

ADVOCAAT / HOOGLERAAR TOM BARKHUYSEN:

‘DE POLITIEK MOET DURVEN KIEZEN’

Deregulering lijkt simpel, maar blijkt in de praktijk complex te zijn. Enerzijds vindt de politiek dat het minder en eenvoudiger kan, anderzijds wil men voorkomen dat er iets fout gaat en regelgeving ontbreekt. Advocaat en hoogleraar bestuursrecht Tom Barkhuysen heeft wel begrip voor de spagaat waarin de wetgever soms zit. “Maar toch, maak een keuze en houd daaraan vast. Toon ruggengraat. We hebben behoefte aan een duidelijk politieke koers en eenduidige regelgeving.”

DOOR MIEK SMILDE FOTO'S CHANTAL ARIËNS



Het gloednieuwe kantoorpand van Stibbe aan het Beethovenplein in Amsterdam oogt als een ecologisch verantwoord vijfsterrenhotel. Een rustige, ronde vormgeving, moderne fotografie aan de muren. Stibbe was het eerste advocatenkantoor dat zijn intrek nam aan wat toen nog de Zuidas moest worden. Het pand werd de Stibbe-toren genoemd en viel onmiddellijk op in het destijds nog redelijk lege landschap langs de A4. Tegenwoordig wemelt het van de concurrenten langs de flanken van de snelweg. Het ene pand oogt nog ingewikkelder dan het ander, overal wordt gebouwd. Het nieuwe kantoor van Stibbe is in dat opzicht bescheiden te noemen.

Bescheidenheid siert ook bestuursrechtadvocaat en hoogleraar staats- en bestuursrecht Tom Barkhuysen. Hoewel zijn CV een ambitie verraadt waarvan sommige mensen nerveus worden, schrijft hij zelf zijn succes toch vooral toe aan toeval. “Ik lees momenteel de *Brieven uit Genua* van Ilja Leonard Pfeijffer waarin hij onder andere verhaalt hoe hij een promotieplaats kreeg. Hij greep die kans, maar vooral omdat hij daardoor zijn studententijd kon verlengen. Zo is het met mij ook een beetje gegaan. Ik wilde eigenlijk geneeskunde studeren, maar ik werd uitgeloot en koos toen maar – om een jaartje te overbruggen – voor rechten. Na drie maanden kon ik alsnog overstappen, maar toen wilde ik niet meer. Na mijn afstuderen in Maastricht studeerde ik in Leiden Europees en internationaal recht. Daarna kon ik promoveren. Dat sprak me wel aan, maar ook om de reden die Pfeijffer beschrijft.”

BALANS

De keuze voor het bestuursrecht was niet toevallig. Barkhuysen was vanaf het begin gefascineerd door het zoeken naar een balans tussen het nastreven van het publiek belang, het organiseren van zeggenschap en het bieden van rechtsbescherming. Op het moment dat hij ging stude-

ren, werd na een wetgevingsproces van jaren de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ingevoerd die een eenduidig kader moest bieden aan de talloze wetten en wetjes die tot dan toe het handelen van de overheid hadden gereguleerd. Voor het eerst kwam er één codificatie voor – onder meer – bepaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur, werden termijnen strakgetrokken en werden bezwaar- en beroepsprocedures zoveel mogelijk geüniformeerd. Het stelsel werd sindsdien steeds verder verfijnd. Er kwam een schadevergoedingsregeling, hier en daar werden verplichte bezwaarschriftprocedures geschrapt om een vlottere rechtsgang mogelijk te maken.

“Eerst was sprake van versnippering, daarna uniformering, toen kwam er verdieping en verfijning en nu staan we op het punt om weer meer oog te krijgen voor de verschillen tussen de onderwerpen die het bestuursrecht dekt”, vat Barkhuysen samen. “Zaken op bijvoorbeeld het gebied van het vreemdelingenrecht vergen toch een wat andere aanpak dan zaken op het gebied van sommige bouwprojecten. De Awb gaat er nog steeds van uit dat al dit soort kwesties op dezelfde manier moeten worden behandeld. Ik ben van mening – en ik sta daarin niet alleen – dat de rechter in zaken waar echt een groot belang op het spel staat kritischer en zorgvuldiger moet kijken dan in andere zaken. Een bedrijf dat een boete van vele miljoenen euro’s boven het hoofd hangt of een vreemdeling die dreigt te worden uitgezet, heeft toch een wat ander belang dan de buurman die zonder vergunning een dakkapel heeft laten bouwen.”

Barkhuysen verwacht dat de komende jaren meer ruimte voor differentiatie zal ontstaan in het bestuursrecht. Daarnaast is het tijd om de kritiek dat het bestuursrecht wel erg formalistisch is geworden nog serieuzer te nemen. “Het bestuursrecht moet effectief zijn en daarvoor moeten bepaalde nu nog bestaande formele regels soms wijken. Partijen moeten worden geholpen een oplossing

te vinden voor hun probleem. Bestuursrechters konden zich lange tijd verschuilen achter formaliteiten, maar mede door ‘de nieuwe zaaksbehandeling’ kijken zij tegenwoordig meer naar de inhoud van het conflict. Dat vind ik een goede zaak, maar wat mij betreft gaan ze daarin nog veel verder. Het mag allemaal wel wat praktischer en nog meer op de inhoudelijke kern van een geschil zijn gericht. Mijn cliënten benadrukken dat ook vaak.”

RECHTSEENHEID

Barkhuysen had graag gezien dat de structuur van de rechtsbescherming in het bestuursrecht, nu nog uitmondend in vijf verschillende hoger beroepsinstanties, verder was vereenvoudigd. Zijn voorkeur ging uit naar één hoogste rechter – de Hoge Raad – maar dat bleek op dit moment politiek niet haalbaar. Als het aan de regering ligt, blijft ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bestaan. Wel zullen beide rechtscolleges naar verwachting een rechtseenheidkamer krijgen waarin leden van beide colleges zitting hebben (door zogeheten kruisbenoemingen). Dat is althans het huidige standpunt van de regering, die daarin het advies van de commissie Rechtseenheid bestuursrecht volgt.

“Die wederzijdse betrokkenheid moet ervoor zorgen dat fundamentele juridische vragen waar nodig eenduidig worden beantwoord”, zegt Barkhuysen, die zitting had in die commissie. Begin september bracht de commissie een advies uit waarin zij onder meer pleit voor een wettelijke bepaling die voorschrijft dat beide instanties – Hoge Raad en Afdeling bestuursrechtspraak – moeten streven naar eenheid en consistentie in het recht. Bovendien stelt de commissie voor dat ook anderen dan procespartijen hun visie op rechtseenheidsvragen kunnen geven; de zogeheten *amicus curiae* bevoegdheid. “Ik vind dat heel belangrijk”, zegt Barkhuysen. “Onlangs waren wij als advocaat bijvoorbeeld betrokken bij een zaak over de toedeling van kansspelvergunningen. Een vergelijkbare zaak lag op dat moment bij de Grote Kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak voor een eerste principe-uitspraak over deze materie. Wij konden daarop geen invloed uitoefenen, terwijl die uitspraak in onze eigen procedure waarschijnlijk één op één gevolgd zou worden. Als onze voorstellen worden aangenomen, kan dat straks wel.”

WILDGROEI

Het bestuursrecht in Nederland ontwikkelde zich op een moment dat de opeenvolgende kabinetten Kok (1994-1998 en 1998-2002) het ideaal van een terugtrekkende overheid praktisch vormgaven. Oude overheidstaken als telefonie, posterijen, spoorwegen en woningbouw werden geprivatiseerd en er ontstonden steeds vaker zogeheten publiek-

private samenwerkingsverbanden bij grote (infrastructurale) werken. Dit leidde tot een sterke groei van het aantal toezichthouders en, daarmee, van het bestuursrecht. Het ideaal van deregulering – ook een van de punten op het verlanglijstje van Kok – leidde in de praktijk tot juist meer regulering en juridisering. Nu wil de politiek dat weer deels terugdraaien. “Met alle onrust van dien en mischien zelfs met nog meer juridische complexiteit als gevolg”, waarschuwt Barkhuysen.

De wildgroei aan regelgeving wordt onder andere tegengegaan door nieuwe kaderwetgeving te introduceren. De Omgevingswet is daarvan het duidelijkste voorbeeld. Barkhuysen is kritisch over de manier waarop in deze wet keuzes zijn gemaakt. “Alle regels die er waren, zijn bij elkaar geveegd en in één wet gestopt. Van de honderd AMvB’s blijven er vier over, maar zonder dat er werkelijk materieel veel normen worden geschrapt. Deregulering lijkt simpel, maar blijkt in de praktijk complexer te zijn. Niemand wil dat door het schrappen van een regel de veiligheid bijvoorbeeld minder wordt. Dus moet er toch een voorschrift zijn dat bepaalt – ik noem maar iets – hoe

hoog een bepaalde leuning langs een trap in een discotheek moet zijn. Als je echt minder regels wilt, moet de politiek de moed hebben keuzes te maken. Schrap de regel over de hoogte van de trapleuning, maar accepteer dan ook dat sommige aannemers een te lage leuning zullen installeren en dat er dus ook ongelukken kunnen gebeuren. Precies daar zit het probleem. Aan de ene kant zegt de politiek dat het allemaal minder en simpeler moet en kan. Aan de andere kant

wil ze voorkomen dat er ergens iets fout gaat en dat iemand haar vervolgens het verwijt maakt dat regelgeving ontbrak.”

We willen dat niets ons in de weg staat, maar we willen ook nergens door worden bedreigd.

“Precies. Ik heb begrip voor de spagaat waarin de wetgever soms zit. Maar toch, maak een keuze en houd daaraan vast. Toon ruggengraat. Ik zie trouwens hetzelfde als het over Europa gaat. Als het mis gaat, klagen we over een teveel aan Europese regelgeving, maar op een ander moment roepen we dat Europa de problemen moet oplossen. Ook dat gaat moeilijk samen. We hebben behoefte aan een duidelijk politieke koers en eenduidige regelgeving. Dat is primair de taak van de politiek. Wij, juristen, zijn daaraan dienend.”

URGENDA-ZAAK

De afgelopen jaren worden steeds meer zaken aan de rechter voorgelegd die de politiek zou moeten oplossen. Neem de Urgenda-zaak over de uitstoot van broeikasgas of de te verwachten procedures over schone lucht.

WIE IS TOM BARKHUYSEN?

Tom Barkhuysen (1968) groeide op in Maastricht, waar hij ook rechten studeerde. Zijn moeder gaf les op een middelbare school, zijn vader was rector. Na zijn doctoraal studeerde hij in Leiden Europees en internationaal recht. Hij promoveerde daar in 1998 op een proefschrift over de eisen die het Europese recht stelt aan nationale rechtsbescherming. Aansluitend werd hij advocaat bij Stibbe, waar hij nu partner is en zich richt op complexe bestuursrechtelijke zaken. Daarnaast is Barkhuysen sinds 2005 hoogleraar staats- en bestuursrecht in Leiden. Hij is (onder meer) lid van de redactie van het *Nederlands Juristenblad* en was voorzitter van de commissie

Duurzaam stelsel gefinancierde rechtsbijstand die in opdracht van de Nederlandse Orde van Advocaten een advies uitbracht over de toekomst van de gefinancierde rechtshulp. Daarnaast zat hij in de commissie Rechtseenheid bestuursrecht onder leiding van Michiel Scheltema.

Begin dit jaar kreeg Barkhuysen de Amsterdamse dekenprijz van de plaatselijke Orde van Advocaten voor de manier waarop hij theorie en praktijk verbindt en jonge juristen weet te enthousiasmeren voor de advocatuur. Barkhuysen woont in Amsterdam samen met Anne-mieke Hendrikse, die advocaat is bij Van Doorne.

Wat vindt u van die ontwikkeling?

“Die is noodzakelijk, omdat de wetgever bepaalde zaken niet voortvarend genoeg oppakt, mede door die eerder genoemde vrees voor duidelijke keuzes. Nederland is weliswaar een land waar de lijnen kort zijn en de wetgever bereid is te luisteren naar signalen uit de wetenschap en de praktijk, maar soms is ze wel erg traag. In 2000 deed het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) bijvoorbeeld een belangrijke uitspraak over de redelijke termijn. Burgers die te lang in onzekerheid moesten verkeren, omdat een definitieve uitspraak van een rechter op zich liet wachten, hadden recht op een schadevergoeding, bepaalde het Hof. Dat was een mogelijkheid die in Nederland niet bestond, terwijl ook bij ons zaken vaak te lang duurden. De wetgever weigerde echter deze handschoen op te pakken. Het duurde tot 2008, voordat uiteindelijk de rechter het voortouw nam en een buitenwettelijke schadevergoedingsregeling in het leven riep. De jurisprudentie inzake de redelijke termijn en een eventuele schadevergoeding bij overschrijding daarvan is nu heel ingewikkeld geworden. In de wet is er niets over te vinden. Dat moet veel inzichtelijker worden. Het is aan de democratisch gelegitimeerde wetgever daar iets aan te doen. Deze kan niet zomaar alles aan de rechter overlaten.

“In de Urgenda-zaak heeft de rechter overigens eigenlijk niets meer gezegd dan dat de overheid zich moet houden aan de door haarzelf gestelde normen. Dat lijkt me nogal vanzelfsprekend. En als ze dat niet doet, staat de weg naar de rechter open.”

GEFINANCIERDE RECHTSHULP

Door fundamentele keuzes uit te stellen, werkt de politiek juridische procedures in de hand, lijkt Barkhuysen te suggereren. Tegelijk klaagt de minister over de steeds maar toenemende zaakstroom en de oplopende kosten van de gefinancierde rechtsbijstand. Barkhuysen was voorzitter van de door de Nederlandse Orde van Advocaten ingestelde commissie Duurzaam stelsel gefinancierde rechtsbijstand die, net als de commissie-Wolfsen, een advies uitbracht over de toekomst van de gefinancierde rechtshulp. De commissie concludeerde ten eerste dat het met de kostenstijging wel meeviel en deed voorstellen voor een toekomstbestendig stelsel. “Zonder een dergelijk stelsel wordt de toegang tot het recht voor een aantal groepen in de samenleving geblokkeerd, omdat ze een gerechtelijke procedure niet meer kunnen betalen.” Bovendien bleek uit het onderzoek van de commissie dat de sociale advocatuur serieus vergrijsd en er eigenlijk te weinig advocaten zijn die op basis van toevoegingen een boterham kunnen verdienen.

De commissie-Barkhuysen deed verschillende voorstellen om het systeem te herzien. Lang niet al die suggesties



werden door de commissie-Wolfsen, en aansluitend door de regering, gedeeld. Toch gelooft Barkhuysen dat sommige voorstellen van zijn commissie onder meer door de inmiddels geïnstalleerde commissie-Maan alsnog zullen worden overgenomen. “Er wordt bijvoorbeeld serieus nagedacht over herziening van het puntenstelsel, zowel wat betreft het aantal uren dat aan een zaak mag worden besteed als aan de vergoeding per punt. Er wordt nagedacht over een verzwaarde procedure bij het toekennen van de budgetten. Dat lijkt me hoopvol.”

Maar de conclusie van Wolfsen was toch dat de kosten flink naar beneden konden worden bijgesteld. Was u niet gefrustreerd door die uitkomst?

“Wat ik betreunde, is dat Wolfsen de nadruk legde op de

vraag of sociale advocaten wel te vertrouwen waren wat betreft hun declaraties en de geleverde kwaliteit van hun werk. Wij constateerden juist dat het overgrote deel van de advocaten echt heel erg goed werk doet. Maar waar de commerciële advocatuur zestig uur aan een bepaalde zaak kan besteden, moet de sociale advocaat het op basis van de toevoeging in vijf of tien uur doen. Ja, dan krijg je een andere kwaliteit, maar naar omstandigheden is dan het beste eruit gehaald. Ik hoop dat er uiteindelijk een duurzaam stelsel komt dat flexibel kan reageren op veranderingen in wetgeving en beleid, voldoende kwaliteit garandeert en tegelijk zekerheid biedt aan de beroepsgroep. Dat gaat me ook echt aan het hart. In de huidige complexe juridische samenleving moet je mensen ook de middelen geven om zich daarin staande te houden.”

Of we proberen die samenleving wat minder complex te maken. Ik zie toch heel veel geneuzel in de rechtszaal.

“Ik begrijp wat je bedoelt. En waar we conflicten op een andere manier kunnen oplossen, heel graag. Maar we kunnen mensen niet tot mediation verplichten en in een rechtstaat moet iedereen waar nodig naar de rechter kunnen stappen. Mensen hebben dan recht op goede hulp. Vroeger bestond een heel netwerk van sociale raadslieden, maatschappelijk werkers en buurtbemiddelaars, maar dat hebben we wegbezuinigd. Mensen moeten zichzelf redden. En dan vind je het raar dat mensen naar een advocaat stappen en een beroep op de gefinancierde rechtsbijstand doen?

“Kijk naar wat er in de psychiatrie gebeurt. We hebben heel veel klinische plekken wegbezuinigd en nu klagen we over verwarde personen die op straat rondzwerven en met het strafrecht in aanraking komen. Ons geheugen is wat dat betreft te kort. Er is gewaarschuwd voor de consequenties van bepaalde maatregelen en als het dan zo ver is, schreeuwen we moord en brand. Precies om die reden vind ik het zo belangrijk dat de politiek langer nadenkt over de beslissingen die zij neemt en daarin ruggengraat toont.”

MENSENRECHTEN

De gemeente Rotterdam onderzoekt momenteel of de zogenaamde Rotterdamwet kan worden uitgebreid door mensen met criminele antecedenten te weren uit bepaalde wijken. Is dat wat u bedoelt met ruggengraat?

“Dat de gemeente Rotterdam actief nadenkt over de manier waarop zij haar wijken leefbaar kan houden, juich ik toe. De vraag is echter of het proportioneel is wat daar gebeurt. In de Rotterdamwet staat zelfs dat in bepaalde wijken onder bepaalde condities mensen uit zekere inko-

menggroepen geweigerd mogen worden. Op basis van het proportionaliteitsbeginsel mag zo’n vergaande maatregel alleen worden doorgevoerd als het beoogde doel – een leefbare wijk – niet op een andere manier kan worden bereikt. Dat is nog niet aangetoond. Uit evaluatieonderzoek blijkt verder dat het effect van de Rotterdamwet tot nog toe tegenvalt.

“Een tweede punt is de zeggenschap en rechtsbescherming. De gemeenteraad en de Tweede Kamer hebben ingestemd met de wet, dus democratisch is de maatregel gelegitimeerd. Maar worden de mensen om wie het gaat voldoende gehoord? Hun grondrechten worden aangetast, hun bewegingsvrijheid wordt beperkt. Zowel de Raad van State als de voormalige commissie gelijke behandeling – het huidige College voor de Mensenrechten – toonde zich kritisch over de vestigingsverboden. Het EHRM heeft in de zaak Garib tegen Nederland inmiddels geoordeeld dat overheidsinmenging in de vestigingsvrijheid van burgers gerechtvaardigd is zolang zij evenredig is. De concrete gevolgen van de maatregel voor een burger speelden in die overweging echter een ondergeschikte rol. Twee rechters van het Hof toonden zich kritisch over deze zienswijze en publiceerden een *dissenting opinion*. Terecht, vind ik. Het Hof had moeten doorvragen naar het effect van de maatregel voor een betrokken burger en ik hoop dat de Grote Kamer van het EHRM dat alsnog gaat doen. Straatsburg moet ons scherp houden, zeker in deze tijd. Als je ziet wat er in Hongarije gebeurt, of in Polen... We moeten de mensenrechten koesteren en niet te lichtvaardig veiligheidsdoelen laten prevaleren boven wat fundamenteel voor de rechtstaat is.

“Een groot risico hier is dat wij niet meer geloofwaardig zijn ten opzichte van andere landen. Ik was als advocaat betrokken bij de zaak waarin eerst de Hoge Raad en later ook

het Europese Hof oordeelden dat de Staatkundig Gereformeerde Partij (SGP) geen vrouwen op zijn lijst mag weigeren, omdat dit in strijd is met het door Nederland zelf ondertekende mensenrechtenverdrag. Dit soort principiële zaken zijn essentieel, vind ik. Er zijn inmiddels meer groeperingen die vrouwen een mindere positie in de samenleving willen geven en we kunnen het ons niet permitteren om een partij als de SGP dan maar de uitzondering op de regel te laten zijn. En kijk wat er nu in Turkije gebeurt. Natuurlijk is het kwalijk als iemand die kritisch schrijft over Erdogan strafrechtelijk wordt vervolgd. Maar in Nederland is ondertussen ook iemand gearresteerd, omdat hij ‘fuck de koning’ heeft geroepen. We kunnen niet een belerend vingertje opheffen om ons zelf vervolgens aan de regels te onttrekken. Meten met twee maten ondermijnt ons gezag.” ■

**“STRAATSBURG
MOET ONS
SCHERP HOUDEN,
ZEKER
IN DEZE TIJD”**