

Aan: De voorzitter en de leden van de Staatscommissie Rechtsstaat

Geachte voorzitter en leden van de Staatscommissie,

Graag voldoe ik aan uw uitnodiging een brief te schrijven ten behoeve van het werk van uw commissie.

1. Wat is het probleem en wie heeft dat?

Ook de commissie is zich ongetwijfeld bewust niet de eerste te zijn die zich bezighoudt met 'het functioneren van de drie staatsmachten en hun onderlinge verhouding in de praktijk'. In de bijlage bij het instellingsbesluit wordt ook een aantal informatiebronnen genoemd waarmee de commissie in ieder geval rekening dient te houden. Het zijn alle rapporten en adviezen die de afgelopen paar jaar werden uitgebracht. Maar ook daarvóór verschenen er vele beschouwingen en analyses over het functioneren van de rechtsstaat. Ik wijs, bij wijze van voorbeeld, op het zeer gedegen en veelomvattende rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) uit 2002, 'De toekomst van de nationale rechtsstaat'. Het probleem waarmee u te maken heeft is dus niet zozeer dat de gebreken in het functioneren van de rechtsstaat onbekend zijn of voorstellen voor verbetering ontbreken, maar de politieke onmacht om, in mijn woorden, 'de sluipende uitholling van de democratische rechtsorde' in de afgelopen decennia te onderkennen en daartegen effectief iets te doen. De kindertoeslagenaffaire is daarvan een direct gevolg; uitzonderlijk in haar negatieve effecten, maar geen uitzondering.

Om te voorkomen dat het rapport van uw commissie hetzelfde lot treft – de bureaulade – als vele van haar voorgangers, doet de commissie er dus goed aan om de oorzaken van deze politieke onmacht te identificeren en suggesties te doen om die oorzaken weg te nemen. Anders zal 'de politiek' niet – en zeker niet op eigen kracht – aan de noodzakelijke veranderingen kunnen bijdragen.

Opnieuw bij wijze van voorbeeld, noem ik een drietal mogelijke oorzaken; twee algemene, één meer specifieke.

Allereerst het gebrek aan collectief geheugen. Vergelijkbare problemen die zich eerder in het functioneren van de rechtsstaat voordeden zijn 'gewist' door de snelle wisseling van de wacht; politiek, bestuurlijk, ambtelijk. De ambtelijke benoemingen door tussenkomst van de Algemene Bestuursdienst (ABD) heeft op de departementen zowel het ambtelijk geheugen als de inhoudelijke deskundigheid ernstig aangetast. Daarbij komt dat departementale bibliotheken en documentatieafdelingen zijn opgeheven en de centrale archieffunctie vaak is afgeschaft. De gevolgen doen zich allengs meer voelen. Het kost steeds meer moeite informatie terug te vinden.

Daarnaast staat – in ieder geval tot voor kort – het positieve zelfbeeld aan verbeteringen in de weg. 'Nederland als een land waarin de democratische rechtsorde hecht verankerd en alles goed geregeld is; vooroploopt in bijna alles. Een voorbeeld voor anderen'. Afgezet tegen dit zelfbeeld worden (werden?) afwijkingen niet als structureel probleem gezien, maar als incidenten, waaraan iemand schuld moet hebben. Als die schuldige(n) – meestal gezocht in de uitvoering – er niet was (waren) geweest zou het incident zich niet hebben voorgedaan, is de suggestie. Structurele verbeteringen in de beleidsvoorbereiding en de politieke besluitvorming blijven zo uit. De compensatieregeling voor de slachtoffers van de toeslagenaffaire is een voorbeeld: moeilijk uitvoerbaar, kwetsbaar voor

oneigenlijk gebruik, frustrerend voor andere slachtoffers die minder in de politieke en journalistieke belangstelling staan. Het vertrouwen in de overheid neemt verder af. Naar mijn mening leidt niet het antwoord op de vraag wie schuldig is, maar het antwoord op de vraag waarom het tegenwicht tegen de negatieve ontwikkeling heeft ontbroken, tot de oplossing van problemen.

En tenslotte ontbreekt, niet alleen in de politiek, ook in het bestuur, veelal de kennis van de eisen die democratie en recht aan de staat stellen. De taal van democratie en recht wordt niet meer verstaan. Het inzicht in – en de ervaring met – het functioneren van de rechtsstaat in de praktijk is beperkt. Waar hebben we het eigenlijk over? Op welke waarden is de rechtsstaat gebaseerd en hoe ziet het institutionele arrangement eruit dat de rechtsstaat vormt? Het wordt door velen niet meer geweten (zie ook punt 5). Deze derde oorzaak blijft in rapporten en adviezen over het functioneren van de overheid meestal onderbelicht. Zij kan alleen worden weggenomen door in die kennis te investeren op alle niveaus binnen de overheid. De staatscommissie kan daaraan een bijdrage leveren door de invulling die ze aan haar opdracht geeft (geen ‘herhaling van zetten’) en de inhoud en de vorm van haar rapportage(s). In het hiernavolgende ga ik daarop in.

2. Rechtsstaat of democratische rechtsstaat?

In navolging van de motie-Omtzigt/Van Dam komt in de naam van de staatscommissie alleen de term ‘rechtsstaat’ voor, al wordt in de motie uitdrukkelijk gesproken over zowel de wetgevende, de rechtsprekende als de uitvoerende macht. Op haar website legt de commissie uit waarom door haar afwisselend de termen rechtsstaat en democratische rechtsstaat worden gebruikt: ‘In het denken over rechtsstaat en democratie ligt tegenwoordig de nadruk op de samenhang’.

In ‘De toekomst van de nationale rechtsstaat’ signaleerde de WRR 21 jaar geleden: ‘De verbinding tussen democratie en rechtsstaat is inmiddels zo hecht geworden dat het begrip ‘rechtsstaat’ vaker met dan zonder adjectief ‘democratische’ wordt aangetroffen. (...). In inhoudelijk opzicht zijn de verbindingen ook moeilijk weg te denken. Zo verliest de eis dat het overheidshandelen een wettelijke basis moet hebben (legaliteitsbeginsel) zijn betekenis grotendeels als die wetten zonder meerderheidssteun kunnen worden vastgesteld en gewijzigd. De aanwezigheid van klassieke grondrechten die minderheden de ruimte bieden om een meerderheid te worden of anderszins de besluitvorming te beïnvloeden is essentieel. En meerderheidsbesluiten die zonder meer voorbij zouden gaan aan de (grond)rechten of andere aanspraken van minderheden, zouden slecht bevallen’ (WRR 2002, pagina 49).

Omdat taal niet ‘onschuldig’ is, zou het goed zijn als de staatscommissie op deze onlosmakelijke verbinding tussen democratie en recht de nadruk legt, al was het maar om het misverstand weg te nemen dat de bescherming van de rechtsstaat vooral de taak van de rechter is. Wordt dat misverstand niet gevoed door de weigering tot nu toe van de Tweede Kamer – als enige van de drie staatsmachten – om zelf de eigen rol in het ontstaan en voortbestaan van ‘Ongekend onrecht’ (de toeslagenaffaire) kritisch te bezien? Moet de commissie niet in die lacune voorzien en daarmee een meer evenwichtig oordeel over de oorzaken van dat ‘ongekende onrecht’ mogelijk maken?

3. Bescherming tegen- en bescherming door de overheid.

Bij de instelling van de commissie is sterk de nadruk gelegd op ‘een goede bescherming van burgers tegen besluiten van de overheid en effectieve rechtsbescherming van burgers’. Begrijpelijk na ‘Ongekend onrecht’, maar het is slechts een gedeelte van het verhaal.

De democratische rechtsstaat wordt gekenmerkt door ruimte voor verscheidenheid (die de democratie biedt) en door gelijkheid voor het recht (die de rechtvaardigheid dient). De laatste

decennia zijn echter maatschappelijke verhoudingen verhard (minder ruimte voor verscheidenheid) en is de ongelijkheid toegenomen (hoezo, rechtvaardigheid?). Tegen die ontwikkeling heeft de overheid – de politiek voorop – onvoldoende (preventief) tegenwicht geboden en burgers onvoldoende (daadwerkelijk) beschermd. Dat ontbreken van bescherming van burgers *door* de overheid heeft de geloofwaardigheid van de democratische rechtsstaat ten minste zoveel aangetast als het ontbreken van bescherming van burgers *tegen* de overheid. Beide gebreken (in bescherming door respectievelijk bescherming tegen) staan niet los van het dominante denken over de overheid als een bedrijf dat goed gemanaged moet worden en voor haar dienstverlening sterk afhankelijk is geraakt van de private sector. Bij de uitvoering van haar opdracht zal de commissie zich dat scherp bewust moeten zijn. Zonder verandering in het denken over de overheid geen verbetering, noch in de bescherming *tegen* de overheid noch in de bescherming *door* de overheid. Het werk van de commissie zal nauwelijks effect hebben.

4. *Het burgerperspectief.*

Als democratie inhoudt 'ruimte voor verscheidenheid', dan is democratie ook een bron voor potentiële conflicten. De democratische rechtsstaat als institutioneel arrangement is bedoeld om die conflicten te voorkomen, op te lossen of tenminste beheersbaar te houden. Burgers spelen in dat institutionele arrangement een belangrijke rol, al hebben we in Nederland nooit formeel de leer van de volkssoevereiniteit willen aanvaarden. Toch geldt ook bij ons: geen democratie zonder burgers, geen burgers zonder rechtsstaat. Als burgers niet (meer) in de democratische rechtsstaat geloven en hem niet meer beschermen, is het met de democratische rechtsstaat snel gedaan. Het ligt daarom voor de hand om in het werk van de staatscommissie uit te gaan van 'het perspectief van de burger'. Dat maakt ook de kans groter om het 'zelfreferentiele systeem' dat politiek en bestuur zijn gaan vormen – een bubbel die druk bezig is met zichzelf en een eigen logica volgt – te doorbreken. Maar wat omvat burgerschap?

In de democratische rechtsstaat spelen burgers op – grofweg – vier manieren een rol:

- Als basis voor de vertegenwoordigende democratie; zij bepalen de politieke machtsverhoudingen.
- Als dragers van de maatschappelijke democratie door hun bijdragen aan de samenleving, de civil society.
- Als justitiabelen die rechtsbescherming genieten en toegang hebben tot de rechter in geschillen met andere burgers dan wel met de overheid.
- Als rechthebbenden op bescherming door de overheid.

In elk van die vier rollen is de positie van de burger de afgelopen decennia verzwakt.

Burgers zijn ontevreden over 'de' politiek en hetgeen onder verantwoordelijkheid van die politiek gebeurt. De overheid hapert op verschillende fronten. Vele analyses en beschouwingen zijn daaraan de afgelopen decennia gewijd. Staatscommissies – onder verschillende benamingen – hebben hun oordeel gegeven en – vaak zeer vergelijkbare – adviezen geformuleerd. Het heeft tot nu toe weinig verbeteringen opgeleverd. Reden voor de staatscommissie rechtsstaat om niet (nog eens) 'in herhaling te treden'. Want daarmee valt weinig te winnen. De commissie zou zich kunnen beperken tot een korte opsomming van de voornaamste adviezen waarover politieke besluitvorming nodig is: verbetering van de kwaliteit van de wetgeving, meer aandacht voor – en controle op – uitvoerbaarheid en uitvoering, constitutionele toetsing en correctief wetgevingsreferendum,

versterking van de inhoudelijke deskundigheid binnen de overheid en vermindering van de afhankelijkheid van de private sector.

In hun bijdragen aan de samenleving (maatschappelijke democratie) ondervinden burgers belemmeringen van overheid en markt. De permanente verbindingen tussen vertegenwoordigende democratie en maatschappelijke democratie uit de verzuiling zijn (grotendeels) verbroken. Ze zijn vervangen door verbindingen tussen openbaar bestuur en private sector. Bij het afstoten van publieke taken is steeds op de markt gekoerst. Dat hield ook in dat de rechtsbetrekking tussen burger en overheid veranderde in een rechtsbetrekking tussen private ondernemer en klant. In termen van democratie en recht totaal iets anders; een verarming. De mogelijkheden van publieke diensten geleverd door coöperaties in handen van burgers werden genegeerd. Vreemd omdat dat in lijn zou zijn geweest met de Nederlandse traditie en niet alleen financieel gunstiger uitpakt (het gaat toch om gemeenschapsgeld) maar ook de verbinding in de samenleving ten goede komt. Concurrentie en streven naar economisch gewin verbinden niet maar splijten. (Voorbeeld: windmolenpark in de veenkoloniën (splijten) en windmolencoöperatie in Brabant (verbinden).) De democratische rechtsstaat is gediend zowel met de overtuiging bij burgers dat de samenleving hen niet overkomt maar ook door hun inzet gemaakt wordt, als met het besef bij de overheid dat zij bijdraagt aan de vorming van de samenleving. Maar een visie op die overheidsbijdrage ontbreekt tot nu toe. Voor de staatscommissie die de democratische rechtsstaat wil versterken is in de maatschappelijke democratie een wereld te winnen. Deze 'maatschappelijke democratie' is overigens in mijn opvatting iets anders dan de nieuwe vormen van burgerparticipatie bij bestuurlijke plan- en besluitvorming, bijvoorbeeld in de vorm van burgerberaden. Deze laatste zijn gericht op de vertegenwoordigende democratie en bedoeld als versterking daarvan. Over die versterking is overigens gerede twijfel.

De rechtsbescherming van burgers en hun toegang tot de rechter staan onder druk. De effectiviteit van de wetgevende en uitvoerende macht is afgenomen. De kwaliteit van de wetgeving laat te wensen over. De juridische kennis bij de voorbereiding (op de departementen), bij de besluitvorming (in de ministerraad) en bij de vaststelling (in de Kamer) van een wetsvoorstel is verschaald. Dat is riskant omdat in een democratische rechtsstaat de wijze waarop een besluit tot stand komt de legitimiteit van dat besluit bepaald. De spanning tussen wet en recht groeit. De politieke controle op de uitvoerbaarheid (vooraf) en uitvoering (achteraf) van wetten laat te wensen over. De ruimte voor uitvoerders om zelf 'regels van behoorlijk bestuur' – 'is dit rechtvaardig', 'is dit proportioneel', 'kan dit door de beugel' – toe te passen (altijd al gering) is verder beperkt. De toegang tot de rechter is lastiger en ongelijker geworden. De afstand is voor veel burgers – ook letterlijk – vergroot. De rechter kan niet meer uitgaan van de premisse dat de wetgever ook 'recht-gever' is noch van de premisse dat de inhoudelijke invulling van de wet politiek deugdelijk wordt gecontroleerd. Hoe gaat de rechter daarmee om en wat zijn daarvan de gevolgen voor het evenwicht binnen de trias politica? Dat is geen organisatorisch vraagstuk maar een inhoudelijk. Wat hebben de vele reorganisaties van de rechterlijke macht in de afgelopen decennia de burger aan betere rechtsbescherming en toegang tot de rechter opgeleverd? De staatscommissie kan, vanuit het perspectief van de burger, aan deze ontwikkelingen en vragen moeilijk voorbij gaan.

Het opnemen van de sociale grondrechten in de grondwet van 1983 was een gevolg van het inzicht dat individuele vrijheidsrechten weinig betekenen als in basisbehoeften niet is voorzien. Onze democratische rechtsstaat is ook een sociale rechtsstaat. Die sociale grondrechten formuleren 'de kernverantwoordelijkheden' van de overheid. Aan die verantwoordelijkheden ter bescherming van de burger mag de overheid zich niet onttrekken. Toch gebeurde dat. Dat heeft de geloofwaardigheid van de democratische rechtsstaat aangetast. Burgers zijn de laatste 40 jaar onzeker geworden over wat zij van de overheid mogen verwachten. Op veel plekken in de regio is het minimum aan publieke

voorzieningen niet meer aanwezig. Waarom zouden burgers een overheid vertrouwen die letterlijk onzichtbaar is en haar eigen verantwoordelijkheid afwentelt? Voor de versterking van de democratische rechtsstaat moeten daarom ten minste drie vragen worden beantwoord:

- Moet de overheid niet daadwerkelijk, praktisch, zichtbaar zijn door publieke taken weer zelf uit te voeren? Zou dat ook de directe betrokkenheid van burgers niet ten goede komen?
- Op welk minimum aan voorzieningen kan elke burger rekenen (een wijkagent, een huisarts, openbaar vervoer, maatschappelijke ondersteuning, een rechter die toegankelijk en fysiek bereikbaar is)?
- Welke beslissingen ten aanzien van privatisering, verzelfstandiging of decentralisatie van publieke taken hadden – gelet op ‘de kernverantwoordelijkheden van de overheid’ – beter niet genomen kunnen zijn? Hoe gaan we met de gevolgen daarvan om?

Moet de staatscommissie niet tenminste een aanzet geven voor een inhoudelijk debat over deze verwaarloosde ‘kernverantwoordelijkheden’ van- en bescherming door de overheid?

5. Waar hebben we het eigenlijk over?

In Nederland is het begrip ‘staat’ nooit goed ontwikkeld. We spreken bij voorkeur over ‘de overheid’. Het functioneren van die overheid is in de laatste decennia vooral als een organisatorisch probleem beschouwd en niet als inhoudelijke vraagstuk. Geen van de voorstellen voor reorganisatie van de rechterlijke macht in de afgelopen 35 jaar was gebaseerd op een opnieuw doordenken van de inhoud van de rechterlijke functie en de veranderende rol van het recht in de samenleving. In alle projecten ‘Vernieuwing rijksdienst’ werd de relatie met ‘de politiek’ doelbewust weggesneden (alsof bijvoorbeeld de opheffing van de departementen van VROM en LNV geen politieke keuzen waren). Bij de periodieke aandacht voor het functioneren van de Kamer worden meestal de inhoudelijke functies van de Kamer buiten beschouwing gelaten.

Door het functioneren van de staat vooral als organisatorisch probleem te beschouwen, staan bij het zoeken naar verbeteringen in dat functioneren zelden de waarden centraal die het fundament van de staat vormen. Evenmin staat meestal duidelijk voor ogen hoe het institutionele arrangement dat op dat fundament is gebouwd in elkaar zit en oorspronkelijk was gedacht. Wat zijn de functies van de verschillende instituties en hoe zitten hun onderlinge relaties in elkaar? Wat houdt de politieke functie in, als politiek meer is dan meebesturen en besturen meer dan (ad hoc) regelen? Waarin verschilt het ambt van minister van dat van volksvertegenwoordiger? Wat is de waarde van de bureaucratie in een democratische rechtsstaat en welke eisen stelt dat aan ambtenaren? Wat houdt de functie van de rechter in? Het is velen niet (meer) duidelijk. Maar hoe is het mogelijk een huis – de democratische rechtsstaat – te onderhouden en te verbeteren als niet duidelijk is hoe dat huis is gefundeerd en geconstrueerd?

Noch uit de ontstaansgeschiedenis van deze staatscommissie noch uit haar taakopdracht wordt duidelijk wat de commissie onder de, afwisselend gebruikte, termen ‘rechtsstaat’ en ‘democratische rechtsstaat’ verstaat en hoe zij kijkt naar het institutionele arrangement dat de democratische rechtsstaat vormt. Hoe ziet de commissie de trias politica? In het instellingsbesluit en de toelichtende stukken wordt gesproken over versterking van het functioneren van de drie staatsmachten en van hun onderlinge verhouding; de balans tussen samenwerking en afstand, de verbeterde toegang en toegankelijkheid (voor burgers), een betere informatie-uitwisseling (onderling). Dat wekt de suggestie dat het bij ‘de staatsmachten’ om drie gescheiden instituties gaat, hetgeen evident niet het geval is. Onze grondwet kent nu eenmaal geen samenvatting van instituties en functies. Maar dat heeft gevolgen

voor de interpretatie en de invulling van de opdracht (versterking onderlinge verhouding, balans tussen samenwerking en afstand, verbeterde toegang en toegankelijkheid, informatie-uitwisseling). In een toelichting op de website wordt wel over de drie belangrijkste functies gesproken ('vaststelling van regels, uitvoeren van regels en beoordelen van regels'). Zij worden aan respectievelijk regering en parlement, regering en rechtspraak toebedeeld. Maar die omschrijving en toedeling brengt ons ook niet veel verder. Daarbij komt nog dat er de laatste decennia nieuwe invloedrijke functies zijn 'benoemd': management, beheer, toezicht. Wat houden die functies in en hoe verhouden zij zich tot de klassieke functies uit de trias? Hoe levend is het besef in alle functies dat zij binnen een normatieve context – de democratische rechtsorde – moeten worden vervuld? Hoe wordt bij die 'machtige' functies omgegaan met het ervaringsfeit – dat aan de trias politica ten grondslag ligt – dat macht zonder tegenmacht absoluut wordt? En welke rol speelt in het denken van de commissie het begrip 'wederzijdse afhankelijkheid'? Het is in mijn opvatting een kernbegrip in het functioneren van de democratische rechtsstaat. De wederzijdse afhankelijkheid van politici en uitvoerders, bestuurders en ambtenaren, wetgever en rechter, vertegenwoordigende democratie en maatschappelijke democratie. Wederzijdse afhankelijkheid kan niet zonder vertrouwen dat de ander zijn functie kent en competent is die uit te oefenen. Wederzijdse afhankelijkheid betekent de andere functionaris respecteren en ruimte geven. Wederzijdse afhankelijkheid vereist het onderhouden van verbindingen. Hoe kan aan deze voorwaarden worden voldaan in een politiek en maatschappelijk klimaat waarin wantrouwen de boventoon voert, verantwoordelijkheden in elkaar overlopen, inhoudelijke deskundigheid is uitbesteed, de eigen beoordelingsruimte is beperkt en verbindingen zijn verbroken? Het zijn evenzovele blokkades in tijden van transitie.

Deze brief is langer geworden dan ik had beoogd en u had gevraagd, 'een korte beschouwing'. Maar de opdracht aan de commissie is veelomvattend. De commissie moet in haar denken een voorbeeld zijn voor de veranderingen die nodig zijn, indachtig het adagium van Einstein: 'Problemen kunnen niet worden opgelost met het denken dat die problemen heeft veroorzaakt'.

Er zou daarom nog het nodige te zeggen zijn over afzonderlijke onderdelen van de opdracht, waaronder 'een betere informatie-uitwisseling tussen de staatsmachten'. Zo heb ik me altijd verbaasd over de opvatting dat meer informatie ex artikel 68 van de grondwet van de regering (de gecontroleerde) aan de Kamer (de controleur) het functioneren van het bestuur, ook voor de burger – en dat is toch het doel van controle – zou verbeteren. Het blijkt in de praktijk zelden het geval. De informatie-afhankelijkheid versterkt ook het zelf-referentiële systeem dat politiek en bestuur zijn gaan vormen. Een blokkade bij transitie. Daarbij blijkt uit elke enquête sinds de jaren '80 dat niet zozeer het gebrek aan informatie het knelpunt vormt, maar het gebrek aan de juiste (uitvoerings-) informatie, op het juiste moment, op de juiste plaats. Er zou veel meer over te zeggen zijn, maar ik laat het hierbij.

Zeer hoop ik dat elementen uit deze brief een bijdrage kunnen zijn aan een succesvolle vervulling van uw opdracht.

Mocht er behoefte zijn aan nadere toelichting dan ben ik uiteraard daartoe gaarne bereid. Veel succes toegewenst!

Met vriendelijke groet,

Herman Tjeenk Willink