

De instrumentele rechter

Alex Brenninkmeijer¹

De wetgever beperkt de oordeelsvrijheid van de bestuursrechter hoe langer hoe meer, waardoor er geen ruimte is voor rechterlijke afweging. Hoeveel vertrouwen heeft de wetgever in de bestuursrechter?

Net als iedere andere autoriteit staat ook de rechter in deze tijd bloot aan een kritische blik. De wrakingen in de zaak *Wilders* en het *Klimop*-proces roepen twijfel op over de professionaliteit van de betrokken rechters als het gaat om juiste sturing ter zitting. Grote belangen en de blik van de media vereisen versterkt communicatief inzicht, dat de rechter niet vanzelfsprekend heeft.

De autoriteit van de rechter dreigt in de *Chipshol*-zaak in een vrije val terecht te komen. Langzamerhand blijkt op basis van meerdere verklaringen dat er bij de Haagse rechtbank sprake kan zijn geweest van een ernstige cultuurfout waardoor de onpartijdigheid is aangetast. Wat ik mis, zijn verklaringen op eigen initiatief van de meest betrokkenen, waardoor bij rechtspraak passende transparantie ontstaat. Het is ongelukkig dat de feiten nu slechts in de setting van een procedure mondjesmaat boven water komen. Dit gebrek aan transparantie is fnuikend voor het vertrouwen in de rechter. Iedere rechter of bij de rechtspraak betrokkene die iets weet – ook al is het pijnlijk of belastend – zou nu moeten spreken.

Gegeven deze discussie over de autoriteit van de rechter is het lastig om een pleidooi te houden voor de grote betekenis van oordeelsvrijheid voor de rechter. Toch waag ik mij aan dat pleidooi, omdat rechtspraak juist waarde ontleent aan de oordeelsvrijheid van de rechter. Montesquieu heeft de rechter wel 'la bouche de la loi' genoemd. Die spreekbuisfunctie sluit echter een eigen afweging door de rechter niet uit. De rechter blijkt geen 'juge-automate' en hij mag dat ook niet worden. Voor de civiele

rechtspleging zie ik minder een bedreiging, omdat de wetgever weinig initiatieven ontplooit om die oordeelsvrijheid wezenlijk te beperken. In het strafrecht leidt de invoering van minimumstraffen wel tot een beperking.

In het bestuursrecht staat de oordeelsvrijheid van de rechter traditioneel in het teken van de scheiding van machten tussen bestuur en rechter. Het cliché: 'De rechter mag niet op de stoel van het bestuur gaan zitten' heeft veel invloed. De rechter toetst het gebruik van discretionaire ruimte door het bestuur marginaal. Het aantal uitspraken waarin op basis van rechtspraak grenzen worden gesteld aan die discretionaire ruimte is beperkt.

Doch afgezien van deze restrictieve benadering door de rechter zelf, vloeien de meeste beperkingen voor rechterlijke oordeelsvorming voort uit keuzes van de wetgever. Het is jammer dat er geen systematisch onderzoek is naar de wijze waarop de wetgever de oordeelsvrijheid van de bestuursrechter beperkt heeft. Op basis van mijn ervaring in uiteenlopende bestuursrechtelijke kwesties constateer ik dat de wetgever vaak strikte keuzes maakt, waardoor geen ruimte is voor een rechterlijke afweging. De bestuursrechter wordt in mijn ogen zo een instrumentele rechter. De rechter past de wet toe en ruimte voor een rechterlijke afweging bijvoorbeeld op basis van beginselen van behoorlijk bestuur is beperkt.

De wetgever in het bestuursrecht is – in de woorden van Scheltema – een partijdige wetgever. De bewijslast ligt steeds vaker bij de burger, sancties gelden voor de burger en minder voor de overheid zelf en fouten kunnen – moeten – zelfs als het bestuur die heeft gemaakt ten nadele van burgers hersteld worden. Illustratief vond ik het debat tussen de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Tweede Kamer over de terugvordering van WW-uitkeringen van zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers).

Op basis van bestandsvergelijk tussen de Belastingdienst (zelfstandigenaftrek) en het UWV was geconstateerd dat er sprake was van miljoenenfraude bij werknemers die vanuit de WW als zzp'er startten. Onderzoek van de Nationale ombudsman wees uit dat de informatie van het UWV over de wijze van verantwoorden van werk als zelfstandigen deels onvolledig, deels onjuist en misleidend bleek. UWV en minister van SZW beriepen zich echter op de wettelijke verplichting om bij onjuist vastgestelde WW-uitkeringen tot de laatste cent terug te vorderen. Dit zelfs ondanks een kamerbreed aangenomen motie om meer aandacht te schenken aan het feit dat het UWV zelf een fors aandeel heeft gehad in het ontstaan van de situatie.

De zaken zijn onder de rechter en daarom zwijg ik over de beoordeling van deze zaken. De Centrale Raad van Beroep heeft onlangs beslist dat hangende beroep zzp'ers gebruik kunnen maken van de mogelijkheid hun dossier voor te leggen aan de commissie-Asscher-Vonk die op verzoek van de minister de zaken herbeoordeelt (*LJN BP7501*).

Deze kwestie illustreert echter de instrumentaliserende werking van de onderliggende wetgeving. In ons bestuursrecht is een strak regime van terugvordering ingevoerd. Uit het oogpunt van het bestrijden van uitkeringsfraude is de keuze van de wetgever begrijpelijk. Lastiger is de vraag hoeveel ruimte de rechter heeft om mede gewicht toe te kennen aan eigen fouten van het bestuur en op die grond tot een matiging van de terugvordering te komen. Traditioneel beoordeelde de bestuursrechter of de terugvordering ook voldeed aan de zorgvuldigheid als beginsel van behoorlijk bestuur. De strikte wetgeving heeft echter die

Auteur

1. Dr. A.F.M. Brenninkmeijer is Nationale ombudsman en medewerker van dit blad.

beoordeling vrijwel onmogelijk
gemaakt. Hoeveel vertrouwen heeft
onze wetgever in de bestuursrechter?

Dient de rechter slechts als instru-
ment van het bestuur? En ten slotte:
blijft er na introductie van 'kosten-

dekkend' griffierecht nog wel
bestuurrechtspraak van enige
omvang over? •
