

Jaarverslag 2019

Evenwicht in de rechtsstaat
een beschouwing

Colofon

Tekst

Raad van State

Ontwerp

Studio Piraat

Den Haag, april 2020

Website Jaarverslag 2019

jaarverslag.raadvanstate.nl

Website Raad van State

www.raadvanstate.nl

Algemeen mailadres

voorlichting@raadvanstate.nl

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 toenomen. 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, ergerenis 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 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 samenwerking 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.

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.

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.

Beschouwing

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 machtsverspreiding

Ten derde moet er een vorm zijn van machtenscheiding en machtsverspreiding, 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 overheidshandelen 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). Machtsverdeling 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 vormen geven 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 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.

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*. Preadvies 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.

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 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 bovennationale 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.

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.

4. Het legaliteitsbeginsel: binding aan het recht

Wetgeving moet de rechtszekerheid dienen en voldoen aan rechtsstatelijke normen. In een zogenoemde 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

¹⁰ ABRvS 4 maart 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:622](#).

¹¹ ABRvS 23 oktober 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:3536](#).

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.

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

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.

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 unanimiteit (met uitsluiting van het land waarop de sanctie ziet).

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.

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 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 machtscheiding 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

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](#).

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](#).

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 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 bestuursrechtspraak 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

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.

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).

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 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 Grond-

³³ HvJEU 7 november 2018, [ECLI:EU:C:2018:882](#).

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

wet 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 'rechtsstaatgesprekken' 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.

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.

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

Beschouwing

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. •