

## ARTIKELEN

# Zeven scènes uit het leven van een 150-jarige

## Gemeenschappelijk Hof van Justitie – 150-jarig bestaan – maatschappelijke rol\*

Prof. mr. M.A. Loth\*\*

*Dit jaar viert het Gemeenschappelijk Hof van Justitie (hierna: Hof) zijn 150-jarig bestaan. Voor die gelegenheid staat de auteur stil bij de betekenis van het Hof voor de moderne Caribische rechtsstaat en samenleving. Daartoe worden zeven scènes geschetst waarin centraal staan de relaties van het Hof tot de burger, de overheid, de bestuurders, de rechtsorde, het algemeen belang, de Hoge Raad, en het interne bestuur en beheer. Op al deze fronten heeft het Hof zich aangepast aan nieuwe noden en aspiraties van de samenleving. De conclusie is dat het Hof zich heeft ontwikkeld tot een van de krachtigste instituties van de Caribische samenleving.*

1 mei 1869 was een bijzondere dag voor de voormalige kolonie Curaçao. Op die dag werden immers het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafrecht en het Reglement op de Inrichting en Samenstelling van de Rechterlijke Macht ingevoerd, waarmee in feite het Hof van Justitie werd geboren.<sup>1</sup> Hoewel deze regelingen niet meer gelden, vieren wij vandaag wel de 150e verjaardag van het Hof. Graag mijn hartelijke felicitaties! Een dag als vandaag biedt een mooie gelegenheid om stil te staan bij het lange leven van de jarige – niet voor de eerste keer overigens, zo gaat dat bij een lang leven.

Bij gelegenheid van de honderdste verjaardag van het Hof en de genoemde codificaties – op 1 mei 1969 – verscheen de bundel *Honderd jaar codificatie in de Nederlandse Antillen*, met daarin een bijdrage van Kees Fliet over de geschiedenis van het Hof. De structuur van de rechterlijke organisatie was van meet af aan herkenbaar: de Gerechten van Eerste Aanleg, het interne appel, de verdeling van enkelvoudige en meervoudige rechtspraak over de eerste aanleg en het hoger beroep, en de ommegaande rechter. Sindsdien zijn de bordjes vaker verhangen, maar het concept is ongewijzigd gebleven.<sup>2</sup> Voor mij is het nog even wennen aan vier gerechten in eerste aanleg (één voor elke regio), waarvan die van de BES-eilanden

\* Deze bijdrage is een weergave van de lezing gehouden op het symposium ter gelegenheid van het 150-jarig bestaan van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie op 3 mei 2019 op Curaçao, waar de auteur hoofdgastspreeker was.

\*\* Prof. mr. M.A. Loth is hoogleraar privaatrecht aan de Tilburg Law School en was van 1993 tot 1997 lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie.

1 Zie B.D. van der Velden, *De rechtsgeschiedenis van Curaçao*, Universiteit van de Nederlandse Antillen 2007/2008, p. 299; W.Ch. de la Try Ellis, *Antilliana*, Zutphen: De Walburgers 1981, p. 180, 181.

2 F.C. Fliet, 'Het reglement op de inrichting en de samenstelling van de rechterlijke macht. De geboorte en het bewogen leven van een honderdjarige', in: *Honderd jaar codificatie in de Nederlandse Antillen*, Arnhem: Gouda Quint 1969, p. 7-53. Zie ook P.V. Sjiem Fat, 'Honderd jaar Hof van Justitie', *Justicia* 1969, afl. 1, p. 1-2.

drie zittingsplaatsen heeft (in Bonaire, Sint Eustatius en Saba). Maar gelukkig is er nog het ene Gemeenschappelijk Hof van Justitie met de steeds langere volledige naam.<sup>3</sup>

Interessanter dan de naamgeving is de vraag naar de rol van het Hof in de Caribische samenleving. Ik heb ooit de vergelijking gemaakt met Nanzi, de held uit de aloude spinverhalen (de *cuentanan di Nanzi*).<sup>4</sup> Als een spin bezet het Hof een centrale positie in een netwerk van relaties tot de burger, de wetgever, het bestuur, en het Openbaar Ministerie. In elk van die relaties vervult het een andere rol; die van de gezaghebbende *kadi*, de behoedzame wetgever-plaatsvervanger, de controleur van het openbaar bestuur, de beschermer van de rechtsstaat en de toezichthouder op de rechtshandhaving. In al die rollen is het Hof de hoeder van het publieke fatsoen, de waakhond van een pluriforme democratische samenleving. De paradox van de moderne Caribische samenleving is dat de maatschappijkritische rol van Nanzi wordt vervuld door een overheidsinstelling als het Hof.

Dat was in 1998, we zijn nu weer twintig jaar verder. De wereld is veranderd, het Koninkrijk heeft een nieuwe structuur. Wat heeft een en ander betekend voor de maatschappelijke en rechtsstatelijke rol van het Hof? Vanmiddag wil ik die vraag onderzoeken door enkele scènes te schetsen uit het leven van deze 150-jarige. In de hoop dat een en ander kan bijdragen aan een beter begrip van het functioneren van het Hof in de moderne Caribische samenleving. Daarbij zal ik verder borduren op de rollen die ik zojuist heb onderscheiden, te beginnen met de verhouding van de rechter tot de burger.

### Scène 1: de rechter en de burger

De eerste scène is het beeld van de 21 treden die de burger moet betreden om ingang te vinden bij zijn rechter. In weerwil van de symboliek van de *binti un trapi* is de Caribische civiele rechter uiterst laagdrempelig. Het Caribische procesmodel voorziet immers in een informeel procesmodel, waarin ruim baan is gemaakt voor mondelinge procesvoering zonder verplichte procesvertegenwoordiging (art. 110 Rv), een actieve rechter die zich compenserend mag opstellen (art. 118 Rv), en een bemiddelende geschilbeslechting.<sup>5</sup> Tegelijkertijd faciliteert het Caribische procesrecht een procesvoering naar het klassieke Nederlandse model op basis van een wisseling van schriftelijke stukken, een lijdelijke rechter, en een procedure op tegenspraak. Deze flexibiliteit maakt het de rechter mogelijk om responsief te reageren op een variabele maatschappelijke behoefte. Zo heb ik als rol-rechter op Bonaire meegemaakt dat een rechtzoekende mij een schoenendoos aanbood waarin zijn administratie was opgeborgen, met de vraag of ik dat niet even wilde uitzoeken. Een dag later had ik in het kader van de homologatie van een faillissementsakkoord een internationaal team gespecialiseerde advocaten op de zitting, om de rechtsgang hier af te stemmen met die in de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, en Nederland. *It's all in a day's work*, hier op de Caribische eilanden.

3 A. van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 672 (hierna: Van Rijn 2019).

4 M.A. Loth, 'Een eigentijds Nanzi-verhaal? Over de rol van de rechter in de Antilliaanse samenleving', *TAR Justicia* 1998, afl. 3, p. 141-159 (hierna: Loth 1998).

5 E. Monte, *Antilliaans procesrecht* (diss. Leiden), 1955, p. 9.

Deze flexibiliteit en responsiviteit mogen een voorbeeld zijn voor de Nederlandse rechtspraak die worstelt met haar maatschappelijke rol en haar verhouding tot informele conflictbemiddeling. In Nederland is het klassieke procesmodel inmiddels verlaten voor een civiele procedure waarin een mondelinge zitting centraal staat, geleid door een regievoerende rechter. Ook heeft de mogelijkheid tot verwijzing van een zaak naar *court-annexed mediation* inmiddels haar intrede gedaan.<sup>6</sup> Niettemin blijft de burgerlijke rechter kampen met dezelfde bezwaren die hem al sinds mensenheugenis achtervolgen: onbereikbaar, te duur, formalistisch, inefficiënt en te langzaam.<sup>7</sup> Veelzeggend is dat bij de afdoening van de aardgasschade in Groningen gekozen is voor het bestuursrechtelijke procesrecht en niet voor het civiele procesrecht, terwijl wel het materiële civiele recht wordt toegepast. Van de Raad voor de rechtspraak moet de rechtspraak maatschappelijk effectief zijn, dat wil zeggen dat zij niet alleen de juridische kwestie maar ook het achterliggende maatschappelijke probleem oplost.<sup>8</sup> Daartoe zoekt de Raad zijn heil in pilots als de spreekuurrechter, de vrederechter, de regelrechter, de buurtrechter, de wijkrechter, de online rechter, de schuldenrechter, de rijdende rechter, enzovoort.<sup>9</sup> Mij bekruipt bij dit alles weleens de gedachte; kijk naar de Caribische rechter, verlaag de formele en financiële drempels en breid het instrumentarium van de rechter uit. Kortom, stel de burgerlijke rechter in staat zijn werk te doen en al die pilots worden overbodig.<sup>10</sup> Ik heb altijd het idee gehad dat de Caribische rechter beter in staat is de achterliggende maatschappelijke problemen te adresseren dan zijn Nederlandse collega. De civiele rechtspraak op de eilanden ligt in dit opzicht voor op die in Nederland, waar we met alle rechterlijke samenwerking, richtlijnen, protocollen en professionele standaarden aan flexibiliteit en responsiviteit hebben verloren.

## Scène 2: de burger en zijn overheid

Zowel voor als na de invoering van de ‘Lar-ren’ kan de burger voor de rechtsbescherming tegen het feitelijk handelen van zijn overheid terecht bij de burgerlijke rechter. Waar het de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Caribische deel van het Koninkrijk betreft, dansen het Hof en de Hoge Raad al heel lang een spannende tango. Begin jaren negentig van de vorige eeuw zette het Hof de eerste passen van die dans door te beslissen dat bij de invulling van het tijdigheidsbeginsel een redelijke termijn in het Caribische deel van het Koninkrijk langer mag duren,<sup>11</sup> en dat bij de invulling van het vertrouwensbeginsel op de eilanden regels inzake bevoegdheid en formele besluitvorming strikter

6 L. Coenraad & P. Ingelse, ‘Afscheid van de klassieke civiele procedure?’, in: *Afscheid van de klassieke procedure?* (NJV-advies), Handelingen Nederlandse Juristenvereniging 2017-I, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 13-139.

7 M. Barendrecht, K. van Beek & S. Muller, *Menselijk en rechtvaardig. Is de rechtsstaat er voor de burger?*, Den Haag: HiiL 2017.

8 Zie *Innovatie in de rechtspraak: naar een meer maatschappelijk effectieve rechtspleging*, in: *Rechtstreeks* 2019, nr 1.

9 J. Vranken & M. Snel, ‘De civiele rechter in Nederland op de schopstoel’, *NJB* 2019/687.

10 H. Tjeenk Willink, *Groter denken, kleiner doen: een oproep*, Amsterdam: Prometheus 2019, p. 87: ‘Het is in dit verband op zijn minst opmerkelijk dat in het regeerakkoord 2017 experimenten met buurtrechters worden aangekondigd en dat er een onderzoek plaatsvindt naar de haalbaarheid van plaatselijke “vrederechters”, terwijl nog niet zo lang geleden het bestaande fijnmazig netwerk van – relatief goedkope – kantongerechten is opgeblazen.’

11 GHvJ 12 januari 1999, NJ 1999/458 (*Brandt/Eilandgebied Curaçao*).

in acht moeten worden genomen.<sup>12</sup> Aanvankelijk vond deze Caribische uitleg van enkele belangrijke beginselen van behoorlijk bestuur weinig weerklank aan het Lange Voorhout (inmiddels het Korte Voorhout, overigens).<sup>13</sup> Vervolgens maakte het Hof meer werk van de motivering – door meer uitleg te geven over de lokale omstandigheden en maatschappelijke opvattingen – hetgeen resulteerde in twee arresten van de Hoge Raad waarin weliswaar het zogenoemde ‘pokopoko-beginsel’ werd erkend, maar de toepassing door het Hof in de voorliggende casus werd verworpen.<sup>14</sup> Voor het Hof zijn formele gebreken in de besluitvorming op zich voldoende om de overheid niet gebonden te achten aan toezeggingen, voor de Hoge Raad niet. In de jurisprudentie van de Hoge Raad kan de overheid in een zodanige vertrouwensrelatie tot de wederpartij komen te staan dat schending van dat vertrouwen onrechtmatig is (bijvoorbeeld door herhaalde toezeggingen of andere gedragingen).<sup>15</sup> Het Hof stelt eisen aan de rechtzoekende, de Hoge Raad veeleer aan het bestuur. Voor de beide benaderingen valt iets te zeggen. De beide colleges hebben ook een andere verantwoordelijkheid. Het blijft in ieder geval laveren voor het Hof waar het de juiste afstand van de burgerlijke rechter tot de overheid betreft.

Ook in de rond 2000 ingevoerde bestuursrechtspraak is dat laveren zichtbaar. Hoever strekt de rechtsbescherming tegen het stilzitten van de overheid? Aanvankelijk ging de Arubaanse rechter het verst in de inhoudelijke inkleuring van de fictieve weigering. Op grond van artikel 9 lid 2 van de Arubaanse Lar – waarin het uitblijven van een beschikking werd gelijkgesteld met een afwijzende beschikking – vormde de afwijzing van het gevraagde de inzet van de procedure die resulteerde in een beslissing over de zaak ten gronde. Inmiddels heeft de Arubaanse rechter die koers verlaten en wordt de als afwijzing opgevatte weigering rauwelijks vernietigd op grond van het ontbreken van een motivering. Op grond van artikel 3 lid 3 van de Nederlands-Antilliaanse Lar – waarin die gelijkstelling ontbrak – koos het Hof evenwel voor een louter processuele benadering, volgens welke het bestuur alsnog moet beslissen (in de lijn van de Nederlandse Awb). In de eerste benadering wordt de rechtsvormende taak van het bestuur bij een fictieve weigering als het ware overgenomen door de bestuursrechter, in de laatste benadering bewaart deze juist meer afstand van het bestuur. Hier speelt niet alleen de vraag of en in hoeverre de Caribische rechter rekening houdt met de eilandelijke context, maar ook of en in hoeverre de bestuursrechter überhaupt pretendeert aan finale geschilbeslechting te doen.<sup>16</sup> Het antwoord op die vraag is ook in Nederland nog niet uitgekristalliseerd.

12 GHvJ 28 september 1999, TAR *Justicia* 2000, afl. 3, p. 217-221 (*Adriaens/Studiefinanciering Curaçao*).

13 HR 10 september 1993, NJ 1996/3 (*Den Dulk/Curaçao*) en HR 19 februari 1993, NJ 1995/704 (*Aruba/Lopez en Trias*).

14 HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7487 en HR 6 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8413 (*De Goede Hoop/Curaçao*).

15 Zie ook J. de Haan, ‘Einde van het pokopoko-beginsel? Opmerkingen over de bijzondere positie van de rechter in de kleinschalige eilandgemeenschappen van het Caribisch deel van het Koninkrijk’, NJB 2013/138, p. 1-14.

16 J. Drop, *De invloed van de Nederlandse bestuursrechtspraak op de rechtspraak in Lar-zaken*, Den Haag: BJu 2014.

### Scène 3: de rechter en de bestuurders

De rechter is er niet alleen om de burger te beschermen tegen de overheid, soms beschermt hij of zij de samenleving tegen haar eigen bestuurders. Wanneer de kleinschalige samenleving onvoldoende weerbaar is tegen de gevolgen van corrupt gedrag van bestuurders in samenwerking met derden, is het aan de rechter om op te komen tegen de ondermijning van die samenleving. In de tijd waarin ik lid was van het Hof – midden jaren negentig – speelden grote zaken als de *Airport*-zaak op Sint Maarten. Het kleinschalige eilandsbestuur bleek niet opgewassen tegen grootschalige witwas- en oplichtingspraktijken uit het buitenland. De zaak had strafrechtelijke en civielrechtelijke gevolgen.<sup>17</sup>

Van recenter datum is de rechtspraak over het zogenoemde ‘afscheidsbeleid’ waarmee bestuurders hun opvolgers voor een *fait accompli* stellen, met de nodige consequenties voor de schaarse openbare goederen en middelen. Op deze grond oordeelde het Hof dat de uitgifte in erfpacht van een stuk grond in de binnenstad van Philipsburg door het bestuurscollege van Sint-Maarten nietig is wegens strijd met de openbare orde.<sup>18</sup> In een Arubaanse zaak waarin het Hof politieke inmenging bij een benoeming vaststelde, oordeelde het dat de arbeidsovereenkomst nietig is wegens strijd met de openbare orde (op grond van art. 3:40 BW).<sup>19</sup> Ik citeer het Hof:

‘De rechter heeft hier te lande een bijzondere maatschappelijke positie, welke wel die van “hoeder van het publieke fatsoen” is genoemd. Politiek favoritisme in het zicht van de verkiezingen als het onderhavige, met de consequenties van dien voor de schaarse publieke middelen, is een misstand waarop slechts de sanctie van (algehele) nietigheid van de overeenkomst past.’

Het bijzondere van deze zaken is dat het twijfelachtige optreden van één of meer bestuurders grote financiële schade voor de gemeenschap veroorzaakt. Bovendien is het functioneren van de rechtsstaat zelf in het geding wanneer buitenlandse krachten door middel van lokale bestuurders de samenleving corrumpen. Hier is dan ook niet zozeer de partijdigheid van het bestuur in het geding, als wel zijn onmacht. In Nederland is dit fenomeen onlangs in het nieuws geweest onder de noemer van ‘ondermijnende criminaliteit’. Het lokale bestuur speelt een sleutelrol in het voorkomen daarvan, onder meer door het delen van relevante informatie met justitie en politie.<sup>20</sup> Hier op de eilanden heeft de rechter een sleutelrol gespeeld bij de bestrijding van ondermijnende criminaliteit. De rol van de rechter in dit soort zaken is niet zozeer een controlerende, als wel een beschermende; de rechtsstaat en de samenleving als geheel dienen te worden behoed voor corrumpende krachten waartegen zij onvoldoende weerbaar zijn. De rechter als hoeder van het publieke fatsoen, en daarmee van het algemeen belang.<sup>21</sup> Dat brengt mij op de volgende scène.

17 HR 14 januari 1997, NJ 1997/372 en HR 27 mei 1994, NJ 1994/375.

18 GHvJ 1 maart 2002, NJ 2002/367.

19 GHvJ 17 januari 2012, ECLI:NL:OGHACMB:2012:BY0947.

20 [www.raadvanstate.nl/@114668/voorlichting-rol/](http://www.raadvanstate.nl/@114668/voorlichting-rol/)

21 Loth 1998, p. 154.

## Scène 4: de rechter in de rechtsorde

Intussen is ook de juridische context waarin de Caribische rechter zijn of haar werk doet ingrijpend veranderd. In de eerste plaats is op nationaal niveau de achterstand in wetgeving in hoog tempo ingehaald. De invoering van een algemeen bestuursrecht is reeds genoemd. Daarnaast zijn in stappen de grote codificaties vernieuwd, zowel in het burgerlijk recht als in het strafrecht. Voor het dagelijkse werk van de rechter is dat van enorme betekenis geweest. De rechter was ooit een wetgever-plaatsvervanger die aan de hand van algemene rechtsbeginselen en eigen rechtsopvattingen de witte plekken in de nationale rechtsorde moest opvullen. De inhaalslag op wetgevingsgebied heeft zijn werk in zekere zin genormaliseerd; als ieder andere rechter beschikt de Caribische rechter nu over een redelijk goed gevulde gereedschapskist om zijn werk te doen. De vrijheid om daarop zijn of haar eigen stempel te drukken lijkt te zijn beperkt, maar dat is slechts schijn. Om dat te begrijpen moeten we de blik verruimen.

Een tweede ontwikkeling is de verandering van het internationale landschap waarin de rechter zijn of haar werk doet. Dat landschap wordt in toenemende mate gekenmerkt door een verscheidenheid aan rechtsordes, verdragen en regimes – veelal met eigen instellingen voor het maken, toepassen en interpreteren van normen – die wederzijds op elkaar inwerken. Traditionele tegenstellingen als die tussen nationaal en internationaal recht schieten tekort.<sup>22</sup> Transnationaal recht wordt vaak niet door territoriale maatstaven gedefinieerd, maar door functionele maatstaven. De bijzondere band van de eilanden via het Koninkrijk met de Europese Unie biedt een voorbeeld (het LGO-regime). Voor zover wij hier van één rechtsorde kunnen spreken, kan dat alleen bij de gratie van de erkenning van haar gelaagde structuur. In deze meergelaagde rechtsorde is de rechter toch weer het knooppunt waar de normen van diverse herkomst samenkomen in het concrete geval. Voor de burger biedt dat extra mogelijkheden voor rechtsbescherming (denk aan de mensenrechten), en voor de rechter opent dat nieuwe perspectieven voor rechtsontwikkeling (denk aan de directe werking van normen van transnationale oorsprong).

## Scène 5: de burgerlijke rechter en het algemeen belang

De vijfde scène biedt een perspectief op de toekomst van het jarige Hof. Is er voor de rechtsbescherming van de burger in de Caribische eilandensamenleving – naast de diverse vormen van rechtsbescherming die er al zijn – nog iets te wensen over? Wie de *Urgenda*-zaak in Nederland heeft gevolgd, zal het niet moeilijk vallen deze vraag bevestigend te beantwoorden. Wat deze zaak zo bijzonder maakt, is dat een betrekkelijk willekeurige groep burgers – de Stichting Urgenda en 886 individuele eisers – bij de burgerlijke rechter opkomt voor het algemeen belang van een duurzame samenleving.<sup>23</sup> Artikel 3:305a BW maakt het voor stichtingen en formele verenigingen mogelijk om in rechte op te komen voor soortgelijke belangen als die van hun oprichters of leden (mits dat belang in hun sta-

22 M.A. Loth, *De Hoge Raad in dialoog. Over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde*, Tilburg: Tilburg University 2014 (hierna: Loth 2014).

23 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA2015:7145.

tuten is omschreven). Dat kunnen gebundelde belangen zijn, zoals bij de *class-actions* van consumenten- of beleggers-claimstichtingen en -verenigingen. Maar het kan ook een algemeen belang zijn dat in de statuten van die stichting of vereniging is omschreven. De Rechtbank Den Haag heeft op deze grond geoordeeld dat Urgenda mag opkomen voor het algemeen belang van een duurzame samenleving, ook als daarmee de belangen van niet-ingezetenen of zelfs toekomstige generaties zijn gediend.<sup>24</sup> Het Gerechtshof Den Haag heeft de daartegen gerichte grieven van de Staat verworpen.<sup>25</sup> Voor het eerst zijn mijn kinderen en kleinkinderen – ook die welke nog niet zijn geboren – in rechte vertegenwoordigd. De vergelijking dringt zich op met de uitspraak van het Phillipijnse Hooggerechtshof in de zaak *Minors Oposa* uit 1994, waarin een groep kinderen namens toekomstige generaties met succes opkwam tegen de grootschalige houtkap door de overheid.<sup>26</sup>

Deze vorm van *public interest litigation* maakt het voor de burgers mogelijk om de wijze waarop de overheid een specifiek algemeen belang dient ter toetsing aan de burgerlijke rechter voor te leggen.<sup>27</sup> Daarmee is de rechtsbescherming gediend van burgers die een nalatige overheid tot handelen willen dwingen. Voor een rechterlijk bevel aan de overheid is immers niet meer vereist dan dat deze onrechtmatig handelt en dat daardoor schade dreigt voor burgers. In de zaak *Urgenda* heeft een groep verontruste burgers het klimaatbeleid ter toetsing aan de rechter voorgelegd omdat de internationale besluitvorming en de parlementaire controle niet toereikend werden geacht, terwijl de tijd begint te dringen. Uit de feitenrechtspraak in Nederland blijkt dat daarbij ook aan andere belangen kan worden gedacht, zoals de naleving van mensenrechten, gelijkheidsrechten, de bescherming van consumentenrechten, maar ook werknemersbelangen, werkgeversbelangen, of studentenbelangen. Ongeacht de vraag of men hun zorgen deelt, is het een teken van een krachtige *civil society* dat burgers voor een algemeen belang bij de rechter kunnen opkomen.

Voor de rechtspraak is het bovendien een goede zaak dat zij zo relevant is in het centrum van de politieke besluitvorming. Het bezwaar dat dit in strijd zou zijn met de *trias politica* – omdat de rechter op de stoel van de regering zou gaan zitten – is door de rechtbank en het gerechtshof getoetst en te licht bevonden. De besluitvorming over het klimaatbeleid is immers allang niet meer uitsluitend een nationale aangelegenheid, maar een transnationaal proces waarin vele rechtsvormende actoren participeren. Gelet op het beeld van de meergelaagde rechtsorde dat ik u zojuist heb geschetst, waarin vele rechtsvormende actoren op elkaar inwerken, is het een veel te simpele voorstelling van zaken om de wetgever en de rechter tegenover elkaar te stellen.

Daar komt nog bij dat de veelbesproken kloof tussen de politiek en de burger meebrengt dat de burger zijn heil steeds vaker zoekt bij de rechter. Waarom zou deze daar dan geen gehoor aan mogen geven, als onderdeel van een nieuw systeem van *checks and balances*? Ik zou het Caribische deel van het Koninkrijk een vergelijkbare rechtsontwikkeling toewensen, waarin private handhaving en rechterlijke controle op een nalatige overheid hand in

24 Zie daarover M.A. Loth, 'Climate Change Liability After All: A Dutch Landmark Case', *Tilburg Law Review* 2016, jrg. 21, afl. 1, p. 5-30, m.n. par. 2.4.3 en 3.1.

25 Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, r.o. 34-38.

26 *Minors Oposa/The Secretary of the Department of Environment and Natural Resources* (1994) 33 ILM 173.

27 I. Giessen, 'Het privaatrecht als instrument in het publieke domein', *NJB* 2018/1645, p. 2316-2321.

hand gaan.<sup>28</sup> Het BW voorziet in deze mogelijkheid met artikel 3:305a en 3:305b BW. Het gebruik ervan zou de *civil society* op de Caribische eilanden versterken en aldus de samenleving minder afhankelijk maken van de politieke en strafrechtelijke controle op de centrale beleidsvorming. Aangezien de eerste niet altijd werkt, en de laatste wel een heel zwaar middel is, biedt deze *public interest litigation* misschien wel een heel elegante tussenweg.

## Scène 6: het Hof stelt prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

Sedert 1 maart 2017 is het voor de Caribische burgerlijke rechter mogelijk om – net als de burgerlijke rechter in het Europese deel van het Koninkrijk – tijdens de procedure prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.<sup>29</sup> Van die mogelijkheid heeft het Hof inmiddels daadwerkelijk gebruikgemaakt in het kader van een verzoek tot vaststelling van het Nederlandschap.<sup>30</sup> De verzoeker was op 26 december 1989 geboren in de Dominicaanse Republiek uit een Dominicaanse moeder en een Nederlandse gehuwde man uit Sint Maarten. Op 6 juni 1990 heeft de man het buiten huwelijk geboren kind erkend naar Dominicaans recht. Heeft de verzoeker daardoor nu het Nederlandschap verkregen? Naar de stand van het toen geldende recht niet. De openbare orde van Sint Maarten stond daaraan in de weg vanwege het erkenningsverbod van artikel 330 lid 1 aanhef en onder b (oud) BWNA. Maar nadien is geoordeeld dat het ongeclausuleerde erkenningsverbod in concrete gevallen in strijd kan zijn met artikel 8 EVRM en het is dan ook afgeschaft in 2001. Heeft dit gevolgen voor de verzoeker?

Het Hof stelt een zevental prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, over de verenigbaarheid van artikel 330 lid 1 aanhef en onder b BW met artikel 8 EVRM, over het peilmoment van de openbare-ordetoets, en over het moment waarop de nationaalrechtelijke gevolgen moeten worden getoetst. De Hoge Raad wijst een lang en genuanceerd arrest om de vragen van het Hof te beantwoorden. Vooral interessant is de vraag hoe bij een in de tijd verschuivende afweerkracht van de openbare orde moet worden bepaald vanaf welk moment de buitenlandse rechtsverhouding als rechtsgeldig kan worden erkend. Die vraag moet worden beoordeeld naar de stand van het recht van het moment waarop de rechter zich voor deze vraag gesteld ziet. De Hoge Raad oordeelt dat een in de Dominicaanse Republiek verrichte erkenning in beginsel met ingang van 15 januari 2001 rechtsgeldig is, omdat zij vanaf die datum niet meer afstuit op de weigeringsgrond van artikel 330 lid 1 aanhef en onder b BW. Maar dat sluit niet uit dat zij al eerder geldig is, in het bijzonder wanneer die bepaling al voor 15 januari 2001 wegens strijd met artikel 8 EVRM buiten toepassing moest blijven. Dat kan betekenen dat de erkenning dus van meet af aan rechtsgeldig was en dat het kind op dat tijdstip het Nederlandschap heeft verkregen, maar zover wil de Hoge Raad niet gaan. Hij overweegt dat het zijn rechtsvormende taak te buiten gaat om hierover te beslissen, met als consequentie dat de verzoeker achter het net zou vissen.

28 Het begin is er, zie Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 14 januari 2019, ECLI:NL:OGEAC:2019:17.

29 Rijkswet van 13 juli 2016, artikel IV (Stb. 2016, 291), houdende een nieuw art. 1b voor de Rijkswet cassatie-rechtspraak voor Aruba, Curaçao, Sint Maarten en voor Bonaire, Sint Eustatius en Saba.

30 HR 18 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:59, NJ 2018/227.



Het Hof is dan ook niet tevreden met de gegeven antwoorden. In een verwante zaak heeft het Hof recentelijk een reeks aanvullende vragen gesteld, die mede van belang zijn voor de onderhavige zaak die na verwijzing nog niet was afgedaan.<sup>31</sup> Op dit punt zou ik het Hof nog enkele suggesties willen doen. In het verkeer tussen de Europese rechters en het Europese Hof van Justitie is het niet ongebruikelijk om bij het stellen van prejudiciële vragen een ruime beschrijving te geven van de lokale context waarin de antwoorden zullen worden toegepast. Zo kan de geadresseerde meer begrip krijgen voor de lokale noden en aspiraties. Zelfs is het niet ongebruikelijk om de eigen voorkeursantwoorden erbij te geven (zogenoemde *provisional answers*), sterker nog, het Europese Hof van Justitie juicht dat zelfs toe. Mijns inziens zouden dit ook krachtige instrumenten zijn voor het Hof in zijn prejudiciële verwijzingen naar de Hoge Raad, juist om bij de Hoge Raad meer begrip te wekken voor de lokale context.<sup>32</sup>

Een en ander illustreert het belang van prejudiciële vragen. Op het eerste gezicht dient de mogelijkheid van prejudiciële verwijzingen vooral de aansluiting van het Hof bij de rechtspraak van de Hoge Raad. We zouden dit de ‘helpdeskfunctie’ van de prejudiciële verwijzing kunnen noemen. Het is altijd handig op voorhand te vernemen hoe de Hoge Raad er tegenaan kijkt, al was het maar om cassatie achteraf te voorkomen (‘even Apeldoorn bel-len’). Bij nader inzien is het belang evenwel veel groter. Het biedt het Hof tevens de mogelijkheid zijn stempel op de rechtsvorming van de Hoge Raad te drukken. In de hiervoor genoemde tweede verwijzing bijvoorbeeld confronteert het Hof de Hoge Raad. Het lijkt als het ware te zeggen: ‘U houdt zich op de vlakte waar het de gevolgen van een erkenning voor het Nederlandschap betreft, maar wat moeten wij daar nu over oordelen?’ Gelet op de uiteenlopende casuïstiek en de standpunten daarover in de literatuur is dit namelijk allermint duidelijk. De discussie wordt vervolgd, maar laat nu al zien dat het Hof hier een krachtig nieuw instrument voor rechtsvorming in handen heeft.<sup>33</sup> Ik wens het Hof in ieder geval een actieve rol in de dialogen met de Hoge Raad toe. De eerste tekenen stemmen in ieder geval optimistisch.

## Scène 7: het Hof en zijn eigen bestuur en beheer

Misschien wel de grootste verandering sinds 1998 betreft het Hof zelf. Het Hof heeft inmiddels een eigen bestuur van vijf leden (de president, drie vicepresidenten, en de directeur bedrijfsvoering) dat is belast met de algemene leiding, de organisatie en de bedrijfsvoering, alsook met de zorg voor de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing.<sup>34</sup> Daarnaast is een beheerraad van vier leden ingevoerd, die belast is met het algemeen toezicht op de bedrijfsvoering, de uitvoering van het jaarplan, de voorbereiding van de begroting, en de verantwoording aan het politieke gezag. De beheerraad heeft belangrijke taken waar het

31 GHvJ 15 januari 2019, zaaknr. CUR2018H00415 en CUR2018H00417.

32 Zie hierover M.A. Loth, ‘Who has the last word? On judicial lawmaking in European Private Law’, *European Review of Private Law* 2017, p. 45-70.

33 Zie voor een vergelijkbaar betoog in de relatie van de Hoge Raad en het Hof van Justitie van de EU: Loth 2014, en J. Krommendijk & M. Loth, *Europese rechters in gesprek. Verhalende annotaties*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

34 Art. 45 lid 1 en 2 RwGHvJ.

de rechtspositie van gerechtsambtenaren en buitengriffiers betreft.<sup>35</sup> De financiering is naar Nederlands voorbeeld gebaseerd op de kostprijs en de uitstroom van zaken en wordt uiteindelijk gedragen door de vier deelnemende landen.<sup>36</sup>

In het kader van de voorbereiding van vandaag heb ik de rechters gevraagd naar de belangrijkste ontwikkelingen sedert 1998. Een van de meer ervaren rechters antwoordde dat hij de geschetste institutionele ontwikkeling van het Hof zelf de belangrijkste ontwikkeling vindt. In vergelijking met 25 jaar geleden is het Hof veel beter gefinancierd, hetgeen zich onder meer heeft vertaald in de beschikbaarheid van goed opgeleide of opleidbare gerechtssecretarissen. Wel wordt nog een goed toegankelijke database gemist, waarin de jurisprudentie van het Hof gemakkelijk is terug te vinden. Misschien dat deze uitdaging in samenwerking met de Universiteit van Curaçao kan worden opgepakt.

Inmiddels zijn wij in Nederland op de grenzen gestuit van het *New Public Management* in de rechtspraak. De dalende instroom van civiele zaken, de overheveling van strafzaken naar het Openbaar Ministerie en de mislukking van KEI, hebben tot financiële tekorten in de rechtspraak geleid. De verbestuurlijking van de organisatie heeft op alle niveaus de onderlinge verhoudingen van de rechters en raadsheren onder druk gezet. In het visitatierapport dat vijf weken geleden uitkwam wordt ronduit gesteld dat het *New Public Management*-denken – met de nadruk op waarden als effectiviteit en efficiency – niet goed past bij de rechtsstatelijke en maatschappelijke taken van de rechtspraak: het beslechten van geschillen, de berechting van overtreders van de strafwet, en de bescherming van burgers tegen de overheid.<sup>37</sup> De Commissie vraagt om (ik citeer) ‘een heldere visie op zowel de inhoud van de ambachtelijke en professionele taken van de rechtspraak als op de organisatie van de rechtspraak’.<sup>38</sup>

Volgens Tjeenk Willink moeten we daarbij klein beginnen. Hij noemt dat ‘groter denken, kleiner doen’.<sup>39</sup> Misschien is het in dat verband een goed idee om te rade te gaan bij het Hof, waar wel degelijk een heldere visie bestaat op de ambachtelijke en professionele taken en de organisatie van de rechtspraak. Als ik als relatieve buitenstaander die visie zou mogen verwoorden – mede op grond van het voorgaande – dan zou ik dat doen in een drietal paradoxen.

De eerste is dat het Hof dienend naar de samenleving is, en tegelijkertijd leidinggevend in de rechtsorde. Zijn dienende karakter blijkt vooral uit de flexibiliteit en responsiviteit in de relatie tot de burger, en de beschermende rol ten aanzien van democratie en rechtsstaat. Het leidinggevende karakter van het Hof komt vooral tot uiting in zijn rechtsvormende en rechtsbeschermende taken.

De tweede paradox is dat het Hof in zijn functioneren pragmatisch is waar het kan, en tegelijkertijd principieel waar het moet. Het pragmatisme blijkt uit de oplossingsgericht-

35 Art. 53 en 54 RwGHvJ.

36 Van Rijn 2019, nr. 367.

37 Rapport Visitatie Gerechten 2018, p. 39.

38 Rapport Visitatie Gerechten 2018, p. 40.

39 Rapport Visitatie Gerechten 2018, p. 90.

heid en effectiviteit, het principiële karakter uit het normerende en grenzenstellende karakter van zijn uitspraken.

Ten slotte staat het Hof met de voeten in de lokale eilandengemeenschappen, en heeft het tegelijkertijd de blik gericht op de transnationale ontwikkelingen. *Act local, think global*, is hier het devies. De prejudiciële vragen aan de Hoge Raad over de rechtsgeldigheid van de erkenning naar Dominicaans recht vind ik een sprekend voorbeeld van deze dubbele oriëntatie.

Op deze wijze heeft het Hof zich al 150 jaar gehandhaafd en ontwikkeld. Het is in die tijd zonder twijfel uitgegroeid tot een van de sterkste publieke instituties van de Caribische gebiedsdelen van het Koninkrijk. Instituties die persoonlijke relaties overstijgen zijn bijzonder belangrijk in een samenleving die door kleinschaligheid wordt gekenmerkt. Maar ook in het Europese deel van het Koninkrijk wordt het belang onderkend van sterke instituties in een tijdvak van groeiend populisme. Instituties als het Hof bieden weerstand aan persoonlijke beïnvloeding, favoritisme, cliëntisme, en andere bedreigingen van onze democratische samenleving. Daarom past nog steeds de vergelijking met de held uit de *cuentanan di Nanzi*, die eveneens pal staat voor het verzet tegen de corrumperende krachten in de samenleving.

Dat brengt mij bij het einde van mijn verhaal. Ik heb voor u zeven scènes geschetst uit het leven van deze 150-jarige. Die van de rechter en de burger, de burger en zijn overheid, de rechter en de bestuurders, de burgerlijke rechter en het algemeen belang, het Hof in de internationale rechtsorde, en ten slotte de institutionele slagkracht van het Hof zelf. Op al deze fronten heeft het Hof zich aangepast aan nieuwe noden en aspiraties van de samenleving, terwijl het mede vorm heeft gegeven aan nieuwe ontwikkelingen in de rechtsorde. Het heeft dat natuurlijk niet gedaan zonder hulp van buitenaf.

Zowel in de context van de vormgeving van de nieuwe staatkundige structuur als daarbuiten, heeft in de Caribische samenleving altijd veel begrip bestaan voor de onafhankelijke rol van het Hof, inclusief het lidmaatschap van rechters uit het Europese deel van het Koninkrijk. Ik herinner mij straatinterviews uit de documentaire *Vliegende Rechters* die Veronica hier in de jaren negentig heeft gemaakt. De mensen begrepen wel wat het nut was van een gemengd Caribisch-Nederlandse samenstelling van het Hof, ondanks de gevoeligheden.

Vanuit een heel andere hoek is het Hof gesteund in zijn dagelijkse werk door de verwetenschappelijking van de bestudering van het recht. Staat u mij toe nog eenmaal een vergelijking te maken met 25 jaar geleden. In die tijd was de beschikbaarheid van wetenschappelijke literatuur uiterst beperkt. Nu zijn er op alle hoofdgebieden van het Caribische recht uitstekende handboeken beschikbaar of in de maak. Ook dat helpt de rechtsontwikkeling.

Al met al genoeg reden om de toekomst met vertrouwen tegemoet te zien, maar ook om zuinig te zijn en te blijven op ons Gemeenschappelijk Hof van Justitie. Ik wens het Hof én het Caribische deel van het Koninkrijk toe dat het Hof nog minstens 150 jaar zijn goede werk mag blijven doen!