



In gesprek

Bijdragen aan de dialoog
over de rechtsstaat

In gesprek

Bijdragen aan de dialoog
over de rechtsstaat

Colofon

Ontwerp
Studio Piraat

Drukwerk
Xerox B.V.

Den Haag, november 2020

Website Jaarverslag 2019
jaarverslag.raadvanstate.nl

Website Raad van State
www.raadvanstate.nl

Algemeen mailadres
voorlichting@raadvanstate.nl

Inhoudsopgave

Voorwoord	5
Evenwicht in de rechtsstaat, <i>een beschouwing</i>	7
Drie bijdragen aan de dialoog	25
Nabeschuwing, <i>met drie stellingen</i>	45

Voorwoord

In mei van dit jaar presenteerde de Raad van State zijn jaarverslag over 2019. Aan het eind van de algemene beschouwing over het *evenwicht in de rechtsstaat* – het evenwicht tussen de klassieke instituties van de staat: wetgever, bestuur en rechter – kondigde de Raad het initiatief aan voor het organiseren van zogenoemde rechtsstaatsgesprekken: “Deze gesprekken tussen betrokkenen in de verschillende instituties kunnen wellicht leiden tot beter onderling begrip en onderlinge reflectie op de verschillende verantwoordelijkheden en opdrachten binnen het rechtsstatelijk stelsel.”

De Raad heeft de daad bij het woord gevoegd. Er zijn in totaal drie gesprekken georganiseerd en hieraan nemen deel: leden van de Tweede en Eerste Kamer, leden van het kabinet, rechters, wetenschappers, topambtenaren en vertegenwoordigers van de media. Een breed samengesteld gezelschap van zo’n vijftien à twintig personen per gesprek die garant staan voor een interessante discussie in een besloten setting.

Opmaat voor de gesprekken is de algemene beschouwing uit het jaarverslag. Deze beschouwing is in haar geheel ook in deze bundel opgenomen. Verder staan in deze bundel bijdragen van Mirjam Bikker (fractievoorzitter Christen-Unie in Eerste Kamer), Henk Kummeling (universiteitshoogleraar vergelijkend constitutioneel recht en rector magnificus aan de Universiteit Utrecht) en Marc de Werd (senior raadsheer gerechtshof Amsterdam en hoogleraar rechtspleging Universiteit van Amsterdam). In hun bijdragen reflecteren zij vanuit hun eigen invalshoek op de algemene beschouwing. Zij zouden hun bijdragen aanvankelijk uitspreken op een symposium in het voorjaar ter gelegenheid van de presentatie van het jaarverslag. Maar deze bijeenkomst kon helaas niet doorgaan vanwege de uitbraak van het coronavirus.

De laatste deel van deze bundel bevat een reflectie van vice-president Thom de Graaf en voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak Bart Jan van Ettekooven op drie voorgaande bijdragen. In deze reflectie wordt een aantal stellingen geponeerd die tijdens de rechtsstaatsgesprekken aan de orde komen.

Deelnemers aan de rechtsstaatsgesprekken ontvangen deze bundel. Maar ook voor anderen met een grote belangstelling voor onze democratische rechtsstaat is deze bundel het lezen waard.

Evenwicht in de rechtsstaat
een beschouwing

Evenwicht in de rechtsstaat

1. Inleiding

De betekenis en waarde van de rechtsstaat wordt – ook in Nederland – de afgelopen jaren in toenemende mate ter discussie gesteld. Deze discussie is sterk verbonden met het functioneren van overheidsinstellingen en de rechtsbescherming van de burger. Burgers ervaren veelal onvoldoende houvast en ondersteuning. Ze zijn onzeker over de verwachtingen die zij van de overheid mogen hebben. Deze verwachtingen zijn vaak groter dan wetgever en bestuur kunnen waarmaken. In het bijzonder zwaarbelaste uitvoeringsorganisaties staan onder druk. De perikelen rond de kinderopvangtoeslag en het optreden van de Belastingdienst vormen hiervan een voorbeeld. De verwevenheid van wetgever en bestuur is toegenomen. Deze komt onder meer tot uitdrukking in kaderwetten, vergaande delegatie van bevoegdheden en aanzienlijke beleidsruimte van het bestuur en heeft de marges voor dwingend en (in)dringend bestuurlijk optreden vergroot.

Het is aan de rechter om in de zaken die aan hem worden voorgelegd te toetsen of het bestuur in zijn optreden binnen de grenzen van het recht blijft. In het algemeen is de rechter daarbij terughoudend. Die terughoudendheid weegt zwaarder bij toetsing van handelen dat is gebaseerd op politieke of beleidsmatige overwegingen. De rechter kan echter niet weigeren om recht te spreken als dat van hem wordt gevraagd. Soms doet de rechter uitspraken met verstrekkende maatschappelijke gevolgen. Te denken valt aan de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak in 2019 over het Programma Aanpak Stikstof (PAS)¹ en de kinderopvangtoeslag² en het Urgenda-arrest van de Hoge Raad.³ De feitelijke en juridische contexten van deze uitspraken verschillen sterk. Ze hebben echter gemeenschappelijk dat ze leiden tot kritische vragen over de rol van de rechter. Daarbij wordt dan steeds de vraag gesteld of de rechter nog wel blijft binnen de taken en bevoegdheden die hem zijn toebedeeld. Betreedt hij niet het domein dat primair is gereserveerd voor de democratisch gelegitimeerde wetgever en voor bestuursorganen die door de wetgever zijn gemachtigd?

Discussie hierover is niet nieuw. Kritiek op, ergernis of onvrede over rechterlijke uitspraken is van alle tijden. Een rechter die moet oordelen in concrete kwesties en fundamentele geschillen kan per definitie niet iedereen tevredenstellen. Daarbij past de opmerking dat de democratisch gelegitimeerde

¹ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ECLI:NL:RVS:2019:1604.

² ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536.

³ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

wetgever de interpretatie van de wet door de rechter achteraf kan corrigeren. Dat ligt anders wanneer de rechter het internationale recht interpreteert. Correctie daarop is veel moeilijker. In het licht van het evenwicht en de wisselwerking tussen de staatsmachten rust er dan ook een zware verantwoordelijkheid op de rechter als hij op het internationale recht gebaseerde uitspraken doet, waarin de (nationale) wet niet voorziet.

Een kritische reflectie op rechterlijke uitspraken is echter wezenlijk anders dan het principieel ter discussie stellen van de rechter als instituut. Wie de rechterlijke institutie als zodanig aanvalt, miskent de betekenis van de functionele scheiding en spreiding van de staatsmachten en de balans die moet bestaan tussen de instituties die daaraan invulling geven. In de Nederlandse rechtsstaat is deze balans tot nu toe verzekerd. Er is dan ook geen reden voor een alarmerende toon.

Niettemin is het goed om erop te wijzen dat het evenwicht tussen de instituties van de rechtsstaat niet vanzelfsprekend is. De kwaliteit van de rechtsstaat moet in belangrijke mate worden afgeleid uit de bescherming die het recht de burgers biedt en uit de wijze waarop wetgever, bestuur en rechter met dat recht omspringen. Bij die kwaliteit hoort een zorgvuldige wisselwerking tussen de instituties. Respect voor het rechtsstatelijk stelsel als geheel en voor ieders functie is daarin cruciaal.

In deze wisselwerking komt het dynamische evenwicht tussen de staatsmachten tot uitdrukking en daarmee ook de balans tussen enerzijds het democratisch principe van algemene normstelling, die gedragen wordt door (parlementaire) meerderheden, en anderzijds de gebondenheid aan die normstelling, de *rule of law*. Dat is het principe dat ook de overheid gebonden is aan het recht en dat aan iedereen bescherming moet worden geboden tegen aantasting van zijn (fundamentele) rechten. Essentieel is het besef dat democratie en rechtsstaat niet elkaars tegenpolen zijn en niet los verkrijgbaar zijn. Zij zijn in onze moderne samenleving onlosmakelijk met elkaar verbonden. De rechter is geen externe oppositionele macht die tegenover de democratisch gelegitimeerde wetgever en het bestuur staat. De rechter is een essentieel en integraal onderdeel van de democratische rechtsstaat.

De rechtsstaat is in Nederland niet wezenlijk in gevaar. Dat heeft niet alleen te maken met de traditioneel zorgvuldige omgang van de rechtsstatelijke instituties met elkaar, maar ook met het draagvlak onder de bevolking. Maar om het draagvlak voor de democratische rechtsstaat te behouden, is blijvende aandacht voor de rechtsstaat in al zijn facetten noodzakelijk. Dan hebben we het niet alleen over het normstellend vermogen van de wetgever en de kwaliteit van wetten, maar ook over de kwaliteit van de besluiten van het bestuur en de daadwerkelijke uitvoering daarvan.

Het gaat dan ook over de toegang tot de rechter en de kwaliteit van zijn uitspraken. Onderhoud van de rechtsstaat vergt dat we daarin daadwerkelijk voldoende en voortdurend investeren (ook in letterlijke, financiële zin) en het begrip van de rechtsstaat bevorderen. Gebeurt dat onvoldoende, dan wordt de rechtsstaat kwetsbaar en een mogelijke prooi voor machtsdenken. Niet al te ver van onze grenzen zijn hiervan pregnante voorbeelden te vinden.

In deze beschouwing gaat de Raad van State nader in op de werking van de democratische rechtsstaat en het evenwicht tussen de instituties. Daarmee wil de Raad een bijdrage leveren aan het begrip van de democratische rechtsstaat en de zorgvuldigheid van de wisselwerking tussen de instituties.

2. De rechtsstaat

De Nederlandse staat beoogt een rechtsstaat te zijn: een staat die gebonden is aan het recht. Het begrip rechtsstaat neemt in de Nederlandse rechtsorde een vitale en vanzelfsprekende plaats in. Het vormt het normatieve kader voor die rechtsorde. Het is echter niet een begrip met een scherpomlijnde inhoud. De rechtsstaat is door de tijd heen en afhankelijk van de nationale historische ontwikkeling uitgebouwd en aangevuld met andere elementen. De inhoud daarvan verschilt in de tijd en naar traditie.

Toch zijn er elementen – zowel inhoudelijke beginselen als institutionele en procedurele waarborgen – die in ieder geval tot de vaste kern van de rechtsstaat kunnen worden gerekend. Die elementen zijn inhoudelijk met elkaar vervlochten en tevens verbonden met de democratische beginselen.

Legaliteitsbeginsel

Het eerste element is het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat overheidshandelen een (grond)wettelijke grondslag heeft en dat de overheid altijd moet handelen binnen de grenzen van de (grond)wet. In de loop der tijd is dit beginsel verbreed naar het vereiste van overeenstemming met het recht. Hieronder wordt begrepen internationale verdragen, recht van de Europese Unie, en (rechts)beginselen.

Grondrechten

Een tweede element van de rechtsstaat is het waarborgen van fundamentele rechten en vrijheden van burgers. Die waarborgen zijn vervat in juridische regelingen van een hogere orde dan de gewone formele wet, te weten de nationale Grondwet (grondrechten) en verdragen (mensenrechten). Deze rechten stellen beperkingen aan de wetgever en het bestuur en bieden burgers bescherming tegen de overheid.

Machtenscheiding en machtenspreiding

Ten derde moet er een vorm zijn van machtenscheiding en machtenspreiding, die gericht is op het tegengaan van machtsmisbruik en onderdrukking. De klassieke formulering van dit vereiste is de machtenscheiding in de zin van de *trias politica* van Montesquieu. Daarbij worden de verschillende functies van de staat – wetgeving, bestuur, rechtspraak – aan verschillende staatsmachten toebedeeld. Een strikte scheiding komt in de praktijk overigens maar heel weinig voor. Het gaat er vooral om dat er geen concentratie van staatsmacht is. De belangrijkste instituties – parlement, regering, rechter – zijn belast met bepaalde taken en bevoegdheden die zij deels zelfstandig en deels in samenwerking met elkaar uitoefenen. Daarbij is sprake van onderlinge afhankelijkheid en wederzijdse controle (*checks and balances*), bijvoorbeeld via de ministeriële verantwoordelijkheid.

Onafhankelijke rechtspraak

Een vierde vast element houdt in dat er een onafhankelijke rechter moet zijn⁴, aan wie exclusief de uiteindelijke beoordeling van civielrechtelijke geschillen en de berechting van strafbare feiten is opgedragen, en tot wie de burger toegang heeft om de rechtmatigheid te laten toetsen van overheids-handelen dat hem in zijn belangen treft.

Samenhang met democratie

Rechtsstaat en democratie dienen verschillende doelen. De rechtsstaat stelt juridische randvoorwaarden van procedurele en inhoudelijke aard aan overheidsbesluiten en overheidshandelen. Democratie geeft juist legitimatie en ruimte aan besluitvorming door de volksvertegenwoordiging. In het Nederlandse staatsbestel zijn rechtsstaat en democratie onlosmakelijk met elkaar verbonden. Zo vereist de Grondwet vaak dat fundamentele besluiten over de (grond)rechtspositie van burgers uitsluitend bij formele wet worden genomen, dus mede door de volksvertegenwoordiging (het parlement). Machtverdeling heeft mede als doel de positie van het parlement te versterken. Rechterlijke controle is ervoor om de naleving van democratisch gelegitimeerd recht door het bestuur te verzekeren. En de vervulling van bepaalde rechtsstatelijke maatstaven met het oog op faire, vrije verkiezingen is een noodzakelijke voorwaarde om van democratie te spreken. Te denken valt aan algemeen kiesrecht voor iedereen, politieke vrijheden en een onafhankelijk toezicht op de verkiezingen.

⁴ In eerste lezing is een voorstel aanvaard om de toegang tot de rechter sterker te waarborgen, in een nieuw eerste lid van artikel 17 van de Grondwet (Stb. 2018, 88): "Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter."

3. De balans tussen de actoren binnen de rechtsstaat

De instanties die de rechtsstaat vormen en vormgeven zijn allereerst de klassieke instituties van de staat: wetgever, bestuur en rechter. Zij moeten in onderlinge wisselwerking telkens een goede balans vinden. Daarbij is er geen vanzelfsprekend primaat van één van de staatsmachten. Deze beschouwing gaat in het bijzonder over deze instituties.

Er zijn overigens andere actoren onontbeerlijk voor het goed functioneren van de rechtsstaat.⁵ Zo moeten de media toegang hebben tot wat er gebeurt binnen de democratische rechtsstaat, opdat de burger in staat wordt gesteld om zich er een oordeel over te vormen. Ook de hoge colleges van staat zijn relevant met het oog op individuele klachtvoorziening, financiële prudentie en juridische adequaatheid: de Nationale ombudsman, de Algemene Rekenkamer en de Raad van State. Daarnaast vervullen advocatuur en andere rechtshulpverleners een belangrijke functie: zij bieden binnen de rechtsstaat noodzakelijke juridische hulpstructuren voor de burger.

En ten slotte is er de burger zelf. Om de burger is het uiteindelijk allemaal te doen. En zonder de burger is het allemaal niet te doen. Zonder zelfbewuste participerende burgers kan de democratische rechtsstaat niet goed functioneren.

Duas politica

Wetgever, bestuur en rechter beïnvloeden elkaar. Als één van deze rechtsstatelijke actoren terugtreedt, kan er meer druk komen te staan op de andere actoren. Al langer wordt gesignaleerd dat er een terugtrek is van de wetgever, een ontwikkeling in de richting van een 'administratieve staat'.⁶ Deze ontwikkeling kenmerkt zich door het verdwijnen van een wezenlijke functiescheiding tussen de wetgevende en uitvoerende macht (van een *trias* naar een *duas politica*⁷). Dit komt onder meer tot uitdrukking in kaderwetten, vergaande delegatie van bevoegdheden en aanzienlijke beleidsruimte van het bestuur. Hierdoor zijn de marges voor dwingend en (in)dringend bestuurlijk optreden vergroot.

Als de wetgever de bestuurlijke beslissingsruimte minder scherp afbakt, dan schuift een deel van de wettelijke begrenzing die de wetgever vanuit zijn rechtsstatelijke taak behoort te formuleren, door naar de rechter die achteraf moet oordelen. Daarmee komt er steeds meer druk te liggen op de rechter

⁵ Zie: *Een sterkere rechtsstaat, verbinden en beschermen in een pluriforme samenleving*, advies van de Raad voor het Openbaar Bestuur, maart 2020.

⁶ E.M.H. Hirsch Ballin, *De rol van de wetgever: vijftig jaar verder*. Preadvis voor de jaarvergadering 2019 van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving, par. 1 e.v.

⁷ E.A. Alkema, *Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen*, NJB 2000, p. 1053-1058.

om tegenwicht te bieden aan de bestuurlijke machtsuitoefening die de wetgever heeft geautoriseerd.

Om die druk te voorkomen moeten wetgever en bestuur hun verantwoordelijkheid nemen. Wetgeven is normeren en duidelijk afbakenen van bevoegdheden. Er is een samenhang tussen de normering *vooraf* door de wetgever en de toetsing *achteraf* door de rechter. Als de wetgever meer normerend optreedt, bepaalt dit in sterke mate het rechterlijke toetsingskader, de ruimte voor de rechter.

Wisselwerking tussen wetgever, bestuur en rechter

De uitgangspunten die gelden in de wisselwerking tussen de rechtsstatelijke actoren worden in de Nederlandse context zelden met zoveel woorden benoemd. Niettemin zijn die impliciete constitutionele uitgangspunten van groot belang voor het functioneren van de democratische rechtsstaat. Zo is rolvastheid en respect voor elkaars positie essentieel voor het evenwicht tussen de staatsmachten, en daarmee voor het goed functioneren van de democratische rechtsstaat. Het respect voor de rol en het gezag van elk van de staatsmachten is ook een uiting van respect voor de democratische rechtsstaat zelf, en voor de gedeelde waarden die deze vertegenwoordigt.

De wetgever 'geeft' de wet die de basis vormt voor het overheidshandelen. Dat vergt een hoge kwaliteitsstandaard. Gebreken in de basis leiden onvermijdelijk tot problemen die de andere actoren moeten oplossen. Dit kan het gevolg zijn van de maatschappelijke complexiteit of van het ontbreken van politieke overeenstemming. In andere gevallen geeft de wetgever een (te) ruime of onduidelijke norm.⁸ In al deze situaties is rechterlijke en bestuurlijke lenigheid nodig om te komen tot goed afgewogen en gemotiveerde individuele oordelen die passen binnen de grenzen van het recht. De andere twee staatsmachten – bestuur en rechter – beschikken echter lang niet altijd over dezelfde probleemoplossende middelen die de wetgever tot zijn beschikking heeft. Zo is, in de woorden van Koopmans, de polsstok van de rechter nogal eens te kort om een maatschappelijk probleem op te lossen.⁹

De wet wordt in een complexe maatschappelijk-juridische context in eerste instantie toegepast en uitgelegd door het bestuur. Bij de toepassing van de wet kan het bestuur stuiten op praktische of juridische grenzen. De rechter kan vervolgens worden gevraagd om de toepassing van de wet te toetsen. De wetgever kan op uitspraken van de rechter reageren door wetgevend

⁸ Beschouwing in het Jaarverslag Raad van State 2018, De waarde van de wet en het wetgevingsproces.

⁹ T. Koopmans, *De polsstok van de rechter*, in: H.J.A.M. van Geest, L.J.M. de Leede & A.B. Ringeling (red.), *Regel en praktijk*. Zwolle: Tjeenk Willink 1979, pp. 101-112.

optreden. Het bestuur kan op zijn beurt zijn bestuurspraktijk heroverwegen. De rechter heeft dus binnen de rechtsstaat weliswaar een belangrijke stem, maar in beginsel niet het laatste woord. Na een rechterlijke uitspraak wordt de wisselwerking tussen de staatsmachten voortgezet en kan de wetgever de rechter terugroepen.

De mogelijkheid van correctie van de rechter door de (grond)wetgever is overigens niet onbegrensd. De Nederlandse rechtsorde is immers onderdeel van de internationale en Europese rechtsorde. Die stellen grenzen aan de nationale wetgever en het nationale bestuur. Rechterlijke uitspraken waarin dat juridisch hogere recht tot gelding wordt gebracht, kan de Nederlandse wetgever niet 'overrulen'. Daarmee rust een zware verantwoordelijkheid op de rechter bij de interpretatie van bovengevoerde normen. Van belang is dat hij deze interpretatie overtuigend motiveert. De begrenzing van nationale wetgevende autonomie is in belangrijke mate het resultaat van noodzakelijke grensoverschrijdende samenwerking, die regering en parlement decennialang actief hebben bevorderd. Zonder deze samenwerking zou de Nederlandse staat overigens in een kwetsbare en soms zelfs machteloze positie terechtkomen.

4. Het legaliteitsbeginsel: binding aan het recht

Wetgeving moet de rechtszekerheid dienen en voldoen aan rechtsstatelijke normen. In een zogenaemde meerlagige rechtsorde, zoals de Nederlandse, moet wetgeving ook voldoen aan Unierechtelijke regelgeving en aan internationale verdragen. Als wettelijke normen ontbreken of als wettelijke normen voor overheidshandelen niet scherp zijn afgebakend, dan zullen eerst het bestuur en daarna de rechter die normen moeten invullen om de burger in individuele gevallen bescherming te kunnen bieden.

Die invulling kan ook voortkomen uit internationale normen en rechtsbeginselen. Het bestuur moet rekening houden met verplichtingen die eerder in Europees of internationaal verband zijn aangegaan en daar alle passende gevolgen aan verbinden. Als het om netelige Europese en internationale kwesties gaat, zoals milieudoelstellingen of migratieproblematiek, maakt de regering met instemming van het parlement afspraken op internationaal niveau en werkt mee aan Europese regelgeving. Dat doet zij zonder zich er altijd rekenschap van te geven of er binnen Nederland wel draagvlak is om daar op een passende manier uitvoering aan te geven.

Hoewel het legaliteitsbeginsel de eerste basisvoorwaarde blijft voor de rechtsstaat, is de plaats van de wet binnen de democratische rechtsstaat veranderd. Eén van de redenen daarvoor is dat de snelheid sterk toeneemt waarmee maatschappelijke en technologische ontwikkelingen zich voltrekken.

Hierdoor kan wetgeving niet alles meer adequaat regelen. Die ontwikkeling zien we overal ter wereld.

De samenleving wordt complexer, dus wet- en regelgeving ook. De complexiteit van regelgeving gaat omwille van de uitvoerbaarheid vaak gepaard met digitalisering. Met bijzondere omstandigheden van burgers wordt in de besluitvorming dan geen rekening gehouden. 'Computer says no'. Ook kan digitalisering leiden tot minder begrijpelijke besluitvorming. Dit alles kan zeer nadelige gevolgen hebben voor burgers. Bij de implementatie van (steeds vaker geautomatiseerde uitvoering van) ingewikkelde wet- en regelgeving worden bovendien onvermijdelijk lastige keuzes gemaakt. Op voorhand is daarbij soms niet meer te voorzien welke gevolgen die keuzes hebben in individuele gevallen.

Wettelijke regels die in abstracto redelijk lijken, kunnen in de praktijk voor bepaalde (groepen) burgers evident onredelijk uitvallen. Die gevolgen worden soms pas na verloop van tijd zichtbaar, zoals bij het alcoholslotprogramma en de kinderopvangtoeslag. De rechter kan dan alsnog ingrijpen door regelgeving onverbindend te verklaren, buiten toepassing te laten of door maatwerk van de overheid te verlangen.

Zo verklaarde de Afdeling bestuursrechtspraak in maart 2015¹⁰ de regeling van het alcoholslotprogramma onverbindend nadat duidelijk werd dat het programma voor veel burgers onevenredig uitwerkte. En meer recent heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in haar uitspraken van 23 oktober 2019 het belang van het voorkomen van misbruik van kinderopvangtoeslag in evenwicht gebracht met de gerechtvaardigde belangen van burgers. De Belastingdienst/Toeslagen moet maatwerk verlenen bij de terugvordering van te veel of ten onrechte betaalde toeslagen.¹¹ De Afdeling bestuursrechtspraak kwam hiermee terug van haar eerdere rechtspraak. De ernst en omvang van de financiële gevolgen voor vele betrokkenen waren inmiddels duidelijk.

Het legaliteitsbeginsel raakt aan het spanningsveld tussen het algemeen belang en het belang van de individuele burger. Zoals al werd geconstateerd dwingt de toegenomen bestuurlijke ruimte de rechter om de wijze waarop het bestuur van die ruimte gebruikmaakt indringender te toetsen en daarbij de individuele omstandigheden van het geval mee te wegen.

¹⁰ ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

¹¹ ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536.

5. Grondrechten en de rechter

Binnen een rechtsstaat moet de overheid iedereen bejegenen met 'waardigheid, gelijkheid, en redelijkheid, en overeenkomstig het recht'.¹² Het waarborgen daarvan vereist onder meer dat een onafhankelijke rechter overheidsbesluiten in een eerlijke en transparante procedure kan toetsen. De artikelen 93 en 94 van de Grondwet geven voorrang aan bepalingen van (grondrechten)verdragen en aan besluiten van volkenrechtelijke organisaties boven nationale wetgeving. Ook verbiedt artikel 120 van de Grondwet de rechter om wetten aan de Grondwet te toetsen.

Hierdoor fungeert met name het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) in zekere zin als een grondwet. In gevallen waar het EU-recht een rol speelt, geldt hetzelfde voor het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Deze openheid voor het internationale recht geeft de Nederlandse rechter een voortrekkersrol bij toetsing van het nationale recht aan het EVRM en equivalente verdragen. Kwesties die in de meeste andere landen worden beoordeeld onder toepassing van de bepalingen van de nationale Grondwet, worden in Nederland aan het EVRM getoetst.

De Europese Unie vervult ook een zeer belangrijke rol bij de bescherming van grondrechten. Zo vormen de Europese Verdragen voor de lidstaten een bron van gedeelde rechtsstatelijke en democratische waarden en beginselen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie in Luxemburg vervult een sleutelrol bij de verwezenlijking van deze rechten en beginselen. Volgens artikel 2 van het EU-verdrag berust de Europese Unie op een aantal gedeelde waarden, waaronder de grondrechten, de democratie en de rechtsstaat. De Unie zelf is dan wel geen staat, maar de verdragen en het Handvest van de Grondrechten van de Unie stellen wél rechtsstatelijke eisen aan zowel de Europese lidstaten als de instellingen en organen van de EU.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseerde in 2019 over het initiatiefwetsvoorstel van de Tweede Kamerleden Verhoeven en Jetten over de toevoeging van bepalingen aan de Grondwet over het lidmaatschap van de Europese Unie.¹³ In het advies merkte de Afdeling advisering op dat de EU onmiskenbaar invloed heeft op de economie, de nationale instituties en de burger. Er is in Nederland altijd brede steun geweest voor de idealen van de EU, die passen bij het normatieve karakter van de Grondwet. Het Nederlandse lidmaatschap van de EU is niet vrijblijvend, maar betekent een verankering van de waarden van menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten.

¹² Venice Commission, *Report on the Rule of Law* (2011), punt 16.

¹³ Kamerstukken II 2019/20, 35 202 (R2106), nr. 4.

6. Onafhankelijke rechtspraak in de Europese Unie

De rechtsstaat komt daadwerkelijk in gevaar als burgers geen toegang tot een onafhankelijke rechter hebben die in laatste instantie waakt over de toepassing van de wet en de bescherming van hun (grond)rechten. Er is in Nederland weliswaar discussie over de rechtsbedeling waarbij ook vragen spelen die raken aan de toegang tot de rechter. Maar de toegang tot onafhankelijke rechtspraak is in Nederland als zodanig niet in het geding. In verschillende andere Europese landen zijn er ontwikkelingen die vanuit rechtsstatelijk perspectief wel zeer zorgelijk zijn.

De toegang tot de rechter is opgenomen in onze Grondwet.¹⁴ Ook voor de EU is de toegang tot een effectief rechtsmiddel van bijzondere rechtsstatelijke betekenis.¹⁵ De nationale rechter heeft een bijzondere positie bij de waarborging van het EU-recht. Hij moet het EU-recht uitvoeren en de rechten van burgers verzekeren die voortvloeien uit het EU-recht. In zoverre is de Nederlandse rechter ook EU-rechter. De toegang tot een effectief rechtsmiddel houdt in EU-verband dus niet alleen de toegang in tot het Hof van Justitie, maar in het bijzonder ook de toegang tot een onafhankelijke nationale rechter in zaken waarin het EU-recht (mede) een rol speelt. Het Hof van Justitie oordeelde in juli 2018 dat de onafhankelijkheid van de rechter behoort “tot de kern van het grondrecht op een eerlijk proces, dat van het grootste belang is als waarborg dat alle door de justitiabelen aan het EU-recht ontleende rechten worden beschermd en de in artikel 2 van het EU-verdrag verankerde waarden die de lidstaten gemeen hebben, met name de waarde van de rechtsstaat, worden behouden.”¹⁶

Volgens de officiële berichtgeving van onder meer de Europese Commissie en het Europees Parlement zijn er aanwijzingen van ernstige rechtsstatelijke tekortkomingen in verschillende Europese landen, waaronder Polen, Hongarije, Malta, Slowakije, Roemenië¹⁷ en Bulgarije.¹⁸ Artikel 7 van het EU-verdrag biedt een juridisch instrument om maatregelen te nemen tegen een lidstaat die de rechtsstaat schendt. Deze procedure is inmiddels ingeleid tegen Polen en Hongarije.¹⁹

¹⁴ Artikelen 17 en 112 van de Grondwet.

¹⁵ Toegang tot de rechter is als grondrecht neergelegd in zowel artikel 19 van het EU-verdrag als artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de EU.

¹⁶ HvJEU 25 juli 2018 in zaak C-216/18 PPU, LM, punt 48.

¹⁷ www.europarl.europa.eu/news/en/agenda/briefing/2019-04-15/7/rule-of-law-in-romania-debate-in-plenary.

¹⁸ <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/assistance-bulgaria-and-romania-under-cvm/reports-progress-bulgaria-and-romania>.

¹⁹ Toepassing van politieke sancties op basis van artikel 7 van het EU-verdrag vereisen unanimititeit (met uitsluiting van het land waarop de sanctie ziet).

Een lidstaat kan niet tegen haar wil worden gedwongen om de EU te verlaten.²⁰ Wel is het mogelijk om in individuele zaken aan het Hof van Justitie prejudiciële vragen te stellen, of om inbreukprocedures aanhangig te maken. Het Hof van Justitie heeft Polen en Hongarije inmiddels meermalen veroordeeld.²¹ Dit is binnen de EU een uiterst zorgelijke ontwikkeling. Het beginsel van wederzijds vertrouwen is een van de pijlers waarop de EU steunt. Als de rechtspraak van een lidstaat niet meer kan worden vertrouwd, tast dat de EU als geheel in de kern aan.

7. De ruimte van de rechter

De rechter vormt het sluitstuk van de democratische rechtsstaat. Er is de laatste tijd de nodige kritiek op het functioneren van onder meer de bestuursrechter. Sommigen menen dat de bestuursrechter de burger te weinig rechtsbescherming biedt, terwijl anderen vinden dat de bestuursrechter overheidsbesluiten te kritisch toetst en daarin meer terughoudend zou moeten zijn. Hier openbaart zich de spanning die kan bestaan tussen enerzijds de rechter en anderzijds de wetgever en het bestuur. Terughoudendheid is in het bestuursrecht echter al van oudsher de norm, althans wanneer krachtens wet- en regelgeving het democratisch gelegitimeerde bestuur beslissingsruimte heeft. Die beslissingsruimte wordt in veel uitspraken expliciet benoemd en komt onder meer tot uitdrukking in het omgevingsrecht. Zo is het aan de gemeenteraad om te bepalen welke nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen ‘een goede ruimtelijke ordening’ dienen.

Tegen deze achtergrond toetste de Afdeling bestuursrechtspraak het afgelopen jaar bijvoorbeeld of het bestemmingsplan dat de aanleg van de nieuwe woonwijk Sluisbuurt in Amsterdam mogelijk maakt niet in strijd is met het recht,²² werd de aanleg van het windmolenpark N33 in de omgeving van Veendam mogelijk²³ en kon er een nieuwe tramlijn tussen Hasselt en Maastricht komen.²⁴

Verder kan worden gewezen op uitspraken over de aanwijzing van een onroerende zaak als monument,²⁵ de beëindiging van een subsidie,²⁶ de afwijzing van de aanvraag om een urgentieverklaring (zodat bewoning

²⁰ Dit vergt een aanpassing aan de Europese verdragen waarvoor de goedkeuring van alle lidstaten is vereist.

²¹ HvJEU, gevoegde zaken C-585/18, C-624/18 en C-625/18; zaak C-619/18; en zaak C-192/18.

²² ABRvS 6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3734.

²³ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1781.

²⁴ ABRvS 15 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1589.

²⁵ ABRvS 4 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4062.

²⁶ ABRvS 20 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3914.

op een gewenste plek mogelijk wordt),²⁷ de instelling van een milieuzone²⁸ en de vaststelling van gedragsregels op scholen.²⁹ Deze voorbeelden van toetsing door de Afdeling bestuursrechtspraak die de beslissingsruimte van het bestuur respecteert, illustreren de rollen die binnen de machtenscheiding zijn toegekend aan wetgever, bestuur en rechter.

Voor een terughoudende opstelling van de rechter is geen aanleiding bij vaststelling van de feiten of als de wet duidelijke regels stelt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij geluids- en geurnormen of normen voor de externe veiligheid. De vraag of aan zulke normen wordt voldaan, toetst de bestuursrechter in beginsel vol.

Respect voor de beslissingsruimte van het bestuur wil echter niet zeggen dat de rechter niet toetst of een besluit zorgvuldig is voorbereid en goed is gemotiveerd. Als overheidsbesluiten worden genomen op basis van beslissingsruimte, maar ook van invloed zijn op de grondrechten en andere fundamentele belangen van burgers, zoals bij gaswinningsbesluiten, dan toetst de bestuursrechter indringend of het bestuur alle relevante feiten en belangen in kaart heeft gebracht en of het bestuur de betrokken belangen – waaronder die van de burgers in het gebied – zorgvuldig heeft afgewogen. Een meerlagige rechtsorde als de onze kent steeds vaker situaties waarin verschillende rechtsnormen gezamenlijk van toepassing zijn. Het gaat daarbij om regels uit het EU-recht, het EVRM, constitutionele normen en beginselen en nationale wetgeving. Er is daarbij een steeds sterkere verwevenheid van rechtsregels uit verschillende – nationale, Europese of internationale – bronnen. Dan zijn de verschillende elementen weliswaar met elkaar verbonden, maar kunnen zij ook ten opzichte van elkaar bewegen in een steeds veranderende, dynamische samenhang.³⁰ Binnen die samenhang ‘vindt’ de rechter het recht. Dat er in toenemende mate zowel positieve als negatieve aandacht is voor de veranderende rol van de rechter, hangt samen met deze tendens naar rechtsvinding.³¹

De rechter zal vanuit zijn rol en *habitus* in principe zo ver mogelijk af blijven van het scheppen van recht: het ‘geven’ van een wet is immers voorbehouden aan de wetgever. De rechter ontkomt echter niet aan rechtsvinding als er geen eenduidige juridische norm is, maar verschillende normen die onderling

²⁷ ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1112.

²⁸ ABRvS 20 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3864.

²⁹ ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1885.

³⁰ E.A. Alkema, *Over implementatie van internationaal recht – de internationale rechtsorde is de onze nog niet*, Oratie Universiteit Leiden (2005).

³¹ M. Feteris, *Development of the Law by Supreme Courts in Europe*, Utrecht Law Review 2017, vol. 13 (1), p. 155-168.

afgewogen moeten worden. Door bestaande juridische elementen in een nieuwe samenhang uit te leggen en toe te passen kan nieuw recht ontstaan. Bij gebrek aan houvast fungeert de rechter soms ongewild als wetgever-plaatsvervanger. Dit is niettemin een belangrijke functie van de rechter. Deze is onvermijdelijk, maar mag geen gewoonte worden.

Enerzijds wordt er steeds meer van de rechter verwacht, anderzijds is er kritiek op de veranderende rol van de rechter. Vergelijkbare ontwikkelingen zien we in Europa en daarbuiten. Belangenorganisaties spelen daarbij een belangrijke rol. Zij zijn in steeds meer landen door de wetgever in staat gesteld om maatschappelijke kwesties voor de rechter te brengen die individuele belangen overstijgen. In Nederland is er in het afgelopen jaar aandacht geweest voor verschillende uitspraken van onder meer de Afdeling bestuurs-rechtspraak van de Raad van State, de Hoge Raad, het gerechtshof en de rechtbank Den Haag.³² Kritische reflectie op rechterlijke uitspraken mag en moet onderdeel zijn van de vitale rechtsstaat.

Normen van internationaal en Europees recht zijn regelmatig bepalend voor een rechterlijke beslissing. Het kan dan gaan om rechtstreeks werkende normen zoals grondrechten. Maar het kan ook gaan om normen die eerst door de wetgever moeten worden omgezet in wetgeving. Vaak heeft de wetgever de mogelijkheid om bij die omzetting beleidskeuzes te maken. De hoogste nationale rechter is verplicht het Hof van Justitie om uitleg te vragen als twijfel bestaat over de uitleg van een Europese rechtsregel. In deze prejudiciële procedure kan het Hof van Justitie die uitleg verschaffen en zich zo nodig uitspreken over de rechtsgeldigheid van de Europese en nationale wetgeving. De uitspraak van het Hof van Justitie is voor de verwijzende nationale rechter bindend voor de uitleg van de Europese regels. De nationale rechter moet hieraan vervolgens consequenties verbinden door aan die regels in de concrete nationale context invulling te geven.

Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in de zaken over het Programma Aanpak Stikstof (PAS) aan het Hof van Justitie gevraagd hoe artikel 6 van de Habitatrichtlijn moet worden uitgelegd. Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest van november 2018 een stringente uitleg gegeven aan de Habitatrichtlijn met het oog op de bescherming van natuurgebieden tegen de effecten van stikstofdepositie.³³ Gelet op het antwoord van het Hof van Justitie heeft

³² De uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Hoge Raad werden in de inleiding al genoemd. Bij de rechtbank en het gerechtshof Den Haag kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de voorafgaande uitspraken van die colleges (ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 en ECLI:NL:GHDHA:2018:2591) in de klimaatzaak Urgenda en aan de uitspraak van de rechtbank Den Haag in de zaak over het SyRI (ECLI:NL:RBDHA:2020:865).

³³ HvJEU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882.

de Afdeling bestuursrechtspraak op 29 mei 2019 de vergunningen die zijn gebaseerd op het PAS vernietigd wegens strijd met de Habitatrichtlijn. Deze uitspraak en tal van uitspraken over het PAS daarna hebben grote (maatschappelijke) gevolgen voor verschillende maatschappelijke sectoren, zoals de landbouw en de bouwpraktijk. De impact van de uitspraken – zo mag blijken uit de voorgaande beschouwing – is evenwel niet het gevolg van een eigen agenda van de rechter, maar van de toepassing van bestaande Europese rechtsregels die onderdeel zijn van de Nederlandse rechtsorde.

8. Moet het beter?

Het vertrouwen van de Nederlandse burgers in hun instituties is gelukkig groot. Zonder dat vertrouwen zou de rechtsstaat leeg zijn en niet effectief kunnen functioneren. Maar dat vertrouwen kan worden geschaad als de overheid bijvoorbeeld verzuimt om tijdig noodzakelijke maatregelen te nemen of moeilijke keuzes te maken en deze te verantwoorden. Burgers en bedrijven kunnen dan geconfronteerd worden met de negatieve gevolgen van tegenstrijdig of gebrekkig beleid bij dreigende economische of milieuproblemen.

In de uitvoering van wetgeving en beleid vallen er steken. Dat komt bijvoorbeeld doordat de complexiteit van veel wet- en regelgeving voor individuele burgers en bedrijven, maar ook voor uitvoerende instanties niet meer te bevatten is. Deze complexiteit kan voor onredelijke of onwerkbare uitkomsten zorgen, mede in combinatie met de geautomatiseerde uitvoering. Bovendien kan de complexiteit van wet- en regelgeving niet alleen de uitvoering problematisch maken, maar ook ten koste gaan van de kwaliteit van het democratische debat. Hier ligt een belangrijke opgave voor regering en parlement. De wetgever staat vaak voor de moeilijke opgave om een duidelijke lijn te kiezen te midden van maatschappelijke onrust. Het is van belang dat daarvoor begrip bestaat bij de andere rechtsstatelijke actoren.

Een ander aandachtspunt is het onderhoud van de rechtsstaat. Een voorwaarde vooraf voor het functioneren van de democratische rechtsstaat is immers de beschikbaarheid van toereikende middelen om de kwaliteit van de instituties te garanderen. Dat geldt zowel voor de wetgever en het bestuur, als voor de rechter en de burger. Een goed functionerende rechtsstaat gaat daarom vooraf aan de reguliere afweging van bestedingen in het publieke domein. De rechtsstaat heeft immers stabiele instituties nodig die onder alle omstandigheden uitstekend functioneren, en misschien wel juist als de nood van burgers en overheid hoog is. De rechtsstaat vereist ook toegankelijkheid voor minder draagkrachtige burgers tot de rechtsbescherming. De democratische rechtsstaat is immers geen simpele kostenpost, maar een waarborg én een essentiële randvoorwaarde voor vreedzaam samenleven.

Er zou in Nederland meer aandacht kunnen zijn voor de kennis van de rollen en verantwoordelijkheden van de rechtsstatelijke actoren.³⁴ De Grondwet treedt binnen de Nederlandse democratische rechtsstaat niet sterk op de voorgrond als basis voor die kennis. Het 'constitutionele leven' speelt zich vaak af buiten de geschreven Grondwet om. Ongeschreven regels en de praktijk bepalen grotendeels de betekenis van essentiële principes, zoals de strekking en omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid en de traditie van terughoudendheid bij het bekritisieren van de rechter. Deze spelregels in de omgang tussen de verschillende actoren in de democratische rechtsstaat liggen weliswaar niet permanent vast en ontwikkelen zich in de tijd. Maar in een sterke democratische en rechtsstatelijke cultuur moet altijd sprake zijn van terughoudendheid ten opzichte van elkaar waar dit gepast is, een kritische reflectie waar dit nodig is en een voortdurend gezamenlijk respect voor de verschillende functies binnen het geheel. Dat vereist gedegen kennis van ieders positie en toegevoegde waarde en een zorgvuldige omgang daarmee. Ontwikkeling van constitutionele conventies zou daarvoor een aangewezen instrument zijn.

Voor het constitutionele erfgoed is in het publieke debat in Nederland van oudsher weinig aandacht. Als deze aandacht meer structureel zou worden, dan zou dat het debat kunnen verrijken en kunnen bijdragen aan de kwaliteit en de meningsvorming binnen de democratische rechtsstaat. Zoals de Staatscommissie parlementair stelsel het verwoordde: "Voor alle burgers geldt dat voldoende kennis over de democratische rechtsstaat en het functioneren daarvan van cruciaal belang is voor de kwaliteit van hun burgerschap."³⁵ Voor de democratische rechtsstaat is dat zelfs een bestaansvoorwaarde. Bevordering van basiskennis van de democratische rechtsstaat in het onderwijs zou daarbij helpen. Uitwisseling van zienswijzen tussen vertegenwoordigers van de instituties en de voor de rechtsstaat relevante actoren over de staat van de democratische rechtsstaat en de wijze waarop de staatsmachten zich tot elkaar verhouden, kan daar ook aan bijdragen. De Raad van State neemt zich voor het komende jaar enkele 'rechtsstaat-gesprekken' te entameren en te faciliteren. Deze gesprekken tussen betrokkenen in de verschillende instituties kunnen wellicht leiden tot beter onderling begrip en onderlinge reflectie op de verschillende verantwoordelijkheden en opdrachten binnen het rechtsstatelijk stelsel.

³⁴ M. Adams, *Constitutionele geletterdheid voor de democratische rechtsstaat*, NJB 2013/874.

³⁵ Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken: democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam: Boom 2018, p. 246 ev.

9. Tot slot

In deze beschouwing heeft de Raad van State een beeld geschetst van de essentialia van de democratische rechtsstaat zoals deze in Nederland functioneert. Hierbij is in het bijzonder aandacht geschonken aan de rol en de opdracht van de rechter.

De kern van de democratische rechtsstaat ligt in het recht waaraan de volksvertegenwoordiging mede vormgeeft en waarvan de rechter de grenzen bewaakt. Daarbij is van belang dat de verschillende staatsmachten hun verantwoordelijkheid kennen en ook nemen. Voor de wetgever betekent dit dat hij bevoegdheden duidelijk normeert en afbakent. Voor het bestuur bestaat die verantwoordelijkheid uit een zorgvuldige afweging en motivering van besluiten die passen binnen de kaders van het recht. De rechter wordt gevraagd om de toepassing van de wet te toetsen aan het recht.

Dat recht wordt niet alleen op nationaal niveau ontworpen en ontwikkeld, maar ook over de staatsgrenzen heen. Nederland maakt immers deel uit van de Europese Unie en de internationale rechtsorde. Wetgever, bestuur én rechter moeten zich verhouden tot alle lagen van onze rechtsorde. Soms schuurt dat, zoals ook de onderlinge verhoudingen soms onder druk staan. Dit is bijvoorbeeld het geval als rechterlijke uitspraken in concrete kwesties de marges voor politiek beleid verkleinen. Daarbij zou meer oog kunnen zijn voor de lastige positie van de rechter, die soms een uitspraak moet doen in een door maatschappelijke tegenstellingen gedomineerde kwestie tegen de achtergrond van tegenstrijdige normen en principes. Tegelijkertijd rust op de rechter ook een zware verantwoordelijkheid bij de interpretatie en toepassing van internationale normen.

Een gezonde spanning hoort bij het evenwicht dat tussen de staatsmachten moet bestaan en draagt bij aan een vitale democratische rechtsstaat. Veel is echter afhankelijk van het begrip en het respect voor de rol en de verantwoordelijkheid van de andere staatsmachten. Zorgvuldigheid in de omgang met de pijlers van de rechtsstaat is dan ook geboden. Dat is niet alleen een opdracht voor de regering, de Eerste en Tweede Kamer, rechterlijke organen en hoge colleges van staat, maar ook voor andere belangrijke spelers in de rechtsstaat: media, advocatuur en rechtshulp, wetenschap, sociale partners, maatschappelijke organisaties. Samen met de statelijke actoren en de individuele burgers 'vullen' zij immers de democratische rechtsstaat. Samen *zijn* zij de rechtsstaat.

Drie bijdragen
aan de dialoog

Henk Kummeling³⁶

Evenwicht vereist tegenwicht

Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Beschouwing van de Raad van State over evenwicht in de rechtsstaat in het jaarverslag van 2019.

1. De beschouwing van de Raad van de State komt op een uitgelezen moment en biedt een zeer welkome bijdrage in het voortdurende debat over het functioneren van de democratische rechtsstaat. Dit staatstype impliceert immers een nimmer eindigende discussie over de staatsmachten, en nog breder, over alle overheidsinstellingen. De achterliggende gedachte hierbij is dat de geschiedenis leert dat ter bevordering van welvaart en welzijn van zo veel mogelijk mensen het wenselijk is dat machtsconcentratie in handen van een bepaalde groep of bepaalde persoon wordt voorkomen.³⁷ Machtenscheiding is noodzakelijk, maar vooral ook machtsevenwicht. Dit evenwicht kan niet statisch zijn. De staatsmachten zien zich voortdurend voor nieuwe vragen gesteld, voor nieuwe problemen die om oplossingen vragen, en als vanzelfsprekend zullen dan, als een bepaalde staatsmacht met een bepaalde oplossing komt voor een haar regarderend probleem de andere staatsmachten geconfronteerd worden met de vraag hoe met deze oplossing omgegaan moet worden gegaan in het eigen domein. Het organiseren van *checks and balances* is de kernopdracht voor het constitutionele recht binnen een democratische rechtsstaat, en als het daarin is geslaagd, dan is het resultaat een dynamisch machtsevenwicht, waarin er voortdurend sprake is van actie en reactie, van contestatie, maar als het goed is ook van (uiteindelijke) acceptatie dat een staatsmacht gelet op het toegemeten terrein mocht handelen zoals zij heeft gedaan.
2. Inherent aan een democratische rechtsstaat is dat de staatsmachten eeneigen, beperkt domein van macht hebben. Als gevolg daarvan hoort de rechter niet aan regelgeving te doen, en de wetgever niet aan de beoordeling van concrete gevallen. Het doet daarom nogal merkwaardig aan als geprobeerd wordt om discussies over het functioneren van de staatsmachten binnen de democratische rechtsstaat te versimpelen tot de vraag: wie heeft het laatste woord? Daarbij is de impliciete gedachte dat er één autoriteit is, die een absoluut, finaal oordeel mag vellen over een bepaald vraagstuk. Meestal wordt dan de vraag nog verder versimpeld door de kwestie voor te stellen als een gevecht tussen de wetgever en de rechter. Binnen de context van de democratische rechtsstaat is de vraag

³⁶ Prof. mr. dr. H.R.B.M. Kummeling is universiteitshoogleraar vergelijkend constitutioneel recht en rector magnificus aan de Universiteit Utrecht.

³⁷ Zie M.C. Burkens e.a., *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer, achtste druk 2017, met name hoofdstuk 2.

welke staatsmacht het laatste woord heeft weinig productief,³⁸ om niet te zeggen onzinnig. Alle drie de staatsmachten hebben slechts een *tijdelijk* laatste woord *binnen* het *eigen domein* van bevoegdheden. En *binnen* het eigen domein van staatsmacht kunnen ze dan vervolgens weer proberen om andere staatsmachten te corrigeren. Uiteraard dit alles onder de voorwaarde dat de onderscheiden staatsmachten accepteren dat er andere staatsmachten zijn die een eigen ruimte hebben die gerespecteerd moet worden.

3. De notitie van *checks and balances* veronderstelt dat er sprake is van gemeenschappelijke verantwoordelijkheid om het constitutionele raamwerk naar behoren te laten functioneren. Als een bepaalde staatsmacht van oordeel is dat een andere staatsmacht haar constitutionele verantwoordelijkheden niet naar behoren naleeft, dan is gebruikelijk dat er *wake up calls*, 'waarschuwingsboodschappen' worden gezonden. Het komt dan ook wereldwijd zeer veelvuldig voor dat rechters, zeker constitutionele hoven, dergelijke boodschappen afgeven aan bestuur en wetgever in de vorm van interpretaties, verklaringen, termijnstellingen, etc. met het oog op de (spoedige) hervatting van de constitutionele taken van de desbetreffende staatsmacht en het herstel van de normale constitutionele orde.³⁹
4. In bovenstaand patroon passen volledig de gewraakte uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over het stikstofbeleid (PAS-regeling) en van de Hoge Raad over het ontoereikende klimaatbeleid (Urgenda-arrest). Naar het oordeel van de rechters was het in beide gevallen helder dat binnen het constitutionele bestel geldende verplichtingen door een andere staatsmacht niet of onvoldoende werden nagekomen. Dan is het ook volkomen terecht dat de rechter daarop wijst. Dat genoemde verplichtingen grotendeels waren ingegeven door internationaal c.q. Europees recht doet daar niet aan af. Sterker nog: de Grondwet draagt in de artikelen 92 t/m 94 juist de rechter op om dergelijke normen te interpreteren en toe te passen. Dat de rechter aan de wetgever doelen meegeeft die binnen een bepaalde termijn gerealiseerd moeten worden, zoals in het Urgenda-arrest, past volledig binnen de constitutionele taakopdracht en constitutionele taakverdeling. Daarmee treedt de rechter zeker niet in het politieke domein.⁴⁰ Belangrijk is ook om zich te realiseren dat

³⁸ Zie ook M. Vetzo, Het jaarverslag van de Raad van State en correctie van het rechterlijk oordeel door de wetgever, NJB 2020, Afl. 25, p. 1800.

³⁹ H.R.B.M. Kummeling, Britannia Beach and Lagoonbay: The Constitutional Court in Muddy Waters? Some Comparative Reflections on the Benefits of an Active Judiciary, in: S. Woolman (ed), Constitutional Court Review –VI, Cape Town, South Africa: Juta & Co Ltd. 2016, pp 24-31.

⁴⁰ Anders: L.F.M. Besselink, Rechter en politiek: Machtenscheiding in de Urgenda-zaak, TvCR 2020, nr. 3. p. 150.

er binnen de rechtsstatelijke constellatie nog ruimte bestaat voor het bestuur en wetgever om met alternatieve oplossingen te komen.⁴¹

5. Hiermee komen we bij de kern van mijn opmerkingen bij de beschouwing van de Raad van State. Zij laat zich vooral lezen als een – terechte – verdediging van het optreden van de rechter in de besproken gevallen. Daarmee blijft echter een belangrijk vraagstuk buiten beeld, namelijk dat de kritiek op de rechter in de genoemde gevallen afkomstig is van (een deel van) de volksvertegenwoordiging die er een bijzonder belang bij heeft om de oordelen van rechters ter discussie te stellen. Dat gaat dan met name over het populistische deel. Daarnaast is er een deel van de volksvertegenwoordiging, en dat is eigenlijk nog erger, dat geen weet lijkt te hebben van het feit dat er een constitutionele taakverdeling is waarvan het de moeite waard is om deze te respecteren. Laat ik met het laatste beginnen.
6. Maar voordat ik dat doe nog een tussenopmerking. Het valt op dat de Raad van State in zijn beschouwing het evenwicht in de *rechtsstaat* problematiseert, en niet het evenwicht in de *democratische rechtsstaat*. Dat is op zijn minst om twee redenen opmerkelijk. Allereerst omdat we sinds het begin van de twintigste eeuw binnen het constitutionele recht van oordeel zijn dat *rechtsstaat* en *democratie* geen los verkrijgbare artikelen meer horen te zijn. Dat erkent overigens ook de Raad van State.⁴² Belangrijker nog is echter dat de (dreigende) disbalans in de rechtsstaat, die centraal staat in de beschouwing van de Raad van State, juist veroorzaakt wordt door de staatsmacht die samengesteld is op basis van democratische principes.
7. Bij de volksvertegenwoordiging, met name bij de Tweede Kamer, wordt het 'institutionele geheugen' steeds zwakker, men weet steeds minder wat de in acht te nemen regels en procedures zijn. Dat heeft grotendeels te maken met het feit dat gemiddelde verblijfsduur in de Tweede Kamer steeds korter wordt, dat het Kamerlidmaatschap (dus) als een stap in een verdere carrière wordt gezien én omdat er steeds minder juristen in de Tweede Kamer zitten.⁴³ Het risico is dan levensgroot dat (publicitair) scoren op de korte termijn het hoogste doel wordt, zonder rekening te houden met het functioneren van het instituut op de langere termijn. Dat zien we bijvoorbeeld bij het omgaan met parlementaire conventies.

⁴¹ Zie Vetzo 2020, p. 1798 e.v.

⁴² Zie Beschouwing, p. 13.

⁴³ Uitvoerder in P.P.T. Bovend'Eert en H.R.B.M. Kummeling, Het Nederlandse parlement, Deventer: Kluwer, twaalfde druk 2017, p. 101 e.v. Zie ook het Eindrapport van de Staatscommissie parlementair stelsel, Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans, Amsterdam: Boom 2018, p. 264 e.v.

Dit zijn geen staatsrechtelijke normen maar praktijkregels en -procedures waarvan het communis opinio is dat de naleving ervan buitengewoon nuttig is voor het functioneren van het staatsbestel. Ze bieden helderheid over hoe te handelen, ze voorkomen onzekerheid en chaos, en – ondanks het feit dat ze vaak door een meerderheid worden bepaald en afgedwongen – ze bieden ook minderheden een zekere bescherming.⁴⁴ Veel van die conventies zijn gebaseerd op de gedachte “Wat gij niet wilt dat u morgen geschiedt, doe dat dan vandaag de ander niet.” Want wie nu in de oppositie zit, kan straks in de regeringscoalitie zitten en door elkaar voortdurend in de wielen te rijden, kan niemand vooruitgang boeken. Met dit als achtergrond werden ook in de Nederlandse Tweede Kamer in het verleden conventies door vrijwel iedereen nageleefd. De (hernieuwde) intrede van populistische partijen in de Kamer, beginnend met de partij van de heer Wilders, heeft ook wat dat betreft een ‘ontregelend’ effect teweeg gebracht. Zo is het gebruik van ‘pairing’ waarbij, om te voorkomen dat door toevallige absenties de stemverhouding worden verstoord, door oppositie- en regeringsfracties afspraken worden gemaakt over de afwezigheid van bepaalde leden, vrijwel onmogelijk geworden.⁴⁵ Ook de conventie dat hoofdelijke stemmingen uitzondering zijn, en als ze al plaatsvinden dat ze dan tijdig worden aangekondigd zodat fracties en hun leden zich op zo’n stemming kunnen worden voorbereiden,⁴⁶ wordt met enige regelmaat geschonden, louter voor politiek gewin op korte termijn. Zoiets zagen we gebeuren op woensdag 12 augustus 2020 toen het Kamerlid Wilders (PVV) plotseling een hoofdelijke stemming vroeg over een motie betreffende verhoging van salarissen in de zorg. De aanwezige leden van de regeringsfracties tellend, dacht hij de kans schoon te zien om deze motie, die al twee keer eerder was verworpen, nu wel aanvaard te krijgen. De aanwezige leden van de regeringsfracties zagen maar één oplossing, namelijk het wegblijven bij de stemming, met als gevolg dat het quorum voor een rechtsgeldige stemming niet meer aanwezig was.⁴⁷ Hiermee is het quorum ook in Nederland een parlementair strijdmiddel geworden.⁴⁸

Dat populistische partijen zich niet zoveel aantrekken van regels en gewoonten is niet zo opmerkelijk. Dat leden van politieke partijen met een lange parlementaire traditie zich lieten verleiden tot het meegaan in deze actie was dat wel. En dat dit, zonder zichtbare interventie, gebeurde onder de ogen van de Kamervoorzitter was ook opvallend. Juist van de Kamervoorzitter mag worden verwacht worden dat deze het belang van het instituut op

⁴⁴ L.F.M. Verhey, *De constitutionele conventie: een blinde vlek in ons staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

⁴⁵ Volkskrant 28 mei 2011. ‘Pairing’ is in veel landen in alle werelddelen gebruikelijk.

⁴⁶ Bovend’Eert en Kummeling 2017, p. 549.

⁴⁷ NRC 13 augustus 2020.

⁴⁸ Meer hierover H.R.B.M. Kummeling, *Het quorum als parlementair strijdmiddel*, *Surinaams juristenblad* 2015, nr. 3, p. 15-24. Aan de bijdrage is ook een deel van het bovenstaande over parlementaire conventies ontleend.

de langere termijn op het netvlies heeft. En dan niet alleen het belang van het instituut als zodanig, maar ook in relatie tot de andere staatsmachten. Daarvan een enkel voorbeeld. Zo was in het verleden wel de heersende gedachte dat de Tweede Kamer een zekere terughoudendheid in acht had te nemen bij het bespreken van concrete zaken die 'sub judice', nog onder de rechter, waren.⁴⁹ Van een dergelijke terughoudendheid lijkt nauwelijks meer sprake te zijn, hetgeen een rechtsstatelijke rolvermenging oplevert, die op de langere termijn ook het risico van ondermijning van de rechtsstaat in zich bergt.

8. Al eerder is aangegeven dat populistische partijen zich weinig aantrekken van regels en procedures. Immers, die zijn er vooral om de belangen van de 'elite' te beschermen. Zij zien zich als de ware vertegenwoordigers van 'het volk', van de 'gewone mensen'. Voor deze groep wordt opgekomen, deze groep moet beschermd worden. En daarmee verzet men zich tegen 'de anderen'. In de woorden van Hirsch Ballin: 'Deze karakteristiek van populistische bewegingen maakt duidelijk waarom zij zich niet alleen tegen die "anderen" keren, maar ook tegen de instituties van de rechtsstaat waaraan het eigen is dat ze eenieder gelijkelijk erkennen en beschermen,' zoals bijvoorbeeld de rechter. Instituties die ook het perspectief van de wederkerigheid⁵⁰ (wat Gij niet wilt dat u geschiedt..), het meewegen van het gezichtspunt van de ander, tot hun (rechtsstatelijke) standaard-repertoire rekenen.
9. De aanwezigheid van populistische partijen betekent dus als vanzelfsprekend dat het functioneren van de andere staatsmachten ter discussie wordt gesteld. Dat hoeft op zich niet problematisch te zijn want, zoals gezegd, het wezen van democratische rechtsstaat is het voortdurende debat over en tussen de staatsmachten. Het wordt een stuk ingewikkelder, om niet te zeggen bedreigender, als twee van de drie staatsmachten worden gedomineerd door personen en partijen die populistische tendensen vertonen. Helemaal fnuikend voor de rechtsstaat is natuurlijk als het bestuur wordt gedomineerd door populistische leiders, die autocratische trekken vertonen en die niet af nauwelijks meer worden gecorrigeerd vanuit de volksvertegenwoordiging, zoals op moment van schrijven het geval is in Hongarije, Polen en in belangrijke mate ook in de Verenigde Staten. In een dergelijke constellatie is het vrij schieten op de rechterlijke macht,

49 Bovend'Eert en Kummeling 2017, p. 336; M. Schelfhout, Een sub judice rule of een gedragscode voor politici? TREMA 2006, p. 338-343. Anders W. Voermans, Kamer, spreek gerust over zaken die onder de rechter zijn. Volkskrant 16 oktober 2010. Uiteraard is hier geen sprake van een rechtsregel, maar niet alle verstandige zaken zijn noodzakelijkerwijs in rechtsregels vevat.

50 Meer hierover E.M.H. Hirsch Ballin, Henk, Ingrid en de rechtsstaat, in: J.Thomasssen (ed.), Populisme: verrijking of bedreiging van de democratie? Amsterdam: KNAW 2011, p. 13-19.

en zijn voor het overige alle acties erop gericht deze in hetzelfde kamp te krijgen.⁵¹ In zo'n situatie worden niet alleen de formele constitutionele regels voortdurend onder spanning gezet, maar worden ook per definitie een tweetal informele regels geschonden die cruciaal zijn voor het functioneren van een democratische rechtsstaat. Allereerst is er de eerder genoemde wederkerigheid, maar dan in termen van dat zolang rivalen maar opereren volgens constitutionele regels dat ze dan het recht hebben om te bestaan, naar macht mogen streven en zelfs regeren. En de andere informele regel is die van de 'institutionele terughoudendheid', dat wil zeggen dat men een zekere zelfbeperking in acht neemt bij het uitoefenen bevoegdheden, dat men ze niet tot het uiterste oprekt om de eigen inzichten door te drijven.⁵²

10. In Nederland hebben we uiteraard het onder 9 beschreven stadium nog (lang) niet bereikt. Om te voorkomen dat we daarin belanden, is bezinning op noodzakelijke acties gewenst. Allereerst zou er gewerkt kunnen worden aan het 'institutionele geheugen', van de volksvertegenwoordiging. Daar ligt een belangrijke taak voor de gevestigde politieke partijen. Naast 'vernieuwing' zouden en 'ervaring' en 'deskundigheid' belangrijker afwegingscriteria mogen worden bij de kandidaatstelling. Om de bedreigingen veroorzaakt door populisme het hoofd te bieden zijn er op zijn minst twee actielijnen denkbaar. Vanzelfsprekend zal er nog meer werk moeten worden gemaakt van het aanpakken van de wortels van het populisme, die in de Angelsaksische literatuur wel worden aangeduid als de *Four D's*. Het gaat dan om *distrust*, wantrouwen in het functioneren van de liberale democratie en met name het feit dat die ogenschijnlijk vooral voor de elite goed uitpakt; *destruction*, de angst dat de natie teloor gaat als gevolg van immigratie; *deprivation*, zorgen over de steeds groter wordende kloof tussen arm en rijk en dat er groepen economisch zwaar achtergesteld raken en zijn,⁵³ en tenslotte *de-alignment*, het fenomeen dat de klassieke politieke partijen niet meer in staat zijn om grote groepen van samenleving, ook dwars door bevolkingslagen heen, aan zich te binden.⁵⁴

51 Zie ook M. Gessen, *Surviving Autocracy*, New York: River Head Books 2020, p. 61 e.v.

52 S. Levitsky & D. Ziblatt, *How democracies die*, New York: Crown Publishing 2018, p. 102 e.v.

53 Zeer leesbaar in dat verband S. Heijne & H. Noten, *Fantoomgroei*, Amsterdam/ Antwerpen: Atlas Contact 2020.

54 R. Eatwell & M. Goodwin, *National Populism, The Revolt Against Liberal Democracy*, Penguin Random House UK 2018, p. 271-272.

Dit is natuurlijk een zaak van lange adem. Voor de korte termijn wijst de internationale literatuur op de noodzaak om *binnen*⁵⁵ de grenzen van de democratische rechtsstaat alle middelen aan te grijpen om de strevingen en acties van populistische volksvertegenwoordigers en bestuurders aan de kaak te stellen. Dat betekent bijvoorbeeld dat soms de gang naar de rechter gemaakt moet worden, en dat verkiezingen moeten worden benut.⁵⁶ In en buiten de volksvertegenwoordiging zal voortdurend het debat moeten worden aangegaan met populistische⁵⁷ door degenen die het gedachtengoed van de democratische rechtsstaat een warm hart toe dragen op alle plaatsen die ertoe doen, zoals in de media en in het onderwijs.⁵⁸ Een bijzondere rol lijkt hier weggelegd voor een aantal statelijke actoren, zoals de Raad voor de rechtspraak en Hoge Colleges van Staat, zoals de Raad van State. Het is daarom zeer toe te juichen dat de Raad van State het initiatief heeft genomen tot het organiseren van 'rechtsstaat-gesprekken'. Wellicht gaat het helpen om het begrip over en van de waarde van wederkerigheid verder te verspreiden en te versterken. Daarmee kan ook een tegenwicht worden geboden dat noodzakelijk is voor het behoud van het dynamische evenwicht binnen de democratische rechtsstaat.

Opmerking ten overvloede

De beschouwing van de Raad van State over het evenwicht in de rechtsstaat was waarschijnlijk al grotendeels geschreven voordat de coronacrisis uitbrak. Hoewel het onderdeel is van het jaarverslag over 2019 kon de Raad vanwege de datum van verschijnen uiteraard niet om de coronacrisis heen. Vanzelfsprekend gaat het in deze tijd van crisis ook om het overleefden van de rechtsstaat. En er was ook in dat kader een aantal actuele vraagstukken te behandelen, zoals het digitaal vergaderen van de beide Kamers, maar vooral ook hoeveel vrijheid er opgeofferd mag worden in tijden van nood.⁵⁹ Uiteraard moet ook in tijden van nood de rechtsstaat zoveel mogelijk geëerbiedigd worden. De Nederlandse Juristenvereniging heeft daar in 2014 een jaarvergadering aan gewijd.⁶⁰ Maar hoe belangrijk ook, het is een vraagstuk van een heel andere orde, en hopelijk van voorbijgaande aard. Het leidt af van dat andere, nog fundamenteelere vraagstuk dat de Raad van State aan de orde stelt. Op dat vraagstuk heb ik mij in het voorgaande dan ook geconcentreerd.

⁵⁵ Men moet door eigen handelen uiteraard anderen niet legitimeren om er ook buiten te gaan. Zie ook J.-W. Müller, *Wat is populisme?*, Nieuw Amsterdam 2017, p. 104.

⁵⁶ Levitsky & Ziblatt 2018, p. 218.

⁵⁷ Müller 2017, p. 123.

⁵⁸ H.R.B.M. Kummeling, *The role of universities in and for open societies*, in: M. Bovens & M. Düwell (eds.), *The Open Society and Its Future*, Think Paper # 1, Utrecht: Institutions for Open Societies 2020, p. 44 e.v.

⁵⁹ Daar heeft de vice-president van de Raad van State later nog een essay over gepubliceerd, getiteld: 'De rechtsstaat in coronatijd', Elsevier, zomernummer juli 2020.

⁶⁰ Zie meer concreet: H.R.B.M. Kummeling, *Recht in nood*, in: *Crises, rampen en recht*, Preadvies over de Nederlandse Juristenvereniging, Deventer: Kluwer 2014, p. 263-299.

Marc de Werd⁶¹

De ontdekking van het staatsrecht

Dames en heren,

Graag dank ik u voor de gelegenheid om samen met u stil te staan bij het uitkomen van het jaarverslag van de Raad van State over 2019. Traditioneel lichten deze bijeenkomsten een belangrijk staatsrechtelijk thema uit. Dit jaar gaat de Raad van State nader in op de werking van de democratische rechtsstaat en het evenwicht tussen de instituties.

Het jaarverslag doet twee interessante constatering. Allereerst dat de Grondwet ‘binnen de Nederlandse democratische rechtsstaat niet sterk op de voorgrond [treedt] als basis voor die kennis.’ Het ‘constitutionele leven’ speelt zich vaak af buiten de geschreven Grondwet om.’ En vervolgens stelt het jaarverslag vast – het één lijkt met het ander samen te hangen – dat ‘voor het constitutionele erfgoed in het publieke debat in Nederland van oudsher weinig aandacht is. (-) Als deze aandacht meer structureel zou worden, dan zou dat het debat kunnen verrijken en kunnen bijdragen aan de kwaliteit en de meningsvorming binnen de democratische rechtsstaat.’

Deze oproep voor meer aandacht voor het staatsrecht in het maatschappelijk debat en tussen de staatsinstellingen spreekt mij aan. Dat zal u misschien verbazen van een rechter, een *strafrechter* nog wel. Maar als rechtspracticus ervaar ik de afwezigheid van de ordenende taak van het staatsrecht in de rechtspraak vaak als een gemis. De paradox van internationalisering en Europeanisering is dat de noodzaak voor een plaatsbepaling van de rechter ten opzichte van de nationale staatsmachten juist groter is geworden. Het is niet voor niets dat de rechterlijke uitspraken, die nu het meest gekritiseerd worden in de publieke opinie, juist grensoverschrijdende kwesties zijn, met name over het milieu en het klimaat. De Afdeling bestuursrechtspraak van uw college heeft belangrijke uitspraken gedaan in de zogenaamde stikstofzaken en het Urgenda-arrest van de Hoge Raad verwierf internationale bekendheid.

De staatsrechtelijke vraag is op dit moment niet zozeer of rechters *formeel* bevoegd tot beslissen zijn in dergelijke kwesties, maar *hoe* rechters van die bevoegdheden gebruik zouden moeten maken, gelet op de plaats die zij innemen in het staatsbestel. Ik meen – maar daarmee loop ik vooruit op mijn conclusie – dat rechters dat debat onvoldoende met elkaar en met de samenleving voeren.

⁶¹ De auteur is senior raadsheer in het gerechtshof Amsterdam, hoogleraar Europese Rechtspleging aan de UvA en lid van de Consultative Council of European Judges van de Raad van Europa. Deze tekst, bedoeld als voordracht bij de presentatie van het jaarverslag 2019 van de Raad van State op 8 april 2020 is niet uitgesproken, omdat de bijeenkomst in verband met het coronavirus is geannuleerd.

Europees vraagstuk

Ik wil allereerst benadrukken dat het thema *evenwicht in de rechtsstaat* niet alleen actueel is in Nederland. In 2015 bracht de Consultative Council of European Judges (kortweg: CCJE) Opinie 18 uit. Dit advies aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa gaat over de spanningsverhouding tussen de rechterlijke macht en de twee andere staatsmachten. De CCJE is het enige orgaan van een verdragsorganisatie dat uitsluitend is samengesteld uit rechters, in dit geval van 47 Europese lidstaten.

In Opinie 18 van de CCJE uit 2015 – toen nog voorgezeten door mijn voorganger in de CCJE Bart van Lierop - wordt een analyse gemaakt die vrijwel naadloos past op die in uw jaarverslag. Geconstateerd wordt dat de staatsmachten elkaar verdringen op het constitutionele toneel. De verwachtingen van burgers van de overheid zijn torenhoog, en de actieve rol van de executieve gaat ten koste van de controlerende rol van het parlement. Ook in Europees verband wordt dit fenomeen *duas politica* genoemd.

De dominante rol van het bestuur heeft ook elders geleid tot een grotere vraag naar rechtsbescherming tegen de overheid. Dit brengt de rechter in een spagaat. Enerzijds moet de rechter ten opzichte van de politiek terughoudend zijn, maar anderzijds hebben rechterlijke uitspraken al snel gevolgen voor de politieke staatsmachten. Opinie 18 signaleert – net als uw jaarverslag – dat de rechtszaal soms een ‘political arena’ is, met name voor belangengroepen. Wie bot vangt bij het bestuur of geen electorale vuist kan maken, richt zich vaker – en niet zelden over de band van het internationale recht – tot de rechter voor een herkansing. De CCJE signaleerde in dit verband al dat het EU-recht en het EVRM spanningen kunnen opleveren tussen de rechtspraak en de overige staatsmachten.

Het mag niet verbazen dat de aanbevelingen in Opinie 18 gelijk opgaan met die uit het jaarverslag. Ja, een gezonde spanning hoort bij het evenwicht dat tussen de staatsmachten moet bestaan en draagt bij aan een vitale democratische rechtsstaat. Maar veel is afhankelijk van het begrip en het respect van de andere staatsmachten voor elkaars rol en de verantwoordelijkheid.

Erosie

Intussen zijn begrip en respect van de staatsmachten voor elkaar enigszins aan erosie onderhevig. Opinie 18 kwam uit aan de vooravond van een nieuw soort politiek leiderschap, met een andere, stevigere toon. De stevigheid van Trump, Bolsonaro, Johnson, Orbán en Duda, voor wie feiten er minder toe doen en snelle resultaten des te meer. Wie in de weg loopt, kan een duw verwachten.

Er werd in 2015 door de CCJE al gewaarschuwd voor een *war of words*. Intussen weten wij dat het niet zou blijven bij woorden. Opkomend nationalisme

en populisme in jonge democratieën als Polen en Hongarije, Bulgarije, Roemenië en Tsjechië, Malta, Slowakije, en Roemenië hebben geleid tot politieke aanvallen op rechters. Met als doel intimidatie van rechters en het afdwingen van politiek welgevallige beslissingen. Rechtspraak is in sommige landen om ons heen een kwestie van *Zivilcourage* geworden.

Terecht constateert het jaarverslag dat de rechtsstaat in Nederland niet wezenlijk in gevaar is. Kritische reflectie op rechterlijke uitspraken moet mogelijk zijn en blijven. Want hoewel rechters geen feitelijke macht hebben – zij zijn immers de *least dangerous branch* – legitimeren zij wél de feitelijke machtsuitoefening van de andere staatsmachten.

Maar kritische reflectie op rechterlijke uitspraken is iets wezenlijk anders dan het principieel ter discussie stellen van de rechter als instituut. Ook in ons land kennen wij daarvan voorbeelden. Jan Vranken heeft daar in februari 2020 rake woorden over geschreven in het Nederlands Juristenblad. Rechtspraak moet het hebben van zorgvuldigheid, precisie en genuanceerde afweging. *‘Wat minimaal nodig is, is de grondtoon van elkaar enige ruimte geven: dat men elkaar serieus neemt en ervan uitgaat dat ook de anderen oprecht bezorgd zijn over de democratische rechtsstaat en zijn rechtspraak, ook al wordt die bezorgdheid diametraal anders ingevuld.’*

Crisis?

‘Never let a good crisis go to waste’ is een beroemde uitspraak die vaak wordt toegeschreven aan Winston Churchill. Hij schijnt niet de bedenker ervan te zijn, maar hij zou het gezegd kunnen hebben. Laten we bij de huidige discussie over de rechtspraak in Nederland niet te snel spreken over een rechtsstaatcrisis. Laten we de zaken ook in verhouding plaatsen. Rechters in Nederland – ze zijn met slechts 2.400 mannen en vrouwen – handelen jaarlijks 1,4 miljoen zaken af.

Over vertrouwen in de rechtspraak bij het publiek hebben Nederlandse rechters niet te klagen. De doorlooptijden zijn weliswaar een probleem, een groot probleem zelfs, en daar wordt terecht hard aan gewerkt. Toch scoren rechters jaar na jaar hoog in waarderingsonderzoeken en de Nederlandse rechtspraak staat in de top 5 van de wereldindex van rechtsstaten. Iets meer zelfvertrouwen van de rechtspraak is dus op zijn plaats.

De huidige discussie wordt gedomineerd door slechts een handvol hoog geprofileerde zaken. Maar dat handvol zaken heeft intussen wel een principiële en nuttige discussie aangezwengeld over de plaats van de rechter in het staatsbestel. Dat debat plaatst rechters voor uitdagingen. Hoe leg je uit dat Urgenda, de stikstofzaken of het (al dan niet) terughalen van kinderen van uitgereisde Syriëgangers, juridisch onvergelykbare kwesties zijn?

En hoe leg je uit dat rechterlijke uitspraken die een politieke *impact* hebben niet per se een politieke *agenda* bevatten? Hoe leg je uit dat een rechterlijke beslissing in principe geldt voor één zaak en niet vanzelf uitgroeit tot de democratie ondermijnend rechterlijk 'beleid'?

Daarover bestaat soms onbegrip in de samenleving en soms ook wantrouwen. Ik zou zelf, als ik geen rechter was, dat misschien ook wel zo voelen. Dat inzicht zou moeten leiden tot begrip voor de critici. Er is soms ergernis over rechters als zij 'nog één keer' aan het volk komen uitleggen hoe het zit. Dat bleek wel op de hoorzitting in de Tweede Kamer op 9 maart 2020 over *dikastocratie*; over de verhouding tussen de drie staatsmachten. Met name kwam toen ter sprake dat de rechter te vaak als wetgever-plaatsvervanger optreedt. Vérgaande opties en niet doordachte ideeën kwamen terloops op tafel, zoals het opzeggen van verdragen, een verbod voor de regering ooit nog klimaatafspraken te maken, het afschaffen van de collectieve actie van 3:305a BW en politieke benoemingen van rechters. Alsof de rechtsstaat een wegrestaurant is met een menukaart waar we voor hetzelfde geld onze *french fries* mogen omruilen voor een *Big Mac*.

De zittingszaal als politieke arena

In mijn ogen is niet zoveel mis met het gereedschap van de rechter. De huidige discussie over de rechtsstaat gaat mijns inziens niet over het terugnemen of bijstellen van bevoegdheden van rechters, dat zijn slechts cosmetische maatregelen. Waar de discussie wel over gaat is de noodzaak – óók voor rechters – om meer constitutioneel inzicht te ontwikkelen. Waar we met name over na moeten denken is het fenomeen van de rechtszaal als alternatieve politieke arena. Dat is – ik zei het al – een trend die ook elders in Europa zichtbaar is, en waar ook elders zorgen over bestaan.

Jerzi Uzman pleitte in februari 2020 voor een constitutioneel procesrecht. Ik vind dat een aantrekkelijk concept. Omdat het iets manifest maakt wat voor Nederlandse rechters helemaal niet zo vanzelfsprekend is, namelijk dat zij soms ook als *constitutionele rechters* in hun beslissingen ordenend optreden tussen de staatsmachten, en zo een staatsrechtelijke taak vervullen. Volgens Uzman overtuigt met name de *motivering* van het Urgenda-arrest niet: de Hoge Raad had het unieke karakter van Urgenda steviger moeten onderstrepen om de suggestie te vermijden dat nu elk maatschappelijk probleem zijn eigen rechterlijke bevel kan krijgen. En hij had de relatie tussen rechter en wetgever serieuzer en systematischer moeten afbakenen.

Maar constitutioneel procesrecht is niet iets nieuws. In het bestuursprocesrecht is de toegang tot de rechter sterk constitutioneelrechtelijk genormeerd, door het belanghebbende- en besluitbegrip, door het uitzonderen van categorieën van besluiten van bezwaar en beroep, en door varianten in bestuursrechtelijke

toetsing, die meer of minder indringend kan zijn. Ook de burgerlijke rechter hanteert constitutioneel procesrecht. Minder in de toegang tot het civiele recht, maar wel in de afwegings- en uitspraakmodaliteiten. Aan de toe- of afwijzing van een vordering gaat soms de vraag vooraf of de kwestie wel of niet tot de rechtsvormende taak van de rechter behoort, omdat deze rechts-politiek van aard is. Er zijn mogelijkheden voor de rechter om nog even geen knoop door te hakken, maar wel een signaal aan de wetgever af te geven als er serieuze knelpunten in de wetgeving zitten. Door de verklaring voor recht kan de Staat ruimte worden geboden eerst zelf de zaak (beter) te regelen.

In dit verband is het ook aardig om naar de *12 Strafvordering-procedure* bij de gerechtshoven te kijken. Een gebied dat zich veelal aan het oog onttrekt, terwijl daar nogal eens politiek geladen kwesties langskomen. Indien het Openbaar Ministerie weigert om tot vervolging van een gesteld strafbaar feit over te gaan, kan daarover bij het hof worden geklaagd.

In 2009 besliste het Amsterdamse gerechtshof dat het Openbaar Ministerie de politicus Geert Wilders diende te vervolgen in verband met de film *Fitna*. Het hof overwoog toen dat *'[o]ok het strafrechtelijk forum een onderdeel van het maatschappelijk debat vormt.'* Ik vraag mij af of de strafrechter vandaag zijn zittingszaal nog steeds als een aangewezen plaats voor het maatschappelijk debat ziet. Slachtoffers – die ook een belangengroep kunnen zijn – hebben recent immers met het spreekrecht een veel sterkere positie verworven in het strafproces. Een belangengroepering mag zich in het strafproces uitspreken over het bewijs, de strafmodaliteit en de strafmaat. Het spreekrecht is zo ook een mogelijkheid om de landelijke media te halen.

Er zijn sinds 2009 nogal wat politiek geladen zaken geweest die niet meer de 'arena' van het strafrecht hebben gehaald. Hier lijkt sprake van een tendens naar meer constitutionele bewustwording. Het Openbaar Ministerie besloot in 2014 niet over te gaan tot de vervolging van politici Samson en Spekman voor hun uitspraak dat vooral Marokkanen 'een etnisch monopolie op overlast' hebben gekregen. In 2017 stuitten de klachten van belangengroeperingen, om af- en uitbeeldingen van Zwarte Piet te vervolgen, bij het gerechtshof Amsterdam af op de opportuniteit. Het bewijs was niet sterk, maar bovenal stonden de klagers bij het verkeerde loket. Het hof overwoog dat – pas als de maatschappelijke discussie over Zwarte Piet voldoende is uitgekristalliseerd – 'er omstandigheden kunnen zijn waarin gedragingen als die waartegen klagers opkomen een strafbaar karakter kunnen hebben.' En over de klacht uit 2018 van Thierry Baudet tegen minister Ollongren (zij had Baudet in haar Ien Dales-lezing onversneden racisme verweten) overwoog het hof: *'klager is lid van de Tweede Kamer, en anders dan een burger kan hij in zijn hoedanigheid van volksvertegenwoordiger vragen stellen aan de minister om – indien hij dat nodig acht – in de Kamer met haar in debat te gaan en haar voor haar uitlatingen*

ter verantwoording te roepen. Niet de rechtszaal, maar het parlement is de plaats waar het debat over politieke uitlatingen kan worden gevoerd.'

Constitutionele consistentie

Belanghebbendheid, terughoudende toetsing, de rechtsvormende taak van de (burgerlijke) rechter, de opportuniteit van strafvervolgning, het zijn slechts enkele voorbeelden van de vele mechanismen waarmee Nederlandse rechters hun verhouding kunnen bepalen ten opzichte van de andere staatsmachten. Rechtspraak is doorspekt met constitutioneel procesrecht, maar het wordt niet altijd als zodanig herkend.

In dit kader wordt vaak een verkeerde uitleg gegeven aan artikel 12 Wet algemene bepalingen. De rechter mag geen recht weigeren. Maar niet elke beslissing die van hem *gevraagd* wordt, moet door de rechter kunnen worden *gegeven*; niet iedere vordering hoeft te kunnen worden toegewezen, en niet ieder verzoek om strafvervolgning hoeft te kunnen worden gehonoreerd. Die beslissingsruimte wordt mede ingevuld door opvattingen over het constitutionele recht.

Cultuur

U staatsraden bij de Afdeling bestuursrechtspraak zult niet snel onze artikel 12 Sv-beschikkingen lezen, en ik volg uw jurisprudentie over het belanghebbende-begrip niet op de voet. Toch is dat jammer. Want wij moeten allemaal zo nu en dan onze taak afbakenen ten opzichte van de wetgever of het bestuur. Wij laten zo kansen liggen om gezamenlijke constitutionele uitgangspunten in de trias te formuleren. Constitutioneelrechtelijke bewustwording en belangstelling worden in de rechterlijke organisatie echter niet gestimuleerd. Het constitutioneel toetsingsrecht wordt rechters nog steeds niet toevertrouwd. Alsof rechters zich nu al niet soms op politiek glad ijs (moeten) begeven. Maar het ontbreken van een grondwetshof en constitutionele toetsing ontslaat rechters niet van de taak om te streven naar constitutionele consistentie in de rechtspraak.

Zijn rechters professionalisme niet gaan verwarren met specialisme – heel veel weten van een klein beetje – terwijl goed specialisme juist een brede kijk op het recht veronderstelt, met name ook op het constitutionele recht? Mijns inziens moet de rechtspraak zich het verwijt over dikastocratie – hoe onjuist ook – aantrekken. In het visitierapport gerechten uit 2018 sprak de onderzoekscommissie harde woorden over het omgevingsbewustzijn van rechters: *'Men acht zich niet gebonden aan gemeenschappelijke werkwijzen en voelt geen eigenaarschap voor het grotere geheel. Dit naar binnen gerichte cultuuraspect heeft een belemmerende werking op collectieve kwaliteitsontwikkeling en verbetering in het perspectief van een veranderende samenleving.'* Ik betreur het dat binnen de rechterlijke macht – ook twee jaar na uitkomen van dat rapport –

de interesse voor kritiek van buiten – zoals bijvoorbeeld voor de discussie over dikastocratie, naar buiten toe niet erg zichtbaar is, en (voor zover die discussie al wordt gevoerd) intern ook geen vervolg lijkt te krijgen.

‘Bringing fundamental rights home’

Ik rond af. Tijdens de hoorzitting over dikastocratie op 9 maart 2020 in de Tweede Kamer gebeurde iets opmerkelijks. Waarschijnlijk onbedoeld, en zeker ongewild, kwam steeds weer het onderwerp constitutionele toetsing van de rechter ter sprake. Het zou een goed alternatief zijn voor toetsing aan het EVRM, legde Oliver Lepsius, hoogleraar aan *Bayreuth Universität* uit. ‘Zorg voor autonomie, maak van grondrechtenbescherming een Nederlandse zaak’, hield hij zijn gehoor in de Kamercommissie voor. Want toetsing aan de Grondwet leidt tot nationale herkenbaarheid van het recht, gezag en daarmee eerder tot acceptatie bij de burger, en mogelijk ook tot minder Nederlandse zaken in Straatsburg. Een grondwetschef leek op 9 maart opeens het ei van Columbus. Het ontlokte de voorzitter zelfs de vermakelijke constatering dat het gesprek vandaag over dikastocratie toch over *minder* en niet over *méér* rechterlijke bemoeienis zou gaan.

In mijn oratie afgelopen jaar heb ik ditzelfde punt willen maken. Wil de rechtsstaat een levende bron van permanent bewustzijn zijn, dan is méér aandacht nodig voor onze Grondwet. De uitdaging bij verdere Europese integratie is niet het zoveel mogelijk opgeven van de eigen identiteit, maar juist de vraag hoe wij burgers toch thuis kunnen laten voelen in een globaliserende samenleving. *Bringing fundamental rights home* wordt een belangrijk thema voor de rechtspraak.

Het is goed dat de Raad van State aandacht vraagt voor constitutioneel bewustzijn. In dit verband kondigt het jaarverslag nog iets aardigs aan. De Raad van State gaat komend jaar enkele rechtsstaatgesprekken entameren en faciliteren. Met als doel om tussen betrokkenen in de verschillende instituties beter onderling begrip en onderlinge reflectie te ontwikkelen op de verschillende verantwoordelijkheden en opdrachten binnen het rechtsstatelijk stelsel.

Het lijkt mij een uitstekend idee. En wat mij betreft zouden die rechtsstaatgesprekken mogen uitgroeien tot een heuse *Academie voor de rechtsstaat*. Een postdoctorale opleiding voor nieuwe rechters en journalisten, aankomende politici, jonge bestuurders en politieagenten. Eigenlijk voor iedereen die de rol van *watchdog* in onze samenleving vervult.

Mirjam Bikker⁶²

Dienstbaar zijn aan onze democratische rechtsstaat

Hoe bijzonder is het om in een vrij land, met alle ruimte voor minderheden, te leven? Een land waar het recht voluit zeggingskracht heeft. Dat het anders kan, wordt helaas dagelijks onderstreept bij het openslaan van de krant en bij het zien van de vele nieuwsberichten waar wij dagelijks scrollend doorheen gaan. Het besef van de rijkdom van een goed functionerende democratische rechtsstaat, waar macht en tegenmacht zich erkend weten, onderstreept ook onze verantwoordelijkheid. Want het Nederlandse huis van de rechtsstaat is niet perfect en geen vaststaand gegeven. Geen huis zonder onderhoud, dat geldt ook hier. Juist daarom allereerst mijn grote waardering voor het initiatief van de Raad van State om te komen tot 'rechtsstaatgesprekken' en in het jaarverslag stil te staan bij de essentialia. Ik hoop dat deze gesprekken over en weer de ruimte bieden om te onderzoeken of, en waar, versterking geboden is, waar een kritische geest moet heersen of mag ontwaken, of waar simpelweg daadkracht noodzakelijk is. Met een gezonde reflectie op het eigen functioneren.

De afgelopen jaren heeft daarbij een aantal zaken, die schuurt en aan onderhoud toe is, stevig onderstreept. Ik hoop dat juist op deze punten het gesprek tussen de drie pijlers die de Nederlandse rechtsstaat dragen, gevoerd wordt. Met uiteindelijk hetzelfde doel voor ogen: het bevorderen van de gerechtigheid en het koesteren van een gezonde democratie. Op drie punten vind ik dat gesprek en de wederzijdse aanmoediging van extra groot belang.

1. Kwaliteit van wetgeving

Rechterlijke uitspraken aangaande de overheid, en dus ook de recente uitspraken inzake Urgenda en het Programma Aanpak Stikstof, onderstrepen de *rule of law*. Ook de overheid is gebonden aan het recht. Op de uitspraken is in het politieke discours zeer wisselend gereageerd, tot aan verwijten richting de rechter toe. Dat is mijns inziens een gemakkelijke route, dan treft de (mede)wetgever geen blaam. Maar terecht is het niet. De heldere motivering in de verschillende arresten stelt de (mede)wetgever voor een andere vraag. Is er genoeg aandacht voor de kwaliteit van wetgeving, voor duidelijke normstelling en het voorkomen van gekunstelde oplossingen om maar – soms zelfs enkel op papier – aan die normen te voldoen? Het zijn terechte punten die ook in het vorige jaarverslag van de Raad van State zijn gemaakt, maar waar nog steeds huiswerk ligt. Hoe bijvoorbeeld verder om te gaan met voorgestelde kaderwetgeving? Welke lessen hebben beide Kamers hier nu uit getrokken? In de Eerste Kamer is inmiddels een eerste

⁶² De auteur is fractievoorzitter van de ChristenUnie in de Eerste Kamer.

stap gezet met de motie Backer c.s. Hierin wordt de Raad van State om advies gevraagd bij het verkennen van wegen die het lerend vermogen van de wetgever versterken. Met inachtneming van de verschillende rollen in de trias politica zou bij de wetgever meer ruimte moeten ontstaan om kennis te nemen van de ervaringen van de rechter met de resultaten van wet- en regelgeving. Maar ook van kabinetszijde zullen twee wegen bewandeld moeten worden. Naast de route om tot een goede materiële oplossing te komen in de verschillende zaken, en dat zal veel vragen, zou ik ook willen vragen om hernieuwd oog voor het ambacht van wetgever. Of beter gezegd, voor de kunst van het wetgeven, en hierbij denk ik aan het wenkende perspectief dat Willem Witteveen ons gegeven heeft in zijn indrukwekkende boek 'De wet als kunstwerk'.

2. Grondwet in beeld

Ook de grondwetgever heeft in de spiegel te kijken. Zo is de burger die het niet eens is met het gevoerde beleid, zich meer en meer met gelijkgestemden gaan verenigen en zijn burgers als collectief naar nieuwe wegen gaan zoeken om hun recht te krijgen. Daarbij zijn de gekozen volksvertegenwoordigers niet het enige of laatste aanspreekpunt. Ook de route via de rechter wordt door groepen benut. Allereerst is het een groot goed dat mensen en groepen zich op hun recht kunnen beroepen. Tegelijk zien we bij tegenstellingen in de samenleving ook dat die posities in de rechtszaal worden ingenomen. Het toernooimodel dat hieruit volgt leidt niet tot meer begrip van de ander. Dat is de rechter niet aan te rekenen, maar bevordert het gesprek meestal ook niet.

Een tweede element dat zich hier wrekt is de anomalie dat met een beroep op de verdragen, en met name het EVRM, geprocedeerd wordt, terwijl de Grondwet deze vrijheden eveneens in zich draagt. Daardoor verschuift de focus in het maatschappelijk discours soms onterecht naar 'of bepaalde regelgeving wel of niet van Europa moet – en wat men daarvan vindt.' Terwijl de wegging van de grondwettelijke vrijheden en het gesprek daarover in het maatschappelijk debat op de achtergrond raakt. In het jaarverslag van de Raad van State staat kernachtig dat voor het constitutionele erfgoed in het publieke debat in Nederland van oudsher weinig aandacht is. Voor de democratische rechtsstaat is het een bestaansvoorwaarde dat burgers voldoende kennis hebben. De discussie over het al dan niet opheffen van het toetsingsverbod leidt ons terug tot Thorbecke en Cort van der Linden. Meerdere staatscommissies en laatstelijk de Staatscommissie Parlementair Stelsel hebben hier uitstekend over geadviseerd. Dat alles roept natuurlijk tot bescheidenheid op voor de schrijver van dit stuk. Maar zijn inmiddels niet alle argumenten gewisseld? De (grond)wetgever die kwaliteit levert heeft niet te vrezen voor constitutionele toetsing. Het is hoog tijd om de Grondwet de positie te geven die haar toekomst, als hoeder van de vrijheden.

3. Kwaliteit van de uitvoering

Er is van verschillende zijde, en met ere noem ik de naam van Herman Tjeeenk Willink, al vaak gehamerd op de kwaliteit van de uitvoering. Dat de overheid haar burgers ziet staan in hun omstandigheden, maatwerk levert waar nodig en de bureaucratie niet een eigen leven leidt. Maar ook – en misschien minstens zo belangrijk – dat professionals de ruimte krijgen om te handelen, zich gewaardeerd en gesteund weten. De misstanden bij de Belastingdienst/Toeslagen vormen de laatste druppel. Uitvoering is politiek gezien minder aantrekkelijk, want nieuw beleid en nieuwe bouwwerken, juist die vangen de spotlights. Pas als het misgaat in de uitvoering is er volop aandacht en wordt er geëvalueerd. De echte moeilijkheden van onuitvoerbaar of moeilijk uitvoerbaar beleid ondervinden ondertussen de groepen aan de onderkant en in het midden van de samenleving. Deels omdat men de weg niet weet, deels omdat de drempels te hoog zijn geworden. Dat ondermijnt hun vertrouwen dat de democratische rechtsstaat er voor iedereen is.

De Algemene Rekenkamer wijst onvermoeibaar op de structurele tekortkomingen van de overheid. Zo ook in het Verantwoordingsonderzoek over 2019: er is onvoldoende oog voor de beleidsresultaten van de overheid. Bij de grote vraagstukken van de energietransitie, tekorten in de zorg, politie en onderwijs, bij de aanpak van de stikstofproblematiek, op al deze terreinen is het essentieel dat zichtbaar is wat werkt en dat op tijd lessen worden getrokken als er onvoldoende resultaat geboekt wordt. Dat vraagt enerzijds vanuit de politiek dat ruimte geboden wordt om genuanceerde beleidsresultaten neer te leggen en anderzijds om een overheid waar vakinhoud telt.

In het besef dat er over deze zaken veel meer te zeggen is en dat er van de kant van de lezer vast wijze aanvullingen gaan komen, zie ik uit naar het vervolg van de rechtsstaatgesprekken. Voor het evenwicht in de rechtsstaat is macht en tegenmacht daarbij van het grootste belang, een gezonde spanning hoort erbij. Maar met als fundament dat we vanuit verschillende verantwoordelijkheden de gerechtigheid dienen; ja, dienstbaar zijn aan onze democratische rechtsstaat.

Nabeschouwing
met drie stellingen

Thom de Graaf en Bart Jan van Ettekoven⁶³

Nabeschuwing

1. De Nederlandse democratische rechtsstaat is kwetsbaarder dan we vaak beseffen. Het is geen verworven ‘recht’ dat moeiteloos in stand blijft. Het rijtje van landen met rechtsstatelijke tekortkomingen in Europa heeft eerder de neiging te groeien dan af te nemen. In veel landen buiten de Europese Unie gaat men massaal de straat op om iets te verwerven waarover wij al beschikken. We moeten de rechtsstaat dus koesteren en bewaken. Maar ook de Nederlandse rechtsstaat is niet perfect en vergt permanent onderhoud. Voor het constitutionele erfgood is in het publieke debat in Nederland van oudsher te weinig aandacht. Uitwisseling van zienswijzen tussen vertegenwoordigers van de instituties en de voor de rechtsstaat relevante actoren (waaronder wetenschap en media) over de staat van de democratische rechtsstaat en de wijze waarop de machten zich tot elkaar verhouden, kan bijdragen aan dat debat. Daarom houdt de Raad van State drie rechtsstaatgesprekken. De inspirerende bijdragen van Mirjam Bikker, Henk Kummeling en Marc de Werd in deze bundel kunnen als opmaat voor deze gesprekken dienen. In deze nabeschuwing komen wij mede op basis van hun bijdragen tot drie stellingen die structuur kunnen geven aan de rechtsstaatgesprekken. Bedacht moet wel worden dat deze stellingen niet per se de opvattingen van de Raad van State weergeven en omwille van het debat scherp zijn geformuleerd.
2. ‘Evenwicht in de rechtsstaat’ is de titel van de beschouwing in het jaarverslag 2019 van de Raad van State. De verschillende functies van de staat (wetgeving, bestuur en rechtspraak) worden aan verschillende staatsmachten toebedeeld. Machtenscheiding gaat machtsmisbruik en onderdrukking tegen. De belangrijkste instituties (parlement, regering en de rechter) zijn belast met bepaalde taken en bevoegdheden die zij deels zelfstandig en deels in samenwerking met elkaar uitoefenen. Daarbij is het onvermijdelijk dat soms het terrein van de andere staatsmachten wordt geraakt of zelfs betreden. Dat leidt met een zekere regelmaat tot discussies, ergernis of onvrede. Dialoog tussen betrokkenen in de verschillende instituties kunnen leiden tot beter onderling begrip en reflectie op de verschillende verantwoordelijkheden en opdrachten binnen het rechtsstatelijk stelsel.
3. Kummeling stelt in zijn bijdrage terecht dat het voortdurende debat over en tussen staatsmachten het wezen van de democratische rechtsstaat uitmaakt. Hij dringt daarom aan op debat met populistische stromingen.

⁶³ Mr. Th.C. de Graaf is vice-president van de Raad van State en mr. B.J. van Ettekoven is voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Debat aangaan in plaats van mijden is vrijwel altijd de beste lijn. Die lijn zie je ook terug in andere reacties op ons jaarverslag. Kritiek op de *dikastrocratie* moet serieus worden genomen. Het eenvoudigweg terzijde schuiven daarvan als ‘populisme’ doet weinig recht aan de fundamentele kwestie die met de kritiek wordt aangeboord: de constitutionele verhoudingen tussen de staatsmachten.⁶⁴

4. De beginvraag tijdens de rechtsstaatgesprekken zou kunnen zijn wat de actoren binnen de trias zelf kunnen doen om hun eigen rol te verbeteren en de dialoog met de andere instituties te versterken. Hoe goed functioneert eigenlijk de rechtsstatelijke institutie waar men zelf deel van uitmaakt? Hoe kunnen volksvertegenwoordigers, leden van de regering en ambtenaren zelf bijdragen aan betere wetgeving en betere rechtspraak? Wat laten rechters op dit moment liggen? Welke rol spelen media en wetenschap eigenlijk in (het draagvlak voor) de rechtsstaat? Hoe kan je profiteren van elkaars kennis en ervaring en werk? Welke grenzen mogen daarbij niet worden overschreden?
5. Zelfkritiek is een groot goed. Mirjam Bikker gaat die als medewetgever niet uit de weg. Zij legt de vinger op de zere plek: het is een gemakkelijke route om kritiek te leveren op rechterlijke uitspraken, want dan treft de (mede)wetgever geen blaam. Maar terecht is dat niet. De heldere motivering in de verschillende uitspraken stelt de (mede)wetgever naar haar mening voor een andere vraag. Is er genoeg aandacht voor de kwaliteit van wetgeving, voor duidelijke normstelling en het voorkomen van gekunstelde oplossingen om maar – soms enkel op papier – aan die normen te voldoen? Deze vraag wordt ook elders gesteld, in het jaarverslag van de Raad van State over 2018 en steeds nadrukkelijker ook in de literatuur, waarin wordt gepleit voor een nieuwe centrale rol voor de wet. Er valt veel voor delegatie en gereguleerd beleid te zeggen, maar het moet gedragen worden door wetgeving die de kern van de zaak zelf vastlegt.⁶⁵
6. Bikker vraagt ook aandacht voor de kwaliteit van de uitvoering. De Raad van State signaleerde in zijn jaarverslag 2019 dat de complexiteit van veel wet- en regelgeving voor individuele burgers en bedrijven, maar ook voor uitvoerende instanties niet meer te bevatten is. Deze complexiteit kan voor onredelijke of onwerkbare uitkomsten zorgen, mede in combinatie met de geautomatiseerde uitvoering. Daarnaast maakt het de uitvoering problematisch. Veel burgers belanden in hun contacten met de overheid

⁶⁴ Max Vetzo, Het jaarverslag van de Raad van State en correctie van het rechterlijk oordeel door de wetgever, NJB 26-6-2020, afl. 25, blz. 1796.

⁶⁵ Joop van den Berg, Nieuwe ‘Orde in de regelgeving’, in *Ars Aequi* oktober 2020, blz. 864-872.

nog te vaak tussen wal en schip. De rechtsstaat komt zo onder druk komt te staan en een groeiende groep burgers verliest zijn vertrouwen en voelt zich niet meer vertegenwoordigd of gehoord. Wetten die technisch-juridisch in orde zijn, maar niet handhaafbaar, uitvoerbaar of naleefbaar zijn, zijn in de kern waardeloze wetten. Hoe kan worden bereikt dat regering en parlement bij de voorbereiding en totstandkoming van regeerakkoord en wetgeving systematischer aandacht besteden aan de uitvoerbaarheid, waarvan het burgerperspectief onderdeel uitmaakt? Het wetgevingswerk eindigt niet als de wet in het Staatsblad staat. Het is belangrijk dat de werking van de wet in de praktijk wordt gevolgd. Doet de wet waarvoor deze is bedoeld?

De eerste stelling luidt als volgt:

Regering en parlement verzaken de wetgevende taak door te vluchten in kaderwetten, vergaande delegatie en open normen en ze hebben onvoldoende oog voor de uitvoering.

7. De Werd stelt in zijn bijdrage dat het constitutioneel toetsingsrecht nog steeds niet aan rechters wordt toevertrouwd. Alsof rechters zich nu al niet soms op politiek glad ijs (moeten) begeven. Hij verwijst naar de hoorzitting in de Tweede Kamer over *dikastocratie* en stelt: 'Zorg voor autonomie, maak van de grondrechtenbescherming een Nederlandse zaak. Want toetsing aan de Grondwet leidt tot nationale herkenbaarheid van het recht, gezag en daarmee eerder tot acceptatie bij de burger, en mogelijk ook tot minder Nederlandse zaken in Straatsburg'. Wil de rechtsstaat een levende bron van permanent bewustzijn zijn dan is méér aandacht nodig voor onze Grondwet. *Bringing fundamental rights home* wordt een belangrijk thema voor de rechtspraak, besluit De Werd zijn bijdrage.
8. Bickers bijdrage sluit daar op aan. Zij geeft aan dat ook de grondwetgever in de spiegel heeft te kijken en dat het een anomalie is dat met een beroep op de verdragen, en in het bijzonder het EVRM, geprocedeerd wordt, terwijl de Grondwet deze vrijheden eveneens in zich draagt. De (grond)wetgever die kwaliteit levert heeft niet te vrezen voor constitutionele toetsing. Bikker en De Werd staan niet alleen in hun opvatting. Ook de Staatscommissie Parlementair Stelsel is positief over de invoering van een constitutionele toets ex post door de rechter aan met name genoemde klassieke rechten.⁶⁶ Verder wordt er wel op gewezen dat de grote rol van EVRM-rechten wordt versterkt door het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet.

⁶⁶ Zie hoofdstuk 6 van het Eindrapport van de Staatscommissie Parlementair Stelsel, Lage drempels, hoge dijken, Democratie en rechtsstaat in balans.

Er zou sprake zijn van een 'uitbesteding' van grondrechtenbescherming.⁶⁷ Daar staat tegenover dat opheffing van het toetsingsverbod tot dusverre is gestrand op de veronderstelling dat de rechter alleen maar meer aan invloed wint als de wetgever zijn eigen toetsingsrecht opgeeft. Constitutionele toetsing ondermijnt in die opvatting de positie van de wetgever.

De tweede stelling luidt als volgt:

Door het opheffen van het grondwettelijke toetsingsverbod wint onze eigen Grondwet aan zeggingskracht en wordt de legitimiteit van de rechterlijke uitspraak vergroot.

9. Er is kritiek op de rechter. Dat is niet nieuw. Kritiek op de rechter is van alle tijden. Zowel op de civiele rechter, de strafrechter als de bestuursrechter. Vanuit de sociale advocatuur is de kritiek op bestuursrechter dat hij onvoldoende inhoudelijk en te formeel toetst. De bestuursrechter zou meer indringend overheidsbesluiten moeten toetsen om recht te doen aan de zwakkeren in de samenleving en inhoud te geven aan hun (grond) rechten. Naar aanleiding van de uitspraken van de Afdeling bestuursrecht-spraak uit 2019 over kinderopvangtoeslagen is de kritiek dat de hoogste algemene bestuursrechter te lang overheidsvriendelijk heeft geoordeeld en daardoor burgers in de kou heeft laten staan.
10. Maar er zijn ook andere geluiden. In de jaren '80 van de vorige eeuw was de kritiek van de werkgroep Van Kemenade dat de bestuursrechter over de band van motiveringsvernietigingen overheidsbesluiten te indringend toetst en zo op de stoel van het bestuur gaat zitten. Naar aanleiding van het Urgenda-arrest van de Hoge Raad en de stikstofuitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak wordt de stelling ingenomen dat de rechter de macht grijpt (*dikastocratie*) en zijn plek in de trias niet weet. Nederland zou een rechtersstaat worden.
11. Is die kritiek terecht? De rechterlijke colleges doen samen ongeveer 1,6 miljoen zaken per jaar af. De kritiek op uitspraken waarin de rechter zijn plek niet zou kennen, zijn op de vingers van één, misschien twee handen te tellen. Maar dat zijn dan wel zaken die ertoe doen, waar grote (financiële of andere) belangen mee zijn gemoeid, en waarover politieke commotie is ontstaan. Of de rechter te ver is gegaan, daar zijn de meningen over verdeeld. Had de rechter niet moeten passen, zijn beurt moeten overslaan totdat de wetgever heeft gesproken?

⁶⁷ Ingrid Leijten, De evolutie van mensenrechten en haar wisselwerking met de trias, *Ars Aequi* oktober 2020, blz. 907 en 909.

12. Anders dan wetgever en bestuur, die een kwestie soms laten liggen, bijvoorbeeld omdat er onenigheid is over de te varen koers (denk bijvoorbeeld aan de aanpak van de stikstofproblematiek, de verduurzaming van de landbouw), kan de rechter dat niet. Als een zaak voor de rechter wordt gebracht, dan moet de rechter daarin beslissen. Als de overheid heeft gehandeld overeenkomstig het recht, dan is de uitspraak voor partijen van belang en zal de verliezende burger misschien boos of teleurgesteld zijn, maar levert de uitspraak doorgaans geen politieke commotie op. Als de overheid heeft gehandeld in strijd met het recht, dan hangt de interesse van de politiek af van de aard en ernst van het gebrek en de impact die dat gebrek heeft op andere, soortgelijke gevallen.
13. Als de rechter stuit op schending van grondrechten of Europees recht door de overheid dan zal hij recht moeten doen in het concrete geval. Als uit de uitspraak blijkt dat de nationale wetgeving gebreken vertoont, dan wordt daar door de rechter wisselend op gereageerd. Soms geeft de rechter alleen een oordeel over het voorliggende geval. In andere gevallen geeft hij een 'schot voor de boeg', door aan te geven dat de wet niet deugt, maar dat het aan de wetgever en niet aan de rechter is om algemene regels te stellen. De rechter kan daarbij vermelden dat als de wetgever over een door de rechter bepaalde periode nog geen (vervangende) regels heeft gesteld, de rechter dan in een soortgelijke zaak niet zal volstaan met een casuïstisch oordeel en mogelijk wel zal handelen als wetgever-plaatsvervanger. Soms laat de rechter de uitkomst van de door de wetgever te verrichten belangenafweging open. In andere gevallen wordt het te bereiken resultaat gedicteerd, zoals in het Urgenda-arrest, maar wordt aan de wetgever overgelaten hoe dat resultaat te bereiken.
14. In dit verband is de stelling van De Werd interessant. Hij stelt dat vaak een verkeerde uitleg wordt gegeven aan artikel 12 Wet AB ('*Geen rechter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn*'). De rechter mag dus geen algemene regels stellen. Maar de rechter mag ook geen recht weigeren. Niet elke beslissing die van hem wordt gevraagd, moet de rechter kunnen geven, aldus De Werd; niet iedere vordering hoeft te worden toegewezen, en niet ieder verzoek om strafvervolgning hoeft te worden gehonoreerd.

De derde stelling luidt als volgt:

De rechter mag de politiek en overheid niet 'de wet' voorschrijven.

