

Dikastocratie?
Position paper hoorzitting/rondetafelgesprek 9 maart 2020
Prof. mr dr B.M. Oomen

In hoeverre is er in Nederland sprake van een toenemende dikastocratie? Om deze vraag te beantwoorden is het zaak eerst te definiëren waar de zorg ligt. In de voorbereiding op deze hoorzitting werd gesproken over “een sluipende machtsovername door de rechterlijke macht van de democratie... een ontarding van de rechtsstaat in een samenleving die door rechters wordt gedomineerd”.¹ Daarbij verwees dhr Baudet naar de uitspraken over ISIS, over Stikstof en naar aanleiding van Urgenda.

Dikastocratie?

Er is geen enkele reden om aan te nemen dat de rechterlijke macht, in Nederland, sluipenderwijs de democratie overneemt. De rechter in Nederland past het recht toe, zoals dit door regering en parlement is opgesteld en aangenomen. Een van de belangrijkste kenmerken van de rechtsstaat is dat óók de overheid zich aan het recht moet houden. Wanneer de overheid dit niet doet kan de rechter de regering terechtwijzen. Dit gebeurde in de Stikstofuitspraak, omdat het Programma Aanpak Stikstof niet voldeed aan het recht zoals vastgelegd in de Habitatrictlijn.²

Een ander wezenskenmerk van een rechtsstaat zijn de grondrechten. Deze grondrechten, vastgelegd in de Grondwet maar ook in Europese en internationale verdragen, beschermen de burger tegen de (vaak veel machtiger) overheid. Zij zijn democratisch tot stand gekomen (bv door middel van een grondwetswijziging of door middel van parlementaire ratificatie van een internationaal verdrag). Tegelijkertijd vormen grondrechten, en de bescherming ervan, een waarborg tegen de ‘tyranny of the majority’. De zware wijzigingsprocedure van de (grondwetscatalogus in de) Grondwet, en het in internationale verdragen vastleggen van mensenrechten, zorgen voor de bescherming van grondrechten, ook van minderheden. Wanneer burgers voelen dat de overheid hun rechten schendt kunnen zij een beroep doen op de rechter.

Uitspraken als betreffende de Syriëgangers en Urgenda gaan over een absoluut recht, het recht op leven. Dit recht is niet vastgelegd in de Grondwet, maar staat (net als veel andere grondrechten in Nederland)³ alleen in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Net als alle andere rechten in het EVRM heeft het recht op leven directe werking: je kunt je er als burger voor de rechter op beroepen.⁴ Daarbij verplicht art. 2 EVRM de Staat niet alleen om zich te onthouden van bepaalde handelingen (zoals het doden van burgers) maar legt het de Staat ook een positieve verplichting op om zich in te spannen voor het recht op leven. Dit speelde zowel bij de zaak rondom de Syriëgangers als bij de zaak-Urgenda. Daarbij ging de zaak-Urgenda ook over meer: de internationale afspraken gemaakt

Het feit dat mensen die voelen dat de overheid zich zelf niet houdt aan het recht, of dat deze handelt op een manier die hun grondrechten bedreigt, zich wenden tot de rechter is precies zoals het hoort in een rechtsstaat. Daarbij kan het zo zijn dat het overheidshandelen de grondrechten van een groep, of zelfs alle burgers schendt. In zo’n geval kan een organisatie

¹ Regeling van werkzaamheden, Tweede Kamer, 12 december 2020

² ECLI:NL:RVS:2019:1603, 29 mei 2019

³ Dit geldt bijvoorbeeld voor het folterverbod (art. 3 EVRM), het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM), en het recht op onderwijs (art. 2 1^e Protocol EVRM). De genoemde rechten zijn ook terug te vinden in internationale verdragen als het IVBPR en het IVESCR en het Handvest Grondrechten van de EU.

⁴ Dit op basis van art. 94 Grondwet, dat bepaalt een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale organisaties voorrang hebben op wettelijke voorschriften.

voor de rechter het belang van die burgers behartigen. Daarbij kijkt de Nederlandse rechter over het algemeen heel strikt over zo'n organisatie voldoende belang heeft.⁵ In het Paspoortarrest bepaalde de rechter bijvoorbeeld dat een organisatie als Privacy First niet voldoende belang had. Ook in zaken als die rondom Wilders, en de SGP-zaak werd een groot deel van de eisende partijen niet-ontvankelijk verklaard wegens onvoldoende belang. Het beeld van een samenleving die door rechters wordt gedomineerd lijkt zonder grond. In een rechtsstaat als Nederland regeert het recht, niet de rechters.

Rechtsstaatapathie

Het beeld van een samenleving die door rechters wordt gedomineerd lijkt zonder grond. Kent Nederland dan helemaal geen probleem met de rechtsstaat? Verre van. Hoewel de rechtsstaat niet 'ontaardt', lijkt er wel sprake van een zeker rechtsstaatapathie. Dit uit zich in een gebrek aan belangstelling, en zorg voor de rechtsstaat. Dit dreigt deze rechtsstaat op termijn te eroderen. Een aantal ontwikkelingen die zorg baren zijn:

- Waar het gaat om *regering en parlement*: Veel van de 'politieke' zaken die de basis vormen voor deze discussie komen voort uit het feit dat de regering, of het parlement, wetgeving aannam in strijd met hogere regelgeving of geen gevolg gaf aan internationale afspraken. Kamerleden zweren of beloven trouw aan de Grondwet. Dit, op basis van artt. 90 - 94, gaat ook om verdragsverplichtingen, zoals mensenrechten in verdragen. Hoe meer de regering en parlement zelf wetgeving en beleid toetsen aan, bijvoorbeeld, de grondrechten, hoe kleiner de kans dat de rechter zich moet buigen over politieke vraagstukken. Waar het gaat om internationale verdragen zouden kamerleden een veel grotere rol kunnen spelen bij de totstandkoming van die verdragen maar ook bij het bespreken van de nationale invulling tijdens het ratificatieproces: dit wordt onderdeel van de wetsgeschiedenis en daarmee van de interpretatie door de rechter.
- Waar het gaat om *de rechter*: wie kijkt vanuit het perspectief van de mensenrechten, vindt de rechter vaak eerder veel te terughoudend dan te activistisch. Dit geldt bijvoorbeeld met betrekking tot sociaal-economische rechten, de rechten van mensen met een beperking en kinderrechten. Op al deze terreinen wezen de relevante VN-commissies Nederland regelmatig op het verschil tussen (mensen)recht en realiteit.
- Waar het gaat om de *burger*: weten jongeren, maar ook volwassenen, over het algemeen heel weinig van, bijvoorbeeld, de relevantie van het EVRM voor onze grondrechten. Hier zijn aanbevelingen als die van de Commissie-Remkes over het versterken van democratische kennis en vaardigheden behartenswaardig
- Waar het gaat om het *discours*: zijn juist de beelden en associaties die worden opgeroepen met een term als 'dikastocratie' zorgelijk. Zij hebben geen feitelijke grond, maar brengen wel de hele rechterlijke macht in diskrediet. In de afgelopen jaren vormde in landen als Polen, Turkije en Hongarije een dergelijk discours het startpunt voor maatregelen en wetgeving om de rechterlijke macht, en daarmee de rechten van burgers, steeds verder in te perken.

Wie zich zorgen maakt over de ontaarding van de rechtsstaat vindt juist op dit gebied oplossingen.

Grondwetfobie

Een specifieke zorg die spreekt uit het debat betreft de verhouding tussen juist internationaalrechtelijke verplichtingen en de parlementaire democratie. Hier ligt een oplossing

⁵ Zie bv T. Bleeker, *Voldoende belang in collectieve acties: driemaal art. 3:303 BW*, NTBR 2018/20

in het versterken van onze eigen Grondwet.⁶ Nederland kent het omgekeerde van *Verfassungspatriotismus*, een zekere grondwetfobie, met als gevolg een bijzonder grote rol van het internationale recht.

Zo werd het Nederlands klimaatbeleid in de zaak-Urgenda getoetst aan het recht op leven in het EVRM omdat dit recht niet in de Nederlandse Grondwet staat (net zoals het recht op een eerlijk proces, het folterverbod, het recht op onderwijs en een veelheid aan andere rechten niet in de Grondwet te vinden zijn). Daarnaast mag de rechter wél wetten toetsen aan verdragen, maar niet aan de Grondwet. Dit maakt dat het EVRM een veel belangrijker rol speelt in de bescherming van de grondrechten van de Nederlandse burger dan de Grondwet. De afwezigheid van een Constitutioneel Hof maakt daarbij dat Nederland weinig eigen constitutionele traditie heeft.

Dit is een gemis, omdat de Europese rechter juist als opdracht heeft om de constitutionele traditie van de lidstaten te respecteren. Voor het EHRM (het mensenrechtenhof in Straatsburg, dat binnen de Raad van Europa toeziet op naleving van het EVRM) geldt dat landen een ‘margin of appreciation’ hebben. Vanuit deze ‘margin of appreciation’ kan lidstaat Polen bijvoorbeeld het recht op recht interpreteren als een verbod op abortus, terwijl hetzelfde recht elders samen kan gaan met de mogelijkheid tot euthanasie. Binnen de EU geldt dat het Hof in Luxemburg de constitutionele identiteit van lidstaten dient te respecteren (art. 4(2) VEU).

Ook hier geldt dat die constitutionele identiteit er wél moet zijn, bijvoorbeeld in de jurisprudentie van een Constitutioneel Hof.

Concluderend

Is er geen sprake van een dikastocratie. Wel is er reden tot zorg over de rechtsstaat, waarin rechten niet alleen op papier, maar ook in de praktijk vorm krijgen. Voor het realiseren van deze rechten, of zij nu vastgelegd zijn in de Grondwet of in internationale verdragen, is een cruciale rol weggelegd voor de hele trias politica: rechter, regering en parlement.

Barbara Oomen is hoogleraar Sociologie van de Mensenrechten aan de Universiteit Utrecht en was lid van de Staatscommissie-Thomassen. Zij schreef oa: *Rights for others: the slow home-coming of human rights in the Netherlands*. Cambridge: Cambridge University Press (2014).

⁶ Zie hierover de aanbevelingen van de Staatscommissie Thomassen, waar ik deel van uitmaakte, en van de Commissie Remkes