

Stresstest rechtsstaat Nederland

Alex Brenninkmeijer¹

In hoeverre voldoet de Nederlandse rechtsorde aan de vereisten van de rechtsstaat? Om een helder beeld te krijgen van de relevante kwesties voor de uitvoering van een stresstest rechtsstaat wordt de rechtsstaat als systeem benaderd. Langs de lijnen van de trias politica wordt verkend welke rechtsstatelijke gebreken in Nederland onderkend kunnen worden in wetgeving, bestuur en rechtspraak, die niet binnen de normale waarborgen van onze rechtsorde gecorrigeerd worden. Doel is om een overzichtsbild te schetsen van de staat van onze rechtsstaat en daarmee de vraag te beantwoorden of ons rechtsstatelijke systeem in een situatie van stress het af kan laten weten. De conclusie blijkt gerechtvaardigd dat op al deze drie domeinen, maar in het bijzonder bij de wetgeving, de systeemwaarborgen in de Nederlandse democratische rechtsstaat tekort schieten. Bij het functioneren van onze rechtsstaat is sprake van een systeemfalen.

1. Rechtsstaat in discussie

Er wordt de laatste tijd veel geschreven over de rechtsstaat en instanties zoals de Raad van State en de Eerste Kamer besteden gericht aandacht aan dit onderwerp.² Het kabinet komt op aandringen van de Eerste Kamer met een voorstel om aan onze Grondwet een algemene bepaling toe te voegen: 'De Grondwet waarborgt de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten'.³ Bovendien komt dit kabinet op aandrang van de Eerste Kamer met een voorstel om de toegang tot de rechter in de Grondwet op te nemen.⁴ Tijdens de expertmeeting begin 2014 in de Eerste Kamer klonken uit de mond van verschillende deskundigen kritische observaties over de staat van de rechtsstaat in Nederland.⁵

Bij die gelegenheid heb ik gesteld dat er bij het functioneren van onze rechtsstaat sprake is van een systeemfalen. Er zijn naar mijn mening onvoldoende tegenkrachten tegen politiek en bestuur, reden waarom voor de rechtsstaat te nadelige maatregelen genomen worden. De Eerste Kamer heb ik voorgehouden in de spiegel te kijken, omdat de Eerste Kamer als '*chambre de réflexion*' zelf immers een belangrijke waarborg zou moeten vormen in het wetgevingsproces. Een waarborg die regelmatig tekort bleek te schieten. De vraag kan gesteld worden of er bij onze staatsrechtelijke instituties wel voldoende bekendheid is met het functioneren van de rechtsstaat. Niet voor niets heeft Adams eerder in het *NJB* de aandacht gevraagd voor 'constitutionele geletterdheid'. 'Onze constitutionele cultuur kan als wat relativistisch, pragmatisch of zelfs badinerend worden bestempeld', stelde hij onder meer.⁶

Doornbos heeft in *Ars Aequi* de actuele discussie over de rechtsstaat geplaatst op de 'schaal van erg'. Zij gaf daarbij een helder overzicht van de relevante rechtsstatelijke eisen: het inperken van willekeur in de uitoefening van staatsmacht en het legitimeren van overheidsgezag door gebondenheid aan het recht.⁷ Machtenscheiding en onafhankelijke rechtspraak en doorwerking van grondrechten zijn daarbij essentieel. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) noemt in *De toekomst van de nationale rechtsstaat* vijf kernwaarden: de grondrechten, de wettelijke grondslag voor overheidsbevoegdheden of legaliteit, de machtenscheiding tussen wetgever, bestuur en rechter en garanties voor een onafhankelijke rechterlijke macht, evenals het veiligstellen van de fysieke veiligheid van burgers.⁸ Daarnaast noemt de *Venice Commission* van de Raad van Europa ook democratie als waarborg.⁹ Dit sluit aan bij de visie van Hirsch Ballin dat rechtsstaat en democratie niet los van elkaar te verkrijgen zijn.¹⁰ In hoeverre voldoet de Nederlandse rechtsorde aan de vereisten van de rechtsstaat? Op deze vraag ga ik eerst in. Op de verwevenheid met de democratie kom ik later terug.

2. Het functioneren van de rechtsstaat

Het functioneren van de Nederlandse rechtsstaat bestaat uit miljoenen zo niet miljarden 'transacties' per dag, die waarschijnlijk voor een groot deel conform rechtsstatelijke waarborgen afgewikkeld worden. In internationaal verband worden de meer formele aspecten van de rechtsstaat gemeten en getoetst. De Organisation for Economic Co-

operation and Development (OECD) heeft *Government at a glance 2013* gepubliceerd, waarbij de rol van de staat en het functioneren van vitale staatsfuncties centraal staan. Bijzondere aandacht gaat uit naar het vertrouwen van burgers in de staatsinstellingen. Nederland staat er als 'high trust society' redelijk goed voor. Het jaarlijkse *Global Competitiveness Report* van het World Economic Forum laat de relatieve competitiekracht van landen zien.¹¹ Voor de rapportage 2014-2015 staat Nederland wereldwijd gezien op plaats acht en scoort op vrijwel alle sectoren bovengemiddeld. Het World Justice Project heeft een *rule of law index* van onder andere de Europese landen opgesteld, waardoor vergelijking mogelijk wordt.¹² Nederland staat met 0.83 op de vijfde plaats te midden van andere landen in de Europese regio. Ook de Europese Commissie heeft een rule of law project gestart, om een antwoord te vinden op, uit rechtsstatelijk oogpunt, bedenkelijke ontwikkelingen in een land zoals Hongarije.¹³

Niet alleen veel burgers, maar ook deskundigen, ambtenaren en Kamerleden begrijpen de wet- en regelgeving vaak niet goed

Wat we weten over de werking van ons rechtssysteem is dat mensen bij het ontstaan van juridische problemen slechts in 5% van de gevallen een geschil voorleggen aan de rechter en vaak een andere oplossing vinden of het erbij laten zitten.¹⁴ Er is in het sociale recht sprake van ondergebruik omdat de overheidsvoorzieningen niet aangevraagd/toegepast worden.¹⁵ Onze

rechtsorde is erg complex en niet alleen veel burgers, maar ook deskundigen, ambtenaren en Kamerleden begrijpen de wet- en regelgeving vaak niet goed. De Inspectie voor Veiligheid en Justitie constateerde recent dat politiemensen onvoldoende wetskennis hebben om hun basiswerk te kunnen verrichten.¹⁶ De toepassing van onze rechtsorde wordt meer en meer specialistenwerk. Er zijn ook veel 'ketenproblemen', in die zin dat de verschillende wettelijke systemen – opgesteld vanuit verschillende departementale kokers – niet op elkaar aansluiten. Mensen raken bijvoorbeeld onnodig in schulden omdat de verschillende overheidsinstanties de belastingvrije voet niet in de gaten houden en tegen elkaar inwerken.¹⁷ Het aantal opgespoorde en bestrafte misdrijven is relatief laag, er is een systematisch handhavingstekort en straffen worden niet ten uitvoer gelegd.¹⁸ Bovendien worden mensen bijvoorbeeld als slachtoffer van kenteckenfraude beboet voor overtredingen die zij niet begaan hebben, terwijl de politie onvoldoende aandacht besteedt aan de opsporing van de fraudeurs zelf.¹⁹ In de sociale zekerheid worden zware sancties opgelegd, ook als het niet gaat om fraude, maar om vergissingen. Ook de Belastingdienst is steeds punitiever geworden. Mulderboetes voor verkeersovertredingen lopen bij niet-betalen automatisch torenhoog op, ook al gaat het om mensen die niet kunnen betalen. In 2010 constateerde Klip dat er in Nederland sprake is van totaalstrafrecht, met een eenzijdige nadruk op hoge straffen, waardoor Nederland zich in Europa een uitzonderingspositie heeft verworven. Hij verzuicht: 'De politiek is uitsluitend geïnteresseerd in het punitieve van het strafrecht. Wel in de straf, maar niet zo zeer in het recht.'²⁰ Ten slotte is er een verschuiving gaande van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke sancties die niet alleen reguliere boetes betreffen, maar bestuurlijke boetes oplopend tot tientallen miljoenen euro. De rol van de rechter is minder weloverwogen geregeld bij deze bestuursrechtelijke sancties.²¹ Deze korte opsomming illustreert dat er een flinke kloof is tussen de theorie van de rechtsstaat en de praktijk van alledag.²² Goede rechtsstatelijke uitvoering van wet- en regelge-

Auteur

1. Prof. mr. A.F.M. Brenninkmeijer is lid van de Europese Rekenkamer en hoogleraar Institutionele aspecten van de rechtsstaat aan de Universiteit Utrecht. Dit artikel bevat de kern van zijn inaugurale rede gehouden op 20 april 2015. Met dank aan M. Adams, B. Marseille en S. Prechal voor hun waardevolle commentaar op het eerdere concept voor dit artikel.

Noten

2. Jaarverslag Raad van State 2014, p. 36.
3. M. Adams & G.-J. Leenknicht, 'Artikel nul: een algemene bepaling over rechtsstaat, democratie en grondrechten in de Grondwet?' AA maart 2015, p. 207 e.v.
4. www.internetconsultatie.nl/eerlijkproces.
5. www.eerstekamer.nl/nieuws/20140204/voorbereiding_debat_eerste_kamer_en_M.

- Adams & W. Witteveen, 'Drie dimensies van de rechtsstaat', *NJB* 2014/1017, afl. 20, p. 13-1373.
6. M. Adams, 'Constitutionele geletterdheid voor de democratische rechtsstaat', *NJB* 2013/874, afl. 17, p. 1110 e.v.
 7. N. Doornbos, 'Onze rechtsstaat op de schaal van erg', *AA* 2015, p. 106-110.
 8. Wetenschappelijke Raad voor het Regeeringsbeleid (WRR), *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2002.
 9. Venice Commission 2011 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the rule of law, 4 april 2011, www.venice.coe.int/webforms/documents/CDLAD(2011)003rev-e.aspx.
 10. E.M.H. Hirsch Ballin, 'Jaarverslag Raad van State 2014', *NJCM* 2015 (nog te verschijnen), p. 27.

11. www3.weforum.org/docs/WEF_Global-CompetitivenessReport_2013-14.pdf.
12. http://data.worldjusticeproject.org/#.
13. http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/com_2014_158_en.pdf.
14. M. ter Voert, 'Toegang tot het recht in beweging, Over burgers en hun oplossingsstrategieën', *JV*, 2014, afl. 1, p. 62 e.v.
15. Nationale ombudsman, *Mijn onbegrijpelijke overheid*, Verslag van de Nationale ombudsman over 2012.
16. Rapport *Parate kennis bevoegdheden politie*, Den Haag 2015.
17. Nationale ombudsman, *Met voeten getreden*, Rapport van 2 november 2013, 2013/150.
18. Zie het rapport van de Algemene Rekenkamer, *Prestaties in de strafrechtketen, Kamerstukken II 2011/12, 33173, 1*, en ook S. Meijer, 'De executieplicht van het

- Openbaar Ministerie', *NJB* 2015/500, afl. 10, p. 624-625.
19. www.nationaleombudsman.nl/nieuws/2015/overheid-moet-gedupeerden-kenteckenfraude-helpen.
 20. A. Klip, 'Totaalstrafrecht', *DD* 2010, p. 583-592, in het bijzonder p. 592: 'De politiek is uitsluitend geïnteresseerd in het punitieve van het strafrecht. Wel in de straf, maar niet zo zeer in het recht.'
 21. J.J.J. Sillen, 'Straffend bestuur, de rechter en de Grondwet', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2014-1, p. 26 e.v.
 22. Zie K. van Beek & M. Kommer, 'De staat van veiligheid en rechtvaardigheid', in ditzelfde nummer, *NJB* 2015/741, afl. 16, p. 1056. Zij inventariseren 'meetbare indicatoren' voor de maatschappelijke opbrengst van de rechtsstaat.



ving krijgt onvoldoende aandacht. Witteveen noemde de rechtsstaat ‘een utopie’ en zijn tragische dood tijdens vlucht MH17 vormt een trieste illustratie.²³

3. Naar een stresstest

Op zich is het begrijpelijk dat er rond rechtsstatelijke onderwerpen discussies ontstaan, omdat het begrip rechtsstaat complex is en er steeds weer afstemming op actuele gebeurtenissen noodzakelijk is. In de woorden van Doornbos zou de vraag kunnen worden gesteld: erg, erger of ergst als het gaat om ‘de schending van de rechtsstaat’?

De grote banken, de ‘systeembanken’, worden door de Europese Centrale Bank aan een stresstest onderworpen, omdat hun falen het financiële systeem, maar ook de financiële stabiliteit van landen ernstig kan schaden.²⁴ De financiële problemen die in Griekenland zijn ontstaan, zijn illustratief voor de relatie met het functioneren van hun democratische rechtsorde. Het falen van hun rechtsorde lijkt deel te zijn van het Griekse probleem. Het ligt daarom voor de hand om het functioneren van de rechtsstaat ook aan een stresstest te onderwerpen. Hoe erg moet in het kader van een stresstest de schending van de rechtsstaat zijn om te kunnen spreken van systeemfalen? Op zich kan er consensus bereikt worden over de vereisten van de rechtsstaat, zoals die door de WRR verwoord zijn. Tegelijkertijd is duidelijk dat veel schendingen van rechtsstatelijke uitgangspunten binnen het rechtsstatelijke systeem gecorrigeerd worden en de rechtsstatelijke waarborgen kennelijk goed functioneren. Bijvoorbeeld als de rechter een besluit vernietigt wegens schending van een grondrecht. Wanneer is er sprake van de schending van rechtsstatelijke uitgangspunten die relevant zijn voor de uitkomst van deze stresstest? Het moet dan gaan om meer structurele problemen, die bijvoorbeeld pas na toetsing aan Europees of internationaal recht opgelost worden, er langere tijd sprake was van rechtsonzekerheid en er schade is ontstaan bij betrokkenen. Een belangrijke indicator vormt het feit dat wetgever en bestuur vooraf gewaarschuwd waren – bijvoorbeeld in een advies van de Raad van State – doch desondanks (willens en wetens) het risico hebben gelopen dat de nationale of Europese rechter tot een negatief oordeel zou komen. Maar ook het in een groot aantal gevallen of het herhaaldelijk schenden van rechtsstatelijke normen kan wijzen op het niet-functioneren van de noodzakelijke rechtsstatelijke waarborgen. Belangrijk is voorts de vraag in hoeverre er bevoegdheden bij het bestuur worden geaccumuleerd die, als ze worden toegepast in een rechtsstatelijk onvriendelijke context, tot ernstige problemen kunnen leiden,²⁵ in het bijzonder voor minderheden. Gelet op de politieke onrust in Europa is niet zeker wat de stembus in de komende tijden gaat opleveren. Welke rechtsstatelijke waarborgen genieten min-

derheden in ons land?

Om een helder beeld te krijgen van de relevante kwesties voor de uitvoering van een stresstest benader ik de rechtsstaat als systeem. Rechtsstatelijke vraagstukken raken zowel wetgeving, uitvoering als rechtspraak. Voor deze drie domeinen bespreek ik kort hoe het rechtsstatelijke systeem eruit ziet. Vervolgens laat ik aan de hand van belangrijke recente voorbeelden zien hoe het in de praktijk werkt. Daarbij roep ik in herinnering dat onze

Rechtsstatelijke vraagstukken raken zowel wetgeving, uitvoering als rechtspraak

rechtsorde complex is en de voorbeelden slechts kort besproken kunnen worden met verwijzing naar uitvoeri-ger onderzoek van anderen. In die zin verricht ik een meta-onderzoek op basis van reeds bekende feiten en toegepaste analyses. Mijn doel is om een overzichtsbeeld te schetsen van de staat van onze rechtsstaat en daarmee de vraag te beantwoorden of ons rechtsstatelijke systeem in een situatie van stress het af kan laten weten.

4. Wetgeving

Door wetgeving wordt het rechtsstatelijke systeem ingericht en onderhouden. Daarom rijzen veel rechtsstatelijke vragen tijdens het wetgevingsproces.²⁶ Het is dus de vraag welke waarborgen er zijn tegen wetgeving die indruist tegen rechtsstatelijke waarden. Het wetgevingsproces is in Nederland opgebouwd uit politieke besluitvorming, ambtelijke voorbereiding, internetconsultatie, advisering door de Raad van State en eventueel andere adviesinstanties en parlementaire behandeling in Tweede en Eerste Kamer. Nederland kent geen constitutioneel toetsingsrecht als waarborg en bovendien mag de rechter de wet niet toetsen aan de Grondwet. Wel mag de rechter de wet toetsen aan onder andere grondrechten in verdragen. Bovendien kan nationale wetgeving getoetst worden aan EU-recht, waaronder het Handvest met daarin grondrechten. Corstens noemt Nederland vanwege het ontbreken van constitutioneel toetsingsrecht een ‘buitenbeentje’ in Europa.²⁷ Het initiatief wetsvoorstel Halsema van GroenLinks voor de invoering van Constitutionele rechtspraak heeft begin 2015 geen tweederde meerderheid in de Tweede Kamer gehaald en is daarmee historie geworden. VVD-kamerlid Taverne stelt voor om de rechter de wet niet meer te laten toetsen aan

23. W. Witteveen, *De Wet als Kunstwerk*, Amsterdam: Boom 2014.

24. Bij de Europese Rekenkamer ben ik als lid van Kamer IV nauw betrokken bij onderzoeken naar de effectiviteit van Europese maatregelen om de financiële sector tegen crises te beschermen. Onder andere de implementatie van de Balance of Pay-

ments (BOP), het European Financial Stabilisation Mechanism (EFSM), de implementatie van de Excessive Deficit Procedure (EDP), de rol van de Commissie bij financiële assistentie aan Griekenland, de Reform of European Securities and Markets Authority (ESMA), en het Single Supervisory Mechanism (SSM). Hierin vond ik inspiratie

om ook voor de rechtsstaat een stresstest te ontwikkelen.

25. Zie de open brief van 2 april 2015 van Bits of Freedom, Amnesty Nederland, journalistenvakbond NVJ en de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten aan de Minister van Veiligheid en Justitie om een privacy debat te voeren voordat een groot

aantal privacy-bepalende wetgevende maatregelen ingevoerd wordt, <https://visieopprivacy.nl/>.

26. W. Witteveen, *De Wet als kunstwerk*, a.w.

27. G. Corstens, *De rechtsstaat moet je leren*, Amsterdam: Prometheus Bert Bakker 2014.

Het is kenmerkend dat in het verdeelde Nederland geen nationale overeenstemming te bereiken valt over onze gemeenschappelijke waarden

internationaal recht: de controle moet volgens hem bij de politiek liggen.²⁸ Er leven in Nederland vele visies op de betekenis van de Grondwet en grondwettelijke waarborgen. Illustratief is dat de Staatscommissie Grondwet het een minder goed idee vond om een preambule aan de Grondwet toe te voegen, omdat zij geen hooggespannen verwachtingen had van de mogelijkheid om nationale overeenstemming te bereiken over een formulering die verwijst naar gemeenschappelijke waarden en bijdraagt aan de 'samenbinding' van de burgers. Het is kenmerkend dat in het verdeelde Nederland geen nationale overeenstemming te bereiken valt over onze gemeenschappelijke waarden.²⁹

Vergelijken we deze waarborgen tegen onrechtmatige wetgeving in ons land met die in Duitsland, dan is de conclusie gerechtvaardigd dat wij veel minder sterke rechtsstatelijke waarborgen kennen.³⁰ Dit onder meer vanwege de centrale rol die grondrechten in de Duitse constitutie vervullen die gewaarborgd is door de constitutionele rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht. Het 'nie wieder', dat na de verschrikkingen in de Tweede Wereldoorlog gestalte kreeg in het Europese Verdrag inzake de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden en de rechtsmacht van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg, is in het Duitse constitutionele recht zelf sterk verankerd. In Nederland klinkt een ander geluid en wordt meer en meer een beroep gedaan op het primaat van de politiek of van de democratie.³¹ Rechtsstatelijke waarborgen worden daarmee 'gepolitiseerd'.

Hoe functioneert het Nederlandse stelsel van rechtsstatelijke waarborgen? Vanwege het ontbreken van constitutioneel toetsingsrecht mag verwacht worden dat rechtsstatelijke gebreken in wetsvoorstellen in de fase van voorbereiding en totstandkoming van wetgeving gesignaleerd worden en consequenties hebben voor de wetten die tot stand komen. Dat is niet steeds het geval. Ik noem drie recente voorbeelden.

a) *Sancties sociale zekerheid*. De wetgever heeft in de sociale zekerheid sancties geïntroduceerd die twee kenmerken vertonen: in de eerste plaats vloeien deze sancties volgens de intentie van de wetgever direct voort uit de wetgeving, reden waarom er geen afwegingsruimte is voor bestuursorganen en daarmee ook niet voor de rechter om de redelijkheid van de sancties te beoordelen. In de tweede plaats zijn deze sancties niet alleen van toepassing bij misbruik en fraude, maar ook bij fouten en vergissingen.³² De sancties zijn hoog en lopen op tot meer dan 100% van de uitkering. Na invoering van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving ingaande 2013 bleken deze sancties tot onredelijke uitkomsten te leiden. Uiteindelijk heeft de Centrale Raad van Beroep begin 2015 het wettelijke sanctiestelsel opengebroken en ruimte

geschapen voor een bestuurlijke redelijkheidsbeoordeling en rechterlijke toetsing daarvan conform artikel 5:46 lid 2 Awb.³³

- b) *Alcoholslot*. Het alcoholslot dient een goed doel: afschrikking van alcohol in het verkeer. Het alcoholslot wordt krachtens het wettelijke systeem als administratieve maatregel zonder beoordeling door het CBR als bestuursorgaan opgelegd. De kosten van het alcoholslot lopen op tot € 5000 en als de overtreder geen eigen auto heeft vormt de inbouw van een dergelijk slot een extra probleem. Recent heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het alcoholslot niet louter een administratieve maatregel is maar als sanctie een strafrechtelijke bejegening uitsluit vanwege het ne bis in idem beginsel. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelde in 2013 dat het alcoholslot (bij vrachtwagenchauffeurs) een evenredige was.³⁴ Recent heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) geoordeeld dat de redelijkheid van deze maatregel beoordeeld moet worden en dat die onder omstandigheden willekeur kan opleveren.³⁵
- c) *Dataretentie*. Nederland heeft wetgeving ingevoerd op basis waarvan bel- en internetgegevens langdurig bewaard kunnen blijven, die echter in strijd blijkt te zijn met EU-recht. Nadat het Europese Hof van Justitie zich over de reikwijdte van de dataretentierichtlijn had uitgesproken³⁶ volhardde de Minister van Veiligheid en Justitie in toepassing van de Nederlandse Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens.³⁷ De Raad voor de Rechtspraak heeft geadviseerd om het voorderen van verkeersgegevens alleen mogelijk te maken na voorafgaande rechterlijke toetsing door een rechter-commissaris.³⁸ Uiteindelijk heeft de voorzieningenrechter te Den Haag deze wet buiten werking gesteld.³⁹

Deze voorbeelden laten zien dat de waarborgen in de fase van wetgeving tekortgeschoten zijn en dat pas na geruime tijd de rechter de rechtsstatelijke implicaties van deze wetgeving vastgesteld heeft. Er zijn tal van andere wettelijke maatregelen die dergelijke rechtsstatelijke implicaties hebben en die het staatsblad (nog) niet gehaald hebben. Ik noem het burkaverbod, minimumstraffen in het strafrecht, kostendekkend griffierecht, de beperking van de rechtshulp en strafbaarstelling van illegalen. Veel wetgeving vindt haar oorsprong direct in regeerakkoorden, dan wel vormt een invulling van de overeengekomen bezuinigingen. Via positieve uitruil weet één van de regeringspartijen zich te verzekeren van een meerderheid in de Tweede Kamer. Bij het kabinet Rutte II bleek het verkrijgen van een meerderheid in de Eerste Kamer soms problematisch. Dat wetsvoorstellen geen meerderheid behaalden kon het gevolg zijn van een

nadere rechtsstatelijke toetsing, maar politieke opportuniteit speelde steeds een rol. Een illustratie vormt de strafbaarstelling van illegalen die dankzij positieve uitruil tussen VVD en PvdA in het regeerakkoord opgenomen is en volgens de toenmalige Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie bedoeld is om illegaal verblijf onaantrekkelijk te maken: 'Dan krijg je een verdrijvings-effect'.⁴⁰ Uiteindelijk heeft de VVD vanwege een opstand in de PvdA achterban dit voorstel laten vallen, terwijl de PvdA bij wijze van concessie voor dit offer de verhoging van de arbeidskorting – een deniverende maatregel – heeft moeten aanvaarden.⁴¹

Barkhuysen (e.a.) hebben een meer systematische verkenning van de rechtsstatelijke consequenties van wetgeving uitgevoerd als het gaat om grondrechtenbepalend overheidsoptreden, in het bijzonder bij eigendomsontneming/-beperking; vrijheidsontneming/-beperking; inbreuk op lichamelijke integriteit; en inbreuk op privacy-/huisrecht. Zij stellen dat, ondanks het feit dat Nederland een sterk ontwikkeld rechtsbestel heeft, de Nederlandse wetgever op veel fronten slechts blijkt te voldoen aan minimale Europese vereisten. De wetgever kent aan de rechter vaak slechts beperkte ruimte toe om te toetsen. Barkhuysen (e.a.) concluderen: 'Dat maakt grondrechtenbescherming in het Nederlandse bestuursrecht op voorhand kwetsbaar omdat het systeem weinig flexibel is en het bestuursrecht niet is voorbereid op aanvullende rechtsbeschermingsvragen die nodig kunnen zijn bij nieuwe (al dan niet technologische) ontwikkelingen. Rechtsbescherming in het bestuursrecht loopt daarmee het risico al snel tekort te schieten'.⁴²

5. Uitvoering

In de uitvoering zijn veel voorbeelden te vinden van schendingen van rechtsstatelijke waarden, doch in de meeste gevallen gaat het om situaties waarin het gewone rechtsstatelijke systeem functioneert: de rechter (of de Nationale ombudsman) corrigeert. Ik noem in het kader van deze stresstest drie onderwerpen: de gaswinning in Groningen, bed, bad en brood en de vreemdelingenbewaring.

a) Gaswinning

De Onderzoeksraad voor Veiligheid heeft geconcludeerd dat bij de gaswinning in Groningen onvoldoende gewicht is toegekend aan het veiligheidsbelang van Groningers. De besluitvorming over de omvang van de gaswinning is eenzijdig gericht geweest op het economische belang van het veiligstellen van de gasleveranties. De Onderzoeksraad constateert dat de Minister van Economische Zaken te veel petten op heeft: het ontbreekt kennelijk aan checks and balances. Er is onvoldoende onderzoek gedaan naar de mogelijke consequenties van de bodemdaling voor de stabiliteit ervan.⁴³ Voorts is het de vraag of de schade van huiseigenaren op rechtsstatelijke wijze gecompenseerd wordt. Die rechtsstatelijke wijze wordt niet alleen bepaald door een mogelijke rechtsgang voor de rechter, maar veel eerder door een faire vorm van conflictoplossing.⁴⁴

b) 'Bed, bad en brood'

De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie weigerde jarenlang opvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers. Het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) oordeelde dat Europese lidstaten 'bed, bad en brood' moeten regelen voor deze vreemdelingen. De staatssecretaris wilde een nadere beslissing van het Comité van Ministers van de Raad van Europa afwachten. De Voorzieningenrechter van de Centrale Raad van Beroep heeft vervolgens in december 2014 geoordeeld dat er opvang geboden moet worden vanwege de betekenis van het oordeel van het ECSR.⁴⁵

c) Vreemdelingenbewaring

Vreemdelingenbewaring is, zeker als er kinderen bij betrokken zijn, een ingrijpende maatregel, die alleen zou mogen worden toegepast wanneer er geen alternatieven zijn. De Verenigde Naties hebben aanbevelingen gedaan voor beperking van vreemdelingenbewaring.⁴⁶ De vreemdelingenbewaring draagt hoofdzakelijk het karakter van detentie met veel privacy- en vrijheidsbeperkende maatregelen. Pas na jaren van kritiek van veel deskundige instanties zoals de Stichting voor Vluchtelingen-Studenten UAF, Amnesty International, VluchtelingenWerk Nederland (VWN), de Adviescommissie Vreemdelingenzaken (ACVZ),

28. Zie voor het advies van de Raad van State: www.raadvanstate.nl/adviezen/samenvattingen/tekst-samenvatting.html?id=211.

29. H. Pleij, *Moet kunnen, op zoek naar een Nederlandse identiteit*, Amsterdam: Prometheus Bert Bakker 2015; T. Koopmans, 'Het primaat van de politiek', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1998-4, p. 97.

30. R. de Lange, 'De invloed van Duits recht op de grondrechten en het denken over grondrechten in Nederland na 1945', *AA*, 2014 (juli/augustus), p. 576-585.

31. Jaarverslag 2012, Raad van State, p. 23.

32. Nationale ombudsman, *Geen fraudeur, toch boete*, Rapport 4 december 2014, 159/2014; www.nationaleombudsman.nl/uploads/bijlage/Rapport%202014-159%20Geen%20fraudeur,%20toch%20boete_4.

pdf. Zie voor de kabinetsreactie van 16 december 2014 Fraudewet, onderzoek Nationale ombudsman en aanbidding rapport Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 'De Boete belicht'; <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-442558>.

33. CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754.

34. ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1604.

35. Zie hierover ook: T. Barkhuysen & M. van Emmerik, 'Alcoholslot exit, Lessen voor nieuwe en ook oude gevallen?' *NJB* 2015/541, afl. 11, p. 676 e.v.

36. HvJ EU 8 april 2014, in de gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland en Seitlinger*).

37. *Kamerstukken II* 2013/14, 33870, 1.
38. Advies van 23 februari 2015 over het

Wetsvoorstel Wijziging van de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering in verband met de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten,

39. Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498.

40. *De Volkskrant* 22 december 2012.

41. *Kamerstukken II* 2013/14, 33512, 13.

42. T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, B.J. van Etkoven, V. Mul, R. Stijnen & M.F.J.M. de Werd, *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen, Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014, p. 182.

43. Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Aardbevingsrisico's in Groningen*, 18 februari

2015.

44. Zie bijv. de Schadevergoedingswijzer van de Nationale ombudsman: www.nationaleombudsman.nl/uploads/infomateriaal/schadevergoedingswijzer.pdf.

45. CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en ECLI:NL:CRVB:2014:4179. Zie P. de Meij, 'Het recht van vreemdelingen op een menswaardig bestaan en de rol van de rechter', *NJB* 2015/552, afl. 11, p. 668-675.

46. Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention', UNHCR, 2012.

de Nationale ombudsman en de Kinderombudsman, heeft de Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie gereageerd.⁴⁷

Bij deze voorbeelden springen de consequenties van doorgeschoten 'managementdenken' in het oog, waar Tjeenk Willink onder de titel 'De verwaarloosde staat' aandacht voor heeft gevraagd.⁴⁸ Een belangrijke rol speelt daarbij het vooropstellen en verabsoluteren van financiële belangen, zoals die hun beslag in het regeerakkoord hebben gekregen. Van Lochem heeft het onderwerp 'rechtsrelativisme' geanalyseerd. Daaronder verstaat hij overheidszaken dat in strijd is met de daarop van toepassing zijnde rechtsnormen en waarvoor geen serieuze rechtvaardiging wordt gegeven. Op zich is het aanvaardbaar dat de betekenis van juridische vragen niet verabsoluteerd wordt en een afweging tegen andere belangen maatschappelijk relevant kan zijn.⁴⁹ Rechtsrelativering wijst volgens hem op zich niet op systeemfalen van de rechtsstaat,⁵⁰ maar ik meen dat de besproken voorbeelden te zwaarwegend zijn om als verklaarbaar 'rechtsrelativisme' af te doen. Bij ministeries is de teneur nu dat juridische argumenten vanwege de politieke opportuniteit terzijde geschoven worden. Ter illustratie kan worden genoemd de aangifte van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden tegen de top van het Ministerie van Financiën vanwege het geheimhouden van de naam van de tipgever inzake Luxemburgse spaartegoeden. Hofpresident Van der Winkel hekelde het feit 'dat overheden zelf gaan uitmaken hoe de regels moeten worden toegepast en dat niet aan de rechter overlaten'.⁵¹ Dit voorbeeld raakt de rol van de rechter.

Bij ministeries is de teneur nu dat juridische argumenten vanwege de politieke opportuniteit terzijde geschoven worden

6. Rechtspraak

De toegang tot de rechter is in twee opzichten van belang: enerzijds als rechtsstatelijke waarborg, anderzijds is het goed functioneren van de rechtspraak afhankelijk van de randvoorwaarden die door wetgeving en bestuur geschapen worden. De afgelopen jaren is veel discussie gevoerd over de hoogte van griffierechten en de rechtsbijstand. Het tijdens kabinet Rutte I voorgestelde 'kostendekkende griffierecht' heeft tot scherpe kritiek geleid, omdat rechtspraak niet beschouwd mag worden als zomaar een dienst waarvoor betaald moet worden. Met kabinet Rutte II is het kostendekkend griffierecht van de politieke agenda verdwenen, maar een bezuinigingstaakstelling is blijven staan. De consequenties van de nu voorgestelde verhoging van het griffierecht en de bezuinigingen op de rechtsbijstand moeten nog gezien worden.⁵² Wellicht dat het onderzoek van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum naar de geschilbeslechtingdelta dat dit jaar verwacht wordt meer informatie geeft over

'vraaguitval' in de rechtspleging. De effecten van hoger griffierecht blijken echter moeilijk te bepalen.⁵³ Ter Voert constateert dat justitiabelen die geen procedure beginnen zelden aangeven dat geld een probleem was.⁵⁴ Westerveld vindt dat de herziening van het stelsel van rechtsbijstand niet eenzijdig gericht moet worden op toegang tot de rechter, maar dat er ook alternatieven zijn die niet tot kwaliteitsverlies leiden als het gaat om de toegang tot het recht.⁵⁵ In dat verband is het belangrijk dat rechters onder andere in regiezittingen onnodig (lang) procederen proberen te voorkomen. De introductie van nieuw procesrecht in bestuursrechtelijke en civiele zaken in de vorm van Kwaliteit en innovatie rechtspraak 'KEI', sluit hierbij aan maar heeft ook kritische stemmen bij rechters losgemaakt.⁵⁶ De informele aanpak in bezwaarprocedures en bij besluitvorming door bestuursorganen draagt effectief bij aan een betere toegang tot het recht, maar 'minder toegang tot de rechter'.⁵⁷

De organisatie en financiering van de rechtspraak vormen een kritiekpunt. Waarom is de Raad voor de rechtspraak niet net als de Algemene Rekenkamer, de Raad van State en de Nationale ombudsman een Hoog College van Staat? Daardoor zou er enerzijds meer afstand ontstaan ten opzichte van het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Nu is de rechtspraak slechts een van de diensten van dat ministerie. Anderzijds zou de financiering van de rechtspraak een meer zelfstandig karakter kunnen krijgen dan zoals die nu bij begrotingswet door de wetgever wordt vastgesteld. Het is niet verwonderlijk dat binnen de rechtspraak discussie is ontstaan over 'het management' door gerechtsbesturen aangestuurd door de Raad voor de rechtspraak en over de werkdruk.⁵⁸

Ook de niet sluitend geregelde verhouding tussen de rechterlijke colleges die onder de Raad voor de rechtspraak vallen, de Hoge Raad en de Raad van State is uit bestuurlijk oogpunt erg ongelukkig.⁵⁹ De in het regeerakkoord voorziene definitieve splitsing van de Raad van State als wetgevingsadviseur en als rechterlijk college krijgt wellicht zijn beslag. De keuze van het kabinet om voor de bestuursrechtspraak twee organisatorische structuren in stand te houden is ongelukkig. Het kabinet Rutte II heeft voorgesteld om de rechtsprekende functie van de Raad van State samen te voegen met die van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep op te heffen en diens rechtsprekende taak bij de gerechtshoven onder te brengen. Dit is een ongelukkige keuze, omdat de eenheid van de bestuursrechtspraak nog steeds problematisch blijft. Schlössels heeft in het NJB de bestuursrechtspraak speelbal van de politiek genoemd.⁶⁰ De wetgever hanteert ten aanzien van de rechtspraak een verdeel-en-heers-politiek. Is rechtspraak een rustig bezit?

Een aantal onderwerpen met betrekking tot rechtspraak loop ik langs: rechterlijke dwalingen en het herstel daarvan, de redelijke termijn en de intensiteit van toetsing door de bestuursrechter.

a) Rechterlijke dwalingen

De Schiedammer parkmoord vormde de opmaat voor veel acties om rechterlijke dwalingen te voorkomen. Via de Commissie Evaluatie Afgesloten Strafzaken (CAES) en sinds 2012 de wettelijk geregelde Adviescommissie Afge-

sloten Strafzaken (ACAS) zijn mogelijke rechterlijke dwalingen onderzocht.⁶¹ Het aantal rechterlijke dwalingen is niet toegenomen, wel is er een belangrijke discussie over de deskundigheid van de rechter en deskundigenoordeelen. Het aantal zaken dat bij de CAES en de ACAS is aangebracht vormt onvoldoende reden om van een systematische schending van de rechtsstatelijke vereisten te spreken. Eerder kan gezegd worden dat de wettelijke regeling van de ACAS een rechtsstatelijke waarborg inhoudt.

b) Redelijke termijn

Schending van de redelijke termijn door de rechter kan een indicatie zijn voor overbelasting van de rechtspraak. Hoewel er incidentele zaken zijn waarin schending van de redelijke termijn aangenomen wordt is er geen reden voor een verontrustend beeld.⁶² Nadere wetgeving voor redres van schending van de redelijke termijn in het civiele proces is wenselijk. Nederland scoort Europees gezien goed wat betreft de lengte van procedures. Het programma KEI heeft als intentie om de doorlooptijden verder te verkorten.

c) Beperkte toetsing door de rechter

Naast de organisatie van de bestuursrechtspraak is kenmerkend voor de bestuursrechtspraak de beperkte toetsing waarvoor de bestuursrechter sinds de invoering van de Awb gekozen heeft. Te noemen valt de beperkte toetsing door de rechter in vreemdelingenzaken en bij de beoordeling van sanctiebesluiten. Hirsch Ballin maakt in zijn preadvies voor de VAR 2015 een uitgebreide analyse van de rechtsprekende rol van de bestuursrechter.⁶³ Hij concludeert dat de bestuursrechter en in het bijzonder de ABRvS bij de toetsing van bestuursbevoegdheden naar maatstaven die bij de huidige tijd passen een te terughoudende rol kiest en daarmee te veel ruimte laat aan het vrije goedvinden van bestuursorganen. Het betreft hier de zogenoemde 'marginale toetsing' in verband met het verbod van willekeur zoals gecodificeerd in artikel 3:4 Awb, en specifiek voor sancties in artikel 5:46 lid 2 Awb. De conclusie kan worden getrokken dat het bestuur van de rechter te ruime niet getoetste bevoegdheden toegekend krijgt. De ABRvS vertoont gou-

Waarom is de Raad voor de rechtspraak niet net als de Algemene Rekenkamer, de Raad van State en de Nationale ombudsman een Hoog College van Staat?

vernemetele trekken, hoewel daar schoorvoetend verbetering in komt.

7. Evaluatie

In de vorige paragrafen is langs de lijnen van de trias politica verkend welke rechtsstatelijke gebreken in Nederland onderkend kunnen worden in wetgeving, bestuur en rechtspraak, die niet binnen de normale waarborgen van onze rechtsorde gecorrigeerd worden. De conclusie is gerechtvaardigd dat op al deze drie domeinen, maar in het bijzonder bij de wetgeving, de systeemwaarborgen in de Nederlandse democratische rechtsstaat tekort schieten. Ondanks kritische geluiden van de Raad van State passeren wetsvoorstellen de Tweede en Eerste Kamer, waarvan moet worden vastgesteld dat ze indruisen tegen rechtsstatelijke waarden. Schending van en toetsing aan internationaal en Europees Recht speelt hierbij een cruciale rol. Op tal van terreinen wordt bij de vorming en uitvoering van beleid in strijd gehandeld met grondrechten: gaswinning in Groningen, het weigeren van bed, bad en brood, en de vreemdelingenbewaring. De rechtspraak is onduidelijk georganiseerd en de onafhankelijke financiering is onvoldoende gewaarborgd. De bestuursrechtspraak is en blijft te zeer verdeeld over meerdere rechterlijke colleges. De bestuursrechter, in het bijzonder de ABRvS, is gouvernementeel in zijn oordelen omdat zij te weinig diepgaand toetst.

Twee vragen bespreek ik ter afronding. Welke thema's zijn relevant gebleken in het kader van deze stresstest? En wat leert ons deze stresstest van de rechtsstaat Nederland?

47. 13 september 2013, Toezeggingen op Rapporten en adviezen vreemdelingenbeleid. Rapport Nationale ombudsman 6 augustus 2012, 2012/105: *Vreemdelingenbewaring: strafregime of maatregel om uit te zetten. Over respect voor mensenrechten bij vreemdelingenbewaring.*

48. H. Tjeenk Willink, 'De verwaarloosde staat', Bart Tromplezing 2013, www.bart-tromplezing.nl/publicaties/publicaties_item/t/de-verwaarloosde-staat-tekst-bart-tromplezing_van_herman_tjeenk_willink.

49. P. van Lochem, *Rechtsrelativering, Een verkenning op het terrein van het overheidshandelen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

50. Idem, p. 250.

51. *Financieel Dagblad* 1 december 2014.

52. H. Arlman & E. Lohman, 'Toegang tot het recht: grondrecht of kostenpost?' *NJB* 2013/2560, afl. 44, p. 3027 e.v.

53. Raad voor de rechtspraak: In de schaduw van de rechter, Individuele en maatschappelijke kosten en batenvan de juridische infrastructuur en het antwoord van het kabinet van 24 november 2014, Reactie op rapport Raad voor de Rechtspraak 'In de schaduw van de rechter'.

54. M. ter Voert, 'Toegang tot het recht in beweging, Over burgers en hun oplossingsstrategieën', *JV* 2014, afl. 1, p. 62 e.v.

55. M. Westerveld, 'Gesubsidieerde rechtsbijstand en de toegang tot het recht', *NJB* 2014/246, afl. 5, p. 312-319.

56. *Kamerstukken II* 2014/15, 34059.

57. Zie het succesvolle project Prettig con-

tact met de overheid van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties <http://prettigcontactmetdeoverheid.nl/> en *Hoe hoort het eigenlijk? Passend contact tussen overheid en burger*, ROB, Den Haag 2014; A.F.M. Breninkmeijer & B. Marseille, 'Meer succes met de informele aanpak van bezwaarschriften', *NJB* 2011/1586, afl. 30, p. 2010 e.v.

58. *Bescheidenheid en moed*, Afscheidsrede G. Corstens als President van de Hoge Raad, R. Otte, 'De rechtsstaat is een rustig bezit', *NJB* 2012/243, afl. 4, p. 263 e.v.

59. Zie voor een overzicht van deze ontwikkeling: R. Ortlep, *Optimaliseren rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters*, Preadvies VAR 2015.

60. R.J.N. Schlössels, 'De kracht van gele-

genheidsargumenten?! Ons stelsel van bestuursrechtspraak als speelbal van politiek', *NJB* 2014/1578, afl. 30, p. 2125-2128.

61. Wet hervorming herziening ten voordele van 18 juni 2012; M.S. Groenhuijsen, 'Van CEAS naar ACAS. Kansen en bedreigingen', *DD* 2014/63.

62. T. Poppema, 'Eindscore of tussenstand? De Redelijke termijn na 29 januari 2014', *Trema*, februari 2015, p. 53 e.v. en de bespreking van L.C.W.M. van Kessel, van HR 28 maart 2014, ECLI: HR:2014:376, *NTBR* afl. 7, september 2014, p. 266 e.v.

63. E.M.H. Hirsch Ballin, *Dynamiek in de bestuursrechtspraak*, Preadvies VAR 2015 te verschijnen in mei 2015.

Eerder heb ik gesteld dat vanwege de steeds grotere interdependentie van wetgever en bestuur en de structurele partijdigheid van de wetgever, de spanning tussen 'het democratisch bestuur' en de rechter groter wordt.⁶⁴ Hiervoor is gebleken dat die spanning zich vertaalt in onvoldoende onafhankelijke financiële en organisatorische waarborgen voor eerlijke rechtspraak. Het ontbreken van constitutioneel toetsingsrecht en de wens van de grootste partij, de VVD, om de toetsing door de rechter aan internationale mensenrechten af te schaffen, completeren dit beeld.

Naast dit structurele onderwerp blijken drie thema's centraal te staan in deze analyse van schendingen van de rechtsstaat: ten eerste politieke thema's die bij de verkiezingen gebruikt zijn, zoals 'law and order' (verzwaring van de sanctionering) en het afschrikken van vreemdelingen en hun assimilatie, ten tweede de gevolgen van het doorgeschoten managementdenken en het vooropstellen van bedrijfsmatige (bezuinigings)doelstellingen, en ten derde de inperking of beperking van de rechtspraak en de toegang tot het recht.

Welke lessen vallen te trekken? Een vitale rechtsstaat laat grenssituaties zien waarin de doorwerking van rechtsstatelijke uitgangspunten via de werking van het rechtsstatelijke systeem veiliggesteld wordt. Mijn analyse is echter gericht op een meer fundamenteel probleem: Voldoen de systeemwaarborgen in het kader van rechtsstatelijk 'wetgeven', rechtsstatelijk besturen en rechtsstatelijke rechtspraak? Of zijn er situaties waarin die waarborgen onvoldoende werken en er achteraf correcties noodzakelijk zijn? Mijn analyse laat zien dat zowel bij wetgeving, uitvoering als rechtspraak achteraf rechtsstatelijke correcties noodzakelijk blijken. Bovendien is er een voortgaande ontwikkeling in de verkeerde richting. Het afwijzen van constitutioneel toetsingsrecht – dat als een rechtsstatelijk noodventiel kan worden beschouwd – en de politieke wens om de toetsing aan het internationale recht bij de rechter weg te nemen, zijn negatieve indicatoren. Een andere negatieve indicator is dat de politiek voor de inrichting, besturing en financiering van de rechtspraak geen solide grondslag biedt.

Faalt de Nederlandse rechtsstaat in de stresstest? Voor het antwoord op deze vraag is niet alleen van belang dat rechtsstatelijke waarborgen in ons rechtssysteem ontbreken, maar tevens de vraag hoe wij omgaan met politieke partijen die een rechtsstatelijk vijandige opinie koesteren. Kortom, de verbinding tussen democratie en rechtsstaat. Een punt van zorg voor onze democratie vormt de nog slechts beperkte belangstelling van kiezers voor partijpolitiek, de grote versplintering in de politiek⁶⁵ en daarmee samenhangende problemen rond meerderheidsvorming in de Tweede en Eerste Kamer. Moeizame meerderheidsvorming heeft geleid tot 'positieve uitruil' bij het formuleren van de regeerakkoorden Rutte I en Rut-

te II. Deze methode leidt ertoe dat voorstellen die slechts beperkte politieke steun hebben alsnog aan een meerderheid – althans in de Tweede Kamer – geholpen worden. Te denken valt aan de rigoureuze sanctieverzwaring in de sociale zekerheid, die door de VVD in het regeerakkoord Rutte I opgenomen werd. Gedurende het kabinet Rutte I hebben de VVD en het CDA vanwege de gedoogsteun van de PVV voorstellen aanvaard die rechtsstatelijk problematisch waren. Ook de uitvoering bijvoorbeeld op het terrein van vreemdelingen was in die tijd rechtsstatelijk uiterst problematisch. Die lijn is overigens onder het kabinet Rutte II voortgezet. Het gaat hier om een juridische analyse, die politiek relevant is, maar geen politiek standpunt inhoudt, hoewel in het actuele politieke debat een dergelijke benadering veelal wordt miskend.

Een zorgpunt vormt de PVV van Wilders die in de verkiezingsstrijd koos voor 'minder, minder Marokkanen' en onder andere pleit voor de afbraak van moskeeën.⁶⁶ Een strafvervolgning van Wilders is in voorbereiding. Het is uit rechtsstatelijk oogpunt problematisch dat de derde partij in Nederland – op basis van de uitslag van de verkiezingen – expliciet vijandig staat tegenover minderheden. De VVD tracht vanwege de dreiging van de PVV de rechtervleugel tevreden te stellen met voorstellen die rechtsstatelijk problematisch zijn⁶⁷ en pleit voor beperking van de rechtsstatelijke rol van de rechter. Bovendien wordt de adviserende rol van de Raad van State als het om rechtsstatelijke onderwerpen gaat in het wetgevingsproces bij belangrijke rechtsstatelijke onderwerpen miskend⁶⁸ en stelt de regering voor om de betekenis van adviezen van andere adviescolleges uit te hollen door afschaffing van de verplichting voor de regering om te reageren op die adviezen.⁶⁹

8. Conclusie

Mijn conclusie luidt niet alleen dat zowel bij wetgeving, uitvoering als rechtspraak belangrijke rechtsstatelijke gebreken zichtbaar zijn, maar dat vooral in het functioneren van ons democratische systeem onvoldoende waarborgen zijn dat rechtsstatelijke waarden voldoende en tijdig beschermd worden. Vanuit de Tweede Kamer en vanuit politieke partijen wordt het 'primaat van de politiek' of het 'primaat van de democratie' met grote regelmaat als argument gebruikt om tegen te spreken dat de rechter op basis van rechtsstatelijke uitgangspunten een oordeel mag geven dat een streep haalt door eerdere democratische besluitvorming. Het geheim van de democratische rechtsstaat is nu juist dat het een gedeelde rechtsorde is, waarin soms de democratie het voortouw heeft, maar waarin soms ook de rechtsstatelijke kant, bijvoorbeeld de mensenrechten, op een gegeven ogenblik een grens stelt aan de discretionaire bevoegdheid van de wetgever.⁷⁰ In die zin bestaat het primaat van de politiek niet.⁷¹ Noodzakelijk is dat in de Tweede Kamer en de Eerste Kamer niet geargumenteed wordt vanuit een primaat van democratie of politiek, maar onder-

Op tal van terreinen wordt bij de vorming en uitvoering van beleid in strijd gehandeld met grondrechten

Onderkend moet worden dat de kracht van de democratische rechtsstaat schuilt in het samenspel van krachten en tegenkrachten waardoor democratie noch rechtspraak het laatste woord heeft

kend wordt dat de kracht van de democratische rechtsstaat schuilt in het samenspel van krachten en tegenkrachten waardoor democratie noch rechtspraak het laatste woord heeft. De rechtsprekende bevoegdheden van de rechter in Nederland moeten afgestemd zijn op die noodzakelijke rol van tegenkracht in de democratische rechtsstaat. Nu dat niet zo is meen ik dat de Nederlandse rechtsstaat de stresstest niet kan doorstaan.

9. Ten slotte

Kritiek lijkt gemakkelijk. Heb ik nog concrete voorstellen voor verbetering? De staatscommissie herziening tweeka-merstelsel, zoals door de minister-president bij de Alge-

mene Beschouwingen in de Eerste Kamer toegezegd, zou opheffing van de Eerste kamer op de agenda kunnen plaatsen en daarbij invoering van constitutioneel toetsingsrecht als alternatief voor de reflexieve functie van de Eerste Kamer kunnen overwegen. Ik meen dat introductie van een constitutioneel hof met een functie zoals in veel andere Europese landen een in deze tijd onmisbare waarborg voor de rechtsstaat Nederland inhoudt. De onafhankelijkheid van de rechter moet beter worden gewaarborgd. Maak van de Raad voor de rechtspraak een Hoog College van Staat, zodat de rechtspraak niet onder het Ministerie van Veiligheid en Justitie valt, maar rechtsreeks bij (begrotings)wet geregeld wordt. •

64. H. Tjeenk Willink, 'De rechterlijke functie in de veranderde democratische rechtsstaat', *NJB* 2014/3, afl. 1, p. 12 e.v. en A.F.M. Brenninkmeijer, 'Unitas politica', *NJB* 2012/176, afl. 3, p. 192 e.v.

65. P. Mair, *Ruling the void, The hollowing of western democracy*, London, New York: Verso 2013.

66. Behandeling Begroting 2015 Sociale Zaken en Werkgelegenheid *Handelingen I* 2014/15, 27 november 2014, nr. 30, item 3, p. 19.

67. Zie over deze ontwikkeling: A. Kallis, 'When fascism became mainstream: The challenge of extremism in times of crisis', *Fascism* 2015, vol. 4, nr. 1, p. 1 e.v.

68. Jaarverslag Raad van State 2014, p. 58: Wanneer naar de argumenten uit de memorie van toelichting wordt verwezen, of bij nader rapport belangrijke wijzigingen worden aangebracht waarover de Raad van State geen advies wordt gevraagd.

69. Zie voor het wetsontwerp dat inmiddels bij de Eerste Kamer ligt, *Kamerstukken I*

2014/15, 33817.

70. Zie ook mijn bijdrage aan 'Staat van de rechtsstaat', *Handelingen I* 2013/14, 11 maart 2014, nr. 22, item 5, p. 18.

71. A.F.M. Brenninkmeijer, 'Het primaat van de politiek bestaat niet meer', *AA* 1992, nr. 11 p. 24 e.v.