

Rechtspraak en politiek

Floris Bakels¹

In het grensgebied van rechtspraak en politiek is het lang rustig geweest in ons land. En tussen rechtspraak en wetgever was en is sprake van een wederzijdse vertrouwensrelatie. Maar sinds de jaren tien van deze eeuw is vaker dan vroeger een beroep op de rechter gedaan in zaken met een politieke dimensie. Niet elke politieke partij is daarvan gediend. Inmiddels is in deze relatie sprake van enige, licht oplopende, spanning. Dit verdient extra aandacht in de context van wereldwijde politieke ontwikkelingen die tot op zekere hoogte ook ons land al hebben bereikt.

De Verenigde Staten

We pikken deze ontwikkelingen op in de Verenigde Staten, waarin alles eerder gebeurt dan hier. In de sterk gejuridiseerde én gepolariseerde Amerikaanse samenleving is het hoogste rechtscollege van de Federatie een zeer gezaghebbende stem. Zijn rechtspraak wordt, ook door het brede publiek, op de voet gevolgd. Federale rechters zijn immers bevoegd federale wetten, staatswetten en bestuursbesluiten te toetsen aan de federale grondwet (*Constitution*). Dit rechterlijk toetsingsrecht staat niet met zoveel woorden in de grondwet, maar is eruit afgeleid door het *Supreme Court*.²

De Amerikaanse grondwet, en de daaraan later toegevoegde amendementen, bevat open normen. Dit geeft de rechters veel macht, waarvan het belang groeit naarmate de wetgever minder klaarmaakt. Met name de leden van het federale *Supreme Court* worden daarom ook wel *politicians in robes* genoemd. De wijze waarop die macht wordt uitgeoefend, kan op diverse manieren worden gestuurd. Een subtiel instrument is de, op het eerste gezicht apolitieke, methode van wetsuitleg. De conservatieve opper-rechter Scalia³ heeft verdedigd dat de wet in beginsel taalkundig moet worden uitgelegd met dien verstande dat het, wat de grondwet betreft, erom gaat hoe redelijk denkende mensen haar in 1789 verstanden. Deze methode van wetsuitleg is bedoeld om rechterlijk activisme (*to legislate from the bench*) aan banden te leggen. Zij is inmiddels in brede kring aanvaard om de rechter zoveel mogelijk buiten politieke discussies te houden. *We are all textualists now*, verklaarde de door Obama benoemde Justice Kagan. De rechter mag de grondwet dus niet uitlegen als *living instrument*.⁴ De bescherming die grondrechten bieden wordt daarmee klein gehouden, ten gunste van de wetgevende macht. En als ook deze weinig presteert, vinden rechtse politieke stromingen dat prima: dan is de individuele vrijheid optimaal gewaarborgd.

In deze maatschappelijke omgeving en die uitlegmethode, is erkenning door de rechter van het recht op abortus evident onjuist. Dit recht was in 1789 immers onbe-

kend, en ligt ook niet besloten in het recht op privacy (veertiende amendement, het gelijkheidsbeginsel). *Roe v Wade*,⁵ waarin anders is geoordeeld, is weliswaar *settled law* maar die zaak is – in deze visie – onjuist beslist. *Overruling* van dit belangrijke precedent dreigt,⁶ ook de doctrine van *stare decisis* kent haar grenzen. Dat sluit niet uit dat dit recht op het niveau van de Federatie of van de staten door de wetgever wordt erkend, maar regeling van deze politieke kwestie door de niet democratisch gekozen rechterlijke macht is niet passend, is de gedachte. Die visie klinkt mooi, maar hoort in deze categorische vorm thuis in een maatschappij waarin niet een op vertrouwen gebaseerde samenwerking tussen rechtspraak en wetgever bestaat. En praktisch kan langs deze weg de klok (van eerdere rechtsvorming door de rechter) worden teruggedraaid.

Tekstualisten nemen onaannemelijke consequenties van hun magere uitlegdiët op de koop toe, als nevenschade. Zo oordeelde de hoogste rechter⁷ vorig jaar over

Auteur

1. Mr. F.B. Bakels is oud vice-president van de Hoge Raad. Dit artikel is als rede uitgesproken ter gelegenheid van de aanbidding van de bundel *Recht en rechtspraak* aan Fred Hammerstein op 23 maart 2022, bij zijn 75^e verjaardag.

Noten

2. *Marbury v Madison* (1803). Hiermee is vergelijkbaar de verhouding tussen Europees recht en nationaal recht: HvJ EU 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/Enel*).
3. In zijn boek *A matter of interpretation, Federal Courts and the law*, Princeton University Press, 1997.
4. Evenzo Ketanji Brown-Jackson, door

president Biden voorgedragen als opvolger van Justice Breyer, in haar onlangs door de Senaat gehouden *confirmation hearing*.

5. *Roe v Wade*, 410 U.S. 113 (1973). De uitspraak is genuanceerd, maar de kern bekrachtigd, in *Planned Parenthood v Casey*, 550 US 833 (1992), waarin het veertiende amendement centraal stond.
6. Op 2 mei 2022 publiceerde Politico een gelekte eerste versie van de concept-meerderheidsopinie van Justice Alito, waarin dit inderdaad gebeurt. Kernargument is dat het recht op abortus nergens in de tekst van de grondwet is te vinden en dat erkenning daarvan door de rechter dus uitoefening van *raw judicial power* was. De uitspraak wordt eind juni 2022 verwacht.
7. *Niz-Chavez v Garland*, 590 U.S. (2021).

De conclusie van het Amerikaanse voorbeeld is dat de balans tussen rechtspraak en politiek ook zelf politiek is bepaald

een federale wet die de uitzetting van ongedocumenteerde vreemdelingen regelde. De wet stelde terecht de eis dat de vreemdeling eerst zou worden opgeroepen voor een *hearing* door *a notice*. Een immigrant uit Guatemala, die niet over een verblijfsvergunning beschikte, ontving zo'n oproep. De noodzakelijke gegevens waren daarin onvolledig vermeld, zodat in een aanvullende oproep de aanvankelijk nog ontbrekende informatie werd verschaft. De meerderheidsopinie van de door Trump benoemde rechter Gorsuch, gesteund door twee andere tekstualisten, oordeelde dat de vreemdeling aldus niet *a notice* had ontvangen, omdat de oproep in twee delen had plaatsgevonden. Gevolg daarvan was dat de vreemdeling inmiddels, door tijdsverloop, voor legalisering in aanmerking kwam. Ter toelichting overwoog Gorsuch dat de overheid niet alleen de burger, maar ook zichzelf bindt door de formulering van de wet. Daarom is letterlijke wetsuitleg een passend middel om overheidsmacht aan banden te leggen. De overheid houdt de burger immers aan de woorden van de wet en aan de daarin voorgeschreven procedures, dus waarom zou dan niet ook het omgekeerde gelden? En taalkundig is van aflevering van bijvoorbeeld *a car* ook geen sprake als de koper achtereenvolgens het chassis, de wielen en de motor krijgt afgeleverd.

De *dissenting opinion* van de eveneens door Trump benoemde Justice Kavanaugh bracht daartegen in dat het bij taalkundige wetsuitleg niet alleen aankomt op het woordenboek, maar ook en vooral op de manier waarop de gewone burger de (formulering van de) wet begrijpt. En het voorbeeld van de auto is volgens Kavanaugh tendentius. Als een auteur zijn boek in hoofdstukken bij de uitgever inlevert, heeft hij na toezending en ontvangst van het laatste hoofdstuk *a book* ingeleverd. Woorden ontleen hun betekenis dus ook aan hun context.

De drie nog resterende liberale rechters kwamen tot hetzelfde resultaat als Gorsuch langs een andere weg, waarin de rechtspositie van vreemdelingen centraal stond.

Deze zaak – overigens klein bier – illustreert dat ook taalkundige wetsuitleg boven zichzelf uitwijst.⁸ De rechter die zich een tekstualist noemt wekt, letterlijk genomen(!), bij de burger dus een verkeerde indruk. Naar de strekking betekent het etiket dat de rechter een conservatieve visie heeft op de staat en op zijn verhouding tot de wetgever. In zoverre is deze zelf gekozen, maar inmiddels – zie Kagan – verwaterde, geuzennaam niet in de laatste plaats een politiek statement.

Inmiddels zijn de – vaak in de minderheid verkerende – meer progressieve rechters de metafoor gaan gebruiken van bewapening (*weaponizing*) van grondrechten door de conservatieve meerderheid. Deze pakkende beeldspraak is afkomstig van Justice Kagan; zij betrof de uitleg van het – in het eerste amendement vastgelegde – grondrecht van *Free speech*. Voor de hoogste rechter werd de grondwettigheid betwist van wetgeving in 22 staten die inhield dat ook werknemers die niet lid zijn van een vakvereniging, een bijdrage zijn verschuldigd aan het werk

van voldoende representatieve vakverenigingen die voor hun belangen opkomen. Deze wetgeving vormde de codificatie van eerdere rechtspraak van het *Supreme Court* zelf. Zij is niettemin recent onverbindend verklaard als strijdig met de vrijheid van meningsuiting.⁹ In de woorden van Kagan:

[The majority] has overruled Abood because it wanted to. Because, that is, it wanted to pick the winning side in what should be – and until now, has been – an energetic policy debate.'

Hiertegen kan worden ingebracht dat ook de erkenning van het recht op abortus¹⁰ en van het homohuwelijk¹¹ door het *Supreme Court* tot stand is gebracht, waarmee een einde werd gemaakt aan '*an energetic policy debate*'. Maar tegen die beslissingen is de klacht van rechter Kagan niet gericht. Zij doet dus aan selectief winkelen. De conservatieve helft van het land vond namelijk al langer dat grondrechten door het *Supreme Court* in een meer progressieve samenstelling werden 'bewapend' en dat de burgers langs die weg een maatschappelijke orde kregen opgedrongen waarover zij nooit hun stem hadden kunnen uitbrengen.

De conclusie en de moraal van dit verhaal

De conclusie van het Amerikaanse voorbeeld, waarop ik hierna nog enkele malen terugkom, is dat de balans tussen rechtspraak en politiek ook zelf politiek is bepaald. En de moraal van dit voorbeeld is dat wederkerig vertrouwen tussen wetgever, rechter en samenleving onontbeerlijk is voor zowel maatschappelijke stabiliteit als voor een maatschappelijk aanvaardde rechtspraak. In ons land voegde Tjeenk Willink¹² daaraan voor politieke verhoudingen – maar van algemene strekking – de wenselijkheid van gematigdheid toe. In de Amerikaanse verhouding tussen wetgever en rechter is dit laatste een pleidooi voor *judicial restraint*. Daarvoor is 60 jaar geleden al tevergeefs een lans gebroken door de toenmalige opperrechter Frankfurter, als meer behoudend lid van het progressieve en baanbrekende *Warren Court*. Zijn waarschuwing dat ooit het tij zou keren, werd toen niet gehoord.

Rolvervaging binnen de trias

Ook in ons land klagen sommige politieke partijen over een gebrek aan *judicial restraint*. Die klacht moet worden gezien tegen de achtergrond dat in elk geval de westerse samenlevingen internationaler en ingewikkelder zijn geworden. Het kabinet heeft het internationale speelveld betreden en trekt bevoegdheden naar zich toe om op dat bredere veld slagvaardig te kunnen opereren. De grens tussen bestuur en wetgever is mede daardoor vervaagd en verschoven ten gunste van het bestuur.

Hiermee loopt samen dat westerse samenlevingen steeds meer zijn gepolariseerd. De maatschappelijke cohesie staat onder druk als gevolg van schaalvergroting (maatschappelijk, politiek en technisch) en verdamping van tra-

ditionele verbanden. Mensen kunnen zich daardoor ontheemd gaan voelen. Als reactie willen zij soms de klok terugdraaien, maar dat is niet mogelijk. Aan de daaruit resulterende gevoelens van frustratie kan op sociale media, die niet alleen verbindend werken tussen gelijkgezinden, maar ook verdelend tussen verschillend denkers, uiting worden gegeven door een niet steeds goed geïnformeerd publiek. Daarop wordt dan weer ingespeeld door politici die zich in belangrijke mate laten leiden door wat de achterban wil horen: 'Hij zegt wat wij denken.' De daaruit volgende maatschappelijke polarisering en versplintering resulteert in afnemend vertrouwen in bestuur en wetgever. Veel burgers voelen zich als een gedwongen klant van een matig functionerend bedrijf. Regeltjes en formulieren treden in de plaats van vertrouwen. Dit alles zorgt ervoor dat het openbaar bestuur ook in Nederland steeds minder klaarmaakt. Het sluiten van compromissen wordt steeds minder door de kiezer beloond. En voor zover het wél lukt tot besluitvorming of wetgeving te komen zijn burgers die daardoor in hun waarden of belangen worden geraakt, steeds minder geneigd zich daarbij neer te leggen. Een indicatie van het belang en de ernst hiervan is te vinden in de diepgravende analyse van Gibbon¹³ van de ondergang van het Romeinse imperium (al verschilt onze maatschappij daarvan in feitelijk opzicht natuurlijk wezenlijk). Gibbon ziet het geleidelijke verlies van *civic virtue* als de belangrijkste oorzaak van die ondergang. Daarmee wordt bedoeld dat Romeinse burgers in de (grof gezegd) eerste 1000 jaar na de stichting van de stad, meestal het algemeen belang nastreefden, zo nodig zelfs ten koste van hun eigen belang. Daardoor is het imperium groot geworden, maar deze houding is op den duur veranderd.

In onze tijden zorgen de aangestipte ontwikkelingen voor een toenemend beroep op de rechter, die zijns ondanks als gevolg daarvan meer naar voren schuift in

De aangestipte ontwikkelingen zorgen voor een toenemend beroep op de rechter, die zijns ondanks als gevolg daarvan meer naar voren schuift in het maatschappelijk debat

8. Aldus 89 jaar geleden al Asser/Scholten, Algemeen deel, p. 38: 'De uitlegging naar het taalgebruik wijst boven zich zelf uit (...).'

9. *Janus v American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31*, No. 16-1466, 585 U.S. (2018).

10. In *Roe v Wade*; zie noot 5.

11. *Obergefell v Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

12. In zijn eindverslag als informateur, tij-

dens de formatie die uiteindelijk leidde tot het kabinet-Rutte IV, aangeboden aan de voorzitter van de Tweede Kamer op 30 april 2021.

13. *The history of the decline and fall of the Roman Empire (1776-1788)*.

14. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

15. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006. Inmiddels is overigens ook bij het EHRM een klimaatzaak

het maatschappelijk debat. Voor verminderde controle door het parlement, komt verhoogde controle door de rechter in de plaats.

Wordt de rechter te veel politiek actief?

Gevolg van deze maatschappelijke ontwikkelingen is dat sommige politieke partijen in ons land klagen over een gebrek aan rechterlijke zelfbeperking. Het meest recente voorbeeld betreft de klimaatcrisis: het *Shell*-vonnis.¹⁴ Deze uitspraak volgt de lijnen van het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad,¹⁵ maar is daaruit niet zonder meer af te leiden wegens de belangrijke verschillen tussen beide gevallen. Ik sympathiseer met het vonnis voor zover het is bedoeld als eerste schaaap over de dam, in het vertrouwen dat er snel meer zullen volgen. Maar er zijn ook bezwaren tegen aan te voeren. De mogelijkheid om een op zichzelf legale activiteit te verrichten wordt voor *Shell* beperkt. En deze beperking geldt – onontkoombaar in ons procesmodel – alleen voor dit bedrijf en niet mede voor haar concurrenten, die geen partij waren in de procedure. In zoverre is een gevolg van het vonnis dat gelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Maar het belangrijkste bezwaar tegen dit vonnis is dat het als een geval van *judicial overreach* kan worden gezien.¹⁶ De energietransitie waarin wij verkeren, vergt immers onderlinge afstemming en prioritering van maatregelen. Daartoe is bij uitstek de wetgever in staat en gelegitimeerd. De rechter mist zowel het noodzakelijke overzicht als het onderzoeksinstrumentarium.

Tegelijkertijd hebben wij te maken met een stikstofcrisis, die is ingeleid door een uitspraak van de Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State (ABRVs).¹⁷ Juridisch is naar mijn mening niets op deze uitspraak aan te merken. Dit neemt niet weg dat zij maatschappelijk als het beginpunt van die crisis is aan te merken. Verder verbood de Haagse rechtbank¹⁸ in, wat men kan noemen, een privacycrisis, terecht het discriminerende gebruik van een algoritme (SiRY) om inwoners van bepaalde wijken aan verscherpt elektronisch toezicht bloot te stellen. Anders ligt het met de uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter¹⁹ in de huidige gezondheids crisis. Zij zette ten onrechte een streep door de juridische basis van de avondklok, als middel om snelle verspreiding van COVID-19 tegen te gaan. In dat geval is te veel belang gehecht aan een geïsoleerd voorbeeld uit de wetgeschiedenis en te weinig aan de beleidsvrijheid die het openbaar bestuur binnen redelijke grenzen nodig heeft om in een noodsituatie met spoed maatregelen te kunnen treffen.²⁰ Net weer iets anders ligt het met de humanitaire crisis waarin de kinderen van IS-moeders in het door

aanhangig, tegen Zwitserland. Deze zaak zal door de grote kamer worden behandeld.

16. In deze zin ook Lodewijk Smeehuijzen, *MJB* 2022/458, afl. 8 p. 540-548.

17. ABRVs 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603.

18. Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

19. Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100.

20. Aldus in de kern Hof Den Haag 26

februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:252. Het daartegen ingestelde cassatieberoep is

verworpen in HR 18 maart 2022, ECLI:NL:HR:2021:380. De Hoge Raad wees er bovendien op dat een met de maatregel strokend wetsvoorstel onverwijld aan de Tweede Kamer moet worden toegezonden (controle achteraf).

Ook op politiek gevoelige terreinen moet de rechter rechtsbescherming blijven bieden, maar hij moet daarbij niet verder springen dan zijn polsstok lang is

hun ouders bedachte 'kalifaat' verkeerden. De Staat moest hen in opdracht van (alweer) de Haagse voorzieningenrechter²¹ naar Nederland terughalen en, zo nodig, ook hun moeders. Dit vonnis is door het Haagse hof vernietigd. Het daartegen gerichte cassatieberoep is verworpen,²² met name op de grond dat de rechter terughoudendheid past ten opzichte van de politieke afwegingen die in het buitenlandse beleid door de Staat moeten worden gemaakt. Weer anders ligt de zaak waarin de belastingkamer van de Hoge Raad²³ onlangs een dubbele onzuiverheid van de wetgever afstrafte (betrouwbaarheids crisis). Deze had een maatregel die in wezen een vermogensbelasting was, vormgegeven als een heffing op fictief rendement. De toegepaste methode was in strijd met artikel 1 Protocol 1 EVRM en met het discriminatieverbod.

Al deze zaken, over crisissituaties, liggen in zoverre in hetzelfde vlak dat de rechter het domein betreedt dat vanouds aan 'de politiek' was voorbehouden. En naar mijn mening moet de rechter ook op deze gevoelige terreinen rechtsbescherming blijven bieden als hij van oordeel is dat de eisers daarop rechtens aanspraak hebben en dat de vordering passend is. Maar hij moet daarbij oppassen niet verder te springen dan zijn polsstok lang is.

Ongeveer in dezelfde periode is ook een belangrijke tegenvoeter, de Toeslagenaffaire, in de publiciteit gekomen. In dit geval volgden de bestuursrechters, onder leiding van de ABRvS, juist een te strenge lijn ten opzichte van de burger, ten gunste van een bestuursorgaan (de Belastingdienst). In december 2020 volgde terecht een hard oordeel van de Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslag,²⁴ die vond dat grondbeginselen van de rechtsstaat waren geschonden. Evenals de rechtbanken heeft ook de ABRvS hierin aanleiding gezien haar eigen rechtspraak intern te evalueren. De voorzitter van de Afdeling erkende bij de presentatie van het reflectierapport dat de Afdeling te lang de strenge lijn had gevolgd en bood daarvoor aan de ouders excuses aan. Dit neemt niet weg dat de Commissie van Venetië,²⁵ in een onderzoek op verzoek van de Tweede Kamer naar aanleiding van de Toeslagenaffaire, heeft geconcludeerd:

'Over het algemeen is Nederland een goed functionerende staat met sterke democratische instituties en waarborgen voor de rechtsstaat. Hoewel de tekortkomingen in de bescherming van individuele rechten die aan het licht kwamen in de Toeslagenaffaire inderdaad serieus en systemisch zijn en alle organen van de overheid betreffen, blijkt dat uiteindelijk de rechtsstaatmechanismen in Nederland hebben gewerkt.'

Overigens laat de Commissie zich wél kritisch uit over het ontbreken van constitutionele toetsing in ons land (artikel 120 Gw), waarmee het de enige uitzondering is in de Raad van Europa. Maar zij voegt daaraan toe dat dit in de praktijk geen groot probleem is, gezien artikel 94 Gw (voorrang van verdragen boven daarmee onverenigbare nationale wetgeving), en dat de Toeslagenaffaire daarin ook niet haar oorzaak vindt.

Ten slotte is in dit verband van belang dat de met 149 stemmen aangenomen motie Jetten-Marijnissen onder meer overweegt:

'(...) buiten twijfel te stellen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur leidend moeten zijn indien strikte toepassing van de wet anders tot materieel onaanvaardbare uitkomsten zou leiden, ook bij wetsbepalingen van dwingend recht.'

Hiervan staat wellicht niet geheel los dat de ABRvS, met wijziging van haar rechtspraak, recent heeft geoordeeld²⁶ dat bij de toetsing van bestuursbesluiten aan artikel 3:4 lid 2 Awb (het evenredigheidsbeginsel) niet langer het willekeurcriterium voorop wordt gesteld. In het vervolg zal worden onderzocht of sprake is van een evenredige doel-middelverhouding. In de nieuwe lijn vergt dit belangenafweging, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Aannemelijk is dat deze wijziging mede een reactie is op de Toeslagenaffaire. Zij past in de samenwerkingsrelatie tussen wetgever en rechter in ons land.

Partijpolitieke kritiek op de rechtspraak

Deze twee gevalstypen: de rechter schiet door in het bieden van rechtsbescherming of schiet daarin juist tekort, hebben gemeen dat hij, volgens sommige politieke partijen, zijn rol niet goed vervult. Wat betreft de Toeslagenaffaire hebben zij daarin gelijk, zoals ook de bestuursrechters zelf hebben erkend. Wat betreft de rechtspraak van de civiele rechter zijn de klachten overwegend, maar niet steeds, ongegrond. Maar de daarop mogelijke kritiek is niet op eenzelfde grondfout terug te voeren. Veeleer is sprake van incidenten van uiteenlopende aard. Toch is het totaalbeeld, denk ik, dat de rechtspraak verder in de gevarenzone zit dan we ons realiseren. De vergelijking met een kikker in een langzaam opwarmende pan water, dringt zich op. Burgers en politici maken immers niet een juridisch genuanceerde analyse van de rechtspraak – daar ligt hun expertise niet – maar kijken vooral naar de resultaten daarvan.

Strafrechtelijk waren de *Wilders*-processen al tekens aan de wand. In oktober 2010 merkte Wilders in een interview op dat als hij niet zou worden vrijgesproken, miljoenen Nederlanders dan *terecht* geen vertrouwen meer in de rechterlijke macht zouden hebben. Dit roept associaties op met de leus 'Jullie rechtsorde is de onze niet' waarvan krakers zich in de jaren tachtig van de vorige eeuw bedienden. De krakers waren een politieke splintergroep, zij het met enige aanhang op links. Wilders daarentegen was en is de voorman van een grote politieke partij. Zijn uitspraak is potentieel ondermijnend voor het vertrouwen van zijn achterban in de rechtsstaat.

Verder wordt binnen de grootste politieke partij in ons land, de VVD, al jarenlang geflirt met het idee om het toetsingsrecht van de rechter aan internationale verdra-

gen, met name het EVRM, te beperken. Aanvankelijk stond dit zelfs in het conceptprogramma van de VVD voor de Kamerverkiezingen van 2021. Het lijkt erop dat (een stroming binnen) deze partij vindt dat de rechter te veel het terrein van wetgeving of politiek binnendringt, en terug moet in zijn hok.

De politieke partij met de meeste leden (ruim 60.000) in Nederland is Forum voor Democratie. De partij werd bovendien, landelijk omgerekend, in 2019 de grootste bij de verkiezing voor de Provinciale Staten. Zij heeft op haar website onder meer als ‘standpunt’ staan de aanpak van de *dikastocratie*:

‘De afgelopen jaren is het evenwicht tussen democratie en rechterlijke macht ontspoord. De politieke beslissingen van rechters reiken steeds verder; en steeds kleiner wordt daarmee de ruimte van regering en parlement. Dit komt onder meer door de wildgroei van “internationaal recht” (...) Via de beruchte artikelen 93 en 94 van onze grondwet wordt de ruimte geboden aan de Nederlandse rechters om hun eigen politieke opvattingen – via “rechtspraak” – aan de samenleving op te leggen.

Wij willen de staatsrechtelijke machtsbalans herstellen door de directe werking van “internationaal recht” te beëindigen en de artikelen 93 en 94 van de Grondwet te schrappen. Ook willen de invoering van een “Wet op de rechtsvinding”, op grond waarvan wetten moeten worden geïnterpreteerd conform de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever. Zo wordt voorkomen dat rechters de wet zien als een “levend instrument”, waar zij na verloop van tijd hun eigen betekenis aan kunnen geven.

Ook zien we een probleem met de selectieprocedure van onze rechters. Officieel worden rechters benoemd door de regering (uitvoerende macht), maar in de praktijk wordt vrijwel altijd de aanbeveling gevolgd vanuit de rechterlijke macht zelf. Hierdoor houdt een ideologisch bolwerk zichzelf in stand. Daar dient dus een correctie op plaats te vinden. Via een parlementaire ondervragingscommissie willen wij de grip van de politiek op benoeming van (hogere) rechters (...) versterken.’

In dit standpunt treffen aanstonds de aanhalingstekens die zijn geplaatst om de woorden internationaal recht en rechtspraak. Gezien het feit dat in het verkiezingsprogramma 2021 van Forum staat dat Nederland uit de EU en uit de euro moet treden, dat de grenzen moeten worden gesloten en dat nationale tradities, zoals Zwarte Piet, moeten worden beschermd, zal met de aanhalingstekens om internationaal recht zijn bedoeld dat dit in de Nederlandse rechtspraak geen, of zo min mogelijk, toepassing

verdient. Forum vindt blijkbaar dat ons land zich meer naar binnen moet keren – de natiestaat²⁷ – en dat de contacten met de internationale gemeenschap beperkt en zakelijk moeten zijn.²⁸

De aanhalingstekens om het woord rechtspraak kunnen moeilijk anders worden verstaan dan dat de huidige rechtspraak volgens Forum die naam niet verdient. Deze uitleg wordt bevestigd door het niet-onderbouwde standpunt dat rechters hun eigen politieke opvattingen aan de samenleving opleggen. Inmiddels is ons namens deze partij in de Tweede Kamer zelfs de komst van ‘tribunalen’ aangezegd. De leider van de partij haastte zich vervolgens deze uitspraak in de media te relativiseren: tribunaal is volgens het woordenboek synoniem met rechtbank, dus er is niets aan de hand. Waarom er dan tribunalen moeten komen terwijl ze er in die uitleg al zijn, werd niet gevraagd of toegelicht.

Verder wil Forum ‘de beruchte’ artikelen 93 en 94 Gw schrappen. Artikel 93 Gw regelt een onderwerp dat altijd geregeld moet worden in de rechtsorde van een staat die verdragen sluit, namelijk wanneer een verdrag – met onmiddellijke werking²⁹ – bindende kracht krijgt. Is het dus een ‘kennelijke verschrijving’ om ook dit artikel voor schrapping voor te dragen? Of wil Forum dat Nederland helemaal geen verdragen meer sluit? Deze laatste interpretatie lijkt zichzelf te veroordelen. Dus toch een verschrijving? Maar het feit dat een internationaal verdrag uit zijn aard voorrang heeft boven een eventueel andersluidende nationale wet, en Forum dit juist niet wil – want het wil artikel 94 Gw schrappen – lijkt dat toch te impliceren.

De eis dat rechters de wet niet als een ‘levend instrument’ mogen zien, echoot zonder bronvermelding de methode van wetsuitleg van Scalia. Zoals gezien is deze methode, zelfs voor overtuigde Scalianen, niet in zuivere vorm toepasbaar zonder in onaannemelijke resultaten te vervallen. Zoals bekend komt dat onder meer doordat de wetgever veel in de praktijk rijzende vragen onmogelijk kan voorzien omdat de maatschappij zich voortdurend vernieuwt en verandert. Bovendien is ook de wetgever niet onfeilbaar; soms vergist hij zich. De eis dat wetten worden geïnterpreteerd conform de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever, ziet hieraan voorbij en mist bovendien dat ons verbintenissenrecht bol staat van open normen, gebaseerd op de bestaande wederzijdse verhoudingsrelatie tussen wetgever en rechtspraak.

Gezien de evidente ondeugdelijkheid van elk onderdeel van het standpunt van Forum over rechtspraak en rechtsstaat, lijkt dit standpunt vooral een *dogwhistle* te zijn, zoals dat in de Verenigde Staten wordt genoemd. Dat zijn woorden of uitdrukkingen waarop formeel niets is aan te merken, zoals het inroepen van *states rights* of het onderstrepen van het belang van begrotingsdiscipline, maar waarvan de achterban begrijpt dat het om code-

21. Rb. Den Haag 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909.

22. HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148.

23. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963.

24. ‘Ongekend onrecht’, *Kamerstukken II*

2020/21, 35510, nr. 2.

25. CDL-AD(2021)031-e Netherlands - Opinion on the Legal Protection of Citizens, adopted Venice Commission at its 128th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2021); <https://www.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL->

AD(2021)031-e).

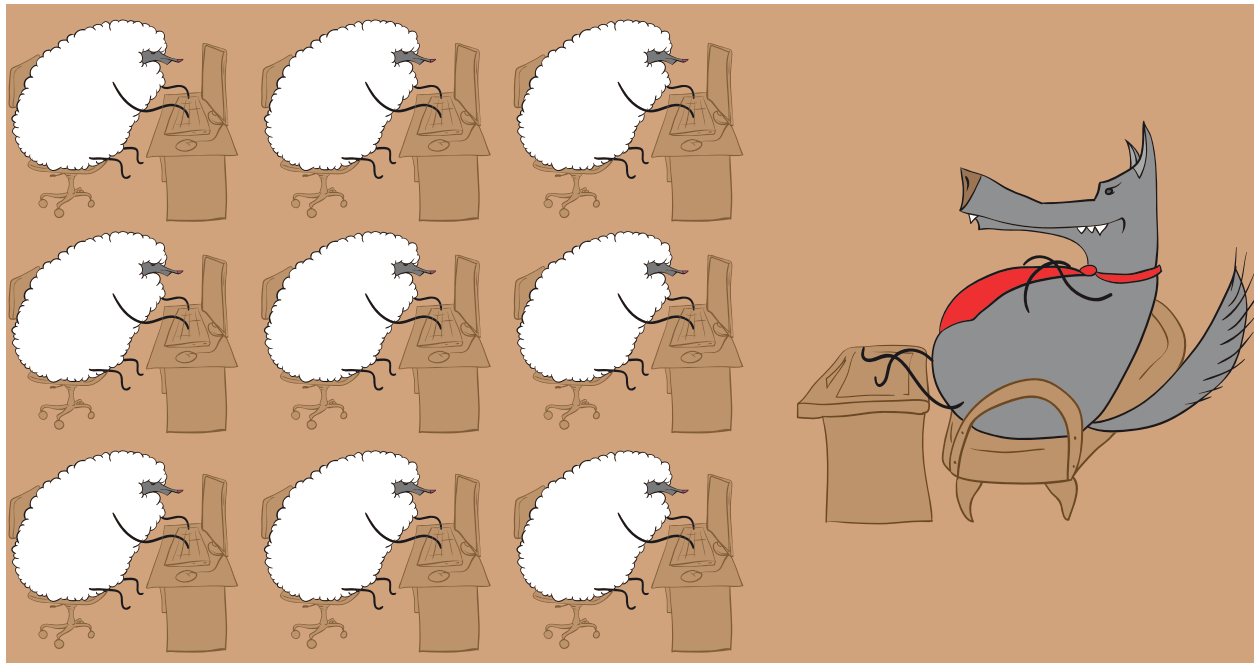
26. ABRVS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

27. Zie *De aanval op de natiestaat*, Thierry Baudet (Prometheus, 2017).

28. Overigens heeft Marc de Werd (Hadrianus’ dood, voordracht Den Haag 1 novem-

ber 2019) voorgesteld het rechterlijk oordeel in voorkomend geval te onderbouwen met de grondrechtenbescherming die ook besloten ligt in ons eigen staatsrecht en onze eigen grondwet. Dat lijkt mij een goede suggestie.

29. Asser/Hartkamp 3-I 2019/201.



© Shutterstock

woorden gaat. Ook het woord ‘tribunalen’ kan in die categorie worden ingedeeld. Maar dan rijst de vraag welke verhouding tussen wetgever en rechter – als wenselijk – in het standpunt van Forum over *dikastocratie* is bedoeld.

In dit licht baart de wens van Forum om ‘de grip van de politiek op benoeming van (hogere) rechters (...) te versterken’, toch wel enige zorg.

Wereldwijd oprukken van het autocratische staatsmodel

Want pas op: het autocratische staatsmodel rukt wereldwijd op, ook binnen de EU.³⁰ De kern van dit model is dat de wil van de meerderheid, zoals verwoord door de leider of de partij, prevaleert en dat de minderheid zich daarvoor dient te schikken. (Voortgezette) oppositie is in dit staatsmodel dus ondemocratisch. Voor consolidatie van de macht in een autocratische staat worden ook recht en rechtspraak als wapens ingezet. Wordt zij *niet* politiek gecontroleerd, dan fungeert de rechtspraak als tegenwicht voor de machtsaanmatiging van het autocratisch bestuur. Wordt zij *wel* politiek gecontroleerd, dan is zij een effectief instrument voor het bewerken en bestendigen van ongelijkheid en onderdrukking.

Een belangrijke stap naar controle is beïnvloeding van de selectie en het carrièrepad van rechters. In onze dagen denken wij in dit verband aan Polen en zijn clashes met het Europees Hof en de Europese Commissie. Maar er is een betekenisvol precedent.³¹ In het verenigde Duitsland van Bismarck is al in 1871 de top van de rechtspraak met leeftijdsontslag gestuurd. Vervolgens werden die plaatsen tien jaar onbezet gelaten. Het werk werd in die periode mede gedaan door aanvankelijk onbetaalde vrijwilligers, die bij gebreke geschiktheid aanvullend een aantal jaren (niet tot rechter, maar) tot rechter-plaatsvervanger werden benoemd. In die hele periode werden zij politiek door de mangel gehaald. Deze aldus gedrilde rechterlijke macht speelde vervolgens een belangrijke rol in de ondermijning van de Weimarrepubliek en de bescherming van de nazipartij.

De rechts-liberale schrijfster en Pulitzer prize winnaar Anne Applebaum publiceerde in 2020 een nieuwe bestseller onder de titel *Twilight of democracy*.³² Met als uitgangspunt de ontwikkelingen in Polen nadat de extreem-rechtse partij Pis in 2015 aan de macht was gekomen, beschrijft zij diverse wegen waarlangs een autocratisch regime dat over een parlementaire meerderheid beschikt, in korte tijd de structuren van een rechtsstaat kan ondermijnen. Om aan te tonen dat Polen in dit opzicht niet op zichzelf staat, maakt zij bovendien vergelijkingen met soortgelijke ontwikkelingen in andere landen, met name Hongarije onder Orbán, het Verenigd Koninkrijk onder Johnson,³³ Turkije onder Erdogan, Venezuela onder Maduro en de Verenigde Staten onder Trump. Elk autocratisch regime streeft ernaar greep te krijgen op essentiële structuren van de staat, met name het openbaar bestuur en de rechtspraak, en op de media. Bovendien zorgt de partij ervoor dat zij greep krijgt op het electorale proces. In een later stadium komt de gehele onderwijskolom aan de beurt, evenals andere gremia waarin zelfstandig wordt nagedacht. Vaak worden in een vroeg stadium van het bewind eigen mensen in strategisch belangrijke functies benoemd, die vervolgens gaan ‘saneren’.

Bij voorkeur gedraagt een autocratisch regime zich als een wolf in schaapskleren. Het tolereert dus enige oppositie en gaat graag gekleed in de mantel van een democratische rechtsstaat. Het staatsbestel is gebaseerd op een grondwet die bij oppervlakkige bestudering lijkt op die van de westerse democratieën. De grondwet van de Russische Federatie bijvoorbeeld komt ons bij eerste kennisneming vertrouwd voor. Maar de duivel zit in de details.

De Amerikaanse hoogleraar Scheppele³⁴ heeft niet alleen het algemene functioneren van de autocratische staat in kaart gebracht, maar ook meer in het bijzonder de verschijningsvormen daarvan in Polen en Hongarije. Het Hongaarse Fidesz-regime van Orbán gebruikt daarvoor ook het burgerlijk recht, gedekt door de politiek gecontroleerde rechterlijke macht. De techniek is in dit geval dat beëindi-

ging van arbeids- en huurcontracten door opzegging is vergemakkelijkt. Hiervan gebruik makend zijn vervolgens veel leden van minderheden en van de oppositie op straat gezet. Procederen heeft geen zin; de regels zijn formeel op orde en van toetsing van die regels aan grondrechten kan geen sprake zijn. Het effect is dat deze groeperingen zich in het vervolg koest houden of het land verlaten. Werken en wonen zijn immers essentiële levensbehoeften. Het is het regime om het even welke weg zij kiezen. Het gaat erom dat minderheden en dissidenten worden gelijkgeschakeld of uitgeschakeld. Dit onderstreept zowel het essentiële belang van een maatschappelijk sensitieve en onafhankelijke rechterlijke macht, als het gevaar van een gelijkgeschakelde, instrumentele rechtspraak. Het zou verkeerd zijn als de kritiek hierop van de EU zou verstommen omdat de politieke opportuniteit nu gezamenlijke actie tegen Rusland prioriteert.

In de Verenigde Staten lopen de ontwikkelingen binnen de Republikeinse partij van Trump, voor zover ze tenderen naar een autocratie, in grote lijnen volgens een drieslag. Het kiesrecht van minderheden wordt langs diverse wegen op het niveau van de staten beperkt. Verder wordt gestreefd naar politieke beheersing van zowel de samenstelling als het beleid van de rechterlijke macht. Ten slotte wordt de concurrerende politieke partij waar mogelijk verdacht gemaakt, waarin een belangrijke rol wordt gespeeld door traditionele (Fox) en sociale media. Ook die laatste zijn van groot belang omdat zij zich bij uitstek lenen voor het gebruik van moderne reclametechnieken om de – door een algoritme bijeengehouden – doelgroep te beïnvloeden. Datzelfde gebeurt door uiteenlopende, meer schimmige, actoren met soms verholde politieke doelen. Gevolg is dat de maatschappelijke dialoog niet meer wordt gevoerd. En hoewel steeds duidelijker wordt dat Trump langs diverse illegale wegen heeft geprobeerd het resultaat van de afgelopen presidentsverkiezingen te frustreren, behoudt hij de steun van de grote meerderheid van zijn partij.

De autoritaire persoonlijkheid

Met name mensen met een – door Hannah Arendt³⁵ zo genoemde – ‘autoritaire persoonlijkheid’ (vatbaarheid voor een autoritair staatsmodel) kunnen in de beslotenheid van hun eigen bubbel in de richting van een autocratie worden gestuurd. Volgens de politicologe Stenner³⁶ gaat het dan vooral om mensen die in een zeker isolement leven en niet goed kunnen omgaan met complexiteit. Daarom hebben zij behoefte aan duidelijk, simplificerend leiderschap. Zij zijn ook gevoelig voor verenigende mythes, zoals complottheorieën, die de gelovigen als ‘insiders’ verder verenigen. In de Verenigde Staten zagen we een voorbeeld op 6 januari 2021, met *stop the steal* als verenigende mythe. Volgens Stenner heeft 1/3 van de

Voor consolidatie van de macht in een autocratische staat worden ook recht en rechtspraak als wapens ingezet

mensen trekken van dit persoonlijkheidstype. Een autocratisch ingestelde en tegelijk charismatische leider kan dus zeer gevaarlijk zijn.

Het einde: de dictatuur

Helemaal aan het einde van de glijdende schaal die voert naar een autocratie, bevindt zich de afgrond van de dictatuur, zoals nazi-Duitsland in de jaren 1933-1945 en, naar het zich laat aanzien, inmiddels ook de Russische Federatie. In Duitsland werden door het naziregime al binnen enkele maanden na de machtsovername de mensenrechten buiten werking gesteld en de noodtoestand uitgeroepen. De regering (de partij) bestuurde het land verder bij volmacht; bijeenkomsten van welke aard ook werden verboden behoudens toestemming door de politie; kritiek was in beginsel (hoog)verraad³⁷ en *Führerbefehl hat Gesetzeskraft*. Macht is recht. De essentiële rol die door juristen in het algemeen, en rechters meer in het bijzonder, is gespeeld tijdens het Derde Rijk, is gedetailleerd in kaart gebracht in het boek *Furchtbare Juristen*.³⁸ En de geschiedenis van de Russische Federatie wordt op dit moment herschreven.

Ten slotte

Als recht wordt ontkoppeld van de essentiële dimensie van rechtvaardigheid, en wordt gereduceerd tot een systeem van eenieder bindende en afdwingbare regels zonder morele component, en als rechtspraak haar onafhankelijkheid verliest en een instrument wordt van de macht, lenen recht en rechtspraak zich bij uitstek voor onderdrukking en kneveling van de meerderheid ten gunste van een minderheid. Die afgrond is in ons land geenszins in zicht. Toch is ook hier waakzaamheid geboden. Kleine signalen van bederf, die er al wel zijn, kunnen soms in hoog tempo uitgroeien tot grote problemen. De bijdrage die de rechtspraak kan leveren om dat te voorkomen is, naast het blijven leveren van kwalitatief goed werk, een zo groot mogelijke openheid. Een goed voorbeeld daarvan is de openbare erkenning door bestuursrechters van door hen gemaakte fouten. Van rechters mag niet langer meer alleen worden verwacht dat zij hun werk goed doen, waaronder begrepen dat zij zich gematigd opstellen (in de zin van de *aurea mediocritas*). Tegenwoordig mag bovendien van hen worden verlangd dat zij, als daarvoor aanleiding is, in de openbaarheid op hun werk reflecteren en het geïnteresseerde publiek er op een begrijpelijke manier over informeren. •

30. Een relatief succesvolle autocratie was overigens het Romeinse imperium zoals dat vorm kreeg onder keizer (*princeps*) Augustus (27 vChr-14 nChr). Deze autocratie beleefde een bloeitijd van ongeveer 200 jaar.

31. Ingo Müller, *Furchtbare Juristen*, Kindler-Verlag, München 1987, Neuausgabe

Edition Tiamat, Berlin 2020, p. 12-16 onder de kop ‘Die forcierte Anpassung’.

32. Ondertitel: *The seductive lure of authoritarianism*.

33. Een voorbeeld is zijn besluit tot *proroguing* – schorsing – van *Parliament*, om de noodzakelijke Brexitwetgeving er gemakke-

lijk doorheen te krijgen. Het besluit is ongrondwettig geoordeeld door het *Supreme Court* in unanieme uitspraken van 24 september 2019, *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland*.
34. ‘Autocratic Legalism’, *Chicago Law Review* 2018, p. 545-583.

35. *The Origins of Totalitarianism* (1951).

36. *The Authoritarian Dynamic* (2005).

37. Bijna 2000 jaar geleden, maar vergelijkbaar, evenzo tijdens het tweede deel van de regeerperiodes van de Romeinse keizers Tiberius (14-32) en Nero (54-68).

38. Zie noot 31.