

Column

Het wegen der wet

Het recht als discussiebron

Gijs van Oenen

"De regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van regtsweigering vervolgd worden". Aldus art. 13 van de Wet Algemene Bepalingen van 15 mei 1829, een van de wetten waarin wordt aangegeven hoe in onze samenleving recht moet worden gesproken.

Rechters in Nederland hebben geen eenvoudige taak. Wij, burgers en overheid samen, overladen hen met verzoeken om hun oordeel te vellen over onze problemen. Maar een rechter mag zich hierover niet zomaar vrijelijk uitspreken, hij moet recht spreken op grond van allerlei wetten en (proces)regels. Zoals hierboven aangehaald mag hij niet te weinig recht produceren, op straffe van vervolging schijnbaar.

"Geen regter mag bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke niet aan zijn beslissing onderworpen zijn" (art. 12 A.B.). Tevéél recht maken mag dus ook al niet, daarvoor spannen onze volksvertegenwoordiging en onze regering zich al gezamenlijk in. Rechters moeten wachten tot hun een probleem wordt voorgelegd en behoren zich vervolgens te beperken tot een concreet oordeel over dat probleem alleen. Hoe komen zij tot zo'n oordeel? "De regter moet volgens de wet regt spreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen" (art. 11 A.B.). Niet de rechter spreekt - het recht zelf spreekt, als het ware, via de rechter. Althans dat is een van de mythes die onze samenleving omwille van recht en orde in stand probeert te houden, indachtig de uitspraak van Baron de Montesquieu: "les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi".

Bijna iedereen kent deze principes wel. Ze maken deel uit van de leer van de drie machten in de staat, trias politica. In Nederland staat Montesquieu, bedenker van die leer, traditioneel vooral als *machtenscheider* te boek. Iedere macht het zijne, de een moet zich niet met de ander zijn functies bemoeien. Nu zien we de laatste jaren dat er het een en ander hapert in de machinerie van de twee politieke machten van de drie, de wetgevers en de uitvoerders. Vooral de laatste wint aanzienlijk aan omvang maar verliest - juist ook daardoor - aan slagkracht. Haar macht erodeert.

In deze column wil ik eerst iets zeggen over dit verlies aan kracht in de

politiek. Vervolgens doe ik een suggestie hoe in deze situatie misschien verbetering kan worden gebracht: door de rechter niet alleen te zien als spreekbuis der wet, maar ook als actor in de politiek. Rechterlijke aktivisme dus als remedie voor de administratieve onmacht.

De rot aan de top

Van controle van de regering door het parlement komt tegenwoordig weinig meer terecht. Integendeel: als de regering weer eens in de fout gaat, excu-seert zij zich bij voorkeur met de opmerking dat het parlement dan maar beter had moeten controleren. Dit fenomeen doet zich vooral sinds de wederop-standing van de parlementaire enquête als controlemiddel regelmatig voor.

Van het ten uitvoer brengen van politieke beslissingen komt óók al wei-nig terecht. De combinatie van vergaande bureaucratisering van de politiek met een hoog absorptie- en aanpassingsvermogen van de samenleving maakt doeltreffend politiek ingrijpen tot een moderne vorm van Sisyphusarbeid.

Wat is er dan precies mis met die politiek? Onlangs deden de auteurs Geert Mak en Paul Kuypers gezamenlijk een moedige poging antwoord op deze niet zo eenvoudige vraag te geven (in: *Aangeschoten Wild*; A'dam 1988). Zij kwamen tot de volgende conclusies: de bestuurders van ons land hebben geen eergevoel (meer), nemen het niet zo nauw met hun verant-woordelijkheden, minachten de Grondwet, verwijderen zich van het volk, compromitteren de Tweede Kamer, helpen het dualisme om zeep en zijn in het algemeen doordrongen van de moraal van het zakendoen. De vele poli-tieke "affaires" van de laatste jaren zijn tekens aan de wand; onze bestuur-ders voelen zich niet meer verantwoordelijk voor wat zij aanrichten. Enige passie voor de politiek bezielt hen niet meer, zij interpreteren politiek als administratie. Samengevat: de top van het politieke apparaat is verrot, de bezitters van macht en invloed zijn aan vergaande corruptie ten prooi ge-vallen.

Wat is er mis met dit antwoord? Het signaleert wel correct belangrijke politieke problemen, maar situeert ze verkeerd. Daardoor wordt het tot een nieuwe versie van de politieke elitetheorie. Zo'n theorie zegt dat in de poli-tiek een select groepje de dienst uitmaakt. Dat kan een sociale elite zijn, maar ook een club samenzwerende grootgeldbezitters of eventueel een onper-soonlijke macht als het kapitaal. Dit is een erg optimistische theorie, omdat zij meent dat zo'n groep er ook werkelijk in slaagt haar (helaas ondermaatse) doelen te realiseren. De realiteit voegt zich moeiteloos naar de wil van de elite. Iets dergelijks beweerde bijvoorbeeld Barbara Tuchman in haar boek *The march of Folly*. Hierin bekritiseert zij foute beslissingen van grote po-litieke leiders, variërend van Trojaanse aanvoerders die gedachteloos een grieks paard binnen hun muren rolden tot aan de amerikaanse beslissing de vietnamezen een lesje te leren. Impliciet beweert zij hiermee dat de geschie-

denis een stuk geholpen zou zijn geweest wanneer deze besluiten waren genomen (c.q. niet genomen) door competentere beslissers. Dat lijkt mij nu bij uitstek de elitistische illusie die ook Mak en Kuypers enigszins heeft aangegrepen.

De rot niet alleen aan de top

Maar de problemen gaan verder, de rot zit niet alleen aan de top. Van de apolitieke, administratieve mentaliteit van de bestuurders zijn allang ook de burgers doordrongen. De efficiënte vorm van welvaartsherverdeling die de bureaucratische verzorgingsstaat kan bieden, is daaraan natuurlijk niet vreemd. Zoals de franse socioloog Donzelot opmerkte: opkomst van "het sociale" leidt tot "neergang van de politieke passies". We moeten dus eerder zeggen dat in de huidige tijd het bedrijven van politiek, zowel door regeerders als door geregeerden, zowel door overheid als door burgers, zowel door "links" als door "rechts", *in het algemeen* op het spel staat, en niet slechts de motieven en de mentaliteit van de regerende elite.

Het politieke systeem verbureaucratiseert dus en daardoor verandert ook de aard van het politieke bedrijf. Volgens de Amerikaanse auteur Robert Reich wordt de moderne politiek in toenemende mate beheerst door mythes - dat wil zeggen door verhalen die politici en burgers aan elkaar vertellen, niet omdat ze geloven dat ze juist zijn, maar omdat het vertellen ervan een bepaald soort gemeenschappelijkheid in de samenleving creëert (zie: *Tales of a new America* ; N.Y. 1987). Politiek is geen strijd meer om de juiste ideologie, maar concurrentie om de positie van meest succesvolle interpretator van de nationale mythes. Het voeren van succesvol beleid door de uitvoerende macht is zelf al een mythe geworden; dat begrip gebruikte de voormalig hoogleraar bestuurskunde Tjeenk Willink althans in zijn inaugurele rede in 1984 om de idee van "het samenhangend overheidsbeleid" mee te karakteriseren. De bureaucratie versterkt en concentreert, het beleid verzwakt en fragmenteert.

Als regeringscommissaris voor de reorganisatie van de rijksdienst kwam dezelfde Tjeenk Willink korte tijd later zeker niet tot andere conclusies. Beperking van de bureaucratie gaat niet vanzelf, stelde hij vast. Integendeel, bezuinigingen leiden eerder tot versterking van de departementale staf. In 1984 moest de kinderbescherming het met 30 mensen minder doen, terwijl de directie kinderbescherming ten departemente uitbreidde. De strafinrichtingen verloren 12 mensen, de directie gevangeniswezen kreeg er enkele mensen bij. Wijkverpleegkundigen werden ontslagen, zwembaden sloten op een moment, dat voor de *planning* van de gezondheidszorg geld beschikbaar kwam - aldus de regeringscommissaris in zijn jaarbericht over 1984.

Regelmatig blijkt dat de departementen geen effectief gebruik kunnen maken van deze massieve gecentraliseerde vuurkracht. Zowel de voorberei-

ding als de uitvoering van wetgeving verloopt gebrekkig. Recente voorbeelden hiervan zijn de uitvoering van de werkloosheidswet, de studiefinanciering, de specialistensalarissen en de zogenaamde Harmonisatiewet. Deze laatste wet bedoelde (hoofdzakelijk financiële) orde te scheppen in het systeem van hoger onderwijs.

Minder machtenscheiding, meer machtenbotsing

"Een rechtsinbreuk van deze omvang is niet gerechtvaardigd, als niet aanmerkelijk is dat zonder schending van het rechtszekerheidsbeginsel geen bezuinigingsmaatregelen meer zijn te treffen. En zover is het vermoedelijk nog niet. De Staat heeft het in ieder geval niet beweerd".

Deze haast onjuridisch heldere zinnen vormen de climax van een vonnis waarin de president van de Haagse rechtbank Wijnholt in augustus van dit jaar een deel van de genoemde Harmonisatiewet verbood toe te passen. Een groep studenten die zich in het studiejaar 1987/88 voor een tweede studie had ingeschreven, verwachtte volgens de president terecht dat de overheid hun recht op nog zes jaar studiefinanciering zou eerbiedigen. De noodzaak van een stringent bezuinigingsbeleid door de overheid woog niet op tegen de inbreuk die in dit geval werd gemaakt op de rechtszekerheid van de desbetreffende studenten.

In staatsrechtelijke kringen ontstond onmiddellijk grote opschudding. Wijnholt had hier iets ongebruikelijks gedaan: hij toetste in zijn vonnis openlijk een wet ("in formele zin") aan een hogere regeling, in dit geval het nogal onbekende Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden. Dit statuut legt "elk der landen" (namelijk Nederland, de Nederlandse Antillen en Aruba) onder meer de verplichting op de rechtszekerheid te waarborgen. Aardig is hierbij dat de toenmalige wetgever bij het opstellen van de bepaling waarschijnlijk eerder aan de twee laatstgenoemde landen heeft gedacht. Maar ook in Nederland geldt het Statuut; toetsing van nederlandse wetten aan deze "wet van de hoogste orde in het Koninkrijk" is weliswaar niet uitdrukkelijk toegestaan maar zeker ook niet verboden.

Om de wet op zo'n manier de maat te nemen, is in Nederland hoogst ongebruikelijk. Wetten mogen niet worden getoetst aan de Grondwet. Wel aan andere hogere regelingen, zoals met name het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Nu zijn in dit soort hogere regelingen vaak allerlei algemene rechtsbeginselen verwoord. Toetsing aan zo'n regeling kan dan een manier zijn om impliciet een wet te ijken aan een rechtsbeginsel, een praktijk waarvoor men in Nederland de wenkbrauwen optrekt. Th.J. Joekes sprak in het NRC-Handelsblad enkele dagen later al van "juridisch sofisme".

Zo niet in de Verenigde Staten, waar toetsing van wetten aan de Constitutie aan de orde van de dag is. De rechter stelt zich daar veel aktiever op en botsingen met het politieke gezag zijn dan ook niet van de lucht. Onlangs

nog veroordeelde een plaatselijke rechter de gemeente Yonkers (een voorstadje van New York) tot het betalen van een astronomisch hoog oplopende - namelijk iedere dag verdubbende - dwangsom, zolang zij bleef weigeren een door de rechter opgelegd sociaal woningbouwprogramma uit te voeren. Weigerachtige wethouders hing zelfs gevangenisstraf boven het hoofd. De rechter is dan dus bepaald niet bezorgd om de scheiding der machten. Integendeel: de machtscheiding verandert zo in een machtenbotsing - een uitleg die al tweehonderd jaar geleden in de Verenigde Staten door de Federalisten werd gegeven aan de leer van Montesquieu.

Men kan natuurlijk verschillend oordelen over de wenselijkheid van zo'n systeem - zelfs in de Verenigde Staten vroeg men zich af of het wel wenselijk was dat rechters politici lieten gijzelen om een bepaald beleid af te dwingen. Maar het lijkt mij kortzichtig om, zoals Joekes, een aktievere rol van de rechter bij voorbaat af te wijzen. Het ruimere kader van actief rechterlijk optreden schetste Wijnholt vorig jaar in een kort maar krachtige essay. In de trias-leer gaat het, schreef hij, om bescherming van de vrijheid van de burger tegen de macht van de overheid - de macht van de rechter niet uitgezonderd. De bescherming ligt in de scheiding der machten. Maar de macht van de regering is in de loop van de tijd onevenredig toegenomen. Voor wat betreft de wetgevende en de uitvoerende macht is er minder sprake van scheiding dan van concentratie van machten. Het parlement kan of wil nauwelijks tegenspel bieden. Het gevolg is dat het beroep op de rechter om tegen de uitvoerende macht op te treden sterk toeneemt. Dit geldt in het bijzonder voor de sfeer van het administratief recht, dat de relatie tussen burger en overheid regelt (hieronder vallen bijvoorbeeld ruimtelijke ordening, onderwijs, sociale verzekeringen en milieu). De burger kan zo via het recht proberen buiten de politiek om de overheid in beweging te brengen.

De Haagse president (en ex-lid van de Hoge Raad) Wijnholt voegde dus de daad bij het woord in zijn kort geding-uitspraak over de Harmonisatiewet. Dit is een voorbeeld bij uitstek van het soort verzet dat het recht kan plegen tegen de politiek, beter gezegd tegen de overheid. Veel hangt natuurlijk af van de interpretatie die de rechter geeft aan de wet en hoever hij wil gaan met uitlegging van abstracte en algemene beginselen. Wat wordt er bijvoorbeeld zoal beschermd omwille van de rechtszekerheid? En wat dan niet?

De vraag rijst of de rechter een geschikter uitlegger is van een begrip als rechtszekerheid dan de politici, of dan wijzelf, de burgers. De rechter is geen interpretatiekundige en bovendien niet afzetbaar. Zijn tyranniek potentieel wordt echter weer beteugeld doordat hij altijd slechts over concrete gevallen mag oordelen. Of in ieder geval: naar aanleiding van concrete gevallen - letterlijk gaat bovengenoemd art. 12 A.B. allang niet meer op. Bij sommige moeilijke kwesties wacht de wetgever zelfs liever de jurisprudentie af, zoals bij de euthanasiewetgeving. Wijnholt overwoog in zijn vonnis dat over toetsing aan het Statuut niets was vastgelegd, omdat men "daarmee wilde wachten tot meer ervaring zou zijn opgedaan". Hij concludeerde hieruit dat "het

voordeel van praktijkervaring met toetsing groter is dan het nadeel dat de rechter volkomen zelfstandig gaat toetsen". Kortom: we moeten het maar gewoon eens proberen.

Een "constitutionele strategie"

Het is moeilijk van tevoren te zien wat er zal gebeuren wanneer constitutionele toetsing (althans toetsing aan hogere regelingen) een geaccepteerd gebruik zou worden. Of de besluiten van de rechter ons beter bevallen dan die van de politici moeten we maar afwachten. De zekerheid van de Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald Dworkin dat een samenleving met constitutionele toetsing beter is dan een zonder deel ik niet bij voorbaat. Meer recht leidt zeker niet automatisch tot meer rechtvaardigheid, daarvoor is rechtspraak te formeel. Maar wel zie ik mogelijkheden om via zo'n "constitutionele strategie" enige tegenwicht te bieden tegen de sterke arm van de bureaucratie.

Ten eerste via het voeren van processen zoals dat over de Harmonisatiewet of, een ander voorbeeld, dat van de Stichting Verbiedt de Kruisraketten. Op z'n minst is het op zo'n manier mogelijk de staat te dwingen beter verantwoording af te leggen van haar handelen, en haar zodoende wellicht indirect aan te zetten tot verantwoordelijker handelen in de toekomst.

Ten tweede kan het fenomeen van toetsing door de rechter leiden tot een verlevendiging van het openbaar debat over kwesties van algemeen belang. In de Verenigde Staten zijn de opinies van het Supreme Court regelmatig voorpaginanieuws voor kwaliteitskranten. De principes waar het in die rechtszaken om gaat, zijn dan ook veel algemener bij de burgers bekend. Er heerst, anders gezegd, een hoger niveau van rechtsbewustzijn. Bovendien maakt de rechtszaak-vorm het nadenken over de kwesties en principes die ter discussie staan veel spannender. De abstracte noties en complexe problemen waarom het gaat, krijgen een plaats in een verhaal, dat zich ontrolt naarmate de rechtszaak vordert. En als er uiteindelijk uitspraak is gedaan, barsten de juridische, wetenschappelijke en filosofische discussies over het geproduceerde recht pas goed los. De geformaliseerde openbare discussie in Nederland mag best eens wat dramatischer worden. Verdere invoering van een soort constitutionele toetsing zou daarvoor een uitstekende stimulans vormen.