschillende gerechten op het grondgebied van de Staat en door middel van schaalvergroting van de rechtspraak, bijvoorbeeld door rechtspraak over arrondissementsgrenzen heen. Als voorbeelden van deze oplossingsrichtingen kunnen respectievelijk worden genoemd de geconcentreerde behandeling van zaken op het gebied van het ondernemingsrecht door de Ondernemingskamer bij het gerechtshof te Amsterdam¹; de inzet van 'reizende rechters' op bepaalde rechtsgebieden²; en de rechtspraak voor meerdere arrondissementen in de Noordelijke fraudekamer.³ In Frankrijk wordt al geruime tijd gediscussieerd over een hervorming van de verouderde rechterlijke indeling.⁴ Een grootscheepse hervorming van de *'carte judiciaire'* is in juni 2007 daadwerkelijk aangevat met de installatie van een *Comité consultatif de la carte judiciaire* door de onder de nieuwe president Sarkozy aangetreden minister van Justitie Rachida Dati.⁵ Als principes voor de hervorming noemt zij: de vergroting van de kwaliteit van de rechtspleging; de aanpassing aan de ontwikkeling van het recht, onder andere door middel van 'specialisatie' als antwoord op de toegenomen complexiteit van het recht; de garantie van een beter begrip van de rechterlijke organisatie door grotere transparantie en toegankelijkheid van de geschilbeslechting; de waarborg van een behoorlijk beheer van de rechterlijke organisatie, door de vaststelling van een 'optimale schaalgrootte' van gerechten.⁶ Duitsland loopt enigszins achterop in de discussies, maar kent reeds een zeer gedetailleerde regeling van de verdeling van rechtsmacht.⁷

'Specialisatie' en de bevordering van 'kwaliteit' worden aldus aangedragen als oplossing voor het bevorderen van doorlooptijden van zaken in gerechten en van de deskundige behandeling van zaken door rechters. Op basis van deze uitgangspunten worden nieuwe, op 'functionaliteit' gerichte oplossingen voor de verdeling van rechtsmacht

¹ Vgl. Kroeze 2007.

² Vgl. Schlössels 2006. Zie tevens *infra*, par. 6.2.2 en par. 6.3.

³ Vgl. Hol & Loth 2002, p. 497. Zie in meer detail *infra*, par. 6.2.1.

⁴ Zie onder andere Commaïlle 2000; Commaïlle 1995; Chauvaud 1994.

⁵ De vorderingen betreffende de hervorming zijn te volgen via www.carte-judiciaire.justice.gouv.fr.

⁶ Dati 2007.

⁷ Vgl. *infra*.

voorgesteld. Voorbeelden zijn de zojuist genoemde concentratie van rechtspraak bij één gerecht voor het gehele grondgebied van de Staat of de inzet van gespecialiseerde rechters in verschillende gerechten op het grondgebied van de Staat. Nieuwe beginselen uit het ‘new public management’-paradigma treden op de voorgrond: de politieke en maatschappelijke vraag om ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechtspleging vormt de drijvende kracht achter de moderniseringstendenzen met betrekking tot de verdeling van rechtsmacht. Tegelijkertijd wordt onderkend dat klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie gewaarborgd moeten blijven. Terwijl sommigen hoog opgeven van de voordelen die met ‘specialisatie’ bereikt kunnen worden, wijzen anderen op de mogelijke risico’s voor de bescherming van klassiek-rechtsstatelijke waarborgen van ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ van de rechtspraak.⁸ Nieuwe mogelijkheden tot een flexibele verdeling van zaken over gerechten en een flexibele toedeling van rechters aan gerechten roepen vragen op betreffende de houdbaarheid van het traditionele uitgangspunt van ‘territorialiteit’ bij de verdeling van rechtsmacht. Op de achtergrond speelt de vraag naar de meest uitgebalanceerde bevoegdheidsverdeling tussen de normstellers voor de rechterlijke organisatie. Een keuze moet worden gemaakt tussen de meer ‘rigide’ mogelijkheid van de waarborg van machtsregulering in geval van regelgeving door de constitutionele of gewone wetgever en de grotere ‘flexibiliteit’ in geval van regelgeving door de lagere regelgever of zelfregulering door de gerechten. De vraag rijst hoe een vruchtbare uitwisseling van argumenten kan plaatsvinden tegen de achtergrond van enerzijds de ‘new public management’-uitgangspunten van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ en anderzijds de klassiek-rechtsstatelijke beginselen die in het teken staan van de waarborg van een ‘onafhankelijke’ en ‘onpartijdige’ rechtspraak.

Ook in het perspectief van de verdeling van rechtsmacht dient een afweging van oplossingsmogelijkheden plaats te vinden in het licht van het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie. Door middel van de analyse van de verdeling van rechtsmacht in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland zal getracht worden een verklaring te geven voor de ontwikkeling van het afwegingskader voor de rechterlijke organisatie in deze voor het onderzoek geselecteerde ‘rechtsstaten’. Bovendien zal getracht worden aan te geven welke mogelijkheden en grenzen voor de formulering van oplossingen voortvloeien uit de twee relevante paradigma’s voor de discussie over de rechterlijke organisatie. Wanneer wij nu deze problematiek nader bezien, dient allereerst aandacht te worden besteed aan de mate van ‘constitutionalisering’ van de verdeling van rechtsmacht (6.1). Vervolgens vindt een inventarisatie plaats van de beginselen die van belang zijn bij de verdeling van rechtsmacht. Deelonderwerpen betreffende de verdeling van rechtsmacht worden belicht vanuit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en vanuit het ‘new public management’-paradigma (6.2). Aan de hand van die analyse kan de constitutionele wisselwerking tussen beginselen uit de twee paradigma’s in kaart worden gebracht voor de verdeling van rechtsmacht in de onderzochte rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland (6.3).

⁸ Zie *supra*, Inleiding.

6.1 De constitutionalisering van de verdeling van rechtsmacht

De overwegingen in recente debatten betreffende de verdeling van rechtsmacht staan in het teken van verbetering van de arbeidsverdeling in de rechterlijke organisatie door middel van ‘specialisatie’. Het klassiek-rechtsstatelijke beginsel van verdeling van rechtsmacht op basis van ‘territorialiteit’ moet in balans worden gebracht met het ‘new public management’-beginsel van verdeling van rechtsmacht op basis van ‘functionaliteit’. De analyse vangt aan met een definitie van de beide begrippen (6.1.1). Vervolgens wordt bekeken in hoeverre aspecten van de beide beginselen zijn opgenomen in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie, waarmee zij gewicht krijgen in de juridische afweging voor de organisatie van de verdeling van rechtsmacht (6.1.2).

6.1.1 Een conceptualisering: ‘territoriale’ en ‘functionele’ verdeling van rechtsmacht

De verdeling van rechtsmacht omvat zowel de creatie van gerechten op het grondgebied van de Staat als de regeling voor de verdeling van zaken over gerechten en de toedeling van rechters aan gerechten. In de ‘rechtsstaat’ vindt zij plaats tegen de achtergrond van twee beginselen die voortvloeien uit de twee paradigma’s voor de rechterlijke organisatie. Het betreft de beginselen van ‘territorialiteit’ en van ‘functionaliteit’ bij de verdeling van rechtsmacht.

- HET BEGINSEL VAN ‘TERRITORIALITEIT’ BIJ DE VERDELING VAN RECHTSMACHT

Het beginsel van ‘territorialiteit’ legt de nadruk op de klassiek-rechtsstatelijke garantie van nabijheid van de rechtspraak. De ‘territoriale verdeling van rechtsmacht’ of ‘relatieve competentie’ kan worden omschreven als de toewijzing van zaken aan een bepaald gerecht of aan een bepaalde rechter op het grondgebied van de Staat. Het gaat om de vraag ‘welk gerecht van een bepaalde soort bevoegd is van een bepaalde zaak kennis te nemen’.⁹

‘Territorialiteit’ vormt een kernbeginsel voor de verdeling van rechtsmacht in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma. Van oudsher geldt als uitgangspunt voor de legitimiteit van de rechtspraak dat de rechter ‘bereikbaar’ moet zijn voor de justitiabelen. Die ‘bereikbaarheid’ komt tot uitdrukking in het ‘nabijheidsprincipe’, dat vaak wordt opgevoerd als reden voor de invoering van kantonrechtspraak en vergelijkbare vormen van ‘rechtspraak in de buurt’.¹⁰ Dit ‘nabijheidsprincipe’ omvat meerdere aspecten:

- een geografisch aspect: aanwezigheid ‘in de buurt’;
- een tijdsgerelateerd aspect: snelle doorlooptijden;
- een menselijk aspect: het vinden van gehoor en begrip;
- een cognitief (intellectueel) aspect: begrijpelijkheid;
- -en praktisch aspect: eenvoudige toegang tot de rechter;

⁹ Simons 1996, p. 98.

¹⁰ Vgl. *infra*, par. 6.2.1.

- een sociologisch aspect: mogelijkheid voor maatschappelijke organen (de gerechten) om hun gezag en hun traditionele rol in de regulering van de sociale orde te hervinden.¹¹

‘Nabijheid’ van de rechtspraak kan onder meer gerealiseerd worden door een groot aantal gerechten in te stellen, door de communicatie tussen gerecht en burger te optimaliseren en door de financiële drempel voor toegang tot rechtshulp te verlagen.

‘Territorialiteit’ vormt de uitdrukking van het geografische aspect van het nabijheidsprincipe en als zodanig de basis voor de verdeling van rechtsmacht op het grondgebied van de ‘rechtsstaat’. In haar uitwerking loopt ‘territorialiteit’ doorgaans samen met de overige aspecten van ‘nabijheid’. Aanwezigheid van een gerecht ‘in de buurt’ bevordert de idee van het vinden van gehoor en begrip, de eenvoudige toegang tot de rechter en de mogelijkheid voor de rechterlijke macht om haar functie in de rechtsorde en in de samenleving te vervullen. In het bijzonder de toegankelijkheid van de rechtspraak vormt een belangrijk element.¹² De toegang tot de rechter is in zichzelf een concept met verschillende dimensies:

‘de toegang tot de rechter houdt de mogelijkheid van effectieve rechtsbescherming door een onafhankelijke rechterlijke instantie in, en is het resultaat van het complex van rechtsregels waarbij een rechterlijke organisatie wordt geconstitueerd, procesrecht wordt vastgesteld en een regeling voor rechtsbijstand wordt gegeven.’¹³

Dit uitgangspunt omvat meerdere aspecten, zoals de kostenloosheid van rechtspraak voor de justitiabelen, de gelijkheid voor de rechter en neutraliteit van de rechter.¹⁴ Het concept ‘territorialiteit’ heeft hiermee een ruimere strekking dan enkel het geografische aspect. De interpretatie van het geografische aspect is bovendien niet eenduidig. In vroeger tijden stond de fysieke toegankelijkheid van de rechtspraak voorop. Als gevolg van die eis dienden op het grondgebied van de Staat meerdere gerechten met een algemene competentie te worden ingesteld. In de hedendaagse context zijn reisafstanden echter van minder groot belang geworden.¹⁵ Wij zullen nog zien welke invloed hiervan uitgaat op de uitwerking van het beginsel van ‘territorialiteit’.¹⁶

Niet alleen de verdeling van zaken, maar ook de toedeling van rechters aan gerechten wordt beïnvloed door het beginsel van ‘territorialiteit’. Met de professionalisering van de rechtspraak werd in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland gekozen voor de binding van rechters aan een bepaald gerecht op het grondgebied van de Staat.¹⁷ De rechter werd aan een specifiek gerecht toebedeeld en diende daar als

¹¹ Cointat 2002, p. 175.

¹² Vgl. Buruma 2006, p. 14.

¹³ Aldus de definitie in materiële zin van Brenninkmeijer 1987, p. 50.

¹⁴ Rassat 2004, pp. 24-26.

¹⁵ Buruma 2006, p. 16.

¹⁶ Zie *infra*, par. 6.2.

¹⁷ Vgl. *infra*, par. 6.2.2 over de toedeling van rechters op basis van de beginselen van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma.

‘generalist’ recht te spreken in zaken op het terrein van de hoofdgebieden van het recht. Die ‘generalistendoctrine’ behelst de opvatting dat ‘de rechter een generalist [is], die kennis heeft van alle rechtsgebieden en als zodanig niet over specifiek inhoudelijke kennis hoeft te beschikken in de voorliggende zaak. Alle rechters dienen in principe over dezelfde vaardigheden te beschikken. Door periodiek tussen sectoren te rouleren, bouwt de rechter een brede juridische expertise op, terwijl door veel zittingen te doen de benodigde praktische wijsheid wordt verworven.’¹⁸ Dit uitgangspunt van ‘generaliteit’ waarborgt de eenheid van de gerechten en van de rechtspraak. Hierdoor bestaat voor de justitiabelen een waarborg dat zij onder gelijke omstandigheden op gelijke wijze worden beoordeeld.

Onder invloed van het ‘new public management’-paradigma voor de discussie over de rechterlijke organisatie zijn de organisatorische grondtrekken van de verdeling van rechtsmacht aan verandering onderhevig. Er wordt steeds meer toegegeven op het beginsel van ‘territorialiteit’ en de daaruit voortvloeiende vereisten van ‘bereikbaarheid’ en ‘generaliteit’. Als motief geldt de gewenste vergroting van de ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechtspraak door middel van aansluiting bij het beginsel van ‘functionaliteit’.

- HET BEGINSEL VAN ‘FUNCTIONALITEIT’ BIJ DE VERDELING VAN RECHTSMACHT

De ‘functionele verdeling van rechtsmacht’ of ‘absolute competentie’ betreft de toewijzing van zaken ter beoordeling aan een gerecht of rechter op grond van het type zaak.¹⁹ Het beginsel van ‘functionaliteit’ sluit aan bij de inhoudelijke vereisten die gelden voor de afdoening van verschillende typen van zaken, bijvoorbeeld met betrekking tot de vereiste deskundigheid van de rechter. In de ‘rechtsstaat’ vormt het beginsel de basis voor arbeidsverdeling in de organisatie van de rechtspraak. Op grond van het beginsel van ‘functionaliteit’ worden bijzondere gerechten ingesteld of vindt concentratie van rechtspraak bij een bestaand gerecht plaats voor de afdoening van complexe zaken of zaken die zich weinig voordoen.²⁰ Ook vormt het beginsel de grond voor schaalvergroting binnen de rechterlijke organisatie. Zowel op beheers- en bestuursniveau²¹ als op het gebied van de inhoudelijke rechtspraak zijn structuren van samenwerking tussen gerechten geïntroduceerd onder invloed van de groeiende nadruk op functionele aspecten van de rechtspraak. Beleidsoverwegingen ten aanzien van de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland betreffen voor een belangrijk deel deze ‘re-allocatie’ van rechtspraak.²²

Centraal in de afweging omtrent nieuwe oplossingen voor de verdeling van rechtsmacht gebaseerd op ‘functionaliteit’, staat het uitgangspunt van ‘specialisatie’. De uit-

¹⁸ Van der Doelen 2000, p. 153; vgl. Albers et al 2004, p. 18.

¹⁹ Simons 1996, p. 98. In plaats van ‘functionele rechtsmacht’ wordt ook wel de term ‘materiële rechtsmacht’ gebruikt. Het beginsel komt in het bijzonder uitdrukkelijk naar voren in het internationale recht. Vgl. onder andere Noortmann 2006, p. 43.

²⁰ Vgl. *infra*, par. 6.2.1.

²¹ Vgl. *supra*, hoofdstuk 5.

²² Cf. *supra*, Inleiding.

werking van het beginsel van ‘functionaliteit’ vindt plaats op basis van dit organisatie-principe. Hol en Loth hebben ‘specialisatie’ gedefinieerd als:

‘[...] een veelvormig principe en een dynamische praktijk van beroepsuitoefening, die berusten op een claim met betrekking tot een bepaalde beheersing van kennis en vaardigheden, op relatief hoog niveau beheerst en uitgeoefend, welke claim relatief is ten opzichte van de kennisbeheersing in de omgeving en een bepaalde organisatie van het werk op grond van arbeidsverdeling impliceert.’²³

Uit deze definitie volgen drie aspecten van ‘specialisatie’: het kennisaspect, het omgevingsaspect en het organisatie-aspect.²⁴ De normsteller voor de rechterlijke organisatie zal de verschillende aspecten van ‘specialisatie’ betrekken in zijn deliberatie betreffende de vaststelling van de functionele en de territoriale competentie van gerechten en rechters.

Het kennisaspect wordt tevens onderkend door Buruma, die van mening is dat het er bij ‘specialisatie’ van rechtspraak om gaat ‘dat bepaalde rechters zich in het bijzonder toeleggen op een duidelijk te onderscheiden onderdeel van de rechtspraak’.²⁵ Met betrekking tot de kennisclaim rijst de vraag welke kennis vereist is voor de afdoening van (een bepaald type) rechtszaken en in welke mate die kennis beheerst dient te worden.²⁶ Een voorbeeld: voor de afdoening van eenvoudige civielrechtelijke geschillen – zoals het merendeel van de kantonrechterszaken op het gebied van het kooprecht, arbeidsrecht of huurrecht – zal meer algemene kennis voldoende zijn, er hoeft geen sprake te zijn van een grote mate van beheersing van zeer specifieke juridische kennis. Voor de afdoening van complexe zaken, bijvoorbeeld op het gebied van het ondernemingsrecht of van het economisch strafrecht, is specifieke kennis noodzakelijk, en zal een grotere mate van ‘specialisatie’ nodig zijn om aan die vraag te voldoen. De wetgever dient deze gegevens mee te nemen in de deliberatie over creatie en instelling van gerechten, bij de keuze voor toewijzing van bevoegdheden aan gerechten met een algemene competentie of aan gerechten met een bijzondere competentie, en bij de toedeling van rechters binnen de aldus gerealiseerde organisatie van gerechten.

Wat betreft het omgevingsaspect dient afgewogen te worden in hoeverre vanuit de juridisch-inhoudelijke, vanuit de professionele en vanuit de politiek-maatschappelijke context sprake is van aanwakkering van de noodzaak tot ‘specialisatie’. ‘Specialisatie’ is een relatief begrip. Juridisch-inhoudelijk wordt zij bepaald door de mate waarin een gerecht of een rechter ten opzichte van andere gerechten of rechters over een bevoegdheidssfeer beschikt die een grotere kennisclaim vertegenwoordigt. In de professionele context wordt de bevoegdheid van gerechten en rechters afgezet tegen die van actoren uit de omgeving: het openbaar ministerie, advocaten, deskundigen, hulpverlenende

²³ Hol & Loth 2002, p. 490.

²⁴ Hol & Loth 2002, p. 490.

²⁵ Buruma 2006, p. 14.

²⁶ Hol & Loth 2002, p. 490. Kroeze 2007, p. 87 wijst op de ‘toegevoegde waarde’ van een gespecialiseerd gerecht, in casu op het gebied van het ondernemingsrecht.

instanties, etc. Vanuit de politiek-maatschappelijke context, ten slotte, kunnen impulsen komen tot verdere ontwikkeling van kennis en expertise op bepaalde terreinen van het recht.²⁷ De normsteller voor de rechterlijke organisatie zal deze contextuele aspecten moeten betrekken in afwegingen betreffende de functionele verdeling van rechtsmacht. Op rechtsgebieden waar vanuit de omgeving een specifieke expertise wordt vereist, zal dan eerder voor specialisatie worden gekozen, bijvoorbeeld door toewijzing van zaken aan een bijzonder gerecht.

Tot slot is bij de definitie van 'specialisatie' een rol weggelegd voor het organisatie-aspect. 'Specialisatie' is dan 'een principe van arbeidsverdeling, te definiëren naar het subject en de schaal van kennisbeheersing'.²⁸ Wie of wat is 'gespecialiseerd' en op welk schaalniveau vindt die 'specialisatie' plaats? Een onderscheid kan worden gemaakt tussen specialisatie in de wijze van afdoening van zaken binnen gerechten en de specialisatie van individuele rechters binnen die gerechten. Hol en Loth spreken in dit verband van het onderscheid tussen 'specialismen' (functies) en 'specialisten' (personen).²⁹ De specialisatie van gerechten laat zich weer onderverdelen in twee verschijningsvormen: specialisatie van een kamer van een rechterlijke instelling of specialisatie van een rechterlijke instelling als zodanig.³⁰ De wetgever zal een keuze moeten maken voor een organisatie waarin individuele rechters, dan wel kamers binnen gerechten, dan wel gerechten als zodanig worden vormgegeven om te voldoen aan de vraag naar een bepaald type kennis. Tevens zal bepaald moeten worden of bevoegdheden in dit verband worden toegekend op een lokaal niveau (gerechten van eerste aanleg), op het ressortniveau (gerechtshoven) of op landelijk niveau (ressort van een Raad voor de rechtspraak of vergelijkbaar orgaan).³¹ De functionele verdeling van rechtsmacht komt hier tot uitdrukking in de toewijzing van bepaalde soorten zaken aan bepaalde gerechten of kamers binnen gerechten en (meestal in samenhang daarmee) aan individuele rechters. In geval van 'specialisatie' zullen bevoegdheden vaak met een bepaalde exclusiviteit worden toegedeeld, in die zin dat niet alle gerechten van hetzelfde type bevoegd zullen zijn voor de afdoening van een bepaald soort zaken of dat bijzondere gerechten worden gecreëerd voor de behandeling van de bedoelde typen van zaken.

De realisatie van oplossingen voor de verdeling van rechtsmacht blijkt een dubbele grondslag te kennen. Zij vindt plaats op basis van een afweging tussen het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt van 'territorialiteit' en het 'new public management'-uitgangspunt van 'functionaliteit'. De inbreng van aspecten van 'territorialiteit' en van 'functionaliteit' in de afweging van oplossingen voor de verdeling van rechtsmacht is in belangrijke mate afhankelijk van de opname van relevante normen in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie.

²⁷ Hol & Loth 2002, p. 490.

²⁸ Hol & Loth 2002, p. 490.

²⁹ Hol & Loth 2002, p. 493.

³⁰ Hol & Loth 2002, p. 489.

³¹ Vgl. Hol & Loth 2002, p. 490.

6.1.2 Opname van normen van ‘territorialiteit’ en ‘functionaliteit’ in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie

De recente invloeden op de verdeling van rechtsmacht – en het begrip ‘specialisatie’ als zodanig – komen voort uit het ‘new public management’-paradigma: de beginselen van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ geven aan welke organisatievormen van rechtspraak in de actuele context van de wisselwerking tussen recht en samenleving³² wenselijk, effectief en haalbaar zijn. Tegelijkertijd moet de aanvaardbaarheid van mogelijke oplossingen voor de verdeling van rechtsmacht worden afgewogen in het licht van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. De wisselwerking tussen de twee typen van uitgangspunten vindt plaats op het constitutionele niveau. De ratio van de regeling is – zoals wij zagen³³ – in belangrijke mate terug te voeren op de ‘territoriale’ uitgangspunten van ‘bereikbaarheid’ en ‘generaliteit’ van de rechtspraak, maar is aan verandering onderhevig onder invloed van het ‘functionele’ beginsel van ‘specialisatie’. Alvorens over te gaan tot een nader onderzoek van die interactie, dient kort te worden ingegaan op het proces van ‘constitutionalisering’ van beginselen voor de verdeling van rechtsmacht. Voor zover zij ‘geconstitutionaliseerd’ zijn, hebben ‘territorialiteit’ en ‘functionaliteit’ consequenties voor de juridische vormgeving van de verdeling van rechtsmacht in moderne ‘rechtsstaten’. Die juridische vormgeving vloeit voort uit een afweging van de voor- en nadelen van realisatie van aspecten van elk van de twee beginselen. Voor elk van de mogelijke vormen van realisatie van ‘bereikbaarheid’ en ‘specialisatie’ zal moeten worden vastgesteld in hoeverre zij berusten op constitutionele uitgangspunten en waar zich mogelijke struikelblokken bevinden. Ten aanzien van de beginselen van ‘territorialiteit’ en ‘functionaliteit’ komt de constitutionele uitwerking tot uitdrukking in de regeling van de instelling van gerechten. In de loop der tijd heeft de ‘constitutionalisering’ in dit verband zich in steeds verdere mate ontwikkeld. Op basis van een de afbakening van de grens aan ‘constitutionalisering’ kan de reikwijdte worden vastgesteld van het continuüm waarop een keuze moet plaatsvinden voor ‘flexibiliteit’ of ‘rigiditeit’ van het constitutionele kader voor de verdeling van rechtsmacht.³⁴

- DE CONSTITUTIONELE UITWERKING VAN ‘TERRITORIALITEIT’ EN ‘FUNCTIONALITEIT’: DE INSTELLING VAN GERECHTEN

In de constitutionele regelingen van de onderzochte ‘rechtsstaten’ zijn de uitgangspunten van ‘territorialiteit’ en ‘functionaliteit’ omgezet in juridische eisen met betrekking tot de verdeling van rechtsmacht. Dit komt tot uitdrukking in de vereisten ten aanzien van de ‘instelling’ van gerechten. Het concept ‘instelling’ van gerechten kan worden omschreven als een combinatie van een instellingshandeling (oprichting, wijziging of opheffing) en de vaststelling van constitutieve regels (over inrichting, samenstelling en bevoegdheid) voor een gerecht of categorie van gerechten van een unieke soort.

³² Ten aanzien van het begrip ‘actuele’ context, zie *supra*, Inleiding.

³³ Zie *supra*, par. 6.1.1.

³⁴ Over die begrippen ‘flexibiliteit’ en ‘rigiditeit’, zie *supra*, par. 3.2.2.

De instellingshandeling

De instellingshandeling, allereerst, ziet op het ‘aanwijzen’ van gerechten of categorieën van gerechten. In de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen zijn normstellende bevoegdheden in dit verband verdeeld over de constitutionele wetgever en de organieke of gewone wetgever. De nadruk ligt in het Nederlandse en in het Franse systeem op grondwettelijke attributie van instellingsbevoegdheden aan de wetgever. In Duitsland heeft de federale constitutionele wetgever de belangrijkste gerechten op het federale niveau ingesteld en zijn verdere bevoegdheden tot instelling van gerechten aan de gewone wetgever opgedragen.

De Nederlandse grondwet draagt in artikel 116 lid 1 aan de wetgever op om de gerechten aan te wijzen die behoren tot de ‘rechterlijke macht’. Het begrip ‘categorie’ wordt hier niet uitdrukkelijk gehanteerd. Het lijkt echter aannemelijk dat met het ‘aanwijzen van gerechten’ wordt bedoeld op gerechten als categorie en niet als afzonderlijk orgaan. De niet tot de rechterlijke macht behorende gerechten vallen buiten deze regeling. In deze context speelt waarschijnlijk een rol dat de grondwetgever met betrekking tot de herziening van 1983 een toekomstige integratie van alle gerechten in de rechterlijke macht voor ogen had, dat wil zeggen dat alle gerechten dan aan de grondwettelijke waarborgen ter verzekering van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht zouden moeten voldoen.³⁵ Dit proces is gedeeltelijk doorgevoerd, onder andere voor de militaire rechtspraak. De derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie, die als belangrijkste doel had de integratie van de administratieve gerechten in de rechterlijke macht, is echter afgeblazen.³⁶ De aanwijzing van administratieve gerechten vindt echter in de praktijk ook bij wet plaats, zoals blijkt uit de regelingen betreffende de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven.³⁷

De Franse constitutionele regeling komt in grote lijnen overeen met de Nederlandse bepalingen. Artikel 34 lid 3 C rekent tot het domein van de wetgever de taak om ‘*nouveaux ordres de juridictions*’ in te stellen.³⁸ Die taak is ruim geïnterpreteerd, zodat zij niet slechts de afbakening van kolommen van rechtspraak omvat, maar tevens de instelling van ‘categorieën’ van gerechten.³⁹ Enerzijds moet bij de instelling van een nieuw orgaan sprake zijn van een gerechtelijk karakter.⁴⁰ Anderzijds doet de instelling van een nieuwe ‘categorie’ van gerechten veronderstellen dat het gecreëerde gerecht of de gecreëerde

³⁵ Zie onder andere *Kamerstukken II*, 1979-1980, 16 162, nr. 3, Ministerie van Binnenlandse Zaken 1983, p. 19; vgl. Commissie Van Zeven 1984, p. 18.

³⁶ Zie *Kamerstukken II* 2003-2004, 25 425, nr. 7.

³⁷ Zie bijvoorbeeld artikel 26 Wet RvSt.

³⁸ Over het domein van de Franse wetgever, zie Hagueneau 1995, p. 269. Zie tevens Jin 2001, p. 953. Vgl. *supra*, par. 2.1.2.

³⁹ Zie CC, beslissing nr. 61-14 L van 18 juli 1961, *Rec.* p. 38 (*Organisation judiciaire*), en CE, 13 juli 1962, *Rec.* p. 479 (*Conseil national de l'ordre des Médecins*), commentaar van de *commissaire du gouvernement* Braibant, RDP 1962, 739. Over de discussie ten aanzien van de interpretatie van het begrip ‘*ordre de juridictions*’, zie Renoux 1984, p. 280 e.v.

⁴⁰ Over de kwalificatie van een orgaan als ‘gerecht’, zie *supra*, par. 4.2.1.

gerechten van een unieke soort zijn.⁴¹ Het begrip ‘categorie van gerechten’ omvat alle soorten gerechten, ook de disciplinaire gerechten.⁴² Wil er sprake zijn van een ‘nieuwe’ categorie van gerechten, dan is voldoende dat het gaat om een duidelijk af te bakenen categorie van gerechten zonder equivalent op het grondgebied van de Staat.⁴³ Een categorie van gerechten kan worden gevormd door een enkel gerecht, zoals een militair gerecht met speciale competentie⁴⁴ of de *Cour de cassation*.⁴⁵

De instelling van gerechten wordt in het Duitse recht voor een belangrijk deel op het constitutionele niveau afgehandeld. De materie wordt beheerst door de artikelen 92, 95 en 96 GG. De gerechten op federaal niveau zijn alle door de constitutionele wetgever zelf ingesteld. Artikel 92 GG bepaalt dat de bevoegdheid om recht te spreken wordt toevertrouwd aan rechters. Die bevoegdheid wordt volgens de tweede zinsnede van het artikel uitgeoefend door het federale constitutionele hof, door de federale hoven die door het *Grundgesetz* worden ingesteld en door de gerechten van de deelstaten. Dit artikel houdt reeds de instelling van het *Bundesverfassungsgericht* in. Artikel 95 GG bepaalt dat op de gebieden van de vijf takken van rechtspraak (*ordentliche Gerichtsbarkeit, Verwaltungs-, Finanz-, Arbeits- en Sozialgerichtsbarkeit*) door de *Bund*⁴⁶ vijf hoogste gerechtshoven worden ingesteld: het *Bundesgerichtshof*, het *Bundesverwaltungsgericht*, het *Bundesfinanzhof*, het *Bundesarbeitsgericht* en het *Bundessozialgericht*. Op grond van artikel 96 lid 1 GG kan door de *Bund* een federaal hof worden opgericht voor mededingingszaken en voor de bescherming van de intellectuele eigendom. Dit is gebeurd met de instelling van een *Bundespatentgericht*.⁴⁷ Het tweede lid van artikel 96 GG geeft de *Bund* de mogelijkheid om, in de vorm van federale gerechten, militaire strafgerechten voor de strijdkrachten in te stellen. Een federale wet zou de verdere modaliteiten van deze vorm van rechtspraak moeten regelen. Van deze bevoegdheid is nog geen gebruik gemaakt.⁴⁸ Artikel 96 lid 4 GG geeft de *Bund* de mogelijkheid federale gerechten in te stellen die kennis kunnen nemen van disciplinaire zaken en bezwaar- en beroepszaken van personen die een publiekrechtelijk dienstverband met de Bond hebben. Op het niveau van de *Länder* kunnen ook gerechten worden ingesteld. Dit is gebeurd voor de rechterlijke instanties die zich onder de federale hoogste gerechten bevinden. De meeste *Länder* hebben tevens een gerecht ingesteld ter behandeling van zaken betreffende het constitutionele recht van de deelstaat.⁴⁹ De artikelen 95 en 96 GG vormen een uitwerking van

⁴¹ Renoux 1984, p. 282 en p. 285.

⁴² CE, 13 juli 1962, Rec. p. 479 (*Conseil national de l'ordre des Médecins*). Betreffende de *juridictions spécialisées*, zie CE, 2 maart 1962, Rec. p. 142 (*Sieur Pitoon*). Vgl. Renoux 1984, p. 285.

⁴³ Renoux 1984, pp. 285-286.

⁴⁴ CE Ass, 2 maart 1962, Rec. p. 143 (*Sieurs Rubin de Servens et autres*).

⁴⁵ CC, beslissing nr. 77-99 L van 20 juli 1977, Rec. p. 63.

⁴⁶ Gerechten worden in het Duitse rechtssysteem ingesteld door de Staat als entiteit, dus niet door de wetgever of door de uitvoerende macht (of door de rechterlijke macht zelf, als onderscheiden onderdeel van de Staat). Zie bijvoorbeeld artikel 95 GG.

⁴⁷ Door het zesde *Überleitungsgesetz* bij het *Grundgesetz*, van 23 maart 1961, *BGBI.* 1961 I, S. 274 = *BIPMR* 1961, 124. Zie de artikelen 92 en 96 lid 1 GG en artikel 65 *PatG*.

⁴⁸ Schilken 2003, p. 173.

⁴⁹ Schilken 2003, p. 174.

de in de tweede volzin van artikel 92 geformuleerde bevoegdheid van de *Bund* om federale gerechten in te stellen. De artikelen behelzen de opsomming of ‘acceptatie’⁵⁰ van een aantal gerechten en rechtsgangen die als federale gerechten kunnen worden aangemerkt en waarvan de instellingsakte dientengevolge aan de *Bund* moeten worden toegerekend.⁵¹ Artikel 96 houdt uitdrukkelijk slechts die federale gerechten voor conform aan de Constitutie, waarvan de instelling in de bepalingen van het *Grundgesetz* uitdrukkelijk is geregeld dan wel uitdrukkelijk wordt mogelijk gemaakt. De opsomming van de in de artikelen 95 en 96 genoemde federale gerechten – uitgezonderd het *Bundesverfassungsgericht* – moet dan ook als een limitatieve opsomming worden beschouwd.⁵²

De oprichting van categorieën van gerechten is in elk van de drie onderzochte rechtssystemen op het constitutionele of op het wettelijke niveau geregeld. De wijziging of opheffing van gerechten kan om die reden slechts geschieden door middel van een wijziging van de constitutionele of wettelijke bepalingen ter zake. De wijziging van de aard van een categorie van gerechten staat volgens de Franse jurisprudentie gelijk aan de oprichting van een nieuwe categorie.⁵³ De aard van een categorie van gerechten kan op verschillende manieren worden veranderd. Een eerste mogelijkheid is het wijzigen van de aan het gerecht opgedragen functie, waarmee wordt bedoeld op de door de wet aan de betrokken categorie van gerechten toegewezen rol in het bredere kader van de staatsinstellingen.⁵⁴ Daarbij moet gedacht worden aan de verschillende functionele vormen van rechtsmacht, die volgen uit de hierboven onderscheiden functies van gerechten.⁵⁵ Een andere optie is het wijzigen van de ‘constitutieve regels’ voor het gerecht, dat wil zeggen de regels die nodig zijn voor de vervulling van de toegewezen functie.⁵⁶ De ‘opheffing’ van een gerecht, dat wil zeggen het verdwijnen uit de rechtsorde van het gerechtelijke orgaan dat belast is met een bepaalde functie, geschiedt in geval één gerecht of een aantal gerechten van een categorie wordt opgeheven door de uitvoerende macht.⁵⁷ Indien een gehele categorie van gerechten wordt opgeheven, is de normsteller die de categorie heeft ingesteld bevoegd. Een voorbeeld betreft de integratie van de Nederlandse kantongerechten in de arrondissementsrechtbanken ‘nieuwe stijl’.⁵⁸ De invoering van de Wet Organisatie en bestuur gerechten heeft geleid tot het vervallen in artikel 2 Wet RO van de categorie ‘kantongerechten’. Evenals bij de wijziging van de aard van gerechten is sprake van een verandering in de ‘constitutieve regels’ voor de gerechten.

⁵⁰ Vgl. artikel 30 GG.

⁵¹ Ten aanzien van deze ‘*Gerichtshoheit*’, welke de bepaling van het monopolie van de Staat betreffende de rechtspraak, de normering van de functie-uitoefening van de rechter en de organisatie van de gerechten omvat, zie Schilken 2003, p. 172 e.v.

⁵² Schilken 2003, p. 173.

⁵³ Renoux 1984, p. 289. Zie bijvoorbeeld *CE*, 13 juli 1962, *Rec. p.* 479 (*Conseil national de l'ordre des Médecins*). Renoux 1984, p. 291.

⁵⁴ Renoux 1984, p. 289.

⁵⁵ Zie *supra*, par. 4.3.1.

⁵⁶ Renoux 1984, p. 289.

⁵⁷ Vgl. voor Nederland de opheffing van een aantal nevenvestigingsplaatsen van rechtbanken: ‘Sluiting dreigt voor vijf “bijkantoren” rechtbanken’, *De Volkskrant*, 22 maart 2007.

⁵⁸ Zie *infra*, par. 6.2.1.

Die 'constitutieve regels' voor de gerechten vormen het tweede aspect van de constitutionele dimensie van de verdeling van rechtsmacht.

De vaststelling van 'constitutieve regels' voor de gerechten

De vaststelling van 'constitutieve regels' voor de gerechten heeft betrekking op de inrichting, samenstelling en bevoegdheid van de gerechten.⁵⁹ De constitutionele regelingen zijn in dit verband in overwegende mate tot stand gekomen op basis van klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de rechterlijke organisatie, maar laten ruimte voor een herwaardering van de materie in het licht van de recenter op de voorgrond getreden 'new public management'-beginselen.

De Nederlandse Grondwet draagt in artikel 116 lid 2 Gw aan de wetgever op om de inrichting, samenstelling en bevoegdheid van de rechterlijke macht te normeren. In het Duitse rechtssysteem zijn de bevoegdheden en de samenstelling van het *Bundesverfassungsgericht* uitgewerkt op het constitutionele niveau, in de artikelen 93 en 94 GG. Voor de overige gerechten geldt dat bijvoorbeeld de vaststelling van het aantal kamers binnen de gerechten behoort tot de bevoegdheid van de lagere regelgever.⁶⁰ Volgens de jurisprudentie van de Franse constitutionele rechter behoren tot de 'constitutieve regels' voor de instelling van gerechten zowel de regels met betrekking tot de samenstelling van een categorie van gerechten, als de regels betreffende de bevoegdheid van die categorie van gerechten.⁶¹ In meer algemene zin behoren ook de regels betreffende de organisatie en inrichting van gerechten tot de 'constitutieve regels'. Uit de jurisprudentie van de Franse *Conseil constitutionnel* blijkt dat de regels die de functie van een gerecht bepalen geacht worden onlosmakelijk verbonden te zijn met de regels betreffende de bevoegdheid en structuur van dat gerecht.⁶² De *Conseil constitutionnel* heeft in dit verband een belangrijke beslissing gegeven betreffende de juridische kwalificatie van de organisatie van de *Cour de cassation*: het bestaan van een '*chambre mixte*' en van een '*assemblée plénière*' binnen de *Cour de cassation*, regels van intern functioneren, behoren tot de constitutionele regels voor die categorie van gerechten.⁶³ Als het gaat om de samenstelling van een gerecht, houdt de constitutionele rechter rekening met de wijze van samenstelling die kenmerkend is voor het betroffen gerecht, in samenhang met de specifieke functie van dat gerecht. Daarmee wordt een variabele inhoud toegekend aan het begrip 'constitutieve regel'.⁶⁴

De drie typen van 'constitutieve regels' kunnen nader gedefinieerd worden. Wat betreft de 'inrichting van de rechterlijke macht' noemde de Staatscommissie Cals-Donner in haar eindrapport betreffende de voorgestelde grondwetswijziging die in 1983 haar

⁵⁹ Zie voor Nederland artikel 116 lid 2 Gw. Vgl. Renoux 1984, p. 290, die onderscheid maakt tussen de '*composition*' en de '*compétence*' van de gerechten.

⁶⁰ Staats 1991, p. 121.

⁶¹ Renoux 1984, p. 290. In dit verband is sprake van een gelijkenis met de in het Franse recht onderscheiden categorie van '*établissements publics*', zie Renoux 1984, pp. 287-288.

⁶² Renoux 1984, p. 294. Zie ook idem, p. 299.

⁶³ CC, beslissing nr. 77-99 L van 20 juli 1977, *Rec.* p. 63; zie ook Renoux 1984, p. 293 en p. 303.

⁶⁴ Renoux 1984, p. 290.

beslag heeft gekregen drie relevante vraagstukken: de wijze van benoeming van de leden van de rechterlijke macht, de positie van het Openbaar ministerie en de deelneming van leken aan de rechtspraak.⁶⁵

De wijze van samenstelling is het meest kenmerkende en meest direct zichtbare element van iedere categorie van gerechten. Een eerste belangrijk aspect is het type rechter dat in een bepaald soort gerecht actief is. Dit element vormt een ‘ondergrens’: het behoort in ieder geval tot de ‘constitutieve regels’ voor een gerecht.⁶⁶ De regels voor de samenstelling van een categorie van gerechten omvatten alle elementen die haar aard bepalen. Het gaat om het paritaire karakter van een gerecht (*conseil de prud’hommes*), de wijze van samenstelling van het gerecht (beroepsrechters, lekenrechters of een combinatie van beide typen (*‘échevinage’*)), het soort samenstelling (collegiale rechtspraak of niet), de pariteitsregel, dat wil zeggen de verplichting om een ongelijk aantal rechters te hebben voor de deliberatie, en de in dat kader geldende meerderheidsregels, tot slot de voorwaarden voor vervanging van verhinderde rechters door personen die dezelfde waarborgen kunnen bieden.⁶⁷ In de jurisprudentie worden niet als ‘constitutieve regels’ voor de samenstelling van een categorie van gerechten beschouwd de regels die zich beperken tot de afbakening van het aantal rechters dat verbonden is aan een gerecht, maar die niet van invloed zijn op de wijze van samenstelling van dat gerecht of de regels die de rol en de bevoegdheden van de partijen voor de rechter betreffen. Het is moeilijk in te zien hoe de wetgever zou kunnen beslissen over de instelling van een nieuwe categorie van gerechten zonder op zijn minst de algemene bevoegdheid ervan te bepalen.⁶⁸

Ten aanzien van de kwalificatie als ‘constitutieve regel’ voor de instelling van gerechten wordt wat betreft de bevoegdheid een onderscheid gemaakt tussen de regeling van de ‘functionele’ rechtsmacht (*‘ratione materiae’*) en van de ‘territoriale’ rechtsmacht (*‘ratione loci’*).⁶⁹ Met betrekking tot de functionele rechtsmacht leidt een wijziging van de competentie tot de instelling van een nieuwe categorie van gerechten.⁷⁰ Dit onderscheidingscriterium maakt dat de functionele rechtsmacht kan worden gerekend tot de ‘constitutieve regels’ voor een gerecht. De regels betreffende de territoriale rechtsmacht van gerechten daarentegen zijn – in ieder geval in Frankrijk – gedurende lange tijd beschouwd als onvoldoende karakteristiek om hen te plaatsen onder de constitutieve regels voor een categorie van gerechten. De vaststelling van de territoriale rechtsgebieden wordt beschouwd als slechts een organisatorische maatregel die ver af staat van de kern van het recht.⁷¹ De ontwikkelingen van concentratie van rechtspraak en van specialisatie van rechters laten echter een ontwikkeling zien naar constitutionalisering van deze materie. Die constitutionalisering gold al voor het recht op toegang tot de rechter, dat zoals wij zojuist zagen nauw samenhangt met het beginsel van ‘territorialiteit’.

⁶⁵ Commissie Cals-Donner 1971, pp. 245-249; De Werd 1994, p. 39.

⁶⁶ Renoux 1984, p. 298.

⁶⁷ Renoux 1984, p. 292.

⁶⁸ CC, beslissing nr. 61-14 L van 18 juli 1961, *Rec.* p. 38 (*Organisation judiciaire*).

⁶⁹ Renoux 1984, p. 299.

⁷⁰ Renoux 1984, p. 300.

⁷¹ Renoux 1984, p. 301.

Brenninkmeijer observeert ‘dat de toegang tot de rechter afhankelijk is van een algemene exclusieve toedeling van rechtsprekende bevoegdheid aan de rechter in de Grondwet’.⁷² De toegang tot de rechter is in dit perspectief geen grondrecht van de burger maar een rechtsnorm betreffende de verhouding tussen de verschillende door de constitutie ingestelde staatsorganen.⁷³ Op het Europese niveau echter wordt de toegang tot de rechter als recht beschermd. Uit het arrest *Golder*⁷⁴ vloeit voort dat ‘de toegankelijkheid van de rechtspraak als grondrecht van de burger (...) een noodzakelijke voorwaarde (is) voor de rechtsbescherming van minderheidsbelangen en afwijkende opvattingen’.⁷⁵

Op het Europese niveau stelt artikel 6 lid 1 EVRM de norm. De bepaling vereist dat wordt rechtgesproken door een ‘tribunal established by law’. In zijn jurisprudentie heeft de Straatsburgse rechter bevestigd dat onder de ‘instelling’ van gerechten ook de ‘constitutieve regels’ voor die gerechten vallen. Het in artikel 6 lid 1 EVRM gebruikte begrip ‘established’ houdt, volgens de uitleg van de ECRM in de zaak *Zand*, verband met ‘both the establishment of the court as well as the determination of its material and territorial jurisdiction’.⁷⁶ Volgens de Commissie ziet het begrip op ‘the whole organizational setup of the courts, including not only the matters coming within the jurisdiction of a certain category of courts, but also the establishment of the individual courts and the determination of their local jurisdiction’.⁷⁷ In dit kader kan het door het EHRM opgevoerde element worden genoemd dat het rechtsprekende orgaan dient te beslissen over ‘matters within its competence’.⁷⁸ Daarmee wordt zowel gedoeld op de functionele rechtsmacht als op de territoriale rechtsmacht. Indien een gerecht buiten zijn bevoegdheid treedt, is geen sprake meer van rechtspraak door een ‘gerecht dat bij de wet is ingesteld’.⁷⁹ Evenals ten aanzien van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie beschikken de lidstaten bij de verdeling van rechtsmacht over een ruime ‘margin of appreciation’.⁸⁰ Met de EVRM-jurisprudentie is ten aanzien van het beginsel van de ‘wettelijke rechter’ een verdragsrechtelijke omkadering van een aspect van de verdeling van rechtsmacht gegeven.⁸¹

⁷² Brenninkmeijer 1987, p. 268.

⁷³ Brenninkmeijer 1987, p. 268.

⁷⁴ EHRM, 21 februari 1975, nr. 4451/70, A-serie nr. 18 (*Golder tegen Verenigd Koninkrijk*).

⁷⁵ Loth 2004a, p. 47.

⁷⁶ ECRM, rapport van 12 oktober 1978, nr. 7360/76 (*Zand tegen Oostenrijk*), DcR 15, 1979, p. 70, §§ 68-69.

⁷⁷ ECRM, rapport van 12 oktober 1978, nr. 7360/76 (*Zand tegen Oostenrijk*), DcR 15, 1979, p. 80; De Werd 1994, p. 41.

⁷⁸ Kuijer 2004, p. 177.

⁷⁹ In die zin het oordeel in de zaak *Mort* waarin de verzoeker stelde dat het ‘magistrates’ court’ geen ‘gerecht dat bij de wet is ingesteld’ zou zijn omdat het in de procedure over de tenuitvoerlegging van een boete tegen verzoeker buiten zijn bevoegdheid zou zijn getreden. Kuijer 2004, p. 177; EHRM, 6 september 2001, nr. 44564/98 (*Mort tegen Verenigd Koninkrijk*).

⁸⁰ Vgl. *supra*, par. 5.1.2.

⁸¹ Vgl. Kuijer 2004, pp. 189-190. Over het beginsel van de ‘wettelijke rechter’ zie in meer detail *infra*, par. 6.2.2.

De verdeling van normstellende bevoegdheden ten aanzien van de instelling van gerechten en de vaststelling van constitutionele regels voor die gerechten vindt op meerdere niveaus plaats. Tegen de achtergrond van de idee van 'constitutionalisering' van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en van 'new public management'-beginselen voor de rechterlijke organisatie kan de verdeling van bevoegdheden over de constitutionele wetgever, de organieke of gewone wetgever, de uitvoerende macht en de rechtsprekende macht in kaart worden gebracht.⁸² Op die manier wordt helder waar de grenzen aan de constitutionalisering van de verdeling van rechtsmacht liggen.

- **GRENZEN AAN DE CONSTITUTIONALISERING VAN DE VERDELING VAN RECHTSMACHT**
De toedeling van regelgevende bevoegdheden met betrekking tot de verdeling van rechtsmacht behoort tot het constitutionele niveau. Een nadere uitwerking van die regels is te vinden in de organieke wetgeving, in maatregelen van bestuur en in reglementen van de gerechten. Slechts regels die zijn neergelegd in de Constitutie in formele zin dan wel in organieke wetgeving maken deel uit van het constitutionele kader voor de verdeling van rechtsmacht.⁸³ De verdeling van regelgevende bevoegdheden kent een constitutionele onder- en bovengrens. Bepaalde aspecten van de verdeling van rechtsmacht moeten vanuit klassiek-rechtsstatelijk oogpunt op het constitutionele niveau geregeld zijn. Andere aspecten verlangen op basis van beginselen van 'new public management' een flexibeler regeling in lagere regelgeving.

In het Nederlandse rechtssysteem is ervoor gekozen de instelling van gerechten niet volledig in de Grondwet te regelen. Zo zijn slechts bepaalde voorschriften, met betrekking tot de benoeming en het ontslag van leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast, in de Grondwet zelf vastgelegd.⁸⁴ Dan komt op onderdelen nog een bevoegdheid toe aan de wetgever om tot nadere regelgeving over te gaan.⁸⁵ Voor het Nederlandse rechtssysteem kan op basis van de grondwettelijke attributie voor de instelling van gerechten worden verwezen naar de Wet op de rechterlijke indeling.⁸⁶ De absolute en relatieve competentie van de gerechten zijn terug te vinden in de Wet RO⁸⁷ in samenhang met de toepasselijke proceswetten: het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; het Wetboek van Strafvordering; de Algemene wet bestuursrecht. Bijzondere competenties zijn geregeld in de Wet RO of in specifieke wettelijke regelingen. Regeling in de Wet RO heeft bijvoorbeeld plaatsgevonden voor de competentie van de Ondernemingskamer bij het Hof Amsterdam en voor de competentie van de militaire kantonrechter bij de rechtbank Arnhem.⁸⁸ Als voorbeeld van competentiebepalingen in

⁸² Vgl. in dit verband *supra*, par. 2.1.2.

⁸³ Vgl. *supra*, par. 2.1.2. Vanwege het ontbreken van het formeel-constitutionele karakter zal hieronder slechts in beperkte mate aandacht worden besteed aan infralegislatieve regelgeving als maatregelen van bestuur en reglementen van gerechten.

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld artikel 117 lid 1 Gw.

⁸⁵ *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 162, nr. 11, pp. 1-2. De Werd 1994, p. 39.

⁸⁶ Wet op de rechterlijke indeling van 10 augustus 1951, laatstelijk gewijzigd bij wet van 6 december 2001, *Stb.* 2001, 582.

⁸⁷ Artikel 2 RO, alsmede hoofdstuk 2, afdelingen 3, 4 en 5 RO.

⁸⁸ Artikelen 66 en 49 RO.

specifieke wettelijke regelingen kunnen worden genoemd de competentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ten aanzien van administratiefrechtelijke zaken⁸⁹ en de competentie van de rechtbank Rotterdam voor de afdoening van zaken die onder het bereik van de Mededingingswet vallen.⁹⁰ In Frankrijk geldt een vergelijkbare verdeling van normstellende bevoegdheden. De instelling van typen van gerechten vindt plaats op het niveau van de (organieke) wet, de vaststelling van de competentie van de gerechten is terug te vinden in regelingen van de uitvoerende macht.⁹¹ De Duitse constitutionele regeling kent met betrekking tot de absolute competentie van de gerechten een grotere gedetailleerdheid dan de regelgeving in de andere landen. Ten aanzien van de relatieve competentie van de verschillende gerechten dient te worden gekeken in de procesrechtelijke regelingen voor de onderscheiden *Gerichtsbareiten*.⁹²

De verdeling van bevoegdheden over de verschillende normstellers berust ten dele op principiële, ten dele op pragmatische gronden. De Nederlandse grondwetgever van 1983 heeft de verdeling van bevoegdheden tussen grondwetgever en gewone wetgever als volgt gemotiveerd:

‘Het uitgangspunt, dat de grondwettelijke voorschriften over rechtspraak beperkt blijven tot het geven van deze garanties voor de rechtsbedeling, heeft het belangrijke voordeel, dat de Grondwet geen onnodige hinderpaal vormt voor ontwikkelingen op het terrein van de rechtspraak. Binnen het kader, dat in onze opzet de Grondwet aan geeft voor de bevoegdheid en de inrichting van de rechterlijke macht, wordt de wetgever de mogelijkheid gelaten verschuivingen in de bevoegdheid van de gerechten die deel uitmaken van het orgaan-complex rechterlijke macht, te laten plaatsvinden. Ook wenselijke veranderingen in de inrichting en samenstelling van de gerechten zelf worden aan de wetgever overgelaten.’⁹³

Door de belangrijkste regels betreffende de organisatie en daarmee de samenstelling van die gerechten via de jurisprudentie betreffende de constitutieve regels aan de wetgever toe te vertrouwen, wordt een minimale wettelijke dekking geboden op terreinen die anders aan de waarborg van de wet zouden kunnen ontsnappen.⁹⁴ De in de jurisprudentie van de *Conseil constitutionnel* gevolgde lijn is interessant omdat het de eerste keer is dat de Franse constitutionele rechter de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als grondslag voor de competentie van de wetgever ziet.⁹⁵

⁸⁹ Artikel 26 juncto artikel 37 Wet RvSt.

⁹⁰ Artikel 93 lid 1 Mededingingswet.

⁹¹ Zie voor de gerechten van de *‘ordre judiciaire’* respectievelijk de *‘partie législative’* en de *‘partie réglementaire’* (dat wil zeggen: *‘décrets en Conseil d’État’*) van de COJ.

⁹² Vgl. de artikelen 95 en 96 GG.

⁹³ *Kamerstukken II*, 1979-1980, 16 162, nr. 3, p. 2.

⁹⁴ Renoux 1984, p. 296.

⁹⁵ Renoux 1984, p. 297.

De wetgever heeft een mogelijkheid van delegatie aan de lagere regelgever. De delegatie is beperkt tot het verband van de centrale overheid⁹⁶ of – voor Duitsland – van de deelstaten.⁹⁷ Uit de Nederlandse parlementaire geschiedenis blijkt niet van een principiële grondslag voor de keuze van de mogelijkheid van delegatie in artikel 116 lid 2 van de Grondwet.⁹⁸ Die keuze wordt echter niet als problematisch ervaren, integendeel:

‘De mogelijkheid van delegatie in het tweede lid is onder meer gegeven om het de wetgever mogelijk te maken de huidige praktijk dat binnen en door de gerechten alsmede door de Minister van Justitie, de taakverdeling wordt vastgesteld, te behouden. Bovendien is het gewenst om in de Grondwet de mogelijkheid open te houden dat het aantal rechters van een gerecht of bijvoorbeeld de territoriale competentie der gerechten anders dan bij formele wet worden vastgesteld.’⁹⁹

Een principiële grondslag volgt wel uit het internationale recht. Het EVRM waarborgt op een aantal terreinen een exclusief bevoegdheidsdomein van de wetgever.¹⁰⁰ De ECRM merkt als onderwerp en doel van het vereiste van een ‘tribunal established by law’¹⁰¹ aan dat de rechterlijke organisatie in een democratische samenleving niet dient af te hangen van de willekeur van de uitvoerende macht. In de *Zand* zaak stelt zij:

‘It is the object and purpose of the Clause in Article 6 (1) requiring that the courts shall be “established by law” that the judicial organization in a democratic society must not depend on the discretion of the Executive, but that it should be regulated by law emanating from Parliament.’¹⁰²

De wetgever heeft dus de taak een aantal zaken betreffende de instelling van gerechten zelf te regelen. Die taak beperkt zich tot de vaststelling van het kader voor de organisatie:

‘Article 6 (1) does not require the legislature to regulate each and every detail in this field by formal Act of Parliament, if the legislature establishes at least the organizational framework for the judicial organization.’¹⁰³

⁹⁶ *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 162, nr. 11, p. 2; De Werd 1994, p. 41. Voor Frankrijk, zie artikel 38 C.

⁹⁷ Artikel 92 GG.

⁹⁸ De Werd 1994, p. 41.

⁹⁹ *Kamerstukken II*, 1979-1980, 16 162, nr. 3, p. 17.

¹⁰⁰ De analyse beperkt zich tot de in het onderhavige kader relevante bepalingen van het EVRM. Vgl. *supra*, par. 2.2.4.

¹⁰¹ Artikel 6 lid 1 EVRM. Vgl. *supra*, par. 4.2.1 en 4.2.3.

¹⁰² ECRM, rapport van 12 oktober 1978, nr. 7360/76 (*Zand tegen Oostenrijk*), *D&R* 15, 1979, p. 70.

¹⁰³ ECRM, rapport van 12 oktober 1978, nr. 7360/76 (*Zand tegen Oostenrijk*), *D&R* 15, 1979, pp. 70, 79-81, 80. De Werd 1994, p. 41.

Deze bevoegdheidsverdeling volgt uit de uitleg van het in het verdrag gehanteerde begrip 'law', dat een grote ruimte laat voor interventie door de lagere regelgever.¹⁰⁴

Evenals een domein van de constitutionele wetgever en een domein van de organieke of gewone wetgever kunnen worden afgebakend, bestaat in het geval van de verdeling van rechtsmacht een domein van de lagere regelgever. De Franse constitutionele wetgever van 1958 meende dat bepaalde soorten regels tot het exclusieve domein van de uitvoerende macht behoren.¹⁰⁵ Enerzijds heeft de uitvoerende macht een rol bij het vervolmaken van het oeuvre van de wetgever: nadat de wetgever de essentiële bepalingen van een categorie van rechten heeft vastgesteld – dat wil zeggen: die bepalingen die onmisbaar zijn voor de normale vervulling van de functie die de orde is opgedragen door de wet – is het aan de uitvoerende macht om dit bouwwerk te voltooien, met inachtneming van de vooraf vastgestelde structuur. Anderzijds is er een taak voor de uitvoerende macht bij het instellen van andere rechten in overeenstemming met dat model: als er eenmaal een soort recht is ingesteld door de wetgever en aangevuld door de uitvoerende macht, dan is het aan die laatste om de aldus gecreëerde rechten te reproduceren en te verdelen binnen de rechterlijke organisatie.¹⁰⁶ In het Nederlandse rechtssysteem wordt in dit geval echter niet uitgegaan van een exclusieve bevoegdheid van de uitvoerende macht, getuige de regeling van de rechterlijke indeling bij wet in formele zin.¹⁰⁷

De aldus geschetste bevoegdheidsverdeling is onderhevig aan verandering al naar gelang een 'flexibeler' of meer 'rigide' constitutioneel kader voor de verdeling van rechtsmacht wordt gewenst.

- 'FLEXIBILITEIT' OF 'RIGIDITEIT' VAN DE CONSTITUTIONELE REGELING: EEN VERANDEREND EVENWICHT

Uit het voorgaande blijkt dat er een 'noyau dur' bestaat van (grond)wettelijke bepalingen betreffende de instelling van rechten en van bepalingen in lagere regelgeving. Tegen de achtergrond van die kern van formeel-constitutionele en wettelijke materie enerzijds en van lagere regelgeving anderzijds kan worden gekozen voor een meer of minder vergaande constitutionalisering van niet noodzakelijkerwijs materieel-constitutionele normen voor de rechterlijke organisatie.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Over de interpretatie van het begrip 'law' door het EHRM, zie ECRM, 9 maart 1988, nr. 12502/86 (*Ginikamma tegen Verenigd Koninkrijk*), *D&R* 55, p. 259. Vgl. Kuijer 2004, p. 185; zie ook Heringa et al 1998, sub 3.6.5, p. 13.

¹⁰⁵ Artikel 34 C. Vgl. *supra*, par. 2.1.2.

¹⁰⁶ Renoux 1984, pp. 303-304. Hiermee wordt aangesloten bij de redenering die wordt gevolgd in het geval van de openbare instellingen. De wetgever definieert het 'archetype' en de lagere regelgever maakt er de kopieën van, ofwel het klassieke onderscheid tussen de omschrijving van beginselen en van regels enerzijds en hun uitwerking anderzijds. Favoreu & Philip 2001, p. 141 (*GD* nr. 11).

¹⁰⁷ Zie *supra*, deze paragraaf.

¹⁰⁸ Over het onderscheid 'materieel-constitutioneel' en 'formeel-constitutioneel', zie *supra*, par. 2.1.1.

De constitutionele bepalingen hebben in het bijzonder betrekking op het ‘functionele’ aspect van de verdeling van rechtsmacht. De instellingshandeling kan op constitutioneel of op wettelijk niveau zijn geregeld. De – meestal op wettelijk niveau geregelde – constitutieve regels voor een categorie van gerechten zijn variabel, afhankelijk van de toepasselijke constitutionele en wettelijke bepalingen. Er is dus sprake van een verschuivend evenwicht tussen constitutionele en wettelijke bepalingen. Samen vormen de grondwettelijke en wettelijke bepalingen de kern van de regeling van de instelling van categorieën van gerechten. Daarnaast bestaat een domein van de uitvoerende macht waarop deze bevoegd is tot de regeling van aspecten van de verdeling van rechtsmacht die in het bijzonder betrekking hebben op de ‘territorialiteit’. Het komt echter steeds vaker voor dat taken die naar hun aard door regelgeving van de uitvoerende macht zouden kunnen worden geregeld, een regeling op wettelijk of op constitutioneel niveau krijgen. Dit is bijvoorbeeld het geval met betrekking tot de vaststelling van het rechtsgebied van gerechten.¹⁰⁹ Op andere terreinen vindt juist een afschuiving van bevoegdheden naar de lagere regelgever en naar de rechterlijke macht plaats. Als voorbeeld kunnen worden genoemd de overheveling van zaaklasten tussen gerechten en de inzet van rechters op het grondgebied van de Staat. De overheveling van zaaklasten is in het Nederlandse rechtssysteem mogelijk op grond van het Besluit nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen (Bnn).¹¹⁰ De inzet van rechters in verschillende gerechten op het grondgebied van de Staat is vereenvoudigd door een wettelijke kaderregeling die toestaat dat rechters in gerechten van dezelfde rang als rechter-plaatsvervanger of als raadsheer-plaatsvervanger optreden.¹¹¹ Overwegingen betreffende concentratie van rechtsmacht, verdeling van zaken, en inzet van gespecialiseerde rechters leiden tot verschuivingen in het geschetste kader van regelgevende bevoegdheden. Zij sturen aan op een constitutionalisering van een materie die tot voor kort bijna geheel was toevertrouwd aan de lagere centrale regelgever.

De constitutionele bepalingen geven uitdrukking aan klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen. Het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie bepaalt in hoeverre maatregelen betreffende de verdeling van rechtsmacht in het licht van de beginselen van ‘territorialiteit’ en ‘functionaliteit’ kunnen worden doorgevoerd in het rechtssysteem van de ‘rechtsstaat’. De verschijningsvormen van ‘generaliteit’ en ‘specialisatie’ bij de verdeling van rechtsmacht in Nederland, Frankrijk en Duitsland kunnen tegen deze achtergrond worden geëvalueerd in het licht van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en het ‘new public management’-paradigma voor de rechterlijke organisatie.

¹⁰⁹ Vgl. voor het Franse rechtssysteem de concentratie van rechtspraak op het gebied van terrorismezaken bij het *tribunal de grande instance* in Parijs. Zie artikel L706-17 *COJ*. De functionele attributie van competenties heeft in dit geval directe gevolgen voor de vaststelling van de territoriale rechtsmacht.

¹¹⁰ Zie *infra*, par. 6.3.3.

¹¹¹ Artikelen 40 lid 2 en 58 lid 2 RO. Vgl. *supra*, Inleiding. Uitwerking van deze regeling vindt plaats in afspraken tussen gerechten.

6.2 Beginselen voor de verdeling van rechtsmacht: een inventarisatie vanuit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en vanuit het ‘new public management’-paradigma

De verdeling van rechtsmacht is oorspronkelijk tot stand gekomen in het licht van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma voor de rechterlijke organisatie en het met dat perspectief op de rechterlijke organisatie verbonden beginsel van ‘territorialiteit’. In de hedendaagse context vindt in de moderniseringsdebatten een afweging plaats in het licht van het ‘new public management’-paradigma, waarbij een evenwicht wordt gezocht tussen het opnieuw geëvalueerde beginsel van ‘territorialiteit’ en het nieuwe beginsel van ‘functionaliteit’. Die twee perspectieven op de inhoud van het constitutionele kader voor de verdeling van rechtsmacht liggen aan de basis van de nu volgende analyse van de verdeling van zaken over gerechten (6.2.1) en van de toedeling van rechters aan gerechten (6.2.2) in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

6.2.1 *De verdeling van zaken*

Wat betreft de verdeling van zaken zijn beginselen uit de twee paradigma’s van invloed op de keuze tussen ‘algemene’ of ‘bijzondere’ gerechten en tussen een ‘territoriale’ of ‘functionele’ bepaling van de zaaklast van gerechten.

- ‘ALGEMENE’ OF ‘BIJZONDERE’ GERECHTEN

De keuze tussen instelling van ‘algemene’ of ‘bijzondere’ gerechten voor de afdoening van zaken voert terug op de arbeidsverdeling in de rechterlijke organisatie. In de historische context stond de afbakening van ‘algemene’ gerechten centraal, met als bijzonder aandachtspunt het onderscheid tussen ‘gewone’ en ‘administratieve’ gerechten. In de hedendaagse context is de balans verschoven naar de vraag in hoeverre verdergaande ‘specialisatie’ bij de verdeling van zaken wenselijk is. In dat verband wordt aangestuurd op de instelling van ‘bijzondere’ gerechten en de concentratie van rechtspraak. De beginselen die ten grondslag liggen aan de overwegingen van de normsteller in de historische en in de hedendaagse context zullen nu worden uitgekristalliseerd.

Een afbakening van algemene gerechten: gewone gerechten en administratieve gerechten

De scheiding tussen ‘rechtspraak’ door organen van de ‘rechterlijke macht’ en door organen die niet tot de ‘rechterlijke macht’ behoren, is hierboven reeds aan bod gekomen in het licht van de afbakening van het domein van de ‘rechterlijke activiteit’.¹¹² Het is tijd voor een nadere blik op de interne organisatie van de rechtsprekende organen die als ‘gerecht’ aangemerkt kunnen worden. De scheiding van domeinen is hier van invloed vanwege de ontwikkeling van de wijze van afdoening van bestuursrechtelijke geschillen. Zij lijkt het klassiek-rechtsstatelijke beginsel van ‘algemeenheid’ van de gerechtelijke competentie te ondergraven. Ter staving van dit beginsel dient daarom een nadere analyse van de scheiding van gerechten en het eventuele beginselkarakter van dat

¹¹² Zie *supra*, hoofdstuk 4.

uitgangspunt te worden uitgevoerd. Een analyse in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie werpt meer licht op de inhoud en status van het beginsel van scheiding van gewone en administratieve gerechten in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma.

In de onderzochte rechtssystemen is in de Constitutie een eerste arbeidsverdeling over gerechten te vinden in de scheiding van gerechten voor 'gewone' en administratieve rechtspraak.¹¹³ In het Franse rechtssysteem ontberen de gerechten van de 'gewone' rechterlijke macht de mogelijkheid om zich uit te spreken over administratiefrechtelijke geschillen op grond van artikel 13 van de *Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire* en van een Republikeinse verordening.¹¹⁴ De bedoelde categorie van zaken moet in het Franse systeem door andere organen worden afgedaan, namelijk door de administratieve gerechten. Vandaag de dag wordt de bepaling van artikel 13 beschouwd als uitgangspunt voor de bevoegdheidsverdeling tussen de gerechten van de gewone rechterlijke macht en de administratieve gerechten in Frankrijk. Echter, ten tijde van de totstandkoming van de bepaling bestond er nog geen aparte hiërarchie van administratieve gerechten. Artikel 13 werkt dan ook slechts één kant op: het verbiedt aan de gewone rechterlijke macht om zich te mengen in aangelegenheden die het bestuur van de Staat betreffen, maar zegt niets over de bevoegdheid van de uitvoerende macht om zich met de rechtspraak te bemoeien.¹¹⁵ Ook in het Duitse systeem bestaat een aparte kolom van gerechten voor de afdoening van geschillen van bestuursrechtelijke aard. Die kolom maakt echter, anders dan in Frankrijk, onderdeel uit van het geheel van gerechten van de rechterlijke macht.¹¹⁶ In het Nederlandse systeem heeft de Franse indeling van gerechten lang als voorbeeld gediend. Recentelijk is de bestuursrechtspraak voor een groot deel ondergebracht bij de gewone gerechten.¹¹⁷

De ratio van de bepaling is in het Franse systeem vanuit de historische context te verklaren als een reactie op het machtsmisbruik door de rechterlijke colleges van het *ancien régime*.¹¹⁸ De structuur is tijdens de Franse bezetting van het einde van de 18^e eeuw gekopieerd in het Nederlandse systeem.¹¹⁹ De dualiteit van de rechterlijke organisatie in de onderzochte systemen is bovendien een uitvloeisel van de aanvankelijke conceptie van bestuursrechtspraak als onderdeel van het 'bestuur' van de Staat. In het Duitse systeem is de 'rechterlijke' aard van de bestuursrechtspraak reeds eerder onderkend,

¹¹³ Daarover reeds *supra*, par. 4.2.1.

¹¹⁴ Artikel 13 van de *Loi des 16 et 24 août 1790* luidt: 'Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.' Het *décret du 16 fructidor de l'An III* voegt hieraan toe: 'Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient.'

¹¹⁵ Vedel 1990, p. 699.

¹¹⁶ Artikel 95 GG. Vgl. *supra*, par. 4.2.1.

¹¹⁷ Zie *supra*, par. 4.2.1.

¹¹⁸ Vedel 1990, p. 709.

¹¹⁹ Flick 1988; Von Boné 1995.

wat heeft geleid tot een directe onderbrenging in de structuur van gerechten.¹²⁰ Vanuit de economische of rechtspolitieke context hebben ook andere overwegingen een rol gespeeld bij deze vormgeving van de rechterlijke organisatie. Zo wordt het specifieke karakter van de administratiefrechtelijke procedure onderkend. De complexiteit van de verschillende soorten zaken vormt de reden dat gerechten niet dan met zeer veel moeilijkheden kunnen oordelen over zaken met een specifiek karakter, zoals de bestuursrechtelijke zaken.¹²¹ De bevoegdheid van de administratieve gerechten wordt dan gerechtvaardigd door het *argument van de 'technische bevoegdheid'*: elke hiërarchie van gerechten krijgt de zaken toebedeeld die zij geacht wordt het beste te kunnen behandelen.¹²²

In het licht van het verdwijnen van het principiële onderscheid tussen 'gewone' rechtspraak en 'bestuursrechtspraak' rijst de vraag of het beginsel van scheiding van gewone en administratieve gerechten (nog) constitutionele waarde heeft. Dat het beginsel van de 'machtenscheiding' constitutionele waarde heeft, is een gegeven. De vraag rijst echter welke waarde toekomt aan het beginsel van de spreiding van typen van rechtspraak over verschillende organen. In het Duitse systeem vloeit de scheiding van verschillende kolommen van rechtspraak voort uit de constitutionele regeling.¹²³ Deze indeling heeft een pragmatische basis, eerder dan dat zij op een beginselmatige overweging berust.¹²⁴ In het Nederlandse rechtssysteem is geen sprake (meer) van een constitutioneel beginsel: de administratieve rechtspraak is voor een groot deel ondergebracht bij de gerechten van de gewone rechterlijke macht. De integratie werd onder andere nagestreefd vanwege de wens tot creatie van een goede rechtsbescherming op administratiefrechtelijk gebied¹²⁵ en tot modernisering en versterking van de rechterlijke organisatie.¹²⁶

De status van de scheiding van typen van gerechten is het lastigst te definiëren in het Franse rechtssysteem. De scheiding tussen gewone en administratieve gerechten heeft aldaar in ieder geval geen directe basis in de Constitutie: de tekst van de *Constitution* geeft geen uitsluitel en de wet van 16 en 24 augustus 1790 heeft slechts kracht van wet.¹²⁷ Ook de redenering als zou de scheiding van organen een uitwerking zijn van het constitutionele beginsel van machtenscheiding en daarmee ook zelf van constitutionele waarde, gaat niet op.¹²⁸ Een kwalificatie van de scheiding van typen van gerechten als *principe fondamental reconnu par les lois de la République* is niet terug te vinden in de jurisprudentie van de *Conseil constitutionnel*.¹²⁹ De Franse constitutionele rechter heeft zich in een beslissing van 23 januari 1987 echter uitgesproken over het bevoegdheidsdomein

¹²⁰ Vgl. *supra*, par. 4.2.1.

¹²¹ Vgl. Chevallier 1990, p. 718 en verwijzingen aldaar.

¹²² Vedel 1990, p. 700. Vgl. Chevallier 1990, p. 720.

¹²³ Artikel 95 GG.

¹²⁴ Vgl. *supra*, par. 4.2.1.

¹²⁵ Vgl. Brenninkmeijer 1987, p. 269.

¹²⁶ Ministerie van Justitie 2001, pp. 7-8.

¹²⁷ Vedel 1990, p. 702.

¹²⁸ Vedel 1990, p. 703.

¹²⁹ Over de mogelijkheid van een dergelijke kwalificatie, zie Vedel 1990, pp. 706-707.

dat de constitutionele regels voorbehouden aan de administratieve rechter.¹³⁰ De *Conseil constitutionnel* heeft een beslist dat aan de administratieve gerechten niet de bevoegdheid mag worden onttrokken om te oordelen over de vernietiging of de wijziging van beslissingen die door organen van de uitvoerende macht zijn genomen ter uitoefening van 'bestuurlijke prerogatieven' (*prérogatives de puissance publique*).¹³¹ Er bestaat een uitzondering op deze hoofdregel. Het betreft de mogelijkheid voor de wetgever om met het argument van het '*bloc de compétence*' – afdoening van typen van zaken binnen dezelfde kolom van rechtspraak – in het kader van een '*bonne administration de la justice*' te derogeren aan constitutionele regels betreffende de verdeling van gerechtelijke bevoegdheden. In een dergelijk geval neemt de wetgever behalve juridische ook (rechts)economische overwegingen mee bij een beslissing over de vormgeving van de rechterlijke organisatie. Wanneer namelijk twee aspecten van eenzelfde zaak als gevolg van de scheiding van organen (en de daaruit voortvloeiende bevoegdheidsverdeling) door twee verschillende rechters op twee verschillende plaatsen moeten worden behandeld, brengt dit principiële en praktische problemen met zich mee. Dit was aan de orde in de zaak die aan de beslissing van de *Conseil constitutionnel* van 23 januari 1987 ten grondslag ligt. In het geval van de *Conseil de la concurrence* heeft de Franse wetgever voor concentratie gekozen omdat met betrekking tot zaken die zich voordeden naast de *Conseil de la concurrence* (een administratief orgaan, dus vallend onder de bevoegdheids-sfeer van de *Conseil d'État*) zowel de strafrechter als de burgerlijke rechter of de rechter in handelszaken over bevoegdheden beschikten. Hierdoor bestond er een rechtvaardiging om de gehele geschillenbeslechting in dit kader onder het gezag van de *Cour de cassation* te brengen: door middel van concentratie van rechtspraak bij een type rechter konden verschillen in de toepassing en interpretatie van het mededingingsrecht worden voorkomen of uitgebannen.¹³² De constitutionele rechter heeft in zijn beslissing van 23 januari 1987 echter een beperking aan de wetgever opgelegd. De mogelijkheid tot concentratie van rechtspraak bij de gewone rechterlijke macht staat volgens de *Conseil constitutionnel* slechts open als er een *objectieve noodzaak* voor een dergelijke regeling kan worden aangewezen. Het is aan de constitutionele rechter om te beoordelen of aan dat criterium is voldaan.¹³³

Voor de onderzochte rechtssystemen is de conclusie dat er geen constitutionele leer bestaat die de scheiding van bestuurlijke en rechterlijke organen koppelt aan het beginsel van de 'machtenscheiding'. Dit aspect van de '*conception française de la séparation des*

¹³⁰ CC, beslissing nr. 86-224 DC van 23 januari 1987, *Rec.* p. 8 (*Conseil de la concurrence*).

¹³¹ CC, beslissing nr. 86-224 DC van 23 januari 1987, *Rec.* p. 8 (*Conseil de la concurrence*), r.o. 15. Over het begrip '*prérogatives de puissance publique*' in meer detail Favoreu & Philip 2001, pp. 705-706 (*GD* nr. 41).

¹³² CC, beslissing nr. 86-224 DC van 23 januari 1987, *Rec.* p. 8 (*Conseil de la concurrence*), r.o. 17.

¹³³ CC, beslissing nr. 86-224 DC van 23 januari 1987, *Rec.* p. 8 (*Conseil de la concurrence*), r.o. 16-18. Vedel 1990, p. 707. Zie voor een andere toepassing van deze regel CC, beslissing nr. 96-378 DC van 23 juli 1996, *Rec.* p. 99 (*Autorité de régulation des télécommunications*). Een voorbeeld waarin deze problematiek ook speelt, betreft de procedure voor uitzetting van een vreemdeling die illegaal in het land verblijft. Vgl. daarover Favoreu & Philip 2001, p. 709 (*GD* nr. 41).

pouvoirs' is gebaseerd op de feitelijke situatie, de gegroeide praktijk waarin de wetgever aan de gerechten van de rechterlijke macht de bevoegdheid onthoudt om besluiten van organen van de uitvoerende macht te wijzigen of te vernietigen.¹³⁴ Vedel komt dan ook tot de volgende conclusie betreffende de status van artikel 13 van de wet van 16 en 24 augustus 1790 voor wat betreft de rechterlijke organisatie in Frankrijk:

‘Ni “texte” ni “pretexte”, la loi des 16-24 août 1790 est l’un des éléments du “contexte” qui, dans notre organisation institutionnelle, dans son idéologie, dans son histoire, dans sa pratique législative, a donné au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires sa portée et son contenu.’¹³⁵

Hiermee is duidelijk geworden dat de verdeling van rechtsmacht geen principieel uitgangspunt kent dat dwingt tot interne specialisatie binnen de rechterlijke organisatie. Specialisatie *moet* dus niet. Sterker: specialisatie kan zelfs nieuwe problemen opwerpen, onder andere wat betreft de garantie van rechtseenheid en het rijzen van competentiegeschillen.¹³⁶ Nu op het meest fundamentele niveau van de rechterlijke organisatie – de creatie van één of meerdere institutionele kolommen – duidelijk is geworden dat ‘specialisatie’ niet dwingend is voorgeschreven, kan de conclusie worden getrokken dat ook op de interne niveaus binnen die kolom(men) ‘specialisatie’ geen vereiste is. Wij zullen nu bezien in hoeverre de normsteller voor de rechterlijke organisatie voor ‘specialisatie’ mag kiezen.

Een afbakening van bijzondere gerechten: gespecialiseerde gerechten en concentratie van rechtspraak

‘Specialisatie’ bij de verdeling van rechtsmacht wordt doorgaans in de vorm gegoten van ‘bijzondere gerechten’. Dit zijn die gerechten die als gespecialiseerd worden beschouwd ten opzichte van de ‘algemene’ gerechten van de rechterlijke macht. De bijzondere gerechten opereren op gebieden waar een grotere juridische specialisatie, een specialisatie in de onderliggende feitelijke materie of een specialisatie in een andere dan de juridische discipline wordt gevraagd.¹³⁷ In beginsel kunnen twee verschijningsvormen van ‘bijzondere gerechten’ worden onderscheiden. In de eerste plaats kan sprake zijn van een apart functionerend gerecht met een bijzondere competentie. In de tweede plaats kan een op bestuurlijk niveau gecreëerde bijzondere sector of kamer van een al bestaand algemeen gerecht onder de noemer ‘bijzonder gerecht’ worden gebracht.¹³⁸ Een overkoepelende omschrijving definieert het ‘bijzonder gerecht’ als het gerecht, of de sector of kamer binnen een gerecht, met een beperkte en doorgaans exclusieve bevoegdheid betreffende een of meer specifieke rechtsgebieden. Rechters die in een bijzonder gerecht rechtspreken worden geacht ‘specialist’ te zijn op het zaaksgebied van het ge-

¹³⁴ Vgl. Vedel 1990, p. 708; Renoux 1991, pp. 172-173.

¹³⁵ Vedel 1990, p. 709.

¹³⁶ Daarover in meer detail *infra*, par. 6.3.2.

¹³⁷ Vgl. Hol & Loth 2002, p. 488.

¹³⁸ Vgl. Kroeze 2007, p. 86.

recht.¹³⁹ Daarbij zijn gradaties van ‘specialisatie’ mogelijk. Hol en Loth maken een onderscheid tussen ‘generalisten’, ‘specialisten’ en ‘superspecialisten’.¹⁴⁰ In die zin is de rechter in algemene civiele zaken ‘generalist’ ten opzichte van de ‘gespecialiseerde’ kinderrechter en de ‘supergespecialiseerde’ rechter in zaken op het gebied van de intellectuele eigendom.

Verskillende argumenten spelen een rol bij de keuze voor instelling van bijzondere gerechten. In een ‘Concept Paper’ van de *Central European and Eurasian Law Initiative*¹⁴¹ worden zowel voordelen als nadelen van rechtspraak door bijzondere gerechten genoemd. Uit dit overzicht komen vooral argumenten naar voren die zien op de ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de gerechtelijke procedure. Argumenten vóór ‘specialisatie’ betreffen onder meer de verhoging van de juridisch-inhoudelijke correctheid van rechterlijke uitspraken, de snellere afdoening van zaken en de kostenbesparing op verschillende vlakken.¹⁴² Er schemeren echter ook beginselen door die van klassiek-rechtsstatelijke aard zijn: het belang van onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak, van gelijke toegang tot de rechtspraak voor alle justitiabelen, van ‘equality of arms’ in de gerechtelijke procedure, van rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid in de rechterlijke uitspraak.¹⁴³ Nadelen van ‘specialisatie’ liggen op het terrein van de begrijpelijkheid van rechterlijke beslissingen (afname van begrijpelijkheid door een specialistische discussie), de flexibiliteit van de inzet van rechters in de gerechten (afname van flexibiliteit door moeilijker plaatsing van gespecialiseerde rechters in de organisatie) en de opleiding van gespecialiseerde rechters (hogere opleidingskosten), maar ook op het gebied van de waarborg van rechterlijke onpartijdigheid.¹⁴⁴ De afweging van de voor- en nadelen van ‘specialisatie’ zal hieronder worden geëvalueerd in het licht van de uitgangspunten van de twee paradigma’s voor de rechterlijke organisatie.¹⁴⁵ Eerst moeten de mogelijke wijzen van ‘specialisatie’ door middel van de instelling van ‘bijzondere’ gerechten nader worden geïnventariseerd. Discussie vindt plaats over mogelijkheden tot ‘specialisatie’ door middel van:

¹³⁹ Kroeze 2007, p. 86, onder verwijzing naar CEELI 1996.

¹⁴⁰ Hol & Loth 2002, p. 488. Het predikaat ‘bijzonder gerecht’ kan pas worden opgelegd na vergelijking met de ‘omgeving’ van het gerecht. In de onderhavige context gaat het in de eerste plaats om de mate van specialisatie ten opzichte van de overige gerechten. Echter, een ‘bijzonder gerecht’ kan pas werkelijk als gespecialiseerd worden aangemerkt als het ook in vergelijking met anderen uit de omgeving – in de eerste plaats de advocatuur – als specialist kan worden aangemerkt. Hol & Loth 2002, p. 488.

¹⁴¹ CEELI 1996.

¹⁴² CEELI 1996. Vgl. Hol & Loth 2002, pp. 492-493, die met betrekking tot de reductie van kosten wijzen op de besparing doordat minder deskundigenberichten nodig zijn (gunstig voor partijen), meer zaken kunnen worden afgehandeld in minder tijd (gunstig voor de overheid) en uitspraken minder fouten zullen bevatten waardoor minder vaak zal worden doorgeprocedeerd (gunstig voor partijen en voor de overheid). Een extra besparing volgt in geval van enkelvoudige afdoening van zaken.

¹⁴³ CEELI 1996; Hol & Loth 2002, pp. 491-492.

¹⁴⁴ Hol & Loth 2002, pp. 492-493.

¹⁴⁵ Zie *infra*, paragraaf 6.3.

- de instelling van sub-kolommen van rechtspraak en/of kamers en sectoren binnen gerechten, ofwel de specialisatie binnen ‘algemene’ gerechten;
- de instelling van specifieke gerechten voor de afdoening van bepaalde typen van zaken;
- de afhandeling van zaken ‘achter de schermen’, waarmee via het onderscheid tussen ‘front offices’ en ‘back offices’ van de rechtspraak een verkapt vorm van bijzondere rechtspraak wordt geïntroduceerd.

Die verschillende mogelijkheden leiden tot de volgende observaties ten aanzien van de doorwerking van beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma dan wel uit het ‘new public management’- paradigma voor de rechterlijke organisatie.

Specialisatie binnen ‘algemene’ gerechten

Een onderscheid kan worden gemaakt tussen de indeling van een gerecht in kamers en/of sectoren op basis van een specifiek competentiegebied als het burgerlijke recht, het strafrecht of het bestuursrecht en de afsplitsing binnen die hoofdgebieden van generale competentiegebieden zoals de kantonrechtspraak.

De gerechten van eerste aanleg zijn doorgaans verdeeld in ‘kamers’ en/of in ‘sectoren’.¹⁴⁶ Deze wijze van arbeidsverdeling wordt geacht een betere kwaliteit van beslissingen te garanderen, terwijl tevens de afdoening van zaken sneller zal zijn. Het belangrijkste onderscheidingscriterium tussen de zaaksgebieden bestaat in de aard van de partijen die bij de zaken betrokken zijn en de verhouding waarin die partijen tot elkaar staan.¹⁴⁷ Het karakter van de te behandelen zaken is op basis van dit onderscheid zodanig verschillend, dat een arbeidsverdeling binnen het gerecht op zijn plaats is. Zaken kunnen dan sneller worden afgedaan en het risico van fouten bij de beslissingen van zaken wordt verkleind. Afdoening door verschillende afdelingen binnen een gerecht wordt daarmee een verdedigbare optie op grond van de ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechtspraak en op grond van de rechtseenheid en rechtsgelijkheid.

Ook binnen de rechtsgebieden kunnen in de onderzochte rechtssystemen vormen van ‘specialisatie’ worden onderkend. Voor de afwikkeling van burgerrechtelijke zaken zijn zowel in Nederland als in Frankrijk meerdere algemene gerechten bevoegd. In het Nederlandse systeem bestaan binnen de rechtbanken sectoren civiel en kantonsectoren. In het Franse systeem worden civielrechtelijke zaken in eerste aanleg verdeeld over de *tribunaux de grande instance*, de *tribunaux d’instance* en de *juridictions de proximité*.¹⁴⁸ De keuze voor de creatie van een aparte bevoegdheid van kantongerechten wordt gerecht-

¹⁴⁶ Voor Nederland, zie bijvoorbeeld hoofdstuk 2, afdeling 3, paragrafen 2 en 3 RO. Vgl. Langbroek & Fabri 2006, p. 23.

¹⁴⁷ Vgl. Van Wijk et al 2005, pp. 25-32.

¹⁴⁸ De bevoegdheid van de algemene civiele gerechten in Nederland en in Frankrijk valt overigens niet geheel samen. In Frankrijk – en ook in Duitsland – bestaat bijvoorbeeld een aparte categorie van gerechten voor de afdoening van arbeidszaken, in Nederland worden dergelijke zaken afgedaan door de kantonrechter. Zie over de bijzondere gerechten voor arbeidszaken nader *infra*, deze paragraaf.

vaardigd door het klassiek-rechtsstatelijke beginsel van ‘territorialiteit’ en de daarmee verbonden aspecten van nabijheid, het vinden van gehoor en begrip en de eenvoudige toegang tot de rechter als gevolg (onder andere) van laagdrempelige eisen ten aanzien van procesvertegenwoordiging. In het klassiek-rechtsstatelijke paradigma is gekozen voor onderbrenging van zaken bij een apart gerecht of een aparte afdeling binnen een gerecht vanwege het eenvoudige karakter van de zaken en met name de rol van bemiddelaar die aan het beeld van de kantonrechter is gekoppeld. De kantonrechtspraak wordt van oudsher gezien als ‘een vorm van rechtspraak die dicht bij de burger staat en het goed doet waar het gaat om prijs, kwaliteit en snelheid’.¹⁴⁹ Voordelen van de kantonrechtspraak zijn onder andere gelegen in de snelle afdoening van zaken en de territoriale nabijheid waardoor de reistijd voor de justitiabele klein is en de rechtspraak laagdrempelig en klantgericht.¹⁵⁰

Een rechtvaardiging van deze bestaande ‘gespecialiseerde’ verdeling van rechtsmacht op basis van ‘new public management’-beginselen is minder eenvoudig te geven. In het geval van de kantonrechtspraak is de reden voor ‘specialisatie’ niet in de eerste plaats gelegen in de vraag naar een bepaalde expertise of in het gegeven van een klein aantal zaken per jaar. Ook heeft de ‘specialisatie’ niet hoofdzakelijk te maken met de soorten partijen die tegenover elkaar staan en de verhouding tussen die partijen, zoals bij de arbeidsverdeling aan de hand van de hoofdgebieden van het recht. Uitgaande van de verhouding tussen partijen voor het gerecht is in deze gevallen immers in beginsel sprake van ‘functionele’ gelijkheid van de te behandelen materie.¹⁵¹

In het huidige tijdsgewricht wordt de organisatie van de kantonrechtspraak opnieuw overwogen in het licht van verschillende overwegingen. De hervormingen in Nederland, Frankrijk en Duitsland laten een ontwikkeling in verschillende richting zien. In het Nederlandse rechtssysteem stuurt het ‘new public management’-paradigma aan op een reductie van ‘specialisatie’ wat betreft de rechtspraak op ‘generalistische’ gebieden. Als zwakke punten van de kantonrechtspraak worden beschouwd de gebrekkige afstemming tussen kantonrechters, hetgeen nadelig is voor de rechtseenheid, en de ‘relatieve kwetsbaarheid van éénpersoonskantongerechten’.¹⁵² Die relatieve kwetsbaarheid hangt samen met de ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ van de kantonrechter, maar ook met meer pragmatische redenen als het probleem van vervanging in geval van ziekte of verhindering om andere redenen. Tot 1 januari 2002 vormden de kantongerechten een aparte categorie van gerechten. De functionele competentie van de kantongerechten was geregeld in de Wet RO; de kantongerechten waren bevoegd met betrekking tot huurzaken, arbeidszaken en consumentenzaken, ofwel zaken over ‘wonen, werken en winkelen’.¹⁵³ In de hiërarchie van gerechten kwamen de kantongerechten op de onderste rang: hoger beroep was mogelijk bij de arrondissementsrechtbank, cassatie bij de Hoge Raad. Sinds 1 januari 2002 geldt een ander systeem. De functionele competentie

¹⁴⁹ Van Delden 2006, p. 2.

¹⁵⁰ Vgl. Werkgroep BOK 2006, p. 5.

¹⁵¹ Vgl. *supra*, par. 6.1.1.

¹⁵² Vgl. Werkgroep BOK 2006, p. 5.

¹⁵³ Werkgroep BOK 2006, p. 72.

van de kantonrechter is blijven bestaan, maar zij berust nu bij een sector van de rechtbank, de sector kanton. Op bestuurlijk niveau is de kantonrechtspraak dus geïntegreerd in de arrondissementsrechtbanken. Gevolg is dat de kantongerechten als zodanig zijn opgehouden te bestaan. Hoger beroep tegen uitspraken van de sector kanton is nu slechts mogelijk bij de gerechtshoven. Dit levert een ietwat bevreedende constructie op. De arrondissementsrechtbank is het algemene gerecht van eerste aanleg geworden. Binnen dit gerecht bestaan verschillende sectoren die zijn gebaseerd op het type zaken dat zij afdoen: civiele zaken, strafzaken of bestuursrechtelijke zaken.¹⁵⁴ Civiele zaken worden behalve door de sector civiel echter ook afgedaan door de sector kanton, de oude scheiding van competenties is hier dus blijven bestaan. De sector kanton geniet een bijzondere status binnen de arrondissementsrechtbank. In de eerste plaats legt artikel 47 Wet RO aan alle rechtbanken de verplichting op om een sector kanton te hebben. Voor andere sectoren bestaat die verplichting niet. In de tweede plaats hebben de kantonrechters een bijzondere positie binnen de rechtbank.¹⁵⁵ In maart 2006 is vanuit de rechterlijke macht (Raad voor de rechtspraak en gerechten) gepleit voor afschaffing van de verplichting tot instelling van een sector kanton en van de bijzondere positie van kantonrechters binnen de rechtbanken.¹⁵⁶ Benadrukt wordt dat de kantonrechtspraak als zodanig moet worden behouden en wellicht moet worden uitgebreid. Voor een 'effectievere' en 'efficiëntere' organisatie van de rechtspraak binnen de rechtbanken zou afschaffing van de huidige uitzonderingspositie van de kantonrechtspraak echter wenselijk zijn. Raad en gerechten beroepen zich hier op beginselen van 'new public management': de hervorming wordt gewenst met het oog op meer flexibiliteit, 'optimale inzet van mensen en middelen', het rekening houden met verschillen in schaalgrootte tussen gerechten.¹⁵⁷ De discussie in Nederland wordt hiermee geplaatst tegen de achtergrond van de schaalgrootte-problematiek.¹⁵⁸

Ook in Duitsland spitsen de hervormingsdebatten betreffende de rechterlijke organisatie zich toe op het vraagstuk van de optimale schaalgrootte van gerechten. Het Duitse rechtssysteem kent zoals reeds vermeld in de constitutionele indeling van *Gerichtsbarkeiten* een vergaande 'specialisatie'. In recente debatten is de integratie van de kleinere *Gerichtsbarkeiten* op het gebied van arbeidszaken en sociale-zekerheidszaken ter discussie gesteld.¹⁵⁹

In het Franse systeem is een omgekeerde tendens waarneembaar. Niet de vergroting van de schaal van de rechtspraak staat centraal, maar de schaalverkleining. In 2003 is een nieuw gerecht van eerste aanleg gecreëerd, de *juridiction de proximité*. Dit gerecht

¹⁵⁴ Zie bijvoorbeeld voor de rechtbanken hoofdstuk 2, afdeling 3 RO.

¹⁵⁵ Gebaseerd op het Convenant van Zeist van 1999. Met dit Convenant zijn afspraken gemaakt tussen de vergadering van rechtbankpresidenten en de Kring van Kantonrechters betreffende het behoud van de kantonrechtspraak na de voltooiing van de bestuurlijke integratie van de kantongerechten in de rechtbanken. Vgl. Van Delden 2006, p. 2.

¹⁵⁶ Vgl. Van Delden 2006, p. 2.

¹⁵⁷ Van Delden 2006, met name p. 2.

¹⁵⁸ Vgl. daarover onder andere Klein Haarhuis 2005.

¹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld Berlitz 2003. Over de discussie ten aanzien van de 'verbrokkeling' van de Duitse rechterlijke organisatie, zie tevens Bovend'Eert 1994.

heeft een bevoegdheidssfeer gekregen die ten dele vergelijkbaar is met die van de Nederlandse kantonrechter. Als grootste verschil geldt de rechtsprekende bevoegdheid in arbeidszaken, die in Frankrijk tot de competentie van de *conseils de prud'hommes* behoort.¹⁶⁰ Redenen voor instelling van de *juridictions de proximité* hadden enerzijds betrekking op de 'territoriale' aspecten van de rechtspraak (nabijheid), anderzijds op de 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de rechtspraak (snelheid, kwaliteit, klantgerichtheid). De bestaande 'kantongerechten', de *tribunaux d'instance*, werden geacht niet meer aan die eisen te kunnen voldoen.¹⁶¹ In het ressort van die gerechten zijn daarom de laagdrempeliger *juridictions de proximité* opgericht. In de toetsing van de relevante wetsvoorstellen door de *Conseil constitutionnel* kwamen met name klassiek-rechtsstatelijke aspecten van de regeling naar voren. Ten aanzien van de expertise van de niet-professionele *juges de proximité* werd vereist dat deze ten minste een juridische opleiding voltooid hebben.¹⁶² Opvallend is dat in het Franse debat de nadruk ligt op het behoud dan wel de versterking van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten van de rechtspraak. Vanuit de vakbonden van rechters, vanuit de wetenschap en in de jurisprudentie van de *Conseil constitutionnel* is de hervorming gewogen en bekritiseerd in het licht van klassiek-rechtsstatelijke eisen en in het bijzonder de waarborg van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid.¹⁶³

Bij de keuze voor het wel of niet instellen van een kantonsector of een andere vorm van rechtspraak dicht bij de burger en met een bemiddelend karakter, geven in de onderzochte systemen verschillende factoren de doorslag. In het Nederlandse systeem heeft de wens naar een 'efficiënte' rechterlijke organisatie geleid tot bestuurlijke schaalvergroting door inlijving van de kantongerechten bij de rechtbanken. Om het voordeel van nabijheid te behouden zijn veel van de locaties van kantongerechten behouden in de vorm van nevenvestigingsplaatsen van de rechtbank. In Duitsland speelt de discussie minder. In het Franse rechtssysteem is gekozen voor creatie van een nieuwe categorie van gerechten om de nabijheid tot de justitiabele te vergroten en de snelle en kwalitatief goede afdoening van zaken te waarborgen. Overwegingen met betrekking tot de schaalgrootte van de gerechten speelden in dit verband nauwelijks een rol: de *juge de proximité* spreekt recht binnen het ressort van het *tribunal d'instance* waaraan hij verbonden is.¹⁶⁴

Vanuit constitutioneel perspectief zijn beide organisatievormen geoorloofd. Het Nederlandse systeem voldoet wellicht beter aan de vereisten van 'transparantie' en 'efficiëntie' van de rechtspraak. Het Franse systeem beantwoordt echter beter aan het uitgangspunt van territoriaal nabije rechtspraak met snelle doorlooptijden. Wij zullen hieronder zien waar de grenzen aan de keuzemogelijkheid voor de normsteller voor de rechterlijke organisatie liggen.¹⁶⁵ Het is nu tijd voor de bespreking van andere vormen van 'specialisatie'.

¹⁶⁰ Vgl. *supra*, par. 4.2.1.

¹⁶¹ Mak 2005, p. 24; Perrot 1995, p. 112.

¹⁶² CC, beslissing nr. 2003-466 DC van 20 februari 2003, *Rec.* p. 156 (*Juges de proximité*).

¹⁶³ Mak 2005, p. 22 en pp. 27-32.

¹⁶⁴ Vgl. artikel R331-3 COJ.

¹⁶⁵ Zie *infra*, par. 6.3.

Specifieke rechten voor de afdoening van bepaalde typen van zaken

Naast de gewone rechten van eerste aanleg en de specialisatie binnen die rechten kunnen gespecialiseerde rechten voor de afdoening van bepaalde typen van zaken worden onderscheiden. In veel gevallen gaat het om typen van zaken waarvan de behandeling een zekere expertise vraagt en/of waarvan zich slechts een beperkt aantal per jaar voordoet. ‘Specialisatie’ kan in dit verband worden aangeduid met de term ‘concentratie van rechtspraak’.¹⁶⁶ Concentratie van rechtspraak kan worden gerealiseerd door middel van wetgeving of door middel van afspraken tussen gerechten.¹⁶⁷

Een recent voorbeeld in het Nederlandse rechtssysteem is de speciale kamer die is samengesteld voor de afhandeling van zaken betreffende een groot beursfraudeonderzoek in Nederland, Operatie Clickfonds. Die Clickfondskamer werd ingesteld door de rechtbank te Amsterdam en werd geleid door de president van die rechtbank, mr. M. Mastboom.¹⁶⁸ De bevoegdheid van de rechtbank om zogenaamde ‘voorkenniszaken’ te behandelen vloeit voort uit een wettelijke regeling, te weten artikel 46 lid 5 van de Wet toezicht effectenverkeer 1995. De reden voor concentratie van rechtspraak is in dit geval gelegen in de wens om deskundigheid op dit gebied bij een gerecht te concentreren. Voor de speciale kamer is, vanwege de omvang van de zaken, een apart budget beschikbaar gesteld door het ministerie van Financiën. Parket, rechtbank en gerechtshof worden alle uit dit budget betaald.¹⁶⁹ Andere vormen van concentratie van rechtspraak betreffen de rechtspraak door de Ondernemingskamer, de competentie van de rechtbank Den Haag in zaken op het gebied van het intellectuele eigendomsrecht en van de rechtbank Rotterdam op het gebied van het mededingingsrecht.¹⁷⁰ In het Franse rechtssysteem komt concentratie van rechtspraak minder vaak voor. Een voorbeeld van een exclusieve competentietoedeling aan één gerecht voor het gehele Franse grondgebied betreft de competentie van de rechtbank te Parijs met betrekking tot de berechting van terrorismezaken.¹⁷¹ Als gevolg van de vergaande specialisatie op het niveau van de *Ge-*

¹⁶⁶ Vgl. Hartendorp 2003, p. 3.

¹⁶⁷ Ten aanzien van het onderscheid tussen wettelijke en rechterlijke concentratie van rechtspraak, zie Hofhuis 2004, p. 470.

¹⁶⁸ Oranje 2006a.

¹⁶⁹ Bureau Voorlichting en Communicatie Rechtsprekende Macht, ‘Amsterdams “Clickfondskamer”’ in de startblokken, 3 januari 2000, <http://www.recht.nl/proxycache.html?cid=1589>, geraadpleegd op 24 juli 2007.

¹⁷⁰ Voor een volledig overzicht van vormen van geconcentreerde rechtspraak in het Nederlandse rechtssysteem, zie Hartendorp 2003, p. 18-22.

¹⁷¹ Artikel L706-17-1 *Code de procédure pénale*. ‘Pour le jugement des délits et des crimes entrant dans le champ d’application de l’article 706-16, le premier président de la cour d’appel de Paris peut, sur les réquisitions du procureur général, après avis des chefs des tribunaux de grande instance intéressés, du bâtonnier de Paris et, le cas échéant, du président de la cour d’assises de Paris, décider que l’audience du tribunal correctionnel, de la chambre des appels correctionnels de Paris ou de la cour d’assises de Paris se tiendra, à titre exceptionnel et pour des motifs de sécurité, dans tout autre lieu du ressort de la cour d’appel que celui où ces juridictions tiennent habituellement leurs audiences. L’ordonnance prise en application du précédent alinéa est portée à la connaissance des tribunaux intéressés par les soins

richtsbarkeiten, komt concentratie van rechtspraak in Duitsland nauwelijks voor. Het *Bundespatentgericht*, dat een exclusieve bevoegdheid heeft tot afdoening van zaken op het gebied van het intellectuele eigendomsrecht¹⁷², vormt een uitzondering.

De overwegingen die aanleiding geven tot concentratie van rechtspraak zijn lange tijd niet duidelijk geëxpliciteerd in parlementaire en wetenschappelijke debatten. In Nederland heeft de Raad voor de Rechtspraak ter stroomlijning van het beleid op dit punt een toetsingskader voor rechterlijke concentratie in eerste aanleg en in hoger beroep ontwikkeld. Uitgangspunt is dat concentratie kan plaatsvinden indien sprake is van een klein aantal zaken per jaar waarvan de behandeling een bijzondere expertise van de rechter vereist.¹⁷³ Het soort zaken speelt een belangrijke rol bij de keuze voor concentratie van rechtspraak. Bulkzaken, bijvoorbeeld de typische kantonrechtterszaken, kunnen in principe binnen de gewone gerechten worden afgedaan. Een uitzondering betreft het geval van de ‘collectieve actie’, waarbij het gunstig kan zijn om de behandeling van vergelijkbare claims ten aanzien van één gedaagde samen af te doen. Een voorbeeld in het Nederlandse rechtssysteem betreft de Dexia-claims, die ter afdoening zijn overgedragen aan de rechtbank Amsterdam.¹⁷⁴ Voor zaken die een grotere expertise van de rechter vragen, ligt de instelling van een gespecialiseerd rechterlijk college meer voor de hand.¹⁷⁵ Concentratie bij één rechtbank wordt in het toetsingskader als onwenselijk aangemerkt. Dit zou namelijk kunnen leiden tot ‘verstarring van de rechtsontwikkeling, beperkte mogelijkheden om een plotselinge stijging van de zaakstroom te kunnen opvangen en een complexe relatie met de appelinstantie’.¹⁷⁶ Die argumenten lijken deels op overwegingen van ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ te zijn gebaseerd en deels op meer principiële gronden betreffende de rol van de rechtspraak in de samenleving en de onafhankelijkheid van de rechter.

Opvallend is dat een groot aantal van de momenteel bestaande situaties van wettelijke concentratie in het Nederlandse rechtssysteem niet voldoet aan de in het toetsingskader van de Raad genoemde criteria voor concentratie.¹⁷⁷ Gedacht kan worden aan de geconcentreerde rechtspraak bij de militaire kamer van de rechtbank Arnhem of aan de

du procureur général. Elle constitue une mesure d’administration judiciaire qui n’est pas susceptible de recours.’ Zie ook Cantegreil 2005.

¹⁷² Artikel 96 *GG* juncto artikel 65 lid 1 *PatG*.

¹⁷³ RvdR 2004, p. 2.

¹⁷⁴ Huls & Van Doorn 2007; Kabel 2004. De zaak van honderdduizenden gedupeerde beleggers is door Dexia in 2005 met twee stichtingen, de Consumentenbond en de Vereniging van Effectenbezitters, geschikt voor een bedrag van rond de 1 miljard euro. De onderhandelingen werden geleid door oud-president van de Nederlandse en Europese Centrale Bank Wim Duisenberg. De zaak was de eerste die werd afgedaan onder de nieuwe Wet collectieve afwikkeling massaschade van 23 juni 2005, in werking getreden op 27 juli 2005. Die wet geeft aan de rechter de mogelijkheid om in gevallen van massale schade een schikking over de schadevergoeding tussen de veroorzaker en slachtofferorganisaties van toepassing te verklaren op alle slachtoffers. Zie *Kamerstukken II*, 2003-2004 en 2004-2005, 29 414; *Sib.* 2005, 340 en 380; Jorritsma 2006.

¹⁷⁵ RvdR 2004, p. 2.

¹⁷⁶ Uniken Venema 2004, p. 514.

¹⁷⁷ Uniken Venema 2004, p. 513.

concentratie van rechtspraak in milieugeschillen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Beide vormen van concentratie passen vanwege het grote aantal zaken per jaar niet binnen het door de Raad voor de rechtspraak geformuleerde aantalcriterium.¹⁷⁸ Een heroverweging van die bestaande competenties is voorlopig niet gepland, maar kan in de toekomst overwogen worden.

Afhandeling van zaken ‘achter de schermen’

Een derde vorm van instelling van ‘bijzondere’ gerechten is niet direct zichtbaar in de wettelijke regeling van categorieën van gerechten. De rol van de wetgever beperkt zich tot het vaststellen van de ‘front offices’ van de rechterlijke macht. De regelingen van de absolute en relatieve competentie geven aan bij welk gerecht een zaak moet worden aangebracht en waar deze ter zitting behandeld zal worden. Binnen de aldus vastgestelde indeling van gerechten kan echter ruimte worden gelaten aan de gerechten zelf om tot een onderlinge arbeidsverdeling te komen. Het gaat dan om de behandeling van zaken ‘achter de schermen’: de voorbereiding van de zitting en het schrijven van de beslissing. Deze samenwerking tussen gerechten lijkt een verkapte vorm van bijzondere rechtspraak te zijn.

In dit verband kunnen twee fenomenen worden onderscheiden. Enerzijds kan sprake zijn van rechterlijke samenwerking die alleen achter de schermen plaatsvindt. Een zaak wordt dan volgens de normale competentieregels aan een bepaald gerecht toegeëld. Feitelijk wordt de zaak echter elders afgedaan. De beslissing komt wel van het gerecht dat oorspronkelijk bevoegd was. Anderzijds is het mogelijk om reeds aanhangig gemaakte zaken te verplaatsen naar een ander gerecht. In dat geval zullen partijen naar dat laatste gerecht moeten gaan voor de behandeling ter zitting. De beslissing in de zaak komt ook in dat geval op naam van het gerecht waar de zaak oorspronkelijk aanhangig is gemaakt.¹⁷⁹

Afwegingen van de normsteller voor de rechterlijke organisatie staan in dit verband in het teken van de vergroting van de ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechtspraak. Door een alternatieve mogelijkheid te geven voor de verdeling van zaken die reeds bij de gerechten zijn binnengekomen, kan op een flexibele wijze worden omgesprongen met capaciteitsproblemen bij specifieke gerechten of kan op informele wijze een ‘gespecialiseerde’ afhandeling van zaken worden gerealiseerd. Sinds de invoering van het Besluit nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen is deze manier van afhandeling van zaken mogelijk geworden in de Nederlandse rechtsorde. In Frankrijk en Duitsland verzetten de eisen die voortvloeien uit het beginsel van rechtspraak door de ‘wettelijke rechter’ zich echter tegen een dergelijke oplossing. Ook in dit geval dienen overwegingen ten aanzien van de modernisering van de rechterlijke organisatie daarom ter discussie te worden gesteld in het licht van het beginsel van constitutionele beginselen en de daaruit voortvloeiende vereisten met betrekking tot de verdeling van normstellende bevoegdheden voor de verdeling van zaken.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Uniken Venema 2004, p. 513.

¹⁷⁹ Vgl. voor Nederland de regeling van het Bnn, *Stb.* 2001, 616.

¹⁸⁰ Zie *infra*, par. 6.3.

De keuze voor arbeidsverdeling in de rechterlijke organisatie en de wijze van vormgeving van die arbeidsverdeling brengt een aantal inherente complicaties met zich mee.

Complicaties: rechtseenheidswaarborgen, competentiegeschillen en forumshopping

Complicaties die samenhangen met de verdeling van rechtsmacht over verschillende gerechten betreffen de bewaking van de rechtseenheid en de afdoening van competentiegeschillen tussen gerechten. Het is van belang zich te realiseren dat het vraagstuk van de garantie van rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid in wezen niet meer is dan een bijverschijnsel van de keuze voor 'specialisatie' door instelling van verschillende rechtsgangen voor verschillende typen van geschillen. Het gaat hier dus om een contingent probleem van de rechterlijke organisatie: bij een andere vormgeving van de rechtspraak zou dit vraagstuk wellicht niet aan de orde komen.¹⁸¹ 'Specialisatie' op dit fundamentele niveau is echter een fenomeen dat in het overgrote deel van de moderne 'rechtsstaten' voorkomt.¹⁸²

Rechtseenheidsvoorzieningen kunnen op verschillende manieren worden ingericht. De rechtseenheid kan in het systeem van de rechterlijke organisatie worden bevorderd door middel van een integratie van typen van rechtspraak in minder kolommen van rechtspraak. Als voorbeeld kan worden gewezen op de discussie in Duitsland ten aanzien van de integratie van de kleinere *Gerichtsbarkeiten* in de grotere kolommen van de *ordentliche Gerichtsbarkeit* en de *Verwaltungsgerichtsbarkeit*.¹⁸³ Als gevolg van een dergelijke samenvoeging van kolommen blijven minder hoogste gerechten over en neemt het risico van uiteenlopende lijnen van jurisprudentie af. In geval van de verdeling van zaken over verschillende kolommen van rechtspraak is de bevordering van de rechtseenheid een sterk argument om te pleiten vóór volledige integratie van de bestuursrechtspraak in de kolom van de gewone rechtspraak.¹⁸⁴ Rechtseenheid kan echter ook op andere wijzen worden bevorderd. In sommige gevallen is gekozen voor harmonisatie van jurisprudentie via wettelijke weg, in andere gevallen voor harmonisatie door middel van samenwerking tussen rechterlijke colleges. Een voorbeeld van de eerste oplossingsmethode betreft de instelling van een 'rechtseenheidskamer'. Zo bestaat bij het Duitse *Bundesverfassungsgericht* de mogelijkheid om zaken voor te leggen aan de gemeenschappelijke kamer van dit gerecht (het 'Plenum' bij het *Bundesverfassungsgericht*), die beslist indien een van de twee kamers van het gerecht het voornemen heeft om af te wijken van de lijn van jurisprudentie van de andere kamer.¹⁸⁵ Bij het *Bundesgerichtshof* is een 'gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes' ingesteld. Deze 'rechtseenheidskamer', gezeteld in Karlsruhe, heeft zijn oorsprong in het *Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (RsprEinhG)* van 19 juni

¹⁸¹ Hetzelfde geldt voor de problematiek van competentiegeschillen. Vgl. *infra*, deze paragraaf.

¹⁸² Dit geldt in ieder geval voor de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen.

¹⁸³ Zie bijvoorbeeld Berlit 2003; Bovend'Eert 1994. Vgl. *supra*, deze paragraaf.

¹⁸⁴ Vgl. ten aanzien van het Nederlandse debat over de 'derde fase' van de herziening van de rechterlijke organisatie Ministerie van Justitie 2001 en *Kamerstukken II* 2003-2004, 25 425, nr. 7.

¹⁸⁵ Artikel 16 *BVerfGG*.

1968.¹⁸⁶ Een voorbeeld van de tweede constructie wordt gevormd door het overleg tussen rechters van verschillende kamers van de Hoge Raad of tussen rechters van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep in het Nederlandse rechtssysteem.¹⁸⁷

Een gerelateerd probleem betreft de afdoening van competentiegeschillen. Met betrekking tot de wijze van afdoening moet een keuze worden gemaakt tussen verschillende mogelijke constructies. De bandbreedte waarop die keuze gemaakt moet worden, betreft de autonomie van de individuele rechter: de mate waarin aan hem wordt toevertrouwd om zelf over zijn bevoegdheid te beslissen, en de mate waarin de rechter gebonden kan worden aan uitspraken van andere rechterlijke instanties.¹⁸⁸ Vanuit overwegingen uit het 'new public management'-paradigma bestaat er een belang om zo snel mogelijk de juiste soort rechter op een zaak te hebben. Vanuit het klassiek-rechtsstatelijke perspectief staat de bescherming van de 'onafhankelijkheid' van de rechter voorop.

De mogelijkheden voor de wetgever zijn tweemaal. Hij kan besluiten om de regeling van competentiegeschillen over te laten aan de rechter aan wie de zaak is voorgelegd. Hij kan ook kiezen voor instelling van een apart gerecht dat wordt belast met de afdoening van competentiegeschillen. De eerste oplossing is gekozen in het Franse rechtssysteem. Het *Tribunal des conflits* spreekt zich uit over competentiegeschillen tussen de gerechten van de gewone rechterlijke macht en administratieve gerechten.¹⁸⁹ Het is ook mogelijk om de regeling van competentiegeschillen aan de inhoudelijk rechtsprekende rechter over te laten, dat wil zeggen: aan de rechter waarbij de zaak aanhangig is gemaakt. Die oplossing is gekozen in het Nederlandse rechtssysteem, waar het aan de rechterlijke macht zelf is overgelaten om een regeling te treffen voor competentiegeschillen.

Er gelden verschillende regelingen al naar gelang de aard van de rechtsgangen waar-tussen het competentiegeschil speelt. Wat betreft de oplossing van competentiegeschillen tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter geldt in het Nederlandse rechts-

¹⁸⁶ *BGBI*. I S. 661. Zie <http://www.bundesgerichtshof.de>, link 'Der BGH', link 'Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes', waar ook de bezetting van de kamer voor de huidige zittingsperiode kan worden ingezien.

¹⁸⁷ Jessurun d'Oliveira 1999, p. 378. Ook op lagere niveaus in de institutionele kolommen van de rechtspraak kan rechterlijk overleg plaatsvinden. Een voorbeeld in het Nederlandse rechtssysteem betreft het overleg in de Kring van kantonrechters en de voorzieningen ter bevordering van de rechtseenheid in zaken op het gebied van het vreemdelingenrecht. Zie hierover *supra*, par. 5.3.3.

¹⁸⁸ Met betrekking tot de *Conseil de la concurrence* in Frankrijk, zie onder andere *TC*, 6 juni 1989, *RFDA*, 1989, p. 457, concl. Stirn (*Préfet région Ile-de-France*); zie Favoreu & Philip 2001, p. 709 (*GD* nr. 41).

¹⁸⁹ Artikel 34 van het *décret du 26 octobre 1849*: 'Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l'autre ordre, saisie du même litige, si elle estime que ledit litige ressortit à l'ordre de juridictions primitivement saisi, doit par un jugement motivé qui n'est susceptible d'aucun recours même en cassation, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal.'

systeem de zogenaamde ‘tweewegen- of doorkruisingsleer’. Indien een zaak zowel via civielrechtelijke weg als via bestuursrechtelijke weg kan worden afgedaan, krijgt de publiekrechtelijke weg in beginsel voorrang.¹⁹⁰ Voorwaarden zijn dat de bestuursrechtelijke regeling met waarborgen omkleed is en dat via de bestuursrechtelijke weg ongeveer hetzelfde kan worden bereikt als via privaatrechtelijk optreden. De redenering komt overeen met de afbakening van een exclusieve bevoegdheidssfeer van de bestuursrechter in het Franse rechtssysteem, aan de hand van het criterium van de ‘*prérogatives de puissance publique*’.¹⁹¹ De scheiding tussen het domein van de strafrechter en dat van de bestuursrechter wordt beheerst door het *una via*-beginsel. De wetgever dient in dit geval overlap van bevoegdheden zo veel mogelijk te voorkomen. Indien een geval via strafrechtelijke weg wordt afgedaan (vervolging, boete of andere sanctie) dan wordt daarmee de weg naar administratiefrechtelijke behandeling van dat geval afgesloten. Hetzelfde geldt *vice versa*. De bestuursrechter zal zich daarom onbevoegd moeten verklaren indien aan hem een zaak wordt voorgelegd die al door de strafrechter is behandeld. Omgekeerd zal de strafrechter niet bevoegd zijn een zaak te behandelen die via bestuursrechtelijke afdoening tot een einde is gebracht. Tussen de weg van de privaatrechtelijke en die van de strafrechtelijke afdoening van zaken bestaat geen concurrentieverhouding. Feiten die in behandeling zijn in een privaatrechtelijke geschil kunnen evengoed (en gelijktijdig) aan de basis liggen van een strafrechtelijke vervolging. Een voorbeeld wordt gevormd door zaken betreffende kindervervoering (de feiten kunnen zowel leiden tot een strafrechtelijke veroordeling als tot een wijziging in de regeling betreffende het ouderlijk gezag). Ook kan gedacht worden aan zaken op het gebied van het ondernemingsrecht: in sommige gevallen is zowel sprake van een contractueel geschil, dat onder de bevoegdheid van de burgerlijke rechter valt, als van een strafrechtelijke vervolging in het kader van het economisch strafrecht. Tot slot bestaat voor slachtoffers van strafbare feiten de mogelijkheid om vergoeding te vorderen voor de schade die hen berokkend is door het strafbare feit.¹⁹²

Aan de onderscheiden gevallen liggen verschillende overwegingen ten grondslag. De tweewegenleer vormt in de eerste plaats een praktische oplossing voor de verdeling van zaken tussen de burgerlijke rechter en de administratieve rechter. Dat er een zekere willekeur bestaat in de afbakening van de grens tussen de twee rechterlijke competentiegebieden blijkt uit een vergelijking van de regeling in de drie onderzochte rechtssystemen. Een deel van de geschillen die in het Nederlandse systeem worden afgedaan door de burgerlijke rechter, valt in het Franse rechtssysteem onder de competentie van de administratieve rechter. Het gaat dan bijvoorbeeld om gevallen van aansprakelijkstelling van overheidsinstellingen voor door burgers geleden schade. Zo worden in het Franse recht zaken betreffende medische aansprakelijkheid behandeld door de burgerlijke rechter als de betrokken instelling een privaatrechtelijke rechtspersoon is (bijvoorbeeld een privé-kliniek), terwijl de aansprakelijkstelling van overheidsziekenhuizen en

¹⁹⁰ Van Wijk et al 2005, p. 416.

¹⁹¹ Vgl. *supra*, deze paragraaf.

¹⁹² Over de complicaties die samenhangen met deze samenloop van rechtsgangen, zie wat betreft het laatste voorbeeld Beurskens 2002.

het daar werkzame personeel een zaak is voor de administratieve rechter.¹⁹³ Een consequentie van deze opmerkelijke competentieverdeling is dat de jurisprudentie in zaken van medische aansprakelijkheid tussen de hoogste rechters (*Cour de cassation* en *Conseil d'État*) op punten uiteenloopt.¹⁹⁴

De uitsluiting van samenloop van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties is ingegeven door het uitgangspunt dat feiten nooit onderhevig mogen zijn aan een dubbele strafbaarstelling, het zogenaamde *ne bis in idem*-beginsel.¹⁹⁵ De bestuursrechtelijke sanctie wordt in dit geval gelijkgesteld aan de strafrechtelijke sanctie. Een verschil in reikwijdte tussen de twee vormen van sancties, betreft de oplegging van de sanctie van vrijheidsbeneming: de oplegging van die sanctie is voorbehouden aan de strafrechter.¹⁹⁶ Zoals hierboven reeds uiteen is gezet, is die beperking van de bevoegdheid van de administratieve rechter conform aan de jurisprudentie van het EHRM inzake de uitleg van artikel 6 lid 1 EVRM.¹⁹⁷

De samenloop van privaatrechtelijke en strafrechtelijke rechtsgangen, ten slotte, wordt over het algemeen niet als problematisch beschouwd. De bestaansredenen van de twee typen van rechtspraak liggen hiervoor te ver uiteen. Het privaatrecht is gericht op de beslechting van geschillen in de verhouding tussen private partijen. In principe gaat het om rechtsverhoudingen met een 'horizontaal' karakter, dat wil zeggen tussen partijen van gelijke aard.¹⁹⁸ Het strafrecht, daarentegen, functioneert in de verhouding tussen burger en overheid op het gebied van de preventie en bestraffing van strafbare feiten. In dit geval is duidelijk sprake van een 'verticale' verhouding tussen de betrokken partijen. Samenloop van acties is in dit licht geoorloofd omdat er verschillende doelen mee worden gediend. Bestrafing van een onderneming wegens overtreding van het milieurecht staat niet in de weg aan toekenning van schadevergoeding aan slachtoffers die ziek zijn geworden als gevolg van de in strijd met het milieurecht begane daden.¹⁹⁹ Slechts de te berechten feiten komen in dit geval overeen, zij worden echter beoordeeld vanuit andere overwegingen en op andere gevolgen.

¹⁹³ Vgl. de conclusie van Advocaat-Generaal Sainte-Rose bij *CCass*, 17 november 2000, nr. 99-13.701, *Dalloz* 2000 I.R. p. 295 (*Perruche*).

¹⁹⁴ Een sprekend voorbeeld wordt gevormd door de *wrongful birth* problematiek. Op dit punt heeft gedurende lange tijd verschil bestaan in de lijn van jurisprudentie van de twee Franse cassatierechters. Zie *infra*, paragraaf 6.3.

¹⁹⁵ Zie Enschedé 2005, p. 201-202 over de definitie van 'feit' in artikel 68 lid 1 Sr.

¹⁹⁶ Nederland: artikel 113 lid 3 Gw. Frankrijk: artikel 66 C. Duitsland: artikel 104 lid 2 GG.

¹⁹⁷ Zie *supra*, par. 4.3.3. Ten aanzien van de bestuurlijke beboeting in het strafrecht, zie uit de recente literatuur de bijdragen over de Wet OM-afdoening in het *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht*, 2006, nr. 10, in het bijzonder Kwakman 2006 en Bröring & Jurgens 2006.

¹⁹⁸ Op dit uitgangspunt bestaat een aantal uitzonderingen. In de eerste plaats kan worden gedacht aan de rechtsverhouding tussen een burger of privaatrechtelijke rechtspersoon en de overheid als actor in het privaatrecht. In de tweede plaats is het bedoelde evenwicht afwezig in rechtsbetrekkingen tussen partijen die uit maatschappelijk oogpunt niet in een gelijkwaardige verhouding ten opzichte van elkaar staan. Voorbeelden kunnen worden gevonden in het huurrecht, in het arbeidsrecht en in het consumentenrecht. Vgl. *supra*, hoofdstuk 1.

¹⁹⁹ Zie Huisman & Van de Bunt 1997, in het bijzonder p. 688.

In dit verband kan tot slot de mogelijkheid van *forumshopping* of *judgeshopping* worden besproken. Deze mogelijkheid voor partijen om een zaak voor te leggen aan een gerecht of een specifieke rechter op grond van een strategische keuze vormt de tegenhanger van de mogelijkheid van inzet van rechters in andere gerechten dan voorzien op grond van de normale competentieverdeling.²⁰⁰ De keuze kan betrekking hebben op gerechten met overlappende relatieve competenties (bijvoorbeeld in geval van een keuze tussen de rechtbank in Den Haag of in Rotterdam) of op gerechten met overlappende absolute competenties (bijvoorbeeld in geval van een keuze door de officier van justitie, door middel van de formulering van de tenlastelegging, tussen afdoening van een zaak door de politierechter of door een meervoudige strafkamer).²⁰¹ Vormen van forumkeuze, in het bijzonder op het internationale niveau, betreffen ook het geval waarin een zaak gelijktijdig bij meerdere bevoegde gerechten wordt aangebracht en het geval waarin een reeds afgedane zaak wordt aangebracht bij een gerecht van gelijke rang dat bevoegd is om de zaak te behandelen.²⁰² Afwegingen van partijen bij de keuze van een gerechtelijke forum hangen samen met een aantal factoren. In Nederland speelt in beperkte mate de geografische bereikbaarheid van gerechten een rol. Wat betreft de keuze tussen gerechten met verschillende absolute competenties kunnen verschillen in procedures de overwegingen van partijen beïnvloeden. Een ander motief voor *forumshopping* betreft de ingeschatte kans van slagen van de vordering bij de ene dan wel bij de andere rechter.²⁰³ In tegenstelling tot *judgeshopping*, dat in alle gevallen in strijd komt met het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt van rechtspraak door een neutrale derde, kan de mogelijkheid tot *forumshopping* onder omstandigheden gewenst zijn. De voor- en nadelen van *forumshopping* zijn in het perspectief van het 'new public management'-paradigma nog niet uitgekristalliseerd. Onduidelijk is in hoeverre *forumshopping* bijdraagt aan kostenbesparing in de rechtspraak of aan specialisatie in de rechtspraak.²⁰⁴ Vanuit een klassiek-rechtsstatelijk perspectief wordt met de mogelijkheid van *forumshopping* het risico in de hand gewerkt dat problemen ontstaan die betrekking hebben op de onafhankelijkheid of onpartijdigheid van de individuele rechter, bijvoorbeeld door de keuze van een partij voor een specifieke rechter. Ook kan een ongelijke verhouding ontstaan tussen partijen, indien een (bijvoorbeeld de eiser in een civiele zaak) het gerecht of de rechter uitkiest die hem het meest welgevallig is.²⁰⁵ Normering van forumkeuze is dan ook gewenst teneinde de wettelijk vastgestelde competentieverdeling niet illusoir te maken. *Judgeshopping* kan worden bemoeilijkt door invoering van een systeem van

²⁰⁰ Baas 2004, p. 5. Zie over de inzet van (gespecialiseerde) rechters in gerechten *infra*, par. 6.2.2.

²⁰¹ Baas 2004, p. 5.

²⁰² Baas 2004, pp. 5-6; vgl. Helfer 1999.

²⁰³ Baas 2004, pp. 30-32. Ten aanzien van de geografische bereikbaarheid van de rechter in verband met de draagkracht van partijen, vgl. Klijn 1996. Ten aanzien van de keuze tussen gerechten met verschillende absolute competenties, vgl. Eshuis & Paulides 2002.

²⁰⁴ Baas 2004, p. 32.

²⁰⁵ Vgl. Baas 2004, pp. 32-33.

willekeurige toewijzing van zaken aan rechters binnen een gerecht²⁰⁶, naar het voorbeeld van het Duitse systeem.²⁰⁷

De conclusie die uit de analyse volgt, is dat, hoewel de regeling van de verdeling van zaken over gerechten vele verschillende vormen kan krijgen, een aantal gemeenschappelijke uitgangspunten kan worden onderscheiden voor de wijze van omgang met deze problematiek. Met betrekking tot de keuze tussen toedeling van rechtsmacht aan ‘algemene’ dan wel aan ‘bijzondere’ gerechten houden redenen voor toewijzing van een ‘algemene’ competentie eerder verband met klassiek-rechtsstatelijke beginselen, terwijl redenen voor toewijzing van een ‘bijzondere’ competentie in overwegende mate verband houden met de ‘new public management’-beginselen van ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’. De onderscheiden vormen van arbeidsverdeling in de rechterlijke organisatie hebben gevolgen voor de territoriale en functionele zaaklast van gerechten. Hiermee bereiken wij het volgende onderdeel van de analyse. Wat betreft de vaststelling van de zaaklast van gerechten staat aanknopingspunt bij het beginsel van ‘territorialiteit’ tegenover aanknopingspunt bij het beginsel van ‘functionaliteit’ van de rechtsmacht.

- EEN TERRITORIAAL OF FUNCTIONEEL BEPAALDE ZAAKLAST

Tegen de achtergrond van de twee paradigma’s voor de organisatie van de rechtspraak in de ‘rechtsstaat’ kunnen de uitgangspunten voor de vaststelling van de zaaklast van gerechten worden geïnventariseerd. De zaaklast van de gerechten wordt in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma in doorslaggevende mate bepaald door het beginsel van ‘territorialiteit’. In het ‘new public management’-paradigma heeft die territoriale gebondenheid plaatsgemaakt voor een ‘functioneel’ bepaalde zaaklast.

Een territoirgebonden zaaklast

In het klassiek-rechtsstatelijke paradigma is de verdeling van rechtsmacht over gerechten in beginsel verbonden met het territoir waarvoor het gerecht bevoegd is zaken af te doen. Dat uitgangspunt ligt ten grondslag aan de regelingen betreffende de absolute en relatieve competentie van gerechten in de rechtsstelsels van Nederland, Frankrijk en Duitsland.²⁰⁸ De constitutionaliteit van de territoriale indeling hangt nauw samen met de verdeling van normstellende bevoegdheden betreffende de verdeling van rechtsmacht.

Ieder gerecht heeft een rechtsgebied, dat wil zeggen een gebied waarbinnen dat gerecht bevoegd is om grezen zaken te behandelen. Dat gebied kan een arrondissement beslaan (gerechten van eerste aanleg), een ressort (gerechtshoven) of het gehele nationale grondgebied (cassatierechter, bepaalde bijzondere gerechten). In de onderzochte rechtssystemen is de vaststelling van het bevoegde gerecht in beginsel te achterhalen via

²⁰⁶ Baas 2004, p. 34.

²⁰⁷ Vgl. *infra*, par. 6.2.2.

²⁰⁸ Zie *supra*, par. 6.1.1.

de relevante procesrechtelijke regelingen in samenhang met de indeling van de ‘gerechtelijke kaart’ of ‘*carte judiciaire*’ die is neergelegd in wetgeving of in lagere regelgeving.²⁰⁹

De territoriale gebondenheid van de zaakverdeling stoelt op twee gronden. In de eerste plaats wordt, vanuit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma, beoogd om de behandeling van zaken dicht bij de justitiabele te doen plaatsvinden. Op die manier wordt gehoor gegeven aan het uitgangspunt van aanwezigheid in de buurt. In de tweede plaats komt de territoriale gebondenheid voort uit het organisatieprincipe van een ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ arbeidsverdeling binnen de gerechten. In de historische context gold de spreiding van gerechten over het grondgebied als meest optimale oplossing voor de verdeling van rechtsmacht en daaruit vloeide voort dat zaken op basis van ‘territorialiteit’ aan een gerecht werden toegewezen. Afstand was vanwege logistieke overwegingen van doorslaggevende betekenis voor de afweging betreffende de verdeling van zaken over gerechten. Met de ontwikkeling van moderne communicatietechnieken (internet, e-mail, fax, telefoon) is het territoriale aspect geleidelijk in belang afgenomen.²¹⁰ Tegelijkertijd heeft het beginsel van ‘functionaliteit’ een opmars gemaakt. Wij zullen nu bezien welke consequenties die ontwikkeling heeft gehad voor de regeling van de verdeling van rechtsmacht.

Een functioneel bepaalde zaaklast

De vaststelling van de territoriaal bevoegde rechter hangt samen met de vaststelling van het bevoegde soort gerecht. Als tegenhanger van ‘territorialiteit’ geldt daarom de vaststelling van het bevoegde gerecht op basis van de functie die dat gerecht vervult binnen het grotere geheel van de rechterlijke organisatie. Met andere woorden: het betreft de vaststelling van de absolute competentie van de rechter. Hoewel ‘functionaliteit’ sinds jaar en dag een grondgedachte heeft gevormd bij de arbeidsverdeling in de rechterlijke organisatie, is dit beginsel in recente jaren aangewend ten einde tot ‘flexibeler’ oplossingen voor de verdeling van zaaklasten te komen, die in dienst staan van de realisatie van een ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ rechtspleging.

‘Functionaliteit’ als principe van rechterlijke arbeidsverdeling

Vertrekpunt voor de vaststelling van de bevoegde rechter op basis van zijn ‘functie’ zijn de ‘algemene’ gerechten van eerste aanleg. Voor het Nederlandse systeem zijn de arrondissementenrechtbanken bevoegd voor de afdoening van zaken op de drie grote rechts-

²⁰⁹ Zie voor Nederland de Wet op de rechterlijke indeling van 10 augustus 1951, laatstelijk gewijzigd bij wet van 6 december 2001, *Stb.* 2001, 582. Zie echter *infra*, par. 6.3.3 ten aanzien van de invloed van het Bnn. Zie voor Frankrijk de ‘*tableaux*’ in de bijlagen bij de *COJ* en de artikelen R221-3 en R221-7 van de *Code de justice administrative*. In Duitsland is de vaststelling van de gerechtelijke indeling voor de federale gerechten opgedragen aan de federale wetgever, en voor de gerechten van de *Länder* aan de wetgevers van de deelstaten. Zie de artikelen 30 en 92 *GG*; vgl. Schilken 2003, p. 216.

²¹⁰ Vgl. Buruma 2006, p. 16; maar vgl. Klijn 1996 (in het bijzonder p. 235) over de invloed van de prijs op het gebruik van rechtshulp, onder andere in verband met de bereikbaarheid van de rechtspraak voor minder draagkrachtigen.

gebieden²¹¹ en voor de afdoening van belastingzaken.²¹² Binnen de rechtbanken zijn sectoren gecreëerd voor de afdoening van civiele zaken, strafzaken en bestuursrechtelijke zaken. Ook bestaan aparte competenties voor de kantonrechter en de politierechter.²¹³ Daarnaast zijn bevoegdheden voor berechting van zaken in eerste aanleg toegekend aan de bijzondere administratieve gerechten: de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Het Franse rechtssysteem kent een meer gecompliceerde indeling. De algemene gerechten van eerste aanleg voor civielrechtelijke zaken en strafzaken zijn de *tribunaux de grande instance*, de *tribunaux d'instance* en de *juridictions de proximité*.²¹⁴ Binnen de *tribunaux de grande instance* zijn strafrechtelijke competenties verdeeld over de *tribunaux correctionnels* (berechting van 'délits pénaux') en de *tribunaux de police* (berechting van 'contraventions'). Voor bestuursrechtelijke zaken zijn in eerste aanleg in beginsel de *tribunaux administratifs* bevoegd. De *Conseil d'État* beschikt over beperkte bevoegdheden in eerste aanleg.²¹⁵ Als bijzondere gerechten bestaan de *conseils de prud'hommes* (arbeidszaken), de *tribunaux de commerce* (handelszaken), de *tribunaux paritaires de baux ruraux* (zaken betreffende de eigendom en het gebruik van landbouwgrond en -gebouwen), het *tribunal des affaires de sécurité sociale* (sociale-verzekeringzaken), het *tribunal du contentieux de l'incapacité* (sociale-verzekeringzaken in verband met arbeidsongeschiktheid) en de *Cour d'assises* (ernstige strafzaken (*crimes*)). In de Constitutie is de bevoegdheid geregeld van de *Cour des comptes* (controle van de financiën van de Staat en van openbare instellingen, van de sociale zekerheid en van organismen die overheids-subsidies ontvangen), het *Haute Cour de Justice* en het *Cour de Justice de la République* (bijzondere strafrechtelijke competenties in verband met de vervolging van respectievelijk de President van de Republiek²¹⁶ en leden van de regering), en de *Conseil constitutionnel* (constitutionele rechter).

In het Duitse rechtssysteem, ten slotte, kunnen rechtszaken in eerste aanleg voor de hoofdgebieden van de rechtspraak worden aangebracht bij de *Amtsgerichte* (civiele zaken en strafzaken) en de *Verwaltungsgerichte* (bestuursrechtelijke zaken). Binnen de *Amstgerichte* zijn bijzondere competenties gecreëerd voor *Mahngerichte* (eenvoudige geldvorderingen), *Vollstreckungsgerichte* (tenuitvoerlegging van vonnissen in civiele zaken), *Arrestgerichte* (tenuitvoerlegging van vonnissen in strafzaken), *freiwillige Gerichtsbarkeit* (verzoekschriftprocedures), *Prozessgerichte* (dagvaardingsprocedures tot € 5.000,-), *Familiengerichte* (familierecht), *Strafrichter* (strafzaken waar een geldstraf of een

²¹¹ Artikelen 42, 43 en 45 RO.

²¹² Artikel 44 RO.

²¹³ Artikelen 47 en 51 RO.

²¹⁴ *Livres III en VI COJ*.

²¹⁵ Artikel L111-1 *Code de justice administrative*.

²¹⁶ Een verruiming van de mogelijkheden tot strafrechtelijke vervolging van de President van de Republiek voor strafbare feiten begaan buiten zijn ambt is gerealiseerd met de invoering van de *Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 portant modification du Titre IX de la Constitution*, JO 24 februari 2007. Daarover, zie onder andere Auvret 2007; Rassat 2007.

vrijheidsstraf van minder dan twee jaar wordt geëist), *Jugendrichter* (jeugdstrafrecht), *Schöffengerichte* (strafzaken waarin een vrijheidsstraf van twee tot vier jaar wordt geëist), *erweitertes Schöffengerichte* (grote strafzaken die binnen de competentie van het *Schöffengericht* vallen), *Jugend-schöffengerichte* (strafzaken op het gebied van het jeugdstrafrecht of kinderbeschermingsrecht waarin oplegging van een jeugdstraf wordt geëist). Bevoegdheden voor de afdoening van zaken in eerste aanleg bestaan bij de *Landgerichte* in de vorm van de *Zivilkammern* (dagvaardingsprocedures vanaf € 5.000,-), de *Kammern für Handelssachen* (handelsrecht), de *große Strafkammern* of *Schwurgerichte* (zwaardere strafzaken (moord en doodslag)), en de *große Jugendkammern* (bepaalde zaken op het gebied van het jeugdstrafrecht). Het *Oberlandesgericht* is rechter van eerste aanleg als *Strafsenat*, bevoegd voor de behandeling van specifiek benoemde strafzaken. Bijzondere gerechten zijn de *Patentgerichtsbarkeit* (intellectuele eigendomszaken) en de *Schiffahrtsgerechtsbarkeit* (scheepvaartzaken). Voor zaken op het gebied van het arbeidsrecht zijn in eerste aanleg de *Arbeitsgerichte* bevoegd, voor zaken op het gebied van het sociale-verzekeringsrecht de *Sozialgerichte*, en voor zaken op het gebied van het belastingrecht (waar geen appelgerechten bestaan) de *Finanzgerichte*.²¹⁷

Een opvallende tendens in recente jaren betreft de toewijzing van zaken aan een gerecht op het grondgebied van de Staat in afwijking van de algemene regels betreffende de competentie van de gerechten. ‘Functionaliteit’ wordt in dat geval een instrument voor de realisatie van grotere ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechtspleging.

‘Functionaliteit’ als instrument voor realisatie van ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ rechtspraak. Een ‘functionele’ insteek bij de verdeling van rechtsmacht komt onder andere tot uitdrukking in de mogelijkheid tot overdracht van zaken aan een gerecht dat op basis van expertise of capaciteit beter dan het eigenlijk bevoegde gerecht op het grondgebied van de Staat in staat is om bepaalde zaken af te doen. Overdracht van zaken kan onder andere gewenst zijn in geval van kleine rechtsgebieden of in verband met bezettingsproblemen van gerechten.²¹⁸ In geval van aankomende bulkzaken of megazaken kan worden gekozen voor ontwikkeling van een centraal ‘alarm en bewakingsstelsel’ dat met behulp van een coördinerende bevoegdheid ten uitvoer wordt gelegd.²¹⁹

Mogelijkheden voor een ‘functionele’ verdeling van rechtsmacht zijn op grond van overwegingen betreffende de vergroting van de ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechtspraak in het bijzonder in het Nederlandse rechtssysteem tot bloei gekomen. Het is mogelijk geworden om zaken die bij één gerecht zijn aangebracht, in bepaalde gevallen te laten afhandelen op een andere plaats op het grondgebied van de Staat. De artikelen 41 lid 2 en 59 lid 2 van de Wet RO bieden de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur nevenzittingsplaatsen aan te wijzen, zowel binnen als buiten het rechtsge-

²¹⁷ Een handzaam overzicht van de Duitse gerechtsstructuur, naar de stand van oktober 2002, is te raadplegen via <http://rsw.beck.de/rsw/downloads/gesetzgebung/Gerichtsaufbau.pdf>, geraadpleegd op 26 juli 2007.

²¹⁸ Keijzer, Radder & De Geus 2006, p. 5.

²¹⁹ Keijzer, Radder & De Geus 2006, p. 5.

bied van het gerecht. Die mogelijkheid is uitgewerkt in het Besluit nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen (Bnn).²²⁰ Officieel blijft het gerecht waarbij de zaak aanhangig is gemaakt, het gerecht dat ‘kennisneemt’ van de zaak en dat uitspraak doet. Echter, er wordt gebruik gemaakt van de zittingscapaciteit (zittingsruimte, gerechtsambtenaren, rechterlijke ambtenaren) van andere gerechten.²²¹ De zaken worden dus afgedaan door rechters die bij een ander gerecht zijn aangesteld. Omdat alle rechters van rechtswege plaatsvervanger zijn in de overige rechtbanken²²², wordt echter rechtgesproken in naam van het gerecht waar de zaak oorspronkelijk aanhangig is gemaakt.²²³

Aanwijzing van nevenzittingslocaties buiten het rechtsgebied van het gerecht kan op basis van het Bnn slechts onder bepaalde omstandigheden worden toegestaan. Redenen voor overheveling van zaken, kunnen zijn:

- behandeling van beroepen ingesteld tegen besluiten gegeven op grond van de Vreemdelingenwet 2000;
- noodzaak van een extra beveiligde zittingslocatie;
- behandeling van zaken waarbij een personeelslid van het gerecht betrokken is;
- gebrek aan voldoende (al dan niet gespecialiseerde) zittingscapaciteit.²²⁴

Het aanwijzingsbesluit wordt genomen door de Raad voor de rechtspraak, op verzoek van het bestuur van het gerecht dat aanwijzing van nevenzittingsplaatsen wenst.²²⁵ Voorwaarde voor inwilliging van het verzoek door de Raad voor de rechtspraak is dat het gaat om een tijdelijke maatregel voor het opvangen van piekbelastingen.²²⁶ Aanwijzing van een nevenzittingsplaats gebeurt voor een bepaalde categorie van zaken.²²⁷ Vervolgens wordt door het gerechtsbestuur bepaald welke specifieke zaken voor behandeling worden overgedragen aan een ander gerecht.²²⁸

Op grond van ‘functionele’ overwegingen kan aldus gekozen worden voor verschillende wijzen van ‘alternatieve’ verdeling van zaken aan gerechten in de Nederlandse

²²⁰ Bnn, *Stb.* 2001, 616.

²²¹ Zie *Aanhangsel Handelingen I*, 2005-2006, nr. 4, p. 8.

²²² Artikel 40 lid 2 RO.

²²³ Vgl. de ‘Nota van toelichting op het Besluit van 6 maart 2002 tot wijziging van het Besluit nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen in verband met de aanwijzing van nevenzittingsplaatsen van het gerechtshof te Amsterdam en de rechtbank te Haarlem voor de behandeling van strafzaken’, *Stb.* 2002, 126, pp. 3-4.

²²⁴ Artikelen 4 t/m 9 Bnn. Vgl. *Aanhangsel Handelingen I*, 2005-2006, nr. 4, p. 8.

²²⁵ Vgl. artikel 7 Bnn.

²²⁶ Vgl. de ‘Nota van toelichting op het Besluit van 17 juni 2004 tot wijziging van het Besluit nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen en enkele andere besluiten in verband met een betere benutting van de zittingscapaciteit’, *Stb.* 2004, 288, p. 9.

²²⁷ Vgl. *Aanhangsel Handelingen I*, 2005-2006, nr. 4, p. 7.

²²⁸ Vgl. ‘Nota van toelichting op het Besluit van 17 juni 2004 tot wijziging van het Besluit nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen en enkele andere besluiten in verband met een betere benutting van de zittingscapaciteit’, *Stb.* 2004, 288, p. 9.

‘rechtsstaat’.²²⁹ Een voorbeeld, waarbij het gaat om de inzet van rechters met een bepaalde expertise in verschillende gerechten, wordt gevormd door de fraudekamers. Zo werken de rechtbanken van Assen, Groningen en Leeuwarden sinds 1993 samen in de Noordelijke Fraudekamer. Er vindt een maandelijks zitting plaats, bij tourbeurt op een van de drie locaties, waar alle relevante zaken die zich in de voorbije periode hebben voorgedaan worden afgehandeld. De rechters van de kamer worden uit een pool van rechters geselecteerd.²³⁰ Het ligt in de lijn der verwachtingen dat de ‘functionele’ benadering van de verdeling van zaken een vervolg krijgt in een ‘front office’/‘back office’-structuur, terwijl met de opkomst van elektronisch dataverkeer een verdere uitholling kan worden verwacht van de territoriale aanwijzing van vestigingsplaatsen van gerechten op basis van arrondissementsgrenzen.²³¹

Ook in het Franse rechtssysteem bestaat de mogelijkheid van behandeling van zaken op een andere locatie dan volgens de normale regels van verdeling van rechtsmacht zou gelden. Artikel L7-10-1-1 van de *Code de l'organisation judiciaire* opent de mogelijkheid voor de gerechten van de gewone rechterlijke macht om zittingen te houden in een andere gemeente in hun ressort dan de gemeente waar de zetel van het gerecht is gevestigd. Deze zittingen worden aangeduid als ‘*audiences foraines*’. De voorwaarden waaronder behandeling op een andere plaats kan geschieden, zijn geregeld in artikel R7-10-1-1 COJ.²³² De garantie van geografische bereikbaarheid vormt de belangrijkste reden voor de opening van de mogelijkheid zitting te houden op andere locaties dan de hoofdvestiging van gerechten.²³³ De gerechtsambtenaren en rechterlijke ambtenaren zijn in geval van de ‘*audiences foraines*’ dezelfde die ook in het gewone geval bevoegd zijn, slechts de locatie van de zitting is gewijzigd.²³⁴

In het Duitse rechtssysteem geldt een sterke dogmatiek. De regelingen in het *Grundgesetz* en in organieke wetten (*Gerichtsverfassungsgesetz*) op het federale niveau bieden weinig ruimte voor de uitwisseling van zaakspakketten tussen gerechten op het grondgebied van de Staat.²³⁵ Het Nederlandse systeem is op dit punt dus flexibeler dan zowel het Franse als het Duitse.

²²⁹ Vgl. Struiksma et al 2000, die met betrekking tot het nevenlocatiebeleid in Nederland onderscheid maken tussen functionele nevenvestigingslocaties, integrale nevenlocaties en nevenzittingslocaties.

²³⁰ Zie Hol & Loth 2002, p. 497.

²³¹ Vgl. Werkgroep BOK 2006, p. 26. Over de verdeling van zaken door middel van een ‘front office’/‘back office’-structuur, zie reeds *supra*, deze paragraaf.

²³² Zie R7-10-1-1 COJ: ‘En application des dispositions de l'article L7-10-1-1, le premier président de la cour d'appel, après avis du procureur général près ladite cour, fixe par ordonnance, en fonction des nécessités locales, le lieu, le jour et la nature des audiences que peuvent tenir les juridictions du ressort en des communes de leur propre ressort autres que celle où est fixé leur siège.’

²³³ Caron-Déglise & Flores 2007, p. 6. Ten aanzien van de randvoorwaarden voor ‘*audiences foraines*’, zie Staechelé 2007, pp. 12-13.

²³⁴ Vgl. artikel R7-10-1-1 COJ.

²³⁵ Vgl. Schilken 2003, p. 216 met betrekking tot de territoriale bevoegdheid van de gerechten.

Vraagstukken betreffende de verdeling van zaken over gerechten in de ‘rechtsstaat’ worden in de balans van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen voor de rechterlijke organisatie in verschillende rechtssystemen op onderscheiden wijzen benaderd. De gekozen oplossingen voor de verdeling van zaken in Nederland, Frankrijk en Duitsland zijn in kaart gebracht en benoemd in het licht van de onderscheiden paradigma’s voor de discussie. Naast de verdeling van zaken over gerechten wordt een tweede dimensie van de verdeling van rechtsmacht gevormd door het vraagstuk van de toedeling van rechters aan gerechten. Nu de uitgangspunten voor de verdeling van zaken over gerechten zijn geïnventariseerd, kan een vergelijkbare exercitie plaatsvinden voor dit tweede aspect van het vraagstuk van de verdeling van rechtsmacht in het licht van constitutionele beginselen.

6.2.2 *De toedeling van rechters*

Ook de toedeling van rechters vindt in de ‘rechtsstaat’ plaats tegen de achtergrond van het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie enerzijds en ‘new public management’-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie anderzijds. Wederom moeten door de normsteller voor de rechterlijke organisatie verschillende keuzes gemaakt worden. In de eerste plaats dient een afweging plaats te vinden betreffende de gewenste kwalificaties van de rechter. Daartoe kan een typologie van ‘rechters’ worden gemaakt. In de tweede plaats staat de wijze van inzet van de rechter op het grondgebied van de Staat ter discussie. Op basis van de verschillende typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie kan worden getwist over de keuze voor een vaste standplaats of voor mobiele inzetbaarheid van rechters.

- EENTYPOLOGIE VAN ‘RECHTERS’

Een eerste vraagpunt betreft de rol van de individuele rechter in de rechterlijke organisatie. Wat betreft de interne organisatie van het gerecht en van de rechtsprekende formatie, staan overwegingen van de normsteller voor de rechterlijke organisatie in het teken van de keuze voor een *unus iudex* of een meervoudige kamer, en over de mogelijkheid van instelling van een appelinstantie. Ten aanzien van het type rechter dat wordt belast met de afdoening van zaken houdt de te maken afweging een keuze in betreffende de inzet van professionele rechters, lekenrechters en rechter-plaatsvervangers. De ontwikkelingen op dit vlak kunnen in kaart worden gebracht aan de hand van de twee paradigma’s voor de rechterlijke organisatie.

De rechtsprekende formatie: unus iudex of meervoudige kamer, eerstelijnsrechter of appelrechter

De constitutionele vereisten ten aanzien van de legitimiteit van de toegekende rechtsmacht aan de rechter verschillen naar gelang sprake is van een alleensprekende rechter (*unus iudex*) of een meervoudige kamer, van rechtspraak in eerste aanleg of in hoger beroep.

Unus iudex of meervoudige kamer

Een vraagpunt is of de behandeling van een zaak door een enkelvoudige of door een meervoudige kamer moet geschieden. Een inventarisatie van dit dilemma in het licht van beginselen van klassieke rechtsstatelijkheid en van 'new public management' levert het kader voor een evaluatie van de invloed van de uitgangspunten van 'generaliteit' en 'specialisatie' van de rechtspraak.

Als theoretisch beginsel geldt in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma de idee dat collegiale rechtspraak extra waarborgen biedt bij de afhandeling van zaken binnen gerechten.²³⁶ Vanuit dit perspectief wordt collegiale rechtspraak als het meest wenselijk gezien, omdat daarmee het vereiste van 'onpartijdigheid' van de rechter wordt bewaakt. Corruptie of doorvoering van persoonlijke politieke of religieuze opvattingen wordt geacht minder snel voor te komen in een college dat is samengesteld uit meerdere rechters dan in geval van rechtspraak door een alleensprekende rechter. Ook wordt als argument voor collegiale rechtspraak aangevoerd dat dit wenselijk zou zijn vanuit het perspectief van de persoon van de rechter.²³⁷ De verantwoordelijkheid voor een rechterlijke beslissing kan in geval van collegiale rechtspraak – anders dan bij unusrechtspraak – niet op één individuele rechter worden teruggevoerd. Hierdoor is er minder kans op represailles van de kant van de in het ongelijk gestelde partij. Bovendien zal de doctrine er minder moeite mee hebben om kritiek te leveren op de uitspraak van een college van rechters. Die kritiek zal in geval van unusrechtspraak eerder kunnen worden opgevat als kritiek op een individuele rechter.²³⁸ Rechtspraak door een alleensprekende rechter is in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma slechts toegestaan indien hiervoor een voldoende rechtvaardiging bestaat. Wat betreft de rechtspraak door de kinderrechter kan bijvoorbeeld als reden worden genoemd dat de personen die voor hem verschijnen zich meer op hun gemak zullen voelen bij een alleensprekende rechter.²³⁹

Een niet te verwaarlozen aspect in de geschetste context betreft de klassiek-rechtsstatelijke waarborg van rechtsgelijkheid. In dat verband dient te worden gekeken naar de rol van respectievelijk de wetgever en de rechterlijke macht bij de keuze voor afdoening van zaken door een alleensprekende rechter of door een college van rechters. De Franse *Conseil constitutionnel* heeft zich hierover uitgesproken in een beslissing van 23 juli 1975.²⁴⁰ Ter discussie stond een wetsvoorstel dat aan de president van het *tribunal de grande instance* een discretionaire bevoegdheid toekende om voor een groot aantal zaken dat tot de competentie van het *tribunal correctionnel* (strafsector van het TGI) behoort, de keuze te maken voor afdoening door een driekoppige formatie dan wel door een alleensprekende rechter. Het wetsvoorstel voorzag niet in een beroepsmogelijkheid tegen de beslissing van de president. De *Conseil constitutionnel*, ingeschakeld

²³⁶ Vgl. Corstens 1999; Van Veen 1985; De Hullu 1987. Over de verdeling van zaken over alleensprekende rechters en meervoudige kamers, zie voor Nederland Simons 1996, p. 81 e.v.

²³⁷ Rassat 2004, p. 11.

²³⁸ Vgl. Rassat 2004, p. 11.

²³⁹ Vgl. Rassat 2004, p. 13.

²⁴⁰ CC, beslissing nr. 75-56 DC van 23 juli 1975, *Rec.* p. 22 (*Juge unique*).

door een groep van 69 senatoren, oordeelde dat de keuze voor afdoening van een bepaalde categorie van zaken door een unusrechter of door een collegiale formatie niet per zaak mag worden overgelaten aan de president van het gerecht. Door die keuze bij de rechterlijke macht te leggen, zou de rechtsgelijkheid kunnen worden aangetast. Er is sprake van inbreuk op het beginsel van ‘gelijkheid voor de rechtspraak’ dat onderdeel uitmaakt van het constitutionele beginsel van ‘gelijkheid voor de wet’.²⁴¹ Dit beginsel staat eraan in de weg dat burgers die zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden en voor dezelfde strafbare feiten worden vervolgd, worden berecht door formaties die volgens verschillende regels zijn samengesteld.²⁴² Op grond van artikel 34 van de *Constitution*, dat aan de wetgever opdraagt de regels voor het strafproces vast te stellen, mag deze een zo fundamentele aangelegenheid als de bescherming van de fundamentele rechten van de burger niet aan een andere autoriteit in de Staat overdragen. Volgens de constitutionele rechter behoort de vaststelling van de grote van de rechtsprekende formatie voor een bepaalde categorie van zaken daarom tot het domein van de wetgever.²⁴³

Beginselen uit het ‘new public management’-paradigma geven aanvullende gronden voor de legitimiteit van rechtspraak door een collegiale formatie. In de eerste plaats kan uitval van rechters door ziekte of andere oorzaken eenvoudiger worden opgevangen in een systeem met collegiale rechtspraak dan in een systeem met alleensprekende rechters.²⁴⁴ Een ander voordeel van collegiale rechtspraak is dat de kwaliteit van de rechterlijke beslissingen erdoor wordt vergroot. Er zal een debat tussen de oordelende rechters moeten plaatsvinden. Hierdoor wordt de kans op rechterlijke dwalingen verkleind.²⁴⁵ Bovendien biedt de rechtspraak in een collegiale setting een goede opleidingsmogelijkheid voor beginnende rechters. Zij worden niet meteen in het diepe gegooid, maar kunnen van nabij meemaken op welke wijze meer ervaren rechters tot een beslissing komen. De meer ervaren rechters kunnen de beginnende rechter corrigeren in geval deze op een ‘onjuiste’ beslissing uitkomt.

Op basis van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten is collegialiteit van rechtspraak in de historische context de overheersende norm geweest bij de toedeling van rechtsmacht aan rechters binnen gerechten. Een uitspraak die door een college van rechters is gewezen, heeft op grond van de twee typen motieven een groter gezag dan een uitspraak van een alleensprekende rechter. Dat gezag vloeit voort uit de zojuist genoemde voordelen, die twijfel wegnemen over de correcte totstandkoming en inhoud van de rechterlijke beslissing. De klassiek-rechtsstatelijke legitimiteit van de rechterlijke beslissing wordt op deze manier vergroot. In de hedendaagse context is op basis van de opkomst van beginselen uit het ‘new public management’-paradigma meer draagvlak ontstaan voor de verdere invoering van rechtspraak door een *unus iudex*. In debatten wordt ter vergroting van de ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechtspraak geregeld gewezen op de mogelijkheid van toewijzing van zaken aan een alleensprekende rechter in plaats

²⁴¹ CC, beslissing nr. 75-56 DC van 23 juli 1975, *Rec. p. 22 (Juge unique)*, r.o. 4.

²⁴² CC, beslissing nr. 75-56 DC van 23 juli 1975, *Rec. p. 22 (Juge unique)*, r.o. 5.

²⁴³ CC, beslissing nr. 75-56 DC van 23 juli 1975, *Rec. p. 22 (Juge unique)*, r.o. 6.

²⁴⁴ Vgl. Rassat 2004, p. 11.

²⁴⁵ Rassat 2004, p. 11.

van aan een meervoudige kamer.²⁴⁶ Op die manier zijn minder rechters bij de behandeling van één zaak betrokken, en komen meer rechters beschikbaar voor de afdoening van alle binnenkomende zaken.

De afweging tussen 'generaliteit' en 'specialisatie' van de rechterlijke functie is in zoverre van belang voor de te maken keuze dat enkelvoudige rechtspraak in de praktijk vaker voorkomt in geval van afhandeling van zaken die geen 'bijzondere' expertise van de rechter vereisen. Gedacht kan worden aan de rechtspraak door de kantonrechter in Nederland of de *juge de proximité* in Frankrijk. Ook in Duitsland wordt door een unus-rechter geoordeeld in bepaalde 'eenvoudige' typen van zaken.²⁴⁷ De overweging is dan dat de eenvoud van de rechtsvraag van dien aard is dat de juridisch-technische correctheid van de beslissing gewaarborgd is met de behandeling door één rechter met 'generalistische' kennis.²⁴⁸ Ook het doorgaans geringe(re) belang van de te beoordelen zaken rechtvaardigt de toewijzing van de afdoening van zaken aan een alleensprekende rechter.²⁴⁹ De legitimiteit van de rechtspraak blijkt in dit verband samen te hangen met het door een zaak vertegenwoordigde belang. In zaken die een groter belang vertegenwoordigen, wordt een waarborg voor de juridisch-technische correctheid van de beslissing en voor de onafhankelijke en onpartijdige totstandkoming van de rechterlijke beslissing gezien in de rechtspraak door een meervoudige kamer. De afweging om unus-rechtspraak in te voeren, vindt derhalve uiteindelijk plaats tegen de achtergrond van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma. Centraal in de overweging om rechtspraak in beginsel aan een meervoudige kamer op te dragen, staat namelijk de garantie van de 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' van de rechter.

De afweging tussen beginselen uit de twee paradigma's heeft ook consequenties voor de instelling van rechtspraak in twee instanties.

Eerstelijnsrechter of appelrechter

Het bestaan van een tweede instantie is niet in iedere rechtscultuur vanzelfsprekend. Zo is in veel islamitische rechtssystemen geen mogelijkheid aanwezig voor de hernieuwde behandeling van een zaak in hoger beroep.²⁵⁰ In systemen volgens het model van de 'rechtsstaat' bestaat echter vaak wel een tweede aanleg. Zo kunnen in elk van de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen gerechten worden aangewezen die belast zijn met rechtspraak in hoger beroep. Voor de verdeling van rechtsmacht heeft de creatie van een tweede aanleg voor de gerechtelijke behandeling van zaken een aantal consequenties.

²⁴⁶ Corstens 1999.

²⁴⁷ Zie het *Übersicht über den Gerichtsaufbau in der Bundesrepublik Deutschland*, Stand Oktober 2002. In sommige gevallen worden zaken niet behandeld door een professionele rechter maar door een 'Rechtspfleger', een ambtenaar binnen de rechterlijke organisatie die geen rechter is. Zie Schilken 2003, p. 350; CEPEJ 2006, pp. 82-83.

²⁴⁸ In dit licht wordt in de strafrechtspraak gepleit voor meer 'reflectie en collegiale toetsing door meer zaken meervoudig af te doen'; Van Delden, Van Dijk & Bauw 2007, p. 150.

²⁴⁹ In dit verband kan de kritiek worden geplaatst op de vergroting van de competentiesfeer van de alleensprekende politierechter. Zie Corstens 1999.

²⁵⁰ Zie Shapiro 1981, hoofdstuk 5.

De functionele verdeling van zaken hoeft in hoger beroep in beginsel niet te veranderen, zij kan de verdeling in eerste aanleg volgen. Toch komt het met enige regelmaat voor dat een andere verdeling wordt gekozen, in het bijzonder door middel van de concentratie van rechtspraak bij één gerecht voor het gehele grondgebied van de Staat.²⁵¹ De territoriale verdeling van zaken zal in ieder geval worden beïnvloed door de afname van het zaaksaanbod in hoger beroep²⁵², waardoor minder gerechten nodig zijn om die zaken te behandelen. De vraag rijst welke status het beginsel van rechtspraak in twee instanties op het constitutionele niveau heeft. De aanwezigheid van rechtspraak in twee instanties op het niveau van de ‘algemene’ gerechten op de ‘oorspronkelijke’ gebieden van de rechtspraak doet vermoeden dat een klassiek-rechtsstatelijk beginsel aan deze constructie ten grondslag ligt.

Hier stuiten wij op het beginsel van ‘territorialiteit’. Het hoger beroep is namelijk ontstaan als een instrument om gecentraliseerd toezicht op lokale rechterlijke ambtenaren uit te oefenen. Dit was met name in de continentale rechtsstelsels nodig, omdat de gerechten van eerste aanleg daar verspreid waren over het grondgebied (in tegenstelling tot in Engeland, waar alle rechtspraak was gecentraliseerd in de hoofdstad). Via de gerechtshoven kon controle worden uitgeoefend op de lagere rechters.²⁵³ De rechtspraak in twee instanties vormde een interne ‘check’ op klassiek-rechtsstatelijke basis. Op basis van een analyse van het probleem van hoger beroep in islamitische rechtsstelsels, oordeelt Shapiro dat de instelling van appelinstanties niet zozeer wordt ingegeven door de zorg voor ‘rechtvaardige’ rechtspraak als wel door de zorg voor politieke controle.²⁵⁴

Ook principes uit het ‘new public management’-paradigma speelden echter reeds een bescheiden rol in de vroeg-rechtsstatelijke context. In Frankrijk werd het bestaan van rechtspraak in twee instanties in 1810 gerechtvaardigd door twee redenen. De eerste reden hangt samen met de samenstelling van de rechtsprekende formatie. In hoger beroep werd door een groter aantal rechters geoordeeld, waardoor de verwachting bestond van een zorgvuldiger afweging en daarmee van een hogere kwaliteit van de rechterlijke uitspraak.²⁵⁵ In de tweede plaats werden de rechters in het hof, vanwege hun hogere rang in de rechterlijke hiërarchie, geacht meer expertise en meer ervaring te hebben.²⁵⁶ Vanuit economisch en rechtspolitek perspectief is een mogelijkheid van hoger beroep daarom wenselijk met het oog op de minimalisering van de kans op fouten in rechterlijke beslissingen.

De constitutionele status van ‘rechtspraak in twee instanties’ is niet alleen afhankelijk van de vorm die het hoger beroep heeft gekregen, maar tevens van de inhoud van het

²⁵¹ Zie *supra*, par. 6.2.1.

²⁵² In sommige rechtsstelsels geldt een systeem van ‘*leave to appeal*’, vgl. de procedure bij het Britse House of Lords en het Amerikaanse Supreme Court. Ook indien (in beginsel) een algemene toegankelijkheid geldt voor zaken waarin een oordeel in eerste aanleg is gegeven, zal het aantal zaken kleiner zijn doordat in veel gevallen wordt besloten om geen gebruik te maken van de mogelijkheid van hoger beroep.

²⁵³ Shapiro 1981, p. 39.

²⁵⁴ Shapiro 1981, p. 222.

²⁵⁵ Vgl. *supra*, ten aanzien van de afweging tussen unusrechtspraak en collegiale rechtspraak.

²⁵⁶ Rassat 2004, p. 30.

concept. Hoger beroep in continentaalrechtelijke systemen betekent in beginsel een geheel nieuwe behandeling van de zaak op basis van de feiten zoals die uit het dossier blijken. In Angelsaksische systemen is een praktijk gegroeid waarin de gerechten van de tweede instantie slechts een oordeel geven over gerezen rechtsvragen en niet meer ingaan op de feiten van het geval.²⁵⁷ Hoger beroep is in dat geval vergelijkbaar met het mechanisme van ‘beroep in cassatie’ zoals dat in continentale rechtssystemen bestaat.²⁵⁸ Indien sprake is van een volledige nieuwe beoordeling in hoger beroep, heeft de appelrechter de bevoegdheid om zijn beslissing in de plaats te stellen van die van de rechter in eerste aanleg. Indien hij slechts een oordeel geeft over de rechtsvragen, zal vaak terugverwijzing naar de lagere rechter of verwijzing naar een andere lagere rechter van dezelfde soort volgen. Dit leidt tot een ander ‘evenwicht van machten’ tussen gerechten van eerste en van tweede aanleg.²⁵⁹

De functie van een ‘vol’ beroep en een beroep beperkt tot rechtsvragen is deels verschillend. In de analyse van Shapiro wordt de functie van de rechter in hoger beroep omschreven als ‘*lawmaking*’ – het stellen van algemene rechtsregels ter bevordering van de rechtseenheid – maar blijven de hoven zoeken naar het verband met de basis voor de legitimiteit van het rechterlijk oordeel, dat wil zeggen de geschilbeslechting.²⁶⁰ De appelrechter dient te oordelen over de gepastheid (*fit*) van een regel voor de samenleving als geheel, dat wil zeggen verder dan de toepasselijkheid van de regel voor de partijen in geschil.²⁶¹

Het uitgangspunt van rechtspraak in twee instanties kent uitzonderingen. Zo zijn er gerechten die in eerste en enige aanleg oordelen. Er kan sprake zijn van zaken die een gering belang vertegenwoordigen, zoals kleine geldvorderingen en eenvoudige strafzaken. De wet kan de mogelijkheid van appel van dit soort zaken uitsluiten.²⁶² In andere gevallen volgt het ontbreken van de beroepsmogelijkheid uit de specifieke kenmerken van het gerecht dat in eerste aanleg oordeelt. Zo is logischerwijs geen beroep mogelijk van uitspraken die in eerste aanleg zijn gedaan door het hoogste gerecht van een rechterlijke hiërarchie. Ook bestaat geen mogelijkheid van appel van uitspraken van gerechten die enig in hun soort zijn, zoals in Frankrijk de *Haute Cour de Justice* en de *Cour de Justice de la République*.²⁶³

Het ontbreken van een mogelijkheid van hoger beroep doet zich ook in grote mate voor met betrekking tot rechtsgangen bij bijzondere gerechten. Specialisatie in hoger beroep kan op verschillende wijzen vorm krijgen. In de samenhang tussen eerste aanleg en hoger beroep kunnen drie modellen worden onderscheiden:²⁶⁴

- specialisatie in eerste aanleg, maar niet in hoger beroep;

²⁵⁷ Shapiro 1981, pp. 37-38.

²⁵⁸ Zie bijvoorbeeld voor Nederland artikel 79 RO.

²⁵⁹ Vgl. Shapiro 1981, pp. 39-40.

²⁶⁰ Shapiro 1981, p. 42.

²⁶¹ Shapiro 1981, pp. 43-44.

²⁶² Zie bijvoorbeeld artikel 332 Rv.

²⁶³ Rassat 2004, p. 30.

²⁶⁴ Vgl. Drabbe 1963, aangehaald door Hol & Loth 2002, pp. 489-490.

- geen specialisatie in eerste aanleg, maar wel in hoger beroep;
- specialisatie in eerste aanleg en in hoger beroep.

Ook later tot ontwikkeling gekomen rechtsgebieden als het bestuursrecht en het belastingrecht kennen vaak slechts een inhoudelijk rechtsprekende instantie. Mogelijkerwijze overheersen beginselen van ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ hier ten aanzien van het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt van toetsing van het handelen van de individuele rechter. In geval van gespecialiseerde rechtspraak wordt het risico van onjuiste beslissingen als kleiner beoordeeld, vanwege de bijzondere expertise van de rechter. Een tweede instantie levert dan marginaal gezien weinig voordeel op. Wat betreft de rechtspraak in geschillen tussen burger en overheid vindt doorgaans reeds een eerste toetsing van een bestreden besluit plaats binnen de bestuurskolom zelf. Rechterlijke toetsing wordt dan gezien als de laatste instantie van toetsing. Slechts met de geleidelijke groei van de bestuursrechtspraak als volwaardig onderdeel van de rechtspraak²⁶⁵ is de wens tot instelling van een tweede instantie van rechterlijke toetsing actueel geworden.

Uit de analyse blijkt dat een klassiek-rechtsstatelijke basis kan worden aangewezen voor de instelling van rechtspraak in twee instanties. Vanwege de geringe constitutionele inbedding van het beginsel bestaan echter veel uitzonderingen op de hoofdregel. ‘New public management’-overwegingen met betrekking tot de ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechtspraak openen de mogelijkheid om voorbij te gaan aan de instelling van een appelinstantie. Wij zullen nog zien tot hoe ver de constitutionele balans kan doorslaan in het geval van de afweging van argumenten voor en tegen de instelling van een tweede instantie.²⁶⁶ Eerst wordt nu de inventarisatie van beginselen voor de verdeling van rechtsmacht vervolgd ten aanzien van het type rechter dat wordt ingezet.

Het type rechter: professionele rechter, lekenrechter, rechter-plaatsvervanger

Beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma schrijven voor dat rechtspraak plaatsvindt door de van waarborgen voor ‘onafhankelijkheid’ voorziene professionele rechter. Op basis van beginselen van ‘new public management’, die een steeds grotere constitutionele invloed krijgen, dient de normsteller voor de rechterlijke organisatie in het kader van de verdeling van rechtsmacht een afweging te maken ten aanzien van de inzet van professionele rechters en van niet-professionele rechters als de lekenrechter en de rechter-plaatsvervanger.

De professionele rechter

Een constitutioneel uitgangspunt is dat in de gerechten van de rechterlijke macht recht wordt gesproken door professionele rechters. Zij genieten een beschermde status in het rechtssysteem en verpersoonlijken de ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ van de rechtspraak.²⁶⁷ Professionele rechters treden vooral op in de ‘algemene’ gerechten van de ‘rechtsstaat’. In bepaalde gevallen wordt met de vervulling van de formele eisen be-

²⁶⁵ Vgl. *supra*, par. 4.2.1.

²⁶⁶ Zie *infra*, par. 6.3.

²⁶⁷ Vgl. *supra*, par. 4.2.1, in het bijzonder ten aanzien van de rechtspositionele onafhankelijkheid van de rechter.

treffende de professionele rechter niet op optimale wijze invulling gegeven aan alle constitutionele eisen ten aanzien van de rechterlijke organisatie. Het 'new public management'-paradigma biedt mogelijkheden om via de inzet van niet-professionele rechters tegemoet te komen aan wensen betreffende de rechterlijke expertise dan wel betreffende de flexibiliteit ten aanzien van het aantal beschikbare rechters in de rechtsorde.

De lekenrechter

De inzet van lekenrechters in de rechtspraak kan een positieve bijdrage leveren aan de legitimering van de rechtspraak naar de samenleving. 'Lekenrechters' zijn met rechtspreekende bevoegdheden beklede personen die optreden als vertegenwoordiger van de democratische samenleving (in het geval van juryrechtspraak) of als expert op een gebied dat van belang is voor de afhandeling van het type zaken dat tot de competentie van het gerecht behoort (in het geval van vormen van 'bijzondere' rechtspraak).

In het Nederlandse rechtssysteem wordt terughoudend omgegaan met de inzet van lekenrechters. Een uitgangspunt van het beleid in dit kader houdt in dat inzet van lekenrechters pas wordt overwogen 'indien het gaat om zaken die slechts adequaat kunnen worden behandeld en beslist als het betrokken gerecht structureel beschikt over zeer specifieke en voor de professionele rechters moeilijk te verwerven deskundigheid inzake en praktijkervaring met de onderliggende materie'.²⁶⁸ Het Nederlandse rechtssysteem kent slechts in bescheiden mate rechtspraak waarbij de meerderheid van de rechtspreekende formatie wordt gevormd door 'lekenrechters'. Een voorbeeld wordt gevormd door de pachtkamers, die deel uitmaken van de sector kanton van de rechtbanken. In die kamers wordt rechtgesproken door een kantonrechter die wordt bijgestaan door twee 'deskundige' leden die geen 'rechterlijk ambtenaar' zijn.²⁶⁹ 'Lekenrechters' zijn ook terug te vinden in de kamers belast met de afdoening van militaire ambtenarenzaken en militaire strafzaken. In dat geval wordt de meerderheid van de kamer echter gevormd door professionele rechters.²⁷⁰ De rechtspraak in militaire zaken is geconcentreerd bij de rechtbank en het hof te Arnhem. Een laatste voorbeeld betreft de deelname van financieel-economische deskundigen aan de rechtspraak door de Ondernemingskamer bij het hof Amsterdam.²⁷¹

In Frankrijk komt lekenrechtspraak vaker voor. Een vorm van 'lekenrechtspraak' die in Nederland heeft bestaan van 1811 tot 1813, gedurende de Franse periode²⁷², bestaat in Frankrijk nog steeds. Het gaat om de rechtspraak door de *cours d'assises*. Dit type gerecht is belast met de berechting, in eerste aanleg of in hoger beroep, van ernstige strafzaken ('*crimes*'). Op het Franse grondgebied is per departement een *cour d'assises* ingesteld, dat op het organisatorische niveau is ingebed bij het *cour d'appel* binnen het ressort waarvan het gerecht zich bevindt.²⁷³ Het *cour d'assises* bestaat uit drie professionele

²⁶⁸ Simons, 1996, p. 73.

²⁶⁹ Artikel 48 lid 3 RO.

²⁷⁰ Artikelen 54 en 55 RO.

²⁷¹ Artikel 66 lid 2 RO; Tjittes 2005, p. 279.

²⁷² Tjittes 2005, p. 279.

²⁷³ Rassat 2004, pp. 49-50.

rechters die samen het rechtsprekende college vormen. Daarnaast spelen lekenrechters (*jurés*) een rol, negen in eerste aanleg en twaalf in hoger beroep, die worden aangewezen via loting op basis van kieslijsten.²⁷⁴ Alle leden van de rechtsprekende formatie, professionele rechters en lekenrechters samen, spreken zich uit over de schuldvraag en over de strafmaat, waarbij ieders stem een gelijk gewicht heeft.²⁷⁵ ‘Lekenrechtspraak’ komt in het Franse rechtssysteem verder voor in handelsrechtelijke zaken. Dan wordt rechtgesproken door de *tribunaux de commerce*, waarvan er op 191 zijn op het Franse grondgebied.²⁷⁶ Een ander voorbeeld van rechtspraak door ‘*peers*’ betreft de afdoening van arbeidszaken door de *conseils de prud’hommes*, gerechten met een tweekoppige formatie die is samengesteld uit een vertegenwoordiger van de werkgevers en een vertegenwoordiger van de werknemers.²⁷⁷

In Duitsland komt deelname van leken aan de rechtspraak tot op het hoogste niveau voor. Het *Grundgesetz* bepaalt immers dat het *Bundesverfassungsgericht* deels uit (niet-rechterlijke) leden van de *Bundestag* en *Bundesrat* wordt samengesteld.²⁷⁸ Daarnaast wordt in bepaalde gerechten mede rechtgesproken door niet-professionele rechters. Deze ‘*ehrenamtlicher Richter*’ zijn bijvoorbeeld ‘*Handelsrichter*’ in de kamers voor handelszaken of ‘*Schöffen*’ in de strafrechtspraak.²⁷⁹

De inzet van lekenrechters is vooral gewenst indien binnen de rechterlijke organisatie specifieke kennis op bepaalde terreinen ontbreekt. Een ander probleem dat verband houdt met de inzet van rechters in de Staat betreft de regeling van het aantal beschikbare rechters voor de afdoening van zaken. In dat verband dient de mogelijkheid van inzet van rechter-plaatsvervangers nader te worden bekeken.

De rechter-plaatsvervanger

Het totale aantal rechters dat nodig is voor de rechtspraak kan fluctueren. Bij de verdeling van rechtsmacht moet daarom een afweging plaatsvinden ten aanzien van het aantal professionele rechters dat beschikbaar is voor de rechtspraak en het aantal niet-professionele rechters dat als ‘reserve’ achter de hand wordt gehouden. Dit vraagstuk speelt ten aanzien van de rechtspraak in het algemeen, maar heeft specifieke aspecten wat betreft de rechtspraak in bijzondere gerechten.

²⁷⁴ Guillien & Vincent 2001, p. 165, lemma ‘*Cour d’assises*’. Binnen ieder hofressort bestaat een bijzondere samenstelling van het *Cour d’assises* voor de berechting van: militaire *crimes*, gewone *crimes* begaan door militairen in de uitoefening van hun functie indien er een risico was van onthulling van een staatsgeheim van defensie, bepaalde *crimes* gericht tegen de fundamentele belangen van de natie, terroristische acties, en (sinds de hervorming van de *Code pénal*) *crimes* op het gebied van handel in verdovende middelen. In dit geval bestaat het gerecht uit een president, en zes of acht bijzitters afhankelijk van de instantie (eerste aanleg of hoger beroep). Dit zijn allen professionele rechters, juryleden spelen in deze formatie geen rol. Guillien & Vincent 2001, p. 165.

²⁷⁵ Tjittes 2005, p. 279.

²⁷⁶ <http://www.justice.gouv.fr>.

²⁷⁷ Zie *supra*, par. 4.2.1.

²⁷⁸ Artikel 94 lid 1 GG.

²⁷⁹ Zie Schilken 2003, § 27, in het bijzonder pp. 334-335.

In algemene zin kan flexibiliteit bij de inzet van rechters in de gerechten van de 'rechtsstaat' worden gerealiseerd door middel van gebruikmaking van rechter-plaatsvervangers. Vooral in het Nederlandse rechtssysteem is die mogelijkheid tot bloei gekomen.²⁸⁰ In Frankrijk wordt binnen de rechterlijke organisatie slechts in beperkte mate gebruik gemaakt van rechter-plaatsvervangers of '*magistrats remplaçants*'.²⁸¹ Het Duitse systeem staat nog minder open voor een dergelijke oplossing. Het aantal professionele rechters in Duitsland is procentueel gezien bij de hoogste in Europa.²⁸² In de praktijk doet de noodzaak van inzet van niet-professionele rechters zich om die reden minder gevoelen.

Flexibiliteit ten aanzien van het aantal beschikbare rechters brengt in het bijzonder een belangrijk voordeel met zich mee in geval van gespecialiseerde rechtspraak. Van belang is in hoeverre wordt verwacht dat het bijzondere gerecht op permanente basis deel gaat uitmaken van de rechterlijke organisatie. Het aantal te verwachten zaken is een factor die dan moet worden meegewogen. Indien slechts gedurende een bepaalde periode behoefte zal bestaan aan een bijzonder gerecht, dan kan er ook voor worden gekozen om gewone rechters met enige expertise op het rechtsgebied in kwestie tijdelijk bij dat gerecht aan te stellen.²⁸³ Een zorgvuldige afweging moet worden gemaakt betreffende de benoeming van de rechters voor bepaalde tijd of voor het leven, met andere woorden: van rechter-plaatsvervangers of professionele rechters.

Hiermee ronden wij de inventarisatie af van de indeling van rechterlijke functies aan de hand van een typologie van 'rechters'. De volgende vraag is hoe rechters op het grondgebied van de Staat worden ingezet. De afweging van de normsteller voor de rechterlijke organisatie betreft die tussen de keuze van een vaste standplaats voor de rechter of voor mobiele inzetbaarheid.

- VASTE STANDPLAATS OF MOBIELE INZETBAARHEID

De toedeling van rechters aan de gerechten van de 'rechtsstaat' kan op verschillende wijzen plaatsvinden. De belangrijkste afweging van de normsteller voor de rechterlijke organisatie betreft de keuze voor een vaste standplaats voor de rechter of voor mobiele inzetbaarheid. In de historische context kreeg de eerste keuzemogelijkheid de voorkeur, tegen de achtergrond van het beginsel van de 'wettelijke rechter'. Gaandeweg heeft de idee van mobiele inzetbaarheid van de reizende rechter veel terrein gewonnen.

De vaste standplaats van de 'wettelijke rechter'

In de historische context was de rechter in de onderzochte 'rechtsstaten' verbonden aan een specifiek gerecht op het grondgebied van de Staat. Dit organisatieprincipe volgens welk de rechter een vaste standplaats heeft, komt voort uit het beginsel van 'onafzetbaarheid' of '*inamovibilité*' van de rechter. Dit beginsel heeft een diepere grondslag in het

²⁸⁰ Voor een vergelijking met Frankrijk, zie Mak 2005, pp. 31-32.

²⁸¹ Ten aanzien van de constitutionnalité van de regeling, zie CC, beslissing nr. 80-123 DC van 24 oktober 1980, *Rec. 24 (Magistrats remplaçants)*.

²⁸² CEPEJ 2006, p. 80.

²⁸³ CEELI 1996.

uitgangspunt van de waarborg van de ‘onafhankelijkheid’ van de rechter. Voor de rechtzoekende burger wordt ermee gewaarborgd dat zijn zaak wordt afgedaan door de ‘rechter die de wet hem toekent’ ofwel de ‘wettelijke rechter’.²⁸⁴ Voor de rechter houdt het principe een waarborg van zijn rechtspositie in: hij kan niet zonder zijn instemming worden overgeplaatst naar een ander gerecht op het grondgebied van de Staat.

De afdoening van een zaak wordt op grond van het uitgangspunt van de ‘wettelijke rechter’ geacht te geschieden door een rechter die is aangesteld bij het gerecht dat bevoegd is volgens de regels van absolute en relatieve competentieverdeling. In het Duitse rechtssysteem geldt als aanvullende eis dat afdoening van een zaak moet geschieden door de individuele rechter die is toebedeeld aan een specifieke kamer binnen het bevoegde gerecht.²⁸⁵

De rechter die aan een bepaald gerecht is toegewezen, oefent de rechtsprekende functie in beginsel slechts binnen dat gerecht uit. Als klassiek-rechtsstatelijk uitgangspunt voor de verdeling van rechtsmacht geldt dat de rechter die rechtsprekt in een ‘algemeen’ gerecht een ‘generalist’ is. Om die reden dient de rechter in een ‘algemeen’ gerecht zich bezig te houden met alle takken van rechtspraak die in dat gerecht vertegenwoordigd zijn. De ‘generalistische’ competentie van de rechter wordt gewaarborgd door middel van de (permanente) opleiding van rechterlijke ambtenaren en een systeem van roulatie van rechters binnen het gerecht waarbij zij zijn aangesteld. In elk van de onderzocht rechtssystemen een stelsel van ‘roulatie’ van rechters over de sectoren of kamers binnen het gerecht gecreëerd. In de Nederlandse rechterlijke organisatie berust het roulatiestelsel niet op een wettelijke basis, maar op intern beleid van de gerechten.²⁸⁶ De verdeling van zaken over kamers binnen een gerecht vindt op *ad hoc* basis plaats door het gerechtsbestuur.²⁸⁷ De Duitse rechterlijke organisatie kent een strikt systeem van toedeling van rechters aan rechtsprekende formaties binnen de gerechten. Per balansjaar wordt in het *Geschäftsverteilungsplan* de toedeling van individuele rechters aan specifieke kamers binnen het gerecht geregeld, een ‘rigiditeit’ van het systeem die begrepen kan worden in het licht van de geschiedenis.²⁸⁸ Het gerechtsbestuur bepaalt dan tevens hoe de verdeling van binnenkomende zaken over de kamers van het gerecht gerealiseerd zal worden.²⁸⁹ Het Franse systeem is minder strikt dan het Duitse. De toedeling van individuele rechters aan specifieke kamers binnen een gerecht moet aan het

²⁸⁴ Vgl. *supra*, par. 5.3, waar ook de relevante constitutionele bepalingen besproken zijn. Zie tevens Mak 2007b.

²⁸⁵ Vgl. in meer detail *infra*, deze paragraaf.

²⁸⁶ In het jaarverslag van de rechtbank Haarlem wordt bijvoorbeeld gesteld dat ‘rechters in principe om de vier jaar rouleren’. Zie Redactie Klokkenuider.nl, ‘Partijdigheid rechtbank Haarlem onderzocht. Getuigenverhoren ‘van de eeuw’: is rechtbank partijdig?’, 29 maart 2007, <http://www.klokkenuideronline.nl/artikel/402/partijdigheid-rechtbank-haarlem-onderzocht.html>.

²⁸⁷ Artikel 19 lid 1 juncto artikel 20 lid 1 RO. Dit systeem is bekritiseerd door Brenninkmeijer 2002.

²⁸⁸ Vgl. *supra*, hoofdstuk 3.

²⁸⁹ Artikel 21e *GV/G*. Vgl. Kuijer 2004, p. 187.

begin van ieder jaar door de president van het gerecht worden bepaald.²⁹⁰ Er bestaan echter geen wettelijke bepalingen ten aanzien van de verdeling van zaken over de kamers binnen de gerechten.

Elk van de drie systemen biedt een mogelijkheid van overplaatsing van rechters binnen het gerecht, via een informeel dan wel via een formeel systeem van 'roulatie'. Redenen voor overplaatsing kunnen zijn gelegen in het organisatiebelang of in de tijdige afhandeling van zaken.²⁹¹ Een wens tot overplaatsing om andere redenen is echter niet ondenkbaar. Die wens kan samenhangen met de houding van de rechter ten opzichte van bepaalde zaken, de inhoud van zijn uitspraken of met andere redenen. Ter bescherming van de rechterlijke onafhankelijkheid en partijdigheid geldt om die reden dat rechters slechts met hun eigen instemming kunnen worden overgeplaatst.²⁹² Ondanks deze waarborg komt het volgens bestuursleden van Nederlandse gerechten voor dat roulatie 'wordt ingezet als een verkapte sanctie voor moeilijk te corrigeren rechters'.²⁹³ In dat licht is de vervanging van het rechtsprekende college in de Chipshol-zaak aan de kaak gesteld. Door kritische belangstellenden wordt een 'politieke' grond vermoed achter de vervanging van de voorzitter van de meervoudige kamer, voor wie roulatie 'niet (diens) voorkeur had', en van de twee bijzitters, die op basis van het beleid van de rechtbank Haarlem nog niet voor roulatie in aanmerking kwamen.²⁹⁴

Niet alleen de uitwerking van het principe van 'generaliteit' van de rechter in het 'algemene' gerecht, maar ook het uitgangspunt op zichzelf is vanuit verschillende invalshoeken bekritiseerd. In het licht van het 'new public management'-paradigma is betoogd dat met de inzet van 'generalistische' rechters in het rechtssysteem in onvoldoende mate kan worden voldaan aan eisen van 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de rechtspraak.²⁹⁵ Mede in dat licht is de ontwikkeling van 'bijzondere' rechtspraak verklaard.²⁹⁶

Wij hebben gezien dat in de onderzochte rechtssystemen onder invloed van beginselen van 'new public management' naast 'algemene' gerechten ook 'bijzondere' gerechten zijn ingesteld, waar zaken worden afgedaan door 'gespecialiseerde' rechters. Het functioneren van een rechter in een 'bijzonder' gerecht impliceert het ontbreken van de mogelijkheid om als 'generalist' recht te spreken. Vanwege de bijzondere competentiesfeer van het gerecht is de rechter in het 'bijzondere' gerecht per definitie een 'specialist'. Hieruit vloeien bepaalde implicaties voort betreffende de bescherming van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en beginselen uit het 'new public management'-paradigma.²⁹⁷

²⁹⁰ Artikel R311-23 *COJ*. Vgl. Renoux 1993, pp. 57-58.

²⁹¹ Langbroek & Fabri 2006, p. 16.

²⁹² Langbroek & Fabri 2006, p. 17.

²⁹³ Boone et al 2007, p. 180.

²⁹⁴ Redactie Klokkenuider.nl, 'Partijdigheid rechtbank Haarlem onderzocht. Getuigenverhooren 'van de eeuw': is rechtbank partijdig?', 29 maart 2007, <http://www.klokkenuideronline.nl/artikel/402/partijdigheid-rechtbank-haarlem-onderzocht.html>, geraadpleegd op 7 augustus 2007.

²⁹⁵ Vgl. *supra*, par. 6.1.1.

²⁹⁶ Zie *supra*, par. 6.2.1.

²⁹⁷ Zie *infra*, par. 6.3.

In het bijzonder in het licht van de tendens van ‘specialisatie’ in de rechterlijke organisatie wordt door de normsteller voor de rechterlijke organisatie steeds vaker gekozen voor mobiele inzetbaarheid van de rechter, die daarmee een ‘reizende rechter’ wordt.

De mobiele inzetbaarheid van de ‘reizende rechter’

In het licht van het algemene uitgangspunt van ‘specialisatie’ binnen de rechterlijke organisatie dient zich de vraag aan naar de meest ‘efficiënte’ inzet van rechters binnen dit systeem. Daaronder valt de vraag naar de mogelijkheid van inzet van rechters in verschillende ressorten. Uitgaande van de algemene competentie van de gerechten van eerste aanleg worden rechters van oudsher geacht ‘generalist’ te zijn.²⁹⁸ Zij moeten van alle markten thuis zijn, dat wil zeggen op alle rechtsgebieden uitspraken kunnen doen. Nu de wetgeving steeds complexer wordt, vooral op bepaalde deelgebieden van het recht, gaat dit uitgangspunt steeds meer wringen met de eis van afdoening van zaken door een deskundige rechter. Een manier om die mate van expertise te verzekeren is door middel van het toedelen van bijzondere competenties aan specifieke gerechten of rechters. Vanuit het ‘new public management’-paradigma wordt afdoening van complexe zaken die zich slechts mondjesmaat voordoen door een gespecialiseerd college als een wenselijker organisatievorm gezien dan spreiding van die zaken over alle gerechten op het grondgebied. Met een dergelijke ontwikkeling zou bovendien worden aangesloten bij ontwikkelingen in de advocatuur en binnen het openbaar ministerie.²⁹⁹

De invoering van maatregelen ter vergroting van de flexibiliteit van de inzet van rechters is reeds aangevangen. In het Nederlandse rechtssysteem is een mogelijkheid voor flexibele inzet van rechters gecreëerd met de mogelijkheid voor rechters om als plaatsvervanger op te treden in alle gerechten van gelijke rang op het grondgebied van de Staat.³⁰⁰ Daarnaast wordt gepleit voor instelling van een ‘flexpool’ van rechters en gerechtssecretarissen.³⁰¹

Als tussenconclusie kan gelden dat de verdeling van rechtsmacht onderhevig is aan verschillende uitgangspunten die voortvloeien uit de twee paradigma’s voor de rechterlijke organisatie. In het klassiek-rechtsstatelijke paradigma vindt de verdeling van rechtsmacht plaats volgens een aantal grondbeginselen, die slechts summier uitwerkingseisen in zich dragen. Het beginsel van ‘territorialiteit’ en zijn uitvloeisels ‘bereikbaarheid’ en ‘generaliteit’ beheersen zowel de verdeling van zaken als de toedeling van rechters. Met betrekking tot de verdeling van zaken geldt een grondbeginsel van ‘algemeenheid’ van de competentie van gerechten. Zaken worden over de ‘algemene’ gerechten verdeeld op basis van het ‘territoriale’ aspect, waarbij de ‘bereikbaarheid’ van het gerecht voor de justitiabele voorop staat. Bij de toedeling van rechters wordt uitgegaan van een ‘generalistische’ rechter die zich slechts van mederechters onderscheidt door de

²⁹⁸ Cf. *supra*, par. 6.2.1.

²⁹⁹ Vgl. Hofhuis 2004, p. 470. Vgl. ook de voorkeur van voormalig procureur-generaal Dato Steenhuis voor de oprichting van ‘specialistische rechtbanken op de plekken waar het OM een functioneel parket heeft gevestigd’; zie Oranje 2006b. Zie tevens *infra*, par. 6.3.

³⁰⁰ Artikelen 40 lid 2 en 58 lid 2 RO.

³⁰¹ Keijzer, Radder & De Geus 2006, p. 5.

vorm waarin hij, krachtens wettelijke normering, zijn competentie uitoefent: *unus iudex* of meervoudige kamer, eerste aanleg of hoger beroep. De rechter heeft een vaste standplaats, waardoor hij 'bereikbaar' is. Achterliggende reden voor deze uitwerkingen van het beginsel van 'territorialiteit' zijn de rechtsstatelijke beginselen van 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' van de rechter, in samenhang met de uitgangspunten van rechtseenheid en rechtsgelijkheid.

Met de opkomst van het 'new public management'-paradigma en de daarmee gepaard gaande constitutionalisering van 'nieuwe' beginselen voor de rechterlijke organisatie is een nieuw pad geopend voor de verdeling van rechtsmacht in de 'rechtsstaat'. 'Functionaliteit' komt voorop te staan bij de verdeling van zaken over gerechten en bij de toedeling van rechters aan gerechten. Bij de verdeling van zaken wordt getracht optimale 'effectiviteit' en 'efficiëntie' te bereiken via specialisatie en concentratie van rechtspraak. De toedeling van rechters spitst zich vanuit vergelijkbare overwegingen toe op de mogelijkheden tot flexibeler inzet van rechters in de gerechten op het grondgebied van de Staat. De invloed van het nieuwe scala van beginselen zal nu worden geïnventariseerd in een confrontatie van de twee typen van beginselen voor de rechterlijke organisatie.

6.3 Een confrontatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen: transparantie, effectiviteit en efficiëntie met respect van de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Ook in het geval van de verdeling van rechtsmacht valt de verhouding tussen het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en het 'new public management'-paradigma uiteen in drie componenten.³⁰² De beginselen van 'specialisatie' enerzijds en 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' van de rechter anderzijds kunnen elkaar op positieve wijze beïnvloeden. Een constitutionele mogelijkheid tot optimalisering van het recht betreffende de rechterlijke organisatie is gelegen in de wijze waarop de paradigma's elkaar aanvullen (6.3.1) en versterken (6.3.2). Het constitutionele kader stelt echter een grens waar de twee paradigma's met elkaar in botsing komen, dat wil zeggen: waar 'specialisatie' afbreuk doet aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter (6.3.3).

6.3.1 Aanvulling: onafhankelijkheid, onpartijdigheid én transparantie, effectiviteit en efficiëntie

In algemene zin vullen de beginselen van 'territorialiteit' en 'functionaliteit' elkaar aan in het kader van de verdeling van rechtsmacht. Die verhouding tussen 'territorialiteit' en 'functionaliteit' wordt in het bijzonder op het organisatorische niveau van 'specialisatie'³⁰³ duidelijk. Bij de verdeling van rechtsmacht komt 'specialisatie' tot uitdrukking in de functionele verdeling van rechtsprekende bevoegdheden over gerechten en rechters.

³⁰² Vgl. met betrekking tot de afbakening van het rechterlijke domein *supra*, par. 4.2.3 en par. 4.3.3 en met betrekking tot het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie *supra*, par. 5.3.

³⁰³ Over de verschillende aspecten van 'specialisatie', zie *supra*, par. 6.1.1.

Voorbeelden betreffen de bijzondere competenties van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam, van de *conseils de prud'hommes* in Frankrijk of van het *Patentgerichtshof* in Duitsland. De territoriale verdeling van rechtsmacht hangt nauw samen met die functionele verdeling.

Indien sprake is van een groot aantal zaken waarvoor beheersing van een algemeen kennisniveau volstaat, zal spreiding van zaken over alle gewone gerechten van eerste aanleg de meest voor de hand liggende keuze zijn. Als voorbeeld geldt de algemene rechtspraak in civiele zaken, die in elk van de onderzochte rechtssystemen aan algemene gerechten van eerste aanleg is opgedragen.

In geval van 'gespecialiseerde' rechtspraak zal vaak een minder groot aantal gerechten over rechtsprekende bevoegdheden beschikken op het rechtsgebied in kwestie dan in geval van 'generalistische' rechtspraak. Zo is op het gebied van de rechtspraak in specifieke ondernemingsrechtelijke zaken in Nederland slechts de Ondernemingskamer bevoegd, terwijl andere civiele zaken in eerste aanleg bij een van negentien rechtbanken dienen. De competentie van het Duitse gerecht voor intellectuele eigendomszaken staat naast de algemene competentie in civiele zaken van de *Amtsgerichte*. Specialistische kennis wordt op deze wijze geconcentreerd bij een gerecht voor het hele grondgebied van de Staat. De keuze voor specialisatie zal vooral wenselijk zijn met betrekking tot de afdoening van zaken die slechts sporadisch voorkomen en die een grotere mate van deskundigheid van de rechter vereisen. Het geconcentreerde gerecht kan de weinig voorkomende zaken snel en vakkundig afdoen en tegelijkertijd (meer) expertise opbouwen.

Een samenloop van 'territorialiteit' en 'functionaliteit' doet zich bijvoorbeeld voor wat betreft de rechtspraak in eenvoudige civiele zaken, die tot de bevoegdheid van een kantonrechter of arbeidsrechter worden gerekend. De realisatie van geografische nabijheid wordt hier gecombineerd met functionele specialisatie ten aanzien van de inhoudelijke competentie van de rechter. Samenloop van beginselen uit de twee paradigma's is in dit geval mogelijk omdat (i) sprake is van een groot aantal zaken dat liefst 'in de buurt' wordt afgedaan, maar (ii) een bijzondere expertise (of liever 'praktische kennis'³⁰⁴) van de rechter wordt gevraagd ten behoeve van de afdoening van die zaken. Op die grond bestaan bij de negentien rechtbanken in Nederland (verplicht ingestelde) sectoren voor kantonrechtspraak³⁰⁵, die doorgaans tevens zitting houden in de nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen van de gerechten.³⁰⁶ Een vergelijkbare redenering gaat op voor de 271 *conseils de prud'hommes* in Frankrijk, een aantal dat valt tussen de 181 *tribunaux de*

³⁰⁴ Vgl. Loth & Gaakeer 2005, p. 44.

³⁰⁵ Artikel 47 RO. Over de voorstellen tot opheffing van de verplichting tot instelling van een sector kanton, zie *supra*, par. 6.2.1.

³⁰⁶ Op die manier wordt de nabijheid van de voormalige 63 kantongerechten in stand gehouden. Vgl. Werkgroep BOK 2006, pp. 24-27 over de toegankelijkheid van de kantonrechtspraak.

grande instance en de 473 *tribunaux d'instance* en de in hun rechtsgebied ressorterende *juridictions de proximité*.³⁰⁷

Een 'aanvullende' werking van beginselen ter legitimering van de verdeling van rechtsmacht doet zich dus in verschillende vormen voor. Indien uit het oogpunt van 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' geen wens of tot noodzaak tot 'gespecialiseerde' rechtspraak bestaat, vindt in beginsel verdeling van rechtsmacht op basis van 'territorialiteit' plaats. Indien 'specialisatie' gewenst of noodzakelijk is voor een 'transparante', 'effectieve' en 'efficiënte' rechtspleging, bestaan twee opties. In geval territoriale 'nabijheid' van de rechtspraak een ondergeschikte rol in de afweging speelt, kan voor concentratie van rechtspraak worden gekozen. Indien de wens van territoriale 'nabijheid' samenloopt met de wens van 'specialisatie' (zoals in het geval van de kantonrechtspraak), kan een oplossing worden gevonden in de instelling van meerdere 'bijzondere' gerechten van een bepaalde soort.

Een andere manier om het aspect van 'nabijheid' van de rechtspraak wat betreft de reisafstand voor de justitiabele te blijven garanderen terwijl de 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de rechtspleging worden vergroot, is via de 'geografische scheiding van voorbereiding en het horen van een zaak'.³⁰⁸ In dat geval blijft het klassiek-rechtsstatelijke beginsel van 'nabijheid' van de rechtspraak op dezelfde wijze als voorheen gewaarborgd. Tegelijkertijd wordt een aanvullende grond voor de legitimiteit van de rechtspraak gecreëerd door de vergroting van de 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de behandeling van zaken. Vooruitlopend op de analyse in paragraaf 6.3.3 kan hier reeds worden opgemerkt dat een botsing van beginselen in dit geval niet is uitgesloten. Een botsing tussen klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen kan zich voordoen wat betreft de onpartijdigheid van de rechter: in het licht van de mogelijkheid van een formeel andere bevoegde rechter dan in de praktijk rijst de vraag of de rechter die de zaak hoort ook de 'wettelijke' rechter is. Wat betreft de 'transparantie' van de rechterlijke organisatie kan onduidelijker worden welke rechter bevoegd is de zaak te behandelen.³⁰⁹

Meer legitimiteit van de rechtspraak op grond van 'new public management'-beginselen kan tot slot worden gerealiseerd door 'gespecialiseerde' kennis binnen de rechterlijke macht te concentreren op plaatsen waar ook in de 'omgeving' (openbaar ministerie, rechtshulp)³¹⁰ 'gespecialiseerde' kennis aanwezig is. Die optie is in het Nederlandse debat naar voren gebracht door voormalig procureur-generaal Dato Steenhuis. Volgens hem 'zou het (...) goed zijn als er specialistische rechtbanken komen op de plekken waar het OM een functioneel parket heeft gevestigd'.³¹¹ Wat betreft de klassiek-rechtsstatelijke beginselen van 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' levert een dergelijke wijziging van de verdeling van rechtsmacht geen direct voordeel op. De uitwerking

³⁰⁷ De cijfers zijn te vinden bij Vincent et al 2001, p. 338. Zie tevens <http://www.justice.gouv.fr>.

³⁰⁸ Langbroek & Fabri 2004, p. 19.

³⁰⁹ Over deze mogelijke botsingen van beginselen, zie *infra*, par. 6.3.3.

³¹⁰ Hol & Loth 2002, p. 488. Vgl. *supra*, par. 6.1.1.

³¹¹ Oranje 2006b.

van het voorstel van Steenhuis leidt echter tot een betere uitwerking van ‘new public management’-beginselen. De organisatie van de rechtspraak wordt ‘transpanter’ indien specialisatie bij de gerechten en bij het openbaar ministerie gelijke tred houdt. Ook de ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechtspraak zijn gediend met een dergelijke synchronisatie. De gespecialiseerde rechter is in staat om op adequate wijze te reageren op de handelingen van het functionele parket. In die zin is sprake van een aanvullende werking ten aanzien van de beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma.

Er kunnen dus meerdere wijzen worden onderscheiden waarop de beginselen van ‘territorialiteit’ en ‘functionaliteit’ elkaar aanvullen. In andere gevallen gaat de interactie een stap verder en is sprake van een ‘versterkende’ werking van beginselen uit de twee paradigma’s voor de rechterlijke organisatie.

6.3.2 *Versterking: onafhankelijkheid en onpartijdigheid door transparantie, effectiviteit en efficiëntie en vice versa*

De legitimiteit van de verdeling van rechtsmacht berust in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma op het beginsel van ‘territorialiteit’. De verdeling van zaken over gerechten en de toedeling van rechters aan gerechten vindt plaats in het licht van de implicaties van dit beginsel in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie. In de hedendaagse context kan een versterking van de gronden voor de legitimiteit van de verdeling van rechtsmacht worden gevonden in de uitgangspunten van het ‘new public management’-paradigma, die aanleiding geven tot een ‘functionele’ benadering van de verdeling van rechtsmacht. Van een versterkte legitimiteit van de rechterlijke organisatie in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland is sprake in het geval van rechterlijke rechtseenheidsvoorzieningen³¹² en in het geval van invoering van oplossingen voor de afdoening van competentiegeschillen.

- VERSTERKTE LEGITIMITEIT IN HET GEVAL VAN RECHTSEENHEIDSVORZIENINGEN

Een belangrijk voorbeeld van wederzijdse versterking van de twee paradigma’s in het kader van de verdeling van rechtsmacht is te vinden op het gebied van de rechtseenheidsvoorzieningen.³¹³ Een probleem dat samenhangt met de verdeling van rechtspraak over meerdere institutionele kolommen met elk een eigen hoogste rechter betreft dat van uiteenlopende lijnen van jurisprudentie. De mogelijkheid is niet denkbeeldig dat de verschillende hoogste rechters geroepen worden om zich uit te spreken over inhoudelijk gelijke of vergelijkbare rechtsvragen. De rechtseenheid is bijvoorbeeld in het Franse rechtssysteem onder druk komen te staan wat betreft de behandeling van bepaalde zaken op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht. Op basis van de wettelijke competentieverdeling tussen de ‘gewone’ gerechten en de administratieve gerechten worden vergelijkbare rechtsvragen in het ene geval afgedaan in de gerechten van de ‘*ordre judiciaire*’, en in het andere geval in de gerechten van de ‘*ordre administratif*’. Dit wordt bijvoorbeeld duidelijk op het gebied van het medische aansprakelijkheidsrecht. Op dat gebied is in Frankrijk de competentieverdeling gelieerd aan de aard van de be-

³¹² Met inachtneming van de kanttekeningen *supra*, par. 5.3.3.

³¹³ Vgl. *supra*, par. 6.2.1.

trokken rechtssubjecten: claims tegen overheidsziekenhuizen worden door de bestuursrechter afgedaan, claims tegen privéklinieken door de burgerlijke rechter. Hierdoor ontstaat de mogelijkheid dat een vergelijkbare rechtsvraag wordt voorgelegd aan verschillende soorten gerechten.³¹⁴ Als gevolg van die regeling is een verschillende jurisprudentie ontstaan betreffende bijvoorbeeld de rechtspraak ten aanzien van ‘*wrongful birth*’- en ‘*wrongful life*’-claims.³¹⁵ Problemen wat betreft de garantie van rechtseenheid doen zich ook voor in geval van bijzondere gerechten die in eerste en enige aanleg rechtspreken. In dat verband is bijvoorbeeld kritiek gerezen op de rechtspraak door de Ondernemingskamer in het Nederlandse rechtssysteem, waarvan de uitspraken door critici als ‘onvoorspelbaar’ zijn bestempeld.³¹⁶ De spreiding van de geschilbeslechting over meerdere institutionele kolommen draagt aldus het gevaar in zich dat afbreuk wordt gedaan aan de rechtseenheid in een rechtssysteem, en daarmee aan de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid. Het recht wordt door de verschillende rechters in sommige gevallen niet (meer) eenduidig geïnterpreteerd, waardoor de rechtseenheid verloren gaat. Bovendien worden gelijke gevallen niet meer op gelijke wijze behandeld, hetgeen een inbreuk oplevert op het beginsel (en grondrecht³¹⁷) van de gelijkheid voor de wet. Tot slot wordt de rechtszekerheid hiermee geweld aangedaan, doordat het voor de justitiabelen niet meer zonder omhaal is vast te stellen wat ‘recht’ is in hun concrete geval.

Soms komt harmonisatie van jurisprudentie spontaan tot stand, doordat een van de hoogste rechtscolleges besluit zich te schikken in de lijn van jurisprudentie die door een andere hoogste rechter is gevormd. Een voorbeeld uit het Franse rechtssysteem betreft de rechtsvorming inzake de doorwerking van bepalingen van internationaal recht en in dat verband de uitleg van artikel 55 van de *Constitution* van 1958. De verschillende rechters verschilden aanvankelijk van mening over de vraag of de voorrang van het internationale recht op het nationale recht zich beperkte tot nationale wetten die reeds geldend recht waren voorafgaand aan de inwerkingtreding van de bepalingen van internationaal recht, of dat de voorrang mede betrekking had op wetten van later datum dan het betrokken verdragsrecht. De *Conseil constitutionnel* heeft in een uitspraak uit 1975 bepaald dat de voorrang van het verdragenrecht zich uitstrekt tot alle nationale wettelijke bepalingen, ongeacht de datum van hun inwerkingtreding.³¹⁸ De hoogste rechter van de gewone rechterlijke macht, de *Cour de cassation*, heeft deze ruime strekking van artikel

³¹⁴ Over de afbakening van de competenties van de burgerlijke rechter en de administratieve rechter op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht in het Franse rechtssysteem, zie Morand-Deville 2001, pp. 727 e.v.

³¹⁵ Toewijzing van een ‘*wrongful life*’-vordering door de *Cour de cassation* in het arrest *Perruche* (CCass, 17 november 2000, nr. 99-13.701, Dalloz 2000 I.R. p. 295), tegenover stelselmatige afwijzing van dergelijke claims door de *Conseil d’État*; vgl. de conclusie van Advocaat-Generaal Sainte-Rose in de zaak-Perruche. Met betrekking tot de beslissing in de Perruche-zaak en de naar aanleiding van die beslissing ingevoerde ‘anti-Perruche’-wetgeving, zie tevens EHRM, 6 oktober 2005, nr. 1513/03 (*Draon tegen Frankrijk*) en EHRM, 6 oktober 2005, nr. 11810/03 (*Maurice tegen Frankrijk*), NJ 2006, 464 m.n. P.J. Boon.

³¹⁶ Jorritsma & Mat 2007.

³¹⁷ Nederland: artikel 1 Gw. Frankrijk: artikel 1 *DDHC*. Duitsland: artikel 3 *GG*.

³¹⁸ CC, beslissing nr. 74-54 DC van 15 januari 1975, *Rec.* p. 19 (*Interruption volontaire de grossesse*).

55 van de *Constitution* korte tijd later overgenomen.³¹⁹ De *Conseil d'État* heeft echter tot 1989 een andere lijn gevolgd, door te bepalen dat het verdragsrecht slechts vooringang op voorafgaande wettelijke bepalingen.³²⁰ De omslag kwam met het arrest *Nicolo*, dat een voorbeeld vormt van 'spontane harmonisatie' van jurisprudentie.

Indien geen spontane harmonisatie in het vooruitzicht is, of deze te lang op zich laat wachten, ligt een oplossing voor het probleem van de uiteenlopende jurisprudenties in de instelling van een rechtseenheidsvoorziening. De legitimiteit van de rechtspraak wordt in het geval van de rechtseenheidsvoorzieningen door middel van beginselen uit de twee paradigma's van twee kanten onderbouwd. De garantie van rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid is in de eerste plaats verbonden met het klassiek-rechtsstatelijke paradigma. Wat betreft de verdeling van rechtsmacht geeft in het bijzonder het uitgangspunt van rechtspraak door de 'wettelijke rechter' een waarborg ter garantie van de bedoelde beginselen. In de tweede plaats worden door middel van instelling van een rechtseenheidsvoorziening de beginselen van 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de rechtspraak verwezenlijkt. Consistente rechtspraak bevordert een snellere en minder foutgevoelige rechtspraak en is noodzakelijk voor het behoud van het publieke vertrouwen. Op deze wijze is sprake van een wederzijdse versterking van beginselen uit de twee paradigma's. De garantie voor de burger van behandeling van zijn zaak voor dezelfde rechter, in dezelfde vorm en volgens dezelfde procedure als in vergelijkbare gevallen vormt niet alleen een garantie voor 'onafhankelijke' en 'onpartijdige' rechtspraak, maar draagt tevens bij aan de 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de rechtspleging. De garantie van consistente en snelle rechtspraak verzekert een 'transparante', 'effectieve' en 'efficiënte' afdoening van zaken, maar vormt tevens een waarborg voor 'onafhankelijke' en 'onpartijdige' rechtspraak. Als kanttkening gelden de risico's ten aanzien van de 'functionele' en 'feitelijke' onafhankelijkheid van de rechter, die met de invoering van rechtseenheidsvoorzieningen reëler worden.³²¹

De problematiek van de rechtseenheidsvoorzieningen hangt nauw samen met de behandeling van competentiegeschillen. Ook dit vraagstuk is een uitvloeisel van de keuze voor 'specialisatie' bij de verdeling van rechtsmacht. Ook in dit geval is sprake van een wederzijdse versterking van beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en uit het 'new public management'-paradigma.

- VERSTERKTE LEGITIMITEIT IN HET GEVAL VAN DE BEHANDELING VAN COMPETENTIE-
GESCHILLEN

De keuze voor 'specialisatie' is van invloed op de complexiteit van de behandeling van competentiegeschillen. Dergelijke geschillen betreffen de vraag naar het bevoegde rechtsprekende college voor de afdoening van een gerezen zaak. Het kan gaan om de vraag binnen welke kolom van gerechten of binnen welke kamer of sector van een gerecht de zaak behandeld moet worden. Vanuit doeltreffendheids- en doelmatigheids-

³¹⁹ *CCass*, 24 mei 1975, *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre Mixte* nr. 4, p. 6 (*Sté Cafés Jacques Vabre*).

³²⁰ De omslag kwam in het arrest *CE Ass*, 20 oktober 1989, *Rec.* p. 190 (*Nicolo*).

³²¹ Daarover *supra*, par. 5.3.3.

overwegingen uit het ‘new public management’-paradigma bestaat een belang om zo snel mogelijk de juiste soort rechter op een zaak te hebben. Vanuit het klassiek-rechtsstatelijke perspectief staat de ‘onafhankelijkheid’ van de rechter voorop.

De invoering van een mechanisme voor de beslechting van competentiegeschillen draagt bij aan de realisatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de rechterlijke organisatie: de rechtseenheid, en daarmee de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid worden gewaarborgd indien gelijksoortige geschillen voor dezelfde rechter en volgens dezelfde procedure worden afgedaan. De instelling van een mechanisme ter afdoening van competentiegeschillen maakt het mogelijk om de toewijzing van zaken aan de ‘juiste’ rechter te waarborgen. Op basis van ‘new public management’-beginselen wordt de legitimiteit van het bestaan van dergelijke mechanismen versterkt: de instelling van een mechanisme voor de beslechting van competentiegeschillen draagt (afhankelijk van het gekozen mechanisme in meer of mindere mate) bij aan een ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ rechtspleging. Met de afdoening van zaken door de ‘meest competente’ rechter, dat wil zeggen: de rechter die het meest vertrouwd is met zaken op het bedoelde rechtsgebied, wordt een waarborg gecreëerd voor een juridisch-technische correcte en snelle afdoening van die zaken.

Hiermee is duidelijk geworden op welke punten beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en uit het ‘new public management’-paradigma elkaar positief beïnvloeden in het kader van de regulering betreffende de verdeling van rechtsmacht. De interactie tussen de twee paradigma’s kan resulteren in een aanvulling of een versterking van gronden voor de legitimiteit van de rechtspraak in de ‘rechtsstaat’. Naast deze positieve interactie moet echter een domein van negatieve interactie tussen de twee paradigma’s worden onderkend. Wij zullen nu bekijken in welke gevallen sprake is van een botsing tussen beginselen uit de twee paradigma’s voor de rechterlijke organisatie en hoe in die gevallen de grenzen van het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie eruit zien.

6.3.3 *Botsing en grens: de bescherming van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter*

De bestaande basis van het constitutionele kader wordt gevormd door beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma. De ondergrens van beginselen uit dit paradigma geeft aan in hoeverre beginselen uit het ‘new public management’-paradigma gerealiseerd kunnen worden in de rechterlijke organisatie. Die normering is gestoeld op de eis van vrije oordeelsvorming door de rechter in het concrete geval, een vereiste dat wordt getoetst aan de maatstaven van de schijn van afhankelijkheid en van partijdigheid. Behalve de vereisten met betrekking tot de inhoudelijke functie-uitoefening, geldt wat betreft de verdeling van rechtsmacht de territoriale bereikbaarheid van de rechter als uitgangspunt voor de beoordeling van maatregelen van ‘specialisatie’. De uiteenzetting van oplossingen voor de verdeling van rechtsmacht op grond van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en op grond van het ‘new public management’-paradigma leidt ons tot de stelling dat de ondergrens voor de territoriale verdeling van rechtsmacht wordt gevormd door de waarborg van rechtspraak door de ‘wettelijke rechter’. Ener-

zijds is sprake van een grens aan ‘specialisatie’ bij de verdeling van zaken. Anderzijds zijn de mogelijkheden tot ‘specialisatie’ begrensd in het kader van de toedeling van rechters.

- EEN GRENS AAN ‘SPECIALISATIE’ BIJ DE VERDELING VAN ZAKEN

De vaststelling van de grens aan ‘specialisatie’ bij de verdeling van zaken kan geschieden door middel van een analyse van recente ontwikkelingen van verdergaande ‘specialisatie’ van de verdeling van rechtsmacht in de voor het onderzoek geselecteerde rechtssystemen.³²² Overwegingen in dit verband spelen zich af op het inhoudelijke niveau van de functie-uitoefening door nieuw ingestelde vormen van bijzondere rechtspraak en op het institutionele niveau van de verdeling van zaken over bestaande gerechten op basis van het beginsel van ‘functionaliteit’. Enerzijds vindt een begrenzing plaats in geval van ‘specialisatie’ door de instelling van bijzondere gerechten, anderzijds is sprake van een grens aan ‘specialisatie’ in verband met de verdeling van zaken over de bestaande gerechten op het grondgebied van de Staat.

Een grens aan de instelling van ‘bijzondere’ gerechten

Wat betreft de inhoudelijke kant van de instelling van bijzondere gerechten geldt dat de creatie van een te groot aantal bijzondere gerechten problemen kan opleveren met betrekking tot de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Allereerst ontstaat het risico van een uitholling van de jurisprudentie van de gewone gerechten. Zij zullen niet meer in de gelegenheid zijn om zich uit te spreken over gecompliceerde zaken die betrekking hebben op nog niet uitgekristalliseerde rechtsvragen.³²³ Bij gebrek aan mogelijkheden tot tegenspraak, kan bovendien vanuit de bijzondere rechtspraak een negatieve invloed op de rechtsontwikkeling worden verwacht. Rechtseenheid en ‘kruisbestuiving’ tussen gerechten kunnen juist worden bereikt door middel van ‘deconcentratie’, zoals in het Nederlandse rechtssysteem is gerealiseerd met de onderbrenging van de belastingrechtspraak en de niet-fiscale bestuursrechtspraak bij de rechtbanken.³²⁴ Ook rijst met de invoering van bijzondere rechtspraak het gevaar dat afzonderlijke bijzondere gerechten een te grote invloed krijgen binnen de rechterlijke organisatie.³²⁵ In het Nederlandse rechtssysteem wordt in het bijzonder de Ondernemingskamer geregeld bekritiseerd vanwege de soms eigenzinnige uitspraken.³²⁶

³²² Met betrekking tot de drie onderzochte rechtssystemen zijn de ontwikkelingen in Nederland op dit punt het verst voortgeschreden. Vgl. *supra*, Inleiding. De meeste voorbeelden in de nu volgende analyse zijn om die reden uit het Nederlandse rechtssysteem afkomstig.

³²³ Vgl. CEELI 1996.

³²⁴ Buruma 2006, pp. 17-18. Vgl. Van Suilen 2006.

³²⁵ CEELI 1996.

³²⁶ Vgl. recentelijk de ophief over de rechtspraak betreffende de verkoop van LaSalle door ABN Amro. De Ondernemingskamer besliste dat de verkoop niet kon plaatsvinden zonder toestemming van de aandeelhouders van ABN Amro, die beslissing werd teruggedraaid door de Hoge Raad. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer), 3 mei 2007, rekestnr. 451/2007, LJN BA4395 en HR, 13 juli 2007, LJN BA7970, BA7971 en BA7972. Andere voorbeelden zijn te vinden bij Buruma 2006, p. 18.

In geval van concentratie van rechtspraak kunnen daarnaast problemen rijzen betreffende de waarborg van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter en betreffende de toegang tot de rechter. Wat betreft het eerste punt ligt een gevaar in de kleinschaligheid van de gespecialiseerde functie-uitoefening van de rechter. In Nederland zijn in dit verband wrakingsverzoeken toegewezen in de Clickfondszaken. De inrichting van een speciale strafkamer voor de afhandeling van alle zaken betreffende deze beursfraude-affaire werd als een gevaar voor de (schijn van) rechterlijke onpartijdigheid gezien, vanwege de risico's die geacht worden samen te hangen met de bevoegdheid van een klein aantal rechters om uitspraken te doen in aanverwante zaken.³²⁷

Verschillende oplossingen kunnen worden ingevoerd met het oog op de neutralisering van deze nadelen. Door toewijzing van twee of meer bijzondere competenties aan een bijzonder gerecht kan bijvoorbeeld worden voorkomen dat een gerecht een te eenzijdige taakin-vulling krijgt. Ook neemt dan het risico af dat het gerecht te gevoelig wordt voor invloeden van buitenaf, een risico dat op de loer ligt indien slechts omgang plaatsvindt met een kleine groep van gespecialiseerde advocaten.³²⁸

Vanuit het perspectief van de burger dient, tot slot, een grens te worden gesteld aan de mogelijkheden tot *forumshopping* en *judgeshopping*. De beginselen van rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid staan eraan in de weg dat zaken worden voorgelegd aan een bewust gekozen gerecht of rechter op basis van de lijn van jurisprudentie.³²⁹ De wetgever kan grenzen stellen aan *forumshopping* en *judgeshopping* door ervoor te zorgen dat de rechters van een bijzonder gerecht over een exclusieve bevoegdheid beschikken. Overlapping van bevoegdheden met andere (bijzondere of gewone) gerechten moet voorzover mogelijk worden voorkomen. De bevoegdheid van het gerecht moet daartoe aldus worden omschreven dat het niet mogelijk is om de bijzondere juridische vraagstukken te incorporeren in een breder opgezette zaak waarvan de overige aspecten in de bevoegdheids-sfeer van andere gerechten vallen.³³⁰ Een andere mogelijkheid is om de rechter in het bijzondere gerecht bevoegd te maken een zaak in zijn geheel af te doen, ook als deze aspecten omvat die niet tot de bijzondere competentie van het gerecht horen. Dit brengt tevens het voordeel met zich mee van de mogelijkheid tot kruisbestuiving tussen verschillende rechtsgebieden.³³¹ Indien het niet mogelijk is via een van deze wegen de gevaren van *forumshopping* uit te sluiten, dan komt de keuze voor instelling van een bijzonder gerecht in botsing met uitgangspunten van klassieke rechtsstatelijkheid.

Klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie omkaderen aldus de uitwerking van 'new public management'-uitgangspunten die een vergroting van de 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de rechterlijke organisatie beo-

³²⁷ Buruma 2006, p. 17; vgl. Ter Voert & Kuppens 2002, p. 29. Over de Clickfondszaken, zie tevens *supra*, par. 6.2.2.

³²⁸ CEELI 1996.

³²⁹ Vgl. *supra*, par. 6.2.1.

³³⁰ Vgl. CEELI 1996.

³³¹ CEELI 1996.

gen. Een begrenzing kan ook worden onderkend ten aanzien van de verdeling van zaken op basis van het beginsel van ‘functionaliteit’.

Een grens aan de ‘functionele’ verdeling van zaken

Een tweede ontwikkeling waarbij wordt afgeweken van het klassiek-rechtsstatelijke beginsel van ‘territorialiteit’ betreft – meer in het algemeen – de wijziging van de verdeling van zaken over de bestaande gerechten in de Staat op basis van het beginsel van ‘functionaliteit’. De gewijzigde verdeling van zaken kan de vorm krijgen van rechtspraak bij bijzondere gerechten, maar kan ook worden gerealiseerd door middel van een verschuiving van de zaaklast van een overbelast gerecht naar een minder zwaar belast gerecht op het grondgebied van de Staat.

Beginselen uit het ‘new public management’-paradigma die in dit verband ten grondslag liggen aan de overweging van de normsteller voor de rechterlijke organisatie, betreffen de ‘transparantie’, de ‘effectiviteit’ en de ‘efficiëntie’ van de rechtspleging. ‘Functionaliteit’ in de vorm van ‘specialisatie’ roept dan een interne spanning op in het ‘new public management’-paradigma. De instelling van bijzondere gerechten en de keuze voor concentratie van rechtspraak zijn gericht op de vergroting van de ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de verdeling van rechtsmacht. De competentieverdeling wordt op deze manier echter complexer en daarmee minder ‘transparant’. ‘Transparantie’ kan juist worden gerealiseerd door middel van een territoriaal bepaalde algemene competentie: voor de justitiabele is op grond van de regels voor de territoriale verdeling van rechtsmacht helder waar ‘zijn’ rechter zich bevindt en wie die rechter is. Territoriale toedeling van algemene competenties is ‘transparanter’ dan vergaande specialisatie op basis van ‘functionaliteit’, maar is in bepaalde gevallen minder ‘effectief’ en ‘efficiënt’ dan functionele verdeling van rechtsmacht. Omgekeerd is een functionele verdeling van competenties op basis van het uitgangspunt van ‘specialisatie’ ‘effectiever’ en ‘efficiënter’, maar minder ‘transparant’ dan de territoriale verdeling van rechtsmacht. De normsteller voor de rechterlijke organisatie moet hier een afweging maken die niet zozeer berust op juridische uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie, maar op een analyse van de in ‘economisch’ opzicht meest gunstige maatregel.

Vanuit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma ligt de nadruk op de geografische nabijheid van de rechtspraak en op de waarborg van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Met de overheveling van zaken naar andere gerechten op het grondgebied van de Staat wordt wellicht niet meer voldaan aan de eisen met betrekking tot de geografische nabijheid tot het gerecht. Reistijden kunnen langer worden. Problematischer is dat met de overheveling van zaken naar een ander gerecht in afwijking van de normale regels voor competentieverdeling een risico ontstaat van inbreuk op het beginsel van rechtspraak door de ‘wettelijke rechter’. Op het institutionele niveau van de rechterlijke organisatie dient daarom een aantal afwegingen te worden gemaakt. De toegang, ook tot het bijzondere gerecht, moet voor alle justitiabelen zo goed mogelijk worden gewaarborgd. Indien slechts één gerecht wordt ingesteld voor het gehele grondgebied, kan via het houden van zittingen op nevenlocaties, bijvoorbeeld in de gebouwen van de gewone

gerechten, worden verzekerd dat alle justitiabelen toegang hebben tot de rechter.³³² Omdat gerechten een ‘doorlopende dienst’ dienen te verzekeren³³³, zal als grondgedachte echter moeten gelden dat ook bijzondere gerechten in beginsel op een vaste plaats zitting houden. Een heldere richtlijn voor de discussie in Nederland wordt gegeven door Schlössels:

‘De mogelijkheden om op grond van genoemd Besluit [het Bnn – EM] nevenzittingsplaatsen aan te wijzen dienen niet te worden verruimd. Voorkomen moet worden dat er een te onoverzichtelijke situatie ontstaat inzake de plaatsen waar bepaalde zaken worden behandeld en bijgevolg de regels inzake relatieve competentie worden uitgehold. De ‘reizende rechter’ heeft de voorkeur boven de ‘reizende rechtzoekende’.³³⁴

Een probleem rijst nog met betrekking tot de instelling van ‘bijzondere’ rechtspraak door middel van een verdeling van zaken over ‘back offices’. Dan ontstaat een discrepantie tussen het wettelijk bevoegd verklaarde gerecht en het feitelijke gerecht van afdoening van zaken. De belangrijkste vraag bij de opening van ‘back offices’ van gerechten is of en zo ja in hoeverre de wetgever bepaalde mogelijkheden mag of zelfs moet openstellen voor de rechterlijke macht zelf in het kader van de verdeling van zaken over gerechten. In geval van toekenning van bevoegdheden aan de rechterlijke macht zelf, wordt bekeken in hoeverre de uitvoerende macht in dat kader een toezichthoudende rol kan vervullen.³³⁵ De constitutionele en wettelijke regelingen in de onderzochte rechtssystemen staan in beginsel niet in de weg aan feitelijke afdoening van zaken op een andere plaats dan de locatie van het gerechtshof.³³⁶ De afdoening van zaken kan daarom in een ‘back office’ plaatsvinden. In het kader van een ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ afdoening van zaken wordt het niet noodzakelijk geacht om de vestigingsplaats van de ‘back offices’ in een wettelijke regeling vast te leggen.³³⁷ Maatregelen in dit verband, die bijvoorbeeld zien op de schaalgrootte en de kantoororganisatie, kunnen worden overgelaten aan de bevoegdheid van de rechtsbesturen zelf. De waarborg van klassiek-rechtsstatelijke beginselen die samenhangen met het uitgangspunt van rechtspraak door de ‘wettelijke rechter’ kan onder meer worden gerealiseerd door de toekenning van een toezichthoudende rol aan een Raad voor de rechtspraak. Het controlerende orgaan zal moeten toetsen of wordt voldaan aan de maatstaven die gelden voor een professionele overheidsorganisatie.³³⁸

³³² CEELI 1996. Over de rechtspraak in nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen, zie *supra*, par. 6.2.1.

³³³ Rassat 2004, p. 14.

³³⁴ Schlössels 2006, p. 75.

³³⁵ Vgl. in dit verband de analyse van de verhouding tussen de staatsmachten in het kader van het ‘beheer’ en ‘bestuur’ van de rechterlijke organisatie. Zie *supra*, hoofdstuk 5.

³³⁶ Zie *supra*, par. 6.2.1.

³³⁷ Werkgroep BOK 2006, p. 27.

³³⁸ Werkgroep BOK 2006, p. 27.

Uit de genoemde criteria vloeien bepaalde eisen voort met betrekking tot de wettelijke regeling van de rechterlijke organisatie en voor het toezicht op de rechterlijke macht door de uitvoerende macht. De verhouding tussen de drie staatsmachten staat hier centraal. Wat betreft de vereisten aan de wetgever kan worden gesteld dat de reden voor toekenning van bevoegdheden betreffende de rechterlijke organisatie aan de wetgever – en niet aan de uitvoerende macht of aan de rechterlijke macht zelf – in belangrijke mate moet worden gezocht in de garantie van het publieke debat. Alleen op die manier kan de stabiliteit worden verzekerd die noodzakelijk is uit het oogpunt van de waarborg van de toegang tot de wettelijke rechter.³³⁹

Behalve de mogelijkheden tot ‘specialisatie’ bij de verdeling van zaken over gerechten worden ook de mogelijkheden van ‘specialisatie’ bij de toedeling van rechters begrensd door het constitutionele kader voor legitieme oplossingen voor de rechterlijke organisatie.

- EEN GRENS AAN ‘SPECIALISATIE’ BIJ DE TOEDELING VAN RECHTERS

De constitutionele grenzen aan ‘specialisatie’ bij de toedeling van rechters volgen uit een analyse van de mogelijkheden tot instelling van ‘bijzondere’ rechtsprekende formaties en van ‘bijzondere’ typen van rechters en van de mogelijkheden tot ‘functionele’ inzet van rechters in de gerechten van de ‘rechtsstaten’ van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

Een grens aan de instelling van ‘bijzondere’ rechtsprekende formaties

Behalve een constitutionele grens in algemene zin aan de ‘specialisatie’ van rechters, volgt uit de klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de rechterlijke organisatie een grens aan de keuze voor unusrechtspraak en aan de mogelijkheid van uitsluiting en specialisatie van hoger beroep.

Grenzen aan de ‘specialisatie’ van rechters

Vanuit de rechterlijke macht zelf wordt in Nederland de ‘generalistendoctrine’ nog steeds als uitgangspunt genomen. Rechters moeten minimaal in twee sectoren inzetbaar zijn. Wij hebben echter gezien dat vormen van ‘specialisatie’ zich in de loop der tijd kunnen ontwikkelen³⁴⁰, of op grond van ‘new public management’-beginselen bij de regelgeving actief kunnen worden nagestreefd.³⁴¹ Voor de realisatie van een legitieme rechterlijke organisatie in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland in het huidige tijdsgewricht dient het evenwicht tussen het klassiek-rechtsstatelijke beginsel van ‘generaliteit’ en het ‘new public management’-beginsel van ‘specialisatie’ in dit spanningsveld gevonden te worden.

³³⁹ Vgl. *supra*, par. 6.2.2.

³⁴⁰ Everts 2000, p. 147; Lauwaars 2000, p. 150. Vgl. over het laatste punt Van der Doelen 2000, p. 153, die verwijst naar het door Loth onderscheiden concept van ‘learning by doing’: ‘oefening baart kunst, met ervaring komt praktische wijsheid’; vgl. Loth 1999a, p. 246.

³⁴¹ Zie *supra*, par. 6.2.2.

Voor de kwaliteit van de rechterlijke beslissingen is van belang dat bij de verdeling van rechtsmacht als ondergrens in de gaten wordt gehouden dat ‘de rechter (...) in de juridische materie zodanig thuis (moet) zijn dat hij ter zitting de communicatie – mondeling of schriftelijk – met betrokkenen aankan en binnen aanvaardbare termijn tot een beslissing kan komen.’³⁴² Op sommige rechtsgebieden zal in de oorspronkelijke, klassiek-rechtsstatelijke structuur van de verdeling van rechtsmacht niet aan die ondergrens kunnen worden voldaan: de afhandeling van zaken zal met te veel fouten gepaard gaan of zaken kunnen niet binnen een redelijke termijn worden afgedaan. Om de benodigde expertise te creëren kan voor ‘specialisatie’ worden gekozen, bijvoorbeeld in de vorm van een aparte kamer binnen een gerecht of in de vorm van een afzonderlijk gerecht. Rechters die in dergelijke gerechten zitting hebben, kunnen voorafgaand een extra opleiding krijgen. Deze grond voor ‘specialisatie’ maakt deel uit van de criteria die door de Raad voor de rechtspraak in Nederland zijn geformuleerd ten aanzien van de keuze voor concentratie van rechtspraak.³⁴³

Met de inachtneming van deze ondergrens aan ‘specialisatie’ van rechters wordt tevens een aantal risico’s van vergaande ‘specialisatie’ omzeild. In de eerste plaats moet in het oog worden gehouden dat bij het debat ter zitting tussen een gespecialiseerde rechter en een gespecialiseerde advocaat de openbaarheid van de rechtspraak in het geding komt indien de discussie voor een niet-ingewijde niet meer te volgen is. De begrijpelijkheid van de rechtspraak wordt in dat geval niet meer verzekerd, waardoor het mechanisme van toetsing vanuit de maatschappij wegvalt. Bij de keuze voor specialisatie dient te worden onderzocht of voldoende garanties bestaan voor de begrijpelijkheid van de rechtspraak, bijvoorbeeld in de vorm van institutionele eisen aan de organisatie van de rechtspraak of motiveringseisen voor de rechterlijke beslissing.³⁴⁴ In de tweede plaats moet bedacht worden dat in geval van ‘hyperspecialisatie’ de groep mensen die zich met een bepaald rechtsgebied bezighoudt klein zal zijn, waardoor het risico op belangenverstrengeling en daarmee partijdigheid van de rechter toeneemt.³⁴⁵ Om die reden dienen in dit geval waarborgen aanwezig te zijn bijvoorbeeld in de vorm van de mogelijkheid tot wraking van rechters.

Grenzen aan unusrechtspraak

Een ondergrens van klassiek-rechtsstatelijke beginselen voor de rechterlijke organisatie kan ook worden afgebakend met betrekking tot de gebruikmaking van unusrechtspraak. De keuze voor afdoening van zaken door een alleensprekende rechter brengt zeker voordelen mee met het oog op de ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechtspraak.³⁴⁶ Echter, vanuit het ‘new public management’-paradigma kunnen ook nadelen van unusrechtspraak worden aangewezen. Bij rechtspraak door een alleensprekende rechter is de

³⁴² Everts 2000, p. 147.

³⁴³ RvdR 2004, p. 2. Zie *supra*, par. 6.2.1.

³⁴⁴ Vgl. Loth 2007, pp. 35-38. Over de motivering van rechterlijke beslissingen, zie tevens Lasser 2004 en in reactie op Lasser’s analyse, zie Mak 2007a.

³⁴⁵ Vgl. Everts 2000, pp. 147-148.

³⁴⁶ Vgl. *supra*, par. 6.2.2.

kans op fouten in de toepassing van het recht groter dan bij collegiale rechtspraak, waar een controle is ingebouwd door de gezamenlijke beoordeling van zaken. Dit risico kan worden opgevangen door slechts in geval van gespecialiseerde rechtspraak te kiezen voor enkelvoudige afdoening van zaken. De gespecialiseerde rechter kan, gelet op zijn kennis en het beperktere gebied waarop kennis van hem verlangd wordt, eerder in staat worden geacht een zaak zelf af te handelen dan een generalistische rechter.

Daarmee is een mogelijke botsing met beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma echter niet afgewend. De 'feitelijke onafhankelijkheid' en de 'onpartijdigheid' van de rechtspraak lopen meer gevaar in een systeem van unusrechtspraak dan in een systeem van collegiale rechtspraak. Met betrekking tot de 'feitelijke onafhankelijkheid'³⁴⁷ geldt dat dit middel tot bescherming van de 'onpartijdigheid' van de rechter wordt verzwakt door de mogelijkheid tot rechtspraak door een alleensprekende rechter. De unusrechter zal sterker in zijn schoenen moeten staan ten aanzien van pogingen tot beïnvloeding van zijn oordeel dan een rechter die deel uitmaakt van een collegiale formatie. In dat laatste geval fungeren de mederechters als tegenkracht die de negatieve invloed van een onder druk gezette of anderszins beïnvloede rechter kan neutraliseren. Indien een rechter zich bij zijn oordeelsvorming laat leiden door zijn eigen vooroordeelen of indien hij verstregelde belangen heeft ten aanzien van een van de partijen bij het voorliggende geschil, kunnen mederechters in een meervoudige kamer deze manifestatie van 'partijdigheid' corrigeren. In geval van rechtspraak door een alleensprekende rechter valt die waarborg weg. 'Collegialiteit' van de rechtspraak vormt daarmee een waarborg voor de 'feitelijke onafhankelijkheid' van de rechtspraak. Ter bescherming van de justitiabele blijven in geval van unusrechtspraak nog slechts de mechanismen van 'verschoning' en 'wraking' van de rechter over om op te komen tegen de (schijn van) partijdigheid van de rechter.

Van de hierboven genoemde argumenten voor en tegen unusrechtspraak³⁴⁸ heeft alleen de bescherming van de 'onpartijdigheid' van de rechter betrekking op de constitutionele aanvaardbaarheid van unusrechtspraak. Voor het overige is sprake van argumenten die (nog) niet geconstitutionaliseerd zijn. Collegialiteit van rechtspraak wordt in de afbakening van een ondergrens van klassiek-rechtsstatelijke legitimiteitseisen voor de rechterlijke organisatie meegenomen als een aanvullende eis in het kader van de waarborg van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter. Het gaat echter niet om een dwingend constitutioneel uitgangspunt. Hiermee kan begrepen worden dat in sommige systemen rechtspraak door een alleensprekende rechter de norm is.³⁴⁹ Ook in systemen waar historisch en politiek gezien collegiale rechtspraak het uitgangspunt was, wordt op grond van economische overwegingen steeds vaker voor unusrechtspraak gekozen. Constitutionele voorwaarde blijft dat de 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' van de rechter gewaarborgd zijn. Gezien het wegvallen van een aantal met collegiale rechtspraak gegeven voordelen, ligt de nadruk in dit geval op de aanwezigheid van afdoende mechanismen om zo nodig een rechter van een voorliggende zaak te kunnen

³⁴⁷ Waarover in meer detail *supra*, par. 4.2.1.

³⁴⁸ Zie *supra*, par. 6.2.2.

³⁴⁹ Zie *supra*, par. 6.2.2.

afhalen. Enerzijds kan de rechter zich verschonen met betrekking tot de behandeling van de zaak. Anderzijds staat voor partijen bij een geschil de mogelijkheid open om wraking te verzoeken van de rechter wiens 'onpartijdigheid' ter discussie staat.

Grenzen aan de uitsluiting en specialisatie van hoger beroep

Op grond van de klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie verdient rechtspraak in twee instanties de voorkeur boven uitsluiting van hoger beroep. De keuze voor specialisatie in de regeling van het hoger beroep vraagt om een afweging van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen voor de rechterlijke organisatie.

Met betrekking tot het evenwicht van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen geldt wat betreft de rechtspraak in twee instanties een klassiek-rechtsstatelijke ondergrens. De beginselen van 'territorialiteit' en 'functionaliteit' botsen wanneer rechtspraak in meer instanties het gevaar meebrengt van aantasting van de constitutionele waarden van de 'rechtsstaat'. Het betreft in het bijzonder de 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' van de rechterlijke macht. Overwegingen die moeten worden gemaakt door de normsteller voor de rechterlijke organisatie, betreffen de keuze voor creatie van een hoger beroepsmogelijkheid, het aantal gerechten dat voor rechtspraak in hoger beroep wordt ingesteld, de toegankelijkheid van die gerechten en de mogelijkheden voor door- en terugverwijzing van zaken tussen de verschillende niveaus. Vanuit een juridisch perspectief spelen beginselen als rechtsgelijkheid (gelijke toegankelijkheid voor iedereen) en rechtseenheid (harmonisatie van jurisprudentie) een rol. Hoeveel ruimte laat het constitutionele kader aan de bevoegde normsteller voor de vormgeving van het hoger beroep? Welke grenzen stelt het internationale recht in dit verband aan de rechtsbescherming op het nationale niveau? Een eerste vraag die rijst, is of de mogelijkheid van hoger beroep in specifieke concrete zaken mag worden uitgesloten. Een tweede vraag is in hoeverre het geoorloofd is om beperkingen op te leggen ten aanzien van de vragen die in hoger beroep naar voren kunnen worden gebracht.

Wat betreft de toegang tot de rechter in hoger beroep geldt in de onderzochte rechtssystemen slechts een stelsel van beperkte toelating tot het hoger beroep in geval van zaken die een gering (financieel) belang vertegenwoordigen. De 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de rechtspleging staan hier voorop. Beoogd wordt te voorkomen dat de gerechten dichtslibben met de behandeling van hoger beroepen waarin een belang centraal staat dat in marginale zin niet opweegt tegen de met het beroep gemoeide kosten. Op dit punt is een afzwakking van het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt van toegang tot de rechter in een specifieke categorie van gevallen geoorloofd met het oog op de waarborg van 'effectieve rechtsbescherming' (in de zin van uitspraak binnen een redelijke termijn) in het algemeen.³⁵⁰

De rechtvaardiging van de beperking van het 'domein' van de rechter in hoger beroep vloeit voort uit de ratio van het hoger beroep. Vanuit de 'functionele onafhankelijkheid' speelt de vraag met welke factoren de rechter rekening dient te houden bij de

³⁵⁰ Vgl. *supra*, par. 6.2.2 ten aanzien van de grens voor hoger beroep in kantonrechtzaken in Nederland.

inhoudelijke uitoefening van zijn taak. Het gaat dan onder meer om wettelijke regelingen, besluiten van organen van de uitvoerende macht en rechterlijke uitspraken.³⁵¹ In hoger beroep gelden in beginsel dezelfde 'beperkingen'. De rechter heeft in dat geval echter ook te maken met bepaalde inhoudelijke beperkingen die voortvloeien uit het procesrecht en die verband houden met het specifieke karakter van de rechtspraak in tweede aanleg (of in cassatie). In bepaalde gevallen vindt een inhoudelijke beperking plaats van de rechtsvraag die aan de rechter in hoger beroep kan worden voorgelegd. Zo wordt in de meeste gevallen uitgegaan van de feiten en omstandigheden zoals die in eerste aanleg naar voren zijn gebracht. Er bestaan beperkingen betreffende de mogelijkheid van behandeling van nieuwe vorderingen of grieven in hoger beroep.³⁵² De aan de rechter in hoger beroep en in cassatie opgelegde beperkingen vloeien voort uit de ratio van de regeling. In het licht van het onafhankelijkheidsbeginsel is deze beperking geoorloofd vanwege haar wettelijke grondslag. Zij vindt een positieve bevestiging in het 'new public management'-paradigma. Het zou in strijd zijn met de beginselen van 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de rechtspraak indien een 'nieuw geschil' zou kunnen worden voorgelegd aan de appelrechter. Ook de rechtszekerheid voor de in een geschil betrokken justitiabelen zou in dat geval op losse schroeven komen te staan.

Met betrekking tot de afdoening van zaken in hoger beroep doet zich ook de overweging van 'specialisatie' voor. Beoordeling van een zaak in hoger beroep of in cassatie kan aan een 'gewone' rechter worden overgelaten. Dit brengt zelfs voordelen met zich mee, omdat de 'gewone' rechters als 'generalisten' geacht worden een bredere kijk op het recht te hebben dan de rechters in het bijzondere gerecht en daardoor onvolkomenheden zouden moeten kunnen signaleren die zijn ontstaan als gevolg van de invloed van de lobby van gespecialiseerde advocaten en van de isolatie van bijzondere rechters ten opzichte van de rest van de rechterlijke organisatie.³⁵³ Indien met 'specialisatie' wordt nagestreefd om de rechtseenheid te bevorderen door een consistentere geheel van jurisprudentie te creëren, dan verdient het eerder aanbeveling om de rechtspraak in hoger beroep te specialiseren. Hiermee kan tevens de werklast van de cassatierechter worden beperkt.³⁵⁴ In dat geval gelden echter de kanttekeningen betreffende de waarborg van rechtseenheid die hierboven reeds naar voren zijn gebracht.³⁵⁵

Klassiek-rechtsstatelijke grenzen aan de mogelijkheid tot doorvoering van 'new public management'-beginselen gelden ook met betrekking tot de indeling van typen van rechters.

³⁵¹ Zie *supra*, par. 5.2.2 over de mogelijkheden die binnen de rechterlijke organisatie bestaan voor het geven van aanwijzingen aan gerechten en aan rechters bij de behandeling van bepaalde categorieën van zaken.

³⁵² Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997, p. 219 ten aanzien van de 'devolutive werking' en het grievenstelsel in geval van hoger beroep in een dagvaardingsprocedure. Voor het bestuursrecht, zie Van Wijk et al 2005, p. 612.

³⁵³ CEELI 1996.

³⁵⁴ CEELI 1996.

³⁵⁵ Zie *supra*, deze paragraaf, ten aanzien van de grenzen aan 'specialisatie' bij de verdeling van rechters.

Een grens aan de instelling van 'bijzondere' typen van rechters

Vraagstukken die rijzen met betrekking tot de constitutionaliteit van de inzet van 'bijzondere' rechters in de gerechten van de 'rechtsstaat' betreffen de status en de functie-uitoefening van de bijzondere rechter. De behandeling van die vragen volgt op de vaststelling van de kwalificatie van relevante regels in de categorie van 'constitutieve regels' voor de instelling van gerechten.

De keuze voor een bepaald type rechter valt onder de 'constitutieve regels' voor gerechten en heeft daarmee constitutionele status.³⁵⁶ Een onderscheid kan worden gemaakt tussen gerechten die zijn samengesteld uit 'carrièrerechters', uit gekozen rechters of lekenrechters, of uit een combinatie van typen.³⁵⁷ Een ander belangrijk aspect betreft de evenredige vertegenwoordiging van bepaalde belangengroepen bij gerechten die zaken van een bepaalde groep behandelen. In dit verband kan voor het Franse recht worden gedacht aan de *conseils de prud'hommes* (werkgevers en werknemers) en de *tribunaux paritaires des baux ruraux* (verpachters en pachters).³⁵⁸ Zodra inbreuk wordt gemaakt op een van de constitutieve regels, die een wijze van samenstelling voorschrijft die is toegespitst op de rol van het gerecht, is, vanwege het denatureren van die constitutieve regel, sprake van een nieuwe categorie van gerechten.³⁵⁹ Een voorbeeld is de wijziging van het paritaire karakter van de *conseils de prud'hommes*.³⁶⁰ Ook de introductie van een nieuwe categorie van leden valt onder de constitutieve regels voor de samenstelling van een gerecht.³⁶¹ Daarvan was sprake in het geval van de wijziging van de samenstelling van een gerecht dat enkel uit leden van de betrokken beroepsgroep bestond, namelijk uit gekozen artsen. De nieuwe samenstelling was een gemengde, met als voorzitter een bestuursrechter en als bijzitters twee vertegenwoordigers van de sociale verzekeringen en twee artsen. Hiermee werd een gerecht van een andere aard gecreëerd, een nieuwe categorie van gerechten.³⁶²

Ten aanzien van de status van rechters in 'bijzondere' gerechten verdient het aanbeveling bepaalde waarborgen in te bouwen. Onder andere de rechtspositie van bijzondere rechters mag niet onderdoen voor die van rechters in gewone gerechten: salaris, promotiemogelijkheden, etc. In het federale systeem van de Verenigde Staten hebben rechters in bijzondere gerechten dezelfde constitutionele status als rechters in gewone gerechten en in gerechtshoven.³⁶³ In de onderzochte rechtssystemen is dat niet altijd het geval.³⁶⁴

³⁵⁶ Vgl. *supra*, par. 6.1.2.

³⁵⁷ Vgl. Renoux 1984, p. 290. Zie *supra*, par. 6.2.2.

³⁵⁸ Renoux 1984, pp. 290-291.

³⁵⁹ Renoux 1984, p. 291.

³⁶⁰ *CE Ass.*, 11 februari 1977, *Rec.* p. 81 (*Groupe des industries métallurgiques de la région parisienne et autres*). Vgl. Renoux 1984, p. 291.

³⁶¹ Vgl. Renoux 1984, p. 291.

³⁶² *CE*, 13 juli 1962, *Rec.* p. 479 (*Conseil national de l'ordre des Médecins*), commentaar van de *commissaire du gouvernement* Braibant, RDP 1962, p. 765. Renoux 1984, p. 291.

³⁶³ CEELI 1996.

³⁶⁴ Vgl. *supra*, par. 6.2.2.

Om te voorkomen dat rechters in bijzondere gerechten in een te geïsoleerde positie terechtkomen, kan worden gekozen voor rechtspraak door een college van drie rechters. Voor de waarborg van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechters kan worden geleerd van het Duitse systeem, waarin door middel van het *Geschäftsverteilungsplan* een legitieme toedeling van zaken aan rechters wordt bevorderd.³⁶⁵ Een andere mogelijkheid is het af en toe inzetten van rechters uit gewone gerechten in het bijzondere gerecht of om rechters uit het bijzondere gerecht zo nu en dan in een gewoon gerecht zitting te laten hebben. Via een dergelijke uitwisseling kan ‘kruisbestuiving’ tussen verschillende gerechten plaatsvinden.³⁶⁶ Ook kan de hierboven al vermelde oplossing van toewijzing van meerdere bijzondere rechtsgebieden aan een bijzonder gerecht in dit verband uitkomst bieden.

Tot slot stelt het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie een grens aan de mogelijkheid tot toedeling van rechters aan gerechten op ‘functionele’ gronden.

Een grens aan de ‘functionele’ toedeling van rechters aan gerechten

Wij hebben gezien dat in elk van de onderzochte rechtssystemen het beginsel van ‘onafzetbaarheid’ of ‘*inamovibilité*’ van de rechter een belangrijke rol speelt bij de mogelijkheid tot toedeling van rechters aan gerechten. Op grond van dit principe is het niet toegestaan om de standplaats van een rechter te wijzigen zonder de instemming van de betrokken rechter.³⁶⁷ Hiermee wordt gewaarborgd dat de rechter zich bij de uitoefening van zijn inhoudelijke taak niet zal laten beïnvloeden door mogelijke druk van buitenaf in de vorm van dreiging met overplaatsing.

De inzet van rechters in verschillende gerechten op het grondgebied van de Staat kan problematisch zijn indien door middel van deze constructie getracht wordt invloed uit te oefenen op de inhoud van rechterlijke beslissingen. Daarvan zou sprake zijn indien een individuele rechter bewust op een specifieke zaak wordt gezet of bewust van een specifieke zaak wordt afgehaald. In de rechtssystemen van Frankrijk en Duitsland is die mogelijkheid uitgesloten door de wettelijke verplichting van voorafgaande vaststelling van de bevoegde rechter voor de afdoening van binnenkomende zaken.³⁶⁸ In het Nederlandse rechtssysteem is die mogelijkheid niet expliciet uitgesloten. Weliswaar geldt het principe van rechtspraak door de ‘wettelijke rechter’ op basis van de Grondwet (artikel 116 lid 1 Gw) en op basis van internationaal recht (artikel 6 lid 1 EVRM). Dit uitgangspunt is echter onvoldoende uitgewerkt in de Wet RO, waarin de wetgever ermee heeft volstaan de mogelijkheid te geven van inzet van rechters als plaatsvervanger in andere gerechten op het grondgebied van de Staat. De specifieke invulling van die bepaling is overgelaten aan de rechterlijke macht zelf, met een prominente rol voor de

³⁶⁵ Schilken 2003, p. 238 e.v. Ter waarborg van de ‘onpartijdigheid’ van de rechter is de abstracte verdeling van rechters over de kamers in het gerecht aan het begin van het balansjaar geregeld. Vgl. *supra*, par. 6.2.2.

³⁶⁶ CEELI 1996.

³⁶⁷ Vgl. artikel 64 C. Zie ook Rassat 2004, p. 18.

³⁶⁸ Vgl. *supra*, par. 6.2.2, ten aanzien van het concept van de ‘wettelijke rechter’ en de uitwerking van dit concept in de onderzochte rechtssystemen.

Raad voor de rechtspraak.³⁶⁹ Een uitgebreider wettelijke normering zou op dit punt op zijn plaats zijn.³⁷⁰ Overigens staat voor partijen als *'ultimum remedium'* het middel van wraking van de rechter open.

De vraagstelling van hoofdstuk 6 sluit aan bij de in hoofdstuk 4 behandelde problematiek. In dat hoofdstuk is het domein van de rechtspraak afgebakend ten aanzien van de overige staatsfuncties en ten aanzien van andere vormen van geschilbeslechting. Na deze *externe* afbakening van de rechtspraak, is nu de *interne* afbakening van bevoegdheidsgebieden binnen de rechterlijke organisatie bekeken. Ook bestaat een verband met de in hoofdstuk 5 behandelde vraagstelling betreffende het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie. De verdeling van rechtsmacht betreft een bijzonder probleem van rechterlijke organisatie. Anders dan de in hoofdstuk 5 aangekaarte aspecten die de organisatorische randvoorwaarden geven voor de uitoefening van de rechtsprekende functie, staat bij de verdeling van rechtsmacht de organisatie van de rechtsprekende functie zelf ter discussie. Het probleem dat in hoofdstuk 6 is behandeld, betreft de 'specialisatie' in de vorm van arbeidsverdeling of differentiatie binnen de rechterlijke macht, dat wil zeggen de instelling van aparte gerechten en van kamers binnen gerechten voor de afdoening van bepaalde typen van zaken en de inzet van rechters voor de afdoening van bepaalde typen van zaken. Beginselen uit de twee onderscheiden paradigma's voor de rechterlijke organisatie spelen een rol in de afweging van de normsteller en onderbouwen de legitimiteit van de verdeling van rechtsmacht voor zover zij zijn opgenomen in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie.

De tendens tot 'specialisatie' in de rechterlijke organisatie in hedendaagse 'rechtsstaten' is herleidbaar tot de opkomst van beginselen uit het 'new public management'-paradigma. De vanuit de samenleving en politiek gevoede wens van 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de rechtspraak heeft implicaties voor de verdeling van rechtsmacht. Teneinde voldoende 'responsief' te zijn ten aanzien van de rechtsorde en de samenleving, dient het recht betreffende de rechterlijke organisatie nieuwe oplossingen voor de verdeling van rechtsmacht te integreren, die uitgaan van het beginsel van 'functionaliteit'. Tegelijkertijd dient het recht betreffende de rechterlijke organisatie op basis van de legitimiteit die het ontleent aan zijn 'autonome' status een waarborg te geven voor de bescherming van fundamentele, klassiek-rechtsstatelijke waarden die ten grondslag liggen aan de rechterlijke organisatie, inclusief de verdeling van rechtsmacht. In het licht van alle relevante juridische en niet-juridische factoren zal door de normsteller voor de rechterlijke organisatie een afweging moeten worden gemaakt: 'specialisatie' of niet, en zo ja, in welke vorm. Die organisatie van de 'specialisatie' is in het onderzoek geëvalueerd in het licht van constitutionele beginselen voor de organisatie van de rechtspraak in de 'rechtsstaat'.

³⁶⁹ Artikelen 4 t/m 9 Bnn.

³⁷⁰ In die zin ook Knigge 2005; Schlössels 2006, p. 75.

De normsteller voor de rechterlijke organisatie blijkt aan een aantal constitutionele randvoorwaarden te zijn gebonden bij de keuze voor ‘specialisatie’ bij de verdeling van rechtsmacht en bij de vaststelling van de vormgeving van die ‘specialisatie’. Binnen de organisatie van gerechten geldt geen klassiek-rechtsstatelijk beginsel dat dwingt tot een scheiding van verschillende soorten van rechtspraak. In veel systemen valt echter een arbeidsverdeling waar te nemen tussen de rechtspraak in civiele zaken, in strafzaken en in bestuursrechtelijke zaken, die deels – impliciet – is gebaseerd op ‘new public management’-uitgangspunten (‘kwaliteit’ door differentiatie), deels het resultaat is van een ontwikkeling in de historische en politieke context van rechtssystemen. Dit laatste geldt voor de institutionele scheiding tussen ‘gewone’ en bestuursrechtspraak. De bestuursrechtspraak werd lang als onderdeel van de functie bestuur gezien en daarom, in het licht van de scheiding van machten in de ‘rechtsstaat’, door de uitvoerende macht uitgeoefend. Na de erkenning van het onderscheid tussen handelend en toetsend bestuur is de rechtspraak bij aparte rechtsprekende colleges ondergebracht. In sommige rechtssystemen vallen die colleges onder de uitvoerende macht (Frankrijk), in andere systemen heeft een (gedeeltelijke) integratie in de gewone rechterlijke macht plaatsgevonden (Nederland, Duitsland). Ontwikkelingen in de context van een rechtssysteem (op historisch, politiek of economisch vlak) kunnen daarmee feitelijke beperkingen opleggen aan de vrijheid van de wetgever bij de toewijzing van nieuwe rechterlijke competenties. Die feitelijke beperkingen kunnen een juridische neerslag krijgen – getuige de Franse constitutionele rechtspraak betreffende de competentieverdeling tussen de twee orden van rechtspraak – maar zijn geen uitdrukking van klassiek-rechtsstatelijke beginselen. In het huidige tijdsgewricht vinden zij echter een rechtvaardiging in de uitgangspunten van het ‘new public management’-paradigma, waarin arbeidsverdeling binnen de rechtsprekende macht als ‘effectief’ en ‘efficiënt’ wordt gekwalificeerd. Verdere ‘specialisatie’ in de vorm van instelling van ‘bijzondere’ gerechten of concentratie van rechtspraak sluit aan bij de ontwikkeling van deze nieuwe beginselen voor de verdeling van rechtsmacht. Met het oog op het behoud van de legitimiteit van het recht van de rechterlijke organisatie mag ‘specialisatie’ echter niet zo ver gaan dat de ondergrens van klassiek-rechtsstatelijke beginselen van ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ wordt overschreden.

Binnen het skelet van de tot stand gekomen structuur voor de verdeling van rechtsmacht moet een evenwicht worden gevonden tussen afdoening van zaken door een ‘generalistische’ rechter (het uitgangspunt) en afdoening van zaken door een ‘gespecialiseerde’ rechter (de uitzondering). Toetsingscriteria in dit verband zijn de complexiteit van de te behandelen zaken en de regelmaat waarmee die zaken zich voordoen.³⁷¹ Bij een klein aantal zaken per jaar van een hoge technische of feitelijke complexiteit is inzet van rechters in ‘bijzondere’ gerechten geïndiceerd. Indien meer ‘flexibiliteit’ in de rechterlijke organisatie gewenst is, kan gekozen worden voor de sporadische inzet in een gerecht van specialistische kennis van rechters die bij een ander gerecht zijn aangesteld. Zowel de keuze voor een ‘generalistische’ als voor een ‘gespecialiseerde’ rechtspraak brengt bepaalde afwegingen met zich mee in het licht van de klassiek-rechtsstatelijke

³⁷¹ RvdR 2004; vgl. *supra*, par. 6.2.1.

beginselen voor de rechterlijke organisatie enerzijds (rechtsgelijkheid, rechtseenheid, rechtszekerheid, rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid) en de 'new public management'-beginselen voor de rechterlijke organisatie anderzijds (transparantie, effectiviteit, efficiëntie). Een evenwicht moet worden gevonden tussen 'flexibiliteit' en 'rigiditeit' van het constitutionele kader van oplossingen voor de rechterlijke organisatie. 'Flexibiliteit' wordt veelal gevonden in een 'functionele' toedeling van rechterlijke competenties. Zij draagt bij aan de realisatie van 'effectieve' en 'efficiënte' oplossingen voor de rechtspraak en daarmee aan de realisatie van 'responsief' recht voor de huidige rechtsorde en samenleving. Een mate van 'rigiditeit' is gewenst ter bescherming van de klassiek-rechtsstatelijke waarden die zijn ingebed in de rechtsorde. Door de uitwerking van het beginsel van 'territorialiteit' van de verdeling van rechtsmacht worden, in het licht van de regulering van macht in de Staat, de 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' van de rechtspraak gewaarborgd. Het recht betreffende de rechterlijke organisatie vervult op die manier niet alleen een 'responsieve' rol ten aanzien van wensen uit de rechtsorde en uit de samenleving, het draagt tevens zijn 'autonome' status uit als waarborg van fundamentele normen van de rechtsorde en samenleving.

In een confrontatie van beginselen uit de twee paradigma's voor de rechterlijke organisatie zijn de grenzen van het constitutionele kader uitgekristalliseerd. Het is helder geworden op welke wijze beginselen uit deze paradigma's elkaar aanvullen, versterken dan wel beconcurreren in het kader van de verdeling van rechtsmacht. Aanvulling en versterking van beginselen leveren een gemeenschappelijke minimumnorm op voor de onderzochte rechtssystemen, waarmee de legitimiteit van de rechtspraak op twee wijzen wordt onderbouwd. In geval van botsing van beginselen wordt vanuit het behoudende klassiek-rechtsstatelijke paradigma een grens gesteld aan de mogelijkheden tot uitwerking van beginselen in het licht van het progressiever 'new public management'-paradigma. De ondergrens waaraan de normsteller voor de rechterlijke organisatie zich moet houden, wordt in het geval van de verdeling van rechtsmacht bepaald door de klassiek-rechtsstatelijke beginselen van rechterlijke 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' en de implicaties van die beginselen voor de organisatie van de jurisdictie in de 'rechtsstaat'.

Conclusie van Deel II

Op basis van het in Deel I geschetste theoretische kader voor de rechterlijke organisatie heeft in Deel II een onderzoek plaatsgevonden van een aantal dilemma's betreffende de rechterlijke organisatie in de 'rechtsstaten' van Nederland, Frankrijk en Duitsland. De wisselwerking tussen klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen voor de rechterlijke organisatie vormde het brandpunt van de analyse.

In hoofdstuk 4 heeft een eerste thematische beschouwing plaatsgevonden van de zoektocht naar legitimiteit van de rechterlijke organisatie, die gerealiseerd wordt in de balans tussen 'autonomie' en 'responsiviteit' van het constitutionele recht betreffende de rechterlijke organisatie. Het centrale vraagpunt betrof de afbakening van de rechterlijke activiteit in het publieke domein (de rol van de rechterlijke macht ten opzichte van de politieke staatsmachten) en ten opzichte van het private domein (rechtspraak ten opzichte van alternatieve vormen van geschilbeslechting). Als onderzoeksmethode is gebruik gemaakt van een rechtsvergelijkende analyse van de beginselen voor de rechterlijke organisatie in de 'rechtsstaat' in de historische en in de hedendaagse context van drie rechtssystemen. Bekeken is in hoeverre de invloedsfactoren op het constitutionele kader bepalend zijn voor de mate waarin veranderde inzichten over de rol van de rechterlijke organisatie in de rechtsstaat tot uitdrukking komen in regelgeving betreffende de organisatie van de rechtspraak. Uit de analyse is een aantal beginselen gedestilleerd dat de constitutionele kern van de rechterlijke activiteit in de afweging van 'autonomie' en 'responsiviteit' weergeeft. De aspecten van de afbakening van het rechterlijk domein zijn van tweeërlei aard. In het publieke domein van de verhouding tussen de staatsmachten ontleent de rechterlijke macht haar legitimiteit vanuit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma aan de belofte van politieke neutraliteit die de essentie vormt van de rechterlijke 'onafhankelijkheid'. Vanuit het 'new public management'-paradigma vloeit legitimiteit op dit niveau voort uit de aanvaarding van de verantwoordelijkheid die samenhangt met de kwalificatie van de rechtspraak als element van publieke dienstverlening. Aanvulling en versterking van beginselen komt tot uitdrukking in constructies betreffende de garantie van verantwoordelijkheid van de rechtsprekende macht voor haar functie-uitoefening. Een botsing doet zich voor waar 'new public management'-beginselen inbreuk dreigen te maken op het uitgangspunt van politieke neutraliteit van de rechtspraak. Als klassiek-rechtsstatelijke grenzen gelden in dit verband de instelling van gerechten bij wet; de rechtspositionele waarborgen voor de rechter; en processuele minimumnormen. In de afbakening ten opzichte van het niet-rechterlijke domein van geschilbeslechting is de klassiek-rechtsstatelijke legitimiteit van de rechtspraak verbonden met haar status als gereguleerde, publieke wijze van geschilbeslechting, die in het teken staat van de rechtsbescherming van de burger. Het 'new public management'-paradigma biedt uitgangspunten voor legitimiteit door het accent te leggen op de bijzondere waarborgen van de rechtspraak ten opzichte van alternatieve vormen van geschilbeslechting ('rechtspraak als redelijk alternatief'). Aanvulling en versterking van beginselen komt vooral tot uitdrukking in de positionering van rechtspraak als een 'transparante', 'effectieve' en 'efficiënte' wijze van met waarborgen omgeven geschilbe-

slechting. Een begrenzing van de mogelijkheid tot uitwerking van ‘new public management’-beginselen in de organisatie van de geschilbeslechting wordt gegeven door de klassiek-rechtsstatelijke waarborgen die verbonden zijn met rechtspraak, welke in het bijzonder van belang zijn in het licht van het publieke karakter van de geschilbeslechting door de overheid.

In hoofdstuk 5 is voortgebouwd op de analyse uit hoofdstuk 4. Niet alleen de afbakening van het domein van de rechterlijke functie heeft een constitutionele basis, ook elementen betreffende de organisatorische structuur voor de uitoefening van die functie zijn in de ‘rechtsstaat’ op het constitutionele niveau geregeld. In de debatten die de laatste jaren in de onderzochte rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland hebben plaatsgevonden, zijn historisch tot stand gekomen oplossingen voor de vormgeving van het ‘beheer’ en ‘bestuur’, uitdrukkelijk gebaseerd op beginselen uit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma, heroverwogen in het licht van ‘new public management’-beginselen. De historisch gegroeide praktijk waarbij een groot aantal bevoegdheden is toebedeeld aan de wetgevende en vooral aan de uitvoerende macht is heroverwogen ten gunste van de mogelijkheid van rechterlijk zelfbeheer en –bestuur. De organisatie van ‘beheer’ en ‘bestuur’ houdt echter niet op met de verdeling van bevoegdheden over organen die extern zijn aan de rechterlijke macht en aan de rechterlijke macht zelf. De uitwerking van die bevoegdheidsverdeling is van minstens even groot belang voor de constitutionele en maatschappelijke legitimiteit van de rechtspraak. Aspecten van mogelijke beheersstructuren, in het bijzonder de keuze voor een ‘platte’ of hiërarchische structuur en de eventuele instelling van een Raad voor de rechtspraak als intermediair tussen gerechten en uitvoerende macht, zijn gewaardeerd in het licht van beginselen uit de twee paradigma’s voor de rechterlijke organisatie. Uit de analyse van de beheersstructuur voor de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland in het licht van beginselen van klassieke rechtsstatelijkheid en ‘new public management’ blijkt dat het samenbrengen van de twee typen van beginselen soms leidt tot een aanvulling of versterking van de legitimiteit van de rechterlijke organisatie, maar in andere gevallen leidt tot een botsing van beginselen. Op het institutionele niveau van de Staat wordt de rechtsprekende macht met een hiërarchisering van de beheersstructuur een sterk gepositioneerd orgaan met een eigen verantwoordelijkheid. Op het niveau van de geschilbeslechting in concrete gevallen neemt echter in de nieuwe bureaucratische gedachtevorming de bekommernis om ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ de plaats in van betrokkenheid. De individuele rechter wordt geconfronteerd met een groot aantal andere actoren die invloed trachten uit te oefenen op de uitoefening van de rechtsprekende functie. Die invloeden brengen gunstige effecten met zich mee – de bevordering van uniforme rechtstoepassing leidt tot een toename van rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid en daarmee van de ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechtspleging – maar vormen een inperking van de autonomie van de individuele rechter die oordeelt over het concrete geval. De zoektocht naar een balans van beginselen vindt plaats in de wisselwerking tussen constitutionele en wettelijke normen en normen van beroepsethiek. Constitutionele minimumnormen in dat verband staan in het teken van de waarborg van de ‘onafhankelijkheid’ van de individuele rechter binnen de rechterlijke organisatie.

Na de *externe* afbakening van het domein van de rechtspraak in hoofdstuk 4, is in hoofdstuk 6 de *interne* afbakening van bevoegdheidsgebieden binnen de rechterlijke organisatie bekeken. De verdeling van rechtsmacht betreft een bijzonder probleem van rechterlijke organisatie. Anders dan de in hoofdstuk 5 aangekaarte aspecten die de organisatorische randvoorwaarden geven voor de uitoefening van de rechtsprekende functie, staat bij de verdeling van rechtsmacht de organisatie van de rechtsprekende functie zelf ter discussie. Het probleem dat in hoofdstuk 6 is behandeld, betreft de 'specialisatie' in de vorm van arbeidsverdeling of differentiatie binnen de rechterlijke macht, dat wil zeggen de instelling van aparte gerechten en van kamers binnen gerechten voor de afdoening van bepaalde typen van zaken en de inzet van rechters voor de afdoening van bepaalde typen van zaken. Beginselen uit de twee onderscheiden paradigma's voor de rechterlijke organisatie spelen een rol in de afweging van de normsteller en onderbouwen de legitimiteit van de verdeling van rechtsmacht voor zover zij zijn opgenomen in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie. De verdeling van zaken schommelt op grond van de uitgangspunten van 'territorialiteit' en 'functionaliteit' tussen de instelling van 'algemene' gerechten die voldoen aan de klassiek-rechtsstatelijke eis van 'bereikbaarheid' en 'bijzondere' gerechten die passen in de 'new public management'-gedachte van vergroting van 'effectiviteit' en 'efficiëntie' van de rechtspleging door 'specialisatie'. Binnen het skelet van de tot stand gekomen structuur voor de verdeling van rechtsmacht moet een evenwicht worden gevonden tussen afdoening van zaken door een 'generalistische' rechter (het klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunt) en afdoening van zaken door een 'gespecialiseerde' rechter (de 'new public management'-uitzondering). De normsteller voor de rechterlijke organisatie blijkt aan een aantal constitutionele randvoorwaarden te zijn gebonden bij de keuze voor 'specialisatie' bij de verdeling van rechtsmacht en bij de vaststelling van de vormgeving van die 'specialisatie'. Aanvulling en versterking van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen komen tot uitdrukking in de oplossing van arbeidsverdeling *an sich* en in met de arbeidsverdeling verbonden oplossingen betreffende de waarborg van rechtseenheid en de afdoening van competentiegeschillen. Met het oog op het behoud van de 'autonome' legitimiteit van het recht van de rechterlijke organisatie mag 'specialisatie' niet zo ver gaan dat de ondergrens van klassiek-rechtsstatelijke beginselen van 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' wordt overschreden. Om die reden kunnen grenzen worden aangewezen ten aanzien van de 'specialisatie' bij de verdeling van zaken en bij de toedeling van rechters aan gerechten.

Uitgangspunten voor de vormgeving van de rechterlijke organisatie in de rechtsstaten van Nederland, Frankrijk en Duitsland zijn op deze manier in een gemeenschappelijk afwegingskader samengebracht. Zij kunnen tegen elkaar worden afgewogen in debatten over de modernisering van de rechterlijke organisatie, waarbij klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten in balans worden gebracht met 'new public management'-uitgangspunten. De bescherming van fundamentele waarden voor de regulering van macht in de 'rechtsstaat' staat tegenover de tegemoetkoming aan de maatschappelijke eisen in de hedendaagse context. Het constitutionele kader en de invloedsfactoren op de ontwikkeling van dit kader vormen de grondslag voor de constante herbepaling

CONCLUSIE VAN DEEL II

van het evenwicht tussen beginselen gericht op legitimering van de rechterlijke organisatie door de garantie van 'autonomie' van het recht en beginselen gericht op legitimering door de realisatie van 'responsiviteit' ten aanzien van wensen uit politiek en samenleving.

CONCLUSIE

Dichter bij een balans: effecten en mogelijkheden van een nieuwe classificatie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie

Het is tijd om de uitgezette lijnen bij elkaar te brengen. Gebleken is dat de organisatie van de rechtspraak in de moderne 'rechtsstaat' plaatsvindt op basis van argumenten die voortvloeien uit twee paradigma's. In één paradigma worden klassiek-rechtsstatelijke beginselen opgevoerd als uitgangspunten voor de regulering van macht in de Staat. De waarborg van 'onafhankelijkheid' van de rechter staat in dat verband voorop bij de organisatie van de rechtspraak. In een parallel paradigma verworden de klassiek-rechtsstatelijke beginselen tot 'kwaliteitseisen' voor de rechterlijke organisatie. Zij krijgen een plaats naast 'new public management'-beginselen, die in dienst staan van de realisatie van een 'optimaal' functionerende rechterlijke organisatie. Argumenten gebaseerd op de twee typen van uitgangspunten in dit nieuwe perspectief komen samen in een afwegingskader voor oplossingen voor een maximaal legitieme rechterlijke organisatie. In de voorgaande hoofdstukken is dit afwegingskader geconceptualiseerd en geoperationaliseerd voor de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland. In Deel I is een verklaringsmodel ontwikkeld voor de uitwisseling van argumenten in hedendaagse debatten over de modernisering van de rechterlijke organisatie in de genoemde rechtssystemen. Dit verklaringsmodel is in Deel II toegepast op een aantal dilemma's betreffende de organisatie van de rechtspraak in die rechtssystemen. Aan de hand van die analyse kunnen nu de effecten en mogelijkheden van de nieuwe classificatie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in kaart worden gebracht. Allereerst zal een denkraam worden geschetst voor de oplossing van dilemma's betreffende de rechterlijke organisatie in de moderne 'rechtsstaat'. Aansluitend zullen de mogelijkheden worden aangegeven die de resultaten van het onderzoek bieden voor rechtsvergelijkend onderzoek in de toekomst.

1 Effecten van de nieuwe classificatie: een denkraam voor de rechterlijke organisatie in het 'new public management'-paradigma

De afweging van de twee typen van beginselen voor de rechterlijke organisatie leidt idealiter, afhankelijk van de context (tijd en plaats) waarin die beginselen figureren, tot een evenwicht dat is toegesneden op de eisen voor de legitimiteit van de rechtspraak die in de bedoelde context gelden. Uitgaande van die hypothese en op basis van de resultaten van de analyse van de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland kan een denkraam voor de rechterlijke organisatie in de moderne 'rechtsstaat' worden onderscheiden, waarbij de bevoegde normstellers aansluiting kunnen zoeken in de zoektocht naar oplossingen voor de rechterlijke organisatie. In dit denkraam moet een middenweg worden gekozen tussen de hegemonie van klassiek-rechtsstatelijke beginse-

len, waarbij de rechterlijke organisatie de rol krijgt van algemene beschermer van fundamentele rechten, en de hegemonie van 'new public management'-beginselen, waarbij de rechterlijke organisatie geldt als 'op maat gesneden' dienstverlener voor geschilbeslechting. Die middenweg bestaat in een definitie van de rechterlijke organisatie als responsieve beschermer van fundamentele rechten dan wel als autonome dienstverlener 'op maat'. De bruikbaarheid van dit denkraam kan worden getoetst door een terugkoppeling naar de specifieke dilemma's waarmee het onderzoek hierboven is ingeleid en die betrekking hebben op de Nederlandse rechterlijke organisatie.

- EEN BALANS TUSSEN KLASSEK-RECHTSSTATELIJKE BEGINSLEN EN 'NEW PUBLIC MANAGEMENT'-BEGINSLEN: RECHTSpraak ALS RESPONSIEVE BESCHERMER VAN FUNDAMENTELE RECHTEN OF AUTONOME DIENSTVERLENER 'OP MAAT'

Oplossingen voor de rechterlijke organisatie die alle kaarten zetten op de realisatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen dragen bij aan de realisatie van 'onafhankelijke' en 'onpartijdige' rechtspraak, maar leiden in onvoldoende mate tot een 'responsieve' rechterlijke organisatie. Maatregelen die zijn ingegeven door de wens tot realisatie van 'new public management'-beginselen bevorderen de realisatie van een 'transparante', 'effectieve' en 'efficiënte' rechterlijke organisatie, maar doen in bepaalde gevallen afbreuk aan de gevestigde 'autonome' status van de rechtspraak ten opzichte van de politieke staatsmachten. Een geloofwaardig denkkader voor de rechterlijke organisatie in de moderne 'rechtsstaat' incorporeert de twee typen van beginselen in een evenwicht waarin die beginselen elkaar aanvullen en versterken, en bouwt waarborgen in op de punten waar de twee typen van beginselen met elkaar in botsing (dreigen te) komen.

Enerzijds houdt deze benadering in dat aandacht moet worden gegeven aan de vereisten van 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' van de rechtspraak in het licht van de wensen en behoeften in de samenleving. De rechter wordt een responsieve beschermer van fundamentele rechten. Ten aanzien van de waarborgen van 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' dient te worden geëvalueerd in hoeverre de historisch tot stand gekomen uitwerkingen van die beginselen in regelgeving betreffende de rechterlijke organisatie nog van waarde zijn in de hedendaagse context. De exclusieve bevoegdheid van de rechterlijke macht met betrekking tot de beslechting van geschillen, de autonomie van gerechten met betrekking tot interne bestuursaangelegenheden, en de verdeling van rechtsmacht op basis van het beginsel van 'territorialiteit' zijn aan heroverweging toe in het licht van de wensen en behoeften die met betrekking tot de rechtspraak leven in de hedendaagse rechtsorde en samenleving. Bij hervormingen van de rechterlijke organisatie dient telkens de vraag te worden gesteld welke effecten nieuwe maatregelen hebben op de garantie van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. Bekeken moet worden in hoeverre risico's bestaan ten aanzien van de garantie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en in hoeverre in dat verband waarborgen dienen te worden ingebouwd in (constitutionele) regelgeving.

Anderzijds dient een evenwicht te worden gecreëerd waarin aandacht voor 'transparantie', 'effectiviteit' en 'efficiëntie' wordt gecombineerd met de inachtneming van de legitimerende werking van het recht die voortvloeit uit het legaal-rationele gezag van het

recht. De rechter wordt een autonome dienstverlener ‘op maat’. Nieuwe maatregelen voor de rechterlijke organisatie moeten worden beoordeeld op hun waarde in de hedendaagse context voor de organisatie van de rechtspraak. De mogelijkheid van afdoening van zaken via alternatieve geschilbeslechting, de hiërarchisering van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie, en de verdeling van rechtsmacht op basis van het beginsel van ‘functionaliteit’ moeten worden beoordeeld op hun toegevoegde waarde aan de rechterlijke organisatie zoals deze op klassiek-rechtsstatelijke gronden vorm heeft gekregen. Bij hervormingen van de rechterlijke organisatie resulteert discussie vanuit dit perspectief telkens in het stellen van de vraag in hoeverre de rechterlijke organisatie dient te worden herzien om op passende wijze te voldoen aan de eisen uit hedendaagse ‘kwaliteitstheorieën’.

Dit denkraam heeft effecten op de realisatie van een maximaal legitieme rechterlijke organisatie voor de moderne ‘rechtsstaat’ in de komende jaren. Dit kader zal dan ook als uitgangspunt dienen bij de formulering van een aantal concrete aanknopingspunten voor de oplossing van dilemma’s betreffende de rechterlijke organisatie in Nederland.

- DICTER BIJ DE OPLOSSING VAN DILEMMA’S BETREFFENDE DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE IN NEDERLAND

In de Inleiding van het onderzoek zijn drie dilemma’s geschetst die anno 2007 spelen met betrekking tot de modernisering van de Nederlandse rechterlijke organisatie. Wat betreft de afbakening van het domein van de rechter bestaat een tendens om verder te gaan op de ingeslagen weg van ‘dejuridisering’, onder andere door middel van de invoering bij de gerechten van een doorverwijzingsvoorziening naar mediation. Op het gebied van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie zetten hiërarchisering en bevordering van een ‘goede bedrijfsvoering’ de toon. De verdeling van rechtsmacht staat in het teken van specialisatie door concentratie van rechtspraak en door inzet van ‘reizende rechters’. Een inventarisatie van die dilemma’s aan de hand van het zojuist geschetste denkraam voor de rechterlijke organisatie in de ‘rechtsstaat’ levert een aantal mogelijke oplossingsrichtingen op. Als afsluiting van het onderzoek zullen wij nu een blik werpen op de mogelijke oplossingen voor de afbakening van het domein van de rechter, voor het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie en voor de verdeling van rechtsmacht in de Nederlandse rechtsorde.

Het domein van de rechter: uitkristallisering van de geschilbeslechtingsdelta met een effectieve toegang tot de rechter

De afbakening van het domein van de rechter in Nederland is op klassiek-rechtsstatelijke leest geschied en is in de ontwikkeling van de Nederlandse ‘rechtsstaat’ geconcretiseerd aan de hand van nadere regelgeving, jurisprudentie en de doorwerking van verdragsrecht (in het bijzonder het EVRM). In het ‘new public management’-paradigma, waarin optimalisering van het functioneren van de rechterlijke organisatie plaatsvindt op basis van ‘kwaliteitseisen’ van klassiek-rechtsstatelijke aard dan wel met een ‘new public management’-karakter, moet de reikwijdte van het rechterlijke domein opnieuw worden bepaald. Het rechterlijke domein kan binnen het nieuwe referentiekader

verschillende vormen aannemen, afhankelijk van de afbakening ten opzichte van de aangrenzende domeinen van de politieke staatsmachten, andere rechtsordes, buitengerechtelijke vormen van geschilbeslechting, en de burger.¹ De afweging van oplossingen voor de afbakening van het rechterlijke domein in het Nederlandse rechtssysteem komt tegen deze achtergrond neer op een uitkristallisering van de geschilbeslechtingsdelta op basis van ‘new public management’-beginselen in samenhang met een herwaardering van het klassiek-rechtsstatelijke beginsel van toegang tot de rechter.

Wat betreft de uitkristallisering van de geschilbeslechtingsdelta kan de tendens van ‘dejuridisering’, onder andere door middel van doorverwijzing naar mediation, worden toegejuicht. Zaken kunnen op deze wijze worden gedifferentieerd aan de hand van de wijze van geschilbeslechting die het meest aangewezen lijkt voor het concrete geval: ‘knopen doorhakken’ door de rechter of bemiddeling door de mediator. Hierbij moet echter een kanttekening worden gemaakt. Hoewel ADR-procedures als mediation en arbitrage aan een opmars begonnen zijn, blijkt in het Nederlandse rechtssysteem sprake te zijn van een stijging van het aantal aangebrachte civiele zaken en van het aantal rechterlijke beslissingen in civiele zaken.² Dit duidt erop dat ADR en gerechtelijke procedures verschillende functies hebben in de rechtsorde. De instelling van ADR-procedures leidt niet automatisch tot een afname van de aanvoer van zaken bij de gerechten ten gunste van alternatieve geschilbeslechting. ADR-procedures kunnen juist zaken aantrekken die, bijvoorbeeld vanwege een gering financieel belang, de gerechten nooit bereikt zouden hebben.³ In die zin dienen geen wonderen te worden verwacht van de nieuwe mogelijkheid van doorverwijzing van zaken van de rechter naar de mediator.⁴

Algemeen vereiste bij de afbakening van het domein van de rechter blijft dat de effectieve toegang tot de rechter voor alle burgers gewaarborgd moet zijn. Op dit uitgangspunt bestaan slechts enkele uitzonderingen. Gedacht kan worden aan de financiële ondergrens voor het instellen van hoger beroep tegen beslissingen van de kantonrechter⁵ en de mogelijkheid voor contractspartijen om een afspraak te maken over verplichte arbitrage in geval van de beslechting van geschillen die in de toekomst tussen hen kunnen rijzen.⁶ Met het oog op de waarborg voor de burger van het openstaan van een rechtsgang dient in het kader van de afbakening ten opzichte van ADR te worden gegarandeerd dat onrechtmatig gebruik door de rechter van de doorverwijzingsmogelijkheid naar mediation is uitgesloten. Invoering van een mechanisme van toetsing van de beslissing tot doorverwijzing, op aangeven van een van de partijen bij het geschil, biedt uitkomst. Een derge-

¹ Loth & Mak 2007, p. 82. Zie *supra*, hoofdstuk 4.

² Klein Haarhuis & Niemeijer 2006a; RvdR 2005.

³ Klein Haarhuis & Niemeijer 2006a, p. 103.

⁴ Het verschil in functie kan wellicht (ten dele) verklaren waarom tot op heden door rechters nog weinig gebruik is gemaakt van de nieuwe doorverwijzingsmogelijkheid naar mediation. Vgl. Van Steenberghe 2005. Een dergelijke verklaring zou impliceren dat veel zaken op juiste gronden bij de rechter terechtkomen en niet bij de mediator.

⁵ Artikel 93 Rv. Over de mogelijke (verdere) verhoging van de competentiegrens van de kantonrechter, zie Werkgroep BOK 2006, p. 11.

⁶ Artikel 1020 lid 2 Rv.

lijke mogelijkheid van toetsing kan bijvoorbeeld worden gerealiseerd binnen het gerecht of bij een appellinstantie, in een procedure die vergelijkbaar is met de procedure van wraking van de rechter.

Een vergelijkbare redenering gaat op voor de afbakening van het domein van de strafrechter in het licht van de mogelijkheden van afdoening van zaken door middel van het bestuursstrafrecht, een transactie of OM-afdoening. In het bestuursrecht dient een reflectie plaats te vinden over de afbakening van het domein van de rechter ten opzichte van de geschilbeslechtende bevoegdheden van zelfstandige bestuursorganen. Rechterlijke toetsing dient op enig moment in de procedure tot de mogelijkheden te blijven behoren.

Uit de rechtsvergelijking met Frankrijk en Duitsland is gebleken dat in die rechtssystemen vergelijkbare tendensen spelen. De ontwikkeling van methoden van alternatieve geschilbeslechting en van afdoening van strafzaken en bestuurszaken buiten de rechter om heeft er echter (nog) niet een even hoge vlucht genomen als in Nederland. Opvallend is dat in Frankrijk bepaalde typen van geschillen worden afgedaan door rechters die zijn gekozen door en uit de groep van belanghebbenden bij de categorie van zaken die tot hun bevoegdheid hoort. Voorbeelden zijn de *conseils de prud'hommes*, waarin arbeidszaken worden behandeld door vertegenwoordigers van werknemers en werkgevers, en de *tribunaux de commerce*, waarin handelszaken worden afgedaan door vertegenwoordigers uit de beroepsgroep. Ervan uitgaande dat de in deze gerechten zittende rechters een goed oog hebben voor de onderliggende belangen die een rol spelen in de specifieke setting die aan de orde is, schurkt deze vorm van rechtspraak in de praktijk wellicht tegen mediation aan. In een vergelijking met de Nederlandse oplossing van doorverwijzing van zaken naar buitengerechtelijke geschilbeslechting kunnen de voordelen van rechterlijke behandeling van zaken ('onafhankelijke' rechtspraak, executoire beslissing) worden afgezet tegen de voordelen van buitengerechtelijke behandeling van zaken door een mediator (behandeling van zaken 'achter gesloten deuren', minder hoge proceskosten).⁷

Met betrekking tot de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken valt op dat in Duitsland geen opportunitetsbeginsel geldt zoals in Nederland. Opgesporde of aangebrachte strafzaken dienen vervolgd te worden.⁸ In de huidige toestand van de moderne 'rechtsstaten' die in het onderzoek zijn betrokken lijkt een systeem als het Duitse niet 'optimaal'. De waarborg van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie is op een zodanig peil dat niet-vervolgving van lichtere strafbare feiten positief uit de afweging komt ten opzichte van de inzet van middelen die gemoeid is met de vervolgving van alle strafbare feiten. Het Nederlandse rechtssysteem blijkt op dit punt een stap verder in de evolutie naar een balans van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen voor de hedendaagse 'rechtsstaat'.

⁷ Over de mogelijke wijziging van de organisatie van de arbeidsrechtspraak in Nederland wordt aan de Erasmus Universiteit Rotterdam onderzoek gedaan door Pascal Kruit. Vgl. Kruit 2007.

⁸ Behoudens enkele uitzonderingen. Zie *supra*, par. 4.3.2.

Het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie: optimalisering van managementstructuren met behoud van de onafhankelijke positie van de individuele rechter

Op het gebied van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie staan huidige tendensen – zoals wij hebben gezien – in het teken van de optimalisering van managementstructuren. Om de ‘transparantie’, ‘effectiviteit’ en ‘efficiëntie’ van de rechterlijke organisatie te vergroten zijn maatregelen ingevoerd op het terrein van de financiering, het personeelsbeleid en de bedrijfsvoering van de rechterlijke organisatie en op het terrein van het beleid voor de rechtspraak. In de Inleiding van dit onderzoek is de vraag gesteld hoe de nieuwe wijze van financiering van de gerechten en de mogelijkheid tot het geven van aanwijzingen aan rechters moeten worden gewaardeerd in het licht van de traditionele uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie. De analyse in hoofdstuk 5, in samenhang gezien met het zojuist geschetste kader voor de rechterlijke organisatie in de moderne ‘rechtsstaat’, geeft aanleiding om twee uitgangspunten voor het beheer en bestuur te onderscheiden, die met elkaar in evenwicht moeten worden gebracht.

Het uitgangspunt van optimalisering van managementstructuren, enerzijds, geeft ruim baan aan de doorvoering van hiërarchisering in de rechterlijke organisatie. In Nederland is dit met betrekking tot de financiering van de rechtspraak gebeurd door middel van de invoering van een ‘planning & control’-cyclus, waarin de Raad voor de rechtspraak een belangrijke rol vervult. Hiërarchisering op het gebied van het bestuur van de rechtspraak heeft plaatsgevonden door de toekenning van aanwijzingsbevoegdheden aan de Raad voor de rechtspraak, de minister van Justitie en de gerechtshoven met het oog op de realisatie van een ‘goede bedrijfsvoering’ van de gerechten. De ingevoerde maatregelen blijken tot dusver overwegend positief te worden beoordeeld door betrokkenen bij de rechterlijke organisatie. Het nieuwe financieringssysteem wordt omschreven als ‘complex, maar transparant’.⁹ De gerechten moeten echter nog wennen aan het nieuwe systeem en de effecten ervan. Ook blijken de onderhandelingen over de toekenning van financiering voor de rechtspraak in verband te staan met het financieringsbeleid van het ministerie van Financiën, waardoor een politiek element de kop opsteekt in een verder objectief systeem.¹⁰ Wat betreft de aanwijzingsbevoegdheden heeft tot nu toe geen ongewenste inhoudelijke bemoeienis met het oog op de garantie van de juridische kwaliteit van rechterlijke beslissingen en de waarborg van de rechtseenheid.¹¹ De ‘productie-eisen’ die zijn geïntroduceerd ter vergroting van de ‘efficiëntie’ van de rechtspraak blijken echter door een groot aantal rechters te worden beschouwd als een bedreiging voor de juridische kwaliteit van beslissingen en leveren in die zin een beperking op van de professionele autonomie van de rechter.¹² Er moet voor worden opgepast dat de hernieuwde legitimiteit van de rechterlijke organisatie die is gevonden in de uitwerking van ‘new public management’-beginselen verloren gaat in een afkalving van de kernwaarden van klassieke rechtsstatelijkheid.

⁹ Boone et al 2007, p. 119.

¹⁰ Boone et al 2007, p. 128.

¹¹ Boone et al 2007, p. 227.

¹² Boone et al 2007, p. 235.

Als tegenwicht ten opzichte van de maatregelen ter optimalisering van de managementstructuur voor de rechterlijke organisatie aan de hand van 'new public management'-beginselen geldt de eis van de waarborg van de 'onafhankelijkheid' van de rechter. Met betrekking tot de financiering van de rechtspraak valt de nieuwe regeling gunstig uit. Het nieuwe model in Nederland, waarin de Raad voor de rechtspraak met het ministerie van Justitie onderhandelt over het toe te kennen budget voor de rechtspraak, houdt – ondanks het politieke element van de afspraken tussen de ministeries van Justitie en van Financiën – een versterking in van de 'constitutionele' onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.¹³ Problematisch in de nieuwe, gehiërarchiseerde structuur is echter de waarborg van de 'functionele' en de 'feitelijke' onafhankelijkheid van de rechter. De mogelijkheden tot het geven van aanwijzingen betreffende de afhandeling van categorieën van zaken schuren dicht aan tegen de inhoudelijke behandeling van concrete gevallen en leveren in ieder geval een inperking in van de vrije oordeelsvorming door de rechter. De 'onafhankelijkheidsexcepties' die dienen ter voorkoming van te vergaande inmenging van de minister van Justitie en de Raad voor de rechtspraak in de inhoudelijke rechtspraak bieden weinig soelaas nu onduidelijkheid bestaat over hun verbindende karakter en over de mogelijkheid van toetsing van de aanwijzingen.¹⁴ Weliswaar zijn ten aanzien van het functioneren van de huidige bekleeders van 'bestuursposities' in de rechterlijke organisatie geen ongeoorloofde inbreuken op de rechterlijke 'onafhankelijkheid' geconstateerd. In de nieuwe regeling van de Wet RO zijn echter onvoldoende garanties ingebouwd om te voorkomen dat dit risico zich in de toekomst verwezenlijkt.¹⁵

Met betrekking tot de mogelijke rol van de Raad voor de rechtspraak bij de benoeming van rechters kan een blik over de grens worden geworpen. De rechtsvergelijking met Frankrijk levert interessante gegevens op betreffende de rol van de Franse Raad voor de rechtspraak bij de benoeming en bevordering van leden van de rechterlijke macht. In verband met de aanbeveling van het Comité van ministers van de Raad van Europa dient ook voor het Nederlandse rechtssysteem in overweging te worden genomen om de benoeming van rechters neer te leggen bij 'een van overheid en bestuur onafhankelijk orgaan, dat volgens een transparante en met waarborgen omgeven procedure beslist.'¹⁶

De verdeling van rechtsmacht: optimalisering van arbeidsverdeling met behoud van onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak

Behalve de afbakening van het werkterrein van de rechter en de regeling van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie ondervindt ook de verdeling van rechtsmacht de effecten van de toegenomen aandacht voor 'new public management'-beginselen in het kader van de organisatie van de rechtspraak. Concentratie van rechtspraak en inzet van gespecialiseerde rechters vormen antwoorden op de door de samenleving geuite wens van tijdige en deskundige afdoening van zaken door de gerechten. In het ontwik-

¹³ Vgl. *supra*, hoofdstuk 5.

¹⁴ Vgl. *supra*, hoofdstuk 5 en Mak 2006.

¹⁵ Boone et al 2007, p. 227 en p. 236.

¹⁶ Committee of Ministers of the Council of Europe 1994. Vgl. Bovend'Eert 2000b, pp. 14-15 en Franken 1997, pp. 21-22.

kelde denkkader voor de rechterlijke organisatie in de moderne ‘rechtsstaat’ Nederland vertalen die tendensen zich in een optimalisering van de arbeidsverdeling binnen de rechterlijke organisatie met behoud van de waarborg van ‘onafhankelijke’ en ‘onpartijdige’ rechtspraak.

Een optimalisering van de arbeidsverdeling, in de eerste plaats, vaart wel bij een ‘functionalisering’ van de verdeling van zaken en de inzet van rechters in de rechtsorde. Ontwikkelingen van concentratie van rechtspraak en van inzet van gespecialiseerde rechters in verschillende gerechten op het grondgebied van de Staat passen goed in dit beeld. De tendens die de laatste jaren in Nederland heeft plaatsgevonden kan daarom als positief worden beschouwd. De commissie-Deetman pleit in dit verband zelfs voor een nog flexibeler stelsel van territoriale verdeling van rechtsmacht in de Nederlandse rechtsorde. Zij komt tot de aanbeveling om in plaats van wettelijke vaststelling van de locatie van nevenvestigingen van gerechten te volstaan met de wettelijke bepaling dat voorzien dient te worden in toegankelijke rechtspraak. In samenhang met die bepaling zou een beleidskader moeten worden opgesteld op basis waarvan de beoordeling kan plaatsvinden of instelling van een nevenvestiging gewenst is.¹⁷ Als kanttkening bij de toename van ‘specialisatie’ geldt dat ‘efficiëntie’ door specialisering ten koste kan gaan van de ‘kwaliteit’ van rechterlijke beslissingen die voortvloeit uit de bredere kennis van generalistische rechters.¹⁸ Andere nadelen die verbonden zijn aan ‘specialisatie’ betreffen de mogelijke vermindering van de fysieke bereikbaarheid van gerechten en de verstarring van de rechtsontwikkeling bij gebrek aan tegenspraak.¹⁹ Bovendien moet ook in het geval van de verdeling van rechtsmacht aandacht blijven bestaan voor de garantie van de *noyau dur* van de klassiek-rechtsstatelijke beginselen van ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’, die verbonden zijn met de ‘autonome’ grondslag voor de legitimiteit van de rechterlijke organisatie.

Het behoud van de waarborg van ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ van de rechter moet in dit verband worden bekeken in het licht van de constitutionalisering van uitgangspunten voor de verdeling van rechtsmacht. De constitutionele eis van instelling van categorieën van gerechten bij wet in formele zin stelt een ondergrens aan de flexibiliteit van oplossingen voor de arbeidsverdeling binnen de rechterlijke organisatie. Deze grens waarborgt dat rechtsgangen niet kunnen worden opgeheven door de uitvoerende macht, hetgeen ook in het huidige tijdsgewricht een noodzakelijke minimumeis aan de rechterlijke organisatie is ter voorkoming van ongewenste politieke beïnvloeding van de rechtspraak. Concentratie van zaken lijkt voor het Nederlandse rechtssysteem op afdoende wijze omkaderd te zijn door het *Toetsingskader rechterlijke concentratie* van de Raad voor de rechtspraak.²⁰ De criteria voor concentratie die zijn gelegen in het geringe aantal zaken dat zich per jaar voordoet op een bepaald rechtsgebied en de complexiteit van de te behandelen materie leveren heldere referentiepunten op. Een gevaar voor de ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’ van de rechtspraak doet op in de mogelijkheid

¹⁷ Commissie Deetman 2006, p. II.

¹⁸ De Groot-Van Leeuwen & Van Steenberghe 2006, p. 49.

¹⁹ Buruma 2006, p. 16.

²⁰ RvdR 2004.

van het ontstaan van te kleine settings voor gespecialiseerde rechtspraak.²¹ Het is daarom aanbevelenswaardig om in de afweging tot invoering van concentratie op een bepaald rechtsgebied een evaluatie mee te nemen betreffende de (on)waarschijnlijkheid van realisatie van dit gevaar op het gebied waar concentratie wordt voorgesteld.

Uit de rechtsvergelijking met Frankrijk en Duitsland blijkt dat ontwikkelingen met betrekking tot concentratie en specialisatie van rechtspraak in die rechtssystemen minder ver gevorderd zijn dan in Nederland. Een verklaring hiervoor is te vinden in de behoudender rechtscultuur in beide landen alsmede – in het bijzonder wat Duitsland betreft – in de meer uitgewerkte klassiek-rechtsstatelijke eisen aan de rechterlijke organisatie die zijn ingebed in het kader van de formele Constitutie. In beide landen doen zich echter problemen voor met betrekking tot de zaaklast van gerechten en de beschikbare financiering voor de gerechten. Die problemen dwingen net als in Nederland tot een ‘efficiëntere’ organisatie van de rechtspraak. Indien op het beleids- en wetgevingsniveau en in de praktijk van de rechterlijke organisatie in Nederland zorg wordt besteed aan de afgewogen ontwikkeling van nieuwe oplossingen van concentratie en specialisatie, kan ons land op het gebied van de verdeling van rechtsmacht een voorbeeldfunctie vervullen voor de ontwikkelingen in Frankrijk en Duitsland.

Hiermee is een helderder kader gerealiseerd voor de afweging van beginselen voor de rechterlijke organisatie in het Nederlandse rechtssysteem en in rechtssystemen als Frankrijk en Duitsland, die wat betreft rechtsstatelijke ontwikkeling en niveau van constitutionalisering vergelijkbaar zijn met Nederland. Naast de effecten die aldus met het onderzoek zijn bereikt, kan uit de onderzoeksresultaten een aantal mogelijkheden worden afgeleid voor vervolgonderzoek.

2 Mogelijkheden van de nieuwe classificatie: een denkraam voor vergelijkend onderzoek in de toekomst

In aanvulling op de zojuist geformuleerde conclusie ten aanzien van de effecten van de nieuwe classificatie van uitgangspunten op de discussie over de rechterlijke organisatie in Nederland kunnen enkele mogelijkheden voor vervolgonderzoek worden aangewezen. In de eerste plaats kan verder onderzoek worden gedaan naar aspecten van de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland. In de tweede plaats leent het ontwikkelde denkraam zich voor een uitbreiding van de vergelijking naar rechtsstatelijke ‘trendmakers’ en ‘trendvolgers’ op het gebied van de rechterlijke organisatie. Tot slot is het mogelijk de vergelijking uit te breiden naar transnationale rechtsstatelijke constructies.

- VERDIEPING VAN HET ONDERZOEK VAN NEDERLAND, FRANKRIJK EN DUITSLAND

De vastgestelde uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in de rechtssystemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland geven aanleiding tot de formulering van een aantal onderwerpen voor vervolgonderzoek.

²¹ Vgl. Buruma 2006, p. 16.

De afbakening van het domein van de rechter vormt reeds onderwerp van discussies op beleidsniveau en op wetenschappelijk niveau.²² Bij toekomstige evaluaties van nieuwe oplossingen in dit verband biedt discussie in het ‘new public management’-paradigma een scherper denkkader voor de realisatie van legitieme oplossingen in het huidige tijdsgewricht. Op die wijze kan een duidelijker afweging worden gemaakt van de voor- en nadelen van uitbreiding van het rechterlijke domein, bijvoorbeeld door de invoering en vormgeving van ‘constitutionele toetsing’, of beperking van het rechterlijke domein, bijvoorbeeld door ‘rechtspraak naast mediation’ of OM-afdoening van strafzaken. Onderzocht kan worden in hoeverre de legitimiteit van de rechtspraak wordt bevorderd of bedreigd door deze oplossingen, tegen de achtergrond van een inventarisatie van de rol van de rechter in de huidige samenleving.

Wat betreft het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie verdient aanbeveling nader onderzoek te doen naar de inhoud en effecten van ‘onafhankelijkheidsexcepties’. Daarbij kan wat betreft de discussie in Nederland onder meer worden ingegaan op het voorstel van de commissie-Deetman om wat betreft de garantie van de rechtseenheid te komen tot een nadere samenwerking met de Hoge Raad en met de hoogste bestuursrechters.²³ Onderzoek is tevens geboden ten aanzien van de verhouding tussen juridische kwaliteit van rechterlijke beslissingen en de ‘efficiëntie’ van de rechterlijke organisatie, tegen de achtergrond van de waarborg van de professionele autonomie van de rechter.

Ook op het gebied van de verdeling van rechtsmacht, ten slotte, is van belang om de evaluatie van oplossingen niet louter in het licht van klassiek-rechtsstatelijke beginselen of ‘new public management’-beginselen te zien, maar tegen de achtergrond van een legitiem evenwicht van die twee typen van beginselen in de huidige politieke en maatschappelijke context. In dat verband kan onderzoek plaatsvinden naar de mogelijkheden tot een flexibeler vaststelling van de locaties van de rechtspraak. De resultaten van reeds voltooide onderzoeken²⁴ kunnen opnieuw worden geëvalueerd in het licht van het ‘new public management’-paradigma en leveren dan wellicht nieuwe oplossingen voor beleidsvorming op.

Hiermee is beschreven hoe een verdieping van het onderzoek gerealiseerd kan worden. Daarnaast zullen nu enkele mogelijkheden tot verbreding of uitbreiding van het onderzoek worden aangewezen.

- UITBREIDING VAN DE VERGELIJKING NAAR RECHTSSTATELIJKE ‘TRENDMAKERS’ EN ‘TRENDVOLGERS’

Het onderzoek is in eerste instantie beperkt tot drie rechtssystemen die zich op vergelijkbare wijze ontwikkeld hebben, inhoudelijk en in de tijd. Indien het onderzoeksveld wordt uitgebreid, kan een blik worden geworpen op rechtssystemen die verder of min-

²² In dat verband kan worden gewezen op het project ‘Rechtspraak 2015’ van het ministerie van Justitie; vgl. Loth & Mak 2007.

²³ Commissie Deetman 2006, p. II.

²⁴ Zoals Struiksma et al 2000 ; Commaille 1995; Commaille 2000. Zie tevens Klein Haarhuis 2005.

der ver zijn in de ontwikkeling van ‘new public management’-oplossingen voor de rechterlijke organisatie. Het rechtssysteem van de Verenigde Staten geldt in dat verband als een ‘trendmaker’ op het gebied van de uitwerking van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen. Bij onderzoek naar ‘trendvolgers’ kan aandacht worden besteed aan ‘jongere’ rechtsstaten waar de waarborg van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten nog geen vanzelfsprekendheid is, maar waar ‘new public management’-beginselen in de globale trend van vergroting van marktwerking reeds in embryonale vorm hun opwachting maken.

Trendmakers: een vergelijking met ontwikkelingen in de Verenigde Staten

De rechterlijke organisatie in de Verenigde Staten is verder dan elk van de onderzochte rechtssystemen in de ontwikkeling van een evenwicht tussen klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen bij de uitwerking van oplossingen voor de rechterlijke organisatie. Klein Haarhuis en Niemeijer beschrijven de ontwikkeling van ‘managerial justice’²⁵, waarbij sprake is van een institutionele praktijk en ideologie waarin rechters zichzelf als ‘problem-solvers’ beschouwen. Als ‘case managers’ leggen zij in hun functie-uitoefening de nadruk op het bevorderen van schikkingen en het wegwerken van zaaklasten.²⁶ Het betreft een spontane ontwikkeling binnen de Amerikaanse rechterlijke macht, die samenhangt met de beperking van de beschikbare financiële middelen voor de rechtspraak. Daarmee kan een verschil worden aangewezen ten opzichte van de ontwikkeling in het Nederlandse rechtssysteem, waar de belangrijkste invloed op de invoering van een dergelijke ‘problem solving conception’ op de rechtspraak afkomstig is van het ministerie van Justitie.²⁷

Op basis van dit onderscheid in de ontwikkelingen in de onderzochte West-Europese rechtssystemen en in de Verenigde Staten, kan rechtsvergelijkend onderzoek in het ‘new public management’-paradigma interessante inzichten opleveren. Mogelijkheden betreffen een inventarisatie van oplossingen op het gebied van de buitengerechtelijke geschilbeslechting. In dat verband kan bijvoorbeeld een nieuwe blik worden geworpen op de resultaten van het onderzoek van Suzan Verberk naar de relatie van de rechterlijke macht tot de samenleving in Californië.²⁸ Beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie kunnen bestudeerd worden in het licht van de overwegingen voor invoering van ‘managerial justice’. Wat betreft de verdeling van rechtsmacht kan vanuit het ‘new public management’-paradigma nader onderzoek worden gedaan naar bijvoorbeeld het fenomeen ‘forumshopping’. In meer algemene zin vormt het zojuist aangestipte verschil in de ontwikkeling van oplossingen voor de rechterlijke organisatie in West-Europese rechtssystemen en in de Verenigde Staten aanleiding tot een nader onderzoek naar de percepties ten aanzien van de rol van de rechter in deze rechtssystemen – zowel vanuit het externe perspectief van samenleving en politiek, als vanuit het interne

²⁵ Klein Haarhuis & Niemeijer 2006a, p. 100; Galanter 2004.

²⁶ Klein Haarhuis & Niemeijer 2006a, p. 100.

²⁷ Klein Haarhuis & Niemeijer 2006a, p. 100.

²⁸ Verberk 2005.

perspectief van de rechterlijke macht zelf – en naar de mate waarin klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen bepalend zijn voor die percepties.

Een andere mogelijkheid voor vervolgonderzoek betreft de analyse van beginselen voor de rechterlijke organisatie in rechtssystemen waar de ontwikkeling naar een ‘rechtsstatelijke’ staatsorganisatie pas later is ingezet dan in de onderzochte systemen van Nederland, Frankrijk en Duitsland.

Trendvolgers: een vergelijking met ontwikkelingen in ‘jongere’ rechtsstaten

Evenals een onderzoek van ‘nieuwe rechtsstaten’ interessante gegevens kan opleveren over bijvoorbeeld de motieven voor en de effecten van invoering van een mechanisme van constitutionele toetsing²⁹, kan de confrontatie van ontwikkelingen in ‘oude’ en ‘nieuwe rechtsstaten’ meer inzicht geven in de wisselwerking tussen beginselen voor de rechterlijke organisatie. Een vraag die rijst betreft bijvoorbeeld het ‘tijdspect’ in de concretisering van beginselen voor de rechterlijke organisatie: in hoeverre leidt een gelijktijdige opkomst van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen tot een andere vormgeving van de rechterlijke organisatie dan een sequentiële ontwikkeling waarin ‘new public management’-beginselen hun intrede doen in een bestaande oplossingsstructuur gebaseerd op klassiek-rechtsstatelijke beginselen? In dit verband kan onder meer aandacht worden besteed aan de ontwikkelingen in nieuwe lidstaten van de Europese Unie. Voor toetreding wordt vereist dat die Staten voldoen aan de eisen die met betrekking tot rechtsstatelijkheid en democratie gelden in de EU, en die zijn neergelegd in de Kopenhagen-criteria.³⁰ Die eisen komen voort uit de constitutionele tradities van de (West-Europese) Staten die aan de basis van de Europese samenwerking staan.³¹ Voor de meeste Staten die beogen toe te treden tot de EU brengt de wens tot toetreding de noodzaak tot drastische hervormingen met zich mee. Naast de vervulling van de Kopenhagen-criteria dienen kandidaat-lidstaten wetgeving in te voeren om het nationale recht in overeenstemming te brengen met het geldende EU-recht, het ‘*acquis communautaire*’. In het kader van de voorbereiding van de toetreding van een of meer nieuwe lidstaten wordt dit *acquis* opgedeeld in hoofdstukken die betrekking hebben op verschillende beleidsgebieden. Zo zijn voor de vijfde uitbreiding, die bestond in de toelating van Bulgarije en Roemenië tot de EU, 31 hoofdstukken geschreven. Voor de onderhandelingen met Kroatië en Turkije is het *acquis* opgesplitst in 35 hoofdstukken.³²

Op politiek niveau moet in dit verband de vraag worden beantwoord in hoeverre het wenselijk is om eisen die in de huidige EU-lidstaten gelden voor de legitimiteit van de staatsorganisatie op te leggen aan nieuwe lidstaten. Vanuit rechtstheoretisch en consti-

²⁹ Bedoeld is het onderzoek van Hirschl 2004.

³⁰ http://europa.eu/scadplus/glossary/accession_criteria_copenhagen_nl.htm.

³¹ Vgl. artikel 6 lid 1 EU-verdrag.

³² http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/how_does_a_country_join_the_eu/negotiations_croatia_turkey/index_en.htm#acquis, geraadpleegd op 17 augustus 2007.

tioneel perspectief kan een onderzoek worden ingesteld naar de juridische aanvaardbaarheid van een dergelijk proces. Het denkkader waarin klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten en 'new public management'-uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie compatibel gemaakt zijn, biedt een handvat voor de beantwoording van die laatste vraag. Aan de hand van een inventarisatie van de constitutionele regelingen van de kandidaat-lidstaten kan, tegen de achtergrond van de politieke en maatschappelijke context, worden bekeken in hoeverre het 'Europese' evenwicht van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen voor de rechterlijke organisatie aansluit bij de legitimiteitseisen voor de rechtspraak in de kandidaat-lidstaten. Voorafgaand aan een dergelijk onderzoek zal het 'Europese' evenwicht van beginselen moeten worden vastgesteld door middel van een analyse van het *acquis communautaire* in het licht van het ontwikkelde denkkader voor de rechterlijke organisatie.

Hiermee raken wij aan een derde reeks van mogelijkheden tot uitbreiding van het onderzoek. Het betreft de uitbreiding van de rechtsvergelijking naar transnationale rechtsstatelijke constructies.

- UITBREIDING VAN DE VERGELIJKING NAAR TRANSNATIONALE RECHTSSTATELIJKE CONSTRUCTIES

Niet alleen op het niveau van 'staten', maar ook op het niveau van internationale organisaties vindt rechtspraak plaats. De ontwikkeling van 'constitutionalisering' op het internationale en Europese niveau³³ maakt het mogelijk om de organisatie van de rechtspraak op die niveaus te onderzoeken in het licht van het in het huidige onderzoek ontwikkelde denkraam. Enerzijds kunnen internationale ontwikkelingen in het kader van de globalisering van de rechtspraak worden geïnventariseerd. Anderzijds kan het evenwicht tussen klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen worden onderzocht op het Europese niveau, bijvoorbeeld met betrekking tot het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen of met betrekking tot het EHRM.

Internationale ontwikkelingen: de globalisering van de rechtspraak

Rechtspraak is reeds lang niet meer louter een nationale aangelegenheid. In het kader van internationale organisaties, bijvoorbeeld de Verenigde Naties en de *World Trade Organization*, zijn op verschillende gebieden van internationaal recht mechanismen van geschilbeslechting ontwikkeld. Als voorbeelden kunnen worden genoemd het Internationale Gerechtshof van de VN, de tribunalen voor de vervolging van strafbare feiten gepleegd tijdens de oorlogen in het voormalige Joegoslavië en in Rwanda, en de geschilbeslechtingsprocedures in het kader van de *WTO*. Met de opkomst van de wetenschappelijke discussie ten aanzien van 'constitutionalisering' van het recht en van rechtsordes op internationaal niveau³⁴ heeft de zoektocht naar 'rechtsstatelijk' verantwoorde oplossingen voor de organisatie van de rechtspraak op dat niveau een nieuwe impuls gekregen.

³³ Vgl. *supra*, par. 2.2.3.

³⁴ Zie bijvoorbeeld St. John Macdonald & Johnston 2005.

Onderzoek in het ‘new public management’-paradigma biedt mogelijkheden voor een evaluatie van constructies voor geschilbeslechting op het internationale niveau tegen de achtergrond van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen. Op die wijze kan enerzijds worden bijgedragen aan de maximalisatie van de legitimiteit van de rechtspraak op het internationale niveau en anderzijds aan de optimalisatie van oplossingen voor de organisatie van een legitieme internationale rechtspraak.

Een vergelijkbare redenering gaat op voor de rechtspraak op het Europese niveau, dat zich kenmerkt door twee specifieke vormen van ‘rechterlijke organisatie’.

Europese ontwikkelingen: het HvJ EG en het EHRM in het ‘new public management’-paradigma

Op het Europese niveau kunnen de gerechten in Luxemburg en in Straatsburg onder de loep worden genomen. Zowel in de sfeer van het EU-recht als met betrekking tot het EVRM wordt een klassiek-rechtsstatelijke basis onderkend. De rechterlijke organisatie met betrekking tot het HvJ EG en het GEA en met betrekking tot het EHRM heeft een ‘constitutionele’ basis in de institutionele regelingen betreffende de organisaties waarvan deze gerechten deel uitmaken.³⁵ Vanuit de problemen met stijgende zaaklasten en de complexiteit die gepaard gaat met een groei van het aantal lidstaten of verdragsstaten rijst de vraag naar de meest ‘effectieve’ en ‘efficiënte’ wijze van organisatie van deze gerechten met behoud van klassiek-rechtsstatelijke waarborgen voor ‘onafhankelijke’ en ‘onpartijdige’ rechtspraak.

Onderzoek in dit verband kan worden toegesneden op de vraag naar de integratie van ‘new public management’-beginselen in het bestaande constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie met betrekking tot de Europese gerechten. Daartoe dient de ontwikkeling van de constitutionele kaders voor de Europese rechterlijke organisatie te worden onderzocht in het licht van relevante juridische en contextuele aspecten. Uitgaande van de geconsolideerde status van klassiek-rechtsstatelijke uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie kan op basis van verdragsbepalingen en jurisprudentie worden bekeken in hoeverre een mogelijkheid bestaat tot concretisering van ‘new public management’-beginselen bij de organisatie van de Europese rechtspraak.

Aspecten die in het onderzoek betrokken kunnen worden, vallen goeddeels samen met de elementen van de rechterlijke organisatie op het nationale niveau van ‘rechtsstatelijke’ rechtssystemen. Zo kan aandacht worden besteed aan de afbakening van het domein van de rechter ten opzichte van andere institutionele actoren; op het niveau van de EU bijvoorbeeld ten aanzien van de Commissie en de Raad. Ook beheer en bestuur van de gerechten en de verdeling van rechtsmacht (tussen het HvJ EG en het GEA; tussen de Europese gerechten en nationale (hoogste) gerechten) verdienen een nieuwe evaluatie in het licht van het ‘new public management’-paradigma. De analyse kan onder meer interessante inzichten opleveren ten aanzien van de wederzijdse beïnvloeding tussen het recht van de Europese instellingen en het recht van de lidstaten. Op basis van onderzoek

³⁵ Met betrekking tot de ‘constitutionalisering’ op het Europese niveau, zie Nolte 2005; Pernice 2002. Vgl. *supra*, par. 2.2.3.

in het licht van het ‘new public management’-paradigma kunnen aanbevelingen worden gedaan ter vergroting van de legitimiteit van de rechtspraak door de Europese gerechten.

3 Tot slot

Met deze formulering van een aantal gedachten ten aanzien van recente ontwikkelingen in de modernisering van de rechterlijke organisatie in Nederland, en ten aanzien van mogelijkheden tot verder vergelijkend onderzoek naar de uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie, nadert dit betoog zijn einde. Het onderzoek stond in het teken van een nieuwe classificatie van de beginselen die een rol spelen bij de organisatie van de rechtspraak in Nederland en in een aantal andere moderne ‘rechtsstaten’. Getracht is een nieuw licht te werpen op de uitwisseling van argumenten in de moderniseringsdebatten. Hopelijk dragen de resultaten van het onderzoek bij aan een helderder reflectie op het niveau van de rechtswetenschap, op het niveau van politiek en samenleving, en – ‘last but not least’ – binnen de rechterlijke organisatie zelf.

CONCLUSIE

Résumé

L'équilibre de l'organisation juridictionnelle ; une recherche sur le rôle des principes de l'État de droit classique et du « new public management » dans le cadre de l'organisation juridictionnelle aux Pays-Bas, en France et en Allemagne

Le débat sur la réforme de l'organisation juridictionnelle dans les systèmes juridiques des Pays-Bas, de la France et de l'Allemagne est caractérisé par un mélange de deux types d'arguments. Des principes pour la régulation du pouvoir dans l'État, qui concernent la légitimité de l'organisation juridictionnelle dans la perspective de l'« État de droit classique », doivent être compensées par des principes visant la réalisation d'une organisation « optimalement transparente et efficace », lesquels sous-tendent la légitimité qui dans des années récentes a été découverte dans une perspective de « new public management » sur l'ordre social de l'« État de droit ». La nature différente des arguments fondés sur les deux types de principes et leurs incidences sur l'organisation juridictionnelle, toutefois, n'ont pas encore été reconnues de manière suffisante dans les débats aux Pays-Bas, en France et en Allemagne. Une première démarche pour clarifier le cadre de référence pour les débats est faite, dans la présente recherche, par l'observation de la progression des principes du « new public management » dans le contexte de l'évolution des conceptions de l'« État de droit » et de la « constitutionnalisation » du droit dans les ordres juridiques des Pays-Bas, de la France et de l'Allemagne.

Dans le Chapitre 1^{er}, l'interaction entre les types différents de normes de référence pour l'organisation juridictionnelle dans l'« État de droit » a été analysée à la lumière des deux paradigmes relatifs à l'organisation juridictionnelle. Une première série de normes de référence est exprimée dans le paradigme de l'« État de droit classique », dans lequel l'« indépendance » et l'« impartialité » figurent en tant que normes de base pour l'organisation juridictionnelle. Une seconde série de normes de référence trouve son origine dans le paradigme du « new public management », dans lequel les normes de « transparence » et d'« efficacité » de l'organisation de l'État se manifestent à côté des normes de l'« État de droit classique ». Les rapports entre les paradigmes n'ont pas encore fait l'objet de recherches approfondies. Nous avons constaté que le paradigme du « new public management » est venu extrapoler le paradigme de l'« État de droit classique » pour la discussion sur l'organisation juridictionnelle. Les normes de référence de l'« État de droit classique » ont gardé une place dans ce nouveau paradigme. Toutefois, dans le cadre « juridique » de référence, qui est constitué par les « principes » pour l'organisation juridictionnelle, ces normes de référence sont confrontées à un nouveau groupe de normes de référence qui ont obtenu le statut de « principes » pour l'organisation juridictionnelle : il s'agit des principes du « new public management » ou d'« exigences de qualité » pour l'organisation juridictionnelle. Dans beaucoup de cas, les

deux types de normes de référence semblent se compléter ou se renforcer réciproquement : une justice « indépendante » et « impartiale » réalisée par la séparation des pouvoirs et par la répartition « territoriale » des compétences judiciaires est en harmonie avec les principes qui exigent une organisation juridictionnelle « transparente » et « efficace ». Dans d'autres cas, toutefois, les deux types de normes de référence semblent entrer en conflit : des nouvelles mesures visant la réalisation d'une organisation juridictionnelle plus « transparente » et plus « efficace » peuvent faire découler des tensions par rapport aux principes de l'« État de droit classique », par exemple dans le cas de la réalisation d'une plus grande « spécialisation » dans l'organisation juridictionnelle. Une possibilité pour évaluer les deux types de normes de référence dans les débats sur la réforme est réalisée en les rendant compatibles, dans le paradigme du « new public management », grâce à la « constitutionnalisation » par laquelle des normes de références sont définies comme « principes ». Les participants aux débats qui favorisent l'optimalisation des principes de l'« État de droit classique » devront accepter que la concrétisation de ces principes ne peut se faire, dans le nouveau paradigme, que par un équilibrage par rapport aux principes du « new public management ». Les participants qui favorisent l'optimalisation des principes du « new public management » devront prendre en compte, lors de la concrétisation de ces principes, le « noyau dur » de principes de l'« État de droit classique ». La redéfinition et la maximalisation de la légitimité de l'organisation juridictionnelle qui peuvent être réalisées de cette manière, dans les systèmes juridiques sélectionnés pour la recherche, sont exprimées dans la « Constitution » au sens formel.

Dans le 2^{ème} Chapitre, nous avons analysé l'aménagement constitutionnel des principes pour l'organisation juridictionnelle dans les systèmes juridiques des Pays-Bas, de la France et de l'Allemagne. Par la consécration dans une « Constitution », des « principes » peuvent obtenir le statut de normes de valeur formellement constitutionnelle. Par cela, ces principes serviront en tant que normes de référence pour les autorités investies de compétences normatives relatives à l'organisation juridictionnelle dans la recherche de nouvelles solutions pour cette organisation. Le sens des dispositions constitutionnelles est déterminé au moyen de l'interprétation de ces dispositions par le législateur, par le pouvoir réglementaire et par le juge. Plusieurs facteurs ont une incidence sur l'évolution des cadres constitutionnels au sens formel pour l'organisation juridictionnelle aux Pays-Bas, en France et en Allemagne. Nous avons distingués : la « rigidité » de la Constitution ; le rôle d'un « contrôle de constitutionnalité » dans un système juridique ; le rôle du droit international dans un système juridique interne. Ces facteurs ont des incidences sur la modification, la protection et l'harmonisation du domaine constitutionnel de la production des normes pour l'organisation juridictionnelle. Le recul pris par le législateur concernant l'élaboration des normes, et la croissance du contrôle judiciaire à la lumière des développements de constitutionnalisation et d'internationalisation, ont donné une impulsion au rôle du juge dans la procédure de concrétisation des principes relatifs à l'organisation juridictionnelle dans le droit constitutionnel positif.

La trame d'analyse pour déterminer l'incidence des principes de l'« État de droit classique » et des principes du « new public management » dans le cadre de l'organisation ju-

ridictionnelle aux Pays-Bas, en France et en Allemagne a été esquissée dans le 3^{ème} Chapitre, et elle a été traduite en un modèle pour expliquer le choix des solutions relatives à l'organisation juridictionnelle dans chacun de ces systèmes juridiques. Les différents types de principes d'organisation juridictionnelle dans le cadre de normes formellement constitutionnelles qui visent la réalisation de solutions « légales » pour l'organisation juridictionnelle, ainsi que l'évolution de l'équilibre de principes dans le cadre sous-jacent de normes matériellement constitutionnelles qui visent la réalisation de solutions « légitimes » pour l'organisation juridictionnelle, entretiennent une relation de dépendance par rapport à la « rigidité » ou la « flexibilité » du cadre constitutionnel au sens formel. Cette « rigidité » ou « flexibilité » détermine dans quelle mesure les options des producteurs de normes concernant le choix d'une solution spécifique pour l'organisation juridictionnelle sont limitées par l'équilibre constitutionnel de principes formalisés dans la Constitution. La mesure de « rigidité » ou « flexibilité » du cadre constitutionnel dans un système juridique est le résultat de l'interaction des facteurs distingués dans le 2^{ème} Chapitre, qui ont une incidence sur le classement constitutionnel des principes. L'analyse du 3^{ème} Chapitre a démontré que ces facteurs ne contribuent pas dans la même mesure à la « rigidité » ou « flexibilité » du cadre constitutionnel. Le contenu et le détail des dispositions constitutionnelles et la possibilité d'une révision constitutionnelle forment les facteurs les plus importants concernant la « rigidité » ou « flexibilité » du cadre constitutionnel au moment de l'introduction de la Constitution. Dans l'évolution de systèmes juridiques, toutefois, des mécanismes de contrôle juridictionnel forment des indications plus importantes que ces deux facteurs pour la détermination de la place d'un système juridique sur le continuum de « rigidité » et de « flexibilité » du cadre constitutionnel. Avec ces constatations, nous avons entamé une recherche sur les solutions aux problèmes de l'organisation juridictionnelle dans les États de droit modernes des Pays-Bas, de la France et de l'Allemagne.

Le 4^{ème} Chapitre contient une première analyse thématique des solutions pour la légitimité de l'organisation juridictionnelle, une légitimité qui doit être trouvée dans un équilibre des principes d'« autonomie » et de « responsabilité » du droit constitutionnel relatif à l'organisation juridictionnelle. La question centrale concernait, dans un premier temps, la délimitation de l'activité judiciaire dans le domaine public, et, dans un second temps, la délimitation de l'activité judiciaire par rapport au domaine privé. Autrement dit, il s'agissait de déterminer le rôle du pouvoir judiciaire par rapport aux pouvoirs politiques dans l'État et le rôle du règlement juridictionnel des litiges par rapport aux modes alternatifs de règlement des litiges. La méthode de recherche consistait en une analyse comparatiste des principes pour l'organisation juridictionnelle dans l'« État de droit » dans le contexte historique et dans le contexte actuel des trois systèmes juridiques sélectionnés pour la recherche. Nous avons essayé de déterminer dans quelle mesure les facteurs d'incidence sur le cadre constitutionnel sont décisifs pour l'expression de nouvelles notions concernant l'organisation juridictionnelle dans les normes de droit positif relatives à ce sujet. L'analyse a révélé un nombre de principes qui reflètent le noyau constitutionnel de l'activité judiciaire qui limite le choix entre des solutions pour l'organisation juridictionnelle fondées dans l'« autonomie » ou dans la « responsabilité » du droit. Les as-

pects constitutionnels concernant la délimitation du « domaine judiciaire » peuvent être classifiés dans deux groupes. Dans le domaine public, qui concerne les rapports entre les pouvoirs étatiques, le discours qui part du paradigme de l'« État de droit classique » lie la légitimité du pouvoir judiciaire à la promesse de neutralité politique qui constitue l'essence de l'« indépendance » judiciaire. Le discours qui part du paradigme du « new public management » lie la légitimité du pouvoir judiciaire dans le domaine public à l'acceptation de la responsabilité qui correspond à la qualification de l'activité judiciaire comme un élément du service public livré par l'État. Des effets complémentaires ou de renforcement des principes sont exprimés dans les constructions concernant la garantie de responsabilité du pouvoir judiciaire pour l'exercice de sa fonction. Une collision de principes se produit là où des principes du « new public management » se confrontent au principe de neutralité politique de l'activité judiciaire. Les bornes posées par le paradigme de l'« État de droit classique » concernent la création des juridictions par la loi ; les garanties concernant le statut des juges ; et les garanties minimums d'un « procès équitable ». Dans la délimitation de l'activité judiciaire par rapport au domaine non juridictionnel de règlement des litiges, la légitimité fondée dans les principes de l'« État de droit classique » est liée au statut de l'activité judiciaire comme mode public et régularisé de règlement des litiges, qui vise la protection en droit des citoyens. Le paradigme du « new public management » offre une base de légitimité pour l'organisation juridictionnelle en mettant l'accent sur les garanties spécifiques du règlement juridictionnel des litiges qui le distinguent des modes alternatifs de règlement des litiges. La voie juridictionnelle est ainsi présentée comme une « option raisonnable » dans la gamme des modes de règlement des litiges. Des effets complémentaires ou de renforcement des principes sont exprimés dans le positionnement de l'activité judiciaire comme mode « transparent » et « efficace » de règlement des litiges qui offre en même temps des garanties d'un « procès équitable ». Les possibilités de concrétisation des principes du « new public management » au niveau de l'organisation du règlement des litiges trouvent une limitation dans les garanties de l'« État de droit classique », qui sont notamment importantes en ce qui concerne le caractère public du règlement des litiges par l'État.

La recherche entamée dans le 5^{ème} Chapitre forme une prolongation de l'analyse du 4^{ème} Chapitre. Non seulement peut-on distinguer une base constitutionnelle de l'activité judiciaire, mais aussi la structure organisationnelle pour l'exercice de cette fonction dans l'« État de droit » est l'objet des normes constitutionnelles. Dans les débats menés récemment dans les systèmes juridiques des Pays-Bas, de la France et de l'Allemagne, des solutions historiquement développées pour l'« administration » des juridictions fondés sur des principes de l'« État de droit classique » ont été réévaluées dans le contexte des principes du « new public management ». La pratique qui s'est développée historiquement et dans laquelle un grand nombre de compétences pour la gestion des juridictions a été attribué au législateur et surtout au pouvoir exécutif a été réévaluée en faveur de la possibilité d'« auto-administration » par les juridictions. L'organisation de l'administration des juridictions ne se limite toutefois pas à la répartition des compétences sur des organes extérieurs au pouvoir juridictionnel et au pouvoir juridictionnel lui-même. La concrétisation de cette répartition des compétences est d'une importance au

moins aussi grande pour assurer la légitimité constitutionnelle et sociale de l'organisation juridictionnelle. Des aspects de structures possibles pour l'administration des juridictions, notamment le choix d'une structure « plate » ou « hiérarchique » et la création possible d'un Conseil de la magistrature comme intermédiaire entre les juridictions et le pouvoir exécutif, ont été évalués par rapport aux principes venant des deux paradigmes pour l'organisation juridictionnelle. L'analyse de la structure administrative pour l'organisation juridictionnelle aux Pays-Bas, en France et en Allemagne a démontré que la confrontation des principes de l'« État de droit classique » et du « new public management » produit parfois des effets complémentaires ou de renforcement concernant la légitimité de l'organisation juridictionnelle, tandis qu'en d'autres cas elle mène à une collision de principes. Au niveau institutionnel de l'État, la hiérarchisation fait du pouvoir juridictionnelle un organe fort par rapport au pouvoir exécutif et doté d'une propre responsabilité. Au niveau du règlement des litiges, toutefois, les discours récents dans lesquels des aspects de « bureaucratie » ont été mis en avant traduisent une préoccupation relative au principe d'« efficacité » en dépit de l'engagement du juge concernant l'acte de juger des litiges. Le juge est confronté à un grand nombre d'acteurs qui essaient d'influencer l'exercice de l'activité judiciaire. Ces influences entraînent des effets positifs – la promotion de l'application uniforme du droit est bénéfique à l'unité du droit, à l'égalité devant le droit et à la sécurité juridique, et ainsi à l'« efficacité » de la justice – mais elles constituent une limitation de l'autonomie individuelle du juge. La recherche d'un équilibre des principes pour l'organisation juridictionnelle a lieu dans l'interaction entre les normes constitutionnelles, les normes législatives et les normes de conduite professionnelle. Des normes constitutionnelles encadrant l'administration des juridictions concernent ici la garantie de l'indépendance du juge dans l'organisation juridictionnelle.

Après la délimitation *externe* du domaine de l'activité judiciaire dans le 4^{ème} Chapitre, nous avons approfondi, dans le 6^{ème} Chapitre, la délimitation *interne* des domaines de compétences à l'intérieur de l'organisation juridictionnelle. La répartition des compétences judiciaires concerne un problème spécifique de l'organisation juridictionnelle. Contrairement aux aspects abordés dans le 5^{ème} Chapitre, qui concernaient les conditions préalables relatives à l'organisation de l'exercice de la fonction judiciaire, la répartition des compétences judiciaires concerne l'organisation même de la fonction judiciaire. La question qui a été traitée dans le 6^{ème} Chapitre concerne la « spécialisation » dans la forme d'une distribution du travail ou une différenciation au sein de l'organisation juridictionnelle, c'est-à-dire la création des juridictions spécifiques et des chambres au sein des juridictions pour trancher des types spécifiques de litiges, et l'assignation des juges aux juridictions pour le règlement de types spécifiques de litiges. Des principes venant des deux paradigmes pour l'organisation juridictionnelle jouent un rôle dans la délibération du producteur des normes et fondent la légitimité de la répartition des compétences judiciaires pour autant qu'ils ont été inclus dans le cadre constitutionnel pour l'organisation juridictionnelle. La répartition des affaires fluctue, à base des principes de « territorialité » et de « fonctionnalité », entre la création de juridictions « de droit commun » qui remplissent la condition de l'« État de droit classique » concernant

l'« accessibilité » et la création de juridictions « spécialisées » qui entrent dans la pensée du « new public management », visant l'optimisation de l'efficacité de la justice par la voie de la « spécialisation ». Dans la structure ainsi réalisée pour la répartition des compétences judiciaires, il faudra trouver un équilibre entre le règlement des litiges par le juge « généraliste » (le principe de l'« État de droit classique ») et le règlement des litiges par le juge « spécialisé » (l'exception du « new public management »). L'analyse des systèmes juridiques des Pays-Bas, de la France et de l'Allemagne nous a permis de démontrer que le producteur des normes pour l'organisation juridictionnelle doit respecter certaines conditions constitutionnelles préalables lors du choix pour la « spécialisation » dans le cadre de la répartition des compétences judiciaires et lors de la détermination de la forme de cette « spécialisation ». Des effets complémentaires ou de renforcement des principes de l'« État de droit classique » et du « new public management » sont exprimés dans la solution d'une distribution de travail en soi, et dans les solutions liées à cette distribution du travail, qui concernent par exemple la garantie de l'unité du droit et le règlement des conflits de compétences. Concernant le maintien de la légitimité « autonome » du droit relatif à l'organisation juridictionnelle, la « spécialisation » ne devrait pas aller au-delà de la limite posée par les principes d'« indépendance » et d'« impartialité ». Cette limitation nous a permis d'indiquer des bornes spécifiques concernant la réalisation d'une « spécialisation » dans le cadre de la répartition des affaires et dans le cadre de l'assignation des juges aux juridictions.

Les principes pour l'organisation juridictionnelle dans les systèmes juridiques des Pays-Bas, de la France et de l'Allemagne ont ainsi été réunis dans un cadre de référence commun. Ils peuvent être balancés dans les débats concernant la modernisation de l'organisation juridictionnelle, dans lesquels les principes de l'« État de droit classique » sont mis en équilibre avec des principes du « new public management ». La garantie des valeurs fondamentales pour la régulation du pouvoir dans l'« État de droit » se trouve confrontée à l'attention récente portée sur l'« efficacité » dans les ordres juridiques modernes. Le cadre constitutionnel et les facteurs d'incidence sur l'évolution de ce cadre forment la base pour une réévaluation constante de l'équilibre des principes visant la légitimation de l'organisation juridictionnelle par la garantie de l'« autonomie » du droit et des principes visant la légitimation de l'organisation juridictionnelle par la réalisation de « responsabilité » vis-à-vis des souhaits formulés par la politique et par la société.

Summary

A Balanced Judiciary; the role of checks and balances and of new public management principles with regard to the judicial organisation in the Netherlands, France and Germany

The exchange of arguments in debates concerning the modernisation of the judicial organisation in the legal systems of the Netherlands, France and Germany is defined by a mixture of two types of arguments. Principles for the regulation of power in the State, which concern the legitimacy of the judicial organisation from the perspective of the classic conception of “checks and balances”, have to be balanced with principles which concern the realisation of an “optimally transparent, effective and efficient” State organisation, and which underlie the recently developed “new public management” perspective on the legitimacy of the social order of “liberal democracies”. The different backgrounds of arguments based on the two types of principles and their implications for the judicial organisation, however, have not been sufficiently acknowledged in the debates in the Netherlands, in France and in Germany. A first step in the clarification of the frame of reference for the debates has been made, in this thesis, by observing the rise of “new public management” principles against the background of the evolution of the conceptions of “checks and balances” and “constitutionalisation” in the legal systems of the Netherlands, France and Germany.

In Chapter 1, the interaction between different types of reference norms for the judicial organisation in the “liberal democracy” has been analysed in the light of the two relevant paradigms for the judicial organisation. A first series of reference norms is expressed in the classic paradigm of “checks and balances”, in which “independence” and “impartiality” feature as basic norms for the judicial organisation. A second series of reference norms has its origins in the “new public management” paradigm, in which the norms of “transparency”, “effectiveness” and “efficiency” of the State organisation take a place next to the classic norms of “checks and balances”. The relations between the paradigms have not yet been the subject of in depth research. It has been established that the “new public management” paradigm has come in and encapsulated the classic “checks and balances” paradigm for the discussion concerning the judicial organisation. The classic “checks and balances” reference norms have retained a place in this new paradigm. However, in the “legal” frame of reference, which is formed by “principles” for the judicial organisation, these reference norms are confronted with a new group of reference norms which have obtained the status of “principles” for the judicial organisation: the “new public management” principles or “quality requirements” for the judicial organisation. In many cases, the types of reference norms seem to complete or to reinforce each other: “independent” and “impartial” dispute resolution through separation of powers and “territorial” distribution of jurisdiction is in harmony with the principles

which require a “transparent”, “effective” and “efficient” judicial organisation. In some cases, however, the types of reference norms seem to enter into conflict: new measures concerning the realisation of a more “transparent”, “effective” and “efficient” judicial organisation can cause tensions with regard to the classic principles of “checks and balances”, for example in the case of the realisation of a higher degree of “specialisation” in the judicial organisation. A possibility for balancing the two types of reference norms in the reform debates is brought about through the process of “constitutionalisation”, in the “new public management” paradigm, making the reference norms compatible by defining them as “principles”. The participants in the debates who prefer the optimisation of classic “checks and balances” principles will have to accept that the concretisation of these principles cannot be realised, in the new paradigm, otherwise than through balancing them with “new public management” principles. The participants who prefer the optimisation of “new public management” principles will have to take into account, when concretising these principles, that the “*noyau dur*” of classic principles of “checks and balances” remains guaranteed. The redefinition and the maximisation of the legitimacy of the judicial organisation which can thus be accomplished, in the legal systems selected for research, are expressed in the “formal Constitution”.

In Chapter 2, this constitutional arrangement of principles for the judicial organisation has been analysed for the legal systems of the Netherlands, France and Germany. Through the consecration in a “Constitution”, “principles” can obtain formal constitutional status. They therewith serve as reference norms for the rule makers for the judicial organisation in the search for solutions for the judicial organisation. The meaning of the constitutional provisions is established through the interpretation of these provisions by the legislator, the executive power and the judge. Several factors have been construed as having implications for the evolution of the formal constitutional frameworks for the judicial organisation in the Netherlands, France and Germany: the “rigidity” of the Constitution; the role of “constitutional review” in a legal system; the role of international law in a legal system. These factors have implications for the modification, the protection and the harmonisation of the constitutional domain of the production of norms concerning the judicial organisation. The legislator’s withdrawal from the domain of normative production, together with the growth of judicial review in the context of the developments of constitutionalisation and internationalisation, has given an impulse to the judge’s role in the procedure of concretisation of principles for the judicial organisation in the positive constitutional law.

The analytical framework for determining the effect of classic “checks and balances” principles and “new public management” principles for the judicial organisation in the Netherlands, in France and in Germany has been marked out in Chapter 3, and it has been translated into an explanatory model with regard to the choice of solutions for the judicial organisation in each of these legal systems. The weight given to the different types of principles for the judicial organisation in the formal constitutional framework of “legal” solutions for the judicial organisation, as well as the evolution of the balance of principles in the underlying material constitutional framework of “legitimate” solutions for the judicial organisation, are dependent on the “rigidity” or “flexibility” of the formal

constitutional framework. This “rigidity” or “flexibility” determines to what extent the options for the producers of norms for the judicial organisation concerning the choice of a specific solution are limited by the constitutional balance of formalised principles. The degree of “rigidity” or “flexibility” of the constitutional framework in a legal system is the result of the interaction of the factors distinguished in Chapter 2, which influence the constitutional classification of principles. The analysis in Chapter 3 shows that these factors do not contribute to the same extent to the “rigidity” or “flexibility” of the constitutional framework. The content and the detail of constitutional provisions as well as the possibility of constitutional revision are the most important factors concerning the “rigidity” or “flexibility” of the constitutional framework at the moment of the introduction of the Constitution. In the evolution of legal systems, however, mechanisms of judicial review form more important indications than these two factors for the determination of the place of a legal system on the continuum of “rigidity” and “flexibility” of the constitutional framework. Keeping in mind these observations, the thesis has considered the solutions to dilemmas of judicial organisations in the modern “liberal democracies” of the Netherlands, France and Germany.

Chapter 4 presents a first thematic analysis of solutions for the legitimacy of the judicial organisation, a legitimacy which has to be found in a balance of the principles of “autonomy” and “responsiveness” of the constitutional law regarding the judicial organisation. The main question to be dealt with concerned, first, the demarcation of the judicial activity in the public domain, and, secondly, the demarcation of the judicial activity vis-à-vis the private domain. In other words, it had to be established what role is played by the judicial power vis-à-vis the political powers in the State, and what role is played by judicial dispute resolution vis-à-vis methods of alternative dispute resolution. The research method consisted of a comparative analysis of principles for the judicial organisation in the “liberal democracy” in the historical context and in the present-day context of the three legal systems which were selected for the research. The aim was to determine to what extent the implicating factors on the constitutional framework are decisive for the expression of new notions concerning the judicial organisation in positive law norms regarding this subject. The analysis has revealed a number of principles which reflect the constitutional core of the judicial activity limiting the choice of solutions for the judicial organisation based on the “autonomy” or the “responsiveness” of the law. The constitutional aspects regarding the demarcation of the “judicial domain” can be classified in two groups. In the public domain of the relations between the State powers, the discourse originating in the classic “checks and balances” paradigm links the legitimacy of the judicial power to the promise of political neutrality which forms the essence of judicial “independence”. The discourse originating in the “new public management” paradigm links the legitimacy of the judicial power to the acceptance of the responsibility which is related to the qualification of the judicial activity as an element of the public service provided by the State. Complementing and reinforcing effects of principles come to light in constructions concerning the guarantee of responsibility of the judicial power for the exercise of its function. A collision of principles occurs when “new public management” principles come into conflict with the principle of political

neutrality of the judicial activity. The limits set by the classic “checks and balances” paradigm concern the establishment of courts by law; the guarantees regarding the legal status of judges; and the minimum guarantees for a “fair trial”. In the demarcation of the judicial activity vis-à-vis the extra-judicial domain of dispute resolution, the legitimacy based on classic “checks and balances” principles is linked to the status of the judicial activity as a public and regulated method of dispute resolution, which aims at the legal protection of citizens. The “new public management” paradigm offers a basis for the legitimacy of the judicial organisation by accentuating the specific guarantees of judicial dispute resolution compared to alternative methods of dispute resolution. Dispute resolution before a court is thus presented as a “reasonable option” on the spectrum of methods of dispute resolution. Complementing and reinforcing effects of principles are revealed in the positioning of the judicial activity as a “transparent”, “effective” and “efficient” method of dispute resolution which at the same time offers the guarantees of a “fair trial”. The possibilities of concretisation of “new public management” principles on the level of the organisation of dispute resolution find a limitation in the guarantees of classic “checks and balances”, which are especially important in the light of the public character of State organised dispute resolution.

The research presented in Chapter 5 builds further on the analysis in Chapter 4. Not only is it possible to distinguish a constitutional basis for the judicial activity, the organisational structure for the exercise of that function in the “liberal democracy” is also an object of constitutional norms. In the debates which have been conducted in recent years in the legal systems of the Netherlands, France and Germany, historically developed solutions for the “management” of the courts, based explicitly on classic “checks and balances” principles, have been re-evaluated in the context of “new public management” principles. The historically developed practice by which a large number of competences concerning the management of the courts was allocated to the legislator and above all to the executive power has been re-evaluated in favour of the possibility of judicial “self-management”. The organisation of the management of the courts is however not limited to the distribution of competences over organs which are external to the judiciary and over the judiciary itself. The concretisation of this distribution of competences is at least as important with regard to the guarantee of the constitutional and social legitimacy of the judicial organisation. Aspects of the possible structures for the management of the courts, especially the choice of a “flat” or “hierarchical” structure and the possible establishment of a Council for the judiciary as an intermediary between the courts and the executive power, have been evaluated in the light of principles originating in the two paradigms for the judicial organisation. The analysis of the management structure for the judicial organisation in the Netherlands, in France and in Germany has revealed that the confrontation of classic “checks and balances” principles and “new public management” principles in some cases produces complementing or reinforcing effects concerning the legitimacy of the judicial organisation, while in other cases this confrontation results in a collision of principles. On the institutional level of the State, the hierarchisation turns the judicial power into an organ holding a strong position vis-à-vis the executive power and holding an inherent responsibility. On the level

of the dispute resolution in individual cases, however, the recent debates in which “bureaucratic” aspects have been put to the fore cause a preoccupation with the principles of “effectiveness” and “efficiency” in spite of the judge’s commitment with regard to the act of settling disputes. The judge is confronted with a large number of actors who try to influence the exercise of the judicial activity. These influences entail positive effects – the promotion of the uniform application of the law is beneficial to the unity of the law, to the equality before the law and to the legal certainty, and in that way to the “effectiveness” and “efficiency” of the judicial system – but they form a limitation of the judge’s individual autonomy. The search for a balance of principles for the judicial organisation takes place in the interaction between constitutional norms, legislative norms and norms of professional conduct. Constitutional norms regarding the management of the courts in this respect concern the guarantee of the judge’s independence within the judicial organisation.

After the *external* demarcation of the domain of the judicial activity in Chapter 4, Chapter 6 focused on the *internal* demarcation of domains of competences. The distribution of judicial competences concerns a specific problem of the judicial organisation. Unlike the aspects treated in Chapter 5, which concerned the organisational prerequisites for the exercise of the judicial function, the distribution of judicial competences concerns the organisation of the judicial function itself. The question which has been dealt with in Chapter 6 concerns the “specialisation” in the form of a division of labour or a differentiation within the judicial organisation, i.e. the establishment of specific courts and chambers within courts for the settlement of specific types of cases, and the allocation of judges to courts for the settlement of specific types of cases. Principles originating in the two paradigms for the judicial organisation play a role in the deliberation of the producer of norms and underpin the legitimacy of the distribution of judicial competences in as far as they have been included in the constitutional framework for the judicial organisation. The distribution of cases fluctuates, on the basis of the principles of “territoriality” and “functionality”, between the establishment of “general” courts, which fulfil the classic “checks and balances” condition of “accessibility”, and the establishment of “specialised” courts, which fit into the idea of “new public management” and aim at the optimisation of the effectiveness and efficiency of the judicial system through “specialisation”. In the structure for the distribution of judicial competences which is thus established, it is necessary to find a balance between dispute resolution by “generalist” judges (the principle of classic “checks and balances”) and dispute resolution by “specialised” judges (the exception of “new public management”). The analysis of the legal systems of the Netherlands, France and Germany reveals that the producer of norms for the judicial organisation has to respect certain constitutional prerequisites when choosing “specialisation” in the context of the distribution of judicial competences, and when determining the form of that “specialisation”. Complementing and reinforcing effects of classic “checks and balances” principles and “new public management” principles come to light in the solution of a division of labour as such, and in solutions related to that division of labour, which concern for example the guarantee of the unity of the law and the settlement of conflicts of jurisdiction. Concerning the preservation of the

“autonomous” legitimacy of the law regarding the judicial organisation, “specialisation” should not go as far as to cross the boundary set by the principles of “independence” and “impartiality”. This limitation has made it possible to indicate the specific limits to the realisation of “specialisation” in the context of the distribution of cases and in the context of the allocation of judges to courts.

The principles for the judicial organisation in the legal systems of the Netherlands, France and Germany have thus been compiled in a common frame of reference. They can be weighed against each other in debates concerning the modernisation of the judicial organisation, in which a balance is struck between classic “checks and balances” principles and “new public management” principles. The guarantee of fundamental values for the regulation of power in the State is put face to face with the recent attention for “effectiveness” and “efficiency” in modern legal systems. The constitutional framework and the implicating factors regarding the evolution of that framework form the basis for a constant re-evaluation of the balance between principles aiming at legitimising the judicial organisation through the guarantee of “autonomy” of the law and principles aiming at legitimising the judicial organisation through the realisation of “responsiveness” with regard to wishes formulated by politics and by society.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Akkermans 1988

P.W.C. Akkermans, 'Het "ius de non evocando", ofwel art. 17 Gw', in: H.J. Snijders et al (red.), *Overheidsrechter gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om. Opstellen geschreven ter gelegenheid van het vijftienvigtiigjarig bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit te Rotterdam 1963-1988*, Arnhem: Gouda Quint 1988, pp. 359-367

Albers et al 2004

P. Albers et al, 'De territoriale verdeling van rechtsmacht in Nederland', *Trema*, 2004, pp. 16-23

Alexy 1986

R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos 1986

André de la Porte 1989

G.R.A. André de la Porte, 'De afhankelijkheid van de rechter', *NJB*, 1989, p. 526

Arendt 1958

H. Arendt, *The Human Condition*, Chicago: University of Chicago Press 1998, 2^e druk [oorspr. uitgave 1958]

Arendt 1963

H. Arendt, *On Revolution*, London: Penguin Books 1990 [oorspr. uitgave 1963]

Asser et al 2003

W.D.H. Asser et al, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Auvret 2007

P. Auvret, 'La réforme de la responsabilité du président de la République', *RDP*, 2007, pp. 409-420

Baas 2004

N.J. Baas, *Keuze van een gerechtelijk forum: overwegingen van partijen, voor- en nadelen*, Den Haag: WODC 2004

Barendrecht 2004

M. Barendrecht, 'Pak klassieke kern van rechtsstaat aan. Regelgeving, geschiloplossing en democratie kunnen moderner worden georganiseerd', *NRC Handelsblad*, 1 juli 2004, p. 9

Bart 2003

F. Bart, 'De Hoge Raad en de Raad voor de Rechtspraak', in: M.A. Loth & C.J. Loonstra (red.), *De zaak berecht, het geschil beslecht. Bijdragen aan de masterclass geschillenbeslechting 2000, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Erasmus Universiteit Rotterdam*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, pp. 1-25

Barzelay 2002

M. Barzelay, 'Origins of the New Public Management. An international view from public administration/political science', in: K. McLaughlin, S.P. Osborne & E. Ferlie (ed.), *New Public Management. Current trends and future perspectives*, London/New York: Routledge 2002, pp. 15-33

Bauw & Van Dijk 2003

E. Bauw & F. van Dijk, 'Conflicterende eisen hollen rechtspraak uit', *NJB*, 2003, pp. 280-281

Bax et al 1989

C.J. Bax et al, *Universaliteit van grondrechten. Verslag van een symposium gehouden op 18 oktober 1988 ter gelegenheid van het ere-doctoraat verleend door de Erasmus Universiteit Rotterdam aan prof.mr.dr. Th.C. van Boven, hoogleraar in het recht in het bijzonder het internationaal publiekrecht aan de Rijksuniversiteit Limburg*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 1989

Behrendt 2002

C. Behrendt, 'La notion de "Parliamentary sovereignty" en droit constitutionnel anglais: fondements, paradoxes et problèmes contemporains', *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2002, pp. 221-289

Behrendt 2006

C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Paris: LGDJ, Brussel: Bruylant 2006

Bell 2006

J. Bell, *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge: Cambridge University Press 2006

Benvenisti 2007

E. Benvenisti, 'Transnational Cooperation of National Courts in Reviewing Counter-Terrorism Measures?', lezing Berlijn, 31 januari 2007, publicatie verwacht

Ten Berge 1998

J.B.J.M. ten Berge, 'Contouren van een kwaliteitsbeleid voor de rechtspraak', in: P.M. Langbroek, K. Lahuis & J.B.J.M. ten Berge (red.), *Kwaliteit van rechtspraak op de weegschaal*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, pp. 21-40

Berkowitz 2006

R. Berkowitz, 'Democratic Legitimacy and the Scientific Foundation of Modern Law', *Theoretical Inquiries in Law*, 2006, pp. 1-25

Berlit 2003

U. Berlit, 'Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten, ein Diskussionsbeitrag', *ASJ*, 23 december 2003, <http://asj.spd.de/servlet/PB/menu/1479094/>

Bethlehem 2007

B. Bethlehem, 'De mens wikt maar het OM beschikt', *Ars Aequi*, 2007, p. 7

Beurskens 2002

W.J.J. Beurskens, 'Schadevergoeding voor slachtoffers van strafbare feiten: ongemakkelijk balanceren op het raakvlak van privaatrecht en strafrecht', *Trema*, 2002, pp. 445-452

Blankenburg 1998

E. Blankenburg, 'Patterns of legal culture: the Netherlands compared to neighbouring Germany', *American Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 1-41

Von Boné 1995

E.K.E. von Boné, 'The Introduction of the French Judicial Organisation and the Codification in the Netherlands during the French Period (1795-1813)', *Publicationes Miskolciensis, sectio Juridica et Politica*, september 1995, pp. 17-32

Boone et al 2007

M. Boone et al, *Financieren en verantwoordens: het functioneren van de rechterlijke organisatie in beeld*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

Van Boven 1990

M.W. van Boven, *De rechterlijke instellingen ter discussie: de geschiedenis van de wetgeving op de rechterlijke organisatie in de periode 1795-1811: een wetenschappelijke proeve op het gebied van de rechtsgeleerdheid*, diss. Nijmegen, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 1990

Bovend'Eert 1994

P.P.T. Bovend'Eert, 'Herziening van de Nederlandse rechterlijke organisatie. Een rechtsvergelijkende beschouwing', *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht*, 1994, pp. 155-162

Bovend'Eert 1996

P.P.T. Bovend'Eert, 'De beheersstructuur van de rechterlijke macht in de Bondsrepubliek Duitsland', in: P.P.T. Bovend'Eert, C.A.J.M. Kortmann & M.F.J.M. de Werd, *Rapportage van de rechtsvergelijkende onderzoeken naar het beheer van de rechterlijke macht in Duitsland, Frankrijk en de Verenigde Staten, federaal en de deelstaat New York*, Nijmegen: Katholieke Universiteit Nijmegen, Maastricht: Universiteit Maastricht, Den Haag: Sdu DOP distr. 1996

Bovend'Eert 2000a

P.P.T. Bovend'Eert, 'Administratieve rechtspraak en alternatieve geschilbeslechting: enige constitutionele kanttekeningen over de toegang tot de rechter', in: J.M. Barendrecht, A.F.M. Brenninkmeijer, N.J.H. Huls & M.A. Kleiboer (red.), *Rechtspleging, Samenleving en Bestuur: Een gerichte onderzoeksagenda*, Utrecht: Uitgeverij Lemma BV 2000, pp. 61-65

Bovend'Eert 2000b

P.P.T. Bovend'Eert, *Benoeming en ontslag van rechters*, oratie Nijmegen, Nijmegen: Katholieke Universiteit Nijmegen 2000

Bovend'Eert 2001

P.P.T. Bovend'Eert, 'Raad voor de rechtspraak. Het paard van Troje voor de poort van de rechterlijke macht', *RM Themis*, 2001, pp. 39-41

Bovend'Eert 2003

P.P.T. Bovend'Eert, 'De Raad voor de rechtspraak, de minister van Justitie en de Hoge Raad: drie kapiteins op een schip. Een analyse van de nieuwe beheers- en bestuursstructuur van de rechterlijke macht', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen & Th.J.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer: Kluwer 2003, pp. 59-88

Bovend'Eert 2005

'Rechterlijke onafhankelijkheid', lezing voor het seminar 'De individuele onafhankelijkheid van de rechter', Utrecht, 23 september 2005

Bovend'Eert 2006

P.P.T. Bovend'Eert, 'Specialisatie en concentratie in de Amerikaanse rechtspraak', in: J.W.M. Tromp et al (red.), *Concentratie en specialisatie van rechtspraak: noodzaak of overbodig?*, Deventer: Kluwer 2006, pp. 21-36

Bovend'Eert & Kortmann 2000

P.P.T. Bovend'Eert & C.A.J.M. Kortmann, 'Het Court-Packing Plan van het kabinet-Kok', *NJB*, 2000, pp. 1769-1775

Bovens 1999

M.A.P. Bovens, *De digitale rechtsstaat: beschouwingen over informatiemaatschappij en rechtsstaat*, oratie Utrecht, Alphen aan den Rijn: Samsom 1999

Brenninkmeijer 1982

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Het jus de non evocando', in: A.K. Koekkoek et al (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet (Jeukens-bundel)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, pp. 346-366

Brenninkmeijer 1987

A.F.M. Brenninkmeijer, *De toegang tot de rechter: een onderzoek naar de betekenis van onafhankelijke rechtspraak in een democratische rechtsstaat*, diss. Tilburg, Zwolle: Tjeenk Willink 1987

Brenninkmeijer 2002

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Hoogendijk plaatst terecht een vraagteken', *NRC Handelsblad*, 9 augustus 2002, p. 7

Brenninkmeijer, Van Ewijk & Van der Werf 2002

A. Brenninkmeijer, M. van Ewijk & C. van der Werf, *De aard en omvang van arbitrage en bindend advies in Nederland*, Leiden: E.M. Meijers Instituut/Research voor Beleid 2002

Breyer 2006

S. Breyer, *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*, New York: Knopf 2006

Van den Broeke 2004

M. van den Broeke, 'Het domein van de rechter; een eerste verkenning', in: N.J.H. Huls & M.A. Loth (red.), *Het domein van de rechter*, Deventer: Kluwer 2004, pp. 1-42

Bröring & Jurgens 2006

H.E. Bröring & G.T.J.M. Jurgens, 'De bestuurlijke boete is zo gek nog niet!', *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht*, 2006, pp. 340-348

Brouwer 1999

P.W. Brouwer, 'Onvermijdelijke rechtsonzekerheid?', *R&R*, 1999, pp. 188-208

Brummelhuis & Pel 2007

L. Brummelhuis & M. Pel, 'Mediation naast rechtspraak. Invoering en eerste resultaten', *Forum voor conflictmanagement*, 2007, pp. 13-17

Bryce 1905

J. Bryce, 'Flexible and Rigid Constitutions' (1905), in: J. Bryce, *Constitutions*, Aalen: Scientia Verlag 1980, pp. 3-94

Burkens et al 2001

M.C.B. Burkens et al, *Beginselen van de democratische rechtsstaat: inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 2001, 5^e druk

Buruma 2006

Y. Buruma, 'Concentratie en specialisatie: een inleidende beschouwing', in: J.W.M. Tromp et al, *Concentratie en specialisatie van rechtspraak: noodzaak of overbodig?*, Deventer: Kluwer 2006, pp. 11-20

Butterfield 1949

H. Butterfield, *The Origins of Modern Science, 1300-1800*, London: Bell 1949

Caesar 1999

P. Caesar, 'Die Reform des Justizsystems der Bundesrepublik Deutschland als Beitrag zur Modernisierung des Rechtsstaates', in: R. Pitschas (red.), *Die Reform der Verwaltungsgewichtsbarkeit*, Berlin: Duncker & Humblot 1999, pp. 17-29

Canivet 2005

G. Canivet, 'La pratique du droit comparé par les cours suprêmes. Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences française et européenne: en commentaire de l'article de Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke *Le juge en tant que comparatiste*', *Tulane Law Review*, 2005, pp. 221-244

Cantegreil 2005

J. Cantegreil, *Terrorisme et libertés: la voie française après le 11 septembre*, Suresnes: En temps réel 2005

Caron-Dégliose & Flores 2007

A. Caron-Dégliose & P. Flores, 'Note sur l'évolution des compétences du Tribunal d'instance. L'Association Nationale des Juges d'Instance concernant la réforme de la carte judiciaire', 2007, http://www.carte-judiciaire.justice.gouv.fr/art_pix/tribunaux-instance-carte-judiciaire.pdf

Carré de Malberg 1920

R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'état: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris: Dalloz 2004 [oorspr. uitgave Paris: Sirey 1920-1922]

CEELI 1996

Central European and Eurasian Law Initiative, *Specialized Courts: A Concept Paper*, 1996, <http://www.abanet.org/ceeli/publications/conceptpapers/speccourts/spc.html>

CEPEJ 2003

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *Territorial jurisdiction. Draft report prepared at the request of the Delegation for the Netherlands in the CEPEJ*, Strasbourg, 5 December 2003, CEPEJ(2003)18(D3)

CEPEJ 2004

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European Judicial Systems 2002. Facts and figures on the basis of a survey conducted in 40 Council of Europe Member States*, Strasbourg: Council of Europe 2004

CEPEJ 2006

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European Judicial Systems. Edition 2006 (2004 data)*, Strasbourg: Council of Europe 2006

Chapus 1975

R. Chapus, 'Qu'est-ce qu'une juridiction? La réponse de la jurisprudence administrative', in: *Mélanges Eisenmann*, Paris: Éditions Cujas 1975, pp. 265-297

Chapus 2002

R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris: Montchrestien 2002, 10^e druk

Chaumont 1942

C. Chaumont, 'Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », *RDP*, 1942, pp. 93-124

Chauvaud 1994

F. Chauvaud, *Histoire de la carte judiciaire. L'organisation judiciaire entre les pouvoirs, les savoirs et les discours (1790-1930)*, Paris: Centre d'Histoire de la France contemporaine, Université de Paris X-Nanterre 1994

Chevallier 1974

J. Chevallier, 'Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle', in: *Mélanges Stassinopoulos*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, pp. 275-290

Chevallier 1990

J. Chevallier, 'Du principe de séparation au principe de dualité', *RFDA*, 1990, pp. 712-723

Claes & De Witte 1998

M.L.H.K. Claes & B.E.F.M. De Witte, 'Report on the Netherlands', in: A.-M. Slaughter, A. Stone Sweet & J.H.H. Weiler (red.), *The European Court and national courts – doctrine and jurisprudence: legal change in its social context*, Oxford: Hart 1998, pp. 171-194

Cliteur 1999

P.B. Cliteur, 'De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht: acht vormen', in: J.P. Loof (red.), *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De randvoorwaarden voor het bestuur en beheer van de rechterlijke macht*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1999, pp. 9-30

Cohen-Jonathan 1994

G. Cohen-Jonathan, 'La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français', in: F. Sudre (red.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992. Actes du colloque de Montpellier, février 1993*, Kehl/Strasbourg / Arlington: Éditions N.P. Engel, 1994, pp. 1-48

Cointat 2002

C. Cointat, *Quels métiers pour quelle justice? Rapport d'information du Sénat no 345*, Paris: Sénat 2002

Commaille 1995

J. Commaille, 'La carte judiciaire comme projet politique', *Justices*, 1995, themanummer *Justice et ville*, pp. 57-65

Commaille 2000

J. Commaille, *Territoires de justice. Une sociologie politique de la carte judiciaire*, Paris: PUF 2000

Commissie Bruikbare Rechtsorde 2005

Commissie Bruikbare Rechtsorde, *Bruikbare Rechtsorde*, Den Haag: SER 2005

Commissie Cals-Donner 1971

Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet (Commissie Cals-Donner), *Eindrapport van de Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1971

Commissie Deetman 2006

Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie (Commissie Deetman), *Rechtspraak is kwaliteit*, Den Haag 2006

Commissie Franken 2000

Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (Commissie Franken), *Grondrechten in het digitale tijdperk*, Den Haag: Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000

Commissie Hoekstra 1995

Commissie Beheersstructuur rechterlijke organisatie (Commissie Hoekstra), *Beheersstructuur van de rechterlijke organisatie*, Den Haag: Commissie Beheersstructuur rechterlijke organisatie 1995

Commissie Leemhuis 1998

Adviescommissie toerusting en organisatie zittende magistratuur (Commissie Leemhuis), *Rechtspraak bij de tijd*, Den Haag: Adviescommissie toerusting en organisatie zittende magistratuur (Commissie Leemhuis) 1998

Commissie Van Zeben 1984

Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie (Commissie Van Zeben), *Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie (deel I)*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij, 1984

Committee of Ministers of the Council of Europe 1994

Recommendation no. R(94)12 of the Committee of Ministers to member states on the independence, efficiency and role of judges, 13 oktober 1994, www.coe.int

Corstens 1998

G.J.M. Corstens, 'Eenheid in rechtspraak', *NJB* 1998, pp. 297-302

Corstens 1999

G.J.M. Corstens, 'De alleensprekende rechter', *NJB* 1999, p. 392

Croes 2005

M.T. Croes, *Niet-judiciële activiteiten van de Rechtspraak*, m.m.v. S.H.E. Janssen & N. Dijkhoff, Den Haag: WODC 2005

Croes & Van Gammeren-Zoetewij 2007

M. Croes & M. van Gammeren-Zoetewij, 'Vertrouwen in de geschilbeslechtingdelta', *Mensch en maatschappij*, 2007, pp. 51-71

Dalle 2001

H. Dalle, 'Administration de la justice et acte juridictionnel', in: S. Gaboriau & H. Pauliat (red.), *L'éthique des gens de justice. Actes du colloque des 19-20 octobre 2000. Entretiens d'Aguesseau*, Limoges: PULIM 2001, pp. 93-102

Dalle & Jean 2002

H. Dalle & J.-P. Jean, 'Moderniser la justice et les tribunaux', in: D. Soulez-Larivière & H. Dalle (red.), *Notre justice: le livre vérité de la justice française*, Paris: R. Laffont 2002, pp. 248-271

Dati 2007

'Principes de la réforme de la carte judiciaire', discours prononcé par Rachida Dati, garde des Sceaux, ministre de la Justice, le 27 juin 2007 pour l'installation du comité consultatif de la carte judiciaire, <http://www.carte-judiciaire.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10353>

Van Delden 2006

A.H. van Delden (voorzitter van de Raad voor de rechtspraak), 'Positionering kanton-rechtspraak', brief aan W.J. Deetman (voorzitter van de Commissie Evaluatie Modernisering Rechterlijke Macht) d.d. 15 maart 2006,
http://www.evaluatiero.nl/Images/8360%20brief%20kanton_tcm96-115148.pdf

Van Delden, Bauw & Van Dijk 2007

A.H. van Delden, E. Bauw & F. van Dijk, 'Kwaliteit van rechtspraak', *NJB*, 2007, pp. 144-151

Depré & Hondeghem 2000

R. Depré & A. Hondeghem (red.), *Management, bestuur en beleid in de rechterlijke organisatie*, Brugge: Die Keure, Leuven: Katholieke Universiteit, Instituut voor de overheid 2000

Depré 2005

R. Depré, 'Managementvormingen in justitie: trends in Europa', presentatie KU Leuven, 25 mei 2005,
http://soc.kuleuven.be/io/ned/vorming/studiedag/presentatie/20050525_depre.pdf

Van der Doelen 2000

F.C.J. van der Doelen, 'Grenzen aan de Generalistendoctrine', in: J.M. Barendrecht et al (red.), *Rechtspleging, Samenleving en Bestuur: Een gerichte onderzoeksagenda*, Utrecht: Lemma 2000, pp. 153-160

Dorsen et al 2003

N. Dorsen et al (red.), *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, St. Paul, Minn.: West Group 2003

Drabbe 1963

L.W.M.M. Drabbe, 'De specialisatie van de burgerlijke rechter', *RM Themis*, 1963, pp. 113-138

Drion 2004

C.E. Drion, 'Justice Scalia over recht, rechters en democratie', *NJB*, 2004, pp. 1872-1876

Duguit 1922

L. Duguit, 'La fonction juridictionnelle', *RDP*, 1922, pp. 165-189 en 347-376

Duynstee 1974

F.J.F.M. Duynstee, 'Rechterlijke onafhankelijkheid', in: G.C.J.J. van den Bergh et al (red.), *Rechtspleging*, Deventer: Kluwer 1974, pp. 35-56

Dworkin 1977

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1977

Dworkin 1986

R. Dworkin, *Law's Empire*, Oxford: Hart Publishing 1998 [oorspr. uitgave 1986]

Dworkin 2006

R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge (Massachusetts)/London: The Belknap Press of Harvard University Press 2006

Eijlander 2004

P. Eijlander, 'Legaliteitsbeginsel – Gelegenheidswetgeving. Een rechtsstaat onwaardig?', *Ars Aequi*, 2004, bijzonder nummer *De Rechtsstaat Nederland*, pp. 484-491

Eijlander 2005

P. Eijlander, 'Zelfstandige bestuursorganen: mogen ze blijven?', *RM Themis*, 2005, p. 139

Emaus 2007

J. Emaus, 'Het belang van belangen', in: M. Pel & J. Emaus (red.), *Het belang van belangen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, pp. 11-19

Enschedé 1969

C.J. Enschedé, *Beginselen van strafrecht*, bewerkt door M. Bosch, Deventer: Kluwer 2005, 11^e druk [oorspr. uitgave 1969]

Eshuis & Paulides 2002

R.J.J. Eshuis & G. Paulides, *Van rechtbank naar kanton. Evaluatie van de competentiegrensvrhoging voor civiele handelszaken in 1999*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002

Essakkili 2005

S. Essakkili, *Marginal judicial review in the Dutch asylum procedure: an assessment in light of article 3 and 13 of the European Convention on Human Rights*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2005

Essakkili & Spijkerboer 2006

S. Essakkili & T.P. Spijkerboer, 'De marginale toetsing in asielzaken', *NJB* 2006, pp. 1882-1889

Everts 2000

W.N. Everts, 'Het vak van rechter: leiden van terechtzittingen en beslissen in een concrete zaak', in: J.M. Barendrecht et al (red.), *Rechtspleging, Samenleving en Bestuur: Een gerichte onderzoeksagenda*, Utrecht: Lemma 2000, pp. 145-148

Fabri & Langbroek 2003

M. Fabri & P.M. Langbroek, 'Delay in Judicial Proceedings: A preliminary inquiry into the relation between the demands of the reasonable time requirements of Article 6, 1 ECHR and their consequences for judges and judicial administration in the civil, criminal and administrative justice chains', Preliminary Draft Report, CEPEJ (2003) 20 rev, <http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/FabriLangbroek.doc>

Favoreu & Philip 1979

L. Favoreu & L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris: Sirey 1979, 2^e druk

Favoreu & Philip 2001

L. Favoreu & L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris: Dalloz 2001, 11^e druk

Ferrerres-Comella 2000

V. Ferreres-Comella, 'A Defense of Constitutional Rigidity', in: P. Comanducci e R. Guastini, *Analisi e diritto 2000*, pp. 45-68

Fix-Fierro 2003

H. Fix-Fierro, *Courts, Justice and Efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*, Oxford: Hart Publishing 2003

Fleuren 2004

J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, diss. Nijmegen, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004

Fliet 1988

F.C. Fliet, 'De rechterlijke organisatie in Nederland. De geboorte en het bewogen leven van een 150-jarige', *Trema*, 1988, pp. 239-248

Foyer et al 2000

J. Foyer et al (red.), *Le juge entre deux millénaires: mélanges offertes à Pierre Drai*, Paris: Dalloz 2000

Franken 1997

H. Franken, *Onafhankelijk en verantwoordelijk*, oratie Leiden, Deventer: Gouda Quint 1997

Franken 2003

H. Franken, *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, in samenwerking met P.W. Brouwer, P.B. Cliteur & M.A. Loth, Deventer: Kluwer 2003, 10^e druk

Fromont 1996

M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris: Dalloz 1996

Fuller 1963

L.L. Fuller, 'Collective Bargaining and the Arbitrator', *Wisconsin Law Review*, 1963

Fuller 1977

L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven/London: Yale University Press 1977, pp. 200-224

Galanter 2004

M. Galanter, 'The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts', *Journal for Empirical Legal Studies*, 2004, pp. 459-570

Garlicki 2007

L. Garlicki, 'Constitutional Courts versus Supreme Courts', *International Journal of Constitutional Law*, 2007, pp. 44-68

Gélard 2006

P. Gélard, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Paris: Assemblée nationale, Sénat 2006

Getman 1979

J. Getman, 'Labor Arbitration and Dispute Resolution', *Yale Law Journal*, 1979

Giesen 2007

I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', *Handelingen NJV*, 2007, pp. 67-168

De Gouttes 1994

R. de Gouttes, 'La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national: vers une consolidation de la mission et du statut du juge?', in: F. Sudre (red.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992. Actes du colloque de Montpellier, février 1993*, Kehl/Strasbourg/Arlington: Éditions N.P. Engel, 1994, pp. 49-60

Gray 2000

J. Gray, *Two Faces of Liberalism*, Cambridge: Polity Press 2000

Gribnau 2002

J.L.M. Gribnau, 'Legitimacy of the Judiciary', *Electronic Journal of Comparative Law*, 2002, <http://www.ejcl.org/64/art64-3.html>

Groenendijk 1981

C.A. Groenendijk, *Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter*, diss. Nijmegen, Zwolle: Tjeenk Willink 1981

De Groot-Van Leeuwen & Van Steenbergen 2006

L.E. de Groot-Van Leeuwen & S. van Steenbergen, 'Specialistische rechtspraak in de ogen van rechters en wetenschappers', in: J.W.M. Tromp et al, *Concentratie en specialisatie van rechtspraak: noodzaak of overbodig?*, Deventer: Kluwer 2006, pp. 37-50

Guillien & Vincent 2001

R. Guillien & J. Vincent (red.), *Lexique des termes juridiques*, Paris: Dalloz 2001, 13^e druk

Häberle 1975

P. Häberle, 'Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten', *JZ*, 1975, pp. 297-305

Habermas 1992

J. Habermas, *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, (vertaling William Rehg), Cambridge, Mass.: MIT Press 1998 [oorspr. uitgave 1992]

Habermas 1998

J. Habermas, *The Postnational Constellation: political essays*, (transl., ed. and with an introd. by Max Pensky), Cambridge: Polity Press 1998

Hagueneau 1995

C. Hagueneau, 'Le domaine de la loi en droit français et en droit anglais', *RFDC*, 1995, pp. 247-285

Happé 1999

R.H. Happé, *Schuivende machten: over trias politica en het gelijkheidsbeginsel in het belastingrecht*, oratie KUB, Deventer: Kluwer 1999

Harrow 2002

J. Harrow, 'New Public Management and social justice. Just efficiency or equity as well?', in: K. McLaughlin, S.P. Osborne & E. Ferlie (ed.), *New Public Management. Current trends and future perspectives*, London/New York: Routledge 2002, pp. 141-159

Hart 1961

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press 1994 [oorspr. uitgave 1961]

't Hart 1994

A.C. 't Hart, *Openbaar ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint BV 1994

Hartendorp 2003

R.C. Hartendorp, *Notitie rechterlijke concentratie*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2003

Ter Heide 1970

J. ter Heide, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Een functioneel-analytische beschouwing*, Amsterdam/Brussel: Agon/Elsevier 1970

Helfer 1999

L.R. Helfer, 'Forum shopping in human rights', *University of Pennsylvania Law Review*, 1999, pp. 285-400

Heringa et al 1998

A.W. Heringa et al (red.), *EVRM – Rechtspraak & Commentaar*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998

Hermans 2004

H.L.C. Hermans, *Rechter, wetenschap en vrijheid*, oratie Rotterdam, Leeuwarden: Friese Pers Boekerij 2004

Hildebrandt 2002

M. Hildebrandt, *Straff(begrip) en procesbeginsel: een onderzoek naar de betekenis van straf en strafbegrip en de waarde van het procesbeginsel naar aanleiding van de consensuele afdoening van strafzaken = Meaning and concept of punishment and the principle of trial before punishment: a study of meaning and concept of punishment and of the value of the principle of trial before punishment, with reference to the consensual settlement of punishment*, Deventer: Kluwer 2002

Hirsch Ballin 1983

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht', *Handelingen NJV*, deel 1, tweede stuk, 1983, pp. 9-149

Hirsch Ballin 1988

E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen*, preadvies VAR, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1988, pp. 13-71

Hirschl 2004

R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, Mass./London: Harvard University Press 2004

Van der Hoeven 1989

J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht: ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989

Hoffmann-Riem 1998

W. Hoffmann-Riem (red.), *Reform der Justizverwaltung, ein Beitrag zum modernen Rechtsstaat*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1998

Hoffmann-Riem 2000

W. Hoffmann-Riem, *Modernisierung von Recht und Justiz*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 2000

Hofhuis 2004

H.F.M. Hofhuis, 'Wettelijke concentratie van rechtspraak', *Trema*, 2004, themanummer *Wettelijke concentratie van rechtspraak*, pp. 469-473

Hoge Raad 1999

Hoge Raad der Nederlanden, *Toelichting op de jaarcijfers 1997 en 1998*, 's-Gravenhage: Hoge Raad der Nederlanden 1999

Hol & Loth 2002

A.M. Hol & M.A. Loth, 'Beter weten; specialisatie in de rechterlijke macht', *Trema*, 2002, pp. 486-505

Hood & Jackson 1991

C. Hood & M. Jackson, *Administrative Argument*, Dartmouth: Aldershot 1991

Van der Horst 2006

M. van der Horst, 'Scheidend voorzitter De Savornin Lohman over de Commissie Aantrekken Leden Rechterlijke Macht', *Trema*, 2006, pp. 191-198

Hudson 2003

B.A. Hudson, *Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming 'Justice' in Late Modernity*, London: SAGE Publications Ltd 2003

Huisman & Van de Bunt 1997

W. Huisman & H.G. van de Bunt, 'Sancties, organisatiecriminaliteit en milieudelicten', *Ars Aequi*, 1997, pp. 684-697

De Hullu 1987

J. de Hullu, 'Collegiale rechtspraak in hoger beroep en in cassatie', *Delikt en delinkwent*, 1987, pp. 147-163

Huls 2004

N.J.H. Huls, 'Grenzen van rechterlijke domeinuitbreiding', in: N.J.H. Huls & M.A. Loth (red.), *Het domein van de rechter*, Deventer: Kluwer 2004, pp. 81-92

Huls & Van Doorn 2007

N.J.H. Huls & C.J.M. van Doorn, 'De constructie van een massaclaim. Een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de Dexia-affaire', *RMThemis*, 2007, pp. 51-60

Ingelse 1997

P. Ingelse et al (red.), *De mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking. Inleidingen en Discussie*, Amsterdam: Gerechtshof Amsterdam 1997

Jaluzot 2005

B. Jaluzot, 'Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective', *RIDC*, 2005, pp. 29-48

Jean 2003

J.-P. Jean, 'La mythique réforme de la carte judiciaire: entre justice de proximité et spécialisation des contentieux', in: L. Cadiet & L. Richer (red.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris: PUF 2003, pp. 257-265

Jean & Pauliat 2006

J.P. Jean & H. Pauliat, 'An evaluation of the quality of justice in Europe and its developments in France', *Utrecht Law Review*, december 2006, pp. 44-60

Jean-Pierre 1999

D. Jean-Pierre, *L'éthique du fonctionnaire civil, son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, Paris: LGDJ 1999

Jessurun d'Oliveira 1999

H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Rechters die afstemmen en afhouden: vragen over de verenigbaarheid van coördinatiestrategieën met artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM', *NJB*, 1999, pp. 377-384

Jessurun d'Oliveira 2007

H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Raad van State: overleefd fossiel', *NRC Handelsblad*, 12 februari 2007, p. 7

Jin 2001

B. Jin, 'La répartition des compétences normatives nationales en France et en Chine', *RIDC*, 2001, pp. 945-964

Jorritsma 2006

E. Jorritsma, 'Rechters zijn niet blij met deze wet', *NRC Handelsblad*, 19 mei 2006, p. 13

Jorritsma & Mat 2007

E. Jorritsma & J. Mat, 'Het orakel aan de Prinsengracht. Slagvaardige ondernemingskamer onder vuur om onvoorspelbaarheid', *NRC Handelsblad*, 26 mei 2007, p. 26

Kabel 2004

J.J.C. Kabel, 'Annotatie bij Rb. Amsterdam, 7 juli 2004 (Leaseverlies/Dexia)', *IER*, 2004, nr. 5, pp. 357-370

Kastelein 1990

J. Kastelein, *Modulair organiseren: tussen autonomie en centrale beheersing*, Groningen: Wolters Noordhoff 1990, 2^e druk

Keijzer, Radder & De Geus 2006

C. Keijzer, D. Radder & H. de Geus, *Rapport Expertmeeting Gerechtelijke samenwerking in de praktijk*, Prisma, 6 oktober 2006

Kelsen 1928

H. Kelsen, 'La garantie juridictionnelle de la constitution (la Justice constitutionnelle)', *RDV* 1928, pp. 197-257; 'Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit', *VVDStRL* 1929, pp. 30-88

Kelsen 1934

H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien: Franz Deuticke 1960 [oorspr. uitgave 1934]

Kelsen 1945

H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, vertaald door A. Wedberg, New York: Russell & Russell 1961 [oorspr. uitgave 1945]

Kerkmeester & Visscher 2007

H. Kerkmeester & L. Visscher, 'De prijs van het civiele proces. Rechtseconomische inleiding', paper 2007

Kienbaum 1992

Kienbaum Unternehmensberatung GmbH, *Organisation der Amtsgerichte*, m.m.v. A.G. Koetz & L. Frühauf, Köln: Bundesanzeiger 1992

Kienbaum 1993

Kienbaum Unternehmensberatung GmbH, *Organisation der Kollegialgerichte und des Instanzenzuges der ordentlichen Gerichtsbarkeit*, m.m.v. A.G. Koetz et al, Köln: Bundesanzeiger 1993

Kissel 2001

R. Kissel, *Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2001, 3^e druk

Klein Haarhuis 2005

C. Klein Haarhuis, *Naar een conceptueel kader voor de spreiding van rechtspraak. Een verkenning aan de hand van inzichten uit onderwijs en zorg*, Den Haag: WODC 2005

Klein Haarhuis & Niemeijer 2006a

C. Klein Haarhuis & B. Niemeijer, 'Vanishing or Increasing Trials in the Netherlands?', *Journal of Dispute Resolution*, 2006, pp. 71-106

Klein Haarhuis & Niemeijer 2006b

C. Klein Haarhuis & B. Niemeijer, 'Verdeling van rechtspraak', *Beleidswetenschap*, 2006, pp. 30-46

Klijn 1996

A. Klijn, 'Vraag en aanbod op de markt voor rechtshulp. Een reconstructie van twintig jaar onderzoek in Nederland', in: J. Griffiths & H. Weyers (red.), *De sociale werking van recht. Een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, 3^e druk, pp. 191-255

Kloosterhuis 2006

H. Kloosterhuis, *Reconstructing interpretative argumentation in legal decisions: a pragma-dialectical approach*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2006

Van der Knaap & Van den Broek 2000

P. van der Knaap & R. van den Broek, 'Recht van spreken. Een resultaatgericht sturingsmodel voor de rechtsprekende macht', *Bestuurskunde* 2000, pp. 313-325

Knigge 2005

G. Knigge, 'Established by law?', *RMThemis*, 2005, pp. 241-242

Koopmans 1970

T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', in: H.C.F. Schoordijk et al (red.), *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereeniging, 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, pp. 221-235

Koopmans 2003

T. Koopmans, *Courts and Policital Institutions: a comparative view*, Cambridge: Cambridge University Press 2003

Kortmann 1987

C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983-1987*, Deventer: Kluwer 1987, 2^e druk

Kortmann 2005a

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer: Deventer 2005, 5^e druk

Kortmann 2005b

C.A.J.M. Kortmann, 'Weg met de (meeste) zelfstandige bestuursorganen', *RM Themis*, 2005, pp. 139-140

Kroeze 2007

M.J. Kroeze, 'The Companies and Business Court as a specialized court', *Ondernemingsrecht*, 2007, pp. 86-91

Krix 2002

B. Krix, 'Les nouveaux modes de management dans la justice allemande', in: M.-L. Cavrois, H. Dalle & J.-P. Jean (red.), *La qualité de la justice*, Paris: La documentation française 2002, pp. 131-138

Kruit 2007

P. Kruit, 'Geschilbeslechting in het arbeidsrecht: kantonrechter of arbeidsrechter?', *Ars Aequi*, 2007, pp. 119-129

Kuhn 1962

T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago/London: The University of Chicago Press, 3^e druk, 1996 [oorspr. uitgave 1962]

Kuijer 2004

M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, diss. Leiden, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2004

Ter Kuile 2006

G. ter Kuile, 'Verenigd Koninkrijk-Nederland: 1-0. Of: grondwettelijke toetsing vereist vooral een betere wetgevingsprocedure', *NJB* 2006, pp. 1890-1893

Kwak 2005

A.-J. Kwak, *The Legal Junction. The complex promise of modern legal professionalism*, diss. Rotterdam, Alblasterdam: Haveka 2005

Kwak 2006

A.-J. Kwak, *De meervoudige rechter: gezaghebbend, neutraal, efficiënt en coöperatief*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2006

Kwakman 2006

N.J.M. Kwakman, 'De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting', *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht*, 2006, pp. 331-339

Langbroek & Fabri 2004

P.M. Langbroek & M. Fabri, *Toedeling van zaken aan en binnen gerechten*, Den Haag: WODC 2004

Langbroek & Fabri 2006

P.M. Langbroek & M. Fabri, *Toedeling van zaken binnen het gerecht: regels en praktijk in vijf Europese landen en in Nederland*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2006

De Lange 1991

R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, diss. Amsterdam UvA, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

De Lange & Mevis 2006

R. de Lange en P.A.M. Mevis, 'Constitutional Guarantees for the Independence of the Judiciary', in: J.H.M. van Erp & L.P.W. van Vliet (ed.), *Netherlands Reports to the Seventeenth International Congress of Comparative Law*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, pp. 327-348

Lasser 2004

M. de S.O.L'E. Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press 2004

Lauwaars 2000

F.C. Lauwaars, 'Deskundigheid van de rechter: generalist in plaats van specialist', in: J.M. Barendrecht et al (red.), *Rechtspleging, Samenleving en Bestuur: Een gerichte onderzoeksagenda*, Utrecht: Lemma 2000, pp. 149-151

Lawson & Schermers 1999

R.A. Lawson & H.G. Schermers, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, 2e druk

Léger 1991

P. Léger, 'L'administration d'un tribunal de grande instance', *RFDP*, 1991, themanummer *L'administration de la justice*, pp. 21-28

Leijten 1991

J.C.M. Leijten, 'Beginsel en Tegenbeginsel in het Recht', *Ars Aequi*, 1991, bijzonder nummer *Rechtsbeginselen*, pp. 723-729

Lindsay & Petrick 1997

W.A. Lindsay & J.A. Petrick, *Total Quality and Organization Development*, Delray Beach, Fl.: St. Lucie Press 1997

Loth 1998a

M.A. Loth, 'Rechtspraak bij de tijd? Of de rechter verloren? Over de hiërarchisering van de rechtsprekende macht', *Ars Aequi*, 1998, pp. 757-764

Loth 1998b

M.A. Loth, *Recht spreken, recht doen. Over de functies en het functioneren van burgerlijke rechtspraak*, oratie Rotterdam, Deventer: Kluwer, 1998

Loth 1999a

M.A. Loth, 'Rechtspraak in verandering. Over de contourennota en de cultuur van rechtspraak', *Trema* 1999, pp. 242-248

Loth 1999b

M.A. Loth, 'Verloren zekerheid? Over vertrouwen en rechtszekerheid in het strafrecht', *R&R*, 1999, pp. 209-221

Loth 2000

M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Deventer: Kluwer 2000

Loth 2001

M.A. Loth, 'Rechterlijke samenwerking en rechtsvinding', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, pp. 111-120

Loth 2003a

M.A. Loth, "'Met goddelijk goud gemengd": investeren in het menselijk kapitaal van de rechtsstaat', *Trema*, 2003, pp. 247-256

Loth 2003b

M.A. Loth, 'Rechtspraak en mediation; een liaison dangereuse?', in: A.F.M. Brenninkmeijer et al (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, pp. 39-49

Loth 2004a

M.A. Loth, 'Met openbaar gezag bekleed; over het publieke karakter van rechtspraak', in: N.J.H. Huls & M.A. Loth (red.), *Het domein van de rechter*, Deventer: Kluwer 2004, pp. 43-57

Loth 2004b

M.A. Loth, 'Ingrediënten voor een ideaal gerecht. Voorbeschouwing bij de jaarvergadering van de NVvR op 4 oktober 2004', *Trema*, 2004, pp. 265-275

Loth 2007

M.A. Loth, 'Courts in Quest for Legitimacy: A Comparative Approach', in: M. Malsch & N. van Manen, *De begrijpelijkheid van de rechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, pp. 15-38

Loth & Gaakeer 2005

M.A. Loth & A.M.P. Gaakeer, *Meesterlijk recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, 3^e druk

Loth & Mak 2007

M.A. Loth & E. Mak, 'The Judicial Domain in View; figures, trends and perspectives', *Utrecht Law Review*, juni 2007, pp. 75-100

Lottin 2002

D. Lottin, 'Le role du juge dans l'amélioration de l'administration de la Justice', lezing voor de 'Conference on Judicial Administration Modernization in the Arab States', 15-17 maart 2002, Marrakech, Marokko, <http://www.undp-pogar.org/publications/judiciary/lottin/justice.pdf>

Luban 1995

D. Luban, 'Settlements and the erosion of the public realm', *The Georgetown Law Journal* 1995, pp. 2619-2662

MacCormick 1978

N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press 1978

Mak 2007

C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, diss. Amsterdam UvA, 2007

Mak 2005

E. Mak, 'Rechtspraak in de buurt. De wenselijke vormgeving van een *justice de proximité* en haar inpassing in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie in Frankrijk en Nederland', in: J.R. Blad (red.), *Rijzende sterren in het veiligheidsonderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, pp. 21-34

Mak 2006

E. Mak, 'De structuur van effectiviteit en onafhankelijkheid. Een analyse van de herziening van de Nederlandse rechterlijke organisatie in het licht van het beginsel van onafhankelijkheid', *Trema*, 2006, pp. 373-381

Mak 2007a

E. Mak, 'Another Turn of the Screw. An evaluation of Lasser's *Judicial Deliberations*' in the light of the practices of constitutional review in France, Germany and the United States', presentatie tijdens het Lasser-congres op 12 en 13 januari 2007 aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, publicatie in voorbereiding

Mak 2007b

E. Mak, 'Le droit au juge naturel et la répartition des compétences judiciaires aux Pays-Bas, en France et en Allemagne: l'incidence de principes constitutionnels sur l'organisation juridictionnelle', presentatie Parijs, 4 maart 2006, publicatie in voorbereiding

Mak 2007c

E. Mak, 'The Sheltering Sky of Strasbourg; On the ECtHR's judgement in the case of *Salah Sheekh v. the Netherlands* and its effects on asylum policy and adjudication in the Netherlands', *EPLC Europe & Law Journal*, publicatie in voorbereiding

Malleson 2000

K. Malleson, 'Judicial Bias and Disqualification after *Pinochet (No. 2)*', *The Modern Law Review*, 2000, pp. 119-127

Mallmann 2007

O. Mallmann, 'Consultative Council of European Judges (CCJE): Questionnaire for 2007 CCJE opinion concerning the councils for the judiciary: Reply submitted by the delegation of Germany',
[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE/REP\(2007\)26&Sector=secDG1&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE/REP(2007)26&Sector=secDG1&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3), geraadpleegd op 11 mei 2007

Martens & Ten Kate 2000

S.K. Martens & T.B. ten Kate, 'Commentaar d.d. 27 oktober 1999 van de President van en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad op de concept-wetsvoorstellen organisatie en bestuur gerechten en Raad voor de Rechtspraak', *NJB*, 2000, themanummer *De modernisering van de rechtsprekende macht*, pp. 1615-1623

Mertens 2004

T.J.M. Mertens, 'Behoed ons voor Scalia's!', *NJB*, 2004, pp. 2291-2293

Miehler & Vogler 1986

H. Miehsler & T. Vogler, 'Artikel 6 EMRK', in: H. Golsong et al, *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Köln: Heymanns 1986

Van Mierlo & Bart 2002

A.I.M. van Mierlo & F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis Herziening van de wet op de rechterlijke organisatie. Wetsvoorstel 27 181 en 27 182 en gedeelten uit 27 878. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien*, Deventer: Kluwer 2002

Ministerie van Binnenlandse Zaken 1983

Ministerie van Binnenlandse Zaken, *Algehele grondwetsherziening: eerste lezing. Deel VI Rechtspraak: justitie, Hoge Raad der Nederlanden, berechting ambtsmisdrijven*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1983

Ministerie van Justitie 2001

Ministerie van Justitie, *Keuzen voor de bestuursrechtspraak. Discussienota over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie*, Den Haag: Ministerie van Justitie, 18 mei 2001

Montesquieu 1748

Ch.-L. de Secondat Montesquieu, *De l'esprit des lois*, nouvelle édition, introduction, chronologie, relevé de variantes et notes par R. Derathé, Paris: Garnier 1973 [oorspr. uitgave 1748]

Morand-Deville 2001

J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, Paris: Montchrestien 2001, 7^e druk

Müller 1997

B. Müller, *Verbraucherschutz durch das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen*, Frankfurt am Main: Lang 1998

Ng 2007

G.Y. Ng, *Quality of Judicial Organisation and Checks and Balances*, diss. Utrecht, Antwerpen: Intersentia 2007

Nieuwenhuis 2004

J.H. Nieuwenhuis, 'De rechtsstaat is heel wat anders dan de Hema', *NRC Handelsblad*, 12 juli 2004, p. 7

NJB 2005, nr. 1

Special *Geschiedbeslechtingdelta*, *NJB*, 2005, nr. 1

Nolte 2005

G. Nolte, 'European and US constitutionalism: comparing essential elements', in: G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, pp. 3-20

Nonet & Selznick 1978

P. Nonet & P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New Brunswick/London: Transaction Publishers 2005 [oorspr. uitgave 1978]

Noortmann 2006

J.M.P.H. Noortmann, *Internationaal recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, 2^e druk

NTB 2006, nr. 10

Special *OM-afdoening*, *NTB*, 2006, nr. 10

Oranje 2006a

J. Oranje, "Zou de wetgever wel eens vonnissen lezen?" Rechter Maarten Mastboom over het "verdriet der rechters" en financiële fraudezaken', *NRC Handelsblad*, 8 & 9 april 2006, p. 24

Oranje 2006b

J. Oranje, "Ik ben de ideale medewerker". "Ik houd wel van risicozoekend gedrag". Procureur-generaal Dato Steenhuis gaat na spraakmakende affaires met pensioen', *NRC Handelsblad*, 27 mei 2006, p. 33

Ottow 2006

A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht: de invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht*, diss. Amsterdam UvA, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006

Paine 1791/92

T. Paine, *Rights of Man, Common Sense, and Other Political Writings*, Oxford: Oxford University Press 1998 [oorspr. uitgave 1791/92]

Pauliat 2001

H. Pauliat, 'L'administration de la justice dans les institutions françaises', in: S. Gaboriau & H. Pauliat (red.), *L'éthique des gens de justice. Actes du colloque des 19-20 octobre 2000. Entretiens d'Aguesseau*, Limoges: PULIM 2001, pp. 75-92

Pel 2000

M. Pel, 'Doorverwijzing naar mediation in de civiele procedure: extra service of branchevervaging?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2000, pp. 78-86

Pernice 2002

I. Pernice, 'Multilevel constitutionalism in the European Union', *European law review*, 2002, pp. 511-529

Perrot 1995

R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Paris: Montchrestien 1995

Perrot et al 1996

R. Perrot et al, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris: Dalloz 1996

Pfersmann 2001a

O. Pfersmann, 'La Constitution comme norme', in: L. Favoreu et al, *Droit constitutionnel*, Paris: Dalloz 2001, 4^e druk

Pfersmann 2001b

O. Pfersmann, 'Le droit compare comme interprétation et comme théorie du droit', *RIDC*, 2001, pp. 275-288

Pfersmann 2002

O. Pfersmann, 'Remarques sur le concept de "pouvoir judiciaire"', in: O. Cayla & M.-F. Renoux-Zagamé (red.), *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, Paris: LGDJ 2002, pp. 181-193

Pfersmann 2003

O. Pfersmann, 'De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution', in: P. Avril et al (red.), *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs (Mélanges Pactet)*, Paris: Dalloz 2003, pp. 353-374

Picard 1994

E. Picard, 'La juridiction administrative et les exigences du procès équitable', in: F. Sudre (red.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992. Actes du colloque de Montpellier, février 1993*, Kehl/Strasbourg/Arlington: Éditions N.P. Engel, 1994, pp. 217-283

Picard 1998

E. Picard, 'L'émergence des droits fondamentaux en France', *AJDA*, 1998, numéro spécial *Les Droits fondamentaux*, pp. 6-42

Pieterman 1990

R. Pieterman, *De plaats van de rechter in Nederland 1813-1920: politiek-juridische ideeënstrijd over de scheiding van machten in de staat*, diss. Utrecht, Arnhem: Gouda Quint 1990

Pirsig 1984

R.M. Pirsig, *Zen and the art of motorcycle maintenance: an inquiry into values*, New York: Bantam Books 1984

Pirsig 1991

R.M. Pirsig, *Lila: An inquiry into morals*, London, Bantam Press 1991

Van der Pot 2006

C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, Deventer: Kluwer 2006, 15^e druk

Pottakis 2005

A.I. Pottakis, 'Legitimacy v Efficiency; The democratic constitutional future of the European Union', *ERPL/REDP*, 2005, pp. 1109-1161

Prakke & Kortmann 2004

L. Prakke & C.A.J.M. Kortmann (red.), *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2004, 6^e druk

Pröpper 1993

I.M.A.M. Pröpper, *Inleiding in de organisatietheorie*, met medewerking van K.P. Esveldt, I.L. Bleijenbergh & M.V. Metselaar, 's-Gravenhage: VUGA 1993

RvdR 2004

Raad voor de rechtspraak, *Toetsingskader rechterlijke concentratie*, 30 juni 2004

RvdR 2005

Raad voor de rechtspraak, *De Rechtspraak*, jaarverslag 2005

RvdR 2006

Raad voor de rechtspraak, *Kwaliteit kost tijd*, rapport van de projectgroep Kwaliteit in de bekostiging, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2006

Raes 1991

K. Raes, 'Rechtsbeginselen en de morele eenheid van het recht', *Ars Aequi*, 1991, bijzonder nummer *Rechtsbeginselen*, pp. 773-784

Ras 1989

H.E. Ras, 'De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht', afscheidsrede als President van de Hoge Raad, *NJB*, 1989, p. 1242

Rassat 2004

M.-L. Rassat, *La justice en France*, Paris: PUF 2004, 7^e druk

Rassat 2007

M.-L. Rassat, 'La certitude du statut pénal du président de la République pour les infractions sans rapport avec la fonction', *La semaine juridique*, 2007, p. 3

Raz 1983

J. Raz, *The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford: Clarendon Press 1983

Renoux 1984

T. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, diss. Aix-Marseille III, Paris: Économica, Aix-en-Provence: PUAM 1984

Renoux 1991

T.S. Renoux, 'L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France', *Recueil Dalloz*, 1991, pp. 169-174

Renoux 1993

T.S. Renoux, 'Le droit au juge naturel, droit fondamental', *RTD civ.*, 1993, pp. 33-58

Renoux 1994

T.S. Renoux, 'Le Conseil constitutionnel et le pouvoir judiciaire en France et dans le modèle européen de contrôle de constitutionnalité des lois', *RIDC*, 1994, pp. 891-899

Renoux 1999

T.S. Renoux, 'Le pouvoir judiciaire en France et Europe continentale: approche comparative', *RDP*, 1999, pp. 965-984

Renoux & De Villiers 2000

T.S. Renoux & M. de Villiers, *Code constitutionnel 2001*, Paris: Litec 2000, 2^e druk

Van Rhee 1998

C.H. van Rhee, 'H. Lück, *Die kursächsische Gerichtsverfassung (1423-1550)*, Forschungen zur Deutschen Rechtsgeschichte 17, Böhlau Verlag, Keulen/Weimar/Wenen 1997, xlv + 296', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1998, pp. 425-427

Richmond 2004

P. Richmond, 'Turkey – Presentation on the Independence of the Judiciary and the Legal Profession in Turkey', 26 april 2004,
http://www.icj.org/news.php3?id_article=3314&lang=en

Rosenfeld 1994

M. Rosenfeld (red.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy*, Durham: Duke University Press, 1994

St. John Macdonald & Johnston 2005

R. St. John Macdonald & D.M. Johnston (red.), *Towards world constitutionalism: issues in the legal ordering of the world community*, Leiden: Martinus Nijhoff 2005

Scalia 1998

A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press 1998

Scheltens 1991

D. Scheltens, 'Rechtsbeginselen en mensenrechten', *Ars Aequi*, 1991, bijzonder nummer *Rechtsbeginselen*, pp. 798-801

Schilken 2003

E. Schilken, *Gerichtsverfassungsrecht*, Köln: Heymanns 2003, 3^e druk

Schlössels 2006

R.J.N. Schlössels, 'Concentratie van bestuursrechtspraak. Iets over bundeling van specialistische kennis, territoriale spreiding van rechtspraak en reizende rechters', in: J.W.M. Tromp et al, *Concentratie en specialisatie van rechtspraak: noodzaak of overbodig?*, Deventer: Kluwer 2006, pp. 51-75

Schmitter 1994

G. Schmitter, *La constitutionnalisation du droit processuel*, diss. Aix-Marseille III, 1994

Scholten 1931

P. Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974, 3^e druk [oorspr. uitgave 1931]

Schütz & Schulze-Fielitz 2002

C. Schütz & H. Schulze-Fielitz, *Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit*, Berlin: Duncker & Humblot 2002

Selznick 1957

P. Selznick, *Leadership in Administration: a Sociological Interpretation*, Berkeley: University of California Press 1984 [oorspr. uitgave 1957]

Sennett 1977

R. Sennett, *The Fall of Public Man*, London: Penguin 2002 [oorspr. uitgave 1977]

Sermet 1996

L. Sermet, *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, diss. Aix-Marseille III, Paris: Économica, Aix-en-Provence: Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires, Université d'Aix-Marseille III 1996

Shapiro 1981

M. Shapiro, *Courts: a comparative and political analysis*, Chicago/London: The University of Chicago Press 1981

Simons 1996

T.G.M. Simons, *De rechterlijke organisatie in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Smits 1996

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, diss. Rotterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Snellen 1987

I.Th.M. Snellen, *Boeiend en geboeid: ambivalenties en ambities in de bestuurskunde*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1987

Snijders 2002

H.J. Snijders, 'Geschilbeslechting buiten de overheidsrechter om als centraal thema revisited en updated', *Ars Aequi*, 2002, bijzonder nummer *Buiten de rechter om*, pp. 483-498

Snijders, Ynzonides & Meijer 1997

H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, 2^e druk

Soeteman 1991

A. Soeteman, 'Hercules aan het werk. Over de rol van rechtsbeginselen in het recht', *Ars Aequi*, 1991, bijzonder nummer *Rechtsbeginselen*, pp. 744-756

Spijkerboer 2006

Vgl. T.P. Spijkerboer, 'Een ontregelend boek', (Bespreking van Ran Hirschl, *Towards Jurisocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge 2004), *NJB* 2006, pp. 2591-2594

Spijkerboer 2007

T.P. Spijkerboer, 'Straatsburg en het Nederlandse vluchtelingenrecht. Bij de uitspraak Salah Sheekh tegen Nederland', *NJB* 2007, pp. 380-387

Staats 1991

J.-F. Staats, 'La gestion de la justice en Allemagne', *RFDP* 1991, pp. 117-126

Staechelé 2007

F. Staechelé, *La Réforme de la carte judiciaire. Avis de la Conférence Nationale des Présidents de Tribunaux de Grande Instance (CNPTGI)*, 28 juni 2007, www.carte-judiciaire.justice.gouv.fr

Van Steenberg 2005

W. van Steenberg, 'Dooverwijzing naar mediation vanuit de rechtspraak. Contradictio in terminis?', *NJB*, 2005, pp. 2364-2366

Stone Sweet 1992

A. Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, New York/Oxford: Oxford University Press 1992

Stone Sweet 2000

A. Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford: Oxford University Press 2000

Stroink 1993

F.A.M. Stroink, *Rechterlijke organisatie en rechtspraak in beweging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993

Stroink 1999

F.A.M. Stroink, 'De betekenis van de Straatsburgse jurisprudentie inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor het Nederlandse recht', *NJCM-bulletin*, 1999, pp. 5-32

Struiksmā et al 2000

N. Struiksmā et al, *Situeren met beleid. Een onderzoek naar het nevenlocatiebeleid van rechtbanken*, Groningen: Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde, Rijksuniversiteit Groningen 2000

Sudre 2006

F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris: PUF, 2006, 8^e druk

Van Suilen 2006

A.J.H. van Suilen, 'Rechtseenheid door deconcentratie van belastingrechtspraak', in: J.W.M. Tromp et al, *Concentratie en specialisatie van rechtspraak: noodzaak of overbodig?*, Deventer: Kluwer 2006, pp. 77-93

Summers 2005

R.S. Summers, 'Form and function in discrete legal units and in a legal system as a whole', preadvies Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht, *R&R*, 2005, pp. 8-22

Summers 2006

R.S. Summers, *Form and Function in a Legal System. A General Study*, Cambridge: Cambridge University Press 2006

Tak 2005

A.Q.C. Tak, 'Het bestuursproces in de mechanische mierenmaatschappij', *Ars Aequi*, 2005, pp. 564-571

Van der Tang 1998

G.F.M. van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, diss. Rotterdam, Arnhem: Gouda Quint 1998

Teitel 2004

R. Teitel, 'Book Review: Comparative Constitutionalism in a Global Age. Comparative Constitutionalism: Cases and Materials. Edited by N. Dorsen, M. Rosenfeld, A. Sajò & S. Baer, St. Paul, Minn.: West Group 2003', *Harvard Law Review*, 2004, pp. 2570-2596

Terlouw 2003

A.B. Terlouw, *Uitspraak en afspraak: samenwerking tussen vreemdelingenrechters bij ontbreken van hoger beroep*, diss. Nijmegen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Teuben 2004

K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijke (proces)recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2004

Thomassen 1999

W.M.E. Thomassen, 'Recht op een rechter', in: E.A.G. van der Ouderaa, *Schurende machten: inleiding en verslag van een symposium ter gelegenheid van het afscheid van mr. H.F. van den Haak als president van het gerechtshof te Amsterdam*, Amsterdam: Ars Aequi Libri/ Gerechtshof Amsterdam 1999, pp. 27-31

Timsit 1997a

G. Timsit, 'La loi: à la recherche du paradigme perdu', in: *Archipel de la norme*, Paris: PUF 1997, pp. 9-42

Timsit 1997b

G. Timsit, 'Le jugement: Guy Braibant, un juge qui gouverne?', in: *Archipel de la norme*, pp. 105-143

Timsit 1997c

G. Timsit, 'La régulation: naissance d'une notion', in: *Archipel de la norme*, Paris: PUF 1997, pp. 161-231

Tjeenk Willink 1995

H.D. Tjeenk Willink, *Overheidscommunicatie, element of instrument?*, Machiavelli-lezing 1995, <http://www.stichtingmachiavelli.nl>

Tjeenk Willink 1999

H.D. Tjeenk Willink, 'Wetgever, bestuur en rechter: de ene niet zonder de andere' in: E.A.G. van der Ouderaa, *Schurende machten: inleiding en verslag van een symposium ter gelegenheid van het afscheid van mr. H.F. van den Haak als president van het gerechtshof te Amsterdam*, Amsterdam: Ars Aequi Libri/Gerechtshof Amsterdam 1999, pp. 17-25

Tjittes 2005

R.P.J.L. Tjittes, 'Lekenrechtspraak', *RMThemis*, 2005, pp. 279-281

Trema 2005, nr. 7

Special *Zelfevaluatie rechterlijke macht*, *Trema* 2005, nr. 7

Troper 1981

M. Troper, 'Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?', *La Justice, Revue Pouvoirs*, nr. 16, 1981, pp. 5-15

Tschentscher 2006

A. Tschentscher, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, Habil.-Schr. Würzburg, Tübingen: Mohr-Siebeck 2006

Unger 1996

R.M. Unger, 'Legal Analysis as Institutional Imagination', *Modern Law Review*, 1996, pp. 1-23

Uniken Venema 2004

H.Æ. Uniken Venema, 'Functionele of territoriale jurisdictie? Enkele opmerkingen naar aanleiding van het Toetsingskader rechterlijke concentratie', *Trema*, 2004, themanummer *Wettelijke concentratie van rechtspraak*, pp. 512-515

Vandaele 2002

A. Vandaele, 'Een onderzoek in de diepte: de directe werking van internationale (mensenrechten)verdragen', in: D. Van Eeckhoutte & A. Vandaele, *Doorwerking van internationale normen in de Belgische rechtsorde*, Leuven: Katholieke Universiteit Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Instituut voor Internationaal Recht, Working Paper nr. 33, oktober 2002

Vatier 2000

B. Vatier, 'La justice est-elle un service public?', in: J. Foyer et al (red.), *Le juge entre deux millénaires (Mélanges Pierre Drai)*, Paris: Dalloz 2000, pp. 141-147

Vedel 1990

G. Vedel, 'La loi des 16 et 24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?', *RFDA*, 1990, pp. 698-711

Van Veen 1985

T.W. van Veen, 'De unus-iudex in hoger beroep van strafzaken', *NJB*, 1985, pp. 1303-1306

Van Velthoven & Ter Voert 2004

B.C.J. van Velthoven & M. ter Voert, *Geschiedbeslechtingdelta 2003: over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, met medewerking van M. van Gammeren-Zoeteweyj, Den Haag: WODC 2004

Verberk 2005

S. Verberk, *Rechter onder de mensen? Over de externe oriëntatie van de rechterlijke macht in Californië*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2005

Verhey & Verheij 2005

L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters. Markttoezicht in constitutioneel perspectief', in: *Handelingen NJV*, 2005, pp. 135-332

De Vette 2007

T. de Vette, 'Project OM-afdoening on tour. Presentaties over de komende strafbeschikking', *Opportuun*, nr. 3, 2007, pp. 8-10

Vincent et al 2001

J. Vincent et al, *Institutions judiciaires*, Paris: Dalloz, 2001, 6^e druk

Vis 2006

J.J. Vis, 'Niks gelijke monniken gelijke kappen', *NRC Handelsblad*, 11 december 2006, p. 7

Voermans 1999

W. Voermans, *Councils for the judiciary in EU countries*, Brussels: European Commission/Tilburg: TAIEX Tilburg University Schoordijk Institute 1999

Voermans 2000

W. Voermans, 'Kwaliteitsbevordering van rechtspleging via een Raad voor de rechtspraak?', *NJB*, 2000, pp. 641-648

Voermans 2007

W. Voermans, 'Judicial transparency furthering public accountability for new judiciaries', *Utrecht Law Review*, nr. 1, 2007, pp. 148-159

Ter Voert & Kuppens 2002

M. ter Voert & J. Kuppens, *Schijn van partijdigheid rechters*, Den Haag: WODC 2002

Vranken 1995

J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel II*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995

De Waard 1987

B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief procesrecht*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987

Waldron 1999

J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford: Clarendon 1999

Walter 1997

C. Walter, 'Le controle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande', *RDP*, 1997, pp. 1285-1300

Wansink 2002

W. Wansink, 'Een vrijwel dode letter. Laat rechters de Grondwet toetsen en hef artikel 120 op. Anders legt zij het af tegen de Europese Constitutie', *Elsevier*, 9 maart 2002, pp. 14-17

Warmelink 1993

H.G. Warmelink, *Parlement en begroting*, diss. Groningen, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993

De Werd 1994

M.F.J.M. de Werd, *De benoeming van rechters: constitutionele aspecten van de toegang tot het rechtersambt in Nederland en de Amerikaanse deelstaat New York*, Arnhem: Gouda Quint 1994

De Werd 1999a

M.F.J.M. de Werd, 'De f-side van rechtspraak. Het kabinetsstandpunt over het bestuur en beheer van de rechterlijke organisatie in constitutioneel perspectief', *RM Themis*, 1999, pp. 103-116

De Werd 1999b

M.F.J.M. de Werd, 'De wetgever en artikel 6 EVRM', in: J.P. Loof (red.), *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De randvoorwaarden voor het bestuur en beheer van de rechterlijke macht*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1999, pp. 31-42

Werkgroep BOK 2006

Werkgroep BOK (Bestuurlijke Onderbrenging Kantongerechten), *Kantonrechtspraak in de 21^e eeuw. Naar afdoening 'op maat'. Een bijdrage aan de evaluatie van de bestuurlijke onderbrenging van de kantongerechten*, 1 maart 2006, http://www.evaluatiero.nl/Images/BOK-rapport%20versie%201%20maart%202006_tcm96-119952.pdf

WRR 2002

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002

Widdershoven 1989

R.J.G.M. Widdershoven, *Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989

Van Wijk et al 2005

H.D. van Wijk et al, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2005, 13^e druk

Wittreck 2006

F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt*, Habil.-Schr. Würzburg, Tübingen: Mohr Siebeck 2006

Zijlstra 1997

S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat: een onderzoek naar democratisch-rechtsstatelijke en positiefrechtelijke aspecten van het gebruik van zelfstandige bestuursorganen, meer in het bijzonder op gemeentelijk niveau*, diss. Rotterdam, 's-Gravenhage: VUGA 1997

PARLEMENTAIRE STUKKEN

Nederland

Kamerstukken II, 1979-1980, 16 162, nr. 3 (Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake de justitie, Memorie van toelichting)

Kamerstukken II, 1979-1980, 16 162, nr. 4 (Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake de justitie, bijlage I bij de Memorie van toelichting: Advies van de Raad van State)

Kamerstukken II, 1980-1981, 16 162, nr. 11 (Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake de justitie, Nota naar aanleiding van het eindverslag)

Kamerstukken II 2003-2004, 25 425, nr. 7 (Herziening rechterlijke organisatie, Brief ministers over de derde fase herziening rechterlijke organisatie)

Kamerstukken II 1999-2000, 26 352, nr. 19 (Contourennota modernisering rechterlijke organisatie, Brief van de minister en de staatssecretaris van Justitie)

Kamerstukken II, 1999-2000, 27 182, nr. 3 (Wetsvoorstel Raad voor de rechtspraak, Memorie van toelichting)

Kamerstukken II, 2000-2001, 27 182, nr. 6 (Wetsvoorstel Raad voor de rechtspraak, Nota naar aanleiding van het verslag)

Kamerstukken II, 2001-2002, 28 331, nr. 1-3 (Voorstel tot invoering van toetsingsbevoegdheid van wetten aan bepalingen Grondwet door de rechter (wetsvoorstel-Halsema), Geleidende brief bij voorstel van wet, Voorstel van wet en Memorie van toelichting)

Kamerstukken II, 2003-2004, 29 279, nr. 9 (Rechtsstaat en Rechtsorde, Nota Bruikbare Rechtsorde)

Kamerstukken II, 2003-2004 en 2004-2005, 29 414 (Wet collectieve afwikkeling massaschade)

Aanhangsel Handelingen I, 2005-2006, nr. 4, pp. 7-10 (Vragen van het lid Van de Beeten (CDA) op 7 februari 2006 meegedeeld aan de minister van Justitie, over de uitbreiding van het werkgebied van het hof te Leeuwarden)

‘Nota van toelichting op het Besluit van 6 maart 2002 tot wijziging van het Besluit nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen in verband met de aanwijzing van nevenzittingsplaatsen van het gerechtshof te Amsterdam en de rechtbank te Haarlem voor de behandeling van strafzaken’, *Stb.* 2002, 126, pp. 3-4

‘Nota van toelichting op het Besluit van 17 juni 2004 tot wijziging van het Besluit nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen en enkele andere besluiten in verband met een betere benutting van de zittingscapaciteit’, *Stb.* 2004, 288, pp. 8-21

JURISPRUDENTIE

Nederland

HR, 14 april 1989, NJ 1989, 469 (*Harmonisatiewet-arrest*)

HR, 13 juli 2007, LJN BA7970, BA7971 en BA7972

Hof Amsterdam (Ondernemingskamer), 3 mei 2007, rekestnr. 451/2007, LJN BA4395

OPTA, beslissing op bezwaar van 19 juli 2002 inzake geschil *KPN Mobiele vs. O2* over MTA-tarieven van O2 (kenmerk: OPTA/JUZ/2002/201770 & OPTA/JUZ/2002/201772), www.opta.nl

Frankrijk

CC, beslissing nr. 61-14 L van 18 juli 1961, *Rec. p. 38*; *GD*, 11^e druk, nr. 11 (*Organisation judiciaire*)

CC, beslissing nr. 67-33 DC van 12 juli 1967, *Rec. p. 21*

CC, beslissing nr. 70-40 DC van 9 juli 1970, *Rec. p. 25*; *GD*, 11^e druk, nr. 15 (*Indépendance des magistrats*)

CC, beslissing nr. 71-44 DC van 16 juli 1971, *Rec. p. 29*; *GD*, 11^e druk, nr. 19 (*Liberté d'association*)

CC, beslissing nr. 74-54 DC van 15 januari 1975, *Rec. p. 19*; *GD*, 11^e druk, nr. 23 (*Interruption volontaire de grossesse*)

CC, beslissing nr. 75-56 DC van 23 juli 1975, *Rec. p. 22*; *GD*, 2^e druk, nr. 27 (*Juge unique*)

CC, beslissing nr. 77-99 L van 20 juli 1977, *Rec. p. 63*

CC, beslissing nr. 80-119 DC van 22 juli 1980, *Rec. p. 46*; *GD*, 11^e druk, nr. 29 (*Validation d'actes administratifs*)

CC, beslissing nr. 80-123 DC van 24 oktober 1980, *Rec. 24* (*Magistrats remplaçants*)

CC, beslissing nr. 86-224 DC van 23 januari 1987, *Rec. p. 8*; *GD*, 11^e druk, nr. 41 (*Conseil de la concurrence*)

CC, beslissing nr. 93-326 DC van 11 augustus 1993, *Rec. p. 217*

CC, beslissing nr. 96-378 DC van 23 juli 1996, *Rec. p. 99 (Autorité de régulation des télécommunications)*

CC, beslissing nr. 2003-466 DC van 20 februari 2003, *Rec. p. 156 (Juges de proximité)*

CC, beslissing nr. 2003-469 DC van 26 maart 2003, *Rec. p. 293 (Révision constitutionnelle)*

CC, beslissing 2004-492 DC van 2 maart 2004, *Rec. p. 66; GD, 13^e druk, nr. 50 (Évolutions de la criminalité)*

CCass, 24 mei 1975, *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre Mixte nr. 4, p. 6 (Sté Cafés Jacques Vabre)*

CCass, 17 november 2000, nr. 99-13.701, *Dalloz 2000 I.R. p. 295 (Perruche)*

CE, 2 maart 1962, *Rec. p. 142 (Sieur Píoton)*

CE Ass, 2 maart 1962, *Rec. p. 143 (Sieurs Rubin de Servens et autres)*

CE, 13 juli 1962, *Rec. p. 479 (Conseil national de l'ordre des Médecins)*, commentaar van de commissaire du gouvernement Braibant, *RDP 1962, 739*

CE Ass, 11 februari 1977, *Rec. p. 81 (Groupe des industries métallurgiques de la région parisienne et autres)*

CE Ass, 20 oktober 1989, *Rec. p. 190 (Nicolo)*

TC, 6 juni 1989, *RFDA, 1989, p. 457, concl. Stirn (Préfet région Ile-de-France)*

Duitsland

BVerfG, 29 mei 1974, *BvL 52/71, BVerfGE 37, 271 (Solange I)*

BVerfG, 15 februari 1978, *2 BvR 134, 268/76, BVerfGE 47, 253, 275*

BVerfG, 20 januari 1981, *2 BvR 993/77, BVerfGE 56, 87, DRiZ 1981, 190*

BGHZ 86, 226, NJW 1983, 1661

BVerfG, 22 oktober 1986, *2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (Solange II)*

BVerfG, 7 juni 2000, *2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147 (Bananenmarktordnung)*

BVerfG, 18 juli 2005, 2 BvR 2236/04, *BVerfGE* 113, 273 (*Europäischer Haftbefehl*)

EHRM en ECRM

EHRM, 21 februari 1975, nr. 4451/70, A-serie nr. 18 (*Golder tegen Verenigd Koninkrijk*)

ECRM, rapport van 12 oktober 1978, nr. 7360/76 (*Zand tegen Oostenrijk*), *D&R* 15, 1979, p. 70

ECRM, 8 december 1982, nr. 8790/79, A-serie nr. 84 (*Sramek tegen Oostenrijk*)

EHRM, 21 februari 1984, nr. 8544/79, A-serie nr. 73 (*Öztürk tegen Duitsland*)

EHRM, 23 oktober 1985, nr. 8848/80, A-serie nr. 97 (*Bentham tegen Nederland*)

ECRM, 9 maart 1988, nr. 12502/86 (*Ginikanwa tegen Verenigd Koninkrijk*), *D&R* 55, pp. 251 e.v.

EHRM, 16 december 1992, nr. 12964/87, A-serie 253-B (*De Geouffre de la Pradelle tegen Frankrijk*)

ECRM, 25 november 1996, nr. 28899/95 (*Stieringer tegen Duitsland*)

EHRM, 18 december 1996, nr. 21987/93, Reports 1996-VI (*Aksoy tegen Turkije*)

EHRM, 9 maart 1999, nr. 32813/96 (*Lindner tegen Duitsland*)

EHRM, 28 oktober 1999, nr. 24846/94 en 34165/96 t/m 34173/96 (*Zielinski en Pradal en Gonzalez e.a. tegen Frankrijk*)

EHRM, 7 juni 2001, nr. 39594/98 (*Kress tegen Frankrijk*)

EHRM, 6 september 2001, nr. 44564/98 (*Mort tegen Verenigd Koninkrijk*)

EHRM, 6 mei 2003, nr. 39343/98, 39651/98, 43147/98, 46664/99 (*Kleyn tegen Nederland*)

EHRM, 5 juli 2005, nr. 2345/02 (*Said tegen Nederland*)

EHRM, 6 oktober 2005, nr. 1513/03 (*Draon tegen Frankrijk*) en EHRM, 6 oktober 2005, nr. 11810/03 (*Maurice tegen Frankrijk*), *NJ* 2006, 464 m.n. P.J. Boon

EHRM, 11 januari 2007, nr. 1948/04 (*Salah Sheekh tegen Nederland*)

HvJEG

HvJEG, 17 mei 1974, nr. 4/73, ECR 491 (*Nold II*)

Verenigde Staten

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

Cochran v. State, 62 Ga. 731, 732 (1879)

Groot-Brittannië

R. v. Sussex Justices, Ex Parte McCarthy (1924) 1 KB 256, (1923) All ER 233

OVERIG

Nederland

‘Flitsscheiding verovert terrein’, *NRC Handelsblad*, 19 september 2005, p. 7

‘Kamer beperkt flitsscheiding’, *NRC Handelsblad*, 29 september 2005, p. 1

‘Sluiting dreigt voor vijf “bijkantoren” rechtbanken’, *De Volkskrant*, 22 maart 2007

Bureau Voorlichting en Communicatie Rechtsprekende Macht, ‘Amsterdamse “Click-fondskamer” in de startblokken’, 3 januari 2000,
<http://www.recht.nl/proxycache.html?cid=1589>

Redactie Klokkenluider.nl, ‘Partijdigheid rechtbank Haarlem onderzocht. Getuigenverhoren ‘van de eeuw’: is rechtbank partijdig?’, 29 maart 2007,
<http://www.klokkenluideronline.nl/artikel/402/partijdigheid-rechtbank-haarlem-onderzocht.html>

<http://www.om.nl>

<http://www.raadvanstate.nl>

<http://www.rechtspraak.nl/naar+de+rechter/mediation+naast+rechtspraak>

Frankrijk

La Documentation française, 'LOLF: une nouvelle constitution financière pour l'État',

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/lolf/index.shtml>

<http://www.carte-judiciaire.justice.gouv.fr>

http://www.conseil-etat.fr/ce/missio/index_mi_ge00.shtml

<http://www.justice.gouv.fr>

<http://www.legifrance.org>

Duitsland

Übersicht über den Gerichtsaufbau in der Bundesrepublik Deutschland, Stand Oktober 2002,

<http://rsw.beck.de/rsw/downloads/gesetzgebung/Gerichtsaufbau.pdf>

<http://www.bundesfinanzhof.de/www/bfh/11verw/verw1.html>

<http://www.bundesgerichtshof.de>

Raad van Europa

<http://www.coe.int/cepej>

Europese Unie

'Toetredingscriteria (criteria van Kopenhagen)',

http://europa.eu/scadplus/glossary/accession_criteria_copenhagen_nl.htm

http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/how_does_a_country_join_the_eu/negotiations_croatia_turkey/index_en.htm#acquis

INHOUDSOPGAVE

<i>Woord vooraf</i>	vii
<i>Verkorte Inhoudsopgave</i>	ix

INLEIDING

Op zoek naar een balans: een nieuw perspectief op uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie	1
1 Ter introductie: drie dilemma's betreffende de rechterlijke organisatie in Nederland	1
2 De probleemstelling	3
3 De relevantie van het onderzoek	7
4 De methode	11
- Het onderzoeksperspectief	11
- Een rechtsvergelijkend onderzoek	12
<i>Motieven voor rechtsvergelijking</i>	12
<i>De keuze van de te vergelijken rechtssystemen</i>	13
- Methodologische problemen van rechtsvergelijking	14
<i>De methode van rechtsvergelijking</i>	14
<i>Aangrijpingspunt van de analyse: een onderzoek ex tunc en ex nunc</i>	15
5 De opzet van het onderzoek	18

DEEL I

De balans in beeld: een theoretisch kader voor de organisatie van de rechtspraak	21
---	----

HOOFDSTUK 1

De rechtspraak in context: een samenspel van uitgangspunten uit twee paradigma's	23
1.1 Twee paradigma's voor de rechterlijke organisatie	23
1.1.1 Het concept 'paradigma'	23
- Het 'paradigma' als middel ter verklaring van de inhoud van het 'wetenschappelijke' discours over de rechterlijke organisatie	24
- Het 'paradigma' als middel ter indicatie van een wijziging van het perspectief op de uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie	25
1.1.2 Het klassiek-rechtsstatelijke paradigma	27
- Ontstaan en ontwikkeling van de 'rechtsstaat'-idee	27
- Inhoud en effecten van het klassiek-rechtsstatelijke paradigma	29
1.1.3 Het 'new public management'-paradigma	33
- Ontstaan en ontwikkeling van 'new public management'-theorieën	33
- Inhoud en effecten van het 'new public management'-paradigma	35
1.2 De verhouding tussen de paradigma's	37

1.2.1 De theoretische grondslag van de verhouding tussen de paradigma's:	37
een classificatie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie	
- Inhoud en wijze van interactie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie	37
<i>Een typologie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie</i>	37
<i>De wijze van interactie tussen typen van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie</i>	39
- De status van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie: de invloed van de paradigma's	41
<i>'Beginselen' en 'beleidsdoelen'</i>	41
<i>Een classificatie van uitgangspunten in het licht van de twee paradigma's</i>	42
1.2.2 De contextuele uitwerking van de verhouding tussen de paradigma's:	44
een inventarisatie van de contextuele grondslagen voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie	
- Het concept 'legitimiteit'	44
<i>Dimensies van 'legitimiteit'</i>	44
<i>Belanghebbenden bij legitimiteit van de rechterlijke organisatie</i>	46
- Voorwaarden voor 'legitimiteit': de vaststelling van het evenwicht tussen 'autonoom' en 'responsief recht'	47
<i>'Autonomie' en 'responsiviteit' als afwegingscriteria voor uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie</i>	48
<i>De afweging van uitgangspunten: een compatibilisering van twee discourses in een nieuw constitutioneel kader</i>	49
HOOFDSTUK 2	
De rechtspraak in een constitutioneel kader: de juridische ordening van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie	53
2.1 De vindplaats van juridische normen voor de rechterlijke organisatie:	54
de Constitutie als weergave van een formeel-constitutioneel kader	
2.1.1 De constitutionalisering van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie	54
- De uitwerking van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het positieve constitutionele recht	54
<i>De status van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie revisited: 'beginselen', 'beleidsdoelen' en 'regels'</i>	55
<i>De wijze van introductie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het positieve recht: de rol van wetgever en rechter</i>	57
- De rol van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie bij de interpretatie van constitutionele normen	60
<i>Uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie in het geheel van constitutionele interpretatiemethoden</i>	60
<i>Uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie als uitdrukking van een veranderend constitutioneel kader</i>	61

2.1.2 De verhouding tussen het materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie en de Constitutie	63
- De plaats van de ‘Constitutie’ in het rechtsstaatconcept	63
<i>Theoretisch perspectief</i>	63
<i>Ontwikkeling in de historische en politieke context</i>	65
- De betekenis van de ‘Constitutie’ voor het afwegingskader van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie	66
<i>Interpretatie in het constitutionele domein van normstelling: constitutionele wetgever en lagere regelgevers</i>	67
<i>Implicaties voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie</i>	69
2.2 De ontwikkeling van juridische normen voor de rechterlijke organisatie: de implicaties van constitutionele rigiditeit, constitutionele toetsing en verdragsrecht voor het formeel-constitutionele kader	70
2.2.1 Constitutioneel kader en ‘rigiditeit’ van de Constitutie	71
- De plaats van ‘constitutionele rigiditeit’ in het rechtsstaatconcept	71
<i>Theoretisch perspectief</i>	71
<i>Ontwikkeling in de historische en politieke context</i>	72
- De betekenis van ‘constitutionele rigiditeit’ voor het afwegingskader van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie	73
<i>Wijzigingen in het constitutionele domein van normstelling: constitutionele wetgever en lagere regelgevers</i>	73
<i>Implicaties voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie</i>	74
2.2.2 Constitutioneel kader en constitutionele toetsing	75
- De plaats van ‘constitutionele toetsing’ in het rechtsstaatconcept	75
<i>Theoretisch perspectief</i>	75
<i>Ontwikkeling in de historische en politieke context</i>	76
- De betekenis van ‘constitutionele toetsing’ voor het afwegingskader van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie	79
<i>Bescherming van het constitutionele domein van normstelling: wetgever en rechter</i>	79
<i>Implicaties voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie</i>	82
2.2.3 Constitutioneel kader en verdragsrecht	83
- De plaats van verdragsrecht in het rechtsstaatconcept	84
<i>Theoretisch perspectief</i>	84
<i>Ontwikkeling in de historische en politieke context</i>	86
- De betekenis van verdragsrecht voor het afwegingskader van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie	89
<i>Harmonisering van het constitutionele domein van normstelling: wetgever en rechter</i>	89
<i>Implicaties voor de afweging van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie</i>	91

HOOFDSTUK 3

De rechtspraak in balans: een verklaringsmodel voor het evenwicht van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie	95
3.1 Figuren voor de rechterlijke organisatie	96
3.1.1 Twee overlappende sferen: klassieke rechtsstatelijkheid en ‘new public management’ in beeld	96
3.1.2 De inhoud van het materieel-constitutionele kader voor een legitieme rechterlijke organisatie: een evenwicht van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen	98
3.2 Verklaringscriteria voor moderniseringsdebatten	101
3.2.1 Complementariteit en concurrentie: oplossingen voor de rechterlijke organisatie in het licht van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen voor de rechterlijke organisatie	101
3.2.2 Moderniseringsoplossingen geëvalueerd: verklaringcriteria ter bepaling van de grenzen van het materieel-constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie	103
- Rechtscultuur en oplossingen voor de rechterlijke organisatie	103
- ‘Rigiditeit/flexibiliteit’ van het constitutionele kader	105
- Invloeden op de ‘rigiditeit/flexibiliteit’ van het constitutionele kader	106

CONCLUSIE VAN DEEL I 111

DEEL II

De balans in beweging: een analyse van dilemma’s betreffende de rechterlijke organisatie in het licht van constitutionele beginselen	115
---	-----

HOOFDSTUK 4

De constitutionele kern van de rechterlijke activiteit: een afbakening van het domein van de rechter	117
4.1 De constitutionalisering van de afbakening van het rechterlijke domein	118
4.1.1 Het concept ‘rechterlijk domein’	118
4.1.2 Opname van normen betreffende de afbakening van het ‘rechterlijke domein’ in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie	119
4.2 De plaats van de rechterlijke functie in de staatsorganisatie: een afbakening ten opzichte van de politieke staatsfuncties	120
4.2.1 De rechterlijke macht in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma: rechtspraak als tegenhanger van politieke staatsmacht en waarborg voor de burger	121
- Het concept ‘rechterlijke onafhankelijkheid’	121
<i>De functionele dimensie van ‘onafhankelijkheid’</i>	122
<i>De institutionele dimensie van ‘onafhankelijkheid’</i>	126
- ‘Rechterlijke onafhankelijkheid’ in het constitutionele kader voor de rechtspraak	128
<i>De gerechten: organen van de Staat</i>	128

<i>De rechter: een 'neutrale derde'</i>	132
<i>Het proces: procedurele waarborgen</i>	137
4.2.2 De rechterlijke macht in het 'new public management'-paradigma: rechtspraak als uitwerkingsinstrument van regelgeving en element van publieke dienstverlening	139
- 'Rechtspraak' als uitwerkingsinstrument van regelgeving	139
<i>'Rechtspraak' versus 'wetgeving'</i>	140
<i>'Rechtspraak' versus 'bestuur'</i>	143
- 'Rechtspraak' als element van publieke dienstverlening	147
4.2.3 Een confrontatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen: transparantie, effectiviteit en efficiëntie met respect van de rechterlijke onafhankelijkheid	150
- Aanvulling en versterking: de verantwoordelijkheid van de rechterlijke macht	150
<i>Verantwoordelijkheid als versterking van klassiek-rechtsstatelijke 'onafhankelijkheid'</i>	150
<i>'Organisatorische onafhankelijkheid' van de rechterlijke macht als aanvulling op klassiek-rechtsstatelijke vormen van onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid</i>	152
- Botsing en grens: de waarborg van politiek neutrale rechtspraak	153
<i>Een grens aan een kostenefficiënte arbeidsverdeling: instelling van gerechten bij wet</i>	153
<i>Een grens aan politieke benoemingen: rechtspositionele waarborgen voor de rechter</i>	154
<i>Een grens aan kostenbesparende procesvoering: procedurele minimumnormen</i>	154
4.3 Het publieke karakter van de rechterlijke functie: een afbakening ten opzichte van alternatieve vormen van geschilbeslechting	155
4.3.1 Rechtspraak in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma: een gereguleerde wijze van geschilbeslechting	156
- De functie en de taken van de rechter	157
<i>De functie van de rechter: 'rechtspraak' als 'geschilbeslechting' en meer</i>	157
<i>De taken van de rechter: het probleem van 'oneigenlijke rechtspraak'</i>	158
- De bevoegdheden van de rechter	162
<i>Een bindende beslissing</i>	163
<i>Een beslissing met executoriale kracht</i>	164
4.3.2 Rechtspraak in het 'new public management'-paradigma: een mogelijke wijze van geschilbeslechting	164
- Vormen van alternatieve geschilbeslechting	164
<i>Privaatrechtelijke vormen van alternatieve geschilbeslechting</i>	165
<i>Strafrechtelijke vormen van alternatieve geschilbeslechting</i>	169
<i>Bestuursrechtelijke vormen van alternatieve geschilbeslechting</i>	170
- Een plaats naast rechtspraak: het domein van alternatieve geschilbeslechting	172
<i>Alternatieve geschilbeslechting tussen private personen</i>	173
<i>Alternatieve geschilbeslechting in het publieke domein</i>	174

4.3.3 Een confrontatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen: transparantie, effectiviteit en efficiëntie met respect van de rechterlijke onafhankelijkheid	176
- Aanvulling en versterking: rechtspraak als redelijk alternatief	176
- Botsing en grens: rechtspraak als semi-verplichte wijze van geschilbeslechting	179
HOOFDSTUK 5	
Het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie: nieuwe organisatievormen belicht	185
5.1 De constitutionalisering van beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie	186
5.1.1 De concepten ‘beheer’ en ‘bestuur’	186
5.1.2 Opname van beheers- en bestuursnormen in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie	188
5.2 Beginselen voor het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie: een inventarisatie vanuit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en vanuit het ‘new public management’-paradigma	191
5.2.1 Beheer en bestuur in het klassiek-rechtsstatelijke paradigma: de verhouding tussen de rechterlijke macht en de politieke staatsmachten bezien in het licht van de beginselen van onafhankelijkheid en toezicht	191
- De rol van de wetgevende en uitvoerende macht	192
<i>De ratio van ‘checks and balances’</i>	192
<i>Bevoegdheden en verantwoordelijkheid</i>	193
- De rol van de rechterlijke macht	196
<i>De mogelijkheid van rechterlijk zelfbeheer en –bestuur</i>	196
<i>Voor- en nadelen van rechterlijk zelfbeheer en –bestuur</i>	198
5.2.2 Beheer en bestuur in het ‘new public management’-paradigma: de beheersstructuur voor de rechterlijke organisatie bezien in het licht van de beginselen van transparantie, effectiviteit en efficiëntie	201
- De financiering	202
- Het personeelsbeleid	205
- De bedrijfsvoering	208
- Het beleid voor de rechtspraak	210
5.3 Een confrontatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen: transparantie, effectiviteit en efficiëntie met respect van de rechterlijke onafhankelijkheid	212
5.3.1 Aanvulling: onafhankelijkheid én transparantie, effectiviteit en efficiëntie	213
- Aanvulling vanuit het ‘new public management’-paradigma: transparantie, effectiviteit en efficiëntie door hiërarchisering	213
- Aanvulling vanuit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma: een nieuwe reflectie op de rechtspositionele onafhankelijkheid van de rechter	214
5.3.2 Versterking: onafhankelijkheid door transparantie, effectiviteit en efficiëntie en vice versa	217

- Een versterking van de constitutionele onafhankelijkheid	217
- Transparantie, effectiviteit en efficiëntie door onafhankelijkheid	219
5.3.3 Botsing en grens: de bescherming van de functionele en feitelijke onafhankelijkheid van de rechter	220
- Een minimumwaarborg van functionele onafhankelijkheid	220
- Een minimumwaarborg van feitelijke onafhankelijkheid	223

HOOFDSTUK 6

De verdeling van rechtsmacht: constitutionele mogelijkheden tot specialisatie van gerechten en rechters	229
6.1 De constitutionalisering van de verdeling van rechtsmacht	231
6.1.1 Een conceptualisering: ‘territoriale’ en ‘functionele’ verdeling van rechtsmacht	231
- Het beginsel van ‘territorialiteit’ bij de verdeling van rechtsmacht	231
- Het beginsel van ‘functionaliteit’ bij de verdeling van rechtsmacht	233
6.1.2 Opname van normen van ‘territorialiteit’ en ‘functionaliteit’ in het constitutionele kader voor de rechterlijke organisatie	236
- De constitutionele uitwerking van ‘territorialiteit’ en ‘functionaliteit’: de instelling van gerechten	236
<i>De instellingshandeling</i>	237
<i>De vaststelling van ‘constitutieve regels’ voor de gerechten</i>	240
- Grenzen aan de constitutionalisering van de verdeling van rechtsmacht	243
- ‘Flexibiliteit’ of ‘rigiditeit’ van de constitutionele regeling: een veranderend evenwicht	246
6.2 Beginselen voor de verdeling van rechtsmacht: een inventarisatie vanuit het klassiek-rechtsstatelijke paradigma en vanuit het ‘new public management’-paradigma	248
6.2.1 De verdeling van zaken	248
- ‘Algemene’ of ‘bijzondere’ gerechten	248
<i>Een afbakening van algemene gerechten: gewone gerechten en administratieve gerechten</i>	248
<i>Een afbakening van bijzondere gerechten: gespecialiseerde gerechten en concentratie van rechtspraak</i>	252
<i>Complicaties: rechtseenheidswaarborgen, competentiegeschillen en forumshopping</i>	261
- Een territoriaal of functioneel bepaalde zaaklast	266
<i>Een territoirgebonden zaaklast</i>	266
<i>Een functioneel bepaalde zaaklast</i>	267
6.2.2 De toedeling van rechters	272
- Een typologie van ‘rechters’	272
<i>De rechtsprekende formatie: unus iudex of meervoudige kamer, eerstelijnsrechter of appelrechter</i>	272
<i>Het type rechter: professionele rechter, lekenrechter, rechter-plaatsvervanger</i>	278

- Vaste standplaats of mobiele inzetbaarheid	281
<i>De vaste standplaats van de ‘wettelijke rechter’</i>	281
<i>De mobiele inzetbaarheid van de ‘reizende rechter’</i>	284
6.3 Een confrontatie van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen: transparantie, effectiviteit en efficiëntie met respect van de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid	285
6.3.1 Aanvulling: onafhankelijkheid, onpartijdigheid én transparantie, effectiviteit en efficiëntie	285
6.3.2 Versterking: onafhankelijkheid en onpartijdigheid door transparantie, effectiviteit en efficiëntie en vice versa	288
- Versterkte legitimiteit in het geval van rechtseenheidsvoorzieningen	288
- Versterkte legitimiteit in het geval van de behandeling van competentiegeschillen	288
6.3.3 Botsing en grens: de bescherming van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter	291
- Een grens aan ‘specialisatie’ bij de verdeling van zaken	292
<i>Een grens aan de instelling van ‘bijzondere’ gerechten</i>	292
<i>Een grens aan de ‘functionele’ verdeling van zaken</i>	294
- Een grens aan ‘specialisatie’ bij de toedeling van rechters	296
<i>Een grens aan de instelling van ‘bijzondere’ rechtsprekende formaties</i>	296
<i>Een grens aan de instelling van ‘bijzondere’ typen van rechters</i>	301
<i>Een grens aan de ‘functionele’ toedeling van rechters aan gerechten</i>	301
CONCLUSIE VAN DEEL II	307
CONCLUSIE	
Dichter bij een balans: effecten en mogelijkheden van een nieuwe classificatie van uitgangspunten voor de rechterlijke organisatie	311
1 Effecten van de nieuwe classificatie: een denkraam voor de rechterlijke organisatie in het ‘new public management’-paradigma	311
- Een balans tussen klassiek-rechtsstatelijke beginselen en ‘new public management’-beginselen: rechtspraak als responsieve beschermer van fundamentele rechten of autonome dienstverlener ‘op maat’	312
- Dichter bij de oplossing van dilemma’s betreffende de rechterlijke organisatie in Nederland	313
<i>Het domein van de rechter: uitkristallisering van de geschilbeslechtingdelta met een effectieve toegang tot de rechter</i>	313
<i>Het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie: optimalisering van managementstructuren met behoud van de onafhankelijke positie van de individuele rechter</i>	316
<i>De verdeling van rechtsmacht: optimalisering van arbeidsverdeling met behoud van onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak</i>	317

2	Mogelijkheden van de nieuwe classificatie: een denkraam voor vergelijkend onderzoek in de toekomst	319
	- Verdieping van het onderzoek van Nederland, Frankrijk en Duitsland	319
	- Uitbreiding van de vergelijking naar rechtsstatelijke ‘trendmakers’ en ‘trendvolgers’	320
	<i>Trendmakers: een vergelijking met ontwikkelingen in de Verenigde Staten</i>	321
	<i>Trendvolgers: een vergelijking met ontwikkelingen in ‘jongere’ rechtsstaten</i>	322
	- Uitbreiding van de vergelijking naar transnationale rechtsstatelijke constructies	323
	<i>Internationale ontwikkelingen: de globalisering van de rechtspraak</i>	323
	<i>Europese ontwikkelingen: het HvJ EG en het EHRM in het ‘new public management’-paradigma</i>	324
3	Tot slot	325
	<i>Résumé</i>	327
	<i>Summary</i>	333
	<i>Geraadpleegde literatuur</i>	339
	<i>Inhoudsopgave</i>	385
	<i>Lijst van afkortingen</i>	395
	<i>Over de auteur</i>	397

LIJST VAN AFKORTINGEN

ADR	Alternative dispute resolution
Bnn	Besluit nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidung des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
BW	Burgerlijk Wetboek
CALRM	Commissie aantrekken leden rechterlijke macht
C	Constitution
CC	Conseil constitutionnel
CCass	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEPEJ	European Commission for the Efficiency of Justice
COJ	Code de l'organisation judiciaire
CSM	Conseil supérieur de la magistrature
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen van 26 augustus 1789
DRiG	Deutsches Richtergesetz
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
GD	Grandes décisions du Conseil constitutionnel
GEA	Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland van 23 mei 1949
GverfReglV	Verordnung zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Gw	Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HR	Hoge Raad der Nederlanden
JO	Journal officiel de la République française
LOLF	Loi organique du 1 ^{er} août 2001 relative aux lois de finances
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
OM	Openbaar ministerie
Par.	Paragraaf
PatG	Patentgesetz
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
RO	Wet op de rechterlijke organisatie

RsprEinhG	Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdR	Raad voor de rechtspraak
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
StPO	Strafprozeßordnung
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
VN	Verenigde Naties
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WAHV	Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften
Wet RvSt	Wet op de Raad van State
WTO	World Trade Organization

Over de auteur

Elaine Mak werd geboren in Rotterdam op 16 maart 1979. Na het behalen van haar VWO-diploma aan het Sint-Laurenscollege in Rotterdam (1997) studeerde zij Nederlands recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, met als afstudeerrichtingen privaatrecht en internationaal recht (2001, cum laude). Tijdens haar studie werkte zij als student-assistente bij de sectie Inleiding tot de rechtswetenschap en als werkstudente bij NautaDutilh advocaten in Rotterdam, sectie Intellectuele eigendom. Ook was zij actief binnen de Juridische Faculteitsvereniging Rotterdam. Zij vervolgde haar studie aan de Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, waar zij het LL.M. de Droit Français et de Droit Européen (2002) en het DEA de Droit Public Comparé des États Européens (2003) behaalde. Zij begon vervolgens haar promotieonderzoek in Parijs en in Rotterdam. Vanaf 1 februari 2004 was zij als promovenda verbonden aan de sectie Inleiding tot de rechtswetenschap van de Erasmus Universiteit. Naast haar werkzaamheden als docente was zij bestuurslid en voorzitter van de Erasmus PhD Association Rotterdam (2004-2006). Ook maakte zij deel uit van de organisatiecommissie van het promovendiseminar 'Law & Criminology – Future Perspectives on Crime' van de Onderzoekschool Maatschappelijke Veiligheid (Leiden, 23 en 24 november 2006). Voor haar proefschrift deed zij onderzoek in Parijs en in Heidelberg. Zij nam deel aan summer courses (Université Européenne d'Été de Montpellier 2005, Academy of European Public Law 2006-2007) en gaf presentaties op nationale en internationale congressen. Ook publiceerde zij reeds een aantal artikelen over haar onderzoek. Van november 2006 tot juli 2007 was zij als Research Fellow verbonden aan het Graduiertenkolleg 'Verfassung jenseits des Staates: von der europäischen zur globalen Rechtsgemeinschaft?' van de Humboldt-Universität zu Berlin. In augustus 2007 voltooide zij het manuscript van haar proefschrift.