



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

High Time. Van conventionele naar constitutionele rechterlijke onafhankelijkheid

Uzman, J.

Publication date

2024

Document Version

Author accepted manuscript

Published in

Constitutionele waarborgen

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Uzman, J. (2024). High Time. Van conventionele naar constitutionele rechterlijke onafhankelijkheid. In *Constitutionele waarborgen: De Raad voor de rechtspraak en rechterlijke onafhankelijkheid* (pp. 141). Boom.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

High Time – Van conventionele naar *constitutionele* rechterlijke onafhankelijkheid?

[verschenen in: J. Soeharno, N. Graaf & J. Uzman (red.), *Constitutionele waarborgen. De Raad voor de rechtspraak en rechterlijke onafhankelijkheid*, Den Haag: Boom 2024, pp. 141-157]

Jerfi Uzman*

1. Inleiding: The Supreme Quango of the United Kingdom?

In 2010 kijkt de Britse krantenlezer op van een kort, bijna te missen berichtje. Een gelekt lijstje van mogelijke bezuinigingen van de regering-Cameron. Het ziet op het sterk terugdringen van het aantal *quango's* in het Verenigd Koninkrijk. Bij *quango's* denkt men doorgaans aan adviesorganen, agentschappen en aan zbo's. In de gepubliceerde lijst worden de *quango's* opgesomd die mogelijk geschrapt worden. Dat is op zichzelf niet nieuwswaardig: het VK heeft er een heleboel en de vraag is best gerechtvaardigd, of dat niet een onsje minder kan. Opzienbarend is echter dat ook het *United Kingdom Supreme Court*, op die lijst staat.¹ De regering haast zich te melden dat het een geval van een wat overijverige ambtenaar betreft, en dat er nog helemaal niets besloten is. In de juridische wereld gaan de wenkbrauwen niettemin omhoog: hoe toevallig is het lekken van dit lijstje, in een periode dat het Supreme Court nét een aantal, voor regering en parlement pijnlijke arresten heeft gewezen? Afschaffing lijkt ondenkbaar, maar een stevige bezuiniging, bijvoorbeeld op het prachtige nieuwe pand van het hof, of op de ondersteuning is dat niet. Gaat het inderdaad om een vergissing, of om een heel subtiel maar nauwelijks te missen dreigement? Is het *Yes Minister!* Of toch *The Godfather*? Het roept in het VK de discussie op, of de rechterlijke onafhankelijkheid in de (ongeschreven) Britse constitutie eigenlijk wel afdoende is gewaarborgd. Zeker nu zij een ongeschreven, politiek karakter heeft. Een grondwet kent het VK immers niet. Het is niet toevallig dat juist in deze periode stemmen opgaan die een geschreven constitutie bepleiten.²

Het is die vraag, naar de constitutionalisering van de rechterlijke onafhankelijkheid – maar dan in de Nederlandse context – die ik hier centraal wil stellen. Die vraag doet op het eerste gezicht mogelijk wat vreemd aan. Bij rechterlijke onafhankelijkheid *gaat* het toch bij uitstek om een constitutioneel, want een rechtsstatelijk beginsel? Het gaat mij er vooral om *hoe* en in welke mate we die onafhankelijkheid in de Grondwet willen regelen. Want hoewel bij de invoering van de Raad voor de rechtspraak al werd gepleit om deze in de Grondwet te verankeren, en er sindsdien verschillende oproepen zijn geweest om de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te versterken, zijn er denk ik juist nu redenen om daarop (hernieuwd) aan te dringen.

* Prof. Mr. J. (Jerfi) Uzman is hoogleraar constitutioneel recht bij de Universiteit van Amsterdam.

¹ Vgl. o.a. J. Rayner, 'Supreme Court 'under review' as legal quangos face axe', *The Law Society Gazette*, 30 september 2010 (www. <https://www.lawgazette.co.uk/news/supreme-court-under-review-as-legal-quangos-face-axe/57327.article>).

² D. Feldman, "Which in Your Case You Have Not Got": Constitutionalism at Home and Abroad', *Current Legal Problems* 2011, pp. 117-149.

2. Rechterlijke onafhankelijkheid en *judicial governance* in ons staatsrecht

Het is nog niet zo lang geleden, dat zelfbestuur van de rechterlijke macht kon rekenen op weinig aandacht vanuit de constitutionele hoek.³ In de Grondwet vinden we enkele waarborgen terug die de onafhankelijkheid van de rechtspraak moeten verzekeren, maar het uitgangspunt dát de rechterlijke macht onafhankelijk dient te zijn, was lange tijd niet in de Grondwet geëxpliciteerd.⁴ Een bepaling zoals bijvoorbeeld artikel 97 van het Duitse *Grundgesetz*, dat botweg stipuleert dat *‘Die Richter [...] unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen [sind]*, treffen we in de Nederlandse Grondwet nog altijd niet aan. Zulke bepalingen zijn in vrijwel heel Europa gemeengoed.⁵ Zelfs in de Scandinavische landen, die qua politieke en constitutionele cultuur geregeld met onze eigen grondwetscultuur vergeleken worden, ontbreekt een expliciete verwijzing naar de rechterlijke onafhankelijkheid niet.⁶ Daarmee is Nederland zonder meer de uitzondering op het Europese vasteland, het spreekwoordelijke ene Gallische dorpje dat nog koppig weerstand biedt.

2.1 Drie dimensies van rechterlijke onafhankelijkheid

Met dit alles is natuurlijk niet gezegd dat het thema rechterlijke onafhankelijkheid de Grondwet koud laat. Om te beginnen is onze Grondwet in 2022 verrijkt met het, aan artikel 17 toegevoegde, grondrecht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.⁷ Inmiddels staat de rechterlijke onafhankelijkheid dus weldegelijk, zij het als subjectief recht, in de Grondwet. Daarnaast is evident dat het instituut aan hoofdstuk 6 van de Grondwet ten grondslag ligt.⁸ Met name de artikelen 116 en 117 bieden enkele waarborgen. De belangrijkste en meest zichtbare ervan betreft uiteraard de benoeming voor het leven.

Tegelijkertijd valt echter op dat die rechterlijke onafhankelijkheid in de Grondwet een relatief beperkte reikwijdte heeft. De regeling van de Grondwet lijkt eenzijdig in te zetten op wat in de literatuur wel de *rechtspositionele* dimensie van rechterlijke onafhankelijkheid wordt genoemd. De persoon van de rechter wordt in rechtspositioneel opzicht beschermd tegen invloed van politieke actoren, in de vorm van ontslag, sanctionering of salarisvermindering. Deze rechtspositionele onafhankelijkheid wordt geregeld gecontrasteerd met de *functionele* en de *institutionele* onafhankelijkheid.⁹ Dat is in zoverre verwarrend omdat wat rechtspositionele, respectievelijk institutionele onafhankelijkheid wordt genoemd, in feite cruciale randvoorwaarden zijn voor het functioneren van de functionele onafhankelijkheid – de dubbele eis dat de rechter zich in haar werk uitsluitend mag laten leiden door haar juridische kennis en geweten, terwijl de andere staatsmachten zich niet met die oordeelsvorming te bemoeien hebben.¹⁰ Rechtspositionele onafhankelijkheid is,

³ Uitzonderingen betreffen o.a. de ook in deze bundel aanwezige Paul Bovend'Eert en Philip Langbroek.

⁴ Of het moest in de voorganger van de Grondwet zijn: de Bataafse Staatsregelingen van 1805 en 1806 zijn. Zie de artikelen 69 (1805), resp. 66 (1806).

⁵ Vgl. de artikelen 87 lid 1 *Bundesverfassungsgesetz* (Oostenrijk), en artikel 191c *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (Zwitserland), artikel 151 lid 1 Belgische Grondwet, en artikel 104 *Costituzione della Repubblica Italiana*.

⁶ Vgl. de artikelen 62 van de Deense *Grundlov*, 95 Noorse *Grundlov*, en artikel 3 van de Zweedse *Grundlagar – Regeringsformen*.

⁷ Wet van 6 juli 2022, *Stb.* 2022, 331.

⁸ Daarover o.a. P.M. van den Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, p. 219.

⁹ Van den Eijnden 2011, p. 19; P.P.T. Bovend'Eert, *Rechter, rechterlijke organisatie en rechtspraak in de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2022, p. 33 e.v.

¹⁰ 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 Publishers 2004, p. 207; R. de Lange & P.A.M. Mevis, 'Constitutional Guarantees for the Independence of the Judiciary', *Electronic Journal of Comparative Law* 2007/1,

met andere woorden, een middel tot het doel om functionele onafhankelijkheid te bewerkstelligen. Een middel dat zich primair richt op het microniveau van de individuele rechter die in onafhankelijkheid een beslissing te nemen heeft.

Tegelijkertijd is die individuele rechter onderdeel van een entiteit, de rechterlijke macht. Het is op dit macroniveau dat de institutionele onafhankelijkheid een rol speelt. Zoals Maurice Adams jaren geleden al opperde, moet de onafhankelijkheid van de rechter gelezen worden in de context van de machtenscheiding, van het gegeven dat de rechtspraak een aparte, derde staatsmacht is die niet alleen een eigen functie heeft maar ook een eigen mandaat, én een eigen organisatie.¹¹ En juist op dat macroniveau is het in de Grondwet opvallend stil. De Grondwet laat het aan de wetgever over om het instituut van de rechterlijke macht organisatorisch vorm te geven, en geeft deze daarbij eigenlijk niet eens het richtsnoer van de rechterlijke onafhankelijkheid mee. Dat is iets dat de wetgever zelf kennelijk wel kan verzinnen.

Ook de functionele onafhankelijkheid, begrepen als het wezenlijke einddoel van de rechterlijke onafhankelijkheid was tot voor kort niet in de Grondwet terug te vinden. Men zou kunnen zeggen dat die vandaag de dag, als uitgangspunt, wel in artikel 17-1 besloten ligt. In elk geval lijkt de grondwetgever daar zelf wel vanuit te gaan.¹² Hij lijkt in elk geval aan te sluiten bij de Straatsburgse jurisprudentie over artikel 6 EVRM, die deze functionele onafhankelijkheid wel veronderstelt. Daar passen wel twee kanttekeningen bij. De eerste is dat regering juist op het punt van de institutionele onafhankelijkheid, als organisatorische randvoorwaarde, betrekkelijk vaag bleef. Men wees er vooral op dat de nieuwe bepaling een grondrechtelijke invalshoek had. Daarmee leek gesuggereerd te worden dat het nieuwe eerste lid van artikel 17 vooral betrekking had op de individuele, behandelende rechter en niet zozeer op de rechtspraak als staatsmacht.

Een niet onbelangrijke consequentie van het formuleren van de rechterlijke onafhankelijkheid als subjectief recht, is bovendien dat rechterlijke onafhankelijkheid vanuit het perspectief van individuele rechtszoekenden wordt benaderd. Het is de benadering die ook in de Straatsburgse jurisprudentie (overwegend) centraal staat.¹³ Zo'n benadering heeft belangrijke voordelen – principiële én pragmatische¹⁴ – maar het nadeel kan zijn dat in deze benadering minder oog bestaat voor de structurele effecten op de rechterlijke onafhankelijkheid. Anders gezegd, het klassieke rechtszoekendenperspectief vergt, zoals Joost Sillen illustreerde, een concrete toetsing van onafhankelijkheid, die in beginsel vergt dat klagers aannemelijk kunnen maken dat in hún specifieke zaak sprake is geweest van een gebrek aan onafhankelijkheid.¹⁵ Juist de institutionele onafhankelijkheid is in dit verband cruciaal, om een geloofwaardige, structurele bescherming van de rechterlijke onafhankelijkheid mogelijk te maken. Niet voor niets lijken de beide Europese Hoven sinds de rechtsstaatcrises in Centraal en Oost-Europa een meer institutionele (en dus een

p. 6; P.P.T. Bovend'Eert, 'Judicial Independence and Separation of Powers: A Case Study in Modern Court Management', *European Public Law* 2016, pp. 333-353, 338.

¹¹ M. Adams, 'De scheiding der machten tussen feit en fictie Of: Waarom het soms goed is om in de leugen te leven. Of: Waarom het soms goed is om in de leugen te leven', *NJB* 2010, pp. 280-286, 285.

¹² Zie de MvT: *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, pp. 22-23.

¹³ Daarop zijn belangrijke nuanceringen aangebracht. Zie o.a. R.A. Lawson, 'Protecting the independence of the judiciary: possibilities and limits of the European Convention on Human Rights', *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 2018, pp. 249-268.

¹⁴ Principieel omdat een burger er succesvol op kan wijzen dat de rechterlijke onafhankelijkheid in haar zaak in het geding is, ook al zijn op systeemniveau op zich wel adequate waarborgen voorhanden. Pragmatisch, omdat dit supranationale instanties als het EHRM de mogelijkheid geeft om de rechterlijke onafhankelijkheid voldoende intensief te toetsen zonder een bepaald model van rechterlijke onafhankelijkheid te moeten voorschrijven en zo op gevoelige nationale tenen te gaan staan.

¹⁵ J.J.J. Sillen, 'Straatsburg, Luxemburg en twee perspectieven op rechterlijke onafhankelijkheid', *SEW* 2021, pp. 628-639, 630. Sillen laat overigens zien dat het EHRM deze nadelen deels tracht te ondervangen.

minder op de rechtszoekende geënte) benadering van de rechterlijke onafhankelijkheid te hebben gekozen.¹⁶ Het perspectief van artikel 17-1 Grondwet verdient dus verruiming.

2.2 De opkomst van ‘judicial governance’

Het zwijgen van de Grondwet met betrekking tot de institutionele onafhankelijkheid van de rechtspraak gaat voorbij aan een internationale ontwikkeling die wel bekend staat als *judicial governance*.¹⁷ De opkomst van raden voor de rechtspraak hangt daar sterk mee samen. De trend vloeit deels voort uit het wereldwijd gegroeide belang van de rechterlijke macht binnen de democratische rechtsstaat, en deels uit de groeiende aandacht voor de rechterlijke onafhankelijkheid. Het heeft er, enigszins paradoxaal, toe geleid dat er sinds de grondwetsherziening van 1983 internationaal enerzijds meer aandacht is voor rechterlijk zelfbestuur, en dat er anderzijds juist in internationaal verband ook sprake is van een duidelijke bedreigingen van dat zelfbestuur, zoals we die kennen van de verhalen uit Polen en Hongarije.¹⁸

Judicial (self-)governance heeft verschillende aspecten. Een voor de hand liggend aspect, dat ook in deze bundel centraal staat, is het organisatorische aspect. Het gaat dan bijvoorbeeld om de wijze waarop de rechtspraak is ingericht, hoe ze functioneert, hoe de zaakstoedeling is vormgegeven, hoe rechters worden gerekruteerd en opgeleid. De Raad voor de rechtspraak vormt in dit verband de spin in het web. Daarvan kan worden onderscheiden, het reguleringsaspect: hoe, en door wie, wordt die organisatiestructuur, maar ook de gang van zaken tijdens het rechterlijk proces, genormeerd? Een derde aspect betreft de financiële component, waarover Philip Langbroek elders in deze bundel schrijft. En tenslotte is er het culturele aspect: de eigen aard van de rechtspraak als maatschappelijke speler, de ethische uitgangspunten van het rechterlijk vak en de daarmee verbonden invulling van de rechterlijke integriteit.

Als één ding de afgelopen decennia duidelijk is geworden, dan is het wel dat het model van de ‘*judicial council*’ op zichzelf geen garantie is voor onafhankelijkheid. Was het, zoals Voermans elders in deze bundel treffend beschrijft, ooit een ‘must-have’, de literatuur vandaag de dag laat zien dat het thema *judicial governance* veel dieper gaat dan het bestaan van zo’n raad.¹⁹ Belangrijker is, hoe de *regulering* ervan vormkrijgt, in (constitutionele) wetgeving. Daarin is steeds sprake van een afweging van de rechterlijke onafhankelijkheid met andere beginselen in de democratische rechtsstaat, zoals verantwoording en democratische participatie.²⁰ In de Nederlandse context is duidelijk dat de Grondwet deze afweging niet bevat. Vanuit het perspectief van de Nederlandse grondwetscultuur is dat verklaarbaar omdat de Grondwet conform de heersende doctrine bescheidenheid past, en de formele wetgever maximale ruimte biedt.²¹ Tegelijkertijd valt op dat de rechterlijke onafhankelijkheid in bijvoorbeeld de Wet op de rechterlijke organisatie wel een plaats heeft gekregen – bijvoorbeeld door het opnemen van onafhankelijkheidsexcepties en de poging om de verantwoordelijkheid over de organisatie van de rechtspraak deels in handen te leggen van de rechterlijke macht zelf – maar dat een expliciete afweging van de rechterlijke onafhankelijkheid met bijvoorbeeld de ministeriële verantwoordelijkheid verborgen blijft.

¹⁶ Sillen 2021, p. 637-638.

¹⁷ D. Kosar, ‘Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe’, *German Law Journal* 2018, pp. 1567-1612, 1573.

¹⁸ Kosar 2018, p. 1577.

¹⁹ En dat zelfs in landen waar zulke raden voor de rechtspraak ontbreken, de rechterlijke onafhankelijkheid niet noodzakelijkerwijs *de facto* in gevaar is. Zie o.a. F. Wittreck, ‘German Judicial Self-Government — Institutions and Constraints’, *German Law Journal* 2018, pp. 1931-1950; Kosar 2018, p. 1606.

²⁰ Vgl. A. Lienhard & D. Kettinger, ‘Justizmanagement im Rechtsstaat’, in: V. Boillet e.a. (red.), *Le droit public en mouvement. Mélanges en l’honneur du Professeur Etienne Poltier*, Genève: Schulthess 2020, p. 278-298, 279.

²¹ Zo bijv. G. Boogaard, ‘Inleiding bij hoofdstuk 6 – Rechtspraak’, in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a.(red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, pp. 1079-1082, 1079.

Zoals enkele bijdragen in deze bundel illustreren, blijven belangrijke potentiële grijze plekken met betrekking tot de rechterlijke onafhankelijkheid bestaan. Die grijze plekken kunnen samenhangen met het gegeven dat de Grondwet, de rechterlijke onafhankelijkheid weliswaar veronderstelt maar deze, anders dan de concurrerende ministeriële verantwoordelijkheid, niet expliciet op een voetstuk plaatst. Zo wordt veel overgelaten, niet alleen aan de wetgever maar ook aan minister, Raad voor de rechtspraak, Hoge Raad en gerechten zelf. Het leidt ertoe dat rechterlijke onafhankelijkheid niet zozeer het product is van de wil van de grondwetgever, maar vooral tot uiting komt in het handelen van de spelers, in een *cultuur* van onafhankelijkheid. Die sterke nadruk op het informele komt bijvoorbeeld pregnant naar voren in het rapport van de Commissie van Venetië van 2023, over de rechterlijke onafhankelijkheid in Nederland.²² Daarin wordt gesproken van een ‘*strong culture for the rule of law in the Netherlands*’, die voor een niet onbelangrijk deel ingevuld wordt door ‘*a system of informal norms and practices*’. Toch vindt de Commissie dat niet genoeg en beveelt men (ook) een meer formele regulering in de Grondwet aan. Om die aanbeveling op te kunnen taxeren moeten we iets meer weten over de aard van zulke informele praktijken.

3. Conventies van een constitutionele cultuur

Het is op het eerste gezicht wat merkwaardig om in het kader van *waarborgen*, te verwijzen naar een cultuur. In de eerste plaats omdat cultuur mensenwerk is en daarom voortdurend verandert.²³ De gewijzigde opvattingen over incomptabiliteiten tussen het rechtersambt en het lidmaatschap van Eerste of Tweede Kamer illustreren dat. Daar komt bij dat een cultuur een vaag begrip is. Hoewel het anno 2024 vaak gaat over onze constitutionele cultuur, is dat begrip nog nauwelijks wetenschappelijk omlijnd.²⁴ Op zijn minst vergt zo’n constitutionele cultuur dus operationalisering. Het waarborgkarakter van het cultuurbegrip begint waarde te krijgen wanneer we daarin niet alleen symbolen en praktijken kunnen ontdekken, maar ook normen die over een zekere mate van stabiliteit beschikken. In dat verband worden drie dimensies onderscheiden.²⁵ Een constitutionele cultuur veronderstelt een bepaalde historische ontwikkeling die gekenmerkt wordt door voortdurend in ontwikkeling zijnde normen die met elkaar een coherent geheel vormen. Het kan gaan om geschreven rechtsnormen, maar dat hoeft niet. De kracht van het cultuurbegrip is juist dat het ook informele normen en praktijken kan bevatten. Essentieel om te spreken van normen in een *constitutionele* cultuur is dan wel dat het daarbij gaat om normen die in een onderling constitutioneel verband met elkaar staan.

In de Angelsaksische literatuur wordt bij zulke normen gedacht aan constitutionele conventies. Zulke conventies vormen de hoeksteen van de ongeschreven Britse constitutie, maar ze werden de afgelopen jaren ook elders (her)ontdekt.²⁶ Over de aard van constitutionele conventies kan men dikke proefschriften vol schrijven. Maar ruwweg kan men ze omschrijven als *binnen de grenzen van het staatsrecht geldende informele gedragsregels, die een verplichting voor de betrokken ambten vormen op basis van daartoe strekkende, bij die ambten bestaande (rechts)overtuigingen*.²⁷ Over de bestaansvoorwaarden voor zulke normen bestaat veel discussie.

²² European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Netherlands – Joint Report on the Legal Safeguards of the Judiciary from the Executive Power*, 11 oktober 2023, CDL-AD(2023)029, nr. 15-17, 83.

²³ Vgl. o.a. P. Häberle, ‘Der Sinn von Verfassungen’, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2006, pp. 621-642, 631.

²⁴ Vgl. J. Uzman, ‘Onvoltooid Verleden Tijd. De constitutionele legitimiteit van rechterlijke toetsing’, in: J. Uzman e.a., *Toetsing door de bestuursrechter. Preadviezen voor de VAR 2024*, Den Haag: Boom juridisch 2024, pp. 9-105, 17-25.

²⁵ A. Siegel, ‘Constitutional Theory, Constitutional Culture’, *Journal of Constitutional Law* 2016, pp. 1068-1128.

²⁶ Zie in Nederland: G.J. Geertjes, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk* (diss. Leiden), Zutphen: Paris 2021. Internationaal: D. Kosar & A. Vincze, ‘Constitutional Conventions Concerning the Judiciary beyond the Common Law’, *German Law Journal* 2023, pp. 1503-1519.

²⁷ Dit betreft een verkorte en licht aangepaste versie van de definitie van Geertjes (2021), p. 607.

Meestal wordt echter aangenomen dat sprake moet zijn van een historische praktijk, de erkenning onder ambten dat die praktijk terugvoert op een (al dan niet juridisch) bindende *norm*, die in het constitutionele systeem een functie vervult – en daarmee een bestaansgrond heeft.²⁸ In de recentere literatuur wordt voorts benadrukt dat het onderscheidende kenmerk van constitutionele conventies, hun nauwe band betreft met (democratische of rechtsstatelijke) rechtsbeginselen.²⁹ De constitutionele conventie omvat dus meer dan een ‘blote’ informele praktijk. Ten eerste moet de praktijk ingegeven zijn door de overtuiging bij alle betrokken ambten, dat sprake is van een bindende norm, en daarnaast moet die norm de concretisering zijn van, in dit geval het principe van rechterlijke onafhankelijkheid.

3.1 Constitutionele conventies en de rechterlijke organisatie

Constitutionele conventies zijn vooral in het politieke staatsrecht tot ontwikkeling gekomen. Te denken valt aan de norm dat de koning niet mag weigeren om een regeringsbesluit te bekrachtigen of te ondertekenen.³⁰ In de wereld van het ‘rechtensrecht’ lijkt de constitutionele conventie, gelet op het politieke en weinig ‘juridische’ karakter van de desbetreffende normen, niet goed te passen. Toch valt te betogen dat veel normen die de relatie van de rechtspraak met de beide andere staatsmachten bepalen, een ‘conventioneel karakter’ hebben.³¹ Zo wordt in Nederland soms gerefereerd aan een norm van constitutionele hoffelijkheid, op grond waarvan politici zich bijvoorbeeld te onthouden hebben van bemoeienis met zaken die onder de rechter zijn (*sub iudice*), en de rechter op zijn beurt voorzichtig is te interveniëren in lopende wetgevingsprocessen.³²

Ook op het terrein van de rechterlijke rechtspositie en de bedrijfsvoering zijn constitutionele conventies mogelijk. De internationale praktijk illustreert dit. Bekend is het benoemingenbeleid rondom de rechters van Duitse, Oostenrijkse en Belgische constitutionele hoven. Hoewel die benoemingen plaatsvinden op voordracht van politieke organen, acht men zich gebonden aan een norm die een evenwichtige verdeling tussen de belangrijkste politieke stromingen voorschrijft, waarbij politieke partijen van elkaar mogen verwachten dat geen kandidaten worden voorgedragen die weerstand bij de overige partijen zullen oproepen.³³

Geldt voor deze landen dat de politisering van de rechtersbenoeming geharmoniseerd is, in de Nederlandse context lijkt de informele praktijk juist volledig op depolitisering gericht. Hier wordt het door artikel 5c Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren voorgeschreven systeem weliswaar gevolgd: het gerechtsbestuur doet een (al dan niet enkelvoudige) aanbeveling, de Raad voor de rechtspraak adviseert, en de minister beslist over de voordracht tot benoeming bij koninklijk besluit. In de praktijk is afwijking van de rechterlijke aanbeveling en het advies van de Raad echter een hoge uitzondering. Gesproken wordt dan ook wel van een *de facto* coöptatiestelsel.³⁴ Bij de Hoge Raad ligt coöptatie, vanwege diens constitutionele rol binnen de Trias gevoeliger. Mede om

²⁸ J. Jaconelli, ‘Do constitutional conventions bind?’, *Cambridge Law Journal* 2005, pp. 149-176, 149.

²⁹ Vgl. A. Heard, ‘Constitutional Conventions: The Heart of the Living Constitution’, *Journal of Parliamentary and Political Law* 2012, pp. 319-338, 330.

³⁰ Geertjes 2021, pp. 461-462.

³¹ S. Stephenson, ‘Constitutional Conventions and the Judiciary’, *Oxford Journal of Legal Studies* 2021, p. 750.

³² J.J.J. Sillen & J. Uzman, ‘Constitutionele hoffelijkheid als eis voor een weerbare rechtsstaat. Over loyale samenwerking, wederzijds respect en constitutionele conventies’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2022, pp. 423-442. Zie ook: G. Boogaard & R.J.B. Schutgens, ‘Na ons de zondvloed? Over de Urgenda-zaak en het beginsel van constitutionele hoffelijkheid bij de oplegging van dwangsommen aan de Staat’, *O&A* 2019, p. 52-61; Boogaard 2019, p. 115-116.

³³ U. Kischel, ‘Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in Comparative Perspective’, *International Journal of Constitutional Law* 2013, pp. 962-980; Kosar & Nincze 2023, p. 1513.

³⁴ Bovend’Eert 2022, p. 276; G. Boogaard, ‘Bipolar Constitutionalism in The Netherlands and Its Consequences for the Independence and Accountability of the Judiciary’ in E.M.H. Hirsch Ballin e.a. (red.), *European Yearbook of Constitutional Law* 2019, pp. 98-120, 113-114.

die reden heeft de Tweede Kamer een rol in de procedure gekregen. Die rol wordt door de Kamer doorgaans echter met grote terughoudendheid uitgeoefend. Regering en Kamer volgen in de regel de aanbeveling van de Hoge Raad op.³⁵ Elders in deze bundel illustreert Niels Graaf hoe een enigszins vergelijkbaar ‘herenakkoord’ de benoeming van gerechtsbestuurders kenmerkt. En buiten de sfeer van de rechtersbenoeming, refereert Langbroek aan de gewoonte van justitieministers om zich prudent op te stellen bij budgetonderhandelingen met Hoge Raad en Raad voor de rechtspraak.

4. Constitutionalisering gewenst?

Wat nu hiervan te denken? Is informele normering een adequaat antwoord op de stilte van de Grondwet op dit terrein? Zoals hiervoor al aangehaald, kon de commissie van Venetië een zekere mate van informaliteit billijken. Toch waarschuwde men voor overdrijving. Ik zie drie redenen die codificatie in het algemeen, en constitutionalisering in het bijzonder urgent maken; de kwetsbaarheid van constitutionele conventies in de huidige politieke constellatie, de noodzaak om de rechterlijke onafhankelijkheid als publieke waarde te versterken en integraal te regelen, en de versterking van de normatieve functie van de Grondwet.

4.1 De kwetsbaarheid van constitutionele conventies

Kunnen we het ons veroorloven om de onafhankelijkheid van de rechtspraak deels op informele wijze te borgen? Constitutionele conventies zijn onder normale omstandigheden veerkrachtige normen die geworteld zijn in de rechtspraktijk ‘van onderop’. Daar past wel de kanttekening bij dat lang niet alle informele praktijken aan de maatstaven voldoen die voor constitutionele conventies gelden. De terughoudendheid die politici betrachten ten aanzien van de rechterlijke macht kan mogelijk wel als conventie worden beschouwd, nu daarmee het gezag van de rechtspraak als onafhankelijke en politiek-neutrale staatsmacht wordt gediend. Maar de vraag of zij zich daaraan ook daadwerkelijk gebonden achten is nog onvoldoende empirisch uitgezocht.

Minstens zo belangrijk is echter dat juist nu, het instituut van de conventie onder druk staat. Dat heeft alles te maken met de opkomst van populistische politiek. Nu is dat een vaak diskwalificerend gebruikte term. Ik gebruik de term hier in de betekenis zoals die zich in de politicologie heeft uitgekristalliseerd: als een politieke stijl waarin een tegenstelling geschapen wordt tussen een homogeen ‘volk’ en een ‘elite’ of de ‘ander’ die zich tegen de ongehinderde en gelegitimeerde volkswil verzet.³⁶ De populistische stijl kent enkele gemeenschappelijke kenmerken. Eén ervan betreft wat de Australische politicoloog Benjamin Moffitt noemt, *bad manners politics*: ‘a disregard for ‘appropriate’ modes of acting in the political realm’.³⁷ Zijn collega Benjamin Arditi riep in dat verband het inmiddels legendarische beeld op van ‘*the drunken dinner guest of politics [...] disrupt[ing] table manners and the tacit rules of sociability by speaking loudly, interrupting the conversation of others, and perhaps flirting with them beyond what passes for acceptable cheekiness*’.³⁸ Of het nu gaat om taboes, gedragscodes, parlementaire regels of de ongeschreven normen die het verkeer tussen politiek en rechtspraak kenmerken, volgens de populistische logica vormen ze een ongerechtvaardigde inbreuk op de *volonté générale*. Bovendien

³⁵ De enige (mogelijke) uitzondering betrof een voorgenomen voordracht in 2011, toen parlementaire aarzelingen de Hoge Raad tot een aangepaste lijst noopten. Zie G. Boogaard & J. Uzman, ‘Commentaar bij artikel 118 Grondwet’, in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a. (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 1135.

³⁶ C. Mudde, ‘The Populist Zeitgeist’, *Government and Opposition* 2004, pp. 541-563, 543.

³⁷ B. Moffitt, *The Global Rise of Populism. Performance, Political Style, and Representation*, Stanford University Press 2016, p. 44.

³⁸ B. Arditi, *Politics on the Edges of Liberalism: Difference, Populism, Revolution, Agitation*, Edinburgh: Edinburgh University Press 2007, p. 78.

gaat het, anders dan in het geval van democratisch vastgestelde geschreven normen, bij conventies traditioneel om normen van elites.³⁹ De term ‘herenakkoord’ refereert hieraan. Het anti-elitaire en anti-institutionele element van het populisme komt daartegen in het geweer.

Daar komt bij dat conventies, zoals de Britse jurist David Feldman ooit treffend schreef, doorgaans goed passen bij een samenleving die zich kenmerkt door weinig onoverbrugbare breuklijnen, en een consensus tussen de constitutionele actoren over de belangrijkste gemeenschappelijke waarden.⁴⁰ Alleen met de emancipatie van diverse groepen in de samenleving is die consensus aan het schuiven. Dat maakt de constitutionele conventie een kwetsbaar alternatief als waarborgnorm voor een geschreven, democratisch vastgestelde regeling.

4.2 *Naar een integrale regeling van de rechterlijke onafhankelijkheid?*

Een pleidooi voor geschreven recht dus. Daarvoor pleiten wat mij betreft ook juridisch-systematische argumenten. Hiervoor betoogde ik dat de Grondwet en de Wet op de rechterlijke organisatie te weinig aandacht besteden aan verschillende facetten van de rechterlijke onafhankelijkheid. Vooral het institutionele element is afwezig. De rechterlijke onafhankelijkheid is geborgd door een lappendeken van nauwelijks op elkaar afgestemde nationale en internationale, en formele en informele normen: Grondwet, Wet RO, Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren, EVRM, in toenemende mate ook het Unierecht, constitutionele conventies. Nu is daar met behulp van hulpvaardige dissertaties of handboeken nog wel chocola van te maken. Maar onduidelijk blijft bij zo’n lappendeken wel, op welke manier de democratische rechtsgemeenschap de afweging voor zich ziet tussen rechterlijke onafhankelijkheid enerzijds, en andere (legitieme) constitutionele waarden, zoals bijvoorbeeld het afleggen van verantwoording over de besteding van overheidsmiddelen en democratische participatie in het functioneren van het rechtsstelsel.

Duidelijk is bijvoorbeeld dat wél die ministeriële verantwoordelijkheid als een hoeksteen van ons constitutionele bestel in de Grondwet is geëxpliciteerd, maar niet het minstens zo fundamentele uitgangspunt dat de rechtspraak onafhankelijk dient te opereren. Zoals elders in deze bundel besproken wordt, kan dit een eenzijdige focus van de wetgever op de ministeriële verantwoordelijkheid tot gevolg hebben (gehad). De introductie van artikel 17-1 Grondwet is in dit verband het begin van een remedie. Maar beter ware het wanneer de grondwetgever inzet op een meer integrale regeling van de rechterlijke onafhankelijkheid, niet alléén in functionele en rechtspositionele zin, maar ook in institutionele (en organisatorische) zin. Dat kan, afhankelijk van de hierna nog te bespreken grondwetcultuur, op verschillende manieren. Eén variant is om in de Grondwet een algemeen uitgangspunt van rechterlijke onafhankelijkheid op te nemen dat zowel het individuele als het collectieve element van die onafhankelijkheid onderstreept, en nadere regeling hiervan aan de wetgever op te dragen. Niet als bevoegdheid, maar als plicht. Het kan ook door in de Grondwet een wat uitgebreidere bepaling op te nemen, waarin de belangrijkste instituties van de rechterlijke onafhankelijkheid worden gespecificeerd en van een kerninvulling worden voorzien. Onderdeel hiervan is dan dat de Raad voor de rechtspraak een plaats in de Grondwet krijgt.⁴¹ Dat geldt ook voor de financiering van de rechterlijke macht als geheel, en de Hoge Raad in het bijzonder, waarbij natuurlijk niet alle details in de Grondwet regeling behoeven, maar wél gemarkeerd wordt dat de rechterlijke macht daarvoor een zelfstandige of althans met wetgever en bestuur gedeelde verantwoordelijkheid draagt.

Moet dit alles specifiek in de Grondwet? Is een ‘Wet op de rechterlijke onafhankelijkheid’ geen optie? Een soort Omgevingswet, maar dan voor de rechtspraak? Toegegeven, in de huidige

³⁹ Feldman 2011, p. 128.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 127.

⁴¹ Zie het betoog van Eddy Bauw in deze bundel, voor een Hoog College van Staat.

Grondwet past een uitvoerige regeling van de rechterlijke onafhankelijkheid niet. Die is immers sober van karakter en laat veel over aan de wetgever. Het Thorbeckiaanse uitgangspunt, dat de Grondwet ‘eene nationale kracht’ is, de ‘grondslag waarop al het andere rust’ is niet langer leidend bij herzieningen van de Grondwet.⁴² Het huidige paradigma wordt vooral gevormd door het gedachtegoed van Struycken, dat de Grondwet een compromis nastreeft tussen geleerde lessen uit het verleden en flexibiliteit voor de uitdagingen van het heden.⁴³ Daar komt bij dat de huidige Grondwet nog altijd uitgaat van een sterk primaat van de wetgever als de belangrijkste waarborg voor democratische rechtsstatelijkheid. De gebruikelijke systematiek van de Grondwet houdt op belangrijke punten in, dat belangrijke kwesties als *Chefsache* voor de wetgever worden verklaard. Tegelijkertijd laten juist de rapporten van opvolgende staatscommissies zien dat de wens om de normatieve functie van de Grondwet te versterken, geen overbodige luxe is. Niet alleen als samenbindend document voor de samenleving, maar ook omdat juist het proces van grondwetsherziening bij uitstek vereist tot democratische deliberatie over wat ons verbindt. De rechterlijke onafhankelijkheid, die bovendien gebaat is bij de hoge dijken van de grondwetsherzieningsproceure, is daarvoor bij uitstek geschikt.

⁴² J.J.J. Sillen, ‘De relatieve betekenis van de Grondwet voor de wetgever. Een beschouwing over de Nederlandse juridische grondwetscultuur in de twintigste eeuw’, *RegelMaat* 2020, pp. 400-411, 408.

⁴³ Uzman 2024, p. 26.