

Een procesrecht voor de 21ste eeuw

Het Nederlands procesrecht is in hoge mate geënt op de bescherming van individuele belangen door het toekennen van subjectieve rechten aan natuurlijke personen. Dit stelsel werkt goed voor het geval individuen persoonlijk leed wordt aangedaan, maar laat grotere en meer systemische vraagstukken veelal ongemoeid. Naarmate de wereld verder digitaliseert, internationaliseert en er een steeds grotere verwevenheid ontstaat tussen de publieke en de private sector, zal juist dit soort vraagstukken een steeds prominentere rol innemen. Wil het rechtsstelsel ook in de 21ste eeuw relevant blijven, dan zal er een aantal fundamentele wijzingen moeten worden doorgevoerd.

1 Inleiding

Institutioneel racisme, klimaatverandering, digitalisering. Zomaar drie ogenschijnlijk niet-gerelateerde fenomenen die al jarenlang het nieuws domineren. Toch hebben ze als overeenkomst dat ze wijzen op een belangrijke lacune in het Nederlands procesrecht. Bij ieder van deze fenomenen draait het namelijk om structurele en maatschappelijke vraagstukken, terwijl het huidige recht voornamelijk inzet op het beschermen van individuele belangen door het toekennen van subjectieve rechten aan natuurlijke personen. Daardoor kunnen deze fenomenen onder het huidige recht slechts in beperkte mate worden geadresseerd, wat mede heeft geleid tot de escalatie nu.

Comedian Eddie Izzard heeft wel eens opgemerkt dat het recht niet goed kan omgaan met massamoordenaars. Heeft iemand een moord op zijn geweten, dan krijgt hij een aantal jaren gevangenisstraf, heeft iemand vijf of tien mensen de dood in gejaagd, dan krijgt hij levenslang en tbs, maar als een Pol Pot of Stalin miljoenen mensen de dood in jagen, dan worden ze onder huisarrest geplaatst en mogen ze daar in vrede hun oude dag slijten,¹ een fenomeen dat ook nu nog te ontwaren valt bij Afrikaanse leiders die na jarenlang machtsmisbruik en tirannie het land mogen verlaten, met medeneming van een deel van hun bezittingen, en in Dubai of een vriendelijk gestemd buurland hun leven mogen voortzetten. Het is een navrante grap die desalniettemin een breder en meer fundamenteel probleem van het rechtssysteem blootlegt: het recht is erg geschikt om concrete misstanden te adresseren, maar ongeschikt om grotere, meer systemische problemen aan te pakken, laat staan het systeem of instituten zelf.

De nadruk op de bescherming van individuele belangen en het attribueren van subjectieve rechten past in het (neo)liberale idee van de homo economicus, die zich bewust is van zijn eigen belangen, begrijpt dat en hoe anderen die eventueel schaden en daar tegen op zal treden middels rechten en andere hem ter beschikking staande middelen, mocht hij dat wenselijk vinden. Ook past het in het beeld uit de jaren negentig van de vorige eeuw van een terugtrekkende overheid. Wereldwijd en zeker ook in Nederland hebben overheden er weliswaar voor gekozen een myriade aan regels en wetten aan te nemen, maar hebben zij tegelijkertijd geopteerd om sterk te bezuinigen op organisaties die moeten toezien op de naleving en handhaving van de regels, zoals uitvoeringsinstanties en toezichthouders. Burgers konden door middel van hun rechten zelf zorgen dat regels in hun concrete omstandigheden werden nageleefd, zo was het idee, en als iedereen dat zou doen, dan leidde dat tot een betere,

¹ www.youtube.com/playlist?list=PL697nbIXQ8jcIw7Qfo65_GzIZUMslAfuN.

effectievere en goedkopere vorm van controle en toezicht dan als dit zou zijn belegd bij overheidsinstanties.

Deze ontwikkeling heeft veel goeds gebracht. Individuen staan nu juridisch veel sterker dan voorheen, hebben eenvoudig en direct toegang tot de rechter en toezichthouders, en kunnen zo direct hun eigen belangen behartigen als die worden geschaad. Dat maakt hen onafhankelijk van welwillende overheidsorganisaties of belangengroepen die misstanden aankaarten en die vaak, gezien beperkte hun macht en middelen, slechts een handvol grotere problemen adresseren in langdurige en niet altijd succesvolle juridische procedures. Alhoewel deze individualisering van het procesrecht derhalve een zeer wenselijke tegenreactie was, zijn er signalen dat deze trend te ver is doorgeschoten. Door de nadruk op de individuele belangen van burgers zijn hoe langer hoe meer de onderliggende, structurele oorzaken van concrete problemen onderbelicht gebleven. De drie fenomenen – milieuvervuiling, mensenrechtenschendingen door digitalisering en institutioneel racisme – illustreren deze lacune. Daarbij kan aan een tiental spanningsvelden worden gedacht.

2 Incongruentie tussen systemische vraagstukken en het huidige procesrecht

Ten eerste is er het probleem met systemische ontwikkelingen dat personen vaak niet weten dat zij hierdoor zijn geraakt. Iemand die staande wordt gehouden door de politie of niet wordt uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek weet niet of dat komt door impliciet racisme. Pas als een veelheid aan aanhoudingen of sollicitatieprocedures naast elkaar wordt gelegd, valt een patroon te ontwaren. Individuen ontberen doorgaans zicht op dergelijke patronen. Net zo goed zijn mensen zich niet altijd bewust van het feit dat zij fijnstof inademen of dat zij genudged worden in *smart cities*, omdat de vervuiling en de dataverzameling simpelweg ingebed zitten in de omgeving – het valt weg tegen de achtergrond.

Ten tweede vereist het recht doorgaans dat degene die een klacht indient een belang kan aantonen dat te onderscheiden valt van de amorfe massa, terwijl dit soort systemische problemen vaak geen individualiseerbaar belang oplevert. Ze raken simpelweg iedereen of grote groepen in de samenleving. Camera's op vrijwel iedere straathoek in steden raken niet iemand specifiek en persoonlijk: ze filmen iedereen, overal en altijd, die zich in een stad bevindt. Institutioneel racisme en milieuvervuiling raken evenzo grote groepen mensen en draaien nu juist niet om specifieke individuen of hun kenmerken.

Ten derde is het niet eenvoudig om schade te kwantificeren die volgt uit systemische problemen. Welke hinder heb je precies van geluidsoverlast, bijvoorbeeld van een nabij gelegen snelweg of vliegveld? Welke schade heb je geleden door een datalek of door een staandehouding door de politie? Als het in dit soort zaken al tot een vergoeding komt, dan schat de rechter dit soort immateriële schade vaak in op maximaal een aantal honderd euro.

Ten vierde dient de causaliteit tussen de geleden schade en het feit waarover wordt geklaagd te worden aangetoond. Dat is lastig, omdat een persoonlijk probleem weliswaar evident kan zijn, maar het niet eenvoudig is om aan te tonen dat het een gevolg is van een algemene misstand. Zelfs bij een werkgever die alle sollicitatiebrieven van mensen met een Marokkaanse achternaam weigert, hoeft het feit dat een specifiek individu met een Marokkaanse achternaam is geweigerd niet zijn oorsprong te vinden in impliciet racisme, maar kan deze specifieke persoon simpelweg niet voldoen aan het profiel. Zelfs als is vastgesteld dat een persoon een ongeneeslijke ziekte heeft die het gevolg kan zijn van milieuvervuiling door een nabijgelegen fabriek, kan een veelheid aan oorzaken hebben geleid

tot de ziekte en is het niet altijd onomstotelijk vast te stellen dat dit met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid komt door de milieuvervuiling in kwestie.

Ten vijfde is er bij systemische vraagstukken vaak geen eenduidige verantwoordelijke aan te wijzen. Datastromen en data-gedreven activiteiten, zoals binnen *smart cities*, *predictive policing* en data-gedreven profiling, zijn vaak een samenspel tussen wel tientallen bedrijven, tussenpersonen, overheidsdiensten, databrokers, cloud providers et cetera. Evenzo is de vraag wie er aansprakelijk kan worden gesteld voor het opwarmen van de aarde. Dat is uiteraard een samenspel tussen minstens duizenden organisaties wereldwijd, en naar alle eerlijkheid ook van alle miljarden aardbewoners die hun bijdrage leveren. In Duitsland is wel geprobeerd om een procentueel aandeel van de opwarming van de aarde terug te herleiden tot de uitstoot van een specifieke organisatie, maar die rechtszaak heeft vooralsnog niet tot succes geleid.²

Ten zesde zijn systemische problemen evident complex. Het vergt vaak zeer grote expertise om te begrijpen hoe emissiesystemen worden berekend en wat daar eventueel mis is; algoritmes zijn vaak zeer complexe beslisbomen, waarbij geldt dat de meer geavanceerde zelflerende (*deep learning*) algoritmes zelfs voor de programmeurs niet meer inzichtelijk zijn. Dat betekent dat er doorgaans zeer veel middelen en tijd nodig zijn om dergelijke misstanden juridisch uit te pluizen en aan de kaak te stellen. Daarbij komt dat als er al partijen zijn aan te wijzen als hoofdaansprakelijke of verantwoordelijke voor milieuvervuiling, voor institutioneel racisme of voor schendingen die voortvloeien uit de digitale context, dit vaak juist de zeer bemiddelde private organisaties en grote overheidsinstellingen zijn, die het vermogen hebben om lange rechtszaken uit te zitten. Dat brengt met zich dat veelal slechts welgestelden of publieke personen deze misstanden aan de kaak stellen: John de Mol die ten strijde trekt tegen Facebook, Typhoon die institutioneel racisme bij de politie aan de kaak stelt, et cetera.

Ten zevende brengen de kosten en moeite van het voeren van dergelijke rechtszaken met zich dat als gewone burgers al de gevolgen van systemische problemen in hun persoonlijk leven juridisch adresseren, dit doorgaans de meer extreme vormen zullen betreffen (dodelijke ziekte als gevolg van milieuvervuiling, racistisch politiegeweld, wraakporno die maar niet offline wordt gehaald). Ben je een keertje staande gehouden als donkere jongen, maar mocht je binnen een minuut weer doorlopen – laat maar. Zijn een keer je naam en je adres ten onrechte verwerkt door een digitaal bedrijf, maar worden die weer verwijderd zodra je een verzoek daartoe indient – het is best zo. Dat betekent dat dit soort kleinere en alledaagse, maar systemische problemen niet of nauwelijks worden aangepakt en daarmee hoe langer hoe meer worden genormaliseerd.

Ten achtste vereist het huidige recht een individueel belang van de klager, terwijl dit in veel gevallen die draaien om systemische problematiek misplaatst is. Als er sprake is van institutioneel racisme bij de politie of een werkgever, dan gaat het er nu juist niet om dat mevrouw X of meneer Y is opgepakt of niet is uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek, maar dat dit structureel gebeurt. Als een inlichtingendienst *contra legem* de metadata van een hele stad structureel monitort of als Facebook systematisch de vigerende privacyregels aan zijn laars lapt, dan is niet het probleem dat een specifieke inwoner of gebruiker daar de dupe van wordt. Het gaat om het systeem als zodanig. Om dan van een individu te vragen om de algemene misstand middels een subjectief klachtrecht te adresseren, komt in feite neer op het individualiseren van een algemeen probleem.

² www.dw.com/en/peruvian-farmer-takes-on-german-energy-giant-rwe/a-51546216.

Ten negende zet het huidige recht met name in op het compenseren van individuele schade van de klager. Dat betekent echter dat het onderliggende, structurele probleem niet (per se) wordt geadresseerd. Het is heel goed dat John de Mol in een rechtszaak heeft kunnen aantonen dat Facebooks advertentiemodel en controle op de content niet deugen, maar Facebook verandert vervolgens niets wezenlijks aan zijn beleid, maar betaalt slechts een particulier schadevergoeding. Het kan voorkomen dat het iemand lukt om aan te tonen onterecht en op vermoedelijk racistische gronden te zijn aangehouden door de politie en daarvoor een klein bedrag ter genoegdoening krijgt, maar daarmee wordt het structurele probleem van institutioneel racisme bij de politie nog niet aangepakt.

Tot slot adresseert het recht vaak hele concrete problemen, maar heeft het minder oog voor de voorfasen van besluitvorming, waar de misstanden evenwel uit kunnen voortvloeien. Zo stelt Ybo Buruma:

‘Stel er is een database waarin de politie alleen zoekt op personen met een bepaalde etnische achtergrond (al dan niet door middel van indirecte identifiërs), maar op de zeg 50 hits die daaruit volgen wel onderzoek doet en uiteindelijk besluit 3 personen te arresteren op basis van concreet en hard bewijs. Dan is de groep waarnaar wordt gekeken vastgesteld op basis van een discriminerende keuze, maar is het uiteindelijke bewijs wel deugdelijk. Het is te vergelijken met een verkeersagent die in een hypothetisch geval alleen maar naar auto’s zou kijken met een Pools nummerbord, maar vervolgens in die groep steeds goed en deugdelijk onderzoek doet en alleen die Polen of Poolse auto’s staande houdt, na navraag te hebben gedaan ten aanzien van bijvoorbeeld openstaande boetes of een openstaand arrestatiebevel. Dan is wederom het uiteindelijke bewijs dat tot de staande houding en eventuele arrestatie leidt deugdelijk, maar is de groep waarnaar wordt gekeken beperkt op basis van nationaliteit. Beide gevallen zijn problematisch, maar kunnen in het strafrecht niet worden aangepakt – het bewijs is immers als zodanig deugdelijk. Als de wetgever dergelijke problematiek wil aanpakken, bijvoorbeeld met het oog op discriminerende of stigmatiserende algoritme, dan zal zij daar een nieuwe wettelijke bepaling aan moeten wijden.’³

3 Mogelijke oplossingen

Het hoeft niet te verwonderen dat gezien deze juridische constellatie de systemische vraagstukken die nu naar voren komen jarenlang onderbelicht zijn gebleven. Door structurele ontwikkelingen ten aanzien van digitalisering, bureaucrativering en internationalisering zullen processen steeds ingewikkelder worden, zullen private en publieke organisaties steeds meer van elkaar afhankelijk zijn en met elkaar verknoopt raken, en zullen structuren globaal nog meer verstrengeld en verankerd raken. Wil het procesrecht toekomstbestendig blijven, dan zal het recht moeten doen aan deze realiteit en op een aantal punten worden aangepast. Daarbij valt te denken aan een centralere rol voor de bescherming van algemene en maatschappelijke belangen, erkenning van het feit dat de burger vaak weinig kan en doet met eventuele rechtsmiddelen, en dat toezicht op en afdwinging van de naleving van regels in toenemende mate zullen moeten komen van onafhankelijke overheidsorganisaties en stichtingen en burgerrechtenorganisaties die met gebruikmaking van juridische middelen opkomen voor het algemeen belang. Daartoe ligt een aantal mogelijkheden open.

³ Sloot, B. van der, & Schendel, S. van (2019). *De modernisering van het Nederlands procesrecht in het licht van big data: Procedurele waarborgen en een goede toegang tot het recht als randvoorwaarden voor een data-gedreven samenleving*. WODC.

De meest basale stap is wellicht het reduceren van de kosten van rechtszaken of het zorgen dat de vergoedingen bij eventuele winst van een zaak omhoog gaan. Bij algemeenbelangacties is de toegekende schade bij winst nu doorgaans nihil; als de rechter al tot het oordeel komt dat er een algemeen belang is geschaad en dat bijvoorbeeld wet- of regelgeving als zodanig als onrechtmatig heeft te gelden, dan wordt vaak volstaan met de conclusie dat de desbetreffende wetgeving of beleid dient te worden aangepast. Dit betekent dat vaak slechts een zeer beperkt aantal partijen dergelijke rechtszaken kunnen voeren, zoals stichtingen en rechtspersonen die speciaal daartoe in het leven zijn geroepen, en zelfs die doen dit slechts in zeer beperkte mate vanwege de hoge kosten. Een alternatief zou kunnen zijn dat de overheid naar model van sommige buitenlandse proefprocessen en algemeenbelangacties financiert, bijvoorbeeld door een onafhankelijke stichting per jaar de twintig meest veelbelovende algemeenbelangacties te laten financieren.⁴ Een verhoging van uitgekeerde schade zou daarnaast met zich kunnen brengen dat individuen zich eerder zullen wenden tot de rechter bij concrete en particuliere effecten van systemische problemen, wat als cumulatief effect kan hebben dat de systemische misstand als zodanig eerder wordt geadresseerd. Tot slot zou een toename in het bedrag dat aan schade wordt toegekend bij een geconstateerde rechtsschending betekenen dat er meer collectieve belangenacties door professionele partijen worden gestart, bijvoorbeeld in het geval meerdere mensen zijn geraakt door dezelfde milieuschade, een datalek of institutioneel racisme van een specifieke organisatie.⁵

Ten tweede zou er meer kunnen worden ingezet op de bescherming van particuliere belangen van burgers door derden, die daartoe beter geëquipeerd zijn. De Nationale ombudsman richt zich bijvoorbeeld juist op het behartigen van belangen van burgers die de dupe zijn van structurele problematiek en focust juist op de bescherming van personen in een zwakkere positie, zoals mensen met een lagere sociaaleconomische status, laaggeletterden of mensen met een beperking. In een aantal ons omringende landen wordt de figuur van de ombudsman veel breder ingezet, en heeft iedere sector en soms zelfs individuele overheidsorganisaties en ondernemingen een eigen ombudsman. Een dergelijke cultuur zou ook in Nederland kunnen worden bevorderd; de sectorale of organisationele ombudsman zou dan, al dan niet naar aanleiding van specifieke klachten, ambtshalve onderzoek kunnen doen naar en oplossingen kunnen aandragen voor concrete problemen van burgers, bijvoorbeeld bij bedrijven die in sollicitatieprocedures impliciet discrimineren.⁶ Een ander voorbeeld is om meer met de figuur van *special advocate* te werken. Dit is een persoon die in met name Angelsaksische landen wordt ingezet binnen gespecialiseerde contexten, waarin de overheid informatie of bewijs wil gebruiken in een juridische procedure, maar deze niet publiekelijk bekend wil maken, bijvoorbeeld als het gaat om hoe algoritmes precies werken of hoe het technische systeem van organisaties precies zuivert op emissies en uitstoot. In zulke gevallen kan een *special advocate*, die is gehouden aan een geheimhoudingsplicht en gespecialiseerd is in het

⁴ Zie ook het Canadese model in Ontario en Quebec: Act Respecting the Fonds d'Aide Aux Actions Collectives, chapter F-3.2.0.1.1. Class Proceedings Act 1992, SO, 1992, c.6.

⁵ Onder het regime van artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek. Zie ook Tzankova, I.N. (2017). Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer? TVP, 4: 107-119; Tzankova, I.N. (2015). *Hoe globalisering-proof is het Nederlandse collectieve actie recht? Een reflectie* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht). Zutphen: Uitgeverij Paris.

⁶ Mitchell, J., & Doane, D. (1999). An Ombudsman for Humanitarian Assistance? *Disasters*, 23 (2); Abraham, A. (2008). The Future in International Perspective: The Ombudsman as Agent of Rights, Justice and Democracy. *Parliamentary Affairs*, 61 (4); Remac, M. (2013). Standards of Ombudsman Assessment: A New Normative Concept. *Utrecht Law Review*, 9 (3): 62; Oonagh, G. (2012). *The Ombudsman: the developing role in the UK*, SN/PC/04832.

specifieke onderwerp dat onderhavig is aan de rechtszaak, namens een burger het woord doen, zonder dat die burger zelf toegang heeft tot de desbetreffende informatie.⁷

Ten derde zouden rechtspersonen meer mogelijkheden kunnen krijgen om algemene belangen te behartigen. *Amicus curiae*-participatie is onder meer bekend bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en stelt partijen in staat in een rechtszaak een opinie of advies te geven zonder zelf procespartij te zijn en de proceskosten te hoeven dragen. Hierdoor kunnen zij algemene belangen die met een particuliere zaak zijn gemoeid onder de aandacht van de rechter brengen. Binnen het bestuursrecht bestaan hier al beperkte experimenten mee,⁸ waarbij opvalt dat er juist de nodige aarzelingen bestaan als het gaat om het toepassen van deze figuur in zaken die draaien om het algemeen belang. In politiek of maatschappelijk gevoelige zaken zou de inzet van de *amicus curiae* de bestuursrechter in een ongemakkelijke positie kunnen brengen, zo is de vrees.⁹ Juist op dit punt zouden binnen een toekomstbestendig rechtstelsel meer openingen moeten komen, niet alleen binnen het bestuursrecht, maar ook binnen het civiel- en strafrecht. Een andere opening zou kunnen zijn het verbreden van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen. Vanwege de kosten kiezen partijen er niet zelden voor om, als zij al een stap naar de rechter wagen, het bij een kort geding te houden, waarbij het nadeel is dat de toetsing marginaal blijft. Om op dit punt een oplossing te vinden is er sinds 2012 binnen het civielrecht de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de hoogste rechter.¹⁰ Toch geldt hierbij een belangrijke beperking, namelijk dat de rechtsvraag die middels de prejudiciële vraag wordt gesteld relevant moet zijn voor een veelheid aan zaken, terwijl dit nu juist niet het geval is voor zaken in het algemeen belang. Juist op dit punt zouden derhalve meer mogelijkheden dienen te komen. De mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen zou ook binnen het strafrecht en het bestuursrecht kunnen worden geïntroduceerd.¹¹

Ten vierde zou meer kunnen worden ingezet op het faciliteren van rechtszaken in het algemeen belang. Een voorbeeld is de introductie van de veel bediscussieerde mogelijkheid tot grondwetstoetsing, waarbij wetten als zodanig, en alleen niet de concrete gevolgen of effecten daarvan op particuliere burgers, kunnen worden getoetst door de rechter.¹² Dat zou ook passen in recentere ontwikkelingen onder het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), waarbij het EHRM zowel door het accepteren van zogenoemde *in abstracto*

⁷ Boon, A., & Nash, S. (2006). Special Advocacy: Political Expediency and Legal Roles in Modern Judicial Systems. *Legal Ethics*, 1; Ip, J. (2008). The Rise and Spread of the Special Advocate. *Public Law*, 717-741, beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=1292537>.

⁸ Artikel 8:45a Algemene wet bestuursrecht.

⁹ Poorter, J.C.A. de, Heusden, L.A. van, & Lange, C.J. de (2018). *De amicus curiae geëvalueerd: Over de eerste indrukken van de inzet van het instrument van de amicus curiae in procedures voor de Afdeling bestuursrechtspraak*. Raad van State. file:///tmp/mozilla_tx10/evaluatie_van_de_amicus_curiae.pdf.

¹⁰ Wet van 9 februari 2012 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad (Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad).

¹¹ Zie verder: Onderwerp Onderzoek prejudiciële vragen Hoge Raad 28 september 2016.

www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/12/05/wetsvoorstel-tot-vaststelling-van-boek-6-van-het-nieuwe-wetboek-van-strafvordering-bijzondere-regelingen, voorgesteld artikel 6.2.3.1 e.v. Vijfde voortgangsrapportage modernisering Wetboek van Strafvordering en update van de Contourennota, 9 april 2019, p. 4 www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/kamerstukken/2019/04/09/tk-voortgangsrapportage-modernisering-wetboek-van-strafvordering-en-update-van-de-contourennota.

¹² Staatscommissie parlementair stelsel. *Lage drempels, hoge dijken*.

www.staatscommissieparlementairstelsel.nl/documenten/rapporten/samenvattingen/12/13/eindrapport.

zaken¹³ in toenemende mate bereid is wetgeving op legitimiteit en legaliteit te toetsen, als door zogenoemde *pilot judgements*¹⁴ wetgevingsbevelen aan nationale parlementen te geven. Een aanvullende oplossing zou zijn het verbod op toetsing van algemeen verbindende voorschriften dat volgt uit artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht af te schaffen, waardoor niet alleen concrete besluiten die concrete belanghebbenden raken kunnen worden getoetst, maar ook onderliggende regels en beleid zelf.

Ten vijfde zou een bredere toetsing van voorfasen van beleid- en besluitvorming kunnen worden geïntroduceerd. Het huidige recht richt zich nu sterk op de concrete effecten van beleid en besluiten in de praktijk. Het eerder aangehaalde citaat van Ybo Buruma geeft aan hoe binnen het strafrecht wordt geworsteld met dergelijke problematiek. Er zou op dit punt kunnen worden gekozen voor het uitgangspunt dat bewijs dat voortvloeit uit problematische voorfasen, waarin bijvoorbeeld het verbod op discriminatie of het recht op privacy is ondermijnd, leidt tot strafvermindering of in voorkomende gevallen tot bewijsuitsluiting.¹⁵ Ook binnen het bestuursrecht zou meer aandacht kunnen worden gegeven aan feitelijke handelingen en voorfasen van besluitvorming die nu niet goed te adresseren zijn.¹⁶

Tot slot ligt het voor de hand meer te investeren in toezichts- en handhavingsorganisaties. Alleen al ten aanzien van de drie fenomenen die in dit artikel ter illustratie hebben gediend, is er een grote lacune tussen wet en praktijk. Op het gebied van discriminatie bestaat er niet echt een toezichtmechanisme; het College voor de Rechten van de Mens kan beslissen over individuele klachten, maar is zelf nimmer een rechtszaak tegen een private onderneming of overheidsinstelling begonnen. Op het gebied van milieuregels is de handhaving en het toezicht niet belegd bij één partij en is duidelijk dat de diverse toezichthouders al jarenlang kampen met tekorten, waardoor er steeds meer wordt verlaten op zelf-assessments van organisaties die dan sporadisch en steekproefsgewijs worden geaudit. En zelfs bij de Autoriteit Persoonsgegevens, die in de digitale context ruime handhavingsbevoegdheden heeft, is duidelijk dat het slechts als druppel op de gloeiende plaat kan fungeren door grootschalige tekorten in middelen en mankracht. Al een jaar na de introductie van de Algemene Verordening Gegevensbescherming dreigt het instituut te bezwijken onder het aantal klachten. Voorzitter Aleid Wolfsen stelde dan ook kort en simpel: 'Feitelijk zeg je: we beschermen je privacy goed via wetgeving. Maar als de toezichthouder niet over voldoende middelen beschikt, maak je het een niet bestaand recht. Want we kunnen niet voldoende handhaven. Het is alsof je in Nederland zegt: je mag niet inbreken. Maar omdat er geen politie is, gaat iedereen dat toch doen.'¹⁷

¹³ EHRM 4 december 2015, appl.nr. 47143/06 (Roman Zakharov/ Rusland); EHRM 12 januari 2016, appl.nr. 37138/14 (Szabó and Vissy/Hongarije); EHRM 13 september 2018, appl.nrs. 58170/13, 62322/14, 24960/15 (Big Brother Watch and Others/VK).

¹⁴ CM Resolution 12052004. Rules of the Court: www.echr.coe.int/documents/rules_court_eng.pdf.

¹⁵ Memorie van toelichting, Voorstel van wet tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering inhoudende bepalingen over de berechting in verband met de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (Vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting)), p. 92.

¹⁶ Dit komt onder meer doordat artikel 6:3 Awb een beperking voor bezwaar en beroep ten aanzien van een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit bevat. Zie ook: Eck, M. van (2018).

Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming.

https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/20399771/Van_Eck_%20Geautomatiseerde_ketenbesluiten.pdf.

¹⁷ www.rtlnieuws.nl/tech/artikel/5020511/autoriteit-persoonsgegevens-tekort-drukke-privacyklachten-avg-d66-sp.

4 Synthese

Het huidige rechtssysteem kent burgers subjectieve rechten toe die zij kunnen invoeren tegen overheidsinstanties, bedrijven en burgers. Zij kunnen die klachtrechten invoeren om hun eigen, particuliere belangen te behartigen. In concrete gevallen zal een rechter beoordelen of die particuliere belangen inderdaad zijn geschaad en of er andere belangen op het spel stonden die een eventuele inbreuk kunnen rechtvaardigen. Alhoewel de introductie van deze benadering aanvankelijk een goede ontwikkeling betekende, doordat burgers het heft in eigen hand konden nemen en niet langer afhankelijk waren van de overheid of maatschappelijke organisaties om hun belangen te beschermen, lijkt de nadruk momenteel te ver zijn doorgeschoten, waardoor structurele en systemische vraagstukken onderbelicht blijven. Een aantal aanpassingen ligt daarom voor de hand.

Daarbij hoeft evenwel niet te worden gezocht naar een totaal nieuw model. Alhoewel de uitgangspunten van het huidige recht inmiddels zo ingeburgerd zijn geraakt dat veel juristen zich niet kunnen voorstellen dat en hoe het anders zou kunnen, is deze benadering nauwelijks een aantal decennia oud. Het bestuursrecht is pas onder het regime van de Algemene wet bestuursrecht gaan draaien om het belanghebbende begrip; daarvoor lag de nadruk veel meer op objectief rechtelijke beginselen en de bescherming van het algemeen belang. In het strafrecht zijn hoe langer hoe meer de particuliere belangen van de verdachte en van (de nabestaanden van) het slachtoffer centraal komen te staan. En ook grondrechten worden nu primair gezien en behandeld als subjectieve (klacht)rechten van burgers tegen de overheid en in toenemende mate, door de horizontale werking van deze rechten, tegen bedrijven en medeburgers, terwijl deze aanvankelijk primair werden gezien als negatieve afweerrechten van de burger jegens de staat of, wellicht nog preciezer, als overheidsplichten om de staatsmacht niet te misbruiken. Zo stelt Kortmann in 1996 bijvoorbeeld nog dat grondrechten niet moeten worden gezien als subjectieve rechten van burgers, maar als ‘rechtsplichten voor de overheid. Dat is duidelijk en geeft nauwkeurig aan waartoe deze grondrechten dienen: het beschermen van de onderdaan tegen Leviathan.’¹⁸

Deze verschuiving van algemene plichten van organisaties met het oog op de bescherming van algemene belangen naar de bescherming van individuele belangen door subjectieve rechten van natuurlijke personen is goed te zien bij het EVRM. Dat verdrag werd opgericht om structurele en grote misstanden zoals die onder meer door het naziregime en andere totalitaire systemen werden begaan, tegen te gaan. De primaire klachtprocedure zoals voorzien door de verdragsopstellers waren de zogenoemde interstatelijke klachten, waarbij Nederland bijvoorbeeld Rusland of Turkije kan aanspreken op het stelselmatig discrimineren van de LHBTIQ+-gemeenschap of het onderdrukken van de Koerden. Daarnaast werden ook natuurlijke personen, groepen (bijvoorbeeld de Joodse gemeenschap of de Roma) en rechtspersonen klachtrechten toegekend, maar slechts voor zover hun individuele klacht om een groter, algemeen belang draaide. Langzamerhand heeft het EHRM het EVRM echter op bijna diametraal tegengestelde wijze geïnterpreteerd. Zo meent het dat vrijwel alle belangen die ook maar enigszins aan individuele belangen raken, hoe klein en particulier ook, als een mensenrecht moeten worden gekwalificeerd, of dat nu draait om stankoverlast, de inperking op een portretrecht, het ontslag door een werkgever of het feit dat iemand wordt uitgemaakt voor poephoofd op het internet. Anderzijds stelt het EHRM dat groepen, zoals de Roma of de Joodse gemeenschap, helemaal geen klachtrecht toekomt onder het EHRM, mogen

¹⁸ Kortmann, C.A.J.M. (1996). Zijn grondrechten subjectieve rechten. In: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Op recht: bundel opstellen, aangeboden aan prof. mr. A.V.M. Struycken ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*. Zwolle: Tjeenk Willink, 145-155.

rechtspersonen slechts onder strikte voorwaarden een klacht indienen en hebben staten ervoor gekozen om nauwelijks gebruik te maken van hun interstatelijk klachtrecht. Dat heeft met zich gebracht dat onder het EVRM momenteel vrijwel uitsluitend klachten van natuurlijke personen ten aanzien van hun individuele belangen in de particuliere omstandigheden van het geval worden geadresseerd, en dat het EHRM zaken die draaien om algemene belangen die aan structureel machtsmisbruik door staten verbonden zijn, liever links laat liggen.¹⁹

Een revolutie zou een grotere nadruk op plichten van organisaties en de bescherming van algemene belangen dus niet betekenen, eerder een synthese tussen twee uiterste vormen van procesrecht en nalevingsmechanismen. Toch zijn er twee veelgehoorde argumenten die worden opgeworpen tegen het verder openstellen van het recht voor algemeenbelangacties en procedures die zijn gericht op structurele en maatschappelijke problematiek.

Allereerst is het argument dat dit een grote hoeveelheid nieuwe rechtszaken met zich zou brengen, terwijl de samenleving al zo gejuridificeerd is. Als burgers of organisaties dan ook nog worden gesponsord door de overheid om algemeenbelangacties te voeren en dit wordt gefaciliteerd middels aanpassingen van het recht, als niet alleen besluiten en gevolgen van concrete handelingen, maar ook voorfasen in besluitvormingsprocessen en algemene beleidsregels kunnen worden voorgelegd aan de rechter, als wetten op grondwettelijkheid kunnen worden getoetst, et cetera, dan zal dit een explosie in het aantal rechtszaken betekenen.

Toch is de vraag of dit argument klopt; sterker nog, of niet het tegendeel het geval is. Een van de problemen met het huidige rechtsstelsel is dat het zich steeds richt op de effecten van een bepaald systemisch probleem in de concrete omstandigheden van een geval, maar niet de onderliggende problemen adresseert. Juist daardoor kan er een enorme toename ontstaan in het aantal zaken. Zo vraagt Ymre Schuurmans zich in haar oratie af:

‘Waarom beperken wij ons in het Nederlandse bestuursrecht tot de detailhandel in beschikkingen? In welke mate kunnen burgers en bedrijven structurele problemen met overheidsorganen effectief aan een rechter voorleggen? Past het Nederlandse ontwerp van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, waarin de individuele beschikking centraal staat, voldoende op de conflicten die zich in de samenleving voordoen? Hebben burgers in het bestuursrecht steeds een individueel conflict met de overheid over hun uitvoeringsbesluit en zo nee, hoe pakken zij een bovenindividueel conflict dan aan? Dat zijn vragen die in het hart van mijn onderzoeksbelangstelling liggen. Achtergrond van deze vragen is dat ik mij serieus afvraag of het huidige bestuursprocesrecht in staat is om onrust in de samenleving te kanaliseren en weg te nemen en om de vinger te doen leggen op structurele fouten in regelgeving of besluitvorming. Is het bestuursprocesrecht voldoende in staat om de maakindustrie in toom te houden en zo nodig bij te sturen?’²⁰

Zij noemt het huidige procesrecht een detailhandel die grossiert in een veelheid aan individuele zaakjes ten aanzien van incidenten en pleit voor een structurele verandering. Ook onder het EVRM is men tot een soortgelijke conclusie gekomen. Een van de redenen om een aantal jaren geleden de mogelijkheid tot *pilot judgements* te introduceren was bijvoorbeeld dat

¹⁹ Sloot, B. van der (2017). *Privacy as virtue*. Cambridge: Intersentia.

²⁰ ‘Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie’, oratie uitgesproken door prof. mr. Y.E. Schuurmans bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar op het gebied van staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden op vrijdag 20 november 2015.

doordat het EHRM zich alsmaar richtte op particuliere gevolgen van structurele problemen, de problemen bleven bestaan, wat betekende dat er alsmaar burgers last bleven hebben van de algemene misstanden. ‘Many of the about 60,350 cases pending before the European Court of Human Rights are so-called “repetitive cases”’, soms leidend tot duizenden zaken over hetzelfde feit en mogelijk oplopend tot 100.000 per onderliggend probleem.²¹ Het adresseren van het onderliggende probleem reduceert dus juist het aantal zaken.²²

Ten tweede is het argument dat de rechter door zich uit te laten over zaken die draaien om het algemeen belang, in feite op de stoel van de wetgever gaat zitten. Er is al het nodige te doen over een zogenoemde dikastocratie, en ook meer serieuze partijen vragen zich af of rechters in de sporadische algemeenbelangzaken die zij wijzen, bijvoorbeeld de Urgenda-zaak, niet te ver zijn gegaan. Ook is al langer het argument tegen de introductie van grondwetstoetsing in Nederland dat de hoogste macht uiteindelijk dient te liggen bij het parlement. Die heeft het laatste woord over de vraag hoe de Grondwet moet worden geïnterpreteerd en of wetten daar al dan niet strijdig mee zijn en niet rechters die zonder democratische legitimatie opereren. Ook bestaat er verzet van landen tegen zaken waarin het EHRM zich uitlaat over morele en medisch-ethische kwesties, zoals de toelaatbaarheid van levenslange straffen zonder uitzicht op re-integratie, de juridische erkenning van transgenders, abortus, euthanasie en het recht op het krijgen van kinderen door middel van kunstmatige inseminatie. Nog meer mogelijkheden bieden aan de rechterlijke macht in dit verband zou dit probleem alleen maar versterken en zou uiteindelijk zorgen dat de rechterlijke macht zelf gepolitiseerd raakt, zoals onder meer in de Verenigde Staten het geval is.

Voor dit argument valt uiteraard iets te zeggen. Het raakt immers aan een meer fundamenteel debat over de verhouding tussen rechtsstaat en democratie en de functie van het recht als zodanig. Schuurmans verwoordt het tegenargument bijvoorbeeld zo:

‘Nu kan men natuurlijk antwoorden: dat is allemaal helemaal niet de functie van het huidige bestuursprocesrecht! Sinds de invoering van de Algemene wet bestuursrecht is duidelijk dat de wetgever primair individuele rechtsbescherming voor ogen heeft. Het proces voor de bestuursrechter dient het individuele geschil van de burger met de overheid zo snel mogelijk en definitief te beslechten. Rechtspraak en wetenschap hebben zich de afgelopen jaren bijzonder ingespannen om procedures snel te laten verlopen en belanghebbenden definitief te laten weten waar zij al dan niet recht op hebben. Dat is een belangrijke ontwikkeling geweest, maar al die aandacht voor individuele geschilbeslechting heeft ons soms ook het zicht ontnomen op structurele, bovenindividuele problemen met de overheid.’²³

Uiteindelijk is dit wellicht een kwestie van smaak. Wil je een rechtsstelsel dat zich vrijwel uitsluitend inzet op de lediging van individueel leed in de concrete omstandigheden van een specifieke geval, zoals dat nu het geval is, en dienen algemene belangen primair via de democratische weg te worden geadresseerd, of wil je een rechtsstelsel dat zich vrijwel alleen toelegt op het aanpakken van de grotere, meer structurele problemen in een samenleving,

²¹ www.echr.coe.int/documents/fs_pilot_judgments_eng.pdf.

²² Uiteraard is het bijkomend voordeel van een focus op toetsen van wet en beleid als zodanig, op voorfasen van besluitvormingsprocessen en algemene belangen dat mogelijke individuele schade die uit dergelijke structurele problemen voortvloeit wordt voorkomen in plaats van genezen.

²³ Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie Oratie uitgesproken door Prof. mr. Y.E. Schuurmans bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar op het gebied van Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Leiden op vrijdag 20 november 2015.

zoals vroeger het geval was, en moeten juist individuen die menen dat hun particuliere belangen worden geschaad contact opnemen met een parlementariër of volksvertegenwoordiger, die deels als ombudsman voor individuele problemen fungeert? Voor beide modellen valt iets te zeggen, en ook bestaan zij beide in diverse varianten over de wereld. Een procesrecht voor de 21ste eeuw zou wellicht geen radicale keuze voor het ene of het andere model hoeven te behelzen, maar beide varianten recht doen en incorporeren, aangezien zij geenszins wederzijds uitsluitend zijn.

Dat geldt ook voor de discussie tussen rechtsstaat en democratie. Zoals klassieke rechtsstatelijke denkers en politiek filosofen al hebben aangegeven, dient een vitaal rechtsstelsel ervoor zorg te dragen dat geen van beide de overhand krijgt. Rechters die zonder democratisch mandaat in feite wet- en regelgeving bepalen, is uiteraard onwenselijk. Evenzogoed zijn er historisch gezien genoeg voorbeelden van democratieën die rechtsstatelijke principes aan hun laars laptten en door middel van zeer vage wetgeving welhaast ongecontroleerde en ongeclausuleerde bevoegdheden gaven aan uitvoerende instanties. Wederom zijn beide extremen evident onwenselijk en dient een oplossing te worden gevonden in het radicale midden. Een van de bekendste visies op dit punt is van Habermas, die pleit voor een begrip dat democratie en rechtsstaat ziet als wederzijds constitutief, wat ook geldt voor private en publieke autonomie. Hij pleit er dan ook voor om deze beide fenomenen evenveel recht te doen:

‘The internal relation between the rule of law and democracy has been concealed long enough by the competition between the legal paradigms that have been dominant up to present. The liberal legal paradigm reckons with an economic society that is institutionalized through private law – above all through property rights and contractual freedom – and left to the spontaneous workings of the market. Such a “private law society” is tailored to the autonomy of the legal subject who as market participants more or less rationally pursue their personal life-plans. This model of society is associated with the normative expectation that social justice can be realized by guaranteeing such a negative legal status, and thus solely by delimiting spheres of individual freedom. The well-founded critique of this supposition gave rise to the social welfare model. The objection is obvious: if the free “capacity to have and acquire” is supposed to guarantee social justice, then an equality in “legal capacity” must exist. As a matter of fact, however, the growing inequalities in economic power, assets, and living conditions have increasingly destroyed the factual preconditions for an equal opportunity to make effective use of equally distributed legal powers. (...) The only dispute between the two paradigms concerns whether private autonomy can be guaranteed directly by freedom rights, or whether on the contrary the conditions for private autonomy must be secured through the provision of welfare entitlements. In both cases, however, the internal relation between private and public autonomy drops out of the picture.’²⁴

²⁴ Habermas, J. (2005). The inclusion of the other. *Polity Press*, 261-262.