

De instrumentele rechter

De rechter is de spreekbuis van de wet. Met dit adagium verzette Montesquieu zich tegen al te vrije rechtspraak die in zijn tijd door de - parlementen - gepraktiseerd werd. De rechter interpreteert de wet, maar de wijze waarop de rechter zijn taak vervult, is voor een belangrijk deel bepaald door de tekst van de wet. Als de wetgever kiest voor minimumstraffen dan snijdt die keuze de afwegingsmogelijkheid voor de rechter weg. De rechter kan er dan slechts voor kiezen om het strafbare feit anders te kwalificeren, maar de strafmaat vloeit uit de wet voort. Het is een tendens van deze tijd dat de discussie over het beperken van de afwegingsruimte van de rechter regelmatig oplaait.

Hoewel vergelijking vanwege verschil in onderwerpen lastig is, kan globaal vastgesteld worden dat de burgerlijke rechter en de strafrechter vergelijkenderwijs meer afwegingsruimte hebben dan de bestuursrechter. De toepassing van het burgerlijk recht in concrete situaties door de rechter is niet dichtgeregeld. Afgezien van afwegingen die per onderwerp besloten liggen in het BW hebben de redelijkheid en billijkheid hun eigen betekenis. In de strafrechtspleging zitten meerdere afwegingspunten: de kwalificatie van het feit, de overtuiging van de rechter en de strafsoort en strafmaat. De balans verschuift echter in het strafrecht meer en meer in de richting van het openbaar ministerie, bij voorbeeld als het om de schorsing van de voorlopige hechtenis gaat.

In het bestuursrecht speelt enerzijds de Awb als kader, doch anderzijds is de materiële bestuursrechtelijke regelgeving van grote betekenis. In het materiële bestuursrecht zijn de verschillende wetgevingsfamilies veelal herkenbaar. Het fiscale recht heeft een heel eigen karakter naast bij voorbeeld het socialezekerheidsrecht. De verschillende wetsfamilies zijn ook herkenbaar in de rechtspraak van de verschillende hoogste bestuursrechters. De wijze waarop de Hoge Raad omgaat met het fiscale recht verschilt aanmerkelijk van de wijze waarop de Centrale Raad van Beroep omgaat met het socialezekerheidsrecht. Deels schuilt dat in de wijze waarop de lagere fiscale rechter al schikkend ruimte geeft voor de waardering van de feiten, deels vanwege de interpretatie van bij voorbeeld het leerstuk 'contra legem'.

In het bestuursrecht is echter ook herkenbaar wat Awb-regeringscommissaris Scheltema heeft genoemd 'de partijdige wetgever', waardoor 'bestuurscentrisme' kan ontstaan. Wetgeving en uitvoering zijn steeds sterker op elkaar afgestemd en de wetgever is meer en meer gericht op krachtige precieze uitvoering, deels bij wet in formele zin, maar vaak ook krachtens delegatie door regelgeving van het bestuur zelf. Op vele plaatsen heeft de wetgever ervoor gekozen om het bestuursrecht instrumenteel in te vullen: de wet- en regelgeving als instrument voor effectieve én strikte uitvoering. Zowel de uitvoering als de rechtspraak worden strikt genormeerd en er is weinig of geen ruimte voor weging van de omstandigheden van een concreet geval. Bij de strikte uitvoering van wet- en regelgeving kan versterkend werken dat de feitelijke uitvoering zelf op afstand is geplaatst en via vooraf geformuleerde targets gebonden is aan strikte wetstoepassing. Zo laat de Sociale verzekeringsbank als zelfstandig bestuursorgaan weten dat de rechtmatigheid van de uitvoering van de wettelijke taken 99% bedraagt.

De wetgever haalt de touwtjes voor de burger op veel terreinen strak aan. Terugvorderingen bij fouten en sanctionering berusten meer en meer op dwingende normen die weinig of geen afwegingsruimte bieden. De gevolgen van onrechtmatigheid worden eenzijdig bij de burger gelegd, zonder dat de eventuele verantwoordelijkheid van de uitvoerder meetelt. Vaak berust de bewijslast bij de burger terwijl de relevante feiten bij het bestuursorgaan berusten en veelal slechts vastgelegd zijn voor zover dat bijdraagt tot strikte wetstoepassing. Mondeling gegeven informatie over de

toepassing van wet- en regelgeving die voor de burger vaak beslissend is, is vaak niet terug te vinden in de dossiers. Zo al terug te vinden, is er weinig ruimte om met die informatie rekening te houden. Bij de instrumentele benadering van het bestuursrecht past ook een strikt beroep op de wet- en regelgeving zelf. Het is de wet die direct de rechtsgevolgen bepaalt en de uitvoerder heeft geen eigen afwegingsruimte. De ruimte om af te gaan op wat bestuur en burger over en weer in redelijkheid van elkaar mochten verwachten, is er vaak niet. Het bestuur mag steeds vaker verwachten dat de burger de wet- en regelgeving strikt volgt, anders volgen er zware sancties. De rechter gaat ervan uit dat iedereen de wet kent en toetst slechts aan de wet- en regelgeving en de formele beginselen van behoorlijk bestuur. Voor een materiële afweging blijkt weinig of geen ruimte, hoewel bij sanctionering een rechterlijke afweging vereist is. Dit kan leiden tot starheid die maatschappelijk gezien vaak niet goed te verantwoorden is. Het is niet vreemd dat de burger als referentiekader heeft dat wat in redelijkheid over en weer verwacht mag worden. De burger ziet zich echter vaak voor een onverbiddelijke overheid geplaatst die strikt gebonden aan wet- en regelgeving instrumenteel opereert. De bestuursrechter volgt de uitvoerder hier veelal in.

Ik heb grote moeite met deze vormgeving van ons bestuursrecht en de daaruit voortvloeiende instrumentele taakopvatting van de bestuursrechter. Rechtspraak heeft een intrinsieke waarde die voor doorsnee burgers essentieel is: een rechter wikt en weegt en maakt keuzes. De notie rechtspraak is uiteindelijk verbonden met rechtvaardigheid. De rechter die slechts spreekbuis van de wet is, wordt door de burgers in zijn specifieke rol niet goed herkend. Ook tussen overheid en burger geldt als belangrijke afweging dat wat partijen over en weer in redelijkheid van elkaar mogen verwachten. De wetgever mag die afweging niet instrumenteel wegsnijden.

Alex Brenninkmeijer