

Wijziging van de benoemingsprocedure bij de Hoge Raad: goed idee?

I. Onnodig, ongepast en ondoordacht

*Prof. mr. P.P.T. Bovend'Eert**

1. Inleiding. Benoemingsprocedure en benoemingspraktijk

Artikel 118 lid 1 Gw bepaalt dat de leden van de Hoge Raad worden benoemd uit een voordracht van drie personen, opgemaakt door de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Wie de leden van de Hoge Raad benoemt, wordt niet duidelijk gemaakt in artikel 118 Gw. Uit artikel 117 lid 1 Gw is echter af te leiden dat de leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast, dus ook de raadsheren bij de Hoge Raad, bij koninklijk besluit worden benoemd. Daar lezen we ook dat deze benoeming door de regering voor het leven geschiedt.

De bijzondere benoemingsprocedure voor raadsheren bij de Hoge Raad bestaat uit de grondwettelijke voordracht van drie personen door de Tweede Kamer, maar ook uit een bijzondere wettelijke aanbevelingsprocedure op grond van artikel 5c Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra). Voor de benoemingen bij de Hoge Raad schrijft artikel 5c lid 6 Wrra voor dat de Hoge Raad een aanbeveling opmaakt van niet minder dan zes kandidaten.

Uit de Grondwet en de wet komt aldus het beeld naar voren dat de regering beslist over de benoeming van raadsheren bij de Hoge Raad. De Tweede Kamer speelt daarnaast een belangrijke rol in de grondwettelijke procedure, omdat uit haar voordracht van drie één kandidaat tot raadsheer wordt benoemd. De Hoge Raad zelf is op grond van genoemde wettelijke regeling ook betrokken bij de benoeming. Zijn positie is volgens de Grondwet en wet van ondergeschikte betekenis. De Hoge Raad mag niet meer dan een aanbeveling doen.

Zoals wel vaker gebeurt in het staatsrecht is de praktijk heel anders dan de theorie. Sinds jaar en dag is namelijk de aanbeveling bij Hoge Raadbenoemingen beslissend. De keuze van de Hoge Raad is vrijwel altijd doorslaggevend.¹ De Hoge Raad maakt bij een vacature een aanbeveling op, in volgorde van voorkeur genummerd. De Tweede Kamer neemt volgens vast gebruik de eerste drie kandidaten van de aanbevelingslijst in dezelfde volgorde over in zijn voordracht. De regering benoemt vervolgens de eerste kandidaat op de voordracht. De beslissing ligt aldus de facto geheel bij de Hoge Raad. De benoemings-

procedure bij de Hoge Raad komt in de praktijk neer op de toepassing van een coöptatiestelsel, waarin dit hoogste rechtscollege zelf zijn nieuwe leden uitkiest.²

Lange tijd was het opmaken van de voordracht in de Tweede Kamer slechts een administratieve handeling. Sinds 1992 ontvangt de Tweede Kamer als vaste praktijk de curricula van de kandidaten. De vaste Kamercommissie (Justitie en Veiligheid) voert (vertrouwelijk) met alle nieuwe kandidaten op de lijst een gesprek en altijd een gesprek met de eerste kandidaat op de lijst, waarna de voordracht wordt opgemaakt. Meestal neemt de Tweede Kamer vervolgens een besluit zonder stemming over de voordracht, zulks in afwijking van het Reglement van Orde dat bij deze stemming over personen een hoofdelijke stemming met stembriefjes eist (artikel 74 jo. artikel 154 RvOTK). De gang van zaken in het parlement is tekenend voor de geringe (partij)politieke betrokkenheid bij en invloed op Hoge Raadbenoemingen.

Overigens heeft de Hoge Raad zich de afgelopen jaren sterk gemaakt om bij het opmaken van de aanbeveling een zorgvuldige en transparante sollicitatieprocedure in te richten. Er is een protocol 'werving en selectie Raadsheren in de Hoge Raad' opgesteld. Elk van de drie kamers van de Hoge Raad houdt een lijst van mogelijke kandidaten bij. Er zijn profielen voor kandidaten. En een selectiecommissie bereidt de keuze van de kandidaten op de aanbevelingslijst voor. De gang van zaken onderstreept het bijzondere gewicht van de Hoge Raad in de benoemingsprocedure.

Achter de grondwettelijke façade, waarin de Tweede Kamer een hoofdrol zou moeten spelen, heeft zich dus een praktijk ontwikkeld waarin de Hoge Raad in een grondige procedure zelf een keuze maakt en de Tweede Kamer volgens vast gebruik, oneerbiedig uitgedrukt, als stempelmachine fungeert. In de afgelopen tien jaar is tweemaal van deze typisch Nederlandse rolverdeling afgeweken. In 2011 maakte de PVV-fractie plotsklaps uit het niets bij een vacaturevervulling bezwaar tegen de voorkeurskandidaat van de Hoge Raad, Ybo Buruma,

* Paul Bovend'Eert is hoogleraar staatsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Zie over de geschiedenis van de benoemingen P.J. van Koppen & J. ten Kate, *Tot raadsheer benoemd. Anderhalve eeuw benoemingen in de Hoge Raad*, Arnhem: Gouda Quint 1987; F. Bruinsma, 'Van aanbeveling naar voordracht', *NJB* 1991, p. 1083.

2. Over de bezwaren tegen dit coöptatiestelsel zie hierna.

vanwege diens activiteiten als PvdA-lid.³ De Tweede Kamer besloot niettemin bij hoofdelijke stemming de voordracht overeenkomstig de aanbeveling vast te stellen. De benoeming ging dus gewoon door. In datzelfde jaar rezen er bezwaren in het parlement bij een volgende vacature.⁴ Welke dat waren bleef echter onbekend vanwege het vertrouwelijke karakter van de procedure in het parlement. De Hoge Raad trok de aanbeveling om onduidelijke redenen in, waarna een nieuwe aanbeveling werd opgemaakt met een andere voorkeurskandidaat van de Hoge Raad, die vervolgens benoemd werd.⁵ Dat de twee incidenten uit 2011 tot enige beroering hebben geleid, is op zich begrijpelijk nu het parlement zich doorgaans feitelijk afzijdig houdt. Het was in die zin even schrikken dat opeens een fractie in de Kamer wel bezwaar maakte tegen een kandidaat. Terecht is naar aanleiding van deze incidenten de vraag opgeworpen of het niet wenselijk is dat de Tweede Kamer haar taak serieuzer oppakt en bijvoorbeeld een behoorlijk toetsingskader ontwikkelt.⁶

2. Een onnodig voorstel

De consultatieversie van het grondwetsherzieningsvoorstel tot wijziging van artikel 118 lid 1 Gw gaat ervan uit dat de voordracht van de Tweede Kamer voor Hoge Raadbenoemingen wordt afgeschaft, en dat in plaats daarvan een zogeheten voordrachtscommissie de voordracht opmaakt. Deze commissie bestaat uit een door de Tweede Kamer te benoemen lid, een door de president van de Hoge Raad te benoemen lid en een door deze twee leden te benoemen derde persoon (niet zijnde een rechter of Tweede Kamerlid). Volgens de toelichting op het voorstel heeft deze nieuwe benoemingsprocedure ten doel de kans op (partij)politieke beïnvloeding van de benoeming van de leden van de Hoge Raad te verkleinen.⁷ Nu kan men, gelet op het voorgaande, veel op- en aanmerkingen hebben ten aanzien van de benoemingspraktijk bij de Hoge Raad, maar niet dat de politieke of partijpolitieke invloed op die benoemingen groot is. Die invloed is, zoals hiervoor bleek, te verwaarlozen. En zelfs bij de twee besproken incidenten was die invloed beperkt.⁸ De incidenten uit 2011 waren, negen jaar later erop terugkijkend, niet meer dan een rimpeling op het water van een rustige vijver.

In die zin kan de conclusie geen andere zijn dan dat het herzieningsvoorstel een probleem (partijpolitieke invloed) beoogt aan te pakken of op te lossen dat er in de praktijk niet of nauwelijks is. Nu zou men kunnen veronderstellen dat de partijpolitieke invloed op Hoge Raadbenoemingen weliswaar op dit moment niet zozeer speelt, maar dat heel waarschijnlijk te verwachten is dat de situatie spoedig zal veranderen. Uit de memorie van toelichting bij het herzieningsvoorstel blijkt hiervan echter niets. In de

toelichting wordt noch gesteld dat partijpolitieke invloed op Hoge Raadbenoemingen op dit moment een probleem is,⁹ noch dat er grote problemen op dit punt op ons afkomen. Afschrikwekkende voorbeelden van politieke benoemingspraktijken, zoals voor velen die van de benoeming van Justices in het US Supreme Court in de Verenigde Staten of dichterbij huis in het onrechtsstatelijke Polen en Hongarije, worden niet genoemd. In plaats daarvan wordt de lezer van de memorie van toelichting getraceerd op een correcte (en slaapverwekkende) beschrijving van de wetsgeschiedenis van artikel 118 Gw en een nette schets van de huidige procedure. Een behoorlijke argumentatie om de Tweede Kamer als zodanig uit te schakelen uit de benoemingsprocedure, toch in ieder geval formeel gezien een constitutioneel ingrijpende verandering, wordt in de toelichting niet geleverd. Een argument zou nog kunnen zijn dat de invloed van de Tweede Kamer in de praktijk weinig tot niets voorstelt, zodat de Kamer beter vervangen kan worden door een voordrachtscommissie, maar ook dat argument wordt niet ten tonele gevoerd.

De eerste conclusie kan geen andere zijn dan dat het herzieningsvoorstel bij gebrek aan een dragende motivering onnodig is.

3. Een ongepast voorstel

De consultatieversie van het herzieningsvoorstel wil, zoals gezegd, het opmaken van een voordracht van drie kandidaten voor een benoeming bij de Hoge Raad opdragen aan een voordrachtscommissie van drie personen. De Tweede Kamer benoemt een lid, de president van de Hoge Raad benoemt een lid en zij beiden benoemen dan het derde lid dat dan geen rechter of lid van het parlement mag zijn. Deze samenstelling is heel wonderlijk. Zij doet denken aan een arbitragecommissie/scheidsgerecht, waarbij de partijen arbiters aanwijzen om hun geschil te beslissen. De indruk wordt gewekt dat de Tweede Kamer en de Hoge Raad in geschil zijn over de benoeming van een raadsheer en tegenover elkaar staan. Een voordrachtscommissie met een neutrale derde moet uitkomst brengen. Dat is echter hier helemaal niet het geval. Op deze wijze wordt een vreemde tegenstelling geconstrueerd. Het lid namens de Tweede Kamer moet met het lid namens de Hoge Raad eerst een neutrale derde persoon vinden en dan moeten ze met elkaar in onderhandeling om het unaniem eens te worden over een voordracht van drie kandidaten. Hoe verzin je het?

In de toelichting wordt nog opgemerkt dat de huidige wettelijke regeling van de aanbeveling van zes kandidaten door de Hoge Raad blijft bestaan. En daaraan wordt een beetje vals toegevoegd, dat de Tweede Kamer in het huidige systeem de aanbevelingslijst zou kunnen negeren. ‘(...) Zij zou – in theorie – zelf op zoek kunnen gaan naar

3. Buruma was in 2006 betrokken geweest bij het opstellen van het PvdA-verkiezingsprogramma.

4. Vermoedelijk had opnieuw de PVV bezwaren tegen de voorkeurskandidaat, Diederik Aben, vanwege diens uitgelekte vertrouwelijke notitie over het Wilders-proces.

5. Zie verder Jan IJssink, ‘Benaming in de Hoge Raad’, *NJB* 2012/177, afl. 3, p. 194 e.v.

6. IJssink, *NJB* 2012/177.

7. Memorie van toelichting, consultatieversie december 2019, p. 1.

8. Voor zover bekend maakte alleen de PVV-fractie bezwaar in beide procedures.

9. Er wordt zelfs niet verwezen naar de incidenten uit 2011! Wel wordt ergens verscholen in de tekst opgemerkt dat incidenteel in het recente verleden een hoofdelijke stemming nodig was (p. 8).

geschikte en voor benoeming vatbare kandidaten om deze vervolgens bij de regering voor benoeming als lid van de Hoge Raad voor te dragen (...). Met het instellen van een aparte voordrachtscommissie, zoals voorgesteld, wordt deze spanning weggenomen.¹⁰

Inderdaad, 'in theorie'! Dit verwijt heeft de Tweede Kamer die bijna altijd de aanbeveling braaf volgt toch niet verdiend! Bovendien, ook de voorgestelde voordrachtscommissie zou – in theorie! – de lijst van aanbeveling compleet kunnen negeren. Ook hier geldt de verzuchting: hoe verzin je het?

De voordrachtscommissie wordt, zoals gezegd, ingesteld om de kans op partijpolitieke invloed te verkleinen. Hiervoor werd al opgemerkt dat die (partij)politieke invloed op Hoge Raadbenoeringen in de praktijk te verwaarlozen is.

Daarnaast is het van belang om op te merken dat de Tweede Kamer, zoals bekend, als gevolg van het Nederlandse kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging een veelpartijenstelsel kent met wisselende regeringscoalities van meerdere partijen. Het Amerikaanse schrikbeeld dat twee partijen strijden om de macht en de samenstelling van het Supreme Court trachten te beïnvloeden, is niet van toepassing op Nederlandse polderverhoudingen. Voor zover er al politieke invloed zou kunnen zijn op Hoge Raadbenoeringen, zou dat gestalte moeten krijgen in een meerderheidscoalitie van uiteenlopende politieke groeperingen.

Dat verandert echter als een voordrachtscommissie wordt ingesteld, waarin de parlementaire besluitvorming niet in de plenaire vergadering van de Kamer ligt, maar wordt neergelegd bij één lid namens de Kamer, bijvoorbeeld één Tweede Kamerlid. De mogelijkheid van partijpolitieke beïnvloeding is dan allerminst verkleind. Misschien is het risico daarop zelfs groter, bijvoorbeeld wanneer de partijen van een regeringscoalitie zouden afspreken dat per vacature bij de Hoge Raad één Tweede Kamerlid van een van de regeringspartijen om de beurt mag meebeslissen in de voordrachtscommissie. De commissie dient unaniem te besluiten, dus er is alle gelegenheid om (achter de schermen) politieke druk uit te oefenen op de kandidatenkeuze.

Kortom: dit is een voorstel dat in de praktijk heel raar en averechts kan uitpakken. Partijpolitieke invloed wordt ermee allerminst uitgesloten.

4. Een ondoordacht voorstel

In de consultatieversie van het herzieningsvoorstel wordt als verklaring voor de regeling van artikel 118 lid 1 Gw gegeven dat de Tweede Kamer betrokken is bij Hoge Raadbenoeringen omdat de Hoge Raad is aangewezen als *forum privilegiatum* (eerste en enige rechter) in de berechting van ambtsmisdrijven van onder anderen Kamerleden overeenkomstig artikel 119 Gw. Dit is de gebruikelijke redenering van de grondwetgever, onder andere te vinden bij de grondwetsherziening van 1983.¹¹

Die argumentatie is heel beperkt en mager. Zou de procedure van berechting van ambtsmisdrijven van Kamerleden door de Hoge Raad uit de Grondwet geschrapt worden,¹² dan zou er dus geen enkele reden meer zijn voor betrokkenheid van de Tweede Kamer bij Hoge Raadbenoeringen.

Volgens mij wordt daarmee geen recht gedaan aan de constitutionele betekenis van de bevoegdheid van de Tweede Kamer om zeggenschap te hebben bij Hoge Raadbenoeringen. Hoe dient die betrokkenheid vanuit een breder constitutioneel kader te worden gezien?

Als het gaat om de benoeming van ambtsdragers in overheidsfuncties, dus ook rechters, geldt in het algemeen in westerse regeringsstelsels het uitgangspunt dat deze benoemingsbevoegdheid een bestuursactiviteit is. De bevoegdheid komt in eerste instantie toe aan de regering.¹³

In die zin is de benoemingsbevoegdheid in het kader van de machtenscheiding als een bevoegdheid van de uitvoerende macht te beschouwen. Dat uitgangspunt is in de Grondwet voor wat betreft de benoeming van rechters van de rechterlijke macht vastgelegd in artikel 117 Gw. Bij de benoeming van rechters, zoals van de raadsheren van de Hoge Raad, kunnen tevens *checks and balances* een rol spelen. Ter voorkoming van machtsconcentratie en machtsmisbruik kan het noodzakelijk zijn om controlemechanismen in te bouwen in de benoemingsprocedure. Door benoemingsbevoegdheden te verdelen over regering en parlement (voordracht Tweede Kamer) worden controlemechanismen in de procedure opgenomen. Machtenscheiding en *checks and balances* vormen dus het eerste constitutionele uitgangspunt voor de procedure van Hoge Raadbenoeringen.

Ten tweede is het uitgangspunt van de democratie van belang in dit constitutionele kader. In een parlementaire democratie heeft het parlement door zijn samenstelling op basis van verkiezingen de enige directe en daarmee sterkste democratische legitimatie in de staat. Andere ambtsdragers hebben slechts een afgeleide democratische legitimatie, bijvoorbeeld omdat ze verantwoording afleggen aan het parlement en zijn vertrouwen behoeven. Voor het uitoefenen van overheidsmacht is een (sterke of zwakke) vorm van indirecte democratische legitimatie vereist. Naarmate een overheidsambt een belangrijkere plaats in het staatsbestel inneemt, is het van belang een passende democratische legitimatie te waarborgen. De regeling van artikel 118 Grondwet verzekert (formeel) een bijzondere democratische legitimatie voor raadsheren bij de Hoge Raad door de voordracht van de Tweede Kamer. In Nederland is voor dit aspect van democratische legitimatie traditioneel ten onrechte weinig waardering, getuige de hiervoor genoemde magere argumentatie van de grondwetgever door de jaren heen. In andere westerse landen, zoals bijvoorbeeld de Bondsrepubliek Duitsland, krijgt het aspect van democratische legitimatie via zeggenschap van het parlement bij benoeringen van hoogste rechters wel erkenning en staat het terecht voorop in het constitutionele kader van die benoeringen. Het Duitse

10. Memorie van toelichting, p. 2.

11. *Kamerstukken II* 1980/81, 16163, nr. 8, p. 1.

12. Waar veel voor te zeggen valt, maar dit terzijde.

13. Of aan een president of een minister.

parlement heeft dan ook belangrijke zeggenschap bij de benoeming van Bondsrechters van de verschillende gerechtshoven. Die zeggenschap is nog groter bij de benoeming van de rechters van het Constitutionele Hof.¹⁴

Ten derde is het bij de Hoge Raadbenoemingen van belang het aspect van de onafhankelijkheid in het oog te houden. Vooropgesteld moet worden dat rechterlijke onafhankelijkheid primair geen betrekking heeft op rechtersbenoemingen. Rechterlijke onafhankelijkheid gaat in essentie pas spelen als een rechter *benoemd is*. Het gaat erom dat de rechter in zijn functie-uitoefening onafhankelijk is. Hij moet bij de concrete behandeling van zaken beslissingsvrijheid hebben, of zoals het EHRM overweegt '(...) safeguards against outside pressures' en 'an appearance of independence'.¹⁵

Ook de rechtspositionele onafhankelijkheid is hierbij essentieel. De Grondwet voorziet in ruime waarborgen door de benoeming van rechters voor het leven en schorsing en ontslag voor te behouden aan een gerecht van de rechterlijke macht (artikel 117 Gw).

Het is in het verlengde hiervan niet opportuun te eisen dat ook de benoeming van rechters onafhankelijk van de regering en het parlement moet geschieden. De Raad van Europa heeft weliswaar in 1994 in een aanbeveling een voorkeur uitgesproken voor 'interne benoemingen',¹⁶ maar die aanbeveling heeft in de jurisprudentie van het EHRM en in de lidstaten nooit ingang gekregen. De Venice Commission van de Raad van Europa nam in 2010 gelukkig een genuanceerder standpunt in. De Commissie erkende dat er grote variëteit is in benoemingsprocedures, en merkt op dat in de gevestigde democratieën van Europa een rechtscultuur bestaat die ervoor zorgt dat betrokkenheid van het bestuur bij rechtersbenoemingen in de praktijk niet bezwaarlijk is.¹⁷

Het een en ander betekent niet dat de benoemingsprocedure voor de rechterlijke onafhankelijkheid geen enkele relevantie heeft. Het is duidelijk dat voorkomen moet worden dat personen louter op politieke gronden benoemd worden in een rechterlijk ambt. Vandaar dat het van belang is om in de benoemingsprocedure bijzondere waarborgen op te nemen dat rechters op basis van bekwaamheidseisen en geschiktheidseisen worden benoemd. Het wettelijke systeem van opleidings- en benoemingsvereisten en de wettelijke regeling van aanbevelingen, alsmede de toepassing ervan in de praktijk, zorgen ervoor dat er geen reden is om zich zorgen te maken over de

onafhankelijkheid van de rechter op het punt van de benoemingsprocedure.¹⁸

5. Handhaving van de Tweede Kamer in de benoemingsprocedure

Hiervoor bleek dat het om meerdere redenen gewenst is om de huidige procedure van artikel 118 Gw ongewijzigd te laten. Machtenscheiding en *checks and balances* en democratische legitimatie zijn vanuit een constitutioneel perspectief gezien doorslaggevend. Het element van rechterlijke onafhankelijkheid vormt geen belemmering. In de toelichting bij het herzieningsvoorstel wordt opgemerkt dat met de instelling van de voordrachtscommissie een nieuw evenwicht bereikt wordt tussen de staatsmachten. Vanuit een constitutioneel perspectief gezien wordt dat evenwicht echter vooral verstoord. Het voorstel schakelt het aspect van democratische legitimatie grotendeels uit en versterkt de positie van de Hoge Raad in de procedure disproportioneel.

Hiervoor zagen we dat de rol van de Tweede Kamer bij Hoge Raadbenoemingen in de praktijk te verwaarlozen is. Daarmee is een praktijk tot ontwikkeling gekomen die geen recht doet aan de grondwettelijke regeling en de genoemde constitutionele uitgangspunten. Tegen deze achtergrond is er veel voor te zeggen om de rol van de Tweede Kamer bij de Hoge Raadbenoemingen in de praktijk te versterken. Hiervoor werd al opgemerkt dat in het recente verleden ervoor gepleit is dat de Tweede Kamer een eigen toetsingskader ontwikkelt om zinnvol een oordeel uit te spreken over een lijst van aanbeveling en op basis van eigen criteria een voordracht op te maken. Aan zo'n toetsingskader is onverminderd behoefte. Daarnaast is het te overwegen om de Tweede Kamer meer informatie te verschaffen omtrent de geschiktheid en bekwaamheid van kandidaten. Dat zou bijvoorbeeld bereikt kunnen worden door daarover standaard advies te vragen aan de Nederlandse Orde van Advocaten en de Raad voor de rechtspraak. De huidige praktijk heeft, hoe je het wendt of keert, als overwegend bezwaar dat zij sterk het karakter heeft van een coöptatiestelsel. In dit stelsel kiest de Hoge Raad, zoals gezegd, zijn eigen nieuwe leden, waarbij het risico bestaat van een eenzijdige samenstelling, een 'ons-kent-ons-clubje' van juridische en maatschappelijke geestverwanten. Juist de genoemde *checks and balances* kunnen ervoor zorgen dat zo'n eenzijdige samenstelling van het hoogste rechtscollege van de rechterlijke macht achterwege blijft.

14. P.P.T. Bovend'Eert, *Benoeming en ontslag van rechters* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2000.

15. EHRM 25 september 2001, nr. 33368/96, *EHCR* 2001-II (*Yakis/Turkey*).

16. Recommendation (94) 12.

17. Venice Commission, *Report on the independence of the judicial system: the independence of judges Strasbourg* 2010, p. 7 e.v.

18. Reden tot zorg is er vooral op het punt van de huidige bestuursstructuur van de rechterlijke macht, de hiërarchische organisatie van de bedrijfsvoering van de gerechten in Nederland.