

Gezagswaardigheid als blik van buiten

Voordracht voor de Hoge Raad 'Heel Hoge Raad Hoort' – 14 november 2023

Prof. mr. F.J. van Ommereen (ROB/VU)

Geachte aanwezigen,

Allereerst, heel veel dank voor de uitnodiging om hier wat te mogen komen zeggen. U heeft ons uitgenodigd om van de buitenwereld te vernemen hoe zij tegen de Hoge Raad aankijkt. Dat verzoek is ook gericht aan de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB). Een eervol verzoek! [Slide 2 ROB]

De ROB is een onafhankelijk adviesorgaan van de regering en het parlement. Wij adviseren – gevraagd en ongevraagd – over de inrichting en het functioneren van het openbaar bestuur. Daarbij gaat extra aandacht uit naar de beginselen van rechtsstaat en democratie.

Laat ik het maar meteen zeggen: ik begrijp uw behoefte aan reflectie heel goed, maar ik vind het niet zo'n gemakkelijk verzoek. Ter voorbereiding heb ik van de organisatie-commissie meegekregen, dat de aanleiding voor het verzoek aan de ROB, ons recente Signalement 'Gezag herwinnen' is. Zij vraagt zich af in hoeverre de bevindingen van dat rapport ook gelden voor de Hoge Raad of de rechterlijke macht in het algemeen. [Slide 3: 'Gezag herwinnen']

Daar moest ik wel even over nadenken, want in dat Signalement komt de rechtspraak eigenlijk niet aan de orde. Toch wil ik wel een poging wagen. Daarvoor neem ik u eerst graag mee naar een associatie die ik bij dit verzoek heb.

Kamermotie n.a.v. Didam-arrest

Die associatie betreft een reactie van de Tweede Kamer op een arrest dat u, de HR, enkele jaren geleden heeft gewezen. Het gaat om een Kamermotie over het bekende Didam-arrest. [Slide 4: Motie Didam-arrest]

Velen in deze zaal zullen het weten, maar voor wie het niet helemaal voor de geest staat: in het Didam-arrest worden overheden verplicht om bij de uitgifte van hun grond, en de daarop staande gebouwen, het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen, en daarom aan potentiële gegadigden voldoende mededingingsruimte te

bieden, om een kans te maken op verkrijging van de vrijgekomen onroerende zaak. Onderhandse verkoop is dus in principe van de baan.

De Kamermotie over dit arrest is nog geen twee maanden oud. De strekking van de motie is dat gemeenten de ruimte moeten hebben om – bij gronduitgifte of verkoop van vastgoed – voorrang te verlenen aan degenen met lokale binding met de gemeente of aan kleine lokale burgerinitiatieven. Die wens is heel begrijpelijk. Er zijn allerlei gemeenten waarin burgerinitiatieven worden gestimuleerd; en er is ook rijksbeleid is om gemeenten daartoe aan te sporen.

Op LinkedIn lokte deze motie nogal wat debat uit. Van voor- en tegenstanders. Er verscheen ook een heel sterke reactie, die het over een andere boeg gooide. Die reactie was van, laat ik zeggen, een zeer bekwame Nijmeegse vakgenoot. Die zei:

“hebben de indieners van de motie het arrest wel gelezen”?

Dat was een terechte reactie, want in uw arrest staat alleen maar dat overheden mededingingsruimte moeten bieden als er gemeentegrond of een gebouw vrijkomt. Het Didam-arrest beperkt gemeenten in beginsel niet in de inhoudelijke keuze van hun algemene uitgiftevoorwaarden. De indieners van de motie hebben dus weinig tot niets van het arrest begrepen. Het arrest staat in beginsel niet in de weg aan hun wensen.

Ik kom op die motie aan het eind van deze voordracht nog even terug.

Gezagswaardigheid

Ik moest dus aan die Kamermotie – en die reactie op LinkedIn – denken, toen ik benaderd werd met de vraag om hier iets komen te vertellen over de vraag hoe de ROB tegen de Hoge Raad aankijkt. Want ik vind deze communicatiestoornis illustratief voor wat de ROB betoogt in ons signalement over Gezag herwinnen.

Uitgangspunt van dat rapport is dat interventies van het openbaar bestuur – het gaat dus niet direct over de rechter – niet effectief kunnen zijn, als zij niet ook voldoende steun krijgen in de samenleving. [Slide 5: Gezag + definitie]

De overheid ontleent haar gezag niet alleen aan de wet, maar vooral ook aan de aanvaarding van haar macht door de burger. De overheid moet haar gezag verkrijgen, inwinnen, herwinnen. En dat gaat bepaald niet vanzelf, zo constateren wij in ons signalement.

Over wat wij met ‘gezagswaardigheid’ bedoelen, moet ik misschien wat meer zeggen. In het recht is het gebruikelijk om te zeggen dat de overheid haar gezag aan de wet ontleent. Of preciezer: dat de wet aan de overheid de bevoegdheid toekent tot uitoefening van bepaald gezag. De overheid wordt door die toekenning gezagsdrager. We zouden dat de juridische definitie kunnen noemen.

In het ROB-signalement wordt van een heel andere definitie uitgegaan. Gezag wordt daar gedefinieerd als “vrijwillig aanvaarde macht”. Het perspectief is dus niet dat van de wetgever (top-down), maar dat van de burger (bottom-up). Als machtsuitoefening niet vrijwillig wordt aanvaard door de burger is er, zo beschouwd, geen sprake van gezag maar van dwang. We zouden dit een bestuurskundige definitie kunnen noemen.

Voor juristen is deze invalshoek wellicht even wennen. Overigens is die wettelijke toekenning heus wel relevant: zonder wettelijke toekenning is er immers geen formele legitimiteit. Maar dat is dus maar de helft van het verhaal.

Afkalving gezagswaardigheid

De vraag is nu waarom dat gezag afkalft. De ROB ziet vier redenen, vier oorzaken, waardoor de burger aan het openbaar bestuur minder gezag toekent. Wij drukken die oorzaken uit in tekorten die er binnen de overheid op bepaalde terreinen zijn ontstaan, te weten [Slide 6 Tekorten]:

- een machtstekort,
- een cognitief tekort,
- een moreel tekort en
- een maatschappelijk tekort.

Het voert te ver die vier tekorten hier echt te onderbouwen. Het machtstekort uit zich vooral op het terrein van zeggenschap. Een beetje tekort door de bocht, komt het vooral door de uitbesteding van allerlei overheidstaken en het tekortschieten bij het oppakken van allerlei andere overheidsopgaven. Te denken valt bijvoorbeeld aan de aardbevingen in Groningen.

Het cognitief tekort verwijst naar het tekort aan kennis en kunde, expertise en ervaringsdeskundigheid. Door de gerichtheid op marktgericht en procesmatig werken is er gebrek aan waardering voor inhoudelijke kennis in de organisatie van het openbaar bestuur.

Het moreel tekort verwijst naar het technocratische karakter van overheidsoptreden, de ontkenning van het normatieve karakter van het handelen van het openbaar bestuur. Vragen over de rechtvaardigheid van het overheidsoptreden in relatie tot de burger verdwijnen naar de achtergrond of zelfs uit zicht.

Het maatschappelijk tekort, ten slotte, verwijst naar de kloof tussen de systeemwereld van het openbaar bestuur en de leefwereld van de burger.

Agenda voor herwinnen van gezag

De ROB presenteert in dit signalement ten slotte een agenda, voor een debat over het gezag en de gezagswaardigheid van de overheid. Wij stellen drie agendapunten voor. Drie knoppen om aan te draaien, om het eens populair te zeggen. [Slide 7: 3 b's]

1. Bekwaamheid
2. Betrouwbaarheid
3. Betrokkenheid

Ten eerste. Investeer in de bekwaamheid van het openbaar bestuur. Op een aantal deelterreinen heeft de overheid te weinig inhoudelijke competenties in huis. Veel kennis is weggelekt. We constateren binnen het openbaar bestuur een bijna koortsachtige focus is op de korte termijn, waardoor de grote maatschappelijke problemen oncontroleerbaar kunnen voortwoekeren.

Ons advies op dit punt laat zich enigszins raden. Maak werk van het stimuleren van langetermijndenken binnen het openbaar bestuur. En investeer in inhoudelijke expertises en ervaringsdeskundigheid.

Ten tweede. Investeer in de betrouwbaarheid van het openbaar bestuur. Ga voorbij de focus op efficiency en effectiviteits-denken en herken en waardeer de morele, althans normatieve, dimensies van het overheidsoptreden. Het openbaar bestuur moet daarvoor weer leren wat de beginselen van de rechtsstaat betekenen en nadenken over wat goed of behoorlijk bestuur is.

Ten derde. Investeer in de betrokkenheid van het openbaar bestuur. Wij zien dat de ondervertegenwoordiging van bepaalde groepen burgers tot grote morele en maatschappelijke druk leidt, doordat zij “afhaken”. Kortom, versterk de verbinding met de leefwereld van de burger.

Op dit rapport heeft het kabinet zeer onlangs positief gereageerd.

De HR en de rechterlijke macht

En dan nu de hamvraag: is dit rapport ook van betekenis voor de Hoge Raad of de rechterlijke macht in het algemeen? Zoals gezegd, daar moest ik wel even over doordenken.

Het eerste wat ik me eigenlijk realiseerde is dat we bij dit rapport helemaal niet zo aan de rechter hebben gedacht. De overheid is natuurlijk een enorme kolos, die uit vele geledingen en onderdelen bestaat. Maar het gaat de ROB in dit rapport primair om het openbaar bestuur, in klassieke termen: om de uitvoerende macht.

De drie ijkpunten van ons rapport – de drie b's: bekwaamheid, betrouwbaarheid en betrokkenheid – pogen een antwoord te bieden over hoe met de vier genoemde tekorten moet worden omgegaan. Het lijkt me niet dat we kunnen zeggen dat we die tekorten – het machtstekort, het cognitief tekort, het moreel tekort en het maatschappelijk tekort – ook bij de rechterlijke macht aantreffen. Integendeel! Al zit er bij het maatschappelijk tekort wellicht een knelpunt. Dus dan ligt het ook niet voor de hand om de oplossingsrichtingen rauwelijks op de Hoge Raad of de rechterlijke macht toe te passen.

Niettemin wil ik toch een poging doen om het denken van de ROB wat dichter bij u te brengen. Eerlijk gezegd, wist ik ook niet precies hoe mijn collega's in de ROB tegen de Hoge Raad aankijken. Dus uw verzoek vormde aanleiding om daarover eens in de ROB met elkaar kort van gedachten te wisselen. Het was een agendapunt in de laatste ROB-vergadering. Dat leverde een paar aardige gezichtspunten op.

Allereerst: gelegd tegen de lat van de drie ijkpunten uit ons Gezags-rapport, valt op dat het met twee van de drie ijkpunten – voor zover valt te overzien – hartstikke goed zit. Het weglekken van bekwaamheid en kundigheid is het punt niet. De rechterlijke macht is bij uitstek op inhoudelijke expertise gericht.

Ook op het punt van betrouwbaarheid scoort de rechterlijke macht erg goed. Zoals u weet, scoort de rechterlijke macht enorm hoog op de monitor van het Centraal Bureau voor Statistiek over vertrouwen van de burger. Alleen de gezondheidszorg en de politie worden door de burger nog iets meer vertrouwd. [Slide 8 Vertrouwen CBS] De rechter scoort een stuk hoger dan de ambtenaren en drie keer zo hoog als de politiek, maar dat laatste is niet zo moeilijk, want de politici bungelen helemaal onderaan.

Uw betrouwbaarheid en bekwaamheid staan niet ter discussie.

Blijft over het ijkpunt van de betrokkenheid. Dat blijft een lastige. Daar zit een beetje een dilemma.

Een heel klein kijkje in onze keuken, leert het volgende. Verschillende leden van de ROB merkten op dat ze u niet echt kennen. De Hoge Raad is een onbekende. Eén van de leden – een oud-politicus die tegenwoordig hoogleraar is – zei: “ik heb er geen gevoel bij, ik ken hem niet”. Maar we vroegen ons wel af hoe erg dat nu is. U heeft uw eigen rol en positie – en voor politisering van rechtspraak moet worden gewaakt.

Een vraag die bij ons ook rees is hoe de Hoge Raad zijn betrokkenheid moet tonen. De rechter spreekt immers in principe via zijn uitspraken. Natuurlijk er zijn wel meer kanalen, maar die zijn vergeleken met de andere spelers in Den Haag toch vrij beperkt. Mooi is dat u sinds enkele jaren via uw jaarverslag aan terugkoppeling doet, ook aan terugkoppeling aan de wetgever wel te verstaan.

Verschillende leden merkten wel op dat ze meer beelden hebben bij de Supreme Court van de VS dan bij de Nederlandse Hoge Raad. Bekende namen, zoals die van Ruth Bader Ginsburg, passeerden de revue. Maar ook dan rijst weer de vraag of dat erg is: zou u ook die bekendheid moeten genieten? De VS hebben immers een heel ander rechtsstelsel dan het onze. [Slide 9. Vraag 1: bekendheid?]

In de VS zijn er heel veel podcasts over zaken van de US Supreme Court in “plain English”. De meeste leden van de ROB hadden er wel eens een afgeluisterd. Een vakantie in de VS kan daarvoor heel inspirerend zijn. De vervolgvraag ligt voor de hand: zijn die er niet van de Hoge Raad der Nederlanden? Op uw website ontdekte ik trouwens twee zeer recente podcasts over het Wetenschappelijk Bureau. Leuk! Maar dat is wel net even andere koek.

Ook de ROB heeft een podcastserie gemaakt, en wel over gezag. Die hoort bij ons rapport. In die podcastserie komen onder meer aan het woord:

- de commandant der strijdkrachten van het Nederlandse leger, Onno Eichelsheim;
- een predikant en voormalig Theoloog des Vaderlands; en
- de voorzitter van de WRR, Corien Prins, over het gezag van de wetenschap.

De ROB had ook graag een lid van de Hoge Raad in die serie gehad. U heeft daarvoor ook een uitnodiging gehad, maar op de een of andere manier heeft dat niet

tot resultaat geleid. Is dat voor de Hoge Raad nog iets te spannend? Zo vroegen wij ons af.

Wat daarvan zij, om iets stilliger te worden: wij vragen ons af of het niet goed zou zijn als de rechter, althans de Hoge Raad, iets bekender zou zijn bij het brede publiek, als onderdeel van ons staatsrechtelijke systeem. Naar onze indruk is de kennis over het rechtssysteem niet echt diepgeworteld in onze samenleving. Wellicht zou de Hoge Raad als instituut wel wat bekender mogen zijn. Gewoon, als bijdrage aan een meer diepgewortelde rechtsstatelijke cultuur. Daarbij hoort ook kennis over de spelregels, over hoe gaan we in een rechtsstaat met elkaar om.

Wij hebben eerder, als ROB, een rapport uitgebracht waarin we pleiten voor versterking van de rechtsstatelijke cultuur. [Slide 10: Sterkere rechtsstaat] De Staatscommissie rechtsstaat – die op dit moment aan de slag is – heeft in haar instellingsbesluit onder meer uitdrukkelijk tot opdracht gekregen om op onze voorstellen van dat rapport in te gaan. Hun advies volgt pas volgend jaar.

Het was dan ook niet de bedoeling dat rapport hier vanmiddag centraal te stellen. Maar U zult begrijpen dat onze opvattingen over ‘Gezag herwinnen’, nauw verband houden met onze opvattingen over de rechtsstaat, zeker waar het de verhouding tussen de staatsmachten betreft.

Slot

Beste aanwezigen, met de verhouding tussen de staatsmachten ben ik weer bij die Kamermotie, waarmee ik begon. Want ik ben bang dat die een beetje representatief is.

U, de rechter, is uitstekend in staat om het werk van de wetgever te begrijpen. U zou uw werk niet goed kunnen doen als u met de producten van de wetgever niet uit de voeten zou kunnen. Maar is het omgekeerde ook het geval? Ik vrees dat daaraan het nodig schort. In de Tweede Kamer zitten nauwelijks nog juristen.¹ Het juridisch denken is in elk geval weinig verankerd.

Meer in het algemeen is de positie van de jurist bij de overheid van het centrum van de macht naar de periferie verschoven, zoals bestuurskundige Mark Bovens, een paar jaar geleden, in een empirisch goed onderbouwd preadvies voor de NJV heeft laten zien.

¹ 25 juristen na de verkiezingen in maart 2021 = 16,6%.

Met andere woorden: u verstaat de wetgever wél, maar de wetgever verstaat u niet goed meer. Wie in het parlement is in staat om een arrest van de Hoge Raad echt goed te lezen en te begrijpen? Ik hoef hier niet uit te leggen, dat het lezen van jurisprudentie een vak is. Een vak dat in het parlement niet meer goed wordt beheerst.

Ik kan het ook anders zeggen. Er wordt in de wetenschap vaak gesproken over een dialoog, een dialoog tussen de staatsmachten, een dialoog tussen wetgever en rechter. [Slide 11. Vraag 2: Eénrichtingsverkeer?] Maar een dialoog veronderstelt wel dat men elkaar begrijpt en verstaat. Een dialoog veronderstelt wederkerigheid. Mijn zorg is dat deze dialoog blijft steken in éénrichtingsverkeer. En ja, dat is natuurlijk geen echte dialoog.

Nu zou u wellicht kunnen denken: dat is niet ons probleem, dat is een probleem van de politiek. Maar de vraag die ik hier zou willen opwerpen, is of dat een verstandige reactie zou zijn. Want dan raken rechtspraak en de rechter steeds meer los van de samenleving.

In de woorden van het ROB-signalement over Gezagswaardigheid: denk na over uw betrokkenheid bij anderen, bij de burger, maar ook bij de andere instellingen van de Staat, waaronder de wetgevende macht. Daarmee heeft u, hoop ik, een beetje een indruk gekregen hoe de ROB tegen U aankijkt, en waarop die kijk is gebaseerd!

Dank U wel voor uw aandacht.

[Slide 12: Twee vragen]:

1. Zou de Hoge Raad bredere publieke bekendheid moeten genieten?
2. Een dialoog tussen wetgever en rechter vereist wederkerigheid, zodat beide elkaar goed kunnen begrijpen. Is er op dit moment echter niet te veel sprake van éénrichtingsverkeer?