

RAPPORTEN AAN DE REGERING

63

DE TOEKOMST VAN DE  
NATIONALE RECHTSSTAAT

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid werd in voorlopige vorm ingesteld in 1972. Bij wet van 30 juni 1976 (Stb. 413) is de positie van de raad definitief geregeld. De huidige zittingsperiode loopt tot 31 december 2002.

Ingevolge de wet heeft de raad tot taak ten behoeve van het regeringsbeleid wetenschappelijke informatie te verschaffen over ontwikkelingen die op langere termijn de samenleving kunnen beïnvloeden. De raad wordt geacht daarbij tijdig te wijzen op tegenstrijdigheden en te verwachten knelpunten en zich te richten op het formuleren van probleemstellingen ten aanzien van de grote beleidsvraagstukken, alsmede op het aangeven van beleidsalternatieven.

Volgens de wet stelt de WRR zijn eigen werkprogramma vast, na overleg met de minister-president die hiertoe de Raad van Ministers hoort.

De samenstelling van de raad is:  
prof.mr. M. Scheltema (voorzitter)  
prof.dr.ir. J. Bouma  
prof.dr. F.A.G. den Butter  
prof.dr. M.C.E. van Dam-Mieras  
prof.dr. G.A. van der Knaap  
prof.dr. P.L. Meurs  
prof.dr. J.L.M. Pelkmans  
prof.dr.mr. C.J.M. Schuyt

Secretaris: prof. dr. J. van Sinderen

De WRR is gevestigd:  
Plein 1813, nr. 2-4  
Postbus 20004  
2500 EA 's-Gravenhage  
Telefoon 070-356 46 00  
Telefax 070-356 46 85  
E-mail [info@wrr.nl](mailto:info@wrr.nl)  
Website <http://www.wrr.nl>

## DE TOEKOMST VAN DE NATIONALE RECHTSSTAAT

ISBN 90-12-097339

Aan de Minister-president  
Minister van Algemene Zaken  
De heer mr. dr. J.P. Balkenende  
Postbus 20001  
2500 EA Den Haag

**ons kenmerk**  
2002199/AL/tt

**onderwerp**  
Rapport nr. 63

**Doorkiesnummer**  
070 - 356 4690

**E-mail**  
[info@wrr.nl](mailto:info@wrr.nl)

**Telefax**  
070 - 356 4685

**Datum**  
29 oktober 2002

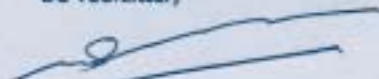
Hierbij zenden wij u het rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat'.

Het normatieve ideaal van de rechtsstaat is onomstreden. De rechtsstaat waakt tegen willekeur in de uitoefening van overheidsmacht door die aan het recht te binden en zorgt voor een vreedzame omgang tussen mensen. Het belang van de rechtsstaat wordt de afgelopen tijd weerspiegeld in de media, waar veelvuldig aandacht wordt besteed aan de vermeende aantasting van rechtsstaat. Probleem daarbij is wel dat het begrip niet eenduidig wordt gehanteerd. In dit rapport wordt vanuit de fundamentele beginselen van de rechtsstaat ingegaan op vormgeving en functioneren van de rechtsstaat in de huidige tijd. In het verleden is de concrete vormgeving van de rechtsstaat sterk verbonden geweest met de soevereine nationale staat, die binnen het eigen grondgebied de macht bij uitstek vertegenwoordigde. Twee recente ontwikkelingen, te weten internationalisering en individualisering, brengen daarin echter verandering: de nationale overheid moet haar macht zowel in internationaal als in nationaal verband met anderen delen. Dit kan vergaande gevolgen hebben voor het functioneren van de rechtsstaat.

Op de consequenties van deze twee ontwikkelingen voor de rechtsstaat wordt in het rapport ingegaan. Hoe kan worden bereikt dat de beginselen van de rechtsstaat ook in de huidige tijd tot hun recht komen, en welke aanpassingen zijn daarvoor nodig? De aanbevelingen die de raad doet om het goed functioneren van de rechtsstaat ook in de toekomst te verzekeren, beogen beginselen van rechtsstatelijkheid ook in nieuwe omstandigheden tot hun recht te doen komen. In dit verband wordt onder andere ook ingegaan op kwesties van efficiency in de uitvoering en hoe om te gaan met het gedoogbeleid.

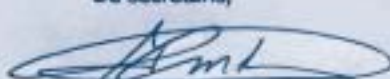
Volgens de procedure van de Instellingswet WRR ziet de raad graag de bevindingen van de ministerraad tegemoet.

De voorzitter,



prof. mr. M. Scheltema

De secretaris,



prof. dr. J. van Sinderen



# INHOUDSOPGAVE

|  |    |
|--|----|
| <b>Samenvatting</b>  | 9  |
| <b>Ten geleide</b>   | 15 |
| <b>1 Inleiding en probleemstelling</b>   | 17 |
| 1.1 Inleiding  | 17 |
| 1.2 Wisselende betekenissen van het begrip rechtsstaat in de publieke discussie                  | 19 |
| 1.3 Rechtsstaat is een gelaagd begrip  | 23 |
| 1.4 Aanleiding tot deze studie over de rechtsstaat   | 26 |
| 1.5 Probleemstelling en opzet van het rapport  | 30 |
| 1.5.1 De veranderende omgeving van de rechtsstaat  | 30 |
| 1.5.2 Probleemstelling van het rapport   | 33 |
| 1.5.3 Indeling van het rapport   | 33 |
| <b>2 Naar de kern van de rechtsstaat</b>   | 35 |
| 2.1 Inleiding  | 35 |
| 2.2 Grondhoudingen en familierelaties  | 36 |
| 2.2.1 Grondhoudingen   | 36 |
| 2.2.2 Familierelaties  | 38 |
| 2.3 De Nederlandse rechtsstaat: ontwikkeling en opvattingen                                      | 42 |
| 2.3.1 Algemeen   | 42 |
| 2.3.2 De klassieke liberale rechtsstaat  | 43 |
| 2.3.3 De democratische en de sociale rechtsstaat   | 48 |
| 2.3.4 Afronding  | 51 |
| 2.4 Conclusie  | 52 |
| <b>3 Internationalisering en de rechtsstaat</b>  | 57 |
| 3.1 Inleiding  | 57 |
| 3.2 Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden | 60 |
| 3.2.1 Algemeen   | 61 |
| 3.2.2 Doorwerking van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde                                      | 64 |
| 3.2.3 Gevolgen van het EVRM voor de Nederlandse rechtsstaat                                      | 65 |
| 3.3 De Europese Unie   | 65 |
| 3.3.1 Algemeen   | 66 |
| 3.3.2 Invloed van de EU op de nationale soevereiniteit   | 69 |
| 3.3.3 Gevolgen voor de nationale rechtsstaat   | 71 |
| 3.3.4 Rechtsstatelijke kwaliteit van de Europese besluitvorming                                  | 72 |
| 3.4 Globalisering en de groei van de internationale rechtsorde                                   | 72 |
| 3.4.1 Globalisering  | 72 |
| 3.4.2 Internationalisering, veiligheid en rechtsorde   | 75 |

|          |   |            |
|----------|---|------------|
| 3.5      | Conclusies  | 79         |
| 3.5.1    | Algemeen  | 79         |
| 3.5.2    | De Nederlandse rechtsstaat  | 79         |
| 3.5.3    | De internationale rechtsorde  | 81         |
| <b>4</b> | <b>Individualisering, burgerschap en rechtsstaat</b>  | <b>89</b>  |
| 4.1      | Inleiding   | 89         |
| 4.2      | Kenmerken en achtergronden van individualisering sinds 1960   | 90         |
| 4.2.1    | Definitie van het individualiseringsproces  | 90         |
| 4.2.2    | Indicaties voor verschuivende afhankelijkheden sinds 1960   | 91         |
| 4.2.3    | Indicaties van afnemend sturend vermogen sinds 1960   | 95         |
| 4.2.4    | Conclusies over het individualiseringsproces sinds 1960   | 98         |
| 4.3      | De diversificatie van het burgerschap sinds 1960  | 100        |
| 4.3.1    | Historisch perspectief  | 100        |
| 4.3.2    | Rollen van burgers in een geïndividualiseerde samenleving   | 101        |
| 4.3.3    | Verskillende burgerschapsstijlen  | 107        |
| 4.3.4    | Conclusies over de diversificatie van het burgerschap sinds 1960  | 108        |
| 4.4      | Conclusies: gevolgen voor de rechtsstaat  | 109        |
| 4.4.1    | Toenemende interactie, hiërarchische sturing en outputlegitimatie                                       | 109        |
| 4.4.2    | Herverdeling van verantwoordelijkheden en de rechtsstaat  | 110        |
| <b>5</b> | <b>De veranderingen in de civil society</b>   | <b>113</b> |
| 5.1      | Inleiding   | 113        |
| 5.1.1    | Terreinafbakening en vragen   | 114        |
| 5.1.2    | Opzet   | 117        |
| 5.2      | Factoren die bijdragen aan horizontalisering  | 117        |
| 5.2.1    | Factoren aan de kant van de overheid  | 117        |
| 5.2.2    | Factoren aan de kant van de instellingen  | 122        |
| 5.2.3    | Regulering door overheid en maatschappelijke organisaties   | 125        |
| 5.2.4    | Overige factoren  | 129        |
| 5.3      | Gevolgen van horizontalisering: innerlijke tegenstrijdigheden en bureaucratisering van de civil society | 132        |
| 5.4      | Waarom is de civil society relevant voor de rechtsstaat?  | 134        |
| 5.5      | Waarom is de rechtsstaat relevant voor de civil society?  | 136        |
| 5.6      | Visualisering van complementariteit   | 138        |
| 5.7      | Wanneer complementariteit onbruikbaar wordt   | 140        |
| 5.8      | Problemen; terugkeer of beter onderhoud?  | 144        |
| 5.9      | Conclusie   | 146        |



|          |   |     |
|----------|---|-----|
| <b>6</b> | <b>Openbaar bestuur</b>   | 153 |
| 6.1      | Inleiding   | 153 |
| 6.2      | Ontwikkeling van de waarborgen  | 155 |
| 6.3      | Rechtsstaat en bestuurstaak: rechtsstatelijke waarborgen en effectiviteit van het bestuur   | 158 |
| 6.4      | Bestuurstaak en rechtsstaat: consequenties van veranderingen in inhoud en uitvoering van de overheidstaak voor traditionele rechtsstatelijke waarborgen | 163 |
| 6.5      | Oplossingsrichtingen  | 168 |
| <b>7</b> | <b>De plaats van de rechterlijke macht in de rechtsstaat</b>  | 173 |
| 7.1      | Inleiding   | 173 |
| 7.2      | De rechter in de trias politica   | 178 |
| 7.2.1    | Rechter en bestuur  | 178 |
| 7.2.2    | Rechter en wetgever   | 180 |
| 7.2.3    | Democratische legitimering van de rechter   | 185 |
| 7.3      | Kwaliteit en kwaliteitsbeheer in de rechterlijke organisatie  | 186 |
| 7.3.1    | Inleiding   | 186 |
| 7.3.2    | Juridische kwaliteit  | 188 |
| 7.3.3    | Integraal beheer in de rechterlijke organisatie   | 191 |
| 7.3.4    | Het consumentenperspectief  | 193 |
| 7.3.5    | Drie eigenschappen van kwalitatief goede rechtspraak  | 194 |
| 7.4      | Selectie, opleiding en specialisatie van rechters   | 195 |
| 7.5      | Conclusies  | 197 |
| <b>8</b> | <b>Doelmatigheid in de rechtshuishouding</b>  | 199 |
| 8.1      | Inleiding   | 199 |
| 8.2      | Juridisering en claimcultuur  | 200 |
| 8.3      | Civiel recht en bestuursrecht   | 205 |
| 8.3.1    | Civiel recht  | 205 |
| 8.3.2    | Bestuursrecht   | 213 |
| 8.4      | Criminaliteit en rechtshandhaving   | 219 |
| 8.5      | Conclusies en aanbevelingen   | 231 |
| 8.5.1    | Civiel recht  | 231 |
| 8.5.2    | Bestuursrecht   | 233 |
| 8.5.3    | Strafrecht  | 234 |
| <b>9</b> | <b>Herwaardering van wetgeving</b>  | 237 |
| 9.1      | Inleiding   | 237 |
| 9.2      | Vele handen maken de wet: de onzichtbaarheid van het wetgevingsproces   | 239 |
| 9.3      | Oude en nieuwe problemen van wetgeving: variatie en verankering   | 241 |
| 9.4      | Conclusies  | 244 |

|           |  |     |
|-----------|--|-----|
| <b>10</b> | <b>De toekomst van de nationale rechtsstaat: slotbeschouwing, conclusies en aanbevelingen</b>                        | 247 |
| 10.1      | Inleiding  | 247 |
| 10.1.1    | Het belang van de rechtsstaat  | 247 |
| 10.1.2    | De nationale rechtsstaat als blijvend ankerpunt  | 250 |
| 10.1.3    | Zoeken naar nieuwe evenwichten   | 251 |
| 10.2      | Het eerste evenwicht: een effectieve rechtshuishouding   | 253 |
| 10.3      | Het tweede evenwicht: presteren, leren en beter reguleren  | 256 |
| 10.4      | Het derde evenwicht: herdefiniëren van verantwoordelijkheid in de relatie tussen burgers en openbaar bestuur         | 261 |
| 10.5      | Het vierde evenwicht: de nationale rechtsstaat, internationalisering en rechtsstatelijkheid                          | 264 |
| 10.5.1    | Bevordering van de rechtsstatelijkheid buiten Nederland  | 265 |
| 10.5.2    | Gevolgen van de internationalisering voor de vormgeving van de Nederlandse rechtsstaat; de democratische legitimatie | 266 |
| 10.5.3    | Hoe houdt Nederland invloed op de groeiende internationale rechtsvorming?  | 267 |
| 10.6      | Het vijfde evenwicht: verschuivingen in de trias politica  | 271 |
| 10.7      | De toekomst van de rechtsstaat   | 272 |
|           | <b>Literatuur</b>  | 277 |
|           | <b>Bijlage</b>   | 291 |

## SAMENVATTING

In een rechtsstaat is het handelen van de overheid gebonden aan de regels van het recht. Hierdoor wordt willekeur in de uitoefening van staatsmacht ingeperkt. Dit normatieve ideaal van de rechtsstaat is onomstreden. Het draagt bij aan de legitimiteit van het overheidshandelen en op grond hiervan kan de staat aanspraak maken op gehoorzaamheid van zijn burgers aan rechtsregels. Democratische legitimatie versterkt deze aanspraken.

Het belang van de rechtsstaat neemt toe in een samenleving, waarin de samenstelling van de bevolking meer heterogeen wordt en waarin levensovertuigingen en levensstijlen sterk uiteen lopen. De waarden van de rechtsstaat en de daaruit voortvloeiende normen en gedragsregels vormen de minimale binding van alle verschillende groepen aan elkaar. Gezagsdragers mogen geen discriminerende wetten maken of uitvoeren. Burgers kunnen van bepaalde rechten gebruik maken, ongeacht hun herkomst, geloofsovertuiging, levenswijze of seksuele aard. Universele rechtsbeginselen, zoals onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak en gewaarborgde eerbiediging van mensenrechten, worden in een rechtsstaat vertaald in concrete regelingen en rechten, die kunnen worden gehandhaafd ook tegen de weerstand van gezagsdragers in.

Hoewel het ideaal van de rechtsstaat onomstreden is, wordt het toch in de praktijk op verschillende manieren uitgelegd. Juristen benadrukken de bescherming tegen de overheid, terwijl burgers vaak een ruimere uitleg geven en de bescherming door de staat voorop stellen. Bovendien kunnen de abstract geformuleerde waarden en beginselen van de rechtsstaat op verschillende manieren worden vertaald in concrete regelingen, afhankelijk van tijd, plaats en omstandigheden. Aanpassing van deze regelingen aan gewijzigde omstandigheden in de nationale en internationale samenleving zijn nodig. Dit is mogelijk zonder dat het grondidee van de rechtsstaat zelf hoeft te worden gewijzigd.

### DE BEKLEMDE RECHTSSTAAT

Door recente ontwikkelingen in twee langetermijnprocessen, internationalisering en individualisering, raakt de rechtsstaat ingeklemd tussen twee krachtenvelden. Er is, vooral na de Tweede Wereldoorlog, op basis van internationale verdragen een belangrijke internationale rechtsorde ontstaan. In Europees verband zijn het supranationale recht en het nationale recht steeds meer met elkaar verweven geraakt. Dit heeft geleid tot een grotere internationale rechtsbescherming en tot een grotere gebondenheid van de nationale wetgever aan regels van de Europese Unie. Er wordt daarom soms getwijfeld aan de toekomstige positie van de nationale (rechts)staat. Wordt het nationale karakter van de staat, inclusief de territoriale gebondenheid, een achterhaalde zaak? Wat blijft er over van de autonomie van de nationale wetgever?

Binnen de eigen samenleving ondervindt de rechtsstaat van de kant van de mondige burgers nieuwe en zelfstandige uitdagingen. De taken van de overheid zijn, onder andere door de ontwikkeling van de verzorgingsstaat, in aantal en soort toegenomen. De druk op de overheid is daardoor verhoogd. Ze moet veel presteren. De rechtsstaat stelt tegelijkertijd hoge eisen aan het overheidshandelen, dat in principe altijd regelgeleid dient te zijn. De overheid komt tussen twee vuren te liggen: de eisen van de rechtsstaat en de vele eisen van mondige burgers. Deze druk manifesteert zich op twee – soms tegenstrijdige – manieren: het regelsysteem wordt steeds complexer en bureaucratischer en er ontstaan, door de grote stroom van aanvragen, procedures, klachten en verweren, capaciteitsproblemen en handhavingstekorten. De overheid dient slagvaardig en effectief te presteren, maar blijft tevens gebonden aan de vele, zichzelf opgelegde, voorschriften en beperkingen.

### ***De nationale rechtsstaat heeft een toekomst***

De afgenomen soevereiniteit van de staat en de toegenomen mondigheid van zelfstandige burgers hebben gevolgen voor de manier waarop het ideaal van de rechtsstaat nu en in de toekomst moet worden ingevuld. De belangrijkste conclusie van dit rapport is dat die toekomst er is, ondanks de voortschrijdende internationalisering, mits aan een aantal voorwaarden voor het goed functioneren van die rechtsstaat wordt voldaan.

Bovennationaal recht is een belangrijk kader waarbinnen internationalisering zich voltrekt. De implementatie ervan, tot en met de handhaving, is zonder medewerking van nationale staten echter ondenkbaar. De nationale rechtsstaat blijft als ankerplaats van internationale rechtsvorming onontbeerlijk. Naarmate de invloed en de voorbeeldfunctie van nationale rechtsstaten groter zijn, neemt bovendien de kans toe op de verdere ontwikkeling van een internationale rechtsorde, die aan rechtsstatelijke normen voldoet.

Uiteraard heeft internationalisering wel, soms ingrijpende, gevolgen voor de verhoudingen in de nationale rechtsstaat. Een van die gevolgen is dat de rol van een van de klassieke staatsmachten in de trias politica, de rechter, belangrijker wordt. Deze consequentie is, in het kader van de rechtsstaat, volledig aanvaardbaar.

## **VOORWAARDEN VOOR HET GOED FUNCTIONEREN VAN DE RECHTSSTAAT**

De belangrijkste voorwaarden voor het goed functioneren van de rechtsstaat kunnen worden samengevat in:

- een effectieve rechtshandhaving, met name in de strafrechtelijke sfeer;
- een adequaat presterende overheid;
- een goed functionerende rechterlijke macht;
- een levendige civil society als draagvlak;
- voldoende vertrouwen van de bevolking in het recht.

Om aan deze voorwaarden te voldoen is voortdurend onderhoud, soms groot onderhoud, nodig. Dit laatste is nu het geval. Een belangrijke verandering die in dit verband wordt bepleit – naast de voortdurende en reeds alom erkende noodzaak tot een effectievere rechtshandhaving – is de invoering van nieuwe vormen van regulering, waarbij ook het werken met open normen zal toenemen. Dit laatste heeft op zich zelf weer invloed op de rol van de rechter, die hierdoor groter zal worden.

Een belangrijke voorwaarde voor het goed functioneren van de Nederlandse rechtsstaat is een effectieve en goed presterende overheid. Er is echter sprake van een spanning tussen de verwachte prestaties van de overheid en de mate waarin de overheid gebonden is aan de beperkingen die de rechtsstaat oplegt (bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel). Hoewel deze spanning op zich zelf niet nieuw is, krijgt ze onder de huidige omstandigheden wel een pregnantere betekenis. De presterende overheid wordt tegenwoordig, net als andere grote organisaties, beoordeeld op effectiviteit, efficiency, flexibiliteit, snelheid van optreden, klantvriendelijkheid en afwezigheid van bureaucratistische overlast. Het klassieke patroon van hiërarchische overheidssturing met strikte en gedetailleerde regels, komt steeds minder overeen met moderne eisen en met de huidige bestuurspraktijk.

### **Nieuwe evenwichten**

Binnen de geconstateerde spanningen in de moderne rechtsstaat wordt gezocht naar nieuwe oplossingen voor de vermindering ervan. Gewenste aanpassingen van de rechtsstaat hebben vooral te maken met het zoeken naar een evenwicht tussen tegengestelde eisen, wenselijkheden, waarden en belangen. De aanbevelingen die de raad in dit rapport doet om het goed functioneren van de rechtsstaat ook in de toekomst te verzekeren, hebben daarom ook niet betrekking op de abstracte waarden en principes van de rechtsstaat, maar op de wijze van invulling in concrete wettelijke maatregelen en beleidsbeslissingen.

De ontwikkelingen in de rechtsstaat komen, geconcentreerd, samen op vijf punten, waarop naar een nieuw evenwicht gezocht wordt in de spanning tussen twee of meer waarden en belangen. Om het goed functioneren van de rechtsstaat, nu en in de toekomst, te bevorderen heeft de raad op deze vijf punten samenhangende aanbevelingen gedaan.

## **AANBEVELINGEN**

### *a) Voor een effectievere strafrechtelijke rechtshandhaving*

- De raad beveelt aan om bij enkele specifieke delictsoorten, met name bij ernstige gewelddelicten het opportuniteitsbeginsel in het strafrecht anders te gebruiken; in die zin dat slechts in het algemeen belang van vervolging wordt afgezien. Thans is veelal de praktijk dat slechts vervolgd wordt als het algemeen belang dat vereist. Het opportuniteitsbeginsel is naar de mening van de raad niet geschapen om capaciteitsproblemen op te lossen.

- De effectiviteit van het politieoptreden wordt niet uitsluitend bepaald door getalsverhoudingen. Die effectiviteit kan nog sterk worden verhoogd door interne verbeteringen in de organisatie van het politieapparaat, zoals internationale vergelijkingen laten zien. De werkwijze van het openbaar ministerie en de politie bij de keuzes die ze maken bij opsporing en vervolging vraagt om meer verantwoording en transparantie.
- Intensiveringen aan het begin van de strafrechtsketen kunnen tot verstopping in de vervolgstadia leiden. Het uitbreiden van de capaciteit van de zittende en staande rechterlijke macht en van het sanctieapparaat zijn een logisch gevolg van de door velen gewenste verbetering in de opsporing.
- Bij lichtere overtredingen kan vaker met een door het bestuur (waaronder het openbaar ministerie) op te leggen boete worden gewerkt, met daarbij de mogelijkheid tot beroep op een rechter.
- Uit het oogpunt van preventie van criminaliteit zijn hogere straffen niet per se geboden; wel hebben veelplegers en jonge delinquenten extra aandacht en intensievere, liefst persoonlijke, begeleiding nodig.
- Meer dan thans het geval is dient de reclassering ingeschakeld te worden bij de begeleiding en terugkeer van de groep veelplegers, die verhoudingsgewijs de grootste kosten in de strafrechtsketen en in de maatschappij veroorzaken.

*b) Voor een beter presterende overheid*

- Om de spanning tussen de presterende taken van de overheid en de bindingen aan een veelheid van gedetailleerde regels te verminderen, beveelt de raad aan om, waar mogelijk, met nieuwe vormen van regulering te starten. Gedacht kan worden aan het wettelijk vastleggen van beleid op hoofdlijnen in combinatie met een grotere vrijheid in de uitvoering, gecompleteerd met vormen van meta-toezicht, met de mogelijkheid tot toetsing door de onafhankelijke rechter.
- De raad beveelt aan om in de uitvoering van beleid meer vrijheid te geven aan uitvoerende instanties door tevens meer gebruik te maken van vormen van zelfregulering en zelfhandhaving. De incentives tot zelfregulering kunnen worden verbeterd.
- Ten aanzien van het gedogen constateert de raad dat gedogen als een welbewust gekozen, tijdelijke vorm van niet-handhaving, niet kan worden gemist. Mits tijdelijk en goed verantwoord, valt deze vorm van niet-handhaving onder de geoorloofde discretionaire bevoegdheid van de overheid. Vormen van gedogen die daarentegen voortkomen uit bestuurlijke onmacht of capaciteitsproblemen kunnen niet worden aanvaard. In plaats van ongecontroleerde vormen van gedogen zouden openbaar gemaakte bestuurlijke handhavingstrategieën moeten worden opgesteld.

*c) Voor een beter evenwicht tussen de verantwoordelijkheid van de overheid en eigen verantwoordelijkheid van burgers*

De raad constateert dat in de huidige samenleving, gekenmerkt door kennisintensivering en andere snelle veranderingen, de zorg voor het publieke belang niet meer uitsluitend bij de overheid komt te liggen. De consequenties hiervan komen

tot uiting in een overheveling van bepaalde publieke zorgtaken en publieke diensten naar particuliere organisaties, die naast publieke organisaties werkzaam zijn, zoals in het onderwijs, de gezondheidszorg en op het gebied van welzijn en cultuur. Daar hoort een open, flexibele, responsieve en coöperatieve vorm van regulering bij. De civil society krijgt zo een nieuwe impuls, omdat een hernieuwd beroep wordt gedaan op de eigen verantwoordelijkheid van burgers op oude en nieuwe terreinen van publieke zorg.

- Om eenvoudiger, maar consequenter te garanderen dat dergelijke publieke taken steeds onder rechtsstatelijke waarborgen worden uitgevoerd, is een sanering van bestaande bestuursregels dringend gewenst. Omdat echter op cruciale onderwerpen als kwaliteitsbeheer of het verantwoording afleggen over de publieke taakvervulling de regelingen onvoldoende of onduidelijk blijven, is tegelijkertijd een actualisering nodig van rechtswaarborgen in deze semi-publieke sfeer en bij publiek-private samenwerkingsvormen. De raad beveelt de regering aan zich over deze sanering en actualisering door een commissie van deskundigen te laten adviseren.
- In de sfeer van de private organisaties die publieke taken vervullen (in onderwijs, gezondheidszorg, welzijn en cultuur) dienen de reeds aanwezige vormen van zelfregulering en zelfhandhaving getoetst te worden op voldoende rechtsbescherming, kwaliteitscontrole, transparantie en verantwoording. De overheid dient er op toe te zien dat vormen van zelfhandhaving tot stand komen en in praktijk gebracht worden. De raad beveelt aan dat de combinatie van toezicht en zelfregulering onder supervisie van de overheid tot stand gebracht worden.

*d) Voor de bevordering van rechtsstatelijkheid in bovenationale en internationale verbanden*

- De raad beveelt aan dat het buitenlands beleid en het beleid op de terreinen van ontwikkelingssamenwerking en justitie worden ingezet bij de bevordering van rechtsstatelijkheid in landen waar die nu ontbreekt.
- Door de verwevenheid van de Nederlandse rechtsstaat met de Europese rechtsvorming veranderen ook de verhoudingen binnen Nederland. Een belangrijk gevolg is de verschuiving die in de onderdelen van de trias politica optreedt: de positie van de rechter wordt sterker, terwijl de rol die de volksvertegenwoordiging speelt bij de Nederlandse inbreng in het Europese wetgevingsproces sterk achterblijft bij haar rol in de nationale wetgeving. Het legaliteitsbeginsel verliest hiermee aan betekenis. De belangrijkste constatering is dat het vanuit de Nederlandse rechtsstaat onbevredigend is wanneer het parlement meer aandacht zou besteden aan de details van implementatie dan aan de hoofdlijnen van Europese regelingen. Het Deense model zou hier een alternatief kunnen vormen. De raad is van oordeel dat grotere betrokkenheid van het Nederlandse parlement bij de totstandkoming van Europese regelgeving, alsmede een proactieve houding bij de internationale besluitvorming gewenst zijn.
- De Nederlandse invloed op het proces van internationale rechtsvorming zal slechts beperkt kunnen zijn. De invloed van grote landen hierop is veel sterker.

Om niettemin de Nederlandse inbreng te optimaliseren moet er inzicht bestaan in de ontwikkeling van het recht in internationaal verband en in wat de mogelijkheden en sterke punten van Nederland zijn. Een constante Nederlandse inbreng in internationale rechtscolleges en in de praktijkgerichte beoefening van het internationale recht zal gehandhaafd moeten blijven. De randstad Nederland als vestigingsplaats van internationale juridische instellingen is van groot belang. Onderzoek naar de gevolgen van de internationalisering voor het nationale recht dient te worden gestimuleerd.

*e) Voor een betere verhouding tussen de staatsmachten*

Tussen de drie klassieke staatsmachten van de rechtsstaat is er een verschuiving te constateren, waarbij de rechterlijke macht relatief aan belangrijkheid heeft gewonnen. De raad acht deze ontwikkeling geenszins in strijd met de grondslagen van de democratische rechtsstaat, ondanks het feit dat rechters niet democratisch gekozen worden. De terughoudende manier waarop de rechter bij de uitleg van wetten te werk gaat, past in de uitgangspunten van de rechtsstaat.

- De erkenning van de rechtsvormende rol van de rechter kan echter aanleiding zijn tot enkele aanpassingen in de formele taak en werkwijze van de hoogste rechterlijke colleges. Onder andere vanwege een verlichting van de groeiende taaklast zou een taakverdeling tussen de hoogste rechter(s) die zich vooral richten op de rechtsvorming en overige rechters die zich inzetten op snelle en effectieve geschilbeslechting, wettelijk mogelijk gemaakt kunnen worden.
- De raad beveelt tevens aan om bij de rechtsvorming de mogelijkheden van voorlichting van de hoogste rechter door deskundigen uit de samenleving uit te breiden, onder andere door *amicus curiae* en andere rechtsfiguren.
- Professionele verantwoording en transparantie van de rechterlijke macht als geheel, vertegenwoordigd in de Raad voor de Rechtspraak, zijn van belang voor de kwaliteitsbevordering in en kwaliteitsbewaking van de rechtspraak.







## TEN GELEIDE

Dit rapport is voorbereid door een interne projectgroep van de WRR. Voorzitter was prof. dr. mr. C.J.M. Schuyt, lid van de raad. Verder maakten de volgende raads- en stafleden deel uit van de projectgroep: dr. P. den Hoed, mr. J.C.I. de Pree (projectsecretaris), drs. D. Scheele, prof. mr. M. Scheltema, drs. A.J. Strijers en drs. I. Verhoeven.

De analyses in dit rapport zijn mede gebaseerd op de resultaten van verschillende studies die in opdracht van de raad zijn verricht. Min of meer gelijktijdig met dit rapport worden gepubliceerd:

G.J.M. van den Brink (2002) *Mondiger of moeilijker? Een studie naar de politieke habitus van hedendaagse burgers*, WRR Voorstudies en Achtergronden nr. V115, Den Haag: Sdu Uitgevers, en

W.J. Witteveen en B.M.J. van Klink (2002) *De sociale rechtsstaat voorbij*, WRR Voorstudies en Achtergronden, nr. V116, Den Haag: Sdu Uitgevers.

Bij de voorbereiding is voorts gebruik gemaakt van suggesties en commentaar van prof. mr. M.A.P. Bovens, prof. mr. A.F.M. Brenninkmeijer, prof. mr. Y. Buruma, prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin, mr. dr. H.O. Kerkmeester, dr. A. Klijn, prof. mr. M.A. Loth en prof. mr. H.G. Schermers. De raad is hen erkentelijk voor hun bijdrage. Voor de inhoud van het rapport is alleen de raad verantwoordelijk.



# 1 INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

## 1.1 INLEIDING

De binding van de staat aan de regels van het recht vormt de kern van de rechtsstaat. Het recht bindt het overheidshandelen en het handelen van publieke gezagsdragers zodanig dat deze gebondenheid aan het recht bijdraagt aan de legitimiteit van het overheidshandelen. Op grond hiervan kan de staat een gerechtvaardigde aanspraak maken op de gehoorzaamheid van zijn burgers (Bos 2001: 6-13).

Het concept van de rechtsstaat is onomstreden. Het is de toetssteen geworden voor een beschaafde, moderne staat. Dat wil niet zeggen dat de uitwerking van het rechtsstaatconcept en de alledaagse realisering ervan uniform zijn verlopen in de diverse staten in de wereld. Evenmin is het zo dat de inherente normatieve ideeën overal vanzelfsprekend zijn. Juist als normatief ideaal roept de rechtsstaat spanningen op, die zich in historisch veranderlijke omstandigheden telkens manifesteren en aanleiding geven de praktische invulling van de rechtsstaat aan te passen of te herijken.

De rechtsstaat is een historische verworvenheid, die mede is voortgekomen uit een reactie op het *ancien régime* in Frankrijk en op de absolute aanspraken van de Engelse koloniale macht ten opzichte van de overzeese kolonie (de Verenigde Staten van Amerika). Het ontstaan van de rechtsstaat is tevens voorbereid door de staatstheorieën van de Verlichtingsfilosofen (Locke, Voltaire, Rousseau, Hume e.a.). De ontwikkeling heeft in Europa geleid tot de rechtsstaat en in de Angelsaksische landen tot de doctrine van de *rule of law*. Beide zijn gebaseerd op de koppeling van de controle op de staat en op het overheidshandelen aan de gehoorzaamheidsplicht van de burgers (Raz, 1979: 212).

Hoewel het ideaal van de rechtsstaat onomstreden is, is er over het *begrip* rechtsstaat echter minder unanimiteit te constateren. Wetenschappelijke en politieke meningen lopen uiteen over de reikwijdte van de rechtsstaat: wat wordt tot de kern van de rechtsstaat gerekend en wat valt daarbuiten? Dat er een kern van de rechtsstaat is, wordt door de meeste auteurs wel aanvaard, maar over wát die kern dan is, valt nauwelijks consensus te vinden. Bovendien varieert de kernbepaling naargelang de historische omstandigheden. Wat in de negentiende eeuw geacht werd buiten die kern te vallen, bijvoorbeeld het algemeen kiesrecht, werd een eeuw later als normaal onderdeel ervan beschouwd. Formele en materiële, dat wil zeggen inhoudelijke opvattingen over de rechtsstaat wisselen elkaar in de geschiedenis af. Bij verscheidene auteurs komt de *rule of law* of de rechtsstaat vooral naar voren als een stelsel van formele eisen waaraan wetten en juridische instituties, daaronder begrepen de staat zelf, in elk geval moeten voldoen, wil er überhaupt van een rechtssysteem sprake zijn. Raz acht de *rule of law* of de rechtsstaat een van de weinige instituties die een samenleving echt bijeenhoudt, gewaarborgd als hij in principe is door de handhaving van regels met de harde

hand van de politie, de feitelijke effectivering van staatsmacht (Raz 1979: 210-229). De waarden en normen van de rechtsstaat hebben een grote bindende kracht. Juist in een samenleving die snel verandert en qua samenstelling en levensovertuiging heterogener wordt, is die bindende kracht van groot belang.

Raz (1979) somt acht beginselen op voor zowel het opstellen van algemene regels als de inrichting van juridische instituties, waardoor de *rule of law* gekenmerkt wordt. Dit zijn:

- 1 geen wetten met terugwerkende kracht;
- 2 relatief stabiele wetten;
- 3 algemene regels gelden voor iedereen gelijkelijk;
- 4 het bestaan van een onafhankelijke rechterlijke macht;
- 5 onpartijdigheid bij geschillen, hoor en wederhoor;
- 6 toetsingsmacht van wetten bij de hoogste rechter;
- 7 toegang tot de rechter die voor ieder is verzekerd;
- 8 geen misbruik van recht en van op rechtsregels gebaseerde macht bij de bestrijding van misdaden.

Deze acht beginselen lijken enigszins willekeurig indien men ze vergelijkt met opsommingen die bij andere auteurs over de *rule of law* of de rechtsstaat worden gegeven. Zeer bekend is de opsomming van Fuller, die in zijn boek *The morality of law* (1964) spreekt van een interne, impliciete moraal die het recht pas mogelijk maakt. Fuller onderscheidt toevalligerwijs ook acht elementen van de grondslag van elk rechtssysteem:

- 1 algemeenheid van regels;
- 2 openbaarmaking en bekendheid van de regels;
- 3 prospectieve werking van regels (geen terugwerkende kracht);
- 4 helderheid en duidelijkheid van regels voor degenen die ze moeten gehoorzamen;
- 5 innerlijke consistentie van regels, afwezigheid van contradicties;
- 6 'gehoorzaambare' regels, dat wil zeggen dat niet het onmogelijke van burgers kan worden geëist;
- 7 stabiliteit van regels, geen te snelle of te frequente wijzigingen;
- 8 congruentie tussen de regels en het gedrag van officiële functionarissen zoals politie, justitie, rechters, ambtenaren en wetgevers.

Vergelijkt men de twee als principieel beschouwde opsommingen van Raz en Fuller, dan komen er twee soorten beginselen naar voren:

- beginselen die gehoorzaamheid aan de wet voor burgers mogelijk maken (bekendmaking, helderheid, geen terugwerkende kracht, stabiliteit van regels);
- beginselen die ervoor zorgen dat organisaties die zich bezighouden met de handhaving van het recht hun werk kunnen doen, en zo, met inachtneming van het recht, kunnen reageren op inbreuken op het recht.

Het gaat uiteindelijk vooral om de *kenbaarheid* van regels (*knowability*) en om de *uitvoerbaarheid* van regels (*performability*). De rechtsstaat en de *rule of law*

komen erop neer dat het tegengaan van willekeur in de machtsuitoefening van de staat wordt gekoppeld aan de verwachting van en de plicht tot gehoorzaamheid van burgers aan de regels.

De schending van deze beginselen leidt tot onzekerheid bij de burgers (bijvoorbeeld door vaagheid van de rechtsregels en rechtsverplichtingen) of tot frustratie en teleurgestelde verwachtingen. Die verwachtingen zijn vaak gebaseerd op de *rule of law*, zoals bijvoorbeeld het beginsel dat wetten niet met terugwerkende kracht mogen worden ingevoerd. Wanneer dit wel gebeurt, zijn frustraties duidelijk waarneembaar, zoals bij de invoering van de Harmonisatiewet (Witteveen 1991). Uiteindelijk kunnen schendingen van de formele beginselen van de rechtsstaat leiden tot aantasting van de menselijke waardigheid, omdat burgers worden onderworpen aan willekeurige machtsuitoefening (Raz 1979). De beginselen van de rechtsstaat lijken vanzelfsprekend, maar toch worden ze herhaaldelijk door de praktijk van politiek en wetgeving getart. Er zijn voorbeelden te over:

- Men wijzigt rechtsregels om te voorzien in één speciaal geval (bij de detentie van een speciale verdachte).
- Men voert om financiële redenen wetten in met terugwerkende kracht (Harmonisatiewet).
- Men gebruikt zeer ruime begrippen in strafbepalingen, zoals bij het Kaderbesluit terrorismebestrijding, in welk geval het hiervoor genoemde kenbaarheidsvereiste van de wet wordt veronachtzaamd (Prakken 2001).

## 1.2 WISSELENDE BETEKENISSEN VAN HET BEGRIP RECHTSSTAAT IN DE PUBLIEKE DISCUSSIE

De rechtsstaat leeft. In publieke discussies verwijst men graag naar de rechtsstaat. Deze fungeert daarbij als een veelgebruikt en veelzeggend argument in de strijd om waarden en maatschappelijke belangen. Als er gruwelijke gebeurtenissen plaatsvinden, zoals op 11 september 2001 en 6 mei 2002, dan wordt direct vermeld dat dergelijke gebeurtenissen in een rechtsstaat niet mogen voorkomen. Die afwijzing bevestigt het geloof in de rechtsstaat. De rechtsstaat veronderstelt een gegarandeerde veiligheid van personen en goederen, ook al kan die nimmer volledig worden verzekerd. Als er overheidsmaatregelen worden voorgesteld of ingevoerd die naar de mening van personen of groepen onvoldoende rechtsgrond bezitten, dan worden deze maatregelen vaak getoetst aan of zelfs in strijd geacht met ‘de beginselen van de rechtsstaat’. Besluiten die functionarissen nemen, worden eveneens nogal eens beoordeeld naar de ‘maatstaven waaraan in een rechtsstaat moet worden voldaan’.

De rechtsstaat wordt hierbij vooral in verwijzende zin gebruikt, als referentiepunt. Zo’n verwijzing is kennelijk bedoeld om de argumenten tegen bepaalde maatregelen of voor een bepaald standpunt kracht bij te zetten. Tevens onderstreept een verwijzing naar de rechtsstaat nadrukkelijk de onwenselijkheid van hetgeen gebeurt of gebeurd is. In discussies over andere onderwerpen wordt de rechtsstaat er veelvuldig, soms te pas, soms te onpas, bijgehaald. De rechtsstaat

wordt als een reële werkelijkheid ervaren en geldt als een sterk symbool voor een waardevolle en gewaardeerde manier van met elkaar omgaan. De rechtsstaat spreekt de burgers aan en wordt gebruikt om de overheid aan te spreken. De rechtsstaat fungeert zo als een aanroepitel, een normatief idee, waaraan men zichzelf en anderen spiegelt en waaraan men een speciale kracht van argumenten ontleent. Toch wordt hierdoor de rechtsstaat zelf geen onderwerp van publieke discussie.

De inhoud van het begrip rechtsstaat dat in dergelijke discussies wordt aangehaald, varieert enorm. De bijlage bij dit inleidende hoofdstuk geeft een opsomming van de vele en wisselende betekenissen waarmee juristen en niet-juristen naar de rechtsstaat verwijzen en van de vele manieren waarop een beroep op de rechtsstaat wordt gedaan. Als symbool heeft de rechtsstaat een zeer ruime betekenis. Als uitgewerkt juridisch systeem heeft de rechtsstaat in de rechtswetenschap en in de rechtspraak een veel nauwere, specifiekere betekenis gekregen. Het contrast tussen deze twee soorten betekenis kan erop duiden dat er een kloof bestaat tussen de *common sense*-betekenissen van recht en rechtsstaat en de geprofessionaliseerde betekenissen van recht en rechtsstaat. Recht en rechtsstaat zijn zodanig technisch van aard en betekenis, dat de binding van gewone burgers met het recht ernstig wordt verzwakt. Een ongespecificeerd rechtsstaatsbegrip kan dan hoge verwachtingen bij burgers oproepen die vervolgens worden teleurgesteld.

Toch zijn er in de bonte verscheidenheid van argumentaties en verwijzingen wel enkele terugkerende betekenissen van het gebruik van het begrip rechtsstaat te onderkennen. De voorbeelden in de bijlage illustreren dat. Zij zijn ontleend aan enkele dag- en weekbladen in de periode van 1 januari 1999 tot en met 31 augustus 2002. In het kader van het rechtsstaatsproject van de WRR is deze verzameling vindplaatsen aangelegd.

Uit de verzameling blijkt dat men aan het begrip rechtsstaat de meeste uiteenlopende betekenissen geeft. De verwijzingen zijn als volgt gegroepeerd:

***De rechtsstaat als een historische verworvenheid van de westerse cultuur***

- “De normen die ons als Nederlanders binden, kunnen niet meer in de eerste plaats worden ontleend aan een gemeenschappelijke geschiedenis. De tijdloze en ook bovenaardse ideeën van de democratie en de rechtsstaat komen daarvoor in de plaats. Ze zijn geformuleerd in de Grondwet.”
- “Het uitgangspunt van de westerse beschaving en haar politieke instituties – de rechtsstaat en de democratie – is dat mensen van goede wil zijn. In de rechtsstaat gaan recht en wet boven de macht.”
- (over de uitbreiding van de Europese Unie): “De basisprincipes over democratie, mensenrechten en de rechtsstaat moeten helder zijn voordat we gaan uitbreiden.”



***De rechtsstaat tegenover de politiestaat***

- “Een verplichte legitimatie voor alle burgers, of bedoelt minister Van Boxtel voor alle moslims? Deze uitspraak heeft immers direct verband met de toenemende angst voor terreurdaden van moslimextremisten. Is er nog sprake van een rechtsstaat of begint het hier op een politiestaat te lijken?”

***De rechtsstaat als staat waarin niet wordt gedoogd dat veelvuldig wetsovertredingen plaatsvinden die niet worden vervolgd***

- “De kwaliteit van de rechtsstaat vergt permanente aandacht. Bij te veel gedogen bestaat de kans dat redelijkheid overgaat in onrechtmatigheid.”
- “De politiek maakt het nog bonter door het gedoogbeleid bij wet te regelen. Euthanasie was daar voor kort een goed voorbeeld van. De Nederlandse rechtsstaat vervolgde de dader niet wanneer weliswaar de wet was overtreden, maar de juiste procedure was gevolgd.”
- “Het is vereist dat de autoriteiten bescherming bieden waarin burgermoed kan gedijen. Want als de burger bang is naar de politie te gaan, sterft de rechtsstaat. Zo simpel en principieel is het.”
- “Gedogen is een integraal onderdeel van de rechtsstaat. We zullen het moeten doen met een informele rechtsorde in een enigszins rommelige rechtsstaat.”
- “De rechtsstaat wankelt als een flatgebouw bij een lichte aardbeving. De gedoogcultuur heeft de rechtsstaat ondermijnd.”

***De rechtsstaat als garantie voor essentiële vrijheden van bijzondere beroepsgroepen, zoals advocaten en journalisten***

- “De geheimhoudingsplicht voor advocaten is essentieel voor de rechtsstaat.”
- “De verplichting voor advocaten om vermoedelijke witwaspraktijken van cliënten te melden, is een aantasting van de rechtsstaat.”
- “Het openbaar ministerie gaat grotere terughoudendheid betrachten bij het aan de media verstrekken van informatie over verdachten. De nieuwe regeling doet afbreuk aan de controlerende functie van de pers. Een verborgen rechtsstaat is geen rechtsstaat.”

***De rechtsstaat als waarborg voor de bescherming van enkelingen en minderheden***

- “In de sfeer die nu ontstaat hebben we burgermoed hard nodig om op te komen voor de grondrechten van randfiguren. Waakzaamheid is geboden om de rechtsstaat te verdedigen, ook tegen hen die goedwillend vinden dat bepaalde lieden daarop geen aanspraak mogen maken.”
- “De rechtsstaat betaalt een hoge prijs. Strafrechtgeleerden vinden maatregelen tegen hooligans overdreven.”
- “De bestrijding van fraude op de werkvloer verloopt tamelijk stroef. We leven in een rechtsstaat, dus je zult keiharde bewijzen moeten hebben.”

**De rechtsstaat vereist een goed functionerende rechterlijke macht**

- “Een veroordeling waarvan achteraf moet worden vastgesteld dat die op twijfelachtige gronden, is voor de magistratuur in een rechtsstaat niets minder dan een nachtmerrie.”
- “Door de recente uitspraak over het dragen van een hoofddoek door een griffier wordt de onafhankelijkheid van de rechtbank in twijfel getrokken, terwijl de kledingsvoorschriften juist beogen elke schijn van partijdigheid te voorkomen. Een dergelijke voor onze rechtsstaat belangrijke beslissing zou in een spoedprocedure zo snel mogelijk aan de Hoge Raad moeten worden voorgelegd.”

**De rechtsstaat wordt in gevaar gebracht door het internationale terrorisme; de rechtsstaat stelt tegelijkertijd grenzen aan de bestrijding van dit terrorisme**

- “De schuldigen achter de aanval op de Verenigde Staten zijn nog niet achterhaald, maar op veel plaatsen in de wereld nemen sommigen nu al het recht in eigen hand. Als gevolg daarvan moeten mensen die in het geheel niets met de afgrijpselijke aanslagen te maken hebben, het alleen vanwege uiterlijke kenmerken ontgelden. Dat is barbaars en de rechtsstaat onwaardig.”
- “Het is schokkend dat de helft van de Nederlandse moslims voor de terreurdaden begrip heeft getoond. Dat begrip laat zich onmogelijk verenigen met de fundamentele waarden van de democratische rechtsstaat.”
- “De islam moet als niet passend in de rechtsstaat verboden worden, net zoals politieke partijen met onfrisse denkbeelden verboden worden.”
- “Vrijheid van godsdienst is niet vrijblijvend. Zij betekent wel dat je je aan de principes van de rechtsstaat moet houden. De godsdienstleraar mag best zeggen dat zijn religie de enige ware is, zolang hij de leerlingen maar niet tot haat of geweld aanzet.”

Wat opvalt in al deze verwijzingen naar de rechtsstaat zijn de snel ermee geassocieerde begrippen als ‘wankelen’, ‘sterven’, ‘aantasten’, ‘aanslag op’ en ‘ondermijnen’. De rechtsstaat is in al deze redeneringen een uiterste limiet, een ondergrens, waaraan situaties, gebeurtenissen, beslissingen en handelingen worden afgemeten. Als men echter het in de publieke discussie gebruikte rechtsstaatsbegrip vergelijkt met de discussies in rechtswetenschappelijke kring, dan komen er enkele overeenkomsten naar voren en zijn er ook opvallende verschillen.

De overeenkomsten liggen in de vanzelfsprekendheid van de bescherming van grondrechten en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. De verschillen liggen vooral in de nadruk die in de publieke discussie gelegd wordt op de noodzaak tot rechtshandhaving enerzijds, in de rechtsgeleerde discussie op de controle op overheidshandelen anderzijds. Twee voorbeelden:

- Waar burgers het vrijlaten of niet vervolgen van ‘bolletjesslikkers’ als een ernstige aantasting van de rechtsstaat beschouwen, vinden strafrechtgeleerden de speciale detentie van diezelfde bolletjesslikkers – nog slechts verdachten – in strijd met Europese verdragsbepalingen en derhalve in strijd met minimale voorwaarden van de rechtsstaat inzake detentie en *fair trial*.

- Waar bepaalde groepen burgers een speciale behandeling van de verdachte in de zaak van de moord op P. Fortuyn noodzakelijk vinden, vinden andere groepen een speciale behandeling juist in strijd met de rechtsstaat. Voor beide geldt de rechtsstaat als een uiteindelijke grondslag voor hun standpunt.

De rechtsstaat is als normatief idee onomstreden, maar de interpretaties ervan lopen zeer uiteen. In dit licht wordt een recente oproep van de journalist D.J. van Baar volkomen begrijpelijk: “Naar mijn idee – maar ik ben geen jurist – is er alle aanleiding voor een publiek debat over de kwaliteit van de Nederlandse rechtsstaat.”

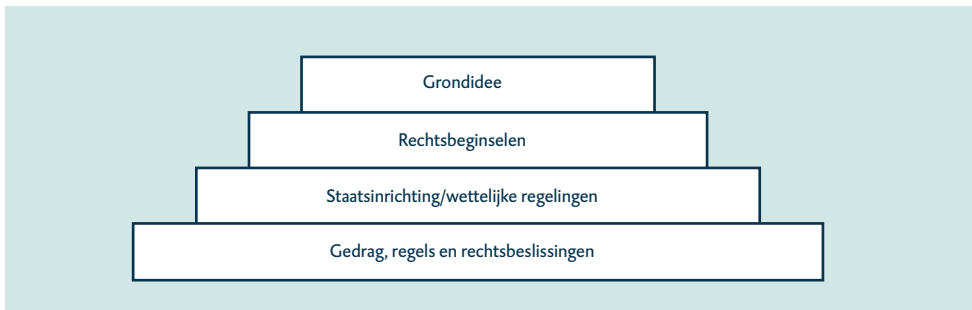
Het rapport van de WRR over de rechtsstaat is ook te beschouwen als een bijdrage aan deze discussie, hoewel de aanleiding om een studie van de rechtsstaat aan te vangen, een geheel andere is geweest (zie par. 1.4). Hierbij dient wel bedacht te worden dat in de juridisch-technische discussie over de rechtsstaat het vaak over andere kwesties gaat, zoals de precieze reikwijdte van het legaliteitsbeginsel of over het *lex certa*-beginsel in de Europese regelgeving of over de vraag of, en zo ja in welke mate, van vormvoorschriften mag worden afgeweken op straffe van vernietiging. In de algemene publieke discussies heeft het rechtsstaatsbegrip een veel bredere betekenis gekregen dan in de juridische uitwerkingen. De accentverschuiving van bescherming *tegen* naar bescherming *door* de staat, die het meest sprekende voorbeeld oplevert, is een van de aspecten waarop in hoofdstuk 2 nader wordt ingegaan.

### 1.3 RECHTSSTAAT IS EEN GELAAGD BEGRIP

Om de inherente spanningen die het begrip rechtsstaat oproept een plaats te geven kan men het begrip rechtsstaat het beste beschouwen als een ‘gelaagd’ begrip.

De lagen van het begrip rechtsstaat worden hierna toegelicht.

**Figuur 1.1** De vier lagen van het begrip ‘rechtsstaat’



**Eerste laag: grondidee**

Dit is de binding van staatsmacht aan de regels van het recht. De achterliggende gedachten hiervan zijn de inperking en reductie van willekeur en het tegengaan van machtsconcentraties, leidend tot onbeperkte staatsmacht of staatsterreur.

**Tweede laag: fundamentele rechtsbeginselen**

De fundamentele rechtsbeginselen werken de grondidee verder uit en zijn te beschouwen als zelfstandige waarden van de rechtsstaat. Te denken valt aan het beginsel van gelijkheid voor de wet, het beginsel van rechtszekerheid, het beginsel van rechtsbescherming door een onafhankelijke rechter, het beginsel van bestuur op grond van een algemene regel en formele wet, het beginsel van de dienende overheid, het beginsel van de *lex certa*, het legaliteitsbeginsel in het strafrecht en het beginsel van de niet-terugwerkende kracht van wetten (Scheltema 1989).

**Derde laag: juridische regelingen**

Bij de derde laag gaat het om de praktische staatsinrichting en de binnen die staatsinrichting functionerende taakverdeling tussen de diverse staatsorganen, neergelegd in juridische regelingen en juridische arrangementen. De taakverdeling en de bevoegdheden kunnen per natie zeer uiteenlopen zonder dat de idee en de waarden van de rechtsstaat worden geschonden (vgl. *rule of law* versus *Soziale Rechtsstaat*; Frans versus Engels administratief recht; wel of geen toetsingsrecht bij het hoogste rechtscollege, de verhouding tussen parlement en president, c.q. uitvoerende macht en dergelijke).

**Vierde laag: de praktische uitwerking in het rechtssysteem**

De vierde laag betreft de concrete invulling in de vorm van rechtsregels, rechtsbeslissingen en uitvoeringsbesluiten die de dagelijkse uitvoering en rechtspleging sturen. Het gaat om de praktische vormgeving van de basisideeën en de waarden van de rechtsstaat, bijvoorbeeld het regelen van de consequenties van vormfouten, de benoeming en salarisregeling van rechters, het aantal rechtsgangen in bestuurs- en civiele rechtspraak, het opleggen en ten uitvoer leggen van straffen en dergelijke.

In de publieke en rechtswetenschappelijke discussie over de rechtsstaat worden deze verschillende lagen van de rechtsstaat herhaaldelijk, al of niet bewust, door elkaar gehaald. Tekorten in strafrechtelijke rechtshandhaving (vierde laag) worden geacht niet in overeenstemming te zijn met de rechtsstaat (eerste laag); een beperking van bevoegdheden van advocaten vormen een bedreiging van de rechtsstaat (tweede en derde laag), een verandering van de rechterlijke organisatie (derde en vierde laag) zou een aantasting kunnen betekenen van de rechterlijke onafhankelijkheid (tweede laag) en dus van de rechtsstaat (eerste laag).

Voor een nadere toelichting op deze vier begrip-lagen is het van belang te wijzen op de verschillen die er bestaan tussen rechtsbeginselen enerzijds en rechtsregels of wettelijke regelingen anderzijds. Er is een principiële verschil tussen de eerste

twee lagen, die normatieve beginselen vertegenwoordigen en die door hun abstractiegraad nog voor velerlei uitleg vatbaar zijn, en de lagen drie en vier, die betrekking hebben op concrete regelingen en op die regelingen gebaseerde beslissingen en uitvoeringsbesluiten. Rechtsregels horen niet met elkaar in strijd te zijn. Rechtsbeginselen daarentegen kunnen in concrete gevallen wel degelijk met elkaar botsen. Het beginsel van de vrijheid van onderwijs staat confessionele scholen toe bepaalde leerkrachten wel of niet te benoemen, maar dit vrijheidsbeginsel kan botsen met het antidiscriminatiebeginsel dat verbiedt om homoseksuele leerkrachten te weren.

Rechtsregels hebben een alles-of-nietskarakter, terwijl rechtsbeginselen dat juist niet hebben (Dworkin 1979). “Rechtsbeginselen vormen het noodzakelijke interpretatiekader van rechtsregels. In rechtsbeginselen drukken we uit waarom wij het recht dan wel bepaalde onderdelen van het recht, van belang vinden. Zij vormen de doeleinden die onze constructieve interpretatie richting geven” (Soeteman 1991: 35). Deze bijzondere relatie tussen beginselen en regels of regelingen kan een licht werpen op de vraag wanneer en welke veranderingen van rechtsregels de rechtsstaat in gevaar kunnen brengen.

Regelingen (laag 3 en 4) zijn vaak uitwerkingen van de grondidee en van de principes van de rechtsstaat. De rechterlijke onafhankelijkheid is een absoluut beginsel van de rechtsstaat, maar de manier waarop rechters hun functie verkrijgen kan enorm variëren. In de Verenigde Staten worden sommige rechters gekozen en is er juryrechtspraak, in de meeste Europese landen worden rechters benoemd en kent men meestal geen juryrechtspraak. Toch doen deze verschillen niets af aan het rechtsstatelijke karakter van deze landen. *Mutatis mutandis* geldt dit ook voor de bevoegdheden van de uitvoerende macht ten opzichte van het parlement (presidentieel stelsel versus parlementair stelsel) en voor de wijze van de precieze invulling van de rechtsbescherming tegen de overheid.

Met andere woorden, regelingen en concrete rechtsregels in begripsslag 3 en 4 kunnen variëren naar tijd en plaats zonder dat de grondidee wordt aangetast. Aanpassingen van de rechtsstaat zijn daarom historisch vooral te vinden in de twee onderste begripsslagen en nauwelijks in de twee bovenste lagen. Veranderingen in de arrangementen van de rechtsstaat zullen derhalve bijna uitsluitend betrekking hebben op de lagen drie en vier. De grondidee gaat niet verloren als er concrete wijzigingen plaatsvinden in concrete regelingen. Rechtsbeginselen blijven door hun abstractie en algemeenheid van kracht door alle wetswijzigingen heen. De rechtsstaat ontleent zijn kracht juist aan de blijvende combinatie van het algemene met het bijzondere, van algemene beginselen met concrete regels: het concrete niveau wordt van de waarden van de rechtsstaat vervuld. Enkelvoudige fouten of vergissingen op dit concrete niveau zijn wel in strijd met de idealen van de rechtsstaat, maar hoeven het vertrouwen in die rechtsstaat als geheel niet te niet te doen.

Popper bracht dit onderscheid tussen systeem en bijzonder geval als volgt onder woorden: “The belief in the possibility of the rule of law, of equal justice, of fundamental rights, and a free society can easily survive the recognition that judges are not omniscient, and may make mistakes about facts and that, in practice, absolute justice is hardly ever realized in any particular case” (Popper 1963: 5).

De rechtsstaat heeft aldus een sterk symbolische betekenis en vervult ook in sociologische zin een symbolische functie: praktische gebeurtenissen of handelingen worden ‘vertaald’ naar en afgemeten aan de hogere normatieve ideeën en idealen van de rechtsstaat. Men springt als het ware van betekenislaag 4 naar betekenislaag 1. Daardoor krijgen de praktische gebeurtenissen, handelingen en beslissingen een extra normatieve lading. De rechtsstaat blijft geen abstracte waarde, maar wordt in concrete handelingen, bijna dagelijks, in praktijk gebracht.

Naast deze symbolische functie vervult de rechtsstaat ook andere functies:

- een signaalfunctie: er is iets aan de hand, dat mogelijk in strijd is met *de eisen* van de rechtsstaat;
- een operatieve functie: men dient te handelen conform de eisen van de rechtsstaat;
- een educatieve functie: de manieren van beschaafd samenleven worden aangegeven; dit hoort wel, dat hoort niet meer tot rechtsstatelijk aanvaardbaar handelen.

Met het onderscheid in vier betekenislagen van het begrip rechtsstaat wordt het mogelijk een tweeledige doelstelling na te streven. Dit rapport van de WRR beoogt:

- een verheldering te geven van de normatieve idee van de rechtsstaat onder nieuwe historische omstandigheden (internationalisering, individualisering);
- een analyse te bieden van de praktische problemen van het functioneren van de rechtspleging in het licht van de eisen van de rechtsstaat.

Er dient daarbij zowel aandacht geschonken te worden aan de *theorie* van de rechtsstaat, alsook aan de *praktijken* van de rechtspleging, kortom aan de normatieve ideeën en waarden van de rechtsstaat, maar ook aan de alledaagse werkelijkheid. De dialectiek van theorie en praktijk, van ideaal en werkelijkheid vormt, tegen de achtergrond van veranderende historische condities, de rode draad van dit WRR- rapport .

#### 1.4 AANLEIDING TOT DEZE STUDIE OVER DE RECHTSSTAAT

Het belang van de rechtsstaat staat buiten kijf. Hij zorgt voor een beschaafde omgang tussen mensen, tussen burgers onderling en tussen een machtige overheid en haar burgers. Daarnaast levert de overheid, door zich te houden aan de eisen die de rechtsstaat stelt, een belangrijke bijdrage aan haar legitimiteit: het gezag van de overheid is gediend bij een zo goed mogelijk in praktijk brengen van

de rechtsstaat. De normatieve idealen van de rechtsstaat, zoals verwoord in vele staatstheorieën, worden vertaald in directe eisen aan het optreden van de overheid. Toch valt het niet mee altijd en in alle opzichten aan die eisen te voldoen. Als aan het overheidsoptreden te hoge eisen worden gesteld, krachtens de rechtsstaat, dan kan dit de slagvaardigheid en de effectiviteit van het overheidsoptreden, bijvoorbeeld bij de misdaadbestrijding, verminderen.

De spanning die wordt opgeroepen tussen de eisen van de rechtsstaat en andere belangen van de overheid, komt telkens terug, naargelang omstandigheden zich wijzigen. De rechtsstaat wordt, als het ware, vele malen herzien, zijn idealen aangepast of aangezuiverd, en de dagelijkse werking aan telkens nieuwe maatstaven onderworpen. Dit is een van de belangrijkste redenen om een studie over de rechtsstaat aan te vangen. De rechtsstaat vergt permanente aandacht. Veranderde condities waaronder de rechtsstaat moet functioneren, zullen niet snel tot een hernieuwde formulering of aanpassing van de grondidee en van de normatieve idealen en waarden van de rechtsstaat leiden (betekenislaag 1 en 2 blijven onbetwist gelden), net als een lang bestaande vriendschap niet opnieuw hoeft te worden bevestigd. Maar de vele praktische uitwerkingen en regelingen (vooral te vinden in laag 3 en 4) moeten onder de historisch veranderde omstandigheden wel degelijk aangepast en opnieuw beoordeeld worden in het licht van nieuwe eisen. Aanpassingen van onderdelen van de rechtsstaat zullen de grondidee en de grondhouding niet veranderen.

Naast de wenselijkheid van een eigentijdse toetsing van de rechtsstaategedachte, zijn er ook andere aanleidingen geweest voor een studie van de rechtsstaat:

### ***Verschuiving in de verhouding tussen de staatsmachten***

Er is een verschuiving geconstateerd in de verhouding tussen de drie klassieke staatsmachten, de wetgever, het bestuur en de onafhankelijke rechterlijke macht. In de oorspronkelijke idee stelde de democratisch gekozen wetgever de algemene regels op, opereerde het bestuur zelfstandig krachtens deze regels, en was er in conflicten over de uitleg van regels een beroep mogelijk op de onafhankelijke rechter.

De staatsmachten stonden in principe enigszins op afstand van elkaar, bij wijze van spreken als drie afzonderlijke bomen. Maar in de loop van de tijd zijn de takken en de wortels van die drie bomen flink met elkaar verstrengeld geraakt. Er wordt niet meer nadrukkelijk gesproken van scheiding van machten, maar veeleer van evenwicht van machten (o.a. Witteveen 1991). De scheiding van machten komt uiteraard wel naar voren in de gescheiden beroepssferen waarin functionarissen van de verschillende machten werken en in de uiteenlopende cultuur van de organisaties van wetgeving, bestuur en rechtspraak. Dit leidt dan wel tot spanningen tussen de rechtsopvattingen in de verschillende sferen van de staatsmachten. In het recente verleden is een ontwikkeling geconstateerd waarin de rechter meer en meer een zelfstandige invloed uitoefent op het overheidsoptreden, vaak via door burgers aanhangig gemaakte rechtszaken of klachten.

De rechter vult de leemten in de wet en beperkt vaak de speelruimte van het openbaar bestuur. Deze ontwikkeling wordt wel eens gekarakteriseerd als: van rechtsstaat naar rechtersstaat.

Deze verschuivingen en de gevolgen die ze kunnen hebben voor het evenwicht in de rechtsstaat, waren de primaire aanleiding tot dit rapport.

### ***Druk op de overheid***

De eisen die aan de overheid worden gesteld, zijn toegenomen in aantal, onder andere door de ontwikkeling van vele verzorgingstaken van de overheid, maar zijn tegelijk heterogener geworden. De druk op de overheid is toegenomen. Zij wordt constant bevraagd en soms overvraagd. Deze ontwikkelingen hebben geleid tot een zwakkere binding van het overheidshandelen aan het recht. Dit komt onder andere door de langere keten die ligt tussen juridische basis in de wet en de feitelijke uitgevoerde taken. Delegatie van bevoegdheden en pseudo-wetgeving hebben, naast een directe binding van de overheid aan het recht, ook een indirecte binding opgeleverd. Als deze laatste op de voorgrond staat, hoeft dit voor het functioneren van de rechtsstaat niet per se negatief te worden uitgelegd, maar de consequenties van de zwakkere binding (onder andere te constateren in het gedoogbeleid van de overheid) kunnen soms verrassend en verrassend pijnlijk zijn. Om deze reden is er aanleiding de binding van de presterende en uitvoerende overheid aan het recht opnieuw te bezien.

### ***Toegenomen internationale rechtsvorming***

Er is, vooral na de Tweede Wereldoorlog, op basis van internationale verdragen, een belangrijke internationale rechtsorde ontstaan. In Europees verband heeft deze gegroeide supranationale rechtsorde direct rechtsmacht verkregen in de nationale rechtsstaat. Het EU-recht en het nationale recht zijn steeds meer met elkaar verweven geraakt. Enerzijds heeft dit geleid tot een grotere internationale rechtsbescherming via het EVRM, anderzijds tot een grotere gebondenheid van de nationale wetgever aan EU-regels. De idee van de rechtsstaat (wetgever, bestuur en rechtspraak in evenwicht met elkaar) laat zich *niet* herhalen op supranationaal niveau. Met andere woorden: door de groei van internationale rechtsvorming (regelgeving én rechtspraak) verandert de nationale rechtsstaat zódanig, dat men zich moet afvragen welke gevolgen, positief en negatief, de internationale rechtsvorming heeft voor de nationale rechtsstaat. Wordt het nationale karakter van de rechtsstaat, inclusief de territoriale gebondenheid, een achterhaalde zaak? Gaat de Europese rechter de nationale rechter de wet voorschrijven? Wat blijft er over van de autonomie van de nationale wetgever? De veranderende verhouding tussen nationale rechtsstaat en internationale rechtsvorming is een zelfstandige en zeer belangrijke reden om grondslag en functioneren van de rechtsstaat opnieuw te bezien.

### ***Veeleisende burgers***

Binnen nationale grenzen ondervindt de rechtsstaat van de kant van de burgers zelfstandige uitdagingen. De rechtsstaat stelt hoge eisen aan het overheids-



handelen, dat in principe altijd regelgeleid dient te zijn. Daarnaast stellen ook burgers in toenemende mate zelfstandig eisen aan de overheid. De overheid komt hierdoor als het ware tussen twee vuren te liggen: een veeleisende rechtsstaat én veeleisende burgers. Deze van twee kanten komende pressie manifesteert zich op tweeërlei wijzen: het regelsysteem wordt steeds complexer en bureaucratischer, en er ontstaan capaciteitsproblemen door de grote stroom aanvragen, inspraakprocedures, klachten, verweren en gedingen tegen de overheid, van de kant van mondige burgers.

In het afhandelen van 200 tot 400 asielverzoeken, zoals in de jaren vijftig van de vorige eeuw nog het geval was, of duizend verweren per jaar, kan in alle rust aan de eisen van de rechtsstaat worden voldaan. Moeilijker wordt het om in dezelfde tijdsduur 20.000 tot 40.000 gevallen dezelfde zorg en zorgvuldigheid te geven. Dit geldt evenzeer voor andere rechtsgebieden, waar grote aantallen een snelle en soepele verwerking in gevaar brengen (strafzaken, sociale verzekeringskwesties, huursubsidiegeschillen e.d.). Er worden hoge eisen gesteld aan de logistieke capaciteiten van de justitiële organisaties. Er ontstaan capaciteits- en kwaliteitsproblemen en de rechtspleging gaat stroever functioneren. Dit is op zich zelf soms reeds in strijd met de rechtsstaat (*justice delayed is justice denied*). De oplossingen voor deze, aldus ontstane problemen in het dagelijks functioneren van de rechtsstaat, moeten echter zelf weer niet in strijd komen met de oorspronkelijke eisen van de rechtsstaat. Hierdoor kan er een vicieuze cirkel ontstaan. Zo doen bijvoorbeeld de rechtsstatelijke vereisten die worden gesteld aan een strafrechtelijk bewijs (o.a. behandeling ter terechtzitting, schriftelijke bewijsstukken, forensisch-wetenschappelijke verklaringen) een groot beroep op de justitiële opsporing, die hierdoor minder zaken kan afhandelen en dus minder effectief wordt. Maar oplossingen voor dit groeiende capaciteitsprobleem, bijvoorbeeld minder formalistische eisen, kunnen zelf weer in strijd komen met de beginselen van de rechtsstaat.

Als het groeiende capaciteitsprobleem niet wordt opgevangen, slibt de rechtspleging dicht. Daardoor wordt niet meer voldaan aan de eisen van de rechtsstaat. De relatie tussen de dagelijkse uitvoering, de dagelijkse rechtspleging en de blijvende eisen van de rechtsstaat zal derhalve moeten worden geanalyseerd om het goed functioneren van de rechtsstaat op de langere termijn veilig te stellen.

### **Verzwakte legitimiteit**

Een blijvend belang van de rechtsstaat is het behoud van legitimiteit. De hiervoor genoemde aanleidingen om het functioneren van de rechtsstaat te bestuderen hebben één ding gemeen, namelijk een mogelijke verzwakking van de legitimiteit van het overheidshandelen. Als het lot van burgers steeds meer in handen wordt gelegd van de rechter, dan zou dit op den duur gevolgen kunnen hebben voor de aanvaarding van de algemene rechtsregels bij de burgers. Dit geldt evenzeer voor de verzwakte binding van het overheidshandelen én voor de Europese herkomst van de regels. Als daarboven de capaciteit van het rechtssysteem onvoldoende blijkt te zijn, dan is het cumulatieve effect van deze ontwikkeling een verzwakte

legitimiteitsbasis van het overheidshandelen. Zo ver is het overigens op dit moment nog lang niet: het vertrouwen in de rechter is constant erg hoog. Dit vertrouwen geldt in het algemeen ook de overheidsinstanties. Minder groot is, blijkens onderzoek, de legitimiteit van Europese regelgeving. Daarnaast daalt het vertrouwen in politie en justitie. De bijdrage die de rechtsstaat in theorie levert aan de legitimiteit van de overheid moet derhalve opnieuw worden onderzocht. Té hoge rechtsstatelijke eisen, bijvoorbeeld in het recente verleden de vrijspraak in geval van vormfouten in grote strafzaken, kunnen een tegen-draadse werking hebben op de legitimiteit van recht en rechtsstaat.

### ***Ernstige misdaden***

Door de aanslagen op 11 september 2001 in New York en door de moord op de LPF-lijsttrekker op 6 mei 2002 wordt de rechtsstaat in dubbele zin beproefd. Allereerst komt de vraag naar voren: hoe is dit in een fatsoenlijke democratische rechtsstaat mogelijk? De verwachtingen die de rechtsstaat altijd heeft gewekt – stabiliteit en zekerheid – zijn plotseling tenietgedaan. Maar het feit dat deze onmenselijke en afkeurenswaardige gebeurtenissen plaatsvinden, kan het geloof in de rechtsstaatbeginselen niet tenietdoen. In de reactie die op deze misdaden volgt, met name wat betreft de opsporing, vervolging en berechting van verdachten, komen de beginselen van de rechtsstaat wel weer uitvoerig aan de orde. Kan en wil de overheid zich bij de bestrijding van ernstige misdaden gebonden houden aan de beperkingen die de rechtsstaat aan haar oplegt? Dit geldt des te sterker voor de bestrijding van het internationale terrorisme (Buruma 2001). Hoewel dit onderwerp niet de eerste aanleiding vormde voor deze studie, geeft het wel de aanzwellende actualiteit ervan aan. Wordt de rechtsstaat voldoende gedragen door een typisch rechtsstaat-ethos dat bij burgers en gezagsdragers gelijkkelijk leeft en blijvend wordt ondersteund, ook in moeilijke maatschappelijke omstandigheden? Een hernieuwde bezinning op de rechtsstaat kan de actualiteit van dit ethos aantonen.

## **1.5 PROBLEEMSTELLING EN OPZET VAN HET RAPPORT**

### **1.5.1 DE VERANDERENDE OMGEVING VAN DE RECHTSSTAAT**

Van de historisch veranderende omstandigheden waaronder de rechtsstaat functioneert, vallen twee ontwikkelingen in het bijzonder op, namelijk internationalisering en individualisering. Beide worden in dit rapport aan de orde gesteld. Andere belangrijke veranderingen, zoals informatisering en immigratie, zijn recentelijk in andere raadsrapporten behandeld en zijn daarom in dit rapport niet nog eens als hoofdonderwerp genomen (WRR-rapport *Nederland als immigratiesamenleving*, 2001c en WRR-rapport *Van oude en nieuwe kennis*, 2002).

Ook de problematiek van de ‘digitale rechtsstaat’ en van de vraag of en hoe digitale grondrechten, waaronder het recht op digitale privacy, grondwettelijk zouden kunnen worden verankerd, zoals dat recentelijk door de commissie-Franken is bestudeerd, komt in dit rapport niet aan de orde. De aanbevelingen van

deze commissie zijn zonder meer relevant voor de rechtsstaat, maar in het kader van de verdeling van adviserende arbeid leek het weinig zinvol deze onderwerpen nog eens te bestuderen. Waar het voor de behandeling van onderdelen van het rapport wel direct van belang was, zoals in hoofdstuk 6, wordt er aan de informatisering in het openbaar bestuur aandacht besteed.

Internationalisering doet zich voor op economisch, politiek en juridisch gebied. Naast een *verplaatsing* van economische, politieke en juridische activiteiten naar een internationaal speelveld of naar inter- en supranationale organisaties, vindt er – vaak onder dezelfde noemer – een *vervlechting* plaats van economische, politieke en juridische activiteiten op internationale schaal met die op nationale schaal. Zo past de nationale rechter in toenemende mate Europees recht toe in nationale rechtszaken, en worden door Nederlandse burgers aan internationale rechtscolleges belangrijke interpretatievragen voorgelegd.

Ook op economisch en politiek terrein zijn gemakkelijk voorbeelden te geven van verplaatsing én vervlechting. Beide fenomenen – die nader verkend en beschreven worden in hoofdstuk 3 – kunnen vergaande consequenties hebben voor het functioneren van de nationale rechtsstaat. Onderzoek naar de invloed van internationalisering op de nationale rechtsstaat is derhalve van theoretisch en praktisch belang om iets te kunnen zeggen over het huidige en toekomstige functioneren van de rechtsstaat.

Naast internationalisering is een blijvende tendens van de moderne samenleving het verschijnsel ‘individualisering’, waarmee in dit verband met name de toegenomen mondigheid van burgers wordt bedoeld, alsmede de grotere mogelijkheden tot individuele keuzes (van werk en werktijden, van partners en vrienden, van geloof en levensovertuiging en dergelijke).

Deze individualisering – nader en grondiger beschreven in hoofdstuk 4 – kan eveneens vergaande gevolgen hebben voor het functioneren van de rechtsstaat. In de wetenschappelijke literatuur wordt reeds een verband gelegd tussen individualisering en de toename van juridisering in de moderne samenleving (het toenemend beroep op recht en rechters). Waar vroeger veel burgers hun conflicten onderling regelden of waar sociale-controlemechanismen excessieve gedragingen tegenhielden of ‘onder controle’ hielden, functioneert het rechtssysteem meer en meer als laatste middel die een heterogeen samengestelde bevolking aan elkaar bindt en met elkaar verbindt. Welke consequenties heeft dit toegenomen beroep op recht en rechters op het functioneren van de rechtsstaat? Hoewel individualisering zich primair binnen nationale grenzen manifesteert, is een internationale culturele invloed op individualisering via mondiaal verspreide levensstijlen niet moeilijk waar te nemen. De twee structurele ontwikkelingen, internationalisering en individualisering, versterken elkaar.

Deze twee ontwikkelingen stellen bovendien de oude verhoudingen tussen de particuliere organisaties van de *civil society* en de staat in een nieuw daglicht.

De overheid brengt een aantal van haar taken over op zelfstandige particuliere organisaties. Hierdoor krijgt het middenveld van de *civil society* dat een respectabele geschiedenis achter zich heeft, een nieuwe maatschappelijke betekenis. Is de *civil society* aan revitalisering toe? Welke consequenties heeft de terugtrek van de overheid voor de verhoudingen tussen staat en samenleving? Wat is de verhouding tussen rechtsstaat en *civil society*? De problematiek van de wederzijdse verhouding tussen rechtsstaat en *civil society* wordt nader beschreven in hoofdstuk 5.

In het vervolg van het rapport wordt beschreven welke consequenties de veranderende context van de rechtsstaat heeft voor respectievelijk de uitvoerende, de rechtsprekende en de wetgevende macht. Het openbaar bestuur ondervindt de meeste invloed van de nieuwe ontwikkelingen. Enerzijds is de overheid, als uitvoerende macht, krachtens de rechtsstaat gebonden aan het legaliteitsbeginsel en de daaruit voortvloeiende zeer talrijke bestuursregels, anders wordt er van de overheid steeds meer effectiviteit en efficiëntie verwacht. Men is gaan spreken van de presterende overheid, maar het leveren van al die prestaties wordt tegelijk bemoeilijkt door de strakke eisen van de rechtsstaat. Hoe deze spanning kan worden verminderd komt ter sprake in hoofdstuk 6.

Hoofdstuk 7 is geheel gewijd aan de veranderde rol van de rechter in de rechtsstaat. De invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtspraak en het in aantal toegenomen beroep van burgers op de onafhankelijke rechter, hebben de rechter meer dan voorheen in het centrum van de rechtsorde geplaatst. Een open samenleving werkt ook steeds meer met open normen. De uitleg hiervan echter komt grotendeels tot stand door uitspraken van de rechter. De consequenties die deze rechterlijke activiteiten hebben voor de verhouding in de *trias politica* worden derhalve beschreven en beoordeeld.

De rechterlijke activiteiten zijn, onder andere, gericht op het oplossen van conflicten in de samenleving. De manier waarop een samenleving haar conflicten oplost, al of niet door tussenkomst van een rechter, is van belang voor het functioneren van de rechtsstaat. De maatschappelijke conflictoplossing heeft echter een sterk kwantitatief karakter: van alle potentiële conflicten, zowel tussen burgers onderling als tussen de staat en de burgers, komt slechts een gedeelte bij de rechter. Hoe de rechter deze conflicten vervolgens behandelt, met welke snelheid en met welke uitkomsten, komt aan de orde in hoofdstuk 8. Dit hoofdstuk biedt een rechtseconomische analyse van de infrastructuur van de rechtspleging: het functioneren van de rechtspraak in kwantitatieve zin, de verhouding tussen personeel en procedures, tussen opsporingsactiviteiten en al of niet opgelegde sancties. Een effectieve rechtshuishouding wordt aldus beschouwd als een van de belangrijkste voorwaarden voor het goed functioneren van de rechtsstaat.

De verhouding tussen rechter en openbaar bestuur wordt tevens beïnvloed door de wijze waarop wetgeving tot stand komt en wordt geformuleerd. Bij een

klassieke bestuursopvatting hoort een zeer gedetailleerde regelgeving. De veranderende omgeving van de rechtsstaat maakt het echter meer en meer ondoenlijk aan deze klassieke opvatting vast te houden. Vandaar dat aparte aandacht nodig is voor de rol van de wetgeving in de rechtsstaat en met name voor de rol van het parlement als mede-wetgever. Die rol dreigt, mede onder invloed van de sterke internationalisering, sterk te verminderen. De consequenties hiervan worden besproken in hoofdstuk 9, waarbij tevens de mogelijkheden worden onderzocht om de betrokkenheid van het nationale parlement bij de (internationale) regelgeving te versterken.

### 1.5.2 PROBLEEMSTELLING VAN HET RAPPORT

In dit rapport wordt een analyse gegeven van de rechtsstaat in de context van recente ontwikkelingen op het gebied van internationalisering en individualisering. Tegelijk worden de voorwaarden voor een goed functionerende rechtsstaat beschreven en geanalyseerd. Een van de belangrijkste voorwaarden hiervan is een ordelijke rechtshuishouding en een effectieve rechtshandhaving. Derhalve komen praktische problemen van de rechtspleging, zoals het toegenomen beroep op de rechter en het mogelijk ontstaan van een juridische claimcultuur aan de orde. Hetzelfde geldt voor praktische tekorten in bestuurlijke en strafrechtelijke rechtshandhaving en verschillende vormen van gedogen, die op termijn een ondermijning van rechtsstatelijke waarden kunnen vormen en het mogelijke verlies van legitimiteit van het overheidsoptreden kunnen betekenen. Ook de spanningen waaronder het openbaar bestuur moet functioneren worden in de analyse van het functioneren van de rechtsstaat betrokken.

De probleemstelling van het rapport luidt als volgt:

1. Welke consequenties hebben internationalisering en individualisering voor het goed functioneren van de rechtsstaat? Welke aanpassingen zijn nodig in de rechtsstaat of in opvattingen over de rechtsstaat om recht te doen aan de gewijzigde historische omstandigheden, waaronder de nationale rechtsstaat thans moet functioneren?
2. Welke praktische problemen en knelpunten in de bestuurlijke en strafrechtelijke rechtshandhaving en in de rechtshuishouding vormen op korte of langere termijn een belemmering voor het goed functioneren van de rechtsstaat?

### 1.5.3 INDELING VAN HET RAPPORT

Dit rapport is als volgt opgebouwd. Hoofdstuk 2 biedt een theoretische en historische reflectie op het rechtsstaatsbegrip en op de voornaamste opvattingen over de rechtsstaat, aan de hand van de wetenschappelijke literatuur. Het geeft een korte beschrijving van de ontwikkeling van de Nederlandse rechtsstaat. Dit hoofdstuk leidt tot een inhoudsbepaling van de kern van de rechtsstaat en tot een afbakening van de klassieke ten opzichte van de sociale rechtsstaat. De in dat

hoofdstuk gegeven omschrijving van de rechtsstaat wordt in het vervolg van dit rapport gehanteerd.

Daarna beschrijven de hoofdstukken 3 tot en met 5 de veranderde context waarin de rechtsstaat thans functioneert. Hierbij komen achtereenvolgens de processen van internationalisering, individualisering en veranderingen in de civil society aan de orde.

Het rapport gaat vervolgens in op de consequenties die de veranderde omgeving heeft voor de essentiële elementen van de rechtsstaat. Achtereenvolgens komen aan de orde het openbaar bestuur (hoofdstuk 6), de plaats van de rechter in de rechtsstaat (hoofdstuk 7), de doelmatigheid van de rechtshuishouding (hoofdstuk 8) en de rol van de wetgeving (hoofdstuk 9).

Het rapport eindigt met een concluderende slotbeschouwing over de toekomst van de nationale rechtsstaat. Aanbevelingen worden gedaan om voor de korte en voor de langere termijn het goed functioneren van de rechtsstaat veilig te stellen.

## 2 NAAR DE KERN VAN DE RECHTSSTAAT

### 2.1 INLEIDING

In dit rapport is de rechtsstaat de gemeenschappelijke noemer waarop een aantal knelpunten in het functioneren van het rechtssysteem wordt behandeld. Hoezeer die noemer, taalkundig en inhoudelijk, ook voor de hand ligt, hij is niet zonder risico's. Enerzijds is er het risico dat het begrip rechtsstaat wordt gebruikt als een niet nader te omschrijven containerbegrip, waarmee het zijn zeggingskracht verder zou verliezen. Anderzijds zou het begrip kunnen worden voorzien van een specifieke betekenis, waarmee het te veel wordt gemonopoliseerd. Dit soort valkuilen moet uiteraard worden vermeden. Dat is ook mogelijk. De gesignaleerde risico's kunnen immers ook positief worden uitgelegd: het begrip 'rechtsstaat' heeft een voldoende duidelijke en overtuigende kern en maakt tegelijkertijd voldoende flexibiliteit bij de uitwerking mogelijk, waardoor het onder uiteenlopende omstandigheden wervend en bruikbaar kan zijn.

Deze laatste constatering is welhaast een uitnodiging om op zoek te gaan naar die kern. Het identificeren van zo'n kern aan de hand van praktijk en theorie blijkt echter weinig op te leveren, zeker als men ook de Angelsaksische variant van de *rule of law* in de beschouwingen betreft. Zowel over de vraag *waarom* de staat gebonden is aan het recht als over de nadere maatregelen die nodig zijn om overheidswillekeur te vermijden – een motief waarover wél overeenstemming lijkt te bestaan – lopen de opvattingen zeer uiteen. Gaat het, als middel om machts-cumulatie te voorkomen, om scheiding, verdeling of evenwicht van de drie staatsmachten? Is het voldoende dat de overheid optreedt op basis van algemene regels of is het nodig dat die regels instemming hebben van een gekozen volksvertegenwoordiging? Zijn naast klassieke grondrechten, die een staatsvrije sfeer beogen te waarborgen, ook positieve, 'sociale' maatregelen nodig? Dat de antwoorden op zulke vragen sterk uiteenlopen, en dat sommige vragen soms niet eens gesteld worden, is gezien het lange bestaan en het brede toepassingsgebied van het rechtsstaatsbegrip niet echt verrassend. Dit betekent dat zelfs de beschrijving van de kern van de rechtsstaat zou neerkomen op een keuze. Dit hoeft geen bezwaar te zijn.

De geconstateerde tijd- en plaatsgebondenheid van opvattingen over de rechtsstaat en van hun uitwerking maken immers dat het bij recente of te verwachten knelpunten het meest praktisch is aan te knopen bij de bestaande situatie. Dat wil niet zeggen dat de werkelijkheid tot ideaal verheven moet worden; wél dat het er meer om gaat bedreigingen voor een breed ondersteund systeem in dat systeem te 'verwerken' dan om vanuit abstracte ideeën een nieuw ideaal te beschrijven.

In het vervolg van dit hoofdstuk komen de diversiteit van het rechtsstaatsbegrip en de opvattingen daarover nader aan de orde. Paragraaf 2.2 schetst de grondhoudingen en familierelaties van het begrip en paragraaf 2.3 gaat in op de historie van

de Nederlandse rechtsstaat. Min of meer recente opvattingen van enkele auteurs uit juridische hoek geven aan dat de realiteit inderdaad niet volledig met ieders ideaal samenvalt. Paragraaf 2.4 geeft enkele conclusies weer.

## 2.2 GRONDHOUDINGEN EN FAMILIERELATIES

Op het eerste gezicht zal men er breed mee instemmen dat het centrale kenmerk van de rechtsstaat wordt aangeduid als ‘de binding van overheidsmacht aan maat en regel teneinde burgers tegen overheidswillekeur te beschermen’. Ook zal er weinig verzet zijn tegen de formulering van het legaliteitsbeginsel, de verdeling van overheidsmacht, de controle door een onafhankelijke rechter en (klassieke) grondrechten als essentiële voorwaarden om daartoe te komen. Over de betekenis van deze voorwaarden en over de vraag of zij voldoende zijn, blijkt men echter diepgaand van mening te kunnen verschillen. Bij nadere beschouwing geldt hetzelfde ook voor het schijnbaar vanzelfsprekende centrale kenmerk, het achterliggende doel van de rechtsstaatidee, namelijk de binding van overheidsmacht.

### 2.2.1 GRONDHOUDINGEN

De klassieke liberale rechtsstaat en zeker ook het beginsel van de *rule of law* benadrukken dat van tevoren vastgelegde en bekend gemaakte regels belangrijk zijn als basis van betrekkingen: *governed not by men, but by law*. De uitvoering en toepassing van het recht worden echter onvermijdelijk door mensen gedaan. De manier waarop men omgaat met de hieruit voortvloeiende spanning tussen theorie en praktijk, tussen ideaal en werkelijkheid, bepaalt voor een groot deel de houding die men inneemt ten opzichte van de rechtsstaat. Hoe het staat met de legitimiteit van niet-democratisch vastgestelde regels en of formele gelijkheid in feite niet het materiële overwicht van de gezeten burgerij in stand houdt (Marx), zijn vragen die vooral in de negentiende eeuw niet onbegrijpelijk waren. Om het laatste punt algemener en positiever te verwoorden: impliceert de rechtsstaat niet ook ‘inhoudelijke kwaliteit’, wat daar op een bepaalde plaats en tijd ook precies onder wordt verstaan?

Aan de hand van de, vooral Angelsaksische, literatuur kunnen vier grondhoudingen worden onderscheiden, die onderling vooral verschillen in de reikwijdte die men de rechtsstaat (c.q. de *rule of law*) toedenkt, in de verwachtingen die men heeft. Deze worden hierna kort geschetst.

#### ***De rechtsstaat als een complex en inhoudelijk waardenstelsel***

Het meest vergaand is de opvatting van Fuller en Selznick, die de rechtsstaat zien als een complex en inhoudelijk waardenstelsel. De rechtsstaat drukt bij hen uit dat burgers er voortdurend naar streven om deze waarden in de praktijk te brengen: eerst en vooral in de verhouding tussen overheid en burger (verticale machtsverhoudingen), maar daarna, en daarnaast, ook in de verhouding tussen burgers onderling (bijv. in het samenwerkingsverband van ondernemingen).



De meest prominente vertegenwoordiger van deze houding was Fuller. Fuller (1964) somt een aantal eisen op waaraan elke regelgeving in welke samenleving dan ook moet voldoen, wil er sprake zijn van 'recht' (zie ook hoofdstuk 1). Uit spontane relaties tussen mensen vloeien bepaalde constitutionele eisen voort. De rechtsstaat is zo een soort natuurrecht, zonder welke een samenleving niet kan functioneren. Naast de formele eisen aan regels worden in dit natuurrecht ook inhoudelijke normen geformuleerd, zoals de bescherming van de individuele autonomie en integriteit van de persoon. Selznick (1969) heeft Fullers natuurrecht praktisch uitgewerkt in een theorie waarin de *rule of law* de grondslag vormt van een morele *Commonwealth*. De rechtsstaat blijft in deze visie een morele aspiratie, een normatief ideaal, waaruit echter inhoudelijke grondrechten worden afgeleid. De moderne rechtsfilosoof Dworkin baseert een radicale opvatting van gelijkheid op een dergelijke uitleg van de Amerikaanse constitutie.

### ***De rechtsstaat als de formele constitutie van een rechtsorde***

De formalisten, zoals Rawls, gaan minder ver; zij zien de rechtsstaat als de formele constitutie van een rechtsorde. In de rechtsstaat heerst volgens deze opvatting vooral het neutraliteitsbeginsel: welke inhoud de regels krijgen, hangt af van de daartoe gemachtigde meerderheid in de wetgevende vergadering; wel moeten alle wetten aan strikt formele regels voldoen. De rechtsstaat is een neutraal instrument. In de praktijk leidt deze opvatting tot een veel beperktere rol van de rechter, die immers slechts de procedurele zorgvuldigheid te bewaken heeft. Deze houding ten opzichte van de rechtsstaat brengt vaak een nadruk op geschreven recht met zich mee en een positivistische rechtsopvatting. In theorie kan in deze houding een rechtsstaat samengaan met een niet-democratisch regiem, zolang de macht maar op 'volkomen legale wijze' is bemachtigd (cf. de discussie over de legaliteit van het Hitlerregime of het Zuid-Afrikaanse apartheidsregime; Dyzenhaus 1997).

### ***De rechtsstaat als noodzakelijke voorwaarde van een vrije markt***

De visie op de rechtsstaat als noodzakelijke voorwaarde van een vrije markt – opgevat als de spontane orde van vrije mensen – is vooral bekend geworden door de geschriften van Hayek (1973). De voornaamste taak van de staat is hier om algemene richtlijnen te geven, die niet meer behelzen dan ervoor te zorgen dat de belangen van mensen niet botsen als ze hun eigen doeleinden nastreven. De minimale regels, die Hayek de *rule of law* noemt, dienen primair om een vrije markt, die vrijheid en voorspoed brengt, te vergemakkelijken. De regels kunnen deze functie uitoefenen zolang de staat strikt neutraal blijft en geen eigen taken op zich neemt (want dan wordt de staat zelf partij) en zolang de regels geen doeleinden nastreven. Hayek was zo een van de eersten die zich verzetten tegen de *welfare state*, omdat deze in zijn ogen de *rule of law* in gevaar zou brengen en zelfs op een totalitaire staat zou kunnen uitlopen (Hayek 1944). Hayeks waarschuwingen hebben, ook in Nederlandse liberale staatsrechtkringen, in de periode 1948-1956 veel weerklank gevonden. Toch heeft dit de enorme uitbreiding van de verzorgingsstaat en een min of meer parallelle uitbreiding van de rechtsbescherming tegen de overheid niet tegengehouden. De vraag hoe het in

dit verband ontwikkelde begrip sociale rechtsstaat moet worden opgevat, komt in de volgende paragrafen aan de orde.

### ***De rechtsstaat als ideologie***

Ten slotte is er de houding waarin de rechtsstaat als ideologie wordt gezien. Zij vormt de moderne echo van de radicale marxistische kritiek op de liberale maatschappij. Het recht wordt vooral gezien als een abstract stelsel van algemene regels, dat juist vanwege die abstracties werkt ten gunste van de machtigen, zelfs als er algemene regels ter bescherming van de zwakken worden gemaakt. De staat vormt een coalitie met de machtigste particuliere partijen. Unger, Kennedy en Lowi zijn de belangrijkste vertegenwoordigers van die groep critici van de rechtsstaat (Unger 1976; Kennedy 1976; Lowi 1969). Zij betogen dat de beoogde neutraliteit van de rechtsstaat nimmer kan worden bereikt, dat de rechter per definitie bezig is met het doen van politieke uitspraken en dat de belangen van burgers steeds worden *overruled*, niet door willekeurig van regels af te wijken, maar juist door de regels formeel toe te passen. Recht is het recht van de sterkste, maar nu gelegitimeerd volgens de *rule of law*, hetgeen een radicale verandering van het systeem des te moeilijker maakt. Zij zijn voorstanders van een radicale democratisering van juridische instituties, alsook van de andere machtscentra.

### ***Rol van de grondhoudingen***

In de discussie over de rechtsstaat spelen de hiervoor genoemde grondhoudingen ten opzichte van de rechtsstaat een belangrijke, zij het niet steeds onderkende rol. Het wantrouwen tegen de rechter wordt gevoed door de formalistische, de liberale en de radicale houding. Het wantrouwen ten aanzien van de uitvoerende macht laat zich onderbouwen door de liberale en de radicale houding – die daarmee in één kamp terechtkomen. Ten slotte wordt wantrouwen tegen de te formalistische kenmerken van de rechtsstaat gevoed door de op de inhoud van rechten gerichte normatieve idealisten en door de liberale minimalisten. In het verdere debat over de ontwikkeling van de rechtsstaat is het nuttig enkele grondhoudingen te onderkennen en te blijven onderscheiden.

#### **2.2.2 FAMILIERELATIES**

De ontwikkelingsgeschiedenis van de rechtsstaat is te gecompliceerd om hier volledig weer te geven. Bovendien is de kruisbestuiving tussen ideeën die afkomstig zijn uit verschillende landen en de praktijken die zich daar hebben ontwikkeld, in andere publicaties al voortreffelijk beschreven. Toch is het van belang hier iets nader in te gaan op de twee grote tradities, namelijk die van de continentaal-Europese rechtsstaat en die van de Angelsaksische *rule of law*.<sup>1</sup> Verschillen vervagen wellicht, maar verdwenen zijn zij nog niet.

Overigens moet vooropgesteld worden dat essentiële elementen van de rechtsstaat, zoals de trias politica en de grondrechten, uiteraard niet exclusief zijn voor die staten die zich een rechtsstaat noemen. Daar ligt het verschil tussen beide

tradities niet, en in zoverre is de *rule of law* slechts een partiële aanduiding van een meeromvattend systeem.

### **Rechtsstaat en rule of law**

De kern van het verschil tussen de rechtsstaat en de *rule of law* is dat de eerste het accent legt op de binding van de staat door en aan het recht, terwijl de tweede vooral de nadruk legt op de onpersoonlijke werking van het recht dat ten behoeve van de burgers onderling werd geschapen en dat de onderlinge betrekkingen regelt. Niet door mensen, maar door regels zou men geregeerd worden, zo was het uitgangspunt in de Verenigde Staten, die hier als exponent genomen wordt van de *rule of law*. In het geval van conflicten over de uitleg van de afgesproken regels was een beroep op een rechter de belangrijkste remedie. In het systeem van de *rule of law* heeft de rechter de voornaamste plaats bij de bewaking van de regels. Vanaf het begin heeft de Amerikaanse constitutie de leer van de scheiding van machten, overigens genuanceerd door tal van *checks and balances*, zo strikt mogelijk nageleefd (Commager 1978: 208-212). Hierbij viel aan de rechterlijke macht de uitsluitende bevoegdheid toe om wetten aan de constitutie te toetsen en om de geschillen over de uitleg van de constitutie te beslechten. In de vs is het de rechter die waakt over de *rule of law*.

De Europese continentale rechtsstaat heeft zich ontwikkeld tegenover een machtige, centrale feodale vorst, die niet alleen de hoogste rechter was, maar ook belastinginner, wetgever en uitvoerder. De rechtsstaat was er in principe op gericht de macht van de centrale vorst aan banden te leggen en aan regels te onderwerpen, opdat de ondervonden willekeur kon worden beteugeld.

Leidende gedachten dateren deels uit een ver verleden, deels uit de achttiende eeuw (Montesquieu, Rousseau, Kant). In elk geval dateren zij uit een periode voordat de term rechtsstaat rond 1830 werd geïntroduceerd (Van der Pot-Donner 2001: 155). Bij de rechtsstaat gaat het om de verticale betrekkingen tussen overheid en burger (voor de ontwikkeling in Frankrijk vanaf de Revolutie, zie Kriegel 1995). Het middel bij uitstek was, anders dan in de vs, de volksvertegenwoordiging, die via algemene regels zekerheid en bescherming probeerde te bieden. De rechter had geen vrije rol, maar was slechts 'spreekbuis van de wet'. De voornaamste taak van de rechter was de wet toe te passen en de regels niet vrij te interpreteren.

Om deze historische redenen is de plaats van de rechter in de continentaal-Europese rechtsstaat principieel anders dan onder de *rule of law*. De grote rol van de rechter in de vs wordt echter getemperd door een grotere democratische controle: rechters in de (deel)staten worden veelal gekozen, federale rechters worden benoemd door de uitvoerende macht (president) met instemming van de volksvertegenwoordiging. Daarnaast zorgt het systeem van juryrechtspraak ervoor dat de 'rechterlijke macht' in de vs dicht bij het volk blijft staan en democratisch gelegitimeerd wordt. In Europa daarentegen is de rol van de rechter traditioneel geringer en ook minder democratisch gelegitimeerd. De rechters worden niet gekozen, maar benoemd (in principe zonder partijvoorkeur); zij zijn

beroepsrechters en geen lekenrechters in een jurysysteem (met uitzondering van de lagere rechtbanken in België, alsmede Nederland gedurende de Franse overheersing in het begin van de negentiende eeuw). Tegen deze historische achtergrond is het hedendaagse wantrouwen tegen de grotere invloed van rechters bij de belangenafweging in conflicten tussen bestuurders en burgers te plaatsen en te begrijpen: rechters ontberen immers de democratische legitimatie en verantwoordingsplicht die bestuurders wel hebben.

Onder het systeem van de *rule of law* is het recht democratischer en wordt het politieke systeem sneller en vaker ‘gejuridiseerd’. Bestuurders en presidenten worden achtervolgd met rechtszaken, zonder dat dit het systeem als geheel aantast (wel de personen zelf, zoals de affaire-Lewinsky heeft laten zien). De striktere scheiding van machten in de VS leidt tot een nimmer definitief af te bakenen en te beslechten competentiestrijd tussen de drie machten (wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht).

In Europa daarentegen worden recht en politiek zoveel mogelijk gescheiden gehouden. De politiek heeft minder last van het recht of van rechters en het recht. De rechters staan verder af van het volk. De rechter ‘doet’ niet aan politiek. Derhalve is er veeleer sprake van een evenwicht tussen machten dan van een scheiding van machten (en *checks and balances* ertussen). De drie machten in een rechtsstaat staan ten opzichte van elkaar in een coördinatieverhouding en niet als onverenigbare competenties.

Deze balans in de rechtsstaat dreigt nu echter te worden verstoord. Onder invloed van de internationale en Europese rechtsvorming krijgt de rechter nieuwe en ruimere bevoegdheden dan voorheen, zowel ten opzichte van de wetgever als ten opzichte van het bestuur. Men kan dit interpreteren als een versterking van de rechtsstaat (de rechter als bewaker van fundamentele rechten en regels) en als een naar elkaar toegroeien van het systeem van de *rule of law* en de rechtsstaat. Men kan dezelfde ontwikkeling echter ook beschrijven en beoordelen als een verzwakking van de rechtsstaat (en de democratie), omdat de rechter in de rechtsstaat een elitaire positie inneemt, die niet democratisch gelegitimeerd zou zijn (zie echter hoofdstuk 7).

Ten slotte is er nog een ander kenmerkend verschil tussen de Angelsaksische traditie van de *rule of law* en de rechtsstaat. De uiteenlopende visies op het recht – enerzijds als onpersoonlijk werkende regels die een kader bieden voor maatschappelijke ontplooiing van burgers, anderzijds vooral als een op machthebbers bevochten systeem om het gebruik van macht te reguleren – blijken tot op zekere hoogte door te werken in de opvattingen over de vraag wat van de moderne(re) staat mag worden verwacht. De bescherming van de burger in een rechtsstaat is niet slechts formeel van aard, maar, sinds de tijd van Bismarck en vooral sinds de Tweede Wereldoorlog door de komst van de verzorgingsstaat, ook inhoudelijk van aard. De rechtsstaat wordt veelal in één adem genoemd met de sociale staat (Posner 1999: 100-108). Hij beperkt zich dan niet meer tot de formele en alge-

mene waarborgen tegen willekeur, maar heeft een verzorgingsplicht – krachtens de grondwet en algemene wetten – om burgers een minimumbestaan te garanderen. De klassieke grondrechten (vrijheid van vereniging en vergadering, drukpers en godsdienst) zijn aangevuld met sociale grondrechten. Deze hebben weliswaar niet eenzelfde afdwingbaarheid als de vrijheidsrechten, maar worden in Europa dikwijls als een wezenlijk bestanddeel van de rechtsstaat gezien.

Bij de beantwoording van de vraag hoe wezenlijk de sociale dimensie is om van een rechtsstaat te kunnen spreken, spelen de in paragraaf 2.2.1 genoemde grondhoudingen een cruciale rol. Ziet men de rechtsstaat immers als een normatief ideaal met belangrijke te realiseren waarden, dan heeft de rechtsstaat een dynamische opdracht om steeds betere rechten te creëren voor steeds meer mensen. De rechtsstaat is dan ‘een vat dat nooit volloopt’. Voor de liberale aanhanger van Hayek staat de vraag naar de noodzakelijkheid van de sociale component van de rechtsstaat gelijk met zijn ondergang. Een terugtrek van de overheid is het antwoord op deze vraag. In de radicale houding staat men sympathiek en tegelijk wantrouwend tegenover een uitbreiding van de rechtsstaat met sociale grondrechten: men zal er niet in slagen de ‘echte’ macht te verdelen en in de praktijk zal de realisering van de sociale grondrechten onvoldoende blijken te zijn. Overigens kunnen er ook meer ‘technische’ redenen zijn om voor een beperkt rechtsstaatsbegrip te kiezen (zie par. 2.4).

De plaats van het ‘sociale’ speelt echter nauwelijks een rol in het systeem van de *rule of law*, dat immers enerzijds beperkter wordt opgevat (geen inhoudelijke toetsing), maar anderzijds een ruimere toepassing heeft (de rechter heeft een ruimere vrijheid). Dit betekent ook dat sociale politiek, zoveel mogelijk met behulp van algemene wetten, niet uit haar aard onverenigbaar zou zijn met de *rule of law*. Ook blijkt er ruimte te zijn voor de rechter om bij zijn interpretatie sociale overwegingen mee te laten spelen.

De verschillen tussen rechtsstaat en *rule of law* zijn dus nog voldoende groot om de rechtsstaatsproblematiek in dit rapport vooral vanuit een continentaal-Europees perspectief te benaderen. De *rule of law* kan hierbij als inspiratie en tegelijkertijd als contrast dienen (afwezige sociale dimensie, excessieve juridisering).

### **Geen eenvoudige tweedeling**

Dat de tegenstelling tussen rechtsstaat en *rule of law* geen eenvoudige tweedeling inhoudt, is weliswaar al aangegeven, maar behoeft nog enige uitwerking. In de eerste plaats zijn de twee families niet samengesteld uit landen die een identiek systeem hanteren. Zo zijn in de Verenigde Staten de machtscheiding en de rol van de rechter sterk, terwijl het beginsel van de *sovereignty of parliament* de rechter in Engeland in een veel minder prominente positie plaatst. In feite is de (oudere) wordingsgeschiedenis van de *rule of law* in Engeland ook anders dan in de VS: in plaats van ‘een frisse start in een maatschappij van vrije burgers’ is de *rule of law*, als een aspect van de leer van de *common law*,

wel degelijk op een vorst bevochten, al was het dan verbaal (Koopmans 1978: 83-84). Zo ook zijn er binnen continentaal Europa landen met een sterk centralistische traditie, waarin aan de overheid grotere macht is toebedeeld, en landen met een kleine ambtenarij en een zwakke overheid. De rechtsbescherming tegen de overheid is in Duitsland heel sterk ontwikkeld, maar juist zwak in Spanje. In Engeland en Polen is het moeilijk een klacht in te dienen tegen het optreden van een politieman, terwijl hiervoor in Nederland keurige handleidingen bestaan, evenals commissies en een Nationale Ombudsman.

In de tweede plaats doen zich veranderingen in de rechtsstaat voor. Op verschillende plaatsen en op uiteenlopende momenten treden er veranderingen op. De sociale rechtsstaat is bepaald niet overal en op hetzelfde moment opgetreden; dit geldt ook voor de democratie, die pas zeer geleidelijk tot de nu bijna onlosmakelijke verbinding met de rechtsstaat is vergroeid. Soms zijn elementen van de klassieke rechtsstaat zelfs pas lang na hun eerste formulering gerealiseerd (zie par. 2.3).

## 2.3 DE NEDERLANDSE RECHTSSTAAT: ONTWIKKELING EN OPVATTINGEN

### 2.3.1 ALGEMEEN

De Nederlandse staats- en bestuursrechtelijke literatuur is de meest voor de hand liggende bron om naar bruikbare ideeën over de Nederlandse rechtsstaat te zoeken. Daar immers kan een evenwichtige combinatie van ideeën en feiten, van idealen en van werkelijkheid, het eerst verwacht worden. Het begrip rechtsstaat speelde tot enkele decennia geleden in die literatuur echter geen grote rol. Pas in de bewerkingen door A.M. Donner van het bekende handboek van C.W. van der Pot, die vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw verschijnen, krijgen de rechtsstaat en de ontwikkeling van ideeën aandacht. De relativering die de bewerker in het voorwoord geeft, moet hier geciteerd worden:

“In ieder geval is het geen uiteenzetting geworden, waarin de behandeling van het geldend staatsrecht als het ware vanzelf voortvloeit uit een bepaald staatsbeeld, een vooropgezette methodiek of staats(rechts)theorie. (...) Daarvoor berust in de visie van auteur en bewerker de gelding van het staatsrecht te zeer op zijn aansluiting bij historische instellingen en politiek-sociale gegevens, instellingen en gegevens die vaak tegenstrijdig zijn en slechts met veel omzichtigheid in een zekere harmonie zijn te brengen. Bij dat laatste mag en moet men wel aanknopen bij meer of minder in de geesten verankerde ideeën, doch ook deze zijn vaak tegenstrijdig. Zo kan de suggestie van zekerheid, continuïteit en stabiliteit welke het staatsrecht geeft, slechts worden bewaard zolang het met grote bescheidenheid wordt benaderd en beoefend.” (Van der Pot-Donner 10-1977: v)

Sindsdien is niet alleen de aandacht voor het onderwerp toegenomen, ook de rol van ideeën en idealen lijkt te zijn opgewaardeerd. Vanaf het midden van de jaren tachtig in de twintigste eeuw heeft ‘de rechtsstaat’ bovendien relatief sterk aan gewicht gewonnen (zie bijv. Bovens et al. 1987; Engels et al. 1989). Burkens et al. formuleren het als volgt:

“Maar ons staatsbestel is een ‘waardengeladen’ organisatie. Het berust op een aantal grondslagen, die wij gemeen hebben met andere staten van het westerse type. Deze grondslagen, die in de loop van de geschiedenis tot ontwikkeling zijn gekomen, zijn van bijzondere waarde en dienen derhalve beschermd te worden tegen aantasting en erosie. Daartoe zullen ze geëxpliciteerd moeten worden (...), zowel in hun historische ontwikkeling als in hun hedendaagse concretisering. Ze verschaffen daarmee tevens een toetsingskader voor een kritische benadering van hedendaagse ontwikkelingen. Tegelijk worden deze grondslagen daardoor zelf vatbaar voor verantwoord kritiek.” (Burkens 1997: v)

Inmiddels lijkt de rechtsstaat in debatten over de vraag of een zaak van openbaar belang wel of niet aan de normen voldoet, zelfs geleidelijk de rol van toetssteen over te nemen van de democratie. Het aantal ‘misstanden’ waarbij de rechtsstaat als bewijs van zeer uiteenlopende standpunten wordt aangeroepen, groeit nog steeds. In hoofdstuk 1 is al met voorbeelden aangegeven hoezeer daarbij argumenten uit de verschillende ‘lagen’ die bij de rechtsstaat aan de orde zijn, door elkaar worden gebruikt.

### 2.3.2 DE KLASSIEKE LIBERALE RECHTSSTAAT

Tot grote verschillen van mening tussen deskundigen over het begrip rechtsstaat heeft de toegenomen aandacht niet geleid. Met name over de kern van de klassieke liberale rechtsstaat zoals die in de negentiende eeuw tot ontwikkeling is gekomen, is men het eens. Belangrijker: men is het er ook over eens dat de eisen, basisprincipes of kenmerken nog steeds essentieel zijn. Tegelijk maakt zelfs een uiterst beknopte terugblik op de praktische uitwerking van die principes duidelijk hoe hun inhoud inderdaad verschuift. Hierbij worden de vier punten gevolgd die onder meer voorkomen bij Burkens et al. (1997): het legaliteitsbeginsel, de machtsverdeling, de onafhankelijke rechterlijke macht en de grondrechten.

Een inhoudelijk verschil met de drie ‘eisen’ die Van der Pot in de editie van 1977 noemt, is er in feite niet:

- a “dat er een grondwet of constitutie zij, welke bindende voorschriften bevat voor de betrekkingen van overheid en burgers,
- b waarin een scheiding van machten wordt verzekerd, met name (1) wetgeving in overeenstemming met een parlement, (2) een onafhankelijke rechterlijke macht, die niet alleen die tussen burgers onderling, maar ook die tussen overheid en burger beslist, en (3) een bestuursoptreden dat op de wet berust,
- c en waardoor de grond- en vrijheidsrechten van de burger worden omschreven en gewaarborgd” (Van der Pot 1977: 145).

In de laatste druk, uit 2001, zijn deze eisen voor ons doel iets te summier geformuleerd, namelijk: “dat er een grondwet moet zijn die een scheiding van machten (in het bijzonder een onafhankelijke rechterlijke macht) verzekert en de grondrechten van de burger waarborgt” (blz. 156).

### **Het legaliteitsbeginsel**

Het legaliteitsbeginsel levert goed illustratiemateriaal voor de stelling dat de rechtsstaat een voortdurende ontwikkeling doormaakt. In de klassieke opvatting is de vrijheid van het individu het uitgangspunt voor de rechtsstaat en hierbij past dat de overheid slechts op basis van wetgeving de burger kan binden. De wet moet per definitie zijn oorsprong hebben bij een speciaal orgaan, de wetgever en dient algemeen te zijn. Die algemeenheid dient de rechtsgelijkheid; de bijkomende eis van algemene bekendmaking dient de rechtszekerheid.

Deze schijnbaar eenvoudige eisen hebben in de loop van de tijd verschillende problemen opgeleverd. Gedurende het grootste deel van de negentiende eeuw, van de Blanket-wet van 1818 tot het Meerenberg-arrest van 1879, mochten, ook bij een niet op de wet gebaseerd Koninklijk besluit (KB), algemene regels worden vastgesteld, waarvan de overtreding met straf werd bedreigd. Na een korte periode waarin bij zelfstandig KB geen enkele algemene regel mocht worden vastgesteld, werd in 1887 de ‘klassieke situatie’ grondwettelijk vastgelegd. Veel later is voor het bestuursoptreden in toenemende mate de vraag actueel geworden of niet ook ‘presterend optreden’ (‘Leistungsverwaltung’, ter onderscheiding van ‘Eingriffsverwaltung’) een wettelijke grondslag zou moeten hebben, in het bijzonder als er voor de burger een groot belang mee gemoeid was. Voor subsidiebesluiten, waaraan zeer belastende voorwaarden kunnen worden verbonden, heeft sinds 1998 de Algemene wet bestuursrecht bijvoorbeeld zo’n verplichting, die al eerder verspreid was ingevoerd, algemeen vastgelegd.

Tot de invoering van een ‘materieel wetsbegrip’, door de grondwettelijke formulering ‘voorschriften, door straffen te handhaven’ te vervangen door een meer inhoudelijke norm, is het echter nog niet gekomen. Met name het Fluoriderings-arrest (1973), waarin werd uitgesproken dat fluoridering van het drinkwater te ingrijpend was om plaats te mogen vinden zonder wettelijke basis, inspireerde auteurs ertoe de ingrijpendheid van besluiten of het naar buiten werken van bepalingen als voorwaarde voor (formele) wetgeving in te voeren.<sup>2</sup> Als dit laatste tevens zou betekenen dat zo’n wettelijke grondslag niet nodig zou (moeten) zijn, wordt het toepassingsterrein van het legaliteitsbeginsel in feite beperkt.

Hiertegenover staat het pleidooi van Kortmann (1998: 56) om in de Grondwet de eis van een wettelijke grondslag vast te leggen voor ten minste alle bestuursbesluiten die eenzijdig naar buiten werken. Het voorstel van Van Ommeren (2002: 134-136) om in elk geval in artikel 89, tweede lid, van de Grondwet aan ‘door straffen te handhaven voorschriften’ toe te voegen ‘en door bestuurlijke sancties te handhaven voorschriften’ en het verbod van terugwerkende kracht grondwettelijk vast te leggen, gaat iets minder ver.

### **Machtsverdeling**

Op de achtergronden van machtsverdeling en machtenscheiding is al eerder ingegaan. Het belang van de onafhankelijke rechter – zie hierna – is hier steeds het meest vanzelfsprekend aanwezig geweest. De verhouding wetgever-bestuur is aan grote veranderingen onderhevig geweest. In eerste instantie, vanaf 1814,



werd een verdeling conform de ideeën van Montesquieu gevolgd. In het zogenoemde codificatieartikel in de Grondwet was de exclusieve taak van de wetgever beperkt tot algemene regels op privaat- en strafrechtelijk terrein. Overigens waren er voor de doorvoering van het legaliteitsbeginsel in zekere zin concurrerende wetgevingsbevoegdheden, waarvan de Koning niet erg terughoudend gebruikmaakte. Het legaliteitsbeginsel gaf een sterke verruiming aan het exclusieve terrein van de wetgever, tegelijk met de invoering van de algemene eis dat (het meeste) bestuursoptreden een wettelijke basis heeft.

Het feit dat het bestuursorgaan op nationaal niveau (de regering) tevens de functie van wetgever uitoefent, samen met de volksvertegenwoordiging, maakt het lastig om veranderingen in de machtsverdeling tussen wetgever en bestuur verder aan te duiden. Niettemin heeft het feit dat het overheidsoptreden in de breedte en in de diepte sterk is toegenomen, ertoe geleid dat het steeds lastiger is geworden om dit handelen direct in formele wetgeving te normeren.

Open normen en (nadere) regelgeving door bestuursorganen zijn in omvang toegenomen, waardoor het legaliteitsbeginsel weer aan betekenis kan verliezen. Het theoretische ideaal van bestuur dat optreedt ter uitvoering van wettelijke normen en in overeenstemming met die normen, is vervangen door het ruimere 'bestuur dat een wettelijke basis heeft'. De positieve kant van de flexibiliteit van het systeem is echter tegelijk bewezen door compensatie via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zie verder hoofdstuk 6).

Overigens gaat het vooral om de staatsrechtelijke en staatkundige verhouding tussen regering en parlement. Dit is echter niet de plaats om in te gaan op parlementaire rechten of op zaken als ministeriële verantwoordelijkheid of de vertrouwensregel. Hier zijn vooral de golfbewegingen tussen dualisme en monisme interessant. Deze laatste vorm is hierin al geruime tijd zo prominent aanwezig dat al 15 jaar geleden werd gesuggereerd om te spreken van een *duas* in plaats van een *trias politica* (Brenninkmeijer 1987a). Men zou kunnen zeggen dat beide organen, zowel regering als parlement, met elkaar vergroeid zijn.

Deze vergroeiing gaat veel verder dan de (negatieve) vertrouwensnorm vereist. De vergelijking dringt zich op met een, nu weer functionele, vergroeiing die wellicht al wat ouder is, namelijk die tussen wetgeving en bestuur bij het voeren van beleid.<sup>3</sup>

### **Een onafhankelijke rechterlijke macht**

Een onafhankelijke rechterlijke macht kennen wij al zolang de Nederlandse staat bestaat. De rechter kan optreden bij geschillen tussen burgers. Vanuit rechtsstatelijk oogpunt is het echter vooral van belang dat de burger hierdoor de mogelijkheid heeft om bestuursoptreden waardoor hij in zijn belang wordt geraakt, op rechtmatigheid te laten toetsen. Toch kon men tot in de twintigste eeuw deze laatste toetsing slechts zelden met succes inroepen. Het algemeen belang zou vereisen dat het bestuur een forse 'rechtsvrije ruimte' behoeft, terwijl bovendien beoordeling door hogere bestuursorganen het meest deskundig zou zijn. Pas toen na lange discussie de voorgenomen invoering van algemene bestuurs-

rechtspraak op de lange baan werd geschoven, verklaarde de burgerlijke rechter zich bevoegd vanwege het enkele feit dat een onrechtmatige (overheids)daad gesteld werd (Guldemonst-arrest, 1915). Na die tijd is de rechtsbescherming geleidelijk verder ontwikkeld en, door de aanstelling van gespecialiseerde bestuursrechtters en later ook door de invoering van algemene voorzieningen (BAB, AROB), steeds meer aangevuld. Nadat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) het Kroonberoep als onvoldoende had gekwalificeerd (Benthem-arrest, 1985) en vooral sinds de totstandkoming van de Awb (1994), kan men nu praktisch elk bestuurshandelen door de rechter laten beoordelen. Wel is inmiddels bij het EHRM de onafhankelijkheid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ter discussie gesteld; in de daarover lopende discussie betreft het formele argument de combinatie rechter-wetgevingsadviseur van de regering, waarnaast als materieel bezwaar wordt aangevoerd dat er soms onvoldoende oog is voor de positie van de derde-belanghebbende (zie Brenninkmeijer 2001; 2002b).

Ten minste even belangrijk is dat de beoordelingscriteria inmiddels heel wat ruimer zijn dan de aanvankelijk nog erg marginale toetsing door de burgerlijke rechter. Niet zelden hoort men dat vooral hier een verschuiving van de machtsverdeling binnen de trias heeft plaatsgevonden, in een omvang die voor sommigen moeilijk aanvaardbaar is. De rechter zou vooral de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zo oprekken dat hij soms 'op de stoel van het bestuur gaat zitten'. Ook het 'omgekeerde' verwijt valt overigens te horen, vrij recent nog met enige nadruk toen de doorvoering van een pakket maatregelen ter verhoging van de doelmatigheid in de rechtspraak aan de orde was.

Zo'n verschuiving is ook waar te nemen in de verhouding rechter-formele wetgever. Het grondwettelijk toetsingsverbod neemt geleidelijk in betekenis af. Dit komt vooral door de groei van rechtstreeks werkende bepalingen van internationale verdragen waaraan wél moet worden getoetst. De EU en de soms verrassend ruim uitgelegde bepalingen van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) zijn hier belangrijke bronnen. Van een andere orde is de ruimte die de wetgever zelf, soms bewust, openlaat door algemene begrippen en open normen te formuleren of door van een specifieke regeling voorlopig geheel af te zien. Of dit nu gebeurt uit de behoefte om flexibel te kunnen inspelen op maatschappelijke omstandigheden of ontwikkelingen, of dat het gebeurt uit onzekerheid, het gevolg kan een soort stilzwijgende samenwerking zijn, en dus geen ongewilde verschuiving van macht. Als het om de rechter gaat, is macht in de gewone betekenis van het woord trouwens toch een wat twijfelachtige term. Uit eigen beweging kan de rechter niets en aan de meeste van zijn uitspraken<sup>4</sup> kan door de wetgever desgewenst een algemene werking voor de toekomst worden ontnomen. Op de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid en de garanties daarvoor wordt in hoofdstuk 7 verder ingegaan.

## Grondrechten

De grondrechten hebben al voorlopers in verschillende, meest groepsgebonden, middeleeuwse privileges en in de bescherming tegen overheidsinbreuken die op beperkte terreinen in de Republiek was vastgelegd. De twee elementen van de klassieke grondrechten – bescherming van individu(ale vrijheid), dat wil zeggen van persoonlijke vrijheid tegen bepaalde inbreuken van overheidswege (godsdiensvrijheid, briefgeheim e.d.) en ruimte voor politieke activiteit (vrijheid van vergadering, later algemeen kiesrecht) – zijn hierin al enigszins herkenbaar. Kwamen in de Nederlandse Grondwet van 1814 nog slechts enkele grondrechten voor, al in 1848 was de klassieke kern volledig. In 1917 werden de grondrechten uitgebreid met het algemeen kiesrecht en de financiële gelijkstelling van algemeen en bijzonder kiesrecht. In 1983 werd een volledige catalogus, inclusief sociale grondrechten, in het eerste hoofdstuk van de Grondwet opgenomen. Overigens blijft actualisering een aandachtspunt, zowel bij de klassieke grondrechten (bijv. ‘digitale grondrechten’) als bij sociale grondrechten (bijv. het recht op veiligheid; zie hierna).

Bij de klassieke grondrechten ligt het grondwettelijke accent tegenwoordig sterk op een zo exact mogelijke afgrenzing van de beperkingsmogelijkheden: onder welke voorwaarden en in hoeverre kan de staat overgaan tot inperking van die rechten? De rechtsstatelijke binding aan het recht garandeert op zichzelf niet een staatsvrije sfeer, ook niet in samenhang met democratische meerderheidsbesluitvorming, zo is de achterliggende gedachte. Vastlegging in de Grondwet verkleint de kans op ongefundeerde inbreuken maximaal (al zijn bij een tweederde Kamermeerderheid voor wijziging uiteraard zelfs de rechten zelf niet onaantastbaar). De idee van bescherming tegen de staat is ook anders dan de idee van belangrijke grondleggers van de rechtsstaat (gedachte). Locke meende bijvoorbeeld dat het maatschappelijke verdrag dat de basis van de staat vormde, primair tot doel had leven, vrijheid en eigendom van alle burgers te waarborgen en dat de staat zelf uit zijn aard ook desbetreffende fundamentele rechten moest respecteren (Burkens et al. 1997: 116). Grondrechten krijgen zo een preconstitutioneel karakter: ze bestaan ook zonder grondwettelijk te zijn vastgelegd en komen de mens als zodanig toe (al functioneerde de neerlegging ervan aan het eind van de achttiende eeuw in Amerikaanse en Franse declaraties toch als meer dan als een constatering van feiten).

De universele mensenrechten die de laatste halve eeuw in internationale verdragen zijn geformuleerd, duiden op eenzelfde idee van natuurlijke, algemene rechten. Meer in het algemeen is vastlegging van grondrechten, klassieke en sociale, in internationale verdragen een van de voornaamste veranderingen op dit terrein. Vooral als rechtstreekse werking en verrassend ruime interpretatie samengaan (EVRM, sinds 1980), blijken grondrechten door te werken op onvermoede maatschappelijke gebieden.

Ook de opvatting dat grondrechten meer impliceren dan bescherming van de burger tegen de staat, valt in Nederland niet meer buiten de orde. Voorbeelden

zijn de horizontale werking van (klassieke) grondrechten, waarbij de partijen veranderen, en de sociale dimensie van grondrechten, waarbij de overheid naast een onthoudingsverplichting ook een inspanningsverplichting krijgt. In geen van beide gevallen echter heeft de doorvoering een omvang van enige betekenis gehad. Die doorvoering heeft wél plaatsgevonden bij de sociale grondrechten. Deze komen sinds 1983 in de Grondwet voor, maar leveren geen heldere verplichtingen op, laat staan afdwingbare individuele aanspraken. Als aanduiding van terreinen die een speciale plaats in de overheidszorg innemen, zijn deze grondrechten zeker wel van belang. Het aanhangige initiatiefvoorstel om een bepaling in te voegen over een lastig af te bakenen begrip als veiligheid (art. 22a), kan ook in de eerste plaats vanuit dat perspectief worden gezien.<sup>5</sup>

### 2.3.3 DE DEMOCRATISCHE EN DE SOCIALE RECHTSSTAAT

#### *Democratie*

In een beschouwing over de staat (let wel: niet de *rechtsstaat*) die direct aansluit op zijn rechtsstaatomschrijving, wijst Donner op een eigenaardigheid tegenover andere rechtspersonen. De staat heeft namelijk niet een bepaald doel waaraan kan worden getoetst of hij binnen de kring van zijn bevoegdheden blijft. Hij “kan zich de meest heterogene problemen en activiteiten aantrekken, zodra dit geacht wordt uit het algemeen belang voort te vloeien. Want het doel (...) is in wezen niet anders dan te verbinden – niet voor een bepaald doel, maar om het verbinden zelf, om het sámen leven en handelen mogelijk te maken en te bevorderen” (Van der Pot-Donner 1977: 146). Ondanks deze niet-geringe doelstelling ziet Donner hier toch de zwakte van de rechtsstaatsidee: zij richt zich te eenzijdig op het institutionele en juridische en vraagt vooral hoe de staat behoort te zijn ingericht, maar kijkt te weinig naar wat de overheid behoort te doen. Om als staatsidee te kunnen fungeren bleek het nodig de rechtsstaat te verbinden met andere ideeën. In de negentiende eeuw was dit vooral de idee van de nationale staat, in de twintigste eeuw de idee van de democratie, aldus nog steeds Donner.

Een principiëlere, althans nauwere, relatie tussen democratie en rechtsstaat leggen Burkens et al. (1997). De cruciale veronderstelling van de klassieke rechtsstaat, namelijk dat door gelijkheid voor de wet, privilegeverbod en vrijheidsrechten ieders uitgangspositie hetzelfde zou zijn, zodat “de resultante van de concurrentie op de politieke markt (...) rechtvaardig, immers het product van eigen verdienste en lot” zou zijn, wordt door hen verworpen (Burkens et al. 1997: 22). Het is immers evident, zo stellen zij, dat er allerlei factoren zijn die niet aan het individu kunnen worden toegerekend, maar die een faire competitie tot een illusie maken. Dit klemmt extra als het resultaat van de economische wedloop de politieke invloed mede bepaalt (censuskiesrecht). Onder verwijzing naar Locke vervolgen zij dan: “Het is strijdig met de natuurlijke gelijkheid, die vereist dat ieder een gelijk aandeel kan hebben aan de staatsmacht en het vormen daarvan (...) [en] strijdig met de natuurlijke vrijheid, die inhoudt dat het vrije individu slechts door het staatsgezag gebonden kan worden door zijn instemming

daarmee, (...) dat dat staatsgezag buiten hem om geconstitueerd wordt als hij niet over een zeker minimum aan bezit beschikt.”

Die verbinding tussen democratie en rechtsstaat is inmiddels zo hecht geworden dat het begrip ‘rechtsstaat’ vaker met dan zonder het adjectief ‘democratische’ wordt aangetroffen. Verschillende auteurs (Scheltema 1989; Witteveen 1996) noemen het democratiebeginsel zelfs een van de centrale principes van de Nederlandse rechtsstaat (en bestempelen aldus ‘democratische rechtsstaat’ in zekere zin tot een pleonasme). Voor een beschrijving van de Nederlandse staatsinrichting is hiertegen weinig bezwaar; hetzelfde geldt voor het, normatief, formuleren van minimumeisen voor zo’n inrichting. In inhoudelijk opzicht zijn de verbindingen ook moeilijk weg te denken. Zo verliest de eis dat 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.

Intussen heeft de verbinding met de democratie als idee dat de (rechts)staat “zijn demonie, zijn motorische kracht” (Van der Pot-Donner 1977: 147) geeft, nog enige verduidelijking nodig. Hiermee is niet bedoeld dat zou vaststaan wat de staat in elk geval dient te doen (kerntaken). Zoals de rechtsstaat in zijn eenvoudige vorm primair toeziet op grenzen en randvoorwaarden, zo gaat het bij de democratie in de eerste plaats om besluitvormingsprocedures. Om de metafoor door te trekken: de democratie geeft inderdaad een (draaiende) motor en ook een stuur, maar welke kant de wielen opdraaien, en zelfs of het gaspedaal wordt ingetrapt, wordt van geval tot geval en naar bevind van zaken bepaald. Hoogstens zou men kunnen zeggen dat de mogelijkheid tot participatie, die voor iedereen gelijk is, welhaast impliceert dat ook de belangen van – steeds wisselende – minderheden gelijke aandacht krijgen, zoals de rechtsstatelijke inrichtingseisen en randvoorwaarden vrijheid als ondertoon zouden hebben.<sup>6</sup>

### **Sociale dimensie**

Zoals eerder ‘democratie’ een soort fusie was aangegaan met ‘rechtsstaat’, zo zijn in de tweede helft van de twintigste eeuw ideeën over een sociale dimensie van de rechtsstaat tot ontwikkeling gekomen. “Wat is de reële betekenis van (deze) fundamentele rechten [waarop rechtsstaat en democratie betrekking hebben] als niet tevens is voldaan aan zekere minimumvoorwaarden ten aanzien van inkomen, wonen, onderwijs en dergelijke?”, zo vragen Burkens et al. (1997: 24) zich retorisch af. Geheel in lijn met de overwegingen die zij bij de democratie hantieren, stellen zij dat de sociale rechtsstaat naast ‘de vrijheid van’ ook ‘de vrijheid tot’ zal moeten garanderen, door de condities te scheppen waaronder de burger daadwerkelijk in vrijheid kan leven. “De(ze) in de Grondwet van 1983 en in mensenrechtenverdragen neergelegde rechten leggen de overheid de verplichting

op om een sociale, culturele en economische infrastructuur te creëren en in stand te houden”, zo concluderen zij iets verderop.

Indien een en ander zou betekenen dat de auteurs ook overheidszorg voor bijvoorbeeld volkshuisvesting rechtstreeks uit de vrijheidsideeën van Locke afleiden en deze activiteit een noodzakelijke voorwaarde noemen om van rechtsstaat te kunnen spreken, dan wordt de overheid op die gronden een wel heel breed pakket aan kerntaken toegedacht. Zover gaat men ook in de Bondsrepubliek Duitsland niet, waar de *Sozialstaat* al langer en steviger in de grondwet is verankerd. Het lijkt er toch vooral om te gaan dat aandachtsgebieden worden aangegeven en dat ruimte wordt gecreëerd om de sociale merites van datgene wat gebeurt (ook) aan een juridische beoordeling te kunnen onderwerpen. In Nederland is alleen bij Hirsch Ballin (1987: 5) de idee aan te treffen dat de rechtsstaat, *tout court*, (ook) inhoudt dat de overheid sociale rechtvaardigheid moet nastreven door een beleid dat erop is gericht de sociale grondrechten te realiseren.

Vooralsnog lijkt de sociale rechtsstaat toch veeleer te worden gezien als een bijzondere vorm van de rechtsstaat. Om van rechtsstaat te kunnen spreken zijn volgens de meeste auteurs sociale interventies door de staat geen noodzakelijke voorwaarde. Er zijn ook verschillende praktische overwegingen die zo'n standpunt ondersteunen.

In de eerste plaats wordt, zoals hiervoor is gesignaleerd, de lat wel erg hoog gelegd, terwijl men het tegelijkertijd nooit eens zal worden over de vraag waar die lat precies moet liggen en of er voldoende wordt gepresteerd. Dit lijken bij uitstek zaken voor het democratische debat, waarin aan de hand van veranderende opvattingen en omstandigheden conclusies getrokken kunnen worden. Het is niet moeilijk om op grond van verheven idealen die de grondslag van de rechtsstaat (zouden) vormen, zoals individuele vrijheid of optimale ontplooiingsmogelijkheden voor eenieder, vrijwel elke denkbare overheidsactiviteit te rechtvaardigen of zelfs te eisen. In feite ontstaat zo echter een heilloze spraakverwarring, een discussie over beleidsprioriteiten op basis van uiterst abstracte beginselen en doelstellingen, waarin het kostbare begrip rechtsstaat door gebrek aan onderscheidend vermogen ten onder zou gaan.

Dat de opvattingen kunnen veranderen, blijkt intussen uit de 'stappen terug' die de overheid op de aangegeven terreinen heeft gezet, trouwens zonder dat de rechtsstaat bedreigd wordt geacht.

In de tweede plaats kan niet worden voorbijgegaan aan het feit dat 'de sociale dimensie' activiteiten met zich meebrengt die naar hun aard op gespannen voet staan met elementen van de klassieke rechtsstaat. Om de tegenstelling zwart-wit te formuleren: ordening via algemene regels verschilt nogal van sturing door gerichte, concrete ingrepen. Door de sociale dimensie tot noodzakelijk element van de rechtsstaat te verklaren, wordt de spanning in dat laatste begrip ingebouwd (en verliest het bovendien zijn onderscheidend vermogen). Deze span-

ning krijgt in de literatuur ruime aandacht, vooral in de Duitse (*Rechtsstaatlichkeit* versus *Sozialstaatlichkeit*) maar ook in Nederlandse ('rechtsstaat en sturing'). Degenen die deze spanning signaleren, kiezen vrijwel steeds, meestal impliciet, voor een rechtsstaatomschrijving waarvan 'het sociale' geen element vormt. Ook impliciet lijkt de spanning een pleidooi op te leveren om bij elke overheidsactiviteit de klassieke elementen van de rechtsstaat een beginselvoorkeur te verlenen, of het nu gaat om een klassieke activiteit als het vangen van boeven of om een sociale als de verlening van bijstand. Het is uiteraard geen politieke keuze tegen het sociale, integendeel. Het wordt niet ontkend dat 'de vrijheid om' van belang is voor een betekenisvol gebruik van de 'vrijheid van'; de gedachte van de sociale dimensie van klassieke grondrechten, die inhoudt dat de overheid een taak heeft om die rechten daadwerkelijk zo breed mogelijk toegankelijk te maken, heeft bijna algemeen ingang gevonden.

#### 2.3.4 AFRONDING

Van spectaculaire verschillen van mening over de rechtsstaat is in de gespecialiseerde literatuur geen sprake, zoveel is wel duidelijk. Het aantal min of meer recente omschrijvingen die volledigheid nastreven, is beperkt. Vergelijking van een vijftal hiervan (Burkens et al. 1997; Van der Pot-Donner 1977/2001, Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 1999; Scheltema 1989; en Witteveen 1996) levert als eerste resultaat op dat de vier klassieke beginselen die in paragraaf 2.3.2 werden genoemd, algemeen worden onderschreven (al gebeurt dit soms – bijv. door Scheltema – indirect).

Een eerste verschil van mening tussen de auteurs ligt bij de verbinding van de rechtsstaat met democratie. Witteveen en Scheltema noemen het democratiebeginsel als onderdeel van de rechtsstaat, terwijl Donner en Van Wijk/Konijnenbelt de democratie apart behandelen en Burkens et al., door te spreken van klassieke en democratische rechtsstaat, voor meer interpretaties vatbaar zijn. Dit laatste geldt zeker ook voor het predikaat 'sociale', al is hier nog meer reden om te vermoeden dat de opvatting van de auteurs en hun verklarende beschrijving lastig te scheiden zijn. De andere bronnen zwijgen over de sociale dimensie of noemen het, met uitzondering van Scheltema, in elk geval niet als een element van dezelfde orde als democratie. Overigens formuleert Scheltema een nog niet eerder vermeld beginsel, namelijk dat van 'de dienende overheid'. Uit de gedachte dat de staat er is voor de burgers, valt volgens hem de eis af te leiden dat de overheid haar werkzaamheden doelmatig en doeltreffend inricht. Deze eis komt ook voor bij Van Wijk/Konijnenbelt, zij het niet als een element van de rechtsstaat, maar als laatste element in een drieslag waarin eerst de rechtsstatelijke en de democratische voorwaarden als eisen voor het bestuursoptreden zijn vermeld. Als tweede element noemt Scheltema dan dat "*fundamentele voorwaarden voor een menswaardig bestaan* (...) [moeten] worden gewaarborgd" (cursivering WRR), een eis die zijns inziens wordt uitgewerkt in de klassieke en sociale grondrechten. Nog iets duidelijker wellicht dan aan het slot van de vorige paragraaf komt hier toch de presterende overheid in beeld, de staat die bepaalde sociale

standaarden waarborgt, zonder dat onontkoombaar een breed, op sociale gelijkheid gericht, overheidsbeleid opdoemt. De rechtsstaat wordt zo toch iets meer vorm én inhoud, in plaats van alleen vorm, zelfs al is dat er een die mooie inhoudelijke uitkomsten als resultaat veronderstelt (Hayek). In de woorden van Van der Hoeven (1989: 8-9): “Zo kom ik tot de conclusie, dat een rechtsstaat bestaat, waar een zekere mate van veiligheid en *dus* van orde, van sociale vrede en *dus* van sociale verantwoordelijkheid van de overheid voor het welzijn binnen de gemeenschap, van vrijheid en *dus* van tolerantie, grondbeginselen van de rechtsorde zijn.”

De zojuist vermelde conclusie, hoe sympathiek ook, omvat heel wat meer dan de kern waarnaar in dit hoofdstuk wordt gezocht. De rechtsstaat lijkt door Van der Hoeven niet zozeer te worden gezien als een staat in de zin van een organisatie die gebonden is door het recht bij de uitoefening van het geweldsmonopolie dat hem per definitie toekomt, en evenmin als een (grond)gebied waar verhoudingen uiteindelijk door het recht beheerst worden. Staat wordt bij hem op het eerste gezicht vooral opgevat als een toestand, als een situatie waarin – mede door toedoen van de overheid en uiteraard in een bepaald gebied – een welhaast paradijselijke situatie van veiligheid, orde, welzijn, vrijheid en tolerantie heerst. De formuleringen ‘een zekere mate’ en ‘grondbeginselen’ relativiseren echter voldoende om duidelijk te maken dat de schrijver wel een resultaat maar geen resultaatsverplichting van de overheid voor ogen stond.

## 2.4 CONCLUSIE

De vorige paragraaf liet nog eens zien dat er een ruime overeenstemming bestaat over het begrip rechtsstaat, terwijl er op essentiële onderdelen toch verschil van opvatting kan bestaan. De ‘rechtsstaat’ is, zo kan een eerste conclusie zijn, wellicht geen zogenoemd ‘essentieel omstreden begrip’, maar wel is elke omschrijving onvermijdelijk subjectief gekleurd. Dit karakter blijkt op diverse aspecten, uiteenlopend van de vraag of de rechtsstaat in zijn effecten neutraal moet of zelfs kan zijn of juist niet (par. 2.2.1), tot en met de optimale ‘triasverhoudingen’. Er zijn meer van dit soort algemene typering van het begrip te geven. Zo is de rechtsstaat een ‘aspiratief’ begrip (Witteveen et al. 2002) dat vooral nastrevenswaardige doeleinden aangeeft. Het is zeker ook een *flexibel* en taai begrip, in de zin dat het, inspelend op bepaalde ontwikkelingen, op onderdelen kan worden aangepast zonder dat het begrip zelf hoeft worden losgelaten. Het *gelaagde* karakter, dat al in hoofdstuk 1 werd vastgesteld, is uiteraard aan deze kenmerken niet vreemd.

Aan het begin van dit hoofdstuk is verder al opgemerkt dat elke begripsomschrijving een keuze, zelfs een reeks van keuzes, inhoudt. Deze keuzes zouden hier vooral moeten worden aangegeven door eisen van *praktische bruikbaarheid*, die zouden inhouden dat:

- zoveel mogelijk wordt aangesloten bij wat volgens de min of meer algemene opvatting als kernelementen worden gezien;



- recht wordt gedaan aan de historische achtergronden;
- onderscheidend vermogen aanwezig is; en
- flexibiliteit is ingebouwd.

Het accent komt zo te liggen op de vier elementen van de klassieke liberale rechtsstaat die in paragraaf 2.3.2 aan de orde werden gesteld. Dit betekent dat de rechtsstaat wordt opgevat als de staatsvorm die de overheid aan het recht bindt door grondrechten te erkennen, voor het overheidsoptreden een grondslag in de wet te verlangen, een machtenscheiding tussen wetgever, bestuur en rechter tot stand te brengen, en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te garanderen. Het gaat hier om de tweede laag uit het schema van het vorige hoofdstuk; zoals ook uit dat schema volgt kan de vormgeving van deze elementen in een specifieke rechtsstaat nog op veel uiteenlopende manieren geschieden.

Het democratische element is hierbij vooral van betekenis in verband met het legaliteitsbeginsel, als legitimatie van overheidsingrijpen. De sociale dimensie, opgevat als de overheidsplicht om bepaalde voorzieningen te bevorderen, is in deze opzet beperkt tot de verzekering dat de elementen van de klassieke rechtsstaat, zoals toegang tot de rechter, vrijheids- en politieke rechten, enzovoorts, realiteit zijn (de vierde laag). Anders gezegd: het gaat om een staat die zich niet alleen gebonden acht aan het recht, maar zich ook gehouden acht de heerschappij van het recht in het algemeen te verzekeren. Aan deze kern voegt de raad een element toe: het verzekeren, zoveel mogelijk, van de fysieke veiligheid van de burgers. Deze toevoeging is het vanzelfsprekende uitvloeisel van het feit dat elke staat, dus ook een rechtsstaat, per definitie het geweldsmonopolie bezit. Bij een dreigende botsing tussen dergelijke activiteiten en de kern gaat de kern van de klassieke rechtsstaat, en zeker de klassieke grondrechten, conceptueel gezien altijd voor die activiteiten, en ook voor ander overheidsbeleid. Tot verstarring hoeft dit overigens geenszins te leiden. Immers zeker op de ‘vierde laag’, bij de praktische uitwerking van de rechtsstaatsideeën en -waarden, is actualisering mogelijk.

De eerste en tweede laag van de rechtsstaat, ten slotte, zijn bij dit alles van groot belang, vooral als algemene richtsnoeren en niet als bron voor welk overheidsprogramma ook.

Ter nadere toelichting van deze keuze voor de *‘klassieke rechtsstaat-plus’* nog het volgende. De gedachte om de kern van de rechtsstaat toch vooral te zien in de methode – in de binding van de staat aan het recht, de verdeling van staatsmacht en de garantie van een staatsvrije sfeer voor de burger –, heeft veel aantrekkelijks. Naarmate men immers meer ‘in de rechtsstaat stopt’, des te groter wordt de kans dat een politiek programma, of op zijn minst een pakket kerntaken, voor de overheid uit het rechtsstaatbegrip wordt afgeleid. Nog veel meer dan nu zal een beroep op staatsbemoeienis, of juist -onthouding, met het belang van de rechtsstaat worden onderstreept. Op die manier verliest het begrip snel zijn onderscheidend vermogen. Omdat veel van de overheidsinterventies waarom wordt gevraagd een sturend karakter hebben en een doel beogen dat dikwijls niet met

algemene regels alleen te bereiken is, neemt bovendien de kans toe dat het rechtsstaatbegrip zelf tegenstrijdigheden oproept.

Hiermee wordt uiteraard niet bedoeld dat in een staat die rechtsstaat is sturend overheidshandelen of optreden in de sociale sfeer niet zou passen. Waar het hier om gaat, is dat de rechtsstaat primair een zaak is van vorm, van randvoorwaarden en van grenzen, en niet in de eerste plaats een zaak van inhoud. Niet de sociale rechtvaardigheid, maar de bescherming tegen overheidswillekeur staat voorop.

‘Onze’ rechtsstaat is intussen *flexibel* genoeg om ruimte te laten voor veranderende omstandigheden. Anders gezegd: hij laat nogal wat vragen over de rol van de overheid onbeantwoord. Dit geldt in de eerste plaats intern, voor de elementen van de rechtsstaat zelf. De huidige collectie grondrechten zal, gezien het verleden, vermoedelijk niet tot in eeuwigheid onveranderd blijven (zie bijv. de suggesties van Bovens 1999, en van de commissie-Franken in verband met nieuwe informatietechnologieën). Dit zal zeker gelden voor de wijze waarop nu gebruik is gemaakt van de grondwettelijke beperkingsmogelijkheden. Dat de precieze verhoudingen binnen ‘de trias’ voortdurend veranderen, is evenmin per se een probleem. Zolang organen kunnen doen waarvoor zij zijn ingesteld en de functie van anderen intact laten, blijft de macht immers in voldoende mate verdeeld. Men kan zelfs zeggen dat de rechtsstaat dus geen kern hééft (Witteveen et al. 2002), maar men kan evengoed een zekere ‘bewegelijkheid’ in de kern accepteren. Wat hiervan zij, knelpunten ontstaan pas waar verschuivingen van betekenis niet goed kunnen worden gecorrigeerd, bijvoorbeeld waar het op grote schaal gedogend bestuur zou zijn dat de facto de wet stelt, waar de democratie onvoldoende functioneert om het legaliteitsbeginsel reële betekenis te laten houden, of waar internationale verdragen de rechter door onverwacht ruime interpretatie een onbedoelde invloed geven die de nationale wetgever niet goed kan overnemen. *Permanent onderhoud van de rechtsstaat is dus nodig.*

De flexibiliteit geldt in de tweede plaats waar het steeds in hoofdzaak andere ideeën en omstandigheden zijn die feitelijk richting en omvang van het overheidsoptreden bepalen. De rechtsstaat gaat steeds, om A.M. Donner nogmaals te citeren, een verbinding met een ander idee aan. Dat kan de democratie zijn, die overigens evenzeer als de rechtsstaat vooral als procedureel en niet inhoudelijk gekwalificeerd kan worden, of de nationale staat, om Donners voorbeelden voor de negentiende eeuw over te nemen. Het kan ook, en tegelijk, de sociale staat zijn, de meest kenmerkende aanvulling op de rechtsstaat van de twintigste eeuw. Ook is het mogelijk dat een opeenhoping van overheidsactiviteit conform de huidige trend in haar tegendeel blijft verkeren en dat de staat meer dienstverlener of bemiddelaar, achtervanger en ordenaar in (vooral) internationaal verband zal worden. Het zou te eenvoudig zijn om aan te nemen dat het, uit een oogpunt van rechtsstatelijke waarborgen, zonder meer positief is wanneer de macht van de nationale staat afneemt, omdat er dan minder staatsmacht zou zijn waartegen bescherming wordt vereist. Deze macht zal immers meestal niet vervliegen maar zich verplaatsen, en in beginsel zullen de waarborgen waarmee het overheids-

handelen inmiddels is omgeven, dan komen te ontbreken. Soms zijn de veranderingen het gevolg van democratische besluitvorming en is bijvoorbeeld een grotere efficiency bewust afgewogen tegen (meer) zorgvuldige procedures. Dikwijls zal er echter reden zijn om compensatie te zoeken. Het gaat bij de democratische rechtsstaat ten slotte niet het minst om tijdloze waarden als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, die ook al van belang waren vóór de periode waarin de nationale staat monopolist was. Bescherming tegen willekeurige, ongecontroleerde machtsuitoefening heeft altijd betekenis. Het kan zijn dat hierdoor meer dan (groot) onderhoud nodig is en dat elementen van de rechtsstaatidee veralgemeniseerd moeten worden tot rechtsstatelijkheid, in het bijzonder tot ‘rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven’. In hoeverre het hier inderdaad om een begaanbare weg gaat, komt later in dit rapport aan de orde, mede aan de hand van de studie *De sociale rechtsstaat voorbij*, die Witteveen et al. (2002) hebben uitgevoerd voor de WRR.

Hoe dan ook, de elementen van de rechtsstaat zullen onvermijdelijk met ‘de feiten’ mee veranderen in hun uitwerking, zonder echter hun essentie prijs te hoeven geven. Dat is ook minder bezwaarlijk als men zich realiseert dat de rechtsstaat onvermijdelijk een zaak van compromissen is, omdat die elementen nooit alle tegelijk volledig tot gelding kunnen komen, en als men in het oog houdt dat het om een systeem, een normatief ideaal, gaat waarin in feite verschillende abstractieniveaus aan de orde zijn (Witteveen et al. 2002).

## NOTEN

- <sup>1</sup> 'Law' betekent zowel wet als recht, terwijl andere Europese talen steeds twee verschillende termen voor deze begrippen hebben (Fletcher 1996: 11-14). Dit kan mede verklaren dat in Engelstalige gebieden een goed equivalent voor 'rechtsstaat' ontbreekt.
- <sup>2</sup> Zie over het ingrijpendheids criterium o.a. Van der Vlies (1984); zie over het naar buiten werken o.a. Van der Burg (1985). Met name voor het 'ingrijpendheids criterium' geldt dat het terrein van de wetgever wordt beperkt naarmate 'ingrijpend' een exclusiever betekenis krijgt. Uiteindelijk zou men kunnen terugkeren bij De Montesquieu, die de wetgevende macht een beperkte exclusieve taak toedacht. Zolang de wetgever zelf uiteindelijk, eventueel impliciet, het laatste woord heeft over de vraag wat ingrijpend is, is het criterium niet echt riskant.
- <sup>3</sup> Instrumentele wetgeving blijft korthedshalve nu maar ongenoemd.
- <sup>4</sup> Dit ligt vaak anders als internationaal recht in het geding is.
- <sup>5</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28036, nr. 2. Men zie voor het begrip 'veiligheid' bijvoorbeeld blz. 3 van de MvT (nr. 3) en Buruma (2002), die in een wat beperktere opvatting nog altijd de terreinen van internationale betrekkingen, van rampen en ongelukken en van misdaad en openbare orde onderscheidt. Deze auteur wijst ook op de overwegend negatieve reacties uit wetenschappelijke hoek ('symboolwetgeving', overbelasting van de Grondwet) tegenover een kennelijk positievere opstelling bij politici (getuige o.m. art. 6 van het Handvest van de Grondrechten van de EU dat stelt dat 'eenieder recht [heeft] op vrijheid en veiligheid van zijn persoon', en de 'Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid' waar de artikelen 2 en 29 van het EU-Verdrag van spreken).
- <sup>6</sup> Te veel identificatie met begrippen als vrijheid en gelijkheid lijkt overigens onverstandig. 'Vrijheid van' en 'vrijheid om' zijn nog tot daar aan toe, maar beschrijvingen van democratie als een bevrijding van traditionele, erfelijke macht of als vrijheid om in de staatsmacht te participeren, zijn aanzetten om de begrippen volledig door elkaar heen te gebruiken.

## 3 INTERNATIONALISERING EN DE RECHTSSTAAT

### 3.1 INLEIDING

De Nederlandse samenleving raakt in steeds sterkere mate verweven met hetgeen elders in de wereld geschiedt. Deze tendens van internationalisering doet zich voor op politiek niveau (de integratie van de Europese Unie) en op economisch niveau (ontwikkelingen in de wereldhandelsorganisatie WTO en allerlei internationale multilaterale verdragen). Ook op juridisch gebied verplaatsen activiteiten zich van het nationale naar het internationale speelveld en vervlechten activiteiten op internationale schaal zich met die op nationale schaal. Dit kan vergaande consequenties hebben voor het functioneren van de nationale rechtsstaat. Daarom staat in dit hoofdstuk het fenomeen internationalisering in relatie tot de nationale rechtsstaat centraal.

Niet elke staat is een rechtsstaat volgens de omschrijving die hiervan eerder is gegeven. Omgekeerd is het wél vanzelfsprekend de rechtsstaat te zien als een staat, meer in het bijzonder als een nationale staat van het type dat in Europa de laatste twee eeuwen gebruikelijk is geweest. Ook de staat is gebonden aan nationaal recht en nationale wetten, die de voornaamste grondslagen vormen voor de activiteiten van de staat en die het gedrag van burgers normeren. Deze centrale positie van de staat en de hoge eisen en verwachtingen die ten aanzien van hem gelden, zijn kort aan te duiden met *soevereiniteit*. Dit begrip vormt, naast de onmisbare elementen territoir en bevolking, per definitie een kernelement van de staat: het gezag van de staat kan “meer aanspraak maken op volledigheid dan andere gezagsvormen en kan zich naar binnen en naar buiten waarmaken” (Koopmans 1976: 6). Naar binnen is dit uiteindelijk om zo nodig ‘het laatste woord te spreken’, naar buiten om zaken te doen met andere staten.

#### **Soevereiniteit**

De soevereine staat is weliswaar enkele eeuwen ouder dan de rechtsstaat en de nationale staat (zie Curtin 1997), maar evenmin als deze vanzelfsprekend. Onvervreembare en ondeelbare soevereiniteit is een idee dat in 1576 werd geïntroduceerd door de Fransman Bodin, in reactie op de tot dan gebruikelijke, concurrerende, gezagsaanspraken op basis van godsdienst of gewoonte. Bodin zag de soeverein (de vorst) als drager van de soevereiniteit. Hij stelde overigens wel grenzen aan de soevereine macht: deze zou gebonden zijn aan het natuurrecht, de goddelijke wetten, de fundamentele wetten van het rijk en de verplichting de eigendom te eerbiedigen (Van der Pot-Donner 2001: 14).

Deze ‘interne soevereiniteit’ onderging een aanzienlijke verandering met de komst van de rechtsstaat. De situatie waarin de staat en de niet door gewone wetten beperkte vorst ‘samenvielen’, maakte plaats voor een staat als rechtspersoon, die uit zijn aard optreedt via zijn organen, en waarin spreiding van macht en binding aan het recht juist essentiële kenmerken vormen. Waar dan sprake is van het hoogste gezag, is dat in vergelijking met het gezag van andere maatschappelijke verbanden. Ook de invoering van democratische besluitvorming en de opkomst van overhe-

den die zich ter wille van het welzijn van de burgers steeds actiever zijn gaan opstellen, hebben slechts weinigen de idee gegeven dat de staat ook daadwerkelijk steeds het laatste woord zou moeten hebben. In zekere zin zijn het ook juist de regels van de democratische rechtsstaat zelf die dit ook praktisch volledig uitsluiten; dat andere ‘machten’ de overheidsbesluitvorming trachten te beïnvloeden is een vanzelfsprekende zaak, en dat, mede onder invloed hiervan, de omvang van vooral de presterende en de sturende activiteiten van de overheid fluctueert is dit evenzeer.

De gedachte dat de aanwezigheid van een hoogste gezag in een bepaald gebied, van een staat dus, inmenging in die gezagsfunctie uitsluit van buiten dat gebied gevestigde machten, anders gezegd externe soevereiniteit impliceert, is van een andere orde dan de ideeën over interne soevereiniteit. Zolang verschillende autoriteiten voor ‘hun eigen’ gebied aanspraak maken op het hoogste gezag is het vanuit een oogpunt van vreedzaam samenleven essentieel dat zij elkaars claims erkennen. Het is niet vreemd dat het begin van het Europese systeem van soevereine staten algemeen in 1648, bij de Vrede van Münster, wordt gelegd. De toestand van elkaar overlappende gebiedsautoriteiten met concurrerende gezagsaanspraken was hiermee formeel voorbij. Dat ook de versterking van de basis van dit stelsel door de opkomst van de nationale staten gewelddadige interventies niet heeft kunnen uitsluiten, geeft overigens aan dat het om een noodzakelijke, niet om een voldoende voorwaarde voor vrede gaat. Niettemin, onder normale omstandigheden is externe soevereiniteit een veel helderder begrip dan de interne pendant, waarvan zij de aanwezigheid overigens vooronderstelt: het is duidelijk waar zij berust – bij de staat als zodanig –, en de gezagsverhouding die zij impliceert heeft vanouds veel meer een absoluut karakter gehad. Of interne rechtsstatelijke uitgangspunten en waarborgen in acht genomen werden, was voor buitenstaanders niet of nauwelijks relevant.

Het enkele feit dat er meer nationale staten bestaan waartussen allerlei vormen van verkeer noodzakelijkerwijs plaatsvinden, noopt tot afspraken. Locke onderkende het belang hiervan al toen hij, anders dan in de traditionele leer van de trias, naast de wetgevende en uitvoerende (waaronder de rechterlijke) macht, de ‘federative power’ plaatste (Van der Pot-Donner 2001: 577). In termen van de Nederlandse Grondwet, sinds 1848, was dit ‘(opper)bestuur der buitenlandse betrekkingen’ een zaak voor de (constitutionele) Koning. Het maken van formele afspraken – het sluiten van verdragen – was ook primair gericht op nationale belangen, of het nu ging om het voorkomen of beëindigen van onderlinge geschillen dan wel om de positie van elkaars onderdanen bij grensoverschrijdend verkeer. Het kon zelfs regels vereisen die voorzagen in rechten of plichten voor burgers. Het nakomen van de hieruit voortvloeiende verplichtingen kon er wel toe leiden dat de interne soevereiniteit werd beperkt, maar deze kwam niet echt in het geding. De staten verplichtten zich ‘slechts’ tegenover elkaar tot de nodige aanpassingen van hun rechtssysteem.

Voor de afgelopen vijftig jaar is dit beeld vrij drastisch veranderd. Allerlei technische ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat het internationale verkeer, in de ruimste zin, enorm is toegenomen, en hiermee ook de internationale afspraken. Meer dan voorheen is er sprake van multilaterale overeenkomsten, soms zelfs op mondiale schaal, en van overeenkomsten waarbij organisaties worden ingesteld met regelgevende, rechtsprekende, uitvoerende of toezichthoudende bevoegd-

heden. Zolang zulke afspraken en besluiten nog van geval tot geval het fiat van de deelnemende staten nodig hebben om effect te sorteren in het nationale rechtssysteem, kan van directe aantasting van de nationale soevereiniteit nog niet gesproken worden. Indirect hebben zij zulke effecten uiteraard wel. Om dit systeem te laten functioneren is het immers een onmisbare voorwaarde dat deze afspraken, waar nodig, op nationaal niveau worden verwerkt. Belangrijker is wellicht dat de afspraken verder bijdragen tot de internationalisering die al gaande was, en dat zo de facto het handelingsvermogen van nationale staten afneemt.

Hiernaast lijkt de laatste tijd ook een andere vorm van internationale samenwerking sterker te worden. Gedoeld wordt op interventies, meestal onder de vlag van de Verenigde Naties, waarbij namens de 'mondiale rechtsgemeenschap' in soevereine staten wordt geïntervenieerd, omdat deze stelselmatig de mensenrechten schenden, terroristen een basis bieden, en dergelijke. Ook strafrechtspraak wegens bepaalde misdrijven (tegen de menselijkheid) waarbij het universaliteitsbeginsel en rechtbanken met wereldwijde bevoegdheid een rol spelen, kan hiermee in verband worden gebracht. De vraag rijst of deze verdieping van de internationale rechtsorde zich stelselmatiger en op een breder terrein zal manifesteren.

De Nederlandse Grondwet zou zich tegen een dergelijke verbreding niet categorisch verzetten. Immers: "De regering bevordert de ontwikkeling van de internationale rechtsorde" (art. 90 Grondwet). Van meer praktisch belang is dat de Grondwet de mogelijkheid opent dat "bij of krachtens verdrag aan volkenrechtelijke organisaties bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak worden opgedragen" (art. 92), zo nodig na goedkeuring door de Staten-Generaal met tweederde meerderheid. Aldus wordt niet van geval tot geval door de nationale autoriteiten ingestemd met beperkingen van de soevereiniteit, maar worden bevoegdheden overgedragen zonder dat vaststaat hoe deze zullen worden gebruikt. De *Europese Unie* is veruit het indrukwekkendste voorbeeld van zo'n supranationale organisatie.

Om misverstanden uit te sluiten bepaalt de Grondwet (sinds 1956 resp. 1953) in artikel 93 nog dat bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties die naar haar inhoud eenieder kunnen verbinden, die verbindende kracht hebben nadat zij zijn bekendgemaakt. Hierna legt artikel 94 vast dat wettelijke voorschriften die hier gelden, geen toepassing vinden als die toepassing niet verenigbaar zou zijn met zulke bepalingen en besluiten.<sup>1</sup> Het bekendste voorbeeld van een samenhangende reeks van zulke bepalingen, ondersteund door een eigen bewakingssysteem, is het *Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden* (EVRM).

Het zijn deze laatste twee vormen van soevereiniteitsbeperking die uit rechtsstatelijk oogpunt speciale aandacht verdienen. Zij komen aan de orde in paragraaf 3.2 (EVRM) en paragraaf 3.3 (EU). In paragraaf 3.4 gaat het vervolgens om de

andere, boven-Europese verschijnselen die in het internationaliseringsproces relevant zijn voor de rechtsstaat: globalisering (van de economie) en internationale (on)veiligheid. Met betrekking tot deze aspecten worden enkele algemene aandachtspunten voor de toekomst geformuleerd. Tot slot volgen in paragraaf 3.5 enkele voorlopige conclusies.

## 3.2 HET EUROPEES VERDRAG TOT BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS EN DE FUNDAMENTELE VRIJHEDEN

### 3.2.1 ALGEMEEN

Het EVRM is een multilateraal verdrag dat in het kader van de Raad van Europa tot stand gekomen is. In dit verdrag, dat in november 1950 is vastgesteld, werden de eerste stappen gezet om *sommige* rechten te handhaven die in de Universele Verklaring van de rechten van de mens zijn vermeld; sommige rechten, want uit de ruime opsomming van burgerrechten, politieke, sociale, culturele en economische rechten uit de VN-verklaring van 1948 werden hier slechts de klassieke grondrechten gevolgd. Hiertegenover stond echter dat het verdrag snel tot stand kwam en vooral dat het de juridische binding leverde die de Universele Verklaring mist(e). Overigens zijn later in VN-verband verdragen tot stand gekomen waarin verschillende categorieën grondrechten zijn opgenomen, terwijl de Raad van Europa ook andere grondrechten heeft vastgelegd, onder meer in het Europees Sociaal Handvest. De betrokken bepalingen hebben echter niet alle rechtstreekse werking.

Vanaf het begin bevat het EVRM de volgende rechten: het recht op leven (art. 2), het verbod van foltering (art. 3), het verbod van slavernij en dwangarbeid (art. 4), het recht op vrijheid en veiligheid (art. 5), het recht op een eerlijk proces (art. 6), het legaliteitsbeginsel (art. 7), het recht op eerbiediging van privé- en gezinsleven (art. 8), de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst (art. 9), de vrijheid van meningsuiting (art. 10), de vrijheid van vereniging en vergadering (art. 11), het recht om te huwen (art. 12) en het recht op een 'daadwerkelijk rechtsmiddel' (art. 13). In latere protocollen zijn deze nog aangevuld, met als belangrijkste de bescherming van het recht op eigendom, het recht op onderwijs en dat op deelname aan verkiezingen (Eerste Protocol, 1952) en de afschaffing van de doodstraf (Zesde Protocol, 1986).

In de ruim vijftig jaar van zijn bestaan hebben zich allerlei voor het EVRM relevante wijzigingen voorgedaan. Niet onbelangrijk is de uitbreiding van het aantal lidstaten van de Raad van Europa tot vrijwel alle Europese landen. Voorts is in 1998 het beschermingsmechanisme van het EVRM op internationaal niveau vrij ingrijpend gewijzigd. Elementen van vrijblijvendheid, zoals de facultatieve aanvaarding van het individuele klachtrecht en van de rechtsmacht van het Hof, zijn verdwenen, evenals het complicerende naast elkaar bestaan van een Commissie en een Hof.



De situatie komt nu op het volgende neer. Ieder kan zich bij verzoekschrift wenden tot het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), omdat men het slachtoffer zou zijn van schending door een lidstaat van één van de in het verdrag vervatte rechten (individueel klachtrecht). Ook elke staat kan wegens niet-nakoming van een verdragsbepaling zo'n klacht indienen tegen een andere staat (statenklachtrecht). Het EHRM, waarin elke staat met een rechter vertegenwoordigd is, kan een klacht pas in behandeling nemen als alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. Afhankelijk van de ernst van de zaak wordt deze behandeld door een kamer van zeven rechters of door een 'Grote Kamer' van zeventien rechters; de rechter van de aangeklaagde staat heeft hierin q.q. zitting. Als schending wordt geconstateerd, kan hieraan slechts een billijke tegemoetkoming voor de klager worden toegevoegd. Van meer algemeen en toekomstig belang is dat staten zich verbinden om zich te houden aan de einduitspraak van het Hof in zaken waarin zij partij zijn.<sup>2</sup> Het toezicht op de naleving van de verplichting berust bij het Comité van Ministers van de Raad van Europa. Naast politieke druk beschikt dit over weinig andere instrumenten dan ontzegging van het lidmaatschap van de Raad, een middel dat slechts bij stelselmatige ernstige schending in aanmerking lijkt te komen.

### 3.2.2 DOORWERKING VAN HET EVRM IN DE NEDERLANDSE RECHTSORDE

61

De Nederlandse regering veronderstelde aanvankelijk dat de nationale rechtspraktijk volledig in overeenstemming was met het EVRM. Inmiddels heeft het Hof echter ruim dertig keer schending van het verdrag door Nederland geconstateerd. Hiernaast zijn er gevallen geweest van minnelijke schikking, zaken waarin het Comité van Ministers verdragschending vaststelde, en is verschillende malen een buitenlandse situatie aan de kaak gesteld die zich ook in Nederland voordeed (Lawson 2000: 18).

De eerste factor die van belang is voor de consequenties die het EVRM kan hebben in de aangesloten staten, is *de interpretatiemethode op Europees niveau*.

Het enkele feit dat het Hof de bepalingen van het verdrag dynamisch uitlegt op grond van de gedachte dat het EVRM een levend instrument is dat naar de huidige omstandigheden moet worden gelezen, maakt dat de nationale omstandigheden steeds weer herijkt kunnen worden. Hierbij komt dan dat de waarborgen die het verdrag aan individuele klagers biedt, praktisch en effectief moeten zijn. Dit betekent onder meer dat op staten ook de positieve verplichting kan rusten om tekortschietende wetgeving aan te passen.<sup>3</sup> Vanzelfsprekend kan niet elke uitspraak van het Hof bij iedereen op evenveel begrip rekenen.

Het Hof stelt zichzelf overigens wel grenzen. Weliswaar heeft het in een uitspraak uit 1995 (Loizidou-zaak, serie A vol. 310) het EVRM omschreven als "constitutional instrument of European public order", maar dat instrument blijkt de verdragspartijen nogal wat vrijheid te laten bij hun plicht om de rechten en vrijheden van het EVRM te verzekeren. In feite heeft het Hof de doctrine van verschillende lidstaten, die bekendstaat als *margin of appreciation*, *marge d'appréciation* of

*Ermessensspielraum*, overgenomen, zodat recht kan worden gedaan aan de diversiteit van politieke, economische, sociale, culturele en religieuze situaties in de verschillende landen (Van Dijk 2000: 598). Op deze wijze is in de artikelen 8 tot en met 11 nadere invulling gegeven aan de voorwaarden waaronder inbreuken op bepaalde vrijheden en rechten zijn toegestaan, met enige variatie, aangeduid als “die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de goede zeden (enzovoorts).” De doctrine speelt ook een rol bij de rechten van de artikelen 5, 6 en 14, bij het recht op ongestoord eigendom uit het Eerste Protocol, en bij het recht om onder bijzondere omstandigheden van het verdrag af te wijken (art. 15).

De tweede factor die de invloed van het EVRM op onze rechtsorde bepaalt, is de manier waarop de Nederlandse rechtspraak met deze internationale bepalingen omgaat. Van belang is dat hier het monistische stelsel geldt. Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar hun inhoud eenieder kunnen verbinden, hebben deze kracht nadat zij bekend zijn gemaakt, aldus artikel 93 van de Grondwet (en vóór 1953 jurisprudentie van de Hoge Raad).<sup>4</sup> Aansluitend bepaalt artikel 94 dat in ons land geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden als deze toepassing niet met zulke internationale bepalingen of besluiten verenigbaar is. De (Nederlandse) *rechter* beoordeelt of dergelijke ‘rechtstreekse werking’ aanwezig is, en kan zo, in afwijking van het verbod van artikel 120 van de Grondwet, ook formele wetten toetsen. Hij voert deze toetsing bovendien ruim uit,<sup>5</sup> althans sinds 1976, toen het EHRM voor het eerst een Nederlandse schending constateerde (i.c. strijd van elementen van het militair tuchtrecht met de artikelen 5 en 6; Engel et al. tegen Nederland, Serie A vol. 22; Lawson en Myjer 2000: 39 e.v., met noot Th. de Roos). Zo worden uitspraken van het EHRM door hem geacht deel uit te maken van de desbetreffende verdragsbepaling (*incorporatietheorie*), zodat ook tegen andere landen gewezen arresten relevant zijn. Een voorbeeld is het arrest-Marckx tegen België (EHRM 13 juni 1979, Serie A vol. 31) inzake de plicht van de staat familierechtelijke betrekkingen vast te stellen, dat snel door de Hoge Raad werd gevolgd en aansluitend tot een wetwijziging van het erfrecht leidde met terugwerkende kracht tot de dag van het EHRM-arrest. De interpretatiemethoden van het Europese Hof werken zo dus ook door.

Interessant, zij het wellicht meer voor de positie van de rechter dan voor de rechtsstatelijke verhouding tussen overheid en burger, is voorts de *horizontale werking* die de rechter aan bepaalde verdragsbepalingen heeft toegekend. Anders dan bij de grondwettelijke grondrechten kan deze ertoe leiden dat de formele wet buiten toepassing wordt gelaten. Basis hiervan is de meer algemene gedachte dat “in grondrechten belichaamde waarden van zo’n groot belang zijn voor de samenleving als geheel, dat velen het aanvaardbaar of zelfs wenselijk beschouwen dat zulke rechten ook, althans tot op zekere hoogte, kunnen worden ingeroepen door burgers in hun verhouding tot andere burgers, waaronder begrepen verenigingen en andere organisaties van privaatrechtelijke aard” (Hartkamp

2000: 26). De rechter is vrij terughoudend, omdat de rechten meestal niet (mede) voor particuliere verhoudingen geschreven zijn en om problemen rond botsende claims op grondrechten (bijv. vrijheid van godsdienst en van meningsuiting) te vermijden. Hij construeert in voorkomende gevallen 'indirecte horizontale werking' door bescherming te laten voortvloeien uit begrippen als goede trouw, redelijkheid of (on)rechtmatigheid (idem: 28); dit doet aan het principe echter niet af.

Ten slotte is van betekenis hoe de rechter reageert als hij een *strijdigheid* constateert tussen een nationale wet en een verdragsbepaling. Hij kan toepassing van artikel 94 trachten te vermijden door de nationale regel verdragsconform uit te leggen. Als dit niet goed mogelijk is, moet hij de nationale bepaling buiten toepassing laten. Dit kan echter problemen oproepen als het voorschrift van internationaal recht onvoldoende duidelijk aangeeft hoe wél moet worden beslist. Soms gaat de rechter ertoe over om vrij gedetailleerde regels te formuleren ter aanvulling op de geldende wetgeving; bijvoorbeeld toen de Hoge Raad (21 maart 1986, NJ 585) langs de weg van verdragsconforme uitlegging precies aangaf wanneer, naast het in de wet genoemde geval van gehuwde ouders, sprake kon zijn van ouderlijke macht.

Soms echter is de oplossing (nog) niet duidelijk en dan blijkt dat de rechter niet altijd 'op de stoel van de wetgever gaat zitten'. Hartkamp (ibid.: 32) noemt als voorbeeld een zaak uit 1984 in verband met de Wet op het Nederlandschap. Deze wet bepaalde dat een buitenlandse vrouw die met een Nederlandse man trouwde, de Nederlandse nationaliteit kon kiezen, maar kende deze optie niet toe aan de buitenlandse man die een Nederlandse vrouw huwde. De Hoge Raad liet de vraag buiten beschouwing of dit de beweerde strijd opleverde met het gelijkheidsbeginsel van artikel 26 van het VN-Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten (een van de grondrechtbepalingen met vastgestelde rechtstreekse werking buiten het EVRM), omdat hij die eventuele strijd niet kon oplossen. Toen zich verschillende mogelijkheden voordeden om het conflict op te lossen, moest de keuze aan de wetgever worden overgelaten: dat "op dit punt een keuze moet worden gemaakt die, mede in aanmerking genomen de aard van de daarbij betrokken belangen, niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter valt" (Hoge Raad 12 oktober 1984, NJ 1985, 230).

Dit voorbeeld van terughoudendheid is uit te breiden met meer gevallen. Belangrijk is dat ook *de wetgever* vaak met weinig reserve aan de doorwerking van het EVRM meewerkt. Men bedenke hierbij dat de grondwettelijke bepalingen over terugwerkende kracht en voorrang zich tot elk van de onderdelen van de trias richten. De eerdergenoemde aanpassing van het BW, de Tijdelijke Wet Kroongeschillen en de Wet getuigenbescherming zijn slechts enkele voorbeelden. Ook *het bestuur* volgt gewoonlijk vrij vlot de jurisprudentie, bijvoorbeeld door richtlijnen inzake de toepassing van de Krankzinnigenwet (n.a.v. het Winterwerp-arrest), inzake inverzekeringstelling (n.a.v. het Brogan-arrest) of inzake termijnen van vervolging.<sup>6</sup>

Het aanvankelijke idee dat het EVRM voor Nederland geen praktische betekenis zou hebben, is inmiddels volledig verlaten. Op een enkel punt heeft de jurisprudentie overigens tot een meer algemene herbezinning geleid, in het bijzonder daar waar het recht op veiligheid van de persoon (art. 5) en vooral dat op een eerlijk (straf)proces (art. 6) op gespannen voet kan komen te staan met andere elementen van de rechtsstaat. De toenmalige minister van Justitie noemde in zijn nota *Strafvordering in balans* (1994) in dit verband de (ook) “uit de beginselen van de rechtsstaat voortvloeiende opdracht aan de overheid tot het treffen van maatregelen met het oog op en effectieve bestrijding van de criminaliteit”. Ook het EVRM zelf laat zich niet onbetuigd, met name in artikel 8 (recht op eerbiediging van privé-leven), dat mede zou opdragen ook niet-verdachte justitiabelen zoveel mogelijk een adequate bescherming van lijf en goed te verschaffen. In *Strafvordering in balans* wordt aan de hand van een viertal kernelementen van het eerlijk proces, zoals mede door het EHRM is ontwikkeld,<sup>7</sup> onder meer de Nederlandse theorie en praktijk beoordeeld en niet te licht bevonden; deze bleek juist een aantal nieuwe, onorthodoxe methoden te bezitten (blz. 16). De inwerkingtreding enkele maanden tevoren van de artikelen 226a-226f van het Wetboek van Strafvordering, waarin de anonieme getuige in het strafproces werd gelegaliseerd,<sup>8</sup> speelde hierbij zeker een rol.<sup>9</sup> Of de nieuwe beoordeling meer dan een momentopname zal blijken te zijn, valt sterk te betwijfelen. Immers, nieuwe vormen van criminaliteit zullen ongetwijfeld weer leiden tot nieuwe bestrijdings-, vervolgings- en berechtingsmethoden, die ook weer getoetst zullen worden. Interessant is in dit verband een artikel van Hirsch Ballin, waarin wordt vastgesteld dat “op goede gronden de waarborgen voor *due process* in het middelpunt van het EVRM-systeem [zijn] komen te staan: als toetsingsgrond en als medium zelf voor de grondrechtenbescherming” (Hirsch Ballin 2000: 615). In zijn toekomstgerichte bijdrage gaat hij nog een stap verder: “wanneer internationale samenwerking zich meer en meer richt op preventie van schendingen van de rechten van de mens en *good governance*, (...) [zouden] de vereisten van toegang tot de rechter en van eerlijke procedures centraal moeten staan.” De neiging van regeringen om, onder meer als de waardering van bepaalde belangen van politieke aard is, domeinen af te zonderen als te zeer met ‘soevereiniteit’ verbonden, mag geen reden zijn de toetsing van beslissingen aan geldend recht te beletten, aldus nog steeds dezelfde auteur.<sup>10</sup>

### 3.2.3 GEVOLGEN VAN HET EVRM VOOR DE NEDERLANDSE RECHTSSTAAT

Over de gevolgen van het EVRM voor de Nederlandse rechtsstaat kan het volgende worden geconcludeerd. Na de aanvankelijke verwachting dat Nederland volledig aan de eisen van het verdrag voldeed, is sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw als gevolg van een meer dynamische ontwikkeling van de jurisprudentie van het Hof een ander beeld ontstaan. Deze internationale vastlegging van grondrechten heeft nu een duidelijke invloed op het Nederlandse recht. Het EVRM is daardoor voor de werking van de grondrechten in Nederland van aanzienlijke betekenis, ook omdat de rechter de Nederlandse wetten daaraan kan toetsen. Bovendien beperkt het verdrag de vrijheid van de Nederlandse wetgever,

ook van de grondwetgever, om autonoom regels vast te stellen: men moet steeds blijven binnen de grenzen die het verdrag stelt. Daarmee raakt het aan enkele grondtrekken van de Nederlandse vormgeving van de rechtsstaat, waaronder ook het verbod van de rechter om wetten te toetsen.

Tegenover deze beperking van de vrijheid om de Nederlandse rechtsstaat naar eigen inzichten vorm te geven, staat het feit dat ook de andere bij het verdrag aangesloten Europese landen op dezelfde wijze zijn gebonden. Daarmee is een aanzienlijke vooruitgang op mensenrechtengebied bevorderd, eerst in Zuid- en later in Midden- en Oost-Europa, waardoor de betrokken landen sterk aan rechtsstatelijkheid hebben gewonnen.

Als het EVRM al ten onder zou gaan, dan is dat eerder aan zijn eigen succes (Myjer 2000) of door een werkelijke overname door een Europabrede EU, dan doordat lidstaten wegens beperking van hun beleidsruimte zouden opzeggen.

### 3.3 DE EUROPESE UNIE

#### 3.3.1 ALGEMEEN

De wortels van de Europese Unie dateren uit dezelfde tijd als die van het EVRM; de Unie werd uiteindelijk ingesteld bij het Verdrag van Maastricht (1992). Zoals artikel 1 bepaalt, is zij gegrond op de Europese Gemeenschappen (eerste pijler), waarvan de Economische Gemeenschap veruit de belangrijkste is, en aangevuld met bepalingen inzake een gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid (tweede pijler) en politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (derde pijler). Deze tweede en derde pijler zijn van een geheel andere orde dan de eerste: het gaat om intergouvernementele samenwerking met een sterk accent op unanieme besluiten van de Raad, aanvankelijk zonder enige invloed van het Parlement en van het Hof van Justitie. Volkenrechtelijke rechtspersoonlijkheid kreeg de Unie niet en deze wordt overigens ook naar de toekomst toe open gelaten. De taak (art. 1) “de betrekkingen tussen de lidstaten en tussen de volkeren van de lidstaten samenhangend te organiseren” is dubbelzinnig omschreven, terwijl de voorgeschreven eerbiediging van de identiteit van de lidstaten (art. 6, derde lid) evenmin in de richting van een klassieke federatie wijst.

Onder verwijzing naar het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap geldt nog steeds het *attributiebeginsel*, dat voor internationale organisaties kenmerkend is: de Unie heeft geen zelfstandige bevoegdheid om de eigen bevoegdheden vast te stellen, geen ‘Kompetenz-Kompetenz’, maar heeft alleen bevoegdheid voorzover uitdrukkelijk vastgesteld. Hierbinnen zijn belangrijke beperkingen gelegen in het *subsidiariteitsbeginsel* (buiten het exclusieve gemeenschapsterrein slechts mogen optreden indien en voorzover de lidstaten de doelstellingen daarvan niet zelf zouden kunnen verwezenlijken) en het *proportionaliteitsbeginsel* (geen optreden dat verder gaat dan nodig is om de gemeenschapsdoelstellingen te verwezenlijken); deze zijn vastgelegd in artikel 5 van het EG-

Verdrag. Deze algemene beperkingen nemen niet weg dat de invloed van de Unie, en de EG in het bijzonder, zeer groot is. Nog afgezien van de nieuwe pijlers is men van een douane-unie via de gemeenschappelijke markt gekomen tot een economische unie, met een daarbijbehorende positieve beleidsintegratie.

### 3.3.2 INVLOED VAN DE EU OP DE NATIONALE SOEVEREINITEIT

Om de gevolgen van de EU en de EG voor de nationale rechtsstaat te beschrijven, moet in de eerste plaats worden aangegeven wat hun invloed is op de nationale soevereiniteit. Dit vereist een overzicht van de inhoudelijke verschuiving van bevoegdheden en een schets van de 'kwalitatieve' gevolgen van het Europese recht voor de nationale rechtsorde. Hier wordt volstaan met een schets op hoofdlijnen.

De lidstaten kunnen worden gebonden, en dus in hun vrijheid worden beperkt, door het primaire recht (vooral de verdragen) en het secundaire recht, dat door de instellingen wordt geproduceerd en grotendeels de vorm heeft van verordeningen, richtlijnen of beschikkingen. In een aantal klassieke arresten heeft het Hof van Justitie de positie van het gemeenschapsrecht verduidelijkt. Rechtstreekse werking en voorrang boven het nationale recht waren hierbij de voornaamste uitkomsten. Spectaculairder, en nog steeds niet in alle lidstaten onderschreven, zijn de elementen uit de motivering. Zo werd in het Van Gend & Loos-arrest (1963) overwogen dat "de Gemeenschap in het volkenrecht een rechtsorde vormt ten bate waarvan de staten, zij het op een beperkt terrein, hun soevereiniteit hebben begrensd" en sprak het Costa-ENEL-arrest (1964) zelfs van een definitieve beperking van de soevereine rechten, "zodat latere, eenzijdig afgekondigde wettelijke voorschriften, die tegen het stelsel van de Gemeenschap ingaan, iedere werking ontberen". Voor de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht, dat uit een eigen, autonome bron voortvloeit, is het dus niet relevant of een lidstaat een monistisch of een dualistisch stelsel heeft (zie par. 3.2). In latere uitspraken heeft het Hof onder meer toegevoegd dat de verplichting om rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht met voorrang toe te passen niet alleen berust op de nationale rechter, maar op alle nationale bestuursorganen. Voegt men hierbij de staatsaansprakelijkheid bij strijdigheid of nalatigheid en de plicht tot een verdragsconforme interpretatie bij twijfel, dan is duidelijk dat de nationale ruimte grondig wordt beperkt.

Overigens moet worden aangetekend dat de conclusies van het Hof weliswaar algemeen worden aanvaard, maar dat de meeste lidstaten de motivering betwisten en de eigen constitutie als basis voor de rechtstreekse werking zien. De soevereiniteitsvraag is dus nog niet definitief beantwoord. Dit werd bijvoorbeeld duidelijk in het Maastricht *Urteil* door het Duitse *Bundesverfassungsgericht*: "Die Wahrnehmung von Hoheitsgewalt durch einen Staatenverbund wie die Europäische Union gründet sich auf Ermächtigungen souverän bleibenden Staaten" (Van der Pot-Donner 2001: 597-600). Het Nederlandse standpunt wijkt van deze opvatting nogal af; niet omdat de monistische opvatting inzake door-

werking van internationaal recht van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet het praktische belang verwaarloosbaar maakt, maar omdat de interpretatie van het gemeenschapsrecht met inachtneming van artikel 92 aan het Hof van Justitie zou zijn opgedragen, zodat die interpretatie zelf hoe dan ook voorrang heeft (ibid: 600-601).<sup>11</sup>

De *omvang* van de nationale bevoegdhedenbeperking is groot, maar niet onbegrensd. Het attributiebeginsel betekent dat de Gemeenschap – de tweede en derde pijler blijven buiten beschouwing – slechts bevoegdheden heeft waar die uitdrukkelijk zijn toegekend, en dat de lidstaten buiten het gebied van het primaire en secundaire gemeenschapsrecht bevoegd blijven. Op slechts enkele terreinen heeft de Gemeenschap *exclusieve bevoegdheden* ontvangen, in het bijzonder bij de gemeenschappelijke ('externe') handelspolitiek, de monetaire politiek en onderdelen van het visserijbeleid. In veruit de meeste gevallen is er sprake van *concurrerende bevoegdheden*: de Gemeenschap mag optreden, steeds met inachtneming van het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel, maar pas als dit is gebeurd, vervallen de nationale bevoegdheden definitief. Overigens blijft de nationale wetgevende bevoegdheid intact, met dien verstande dat geldend gemeenschapsrecht en toekomstige harmonisatievoorzieningen ontzien moeten worden. Het is dus vooral de omvang van het materiële gemeenschapsrecht die bepaalt welke ruimte feitelijk overblijft voor de lidstaten.

De kern van de bevoegdheden die de Unie en de EG hebben (art. 2 EG-Verdrag), is te herleiden tot de economische en sociale doelstellingen van de Gemeenschap en de daarbij aangegeven middelen: het instellen van een gemeenschappelijke markt en een economische en monetaire unie, en het uitvoeren van gemeenschappelijk beleid en activiteiten zoals bedoeld in de artikelen 3 en 4. Het realiseren van dit soort activiteiten, dat indirect sterk bepalend is voor de positie van de lidstaten, heeft een logische volgorde, die in de praktijk ook chronologisch is gevolgd. Gestart is met een douane-unie, die in artikel 23 ook als basis van de Gemeenschap wordt genoemd, die vrij verkeer van goederen inhoudt en verboden impliceert van douanerechten, kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking. Onmisbaar hierbij zijn mededingingsregels, die particuliere bedrijven verhinderen het vrije verkeer van goederen te belemmeren. Deze bestaan uit een kartelverbod, een verbod op overheidssteun, fusiecontroles, enzovoorts. Uitgebreide rechtspraak en wetgeving geven details met betrekking tot uitzonderingen op en preciseringen van de verboden. Het verdrag erkent in artikel 30 ook een aantal uitzonderingsgronden op het vrije verkeer van goederen, zoals de bescherming van openbare orde, veiligheid en gezondheid. Hiernaast erkent de jurisprudentie nog een tweede reeks uitzonderingen, waardoor aanvullende wettelijke producteisen van lidstaten worden toegestaan, mits geen onderscheid wordt gemaakt naar herkomst en eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit in acht genomen worden (arrest-Cassis de Dijon).

Het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal was de volgende stap, de instelling van de EMU een logisch vervolg op de laatste. Ook op de drie laatste

vrijheden kwamen uitzonderingen tot stand, net als op die voor het verkeer van goederen. Om hierbij wildgroei te voorkomen, is naast consistente jurisprudentie ook harmonisatie van wetgeving van belang. Richtlijnen voor het opheffen, dan wel beperken van nationale verschillen zijn aanvankelijk alleen unaniem vast te stellen (art. 94), na de Europese Akte kunnen zij ook bij gekwalificeerde meerderheid worden ingevoerd. Mortelmans (2000: 1010) onderscheidt in dit verband de volgende fasen:

- 1 een eerste fase van opbouw (1953-1970), waarin vooral met steun van verordeningen beleidsonderdelen op poten werden gezet en duidelijke strijdigheden werden weggewerkt;
- 2 een tweede fase (1970-1986), waarin het accent veel meer lag op jurisprudentie en die duidelijk maakte hoezeer de lidstaten, meer dan zij dachten, in hun autonomie waren beperkt;
- 3 een derde fase (1986-1993), waarin de nadruk lag op harmonisatierichtlijnen.

Wetgevingstechnisch gezien ligt, aldus deze auteur, het accent nu op de zeer gecompliceerde richtlijnen die nodig zijn in verband met de liberalisatie, oftewel het opheffen van staatsmonopolies bij oude en nieuwe nutssectoren. Daarnaast zijn er vele beleidsterreinen in het EG-Verdrag waarop de Gemeenschap beleid kan voeren, meestal maar niet uitsluitend via unaniem aan te nemen richtlijnen. Op veel gebieden is er zo een keuzemogelijkheid voor de Gemeenschap waar het gaat om de grondslag van optreden. Milieuregels kunnen bijvoorbeeld worden gebaseerd op artikel 94, 95 of op de bepalingen van Titel XIX.<sup>12</sup> Het resultaat is intussen dat volgens recente schattingen al “zestig tot tachtig procent van alle wetten die in Nederland worden ingevoerd is gebaseerd op Europese regelgeving”,<sup>13</sup> het gaat bijvoorbeeld om 70 procent van de (nieuwe) *milieuwetgeving*.

De ingrepen van de Gemeenschap mogen dan diep gaan en een breed gebied bestrijken, het gaat nog altijd mede om een vorm van samenwerking. Het supranationale karakter van de Gemeenschap en de rechtstreekse werking en voorrang van het gemeenschapsrecht beletten niet dat:

- de implementatie van richtlijnen wordt overgelaten aan de lidstaten, met een mate van vrijheid die per richtlijn (en soms ook per lidstaat) redelijk uiteen kan lopen; en
- de nationale rechter een hoofdrol vervult bij de handhaving van, en dus toetsing aan, gemeenschapsrecht.

Het gaat hierbij wel om verplichtingen tot wetgeving c.q. toepassing en toetsing. Vooral de implementatie via wetgeving kan hoge eisen stellen aan de capaciteit van de nationale instanties. Verwerkingsproblemen hebben al geleid tot ingrepen, zoals een opheffing van procedurele verplichtingen in de Algemene wet bestuursrecht bij de implementatie van bindende gemeenschapsbesluiten. Een voorstel om in de Grondwet een vereenvoudigde wetgevingsprocedure in te voeren, vergelijkbaar met de stilzwijgende goedkeuring van verdragen, is niet



overgenomen; toch zal het moeilijk zijn zulke ingrepen te blijven vermijden (Van der Pot-Donner 2001: 607-609).

Overigens wordt ook het nationale bestuur verondersteld bij te dragen aan de uitvoering en handhaving van gemeenschapsbesluiten. In algemene formuleringen zijn deze verplichtingen opgenomen in het EG-Verdrag. Artikel 10 verplicht de lidstaten tot het treffen van:

“alle algemene maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervulling van haar taak. Zij onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen dit Verdrag in gevaar kunnen brengen.”

Een bijzonder voorbeeld leveren onder meer de meldingsplichten op, zoals die van nationale steunmaatregelen. Het bekende Securitel-arrest uit 1996 heeft de nakoming van de verplichte melding een steun in de rug gegeven door rechtstreekse werking ervan aan te nemen, zodat particulieren voor de nationale rechter kunnen eisen dat de niet-aangemelde steunmaatregelen buiten toepassing blijven.

De inschakeling van nationale organen ten spijt, is de soevereiniteit van de nationale *staat* dus ingrijpend beperkt door de EU en vooral de EG.<sup>14</sup>

### 3.3.3 GEVOLGEN VOOR DE NATIONALE RECHTSSTAAT

Op het eerste gezicht verandert er weinig aan de verhoudingen binnen de Nederlandse trias politica. Immers, de verplichting om het rechtstreeks werkende gemeenschapsrecht met voorrang toe te passen geldt voor alle staatsorganen, zelfs de decentrale lichamen; de beperkingen van de vrijheid van de wetgever werken door en hetzelfde geldt voor de gevolgen van opdrachten tot medewerking.

Bij nader inzien blijkt de relatieve positie van *de rechter* echter vrij aanzienlijk te zijn versterkt. In de eerste plaats is rechtsbescherming in het algemeen belangrijk bij de integratie, die zich in sterke mate op basis van rechtsregels voltrekt; de nationale rechter speelt hierbij een centrale rol. In de tweede plaats is de positie van de rechter tegenover de wetgever versterkt door de rechtstreekse werking en de voorrang van het gemeenschapsrecht. Dit geldt niet in kwalitatieve zin, want die toetsingsbevoegdheid bestond al sinds 1953, maar wel kwantitatief, door de enorme omvang die een dergelijk gemeenschapsrecht heeft. Volledigheidshalve: van aantasting van de *rechterlijke onafhankelijkheid* ten opzichte van nationale staatsorganen is geen sprake.

Spiegelbeeldig aan de versterkte positie van de rechter is de positie van *de wetgever* enigszins verzwakt. Bovendien is de nationale wetgevingsautonomie beperkt. Daarnaast gaat het om een relatieve verzwakking van de *Staten-Generaal* bij de voorbereiding van de secundaire gemeenschapswetgeving en bij de effectieve controle op de regering. Via de deelname in de besluitvorming van

de Raad van Ministers op Europees niveau, heeft de regering immers medebeslisingsrecht, soms de mogelijkheid om met andere landen tijdelijk ‘strategische allianties’ aan te gaan, en niet zelden zelfs een – potentieel – vetorecht, dat ten minste een onderhandelingsbasis kan geven.

Voor het Nederlandse parlement gaat het om besluiten van een volkenrechtelijke organisatie in de zin van artikel 92 van de Grondwet, waarvoor zelfs de goedkeuringseis die artikel 91 bij verdragen stelt, niet geldt. Op dit punt geldt slechts een enkele uitzondering: het intern bedongen instemmingsrecht waar het gaat om de Nederlandse inbreng bij bindende (intergouvernementele) besluiten op het terrein van de derde pijler en ten aanzien van de EMU. De argumentatie was hier trouwens dat de geringe inbreng van het Europese Parlement gecompenseerd moest worden (Van der Pot-Donner 2001: 611). Overigens wordt volstaan met commissieoverleg vooraf over de agenda van de Europese Raad (regeringsleiders) en de Raad van Ministers (‘Europa-overleg’) en over diverse ‘fiches’ waarin commissievoorstellen en het voorlopige regeringsstandpunt erover zijn opgenomen. Beïnvloeding van het Nederlandse standpunt is zo mogelijk, maar er is nog ruimte voor verbetering (zie hoofdstuk 10, par. 5.2).

Ten minste even lastig is de situatie ten aanzien van de gebruikelijke (beleids)controle achteraf. Zeker bij besluiten waarvoor op Europees niveau de unanimiteitseis niet geldt, valt de *regering* in beginsel immers weinig te verwijten. De regering zelf tracht uiteraard haar invloed op de Europese besluitvorming te maximaliseren. Juist bij de groeiende groep meerderheidsbesluiten is inbreng in een vroeg stadium van belang, en dit vereist een gestroomlijnde interdepartementale coördinatie. Ook hier zijn de laatste tien jaar verbeteringen doorgevoerd, onder meer middels interdepartementale werkgroepen ter systematische beoordeling van nieuwe commissievoorstellen (BNC) en voor Europees recht (ICER), en door de instructies voor de nationale inbreng (Coreper-instructieoverleg) bij het raadsoverleg systematisch voor te bereiden (Schout en Nomden 2000). In feite komen wij hier buiten de Nederlandse ‘triasverhoudingen’, zij het dat extra duidelijk wordt dat het verschil in feitelijke invloed tussen de twee delen van de wetgever – regering en parlement – op internationaal niveau nog groter is dan bij zuiver binnenlandse aangelegenheden. Bovendien is door de complexiteit van inhoud en procedures de inbreng van ambtelijke specialisten bovengemiddeld.

Wat de andere kernelementen van de Nederlandse rechtsstaat betreft: het *legaliteitsbeginsel* verandert in zoverre van karakter, dat de wettelijke grondslag voor overheidsoptreden niet alleen door de Nederlandse wet kan worden gegeven, maar ook in Europese regelgeving kan worden gevonden. Gezien de beperkte parlementaire rol bij de totstandkoming daarvan vermindert dit de democratische legitimatie van de wet als grondslag voor overheidsoptreden.

Ook de *grondrechten* zijn niet geheel veilig voor negatieve Europese invloeden, nu het Hof al in 1970 heeft uitgesproken dat ook inbreuk op die rechten, zoals

neergelegd in nationale constituties, niet afdoet aan de rechtstreekse werking en voorrang van het gemeenschapsrecht (arrest-Internationale Handelsgesellschaft).

### 3-3-4 RECHTSSTATELIJKE KWALITEIT VAN DE EUROPESE BESLUITVORMING

De inperking van de nationale soevereiniteit en de consequenties voor de Nederlandse rechtsstaat roepen als vanzelf de vraag op naar de *democratische* en vooral de *rechtsstatelijke* kwaliteit van de Europese besluitvorming die dit alles teweegbrengen. Over de goede intenties kan geen twijfel bestaan, immers “de Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben”, aldus artikel 6, eerste lid, van het Unieverdrag.

Het tweede lid van dit artikel voegt over de grondrechten specifiek toe dat de Unie deze, zoals zij worden gewaarborgd door het EVRM en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, eerbiedigt als *algemene beginselen van het gemeenschapsrecht*. De gecursiveerde woorden geven aan dat de interpretatie van het EVRM, waar het het EU-recht betreft, plaatsvindt door het Hof van Justitie van de EG en niet door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Deze weinig bevredigende situatie vloeit voort uit een oordeel van het EG-Hof uit 1996, dat de Gemeenschap de bevoegdheid mist om zich aan te sluiten bij het EVRM. Gezien de lopende activiteiten om tot een eigen EU-Handvest met grondrechten te komen, meent Hirsch Ballin (2000: 619-620) dat deze onduidelijke situatie zal voortduren.<sup>15</sup> Inmiddels is eind 2000 in Nice het Handvest van de Grondrechten van de EU vastgesteld, dat een zeer groot aantal mensenrechten, politieke, burgerschaps-, sociale en culturele (grond)rechten bevat; de werkingssfeer is beperkt tot de instellingen en organen van de Unie en de lidstaten “uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen”. Voordat de uiteindelijke juridische status van dit Handvest zal zijn bepaald, blijft de plaats van de grondrechten in de EU echter onduidelijk.

Het is intussen lastig om de aangeduide kwaliteiten van de Unie te beoordelen. Dat komt niet alleen doordat de voornaamste instellingen nogal afwijken van de nationale, maar ook doordat, mede met het oog op de uitbreiding van het aantal lidstaten, ingrijpende hervormingen te verwachten zijn. Men streeft ernaar de verdragen en besluitvormingsmechanismen te vereenvoudigen en is vooral op zoek naar een nieuw evenwicht, niet zozeer tussen de EU-instellingen als wel tussen het nationale en het supranationale niveau. Nu wordt dit evenwicht vooral bewaakt door de Europese Raad van staatshoofden en regeringsleiders en de voorzitter van de Commissie. Het nationale element krijgt de meeste aandacht bij de Raad, een wisselend gezelschap van vakministers van de lidstaten; het internationale, of beter het gemeenschappelijke, is vooral een zaak van de Commissie (twintig leden, en in elk geval één uit elke lidstaat, die evenwel optreedt onafhankelijk van het land van herkomst). Het Europese Parlement bestaat eveneens uit per lidstaat gekozen leden, die zich – met bescheidener bevoegdheden dan de

nationale parlementen – bezighouden met de beoordeling van Europese regelgeving en beleidsbesluiten. Alleen al doordat de lidstaten ‘zwaar’ zijn ingeschakeld bij de uitvoering van Europese besluiten, gaat een vergelijking mank met de nationale verdeling van de functies wetgeving en bestuur/uitvoering. Eerder zouden kunnen zeggen dat het accent bij de Raad ligt op de vaststelling van wetgeving en bij de Commissie op initiatief en toezicht.

Als men de rechtsstatelijke kwaliteit van de Unie moet beoordelen, dan kan dat slechts met enige afstand. Het Europese Parlement heeft door zijn rechtstreekse verkiezing wel eenzelfde democratische basis als een nationaal parlement, maar zijn positie blijft in de EU aanzienlijk achter bij een dergelijk parlement. Het gevolg hiervan is dat de relatief heldere verdeling van bevoegdheden tussen de machten van de trias in een nationale staat niet wordt weerspiegeld in de Europese Unie. Bij de regelgeving zijn veel meer instanties betrokken, waardoor de procedures onoverzichtelijk zijn en tegelijk het zwaartepunt nog meer ligt bij het ‘bestuur’ – Europese bestuurders en nationale regeringsvertegenwoordigers in de Raad – dan bij vertegenwoordigende lichamen. Er is daardoor wel sprake van *checks and balances*, maar de openbaarheid en parlementaire betrokkenheid blijven sterk achter bij de procedures in een nationale rechtsstaat, waardoor ook de legitimerende werking van een openbare besluitvormingsprocedure in de volksvertegenwoordiging voor een aanzienlijk deel ontbreekt. Wel is een belangrijke rechtsstatelijke garantie gelegen in de positie van het Hof van Justitie, dat de rol van onafhankelijke rechter inneemt die past bij het beeld van de rechtsstaat.

### 3.4 GLOBALISERING EN DE GROEI VAN DE INTERNATIONALE RECHTSORDE

In deze paragraaf wordt kort ingegaan op twee boven-Europese verschijnselen, de globalisering<sup>16</sup> (van de economie) en de internationale (on)veiligheid. Beide hebben de laatste tijd bijzondere aandacht, vooral vanwege nieuwe handelsovereenkomsten en protesten daartegen, respectievelijk de terroristische aanslagen in de Verenigde Staten van 11 september 2001 en de reacties daarop. Hoewel de materie op zichzelf verre van nieuw is, hebben deze gebeurtenissen wel voor een stroomversnelling gezorgd die een afgewogen oordeel nu lastig maakt. Deze paragraaf zal daarom meer dan de vorige een inventariserend karakter hebben.

#### 3.4.1 GLOBALISERING

Globalisering betreft zonder nadere specificatie “het mondiaal worden van uiteenlopende verhoudingen: politieke machtsverhoudingen, economische relaties en praktijken en ten slotte ook culturele relaties” (Sassen 1999: 9). Bij globalisering gaat het om ontwikkelingen die per definitie een ruimer gebied betreffen dan dat van de EU en mede hierdoor een fragmentarischer karakter en, voor de nationale rechtsstaat, minder rechtstreeks ingrijpende consequenties hebben. De accenten

in de verschillende analyses variëren, maar enkele lijnen blijken zich wel af te tekenen.

### **Scheuerman**

Volgens Scheuerman (1999) wordt de *rule of law* bedreigd door kernelementen van de opkomende kapitalistische wereldeconomie. De opkomst van multinationals heeft er bijvoorbeeld toe geleid dat staten niet langer de enige lichamen binnen de internationale orde zijn met rechtens erkende soevereine macht; op steeds meer terreinen wordt internationaal recht gevormd door organisaties van direct betrokken private partijen en worden bedrijven behandeld op voet van gelijkheid met staten (NAFTA, OECD) (Scheuerman 1999: 257). Multinationals spelen zelfs middelgrote staten tegen elkaar uit, weten aan hen bevoordeling te ontlokken en sturen op onderdelen hun binnenlandse politiek (uiteraard in een richting die hun plaatselijke vestiging ten goede komt). De wetgevende capaciteit van de democratische staat, en zeker zijn vermogen om een noodzakelijk minimum aan sociale cohesie te bereiken, wordt bedreigd: er dreigt een *race to the bottom* tussen staten. Waar vroeger de *rule of law* beschermde tegen de staat door diens autonomie in te perken, is het nu de democratische nationale staat die nog slechts kan hopen dat hij zijn onafhankelijkheid tegenover het internationale kapitaal kan handhaven. Scheuermans conclusie is dat de *rule of law* essentieel blijft voor elke democratische staat(svorm) (*polity*), maar nu (ook) om deze te beschermen tegen de grillen van reusachtige economische belangen.

### **Farazmand**

Farazmand (1999) bekijkt de gevolgen van globalisering voor het openbaar bestuur vanuit het gezichtspunt van de politieke economie. Globalisering heeft de verbinding en coördinatie tussen volkeren, regeringen en NGO's vereenvoudigd, en globale toegankelijkheid is een enorme stap naar menselijke vooruitgang. Toch legt globalisering het fundament voor een nieuwe beschaving die door veel paradoxen wordt gekenmerkt. Farazmand voorspelt het voortbestaan van de staat, zij het in een andere vorm. Hij noemt in dit verband onder meer:

- 1 de versterking van supranationale organisaties, zoals IMF, Wereldbank en WHO met voor staten bindende besluiten en gedragsregels;
- 2 de toenemende onderlinge afhankelijkheid van staten bij de aanpak van grensoverschrijdende problemen (bijv. op milieugebied);
- 3 de verandering van de rol van staten naar die van partners en begunstigers van particuliere bedrijfsleven;
- 4 de verschuiving van 'welfare state' naar 'corporate', 'shadow', 'indifferent', 'contracting' of 'entrepreneurial' state, aanduidingen van diverse auteurs die alle naar verzakelijking wijzen.

Wel brengt dit alles risico's met zich mee. Zo wordt de soevereiniteit bedreigd, met name op macro-economisch terrein, waar bevoegdheden verschuiven naar regionale (EU) of internationale (IMF, enz.) organisaties. Doordat (eigen)machtige multinationals betrekkelijk ongestoord hun wil kunnen doordrukken, wordt ook de democratie verstoord (evenals lokale gemeenschappen). Het is dan ook een

misverstand om democratie en markt gelijk te stellen. Tot slot ziet hij ook een bedreiging van de ‘civil administration’, waar de ‘administrative state’ verandert in een ‘corporate-coercive state’, die ter wille van sociale rust en opeenhoping van kapitaal (randvoorwaarde, respectievelijk hoofddoel van de door globalisering ontstane multinationals) grote aantallen burgers onderdrukt. Zo bezien is het verrassend dat Farazmand als oplossing uiteindelijk niet meer aandragt dan het advies aan openbare bestuurders om hun best te doen en van en aan elkaar te leren.

### **Sassen**

Saskia Sassen is minder negatief over globalisering dan de twee vorige auteurs. Haar waarneming ‘de staat past zich aan’ is in wezen echter niet anders dan het passievere ‘de staat verandert’. De verschillen tussen de oude en de nieuwe staat komen voort uit ‘de nieuwe geografie van de macht’, die voortvloeit uit de economische globalisering. Drie elementen van die nieuwe geografie krijgen bij Sassen nadere aandacht:

- 1 de geografische spreiding van activiteiten en vestigingen van ondernemingen, en het ontstaan van financiële wereldmarkten (kapitaal, aandelen), die ertoe hebben geleid dat veel economische activiteiten niet meer door de regelgeving van de (enkele) staat kunnen worden bestreken;<sup>17</sup>
- 2 de opkomst van ‘extraterritoriaal recht’, voorzieningen die in het internationaal economisch verkeer daarvoor ontbrekende/wegvallende staatsfuncties moeten compenseren. Er blijkt hier, in elk geval in eerste instantie, concurrentie tussen rechtsstelsels plaats te vinden, waarbij op het gebied van internationale financiën en handel Angelsaksische, met name Amerikaanse normen meestal de overhand krijgen. Dit geldt ook waar internationale organisaties als IMF, Wereldbank en GATT in de publieke sfeer de ‘afspraken verzorgen’;
- 3 de virtualisering van de economische bedrijvigheid, die zich vooral in het financiële verkeer doet gelden. Gevolg is onder meer dat beïnvloeding van wisselkoersen door staten (centrale banken) via de valutamarkt onmogelijk is geworden.

Waar het de gevolgen van dit alles voor de staat betreft, richt Sassen zich niet zozeer op de veranderingen in het handelingsvermogen van de staat tegenover de eigen burgers en op het eigen territoir, als wel op de wijzigingen in de mogelijkheden om het ‘nieuwe’ economische verkeer te reguleren en op methoden om waar nodig de ontstane lacunes op te vullen.<sup>18</sup>

Bij ‘de nieuwe geografie van de wereldwijde economische processen’ zijn twee ontwikkelingslijnen te onderscheiden, de praktijken van grote ondernemingen en het werk van de overheid dat nodig is om nieuwe regelgeving te produceren en te legitimeren. Hierbij spelen twee kwesties. Ten eerste gaat het om *het ontstaan* van nieuwe juridische regels, die een schakel vormen tussen de nationale soevereiniteit en de transnationale ondernemingspraktijken; in bestuurlijk opzicht betekent het streven naar levensvatbare vormen van coördinatie en sociale orde tussen de machtige wereldwijd opererende actoren (‘zorgen dat de jongens aan de top elkaar niet vermoorden’) iets waaraan de vermelde internationale arbi-

trage, kredietanalyse en dergelijke meewerken. Ten tweede gaat het om *de inhoud* van de regelingen, waardoor de voordelen van sommige actoren worden verkleind en van andere worden vergroot, en om verdelingsvragen in een stelsel waarin de winstmogelijkheden van bedrijven en de verdien capaciteit van huishoudens sterk uiteenloopt. De wereldeconomie en de nationale staat, die zelf een centrale rol gespeeld heeft bij het tot stand brengen van mondiale processen, sluiten elkaar niet over en weer uit. Nieuwe juridische vormen die voor globalisering nodig zijn, maken vaak deel uit van staatsinstellingen en de infrastructuur die nodig is bevindt zich op het grondgebied van staten. Soevereiniteit en grondgebied zijn nog steeds de centrale kenmerken van het internationale systeem, maar zij zijn anders opgebouwd en ten dele verschoven naar institutionele arena's buiten de staat en buiten het kader van genationaliseerd grondgebied. Soevereiniteit blijft kenmerkend voor het totale systeem, maar is nu eerder te vinden in een veelheid van institutionele arena's: de nieuwe transnationale regelgeving die in de particuliere sector in opkomst is, nieuwe supranationale organisaties (zoals de WTO en de instellingen van de EU) en de verschillende internationale mensenrechtenverdragen en richtlijnen.<sup>19</sup> Al deze instellingen beperken de autonomie van nationale staten.

### ***Verschillen tussen de analyses***

De verschillen tussen de analyses betreffen minder de feiten dan de waardering daarvan. Vanuit het perspectief van de rechtsstaat valt op dat naarmate meer aspecten van het mondiale verkeer op andere dan traditionele manieren geregeld moeten worden, de methode waarmee dit gebeurt belangrijker wordt. Nieuwe procedures voor geschillenbeslechting, meer ruimte voor algemene rechtsbeginselen en meer verdragen kunnen compensatie bieden. Anderzijds geldt dat naarmate meer rechtsvorming zich op per onderwerp verschillend niveau afspeelt, gecoördineerde afweging steeds verder in gevaar komt en versplintering steeds sterker dreigt; ook overheersing van Angelsaksisch recht, uitsluitend op grond van economische overmacht kan negatief gewaardeerd worden.

Samenwerking tussen staten kan hierbij overigens een redelijke compensatie bieden. De EU kan in dit verband als voorbeeld dienen, waarbij de breedte van het bestreken terrein ook zelf weer de afwegingsmogelijkheden verbetert. Dat de Unie niet is opgezet om de gevolgen van internationalisering te compenseren, en inmiddels een eigen dynamiek kent die veel verder reikt, doet hieraan niet af.

### **3.4.2 INTERNATIONALISERING, VEILIGHEID EN RECHTSORDE**

De globalisering van de economie, opgevat in ruime zin, kan zeker niet op algemeen enthousiasme rekenen. De verdeling van de economische voordelen heeft niet ieders instemming, omdat zij te veel ten goede zouden komen aan multinationals en hun thuislanden en te weinig aan de bevolking in minder ontwikkelde landen zonder veelgevraagde bodemschatten. Bovendien zou economische winst te zeer ten koste gaan van sociale, milieu-, culturele en andere aspecten. De manier waarop dergelijke bezwaren naar voren worden gebracht en de reacties

erop zijn soms betrekkelijk heftig (Seattle, Genua). Dit weerspiegelt het feit dat in internationaal verband nog geen algemeen aanvaard rechtsstatelijk kader aanwezig is.

Van een totaal andere orde zijn de gebeurtenissen van 11 september 2001; niet alleen door de omvang en de gevolgen van het toegepaste geweld, maar vooral ook doordat de aanslagen door particulieren werden beraamd en werden uitgevoerd met steun, vooraf en achteraf, door, en in, een andere staat die bovendien niet het land was waarvan de daders de nationaliteit bezaten. Deze combinatie is nieuw. Twee punten vragen in dit verband om nadere aandacht, te weten:

- 1 de veranderende verhouding tussen de internationale en de nationale rechtsorde, primair waar het vormen van geweld betreft, maar als uitvloeisel daarvan wellicht ook op andere terreinen;
- 2 de verscherpte confrontatie tussen twee rechtsstatelijke aspecten, de bescherming door en tegen de staat.

### ***Verhouding tussen internationale actoren en nationale rechtsstaat***

Het volkenrecht, of moderner: het internationale publiekrecht, vindt zijn oorsprong in het streven om betrekkingen tussen staten te regelen. Ging het er eerst vooral om regels te zoeken ter bevordering van vreedzame coëxistentie door conflicten tussen afzonderlijke staten te voorkomen en op te lossen, nu is het terrein uitgebreid tot vormen van samenwerking op allerlei gebieden. Al decennia voor de totstandkoming van Raad van Europa en EEG/EU zijn pogingen ondernomen om op mondiale schaal te komen tot georganiseerd interstatelijk overleg ter handhaving en bevordering van vrede (Volkenbond). Na de Tweede Wereldoorlog is deze positie overgenomen door de Verenigde Naties, in het bijzonder de Veiligheidsraad, die tot circa 1990 overigens sterk in hun optreden beïnvloed werden door de bekende Oost-Westtegenstellingen en de bijbehorende militaire allianties. Naast staten en organisaties als zojuist bedoeld, hebben ten slotte individuen in dit deel van het internationale publiekrecht hun intrede gedaan, enerzijds als dader van bepaalde misdrijven tegen de menselijkheid – dikwijls in het verband van grotere gewapende conflicten –, anderzijds als mogelijk slachtoffer van geweld door staten, waarbij bepaalde mensenrechten zijn geschonden.

Men zou kunnen zeggen dat in geval van bedreiging van of inbreuk op de vrede en bij daden van internationale agressie het geweldsmonopolie bij de Veiligheidsraad berust (aldus Myjer 2001). Deze beslist op grond van de bepalingen van hoofdstuk 7 van het VN-Handvest of zich zo'n situatie voordoet en welke maatregelen moeten worden genomen, waaronder toepassing van geweld met behulp van door de lidstaten te leveren middelen (de VN heeft immers zelf geen 'standing force'). Het Handvest kent slechts één uitzondering, maar wel een belangrijke, namelijk artikel 51, dat het intrinsieke recht erkent tot individuele of collectieve zelfverdediging in geval van een gewapende aanval tegen een lidstaat, totdat de Veiligheidsraad de nodige maatregelen heeft genomen om de internationale vrede en veiligheid te handhaven. In zijn resolutie 1368 van 12 september 2001 heeft de Veiligheidsraad unaniem vastgesteld dat zich met de aanslagen in de



Verenigde Staten een artikel-51-situatie voordeed. Van de (theoretische) mogelijkheid dat de Veiligheidsraad het internationale geweldsmonopolie zou terugnemen, is echter geen sprake geweest. De effectiviteit van de acties die de VS en enkele bondgenoten inmiddels uitvoerden, het vetorecht van de VS en het Verenigd Koninkrijk als permanente leden van de Veiligheidsraad, alsmede het feit dat het hier niet om een aanval door een staat ging, waarop artikel 51 toch vooral betrekking heeft, zullen aan deze terughoudendheid hebben bijgedragen. Inmiddels is sinds december 2001, na de beëindiging van de meeste oorlogshandelingen in een klein deel van het land, wel een VN-vredesmacht in Afghanistan actief (ISAF).

Na de gebeurtenissen van september 2001 is steeds vaker gepleit voor een aanscherping van het anti-terrorismerecht; nu bestrijken verdragen slechts bepaalde misdrijven en regio's. De EU had op grond van vorengenoemde uitspraak van de Veiligheidsraad geconcludeerd dat de VS het recht hadden 'terug te slaan'. Inmiddels heeft de EU voorstellen gedaan tot kaderbesluiten van de Raad inzake terrorismebestrijding en inzake het Europese arrestatiebevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (2001/C E/17 en 2001/0215); deze zijn deels ook al vastgesteld. Overigens gaan met name het arrestatiebevel en de overlevering, in plaats van de traditionele uitlevering, aanzienlijk verder dan terrorismebestrijding. Enkele uitzonderingen daargelaten, worden lidstaten verplicht arrestanten over te dragen aan belangstellende andere EU-lidstaten voor misdrijven waarop een gevangenisstraf mogelijk is van ten minste een jaar. De terrorismebestrijdingsmaatregelen zullen lidstaten verplichten zeer ruim omschreven delicten in hun strafrecht op te nemen, aldus Prakken (2001), die wijst op het ervaringsfeit van dan bijna automatisch volgende uitbreiding van opsporingsbevoegdheden en inperkingen van de rechten van verdachten.

### **Bescherming door en tegen de staat**

Het laatste gegeven is slechts een voorbeeld van de botsing die dreigt tussen bescherming door de staat en tegen de staat. Niet alleen misdadigers of misdadigers in spe worden door allerlei gedragsbeperkingen en controlematregelen getroffen, maar veel van zulke ingrepen treffen ook de gewone burger, om wiens bescherming het mede gaat. Naarmate de misdrijven en de verdenkingen ernstiger zijn, zal de bereidheid om mee te werken groeien, maar er zullen nog steeds harde grenzen getrokken moeten worden die tegenover verdachten in acht genomen moeten worden.

De terroristische aanval van 11 september 2001 wordt gekenmerkt door een gemeenschappelijke betrokkenheid van particuliere terroristen en staten, de laatste zowel als slachtoffer en als medeplichtige. Zo'n combinatie van feiten doet zich ook voor waar binnenlandse onlusten of afscheidingsbewegingen gepaard gaan met misdaden tegen de menselijkheid. Internationale militaire interventie gevolgd door berechting van leidinggevende figuren door een internationaal tribunaal zijn dan geen uitzondering meer. Beide maatregelen vinden overigens lang niet altijd plaats in het verband van de Verenigde Naties of de Veiligheidsraad;

Rwanda en voormalig Joegoslavië illustreren dit. Het kunnen politieke aarzelingen zijn, van wat voor aard dan ook, die maken dat internationale maatregelen onvoldoende breed gedragen worden. Het kan evenwel ook zijn dat een essentiële deelnemer onvoldoende vertrouwen heeft in bijvoorbeeld de onpartijdigheid of de kwaliteit in het algemeen van een internationale rechter. Dit is voor de Verenigde Staten het geval bij het Internationale Strafhof, dat meer structureel misdaden tegen de menselijkheid en dergelijke zou moeten berechten. Terwijl het voor Nederland voor de hand ligt de traditionele leidende rol bij de uitvoering van dergelijke initiatieven voort te zetten, gaat de (sterke) Amerikaanse voorkeur uit naar afhandeling in eigen beheer, overigens wel met toepassing van het universaliteitsbeginsel in het strafrecht, dat landen het recht geeft bepaalde misdrijven te berechten ongeacht de locus delicti of de nationaliteit van de dader.

In wezen gaat het dan weer om een zaak van inrichting van de interne rechtsorde. Had Afghanistan een goed functionerende rechtsstaat gehad, dan zou het niet mogelijk zijn geweest de aanslagen van daaruit te beramen (dat de feitelijke voorbereiding voor een groot deel in en vanuit westerse landen heeft plaatsgevonden, is bekend). Hadden zij toch plaatsgevonden, dan zou berechting aldaar een vanzelfsprekende zaak zijn geweest. Deze verwevenheid en onderlinge onafhankelijkheid van nationale samenlevingen ziet men ook heel scherp op het economische vlak, waar de ontwikkeling van de ene economie directe gevolgen heeft voor de andere. Hetzelfde geldt ook voor de bestrijding van de milieuverontreiniging of de georganiseerde criminaliteit: geen land is meer in staat op eigen kracht de nodige resultaten te bereiken; de ozonlaag en het klimaat vereisen een wereldwijde inspanning. Om die reden heeft de WRR in zijn rapport *Goed bestuur en ontwikkelingssamenwerking* (2001a) ook geconcludeerd dat er een zodanige onderlinge afhankelijkheid tussen staten bestaat, dat het voor ieder land van belang is te verlangen dat de rechtsorde elders in de wereld aan bepaalde minimale eisen voldoet. Gebeurt dat niet, dan heeft dit directe negatieve effecten op andere staten, bijvoorbeeld in de vorm van criminaliteit, milieuverontreiniging, immigratiestromen, economische malaise en bedreigingen voor de volksgezondheid. Men kan niet anders zeggen dan dat de terroristische aanslagen een onvermoede en uiterst trieste illustratie zijn van het belang dat de wereldgemeenschap heeft bij de interne orde binnen ieder land.

Tot op zekere hoogte valt hier een vergelijking te trekken met de uitbreiding van de Europese Unie. Ook daarbij is gebleken dat de kwaliteit van recht en bestuur in de toetredende landen een cruciale factor is bij het slagen van de toetreding. Nu gaat het bij het uitbreidingsproces om een veel hechtere samenwerking tussen staten dan men in het algemeen in de wereld aantreft. Maar het feit dat hier zelfs in landen met een lange geschiedenis van functionerende bestuursstructuren en hoge opleiding een kernprobleem ligt, kan illustreren dat veel slechter functionerende systemen van recht en bestuur een ernstige belemmering vormen voor een zich ontwikkelende internationale samenwerking; een samenwerking die onmisbaar is bij de bestrijding van het terrorisme, maar ook op tal van andere terreinen.

## 3.5 CONCLUSIES

### 3.5.1 ALGEMEEN

De rechtsstaat impliceert een subtiele combinatie van aan de ene kant beperking van staatsmacht en aan de andere kant inzet van die macht, teneinde individuele vrijheden te ontzien en deze een reële betekenis te geven. De uitwerking van de eisen waaraan hiertoe moet worden voldaan, is traditioneel toegespitst op de nationale staat. Stilzwijgende veronderstellingen hierbij zijn dat de staat het laatste woord kan spreken, de beslissende stem heeft, én dat dat woord in vrijheid kan worden gekozen, uiteraard met inachtneming van geldende procedures. In de vorige paragrafen zijn verschillende ontwikkelingen geschetst die de veronderstelling steeds minder realistisch maken dat de rechtsstatelijke kwaliteit van het bestaan binnen het gebied van een bepaalde staat uitsluitend afhangt van de organen van die nationale staat. Tot op zekere hoogte is het altijd al een fictie geweest; gebeurtenissen elders en grensoverschrijdende contacten hebben immers altijd bestaan en invloed gehad. Ook afspraken tussen staten zijn allerm minst nieuw, en het nakomen van hieruit voortvloeiende verplichtingen kan ertoe leiden dat de binnenlandse beleidsautonomie, de interne soevereiniteit, wordt beperkt. De laatste vijftig jaar zijn de invloeden van buiten enorm in omvang toegenomen, komen steeds meer internationale rechtsregels tot stand die hier met voorrang gelding hebben, en zijn zelfs bevoegdheden aan supranationale organisaties toegekend om dergelijke regels vast te stellen; internationale rechters spelen een rol bij de uitleg en toepassing van dergelijke regels. De exclusiviteit van het nationale rechtsstelsel is definitief doorbroken en er is alle reden om te veronderstellen dat de ontwikkelingslijn zich versterkt zal voortzetten. Er is inmiddels een ingewikkelde opeenvolging van feitelijke en juridische ontwikkelingen die moeilijk te stuiten is: steeds meer zaken, ook buiten het verkeer in de ruimste zin, krijgen een grensoverschrijdend karakter. Voorbeelden zijn milieuproblemen en terroristische acties. Dit leidt tot nieuw internationaal recht, variërend van handelsverdragen tot regels inzake Veiligheidsraadacties, hetgeen weer leidt tot nieuwe activiteiten over grenzen heen. ‘Veeltoppigheid’ en ‘netwerken van rechtsontwikkeling’ (Hirsch Ballin 1999) zijn enkele aanduidingen van de juridische kant van de nieuwe situatie.

### 3.5.2 DE NEDERLANDSE RECHTSSTAAT

Als we ons in eerste instantie beperken tot de gevolgen die vooral de juridische verschijnselen hebben voor de Nederlandse rechtsstaat, dan kunnen deze als volgt worden samengevat:

- 1 Versterking van de positie van de rechter in vergelijking met die van het bestuur en vooral die van de wetgever (de uitleg van elders vastgestelde regels met rechtstreekse werking en voorrang boven het nationale recht is aan de rechter voorbehouden, zij het bij EVRM en EU met een beslissende stem bij zijn internationale collega).

- 2 Verzwakking van de positie van de Nederlandse wetgever, niet alleen in relatieve maar ook in absolute zin, doordat bevoegdheden verschuiven naar internationale organen.
- 3 Verzwakking van de positie van het parlement en versterking van die van de regering. Voorzover Nederland invloed heeft op de hier geldende regels die buiten Nederland worden vastgesteld, wordt die invloed niet uitgeoefend volgens de lijnen die binnen de Nederlandse rechtsstaat gelden. Het is niet de wetgever, maar de regering die hier in hoofdzaak voor zorgt. Ook de verantwoordingsplicht jegens het parlement krijgt daarbij minder inhoud, omdat de ondoorzichtige aard van de internationale besluitvorming belemmerend werkt. De rol van ambtenaren in het onderhandelingsproces lijkt op onderdelen relatief erg groot.
- 4 Versterking van de (rechtsstatelijke) positie van de burger waar de bescherming van zijn (grond)rechten wordt verbreed en verdiept, maar verzwakking waar hij te maken heeft met wetgeving (en afgeleid: bestuur) die, in elk geval materieel, minder democratisch gelegitimeerd is dan nationale voorschriften.

Deze verschijnselen moeten om verschillende redenen in een meer algemeen perspectief worden geplaatst. Zo kan er moeilijk volledig voorbij worden gegaan aan de onvermijdelijkheid maar ook de voordelen van internationalisering. Het recht speelt een beperkte rol bij het optimaliseren van de voordelen en bij het beperken van grensoverschrijdende problemen. Het gaat dan al lang niet meer alleen om internationale handel en conflicten tussen staten, maar ook om bijvoorbeeld de verheffing van grondrechten tot universele mensenrechten en de aanpak van milieuproblemen en vormen van criminaliteit op de juiste, boven-nationale, schaal. Niet oninteressant is ook dat het ontstaan van meer machts- en rechtsbronnen kan worden gezien als uitbreiding van een aspect van de klassieke triasgedachte, namelijk de spreiding van macht, en hierdoor verkleining van de kans dat de burger aan willekeurige machtsuitoefening wordt onderworpen.

In de tweede plaats wordt de verschuiving van verhoudingen en bevoegdheden in veel gevallen (vooral in de EU, maar bijv. ook bij het EVRM) gemitigeerd door Nederlandse staatsorganen in te schakelen bij de nadere formulering, toepassing, interpretatie en handhaving van veel internationale regels. Het einde van de nationale staat is nog niet in zicht; niet door globalisering (Koch 1997; Sassen 1999; Wolf 2001) en evenmin door de EU.

Belangrijkere redenen om de consequenties voor de nationale rechtsstaat te relativeren zijn gelegen in het karakter van die rechtsstaat zelf. De nationale rechtsstaat is immers een verschijnsel dat vóór de negentiende eeuw praktisch onbekend was en dat in de praktijk uiteenlopende vormen kan aannemen. De instituties, rechten en verhoudingen die nu kenmerkend zijn voor de Nederlandse rechtsstaat kunnen geen aanspraak maken op onfeilbaarheid of eeuwigheidswaarde. Veel belangrijker zijn de achterliggende doelstellingen: bescherming van individuele vrijheid, bescherming tegen willekeur, bevordering van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

Niet alleen zijn deze waarden van een hoger abstractieniveau, ook spelen zij al (veel) langer een prominente rol in het rechtsdenken dan de nationale rechtsstaat.

Deze laatste gedachten zijn onder meer onderbouwd en uitgewerkt bij Witteveen et al. (2002). In deze publicatie wordt tevens aangegeven hoe de uitwerking van deze waarden in de nationale rechtsstaat weer kan dienen als inspiratiebron om ze ook in andere verhoudingen dan die tussen nationale staat en burger tot hun recht te laten komen: rechtsstatelijkheid, uitgewerkt in rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven. Dat in deze benadering een aanzet zit om te compenseren voor rechtsstatelijke tekorten die kunnen ontstaan doordat nationale waarborgen ontbreken, is echter duidelijk. De burger en de rechtsstatelijke kwaliteit ‘van zijn bestaan’ worden in deze benadering centraal gesteld: bepaalde waarborgen zijn niet alleen van belang in de verhouding burger-nationale staat, maar ook in andere (ongelijke) verhoudingen, zo is de gedachte. Er is overigens een groeiende betekenis te constateren van transnationale netwerken van burgers (‘Global Issues Networks’).

Uiteraard levert een en ander geen maatstaven op die de nationale staat eenzijdig zou moeten hanteren in het internationale (rechts)verkeer, bijvoorbeeld als criteria bij de besluitvorming door supranationale organen. Bij de formulering van de inzet van de onderhandelingen over bijvoorbeeld de verdere inrichting van de EU kunnen zij echter waarde hebben. Wanneer iets grote voordelen heeft, betekent dit immers niet dat de gebreken voor lief genomen moeten worden. Outputlegitimatie kan niet stelselmatig tekorten in de democratische kwaliteit van de besluitvorming compenseren, en is bovendien ‘slechts’ een politiek en geen rechtsstatelijk argument.

De vraag is nu of er aanleiding bestaat om hieruit consequenties te trekken voor de Nederlandse arrangementen. Moet het toetsingsverbod van de rechter bijvoorbeeld worden afgeschaft? De Nederlandse Grondwet wordt immers gemarginaliseerd indien daaraan niet en aan allerlei internationaal recht wel kan worden getoetst. En is het wenselijk en mogelijk de Nederlandse inbreng bij de internationale besluitvorming zo te organiseren dat het parlement meer invloed krijgt?

### 3.5.3 DE INTERNATIONALE RECHTSORDE

In de vorige subparagrafen lag het accent op de consequenties voor de nationale rechtsstaat, om de eenvoudige reden dat deze ons beginpunt vormde. Tegelijk werd echter duidelijk dat het op bovennationaal niveau voorlopig niet mogelijk is een constructie te ontwikkelen die kwalitatief vergelijkbaar is met de nationale rechtsstaat. Hoewel de afhankelijkheid van buiten Nederland uitgeoefende overheidsmacht steeds verder toeneemt, blijft de nationale staat vooralsnog het belangrijkste ankerpunt van de rechtsorde, ook van de internationale. Tegelijk maakt die afhankelijkheid het van essentiële betekenis dat de beginselen van de rechtsstaat ook buiten Nederland worden gegarandeerd. Alleen wanneer alle staten als rechtsstaten functioneren, is een goede internationale rechtsorde

mogelijk en alleen dan kan rechtsstatelijkheid in internationaal verband naderbij worden gebracht.

Voor de internationale rechtsontwikkeling heeft de nationale staat als ankerpunt een geheel andere betekenis dan vroeger. In de huidige tijd moet hierbij niet zozeer de soevereiniteit van de staat centraal staan, maar juist zijn verplichting om als scharnierpunt in het internationale rechtssysteem te voldoen aan de kwaliteitsmaatstaven van de rechtsstaat. Beide punten worden hier samengevat en waar nodig uitgewerkt.

### ***De nationale staat als ankerpunt***

De nationale staat is ook in de toekomst essentieel voor de rechtsstatelijkheid. Zonder een goed werkende nationale rechtsstaat kan de internationale rechtsorde niet op een behoorlijk peil komen. Voor dit standpunt zijn verschillende argumenten aan te voeren.

In de eerste plaats veronderstellen bijna alle internationale rechtsregels en rechtsinstituten dat er nationale rechtssystemen zijn die hen ondersteunen. De erkenning dat het internationale recht boven het nationale gaat, is van groot belang omdat de nationale rechtssystemen een belangrijke rol blijven spelen bij het tot gelding brengen van internationaal recht. Wanneer internationale rechtsregels afdwingbaar zijn – hetgeen in veel gevallen niet op de bij het recht passende wijze mogelijk is –, dan spelen rechtssystemen van de landen daarbij vaak een belangrijke rol.

Een tweede argument betreft het feit dat overheden van staten in steeds sterkere mate direct met elkaar moeten samenwerken. Criminaliteit, veiligheid, milieu en economisch verkeer vergen intensieve relaties tussen allerlei autoriteiten. De mate waarin rechtsstatelijke eisen elders worden gehonoreerd, kan daarbij van cruciaal belang zijn. Krijgen mensen die elders worden verdacht geen eerlijk proces of zijn overheden corrupt, dan is dat niet goed mogelijk. De huidige behandeling van terroristen – ook door de rechtsstaat Amerika – laat zien dat de strijd tegen terrorisme juist ook rechtsstatelijke garanties nodig maakt.

Een derde argument heeft te maken met de basis van de internationale rechtsorde. Deze kan alleen een duidelijke vorm van legitimiteit verkrijgen indien zij gebaseerd is op een vorm van (h)erkenning door de afzonderlijke landen. In een land zonder rechtsstatelijke traditie en praktijk zal die er niet zijn. Men weet immers niet uit eigen ervaring waar het om gaat, bestaande machthebbers of structuren zullen zich door de uitgangspunten bedreigd kunnen voelen, en men mist juristen en een rechtsbedrijf dat in de samenleving geaccepteerd is. De intellectuele basis om een behoorlijke rechtsorde te accepteren ontbreekt dan. Dat betekent dat men geen bijdrage aan de internationale rechtsorde kan leveren en in wezen ook niet weet hoe dat zou moeten.

### ***Rechtsstatelijke eisen aan de nationale staat***

De belangrijke plaats die de staat in het rechtssysteem zal blijven innemen, gekoppeld aan het feit dat landen onderling afhankelijk zijn van elkaars instituties, betekent dat het een gemeenschappelijk belang wordt om eisen van rechtsstatelijkheid te stellen aan iedere staat afzonderlijk. Dat is tevens nodig om een legitieme grondslag te blijven bieden aan de internationale rechtsorde. Vanaf het midden van de vorige eeuw is een ontwikkeling in deze richting te bespeuren geweest. Het garanderen van mensenrechten in de Universele Verklaring is een duidelijk markeringspunt, terwijl in Europa het EVRM niet alleen grondrechten vastlegde maar – door de instelling van een, direct voor burgers toegankelijk, onafhankelijk rechtscollege – ook zorgde voor een handhavingmechanisme dat aan rechtsstatelijke kwaliteitseisen voldeed. Hiernaast zijn er vele andere initiatieven genomen om rechten van burgers ook in internationale arrangementen vast te leggen.

In het laatste decennium is hieraan een nieuwe dimensie toegevoegd. Door de crisis op de Balkan, en nog sterker door de terroristische aanslagen op 11 september 2001, is de gedachte ontstaan dat de internationale gemeenschap eisen moet stellen aan de nationale rechtsorde. Deze gebeurtenissen staan immers niet op zichzelf; zij zijn een bevestiging van het feit dat eilanden van rechtsstatelijkheid in een niet-rechtsstatelijke wereld kwetsbaar zijn en uiteindelijk in hun bestaan kunnen worden bedreigd. In elk geval zijn zij steeds minder zinvol, omdat de kwaliteit van de rechtsstaat in ieder land gevolgen heeft voor de rechtsstatelijkheid elders; rechtsstatelijkheid in Nederland kan dus niet verzekerd worden zonder rechtsstatelijkheid in de landen buiten Nederland en in de internationale rechtsorde.

### ***Legitimiteit van het stellen van eisen aan de nationale staat***

De eisen aan rechtsstatelijkheid die vanuit de internationale gemeenschap aan iedere nationale staat worden gesteld, moeten uiteraard in overeenstemming zijn met de rechtsstatelijke uitgangspunten, willen zij legitimiteit bezitten. Voor de eisen geldt daarom dat zij algemeen moeten gelden én uitvoerbaar moeten zijn.

#### **a De eisen moeten algemeen gelden**

De essentie van de rechtsstaat is dat juist ook de machtigste partij, de staat, onderworpen is aan het recht. Wil men de rechtsstaat verdedigen, dan moet men zichzelf ook aan het recht onderwerpen. Het is dan ook onvermijdelijk dat eisen die worden gesteld en sancties die kunnen worden opgelegd, niet eenzijdig gericht zijn tegen specifieke landen, maar een algemeen karakter hebben. In dat opzicht is het dringend noodzakelijk dat de internationale rechtsorde verder wordt uitgebouwd, want aan rechtsstatelijke eisen wordt vaak in het geheel niet voldaan. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in het feit dat de Verenigde Staten alleen grondrechten lijken toe te kennen aan de eigen staatsburgers en niet aan personen die elders gevangen genomen zijn; ook willen de VS niet meewerken aan het Internationale Strafhof.

Ook kan worden gedacht aan de discussie over de vraag of het aanvaard is dat rechtsstatelijke normen worden opgelegd aan niet-westerse landen. Dat zou een vorm van westers imperialisme zijn, waarbij normen worden opgelegd die niet zouden stroken met andere culturele tradities. Dit laatste argument moge juist zijn, maar kan geen rechtvaardiging zijn voor het willen handhaven van normen die zijn ontwikkeld voor een omgeving die geheel anders is dan die van een globaliserende wereld. Hoewel over de inhoud van de normen kan worden gesproken, moet het verdedigen en uitdragen van rechtsstatelijke uitgangspunten eerder als een opdracht en een verworvenheid van de westerse wereld worden gezien dan als iets waarvoor men zich moet rechtvaardigen.

De weerstand tegen de westerse rechtsstatelijke normen wordt wellicht het sterkst gevoed door de onoprechtheid waarmee zij worden opgelegd. Indien zij niet het karakter hebben van algemeen geldende, wederzijds erkende normen die voor allen gelden, maar worden opgelegd door de meest machtige partij, hebben zij niet het karakter van rechtsstatelijkheid, waaraan zij in wezen toch hun rechtvaardiging moeten ontleen. Ditzelfde geldt wanneer de handhavingsmechanismen het karakter van eenzijdigheid in zich dragen. De eisen van rechtsstatelijkheid die vanuit de internationale rechtsorde moeten worden gesteld, kunnen dan ook uitsluitend gerechtvaardigd worden indien die eisen ook in de internationale rechtsorde worden gerespecteerd.

b De eisen moeten uitvoerbaar zijn

In landen met een rechtsstatelijke traditie realiseert men zich vaak onvoldoende dat het niet alleen op onwil kan stuiten, maar ook op onuitvoerbaarheid als aan een land rechtsstatelijke eisen worden gesteld op het punt van recht en bestuur. Beide kunnen bovendien samenhangen. Een land dat geen traditie kent met betrekking tot een behoorlijke rechtsorde, kan zich immers niet goed voorstellen wat dat betekent. Bovendien is het land zeker niet in staat die rechtsorde binnen een overzienbare termijn en op eigen kracht te realiseren. Bestaat er bijvoorbeeld geen onafhankelijke rechterlijke macht – toch een basisbeginsel van rechtsstatelijkheid –, dan is er ook geen juridische opleiding die daarvan uitgaat en zijn er geen juristen die als rechter of als advocaat kunnen optreden of die voor de nodige wetgeving kunnen zorgen. Het uitoefenen van politieke druk of het dreigen met verdergaande sancties kan dan op zichzelf nooit het verlangde resultaat opleveren.

Hier moeten de ervaringen die zijn opgedaan in het kader van de onderhandelingen over de toetreding van landen uit Midden- en Oost-Europa tot de Europese Unie, de ogen hebben geopend. Hoewel in die landen sprake is van een hoge graad van scholing en er wel degelijk een zekere traditie op juridisch gebied bestond, wordt inmiddels erkend dat het nog wel een generatie kan duren voordat een goed functionerend rechtsstatelijk stelsel is bereikt; dit ondanks de grote investeringen vanuit de EU in het kader van de hulpverlening. De eisen die daar worden gesteld, liggen weliswaar veel hoger dan hetgeen men op een meer mondiale schaal kan verlangen, maar het voorbeeld toont aan dat het van een



grote naïviteit getuigt indien men denkt dat in minder ontwikkelde landen een behoorlijke rechtsorde kan worden bereikt door deze alleen maar te eisen. Ook als men het daar zou willen, zou het in ieder geval niet bereikt kunnen worden zonder langdurige en intensieve steun van andere actoren in de wereld, en hun goede voorbeeld.

## NOTEN

- <sup>1</sup> Hiermee zijn vooral enkele klassieke twistpunten beslecht: moeten de regels en besluiten worden omgezet dan wel verwerkt in nationaal recht of geldt de ‘monistische leer’ en gaan zij ook voor tegenover *latere* nationale wetten?
- <sup>2</sup> Volkenrechtelijk gezien zou dit tegenover de klager *restitutio in integrum*, herstel van de oorspronkelijke toestand, betekenen (Lawson 2000: 21), naast de algemene verplichting om het nationale rechtssysteem zo nodig aan te passen.
- <sup>3</sup> In de zaak X en Y tegen Nederland, EHRM 26 maart 1985 (Series A vol. 91), werd schending van artikel 8 EVRM geconstateerd doordat noch het indertijd minderjarige slachtoffer noch haar vader een klacht kon indienen wegens seksueel misbruik van het geestelijk gehandicapte meisje in het tehuis waar zij verbleef. De lacune in de wet (art. 64, eerste lid, oud, van het Wetboek van Strafrecht) is kort na deze uitspraak weggewerkt.
- <sup>4</sup> Het dualisme, dat in de meeste Europese landen geldt, brengt met zich mee dat de internationale regel eerst tot nationaal recht getransformeerd moet zijn. Dit is, om misverstand te vermijden, niet zonder meer een uiting van geringere ontvankelijkheid voor internationale regels, maar houdt mede verband met de mogelijkheid in eigen land te controleren of de toepassing overal juist geschiedt; dit kan op zijn beurt van belang zijn vanwege de staatsaansprakelijkheid voor nakoming van internationale rechtsverplichtingen (Kooijmans 2000: 74 e.v.).
- <sup>5</sup> Op de vraag naar ‘de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, in het bijzonder met betrekking tot het EVRM, wordt onder meer ingegaan bij Martens (2000a), en meer in het algemeen in hoofdstuk 7 van dit rapport.
- <sup>6</sup> Zie voor een uitvoeriger overzicht Klerk en Janse de Jonge (1997).
- <sup>7</sup> Genoemd en gepreciseerd worden: onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak, openbaarheid en rechterlijke behandeling en uitspraak, het recht op tegenspraak/de rechten van de verdediging, en de motiveringsplicht van de rechter (blz. 12-13).
- <sup>8</sup> Aangenomen naar aanleiding van het Kostovski-arrest, EHRM 20 november 1989, serie A vol. 166.
- <sup>9</sup> Zie hierover uitvoerig Spronken (2000).
- <sup>10</sup> De auteur vermeldt vervolgens teleurgesteld een recente uitspraak van het EHRM waarin artikel 6 vanwege *la souveraineté de l’État* niet van toepassing werd geacht op relaties die de *puissance publique* betreffen (EHRM 8 december 1999, Pellegrin-Frankrijk, nr. 28541/95).
- <sup>11</sup> Deze opstelling, die niet onbetwist is, heeft een Nederlandse rechter zelfs tot de uitspraak verleid dat bepaalde nietrechtstreeks werkende EG-regels voorrang hebben boven nationale, vanwege het enkele feit dat het Hof van Justitie ook die voorrang zou hebben uitgesproken. De spanning die zo met artikel 93 van de Grondwet ontstaat is een nog onopgelost probleem. Zie Afdeling bestuursrecht-spraak Raad van State 7 juli 1995, AB 1997: 117, en Van der Pot-Donner (2001: 602).
- <sup>12</sup> Interessant zijn enkele indirecte invloeden van de Europese regelgeving, met name richtlijnen, die Mortelmans noemt, in navolging van het jaarverslag van de Raad van State. Vermeld wordt de ‘sluipende vergemeenschappelijking van tot

dan toe nationale begrippen' door verwerking van richtlijnen in bestaande nationale wetgeving, en spontane harmonisatie door aansluiting van Nederlandse wetgeving (bijv. de Mededingingswet) bij het EG-recht.

<sup>13</sup> E. Mastenbroek, geciteerd in Eijsink (2001).

<sup>14</sup> Intern heeft de staat terrein prijs moeten geven, daardoor ook extern, en in een enkel geval (internationale handel) is de externe soevereiniteit zelfs expliciet naar de EG overgegaan.

<sup>15</sup> Indirect lijkt het EVRM toch betekenis te hebben sinds het EHRM in twee uitspraken van 18 februari 1999 heeft uitgemaakt dat een staat ook na overdracht van bevoegdheden aan een internationale organisatie voor naleving van het verdrag moet instaan. In de zaak Matthews-VK, 28541/95, werd zo de regeling die inwoners van Gibraltar uitsluit van EU-verkiezingen in strijd geacht met artikel 3 EVRM; Hirsch Ballin leest hierin een opdracht aan de Raad van de EU de regeling te herzien.

<sup>16</sup> Beter Nederlands maar ongebruikelijk is de term 'mondialisering'. 'Internationalisering' is een ander alternatief, maar wijkt niet alleen semantisch af. Hout en Sie Dhian Ho (1997: 3) verstaan hieronder 'de intensivering van het grensoverschrijdende economische, politieke, sociale en culturele verkeer'. Overigens heeft globalisering bij sommigen niet alleen een feitelijke, empirische strekking, maar ook een normatieve (meestal in positieve zin).

<sup>17</sup> Van een compenserende democratisering van de organisatie van grote ondernemingen is geen sprake, aldus Sassen, integendeel. Centrale functies en coördinatie blijken juist sterk geconcentreerd te worden. Dit gebeurt dan vooral daar waar de meeste deskundigheid al is, in hoogontwikkelde landen en daarbinnen in een beperkt aantal (wereld)steden. Er ontstaat een aparte categorie van zakelijke dienstverleners – veel wordt aan specialisten uitbesteed –, die ook door Farazmand wordt onderkend (en bij hem wordt aangeduid als 'global soldiers' of 'corporate mercenaries').

<sup>18</sup> Er is nog een vierde manier om de positie van de staat in dit verband te bezien, namelijk door de aandacht toe te spitsen op de mogelijkheden om het 'weglekkende binnenlandse handelingsvermogen' te compenseren. Het breedste en meest geslaagde voorbeeld van een dergelijke poging is de EU.

<sup>19</sup> Zie over de interessante combinatie van multinationals en, niet langer vrijblijvende, gedragscodes over het respecteren hunnerzijds van de rechten van de mens: Van Genugten (2000).



## 4 INDIVIDUALISERING, BURGERSCHAP EN RECHTSSTAAT

### 4.1 INLEIDING

De rechtsstaat wordt niet alleen permanent beïnvloed door externe ontwikkelingen op het gebied van de internationalisering, maar ook door interne ontwikkelingen die verwijzen naar het individualiseringsproces<sup>1</sup> en de diversificatie van het burgerschap. Individualisering komt tot uitdrukking in een relatieve verzelfstandiging van individuen ten opzichte van hun directe sociale omgeving.

De intensiteit waarmee dit proces zich voordoet varieert per individu.

Bovendien kan het zich bij ieder individu verschillend manifesteren in uiteenlopende facetten van het dagelijkse leven. Individualisering is bijvoorbeeld waarneembaar in gezinnen, bij de arbeidsverhoudingen, binnen affectieve relaties en in de vrijetijdsbesteding. In het openbare leven tekent dit proces zich af bij veranderingen in politieke of sociale participatie, de omgang tussen burgers en beleidsmakers of uitvoerders van beleid, of de omgang tussen burgers onderling.

Wat de verhoudingen tussen burgers en overheid betreft, manifesteert het individualiseringsproces zich vooral via een zekere mate van normatieve verzelfstandiging van burgers ten aanzien van het vormgeven van publieke belangen door de overheid. Deze verzelfstandiging komt tot uitdrukking in uitbreiding van het aantal publieke rollen van burgers. Zij manifesteren zich niet alleen als *kiezer* of als *onderdaan*, maar ook als *coproducent van beleid* en *klant* (Tops en Zouridis 2000). Tussen burgers bestaat variatie in de rollen die zij vervullen, bovendien varieert de intensiteit waarmee zij dat doen. Ze hanteren daarbij bovendien verschillende burgerschapstijlen, die variëren van *actief*, *afwachtend*, *afhankelijk* tot *afzijdig* (vgl. Motivaction 2001; Commissie-Wallage 2001; Van den Brink 2002). De differentiatie van publieke rollen en de verdere ontwikkeling van daarmee samenhangende burgerschapstijlen, zijn volgens de raad tezamen te interpreteren als verdergaande diversificatie van burgerschap. Burgerschap wordt daarbij empirisch opgevat als *de concrete invullingen die burgers op basis van hun rechten en plichten geven aan hun interacties met de overheid bij de vormgeving van publieke belangen*.

In dit hoofdstuk wordt diversificatie van burgerschap nader beschreven en geïnterpreteerd vanuit de context van het individualiseringsproces in de afgelopen vier decennia. Uiteraard kan daar alleen in hoofdlijnen op worden ingegaan. Wat zijn de belangrijkste kenmerken van individualisering en diversificatie van burgerschap? Bij het beantwoorden van deze vraag wordt een sociologische invalshoek gehanteerd, die het perspectief van burgers en hun invulling van burgerschap centraal stelt. Door beide processen aan elkaar te relateren, ontstaat een beeld van de permanente interne maatschappelijke onderstroom die de rechtsstaat beïnvloedt. Daarbij zijn drie gevolgen zichtbaar: een toenemende interactie tussen burgers en overheid bij de vormgeving van publieke belangen, problemen met hiërarchische sturing door de overheid bij interacties met

burgers, en ten slotte een verschuiving van ‘inputlegitimatie’ naar ‘outputlegitimatie’. Deze gevolgen wijzen op de noodzaak om de wederkerigheid in de verhoudingen tussen burgers en overheid te versterken via een herverdeling van verantwoordelijkheden. Dit kan echter consequenties hebben voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel door publiekrechtelijke uitvoeringsorganisaties.

De indeling van dit hoofdstuk is als volgt. Paragraaf 4.2 geeft een summier analyse van de belangrijkste kenmerken van het individualiseringsproces in de afgelopen vier decennia. Paragraaf 4.3 vertaalt deze kenmerken naar de verdergaande diversificatie van het burgerschap, zoals die zich vanaf de jaren zestig van de twintigste eeuw heeft voorgedaan. Paragraaf 4.4 onderzoekt in hoeverre deze ontwikkelingen algemene gevolgen hebben voor het functioneren van de rechtsstaat. Specifieke gevolgen komen direct en indirect in de hoofdstukken 6 tot en met 9 van dit rapport ter sprake.

## 4.2 KENMERKEN EN ACHTERGRONDEN VAN INDIVIDUALISERING SINDS 1960

### 4.2.1 DEFINITIE VAN HET INDIVIDUALISERINGSPROCES

Veel westerse samenlevingen, waaronder Nederland, zijn na de Tweede Wereldoorlog aanzienlijk veranderd. Dit gebeurde onder andere als gevolg van het individualiseringsproces, dat zich sinds de jaren zestig van de vorige eeuw grootschaliger en intensiever manifesteerde dan voorheen. Het beschrijven van dit proces is problematisch, doordat het begrip individualisering zowel verwijst naar feitelijke sociale veranderingen als naar een idee met vele betekenissen en normatieve ladingen die zich gedurende meerdere eeuwen hebben gevormd (Bussemaker 1998: 18). In dit hoofdstuk zal het individualiseringsproces als een serie feitelijke sociale veranderingen worden opgevat. Algemene karakteristieken van deze veranderingen zijn te ontleen aan Jansweijer (1987: 9). Ten eerste verschuiven economische en normatieve afhankelijkheden van de directe sociale omgeving (zoals partners, ouders, burens, de pastoor) naar anoniemere collectieve verbanden (zoals werkgevers, verzekeraars, overheid), waarbij meer sprake is van partiërelere relaties. Ten tweede ontstaan er als gevolg van de verschuivende afhankelijkheden meer evenwichtige machtsverhoudingen tussen individuen en hun directe sociale omgeving. Daarbij vermindert niet zozeer de invloed, maar wel het sturend vermogen van die omgeving.

Bij deze karakteristieken is een aantal opmerkingen te maken. Ten eerste is er nadrukkelijk sprake van een *verschuiving* van individuele afhankelijkheden. De afhankelijkheden worden daarbij niet kleiner, maar wel sterker gespreid. Ten tweede variëren deze verschuivingen in zowel materieel als normatief opzicht, vanwege verschillen in persoonlijke omstandigheden. Uit een studie van De Feijter (1991: 180) blijkt bijvoorbeeld dat keuzevrijheden van individuen vooral worden bepaald door opleidingsniveau en levensovertuiging. Ten derde kunnen deze verschuivingen zich voor iedere persoon in andere facetten van het

dagelijks leven manifesteren. Mensen kunnen bijvoorbeeld financieel onafhankelijker worden van hun partner, terwijl ze tegelijkertijd buiten het gezin in een subcultuur verkeren die dusdanig strakke waarden en normen hanteert, dat noch de invloed noch het sturend vermogen veranderen. Ten vierde lijkt er bij een afnemend sturend vermogen van de directe omgeving sprake te zijn van grotere individuele keuzevrijheid en verruiming van keuzepatronen. Dit is slechts betrekkelijk, doordat materiële en normatieve afhankelijkheden niet verdwijnen maar verschuiven. Van der Stel (1999: 140) typeert dit als 'afhankelijkheid met meer vrijheidsgraden', terwijl het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP 1998: 3) spreekt van 'geclausuleerde autonomie'. De condities bepalen het speelveld waarbinnen ieder individu keuzes maakt en vormgeeft aan zijn of haar leven. Een voorbeeld zijn de stringente regels waar een bijstandsccliënt aan moet voldoen om een uitkering te krijgen. Ten vijfde is individualisering een proces dat op de lange termijn wordt bepaald door schoksgewijze ontwikkelingen die tijdsgebonden zijn. Een voorbeeld zijn de veelal egalitaire gezinsverhoudingen, die tegenwoordig gelden als een culturele verworvenheid, maar in de jaren zestig en zeventig allerm minst vanzelfsprekend waren.

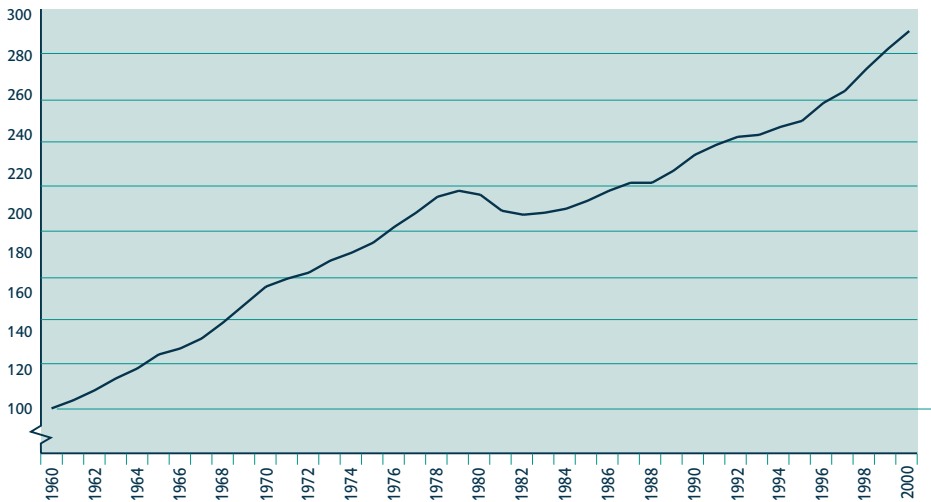
Met deze karakteristieken en opmerkingen in het achterhoofd, wordt het individualiseringsproces in dit rapport omschreven als *een relatieve materiële en morele verzelfstandiging van individuen binnen de marges die geboden worden door de collectieven waarvan men in toenemende mate afhankelijk is*. In de twee volgende subparagrafen zal specifiek worden ingegaan op de belangrijkste aspecten van dit verzelfstandigingsproces, door op macro-niveau te zoeken naar indicaties voor verschuivende afhankelijkheden en voor afnemend sturend vermogen van de directe sociale omgeving. Het betreft indicaties die de periode vanaf 1960 bestrijken, omdat het individualiseringsproces sindsdien zich breder en intensiever lijkt te manifesteren.

#### 4.2.2 INDICATIES VOOR VERSCHUIVENDE AFHANKELIJKHEDEN SINDS 1960

##### ***Veranderende economische afhankelijkheid***

Een eerste indicator voor verschuivende afhankelijkheden is zonder twijfel de naoorlogse economische modernisering, onder impuls van de macro-economische politiek gericht op welvaartsverhoging. Deze politiek heeft bijgedragen aan de sterke economische groei in de periode 1951-1973 en de daaraan gekoppelde toename en spreiding van welvaart (Schuyt en Taverne 2000: 42-45). Vooral de welvaartsstijging in de periode 1960-2000 is aanzienlijk geweest, getuige de verdrievoudiging van de consumptie per hoofd (zie figuur 4.1).

De spreiding van welvaart uit zich onder meer in de ontwikkeling van sociale grondrechten en de opbouw van collectieve verzorgingsarrangementen door de overheid. Dankzij deze maatregelen hebben ook economisch achtergebleven groepen kunnen meeprofiteren van de welvaartsstijging. De stijging en spreiding van welvaart onder de bevolking duiden op een grotere financiële onafhankelijkheid van veel mensen ten opzichte van hun directe sociale omgeving. Daar staat

**Figuur 4.1** Consumptie per hoofd van de bevolking 1960-2000 (1960=100)

Bron: CBS-statline, WRR-bewerking.

voor economisch achtergebleven groepen echter afhankelijkheid van uitkeringsinstanties tegenover.

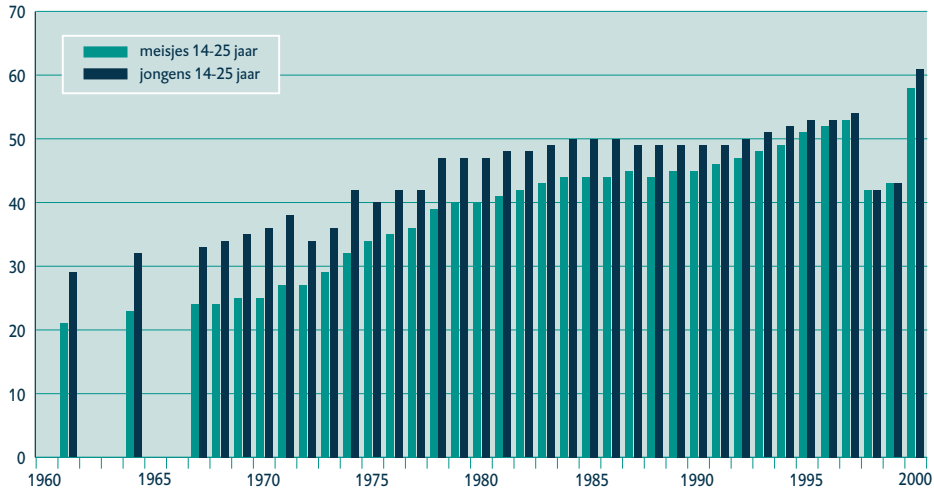
### ***Stijgende onderwijsdeelname***

Een belangrijke sociaal-culturele indicator voor verschuivende afhankelijkheden is de onderwijsdeelname. Voor de totale bevolking tussen 5 en 25 jaar geldt dat de onderwijsdeelname tussen 1960 en 1973 is gestegen, gevolgd door een periode van licht schommelende aantallen tot 1980, waarna uiteindelijk een daling is ingezet. Deze daling is te wijten aan de daling van het aantal 5-25-jarigen onder de bevolking sinds 1980 (WRR 1999: 259).

Binnen deze trend valt op dat in de periode 1961-2000 de onderwijsdeelname in het voltijdsonderwijs van zowel jongens als meisjes tussen de 14 en 25 jaar sterk is gestegen. Bij jongens was sprake van een stijging van 29 procent in 1961 naar 61 procent in 2000, terwijl bij meisjes de stijging nog sterker was, van 21 procent in 1961 naar 58 procent in 2000 (zie figuur 4.2).

Gesegmenteerd naar leeftijdsgroepen en onderwijssoort blijkt de deelname onder jongens en meisjes tezamen vooral bij 12-18-jarigen in het middelbaar onderwijs te stijgen. Hun deelname aan dit onderwijstype neemt toe van 30 procent in 1960 naar 51 procent in 1990, terwijl de onderwijsdeelname onder 18-25-jarigen in het HBO en WO tezamen groeit van 6 procent in 1960 naar 19 procent in 1990 (Selten 2001: 77).<sup>2</sup> Ook de duur van de onderwijsdeelname is gestegen. Het aantal twintigjarigen dat nog in opleiding is, is gestegen van 26 procent van de jongens onder het geboortecohort 1941-1950 naar 54 procent onder het geboortecohort 1961-1970. Bij de meisjes is er een aanwas van



**Figuur 4.2** Deelname aan voltijdsonderwijs onder 14-25-jarigen, 1961-2000 (percentages)

Gegevens voor de jaren 1962, 1963, 1965 en 1966 ontbreken. De cijfers zijn gecorrigeerd voor bevolkingsomvang in de desbetreffende leeftijdsgroep.

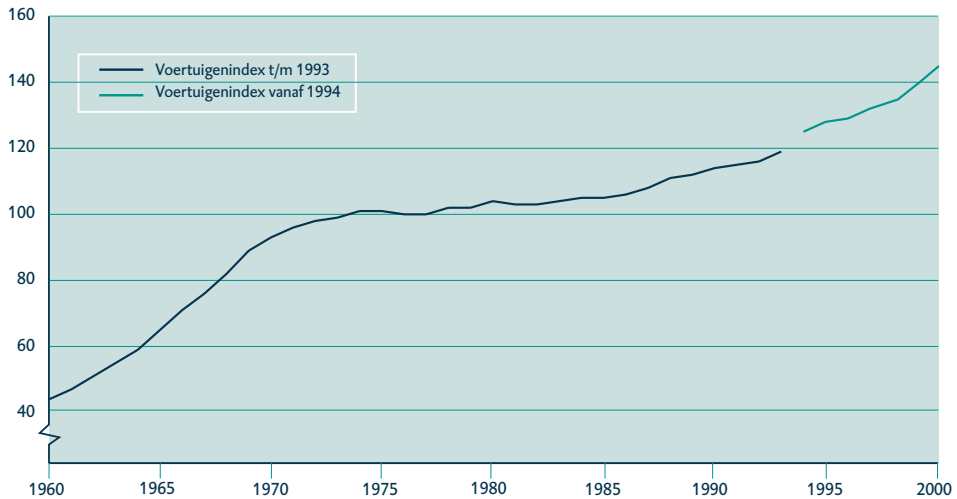
Bron: CBS-statline, WRR-bewerking.

14 procent naar 42 procent voor dezelfde geboortecohorten (Liefbroer en Dykstra 2000: 229).

De stijgende en deels stabiliserende onderwijsdeelname tot ongeveer 1980 en vooral de stijgende deelname binnen het middelbaar en hoger onderwijs in de afgelopen vier decennia, hebben tot gevolg dat veel jongeren bij het afronden van hun opleiding beter zijn toegerust voor de arbeidsmarkt. Ze kunnen betere banen krijgen en zich derhalve in materiële zin onafhankelijker van hun directe sociale omgeving gedragen dan jongeren in voorgaande generaties. Bovendien zijn ze op basis van hun hogere opleidingsniveau beter in staat om tot een onafhankelijke eigen oordeelsvorming te komen. Deze verschuiving van afhankelijkheden treedt vermoedelijk pas op na afronding van het opleidingstraject, omdat uit onderzoek blijkt dat jongeren die langer opleidingen volgen pas op latere leeftijd zelfstandig zijn ten opzichte van het ouderlijk gezin (Kronjee 1991). Bovendien zijn ze tijdens hun opleiding afhankelijk van de kwaliteit van het onderwijssysteem en van collectieve regelingen zoals studiefinanciering.

### **Toenemende mobiliteit**

Een tweede sociaal-culturele indicator voor verschuivende afhankelijkheden is de toenemende mobiliteit. Deze blijkt uit enkele gegevens van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) over verkeer en vervoer. Een belangrijke indicator is de toename van het voertuigenpark.<sup>3</sup> In de periode 1960-2000 is sprake van een ruime verdubbeling van het aantal voertuigen per hoofd van de bevolking (zie figuur 4.3).

**Figuur 4.3 Voertuigenindex (excl. fietsen) per hoofd van de bevolking, 1960-2000 (1977 = 100)**

Bron: CBS (1994: 107), BovagRai, WRR-bewerking.

De toenemende mobiliteit blijkt voor het voertuigenpark uit het stijgend gebruik van personenauto's voor woon-werkverkeer en particulier gebruik. In 1963 werd 11 procent van het gemiddelde jaarkilometrage van personenauto's verreden voor woon-werkverkeer, terwijl dit in 1999 was gestegen tot 28 procent (CBS 1994: 107; CBS infoservice). Voor particulier gebruik bedroeg het gemiddelde jaarkilometrage van personenauto's in 1963 23 procent, terwijl het in 1999 46 procent bedroeg.<sup>4</sup> Andere indicatoren voor de toenemende mobiliteit zijn de sterke stijging van het aantal treinreizen van 196 miljoen in 1960 naar 319 miljoen in 2001 en de stijging van het aantal reizigerskilometers per jaar van 7.821 miljoen kilometer in 1960 naar 14.788 miljoen kilometer in 2001 (CBS 1994: 105; NS).<sup>5</sup> De gestegen mobiliteit blijkt eveneens uit de toename van het passagiersvervoer via Schiphol. In 1960 reisden ongeveer 1,3 miljoen passagiers via Schiphol, terwijl dat er in 2001 ruim 39,3 miljoen waren (CBS 1994: 110; CBS infoservice). Ten slotte blijkt de gestegen mobiliteit uit het aantal vakanties binnen Nederland, dat steeg van 4,1 miljoen in 1969 naar 7,5 miljoen in 2000 en het aantal vakanties buiten Nederland dat steeg van 3 miljoen per jaar in 1969 naar 11,5 miljoen in 2000 (CBS-statline). Alle indicatoren voor stijgende mobiliteit laten zien dat mensen zich in toenemende mate richten op werk en vrijetijdsbesteding, kortom activiteiten buiten hun directe sociale omgeving. Dit suggereert dat men zich kennelijk minder sterk gebonden voelt aan de directe leefomgeving. De afhankelijkheid van al dan niet collectieve vervoersmiddelen en van goede infrastructuur neemt als gevolg hiervan echter toe.

### **Snellere informatieverspreiding**

Een derde belangrijke sociaal-culturele indicator voor verschuivende afhankelijkheden is de snellere informatieverspreiding. Deze hangt in de eerste plaats samen met innovaties in informatie- en communicatietechnologie en het maatschappelijk

gebruik dat daarvan wordt gemaakt. Uit recent onderzoek van De Haan en Huysmans (2002: 43, 45) blijkt dat het televisiebezit onder huishoudens al lange tijd op een hoog peil staat: 96 procent van de huishoudens bezat in 1975 ten minste 1 televisie, terwijl dit aandeel in 2000 gestegen was tot 99 procent. Het computerbezit stijgt sterk van 19 procent van de bevolking in 1985 naar 70 procent in 2000. De toegang tot het internet is toegenomen van 16 procent van de bevolking in 1998 naar 57 procent in 2001. Het zijn vooral de hoger opgeleiden die gebruikmaken van de computer en het internet (gestegen van 20% in 1985 naar 84% in 2000). Opvallend is de sterke stijging onder middelbaar opgeleiden van 22 procent in 1985 naar 78 procent in 2000.

Van den Brink (2002 en 2001) is van mening dat een stijgend gebruik van massamedia en internet leidt tot een snellere circulatie van meningen en inzichten. Al met al kan worden verondersteld dat steeds meer individuen op cognitief gebied meer informatie tot hun beschikking hebben en dat ze bovendien in toenemende mate in staat zijn om die informatie zelfstandig te verwerken en te wegen. Dit suggereert dat mensen voor informatie in afnemende mate afhankelijk zijn van hun directe omgeving en dat ze in toenemende mate afhankelijk zijn van collectieve informatiebronnen zoals de televisie en het internet.

#### 4.2.3 INDICATIES VAN AFNEMEND STUREND VERMOGEN SINDS 1960

##### *Veranderende opvoeding*

Een belangrijke sociaal-culturele indicator voor een afnemend sturend vermogen van de directe sociale omgeving zijn de veranderingen in de opvoeding. Uit recente studies door Van den Brink (2001 en 2002) blijkt dat ouders gemiddeld genomen hun opvoedingsinspanningen hebben geïntensiveerd. Dit is op te maken uit gegevens over veranderende beloningen en straffen die ouders hun kinderen de afgelopen vijf decennia hebben gegeven. Het belonen van kinderen als opvoedkundig middel wordt steeds vaker ingezet (58% van de gevallen in 1950 naar 86% in 1993). Ook het gebruik van straf als opvoedkundig middel is toegenomen (25% van de kinderen kreeg in 1950 helemaal geen straf, terwijl dit in 1993 nog slechts 10% was.) Daarbij ligt het accent minder op gehoorzaamheidsstraffen (een daling van 49% in 1950 naar 34% in 1993) en meer op straf wegens slecht gedrag (een stijging van 49% in 1950 naar 66% in 1993). De aard van de straf is minder vaak fysiek (gedaald van 76% in 1950 naar 51% in 1993) en steeds vaker mentaal (gestegen van 24% in 1950 naar 49% in 1993).<sup>6</sup>

Een belangrijk gevolg van deze intensivering van de opvoedingsinspanningen lijkt het ontstaan van meer gelijkwaardige verhoudingen tussen ouders en kinderen te zijn. Uit de studie van Van den Brink (2001) blijkt dat kinderen hun ouders bijvoorbeeld steeds minder met U hoeven aan te spreken (52% in 1965 naar 18% in 1996), hebben ze meer vrijheid in wat ze mogen lezen (48% van de achttienjarigen in 1965 tegen 86% in 1996) en mogen dochters van 20 steeds vaker zelf beslissen hoe laat ze thuishouden (17% in 1965 naar 47% in 1996). Dit duidt volgens Van den Brink op een toename van de eigen inbreng van kinderen en

jongeren en op een accentverschuiving in de richting van een meer egalitaire besluitvorming binnen het gezin. Het sturend vermogen van de ouders ten opzichte van de kinderen vermindert en er ontstaat een zekere morele verzelfstanding van de kinderen binnen het gezin.

### **Veranderende levensloop**

Een tweede sociaal-culturele indicator voor afnemend sturend vermogen is de naoorlogse differentiatie in levenslopen, die indiceert dat mensen zich minder sterk laten leiden door tradities. De levenslopen werden onder andere diverser door ontkoppeling van huwelijk en seksualiteit in de jaren zeventig, getuige de stijging van het ongehuwd samenwonen van 1,9 procent van de bevolking in de periode 1961-1965, naar 6,6 procent in de periode 1971-1975 en ten slotte naar 29,5 procent van de bevolking in de periode 1986-1990 (SCP 1998: 79).<sup>7</sup>

Een andere verandering van levenslopen was de ontkoppeling van het huwelijk en het krijgen van kinderen in de jaren tachtig. Deze blijkt uit het stijgende percentage buitenechtelijke kinderen van 2 procent à 4 procent van het totaal aantal geboren kinderen per jaar tussen 1960 en 1980, naar 17 procent in de late jaren negentig<sup>8</sup> (Van Poppel en Solinge 2001: 54). Dat levenslopen zijn veranderd, blijkt tevens uit de sterke stijging van het aantal echtscheidingen tussen 1960 en 2001. In 1960 vonden er 5.700 echtscheidingen plaats en in 2001 waren dat er 37.100, een stijging van 651 procent (CBS-statline). Een laatste indicator vormt het stijgend aantal eenpersoonshuishoudens op het totale aantal huishoudens. In 1960 was 12 procent van het totale aantal huishoudens een eenpersoonshuishouden, terwijl dit in 2001 34 procent bedroeg (CBS-statline). Bij deze stijging moet wel worden opgemerkt dat mensen soms een eenpersoonshuishouden voeren vanwege scheiding of overlijden van de partner. Het veranderende gedrag rond huwelijk, seksualiteit, het krijgen van kinderen, echtscheidingen en het groeiend aantal eenpersoonshuishoudens doen vermoeden dat achterliggende morele opvattingen zijn verschoven en mensen in toenemende mate zelf bepalen hoe zij hun leven inrichten.

### **Secularisering en ontzuiling**

Een derde sociaal-culturele indicator voor afnemend sturend vermogen is de combinatie van secularisering en ontzuiling. Secularisering verwijst naar ontkerkelijking en het afnemend belang van het geloof, terwijl ontzuiling verwijst naar het verlies aan invloed van de religieuze groeperingen op belangenorganisaties en het verenigingsleven binnen de *civil society*.

Ontkerkelijking wordt door het CBS en het SCP verschillend gemeten, waarbij het CBS op lagere cijfers uitkomt dan het SCP. Volgens het CBS (statline) steeg het aantal onkerkelijken van 18 procent van de bevolking in 1960 naar 41 procent in 1999. Becker en De Wit van het SCP (2000: 24) constateren een stijging van 24 procent in 1958 naar 63 procent in 1999. Onder de bevolking van 18 jaar en ouder daalde het kerkbezoek volgens het CBS (statline) van 37 procent in 1971 naar 23 procent in 1998. Onder kerkleden constateren Becker en De Wit (2000: 24) een dalend kerkbezoek van 67 procent van alle kerkleden in 1970 naar 29 procent

in 1999. Hoewel de cijfers op verschillende populaties betrekking hebben, is de algemene ontwikkeling duidelijk: de ontkerkelijking heeft vanaf de jaren zestig een sterke vlucht genomen.

Het afnemende belang van het geloof blijkt uit een onderzoek in de gemeente Sassenheim dat zowel in 1950 als in 1993 is uitgevoerd (zie Van den Brink 2001). Sassenheim was in de jaren vijftig een zeer gelovige gemeente, waar 97 procent van de inwoners in God geloofde, tegen 63 procent in 1993. In 1950 kende 87 procent een bepaalde zin toe aan hun bestaan op aarde, tegen 62 procent in 1993. Ten slotte was in 1950 80 procent van de Sassenheimers van mening dat het eigen gedrag na de dood gevolgen heeft, tegen 51 procent in 1993. Het beeld van Sassenheim in 1993 wordt op landelijk niveau bevestigd door Becker en De Wit (2000). Zij constateren voor 1991 dat 49 procent van de bevolking in God gelooft, tegen 52 procent in 1998.

Voor ontzuiling zijn in de studie van Becker en De Wit (2000) voor de jaren negentig van de vorige eeuw enkele indicaties te vinden. De voorkeur voor scholen op godsdienstige grondslag nam bijvoorbeeld af van 35 procent van de bevolking in 1991 naar 27 procent in 1998. In dezelfde periode daalde de voorkeur voor politieke partijen op een godsdienstige grondslag van 22 procent van de bevolking in 1991 naar 18 procent in 1998<sup>9</sup>. In een oudere publicatie constateerden Becker en Vink (1994) dat in 1991 slechts 6 procent van de bevolking een voorkeur had voor verzuilde sportverenigingen. Hoewel op basis van de gepresenteerde cijfers geen beeld sinds de jaren zestig geconstrueerd kan worden, lijkt de geringe steun voor de meeste verzuilde organisaties en verenigingen het ontzuilingsproces aannemelijk te maken. Dit vermoeden wordt ondersteund door de klassieke studie van Lijphart (1968: 47-67), waaruit blijkt dat de organisatiedichtheid binnen verzuilde belangenorganisaties en verenigingen met name onder de confessionele zuilen voorheen groot was.

Secularisering en ontzuiling indiceren dat mensen zich op moreel terrein tegenwoordig niet zo sterk laten beïnvloeden door hun directe sociale omgeving, behoudens degenen die nog in sterk religieuze subculturen leven.

### ***Veranderende politieke en sociale participatie***

Ten slotte is er een politiek-sociale indicator te geven voor het afnemend sturend vermogen in de samenleving. Het gaat om de veranderende politieke en sociale participatie. De politieke participatie via de traditionele kanalen verliest langzamerhand aan populariteit onder de kiesgerechtigde bevolking. Dit blijkt onder andere uit het dalende partijlidmaatschap, van 10 procent in 1972 naar 4 procent in 1998 (Dekker 2000). Volgens het CBS (statline) heeft dit lidmaatschap zich tot 2001 op 4 procent gestabiliseerd. Het blijkt ook uit de fluctuerende opkomst bij Tweede-Kamerverkiezingen. Sinds de afschaffing van de opkomstplicht in 1970 tot het eind van de jaren tachtig heeft de opkomst geschommeld tussen de 79 procent en 88 procent van het electoraat. In de jaren negentig trad een daling in, die pas werd gestopt door de recente verkiezingen van 2002 (Dekker et al.

2002c: 4; CBS-statline). Op dit moment is niet te zeggen of er weer een opwaartse trend ontstaat, of dat de verkiezingen van 2002 gezien de bijzondere omstandigheden een uitzondering vormen binnen een dalende trend. Naast deze ontwikkelingen stijgt echter de belangstelling onder de bevolking van 18 jaar en ouder voor politiek van 35 procent in 1970 naar 43 procent in 2000 (Dekker 2002b: 57). Deze belangstelling uit zich echter in toenemende mate via onconventionele wegen. Dit blijkt onder andere uit de stijgende instemming met democratische vrijheden zoals demonstraties (78% in 1970 naar 91% in 2000), wilde stakingen door arbeiders (20% in 1975 naar 43% in 2000), schoolbezettingen (35% in 1975 naar 59% in 2000) en steun voor protest tegen onrechtvaardige wetgeving (38% in 1975 naar 66% in 2000) (Dekker 2002b: 57-58). Mensen bepalen kennelijk in toenemende mate zelf hoe zij zich politiek gedragen en via welke kanalen zij dat doen.

Een andere wijze waarop mensen hun betrokkenheid bij de samenleving uiten is via allerlei vormen van sociale participatie. Volgens het Sociaal en Cultureel Planbureau (1999: 171 e.v.) is het lidmaatschap van organisaties en verenigingen tussen 1972 en 1998 gestegen van 49 procent naar 66 procent van de bevolking van 18 jaar en ouder. Het recente *Sociaal en cultureel rapport* (2002: 246) bevestigt dat mensen tussen 1980 en 2000 in toenemende mate hun sociale betrokkenheid via het lidmaatschap van maatschappelijke organisaties zijn gaan uiten. Dit blijkt uit stijgende aantallen leden en donateurs van maatschappelijke organisaties op het gebied van abortus en euthanasie (+669%), natuur en milieu (+524%), internationale solidariteit (+137%), gezondheidszorg (+118%) en consumentenbelangen (+51%). Van den Brink (2001) laat bovendien zien dat de fondsenwerving van maatschappelijke organisaties is gestegen van 270 miljoen in 1975 naar ruim 1,2 miljard in 1996. Zowel de stijgende aantallen leden en donateurs als de stijgende fondsenwerving lijken erop te duiden dat mensen meer vanuit hun eigen opvattingen kiezen voor vormen van sociale participatie die hun aanspreken, in plaats van zich daarin te laten leiden door hun directe sociale omgeving.

#### 4.2.4 CONCLUSIES OVER HET INDIVIDUALISERINGSPROCES SINDS 1960

Op basis van de gepresenteerde gegevens is het aannemelijk dat zich sinds 1960 een verdere uitbreiding en intensivering van het individualiseringsproces heeft voorgedaan. Historisch gezien, lijkt te gelden dat veel mensen vooral op basis van hun welvaart en cognitieve kwaliteiten onafhankelijker zijn geworden van hun directe sociale omgeving. Dit wordt versterkt doordat ze zich makkelijker kunnen verplaatsen en over meer informatie kunnen beschikken, op basis waarvan ze zelfstandig kunnen oordelen. De rol van de overheid bij het stimuleren van deze ontwikkelingen is groot geweest, doordat het rijk met de naoorlogse macro-economische politiek en het onderwijsbeleid, alsmede met verbetering van de infrastructuur voor het vervoer en voor communicatie belangrijke collectieve voorwaarden heeft geschapen waarbinnen afhankelijkheden konden verschuiven. Hoewel niet ieder individu in dezelfde mate deze voorwaarden

benut of kan benutten, is het wel aannemelijk dat iedereen door een of meer van deze ontwikkelingen is beïnvloed en dat zich voor vrijwel iedereen een verschuiving van afhankelijkheden heeft voorgedaan.

Deze verschuiving heeft consequenties voor de morele banden tussen mensen, want de sociale druk van ouders, dominees, onderwijzers en andere morele gezagsdragers vindt minder weerklank in de keuzes die ze maken. Vrijheid en zelfontplooiing lijken een belangrijke norm te vormen bij het aangaan van bindingen. Dit kan verklaard worden uit psychologische effecten van materiële en morele verzelfstandiging. Volgens Van den Brink (2002) is er sprake van stijgende gevoelens van eigenwaarde wat betreft economische, sociale, culturele en gevoelsmatige aspecten van het dagelijks leven. Dit uit zich bij sommige lagen van de bevolking in een zelfbewuste en assertieve levensstijl, die eerst was voorbehouden aan de sociale bovenlaag. Deze effecten brengen met zich mee dat zelfbewuste en assertieve personen zich weliswaar nog steeds laten beïnvloeden door hun directe sociale omgeving, maar dat daar meer overtuigingskracht en argumentatie voor nodig lijkt te zijn dan voorheen. Duidelijk is echter dat mensen zich altijd door personen of organisaties laten overtuigen en derhalve zijn er grenzen aan hun keuzevrijheid. Hiervan getuigt bijvoorbeeld de invloed van moderne media en van marketingtechnieken. Welke invloeden prevaleren, hangt echter steeds nadrukkelijker van persoonlijke voorkeuren en omstandigheden af.

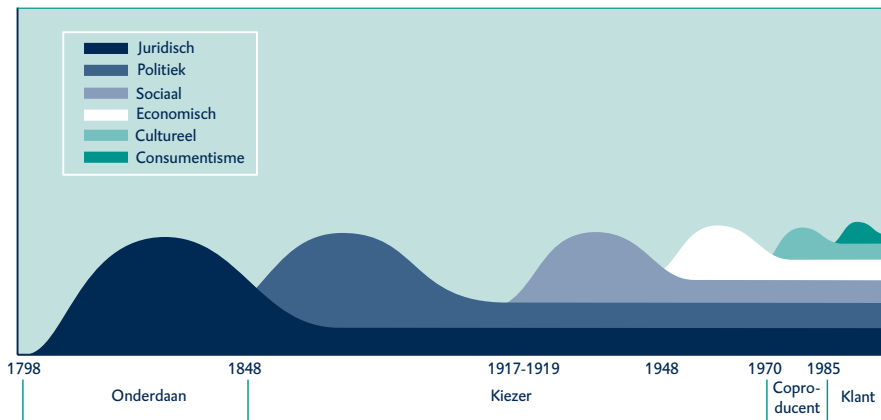
Materiële en morele verzelfstandiging zijn niet alleen merkbaar in de directe sociale omgeving, maar ook in de verhoudingen tussen burgers en overheid. Veel burgers beroepen zich bij publieke aangelegenheden op individuele voorkeuren. Ze hebben bovendien hogere verwachtingen van en stellen hogere eisen aan de publieke omgeving. De combinatie van individuele voorkeuren enerzijds en hoge verwachtingen en eisen anderzijds kan ertoe leiden dat burgers zich sneller gekrenkt voelen door overheidsoptreden. Bovendien kan deze combinatie er toe leiden dat burgers zich actief met publieke belangen gaan bezighouden. Als gevolg daarvan neemt de kans op conflicten tussen burgers en overheid toe. Deze ontwikkelingen zijn waarneembaar in de verdergaande diversificatie van het burgerschap, omdat burgers sinds de jaren zestig van de vorige eeuw meer publieke rollen zijn gaan vervullen die ze bovendien op variabele wijze invullen. Dit proces heeft volgens de raad gevolgen voor de rechtsstaat. In de volgende paragraaf (4.3) zal op macroniveau een beeld worden geschetst van de diversificatie van het burgerschap en de daaropvolgende paragraaf (4.4) zet de belangrijkste gevolgen van deze ontwikkeling voor de rechtsstaat op een rij.

## 4.3 DE DIVERSIFICATIE VAN HET BURGERSCHAP SINDS 1960

### 4.3.1 HISTORISCH PERSPECTIEF

De toenemende verscheidenheid in de verhoudingen tussen burgers en overheid is als proces ontstaan vanaf de vorming van de nationale Nederlandse staat aan het begin van de negentiende eeuw. Opeenvolgende ontwikkelingen in dit proces zijn op te vatten als elkaar overlappende lagen. Recente ontwikkelingen bouwen daarbij voort op eerdere (Van den Brink 2002). Zo vormt de opkomst van civiele en politieke rechten in het midden van de negentiende eeuw en aan het begin van de twintigste eeuw tegenwoordig een bron van *empowerment* voor assertieve en weerbare burgers, hetgeen tot uitdrukking komt in een grotere verscheidenheid aan publieke rollen. Doordat onderliggende lagen hun werking niet verliezen, is er bij de vorming van een nieuwe laag altijd sprake van verdergaande diversificatie van burgerschap (zie figuur 4.4). Het overzicht in figuur 4.4 is grotendeels terug te vinden bij Van den Brink (2002). Hij schetst een serie van vijf ontwikkelingen<sup>10</sup>, die hij laat beginnen bij de ‘Verklaring van de rechten van de mens en de burger’ uit 1798 en de eerste Grondwet van 1814. Uit deze ontwikkelingen zijn diverse publieke rollen te destilleren die de voornaamste interacties tussen burgers en overheid typeren.

**Figuur 4.4** Historisch overzicht van de diversificatie van het burgerschap, 1798-2002



Bron: gebaseerd op Van den Brink (2002); WRR-bewerking.

Tussen 1798 en 1848 genoten burgers vooral civiele rechten, op basis waarvan ze evenals voorheen de passieve rol van onderdaan vervulden. Onderdanen genoten voortaan echter rechtsbescherming tegen andere burgers en vooral tegen de nationale staat. Vanaf 1848 werd de mannelijke elite actiever bij de vormgeving van publieke belangen betrokken doordat ze via politieke rechten de rol van kiezer kregen. Deze rol werd in de periode 1917-1919 uitgebreid naar de hele bevolking. Tegelijkertijd vormde de sociale participatie van burgers binnen kerken, vakbonden en tal van verzuilde verenigingen een belangrijke stabiliserende factor voor de



ationale staat. In de periode van de wederopbouw nam de staat met tal van verzorgingsarrangementen veel sociale taken over van burgers. Veel burgers trokken zich bovendien terug in hun privé-leven, omdat ze gefocust waren op het garanderen van economische zekerheid voor zichzelf en hun naasten. Het waren de hoogtijdagen van de pacificatiedemocratie en de verzuiling, zoals door Lijphart (1968) beschreven. Begin jaren zeventig diende zich een fase van politiek activisme aan die de pacificatie doorbrak. Burgers organiseerden zich en eisten inspraak en zeggenschap bij de vormgeving van beleid ten aanzien van nieuwe risico's op het gebied van veiligheid en milieu. Via hun organisaties in de *civil society* verwierven zij de rol van coproductent van beleid. Aan deze vijf ontwikkelingen uit Van den Brinks beschrijving kan een zesde worden toegevoegd. Vanaf het midden van de jaren tachtig begonnen overheidsorganisaties burgers aan te spreken als klant. Mede in reactie hierop zijn burgers zich ook in de rol van klant gaan gedragen: ze besteden meer aandacht aan de uitvoering van overheidstaken, hebben hier ook hogere verwachtingen van en stellen hogere eisen.

Het zijn met name de laatste twee fasen in het diversificatieproces van burgerschap die relevant zijn voor dit rapport, omdat ze sterk beïnvloed zijn door het hiervoor beschreven individualiseringsproces. Vooral wanneer burgers de rollen van coproductent, klant of onderdaan vervullen is deze invloed merkbaar. Op deze publieke rollen van burgers en hun huidige betekenis wordt hierna verder ingegaan. De rol van kiezer wordt daarbij buiten beschouwing gelaten.

#### 4.3.2 ROLLEN VAN BURGERS IN EEN GEÏNDIVIDUALISEERDE SAMENLEVING

Zoals uit de beschouwingen over het individualiseringsproces blijkt, zijn mensen zich in de afgelopen veertig jaar veeleisender en kritischer in het leven gaan opstellen. Dit geldt ook voor hun attitudes en gedrag jegens de overheid. Waar aanvankelijk vooral een mondige elite in de hoogtijdagen van de pacificatiedemocratie onder elkaar de meeste politieke beslissingen nam, zijn sommige burgers zich actiever met de politiek gaan bemoeien langs kanalen die hun bevalen. Ze laten zich daarbij niet langer leiden door geloofsovertuigingen en klassenargumenten binnen de zuil, maar door hun eigen voorkeuren. Het zelfbewustzijn en de assertiviteit van sommige burgers is een belangrijk kenmerk van hedendaags burgerschap geworden. Dit komt vooral tot uitdrukking in de rollen van coproductent van beleid en klant, maar ook in een moderne variant van de rol als onderdaan.

##### ***De rol van coproductent van beleid***

Sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw manifesteren zich *wederom* allerlei activistische elementen in het burgerschap, die gedurende de periode van de pacificatiedemocratie getemperd waren. De nadruk ligt op 'wederom', omdat volgens Koole (2001) voor de Tweede Wereldoorlog eveneens allerlei vormen van burgerlijk activisme waarneembaar waren. Het verschil met het burgerlijk activisme van voor de pacificatiedemocratie betreft vooral de vorm en gedeeltelijk de inhoud.

Qua inhoud staat nog steeds de gelijkheid en vrijheid van burgers centraal, maar nu niet alleen van de arbeidersklasse, zoals aan het begin van de eeuw, maar ook van vrouwen, homo's, allochtonen en andere groepen. De gelijkheidsgedachte vertaalt zich in een grotere veeleisendheid van burgers op het gebied van wederzijds respect en democratisering van machtsverhoudingen. De vrijheidsgedachte uit zich in de gevoeligheid voor en kritiek op het overheidsoptreden, omdat burgers nadrukkelijker zelf de inrichting van hun leven willen bepalen. Tegelijkertijd wordt de inhoud van het burgerlijk activisme steeds meer bepaald door nieuwe risico's op gebied van milieu en veiligheid. Qua vorm is het burgerlijk activisme vooral gericht op protest en pressie als middelen om beleidsagenda's te beïnvloeden. Kenmerkend voor dit activisme zijn de protestgroepen, belangengroepen en 'nieuwe sociale bewegingen'. Via deze actiegroepen slagen burgers er steeds beter in hun belangen, opvattingen en ideologieën ten opzichte van de overheid naar voren te brengen. Daarmee tonen zij in grotere getale de weerbaarheid die zij binnen gezin, familie en directe sociale omgeving hebben verworven (zie o.a. Kriesi et al. 1995; Van den Brink 2002; Van den Broek en Heunks 1994; SCP 1998; Huberts en Van Noort 1989).

Zolang de uitingen van weerbaarheid binnen de wet blijven, worden ze geheel in stijl met de Nederlandse politieke traditie geaccepteerd, gefaciliteerd en geïncorporeerd. Het faciliteren en incorporeren blijkt uit de sterke uitbreiding van zeggenschapsmogelijkheden, die vanaf het midden en het eind van jaren zestig serieuze vormen beginnen aan te nemen via inspraak, referenda, stadspanels en publiek debat. Het blijkt ook uit bestuursexperimenten, zoals onderhandelend bestuur, responsief bestuur en interactief bestuur. Het gevolg van deze overheidsreacties is dat individuele en georganiseerde burgers nadrukkelijker dan in het verzuilde bestel medeverantwoordelijk worden gemaakt voor beleid, althans op beleidsterreinen waar de overheid dat toelaat. Uit een studie van Kriesi et al. (1995) blijkt namelijk dat er een onderscheid kan worden gemaakt tussen *low-profile* beleidsdomeinen, waarin de overheid een inclusieve strategie hanteert jegens burgerlijk activisme, en *high-profile* beleidsdomeinen, waarin zij een exclusieve strategie hanteert. Thema's zoals kernwapens, nationale veiligheid, energie en immigratie zijn *high-profile* en dus moeilijk voor burgers toegankelijk, terwijl thema's als internationale solidariteit, milieubescherming en emancipatie *low-profile* en derhalve veel toegankelijker zijn.

Het voorgaande in beschouwing nemend, lijkt de rol van coproducent van beleid ontstaan uit een combinatie van ideologisch getint burgerlijk activisme en incorporatie daarvan door de overheid. Overheidssamenwerking met individuele en georganiseerde burgers is een logische reactie op het burgerlijk activisme vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw, omdat de overheid altijd een maatschappelijk draagvlak nodig heeft voor haar besluitvorming. In tegenstelling tot de verzuilde periode moet het maatschappelijk draagvlak tegenwoordig actief worden verworven, omdat zelfbewuste en weerbare burgers goed in staat zijn om zich te verzetten als de besluitvorming niet correct totstandkomt of als die inhoudelijk niet op hun instemming kan rekenen. Aan dit proces liggen volgens Tops en

Zouridis (2000: 23) ook positieve referentiepunten ten grondslag, omdat de overheid creatieve ideeën van burgers kan benutten. Dit is bijvoorbeeld het geval bij interactieve beleidsvorming, waarbij burgers worden uitgedaagd zelf verantwoordelijkheid voor hun leefomgeving te nemen. Het directe contact tussen overheid en burgers vindt vooral plaats op lokaal niveau, terwijl interactieve beleidsvorming op nationaal niveau vooral een zaak is van de overheid en de professionele maatschappelijke organisaties. Nadeel van het proces op nationaal niveau is dat de professionele organisaties zich regelmatig instrumenteel gedragen, door in eerste instantie via interactieve beleidsvorming invloed uit te oefenen en in tweede instantie via de rechter alsnog hun gelijk te willen halen als het voorgaande traject niet tot bevredigende resultaten heeft geleid. Ondanks deze vanuit overheids-perspectief onbedoelde gevolgen, is coproductie met burgers en hun organisaties in de *civil society* voor de overheid van groot belang, omdat zij via deze weg in staat is om gemeenschappelijke betekenissen en draagvlak te creëren.

### **De rol van klant**

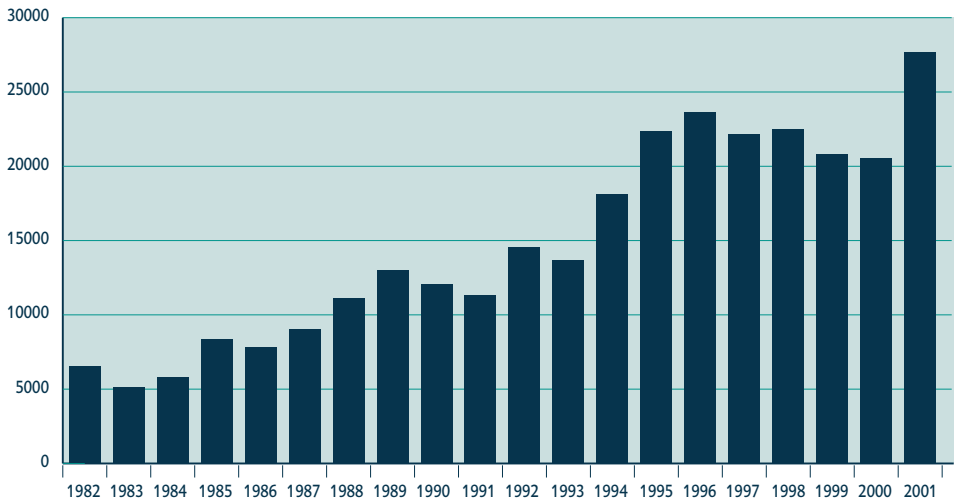
Terwijl burgers aanvankelijk vanaf de jaren zeventig aandacht hebben voor de rechtvaardigheid en legitimiteit van beleidsvorming en -uitvoering, richten ze zich vanaf het midden van de jaren tachtig ook op de kwaliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid van het overheidsoptreden. De uitvoering van alledaagse overheidstaken komt nadrukkelijker in de belangstelling te staan, enerzijds doordat deze verandert en anderzijds doordat burgers kritischer worden.

De economische recessie aan het begin van de jaren tachtig noodzaakt de overheid te bezuinigen op het uitgebreide takenpakket dat zij zich na de Tweede Wereldoorlog heeft aangemeten. Dit leidt tot herbezinning op de eigen rol en tot discussies over de uitvoering van overheidstaken. Het resultaat hiervan is een geleidelijke afslanking van de (verzorgings)staat middels schaalvergroting, deregulering, verzelfstandiging, privatisering, decentralisatie en publiek-private samenwerking. De gedachte achter de meeste ingrepen is dat een terugtrekkende overheid minder hoeft te reguleren en dat daarmee de bureaucratie afneemt (Klaassen en Wesselingh 1994: 171.) De discussies over de uitvoering en organisatie van overheidstaken vertalen zich in een meer bedrijfsmatige aanpak gericht op kwaliteit, efficiency en doelmatigheid. Hiermee treedt verzakelijking van het bureaucratische systeem op, hetgeen zich ook vertaalt naar de interactie met burgers. De overheid gaat zichzelf meer beschouwen als dienstverlener die burgers als klant heeft (Tjeenk Willink 1989). De benadering van burgers als klant leidt ertoe dat zij zich ook jegens de overheid als klant gaan gedragen. Dat wil zeggen dat zij zich kritisch en weerbaar gaan opstellen, zoals zij dat binnen de private sector inmiddels gewend zijn. De vergelijking gaat echter mank, omdat burgers binnen het publieke domein geen 'exit-optie' hebben als ze ontevreden zijn over de dienstverlening van bijvoorbeeld de Belastingdienst of de studiefinancieringsinstelling, of als ze onrechtmatig door de overheid worden behandeld bij aanvragen van huursubsidie, bijstand, vergunningen enzovoort. Hiervoor biedt de overheid echter compensatie via klacht-, beroep- en bezwaarprocedures. Dit versterkt het proces waarbij burgers die als klant in de knel

komen zich juridisch activistisch gaan opstellen in hun verhouding tot de overheid, zoals in de private sector onder soevereine consumenten gebruikelijk is.

Sinds 1982 kunnen burgers met klachten over de overheid terecht bij de Nationale ombudsman. Bovendien bestaat er in veel gemeenten een lokale ombudsvoorziening. Burgers weten binnen dit systeem goed de weg, getuige de stijgende klachtenaantallen die jaarlijks bij de Nationale ombudsman worden ingediend (zie figuur 4.5).

**Figuur 4.5** Aantal ingediende klachten bij de Nationale ombudsman, 1982-2001



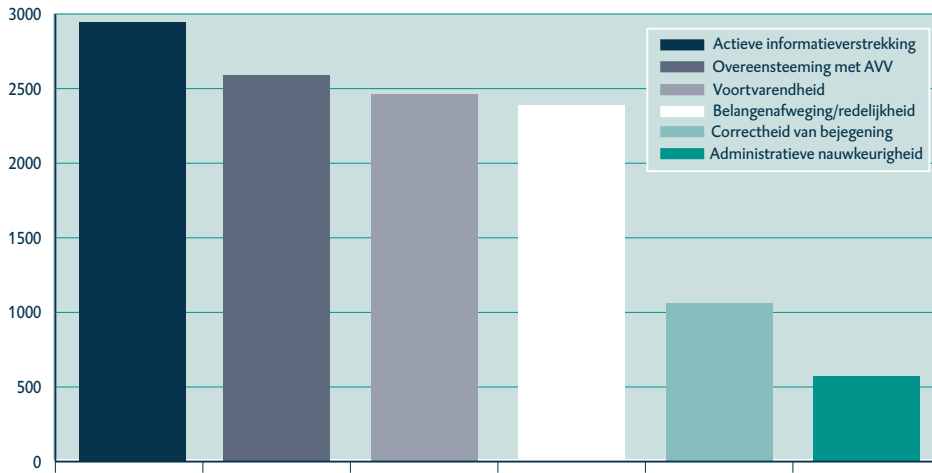
Bron: Jaarverslagen Nationale ombudsman; WRR-bewerking.

Uit de aard van deze klachten (zie figuur 4.6) blijkt evenzeer dat burgers zich jegens de overheid als klant opstellen.

Burgers zijn ontevreden over de informatieverstrekking door overheidsdiensten en over de wijze waarop belangen worden gewogen. Ook de overeenstemming met algemeen verbindende voorschriften (AVV) illustreert hun kritische houding. Deze voorschriften zijn ‘alle algemeen werkende regels niet zijnde beleidsregels of andere interne instructies’ (Tweede Kamer 1999-2000: 493). Kennelijk gaat er nogal eens iets fout bij de toepassing van procedures, hetgeen burgers reden geeft tot klagen. Ook de mate van correctheid van bejegening scoort hoog, hetgeen indiceert dat burgers evenals in de private sector een klant-vriendelijke houding verwachten.

Niet alleen de klachtenprocedures op lokaal en nationaal niveau, maar ook bezwaar- en beroepsprocedures bieden langs juridische weg een compensatie voor de exit-optie. De rechtsbescherming van burgers jegens bestuursorganen werd in 1976 uitgebreid door de Wet Arob. Deze kreeg in 1994 een vervolg met de Awb. Tussentijds was het in 1985 door de opheffing van het Kroonberoep voor

**Figuur 4.6 De zes meest voorkomende problemen in de rapporten van de Nationale ombudsman, 1992-2001**



Bron: Jaarverslagen Nationale ombudsman; WRR-bewerking

burgers al gemakkelijker geworden om naar de bestuursrechter te stappen (zie Van Wijk et al. 1999: 532; Koole 2001: 157-158). Zowel in hun rol van klant als in hun rol van coproducent maken burgers gebruik van de rechtsbescherming die het bestuursrecht hun biedt. In de rol van coproducent gaat het vaak om principiële meningsverschillen die op basis van procedurele fouten bij de bestuursrechter worden aangekaart, terwijl het in de rol van klant vooral tekortschietende dienstverlening of onrechtmatige behandeling door de overheid betreft. Specifieke gegevens over deze vorm van juridisering zijn te vinden in hoofdstuk 8.

### ***De rol van modern onderdaan***

Behalve rollen als coproducent van beleid en als klant, vervullen burgers eveneens de rol van onderdaan. Deze rol is echter in zijn lange bestaan binnen de nationale staat onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen van betekenis veranderd. Idealiter betekent de rol van onderdaan dat burgers zich ondergeschikt maken aan het algemeen belang en zich laten regeren door de overheid. Oftewel: dat ze niet alleen regeren, maar ook geregeerd worden, zoals Van Gunsteren in een WRR-studie uit 1992 heeft opgemerkt. Daarbij doet de overheid een beroep op haar autoriteit, legitimiteit of gezag. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij belastende beschikkingen, strafrechtelijke of bestuurlijke sancties en bij belastingen, maar ook bij de vorming en uitvoering van beleid. Het geregeerd worden blijkt echter voor veel burgers geen vanzelfsprekende zaak meer te zijn. Tops en Zouridis (2000: 16) vermoeden dat de politiek zich heeft verplaatst naar het individuele niveau. Dat wil zeggen dat politiek voor sommige individuele burgers een zaak is geworden van persoonlijke afwegingen. Dit betekent volgens hen dat de overheid minder kan optreden als verzoener van maatschappelijke belangen, zoals in de verzuilde samenleving, maar meer tegenover de burgers is komen staan. De overheid geldt binnen de ontzuilde samenleving als een onaf-

hankelijke representant van het collectief, die beslissingen moet nemen die niet altijd op een breed maatschappelijk draagvlak kunnen rekenen.

Kenmerkend voor de huidige verhoudingen tussen burgers en overheid zijn de belangtegenstellingen. Vooral actieve burgers formuleren eigen visies op het algemeen belang, die concurreren met die van andere burgers en met die van de overheid. Deze ontwikkeling is volgens Van der Lans (1995: 79-83) te verklaren als gevolg van de grotere toegankelijkheid van overheidsinformatie en het feit dat veel meer burgers, mede dankzij hun hogere opleidingsniveau, in staat zijn om die informatie te wegen, zelfstandig te verwerken en in een visie te vertalen. Het is typerend voor activistische burgers dat ze zeer snel een kennisachterstand over de desbetreffende problematiek inlopen en zich derhalve in hoog tempo tot volwaardig gesprekspartner ontwikkelen, die soms nog beter is geïnformeerd dan de tegenpartij. Ze kennen hun rechten en weten de weg in de wet- en regelgeving. Dit duidt erop dat ze zeer goed in staat zijn hun ongenoegen uit te drukken of een conflict met een overheidsinstelling aan te gaan (zie ook SCP 1998: 652, 657; Berg 1996a: 70; Bovens et al. 1995: 18.)

Op het moment dat de overheid activisme van burgers verwacht, ondervangt zij dit door burgers medeverantwoordelijk te maken in de rol van coproducent. Probleem is echter dat het voor de overheid soms niet te voorzien is welke beleidsvoornemens of uitvoeringspraktijken zullen leiden tot burgerlijk activisme. Dit wordt voor het lokale niveau mooi geïllustreerd door Tops (1994: 75): “De betrokkenheid van burgers en organisaties is niet altijd makkelijk te organiseren. Protesten, verlangens en eisen komen soms op onverwachte en ongelegen momenten naar voren. Zij zijn niet zelden moeilijk te beheersen. Van de logica van de gemeentelijke besluitvorming trekken zij zich meestal weinig aan.” De meeste meningsverschillen en conflicten tussen overheid en burgers zijn volgens Van der Lans (1995: 82) op te vatten als een botsing van referentiekaders: “Het technocratische, grootschalige referentiekader staat tegenover het praktische, kleinschalige referentiekader”; of het algemeen belang staat tegenover het persoonlijk belang (vgl. Hendrikx 1996: 235). Hoewel de spanning tussen algemeen belang en persoonlijk belang behoort tot de klassieke tegenstellingen in het politieke proces, maakt de hoeveelheid ingebrachte persoonlijke belangen in combinatie met een kritische en weerbare houding de overheidstaak complexer dan voorheen.

De overheid kan onmogelijk tegemoet komen aan alle belangen, omdat zij na zorgvuldige afweging regelmatig belangen van burgers ondergeschikt moet maken aan het algemeen belang. Dit kan echter leiden tot soms niet-voorzien conflicten met burgers die geen genoegen nemen met de gemaakte belangenafweging. Zij moeten overtuigd worden van de doeltreffendheid, doelmatigheid, rechtvaardigheid, kwaliteit of legitimiteit van het overheidsoptreden, die per geval in wisselende combinaties ter discussie lijken te staan. Met andere woorden, de loyaliteit van deze burgers jegens de overheid lijkt niet altijd vanzelfsprekend te zijn. Deze moet worden gegenereerd door hen te overtuigen in het proces van

beleidsvorming en in de alledaagse uitvoering van taken. Het komt erop neer dat een overheid die haar burgers aanspreekt als onderdaan, niet altijd uit kan gaan van de vanzelfsprekendheid van haar gezag. Het gezag moet telkens worden gevestigd en bevestigd via interacties met burgers, die zich als kritische en weerbare onderdanen gedragen.

### 4.3.3 VERSCHILLENDE BURGERSCHAPSTIJLEN

De verschillende rollen die burgers tegenwoordig vervullen, zijn op te vatten als deelelementen van hun individuele burgerschapsstijlen. Het zijn tevens ordeningsprincipes waarmee, op macro-niveau bezien, ontwikkelingen van het burgerschap kunnen worden gestructureerd en geanalyseerd. De rol van modern onderdaan vertoont in veel opzichten overlap met die van coproductent en klant, omdat moderne onderdanen zich pas laten regeren als ze overtuigd zijn dat het overheidsoptreden juist is, terwijl ze bij ongenoegen soms als coproductent optreden en medeverantwoordelijkheid op zich nemen en zich soms als klant gedragen door hun ontevredenheid via klachten, bezwaar en beroep op juridische gronden kenbaar te maken. Volgens Tops en Zouridis (2000) vervullen de meeste burgers alle rollen, maar zal de mate waarin ze dat als individu doen en de invulling die ze daaraan geven sterk kunnen variëren. Op macroniveau zijn als gevolg hiervan verschillende interactiepatronen tussen burgers en overheid te onderscheiden. Dit beeld komt althans naar voren uit recente onderzoeken door Van den Brink (2002) en Motivaction (2001), en uit het rapport van de commissie-Wallage (2001). In deze studies wordt aandacht geschonken aan verschillende burgerschapsstijlen. Hoewel de gegevens op verschillende manieren zijn vergaard, kunnen op basis van dit materiaal vier burgerschapsstijlen worden onderscheiden, namelijk actief burgerschap, afwachtend burgerschap, afhankelijk burgerschap en afzijdig burgerschap.<sup>11</sup>

De *actieve* burgerschapsstijl kenmerkt zich door vertrouwen in de overheid en coproductie van beleid. Verder lijkt de rol van modern onderdaan binnen deze stijl vorm te krijgen door een kritische doch welwillende houding jegens de overheid, waarbij interactie en reflectie centraal staan. De *afwachtende* burgerschapsstijl is minder intensief dan de actieve, maar er is wel sprake van tweerichtingsverkeer. Kenmerkend voor deze stijl is de behoefte aan informatie en de neiging tot activisme als persoonlijke belangen in het geding zijn. Daarbij past het gedrag als modern onderdaan: een kritische en veeleisende houding gecombineerd met calculerend en opportunistisch gedrag, zoals bij klanten die hun consumentensoevereiniteit uitoefenen. De afwachtende burgerschapsstijl lijkt kenmerkend voor wat De Beus (2000) als toeschouwende burgers en Schudson (1998) als *monitorial citizens* heeft omschreven (zie ook Veldheer 2001). Deze burgers hebben als het ware twee gezichten: enerzijds conformistisch zolang alles in hun omgeving goed gaat en anderzijds reactief (in opportunistische en calculerende zin) wanneer het naar hun mening fout gaat. De *afhankelijke* burgerschapsstijl wordt gekenmerkt door een gevoel van afstand tot de overheid en door problemen in het volgen van maatschappelijke veranderingen. De rol van onderdaan

lijkt binnen deze stijl meer op de klassieke leest van onderdanig en gezagsgetrouw gedrag geschoeid, dan op de moderne veeleisende en kritische leest. Daarnaast manifesteert zich de rol van klant, door behoefte aan persoonlijk contact en toegankelijke informatie. De *afzijdige* burgerschapsstijl, ten slotte, is kenmerkend voor een grote afstand tot overheid en politiek. Eigenbelang gaat voor algemeen belang, hetgeen overwegend tot uitdrukking komt in een wantrouwige en intolerante houding jegens gezag. Binnen deze stijl lijkt eigenlijk alleen plaats te zijn voor de rol van klant met een zeer defensieve consumentistische inslag.

#### 4.3.4 CONCLUSIES OVER DE DIVERSIFICATIE VAN HET BURGERSCHAP SINDS 1960

Op basis van het voorgaande betoog is het aannemelijk dat het burgerschap gedurende de afgelopen decennia is gediversificeerd. De interacties tussen burgers en overheid zijn sinds de late jaren zestig en de vroege jaren zeventig van de vorige eeuw ingrijpend veranderd, doordat nieuwe rollen zijn ontstaan en bestaande rollen zijn getransformeerd. Burgerlijk activisme betekent tegenwoordig in de praktijk niet alleen proactieve bijdragen leveren aan de publieke zaak of het algemeen belang (actieve burgerschapsstijl), het betekent ook calculerend, opportunistisch en vanuit een klanthouding reageren op en zich verzetten tegen overheidsbeslissingen (afwachtende burgerschapsstijl). Bij deze reactieve vorm van burgerschap is het overigens de vraag of het verzet indruist tegen het algemeen belang, zolang we er van uit blijven gaan dat iedere wet het product is van een evenwichtige belangenafweging in het algemeen belang. Het meeste verzet tegen overheidsbeslissingen is niet *contra legem*, omdat er gebruik wordt gemaakt van rechtsmiddelen die door de wetgever zelf zijn aangereikt.

De verschillende rollen en de invulling die ze vanuit verschillende burgerschapsstijlen krijgen, stellen hogere eisen aan de doeltreffendheid, doelmatigheid, rechtvaardigheid, kwaliteit en legitimiteit van zowel beleidsvorming als uitvoering van overheidstaken op alle niveaus. Vermoedelijk hanteren de meeste burgers wisselende combinaties van deze criteria, al naar gelang de eisen die ze vanuit hun burgerschapsstijl in een bepaalde rol aan de overheid stellen. Dit heeft gevolgen voor de opstelling en het optreden van de overheid. Op het moment dat burgers zich als coproductent van beleid gedragen, is er sprake van vrij horizontale verhoudingen en heeft de overheid de kans om gemeenschappelijke betekenissen te creëren en van daaruit maatschappelijke draagvlak te genereren. Daarbij moet de overheid proberen om al te instrumenteel juridisch gedrag vooral van professionele belangenorganisaties te voorkomen. Wat de burgers als klant betreft, lijkt het wenselijk de huidige lijn van professionalisering van de overheid door te zetten. De kwaliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid van de dienstverlening zullen daardoor worden versterkt, hetgeen hopelijk zal leiden tot minder klachten en minder juridische procedures. Jegens burgers die zich als modern onderdaan opstellen is het van belang dat de overheid meer overtuigt. Uitgaan van verticale machtsverhoudingen lijkt hierbij vooral contraproductief te werken, omdat vooral burgers met een actieve of een afwachtende stijl van horizontale machtsverhoudingen lijken uit te gaan. Juist bij deze categorie burgers dient de



overheid haar gezag telkens weer te vestigen en bevestigen. Anders gezegd, het vergt een constante inspanning om het gezag jegens moderne onderdanen te legitimeren en daarmee hun loyaliteit te genereren. Daarbij dient de overheid zorgvuldig om te gaan met de vele belangen die tegenwoordig worden ingebracht.

De wijze waarop burgers hun rollen binnen de huidige samenleving invullen, heeft niet alleen gevolgen voor de overheid, maar ook voor de rechtsstaat. Op de belangrijkste gevolgen wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

#### 4.4 CONCLUSIES: GEVOLGEN VOOR DE RECHTSSTAAT

Vanuit de rechtsstaat bezien, lijken individualisering en diversificatie van het burgerschap drie belangrijke gevolgen te hebben. Ten eerste is er sprake van toenemende interactie tussen burgers en overheid, hetgeen leidt tot een veelheid aan ingebrachte persoonlijke belangen bij de vormgeving van publieke belangen. Ten tweede heeft de overheid meer moeite met hiërarchische sturing, doordat sommige burgers de regels en hun uitvoering kritischer beoordelen dan voorheen. Ten derde lijkt er in de interesse van burgers een duidelijke verschuiving op te treden van inputlegitimatie (representatie) naar outputlegitimatie (kwaliteit, doelmatigheid, doeltreffendheid). De belangrijkste conclusie bij deze ontwikkelingen is dat het onomkeerbare veranderingsprocessen betreft die de rechtsstaat niet direct in gevaar brengen, maar wel een discussie opwekken over de herverdeling van verantwoordelijkheden tussen overheid en individuele burgers.

##### 4.4.1 TOENEMENDE INTERACTIE, HIËRARCHISCHE STURING EN OUTPUTLEGITIMATIE

Individualisering en diversificatie van het burgerschap leiden tot toenemende interactie tussen individuele burgers en de overheid. Deze ontwikkeling doet zich met name voor als gevolg van het gedrag van burgers met een actieve of een afwachtende burgerschapsstijl, die zich kritisch en veeleisend opstellen in de rollen van coproductent van beleid, modern onderdaan en weerbare klant. Vanuit deze rollen brengen zij op verschillende manieren nadrukkelijk hun persoonlijke belangen of groepsbelangen naar voren. Vooral wanneer burgers via de rol van coproductent van beleid participeren in de vormgeving van publieke belangen, neemt de overheid steeds vaker een ordenende rol in plaats van een sturende rol binnen het proces in. Deze opstelling van de overheid komt overigens veelvuldig voor zodra overheid en organisaties binnen de *civil society* met elkaar samenwerken (zie hoofdstuk 5). Daar waar burgers zich als modern onderdaan of als weerbare klant gedragen, staan het goed presteren en het overtuigend argumenteren voorop. Uiteindelijk is er in deze verhoudingen echter altijd sprake van hiërarchie, vanwege het karakter van de uitvoerende taken van de overheid die centraal staan.

De veelheid aan ingebrachte belangen leidt voor de overheid tot complexere interacties met burgers, waarbij de hiërarchische rol van de overheid voor burgers

niet altijd vanzelfsprekend is. Het is voor de overheid tegenwoordig veel moeilijker om besluiten te nemen die niet door burgers worden aangevochten. Ten eerste is de hiërarchische sturing ingewikkelder geworden doordat er steeds vaker en steeds meer belangen worden ingebracht. Dit versterkt de complexiteit van het besluitvormingsproces en maakt het voor de overheid steeds moeilijker om met goede argumenten de burgers te overtuigen. Ten tweede zijn veel burgers gevoeliger geworden voor verticale sturing door de overheid. Ze verwachten van de overheid een horizontale aanpak. Vooral zelfbewuste en weerbare burgers met een actieve of een afwachtende burgerschapsstijl laten zich sterker leiden door hun persoonlijke voorkeuren en hebben moeite om gezagsuitoefening door de overheid te accepteren. Ze gaan pas overstap als ze op basis van argumenten overtuigd zijn, en soms laten ze zich helemaal niet overtuigen. Deze burgers beschikken over adequate informatie en zijn zeer goed in staat om die voor hun eigen doelen in te zetten. Van den Brink (2002) noemt dit cognitieve mobilisatie. Het gevolg hiervan is dat de legitimiteit van het overheidsoptreden sterker afhangt van de informatievoorziening en -verwerking, van de kwaliteit van de procedures en van de wijze waarop bestuurders hun standpunten uitleggen, verdedigen en van commentaar voorzien. Vooral het dubbelzinnige gedrag van burgers met een afwachtende stijl lijkt problematisch bij hiërarchische sturing, doordat bestuurders en ambtenaren een constante inspanning moeten leveren om erachter te komen wanneer deze burgers zich zullen laten regeren of juist op calculerende en opportunistische wijze zullen reageren. Dit stelt hoge eisen aan de persoonlijke kwaliteiten van bestuurders en ambtenaren en aan de procedures die zij voor hun interactie met burgers bedenken.

De problemen met hiërarchische sturing worden versterkt door de verschuiving van input- naar outputlegitimatie. In het bijzonder burgers met afwachtende en afhankelijke burgerschapsstijlen zijn de overheid gaan beoordelen op kwaliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid van de dienstverlening. Als gevolg van het toegenomen belang van outputlegitimatie moet de overheid haar uiterste best doen om goed te presteren, zodat er voldoende draagvlak voor haar optreden ontstaat. De ingeslagen weg naar versterking van de kwaliteit en professionaliteit van de dienstverlening verdient daarom ook de komende jaren veel aandacht. Hierbij past echter wel de waarschuwing van Tops en Zouridis (2000) dat de overheid niet moet doorschieten naar een al te actieve dienstverlening aan burgers. Door allerlei diensten samen te voegen dreigt het gevaar van een te actieve staat die inbreuk maakt op de staatsvrije sfeer van de burgers. Vanuit het perspectief van de rechtsstaat is dit zeer onwenselijk, aangezien de klassieke rechtsstaat immers mede als functie heeft om een staatsvrije sfeer van burgers te garanderen.

#### 4.4.2 HERVERDELING VAN VERANTWOORDELIJKHEDEN EN DE RECHTSSTAAT

Als gevolg van de toegenomen interactie met burgers, de problemen met hiërarchische sturing en de verschuiving van input- naar outputlegitimatie, volstaat het voor de rechtsstaat niet langer om, zoals Witteveen (2000a: 141-142) dat noemt, te werken met een 'veronderstelde burger'. Burgers stellen vanuit verschillende

rollen hogere eisen aan de regelgeving en de uitvoering van overheidstaken. Dit vraagt om een herbezinning op de vormgeving van de verhoudingen tussen overheid en burgers, met inachtneming van de beginselen van de rechtsstaat. Enerzijds is dit te bereiken door eenvoudige en voor de burger heldere procedures op te stellen, die juridisch correct worden toegepast. Anderzijds is dit te bereiken door burgers duidelijker aan te spreken op hun verantwoordelijkheden. Pas als er een herverdeling van verantwoordelijkheden plaatsvindt, kan de wederkerigheid in de onderlinge verhoudingen terugkeren.

Bij het zoeken naar nieuwe verantwoordelijkheidsverdelingen tussen individuele burgers en overheid doet zich het probleem voor, dat de overheid bij haar interactie met burgers door de rechtsstaat nadrukkelijk gebonden is aan procedures, beginselen van behoorlijk bestuur en het politieke primaat (Tops en Zouridis 2000: 26), terwijl individuele burgers alleen gebonden zijn aan de algemene regels van de wet. De overheid mag vanuit de eisen die voortvloeien uit de waarborgen van de rechtsstaat haar boekje niet te buiten gaan, terwijl burgers binnen de ruimte die de wet laat veel meer mogelijkheden hebben om zich bijvoorbeeld calculerend of opportunistisch te gedragen. Het zou voor de overheid soms goed uitkomen om deze burgers anders te mogen behandelen dan burgers die zich verantwoordelijk gedragen. Het belangrijkste obstakel hierbij lijkt een al te rigide toepassing van het gelijkheidsbeginsel door publiekrechtelijke uitvoeringsorganisaties te zijn.

Het gelijkheidsbeginsel maakt deel uit van de tweede betekenislaag van de rechtsstaat, terwijl de toepassing daarvan in de praktijk onderdeel vormt van de vierde betekenislaag van de rechtsstaat (zie hoofdstuk 1 voor de uitleg van deze lagen). Doordat de vierde laag sterk wordt beïnvloed door maatschappelijke veranderingen kunnen er spanningen met de tweede laag ontstaan. Gezien de in dit hoofdstuk gesignaleerde veranderingen, betekent dit concreet dat de toepassing van rechtsstatelijke beginselen zoals het gelijkheidsbeginsel een heroverweging waard kan zijn. Zolang op basis van rechtsstatelijke waarborgen van de overheid wordt verlangd iedereen gelijk te behandelen, is het lastig om mensen die bijvoorbeeld herhaaldelijk frauderen anders aan te pakken dan mensen die zich altijd keurig gedragen. Anders gezegd, opportunistisch of calculerend gedrag van individuele burgers kan vanwege de huidige toepassing van het gelijkheidsbeginsel geen aparte aanpak krijgen. Een minder rigide toepassing van het gelijkheidsbeginsel, gericht op een gedifferentieerde behandeling al naar gelang de burger zelf zijn verantwoordelijkheid heeft genomen, zou hier echter een oplossing kunnen bieden. Op basis hiervan zou de overheid burgers die zich niet verantwoordelijk gedragen inzake publieke belangen anders kunnen behandelen, zolang deze behandeling ten minste niet indruist tegen de rechtsbescherming die burgers op basis van de grondrechten en wet- en regelgeving genieten jegens machtsuitoefening door de staat en door andere burgers.

## NOTEN

- 1 Een derde permanente ontwikkeling die zowel extern als intern invloed uitoefent, is informatisering. Op deze ontwikkeling wordt hier niet specifiek ingegaan.
- 2 Recentere gegevens die een tijdreeks vanaf 1960 tot 2000 omvatten, waren voortsnog niet beschikbaar.
- 3 Hieronder wordt verstaan: personenauto's, bedrijfsvoertuigen, motoren en bromfietsen. Fietsen zijn niet meegeteld omdat geen gegevens voor de hele periode beschikbaar zijn.
- 4 Recentere gegevens zijn niet beschikbaar doordat het CBS deze statistiek na 1999 heeft opgeheven.
- 5 De tijdreeksen van het CBS lopen tot 1993. Ze zijn aangevuld met recentere gegevens van de NS. Overigens vallen de cijfers van de NS gemiddeld gezien lager uit dan die van het CBS, omdat sinds 1994 met een andere meetmethode gewerkt wordt. Deze trendbreuk is zichtbaar doordat uit de gegevens per jaar blijkt dat de NS in 1994 312 miljoen treinreizen meet, terwijl het CBS er in 1993 nog 333 miljoen meet.
- 6 Recentere gegevens over beloning en straf als opvoedkundig middel zijn niet beschikbaar, omdat de gepresenteerde gegevens ontleend zijn aan een uniek onderzoek in de gemeente Sassenheim dat alleen in 1950 en in 1993 is uitgevoerd.
- 7 Vergelijkbare berekeningen voor de jaren negentig zijn niet voorhanden.
- 8 Overigens betreft het hier zowel buitenechtelijk geboren kinderen in gezinnen als van alleenstaanden.
- 9 De verkiezingen van 2002 doen echter vermoeden dat politieke partijen op godsdienstige grondslag weer in opkomst zijn, getuige het grote aantal CDA-stemmers. Onduidelijk is of hier sprake is van een trendbreuk.
- 10 De gebruikte periodisering is arbitrair en dient vooral te worden opgevat als indicatie van veranderingen, die in de werkelijkheid veel vloeiender in elkaar overlopen. Bovendien zijn niet alle ontwikkelingen representatief voor alle burgers. Ten slotte verwijzen de ontwikkelingen zowel naar uitbreiding van rechten door de overheid, als naar gebruik dat burgers van die rechten maken in een uitdijend repertoire van interactiepatronen (rollen) met de overheid.
- 11 Deze termen wijken grotendeels af van de termen in de onderzoeken door Van den Brink (2002) en Motivaction (2001), maar vormen de grootste gemene deler. Van den Brink hanteert bovendien drie stijlen, terwijl Motivaction er vier hanteert.

## 5 DE VERANDERINGEN IN DE CIVIL SOCIETY

### 5.1 INLEIDING

Het begrip *civil society* is in de afgelopen tien jaar internationaal uitgegroeid tot een kapstok om veel ontwikkelingen in de maatschappelijke verhoudingen aan op te hangen. Het woord *civil society* werd aanvankelijk vooral gebruikt in de context van de opbouw van een nieuwe maatschappij in de Midden- en Oost-Europese landen (door Havel e.a.). Zo omschreef Dahrendorf drie doelen van de transformatie van die landen:

- 1 het vormgeven van een moderne rechtsstaat;
- 2 het creëren van een sociale markteconomie;
- 3 het opbouwen van een *civil society* als sociale en culturele fundering van die beide (Dahrendorf 1990).<sup>1</sup>

De discussie bleef echter niet beperkt tot Midden- en Oost-Europa en lokte ook in het Westen hernieuwde politieke en wetenschappelijke aandacht en belangstelling voor dit onderwerp uit.

Ligt in de Oost-Europese context het accent op de *civil society* als conditie voor een marktsamenleving en rechtsstaat, in de West-Europese en specifiek in de Nederlandse context gaat het bij *civil society* vooral over vraagstukken van enerzijds deelname aan het vrijwilligerswerk en anderzijds de samenstelling van de verzorgingsstaat. Dit beeld van de *civil society* in Nederland wordt ook bevestigd in een recent grootschalig internationaal onderzoek (Burger en Dekker 2001). Daarin komt de Nederlandse *civil society* te voorschijn als een bonte verzameling van concrete en geprofessionaliseerde organisaties op beleidsgebieden van zorg, onderwijs, woningbouw, welzijn en sport. Met name in de hoogtijdagen van de verzorgingsstaat in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw is het particulier initiatief op de genoemde gebieden sterk vervlochten geraakt met de overheid.

In de communistische landen van Midden- en Oost-Europa ontbrak zowel het rechtsstatelijke element als het pluralisme dat in de *civil society* tot uiting komt en vorm krijgt. Het pluralisme van de *civil society* is in de westerse landen echter niet overal hetzelfde. Zo is het denken en doen van de *civil society* in de Angelsaksische landen en in het bijzonder in de Verenigde Staten globaal gesproken meer legalistisch en *adversarial* van karakter (o.a. tegenover staat en politiek), en bestaat zij uit individuele *voluntary associations*.<sup>2</sup> De nadruk ligt daar meer op vrijheidsrechten en vooral op onafhankelijkheid in de zin van doelbewuste afscherming tegen de macht van de staat. Hiermee vergeleken heeft de Nederlandse *civil society* een meer politiek-maatschappelijk en sectoraal karakter en is zij gekoppeld aan de uitoefening van politiek aanvaarde maatschappelijke functies. Haar onafhankelijkheid wil zeggen dat zij is afgeschermd tegen de invloed van particuliere belangen van marktpartijen (naast het feit dat zij is afgeschermd tegen ongewenste invloeden van de overheid) (vgl. het omroepstatuut).

Bovendien heeft de overheid in Nederland meer een dubbelrol ten opzichte van de *civil society*: enerzijds beschermt zij de maatschappelijke organisaties tegen de druk van de markt, anderzijds moet zij ervoor zorgen dat de instellingen tegen eenzijdige invloed van haarzelf worden beschermd.

Er zijn verschillende aanduidingen voor de *civil society* in Nederland. Zo wordt soms gesproken over de maatschappelijke organisaties of over – meer recent – maatschappelijke ondernemers. De klassieke aanduiding van *civil society* in Nederland is echter die van het georganiseerde particulier initiatief, zo merkte Tjeenk Willink onlangs op (Tjeenk Willink 2002). Het particulier initiatief is oorspronkelijk voortgekomen uit de standen van de negentiende eeuw, uit de hogere burgerij, de leiding van de kerken, de vakbeweging en de werkgeversorganisaties. Deze organisaties stonden meestal niet los van de politiek, al was het alleen maar omdat de desbetreffende oprichters relaties hadden in de politiek en in de daarmee verbonden maatschappelijke kringen. Het betrof in die begintijd maatschappelijke organisaties die zich richtten op de publieke zaak. Deze wereld van particulier initiatief voor publieke zaken is in de loop van de vorige eeuw via de fase van de verzuiling uitgegroeid tot een georganiseerd particulier initiatief voor publieke taken. Het kreeg toen ook meer een plaats als maatschappelijk middenveld, zoals Zijdeveld dit noemde, tussen de markt en de overheid in.<sup>3</sup> Als in Nederland in empirische zin over de *civil society* wordt gesproken, dan wordt daarmee het maatschappelijk middenveld bedoeld.

In dit hoofdstuk wordt, aansluitend op het Nederlandse spraakgebruik, deze aanduiding van *civil society* als vertrekpunt genomen. Er volgt een verkenning van de veranderingen in de *civil society* en van vragen van rechtsstatelijke aard die hierdoor worden opgeroepen. De volgende paragraaf geeft een nadere afbakening van het terrein en formuleert de centrale vragen aan de hand waarvan dit hoofdstuk is opgebouwd.

### 5.1.1 TERREINAFBAKENING EN VRAGEN

Hiervoor is aangegeven dat *civil society* in Nederland vooral wordt omschreven als particulier initiatief met publieke taken. Die combinatie van particulieren met publieke taken lijkt vanzelfsprekend, maar is dat niet. Particulier initiatief speelt zich af bij de burgers, publieke taken bij de overheid. Burgers behoren tot de privaatrechtelijke sfeer, de overheid wordt daarentegen geassocieerd met de publiekrechtelijke sfeer. Men zou daarom verwachten dat de *civil society* in Nederland een fundamenteel omstreden begrip is. Dit lijkt echter niet het geval te zijn. Integendeel, het verschijnsel lijkt zelfs onproblematischer en populairder dan lange tijd het geval was.<sup>4</sup> Zo is de *civil society* een erkend instrument in de uitvoering van beleid. Veel beleid krijgt in concreto vorm in de *civil society*, of het nu gaat over onderwijs, zorg, huisvesting, sport of welzijn. Als het overheidsbeleid op die gebieden verandert, is het politiek en maatschappelijk bijna vanzelfsprekend dat de *civil society* hieraan haar bijdrage moet leveren en bereid moet

zijn om mee te veranderen (mee te bezuinigen als de overheid moet bezuinigen, extra inspanningen te leveren als de overheid die ook moet leveren, enz.).

Hoe kan echter een begrip dat een innerlijke tegenspraak bevat op een fundamentele laag van redeneren, op de laag van de dagelijkse uitvoeringspraktijk een vanzelfsprekendheid zijn? Onder verwijzing naar de indeling in lagen uit hoofdstuk 1 ligt de verklaring in de veranderingen die hebben plaatsgevonden op de tussenliggende lagen met (name laag 3 van het schema uit hoofdstuk 1), te weten die van de systemen van organisatie en beleid en de hieraan ten grondslag liggende beginselen. Op deze lagen heeft zich een verandering voorgedaan in de verhouding tussen de *civil society* en de overheid. Het betreft een culturele verandering in opvattingen over en regimes van sturing en maatschappelijke besluitvorming. Van een regime van *social engeneering* – met haar voornamelijk verticale interpretatie en gebruik van de verhouding van overheid en samenleving –, is men opgeschoven naar regimes voor de oplossing van maatschappelijke problemen. Daarbij delen overheid en *civil society* tezamen de publieke ruimte van waaruit maatschappelijke problemen kunnen worden opgelost. In plaats van een positie boven de maatschappij uit de traditie van social engeneering, krijgt de overheid een plaats binnen het geheel van wederkerige maatschappelijke verhoudingen. In plaats van een langetermijnoriëntatie van planning, treedt een kortetermijnoriëntatie voor het oplossen van problemen op de voorgrond. In plaats van een presterende functie kiest de overheid vaker voor ordenende functies op voorzieningengebieden. In plaats van verticale modellen van besluitvorming valt het accent hoofdzakelijk op horizontale besluitvormingsprocessen. Horizontalisering in systemen van maatschappelijke besluitvorming en probleemoplossing treedt op over een breed vlak van voorzieningentaken. Het beeld van horizontalisering geldt echter niet voor de gehele linie. Op sommige gebieden blijft de hiërarchie bestaan of treedt zelfs hernieuwde hiërarchisering op, bijvoorbeeld bij de sancties voor gemeenten bij onvoldoende uitvoering van de Bijstandswet.<sup>5</sup> Ook de uitvoering van de ordenende functie veronderstelt hiërarchie. Dus als ‘schaduw’ (*shadow of hierarchy*) blijft zij bij de horizontaliseringsprocessen aanwezig.

Dit hoofdstuk gaat over deze bestuurlijk-culturele verandering, die wordt gekenmerkt door de opkomst van processen van delen van de publieke ruimte<sup>6</sup> en de complementariteit en toenemende complexiteit in de aansluitingen tussen overheid en *civil society* die hierdoor worden opgeroepen.

De aandacht voor de veranderingen in de *civil society* staat niet los van het in het vorige hoofdstuk aangeduide proces van individualisering. Zo biedt de *civil society* enige compensatie voor negatieve gevolgen van individualisering door de nadruk op bindingen en betrokkenheid bij de samenleving. Ook internationalisering kan van invloed zijn, in de zin van de kleine schaal van democratische binding en vorming als complement op processen van internationale maatschappelijke schaalvergroting. Dit is overigens slechts één kant van de relaties tussen *civil society* en internationalisering; een andere is dat een deel van de *civil society*

ook internationaliseert, omdat maatschappelijke organisaties zijn aangesloten bij internationale organisaties en er multinationals op het gebied van de *civil society* (Ngo's) zijn ontstaan; beide kanten kunnen ook gelijktijdig aan de orde zijn.

De *civil society* in relatie tot individualisering en internationalisering krijgt ook aandacht in de wetenschappelijke literatuur. Daarbij vallen twee zaken op. Ten eerste wordt *civil society* als een soort maatschappelijk democratisch project voorgesteld; De Waal (2000) noemt de vereniging 'de strategie van burgers'. Men ziet in de *civil society* een oplossing voor tekorten die door individualisering en internationalisering kunnen zijn ontstaan. Participatie door de georganiseerde burgers en *voluntary associations* moeten eventuele democratische tekorten opvullen. Putnam (1993) ziet de *civil society* in zijn bekende studie naar democratie in Italië als de conditie voor democratisch burgerschap bij uitstek. Cohen (1998) stelt dat het voorbeeld van Italië nog meer laat zien. Niet alleen de aanwezigheid van vrijwillige associaties vormt een voedingsbodem voor democratie. Die bodem is ook gelegen in een hoogontwikkelde sfeer van openbaarheid en wederkerigheid in de verhoudingen tussen overheid en maatschappij. In Nederland heeft het Sociaal en Cultureel planbureau (SCP), en met name Dekker, veel studie gemaakt van dit onderwerp; onlangs nog behandelde Dekker (2002a) de *civil society* als oplossing voor onder meer de internationalisering.

Ten tweede ontbreekt vaak de 'maatschappelijk democratische' dimensie van de *civil society* in bestuurskundige analyses. Als in deze literatuur wordt gesproken over horizontalisering in de systemen van maatschappelijke besluitvorming, dan gaat het vaak over uitwisselingen, coöptatie, dubbellidmaatschappen en netwerken tussen bestuurders van instellingen van overheid en *civil society* en het nut hiervan (vgl. de internationale literatuur over netwerken en bijv. hun innovatieve functies).<sup>7</sup>

Kortom: in de laatste benadering valt de (georganiseerde) burger buiten het schema van denken, in de overige draait het nu juist om die georganiseerde burger. In dit hoofdstuk wordt een soort tussenweg bewandeld. Enerzijds gaat het over horizontalisering en vervlechting tussen overheid en instellingen, en over de factoren die dergelijke processen bevorderen, zowel aan de kant van de overheid als aan de zijde van de instellingen. Anderzijds wordt vanuit het besef dat de *civil society* ook een maatschappelijke en democratische aangelegenheid is (het woord *civil society* zegt het al) de positie van de (georganiseerde) burgers niet buiten beschouwing gelaten. De burgers zijn weliswaar geen zelfstandige partij in de horizontalisering, maar als omgevingsvariable is de georganiseerde burger een factor van betekenis, waar overheden en instellingen mee rekenen en op reageren. Dit is zichtbaar in hun communicatiestrategie, in de strategie van overleg met woordvoerders en door de oprichting van 'intermediairs' tussen aanbod en vraag. Als de maatschappelijke omgeving voor de instellingen onzekerder en onoverzichtelijker wordt, trachten zij door dergelijke strategieën weer meer zekerheid en overzichtelijkheid te verwerven. Voor de instellingen zijn de burgers echter niet slechts 'objecten van beleid'. Hun primaire rol is immers die



van politiek subject, van lid (bij vereniging) en van kiezer van vertegenwoordigende organen en formeel dus van hoofdrolspeler in de politieke gemeenschap.

Dit hoofdstuk behandelt de volgende vragen:

- Wat zijn de factoren die hebben bijgedragen aan de horizontalisering?
- Wat zijn de gevolgen hiervan voor de *civil society*?
- Waarom is de *civil society* relevant voor de rechtsstaat?
- Waarom is de rechtsstaat ook relevant voor de *civil society*?
- Hoe kan de complementariteit tussen *civil society* en rechtsstaat worden geïmplementeerd?
- Waar wordt de complementariteit onbruikbaar?
- Wat zijn problematische kanten van horizontalisering vanuit rechtsstatelijk perspectief?

### 5.1.2 OPZET

De paragraafindeling is als volgt. Paragraaf 5.2 gaat in op de factoren die de horizontalisering en vervlechting hebben begunstigd. Paragraaf 5.3 schetst de gevolgen van deze processen in de praktijk. Nadat het onderwerp aldus langs empirische weg is geïntroduceerd, wordt in de paragrafen 5.4, 5.5 en 5.6 de meer theoretische draad van de complementariteit van *civil society* en rechtsstaat weer opgepakt. Paragraaf 5.7 licht de grenzen van deze complementariteit toe. Paragraaf 5.8 zet de problematische kanten van de hier behandelde processen nogmaals op een rijtje. In paragraaf 5.9 worden enkele samenvattende conclusies getrokken.

## 5.2 FACTOREN DIE BIJDAGEN AAN HORIZONTALISERING

Bij de factoren die bijdragen aan horizontalisering en vervlechting wordt hierna onderscheid gemaakt tussen factoren aan de kant van de overheid en die aan de zijde van de maatschappelijke instellingen. In de subparagrafen 5.2.1 en 5.2.2 komen zij achtereenvolgens aan bod. Welke gevolgen deze factoren hebben voor de reguleringsmacht – overheidsregelgeving, zelfregulering of zelfs combinaties van beide – komt in subparagraaf 5.2.3 aan de hand van enkele casussen ter sprake. Tot slot worden ook nog enkele algemene factoren genoemd, waaronder de verguizing van het beeld van de georganiseerde burgers.

### 5.2.1 FACTOREN AAN DE KANT VAN DE OVERHEID

Het horizontaliseringsproces en de voortgaande vervlechting tussen overheid en maatschappelijke organisaties is door een aantal factoren van overheidswege aangewakkerd, dat hieronder wordt besproken.

#### *Minder afstand tussen overheid en burgers*

Om te beginnen kan worden gewezen op de verkleining van de afstand tussen overheid en maatschappij, nadat eenmaal het taboe op overheidsinterventies

door de staat aan het begin van de vorige eeuw werd doorbroken. Juist het feit dat de overheid steeds meer tussen beide ‘mocht’ komen bij de oplossing van problemen heeft de afstand van de overheid tot de maatschappij verkleind. Door de nadruk op het oplossen van problemen en op beleid zijn de *civil society* en de overheid in zekere zin in elkaars verlengde komen te liggen. Dit heeft ertoe geleid dat de overheid meer deel is gaan uitmaken van de actuele maatschappelijke verhoudingen en dat zij haar gewicht in die verhoudingen meer tot gelding heeft kunnen brengen. De belangrijkste inbreuken op de leer der staatsonthouding zijn gemaakt rondom de beide wereldoorlogen: de invoering van het algemeen kiesrecht na de Eerste Wereldoorlog en de invoering van sociale grondrechten na de Tweede Wereldoorlog. De wijziging van de positie van de overheid hangt echter niet alleen samen met dergelijke politieke ontwikkelingen, maar ook met de opkomst van de industriële samenleving, met het secularisatieproces (zie hoofdstuk 4), met het veranderen van de legitimiteitsgrondslagen (het gezag dat eerst vanzelfsprekend van bovenaf gegeven was, moet van onderaf worden verworven), en met de ontwikkeling naar een maatschappij van organisaties, die elkaar trachten te gebruiken voor het bereiken van hun doelen.

### ***Uitbreiding van overheidssubsidiëring***

Een tweede factor is de uitbreiding van de overheidssubsidies. De meeste voorzieningen die we nu kennen, komen voort uit het particulier initiatief. Een groot deel van de zorg en het onderwijs is begonnen als particulier initiatief en is pas onder invloed van de massaliteit van het gebruik van de voorzieningen steeds meer door de overheid gesubsidieerd. De woningcorporaties zijn bijvoorbeeld in het begin van de vorige eeuw begonnen als particulier initiatief en zijn in de jaren dertig intern gecentraliseerd (lokale overheid). Ook de arbeidsvoorziening is toen gecentraliseerd. Tegelijk met de overheidssubsidiëring zijn de bedoelde voorzieningen in de jaren zeventig van de vorige eeuw binnen de invloedssfeer van de centrale overheid gekomen en zijn hun taken en bevoegdheden vastgelegd in wettelijke (planning)systemen. Hierdoor kreeg de overheid als handhaver van de wetten ook een medeverantwoordelijkheid voor de bevordering van de condities waardoor die instellingen in stand konden blijven. Om de individuele subsidieverstrekkings minder willekeurig te maken heeft de overheid deze in toenemende mate gebonden aan voorwaarden. Er werden eisen gesteld aan de professionaliteit van de uitvoering en aan de schaalgrootte, waardoor vele kleine instellingen vaak opgingen in enkele grote corporaties. Dat die schaalvergroting op zichzelf kan hebben bijgedragen aan meer gelijke verhoudingen tussen de overheid en de maatschappelijke instellingen komt later nog aan de orde.

### ***Meer regulering en toezicht***

Een derde hiermee samenhangende factor is de uitbreiding van de wet- en regelgeving en het staatstoezicht op voorheen autonome maatschappelijke actoren uit het onderwijs, de zorg en de woningbouw. In ruil hiervoor werd gegarandeerd dat de betrokken organisaties tijdig zouden worden gehoord in het proces van voorbereiding van wetten en bestuursmaatregelen. Zo zijn in de eerste helft van de vorige eeuw uitgebreide advies- en overlegstructuren ontstaan en zijn voor

alle belangrijke gebieden tevens overheidsinspecties opgericht, die moesten controleren of de uitvoerders voldeden aan deugdelijkheidsvereisten (inputvariabelen). Door die uitruil van wetgeving en toezicht van bovenaf en advies van onderop zijn de institutionele relaties tussen de overheid en de *civil society* veeleer eenvoudiger. Op sommige gebieden, zoals het onderwijs, zijn de relaties bovendien traditioneel sterk juridisch vormgegeven. Zo bevat artikel 23 van de Grondwet een bepaling over de bevoegdheid van de staat om toezicht te houden op de deugdelijkheid van het onderwijs (door de Onderwijsinspectie). Dit is een historisch compromis tussen enerzijds de handelingsvrijheid van burgers tot het oprichten en onderhouden van maatschappelijke structuren en anderzijds de verplichting voor de overheid om toezicht te houden op de deugdelijkheid van de uitvoering van de publieke taken. De Onderwijsinspectie is immers bij de uitvoering van haar taken gebonden aan strikte regels.

Naast dit klassieke regelgeleide toezicht is er voorts op een toenemend aantal gebieden sprake van aanvullende en nieuwere vormen van toezicht. Te denken valt aan het huidige toezicht op de planprocedures, bijvoorbeeld bij het 'plan van scholen', als basis voor de financiering van de scholen (zijn er voldoende voorzieningen per gebied, worden gaten opgevuld, zijn de selectiecriteria goed toegepast en hoe wordt het plan geïmplementeerd?). Tevens is er door de invoering van contracten (bijv. bij budgetfinanciering, lump sum-financiering) controle nodig op het nakomen van de subsidievoorwaarden door de maatschappelijke actoren. De manier waarop toezicht wordt gehouden kan in het contract zelf zijn opgenomen. Met de uitbreiding van het toezicht zijn ook de interbestuurlijke informatieverplichtingen voor maatschappelijke actoren ten opzichte van de overheid toegenomen. Dit geldt voor het administratief en financieel beheer, de evaluatie, de publicatie van openbare verslagen en openbare evaluatierapporten en dergelijke. Aldus is buiten de klassieke wettelijke structuur van toezicht een groot aantal nieuwe 'toezichtsrelaties' ontstaan.

Tevens zijn de advies- en overlegrelaties uitgebreid in de vorm van vooroverleg over de beleidsplannen van de instellingen. Daarnaast is het veld van toezichthouders deels verbreed, door de uitbreiding van het aantal actoren dat van opzij en van onderop *hands on*-toezicht houdt, zoals verenigingen van gebruikers van de voorzieningen (ouderverenigingen, huurdersverenigingen, patiëntenverenigingen) en de Consumentenbond. En hiernaast is er nog het verschijnsel van toezicht op de integriteit van binnenuit, mede ondersteund door regelingen voor onder meer de positie van klokkenluiders. Er is kortom een grote verscheidenheid van toezicht en toezichtsrelaties ontstaan, vanuit de overheid, vanuit de gebruikers, meer juridisch of meer via de geldkoorden.

### **Opheffing van koepelinstellingen en ontzuiling**

In de vierde plaats heeft de ontzuiling bijgedragen aan de horizontalisering van de verhoudingen tussen overheid en maatschappelijke instellingen. In de hoogtijdagen van de verzuiling hadden de maatschappelijke instellingen hun voor mannen in het parlement (en de regering). Zij waren betrokken bij de totstandkoming van wetgeving, die was bedoeld voor de regulering en subsidiëring van

hun 'eigen' organisaties. De ontzuiling is ook een ander woord voor de verdwijning van die verbindingslijnen van de lokale instellingen in de richting van de overheid en in omgekeerde richting. Met de ontzuiling verdwenen tevens de koepelinstanties die verschillende soorten voorzieningen op centraal niveau onder één koepel brachten, zodat zij met één mond konden spreken. Te denken valt aan de opheffing van de Nationale Raad voor Maatschappelijk Welzijn (NRMW) (de koepelorganisatie voor alle welzijnsinstellingen), de Centrale Raad voor de Volksgezondheid (voor het overleg tussen de minister van Volksgezondheid en de diensten en instellingen op het gebied van de volksgezondheid) en de Centrale Commissie voor Onderwijs Overleg (voor het overleg tussen de minister van Onderwijs en alle bij het onderwijs betrokken organisaties). In plaats hiervan zijn de instellingen onderworpen aan regels van zorgvuldigheid van besluitvorming in de sfeer van arbeid en discriminatiebestrijding, zoals een verplichte ondernemingsraad (Wet op de ondernemingsraden) en richtlijnen voor de gelijke behandeling (Wet gelijke behandeling). Het gaat om regels die gelijkelijk gelden voor de gesubsidieerde private sector als voor publieke uitvoeringsorganen. Hiermee zijn de condities tussen publieke en particuliere actoren min of meer gelijk getrokken. Op die manier wordt de horizontalisering van de verhoudingen ondersteund.

### ***Planning en verzelfstandiging ten aanzien van de gesubsidieerde sector***

Ten vijfde heeft ook de opkomst van het denken in termen van planning en beleid ten aanzien van de gesubsidieerde sector bijgedragen aan horizontalisering en vervlechting in de jaren zeventig van de vorige eeuw. Het denken in termen van planning en beleid heeft aan overheid en maatschappelijke instellingen een gemeenschappelijk platform geboden; zij deelden van nu af aan dezelfde taal en bestuurlijke gebruiken. Dit ging soms zover dat men sprak van beleidsfamilies die onderling concurreerden. De onderlinge competitie tussen de kolommen van departementen om middelen voor 'hun' maatschappelijke instellingen heeft die eenheid van departementen en *civil society* nog verder versterkt. Behalve door de competitie tussen de departementen van algemeen bestuur lijkt de verstrengeling tussen instellingen en overheid in die tijd voorts te zijn versterkt door de verwetenschappelijking van dit beleid. Zo zijn tegen die achtergrond uitgebreide planningsystemen ontwikkeld, onder meer voor het onderwijsbeleid (vgl. het constructief onderwijsbeleid), voor de arbeidsvoorziening (vgl. het actieve arbeidsmarktbeleid) en voor het welzijnsbeleid (Kaderwet welzijn). Het spreekt vanzelf dat de overheid in haar doelgerichte beleidsoriëntatie de instellingen nodig heeft om de doelen te bereiken die zij zich heeft gesteld. Dit biedt de instellingen ook weer de mogelijkheden om de overheid aan te spreken op wat zij voor hen doet.

De opkomst van dergelijke centrale beleidshuishoudingen is achteraf gezien een tussenstap geweest naar een verdere bestuurlijke decentralisatie en verzelfstandiging van beleid in de uitvoerende sfeer. Nadat in de jaren zeventig de nadruk had gelegen op centralisatie van beleidsvorming kwam in de jaren tachtig en negentig het accent te liggen op uitbesteding en overdracht van taken naar ofwel publiek-

rechtelijke ofwel privaatrechtelijke organen. De verantwoordelijkheid voor beleid kwam hierdoor tevens te berusten bij deze zelfstandige actoren. Tegelijk met de overdracht van met name beheers- en beleidstaken naar ‘beneden’ ontstond er een onderhandelingshuishouding tussen de centrale overheid en de zelfstandige organisaties. Deze ontwikkelden een eigen strategie en pr-beleid. Juist de verzelfstandigingen bleken op te roepen tot een toenemende coördinatie en informatie-uitwisseling tussen departementen en instellingen. Als zelfstandige strategische actoren stonden zij tegenover en naast de overheid bij het delen van de publieke ruimte. De overheid als partij waarmee contacten werden onderhouden, gedroeg zich minder monolithisch. Ze viel uiteen in deelmarkten voor bijvoorbeeld beleidsvoorbereiding, uitvoering, toezicht, enzovoorts, terwijl hiernaast nieuwe functies ontstonden, zoals procesmanagement en dergelijke. Het verschijnsel van procesmanagement en van uitvoeringstrajecten (bijv. voor de invoering van de tweede fase in het voortgezet onderwijs of voor inburgering) droeg bij aan de horizontalisering van de verhoudingen, omdat de overheid bij dergelijke werkzaamheden op velerlei manieren was aangewezen op de medewerking van (semi-)private instellingen.

### **Overige factoren**

Ten zesde hebben ook de verzwakking van het legaliteitsbeginsel en de toenemende beleidsvrijheid van departementale diensten (zie ook hoofdstuk 6) meer ruimte gecreëerd voor directere contacten en contracten tussen uitvoerende overheidsdiensten en uitvoerende maatschappelijke instellingen. Dit kan leiden tot meer directe interacties tussen de personen die het aangaat. Bovendien ontstaan aldus meer kansen op uitwisselingen op het personele vlak tussen mensen uit de *civil society* en de overheid.

Ten zevende heeft het feit dat maatschappelijke instellingen voor hun inkomsten minder eenzijdig afhankelijk zijn geworden van de centrale overheid ook bijgedragen aan het horizontaler worden van de verhoudingen. Dit is gebeurd langs drie lijnen. Ten eerste is een deel van de *civil society* gecommercialiseerd, met name de sport, de kinderopvang en de thuiszorg. Voorts is een groot deel van de verantwoordelijkheid voor de *civil society* overgedragen aan de gemeenten (bijv. voor welzijnsbeleid en onderwijsachterstandsbeleid). Ten slotte begint de invloed van de Europese Unie (EU) voelbaar te worden in de *civil society*, zij het dat de invloed van de EU op de private marktpartijen aanzienlijk groter is dan op de *civil society*.

Vooraf de Europese invloed kan bijdragen aan een verdere horizontalisering van de verhoudingen tussen overheidsactoren en maatschappelijke actoren. Donner (1998) heeft erop gewezen dat mede in het kader van het Europese subsidiariteitsprincipe er van de EU een belangrijke impuls uitgaat in de richting van een versterking van professionele juridische uitvoering los van het nationale politieke gezag, terwijl de staat voor de uitvoering wel aansprakelijk blijft; dus los van elkaar en toch op elkaar aangewezen. Bovendien maakt de Europese eenwording het mogelijk dat door ‘maatschappelijke ondernemingen’ en burgers

een beroep wordt gedaan op Europese grondrechten (bijv. rechten voor gebruikers van voorzieningen) en Europese regels van marktordening en *governance*. In dit verband zijn uitspraken van het Hof van Justitie van belang, alsmede het recente Witboek over Europese Governance (Commissie EG 2001), dat mede op instigatie van Frankrijk tot stand is gekomen en waarin de wil tot uiting wordt gebracht om op het niveau van de EU rekening te houden met specifieke kenmerken van bepaalde ‘markten’ en met de rol die maatschappelijke actoren op die terreinen spelen. In het Witboek wordt daarom ook getracht een evenwicht te bereiken tussen het respecteren van regelingsautonomie op maatschappelijk terrein en toepassing van economische basisregels. Van de Gronden (2001) geeft een overzicht van mogelijkheden die hiertoe inmiddels bestaan. Kortom, door de Europese regels wordt de overheid gedwongen meer onderscheid te maken tussen haar regelingsbevoegdheden en haar rol als uitvoerder in markten waar zij de ruimte deelt met particuliere actoren.

### 5.2.2 FACTOREN AAN DE KANT VAN DE INSTELLINGEN

Het horizontaliseringsproces en de voortgaande vervlechting tussen overheid en maatschappelijke organisaties zijn tevens door een aantal factoren vanuit de maatschappelijke organisaties zelf aangewakkerd, die hieronder worden besproken.

#### **Professionalisering en schaalvergroting**

Ten eerste is er de professionalisering van de instellingen. Dit heeft de positie van de werkers en het management versterkt, waardoor zij in een meer gelijkwaardige positie zijn komen te verkeren ten opzichte van de overheid (voor de klassieke professionals als artsen en accountants ligt het verhaal subtieler, omdat zij ook een deel van hun autonomie als vrije beroepsbeoefenaren verloren hebben toen zij deel gingen uitmaken van organisaties; vgl. Van Doorn die vanaf 1955 meermalen over dit onderwerp heeft geschreven). Bovendien heeft een reeks van factoren bijgedragen aan schaalvergroting bij de instellingen van de *civil society*:

- Voor het verkrijgen van subsidies is er behoefte aan professionalisering en nascholing en worden er eisen gesteld ten aanzien van de schaalgrootte .
- Om de positie van de instellingen in de toekomst veilig te stellen, is er de praktische noodzaak van verbreding van het financiële draagvlak op het niveau van de individuele instellingen.
- Naast de trend van massaliteit is er behoefte aan maatwerk.

Hierdoor zijn de verhoudingen tussen de overheid en de instellingen van de *civil society* meer op hetzelfde vlak komen te liggen. De instellingen zijn bijvoorbeeld soms zo groot geworden en bestrijken zo'n groot gebied, dat departementen er over het hoofd van intermediairs heen individuele contracten mee afsluiten voor een gebiedsgericht beleid. Aan deze verschijnselen van schaalvergroting heeft de Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling (RMO 2000) onlangs een rapport gewijd. Zonder de betekenis van de schaalvergroting te ontkennen voor de hier behandelde horizontalisering van de verhoudingen, worden de factoren aan de kant van de instellingen hier verder beperkt tot de processen van professionalisering.

De professionaliseringstendenties hebben zich uitgestrekt tot formalisering van verenigingen en stichtingen, vooral die met enige (bijv. tien of meer) personeelsleden.<sup>8</sup> Zij hebben mede geleid tot veranderingen van de verhoudingen van besturen van *verenigingen* tot de ledenvergaderingen (waaraan officieel verantwoording moet worden afgelegd en waar de primaire macht ligt) en bovendien tot differentiaties binnen verenigingsbesturen zelf, waardoor de macht van de formeel verantwoordelijke bestuurders ('bevoegd gezag') mogelijk is verschoven naar de dagelijkse leiding; dit is bijvoorbeeld soms het geval bij schoolbesturen. Ook voorzieningen met een *stichtingsvorm*, zoals veel ziekenhuizen en verzorgingsinstellingen, zijn mede onder invloed van professionalisering veranderd. Bij die instellingen hebben amateurbestuurders plaats moeten maken voor permanente dagelijks besturen. Deze worden ondersteund door centrale administratieve apparaten. In de collectieve sector is besloten om te voorzien in raden van toezicht die naar analogie van de raden van commissarissen van vennootschappen beslissingen van het dagelijks bestuur moeten controleren. Die raden van toezicht bij stichtingen hebben, anders dan de raden van commissarissen bij BV's, geen vanzelfsprekend forum om verantwoording aan af te leggen. De stichtingsvorm die vooral bedoeld is voor het beheren van vermogens en fondsen lijkt niet primair bedacht te zijn voor het beheer en de besturing van de vaak kolossale organisaties die zijn ontstaan uit het particulier initiatief van eertijds.

Wat voorheen één functie was, is inmiddels gesplitst in bestuur, administratief beheer en toezicht, dus in drie afzonderlijke functies met elk hun afzonderlijke professionaliteit. De professionalisering heeft zich hierbij bovendien doorgezet op lagere niveaus van grote particuliere organisaties, naar afdelingen die strategische plannen moeten maken, zelf budgetten moeten beheren en een eigen *human resource* management moeten voeren.

### ***Vergruizing en heterogeniteit***

Eerder in dit hoofdstuk is reeds gewezen op de vergruizing van het beeld van de overheid door de opdeling van het algemeen bestuur in agentschappen, zelfstandige bestuursorganen, taskforces, managementteams en dergelijke. Ook aan de zijde van de *civil society* doet zich iets dergelijks voor. Zo lijkt de *civil society* in haar concrete vormen ook meer dan tot nu toe heteroog te zijn geworden. De verschillen binnen de sectoren zijn soms groter dan die tussen de sectoren. Ook de praktijken van de instellingen zelf zijn veelzijdiger geworden door verschillen in methodes en bestuursstijlen (bijv. een katholieke Montessori-school naast een gewone katholieke school).<sup>9</sup> Hiernaast is de *civil society* ook buiten de uitvoerende sfeer heteroog geworden door nieuwe verschijnselen als consumentenorganisaties (huurdersverenigingen, ouderverenigingen en patiëntenverenigingen), actiegroepen, sociale bewegingen en Ngo's. Tegelijk zijn ook de relaties met de private sfeer uitgebreid, waarbij kan worden gedacht aan eigen bijdragen van de gebruikers, sponsorcontracten, subsidiëring door loterijen en commerciële dienstverlening door de instellingen als extra bron van inkomsten.

### ***Functiedifferentiatie***

Ten slotte lijken binnen de hier behandelde categorie van het particulier initiatief weer nieuwe vormen van particulier initiatief te ontstaan door processen van functiedifferentiatie binnen de instellingen zelf. Men kan hierbij denken aan afstoten van administratietaken aan al dan niet commerciële administratiebureaus (bijv. voor leerlingenadministraties), aan de oprichting van arbeidspools en ICT-diensten voor thuiszorg (in Rotterdam), aan communicatiebureaus en accreditatie-instellingen (bijv. in het HBO-onderwijs), lees- en overblijffouders. Ook kan worden gewezen op het ontstaan van intermediairs die individuele burgers helpen bij de keuze van zorgaanbieders. Aan de rand van de klassieke *civil society* tekent zich aldus weer een ruimere rand van nieuw particulier initiatief af en ontstaan nieuwe intermediairs tussen instellingen en gebruikers.

Bovendien werken de differentiatieprocessen door in de instellingen zelf. In één en dezelfde instelling kan de vervlechting met de staat toenemen als het gaat om participatie aan overheidsprojecten, terwijl tegelijk de commerciële belangen toenemen, omdat de instelling tegen betaling service verleent en samenwerkt met andere commerciële actoren. Een instelling heeft meerdere functies en kan dus ook al naar gelang de functie waarover het gaat in verhouding staan tot meer overheidsactoren (rijk, gemeenten), publieksgroepen en groepen van professionals tegelijk. (vgl. de veelheid van functies van de ANWB).

### ***Maatschappelijke professionals***

Een belangrijke vraag is hoe de genoemde professionalisering van uitvoering zich verhoudt tot de klassieke soorten van professionele uitvoering. Zo onderscheidde Mill (1863/1958) als een van de eersten twee vormen van representatieve en tegelijk effectieve uitvoering van publieke functies. Ten eerste de bureaucratische variant, waarbij de overheid taken zelf uitvoert onder controle van een representatief samengesteld parlement, dat zich bij de voorbereiding van besluiten eventueel laat informeren door maatschappelijke groepen (opdat zijn handelen optimaal kan aansluiten bij de maatschappelijke behoeften). Ten tweede de professionele variant van de uitvoering van publieke taken binnen het kader van het particulier initiatief zelf, waarbij de staat 'slechts' zorgt voor de infrastructuur van de beroepsopleidingen en waarbij hij de kaders voor zelfregulering (bijv. tuchtrecht) garandeert. In het eerste geval gaat het om een exclusieve variant: de bureaucratie staat voor een effectieve uitvoering, het parlement staat voor de representatie. Het tweede geval is een inclusieve variant: in de beroepsuitoefening zelf zijn de vereisten van effectiviteit en representatie geïnternaliseerd, ondersteund door wederzijdse controles en dergelijke.

In de tijd dat Mill dit schreef ging het over het klassieke dienstverlenende beroep van arts, advocaat en notaris; kortom, de zogeheten vrije beroepen. Een groot deel van die klassieke professionals werkt inmiddels in organisatieverband en in loondienst, waardoor kan worden gesproken van geprofessionaliseerde organisaties en professionals in dienstverband (samengaan van vrijheid en commitment van de zelfstandige dienstverlening en de dwang van het organisatieverband).



De overstap is dan niet groot meer naar het procesmatige begrip professionalisering in de zin van het streven om binnen de dienstverlenende sfeer (quartaire sector) het werk naar professionele standaarden (bijv. in protocollen) vorm te geven en in te richten en in die zin te spreken van dienstverleners als professionals. Op die manier kunnen leraren en verpleegkundigen, maar ook bestuurders van maatschappelijke instellingen voor zorg en onderwijs worden voorgesteld als 'maatschappelijke professionals'. Deze processen hangen samen met de eerdergenoemde professionalisering van de functie-uitoefening van de maatschappelijke actoren en in aansluiting hierop de strategieën van *empowerment* van de beroepsuitoefenaars (nascholingscursussen e.d.). De professionals worden in deze conceptie gezien als gebruikers en dragers van sociaal kapitaal, waarbij geïnvesteerd moet worden in hun competenties om zo bewust mogelijk om te gaan met dit kapitaal. Het is echter niet uitsluitend hun kapitaal, maar ook dat van de overheid en de gemeenschap als geheel. Vandaar dat bij de uitvoering samenspraak nodig is met de burgers, of klanten (die zich soms opstellen als deskundigen en protoprofessionals), de overheid, en allerlei soorten toezichthouders (soms collega-professionals). De interacties die hieruit voortvloeien (bijv. tussen uitvoerders en toezichthouders: toezichthouders die uitvoerders adviseren, en uitvoerders die soms ook weer aan toezichthouders adviseren) is een menging van elementen van beide modellen tegelijk en komt naast de beide genoemde vormen van representatieve uitvoering, die beide ook nog in de praktijk aanwezig zijn.

### 5.2.3 REGULERING DOOR OVERHEID EN MAATSCHAPPELIJKE ORGANISATIES

De wisselwerking tussen de factoren aan de kant van de overheid en die van de instellingen heeft tot gevolg dat de regulering niet meer louter van overheidszijde afkomstig is, maar ook van andere partijen. Dit geldt des te meer naarmate de overheid zich terugtrekt van haar presterende functie. Feitelijk verschuift hiermee een deel van de reguleringsmacht van de overheid naar de maatschappelijke instellingen. Anders gezegd, als de regulering wordt opgevat als een publieke ruimte raakt deze meer verdeeld tussen aan de ene kant overheidsregulering en anderzijds maatschappelijke zelfregulering. Hierbij vult de overheidsregulering de zelfregulering aan en omgekeerd. Deze processen zijn nog in ontwikkeling en de stadia ervan verschillen per beleidsgebied.

Waar voorheen slechts sprake was van ofwel overheidsregulering in plaats van zelfregulering ofwel zelfregulering in plaats van overheidsregulering, lijkt in de laatste jaren een tendens waarneembaar van het hanteren van combinaties van beide vormen van regulering tegelijkertijd. Het gaat hier om een relatief nieuwe ontwikkeling en om processen die een relatief experimenteel karakter hebben, met evaluaties, tussentijdse rapportages, enzovoorts.

Hierna worden bij wijze van illustratie vier cases (zie de drie boxen) besproken, waar al doende de grenzen worden beproefd tussen processen van overheidsregulering enerzijds en maatschappelijke zelfregulering anderzijds. Het betreft

ten eerste een casus van flexibilisering op de arbeidsmarkt met de Wet arbeid en zorg, ten tweede twee casussen over de inburgering en toelating van vreemdelingen tot Nederland (resp. de Wet inburgering nieuwkomers en de Koppelingswet) en ten slotte een casus van de decentrale praktijk van rechtshandhaving (Justitie in de Buurt, JIB).

Behalve voor meer horizontale verhoudingen zijn de cases ook illustratief voor andere aspecten:

- De gelaagdheid van de Nederlandse rechtsstaat, met aan de ene kant de centrale overheid en aan de andere kant de lokale overheid die de taken van de centrale overheid in een kader van zelfbestuur (medebewind) uitvoert en die deze taken deels weer deelt met zelfstandige maatschappelijke instellingen.
- Een directer op de praktijk en op het veranderen van die praktijk gericht beleid. Bijvoorbeeld: tussen de eerste voorlopige ideeën van de commissie-Zeevalking en de invoering van de Koppelingswet liggen amper 10 jaar.
- Een wending naar acceptatie van het uitgangspunt dat er een grotere ruimte moet zijn voor verschillen in beleidsuitkomsten tussen bijvoorbeeld de ene gemeente en de andere dan nu vaak het geval is.
- Minder vrijblijvendheid in de relatie tussen overheid en *civil society*. De verantwoordelijkheid voor handhaving lijkt meer te worden gelegd bij zelfstandige maatschappelijke instellingen zelf.
- Uitbreiding van het aantal sturings- en toezichtsrollen van de overheid ten opzichte van de *civil society*. Zo is de overheid de primair verantwoordelijke voor het initiatief tot verandering van de regelingsstructuren, is zij vaak belast met het ‘procesmanagement’ (met behulp van departementale taskforces), berusten de toezichthoudende verantwoordelijkheden bij haar, en is zij soms ook de opdrachtgever en begeleider van de evaluaties van de veranderingen.
- De vanzelfsprekendheid van een directe evaluatie van de praktijken. Zo bevatten de wetten uit de hiernavolgende cases evaluatiebepalingen. De ene keer moet de werking van de wet al na een halfjaar worden geëvalueerd, de andere keer na een jaar of uiterlijk twee jaar (bijv. de Koppelingswet).

#### **Case 1. Arbeid en zorg**

Op 1 december 2001 is de *Wet arbeid en zorg* ingegaan. Deze wet bundelt bestaande en nieuwe wetgeving op het gebied van verlof en deeltijdarbeid. Het doel van de wet is gelijk aan dat van de overige maatregelen ter stimulering van de combinatie van arbeid en zorg, namelijk het aantrekkelijk maken van blijvende arbeidsparticipatie en het scheppen van ruimte voor zorgtaken naast arbeid. De wet wordt in drie fasen ingevoerd. In de eerste fase is de Wet aanpassing arbeidsduur van kracht geworden, die in een later stadium, na beoordeling van de effecten, als hoofdstuk 2 aan de Wet arbeid en zorg zal worden toegevoegd. De tweede fase betreft de invoering van de wet in zijn huidige vorm. Deze bevat nieuwe wettelijke regelingen voor verlof bij zwangerschap, bevaling, adoptie en pleegzorg en voor calamiteiten-, kraam- en kortdurend zorgverlof. Er vindt deels codificatie plaats van bestaande CAO-afspraken en deels wordt via dreikwardwingend recht een dwingend(er) kader gecreëerd, omdat er naar de mening van de wetgever op sommige terreinen door de sociale partners onvoldoende vorderingen zijn gemaakt. Daarnaast wordt bestaande wetgeving op het gebied van ouderschapsverlof en loopbaanonderbreking geïntegreerd en soms

op enkele punten aangepast. In de derde fase is het de bedoeling de wet uit te breiden met een hoofdstuk over betaald langdurig zorgverlof.

Met de Wet arbeid en zorg beoogt de wetgever de inzichtelijkheid en toegankelijkheid van regelingen te vergroten en tegelijkertijd één regulerend kader te creëren van gelijke rechten en plichten op gebied van verlof voor alle werkgevers en werkenden (werknemers, ambtenaren en zelfstandigen).

De Wet arbeid en zorg is illustratief voor het zoeken naar evenwichtige verhoudingen tussen overheid en partijen in de *civil society*. Zij is een product van het streven naar complementariteit van beleid, waarbij de overheid zoveel mogelijk zelfregulering door de *civil society* en de markt stimuleert, terwijl zij daar tegelijkertijd met overheidsregulering grenzen aan stelt.

Hoe de wet in de praktijk zal uitpakken, is nog niet precies te zeggen. Het is bijvoorbeeld de vraag of werkgevers de prikkel kunnen weerstaan om verlofregelingen tot inzet van onderhandelingen te maken, aangezien veel verlofregelingen extra kosten met zich meebrengen en het combineren van arbeid en zorg bovendien bij veel bedrijven nog geen deel uitmaakt van de heersende organisatiecultuur. Het is niet ondenkbaar dat werkgevers in sommige sectoren aangepaste verlofrechten uitruilen met andere belangen van werknemers. Om de flexibilisering op uitvoerend niveau te laten slagen is een formele regeling nodig geweest. Die formele regeling is er gekomen, maar echter op zo'n manier dat het zoeken naar een evenwicht in de afbakening van formele en informele verantwoordelijkheden op een lager niveau weer wordt voortgezet.

### **Case 2. Inburgering en Koppelingswet**

In het regeerakkoord van 1994 werd opgenomen dat verplichte contracten voor inburgering zouden worden ingevoerd. In de *Contourennota integratiebeleid etnische minderheden* van 1994 werd het voornemen geuit om een *inburgeringsbeleid* te ontwikkelen. De kerngedachte daarvan was dat nieuwkomers zo snel mogelijk zelfstandig kunnen functioneren in de Nederlandse samenleving en daarop zo kort mogelijk na hun aankomst worden voorbereid en aangesproken. Op 30 september 1998 kreeg het inburgeringsbeleid een wettelijke basis in vorm van de Wet inburgering nieuwkomers (WIN). De WIN is in nauw overleg met de ministeries van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), Onderwijs (OC en W) en Welzijn (VWS), de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), het maatschappelijk middenveld en belangenorganisaties van migranten en vluchtelingen totstandgekomen. De gemeente is onder de WIN de eerstverantwoordelijke voor de uitvoering van het inburgeringsbeleid voor nieuwkomers. De gemeente besteedt het onderdeel onderwijs uit aan regionale opleidingscentra. Deze regiefunctie wordt soms ook uitbesteed. De ministeries van BZK (coördinatie), VWS (welzijnscomponent) en OCenW (educatie) hebben op landelijk niveau een faciliterende en stimulerende rol. In beginsel dient de wet van toepassing te zijn op iedere nieuwkomer van 18 jaar en ouder die zich met een niet-tijdelijk doel in Nederland vestigt. De wet geldt tevens voor nieuwkomers met de Nederlandse nationaliteit die buiten Nederland zijn geboren (zoals Nederlanders uit overzeese delen van het Koninkrijk). EU-burgers zijn van de verplichting uitgesloten. Naast de inburgering van nieuwkomers is ook de inburgering van oudkomers recent een onderdeel geworden van beleid.

Evaluaties van de wet tot nu toe wijzen erop dat vele actoren zich inzetten binnen het inburgeringstraject, dat ook nieuwkomers gemotiveerd zijn, maar dat juist de aansluiting met de arbeidsmarkt niet goed van de grond komt. En dit terwijl dat als doel van het inburgeringsbeleid was geformuleerd. Op dit moment wordt ook geëxperimenteerd met dualisering: een combinatie van werken in het bedrijfsleven en onderwijs bij de educatie-instelling. De wet gaat uit van een vroegtijdige en gedurende het hele traject verplichte betrokkenheid van arbeidsbemiddelaars bij

nieuwkomers. Dualisering is mede ontwikkeld om te voorkomen dat het educatietraject een doel in zichzelf wordt.

De *Koppelingswet* introduceert een koppelingsbeginsel als algemeen principe van het vreemdelingenrecht en het voorzieningenbeleid. Er wordt een ‘koppeling’ aangebracht tussen de aanspraken van vreemdelingen op collectieve voorzieningen en het verblijfsrecht van de vreemdeling. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen vreemdelingen die wel en die niet rechtmatig in Nederland verblijven. Een vreemdeling die niet rechtmatig in Nederland verblijft, kan – op een drietal uitzonderingen na, op basis van internationale verplichtingen (leerplicht, recht op rechtsbijstand, zorgplicht bij gevaarlijke situaties) – geen aanspraak maken op collectieve voorzieningen. In de aanspraken van vreemdelingen die rechtmatig in Nederland verblijven, wordt gedifferentieerd naar de aard van hun verblijfsrecht: al naar gelang het verblijfsrecht van de vreemdeling sterker is, heeft hij meer aanspraken op voorzieningen. Dit betekent dat de vreemdeling die slechts voor kort verblijf is toegelaten in beginsel geen aanspraken heeft, maar dat de vreemdeling die onvoorwaardelijk tot Nederland is toegelaten in beginsel dezelfde aanspraken heeft als een ingezetene van Nederland. De *Koppelingswet* heeft tot doel het voor illegalen onaantrekkelijk te maken in Nederland te blijven door het hun onmogelijk te maken bepaalde collectieve uitkeringen en voorzieningen te ontvangen. De wet moet worden uitgevoerd door zelfstandige maatschappelijke instellingen met een eigen regelingsautonomie. Er is weinig inzicht in de vraag in hoeverre de wet goed wordt nageleefd.

### **Case 3. Justitie in de Buurt**

*Justitie in de Buurt* (JIB) is een innovatieproject waarin het ministerie van Justitie zich samen met relevante partners richt op de verbetering van de mate van veiligheid in een bepaalde wijk of buurt door een gericht, snel en doelmatig en zichtbaar justitieel optreden. Dergelijke partners zijn bijvoorbeeld (para)justitiële organisaties zoals de reclassering, de Raad voor de Kinderbescherming en maatschappelijke organisaties.

Justitie in de Buurt is in 1996 gestart, inmiddels zijn er in het hele land ongeveer 30 van deze kantoren. JIB levert een actieve bijdrage aan het lokale veiligheidsbeleid door snel, probleemgericht en in samenwerking met anderen te interveniëren in probleemsituaties. Naar aanleiding van een evaluatie door het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Justitie van deze eerste ervaringen met JIB, is in 2002 aan deze projecten een aantal functie-eisen toegekend. Bij voorkeur participeren alle (para)justitiediensten in het project. Indien dit niet het geval is, dienen er aantoonbaar korte lijnen te zijn tussen de verschillende justitieorganisaties. Daarnaast moet de veiligheidsproblematiek worden aangepakt in samenwerking met anderen, zoals politie, gemeente, welzijns- en andere relevante organisaties. Justitie in de Buurt opereert onder coördinatie van een officier van justitie. Overige justitiediensten behouden hun eigen verantwoordelijkheid voor beleid en uitvoering, maar gaan daarbij nadrukkelijk in overleg met de officier of zijn vertegenwoordiger. Justitie in de Buurt wordt daar ingezet waar het daadwerkelijk als pro-actief sluitstuk kan functioneren.

Onderzoekers van het Instituut voor Maatschappelijke Veiligheidsvraagstukken (IPIT) van de Universiteit van Twente concludeerden begin september 2002 in een evaluatierapport dat de inlooffunctie voor burgers niet tot wasdom is gekomen en dat de onveiligheidsgevoelens van wijkbewoners niet merkbaar verbeteren als er een JIB-kantoor bij hen in de buurt komt. Wel verbetert de samenwerking tussen de diverse justitiepartners door de korte lijnen op de kleinschalige, overzichtelijke JIB-kantoren. Bovendien dient de aanwezigheid van Justitie in de

onderzochte buurten voor bewoners een belangrijk signaal dat de overheid hen niet in de steek laat. Er lijkt van de aanwezigheid van een J1B in de buurt een symbolische werking uit te gaan. De meerwaarde van J1B ligt in het realiseren van een meer probleemgerichte, meer flexibele en snellere reactie op problemen op het gebied van onveiligheid. De mogelijkheid bestaat dat de overheid door haar formele aanwezigheid met J1B ertoe kan bijdragen dat ook langs meer informele weg sociale controle wordt uitgevoerd door andere organisaties en dat op die manier de veiligheid in een wijk kan worden bevorderd.

Een aanvullende vraag bij deze casussen is of zij stimulansen bevatten voor verdere uitbreiding van praktijken van horizontalisering en vervlechting in de systemen van publieke besluitvorming. Dit hangt echter weer af van de vraag hoe succesvol de ervaringen blijken te zijn en hoe het aanpassings- en leervermogen feitelijk wordt ondersteund door evaluaties en dergelijke. Zullen de experimenten bij de eerste de beste tegenwind worden gestaakt of zal worden getracht ze te verbeteren? Hieromtrent kunnen moeilijk uitspraken worden gedaan. De vraag is echter wel of de evaluaties alleen al door hun opzet een voldoende deugdelijke basis kunnen bieden. Zo ontbreekt soms de nulmeting, is de termijn – na een (half) jaar – vaak erg kort en leveren de evaluaties vaak niet het inzicht op in oorzaken van succes of falen van wetgeving dat van wetsevaluaties mag worden verwacht; het is dus hierom ook de vraag in hoeverre zij voldoen aan de eisen van systematische wetsevaluatie.<sup>10</sup>

#### 5.2.4 OVERIGE FACTOREN

Naast de hiervoor genoemde factoren van de kant van overheid, instellingen en de factor van de regulering van beide zijden tegelijk, zijn ook enkele algemene ontwikkelingen van de toegenomen verwevenheid en horizontalisering van belang. Men denke aan de opkomst van de diensteneconomie en de evolutie van de verzorgingsstaat in dit verband, de verhoging van het onderwijspeil en de kennisintensivering. Van even groot belang is de ontwikkeling van de *civil society* zelf, die inmiddels, afhankelijk van de meetcriteria, bestaat uit ongeveer 10.000 verenigingen en stichtingen. In het eerdervermelde internationaal vergelijkende onderzoek (Burger en Dekker 2001) komt naar voren dat de Nederlandse *civil society* vooral sterk is op de gebieden van de collectieve voorzieningen (scholen, zorginstellingen, woningbouwverenigingen en sportverenigingen); in deze gesubsidieerde en sterk georganiseerde sectoren ligt de participatiegraad in Nederland vergeleken met andere landen relatief hoog. Bij de vaste verbanden hierbuiten, zoals bij de vakbeweging en de politieke partijen, is die participatiegraad aanmerkelijk lager. Bij enkele zeer grote verenigingen (Natuurmonumenten en ANWB) is die weliswaar zeer hoog, maar hier participeren de meeste 'leden' slechts als contribuant en als medeconsument (bijv. van de Wegenwacht). Het commitment en de binding lijken hier veel geringer te zijn dan bij het eerstgenoemde gebied van de collectieve voorzieningen van zorg, onderwijs en huisvesting. Sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw is buiten dit min of meer overzichtelijke gebied ook nog een grote informele sector van *civil society* ontstaan in de vorm van actiegroepen, buurtcomités enzovoorts. Door hun aard

gaat het hier om ad hoc-vormen. Behalve dat de *civil society* als georganiseerde gemeenschap buiten de klassieke voorzieningengebieden minder bindingen kent en heterogener en meer fluide is geworden, is ook de overzichtelijkheid van de georganiseerde burger verloren gegaan en zijn de rollen van burgers steeds meer gedifferentieerd geraakt, waarmee ook het vaste normatieve richtpunt voor het handelen van overheid en de maatschappelijke instellingen onzekerder is geworden. Het particulier initiatief met publieke taken is echter ook opgezet als een aanbodvoorziening. Bij de oorspronkelijke opzet ervan is vaak niet voorzien dat de veronderstelling over het samenvallen van de groep van aanbieders met die van de gebruikers en de vragers wel eens niet zou kunnen opgaan door de differentiatie van vragers en aanbieders. De instellingen hebben, soms uit eigen beweging en vaak pas na druk van de overheid, een antwoord op deze problematiek gezocht door de oprichting van medezeggenschapsraden om personeel en gebruikers meer invloed te geven op de controle van het beleid van de instellingen. In de meer rechtsvormende sfeer zijn arbitragecommissies gevormd voor de behandeling van individuele klachten van burgers.

Zoals gezegd, heeft de wetgever procedurele voorwaarden – zorgvuldigheidsvereisten – opgelegd aan de instellingen, nadat hij zich meer had teruggetrokken van de directe sturing over de instellingen. Zo moeten schoolbesturen leerlingen en ouders informeren over hun individuele rechten en plichten en over de klachtprocedures en dergelijke.

In het beleid lijkt de overheid aldus ook rekening te houden met de grotere assertiviteit van burgers. De assertieve burger verwacht kwaliteit van de voorzieningen. De instellingen worden instrumenten voor burgers om hun individuele posities te verbeteren. Dit leidt er enerzijds toe dat de instellingen ook een eigen macht gaan vertegenwoordigen tegenover de overheid (de instellingen kunnen zich tegenover de overheid namelijk beroepen op de existentiële functies die zij vervullen voor de burgers in het land). Zij kunnen daarmee de overheid onder druk zetten. Anderzijds kan de overheid met een beroep op de onvrede onder burgers over de kwaliteit van de voorzieningen en klachten hierover in de media en het parlement, de maatschappelijke instellingen onder druk zetten.

De assertiviteit van burgers speelt ook een rol bij het maatschappelijk streven naar meer democratische invloed op de *civil society*. Behalve dat een levendige *civil society* op zichzelf van belang wordt geacht voor de democratie (SCP 2000), moet deze immers ook weer onder democratische controle staan om die functie geloofwaardig te kunnen uitoefenen. In dit verband kunnen verschillende soorten van democratiseringsinvloed op de *civil society* worden onderscheiden. Ten eerste via de weg van de publieke opinie en de volksvertegenwoordiging die de minister ter verantwoording roept over wat er op uitvoerend niveau gebeurt (berichten in de media, Kamervragen). Naarmate de instellingen van het uitvoerend niveau zelfstandiger en de burgers assertiever worden, lijkt de minister bovendien meer ter verantwoording te worden geroepen over wat er in de uitvoering plaatsvindt. Ten tweede kan worden gewezen op de democratische

ringsinvloed die vanuit de basis wordt uitgeoefend op de instellingen door de toegenomen aanspraken van gebruikers op de kwaliteit en keuzevrijheid. Hieraan is bijvoorbeeld deels tegemoet gekomen door meer keuzevrijheid bij de selectie van collectieve diensten, bijvoorbeeld de vrije keuze van ziekenfonds. Dit is deels ook gebeurd op het niveau van het opener maken van de 'markten' van de instellingen zelf: bijvoorbeeld de grotere vrijheid van scholen bij de selectie van ondersteunende diensten. Ten derde is er een meer flankerende vorm van democratisering: de druk tot meer openbaarheid en transparantie in de vorm van openbaarheid van gegevens over de kwaliteit van voorzieningen. In het uiterste geval kan een beroep op de rechter om die openbaarheid te verkrijgen uitkomst bieden. Zo werd de openbaarheid van citoscores van de scholen pas verkregen na een geslaagd beroep op de Wet openbaarheid van bestuur bij de bestuursrechter. Als de instellingen zelfstandiger zijn geworden, kan in openbaarheid en met een beroep op de rechter compensatie worden gevonden voor verlies van democratische invloed. Het zijn verschillende manieren om democratische invloed tot uiting te brengen en het zijn ook verschillende soorten van democratisering van de instellingen. De eerste vorm sluit meer aan bij de klassieke democratieopvatting van volkssoevereiniteit. De tweede soort past meer bij een consumentensoevereiniteit. De laatste sluit meer aan bij de meer rechtsstatelijke opvattingen van democratie met een nadruk op rechtsbescherming van burgers door inschakeling van de rechter en op compensatiemechanismen als openbaarheid en transparantie.

Tjeenk Willink (2002) heeft er in dit verband onlangs op gewezen dat de eerdervermelde democratiseringsbeweging uit de jaren zeventig in Nederland zich richtte tegen de regenten uit het particulier initiatief; in die tijd werd zij ook wel aangeduid als de 'mars door de instituties'. Een van de gevolgen van die mars is geweest dat er talrijke nieuwe vormen van *civil society* zijn ontstaan naast de klassieke vormen van vereniging en stichting. Te denken valt aan actiegroepen en op issues gerichte organisaties met een ad hoc-karakter, waardoor het beeld van de *civil society* meer fluïde en verbrokken is geworden. Ook heeft de democratiseringsbeweging ertoe geleid dat de procedure van goedkeuring vooraf bij de oprichting van verenigingen en stichtingen enkele decennia geleden is opgeheven. Dit wil echter weer niet zeggen dat de overheidsbemoediging is verminderd, want hiervoor in de plaats zijn vrij precieze regels gekomen voor de procedures van verantwoording aan de ledenvergadering (van verenigingen) en zijn administratieve verplichtingen ten aanzien van de opstelling en goedkeuring van de rekening ingevoerd. De genoemde mars door de instituties richtte zich – achteraf gezien – namelijk niet slechts tegen tekorten aan democratie (en tegen vermeende macht van een beperkte groep van bestuurders, die elkaar de baantjes zou toespelen), maar ook tegen tekorten aan bestuurlijke kwaliteit bij de amateurbestuurders. Er ging dus eveneens een impuls vanuit tot professionalisering van de besturen, die hiervoor reeds aan de orde kwam.

### 5.3 GEVOLGEN VAN HORIZONTALISERING: INNERLIJKE TEGENSTRIJDIGHEDEN EN BUREAUCRATISERING VAN DE CIVIL SOCIETY

De toenemende complementariteit en vooral de horizontalisering van verhoudingen bij de probleemoplossing hebben voor de *civil society* verschillende gevolgen. Aan de ene kant draagt de horizontalisering bij aan een herwaardering van de rol van de *civil society*, omdat die uitdrukkelijker wordt aangesproken op haar bijdrage aan uitvoering van publieke taken en realisatie van publieke normen. De cases die hiervoor werden behandeld bieden er voorbeelden van. Aan de andere kant gaat horizontalisering gepaard met de opkomst van nieuwe spanningen en innerlijke tegenstrijdigheden in de uitvoeringspraktijk. Met name gaat het om spanningen tussen enerzijds de realisatie van publieke vereisten van toezicht, verantwoording en transparantie, die de staat oplegt aan de samenleving, en anderzijds de feitelijke interacties tussen partijen als actoren in een onderhandelingshuishouding. Bovendien draagt de verveelvoudiging van de regels van toezicht en informatie-uitwisseling bij aan de bureaucratisering van de verhoudingen tussen overheid en ‘uitvoerende’ *civil society*.

Begonnen wordt met een kort overzicht van de tegenstrijdigheden en spanningen, bijvoorbeeld die tussen:

- de algemene toegankelijkheid van instellingen als publieke doelstelling en de feitelijke financiële zelfstandigheid van instellingen, waardoor die meer in de verleiding komen om te gaan selecteren aan de poort van de instellingen;
- de handhaving van de veelzijdigheid en keuzevrijheid van de *civil society* en de feitelijke specialisatie en schaalvergroting, waardoor keuzevrijheid verloren gaat;
- het ‘uitsluiten’ van de kans dat voorzieningen failliet kunnen gaan (bijv. scholen, publieke zorgvoorzieningen) en het eisen van instellingen dat zij zich gedragen als marktpartijen, waardoor die kans toch bestaat;
- de versterking van de positie van de individuele vrager/gebruiker van voorzieningen, en het ontstaan van ‘intermediairs’, die soms ook samen met de instellingen het beleid maken voor de gebruikers;
- de behoefte aan kwaliteit van voorzieningen en het ontbreken van mogelijkheid om hierin een betrouwbaar inzicht te krijgen (bijv. bij kwaliteit van ziekenhuizen);
- de verzelfstandiging van de uitvoering om zo meer gebruik te maken van de dynamiek van de samenleving, en hiertegenover de eigen procedures en het eigen ritme van het overheidsbeleid en wetgeving, waardoor onvoldoende gebruik kan worden gemaakt van leerervaringen en motivaties van de actoren uit de praktijk;
- de behoefte aan heldere verantwoordelijkheidsverdeling en de vervaging van verantwoordelijkheden, omdat men tezamen dezelfde taak uitoefent (*many hands*-problemen);
- de behoefte aan dwingende controle door onafhankelijke en afstandelijke inspecties, en – op sommige gebieden – de inhoudelijke betrokkenheid van



deze inspecties bij het stellen van normen voor 'bedrijfsvoering' door de instellingen (Van der Vlies 2002).

De eerdergenoemde bureaucratisering hangt primair samen met de verveelvoudiging van de relaties tussen overheidspartijen en private partijen. De bureaucratisering hangt echter ook samen met de reacties op de spanningen bij het horizontaler worden van verhoudingen. Door de zelfstandigheid van de instellingen en de onderhandelingshuishouding neemt namelijk de kans toe dat de overheid wordt geconfronteerd met onverwachte ontwikkelingen.

Om voorbeelden te geven:

- Er blijken afspraken te zijn gemaakt waarvan de minister niet op de hoogte was.
- Scholen blijken hun geld te risicovol te hebben belegd. Te veel geld is opgegaan aan materiële en huisvestingszaken in plaats van aan de feitelijke verbetering van de uitvoering en omgekeerd.
- Commerciële activiteiten blijken te zijn vermengd met publieke taakuitoefening of zijn onbedoeld gesubsidieerd.
- De outputgegevens zijn vervuuld.

Overheden, met name de ministers, worden op dergelijke 'fouten' aangesproken. Om risico's te minimaliseren zoekt de overheid hierbij in de regel naar perfectio-nering van de controlesystemen (soms ook door meer van hetzelfde). In reactie op de onzekerheden van de horizontalisering worden de controleprocedures geïntensiverend voor alle aspecten waarop gecontroleerd kan worden: financieel beheer (incl. beleggingen), administratief beheer, leerlingen- of patiëntenregistratie, outputcontrole, investeringsbeleid, enzovoorts. Bovendien kan een interne dynamiek ontstaan in de interacties en communicatie tussen overheid en instellingen, waardoor de onderlinge afhankelijkheid tussen overheidsbureaus en maatschappelijke instellingen wordt versterkt. Onbedoeld kunnen ambtenaren en maatschappelijke uitvoerders hierdoor van elkaar afhankelijk worden. Dit is niet bevorderlijk voor de binding aan de omgeving waar de instellingen uit voortkomen en waaraan zij verantwoording moeten afleggen.

Het is mogelijk dat de verveelvoudiging van de bestuurlijke controles een overgangsprobleem vormt dat vanzelf verdwijnt, als er bijvoorbeeld slimmere manieren van controle zijn gevonden. Maar ook als dit gebeurt blijft er het probleem van de cultuurverschillen tussen publiekrechtelijke (overheids)instellingen en privaatrechtelijke instellingen. Hoe groter die verschillen, hoe groter de kans op conflicten en dus ook hoe groter de druk op controleregels, afspraken vooraf, enzovoorts. Het ligt dus voor de hand dat de bureaucratisering voorlopig gelijk blijft opgaan met de horizontalisering in de besluitvormingssystemen. Van de spanning tussen formele hiërarchie en feitelijke horizontalisering blijft er namelijk een druk uitgaan in de richting van bureaucratisering. Dit komt voort uit de spanning tussen enerzijds een overheid die onder democratische hiërarchische controle staat, verantwoordelijk moet worden gehouden voor haar handelen, en naar haar aard hiërarchisch is en afstand moet houden tot de private praktijk;

en anderzijds de noodzaak en de feitelijke mogelijkheid van horizontale betrekkingen van overheid en private partijen om in gezamenlijke actie problemen op te lossen en publieke doelstellingen te realiseren.

De genoemde bureaucrativering laat de *civil society* niet ongemoeid, omdat deze haar vitaliteit kan aantasten. Die vitaliteit zit vooral in de kracht van de maatschappelijke bindingen, commitment en bemiddeling tussen tegengestelde belangen en vermogens tot kanalisering van maatschappelijke preferenties en stemmingen. Op die manier draagt de *civil society* in theorie bij aan de stabiliteit en dynamiek van de samenleving.

#### 5.4 WAAROM IS DE CIVIL SOCIETY RELEVANT VOOR DE RECHTSSTAAT?

Dat de *civil society* functies vervult voor samenleving en burgers lijkt vanzelfsprekend, maar waarom zou men hier vanuit de rechtsstaat in geïnteresseerd moeten zijn? Allereerst is er het formele antwoord dat de Nederlandse rechtsstaat een gelaagd karakter heeft en dat een groot deel van de eraan verbonden uitvoering van wetgeving berust bij de *civil society*. Hierbij kan tevens worden gewezen op het 'plus' van de 'klassieke rechtsstaat-plus' uit hoofdstuk 2. Dit pluskarakter slaat immers mede op de waarborgen van de rechtsstaat, opdat de rechtsgelijkheid tussen burgers waar de rechtsstaat van uitgaat, ook tot gelding kan komen. Argumentaties over staatsfuncties op het gebied van het basisonderwijs illustreren dat. Om in een rechtsstaat als gelijkwaardige burgers te kunnen functioneren en om als verantwoordelijke burgers aan verkiezingen deel te kunnen nemen, moeten zij op zijn minst kunnen lezen en schrijven (anders kan men ook de wet niet kennen) en dienen zij enige kennis te hebben van de maatschappij waarin zij leven. De uitvoering van die functie berust echter deels bij de *civil society* (niet slechts bij de zelfstandige onderwijsinstellingen, maar ook bij de media, de politieke partijen en dergelijke).

Het meer sociologische antwoord op de eerder bedoelde vraag naar de relevantie van kennis van de *civil society* is, dat zij een leerschool is voor het burgerschap en dat dit burgerschap een conditie is voor de ontwikkeling van de rechtsstaat. Bovendien biedt de *civil society* een aanvullend kader voor de innovatie van praktijken van regulering, die door de rechtsstaat zelf niet kan worden geboden.

In het volgende overzicht (zie de box) worden deze elementen kort toegelicht.

### *De civil society als leerschool*

De *civil society* is een kader waarin burgers al doende leren hoe zij belangen kunnen afwegen, hoe zij hun belangen kunnen mobiliseren en kanaliseren, en hoe zij zich binden en committeren.

#### *Belangenafweging*

Dit betreft de afweging van de belangen van de overheid waar men als burger en kiezer bij betrokken is en de belangen van afzonderlijke instellingen waarvan men lid is en of waarvan men de diensten gebruikt. Het kan ook gaan om afweging van belangen van producenten en consumenten en van werkgevers en werknemers. Om te voorkomen dat er te veel polarisatie optreedt, met als risico dat de ruimte in de verhoudingen om gedrag op elkaar af te stemmen voor lange tijd verdwijnt, wordt vaak de oplossing gezocht in een soort bemiddeling vooraf, tussen overheid en instellingen, tussen ziekenhuizen en gebruikers, en werkgevers en werknemers. Die bemiddelende functies leiden er ook wel eens toe dat de plaats van de *civil society* wordt vergeleken met die van het middenveld uit het voetbalspel (voor een genese van dit begrip, vgl. Van der Lans 2002).

#### *Maatschappelijke mobilisatie en organisatie*

De *civil society* heeft deels het karakter van een sociale beweging. Door het onder woorden brengen van bepaalde ideeën die bij grote groepen blijken te leven, kunnen soms vrij onverwacht maatschappelijke bewegingen totstandkomen. Begunstigende factoren zijn een gezamenlijke vijand, een aansprekende persoon als leider en een wervend perspectief en het geloof dat dit door collectief handelen van overheid en anderen snel naderbij kan worden gebracht (Van Doorn 1973). Op die manier zijn in de negentiende eeuw de emancipatiebewegingen en in de vorige eeuw de milieu- en vrouwenbeweging totstandgekomen, die beide ook een belangrijke agendastellende rol hebben vervuld voor politiek en overheid. Soms behouden bewegingen gedurende langere tijd hun spontane karakter, maar vaak institutionaliseren zij zich tot vaste kanalisaties van het verkeer tussen burgers en overheid. De organisaties gaan dan functioneren als een buffer en doorgeefluik tussen overheid en burgers, waarbij de afstand tot de burgers soms groter wordt dan die tot de overheid.

#### *Zelfbinding en commitment*

Door zichzelf te binden en zich te committeren aan gemeenschappelijke regels kunnen burgers bijdragen aan de informele rechtsorde. Zij kunnen dit doen, om: een eigen stempel te kunnen zetten op die rechtsorde; vanuit de behoefte om eigen kringen met een eigen identiteit en legitimiteit te organiseren en te onderhouden; om informaliteit en openheid van betrekkingen tussen burgers te behouden, die anders door overheidsinterventie verloren zouden kunnen gaan; om formele regelgeving voor te zijn en te voorkomen; of juist om overheidsregels uit te lokken door het geven van het goede voorbeeld. De manier waarop vervolgens de betrokkenheid in gedrag tot uiting komt en de effectiviteit van dit gedrag kan ertoe leiden dat anderen dan de directe initiatiefnemers zich aangesproken voelen en bereid zijn de legitimiteit van de groepen te onderschrijven. Maar er zijn ook andere factoren van invloed op de mate van binding, zoals het geloof in de juistheid van de eigen regels; de zichtbaarheid ervan in het gedrag, enzovoort. Van belang is hierom ook de manier waarop de binding en betrokkenheid worden gevisualiseerd, gesymboliseerd en gepersonaliseerd. Het belang van de personalisering is bekend uit de politiek; burgers moeten zich kunnen herkennen in personen en moeten het idee hebben dat die integer zijn en hun vertrouwen waard.

Omdat de *civil society* een leerschool is voor de afweging van belangen, de kanalisatie van bewegingen vanuit de basis, en van zelfbinding en commitment, draagt zij door het feitelijke sociale handelen bij aan het onderhoud van de *common ground* (Nord 2001). *Common ground* is de ruimte die wordt gedeeld door verschillende participanten. Het is de *informele rechtsorde* die voorafgaat aan en gegeven is bij het nemen van gezamenlijke beslissingen van de deelnemers binnen de groepen en instellingen. Deze ligt besloten in de procedures en rituelen van de desbetreffende groepen, die een gezamenlijke sfeer creëren die compensatie biedt voor spanningen die in de omgang met elkaar kunnen ontstaan. Een goed onderhoud van het spel voorkomt verschillen van mening, openlijke conflicten, rivaliteiten en het eventueel *overrulen* van de minderheid. Die zouden ertoe kunnen leiden dat verhoudingen definitief op het spel komen te staan (vgl. de ventiefunctie in: Tops en Zouridis 2001). Men blijft op elkaar en op coalities aangewezen. Met partijen waarmee men eerst niet wilde samenwerken, moet men later toch weer samenwerken, enzovoorts. Dit dwingt de partijen ertoe te blijven investeren in de onderlinge verstandhoudingen.

De *civil society* is een oefenplaats of school, waarin burgers juist door de relatief kleine schaal van de maatschappelijke actoren een morele sensitiviteit kunnen ontwikkelen. Zij worden in de *civil society* gevormd. Zij doen daarin maatschappelijke ervaringskennis op. Bovendien kunnen zij daarin de informele spelregels voor het maatschappelijk verkeer aanleren. Aan die educatieve functie kan in relatie tot de rechtsstaat nog worden toegevoegd dat in een kennisintensieve samenleving de *civil society* bovendien een *initiërende en vernieuwende* functie heeft. Door het toegenomen opleidingsniveau en de kennisintensivering kunnen nieuwe vormen van zelfregulering en zelforganisatie ontstaan. Voorbeelden zijn ‘de sociale vernieuwing’ in de jaren tachtig van de vorige eeuw en de in subparagraaf 5.2.3 besproken vormen van aansluiting van overheidsregulering en maatschappelijke zelfregulering. ‘Maatschappelijke ondernemers’ kunnen initiatieven nemen die de overheid (bijvoorbeeld vanuit de noodzaak van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid) niet kan nemen. Verschillende vormen van regulering tegelijkertijd kunnen hierbij fungeren als experimenten, die vervolgens onderling op hun werking kunnen worden vergeleken.

## 5.5 WAAROM IS DE RECHTSSTAAT RELEVANT VOOR DE CIVIL SOCIETY?

In de vorige paragraaf stond de vraag centraal waarom de *civil society* van belang is voor de rechtsstaat. Daarbij werd gewezen op de bijdrage van de *civil society* aan *civic education* en het onderhoud van de informele rechtsorde. In deze paragraaf staat de andere vraag centraal: waarom zou de *civil society* een boodschap moeten hebben aan de rechtsstaat?

Het antwoord is dat de rechtsstaat waarborgen bevat tegen een mogelijke eenzijdigheid van de publieke machtsuitoefening. Omdat het accent bij de uitoefening van publieke macht steeds meer is verlegd van overheidsinstanties naar

zelfstandige maatschappelijke instellingen is het belangrijk dat burgers ook bij deze instellingen waarborgen hebben tegen eenzijdige publieke machtsuitoefening. Dit geldt niet slechts voor individuele instellingen afzonderlijk, maar eveneens voor het collectief van instellingen. Gezamenlijk zouden zij gedragsregels kunnen afspreken, waardoor bijvoorbeeld de toegang van nieuwkomers op hun ‘markten’ wordt belemmerd.

De rechtsstaat is ook aan de orde bij de maatschappelijke voorwaarden voor het bestaan van de *civil society*. Hierbij denke men aan vrijheidsrechten en de principes van zorgvuldig bestuur bij subsidiëring. Deze worden hierna kort toegelicht.

In de eerste plaats zijn er de klassieke grondrechten, zoals de vrijheid van godsdienst, van meningsuiting (drukkers) en vooral – voor het collectieve niveau – die van vereniging en vergadering. Alle drie de vrijheden hebben de *civil society* mede vormgegeven. De eerste, de vrijheid van godsdienst, omdat deze een scheiding tussen een privaat en publiek domein mogelijk maakte. De laatste, de vrijheid van vereniging en vergadering, omdat die het mogelijk maakte dat belangen, ook als die tegen het officiële beleid van de staat gekeerd waren, toch georganiseerd konden worden. De vrijheid van meningsuiting omdat die de uitwisseling en confrontatie van gevoelens tussen (groepen van) burgers en de staat mogelijk maakte en de vrije positie van de media zeker stelde. Veel landen kennen hiernaast ook een artikel dat de vrijheid van onderwijs regelt, mede omdat het onderwijs altijd vele individuele en collectieve belangen tegelijk heeft. Zo gebruiken ouders het onderwijs in hun zorg- en gezagsfunctie ten opzichte van hun kinderen. Leerlingen worden erdoor uitgerust voor hun toekomstige zelfstandigheid. De staat wil door middel van het onderwijs de grondslagen van de staat en samenleving garanderen (vorming en kennisoverdracht van de ene generatie aan de andere). Bovendien heeft de werkgelegenheid baat bij het onderwijs omdat bepaalde opleidingsniveaus zijn vereist. In Nederland heeft men de behoefte om op basis van zelforganisatie (van georganiseerde burgers) voorzieningen aan te bieden die de overheid (eventueel samen met anderen) subsidieert. De ‘afspraken’ hierover liggen vast in algemene regelingen. Die regelingen bevatten nadere staatsgaranties, zoals een algemene toegankelijkheid tot de afzonderlijke voorzieningen of tot het voorzieningensysteem als geheel, en een controle op deugdelijkheidsvereisten (bijv. het opleidingsniveau van de leerkrachten).

In de tweede plaats zijn de principes van zorgvuldigheid bij subsidiëring van belang. De *civil society* op het gebied van onderwijs en welzijn wordt namelijk voor een overgroot deel gesubsidieerd door de overheid. Om te voorkomen dat via subsidiebepalingen weer wordt teruggehaald wat eerst via vrijheidsrechten is gegarandeerd, zijn er de bestuursbeginselen voor die subsidiëring. Enkele voorbeelden:

- De bemoeienis van de overheid met de inhoud van het werk blijft tot een minimum en soms marginale toetsing beperkt.
- Er moet strikt de hand worden gehouden aan het beginsel van de rechtsgelijkheid (de ene actor mag niet worden voorgetrokken boven de andere).
- De regels zijn objectief vastgesteld en zijn openbaar meegedeeld.

- Niet de staat, maar bijvoorbeeld intermediairs en derden, zoals gemeenten en zelfstandige bestuursorganen worden belast met de uitvoering van de subsidieverstrekking.

Die regels gelden nog eens extra waar het gaat om subsidiëring van de media.

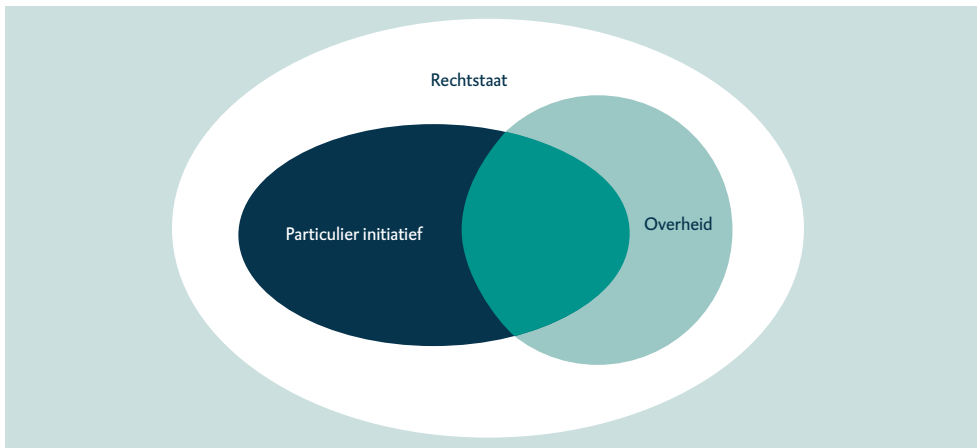
## 5.6 VISUALISERING VAN COMPLEMENTARITEIT

Hiervoor is aangegeven dat de *civil society* functies heeft voor de rechtsstaat (leerschool) en dat omgekeerd de rechtsstaat functies heeft voor de *civil society* (tegenaan van ongecontroleerde machtsuitoefening en het levend houden van de – collectieve – vrijheidsrechten door uitoefening van particulier initiatief in de praktijk). Meer in het algemeen kan men dan ook stellen dat de rechtsstaat en *civil society* elkaar over en weer aanvullen.

Soms wordt de *civil society* echter voorgesteld als een aparte laag tussen de private sfeer aan de basis en de publieke sfeer aan de top van de maatschappij. Aan een dergelijk beeld zitten nadelen. Ten eerste kan dit beeld namelijk leiden tot de onjuiste indruk als zou de *civil society* noch behoren tot de privaatrechtelijke sfeer, noch tot de publiekrechtelijke, maar er ergens tussenin hangen. Het is echter particulier initiatief en dus privaatrechtelijk. Een tweede nadeel van de genoemde metafoor ligt in wat men noemt de *fallacy of misplaced concreteness*: één bepaalde functie van actoren van de *civil society*, in dit geval bemiddeling tussen eisen van burgers en normen van de overheid, wordt omgezet in een abstract theoretische indeling van de sociale werkelijkheid. Het is juist om de *civil society* en de rechtsstaat te zien als elkaars conditie.<sup>11</sup> Ook zijn ze elkaars complement, zoals formele binding en vrijheid elkaars complement zijn.<sup>12</sup>

In figuur 5.1 is de *civil society* het gebied waar de schijven van de overheid en van het particulier initiatief elkaar binnen het kader van de rechtsstaat overlappen.

**Figuur 5.1** De plaats van de *civil society* tussen particulier initiatief en overheid



De omvang van het gebied waar beide elkaar overlappen kan in de loop der tijd kleiner of groter zijn, al naar gelang het aantal publieke taken waarbij de overheid en maatschappelijke actoren een gezamenlijke ruimte delen. Wordt die kring kleiner, dan kan dit zijn omdat maatschappelijke actoren hun publieke functies verliezen, of juist omgekeerd omdat de grondslag van het particulier initiatief wordt vervangen door een publiekrechtelijke fundering als overheidsdienst of overheidsbedrijf. Ook kan het om beide tegelijk gaan. Een voorbeeld hiervan biedt de arbeidsvoorziening, die onlangs is opgesplitst in een overheidsdeel (CWI) en een particulier deel (een privaat reïntegratiebedrijf). Het gebied kan echter ook weer groter worden. Dit hangt voor een deel af van de maatschappelijke behoeften, institutionele voorkeuren binnen de politiek, financiële bronnen, initiatieven van burgers en lokale netwerken om zich met publieke zaken bezig te houden, al dan niet voortkomend uit de wil om aan te sluiten bij de Nederlandse tradities op het gebied van de *civil society*.<sup>13</sup> Ook andere factoren kunnen van invloed zijn, zoals Europese grondrechten en initiatieven op het gebied van governance, die het delen van publieke ruimte tussen overheid en particulier initiatief kunnen stimuleren of juist afremmen (bijv. subsidiariteitsprincipes).

Een andere factor die van invloed is op de omvang van de *civil society* ligt in het proces van functiesplitsing. Maatschappelijke actoren kunnen delen van hun taken afsplitsen en die afzonderlijk organiseren. Hierdoor kan het aantal maatschappelijke actoren met een publieke taak stijgen. Daarentegen kan het aantal ook weer dalen als vervolgens functies worden gecombineerd en instellingen fuseren. Ten slotte kan de kring van mee te tellen actoren in de loop der tijd groter of kleiner worden al naar gelang de verandering van de officiële indicatoren die worden gehanteerd om vast te stellen wie of wat wel of niet deel uitmaakt van de publieke ruimte.<sup>14</sup>

### ***Intensivering van overlappingsen in de twintigste eeuw***

De overlapping tussen overheid en particulier initiatief is niet van de ene op de andere dag ontstaan. Zo was *civil society* eerst een kwestie van de samenleving zelf. Burgers (uit de politieke en leidinggevende klasse) organiseerden voorzieningen voor de andere klassen. Daar had de staat geen actieve bemoeienis mee, anders dan op het niveau van handhaving van de Grondwet. Het begin van de actieve, meer inhoudelijke staatsbemoeienis ligt op politiek niveau in de sfeer van de politieke partijen en politieke leiding van het land, naar aanleiding van de sociale en onderwijskwestie en de condities van crisis en oorlog. Rondom de Tweede Wereldoorlog zag men dat de overheid steeds meer uit zichzelf maatschappelijke initiatieven ging subsidiëren en kaders ging creëren voor overleg met maatschappelijke organisaties. De nadruk lag toen nog op de condities voor de inputzijde van de *civil society*. In de jaren zeventig van de vorige eeuw was dat ook nog het geval bij de bouw van de planningsystemen voor afstemming tussen overheid en *civil society* (bijv. de Kaderwet welzijn). De laatste jaren ligt het accent meer op de controle aan de outputzijde, bij de prestaties van de instellingen, die vervolgens daarop worden aangesproken (door overheid en/of gebruikers).

Deze gang van zaken is aantoonbaar op vrijwel alle grote voorzieningengebieden waar particulier initiatief en overheid de publieke ruimte delen, of het nu gaat over woningbouwcorporaties, zorg, welzijn of arbeidsvoorziening. Zo is de arbeidsvoorziening van onderop begonnen, bij ‘amateuristische’ armenzorginstellingen, werkloosheidskassen van vakverenigingen en initiatieven van werkgevers. In die beginfase was zij nog direct gekoppeld aan de inkomensvoorziening in de vorm van uitvoering van de fondsen en werkloosheidskassen. In een dergelijke combinatie eindigt zij nu voorlopig ook weer door een hernieuwde koppeling van arbeidsvoorziening aan sociale verzekeringen in de Centra voor Werk en Inkomen. In de tussenliggende periode ging zij eerst op in gemeentelijke arbeidsbeurzen, vervolgens werd een vergunningensysteem en een verbod op particuliere bemiddelingsbureaus (Arbeidsvoorzieningswet 1930) ingevoerd en werd de Arbvo volledig gecentraliseerd (1940). In de jaren zestig werd zij instrument van een actieve constructieve arbeidsmarktpolitiek en begonnen de voorbereidingen voor de decentralisatie van de arbeidsvoorziening als service-instituut (Arbeidsbureau Nieuwe stijl met jobcenters). Dit resulteerde uiteindelijk in een maatschappelijk bestuurlijke verzelfstandiging (1991). Kortom, de overlapping is er niet altijd geweest en is pas in de vorige eeuw in de huidige vorm ontstaan.

## 5.7 WANNEER COMPLEMENTARITEIT ONBRUIKBAAR WORDT

Er is een grote afstand tussen aan de ene kant empirisch onderzoek naar de *civil society* en anderzijds het recht ten aanzien van de *civil society*. In het empirisch onderzoek gaat het vooral over de participatie in de *civil society* en over de omvang van vrijwilligerswerk. In het recht gaat het vooral over grondrechten. Het tussenliggende gebied van de alledaagse praktijk van actoren van de *civil society* en de rechtsstatelijke aspecten die hierbij aan de orde zijn, is echter nog deels onontgonnen gebied. En waar dergelijk onderzoek er wel is, gaat het bovendien vaak om *intelligence* van gevaren van de *civil society* voor de staatsveiligheid; bijvoorbeeld informatieverzameling van buitenlandse en binnenlandse inlichtingendiensten over de invloed van de politieke islam in Nederland (BVD 2001). Dit laatste type onderzoek is voor de huidige tijd weliswaar van veel belang, maar tegelijkertijd verdienen ook de meer reguliere rechtsstatelijke aspecten van de *civil society* meer aandacht.

Dit kan met name door casestudies, waaruit geleerd kan worden waar complementariteit onbruikbaar wordt. Zij wordt namelijk onbruikbaar als de volgende situaties zich voordoen:

- a De *civil society* heeft te weinig eigen zelfstandigheid en sluit zich te veel aan bij totalitaire staatsopvattingen.
- b De *civil society* wordt een doel in zichzelf en de veranderingen van vormen sluiten niet meer aan bij de eisen van de tijd.

Beide situaties worden hierna toegelicht (zie de boxen). Allereerst gebeurt dit met een verwijzing naar de corporatimediscussie uit de vorige eeuw en vervol-



gens met een verwijzing naar de korte geschiedenis van de verzelfstandiging van de Arbeidsvoorziening in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw.

### Case 1. Corporatismediscussie

Dit voorbeeld laat zien dat het in de eerste plaats mis kan gaan als de *afstand* tussen algemeen belang en deelbelangen te klein wordt. De vertegenwoordigers van het algemeen belang kunnen gezag verliezen, omdat zij worden gezien als onderdeel van een kleine kring van machthebbers van staat en maatschappij, die te veel met elkaar overleggen, in plaats dat zij hun representatiefunctie ten behoeve van kiezers en samenleving vervullen. Anderzijds kan het misgaan als de afstand te groot wordt. Van Doorn heeft bij zijn onderscheid tussen deskundigen- en belanghebbendenraden gewezen op het risico dat de vertegenwoordiging in het kader van het algemeen belang te technocratisch wordt als die onvoldoende geconfronteerd wordt met maatschappelijke spanningen en conflicten (Van Doorn 1981).

Ook aan de zijde van de deelbelangen kunnen problemen ontstaan bij te veel en te weinig afstand. Belangenorganisaties kunnen bij hun achterban gezag verliezen door te veel coöperatie met de overheid. Daarentegen kunnen zij ook ongeremd opkomen voor deelbelangen door het ontbreken van tegenwicht vanuit betrokkenheid bij het algemeen belang (een bekend dilemma van de vakbeweging: of zich louter richten op het specifieke werknemersbelang of inbedding hiervan in een breder kader en deelname aan overlegcircuits).

In de tweede plaats kan het misgaan als bij de belangenvertegenwoordiging de *identiteit* een te grote of te kleine rol speelt. Er kunnen dan immers systemen van representatie ontstaan waarbij men niet weet waar het deelbelang begint en het algemeen belang eindigt. Burgers kunnen denken dat een algemeen belang vertegenwoordigd wordt, terwijl de facto een privaat deelbelang wordt gediend. Anderzijds kan het misgaan als er te weinig identiteit is, omdat burgers zich dan moeilijk in de representatie kunnen herkennen.

Er is er niet één enkele manier en methode van omgang bij representatie. De mate van afstand en identiteit van (deel)belangen verschilt van land tot land. Er zijn verspreid over de wereld veel democratische rechtsstaten en veel civil societies, waarin op verschillende manieren een zeker evenwicht op die punten is bereikt (bijv. in de Scandinavische landen, Zwitserland en Oostenrijk). Er zijn echter wel grenzen, die niet mogen worden overschreden. Een voorbeeld van grensoverschrijding is de corporatistische maatschappijordening uit de jaren dertig van de vorige eeuw. Kenmerkend voor het corporatisme is de opheffing van de afstand tussen staat en maatschappij en de volledige identificatie van beide. Het gevolg hiervan is dat de staat kan worden ingezet als verlengde arm van de verticaal georganiseerde geledingen van de maatschappij en dat omgekeerd die maatschappelijke groepen kunnen worden voorgesteld als verlengde arm van de staat. Maar door de inzet van maatschappelijke groeperingen als verlengde arm van de staat kunnen voorzieningen die vanuit rechtsstatelijk gezichtspunt burgers en leden moeten dienen als bescherming tegen eenzijdige staatsmacht, juist leiden tot versterking van die staatsmacht tegenover de individuele leden/burgers (hun positie wordt dus verzwakt in plaats van versterkt). Omgekeerd kan de staat in dergelijke constructies eenzijdig worden gebruikt door maatschappelijke groepen, omdat deze groepen het legitieme geweldsmonopolie mogen inzetten voor dwang tegen burgers, die bovendien verplicht zijn zich bij hen aan te sluiten.<sup>15</sup>

**Case 2. Verzelfstandiging van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie**

Een andere les kan worden ontleend aan de korte geschiedenis van het proces van ‘verzelfstandiging’ van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (Arbvo). Deze werd in 1991 overgedragen aan een tripartiet bestuur bestaande uit vertegenwoordigers van het rijk – en op regionaal niveau vertegenwoordigers van de lokale overheid –, werkgevers- en werknemersorganisaties. Bij de start in 1991 en na jaren van voorbereiding werd de Arbvo in de nieuwe opzet een mooie toekomst toegedacht. In 2001 constateerde de regering echter dat de verzelfstandiging als mislukt moest worden beschouwd en besloot zij een punt te zetten achter de arbeidsvoorziening en de boedel te verdelen tussen een publieke instelling (Centra voor Werk en Inkomen) en een private (het particuliere reïntegratiebedrijf KLIQ). Een overzicht van de kosten van de afwikkeling werd in maart 2002 gepubliceerd.

*Factoren.* Er zijn enkele factoren aan te wijzen waardoor het is misgegaan. Te denken valt aan:

- de omslachtigheid van de bestuursinterne procedures tussen de verschillende groepen (centrale overheid, lokale overheid, werkgevers en werknemers);
- de inconsistentie van het gedrag van de overheid, die al direct na de oprichting een deel van de ‘bruidsschat’ terugvroeg, en zelf maatregelen ging nemen die formeel het nieuwe Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening had moeten nemen;
- het ontbreken van voldoende prikkels voor onderlinge visitaties en kwaliteitscontroles tussen de regionale besturen voor de arbeidsvoorziening, die elkaar onvoldoende aanspraken op de geleverde prestaties, waardoor ook de wederzijdse disciplineren niet tot haar recht kon komen (vgl. Koopmans 2002);
- de door de rijksoverheid en de arbeidsvoorziening verschillende en soms tegenstrijdige boodschappen over het beleid, hetgeen leidde tot onduidelijkheden over het beleid en aantasting van de reputatie.

Een belangrijker factor lijkt echter de onduidelijke positie van de Arbeidsvoorziening te zijn geweest. Zij maakte deel uit van de overheid en eigenlijk ook weer niet. Zo waren de taken van de overheid formeel ‘vermaatschappelijkt’ door de verbreding van de basis van de arbeidsvoorziening. Hierdoor kon het lijken dat de maatschappelijke partijen verantwoordelijk werden. De overheid was echter een van die partijen en zo kon het gebeuren dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid onbedoeld de spil bleef die in het parlement werd aangesproken op arbeidsmarktmaatregelen. Deze was ook degene die de meeste nieuwe maatregelen invoerde (bijv. loonkostensubsidies), terwijl het nemen van dergelijke maatregelen formeel was neergelegd bij de Arbeidsvoorzieningsorganisatie. Kwam er echter kritiek op de maatregelen, dan kon de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid weer terugverwijzen naar de verzelfstandigde voorziening waaraan bevoegdheden waren overgedragen, terwijl de arbeidsvoorziening weer kon terugverwijzen naar de minister die immers de voorwaarden bleef bepalen (*many hands-problematiek*). Wat het bovendien verwarrender maakte, was dat de Arbeidsvoorziening zich presenteerde als een modern met particuliere bedrijven (uitzendbureaus) vergelijkbaar bemiddelingsbedrijf (nieuw logo, nieuwe panden). Zij legde niet veel nadruk op haar primaire (‘zorgende’) publieke functie, namelijk als instantie die juist bedoeld was als aanvulling voor de ‘moeilijke gevallen’, de onbemiddelbaren die de uitzendbureaus links lieten liggen. Formeel viel zij niet meer onder de ‘tucht van de ambtelijke bureaucratie’, terwijl zij als apart gezette maatschappelijke overheidsvoorziening ook weer niet viel onder de ‘tucht van de markt’.

Maar de belangrijkste factor lag wellicht in het feit dat de gekozen structuur niet meer aansloot bij de maatschappelijke verhoudingen op het moment dat die structuur eenmaal werd ingevoerd.

De eerste plannen dateerden van het eind van de jaren zeventig van de vorige eeuw. Zij waren gebaseerd op ideeën over de noodzaak van (intern) bestuurlijke decentralisatie, die het bestuur dichter bij de burgers moest brengen. De doorwerking van dergelijke ideeën was ook zichtbaar op andere bestuurlijke terreinen, bijvoorbeeld bij de politieorganisatie. Deze laatste dienst bleef echter een volledige overheidszaak. Bij de Arbvo werd de verantwoordelijkheid voor de uitvoering echter toegeedeeld aan maatschappelijke partijen en tegelijk ook weer niet, waardoor de Arbvo onbedoeld in een vacuüm terecht kwam.

*Verloren gaan van competenties.* Behalve een les over de manier van verzelfstandigen bevat de ontmanteling van de Arbvo ook nog een andere les. Op het moment dat de Arbeidsvoorziening werd opgeheven leek zij al een groot deel van haar positie en competenties te hebben verloren. Het bleek dat er een soort patstelling was ontstaan bij de afweging van de doelen, namelijk enerzijds een optimale werking van de arbeidsmarkt met zo min mogelijk frictiewerkloosheid en anderzijds het rechtvaardigheidsdoel van de bemiddeling van juist diegenen die kansloos waren op de arbeidsmarkt. Hierdoor was zij in feite stuurloos geworden, waardoor de interne procedures een nog zwaarder gewicht in de schaal konden leggen en de Arbvo nog meer op zichzelf (als middelpunt) was teruggeworpen: het leek meer een kwestie van toeval te worden of de Arbeidsvoorziening nog wel aansluiting vond bij de economische dynamiek.

Ten slotte: kan de *civil society* ook met zichzelf in conflict komen? Die vraag is minder vreemd dan hij klinkt. Immers, in reactie op de individualisering en internationalisering wordt tegenwoordig vaak gepleit voor een verdere intensivering van bindingen tussen burgers en dus van de *civil society*. Tevens gaat het proces voort waarbij de overheid om allerlei redenen presterende functies overlaat ('verplaatst') aan de *civil society* (verzelfstandiging en privatisering maken er deel van uit). Ten slotte gaat het proces voort van functiedifferentiatie en experimenten met ad hoc-vormen en netwerkachtige constructies. Door die ontwikkelingen bij elkaar kan in principe een nogal fluide 'middengebied' ontstaan dat een groot deel van de private en publieke sector doordringt en waarvan men van buitenaf niet meer weet waar het private begint en het publieke eindigt. In principe zou hier een groter gevaar voor de vrijheid van burgers van uit kunnen gaan dan van gezagsuitoefening door de staat. Mede uitgerust met overheidsmacht zou zij op zijn minst in theorie een wolf in schaapskleren kunnen worden.

Nu kan men hiertegen inbrengen dat moderne assertieve burgers het nooit zover zullen laten komen én dat diezelfde assertieve burgers ook werkzaam kunnen zijn als professionals. Omdat zij én professional en burger tegelijk zijn, zullen zij zelf wel in de gaten houden waar publieke machtsuitoefening burgerlijke vrijheden kan aantasten. Als moderne klokkenluiders zullen zij zo nodig wel aan de bel trekken. Er zijn immers gedragscodes en dergelijke.

Maar dit argument kan ook worden omgekeerd. Maatschappelijke professionals zijn zowel privaat als publiek en dragen zorg voor beide zijden tegelijk. Zij kunnen in de verleiding komen om zich het recht voor te behouden te bepalen hoe en wanneer bevoegdheden worden uitgeoefend. Berekenend gedrag kan immers

gunstig zijn voor de uitvoering, maar kan ook ongunstig uitpakken. Illustratief is het voorbeeld van de uitvoering van de sociale zekerheid, waarbij soms coalities zijn gesignaleerd tussen uitkeringsfunctionarissen (de ‘poortwachters’) en uitkeringsontvangers. Voorts kunnen maatschappelijke professionals individuele burgers ontmoedigen om zelf verantwoordelijkheid te dragen en zelf het initiatief te nemen om afwegingen te maken van private en publieke belangen. Dit wordt immers al gedaan door de *civil society*.

## 5.8 PROBLEMEN; TERUGKEER OF BETER ONDERHOUD?

Er is tot nu toe een aantal bezwaren ingebracht tegen de tendens tot horizontalisering van de verhoudingen, waaronder de bureaucratisering die eruit voortkomt en de vervaging van het onderscheid tussen publiek en privaat. Deze kritiek zou kunnen leiden tot de opvatting dat hier een einde aan moet worden gemaakt.

Men moet echter bedenken dat de *civil society* meerdere niveaus kent en dat horizontalisering betrekking heeft op het niveau dat er het laatste is bijgekomen. Vergelijkt men de *civil society* met een huis met meer verdiepingen, dan is er ook nog het fundament. Dit bestaat uit de individuele vrijheidsrechten en het niveau hier direct boven van de groeps- en institutionele rechten. Daarna komt pas het niveau van de vervlechtingen en horizontalisering. De geschiedenis van de vrijheidsrechten gaat terug tot het eind van de achttiende eeuw (vooral de vrijheid van godsdienst is voor de ontwikkeling van de *civil society* van groot belang gebleken). De hierop volgende verdieping op het gebouw is vooral gelegd ten tijde van de grote sociale tegenstellingen en emancipatiebewegingen aan het eind van de negentiende eeuw. Toen ook heeft de *civil society* op institutioneel niveau een krachtige impuls gekregen met de oprichting van politieke partijen, vakverenigingen, verenigingen en stichtingen voor onderwijs, zorg en woningbouw.

Toch zou men kunnen zeggen dat met de privatisering en verzelfstandiging een terugkeer naar vroeger mogelijk is gebleken. Hier kan dan echter tegenin worden gebracht dat dit een terugkeer is door overheidsinterventie en onder condities van de overheid. Het zijn immers overheidsinitiatieven die hebben geleid tot privatisering van de woningbouwverenigingen, tot opsplitsing van de Arbeidsvoorziening in een publiek en privaat deel. Een recent voorbeeld van transformaties van de *civil society* via de ‘tussenstap’ van overheidsinterventie wordt ook geboden door de organisatie van de inburgering. Zo was inburgering tot omstreeks 1990 een voorbeeld van maatschappelijke opvang door vluchtelingenwerk, kerken, familie en dergelijke. De inburgering werd na die tijd formeel gereguleerd. Ten slotte werd het bedrijfsleven betrokken bij de uitvoering (de zogeheten ‘dualisering’), omdat de formele regeling te veel onbedoelde neveneffecten had. Inburgering was kortom tot 1990 een onderdeel van de *civil society* en wordt dat nu weer gemaakt, maar dan wel bekrachtigd door overheidsbeleid. Het is ook de vraag of dit zonder beleidsinterventie ook was gebeurd.

Beter dan de vraag of kan worden teruggekeerd naar de situatie van vóór de vervlechtingen is dan ook de vraag naar het onderhoud. De *civil society* is op drie niveaus verbonden met de rechtsstaat en op alle drie de niveaus moet die worden onderhouden.

Bij het *eerste niveau*, dat van de vrijheidsrechten, valt te denken aan de voorstellen voor uitbreiding van de bestaande rechten met communicatierechten in reactie op nieuwe communicatietechnieken (vgl. Commissie-Franken 2000). Ook de onderwijsvrijheid uit artikel 23 van de Grondwet vergt voortdurende aandacht. Bij de totstandkoming van dit artikel zijn bijvoorbeeld bepaalde ontwikkelingen niet voorzien. Te denken valt aan secularisatie, migratie uit andere landen, verlaging van het voorzieningenniveau in bepaalde stadswijken en plattelandsgemeenten, en het deels terugtreden van de overheid uit het openbaar onderwijs. Zo is er een 'markt' voor funderend onderwijs ontstaan, waarop zelfstandige scholen met elkaar 'concurreren' om de betere leerlingen. Het spreekt vanzelf dat hierdoor eisen van algemene toegankelijkheid in het geding kunnen komen. Voor de komende jaren moet blijken of de juridische structuur voldoende mogelijkheden bevat om compensaties te bieden aan de mogelijke uitholling van de algemene toegankelijkheidsverplichtingen (vgl. Mentink 1995).

Op het *tweede niveau*, het institutionele niveau, neemt het recht van vereniging een centrale plaats in. Over dit grondrecht heeft Kortmann naar aanleiding van de Grondwetsherzieningen opgemerkt dat dit minder hecht verankerd is dan de andere grondrechten (vgl. Kortmann 1987). De vereniging is echter ook nog vastgelegd in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, dat behalve over verenigingen handelt over de andere rechtspersonen, zoals de vennootschap en de stichting. Met name bij grote organisaties van zorg en onderwijs lijken zich hier convergentieprocessen voor te doen, waarbij grote zorginstellingen zichzelf hebben uitgerust met raden van toezicht. Deze zijn qua functie te vergelijken met de raden van commissarissen, zij het dat de stichting geen externe verantwoordingsplicht heeft. De fundering in het Burgerlijk Wetboek bevestigt het privaatrechtelijk karakter van de *civil society*. Ook dit karakter moet onderhouden worden, hetgeen inhoudt dat bij de opdracht en aanvaarding van publieke taken moet worden nagegaan in hoeverre dit kan zonder het privaatrechtelijke karakter van de instellingen geweld aan te doen.

De meeste aandacht vergt echter toch het *derde niveau* van de vervlechtingen. De meeste risico's en gevaren voor eenzijdige ontwikkelingen liggen op dit niveau. In het voorgaande is reeds gewezen op het gevaar dat de vervlechtingen te veel een doel op zichzelf gaan vormen. Daardoor treedt een ongeremde bureaucratisering van de verhoudingen op en wordt de bindende werking van de *civil society* nog verder uitgehold dan nu reeds het geval lijkt. In aansluiting hierop kan tevens worden gewezen op de stapeling van toezichtregels en toezichthouders, waardoor die soms te veel regels krijgen om uit te voeren en de onoverzichtelijkheid toeneemt. Ook kan worden opgemerkt dat verantwoordelijkheden tegelijk bij de overheid en bij de actoren van de *civil society* liggen, waardoor

overheid en *civil society* bij vragen te veel naar elkaar kunnen verwijzen (de *many hands-problematiek*).

Voorts is de nadruk gelegd op het wegvallen van de maatschappelijke kaders waaruit de instellingen zijn voortgekomen en waaraan zij verantwoording moeten afleggen, terwijl juist hiervan veel werd verwacht bij de democratisering van de verenigingen. Daarenboven werd eraan herinnerd dat klachten over het functioneren van de instellingen te automatisch leiden tot weer nieuwe interventies van de overheid. Onbedoeld werkt dit een nog grotere gerichtheid van de instellingen op het beleid van de overheid in de hand.

Verder werd er de aandacht op gevestigd dat er op het punt van transparantie tekorten kunnen bestaan. De rol van de gebruikers is bij veel voorzieningen belangrijker geworden, zonder dat de posities van die gebruikers voldoende zijn gewaarborgd. Als presterende functies worden verschoven naar de uitvoerende sfeer van de *civil society*, mag immers worden verwacht dat de juridische positie van burgers ten opzichte van de instellingen wordt versterkt. Dit gebeurt deels wel en deels ook niet. Zo kunnen gebruikers van de diensten van maatschappelijke instellingen lang niet altijd beschikken over informatie over de kwaliteit van de instellingen en over hun rechten en plichten en ontbreken soms bezwaar- en beroepsprocedures tegen het beleid van de instellingen.

Over de verhouding tussen maatschappelijke instellingen en gebruikers is voorts opgemerkt dat zich een aanvullend gebied van intermediairs begint af te tekenen, halverwege tussen de individuele burgers aan de ene kant en de instellingen aan de andere kant. Voorbeelden zijn intermediairs voor advies over de besteding van het individuele zorgbudget, maar ook ouderverenigingen, patiëntenverenigingen en bewonersverenigingen, zonder dat de rechtsbescherming van de burger tegen hun medebeslissingsmacht altijd even duidelijk is. Dit geldt ook voor intermediairs in het institutionele veld zelf: in hoeverre zijn de (grondwettelijke) vrijheden van de instellingen beschermd tegen bijvoorbeeld normstellings- en accreditatie-instellingen?

Daarenboven is gewezen op spanningen rondom de algemene toegankelijkheid van voorzieningen bij 'concurrentie' tussen onderwijsinstellingen. En niet in de laatste plaats is aandacht besteed aan de heterogeniteit van de georganiseerde burgers en het onoverzichtelijker worden van het beeld van 'de burger' in het algemeen, en de gevolgen die dit heeft voor de strategie van de maatschappelijke instellingen, zoals de 'dwang' voor de instellingen om meer vanuit zichzelf hun omgeving van betrokken burgers te organiseren en te onderhouden.

## 5.9 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is veel nadruk gelegd op het belang van een vitale *civil society* voor de vitaliteit van de rechtsstaat. De omgekeerde relatie is ook geaccentueerd: een vitale *civil society* veronderstelt een vitale rechtsstaat. Juist het tegenwicht

vanuit de rechtsstaat, niet slechts van de zijde van de staatsorganen maar ook van de burgers, moet haar vitaal houden.

Dit laatste is zeker actueel, nu een deel van de publieke presterende functies is verschoven naar de *civil society*. Er kan immers twijfel over bestaan of de *civil society* uit zichzelf tot voldoende noodzakelijke vernieuwingen van zichzelf kan komen. Het ligt meer voor de hand te veronderstellen dat die tevens van buitenaf moeten komen, door de tegendruk vanuit de rechtsstaat (sancties en toezicht) en van de burgers als belanghebbenden. Als er meer horizontalisering en vervlechting optreedt in de verhoudingen tussen overheid en instellingen is belangrijk dat de formele verantwoordelijkheidsverdelingen en de hiërarchie duidelijk blijven en dat de verhoudingen van onderen open zijn en tegendruk kan worden georganiseerd.

De *civil society* is naar haar vorm privaatrechtelijk, maar vervult deels publieke functies. De in dit hoofdstuk beschreven ontwikkelingen brengen met zich mee dat de grenzen tussen privaatrecht en publiekrecht minder scherp worden. Regels van publiekrechtelijke oorsprong worden analoog op verhoudingen in de *civil society* toegepast. Men denke aan de behandeling van klachten of bezwaren, en aan regels over openbaarheid.

Een uitvloeisel hiervan is dat, waar publieke functies zijn opgedragen aan privaatrechtelijke of verzelfstandigde organisaties, verwacht mag worden dat die instellingen ook zelf hun verantwoordelijkheid waarmaken voor de goede uitvoering van die publieke taken. De controle moet dan niet in de eerste plaats via publiekrechtelijk toezicht lopen. Zo zou de handhaving van de Leerplichtwet niet uitsluitend door de overheidsinspecteur moeten geschieden, maar zouden de scholen daarin zelf een taak moeten hebben, waarover verantwoording wordt afgelegd.<sup>16</sup>

De *civil society* wordt steeds meer een verkorte aanduiding van de professionele sfeer, met soms veel en soms weinig interprofessionele toetsingen en openbaarheid van gegevens over kwaliteit. De professionalisering houdt ook een plicht in tot versterking van de systemen van onderlinge verantwoording en onderlinge vergelijkbaarheid. Het klassieke model van representatieve en tegelijk effectieve professionele uitvoering van publieke taken, zoals omschreven door Mill, lijkt – mits in een vorm die aansluit bij de huidige eisen – hiermee weer aan actualiteit te winnen (zie par 5.2.2).

Er zijn problemen met de democratische legitimatie. Zij doen zich met name voor bij verenigingen, door het wegvallen van de contexten waaruit het aanbod van voorzieningen ooit is voortgekomen. Compensaties op het gebied van professionele controle kunnen de belofte van meer democratisch toezicht op de instellingen bij het terugtreden van de overheid niet voldoende inlossen. Maar zij kunnen er wel toe bijdragen dat bij benadering iets wordt gedaan aan eventuele gebreken in *checks and balances* in de verhoudingen.

De aangrijpingspunten voor meer verantwoording zullen wellicht via de algemene beginselen van het recht een nieuwe uitwerking krijgen.

Een voorbeeld daarvan is het geval dat ouders een school aanklagen voor onvoldoende kwalitatief onderwijs aan hun kind. Het gaat dan om de kwaliteit van de individuele dienstverlening. Maar er is vaak een verband met een meer algemene verantwoordelijkheid: bij een gebrekkig functionerende instelling zal ook de individuele kwaliteit vaak onvoldoende zijn. Zo kan de inhoud van het begrip ‘onrechtmatige daad’ uit het recht toepassing vinden indien in een individueel geval, of meer structureel sprake is van onvoldoende zorgvuldig handelen. In dit verband kan worden verwezen naar de wetsbepaling over onrechtmatige daad, die vereist dat men niet in strijd handelt met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer past ten aanzien van eens anders persoon of goed (art. 6: 162 BW). Een vorm van besturen die een ernstige verwaarlozing zou inhouden van de maatschappelijke belangen waarvoor de instelling pretendeert op te komen, zou met die norm in strijd kunnen komen. Dit zal eerder het geval zijn bij instellingen van de *civil society*, zoals hier opgevat, dan bij ondernemingen, die andere doelen nastreven. Maar zelfs daar kan gelden dat de thematiek van ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’ tot een zekere vertaling in het recht kan leiden.

Ook in het denken in termen van aansprakelijkheid van private actoren voor de uitvoering van publieke taken liggen aangrijpingspunten.<sup>17</sup>

Voorts wint de aansluiting tussen formele regelgeving en zelfregulering aan belang. In dat verband werd gewezen op interessante experimenten. De rechtsvorming is bovendien bij de verplaatsingen niet slechts een zaak van overheid en rechter, maar ook van de maatschappelijk instellingen zelf, in de vorm van bezwaar- en beroepsprocedures en zorgvuldigheidsvereisten.

Er moet ook verantwoording aan de samenleving zijn voor de geleverde diensten door maatschappelijke organisaties. Deze volgt niet automatisch uit interprofessionele toetsingen of uit een beroep op de rechter. In dat verband zijn openbare jaarverslagen van belang en is transparantie in het algemeen een vereiste (bijv. over de combinatie van private en publieke geldstromen bij woningbouwverenigingen en omroepen).

Tot slot: de rechtsstaat is een gebouw met meer verdiepingen (Witteveen et al. 2002). De institutionele vervlechtingen hebben slechts betrekking op het derde niveau; eronder ligt het niveau van de collectieve rechten (verenigingsrecht) en hieronder weer het fundament van de vrijheidsrechten. Bovenop het niveau van de vervlechtingen liggen wellicht kansen voor de ontwikkeling van een niveau van professionele en communicatieve verantwoordingspraktijken. Belangrijk is ook dat de complexiteit en onoverzichtelijkheid bij de complementaire verhoudingen niet nodeloos groter wordt gemaakt door automatische uitbreiding en cumulatie van interne bestuurlijke controlesystemen. Zij kunnen leiden tot voortgaande bureaucrativering en tasten de vitaliteit van de *civil society* aan, en doen hiermee ook afbreuk aan de voorwaarde van de *civil society* als draagvlak voor de rechtsstaat.



## NOTEN

- <sup>1</sup> Vgl. WRR (2001b).
- <sup>2</sup> Vgl. Balkenende (1992) hoofdstuk 10.
- <sup>3</sup> Hij duidde er intermediaire structuren mee aan, die hij omschreef als ‘een bonte verzameling van organisaties, verenigingen, instituties en verbanden waar overheidsmacht als het ware doorheen moest gaan, voordat de individuele burger kon worden bereikt’ (vgl. Zijderveld 1983: 205).
- <sup>4</sup> In de jaren zeventig leken thema’s zoals de burgerlijke samenleving voorgoed passé. Zij stonden alleen enige tijd in de belangstelling direct na de Tweede Wereldoorlog in samenhang met vrees voor onder meer de gevaren van de massasamenleving.
- <sup>5</sup> Zie bijvoorbeeld ook de opheffing van de wettelijke verplichting voor de regering om de SER te raadplegen en de opheffing van de arbeidsvoorziening, (waar de overheid taken deelde met maatschappelijk partijen). Voor een actueel overzicht, vgl. Groot 2002.
- <sup>6</sup> Met name Crouch (1986) heeft het concept van delen van publieke verantwoordelijkheden tussen publieke en private partijen nader uitgewerkt. Hemerijck (1997) heeft de actualiteit ervan voor Nederland onderzocht.
- <sup>7</sup> Een greep uit de internationale literatuur: Williamson and Greenberg (2000) of Provan and Milward (2001).
- <sup>8</sup> Om een indruk van mogelijke aantallen te geven: in het midden van de jaren negentig waren er alleen circa 5400 in dit kader relevante stichtingen en verenigingen met publieke taken met elk meer dan tien personen in dienst. Deze waren als volgt verdeeld: 2200 in de sector onderwijs, ongeveer 2700 in de zorg en 450 in de wereld van cultuur, sport en recreatie, vgl. Berg (1996b). Hierbij zijn nog niet meegeteld de circa 700 woningbouwverenigingen, de talloze wijk- en buurtverenigingen, patiënten- en huurdersverenigingen, milieuverenigingen en stichtingen die zijn voortgekomen uit kerkelijk-maatschappelijk initiatief.
- <sup>9</sup> Wijffels (2001) omschrijft de *civil society* als: de ‘niet strikte overheids- en niet strikte commerciële praktijken voor het dienen van algemene belangen en maatschappelijke dienstverlening’.
- <sup>10</sup> Wat in de evaluatie primair gedaan is, is hoofdzakelijk kijken of er indicaties zijn of het beoogde doel wordt bereikt. Er is dus eerder sprake van monitoring dan evaluatie. Misschien is systematische wetsevaluatie in de aangegeven situaties ook te hoog gegrepen, al kan men zich voorstellen dat de evaluaties gekoppeld worden aan meer systematisch rechtssociologisch en rechtseconomisch onderzoek over een langere termijn naar verschillende factoren die succes en falen van experimenten kunnen helpen verklaren (vgl. hoofdstuk 8).
- <sup>11</sup> In het denken over *civil society* en rechtsstaat wordt soms impliciet of expliciet uitgegaan van een tegenstelling tussen markt en staat, terwijl die grootheden elkaars condities vormen (Schuyt 1998). Zo is de werking van de markt ondenkbaar zonder garanties van eigendomsrechten, beginselen van rechtsgelijkheid, de aanwezigheid van onafhankelijke rechters, enzovoorts. Anderzijds veronderstelt

de rechtsstaat ook weer de aanwezigheid van de markt in de zin van een van open en vrije ruimte waarin burgers op basis van gelijkwaardigheid handelen.

12 Dit is niet een ontdekking van vandaag. Zo kan men die verbindingen al vinden bij Smith, De Tocqueville en Montesquieu. Montesquieu laat bijvoorbeeld vanuit een landenvergelijking zien hoe politiek-juridische systemen samenhangen met de gesteldheid en het karakter van de samenleving, waarin zij zijn ingebed; met name de Engelse maatschappij met de verdeling van verantwoordelijkheden over klassen in samenhang met een (verwante) scheiding van machten dient als voorbeeld. De Tocqueville geeft onder meer aan hoe de civil religion van vrije burgers die zich met elkaar associëren, het bredere kader vormt van de constitutie in de Nieuwe Wereld. Smith gaat in op de positieve relaties tussen *civil society* en ‘politiek-juridische regime’, waarbij hij de functie van de autonome sfeer van maatschappelijke handelen ziet in de vorming van morele sensitiviteit.

13 Bedoeld worden de tradities uit de tijd van de republiek, zoals: a) het door strijd bevochten religieuze en maatschappelijke pluralisme (gegroeid uit binnenlandse en buitenlandse godsdienstconflicten, die eindigden in een bestand waarmee de verschillende groepen konden leven), dat nog wordt versterkt door het ontbreken van een levensbeschouwelijke groep die de absolute meerderheid heeft en vanuit die positie de vanzelfsprekende norm stelt voor het gedrag van de minderheden; b) het burgerlijke karakter van de Nederlandse samenleving door de relatief zwakke positie van de adel en de macht van de steden in het dominerende gewest Holland, waar de burgers vanuit hun verschillende functies zelf de maatschappelijke orde in stand moesten houden; en c) de traditie van zelforganisatie die al besloten lag in de waterschappen als oudste bestuursvorm en die ook waarneembaar was bij de kerkelijke organisatie: ‘als Nederlanders een probleem willen aanpakken stichten zij eerst een raad’ of in het geval van levensbeschouwelijke stromingen een nieuwe kerk onder eigen bewind en met een eigen voorganger of pastor.

14 De bepaling wat een publieke zaak is, is in de Nederlandse traditie niet een kwestie die particuliere burgers louter op zichzelf kunnen beslissen; het kan haast niet anders of deze moet zijn erkend in formele politieke regelingen en verklaringen, wil een publieke aangelegenheid als zodanig gelden. Er kan hierbij sprake zijn van vertraging: een publieke zaak die door particulieren als publieke zaak wordt begonnen kan pas later door de politiek als zodanig worden erkend. De Nederlandse situatie lijkt een tussenpositie tussen de Franse traditie waarbij publiek initiatief per definitie een zaak van het staatsmonopolie is en de Amerikaanse traditie waar publiek initiatief afhangt van de oriëntaties van burgers.

15 Er zijn gematigder vormen van corporatisme waar minder bezwaren aan kleven. Zo heeft de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (PBO), die in 1952 is opgericht slechts enkele verwantschappen met dit corporatisme, maar deze functioneert verder onder parlementair democratische controle. Vele stappen verder verwijderd van het corporatisme is een verandering van de samenstellingsgrondslag van toezichts- en bestuursorganen – bijvoorbeeld bij de sociale zekerheid – van organen van representanten naar organen bestaande uit deskundigen.

16 Bijvoorbeeld ondersteund door openbaarmaking van gegevens over aantallen spijbelaars per school.

- <sup>17</sup> Om een actueel voorbeeld te geven: vertegenwoordigers van de gemeente Amsterdam brachten onlangs het idee naar voren om de particuliere onderneming Ajax (vennootschap) zelf meer verantwoordelijkheid te laten nemen voor de veiligheid tijdens de spelen op straffe van een preventief speelverbod. Zie ook P. Vogelzang, 'De veiligheid van clubs is zaak voor clubs zelf', Algemeen Dagblad, 13 augustus 2002.



## 6 OPENBAAR BESTUUR

### 6.1 INLEIDING

De belangrijkste waarborgen die de klassieke rechtsstaat van het openbaar bestuur verlangt, zijn de binding van het bestuur aan de wet, het garanderen van grondrechten en de toegang tot de rechter wanneer de burger meent dat zijn rechten door het bestuursoptreden zijn geschonden. Deze waarborgen zijn inmiddels gerealiseerd. De discussie over bestuur en rechtsstaat is hiermee echter nog niet afgesloten. Dat is min of meer vanzelfsprekend waar het gaat om de concrete uitwerking van de rechtsstatelijke doelstellingen. De rechtsstaat moet immers functioneren in een steeds veranderende omgeving en kan dus nooit af zijn. Periodiek, soms groot onderhoud zal altijd nodig blijven.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op actuele spanningen die optreden tussen aan de ene kant het veranderende overheidsbestuur en aan de andere kant de huidige vormgeving van de rechtsstatelijke waarborgen. De voornaamste vragen zijn: waar treden deze spanningen op de voorgrond en hoe zijn zij te ondervangen?

Er zijn twee probleemvelden te onderscheiden die als gevolg van de genoemde spanningen optreden.

Het eerste probleemveld heeft te maken met de spanning die kan bestaan tussen enerzijds de perfectionering van de rechtsstatelijke waarborgen tegen onjuist bestuur en anderzijds de opdracht van het bestuur om zijn taak effectief en doelmatig uit te voeren. Er is sprake van *verander(en)de opvattingen over de inspanningen die van het bestuur verwacht mogen worden*. De kritische burger wil procedurele en inhoudelijke topprestaties tegelijk, terwijl het bestuur steeds meer is gebonden, voorzover het al niet bevoegdheden is kwijtgeraakt.

Uiteenlopende standpunten van verschillende partijen worden met aan de rechtsstaat ontleende argumenten kracht bijgezet. Zo werd de discussie van enkele jaren geleden over de juridisering van het openbaar bestuur aangekaart door bestuurders die zich te sterk door strakke regels en procedures gebonden achtten. Bij de periodiek oploeiende discussie over gedogen en handhaving zijn de verhoudingen gecompliceerder, maar uiteindelijk blijkt het ook hier te gaan om vormen van spanning tussen waarborg en inhoudelijk resultaat. Men kan iedere vorm van niet-handhaven verwerpen als bestuurlijk ‘onderpresteren’ of ‘opportunistisch gebruik van de producten van de wetgever’. Men kan anderzijds ook benadrukken dat gedoogbeleid onmisbaar is om bepaalde spanningen tussen wet en werkelijkheid op te lossen. Voorwaarde is dat men dat doet op een manier die rechtszekerheid verschaft en controle mogelijk maakt.

Het tweede probleemveld heeft te maken met *veranderingen in de aard van het bestuurswerk en in de omgeving waarin dit werk wordt verricht*. Die veranderingen zetten belangrijke veronderstellingen waarop de rechtsstatelijke waarborgen

zijn gebaseerd onder druk. Een basisveronderstelling, die eigenlijk nooit volledig door de werkelijkheid is gedekt, is hierbij dat het publiek belang in een systeem van hiërarchische sturing door het (openbaar) bestuur wordt behartigd op basis van de wet. Die hiërarchische sturing werkt niet alleen extern maar ook intern: ministeriële verantwoordelijkheid en ambtelijke ondergeschiktheid zijn eveneens essentieel om te waarborgen dat, ook volgens de democratische eisen, rechtsstatelijk verantwoord wordt gepresteerd.

De veranderingen waar het hier om gaat zijn deels terug te voeren op al in eerdere hoofdstukken in algemene zin besproken ontwikkelingen zoals individualisering, diversificatie van burgerschap en de veranderingen die in de *civil society* optreden. Zoals in beide voorgaande hoofdstukken is besproken, hebben zij gevolgen voor de manier waarop de overheid in de samenleving kan functioneren. De verhoudingen worden tot op zekere hoogte meer horizontaal.

Ook hier hebben inhoudelijke, presterende elementen meestal de eerste aandacht, in die zin dat er compensatie wordt gezocht voor het afnemende sturende vermogen van de overheid of juist doordat de veranderingen voor betere resultaten zouden kunnen zorgen.

Eén mogelijk misverstand moet vooraf worden uitgesloten, namelijk dat de ‘klassieke rechtsstaat plus’ zoals dit in dit rapport door de raad wordt gehanteerd, beter zou gedijen naarmate de overheid minder activiteiten ontplooit, en dus in zekere zin een ‘minimale overheid’ zou vereisen. Zo’n conclusie dringt zich op als men het accent volledig legt op het verschaffen van, steeds te herijken, waarborgen aan de burger tegenover de staat. Dan is immers de kans op inbreuken op die waarborgen tegen de actieve staat kleiner naarmate de staat minder activiteiten ontplooit. Een uitzondering zou slechts gelden voor die activiteiten die rechtsstatelijke waarborgen tot realiteit moeten maken: de aanwezigheid en toegankelijkheid van een onafhankelijke rechter, de feitelijke mogelijkheid om klassieke vrijheidsrechten en burgerrechten te gebruiken, en de zorg voor de fysieke veiligheid van de burgers aan wie de staat, dus ook de rechtsstaat, als geweldsmonopolist zelfbescherming door eigenrichting heeft ontzegd. Bij de conclusie sluit eveneens aan de gemotiveerde stelling uit de beginhoofdstukken van dit rapport dat uit het rechtsstaatsbegrip niet kan worden afgeleid wat precies de staatsaken zijn.

De onmogelijkheid en de onwenselijkheid om verder *op grond van de rechtsstaat* de staatsaken aan te geven, betekent evenwel niet dat er vanuit de rechtsstaat in algemene zin geen verdere uitspraken over richting en kwaliteit van het overheidsoptreden zouden zijn te doen. In de eerste plaats is er het gegeven dat verschillende achterliggende waarden die bij de rechtsstaat in het geding zijn, zoals rechtszekerheid en het tegengaan van willekeur, een meer universele betekenis hebben. Die kan met zich meebrengen dat zij, zo nodig via overheidsbemoediging, ook in andere verhoudingen tot gelding moeten komen. In de tweede plaats geldt dat in een staat die zich democratische rechtsstaat noemt eigenrichting, het opzij schuiven van de heerschappij van het recht, zoveel

mogelijk overbodig wordt gemaakt. Het ‘plus’ van onze rechtsstaat is hiervoor een eerste vereiste. Maar bijna even belangrijk is het dat de betrokken instituties legitimiteit hebben, primair door hun machtsbasis en door de procedures die zij volgen, maar ook door de kwaliteit van hun producten. Zonder dat hiermee ook maar iets over de inhoud van de staatsaken is gezegd – wat op dat punt aanvaardbaar of noodzakelijk wordt gevonden zal naar tijd en plaats variëren – kan hiermee duidelijk zijn dat een bepaald, subjectief, minimumniveau van overheidspresteren bij de rechtsstaat hoort. Zo’n niveau maakt evenzeer deel uit van de ‘bedding’ van de rechtsstaat als bijvoorbeeld een redelijk functionerende *civil society*. Overigens is het vooral de *methode* die centraal staat, is het een zaak van áls (de overheid iets doet of gedaan wil krijgen) dán (moet een rechtsstatelijk juiste werkwijze gevolgd worden). Kiezen voor minimale actie enkel uit vrees om de kans op inbreuken op de methode te vergroten, zou een zwaktebod zijn.

De verdere opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Ter wille van de leesbaarheid wordt in paragraaf 6.2 een korte schets gegeven van de ontwikkeling van de rechtsstatelijke positie van het bestuur. Uiteraard staan daarbij, conform het traditionele accent op inperking van het actieve bestuur, de waarborgen tegen dat bestuur voorop. De paragrafen 6.3 en 6.4 gaan, in dezelfde volgorde, in op de twee al genoemde probleemvelden. Paragraaf 6.5 ten slotte stipt enkele oplossingsrichtingen aan.

## 6.2 ONTWIKKELING VAN DE WAARBORGEN

Het bieden van een stelsel van waarborgen tegen de overheid is ongetwijfeld de kern van de rechtsstaatgedachte. Aanvankelijk was het de bijna onbeperkte macht van de vorst die aan banden moest worden gelegd. De ontkoppeling van de persoon van die vorst en de staat en de (onder)scheiding van drie functionele machten van de staat vormden de eerste noodzakelijke stappen. De wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende machten werden verdeeld over verschillende organen, die min of meer maar juist niet volledig onafhankelijk van elkaar opereerden (trias politica). De uitvoerende macht werd gebonden aan algemene wetten. Onafhankelijke rechters controleerden het staatsoptreden op rechtmatigheid. De centrale rol van de algemene wet zou ook de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid moeten bevorderen.

De rechtsstaat bood derhalve ‘negatieve’ waarborgen, bestaande uit eisen op het punt van grondslagen, procedures en niet te betreden gebieden. Door de rechtsstaat te verbinden met de democratie konden hieraan positieve elementen worden toegevoegd. De algemene wetten kregen legitimatie door de beslissende stem van de gekozen volksvertegenwoordiging bij hun totstandkoming. Het optreden van de uitvoerende macht werd aan parlementaire controle onderworpen. Bovendien boden politieke rechten de mogelijkheid om de participatie van de burger in het systeem te verzekeren.

In deze sterk vereenvoudigde schets van de grondvorm van de democratische rechtsstaat gaat het om waarborgen tegen het landsbestuur, tegen allerlei soorten staatsactiviteiten. Dit is mede het geval omdat de uitvoerende macht eigenlijk altijd een te beperkte aanduiding is geweest. De staatstaken die niet onder de noemers wetgeving of rechtspraak vallen omvatten veel meer dan de uitvoering van formele wetten. Bestuur omvat in feite de hele handelende kant van de overheid, van het doen van wetsvoorstellen tot en met het verrichten van feitelijke handelingen, van het ontwikkelen tot en met het uitvoeren van beleid en het reageren op onverwachte gebeurtenissen van publiek belang. De omschrijving van deze taak maakt duidelijk dat besturen veel meer is dan het uitvoeren van de wetten. Maar dat betekent ook dat de wettelijke normering die de rechtsstaat zou verlangen, in de praktijk niet kan worden gerealiseerd.

Deze algemene constatering is vooral de afgelopen eeuw bevestigd en versterkt door de volgende twee ontwikkelingen. Ten eerste is de staatstaak enorm uitgebreid en zijn de bestuursbevoegdheden qua omvang en karakter ingrijpend veranderd. Ten tweede hebben de opvattingen over wat de rechtsstatelijke waarborgen zouden moeten inhouden, zich verder verdiept. Beleidsgericht ingrijpen in het economisch verkeer, de sociale verhoudingen of het ruimtegebruik kan slechts in zeer beperkte mate uit rechtlijnige wetsuitvoering bestaan. De regel van wettelijke normering moet dus worden losgelaten ten gunste van de bescheidener eis dat voor het (belastende) bestuurshandelen een wettelijke grondslag aanwezig moet zijn. Uit de aard der zaak is zo'n grondslag ruim: belangen moeten worden afgewogen en eisen moeten kunnen worden gesteld voor steeds wisselende situaties. Soms doet de wet weinig meer dan een bevoegdheid creëren. Onder dergelijke omstandigheden zijn aanvullende en vervangende waarborgen gewenst, en deze zijn inderdaad in aanzienlijke mate totstandgekomen. Nadere normering binnen wettelijke kaders in gedelegeerde regelgeving en, voor uitvoerende ambtenaren, in beleidsregels zijn hier het eerst aangewezen, maar dikwijls niet voldoende. Belangrijker zijn de geleidelijke ontwikkeling en toepassing in de rechtspraak van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geweest. Door procedurele en algemene inhoudelijke eisen (rechtszekerheid, geen willekeur, rechtsgelijkheid) in te voegen als onderdelen van een rechtmatigheidstoetsing, die aldus meer is gaan omvatten dan toetsing aan de wet, is het gebruik van ruime bevoegdheden toch binnen grenzen gehouden.

Deze normeringen zijn uiteraard belangrijker als er sprake is van toetsing door de onafhankelijke rechter. Op dit punt heeft zich in het verleden een wezenlijke verandering voorgedaan. De gedachte dat in een democratisch systeem, waarin de burgers zichzelf lijken te besturen, een andere vorm van 'rechtsbescherming' wenselijk zou zijn naast de controle binnen de bestuurlijke hiërarchie en uiteindelijk door de gekozen volksvertegenwoordigers, won slechts zeer geleidelijk veld. Eerst moest het misverstand worden weggenomen dat vrijheid van oordeels- en besluitvorming rechtswormering uitsluit (Van der Hoeven 1989). Vervolgens werd, aldus nog steeds dezelfde auteur, duidelijk dat de controle op de groeiende bureaucratie en het, nauwelijks politieke, 'micro-bestuur' zich slecht



leende voor adequate controle door politieke organen. Ten slotte werd het stadium bereikt dat het beeld van “een gezag, dat binnen het kader van de formele democratie functionerend, naar eigen inzicht vrijelijk besluit of en waar persoonlijk of groepsbelang moet wijken voor het gemeenschapsbelang, niet meer werd aanvaard, noch in ons land, noch in andere West-Europese landen.” In 1976 werd de aanvullende mogelijkheid geschapen zich te wenden tot een gespecialiseerde rechter waar nog geen voorziening mogelijk was (de Wet AROB). Pas sinds 1994 zijn algemene voorzieningen die uiteindelijk naar de (bestuurs)rechter leiden de standaard (de Awb).

De Algemene wet bestuursrecht heeft overigens veel meer waarborgen een algemeen karakter gegeven. Zo is een bestuursorgaan verplicht de betrokken belangen af te wegen en heeft het de opdracht te vermijden dat de nadelige gevolgen die voor belanghebbenden aan een besluit verbonden zijn, onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3: 4, eerste en tweede lid). Via toepassing van het vertrouwensbeginsel is bovendien de doorwerking mogelijk van beleidsregels die een bestuursorgaan voor zichzelf of zijn dienst vaststelt over het gebruik van zijn eigen bestuursbevoegdheid.

Naast de waarborgen die uiteindelijk door de rechter worden bewaakt, is er de ‘bestuurlijk-politieke controlelijn’. Hierbij staat de verantwoording die het bestuur aan de volksvertegenwoordiging verschuldigd is voorop. De primair voor individuen bedoelde waarborgen waarover het eerder ging kunnen hierbij aan de orde komen, maar meestal zal het vooral gaan om de vraag of de bestuursvrijheden (van inhoudelijke belangenafweging bij toepassing van een wetsbepaling tot en met niet of juist wel genomen beleidsinitiatieven) worden gebruikt conform eventuele afspraken, toezeggingen en bedoelingen. Met name speelt ook de vraag of de wet inhoudelijk ‘goed’ wordt uitgevoerd. Strikt genomen is de beoordelingsruimte bij deze politieke controle onbepaald, maar in de praktijk laat men, afgezien van politiek beladen zaken, het bestuur ‘zijn dingen doen’ binnen de aangeduide grenzen. Vertrouwen speelt hierbij een hoofdrol. Wil het systeem werken, dan is in de eerste plaats politiek vertrouwen vereist, met de ministeriële verantwoordelijkheid als stok achter de deur. In de tweede plaats moet de minister erop kunnen vertrouwen dat ambtenaren handelen conform de wet en de eventuele aanvullende aanwijzingen. Voorwaarden hiervoor zijn helder genormeerde, duidelijk afgebakende en niet te brede taakgebieden, en een goed functionerende interne hiërarchie. In elkaar grijpende wetgevingscomplexen, uitdijende taken en organisaties, en bevoegdheden die afwegingen en beoordelingen vereisen, zijn ontwikkelingen die een goede verantwoording langs deze lijn eerder bemoeilijken.

### 6.3 RECHTSSTAAT EN BESTUURSTAAT: RECHTSSTATELIJKE WAARBORGEN EN EFFECTIVITEIT VAN HET BESTUUR

In het eerste deel van paragraaf 6.2 is uiteengezet dat een inhoudelijke normering van het bestuurshandelen door de wet ook bij benadering niet meer mogelijk is. Teneinde toch waarborgen te bieden tegen onjuist gebruik van de ruime bevoegdheden die de wetgever het bestuur heeft toegekend, zijn algemene beginselen ontwikkeld – de beginselen van behoorlijk bestuur – die het bestuursoptreden toch toetsbaar maken vanuit algemene gezichtspunten. Deze waarborgen hebben in hoofdzaak een procedureel karakter. Voorzover zij de inhoud betreffen, beperken zij de ruimte van het bestuur in algemene zin, bijvoorbeeld door evenredigheid te eisen of kennelijke onredelijkheid te verwerpen. Van het bestuur wordt ook vaker verlangd dat het inzicht geeft in het beleid dat wordt gevoerd, bijvoorbeeld door het vaststellen van beleidsregels.

Het is duidelijk dat dergelijke voorzieningen een belasting voor het bestuur kunnen inhouden. Zij vormen echter een vertaling van de eisen van rechtsstatelijkheid. De vraag die daarbij steeds speelt is hoe de eisen van de rechtsstaat en de eisen van effectief bestuur het beste met elkaar in overeenstemming kunnen worden gebracht. Die vraag speelt bij een aantal actuele discussies, die hierna aan de orde komen. Omdat zowel de taak van het bestuur als de samenleving waarin het bestuur moet functioneren verandert, zal die vraag steeds opnieuw beantwoord moeten worden. Een periodiek optredende *algemene* spanning tussen handelingsvrijheid en waarborgen is daarbij vanzelfsprekend.

#### *Juridisering*

Onder de noemer ‘juridisering in het openbaar bestuur’ werd enkele jaren geleden een brede discussie gevoerd over deze spanning. De kabinetsnotitie die in december 1998 onder deze titel verscheen stelde onder meer:

“Op het terrein van het openbaar bestuur worden niet alleen de toenemende regeldichtheid en proceduredichtheid onder de noemer juridisering gebracht, maar ook de toetsingsmogelijkheden van de rechter. Voor het openbaar bestuur is juridisering een groot probleem daar waar het de slagvaardigheid van het bestuur belemmert en daarmee het evenwicht in de trias” (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 1998: 5).

Eerder in de notitie (ibid.: 2) was al gesteld dat ‘de overmatige juridisering van de samenleving als een van de grootste vraagstukken in het huidige tijdsgewricht kan worden beschouwd’ en dat ‘op politiek-bestuurlijk terrein daardoor het hart van onze democratie dreigt dicht te slibben’.

De start voor de discussie was gegeven met het rapport van een werkgroep van bestuurders (werkgroep-Van Kemenade). Deze signaleerde drie met elkaar samenhangende verschijnselen: een teveel aan gedetailleerde regels, een overdaad aan rechtsbescherming en een te formalistische en te brede taakopvatting van de rechter. De werkgroep stak bovendien de hand in eigen boezem door ook

de soms gebrekkige juridische kwaliteit van bestuursbesluiten als (mede)oorzaak aan te wijzen. Het kernbezwaar, namelijk dat juridische waarborgen het bestuur te veel belemmerden, zette echter de toon. ‘Een principieel zelfs meer ingrijpende consequentie’ werd overigens ook hier aangegeven, ditmaal in de vorm van bedreiging ‘voor de legitimiteit van de overheid in ons democratische staatsbestel’ (werkgroep-Van Kemenade 1997: 3).

Opmerkelijk genoeg kwam het debat vrij spoedig na verschijning van de kabinetsnotitie tot een einde. De reden daarvan kan zijn dat het oordeel in de notitie was dat na ampele overweging het evenwicht in de trias nog *niet* verstoord was (in termen die in dit verband gebruikelijker waren: dat de rechter nog niet te zeer op de stoel van het bestuur was gaan zitten). Het kan ook zijn dat uiteindelijk iedereen schuldig bleek te zijn: de bestuurders, die zich in hun vrijheid beperkt zagen en tegelijk door fouten procedures over zich afriepen; de wetgever, met zijn complexe inhoudelijke regels en procedurele voorschriften; misschien zelfs de rechter, waar hij het bestuur een te smalle beleids marge liet; en zeker ook de steeds mondiger burger, die steeds beter de procedures kende waarlangs hij alsnog zijn gelijk kon halen. Onder zulke omstandigheden was een plan van aanpak dat brede steun had nauwelijks op te stellen. Vermoedelijk was dat geen ramp. Het systeem van waarborgen was belangrijk genoeg om, even geleidelijk en zorgvuldig als het was opgebouwd, te worden heroverwogen en eventueel op onderdelen te worden bijgesteld. In de praktijk bleven zulke bijstellingen dan ook niet uit. Zeker als de belangen van derden in het geding waren, bleek de rechter eerder bereid te zijn bestuurlijke bindingen, zoals die aan gedogen, los te laten.

Vanuit rechtsstatelijk oogpunt is in het bijzonder interessant dat ‘de rechtsstaat’ door verschillende partijen ter ondersteuning van uiteenlopende standpunten werd aangehaald. Bestuurders legden het accent op de (dreigende) verstoring van het evenwicht binnen de trias in hun nadeel. Hun opposenten benadrukten het belang van de rechterlijke onafhankelijkheid. De eersten wezen bovendien op hun democratische legitimatie, die sterker zou zijn dan die van de rechter, die geen politieke verantwoording behoefde af te leggen. Over de normerende rol van de wet en het legaliteitsbeginsel bestond in abstracto overeenstemming, maar deze bleek te eindigen als de mate van binding aan de orde kwam.

### **Gedogen en handhaven**

Wat hiervan precies zij, de rechtsstaat speelt expliciet een rol in de argumentatie. Dat is vanzelfsprekend, omdat het uiteindelijk gaat om de verhouding tussen bestuurlijke vrijheid en waarborgen tegen het bestuur. Iets minder vanzelfsprekend is het als de vraag aan de orde is in hoeverre het bestuur tot handelen *verplicht* is. In de regelmatig oploeiende discussies over gedogen en handhaving wordt ‘de rechtsstaat’ niettemin dikwijls aangevoerd als argument voor optreden. Om het WRR-rapport *Rechtshandhaving* uit 1988 te citeren: “*De rechtsstaat is meer dan een samenstel van juridische waarborgen tegenover de overheid; hij houdt ook de verplichting in te verzekeren dat in het verkeer van overheid en burgers en van burgers onderling het recht tot gelding komt en, zo nodig, effectief*

*wordt gehandhaafd*” (inclusief de cursivering uit WRR 1988: 19). En een bladzijde verder: “De rechtsstaat impliceert kortom de rechtsplicht tot rechtshandhaving.” Aansluitend blijkt dat deze stellige uitspraken een aanloop vormen naar nuanceringen waar het de strafrechtelijke handhaving betreft. Wijzigingen in het stelsel van waarborgen voor de burger kunnen nodig zijn om te voorkomen dat in een veranderde maatschappelijke context de verplichting om het recht tot gelding te brengen, in het gedrang komt. Maar “*een te eenzijdige beleidsinstrumentele opstelling van de wetgever is hier riskant*” en “zo blijft een volwaardige rechtsstaat steeds ‘due process’ en ‘crime control’ in vereniging vergen” (ibid.: 20-21). Ook wat wordt opgemerkt over rechtshandhaving in de sociale rechtsstaat – gemakshalve gelijk te stellen met de bestuurlijke handhaving waar het nu om gaat – onderstreept dat het in feite gaat om een aansporing tot de wetgever adequate voorzieningen te treffen om handhaving mogelijk te maken. De adequate voorzieningen behelzen ‘een aanpassing van het wetgevingsbeleid, dat veel sterker in een uitvoerings- en handhavingsperspectief zal moeten worden gebracht’.

Dat er voor *de wetgever* niet meer dan dit soort algemene aanwijzingen uit de rechtsstaatgedachte afgeleid moeten worden, kan nog steeds worden onderschreven. Meer algemeen geldt, zoals al in hoofdstuk 2 is aangegeven, dat grote terughoudendheid gewenst is bij het afleiden van overheidstaken (of prioriteiten daartussen) uit een abstractie die is opgebouwd uit elementen die in hun ideale vorm al onderling op gespannen voet staan.

Over de handhaving door *het bestuur* is hiermee nog niets gezegd. Het is echter duidelijk dat het bestuur heeft te maken met een gecompliceerd geheel van talloze, soms lastig verenigbare voorschriften en open normen die beleidsruimte laten. Dit betekent dat de algemene plicht ‘het recht tot gelding te brengen’ geen absolute handhavingsplicht kán inhouden. Het is niet zonder reden dat veruit de meeste bepalingen die de bestuurlijke handhaving betreffen niet dwingend geformuleerd zijn. Naast expliciete beleidsvrijheid kan er sprake zijn van beoordelingsvrijheid. Voorts zullen zelfs bij strikt gebonden besluiten eigen taxaties van invloed zijn. Het algemene uitgangspunt bij bestuursoptreden dat in artikel 3: 4 Awb is neergelegd, is ook hier van betekenis: de rechtstreeks betrokken belangen moeten voordat besloten wordt door het bestuursorgaan in kwestie worden afgewogen en de voor belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Het oude adagium ‘publieke bevoegdheid is publieke plicht’ gaat hier kortom niet op; in de termen van de Justitie-nota *Grenzen aan gedogen* uit 1996 is hier, steeds weer, sprake van een ‘rechtsstatelijk dilemma’ (Ministerie van Justitie 1996: 33).

Ook in het strafrecht geldt een dergelijke benadering: het klassieke legaliteitsbeginsel dat een vervolgingsplicht inhield, is losgelaten. Daarvoor is in 1926 het negatieve opportunitieitsbeginsel, dat niet-vervolgen als uitzondering erkent, in de plaats gekomen. Na 1970 is het positieve opportunitieitsbeginsel opgekomen, waarbij de identificatie van wet en recht wordt losgelaten voor een afweging

gericht op beantwoording van de vraag of het algemeen belang in concreto vervolging vereist. Vervolgens is deze afweging uitgebreid tot de opsporings- en de verbaliseringsfase ('t Hart 1994: 117 e.v.).

Dat ook de wetgever niet-handhaven als een reële mogelijkheid beschouwt betekent uiteraard niet dat hier sprake zou zijn van een probleemloos verschijnsel. Voor een nadere beoordeling moet onderscheid worden gemaakt tussen niet-handhaven waarvoor bewust gekozen is ('gedogen', respectievelijk gedoogbeleid) en andere vormen van uitblijven van handhaving (Ministerie van Justitie 1996: 6).

Voorts is het perspectief van de beoordelaar van betekenis: het maakt uiteraard verschil of men zich richt op een rechtsstatelijke toetsing dan wel het inhoudelijke succes of falen op een bepaald beleidsterrein als maatstaf neemt. Anders gezegd, en beperkt tot het bestuurlijke handelen: legt men het accent op het laatste deel van het bestuursrecht, of op het eerste deel in welk geval bestuursrecht primair instrument is, en handhaving als het sluitstuk van beleids(uit)voering wordt gezien?

### **Gedogen en gedoogbeleid**

Het *gedogen* kent vele vormen. Zij zijn, sinds het begrip door Van Buuren (1988) werd geïntroduceerd, steeds preciezer in kaart gebracht.

De Justitie-nota *Grenzen aan gedogen* onderscheidde als varianten de tweedeling impliciet versus expliciet (in de ministeriële 'gedoogbrieven' van VROM en V & W uit 1990/1991 nog 'passief versus actief' genoemd), vooraf versus achteraf, incidenteel versus categorisch en onvoorwaardelijk versus onder voorwaarden. Ten minste even belangrijk zijn de motieven, waarbij 'onwil' en 'onverschilligheid' als verwerpelijk te beoordelen zijn en 'prioriteitenstelling vanwege capaciteitsgebrek' als onvermijdelijk kan worden gekenschetst. Beide typen spelen zowel in het strafrecht als bij het bestuursoptreden een rol. Dit geldt ook voor de meest gecompliceerde categorie, die bestaat uit beleidsmatige keuzes op grond van een afweging van verschillende aspecten van het algemeen belang. In het strafrecht is het gedogen van drugs voor eigen gebruik een bekend voorbeeld: de winst die per saldo op het terrein van de volksgezondheid te behalen is geeft hierbij de doorslag. In het milieubeleid is het achterwege laten van ingrijpen vooruitlopend op legalisering door aanpassing van de eisen of opheffing van de inbreuken niet ongebruikelijk. Toegepast op een concreet voorbeeld: sluiting van een fabriek omdat de juiste machine twee weken te laat geleverd wordt, heeft onevenredig grote economische nadelen en zal toetsing aan artikel 3:4 Awb wellicht niet overleven. Talloze auteurs hebben gedogen in dit soort gevallen verdedigd als omgaan met de onvermijdelijke spanning tussen wet en recht. Bijvoorbeeld Van Oenen (2000) spreekt van 'het weten om te gaan met fricties in de rechtsorde die voortvloeien uit spanningen inherent aan iedere rechtsorde', en Michiels (2001) benadrukt de bestuursbevoegdheid en het belang van belangenafweging.

Toetsing aan de relevante algemene elementen van de rechtsstaat leidt voor de meest besproken variant, bestuurlijk gedogen in de zin van bewust niet ingrijpen, tot de volgende aanvullende conclusies (zie ook Jurgens 1996: hoofdstuk 3). Gebeurt dit gedogen willekeurig, dan wordt de wet volledig tot een instrument in handen van het bestuur. De wettelijke functie van het verschaffen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid verliest dan aan betekenis. Gebeurt het gedogen planmatig volgens bekendgemaakte normen en consequent, dan geldt dit laatste bezwaar van spanning met het legaliteitsbeginsel niet. Wel kan er sprake zijn van het doorbreken van een eenzijdige verschuiving van de machtsverdeling binnen de trias, en vooral van de democratische verhoudingen. Indien het gedoogbeleid bekend is, is echter ook correctie mogelijk, en dit maakt stilzwijgend gedogen ook zo'n dubieus verschijnsel, niet alleen als het uit onwil plaatsvindt, maar ook als capaciteitstekorten eraan ten grondslag liggen.

Voor concrete gevallen, voor de bewaking van belangen van de individuele burger die door bestuurlijk niet-handelen geschaad kunnen worden, is intussen aanvullende bescherming nodig. Sinds de mogelijkheid er is om vormen van bestuurlijk niet-handelen aan de rechter voor te leggen, bestaat die ook. Recente jurisprudentie wijst erop dat de rechter steeds meer geneigd is een beginselplicht tot bestuurlijke rechtshandhaving als startpunt te nemen. In combinatie met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en artikel 3:4 Awb moet een aanvaardbare bescherming van individuele belangen mogelijk zijn. Interessant is in dit verband dat de rechter steeds minder geneigd is factoren als slordigheden in eerdere stadia of langdurig niet-optreden te beschouwen als argument voor een voortgezet achterwege laten van handhaving.

Tussen de uitersten van alles handhaven (onmogelijk en 'onleefbaar') en alles laten passeren (ondergraving van democratie en wet), die beide onaanvaardbaar zijn, bestaat een groot veld waarop steeds over wel of niet handhaven moet worden beslist. Zowel op strafrechtelijk als op bestuursrechtelijk gebied blijkt de aanwezigheid van een weloverwogen besluit (of reeks van besluiten) als voorwaarde tot ingrijpen vooropgesteld te worden. Dit betekent allerminst dat gedogen uitgangspunt is, wel dat ingrijpen geen automatisme moet zijn. Er is, kort gezegd, een in beginsel 'vrij veld' waar algemene rechtsstatelijke beginselen bepalen wanneer en onder welke condities handhaving achterwege mag, niet mag of juist móet blijven.

### ***Niet-handhaven, presteren en draagvlak***

Toetsing aan elementen van de rechtsstaat, inclusief hier in het oog springende begrippen als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, is, zoals aangegeven, niet de enige relevante manier om gedogen en handhaven te beoordelen. Onvoldoende handhaven kan ook eenvoudigweg op zijn inhoudelijke gevolgen worden beoordeeld: de resultaten van het overheidsbeleid, en meer algemeen de maatschappelijke omstandigheden, blijven achter bij gerechtvaardigde verwachtingen.

In toenemende mate is handhaving ook vanuit deze invalshoek een onderwerp van politieke discussie geworden. De neiging om handhavingstekorten als belangrijke oorzaak van ongewenste gebeurtenissen aan te merken, lijkt te groeien. Dat springt het meest in het oog op terreinen als openbare veiligheid en commune criminaliteit, waar de gevolgen het duidelijkst voelbaar zijn en waar bovendien uit het (rechts)staatsbegrip een bijzondere overheidsverantwoordelijkheid is af te leiden. Het beperkt zich hier echter zeker niet toe. Op het eerste gezicht biedt de rechtsstaat hier verder weinig aanknopingspunten, ook al wordt hij niet zelden meer algemeen als argument voor striktere handhaving aangevoerd: (prioriteiten tussen) overheidstaken kunnen er nauwelijks uit worden afgeleid. Niettemin is het democratische rechtsstaatsbegrip in deze politieke discussie van ruimer belang. Het is immers uit een oogpunt van democratische controle en evenwichtige triasverhoudingen van betekenis dat duidelijkheid wordt verschaft over de prioriteiten in het handhavingsbeleid. Die duidelijkheid maakt tegelijk het politieke debat mogelijk – in praktijk zal dit vooropstaan –, zodat de beoordeling waar spanning tussen wet en recht optreedt, en vooral of er adequaat bestuurd wordt, beter mogelijk is. Uiteindelijk draagt een en ander bij aan de onmisbare basis van elke rechtsstaat, die bestaat uit elementen als een redelijk functionerende *civil society*, een dito democratie, en een overheid die niet voorbijgaat aan prioriteiten van de bevolking en die de beoogde sturing effectief kan uitvoeren (men zie het slot van paragraaf 6.1).

Recente beleidsvoornemens op het gebied van de openbare veiligheid doen vermoeden dat de prioriteiten inderdaad verschoven zijn. De aankondiging in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het rapport van de commissie-Oosting inzake de Enschedese vuurwerkramp (BZK 2001: 20), dat gedogen nog slechts uitdrukkelijk en tijdelijk zal plaatsvinden, wijst op een aanscherping op dit cruciale terrein. Tegelijk wordt echter steeds duidelijker dat meer en betere overheidssturing en -handhaving in de traditionele vorm niet het enige antwoord kunnen zijn. De complexiteit van de materie en verschuivende (machts)posities leveren argumenten op om particulieren hier verantwoordelijkheden toe te kennen die meer in overeenstemming zijn met hun gegroeide invloed. De volgende paragrafen gaan hierop nader in.

#### **6.4 BESTUURSTAAK EN RECHTSSTAAT: CONSEQUENTIES VAN VERANDERINGEN IN INHOUD EN UITVOERING VAN DE OVERHEIDSTAAK VOOR TRADITIONELE RECHTSSTATELIJKE WAARBORGEN**

Aan het slot van paragraaf 6.2 zijn enkele verschijnselen aangestipt die invloed hebben op de omvang en het karakter van de overheidstaak en de organisatie en methode van uitvoering. Geconstateerd werd dat zulke veranderingen negatieve effecten kunnen hebben op een basisveronderstelling inzake de rechtsstatelijke waarborgen van burger tegenover bestuur, namelijk dat bestuur neerkomt op politiek en rechterlijk controleerbare wetsuitvoering, althans tot de wet te herleiden moet zijn. Als voorbeelden van dergelijke verschijnselen, die kwamen bij het

feit dat bestuur eigenlijk altijd meer dan wetsuitvoering is geweest, werden enkele al langer voorkomende zaken aangestipt, zoals ineengrijpende wetgevingscomplexen en open bevoegdheden. De toegenomen individualisering en de grotere mondigheid van de burger (hoofdstuk 4) zijn andere factoren die ook hier van invloed zijn: hoe meer diversiteit, des te minder ruimte voor algemeen werkende wetgeving en des te meer kans op belangenconflicten. Hoe meer mondigheid, des te groter de kans dat een op strakke regels gebaseerde uitvoeringsmentaliteit niet meer wordt aanvaard en dat hoge eisen aan de procedurele en inhoudelijke kant tegelijk die uitvoering zelf overbelasten. Ook de veranderingen in de *civil society*, beschreven in hoofdstuk 5, stellen andere eisen aan het optreden van het openbaar bestuur.

Bij nadere beschouwing blijkt er een vrij gecompliceerd geheel van brede, bijna autonome bewegingen te zijn, die van invloed zijn op de omvang en de uitvoering van de overheidstaak. Dat maatschappelijke veranderingen zulke effecten hebben, spreekt vanzelf, maar het lijkt alsof er de laatste twee decennia een veelheid van ingrijpende ontwikkelingen gelijktijdig gaande is. Naast de zojuist al vermelde zijn dat onder meer, min of meer in chronologische volgorde van doorwerking, internationalisering, deregulering en privatisering, professionalisering en ICT/kennisintensivering. De meeste van deze verschijnselen beïnvloeden elkaar; de één kan mede een reactie op een of meer andere zijn.

Het is gebruikelijk dit soort ontwikkelingen vooral te bezien in het licht van de mogelijke consequenties voor *de effectiviteit van het overheidshandelen*. Vanuit die invalshoek is ook in een aantal recente raadsrapporten aandacht besteed aan ICT/communicatietechnologie (WRR 1998), ICT, professionalisering, internationalisering en privatisering (WRR 2000) en ICT/kennisintensivering (WRR 2002). Bezien werd in hoeverre de bestaande methoden van overheidssturing nog bruikbaar zouden zijn en waar welke gelijkwaardige alternatieven gezocht zouden moeten worden. De gekozen invalshoek ligt bij advisering over het regeringsbeleid eveneens voor de hand. Zij wordt bovendien ondersteund als men zich realiseert dat de traditionele manier van sturing – op basis van democratisch vastgestelde algemene regels, zo rechtlijnig mogelijk uitgevoerd door een gedisciplineerde organisatie – niet alleen uit een oogpunt van effectiviteit en efficiëntie van betekenis is. Inhoudelijke invloed op de regels, gelijke behandeling en betrouwbaarheid, en democratische en rechterlijke correctiemogelijkheden zijn ten minste even belangrijk. Zij behoren tenminste evenzeer tot de motieven om de overheid een bepaalde taak toe te vertrouwen en deze daar te laten. In een van de genoemde rapporten, *Het borgen van publiek belang* (WRR 2000), werden niet zonder reden vijf beginselen voor goed bestuur genoemd – democratische legitimatie, rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, effectiviteit en efficiëntie – waaraan de behartiging van publieke belangen steeds zou moeten worden getoetst. De invalshoek in het onderhavige rapport is uiteraard iets beperkter, omdat de aandacht vooral is gericht op de veranderingen op het rechtsstatelijke vlak. De feitelijke analyses zijn daardoor echter niet minder bruikbaar. Zelfs de conclusie dat behartiging van een taak buiten de overheid onvermijdelijk of hoe dan ook



te prefereren zou zijn, kan van belang zijn. Dan komt immers de vraag op of alternatieven voor de rechtsstatelijke waarborgen nodig zijn en waaruit die dan zouden moeten bestaan. Voegt men bij de bedoelde analyses hetgeen eerder in dit rapport al is geconstateerd over internationalisering en over de toegenomen mondigheid en individualisering, dan springen enkele veranderingen in het oog. Deze komen aansluitend aan de orde.

### **ICT en kennisintensivering**

In het algemeen wordt in het rapport *Het borgen van publiek belang* (WRR 2000) gesteld dat de informatiearchitectuur steeds belangrijker wordt voor de inrichting van de organisatie; het onderscheid tussen beleidsbepaling en -uitvoering en tussen centraal en decentraal beleid kan vervagen. Een eenduidige causale relatie tussen ICT en overheidsbeleid wordt in het rapport overigens ontkend: wat voor de één een faciliteit is, vormt voor de ander een bedreiging.

Voor de uitvoering van overheidstaken, in het bijzonder de werking van hiërarchie, worden dubbelslachtige gevolgen verwacht: door betere informatiemogelijkheden van de politieke top zou de controle op het apparaat worden versterkt, maar in de praktijk zou tegelijk de afhankelijkheid groeien ten opzichte van decentrale eenheden die veel zelfstandiger kunnen opereren. De voornaamste reacties die worden aanbevolen, zijn: houd niet vast aan hiërarchie, maar vertrouw ook op andere mechanismen; benut ook de voordelen van grotere autonomie van decentrale eenheden; vergroot de transparantie van het systeem en optimaliseer de 'institutionele borging'.

'Deterritorialisering' en verzelfstandiging van onderdelen zouden de rol van de wet veranderen. Ook de toenemende rol van steeds sneller veranderende kennis, met de sturende en controlerende overheid in een permanente achterstandspositie ten opzichte van de betrokken maatschappelijke actoren, ondergraaft de traditionele aanpak. Het aanbevolen uitgangspunt voor de reactie is hetzelfde: loop ook hier niet achter de ontwikkelingen aan, maar tracht waar nodig compensatie te vinden. Voor het terrein van het kennis- en informatiebeleid gaat het recente rapport *Van oude en nieuwe kennis* (WRR 2002) echter verder. Na een schets van het onvermijdelijke nieuwe beleid voor deze terreinen – van sturend en ingrijpend naar kaderstellend en voorwaardenscheppend – stelt het rapport frappante parallellen met andere gebieden van overheidsbeleid vast. Dit mondt uit in: 'Het zou kunnen betekenen dat een nieuw en modern kennisbeleid een voorhoede vormt van een anders gericht denken over de plaats van de overheid in een complexe en snel veranderende samenleving' (WRR 2002: 212).

### **Professionalisering**

Bij professionals in traditionele zin gaat het behalve om speciale deskundigheid vooral om een standsbegrip, waarbij de eigen beroepscode, toegangsregels en tuchtrechtspraak belangrijk zijn. In *Het borgen van publiek belang* wordt gesignaleerd dat er een verschuiving van de legitimatiebasis en daarmee van de aard van professionalisering gaande is. Het accent komt meer te liggen op deskundigheid

en daaraan verbonden persoonlijke vrijheid bij de beroepsuitoefening. Door het groeiende belang van kennis en, mede hierdoor, de geleidelijke verbreding van de open netwerkorganisatie ten nadele van de klassiek-hiërarchische, neemt de betekenis van professionals in organisaties sterk toe. Dat is in de eerste plaats het geval in het dienstensegment van de *civil society*, in de gezondheidszorg, het onderwijs en dergelijke. Echter, ook in de publieke sector groeit de invloed van professionals. Hun inbreng komt deels in de plaats van hiërarchische structuren en mechanische uitvoering. De toegenomen complexiteit van de taken en de individualisering bevorderen dit proces.

Het risico dat professionalisering op haar beurt kan oproepen is dat professionals hun optreden te zeer laten bepalen door de normen en waarden die aan hun beroep zijn verbonden, of zich zelfs louter laten leiden door hun deskundige oordeel. Dit risico moet overigens niet overdreven worden, mede gezien het bestaan van compenserende en corrigerende mechanismen, zoals 'institutionele borging'. Bij dit laatste gaat het in private organisaties om het (beter) aansluiten van de eigen normen en waarden van organisaties bij de aard van het publiek belang in kwestie. In de publieke sector gaat het om het blijven benadrukken van de publieke normen en versterking van het *esprit de corps*. Verzelfstandiging van uitvoering is hierbij te overwegen. Vooral bij private organisaties kunnen daarnaast vormen van medezeggenschap, en soms onderlinge concurrentie een positief effect hebben.

### **Privatisering**

Het idee dat private organisaties actief kunnen zijn om publieke belangen te dienen is verre van nieuw. Bij privatisering gaat het om taken die geheel door de overheid worden losgelaten of waarvan de uitvoering wordt verplaatst van het bestuur naar een privaatrechtelijke organisatie. De motieven kunnen sterk uiteenlopen: men kan een taak niet langer van openbaar belang achten, men verwacht betere resultaten van concurrentie, of men hoopt meer slagvaardigheid te bereiken. In de twee laatste gevallen kunnen nog steeds aspecten van het publiek belang in het geding zijn. Meer in het algemeen zal dit belang nog op twee bijzondere manieren meespelen: het beschikbaar zijn van bepaalde diensten (1), tegen bepaalde voorwaarden (kwaliteit bij onderwijs, toegankelijkheid bij elektriciteit) (2). Beide aspecten kunnen een zekere overheidsinvloed blijven vereisen.

Als het er vooral om gaat dat ondernemingen 'de randvoorwaarden voor het maatschappelijk verkeer' in acht nemen, dan zal geen ander toezicht nodig zijn dan in het algemeen in dergelijke situaties plaatsvindt. Elders is er al op gewezen dat, meer in het algemeen en dus los van privatisering, vanuit een oogpunt van effectieve sturing een aanpassing van dat toezicht en een zekere verschuiving van verantwoordelijkheden gewenst kunnen zijn. Het verschijnsel dat men zonder alarm van de toezichthouder alles als in orde beschouwt kan zo beter worden vermeden.

Als het gaat om het verzekeren van kwalitatieve aspecten van diensten die van algemeen belang worden geacht bij levering door particuliere organisaties, van ondernemingen tot en met instellingen in de ‘non-profit sector’, zijn twee relaties van belang. Vanuit het bestuur gezien zal (beperkte) sturing van de organisatie vooropstaan, en op dat punt valt aan het vorenstaande – zie ook bij professionalisering – weinig toe te voegen. Voor de rechtsstatelijke waarborgen van de burger is de materie op het eerste gezicht niet relevant. Immers, van eenzijdig, belastend ingrijpen door de overheid is geen sprake. Men kan zich echter ook op het standpunt stellen dat, als het gaat om voor de burger essentiële zaken waarvoor om ‘technische redenen’ productie niet (meer) van overheidswege plaatsvindt, de garanties die in de democratische rechtsstaat gebruikelijk zijn bij het overheidshandelen hun pendant moeten krijgen. Zo’n invoering van ‘rechtsstatelijkheid’ zou zeker niet iets volledig nieuws zijn, want allerlei inspraak- en medezeggenschapsvoorzieningen op publiekrechtelijke basis gelden al, consumentenbescherming bestaat in tal van sectoren, en beginselen als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zijn onder een andere naam in het privaatrecht niet onbekend. Hoewel een meer algemene doorvoering van dit soort voorzieningen dus vooral een kwantitatieve verandering zou inhouden, lijkt vóór veralgemenisering een principiële discussie toch wel gewenst. Er is tenslotte sprake geweest van een bewuste keuze voor een andere productiemethode op basis van een afweging van alle voor- en nadelen. De overheid moet het verwijt zien te vermijden dat men van twee walletjes wil eten door weer allerlei beperkende voorschriften vast te stellen. Te veel van zulke beperkingen kunnen ook leiden tot verschraling van het aanbod. In paragraaf 6.5 worden niettemin al enkele mogelijke aanpassingen genoemd.

### ***Internationalisering***

Gezien de aandacht die elders in dit rapport, in het bijzonder in hoofdstuk 3, al aan het thema internationalisering wordt besteed, beperken wij ons hier tot enkele hoofdlijnen. In de eerste plaats is het van belang dat de nationale overheid steeds minder soeverein binnenlands beleid kan voeren, al blijft de nationale staat vooralsnog het voornaamste ankerpunt in de internationale rechtsorde. Gegeven het feit dat internationale invloeden die niet aan onze rechtsstatelijke kwaliteitsnormen voldoen geen uitzondering zijn, is blijvende bevordering van de internationale rechtsorde van belang. Men zal zich erbij moeten neerleggen dat ook daarin niet alles aan de Nederlandse maat zal zijn. In de tweede plaats worden er vele feitelijke veranderingen door internationalisering ingeluid of versterkt, variërend van rechtstreeks werkende rechtsregels tot en met de internationalisering van de economie en deterritorialisering door ICT. Voorzover zij hier van betekenis zijn, zijn zij in het voorgaande, soms expliciet, al verwerkt.

### ***Resumerend***

Het traditionele sturingssysteem van de algemene wet, dat wordt uitgevoerd door ondergeschikt opererende ambtenaren, verliest sterk aan betekenis. Dit komt door verschillende, elkaar soms versterkende ontwikkelingen, die zich nauwelijks voor effectieve beïnvloeding door de nationale staat lenen en dikwijls

ook door deze worden gesteund of geëntameerd. De verschijnselen brengen soms belangrijke voordelen met zich mee. Het is evident dat professionalisering ook tot kwaliteitsverbetering kan leiden en dat ICT en internationalisering grote efficiëntieverhoging mogelijk maken. Meer in het algemeen geldt dat voor maximale inhoudelijke resultaten het systeem van centrale sturing allerminst steeds de voorkeur verdient. Alleen al daarom is het weinig zinvol hier verder te bezien in hoeverre en op welke manier voor de gesignaleerde verschuivingen vanuit het gezichtspunt van effectiviteit van het overheidsbeleid correcties nodig zouden zijn; dat die beleidsresultaten, zoals eerder is gesignaleerd, als bedding van de rechtsstaat niet zonder betekenis zijn, brengt hierin geen verandering.

Het 'oude' systeem is evenwel niet alleen van belang uit het algemene oogpunt van overheidssturing, maar ook vanuit de bijzondere ingang van de rechtsstatelijke waarborgen tegen het bestuur. Dit is extra duidelijk als men de rechtsstatelijke waarborgen ook brengt onder de algemene noemer 'kwaliteit van het bestuur', zoals in feite in eerdere WRR-rapporten is gebeurd (de ijkpunten van *Het borgen van publiek belang* en de basiswaarden van *Van oude en nieuwe kennis*).

Voor de goede orde: lang niet altijd is er sprake van een vanzelfsprekende bedreiging voor de bedoelde waarborgen. Men kan soms evengoed spreken van spreiding van bevoegdheden die machtsconcentratie en willekeur voorkomt als van een versplintering die de uniforme wet als basis aantast. Bovendien kan moeilijk aan de inhoudelijke kant voorbij worden gegaan: versplintering kan ook de efficiëntie verminderen zoals 'eigenwijze' professionals kwaliteitsverhogend kunnen werken.

Dit neemt echter niet weg dat compensatie moet worden gezocht waar de gesignaleerde veranderingen, via aantasting van de traditionele veronderstellingen omtrent de werking van de controle op het bestuur, negatieve effecten hebben op de rechtsstatelijke waarborgen. Als die veranderingen dan tevens onevenwichtigheden opleveren tussen de, erdoor beknelde, reële mogelijkheden van het bestuur om te presteren en de, juist gegroeide, verwachtingen omtrent de resultaten van de overheidsinterventies, dan is er reden tot heroverweging van het elementen van het systeem, die met het oog op andere omstandigheden zijn bedacht.

## 6.5 OPLOSSINGSRICHTINGEN

Een algemene conclusie uit het voorgaande moet zijn dat grote terughoudendheid gewenst is bij het inzetten van rechtsstatelijke argumenten in de discussie over de positie en het handelen van het bestuur. De rechtsstatelijke beginselen zijn daarvoor toch te weinig eenduidig en afdoende. Hoe meer 'de rechtsstaat' wordt gebruikt in wat in feite, althans in hoofdzaak, politieke disputen zijn, en hoe meer de rechtsstaat bijvoorbeeld tegelijk maximale waarborgen tegen en bescherming door de overheid moet leveren, des te groter is het gevaar dat het begrip iedere onderscheidende betekenis verliest.

Enige koelbloedigheid tegenover de mondige burger, die procedureel en inhoudelijk het volle pond eist, is dan wel vereist. Dat is trouwens in een *democratische* rechtsstaat ook verantwoord, zo kan in verband met *gedogen en handhaven* worden gesteld. Gedogen is allerminst een verschijnsel dat in alle varianten op gespannen voet staat met de rechtsstaat, zo bleek. Mits beperkt, kenbaar, controleerbaar en door belanghebbenden aanvechtbaar, vergroot het de waarborgen tegen het bestuur in vergelijking met een toestand waarin de nu eenmaal onvermijdelijke gevallen van niet-handhaven alleen incidenteel en achteraf blijken.

Er is wel reden om niet-handhaven zoveel mogelijk te beperken, en handhaven tot uitgangspunt te verheffen. Dit zou aansluiten bij het al genoemde plan om andere vormen van gedogen dan tijdelijke en expliciete te ecarteren. Uitgangspunt zou moeten zijn dat niet alleen bij bewust niet-handhaven, gedogen dus, maar in feite bij elke opstelling van het bestuur waarin handhaven slechts op grond van expliciete besluiten plaatsvindt, eigenlijk het bestuur – onbedoeld – de wet stelt. Maar ook als men handhaving als het sluitstuk op beleid ziet is, zoals eerder aangegeven, een aanvaardbaar algemeen niveau essentieel als onderdeel van het draagvlak voor de rechtsstaat.

Dit alles wijst in de richting van een *kenbare handhavingsstrategie*: zonder dat handhaving tot onaantastbaar uitgangspunt wordt verheven, wordt daar waar een breed pakket aan voorschriften wordt uitgevoerd een, regelmatig te actualiseren, gemotiveerd prioriteitenoverzicht gegeven, dat zich voor politieke discussie leent. Die discussie zal in de eerste plaats gaan over het handelen van het algemeen bestuur op de verschillende niveaus. Regelmatige aandacht voor het onderwerp kan eraan bijdragen dat bij de uitvoering en de controle/handhaving, die beide over tal van instanties met uiteenlopende jurisdicties verspreid zijn, een bredere afstemming groeit. Uiteraard dient daarbij uiteindelijk ook het strafrecht, met ‘zijn’ gespecialiseerde opsporingsdiensten, de algemene politie en het openbaar ministerie, nadrukkelijk in beeld komen.

Een aantal belangrijke verschuivingen in de verhouding tussen overheid en private organisaties (par. 6.4) kan ook worden gerelateerd aan handhaving, zij het iets ruimer aan die van elementen van het publiek belang. Op tal van gebieden waar het publiek belang in het geding is spelen maatschappelijke organisaties een – nog steeds groeiende – rol, waarbij hun feitelijke vrijheid van handelen zeker niet afneemt. De verschuivingen zijn deels het gevolg van privatisering en hangen meer in het algemeen samen met de ontwikkelingen in de civil society, zoals is geschetst in hoofdstuk 5. Zij hebben tot gevolg dat de overheid op veel terreinen niet als enige de verantwoordelijkheid voor een publiek belang op zich kan nemen: ook maatschappelijke organisaties moeten daaraan vanuit een eigen verantwoordelijkheid bijdragen.

In de directe relatie tot de overheid correspondeert hiermee een andere invulling van het rechtsstatelijk belangrijke legaliteitsbeginsel. De gedachte dat de wet rechtszekerheid en rechtsgelijkheid kan bereiken door een zo nauwkeurig en

gedetailleerd mogelijke regeling van de overheidstaak en van aan burgers op te leggen verplichtingen, kan niet meer als rechtsstatelijk ideaal gelden. Die opvatting doet onvoldoende recht aan de eigen verantwoordelijkheid die burgers en maatschappelijke organisaties hebben. Ook sluit zij onvoldoende aan bij de professionaliteit die in een kennisintensieve samenleving voor de goede uitvoering van veel taken is vereist. De wet zal vaak moeten volstaan met het bieden van de grondslag voor overheidsoptreden en een verankering van de in het geding zijnde basiswaarden, maar zal overigens door het bieden van ruimte bij de uitvoering de eigen verantwoordelijkheid en professionaliteit moeten accentueren. De wet is er dan eerder voor algemene, normatieve regels of beginselen dan voor een gedetailleerde catalogus van voorschriften. Voorbeelden zijn zorgvuldigheidsnormen die aan de particuliere sector worden opgelegd. De in de milieuwetgeving al bekende *best practice*- en ‘alara’-beginselen (*as low as reasonably acceptable*) kunnen tot deze categorie worden gerekend. Verantwoordelijkheden kunnen zo, mede door rechterlijke concretisering, meer in overeenstemming worden gebracht met feitelijke bevoegdheidsverdelingen. Bovendien is een voortdurende actualisering van wettelijke normen aan nauwelijks bij te benen technische ontwikkelingen niet meer noodzakelijk. Deze benadering zou zich ook in het toezicht moeten vertalen. De verantwoordelijkheid voor goede voorzieningen op bijvoorbeeld het terrein van de milieuzorg, onderwijs of gezondheidszorg zou primair bij de private instellingen moeten berusten, die zelf moeten aantonen dat hun handelen aan de maat is. De overheid zou op grotere afstand meer een vorm van meta-toezicht moeten uitoefenen.

De individuele burger ziet bij de verschuiving van taken naar private instellingen de waarborgen die de rechtsstaat hem tegenover de overheid biedt, wegvallen. Daarom kunnen procedurele voorzieningen, die – afhankelijk van de materie – medebeslissing, transparantie, verantwoording en dergelijke vergroten, compensatie bieden. Zo zullen ook maatschappelijke organisaties – bedrijven en instellingen – die een steeds belangrijker rol gaan spelen bij de behartiging van het publiek belang en daarbij macht uitoefenen, in voorkomende gevallen in hun relaties met de burgers aan rechtsstatelijke beginselen gebonden moeten worden. In een aantal gevallen heeft die vertaling in feite al plaatsgevonden, bijvoorbeeld waar voor ongelijke machtsverhoudingen compensatie wordt gezocht in horizontale werking van grondrechten of in risicoaansprakelijkheid en speciale consumentenbescherming. In het slothoofdstuk wordt nader ingegaan op de maatregelen op het gebied van transparantie van handelen, kwaliteitsbeheersing en rechtsbescherming, die hierbij horen. Systematisering en sanering zullen, gegeven de diversiteit aan voorzieningen die al bestaat, hierbij wellicht even belangrijk zijn als werkelijk nieuwe voorzieningen.

Waar de verschuiving de behartiging van maatschappelijke zaken van publiek belang betreft is niet alleen de positie van de individuele burger in het geding, maar zal ook de overheid belanghebbende zijn, veelal ook als medefinancier. Als, zoals in de gevallen waar het hier om gaat, activiteiten van publiek belang op afstand zijn geplaatst, dan kan het niet gaan om gedetailleerde controle.

Bovendien zullen veel aspecten reeds via de eerderbedoelde waarborgen voor de burger onder de aandacht komen. Voor de overheid zullen een goed gebruik van de middelen en de garantie van een voldoende algemeen niveau van de voorzieningen in kwestie vooropstaan. Het algemene draagvlak dat de rechtsstaat nodig heeft is ook in dit opzicht met kwaliteit gediend.

Om te beginnen verdient een saneringsoperatie van de veelheid aan regelingen die thans de verhouding tussen overheid, *civil society* en burgers betreffen ernstige overweging. Overlappingsen moeten worden weggenomen en lacunes dienen te worden opgevuld. In hoofdstuk 10 wordt in antwoord hierop een 'postdereguleringsoperatie' voorgesteld, gebaseerd op een consistente visie op de verdeling van verantwoordelijkheden tussen overheid en burger. Ook wordt in dat hoofdstuk ingegaan op het belang van wat men 'een geconditioneerde vorm van zelfhandhaving' zou kunnen noemen. Aan rechtstreeks corrigerend optreden van overheidswege, dat vermoedelijk meestal een wet zou vereisen, zou aldus slechts bij uitzondering behoefte moeten bestaan. De aangeduide benadering zou zich uiteindelijk kunnen uitstrekken tot alle instellingen met taken van publiek belang, zoals scholen en ziekenhuizen, en ook andere organisaties met een machtspositie die openbare belangen tot hun werkerrein rekenen (Ngo's, media, enz.).

In het slothoofdstuk wordt voorts ingegaan op de gevolgen van internationalisering voor de vormgeving van de Nederlandse democratische rechtsstaat. De raad gaat daarbij in op de, overigens zeer beperkte, mogelijkheden voor de nationale overheid voor compensatie, zoals bijvoorbeeld die in het 'Deense model' inzake parlementaire invloed. Waar het gaat om de door internationalisering groeiende invloed van de rechterlijke macht liggen aangrijpingspunten voor compensatie in de, algemeen voorgestelde, jaarlijkse verslagen over het algemene beleid van de rechterlijke organisatie.

Binnen de overheid ten slotte kunnen andere verantwoordingsmethoden een antwoord zijn op andere werkwijzen en bevoegdheidsverdelingen. Zo ligt het voor de hand om de verschuiving in de ambtelijke dienst van hiërarchisch gestuurde regeluitvoering naar professionalisering vergezeld te doen gaan van een accentverlegging van politieke verantwoording naar controle op prestaties en kwaliteit.

Waar het bij deze en andere suggesties om gaat, is een actualisering van de rechtsstatelijke waarborgen, die soms een compensatie, dikwijls een aanscherping, en in een enkel geval een inperking moet inhouden.





## 7 DE PLAATS VAN DE RECHTERLIJKE MACHT IN DE RECHTSSTAAT

### 7.1 INLEIDING

De rechter heeft een aparte plaats toebedeeld gekregen in de rechtsstaat. Hij treedt op bij de beslechting van geschillen tussen burgers, die hun geschil vrijwillig aan een rechterlijke instantie kunnen voorleggen. Hij beslecht eveneens geschillen tussen burgers en overheidsinstellingen. Een bijzondere vorm van conflict tussen overheid en burger vormt de strafrechtspraak, waarbij het openbaar ministerie de staat vertegenwoordigt en als eisende partij optreedt en waarbij burgers als verdachte voor de rechter worden gebracht. Personen en rechtspersonen kunnen zich allebei tot de rechter wenden, zij het dat de hoedanigheden van beide soorten partijen feitelijk van elkaar verschillen. Grote organisaties, in de vorm van privaaten publiekrechtelijke rechtspersonen, zijn de afgelopen decennia in toenemende mate partij geworden in een rechterlijk geding. Er wordt dus in alle hoedanigheden door partijen een beroep gedaan op de rechter om een onafhankelijk oordeel te verkrijgen in een conflict of over een rechtsgeschil.

#### **Onafhankelijkheid**

Een voorwaarde voor het functioneren van de rechter in een rechtsstaat is de in de Grondwet verankerde onafhankelijkheid. Rechters zijn niet afzetbaar en kunnen niet door overheidsorganen ter verantwoording worden geroepen voor beslissingen die zij hebben genomen in het kader van hun ambtsuitoefening. Zij fungeren als derde macht in het staatsbestel. Zo heeft Montesquieu het ook bedacht, nadat hij een studie had gemaakt van het functioneren van het staatsbestel in Engeland. Daar fungeerden in die tijd rudimentaire vormen van van de koning onafhankelijke rechtspraak. In het *ancien régime* waren rechters ondergeschikt aan de koning en zij genoten slechts een zeer geringe vrijheid bij het vellen van oordelen.

Het doel van de rechterlijke onafhankelijkheid bij Montesquieu was de matiging van de gezagsuitoefening van de absolute vorst (Brenninkmeijer 1987a en 1987b). Het door Montesquieu 'uitgevonden' middel daartoe was de machtsuitoefening zoals die zichtbaar door de verschillende maatschappelijke standen werd vertegenwoordigd, te verdelen over verschillende staatsorganen. Zodoende kon concentratie van macht in één hand (in één stand) worden voorkomen. In principe werden de functies van de staat over verschillende organen verdeeld: koning en parlement zorgden samen voor wetgeving, de regering zorgde voor en hield toezicht op de uitvoering van staatstaken en aan de rechterlijke macht viel de functie van – onafhankelijke – rechtspraak toe. Het uitgangspunt voor de rechtspraak was echter een goede wetgeving, die door koning en parlement werden aangereikt. Als de wetten uitstekend geschreven en helder geformuleerd waren, kon de rechter deze wetten eenvoudig toepassen en op basis van de wet recht spreken. De rechter was onafhankelijk, maar gebonden aan de wet.

In de geschiedenis werd dit fundamentele idee van Montesquieu soms te eenzijdig opgevat als ware de rechter slechts een *bouche de la loi*. Maar het valt te betwijfelen of zo'n mechanische interpretatie van de positie van de rechter ooit zo door Montesquieu is bedoeld. Evenmin heeft deze opvatting in Nederland grote aanhang gekregen (Schönfeld 1979). Veeleer beoogde Montesquieu dat de rechterlijke macht, indien nodig, de andere staatsmachten weerstand kon bieden: *le pouvoir arrête le pouvoir*. De verschillende staatsmachten hielden elkaar in evenwicht.

### **Evenwicht**

Men kan met betrekking tot de positie van de rechterlijke macht beter spreken van evenwicht van machten dan van scheiding van machten. Rechters voeren ook enkele administratieve taken uit en nemen deel aan de rechtsvorming. Functies noch organen zijn in absolute zin gescheiden (Witteveen 1991), zij het dat de personele samenstelling van de drie staatsmachten wél een scheiding van ambten en vaak ook een scheiding der geesten teweegbrengt.

Volgens Burkens (1997) kenmerken de verhoudingen tussen de drie machten zich in Nederland – anders dan bijvoorbeeld in de Verenigde Staten of Duitsland – eerder door onderlinge afhankelijkheid, controle en spreiding van macht. In de loop der tijd, vanaf de ontwikkelingen van de rechtsstaat in Nederland sedert 1814, ontstond een systeem van *checks and balances*, waarbij iedere partij rekening hield met de eigen positie en eigen verantwoordelijkheid. Wetgever, bestuur en rechter opereerden niet als volledig autonome machten, maar als elkaar beïnvloedende machten (Brenninkmeijer 1987a). Tot op de dag van vandaag is in Nederland deze opvatting van de machtenscheiding bepalend voor het functioneren van de rechtsstaat.

### **Een groter beroep op de rechter**

Er is echter heel veel veranderd sinds de trias politica werd ontworpen en geïnitieerd. Met name heeft de rechter een centralere plaats gekregen, zowel in de trias als in de samenleving. Van wetstoepasser werd de rechter wetsuitlegger, vertolker, en later mede-rechtsvormer. Door de ontwikkeling van de klassieke rechtsstaat tot democratische en sociale rechtsstaat, in combinatie met de groei van overheidstaken, kwam er bij burgers een toenemende behoefte aan een beroep op een rechterlijke controle op politieke en bestuurlijke machtsuitoefening. De groei van bestuursrechtspraak is hiervoor kenmerkend geweest. Andere maatschappelijke ontwikkelingen hebben een groot stempel gedrukt op de moderne rechtsontwikkelingen. Daardoor hebben zij indirect de positie van de rechter versterkt. Hij mocht immers al deze nieuwe regels en algemene bepalingen en beginselen in concrete gevallen gaan interpreteren.

De voornaamste maatschappelijke ontwikkeling was de algehele welvaartsstijging, die in de periode na de Tweede Wereldoorlog plaatsvond. Meer handel, meer koop en verkoop, meer consumptie verhoogden eenvoudigweg de kans op rechtsconflicten, die onder andere door de rechter moesten worden beslist.

Een deel hiervan werd door partijen uitgevochten ‘tot de hoogste rechter’. Daarnaast bracht een verhoogde welvaart een verandering in levensstijl en mentaliteit met zich mee, tot uiting komend in een gestaag groeiend aantal strafzaken op het terrein van eigendom en diefstal. Waar meer te halen valt, wordt meer gestolen (Schuyt 1989). Sinds 1970 ging de criminaliteit gestaag omhoog; ze bestond voornamelijk uit vermogenscriminaliteit. Het beslag op de strafrechter steeg evenredig met deze criminaliteit. Na 1985 was er wederom een versterkte stijging van criminaliteit, waarbij de misdaden ernstiger vormen aannamen en er vaker sprake was van geweldgebruik, zowel door internationale misdadigers als door, verhoudingsgewijs, jongere personen in de leeftijd van veertien tot twintig jaar.

Democratisering van maatschappelijke verhoudingen bracht meer gelijke rechten, die ook op het terrein van de rechtspraak én vooral in de toegang tot de rechter werden uitgeoefend. De rechtsbescherming op het terrein van het sociale verzekeringsrecht (werkloosheid en sociale uitkeringen), huur- en arbeidsrecht en vreemdelingenrecht breidde zich uit. Een deel hiervan bracht principiële kwesties met zich mee, zoals de gelijkstelling van man en vrouw in de sociale zekerheid.

De democratisering van maatschappelijke verhoudingen ging evenzeer gepaard met de erkenning van uiteenlopende levensstijlen. In het personen- en familierecht leidde dit tot nieuwe wetgeving (o.a. homohuwelijk) en tot rechterlijke uitspraken waarin een veelheid van persoonlijke en gezinsrelaties juridisch werd erkend.

Democratisering leidde tot verkleining van de afstand tussen sociale klassen. Maar deze maatschappelijke beweging zorgde niet voor minder – zoals soms idealistisch werd verwacht – maar juist voor meer conflicten (Mulder 1974). Een deel van deze conflicten werd voor de rechter gebracht. De voorheen vaker informeel afgedane conflicten werden op talrijke terreinen geformaliseerd, onder andere in klachtprocedures, geschillencommissies en consumentenbescherming. Het betrof hier vaak conflicten tussen grote organisaties en kleine cliënten (ziekenhuizen, warenhuizen, banken en verzekeringsinstellingen). Slechts de afgelopen jaren is een terugkeer naar meer informelere beslechting van conflicten, zoals in mediation, waar te nemen. De rechter heeft zich in dergelijke asymmetrische conflictsituaties welwillend opgesteld ten opzichte van de belangen van de individuele burger tegenover grote commerciële organisaties, bijvoorbeeld bij de toerekening van aansprakelijkheid. Met name de Hoge Raad heeft deze nieuwe maatschappelijke ongelijkheid, die niet langs financiële of klasselijnen loopt, maar via macht en informatie, erkend als object van rechtsbescherming (Van Schellen 1983; Schuyt 1989; en voor de juridische bescherming van collectieve belangen Groenendijk 1981).

Op vele maatschappelijke terreinen liep de rechter voorop in de erkenning van nieuwe rechten, op een ander terrein bleef de rechter vaak achter. Dit is te zien

bij de constante uitbreiding van wetenschappelijke en technische kennis. Bescherming van computer-software valt in eerste instantie niet gemakkelijk te bereiken met oude opvattingen over industriële eigendom. Op het gebied van nieuwe technologieën, zoals biotechnologie en biomedisch- experimentele kennis, die in concrete gevallen soms vergaande gevolgen kunnen hebben, moeten wetgever en rechter beide aarzelend een nieuwe weg zoeken. Het recht loopt hier ‘achter de feiten’ aan, maar zal dit door de autonome ontwikkeling van wetenschap en techniek blijven doen. De onzekerheid die dan ontstaat over het nog-niet-geregeld zijn moet worden afgewogen tegen de voorlopige zekerheid van een wettelijke regeling. Medici verschillen van mening over de vaststelling van het allereerste begin van leven en zij bereiken geen consensus over de hulpverlening bij het einde van het leven. Deze wetenschappelijke dissensus weerspiegelt zich in politieke impasses en derhalve wordt de rechter benaderd om als ‘wetgever-plaatsvervanger’ op te treden (zie box euthanasie). Omwille van de zekerheid van de medische beroepsuitoefening werd aangedrongen op vastlegging door middel van wetgeving. Maar de immer open normen en vage begrippen in de wetsteksten, zoals het begrip ‘ondragelijk en uitzichtloos lijden’ leidden tot nieuwe rechtszaken. In de medisch-juridische sfeer zal de plaats van de rechter voorlopig onvermijdelijk blijven.

Mutatis mutandis geldt dat voor andere technische sferen waar nieuwe ontdekkingen tot rechtskwesties zullen leiden (supergeleiding, informatieverwerking, elektronisch betalingsverkeer, opslag van gevaarlijk afval, afvalverwerking, juridische gevolgen van industriële rampen, e.d.).

Bij al deze technisch-wetenschappelijke kwesties is de deskundigheid van de rechter in het geding. Moet de rechter zich meer specialiseren, zodat een deskundig oordeel kan worden gevormd over de deskundigenrapporten, of blijft de rechter een generalist, thuis op alle maatschappelijke terreinen, die zich heeft gespecialiseerd in conflictbeslechting? (Van der Doelen, 2000). Op al deze gebieden zou meer gebruikgemaakt kunnen worden van bestaande professionele deskundigheid, hetzij als door de rechter op te roepen getuige -deskundige, hetzij als ‘amicus curiae’ die op bepaalde punten de rechter van advies dient en maatschappelijke overwegingen te berde brengt.

### **Juridisering**

Al deze maatschappelijke ontwikkelingen zijn meer of minder terug te zien in de veranderde opstelling van de rechter in de samenleving. De rechter is er zelf actiever bij betrokken en wordt er door partijen ook actiever bij betrokken. Het vertrouwen in de rechter is nog steeds groot. Deze ontwikkeling van een centralere plaats voor het recht in het algemeen en voor de rechter in het bijzonder wordt ook wel aangeduid met het algemene begrip juridisering.

Deze juridisering is zowel een gevolg van de versterkte formalisering en verzakelijking van verhouding tussen individueler en mondigere geworden burger (zie hoofdstuk 4), als van de actievere opstelling van de rechter zelf. Het opvallende

hiervan is dat de verhoogde bemoeienissen van de kant van de rechter, door sommigen als 'bemoeizucht' bekritiseerd, het vertrouwen van de burger in de rechter niet hebben verminderd, maar juist versterkt.

Uit onderzoek blijkt dat dit vertrouwen onveranderd hoog blijft, in het bijzonder voor de periode ná 1972, ook in vergelijking met het buitenland (WEF 1999: 8.05). Voor 1972 was het vertrouwen in de rechterlijke macht opvallend minder en werd de rechter verweten maatschappelijk te afzijdig te zijn, of te veel de belangen van bepaalde klassen te benadrukken. Soortgelijke kritiek op de rechterlijke macht wordt bijna niet meer gehoord. De incidentele verwijten (door een actiegroep van burgers) hebben nu juist betrekking op een eventuele te grote betrokkenheid van de rechterlijke macht bij andere maatschappelijke aangelegenheden (het uitoefenen van nevenfuncties) of een te actieve opstelling bij maatschappelijke conflict-oplossing (bijvoorbeeld bij het te lichtvaardig verbieden van stakingen).

Toch past een kanttekening bij het gestegen vertrouwen van de burger in de rechter. De relaties tussen burger en rechter worden bemiddeld door advocaten, die een eigen rol spelen in dit proces van juridisering. Het aantal advocaten is sinds het begin van de jaren zeventig enorm gestegen: van 2000 in 1972 tot 12.000 in het jaar 2000, een verzesvoudiging in dertig jaar tijd. Advocaten fungeren als belangrijke poortwachters naar de rechter. Voor een groot deel kunnen advocaten bepalen welke zaken wel en welke zaken niet aan de rechter worden voorgelegd. Rechters zijn in dezen dus eerder 'lijdelijk' en volgend dan sturend. Maar wanneer rechters eenmaal de vele acties en probeersels van advocaten hebben gehonoreerd, ontstaat er een feedbackmechanisme, dat door de gewekte verwachtingen, het beroep op de rechter door burgers, bijgestaan door hun advocaten, wordt versterkt.

Juridisering door een gestegen beroep op de rechter is derhalve een zichzelf versterkend proces, dat maatschappelijk niet is tegen te houden of te beheersen. Een maatstaf voor te veel of te weinig juridisering is moeilijk te geven (zie hoofdstuk 8), omdat de afweging in individuele gevallen wordt gemaakt door burgers zelf en hun advocaten. Een beroep op de rechter kan hen niet worden ontzegd, ondanks de onzekere afloop. Hooguit kunnen kosten en baten op het individuele niveau beter met elkaar in overeenstemming worden gebracht (verhoging van kosten zal het beroep op de rechter verminderen). Maar het prijsmechanisme heeft een principiële grens, juist vanwege de rechtsstatelijke eis dat elke burger een beroep op een onafhankelijke rechter kan blijven doen. In deze zin is de rechtsstaat een kostbaar bezit. Dit neemt niet weg dat het bevorderen van mechanismen voor het intern en informeel oplossen van geschillen tussen partijen of het voorkómen van geschillen maatschappelijk van belang blijft. Ook is inzicht vereist in de manier waarop het functioneren van de rechterlijke macht en van de advocatuur invloed hebben op het ontstaan van gerechtelijke procedures.

## 7.2 DE RECHTER IN DE TRIAS POLITICA

### 7.2.1 RECHTER EN BESTUUR

Krijgen rechters te veel invloed? Door de in de vorige paragraaf geschetste ontwikkelingen wordt de opvatting gehuldigd dat de rechter een té centrale plaats gekregen heeft in de trias politica. Men spreekt zelfs van de ontwikkeling van rechtsstaat naar rechtersstaat. Van de kant van het openbaar bestuur heeft deze zorg geleid tot een rapport van de werkgroep-Van Kemenade, *Bestuur in geding* (1997), en tot de kabinetsnotitie *Juridisering in het openbaar bestuur* (december 1998). Zoals reeds in het voorgaande hoofdstuk is opgemerkt, ziet deze notitie ‘de overmatige juridisering van de samenleving als één van de grootste vraagstukken in het huidige tijdsgewricht’. Ook de plaats van de rechter in de trias komt in de kabinetsnotitie aan de orde: ‘Op het terrein van het openbaar bestuur worden niet alleen de toenemende regeldichtheid en proceduredichtheid onder de noemer juridisering gebracht, maar ook de toetsingsmogelijkheid van de rechter. Voor het openbaar bestuur is juridisering een groot probleem daar waar het de slagvaardigheid van het bestuur belemmert *en daarmee het evenwicht in de trias*’ (cursivering WRR).

Een te grote invloed van de rechter wordt problematisch geacht voor de kwaliteit en de snelheid van de besluitvorming in het openbaar bestuur. Dit verwijt aan de rechter wordt nog versterkt doordat, zoals het rapport van de werkgroep-Van Kemenade aangeeft, rechters niet zoals andere ambtsdragers gekozen zijn en daarom geen democratische legitimiteit zouden hebben.

Op deze en andere verwijten is wel wat af te dingen. Afgezien van de vraag of overmatige juridisering werkelijk ‘het grootste vraagstuk in het huidige tijdsgewricht’ is (zeker bij gebrek aan een maatstaf), valt de rechter toch moeilijk te verwijten dat vooral burgers zelf en hun advocaten een beroep doen op de onafhankelijke rechter. Met andere woorden: waar ligt de bron van de gevreesde juridisering? De rechter start geen procedures, maar beoordeelt de hem voorgelegde zaken. Daarbij wordt in toenemende mate een beroep gedaan op regels van Europees of internationaal recht.

De rechter is verplicht de Nederlandse wetten aan Europese verdragen te toetsen, waardoor vaker dan vroeger dergelijke wetten en daarop gebaseerde bestuursbesluiten sneuvelen (Securitel, zie ook de box over de Varkenswet). De toegenomen invloed van de rechter is mede een gevolg van de door politiek, bestuur en wetgeving zelf gewenste internationalisering.

**Varkenswet**

Op 1 september 1998 trad de Wet herstructurering varkenshouderij in werking. Zij was ingesteld om de hoeveelheid geproduceerde mest in Nederland te verminderen. Dierlijke mest bevat namelijk allerlei mineralen, zoals fosfaat en nitraat, die schadelijk zijn voor het milieu. Volgens de toenmalige minister van Landbouw, Van Aartsen, bleek dat de eerder gestelde doelen met betrekking tot de reductie van fosfaat en nitraat met behulp van de reeds aangewende middelen, zoals vastgelegd in wet- en regelgeving, niet konden worden gehaald. Behalve mestreductie beoogde de overheid met de Wet herstructurering varkenshouderij (Whv) eveneens doelen te bereiken op het gebied van de dierenwelzijn en ruimtelijke ordening. Concrete aanleiding voor de wet was het uitbreken van de varkenspest in 1997.

De middelen die in de Whv werden voorgesteld, waren dermate ingrijpend voor de betrokken boeren dat zij hiertegen in protest kwamen. Inkomensachteruitgang, financieringsproblemen en ten slotte gedwongen bedrijfsbeëindiging werden als de mogelijke gevolgen gezien. In de Whv waren namelijk bepalingen opgenomen die leidden tot generieke kortingen en het vervallen van de latente ruimte. Dit was tot dusver het niet-grondgebonden mestproductierecht in bezit van de varkenshouder dat hij (nog) niet benutte.

De boerenorganisatie NVV en LTO-Nederland stapten naar de rechter en stelden dat de Whv in strijd was met:

artikel 14 leden 1 en 3 van de Grondwet (onteigening c.a.) en algemene rechtsbeginselen;  
EG-regelgeving (Europese marktordening);  
het (grond)recht van eigendom in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.

De organisaties vorderden dat de Whv onverbindend zou worden verklaard, of in ieder geval dat de Whv in zijn geheel of de hoofdstukken II tot en met IV (omvang en uitbreidingsmogelijkheden van de varkensrechten) buiten toepassing zou worden gelaten totdat was voorzien in een adequate schadevergoedingsregeling.

Samenvattend kwam de rechtbank in eerste instantie bij tussenvonnis tot het volgende oordeel:

- 1 De Whv kon niet aan de Grondwet en aan algemene rechtsbeginselen worden getoetst.
- 2 Het stelsel van varkensrechten maakte inbreuk op de communautaire marktordening.
- 3 De varkensrechten waren aan te merken als eigendom in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het stelsel vormde ontneming van dit eigendom.

Met andere woorden: de hoofdstukken II tot en met IV van de Whv – in welke hoofdstukken het stelsel van varkensrechten was vastgelegd – dienden buiten toepassing te worden gelaten, tot het eindvonnis zou worden gewezen. De rechtbank woog hiertoe de desbetreffende belangen af. Allereerst bij de toetsing aan EG-recht wat de inbreuk op de marktordening betrof. Ten tweede bij de toetsing aan artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM aangaande de *fair balance* in verband met het ontbreken van schadevergoeding. De rechter gaf de belangenafweging terug aan de wetgever. Hij droeg de wetgever op aan te tonen dat de middelen noodzakelijk, geschikt en proportioneel waren.

Later oordeelde het Hof dat het stelsel van varkensrechten niet ontneming van eigendom maar regulering van eigendom inhield. Voor de vraag of die regulering van eigendom inbreuk maakte op het Eerste Protocol gold niet de – voor de rechtbank voor ontneming toepasselijke – maatstaf of er buitengewone omstandigheden bestonden, die ontneming zonder compensatie rechtvaardigden.

De maatstaf gold of de regulering in het algemeen belang gerechtvaardigd was en zonder schadevergoedingsregeling proportioneel was ten opzichte van het ermee nagestreefde doel. Zowel de inbreuk op het recht van de Europese Gemeenschap als de beperking van het gebruik van eigendomsrecht van de varkenshouders kon gerechtvaardigd zijn in het belang van de bescherming van het milieu. Het Hof achtte het bovendien niet ongerechtvaardigd dat de varkensbranche zelf de gevolgen droeg, en niet de gehele gemeenschap. De vereiste fair balance tussen algemeen belang en belangen van varkenshouders rechtvaardigde regulering van eigendom zonder schadevergoeding.

Kortom, het Hof heeft bij de toetsing aan het EG-recht beoordeeld of de inbreuk door de maatregelen van de Whv op de communautaire marktordening proportioneel is. Bij de toetsing aan het Eerste Protocol heeft het Hof beoordeeld of ook het recht op het ongestoord genot van eigendom proportioneel is. Weliswaar gaat het daarbij om verschillende soorten belangen, maar het gaat er in beide gevallen over of die maatregelen geschikt zijn voor het verwezenlijken doel en of ze niet zwaarder zijn dan strikt noodzakelijk. Het Hof heeft in deze de belangen van de maatschappij zwaarder laten wegen dan de belangen van de varkenshouders.

Waar het rapport van de werkgroep wél terecht op wijst, is het feit dat de beslissingen van de rechter vaak niet definitief of helder genoeg zijn, zodat het bestuur niet weet ‘waar hij aan toe is’. Rechterlijke procedures vertragen het beleid en leiden zo tot verspilling van tijd en geld. Hierdoor wordt het beleid meer gehinderd dan dat de rechter zich niet zou mogen uiten over bestuurlijke aangelegenheden (Wolthuis 2000: 246). Het is dus de vraag of de dreigende botsing tussen twee machten van de trias politica moet worden uitgelegd als een conflict waarbij de rechter ‘op de stoel van het bestuur’ gaat zitten of meer als een geschil over bestuurlijke efficiëntie en de mogelijkheden tot verbetering van de kwaliteit van het bestuur.

De toegenomen invloed van de rechter leidt tot meer onzekerheid en onvoorspelbaarheid. Vanwege het onafhankelijke karakter van de rechtspraak komt daarmee tevens de vraag op naar de democratische legitimiteit van de rechterlijke besluitvorming (Rijpkema 2001). Hoe is de verhouding tussen wetgever en rechter in het huidige staatsbestel? Heeft de rechter een zelfstandige rol te spelen in de democratische rechtsstaat of is deze rol afgeleid van de door regering en parlement te maken wetten?

### 7.2.2 RECHTER EN WETGEVER

Reeds in 1829 werd in de Wet Algemene Bepalingen een artikel opgenomen dat luidde: ‘de regter moet volgens de wet regt spreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen’ (art. 11). Het volgende artikel (art. 12) bepaalde dat de rechter geen algemene verordeningen of reglementen mocht geven, terwijl er in concrete zaken recht werd gesproken. Deze twee bepalingen zijn ook thans nog van kracht, maar de opvattingen over wat de rechter wel en niet mag in relatie tot de algemene regelgevende taak van de wetgever zijn sindsdien drastisch gewijzigd.



In de eerste plaats is de rechter bevoegd verklaard de Nederlandse wetten te toetsen aan rechtstreeks werkende bepalingen van internationale verdragen, zoals het EVRM. Bij de uitleg van de daarin neergelegde rechten van de mens conformeert de Nederlandse rechter zich aan de jurisprudentie van het Europese Hof te Straatsburg. De soms ruime uitleg van die bepalingen in het EVRM is daardoor onderdeel geworden van de Nederlandse rechtsorde. Hierdoor en middels andere verdragen op dat vlak wordt er een bijzondere bescherming van grondrechten geboden. De bijzondere betekenis die aan de rechten in kwestie wordt gehecht is regelmatig aanleiding voor een pleidooi om het verbod tot toetsing van formele wet aan de Grondwet op te heffen voorzover het de daarin neergelegde grondrechten betreft (laatstelijk in een initiatiefvoorstel van het Tweede-Kamerlid Halsema; Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28331, nrs. 2-3, d.d. 11 april 2002). In het Strategisch Akkoord van het kabinet-Balkenende wordt gezegd dat het toetsingsrecht zal worden beoordeeld in het licht van de uitkomsten van de Europese Conventie.

Daarnaast heeft de rechter, ook reeds in de negentiende eeuw, de uitleg van bepalingen en begrippen in de wet tot zijn taak gerekend. De strikte opvatting dat de rechter zich uitsluitend aan de wet moest houden bij de beslechting van geschillen heeft dus praktisch nimmer navolging gekend.

In het oude leerstuk over de rechterlijke vrijheid ten opzichte van de wetgever staan twee opvattingen tegenover elkaar (o.a. Wiarda 1972; Dworkin 1986; Cass 2001; Loth 2001). De ene opvatting ziet de rechter en de rechterlijke macht als een zelfstandig onderdeel van de rechtsstaat, dat op gelijkwaardige wijze bijdraagt aan de vorming van recht. Men spreekt hier dan ook van rechterlijk activisme of van 'judge made law' of rechtersrecht (Rijkema 2001). De rechter kent zichzelf grote vrijheid toe in de interpretatie van wetsteksten bij de beslechting van concrete geschillen. De rechter is bij wijze van spreken principaal.

In de andere opvatting is de macht van de rechter slechts een afgeleide van de democratisch gekozen wetgever. De rechter stelt zich terughoudend op bij de uitleg van wetsbepalingen, en wijst in concrete gevallen naar de wetgever die eventueel de regels moet wijzigen of aanpassen. Men noemt dit de *judicial restraint*-opvatting, de rechter fungeert als een *weak agency* (Cass 2001).

Zeer veel rechtsfilosofische en rechtstheoretische geschriften zijn aan dit vraagstuk van de rechtsvinding en rechtsvorming gewijd. Sommige auteurs vrezen een te vrije opstelling van de niet-gekozen en niet-afzetbare rechter, anderen achten het juist zijn taak een leidende en norm-aanwijzende rol te spelen in een immer veranderende samenleving.

De macht van de rechter wordt zowel gevreesd als overschat. Overschat omdat ten eerste de rechter als staatsmacht de minst gevaarlijke is: de rechter kan zelf geen zaken aanbrengen, heeft niet de bevoegdheden om zelf uitvoering te geven aan zijn eigen vonnissen en kan slechts uitspraken doen in het kader van individuele

gevallen. In alles is hij van anderen afhankelijk. Wetgever en uitvoerend bestuur kunnen en mogen veel meer. Ten tweede houdt de rechter in de overgrote meerderheid van de gevallen zich keurig aan de wet. De meeste – routinematige – gevallen roepen geen scherpe nieuwe interpretaties op waarover onenigheid zou kunnen losbarsten. Het vraagstuk van de rechtsvorming door de rechter komt slechts aan de orde in een kleine reeks principiële zaken, vaak in maatschappelijk controversiële zaken (euthanasie, stakingsrecht, vrijheid van meningsuiting).

De rechter is dus meer gebonden dan vaak wordt aangenomen. Maar op een andere manier is hij ook vrijer dan algemeen wordt gedacht. Die rechterlijke vrijheid komt vanwege de principiële onbepaaldheid van de taal van het recht. Rechtsbegrippen, wetsbepalingen en geformuleerde grondrechten behoeven immer een nadere uitleg; dit gebeurt door de rechter in individuele gevallen. De semantische onbepaaldheid van ogenschijnlijk duidelijke begrippen geven aan de rechter een principiële interpretatieruimte, waardoor de uitleg van wetten nooit een automatisme kan worden. Daarnaast zijn er vele vage begrippen (zoals redelijkheid en billijkheid) en open normen, die de noodzaak van een eigen interpretatie in individuele gevallen versterken. De context van het geval kan slechts aangeven wanneer een partij naar de maatstaf van het recht ‘redelijk’ of ‘onrechtmatig’ of ‘opzettelijk’ heeft gehandeld.

Vervolgens wordt de vrije ruimte van de rechter nog vergroot doordat hij soms moet rechtspreken in niet in de wet voorziene kwesties, zelfs als die niet controversieel van aard zijn. De wetgever kan eenvoudig niet alles voorzien. En ten slotte bestaat er een categorie gevallen waarin de wetgever niet in staat blijkt om algemene regelingen te maken, bijvoorbeeld omdat politieke partijen te tegenstrijdige meningen erop nahouden en coalitievorming een parlementaire meerderheid in die kwesties tegenhoudt (zoals lange tijd inzake euthanasie). De rechter treedt dan op als ‘wetgever-plaatsvervanger’. De wetgever kan, indien hij dat wenst, daarna altijd weer tot wetswijziging of eigen regeling overgaan.

De ‘nog niet geregelde kwesties’ lijken veel op maatschappelijk-politieke kwesties, maar verschillen daarvan wel. In nog niet geregelde kwesties moet de rechter in afzonderlijke gevallen rechtspreken. Hij doet dat, voorzichtig aftastend, op zoek naar wat maatschappelijk aanvaardbaar wordt geacht. In politiek-maatschappelijke kwesties, zoals bij het verbod tot staken of het verbod tot bepaalde cultureel gevoelige uitlatingen, treedt de rechter op in een gebied dat in feite aan de politiek toekomt. Ook in deze gevallen kan de rechter optreden, zij het dat hij tot nog toe een grote terughoudendheid heeft betracht (Koopmans 1993; Rood 1993; Martens 2000a).

In een zorgvuldig betoog beschrijft de oud-president van de Hoge Raad, S.K. Martens, de bij de hoogste rechter ontwikkelde opvatting dat “in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past” (Martens 2000a: 750). Met de uitdrukking ‘in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen’ geeft de hoogste

rechter te kennen dat de goede verhoudingen binnen de trias hem veel waard zijn (ibid.: 751).

Met andere woorden, de rechter kent zijn plaats in de trias, neemt in politiek-maatschappelijke kwesties, waar het primaat van de politiek zou moeten heersen, een terughoudende opstelling in, maar is zich welbewust vrijer gaan opstellen bij de rechtsvorming op basis van de noodzaak om aan vage en open normen een consistente uitleg te geven. Want zelfs in gevallen waarin de rechter aan rechtsvorming doet, zoals bij de beoordeling van euthanasie, is dit geschied in nauwe aansluiting op wat wet en recht toelieten. De rechtsvormende taak van de rechter mag niet worden verward of geïdentificeerd met volkomen vrije, tegen wet en regel indruisende uitleg. De rechter blijft, met enige vrije interpretatieruimte, aan wet en recht gebonden.

### **Euthanasie**

Sinds 1886 staat in het Wetboek van Strafrecht dat “hij die opzettelijk het leven van een ander op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen beëindigt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie” (art. 293). Ook hulp bij zelfdoding, ofwel het opzettelijk een ander bij zelfdoding behulpzaam zijn of hem de middelen daartoe verschaffen, is strafbaar (art. 294).

De directe aanleiding tot een brede discussie over euthanasie en hulp bij zelfdoding was de zaak van de arts, mevrouw Postma, die haar zieke moeder op haar verzoek een dodelijke dosis morfine had ingespoten. Zij werd in 1973 door de rechtbank veroordeeld tot een week voorwaardelijk. Toch achtte de rechtbank onder bepaalde voorwaarden euthanasie geoorloofd: de patiënt moest ongeneeslijk ziek zijn, er moest sprake zijn van ondraaglijk lichamelijk of geestelijk lijden, de patiënt moest terminaal zijn, er was een duidelijk verzoek hem uit zijn lijden te verlossen en er werd ingegrepen door een arts.

In de Wertheim-zaak (1981) werden de zorgvuldigheidseisen aangescherpt. De rechter stelde dat euthanasie moest worden uitgevoerd door een arts die een andere arts had geconsulteerd. Daarbij moest hij de patiënt goed inlichten over zijn prognose en alternatieven voor euthanasie. Er werd tegelijkertijd een staatscommissie over het onderwerp euthanasie ingesteld en er werd door D66 een wetsvoorstel ingediend, gericht op de legalisering van gevallen van euthanasie waarin door de arts was gehandeld conform de zorgvuldigheidseisen.

In de zaak-Schoonheim (1984) honoreerde de Hoge Raad voor het eerst in een euthanasiezaak het verzoek van een arts die beroep deed op ‘de noodtoestand’. Voor het eerst werd erkend dat artsen euthanasie konden plegen zonder daarvoor straf te krijgen. Het moest dan gaan om ondraaglijk en uitzichtloos lijden. Halverwege de jaren tachtig bleek uit uitspraken van de Hoge Raad dat deze niet bereid was de medische beroepsuitoefening als legitimering van euthanasie te erkennen, doch wel de mogelijkheid van rechtvaardigende noodtoestand aanvaardde.

In 1985 kwam de Staatscommissie Euthanasie met het voorstel de strafbaarheid van levensbeëindiging op verzoek te handhaven, maar de strafbaarheid op te heffen wanneer de levensbeëindiging plaatsvond door een geneeskundige in het kader van zorgvuldig medisch handelen ten aanzien

van een patiënt die in een uitzichtloze noodsituatie verkeerde. D66 paste zijn voorstel aan: de strafbaarheid van euthanasie op verzoek bleef gehandhaafd, maar werd opgeheven wanneer er was gehandeld conform de zorgvuldigheidseisen. Tevens bevatte dit voorstel bepalingen over minderjarigen, over het bijhouden van een journaal, over vrijstelling van strafvervolgning voor de verpleegkundige onder bepaalde voorwaarden en over gemoedsbezwaarden.

In 1986 deed het kabinet-Lubbers I een proeve van voorstel (later wetsvoorstel-Lubbers II): de strafbaarheid van euthanasie op verzoek kon gehandhaafd blijven, de geneeskundige moest zich op overmacht beroepen, waarbij aan bepaalde zorgvuldigheidseisen moest zijn voldaan. Dit voorstel en het voorstel van D66 werden voor advies naar de Raad van State gezonden. Deze reageerde hetzelfde jaar, doch achtte het vrijwel onmogelijk inhoudelijke normen te formuleren voor het wettelijk toestaan van euthanasie. De raad vond het beter de jurisprudentie af te wachten. Het kabinet-Lubbers III besloot in 1990 een onderzoekscmissie in te stellen naar de praktijk van euthanasie. Omdat bij een onduidelijk vervolgingsbeleid geneeskundigen niet aan het onderzoek zouden meewerken, maakte de regering afspraken met KNMG over het vervolgingsbeleid. Deze werden neergelegd in de Meldingsprocedure euthanasie en ging op 1 november 1990 in werking.

In 1991 bood de regering-Lubbers III haar standpunt inzake ‘medische beslissingen rond het levenseinde’ aan de Tweede Kamer aan, met daarbij een conceptvoorstel voor een nieuwe wet. In 1993 werd dit wetsvoorstel aangenomen. De aangenomen wet liet euthanasie strafbaar, ging niet inhoudelijk in op de zorgvuldigheidseisen, maar verplichtte een arts wel om elk geval van opzettelijke levensbeëindiging te melden. De wet trad op 1 juni 1994 in werking.

In 1994 verruimde de Hoge Raad in de zaak-Chabot het begrip ‘ondraaglijk en uitzichtloos lijden’ tot ‘psychisch lijden’. Wel golden dan verscherpte voorwaarden, zoals de eis dat de behandelend arts altijd een tweede, onafhankelijke arts consulteerde.

In 1998 stelde het eerste paarse kabinet een aanpassing van de huidige meldingsprocedure voor, bestaande uit het installeren van multidisciplinaire toetsingscommissies. Regionale toetsingscommissies moesten beoordelen of de arts ter zake zorgvuldig had gehandeld. Dit oordeel moesten zij vervolgens ter kennis van het openbaar ministerie brengen. Het OM moest in alle voorkomende gevallen een vervolgingsbeslissing nemen, zolang in de strafbaarstelling van levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding geen wijziging wordt gebracht. Hiermee beoogde de regering het strafrecht enigszins op afstand te zetten en de meldingsbereidheid van artsen te bevorderen.

Later dat jaar gaf het kabinet-Kok I aan dat de ministerraad het van belang vond de rol van artsen bij euthanasie in het Wetboek van Strafrecht zo vast te leggen, dat een arts die aan alle zorgvuldigheidseisen voldeed en de meldingsplicht vervulde, niet strafbaar was. In het Wetboek van Strafrecht werd een strafuitsluitingsgrond opgenomen (art. 293, tweede lid) en er werd een meldings- en toetsingsprocedure vastgesteld. Het wetsvoorstel was gebaseerd op een eerder initiatiefvoorstel van D66, VVD en PVDA gezamenlijk. Op 10 april 2001 aanvaardde de Eerste Kamer dit Wetsvoorstel toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, ofwel de Euthanasiewet.

Onder de nieuwe regels mogen artsen het leven van een patiënt beëindigen als deze ‘uitzichtloos’ en ‘ondraaglijk’ lijdt in fysieke of psychische zin. Een toetsingscommissie oordeelt naderhand of de arts aan alle zorgvuldigheidseisen heeft voldaan en schakelt bij twijfel het openbaar ministerie

in. De eisen waaraan de regionale commissies het handelen van de arts toetsen, zijn vastgelegd in de wet. Wanneer de arts niet volgens de regels heeft gehandeld, riskeert hij een gevangenisstraf.

### 7.2.3 DEMOCRATISCHE LEGITIMERING VAN DE RECHTER

In de discussie over de rechtsvormende taak van de rechter wordt er vaak op gewezen dat de rechter, anders dan de wetgever, niet door het volk is gekozen en derhalve niet democratisch gelegitimeerd zou zijn. Dit zou een argument zijn om de rechtsvorming door de rechter en zijn centraler geworden rol weer terug te dringen. Dit argument van de ontbrekende legitimatie werd daarom ook gebezigd in het rapport van de werkgroep-Van Kemenade.

Hier wordt echter een tegenstelling gesuggereerd, geholpen door de metafoor van ‘stoelen waarop men niet mag gaan zitten’ die niet aanwezig is in een moderne opvatting van de rechtsstaat. Reeds in 1987 heeft Brenninkmeijer erop gewezen dat de democratische legitimering niet mag worden verengd tot ‘verkiezingen’. Hij schreef: “De toenemende invloed van de rechter op de rechtsvorming vormt een verschijnsel dat door menigeen met gemengde gevoelens wordt benaderd, omdat deze invloed niet past in het traditionele beeld van onze democratie. Het kernpunt is echter dat niet de democratische besluitvorming de enige grondslag vormt voor de stabiliteit van onze samenleving, doch dat ook de oriëntatie van de rechter op het geldende normen- en waardenpatroon bij zijn rechtsvormende taak een bijdrage levert. De legitimatie van de rechtsvorming in onze rechtsorde vloeit voort uit de werking van de democratische rechtsstaat, waarin zowel rechterlijke besluitvorming als democratische besluitvorming een belangrijke plaats innemen” (Brenninkmeijer 1987b: 68).

Martens zegt het in zijn reeds aangehaalde artikel bij zijn afscheid als president van de Hoge Raad niet minder onomwonden: “Zeker, de legitimatie van de rechter ligt niet daarin dat hij is verkozen. Maar grondslag van ons staatsbestel is niet enkel de representatieve democratie, doch ook en vooral de rule of law: Nederland is een rechtsstaat. De rechtsstaat is onbestaanbaar zonder rechtspreekende macht, die is geroepen tot ‘overeenkomstig de wet’ rechtspreken en daarmee tevens tot rechtsvorming. De legitimatie van de rechtspreekende macht is dus anders van aard, maar daarom niet minder dan die van beide andere machten van de trias politica” (Martens 2000a: 751).

De legitimatie van de rechter wordt bovendien nog versterkt door rechtsstatelijke regels over openbaarheid van rechtspraak en over de motivering van vonnissen en arresten, waarbij consistentie van jurisprudentie van groot belang is. De oriëntatie op het geldende normenpatroon wordt daarmee zichtbaar en controleerbaar.

De conclusie ten aanzien van de democratische legitimatie van de rechter is hiermee gegeven: de rechtsstaat erkent juist bepaalde rechtsvormende taken van de

rechter, waarbij de gebondenheid van de rechter aan wet en recht voldoende tegenwicht biedt aan diens onafzetbaarheid en onafhankelijkheid.

Naast deze interne gebondenheid van de rechter aan het recht is een grotere externe verantwoording van de rechterlijke macht als geheel op zijn plaats. Wie bewaakt de bewakers? Van een onafhankelijke instantie die een centralere rol krijgt toebedeeld in de rechtsstaat mag een transparantie van het rechterlijke apparaat en van de organisatie van de rechtspraak verwacht worden, net zoals dat voor andere professionele organisaties tegenwoordig vanzelfsprekend is geworden. Zoals openbaarheid en motivering in dienst staan van de beoordeling van de kwaliteit van individuele rechterlijke uitspraken, zo kan een inzichtelijk kwaliteitsbeleid van de rechterlijke macht als geheel ten dienste staan van de externe verantwoording van de bewakers van de rechtsstaat.

## 7.3 KWALITEIT EN KWALITEITSBEHEER IN DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE

### 7.3.1 INLEIDING

In december 2001 zijn twee wetten van kracht geworden die de modernisering van de rechterlijke organisatie tot doel hadden: de Wet organisatie en bestuur gerechten (27 181) en het wetsvoorstel dat een Raad voor de Rechtspraak als nieuw orgaan in het rechtsbestel introduceert (27 182). De Raad voor de Rechtspraak, die per 1 januari 2002 officieel van start is gegaan, vervult een overkoepelende rol binnen de rechterlijke organisatie. Hij is belast met de voorbereiding van en de begroting voor de gerechten gezamenlijk, de toekenning van de budgetten aan de gerechten afzonderlijk en de ondersteuning van hun bedrijfsvoering. Tevens dient de raad ondersteuning te geven aan de uniforme rechtstoepassing en de bevordering van juridische kwaliteit. De Raad voor de Rechtspraak functioneert aldus ‘op afstand’ van de minister van Justitie, die echter wel verantwoordelijk blijft voor de vaststelling van de totale begroting voor de rechterlijke macht. Onderhandelingen over budgetten en begroting worden voortaan niet meer, zoals vroeger, door de afzonderlijke gerechten gevoerd, maar door de Raad van de Rechtspraak. De raad krijgt hiermee een nieuwe, staatsrechtelijk nog niet eerder bekende positie tussen de minister van Justitie en de afzonderlijke gerechten.

De gerechten krijgen met de nieuwe wetten een hiërarchisch bestuur dat leiding geeft aan het beheer van de gerechten (o.a. organisatie, begroting en bedrijfsvoering, automatisering, huisvesting, kwaliteit en personeel). Hiermee wordt een integraal management geïntroduceerd, waarbij de leden van de rechterlijke macht zelf verantwoordelijkheid verkrijgen voor beheer en uitvoering van de bij hen neergelegde rechtspraak.

Zowel de Raad voor de Rechtspraak als de gerechtsbesturen treden uitdrukkelijk niet in de inhoudelijke beoordeling en behandeling van individuele rechtszaken of bepaalde categorieën van zaken. De onafhankelijkheid van de rechterlijke

macht in afzonderlijke rechtszaken is geen inzet geweest bij de modernisering van de rechterlijke macht. De individuele rechter is onafhankelijk, maar de uitoefening van de rechterlijke functie geschiedt binnen een rechterlijke organisatie die professionele eisen stelt en in het kader van beheerstaken afspraken maakt met de afzonderlijke rechters en rechterscolleges (bijvoorbeeld de afzonderlijke Kamers).

De modernisering zelf is lang en grondig voorbereid. Vanaf 1972 functioneerde een voorbereidingscommissie (commissie-Wiersma), die ‘gedachten over de toekomst van de rechtspleging’ formuleerde. Daarna volgde in 1976 de instelling van de Staatscommissie Herziening van de Rechterlijke Organisatie (commissie-Van Zeben). De reorganisatie werd in fasen opgesplitst, waarbij de integratie van de gerechten en van de verschillende onderdelen van de rechtspraak eerst aan de orde kwamen (Van Zeben e.a. 1990; Stroink 1993). De veranderingen in de beheersstructuur werden geopenbaard in de publicatie van de commissie-Leemhuis, *Rechtspraak bij de tijd* (1998) en in de hiervoor genoemde wetsvoorstellen. De reorganisatie werd bovendien begeleid door interne rapporten, voorstellen en beleidsnota's en tevens door de *Contourennota modernisering rechterlijke organisatie, Rechtspraak in de 21ste eeuw* van het ministerie van Justitie (1999) en het Project versterking rechterlijke organisatie (PVRO).

De nieuwe opdracht van de Raad van de Rechtspraak blijkt ook uit de memorie van toelichting op het wetsontwerp, waarin de volgende functies voor de Raad worden vermeld:

- 1 namens de rechtssprekende macht de relaties onderhouden met de andere staatsmachten;
- 2 het in overleg met de gerechten politieke en maatschappelijke aandacht vestigen op vraagstukken die om een oplossing vragen;
- 3 het afleggen van publieke verantwoording over de beheersmatige aspecten van de rechtssprekende macht.

Het is door het nog zeer korte bestaan van de Raad voor de Rechtspraak volstrekt niet te zeggen in welke richting deze nieuwe organisatie zich zal gaan ontwikkelen. Onduidelijkheden, bijvoorbeeld in de verhouding tot het hoogste rechtscollege, de Hoge Raad, op het punt van de bewaking van de rechtseenheid, blijven bestaan (Brenninkmeijer 2002a). Ook zal de afhankelijkheid en onafhankelijkheid van de raad ten opzichte van de minister van Justitie ten aanzien van benoemingen, begrotingen en bezuinigingen nog precies gestalte moeten krijgen.

Over het algemeen heerst er tevredenheid over deze modernisering, maar er worden ook enkele gevaren gesignaleerd. Witteveen wijst op verschillende risico's, zoals de bijna onvermijdelijke inmenging van de bedrijfsvoering op de afhandeling van individuele gevallen. Het ingevoerde integrale management zou de professionele autonomie van de rechter kunnen aantasten. De bureaucratisering die ermee gepaard gaat, kan daarnaast de kwaliteit van de dienstverlening schaden. Het ontslag van bestuurders op grond van het tekortschieten op beheers-

gebied brengt bovendien principiële vragen over de onafhankelijkheid en onafzetbaarheid van rechters met zich mee (Witteveen 2002: 793-796).

De kern van deze en andere geopperde gevaren komt telkens neer op de spanning die wordt waargenomen tussen de professionele autonomie van rechters en de eisen die aan een moderne bedrijfsvoering worden gesteld. Een modernisering van die bedrijfsvoering is echter hard nodig geweest; ook was het tijd voor een nieuwe oriëntatie van de rechterlijke macht op haar eigen plaats in de samenleving. Met inachtneming van de rechterlijke onafhankelijkheid mag van rechters ook een efficiënte bedrijfsvoering gevraagd worden. Zo'n moderne bedrijfsvoering kan in bepaalde gevallen botsen met individuele beoordeling (bijv. bij het vaststellen van het tijdsbudget voor afzonderlijke zaken). Financiële kaderstelling kan de afdoening van zaken beïnvloeden (bijv. het totale budget voor gerechtstolken of voor getuigendeskundigen). Het gaat vooral om de spanning tussen kwaliteit en snelheid of tussen professionele eisen en financiële mogelijkheden. Deze spanning is echter bij elke moderne professionele organisatie aanwezig. Slechts indien de financiële of beheersbeperkingen een voldoende snelle afdoening van zaken volledig in de weg zullen staan, waardoor internationale verdragsverplichtingen van de 'redelijke termijn' bij de behandeling van rechtszaken zullen worden overschreden, zal er sprake zijn van een rechtstreeks conflict tussen juridische eisen en beheersmogelijkheden.

Een goed functionerende rechtsstaat laat het niet op deze botsing aankomen. Binnen de noodzakelijk gegeven beheerskaders zal gezocht moeten worden naar een goed evenwicht tussen kwaliteit en snelheid, tussen effectiviteit en efficiëncy, tussen autonomie en samenwerking. Aan kwaliteitsbeheer zullen derhalve nieuwe en hoge eisen worden gesteld.

### 7.3.2 JURIDISCHE KWALITEIT

In elke professionele organisatie bestaat er een spanning tussen de logica van het professionele handelen en de logica van beheer. Hoog opgeleide dienstverleners willen autonoom blijven in hun beslissingen, integraal beheer maakt hen deel van de grotere organisatie, soms zelfs tot een ondergeschikte schakel. De rechterlijke macht is een goed voorbeeld van zo'n professionele organisatie. Toch hoeft er geen conflict te bestaan tussen de eisen en waarden van professioneel handelen en de beheerseisen. De ondersteuning van deze stelling vereist eerst een korte beschouwing over de kwaliteit van de rechtspraak en vervolgens enkele opmerkingen over systemen van kwaliteitsbeheer.

Kwaliteit van rechtspraak is een actueel onderwerp. Bij rechtbanken en hoven is de werkdruk gestegen. Het ministerie van Justitie eist dat er efficiënter wordt gewerkt. De zorg van veel rechters, uitgesproken in dag-, week- en vakbladen, is dat dit ten koste zal gaan van de inhoud van het werk. Tegenover de vrees dat 'de kwaliteit van het werk eronder zal gaan lijden' staat de optimistischere verwachting "dat er nog veel valt te winnen bij een modernere bedrijfsvoering



en dat stevig management echt hard nodig is” (Volkskrantmagazine 2000). Het lastige van dergelijke tegengestelde meningen is dat het begrip kwaliteit daarbij meestal niet nader wordt omschreven of ongedefinieerd blijft. Dat zal hier wel worden geprobeerd, maar via een omweg.

Over de plaats van de rechterlijke macht in een samenleving kan men verschillend denken. In een oude, op Aristoteles teruggaande opvatting behoren rechters tot het intellectuele puikje van de samenleving, dat als taak heeft de normen van redelijkheid en billijkheid te bewaken. De rechterlijke macht bestaat uit een voortreffelijk stel mensen, met uitstekende persoonlijke eigenschappen; ze zijn onafhankelijk, zowel van geest en instelling als staatsrechtelijk. De kwaliteit van rechtspraak ligt vooral in de kwaliteiten van de persoon van de rechter. Die kwaliteiten kunnen worden overgedragen; niet meer van vader op zoon zoals vroeger, maar via persoonlijke voorbeelden en sterke leerervaringen in het rechterswerk. Het accent hierbij ligt op eigenschappen van personen, niet van organisaties of van de rechterlijke macht als geheel.

In een andere, meer op Montesquieu teruggaande opvatting wordt het accent gelegd bij de onderlinge verhoudingen van de staatsmachten, waarbij de rechterlijke macht als geheel een belangrijke rol in de samenleving te vervullen heeft. Ook hier is de rechter een bewaker en controleur, maar binnen het gecoördineerde systeem van een natiestaat. Kwaliteit van rechtspraak is vooral een eigenschap van de organisatie, niet van individuele rechters. Kwaliteitsverbetering is verbetering van het beheer, van de invoer, doorvoer en uitvoer van ‘producten’ van de organisatie, van een goed systeem van selectie en opleiding van rechters, van her- en bijscholing en van permanente educatie van de uitvoerders van de strak geformuleerde taken van het systeem.

Deze twee opvattingen hoeven elkaar niet per se uit te sluiten, maar ze geven, voor de discussie over kwaliteit van rechtspraak, duidelijk verschillende accenten of gemakkelijk te onderscheiden prioriteiten. Wat is bijvoorbeeld een kwalitatief goede rechterlijke beslissing? Een ‘gewone’ jurist zou hierop antwoorden dat men voor een goed oordeel of vonnis op de volgende eigenschappen moet letten: heeft de rechter de feiten juist beschreven en goed op een rij gezet? Is de beslissing in overeenstemming met de regels en jurisprudentie? Worden er goede redenen aangegeven als van de lijn van vorige beslissingen wordt afgeweken? Is het resultaat, in het licht van moraal, zinnig? Als al deze vragen met ja kunnen worden beantwoord, heeft men met een kwalitatief goed vonnis te maken (Posner 2000).

In deze alledaagse, juridische zin is de kwaliteit van rechtspraak een objectieverbaar onderdeel van het interne rechtssysteem, en is zij niet uitsluitend afhankelijk van uitstekende persoonlijke eigenschappen van een rechter. Men zou het de juridische kwaliteit kunnen noemen, voortkomend uit een *esprit de finesse*, het fijnzinnig redeneren en helder onder woorden brengen wat het recht hier en nu, in deze zaak en in het algemeen, vraagt. Oordeelsvorming, het wegen van

imponderabilia, is bij Pascal bij uitstek het terrein van de *esprit de finesse*. Rechtspraak deugt niet als de rechterlijke oordelen zich los zingen van de feiten of ineens volledig uit de pas gaan lopen van het rechtssysteem. Rechters kunnen niet te eigenwijs of te eigenzinnig zijn, ze moeten de uitstekende eigenschap bezitten niet te veel te willen uitsteken. Ze zijn dienaren van het recht. Betekent dit nu dat ze eigenlijk alleen maar conventionele, conformistische vonnissen mogen vellen? Is een vonnis dat uitvoerig en uitstekend gemotiveerd is en in hoger beroep wordt vernietigd (misschien wel omdat het zo helder en goed gemotiveerd was) van slechte of juist van zeer goede kwaliteit?

Als de lastige vraag gesteld wordt om iets te berde te brengen over de kwaliteit van rechtspraak, kan allereerst een vergelijking worden gemaakt met de kwaliteitsvraag in de wetenschap. Wat is goede wetenschap? Daar is wel een antwoord op, namelijk onderzoek dat leidt tot meer discussie over het onderwerp van onderzoek, tot betere en scherpere vragen, tot nieuwe vragen, tot een verbreding van een bepaald gebied. Zo zou je analoog hieraan een goed rechterlijk vonnis een vonnis kunnen noemen dat aanleiding geeft tot verdieping van de juridische discussie, tot scherpere inzichten in de regels of de jurisprudentie, tot betere argumentaties van nieuwe of misschien zelfs van oude beslissingen. Een vonnis dat in hoger beroep wordt vernietigd kan zo dus wel degelijk tot een kwalitatief hoogstaand vonnis worden gerekend.

Daarbij hoeven de politieke en morele dimensies van de rechtsbeslissing niet geweerd te worden. Neem als voorbeeld het vonnis van de Haarlemse rechter inzake het ingewilligde euthanasieverzoek van een levensmoede patiënt. Daar valt behoorlijk over te twisten. Zelfs als men het niet eens is met de inhoud van dat vonnis of niet eens is met een al te extensieve uitleg van de wetsbepalingen inzake een geoorloofde levensbeëindiging door een arts, dan wordt het niet bij voorbaat een kwalitatief slecht vonnis. Alles hangt af van de redeneringen en motivering, en van de beoordeling van het gewicht van de altijd moeilijk weegbare morele en politieke context. Loopt de rechter hier vooruit op de samenleving of springt het vonnis eruit in het erkennen dat het recht altijd achterloopt op de maatschappelijke ontwikkelingen of feiten? Maar wat zijn dan die beruchte maatschappelijke feiten en wie mag oordelen over de status van die maatschappelijke ontwikkelingen? Deze vragen raken de kern van de rechtsvinding. Kwaliteit van rechtspraak bestaat in het leveren van een substantiële bijdrage aan de rechtsvorming en de rechtsvinding en zo'n bijdrage kan in feite door elke rechter, hoog of laag, worden geleverd.

Een laatste opmerking in dit verband. Deze opvatting van kwaliteit van rechtspraak verzet zich niet tegen het werken met richtlijnen voor de rechterlijke macht, bijvoorbeeld in het kader van de straftoemeting of alimentatienormen, hoewel het accent ligt op de individuele bijdrage van een rechter. Afwijking van de richtlijnen blijft mogelijk, mits hieraan een uitstekende motivering ten grondslag ligt, die in hoger beroep eventueel weer verworpen kan worden. Net zoals wetenschap een coöperatieve onderneming is waar samenwerking hoogtij zou

moeten vieren, is ook rechtspraak in deze opvatting immer een coöperatieve bezigheid. Samen zijn rechters onafhankelijk.

### 7-3-3 INTEGRAAL BEHEER IN DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE

Een geheel andere soort coöperatie wordt van rechters gevergd in het kader van de reorganisatie van de rechterlijke macht. Hier speelt de haast onvermijdelijke vraag hoe de verhouding is tussen de kwaliteit van rechtspreken (in de zojuist summier omschreven zin) en de kwantiteit ervan. Rechters moeten meer doen in minder tijd en met verhoudingsgewijs minder mensen en middelen. Is het waar dat de gevraagde verhoging in de snelheid van rechtspreken de kwaliteit ervan zal aantasten? Dit is de kwaliteitsvraag in een nieuw perspectief. Van de *esprit de finesse* komt men in dit perspectief ineens te verkeren in de *esprit de géométrie*, in de wereld van kengetallen en streefcijfers, van kosten en baten, van de kwantitatieve aspecten van de rechtspraak zoals doorlooptijden, bezettingsgraad en personeelsbeleid, kortom van effectiviteit en efficiëntie en het verschil daartussen. Rechters houden niet van management, zo wordt vaak gezegd. Vooral oudere rechters houden er niet van, wanneer ze uitdrukkingen horen als 'een resultaatgericht sturingsmodel voor de rechtsprekende macht' (zie het speciaal nummer van het tijdschrift *Bestuurskunde*, november 2000, dat geheel gewijd was aan de rechterlijke macht).

Toch moet men hier oppassen om niet gevangen te raken in eigen stereotyperingen door professionele verantwoordelijkheid en management te snel als tegenstellingen te zien. Zo kan hier worden gewezen op het feit dat het veelvuldig gebezigde, bedrijfskundige begrip 'management' eenvoudig 'beheer' betekent en dat dit begrip historisch weer verwant is met het in juristenkring veel geliefder begrip curator. Men vindt die stam ook in het Engelse begrip *care*, dat neerkomt op zorgvuldigheid. Beheer of management komt in deze omschrijving dus neer op het met zorg en aandacht regelen van de loop der zaken en is te beschouwen als een noodzakelijke voorwaarde voor een kwalitatief goede rechtspraak. Belangrijker is in dit verband het gezegde *Justice delayed is justice denied*. Als door niet bijdetijdse organisatie methoden de rechtspraak dreigt dicht te slibben, waardoor veel justitiabelen lang tot zeer lang moeten wachten op een uitspraak, dan is daarbij een rechtswaarde in geding.

In elke professionele organisatie dreigt een conflict tussen professionals en beheerders, tussen de oorspronkelijke beroepswaarden en de financiële middelen. Een vergelijking met universiteiten en ziekenhuizen ligt hier voor de hand. Maar misschien moet de rechterlijke macht gaan profiteren van de wet van de inhalende achterstand, de omgekeerde van de wet van de remmende voorsprong. De nieuwere inzichten in de beroepsethiek en in de sociologie van de vrije beroepen laten tegenwoordig juist zien dat een goed beheer van de organisatie een vanzelfsprekend onderdeel is geworden van de moderne professionaliteit (Martin 2000). Het is niet alleen wenselijk, maar ook mogelijk om oude beroepswaarden, inclusief het behoud van plezier in het ambachtelijke werk, te verenigen met een zakelijk beheer van de organisatie. Deze conclusie vereist uiteraard enige uitleg.

Op het eerste gezicht namelijk is deze conclusie voor veel leden van de rechterlijke macht niet erg plausibel, zoals dat ook voor andere professionele beroeps-groepen zoals docenten en universitair personeel niet direct aannemelijk was. Wie de literatuur over de reorganisatie van de rechterlijke macht leest, komt in een nieuw jargon terecht. Het begint al meteen bij de definitie van kwaliteit. In het WODC-rapport *Kwaliteitssystemen voor de rechterlijke macht* (Baas en Niemeier 1999) wordt kwaliteit als volgt omschreven: “Een product of dienst is van kwaliteit indien de eigenschappen daarvan beantwoorden aan de daaraan door de gebruiker redelijkerwijs te stellen eisen.” Daarin wordt ook verwezen naar een ander in managementkringen veel gebruikt kwaliteitsbegrip: “Kwaliteit is het geheel van kenmerken van een entiteit dat betrekking heeft op het vermogen van die entiteit om kenbaar gemaakte en vanzelfsprekende behoeften te bevredigen” (Baas en Niemeier 1999: 12). Men kan zich iets meer voorstellen bij de aan de advocatuur ontleende omschrijving van kwaliteit als “de mate waarin het geheel van kenmerkende eigenschappen van de dienstverlening voldoet aan de verwachtingen van de cliënt”. Ongemerkt wordt het kwaliteitsbegrip in deze benadering een halve slag gedraaid. Niet de juridische kwaliteit staat voorop, maar de serviceverlening aan de klant die een product koopt van de organisatie die moet zorgen voor omzet en marktaandeel. Men kan zich voorstellen dat dergelijk onnadenkend taalgebruik de haren van rechters overeind doet staan.

Maar waar gaat het in feite om? Waar liggen de gevaren op de loer en wat zijn de redelijke eisen van kwaliteitsbeheer die men aan elke organisatie heden ten dage zal mogen stellen? Drie clusters van belangrijke vragen zijn hierbij aan de orde:

- 1 Welke indicatoren voor kwaliteit worden gehanteerd bij het ontwikkelen van dergelijke kwaliteitssystemen?
- 2 Welke methoden worden ingevoerd bij de meting van dergelijke indicatoren, waarbij het onderscheid tussen interne methoden (bijvoorbeeld supervisie of internal auditing en accountingsystemen) en externe methoden (bijvoorbeeld expert-reviews, visitaties en consumenten- en cliëntenonderzoeken) van zeer groot belang is?
- 3 Wat is de rol van selectie, opleiding en specialisatie (zie par. 7.4)?

De keuze van indicatoren is cruciaal. Men kan eindeloze reeksen opstellen van persoonlijke eigenschappen waar rechters aan moeten voldoen, samen met de daarbijbehorende operationalisering van de meting van al die eigenschappen (nadruk op eigenschappen van de personen). Ook kan men via benchmarking de belangrijkste eigenschappen van de organisaties bepalen en vervolgens de mate vaststellen waarin bepaalde rechtbanken achterlopen bij andere. Dit laatste is bekend van de visitaties van universiteiten. De rechters zouden van die visitaties kunnen leren dat de nadruk dient te liggen op de internalisering van de eisen van administratieve adequaatheid van zowel de organisatie als geheel als alle betrokkenen, hoog en laag in rang. Men moet gewoon alle administratieve zaken goed op orde hebben, anders schiet men ook professioneel tekort. Rechters horen administratief vaardig te zijn. De geometrische geest is onderdeel van de fijne rechtspraak, die tot in de finesses reikt. Hoe valt dit te bereiken?

Er zijn twee gevaren van uitvoerige visitaties: ten eerste kosten zij de organisatie enorm veel tijd, iets waar de rechterlijke macht al een chronisch gebrek aan heeft. Kan het deze extra belasting nog aan? Maar dat is een praktisch bezwaar. Meer theoretisch bestaat er een gevaar in het overal herkenbare reductieproces van de indicatoren voor kwaliteit: wat meestal overblijft zijn de louter geformaliseerde of gemakkelijk te formaliseren kenmerken van de onderzochte werkzaamheid. Aan de universiteiten leest men tegenwoordig niet meer wat de geleerden schrijven, men telt nu het aantal bladzijden. Dit is een lastig te vermijden drang van kwaliteitssystemen, die nog wordt versterkt door de in moderne bestuurskringen geliefde voorkeur voor snelle wisselingen van de wacht. Je hoeft niet meer door en door bekend te zijn met de professionele waarden van de organisatie om die te kunnen leiden of aan te voeren. Goede bestuurders, zo leeft de gedachte, kunnen elke organisatie aan, maar dit betekent dat men meestal uitsluitend gaat letten op de geformaliseerde uiterlijke kenmerken van een organisatie. Analooq zou dat voor rechtbanken betekenen dat meer gelet wordt op de aantallen afgedane zaken dan op de inhoud van de vonnissen. De organisatorische opgave zal dus blijven hoe ‘snel’ en ‘goed’ in de rechtspraak met elkaar te rijmen zijn. Van kwaliteit van rechtspraak is sprake wanneer deze graad van administratieve adequaatheid – niet perfectie – bereikt is.

#### 7.3.4 HET CONSUMENTENPERSPECTIEF

De tweede kwestie is de methode van kwaliteitscontrole: interne of externe beoordeling? Het ligt voor de hand om tegenwoordig veel aandacht te schenken aan de service en de dienstverlening van de organisatie. In de Verenigde Staten krijgen rechters al rapportcijfers van de strijdende partijen, net zoals in Nederland docenten worden beoordeeld. Er zijn al top-veertig lijsten van de beste rechters zoals de bekende hitlijst voor economen. Maar wat is het verschil tussen een rechter en een docent of tussen een rechter en een publicerende econoom? In een aflevering van *Trema*, het tijdschrift voor de rechterlijke macht, breekt de rechtssocioloog F. Bruinsma een lans voor het consumentenperspectief (Bruinsma 2000). Via enquêtes bij de procespartijen en hun advocaten probeert men de kwaliteit van rechterlijk werk te operationaliseren. Van onderop beginnen zogezegd. De luistervaardigheid van rechters en andere opmerkelijke eigenschappen worden langs deze weg geïnventariseerd en beoordeeld, soms veroordeeld. Daar is weinig op tegen. Men zou dit de *esprit de politesse* kunnen noemen, de mate waarin een organisatie transparant en fatsoenlijk optreedt tegenover cliënten. Bovendien hoeft het de rechterlijke organisaties niet overmatig te belasten: men kan dit soort onderzoeken gemakkelijk uitbesteden en men verkrijgt er altijd belangrijke informatie uit over het eigen optreden.

Maar in de grote nadruk op dit consumentenperspectief bij kwaliteitsmetingen schuilt voor de rechtspraak een duidelijk gevaar. Ook in dit perspectief vindt er een reductie plaats, zij het een andere dan de zojuist genoemde. Want wie zijn nu in feite de cliënten van de rechtspraak? Alleen de partijen? Dat valt te betwijfelen. Het vonnis van de Haarlemse rechter inzake levensbeëindiging gaat iedereen aan.

De juridische kwaliteit van dat vonnis bepaalt de kwaliteit van het leven in een rechtsstaat. De Noorse rechtssocioloog Aubert is van mening dat elk rechterlijke vonnis, ook dat wat tussen twee civiele partijen wordt geveld, zich tot de gehele rechtsgemeenschap uitstrekt (Aubert 1971). Dit inzicht mag niet verloren gaan in de al te gehaaste pogingen om de kwaliteit van rechtspraak meetbaar te maken. Juridische kwaliteit is niet afhankelijk van de toevallige cliënt van de rechter en mag dus ook niet uitsluitend afhankelijk worden gemaakt van het oordeel van die cliënt.

Bruinsma noemt het overigens in zijn *Trema*-artikel ‘niet-juridische kwaliteit’: “Niet-juridische kwaliteit van rechtspraak bestaat uit het gedragskenmerk dat de rechter bij partijen de indruk weet te vestigen dat er integer en professioneel met hun belangen wordt omgegaan” (Bruinsma 2000). Wat hierbij opvalt is de nadruk op indruk vestigen, een sociaal-psychologisch proces tussen mensen zonder een nadere verankering. Gaat het alleen om indruk *maken* of om integer te *zijn*? Moet de rechter de cliënten persoonlijk weten te overtuigen van de juistheid van het vonnis, in een sociaal-psychologisch proces, of is dat niet de allerbelangrijkste kwaliteitseis van het rechtsproces?

Als onderdeel van de *esprit de politesse* moeten rechters over voldoende sociaal-psychologische vaardigheden beschikken en in staat zijn partijen op beschaafde wijze het woord te geven en het woord te nemen. Als correctie op de uiterlijke kenmerken van de procesgang is niet-juridische kwaliteitscontrole van belang, maar dit aspect van kwaliteit mag niet verabsoluteerd worden. Als het er alleen maar om gaat de cliënt te overtuigen, dan is er in wezen geen verschil tussen een behandeling in eerste aanleg en in hoger beroep. Het sociaal-psychologische proces herhaalt zich dan slechts. Een behandeling in hoger beroep is echter een juridisch-argumentatieve aangelegenheid, waarbij de partijen in staat worden gesteld nieuwe of betere argumenten aan te voeren of krakkemikkige argumenten van de rechter in eerste aanleg te ontzenuwen. Om die reden lijkt een hiërarchie van aan de rechter en rechtspraak te stellen kwaliteitseisen gegeven.

### 7.3.5 DRIE EIGENSCHAPPEN VAN KWALITATIEF GOEDE RECHTSPRAAK

Een afrondende conclusie is mogelijk. Drie eigenschappen van de rechtspraak zijn hier besproken. Elk van die eigenschappen ontspringt aan een vrijelijk aan Pascal ontleende onderscheidende geesteshouding. Juridische kwaliteit ontstaat in een *esprit de finesse* en is onontbeerlijk voor de continuïteit van een rechtssysteem. Ze bepaalt in feite het normatieve gehalte van een samenleving en de continuïteit van een publieke discussie over de normen van een samenleving. Aan de *esprit de géométrie* ontspruit de zorg om het adequate beheer van de juridische infrastructuur, om de administratieve voorwaarden voor een behoorlijke rechtspleging. De *esprit de politesse* (overigens niet door Pascal genoemd) leidt tot belangrijke bijkomende sociaal-psychologische eigenschappen van rechters en tot de communicatieve kenmerken van een rechtsproces.

Samen maken ze de kwaliteit van rechtspraak uit, maar het zou te gemakkelijk zijn te zeggen dat ze alle drie even nodig als noodzakelijk zijn. De conclusie kan zijn dat van de drie kwaliteitseisen voor goede rechtspraak de belangrijkste van de drie de juridische kwaliteit is, gevolgd door administratieve adequaatheid en dat er ten slotte een aanvullende plaats is weggelegd voor sociaal-psychologische bekwaamheden.

#### 7.4 SELECTIE, OPLEIDING EN SPECIALISATIE VAN RECHTERS

Kwalitatief en kwantitatief wordt steeds meer van rechters verwacht. De kwantitatieve verzwaring van de werklust kan theoretisch worden opgevangen door uitbreiding van het aantal rechters en officieren van justitie. Daar is herhaaldelijk voor gepleit en er is een beleid ontwikkeld dat enige uitbreiding mogelijk maakt.

Snelle uitbreiding van het aantal rechters kan op gespannen voet staan met de handhaving van de kwaliteitsnormen bij de selectie van nieuwe rechters. Juist omdat rechters voor het leven worden benoemd en in principe onafzetbaar zijn, is de selectie aan strenge eisen gebonden. Jaarlijks begint slechts een betrekkelijk klein aantal rechters aan een interne opleiding, de RAIO-opleiding. Uit een zeer groot aanbod van afgestudeerde juristen worden jaarlijks dertig tot veertig personen tot de RAIO-opleiding van zes jaar toegelaten. Andere nieuwe rechters komen 'van buiten', na minimaal een zesjarige werkkring in de maatschappij in enig juridisch beroep. Op dit moment vormen de 'buitenstaanders' ongeveer tweederde van de nieuw aangestelde rechters en is eenderde afkomstig van de interne opleiding.

Beide groepen ontvangen een opleiding bij het gerecht waar ze zijn aangesteld. Daarnaast volgen zij speciale cursussen, waarin wordt geleerd vonnissen te maken, of waarin ze worden bijgeschoold in specialistische juridische vakgebieden. Daarnaast worden vaardigheids- en communicatietrainingen gegeven. Er is (nog) geen systematische evaluatie van de verschillende opleidingstrajecten van leden van de zittende of staande rechterlijke macht. Uit het oogpunt van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht wordt het gewenst geacht dat de opleiding en bijscholing in eigen hand wordt gehouden (Fokkens 2000: 167). Maar deze wens hoeft een professionele aanpak en een systematische evaluatie van de opleiding niet in de weg te staan.

Een dergelijke evaluatie veronderstelt echter duidelijkheid ten aanzien van de eigenschappen waarover rechters dienen te beschikken. Welke eigenschappen zijn dat?

Het antwoord op deze kernvraag is afhankelijk van de functies die men toekent aan de rechter in de maatschappij. Als de rechter primair wordt gezien als een juridische-geschillenbeslechter, dan vereist dat andere kennis en vaardigheden dan wanneer van de rechter vooral de vaardigheid wordt gevraagd van het oplossen van conflicten tussen partijen, al of niet met behulp van bemiddelende activiteiten.

Opvattingen over de functie van de rechter zijn bovendien verschoven in de tijd. In 1973, aan het begin van het reorganisatieproces van de rechterlijke macht, ademden de opvattingen over de ‘taak en opleiding van de magistraat’ nog de geest van die tijd, waarin jaarlijks in totaal niet meer dan negentien rechters in een van de rechtbanken werden benoemd (Storme et al. 1973; Leyten 1973: 71). Over de rol van de rechter, bijvoorbeeld op het gebied van de rechtsvorming, werd anders geoordeeld dan thans het geval is. Bovendien is het positieve recht op alle rechtsgebieden, met name op Europees en internationaal terrein, enorm uitgebreid.

De ontwikkeling in het denken van de afgelopen decennia over de functies van de rechter, is door Loth beschreven in relatie tot de veranderende functies van de rechtspraak. Loth (1998) onderscheidt hierbij voor de rechtspraak drie functies: geschillenbeslechting, bemiddeling bij conflicten en de ontwikkeling van de rechtsorde. Deze drie functies vereisen verschillende eigenschappen, die niet per se bij elke rechter aangetroffen hoeven te worden. Zo is een bijdrage aan de ontwikkeling van de rechtsorde vooral te verwachten van de hogere en de hoogste rechtscolleges. Hieruit zou een duidelijker taakverdeling kunnen voortvloeien tussen lagere en hogere rechters. Voor de functies van geschillenbeslechting en bemiddeling zijn eveneens uiteenlopende eigenschappen te formuleren. Naast gedegen juridische kennis worden psychologische, sociale en communicatieve vaardigheden van onontbeerlijk belang geacht, evenals het met gezag kunnen leiden van openbare rechtszittingen (Lauwaars 2000: 149; Everts 2000: 146).

Een bijzonder strijdpunt bij deze gewenste of aan te leren eigenschappen blijft de vraag naar de specialisatie van de rechter. Er spelen soms zeer technische zaken, waarin specialistische kennis wordt vereist, ook op niet-juridisch terrein. Daarom wordt gepleit voor veel meer specialisatie. Hierdoor kunnen rechters qua juridische en andere kennis nog gelijke tred houden met de vaak uiterst gespecialiseerde advocaten en kunnen twistende partijen adequate rechtspraak verwachten. Hiertegenover staat de mening dat de rechter vooral een ‘generalist’ moet blijven, die gespecialiseerd is in het oplossen van geschillen en het bijleggen van conflicten (Lauwaars 2000; Everts 2000). De rechter zou zich altijd kunnen laten voorlichten door specifieke onafhankelijke deskundigen van buiten. De ‘generalistendoctrine’ staat ter discussie. Want zelfs als het juist is dat men niet alle details van bijvoorbeeld een chemische verbinding hoeft te kennen om te kunnen oordelen over de eventueel toegebrachte schade, dan moet een rechter toch de kennis bezitten om de juiste vragen te stellen aan partijen of hun advocaten. De verschillen van inzicht op dit punt wijzen erop dat het meer inschakelen van onafhankelijke deskundigen op specialistische kennisgebieden wenselijk is. Ook zou het voor de rechter meer mogelijk moeten worden om anderen dan de partijen te vragen hun deskundigenmening kenbaar te maken, bijvoorbeeld de hoogste rechter in de vorm van de in het Angelsaksische recht bekende *amicus curiae*-bijdrage.



In vergelijking met andere professionele beroepsgroepen, zoals artsen en advocaten, lijkt de bijscholing van rechters op talloze gebieden tekort te schieten (Van der Doelen 2000: 158) of ten minste erbij in te schieten door de druk van de werkzaamheden. Uit een enquête onder rechters kwam naar voren dat zij bij zichzelf in meerderheid grote tekorten in kennis van het Europese en internationale recht constateerden (NJB 2001: 1923).

De leemten in specifieke deskundigheid op bepaalde gebieden kunnen ook worden opgevangen door gebruik te maken van rechter-plaatsvervangers (vaak gespecialiseerde advocaten of gespecialiseerde beoefenaren van de rechtswetenschap). Hoewel dit gebruik van rechters-plaatsvervangers om andere redenen minder gewenst wordt geacht en in de komende jaren zou worden vermindert, benadrukt het wel de gegroeide behoefte aan specialisatie en de noodzaak om 'van buiten' deskundige vakkennis op velerlei terrein bij de rechtspraak te betrekken. De modernisering van de rechterlijke macht en meer openheid naar de snel veranderende samenleving vereisen een hoge professionaliteit in kennis en vaardigheden.

De rechterlijke macht is geen gesloten organisatie meer. De hoge eisen die worden gesteld aan de rechtspraak vereisen een permanente aandacht voor de kwaliteitsbevordering door opleiding, nascholing en specialisatie van rechters. Op dit gebied kan er nog veel verbeterd worden. Juist indien de rechterlijke macht als een professionele organisatie de eigen opleiding en begeleiding van nieuwe rechters, de nascholing en specialistische kennis van alle rechters wil blijven onderhouden, zal ook op dit gebied een systematische verbetering en verantwoording noodzakelijk worden.

## 7.5 CONCLUSIES

Het vertrouwen van de bevolking in de rechter blijft opvallend hoog. Dit vertrouwen is verworven door een grotere openheid van de rechterlijke macht in de richting van de samenleving, zeker in vergelijking met de periode vóór of vlak na de Tweede Wereldoorlog. De openheid en grotere betrokkenheid bij maatschappelijke ontwikkelingen wordt eveneens weerspiegeld in de erkenning van de rol van de rechter bij de rechtsvorming. De rechter is tot deze centralere rol bij de rechtsvorming gekomen, onder andere door de internationale verdragen en de daaruit voortvloeiende rechtspraak en door de terughoudende opstelling van de hoogste rechter in maatschappelijk controversiële vraagstukken. De plaats van de rechter in de rechtsstaat, in het bijzonder in de trias politica, staat een dergelijke rechtsvormende taak niet in de weg. Deze ontwikkeling zou formeel kunnen worden vastgelegd door een duidelijkere taakverdeling tussen de lagere en hogere rechter ten aanzien van de rechtsvorming. Deze taakverdeling kan tevens een verlichting brengen in de groeiende taaklast van de hoogste rechtscolleges, die zich daardoor kunnen concentreren op hun rechtsvormende taak. Ook zou de mogelijkheid geschapen moeten worden voor anderen dan de betrokken partijen om hun mening kenbaar te maken bij zaken die voor de rechtsvorming van belang zijn.

De erkenning van een centrale rol voor de rechter brengt echter met zich mee dat de modernisering van de rechtspraak en van de rechterlijke organisatie serieus ter hand wordt genomen. De traditionele achterstand in vernieuwing en vernieuwingsdrang, vergeleken met andere professionele organisaties, past niet meer bij deze tijd. De rechterlijke macht zal over dit moderniseringsproces naar politiek en samenleving verantwoording moeten kunnen afleggen, zonder dat dit de rechtsstatelijke onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in gevaar brengt. De Raad voor de Rechtspraak is als overkoepelende instantie hiervoor bij uitstek aangewezen.

In dit moderniseringsproces gaat het in het bijzonder om het behoud van de kwaliteit van de rechtspraak en om een systematische ontwikkeling van het kwaliteitsbeheer. Opleiding, nascholing en specialisatie worden hierbij van eminent belang geacht. Daaraan kan nog veel worden verbeterd. Omdat deze kwaliteitsbevorderende onderdelen door de eigen organisatie worden beheerd, als uitdrukking van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als geheel, zou ook hier, als tegenwicht voor de samenleving, meer transparantie en systematische evaluatie mogen worden geëist.

## 8 DOELMATIGHEID IN DE RECHTSHUISHOUDING

### 8.1 INLEIDING

#### **Begripsbepaling**

Onder de *rechtshuishouding* wordt verstaan hoe de samenleving haar conflicten met behulp van het recht oplost. De rechtshuishouding geeft een cijfermatig beeld van de conflictoplossing in alle geledingen van de samenleving. Het gaat hierbij om alle handelingen waarop in principe rechtspleging van toepassing kan zijn. In de samenleving bestaat bij problematische situaties de behoefte om het handelen aan het recht te toetsen. Het rechtsapparaat verzorgt het aanbod van rechtstoetsing dat in deze vraag moet voorzien.

Onder het *rechtsapparaat* wordt het geheel van vooral overheidsfuncties verstaan dat erop gericht is het recht zijn loop te laten krijgen. Binnen het rechtsapparaat fungeren ook partijen die de burger van rechtsadvies dienen en die noch tot de rechterlijke macht, noch tot het bestuur behoren.

Het rechtsapparaat is echter niet als enige actief bij de maatschappelijke conflictbeslechting. Lang niet elk dispuut over de rechtmatigheid van handelen leidt tot een rechtsprocedure. Er zijn naast het rechtsapparaat ook verschillende andere mogelijkheden om aan recht te komen. Verreweg de meeste conflicten worden door burgers onderling opgelost. In vrijwel alle betrekkingen komen wrijvingen naar voren, waar in principe een rechtszaak van gemaakt kan worden. Het potentieel aan maatschappelijke conflicten is in beginsel ongelimiteerd. Dit kan een bedreiging vormen voor de houdbaarheid van het rechtsapparaat en het evenwicht in de rechtshuishouding. Eigen verantwoordelijkheid en zelfredzaamheid zijn vereisten om de rechtshuishouding in balans te houden. Niettemin stelt de samenleving bepaalde verwachtingen aan het rechtsapparaat om de rechtshuishouding op orde te houden. Het is de vraag of deze verwachting op een maatschappelijk doelmatige wijze wordt waargemaakt.

#### **Conditionering van het rechtsapparaat door de rechtsstaat**

De rechtsstaat legt bepaalde spelregels op aan het rechtsapparaat. Zo wordt de burger tegen de macht van het rechtsapparaat beschermd. In de rechtsstaat behoren de rechters onafhankelijk en onpartijdig te zijn, is de rechtspraak openbaar, bestaat het recht op verdediging en dienen uitspraken te worden gemotiveerd (Tweede Kamer 1993-1994). Tot de rechtsstaat behoort ook een berechting op redelijke termijn. Verder is de overheid gehouden tot afdoende bescherming van lijf en goed van daders, slachtoffers en getuigen. De rechtsstaat beschermt de burger ook tegen allerlei handhavingsfuncties, die eveneens tot het rechtsapparaat worden gerekend. Onder deze handhavingsfuncties valt onder andere het politieapparaat. Aan de andere kant hoort in de rechtsstaat het rechtsapparaat zich juist ook weer in te spannen om de burger in bescherming te nemen, bijvoorbeeld waar zijn veiligheid in het geding is.

**Vraagstelling**

Op de verschillende rechtsterreinen bestaan in het kader van de rechtsstaat min of meer problematische situaties. Bij het civiel recht wordt in de democratische rechtsstaat de nadruk gelegd op het belang van materiële rechtsgelijkheid in de toegang tot het recht, terwijl in de praktijk uiteenlopende vermogensposities tot ongelijkheid leiden. Bij het bestuursrecht gaat het om het bieden van een waarborg van rechtszekerheid bij de omgang met bestuursorganen, maar dreigt de grote toestroom deze waarborg soms te verstikken. Bij het strafrecht staat de bescherming van verdachten tegen de macht van het rechtsapparaat tegenover de bescherming van burgers door het rechtsapparaat. De vraag die hier met betrekking tot het civiel recht en het bestuursrecht aan de orde wordt gesteld, is op welke wijze de toegang tot het recht op maatschappelijk doelmatige wijze veilig kan worden gesteld. De vraag met betrekking tot het strafrecht is in hoeverre het optreden van het strafrechtsapparaat binnen de voorwaarden van de rechtsstaat en in relatie tot de doelen van het strafrecht op doelmatige wijze kan worden ingezet.

**Opbouw van het hoofdstuk**

In dit hoofdstuk wordt de doelmatigheid in het optreden van het rechtsapparaat besproken vanuit een rechtseconomische benadering. De beschouwing biedt een geschikt kader om in te gaan op de eisen die de rechtsstaat aan het optreden van het rechtsapparaat stelt. Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Paragraaf 8.2 stelt het vraagstuk van de juridisering aan de orde. Daarbij staat de vraag centraal of er een niveau van rechtspleging denkbaar is dat in maatschappelijk opzicht doelmatig genoemd zou kunnen worden. Paragraaf 8.3 behandelt vanuit deze doelmatigheidsbenadering enkele rechtsstatelijke voorwaarden die aan het civiel recht en het bestuursrecht worden gesteld. In paragraaf 8.4 vormt de doelmatigheid van de strafrechtshandhaving een kapstok voor de bespreking van enkele knelpunten van de rechtsstaat op dit vlak. Paragraaf 8.5 sluit het hoofdstuk af met conclusies en aanbevelingen.

**8.2 JURIDISERING EN CLAIMCULTUUR****Begripsverheldering**

Onder juridisering wordt het proces verstaan dat sociale relaties in toenemende mate primair door het recht worden geregeld (Schuyt 1997). Dit kan betekenen dat de regelgeving wordt uitgebreid tot terreinen waarop burgers voorheen onderling hun relaties regelden. Het kan ook betekenen dat de rechter regelmatig wordt ingeschakeld om sociale relaties op orde te krijgen. Juridisering heeft allereerst betrekking op de relatie tussen burger en bestuur. Doordat de burger door de ontwikkeling van het bestuursrecht een grotere bescherming geniet dan vroeger, is het aantal beroepen op de rechter flink toegenomen. De werkgroep-Van Kemenade (1997) heeft erop gewezen dat dit voor het bestuur een aanzienlijke taakverzwaring betekent, maar ook dat de kwaliteit van het bestuur positieve impulsen van de juridisering ondervindt.

Juridisering heeft daarnaast betrekking op een toenemende mate van behandeling van conflicten tussen burgers onderling via de rechter. Wanneer burgers gewoon zijn elkaar aansprakelijk te stellen voor geleden schade spreken we van een claimcultuur. De claimcultuur zoals deze in de Verenigde Staten voorkomt, heeft in ons land een negatieve bijklank. Dat komt doordat de relatie tussen de werkelijk geleden schade en de geëiste schadevergoeding door een element van strafrechtelijke vergoeding verbroken is en doordat er verlamme effecten op het maatschappelijk functioneren van uitgaan. Murphy et al. (1991) concluderen uit internationaal vergelijkend onderzoek dat in landen waar het aandeel rechtenstudenten relatief hoog is, de economische groei achterblijft. De leden van de juridische beroepsgroep worden door hen als *rent-seekers* betiteld. Of de negatieve beeldvorming rond de claimcultuur terecht is, is nog maar de vraag. Er kan ook sprake zijn van een te geringe claimbereidheid, waardoor de signaalwerking van het recht en met name van de rechtspraak met het oog op spontane vermindering van schade onvoldoende uit de verf komt. Ook kan de strafrechtelijke vergoeding compenseren voor de lage veroordelingskans van de pleger van een onrechtmatige daad.

### ***Naar een betekenisgeving aan maatschappelijk doelmatige rechtspleging***

Het is bij het vraagstuk van de juridisering en het claimgedrag zelden duidelijk in welke mate dit nu gewenst is. Er is geen maatstaf voorhanden. Rechtspraak heeft primair als doel om schadelijk of onrechtmatig handelen te compenseren. Zolang de verwachte baten positief zijn, worden er rechtszaken aangespannen, los van de vraag of zij maatschappelijk doelmatig zouden zijn of niet. Vanuit economisch gezichtspunt is het maatschappelijk doelmatig dat voor derden schadelijk handelen wordt doorgezet zolang de maatschappelijke voordelen hiervan de maatschappelijke nadelen overtreffen. Ook hoort hierbij dat personen worden aangesproken op de door hen veroorzaakte schade. Idealiter gebeurt dit zonder rechterlijke interventies. Immers, in deze benadering dragen de kosten van rechtspraak bij aan de maatschappelijke ondoelmatigheid. Deze zienswijze is echter niet richtinggevend voor het beantwoorden van de vraag of er een overmaat aan juridisering is.

Een secundair doel van rechtspraak is dat er van wereldkundig gemaakte rechterlijke uitspraken een afschrikking uitgaat op onrechtmatig handelen. Dit gegeven biedt mogelijke handvatten om de mate van maatschappelijk doelmatige juridisering te definiëren. Recht, in het bijzonder rechtspleging, heeft een preventieve werking. Burgers houden zich normaliter aan rechtsnormen. Deze spontane vermindering van onrechtmatig handelen heeft als gevolg dat maatschappelijke kosten worden vermeden. Rechtspraak beoogt deze spontane vermindering te stimuleren. Zolang de spontaan vermeden kosten hoger zijn dan de kosten die met de juridische conflictoplossing samenhangen, is er geen sprake van overmatige juridisering. Zelfs bestaat er ruimte voor meer rechtspleging zolang de kosten van extra rechtspraak lager zijn dan de hierdoor spontaan vermeden kosten. Meer rechtspleging zal een grotere afschrikkende werking hebben en dit zal de spontane vermindering van maatschappelijke kosten doen toenemen.

Deze gedachtegang is ontleend aan Shavell (1999). Zij kan verder worden uitgebreid door rekening te houden met onzekerheid over wat juridisch stand kan houden.

### ***Het belang van onzekerheidsreductie over de juridische norm***

De maatschappelijke doelmatigheid van de rechtspraak is groter naarmate het signaal van rechterlijke uitspraken een grotere kracht en helderheid heeft. De kracht zit er vooral in dat de uitspraken snel en duidelijk naar de relevante maatschappelijke sectoren worden gecommuniceerd. De helderheid heeft vooral te maken met de eenheid in de uitspraken van verschillende rechters en met de relatie van die uitspraken met de bestaande wetgeving.

De rechtspraak is openbaar. Dit draagt met name binnen het strafrecht bij aan de bescherming van de verdachte. Door vonnissen openbaar te maken, wordt echter ook een voorbeeld gesteld. Rechtspraak vervult daarmee ook de functie van een nadere wetsinterpretatie voor concrete gevallen. In vergelijkbare gevallen kan aan eerdere uitspraken worden gerefereerd en hoeft het in geval van conflict niet tot een rechtszaak te komen. Hoe eenduidiger de uitspraken van de rechters zijn, hoe sterker ook de preventieve werking van het recht kan zijn. Door Priest en Klein (1984) is de gedachte geopperd dat in geval van grotere onzekerheid over wat juridisch stand zal houden, het sneller tot een rechtszaak zal komen. Wanneer echter de rechtszekerheid in deze zin toeneemt, zullen enkel de zaken waarover de grootste onzekerheid bestaat voor een toetsing door de rechter worden uitgeselecteerd. In de andere gevallen kunnen de betrokkenen aan de hand van bestaande jurisprudentie vaak zelf hun conclusies trekken.

De eenheid van rechtspraak wordt op verschillende manieren bevorderd. In hoger beroep en cassatie worden uitspraken die afwijken van de norm die in de jurisprudentie tot uitdrukking komt, vaak gecorrigeerd. Deze praktijk is voor de lagere rechter een stimulans om zich naar de gangbare rechtsnorm te richten. Ook (interlokale) meervoudige rechtseenheidkamers dragen aan de eenheid van het recht bij. Overigens heeft bij het strafrecht de Hoge Raad niet tot taak de uniformiteit in de oplegging van een strafmaat te bevorderen. De eenheid van recht kan daarnaast op andere manieren worden bevorderd, bijvoorbeeld door de onlangs opgerichte Raad voor de Rechtspraak (Tweede Kamer 1999-2000). In verband met de rechterlijke onafhankelijkheid is zijn rol bovenal ondersteunend (zie ook hoofdstuk 7).

De mate waarin hoger beroep de rechtseenheid bevordert, neemt af naarmate er vaker gebruik wordt gemaakt van deze beroepsmogelijkheid. Als er een bepaalde grens wordt overschreden, draagt een groter gebruik van de mogelijkheid tot hoger beroep niet langer bij aan de maatschappelijke doelmatigheid van de rechtspleging omdat de kosten van dit hoger beroep groter zijn dan de baten. Aan de andere kant heeft hoger beroep ook de functie om een vonnis nogmaals tegen het licht te houden en in het individuele geval een hoge mate van zorgvuldigheid te garanderen.

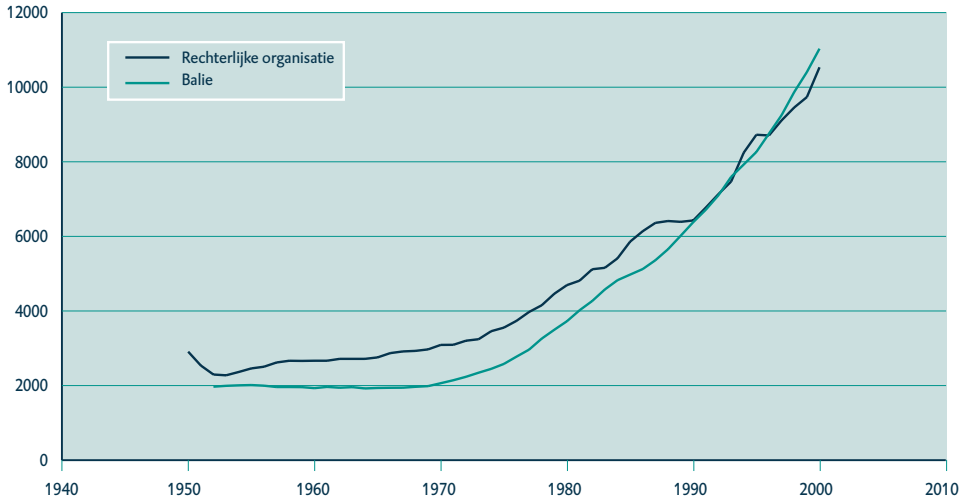
### ***De problematische implementeerbaarheid van maatschappelijke doelmatigheid***

De preventieve werking van de rechtspraak in de richting van spontane vermindering van maatschappelijk ongewenst handelen is niet onproblematisch. Er zijn meerdere situaties waarin het vermijden van schade grotendeels buiten het vermogen van de betrokkenen ligt. Priest (1991) laat bijvoorbeeld zien dat het verhogen van de aansprakelijkheid bij vliegtuigongelukken niet heeft geleid tot een noemenswaardige daling van het dodental. Er mag dan wel een signaal van rechtspleging uitgaan, maar wellicht zijn de mogelijkheden om de veiligheid van het vliegen te verbeteren al grotendeels benut. In dergelijke situaties is de ruimte voor het tot stand brengen van een maatschappelijk doelmatig niveau van juridisering vanuit de gevolge benadering gering. In andere situaties kan deze ruimte groter zijn. Maar om een praktische richtlijn aan de gekozen benadering te kunnen ontleen, moet voor iedere soort situatie de preventieve werking van het recht empirisch worden vastgesteld. De bevindingen van Visscher (2002) zijn in dit verband niet eenduidig. In een overzicht van onderzoeken naar de preventieve werking van het onrechtmatige-daadrecht constateert hij dat er op het gebied van verkeerszaken en op het gebied van bodemverontreiniging nog het meest duidelijk een preventieve werking is vast te stellen. Bij medische aansprakelijkheid valt op dat de dreiging van aansprakelijkheid vooral heeft geleid tot een bijstelling van de behandelwijze, waardoor de mogelijkheid tot aansprakelijkheidsstelling afneemt.

### ***Rechtspleging in de praktijk***

Los van de vraag of het bereikte niveau van juridisering maatschappelijk doelmatig is of niet moet worden geconstateerd dat de capaciteit van het rechtsapparaat in de loop der jaren sterk is toegenomen. Hiermee is een belangrijke voorwaarde voor een overmatige juridisering vervuld.

In Nederland heeft zich de afgelopen vijftientig jaar een spectaculaire groei voorgedaan van juridische activiteiten. Dit wordt onder meer weerspiegeld in de snelle groei van de personele omvang van de rechterlijke organisatie en van de balie (zie figuur 8.1). Sinds 1952 zijn advocaten wettelijk verplicht lid van de Nederlandse Orde van Advocaten. Het aantal ingeschreven advocaten is met name in de periode na 1970 enorm gegroeid. De groei van de rechterlijke organisatie heeft zich aanvankelijk geleidelijker voltrokken, maar loopt de laatste tijd vrijwel parallel met de groei van de advocatuur.

**Figuur 8.1** Personele omvang van de balie en de rechterlijke organisatie

Bron: CBS, NOVA, Ministerie van Justitie.

Ondanks de sterke groei van de advocatuur en de rechterlijke organisatie is het beroep op de rechter in vergelijking met het aangrenzende buitenland nog steeds bescheiden. Blankenburg (1998) maakte een vergelijking van de rechtshuishouding in Nederland met de rechtshuishouding in de Duitse deelstaat Nordrhein-Westfalen. Deze deelstaat is in demografisch en sociaal-economisch opzicht vergelijkbaar met Nederland. Desondanks is het beroep op de rechter bij belangenconflicten er beduidend hoger dan in Nederland (zie tabel 8.1). Dat geldt ook voor het beroep op de rechter bij problemen rond enkele specifieke belangen zoals arbeidsconflicten, belastingzaken en socialezekerheidszaken. De hier gepresenteerde cijfers zijn enigszins gedateerd en het kan niet worden uitgesloten dat Nederland ondertussen de achterstand op Nordrhein-Westfalen inloopt.

**Tabel 8.1** Aantal rechtszaken per 1000 inwoners in Nederland en Nordrhein-Westfalen, 1994

|                     | Nederland             | Nordrhein-Westfalen      |
|---------------------|-----------------------|--------------------------|
| Lokale gerechten    | Kantongerecht<br>16,7 | Amtsgericht<br>26,5      |
| Regionale gerechten | Rechtbank<br>2,3      | Landgericht<br>5,5       |
| Hoger beroep        | Gerechtshof<br>0,4    | Oberlandesgericht<br>1,0 |
| Specifieke belangen | 7,6                   | 16,6                     |

Bron: Blankenburg (1988).



Om een preciezer beeld te krijgen van de inzet van het rechtsapparaat wordt in de volgende paragrafen een beeld geschetst voor de afzonderlijke sectoren van de rechtshuishouding.

### 8.3 CIVIEL RECHT EN BESTUURSRECHT

Doelmatigheid en rechtsstatelijkheid staan zowel in de civielrechtelijke sector van de rechtshuishouding als in de bestuursrechtelijke sector haaks op elkaar. Het zal echter blijken dat in beide sectoren de condities van rechtsstatelijkheid verschillen.

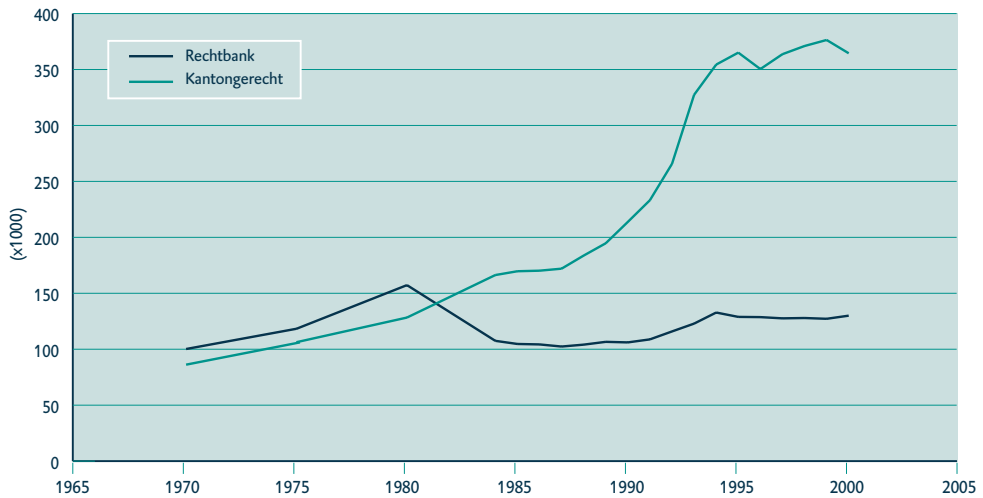
#### 8.3.1 CIVIEL RECHT

##### *De toegang tot het recht*

In de civielrechtelijke sector van de rechtshuishouding is het vanuit rechtsstatelijk oogpunt in de eerste plaats de toegang tot het recht die de aandacht verdient. Het recht disfunctioneert als niet elke burger in gelijke mate toegang tot de rechter heeft. Het gaat hierbij niet alleen om het principiële recht om een zaak aan de rechter voor te leggen, maar vooral ook om de praktische belemmeringen die daarbij moeten worden overwonnen. Die belemmeringen liggen vooral in de kosten die met een juridisch proces zijn gemoeid en in de tijd die een zaak in beslag neemt. Verder zijn er een aantal omstandigheden die ervoor zorgen dat institutionele partijen die regelmatig hun conflicten voorleggen aan de rechter stelselmatig in het voordeel zijn boven individuen die incidenteel met een conflict geconfronteerd worden. De toegang tot het recht verschilt in de praktijk ook voor zaken met een verschillend financieel belang.

##### *De toestroom tot het recht*

De kosten van een civiel proces bedragen in de regel vele duizenden euro's. Wat betreft tijd die er met een proces gemoeid is, moet men in de regel rekenen op een procesduur van enkele jaren voor een bodemprocedure. Desondanks is er in de loop der jaren een aanmerkelijke groei in de toestroom naar de civiele rechter geweest. Deze is overigens vooral geconcentreerd bij het kantongerecht (zie figuur 8.2). De groei in het aantal rechtbankzaken is na een tariefwijziging in 1984 gekeerd. Dit zegt overigens nog weinig over de toename van de belasting van de rechtbank. De laatste tien jaar is met name het aantal niet op familiezaken betrekking hebbende contradictoire eindvonnissen in eerste aanleg bij de rechtbank sterk toegenomen. Voor dit soort zaken liggen de normtijden relatief hoog. De groei in de periode 1986-1997 bedroeg 3,8 procent per jaar. In 1997 ging het om ruim 11.000 eindvonnissen.

**Figuur 8.2** Aantal afdoeningen door eindvonnis c.q. beschikking bij kantongerechten en rechtbanken

Bron: CBS

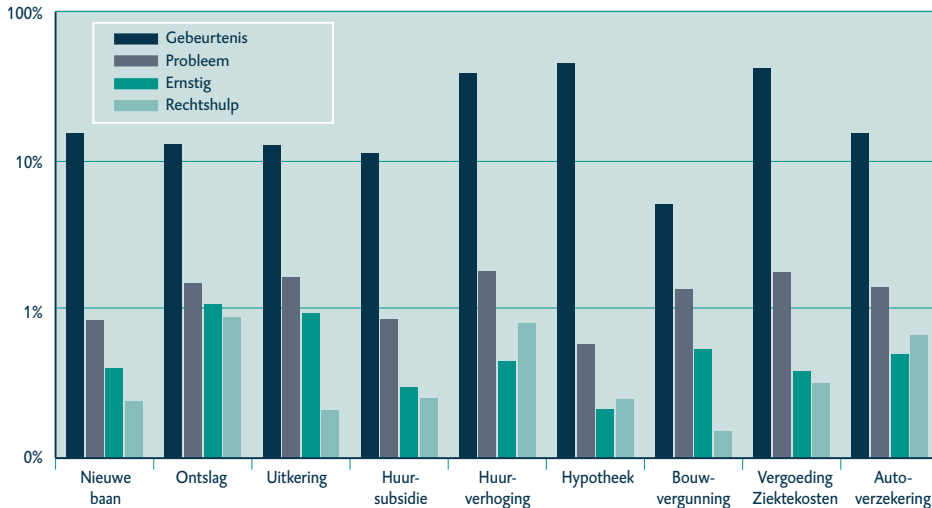
### ***De conflictpiramide***

De meeste conflicten komen niet op stel en sprong voor de rechter. In de regel gaat er aan een uit de hand gelopen conflict een verhaal vooraf. In de interactie tussen burgers treden situaties op waarbij een partij zich benadeeld weet. Bij een deel van deze situaties wordt er een klacht geuit die mogelijkverwijs vergezeld gaat van een eis tot genoegdoening. Op veel van deze klachten zoeken de partijen onderling naar overeenstemming, maar in een deel van de gevallen komen ze er niet op eigen kracht uit en ontstaat er een geschil. Daarbij kan rechtshulp worden gezocht. In het grootste gedeelte van de gevallen leidt de juridische bemiddeling tot een schikking. Een klein gedeelte van de geschillen wordt echter voor de rechter gebracht. Tegenover elke rechtszaak staan dus vele soortgelijke gebeurtenissen en conflicten die echter in een eerder stadium tot een oplossing zijn gebracht. Deze opbouw waarbij elke rechtszaak het topje van de ijsberg vormt voor een reeks van soortgelijke maatschappelijke gebeurtenissen wordt de conflictpiramide genoemd (Galanter 1996).

Het Centraal Bureau voor de Statistiek heeft voor een beperkte verzameling van maatschappelijke belangen trachten na te gaan in hoeverre gebeurtenissen tot problemen leiden en in hoeverre voor de oplossing hiervoor deskundige hulp wordt gezocht. Onder deskundige hulp wordt hierbij het gehele arsenaal van rechtskundige hulpverleners verstaan van advocaten tot juridische afdelingen van vakbonden en consumentenorganisaties. De verzameling maatschappelijke belangen is beperkt, in de zin dat de problemen die hiermee gepaard gaan, aanleiding zijn voor slechts 12 procent van de totale raadpleging van rechtskundige hulpverleners. De informatie is op basis van retrospectieve vragen en subjectieve probleembeleving samengesteld. Er is aangegeven van hoeveel problemen de ervaren ernst als behoorlijk ernstig of zeer ernstig is betiteld en bij hoeveel

problemen juridische hulp is gezocht. Van de onderscheiden soorten gebeurtenissen blijkt het zaakbelang het hoogst bij ontslag en bij uitkeringen. De cijfers betreffen jaargemiddelden over de periode van 1992 tot en met 1996 en geven een percentage van de populatie van 15 jaar en ouder aan. Uit figuur 8.3 komt een ongelijke mate van probleemvorming bij verschillende gebeurtenissen naar voren. In de figuur zijn problemen en gebeurtenissen op een logaritmische schaal weergegeven.

**Figuur 8.3** Gebeurtenissen, problemen en gezochte rechtshulp (in procenten van de populatie)



Bron: CBS, Kwartaalbericht rechtsbescherming en veiligheid 97/2.

### ***Scheefheid in de toegang tot het recht***

Ook bij een maatschappelijk doelmatig niveau van rechtspleging is het zeer wel denkbaar dat de opbouw van gebeurtenissen, via klachten en geschillen naar rechtszaken de zожuist beschreven piramidevorm heeft. Juist door de preventieve werking van rechtspleging wordt in de hand gewerkt dat veel conflicthebbers op eigen kracht een oplossing vinden. Er zijn bij conflicten echter verschillende soorten oplossingen denkbaar die niet alle even wenselijk zijn. Partijen kunnen berusten in een ongewenste situatie; ze kunnen conflicten vermijden door ongewenste situaties te ontlopen; ze kunnen conflicten aangaan en daar op eigen kracht al dan niet geleid door de redelijkheid uitkomen; en ze kunnen oplossingen zoeken met juridische ondersteuning, waarbij in de regel op een schikking wordt uitgekomen.

Naarmate de drempel tot de rechter groter is, kunnen minder wenselijke oplossingen gaan prevaleren, zoals berusting en vermindering door gebruik te maken van exit-opties. Een door een hoge toegangs drempel veroorzaakt tekort aan rechtspleging kan leiden tot minder voorzorg en minder spontane vermindering van schade aan derden en daarbij ook tot minder genoegdoening dan maatschappelijk doelmatig zou zijn.

De kans om een rechtszaak te winnen is, ongeacht de zaak, niet voor elke burger even groot. Om een proces te voeren zijn tijd en middelen nodig en niet alle partijen beschikken daar in gelijke mate over. Het is daarbij een gelukkige omstandigheid dat de meeste gebeurtenissen niet tot conflicten leiden en dat de meeste conflicten tot een oplossing komen voordat de rechter in beeld komt. Voorzover de redelijkheid bij confrontaties echter niet haar werk doet, is het vooruitzicht van een jarenlange procedure en een aanzienlijke financiële aderslating met een onzeker resultaat een hoge drempel om een conflict voor de rechter uit te vechten.

### **Typologie van rechtsconflicthebbers**

In een vaak geciteerd artikel geeft Galanter (1974) een typologie van procespartijen. Hij maakt onderscheid tussen twee groepen: enerzijds partijen – vaak particulieren – die slechts incidenteel een conflict hebben dat zo hoog oploopt dat dit voor de rechter komt, anderzijds institutionele partijen, zoals bedrijven en instellingen, die vanuit hun praktijk regelmatig in conflictsituaties belanden. Wanneer een incidentele conflicthebber het aan de stok krijgt met een regelmatige conflicthebber is de laatste in de regel in het voordeel. Deze kan schaalvoordelen ontleen aan de specifieke kennis die is opgebouwd rond eerdere rechtszaken. Daarnaast heeft hij de gelegenheid om de contractuele voorwaarden te bewaken en in eigen voordeel om te buigen. Bovendien kan hij het zich veroorloven om niet op het kortetermijnvoordeel, namelijk het winnen van willekeurig welk proces, in te zetten. In plaats daarvan kan hij proberen het proces en de daaruit voortvloeiende jurisprudentie te beïnvloeden in een richting die juist op de lange termijn bij het voeren van toekomstige processen tot voordeel kan strekken. De incidentele conflicthebber is risicomijdend, de regelmatige conflicthebber is risiconeutraal. Voor diverse Angelsaksische landen zijn aanwijzingen gevonden dat het voordeel waarop Galanter speculeert in werkelijkheid ook wordt gematerialiseerd (zie bijv. Songer et al. 1999; Albiston 1999). In Nederland is er nauwelijks onderzoek naar eventueel ondervonden voordeel van regelmatige conflicthebbers gedaan.

### **Gesubsidieerde rechtshulp**

Wat in Nederland wel relatief veel aandacht heeft gekregen, is het beroep op rechtshulp dat door personen met verschillende sociaal-economische kenmerken wordt gedaan. Schuyt et al. (1976) waren de eersten die in Nederland op de leemte in de rechtshulp hebben gewezen. Later onderzoek, dat in het voetspoor van deze eerste publicatie is opgezet, wijst erop dat doordat in Nederland de rechtshulp aan onvermogen personen al tientallen jaren wordt gesubsidieerd, het geringste beroep op rechtshulp wordt gevonden bij personen die vanwege hun inkomen net niet voor gesubsidieerde rechtsbijstand in aanmerking komen of die hiervoor een hoge eigen bijdrage moeten betalen. Ook Klijn et al. (1998) komen tot dergelijke bevindingen. Zij benadrukken dat het beroep op rechtsbijstand met name varieert voor zaken waarbij de rechtsoorzaak laag is, dat wil zeggen waarbij er ook alternatieven bestaan voor de conflictoplossing via de rechter. In een toekomstverkenning naar de gesubsidieerde rechtsbijstand wordt

geconstateerd dat het marktaandeel van de commerciële rechtsbijstandsverzekeraars vlot toeneemt, terwijl bij een toenemende welvaart de voorwaarden voor gesubsidieerde rechtsbijstand slechts toelaten dat een steeds geringer deel van de markt wordt bediend (Rijkschroeff et al. 2001). Verwacht mag worden dat de relatieve leemte in de rechtshulp voor zaken met een geringe rechtsoorzaak door de rechtsbijstandsverzekeraars zal worden ingevuld. Omdat de gesubsidieerde rechtsbijstand zich echter grotendeels op een ander soort zaken richt dan de rechtsbijstandsverzekeringen, moet de rechtshulp die door de rechtsbijstandsverzekeraars wordt geboden vooral worden gezien als een aanvulling op de gesubsidieerde rechtsbijstand. Verreweg de meeste toevoegingen in de gesubsidieerde rechtsbijstand spelen op het terrein van het strafrecht, het familierecht en het vreemdelingenrecht. Ook in de toekomst zal hiernaar van de kant van onvermogen personen een vraag blijven bestaan.

Het mag duidelijk zijn dat de gesubsidieerde rechtsbijstand geen oplossing biedt voor de mogelijk ook in Nederland voorkomende praktische rechtsongelijkheid tussen incidentele en regelmatige conflicthebbers. Ook de relatieve versoering die met de instelling van de Wet op de rechtsbijstand (Wrb) in 1994 is doorgevoerd, heeft hier niet aan bijgedragen. In dit verband kan ook aan de resultaatafhankelijke beloning voor de procesvertegenwoordiging worden gedacht.

### **Resultaatafhankelijke beloning**

In de Verenigde Staten en Engeland, en ook in geringe mate in ons eigen land, zijn vormen van resultaatafhankelijke beloning voor de procesvertegenwoordiging gebruikelijk (Werkgroep Claimcultuur 1999). Een ruimere toelaatbaarheid van een dergelijke resultaatafhankelijke beloning, waaronder *no cure no pay* en *contingency fees* vallen, zou voor de minst bemiddelde partij drempels in de toegang tot het recht weg kunnen nemen. Van Velthoven en Van Wijck (1996) betogen dat een *no cure no pay*-regeling slechts voordelig is in die gevallen waarbij de klagende partij geconfronteerd wordt met kredietrestricties en waarbij de zaak voor een advocaat financieel interessant is. Zij gaan er echter van uit dat beide partijen risiconutraal zijn. Echter, ook risicomijdende partijen zullen eerder een voordeel zien in het hanteren van resultaatafhankelijke beloningen. Advocaten zijn daarentegen risiconutraal omdat zij de risico's kunnen spreiden over vele zaken. Kredietrestricties kunnen de lagere inkomensgroepen parten spelen, zeker wanneer de rechtsbijstand slechts gedeeltelijk wordt gesubsidieerd. Zij kunnen ertoe leiden dat de geschade partij niet geloofwaardig met een rechtszaak kan dreigen, waardoor er ook geen redelijke schikking te treffen valt. Voor de groep die met deze kredietrestricties geconfronteerd wordt kan *no cure no pay* soms wel mogelijkheden scheppen, maar soms ook niet. Dat hangt ervan af of de kansen van de zaak het voor de rechtshulpverlener zelf interessant maken om als vertegenwoordiger op te treden. Hoe groter het gedeelte van het zaakbelang dat aan de procesvertegenwoordiging toekomt, hoe profijtlijker het voor haar is. Over het algemeen zal de advocaat bereid zijn om al bij een geringer bedrag te schikken, hetgeen ook al niet in het voordeel van zijn cliënt is.

Voor de groep die zich niet door kredietrestricties hoeft te laten weerhouden om een rechtszaak te beginnen, levert *no cure no pay* over het algemeen geen positieve verbetering op. Dit geldt des te meer als ook nog een beroep op de gesubsidieerde rechtsbijstandsverlening kan worden gedaan. *No cure no pay* is dus enkel interessant voor de krenten uit de pap waarvoor de betrokkenen als gevolg van kredietrestricties niet zelf in het geweer kunnen komen.

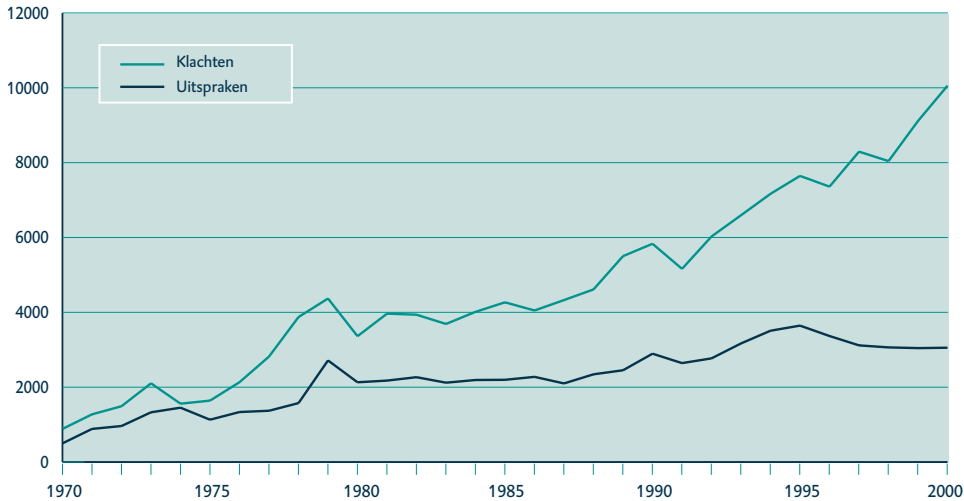
Een ruimer gebruik van resultaatafhankelijke beloningen kan ook nadelen met zich meebrengen. De vrees bestaat dat het toelaten van *no cure no pay* tot een stijging van het aantal rechtszaken zal leiden. Een reden hiervoor is dat het de drempel aanzienlijk verlaagt om een rechtszaak te beginnen. Hiervan kan ook misbruik gemaakt worden, in de zin dat men met rechtszaken dreigt met het oog op het opstrijken van het schikkingsbedrag. Zou het daadwerkelijk tot een rechtszaak komen, dan haakt men voordien af. Deze praktijk van *frivolous suits* is echter niet beperkt tot *no cure no pay*. Ook bij een uurtarief kan dergelijk misbruik van rechtspraak voorkomen. De vraag is dus eerder of dat misbruik tot hogere juridische kosten zal leiden bij een vergoeding op basis van *no cure no pay* dan op basis van een uurtarief. Miceli (1994) concludeert dat niet op voorhand is uit te maken of een beloning per uur of een beloning op resultaat tot hogere juridische kosten zal leiden. Hoewel het aannemelijk is dat het aandeel van daadwerkelijk gelaedeerden relevant is voor deze vraag, mag ervan worden uitgegaan dat bij een vergoeding op basis van *no cure no pay* de toename van dagvaardingen vooral wordt bepaald door personen die op deze manier hun kredietrestricties omzeilen. De praktijk van *frivolous suits* kan overigens ook ruimer en enigszins serieuzer worden begrepen. Een fors deel van de bezigheden van de advocatuur is gericht op conflictbehandeling. Het is niet ongebruikelijk om cliënten erop te wijzen dat derden mogelijk hun belang in de weg staan. Op deze manier worden conflicten als het ware aangeboord en ontstaan nieuwe werkterreinen voor de advocatuur. Maar zelfs in deze context zullen advocaten enkel kansrijke zaken willen behartigen.

### **Gering zaakbelang**

Van praktische rechtsongelijkheid kan ook sprake zijn wanneer het zaakbelang gering is in verhouding tot de te maken juridische kosten. In Nederland heeft een veroordeling in de proceskosten doorgaans betrekking op een relatief gering deel van de werkelijke proceskosten. Daarmee wordt bij benadering de Amerikaanse manier van kostentoe rekening gevolgd. Voor zaken met een relatief gering belang heeft dit tot gevolg dat een benadeelde zowel linksom (berusten) als rechtsom (de zaak voor de rechter brengen en winnen) verliest. Als in plaats van de Amerikaanse wijze van proceskostentoe rekening de Europese wijze zou worden gevolgd, waarbij de verliezende partij in de volledige proceskosten wordt veroordeeld, zou weliswaar het risico van het voeren van een proces toenemen, maar is het ook werkelijk mogelijk om te winnen. Een andere oplossingsrichting is te vinden bij de beslechting van consumentengeschillen. In een toenemend aantal situaties is tegen relatief geringe kosten een consumentengeschil voor een erkende geschillencommissie te brengen. In 2000 waren er voor verschillende

branches 28 geschillencommissies waarvan er 22 door de overheid waren erkend. Figuur 8.4 laat zien hoezeer de laagdrempelige praktijk van consumentengeschillenbeslechting een vlucht heeft genomen.

**Figuur 8.4 Klachtenafhandeling door geschillencommissies voor consumentenzaken**



Bron: Van Velthoven (2002).

Andere mogelijkheden om een eventuele praktische rechtsongelijkheid in Nederland in te tomen liggen in de regulering van de markt, waarbij de zwakste partij door wettelijke regels wordt beschermd. Op een toenemend aantal terreinen in het maatschappelijke leven wordt ook het klachtrecht geregeld middels klachtenfunctionarissen, klachtencommissies, geschillencommissies, tuchtcolleges, enzovoorts. Verder schuilen er mogelijkheden in het gebruik van minder zware alternatieven voor de rechterlijke conflictbeslechting, zoals dat bij *mediation* het geval kan zijn.

### **Algehele toegankelijkheid van het recht**

In de civiele sector van de rechtshuishouding is de toegang tot het recht een punt van zorg. Dat heeft in de eerste plaats te maken met het tijdsbeslag. De kritiek op de lange duur van juridische procedures heeft al een lange historie (Eshuis 1998). Het is echter niet ondenkbaar dat de recente wetswijzigingen op het punt van snelheid enige voortgang teweeg zullen brengen (Wiersma 2002). Springend punt in de doorgevoerde modernisering is dat de conflicterende partijen worden gedwongen vroegtijdig tot de kern van de zaak door te dringen, waardoor het proces sneller uit de verf kan komen. Een ander punt van zorg is dat de toegang in de praktijk wordt versmald door de kosten die met een juridische procedure gepaard gaan. De gesubsidieerde rechtsbijstand in het kader van de Wrb en de particuliere verzekeringen voor rechtsbijstand houden de deur naar het recht echter in veel gevallen open. Ook het bestaan van lichtere rechtsprocedures zoals die waarin de geschillencommissies voor consumentenzaken voorzien, draagt

aan de toegang van het recht bij. Lichtere rechtsprocedures vergen in de regel ook minder tijd. In het jaar 2000 bedroeg de gemiddelde looptijd bij de georganiseerde geschillencommissies voor consumentenzaken 6,7 maanden.

De vraag of de toegang tot het recht ook maatschappelijk doelmatig is, is moeilijk en niet in zijn algemeenheid te beantwoorden. Van de meeste velden waar de burgerlijke rechter zich met conflictbeslechting bezighoudt, heeft de raad niet de indruk dat de preventieve werking van de rechtspleging sterk in de schaduw staat van de herverdelende werking van de rechtspleging. Wel is het nastrevenswaardig om op een aantal terreinen de preventieve werking van de rechtspleging verder te versterken. Zonder dat uitspraken worden gedaan over een wenselijk niveau van claimgedrag is ook de Werkgroep Claimcultuur (1999) niet van mening dat in Nederland momenteel van ongewenste ontwikkelingen in het claimgedrag sprake is. Maatschappelijke doelmatigheid, die wordt gedefinieerd in relatie tot de preventieve werking van de rechtspleging, is overigens niet de enige maatstaf om de maatschappelijke wenselijkheid van het rechtspraakvolume aan af te meten. Met name in gevallen waarin een hoge rechtsoorzaak bestaat, is de externe doelmatigheid van de rechtspleging minder relevant. Hier is de rechter de aangewezen instantie om oplossingen voor conflicten voor te stellen.

Op basis van de huidige inzichten rond de preventieve werking van rechtspraak is er geen aanleiding om de toestroom naar de burgerlijke rechter in te dammen dan wel te stimuleren. Dit betekent ook dat de discussie over de invloed van de wijze van proceskostentoe rekening op de toestroom naar de rechter beleidsmatig weinig relevant is. In het geval van een relatief gering zaakbelang ligt dit enigszins anders. Deze discussie over de proceskostentoe rekening – heeft veroordeling van de verliezende partij in de proceskosten van de tegenpartij al dan niet invloed op de toestroom naar de rechter – heeft overigens ook tot de conclusie geleid dat het van de omstandigheden afhangt of een veroordeling in de proceskosten tot een grotere toeloop op de rechter leidt (zie bijv. Beckner en Katz 1995). Veroordeling in de proceskosten van de tegenpartij zal risicomijdende partijen eerder van een rechtsgang afhouden dan wanneer elke partij de eigen proceskosten draagt. Ook als men niet zeker van zijn zaak is, zal men meer terughoudendheid betrachten bij het aangaan van een juridisch proces bij een veroordeling in de proceskosten dan wanneer beide partijen hun eigen proceskosten betalen. Als men daarentegen de kans om een zaak te winnen hoog inschat, zal bij veroordeling in de proceskosten van de tegenpartij de geneigdheid om een zaak te beginnen juist groter zijn en zal men bereid zijn meer in een zaak te investeren, omdat de verwachte winst groter is dan onder het Amerikaanse systeem. Hoe het volume van de rechtspleging per saldo onder de beide toerekeningsystemen uitpakt, is echter onbepaald.



### 8.3.2. BESTUURSRECHT

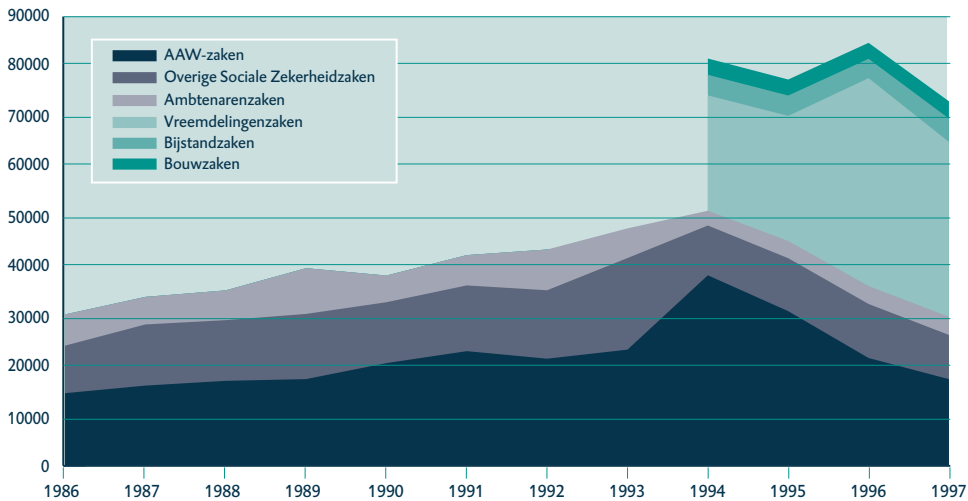
#### *Inleiding*

Het bestuursrecht geeft de burger het recht op verweer tegen bestuursbeslissingen. Hiermee raakt het de kern van de rechtsstaat. Het is echter de vraag of aan dit recht vanuit overwegingen van doelmatigheid grenzen moeten worden gesteld. Het doel van het bestuursrecht is niet alleen dat onterechte bestuursbeslissingen worden gecorrigeerd. Niet het minst is het ook de bedoeling dat het bestuur zijn handelen afstemt op de oordelen van de bestuursrechter teneinde onterechte bestuursbeslissingen te vermijden.

#### *De volumeontwikkeling van de bestuursrechtspleging*

Bij de bestuursrechter kwamen tien jaar geleden vooral zaken terecht die te maken hadden met de uitvoering van de sociale zekerheid. Daarna zijn met name asielzaken de grootste aandacht van de bestuursrechtspraak gaan opeisen. In figuur 8.5 is de volumeontwikkeling van de bestuursrechtspraak bij de rechtbank naar categorieën wetgeving weergegeven. Voor beroepen inzake vreemdelingenzaken, bijstandszaken en bouwzaken zijn enkel vanaf 1994 gegevens beschikbaar. Dit heeft te maken met de reorganisatie van het Arob-beroep en de inwerkingtreding van de nieuwe Algemene wet bestuursrecht. Voor die tijd waren andere colleges belast met de bestuursrechtspleging. De reeks voor ambtenarenzaken bevat vanaf 1994 een statistische trendbreuk.

**Figuur 8.5** Ingediende zaken bij de sector bestuursrecht van de rechtbank



Bron: CBS.

Het is opvallend dat de hoofdmoot van de beroepszaken in het bestuursrecht zich concentreert bij de uitvoering van slechts twee wetten, namelijk de AAW en de Vreemdelingenwet. De beroepszaken tegen de uitvoering van de arbeidsongeschiktheidswetten zijn ondertussen mede door de invoering van een bezwaarschriftprocedure sterk in volume afgenomen. Terwijl in 1994 nog ruim 35.000

zaken werden ingediend, was dit in 1998 gedaald tot 4.000. De Vreemdelingenwet blijft echter ook na de herziening van 2000 een grote belasting vormen voor het rechtsapparaat.

### **De conflictpiramide**

De volumeontwikkeling in het bestuursrecht is de resultante van het aantal bestuursbeslissingen, bijvoorbeeld van het aantal behandelde aanvragen voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering, en van de mate waarin de burger tegen de beslissingen van het bestuur in beroep gaat, de beroepsintensiteit. Evenals bij het civiel recht is er een conflictpiramide te onderscheiden. Tegenover elk beroep bij de bestuursrechter staat een veelvoud van bezwaarschriften bij het bestuursorgaan en een nog grotere veelvoud van bestuursbeslissingen. In tabel 8.2 is deze piramide voor de Werkloosheidswet en de arbeidsongeschiktheidswetten weergegeven.

**Tabel 8.2 Aanvechtingen van beslissingen in de sociale zekerheid (1999)**

|                           | Werkloosheidswet | Arbeidsongeschiktheidswetten |
|---------------------------|------------------|------------------------------|
| Nieuwe uitkeringen        | 325.300          | 106.100                      |
| Afgewezen aanvragen       | 82.700           | 57.600                       |
| Bezwaarschriften          | 27.122           | 29.895                       |
| waarvan besluit herroepen | 9.517            | 9.109                        |
| Beroepen                  | 2.965            | 7.012                        |
| waarvan besluit herroepen | 839              | 2.198                        |

Bron: LISV.

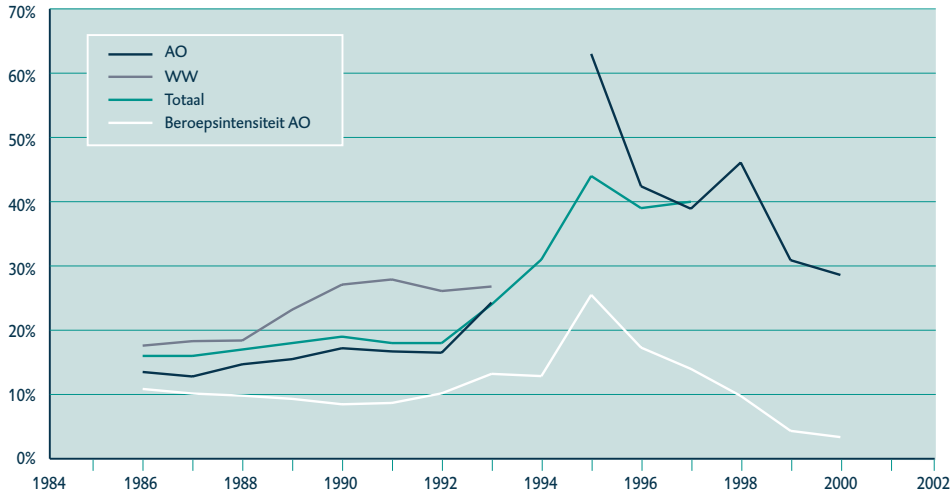
Afgewezen aanvragen zijn niet de enige reden om beroep aan te tekenen. Het kan ook gaan om beëindiging van de uitkering of om vermindering van de uitkering na herkeuring. Daarnaast kunnen werkgevers beroep aantekenen tegen bijvoorbeeld de verstrekking van een arbeidsongeschiktheidsuitkering aan een van hun werknemers. De toekenning van een uitkering raakt in de regel slechts het belang van een beperkte kring van personen. Dit ligt vaak anders met bestuursbesluiten in de sfeer van de ruimtelijke ordening. Hier kan een beslissing een hele reeks van beroepen genereren.

### **De beroepsintensiteit en het percentage gegrond verklaarde beroepen**

De beroepsintensiteit varieert per type bestuursbeslissing. Maar de beroepsintensiteit kan ook in de tijd variëren. Bovendien varieert de mate waarin de rechter beroepen gegrond verklaart. Figuur 8.6 laat zien dat met betrekking tot beroepen over de uitvoering van de socialezekerheidswetten het percentage gegrondverklaringen door de rechter gedurende een aantal jaren rond een niveau van 20 procent blijft schommelen om dan vervolgens door te schieten naar een niveau van 50 procent. Blijkens LISV-cijfers piekte in 1995 met name het aantal gegrondverklaringen met betrekking tot de arbeidsongeschiktheidswetten.

In 1999 is het aandeel gegrondverklaringen weer gedaald van 60 procent naar 30 procent.

**Figuur 8.6** Aandeel van gegrond verklaarde beroepen in de sociale zekerheid (arbeidsongeschiktheid, werkloosheid, totaal sociale zekerheid) versus de beroepsintensiteit bij arbeidsongeschiktheid



Bron: CBS, LISV.

Een bekend geval waarin zowel de beroepsintensiteit als het percentage gegrondverklaringen aan hevige turbulentie zijn blootgesteld, is dat van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW). Medio jaren negentig piekte de beroepsintensiteit naar een niveau waarbij tegenover elke vier uitkeringsaanvragen één beroep op de bestuursrechter stond. De oorzaak hiervan was een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep in 1992, die bepaalde dat de uitvoering van de AAW in strijd was met zowel het discriminatieverbod in de derde EG-richtlijn als het Internationale Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten. Er was volgens deze beroepsinstantie sprake van indirecte discriminatie op basis van geslacht, omdat voor mannen en vrouwen dezelfde inkomenseis als criterium voor de toekenning van een AAW-uitkering werd gehanteerd. Vrouwen werkten immers veel vaker dan mannen in deeltijd en voldeden om die reden niet aan de inkomenseis. Een eerdere uitspraak van de Centrale Raad van Beroep uit 1988 inzake discriminatie op basis van geslacht bij de AAW werd in 1989 gevolgd door een reparatiewet die, om de financiële lasten van de uitspraak te verminderen, met terugwerkende kracht enkele duizenden uitkeringen van mannen en vrouwen op grond van veranderde vereisten stopzette. Hierdoor werd toen voorkomen dat het beroep op de bestuursrechter escaleerde. Na de commotie rond de inkomenseis die ontstond na de uitspraak van 1992, is de AAW pas in 1998 vervangen door twee nieuwe wetten, de WAZ en de Wajong.

### **Conflictoplossing bij de bron**

De bezwaarschriftprocedure die vanaf medio 1977 voor de arbeidsongeschiktheids-wetten is ingevoerd, heeft erin geresulteerd dat het beroep op de bestuursrechter drastisch is teruggedrongen. Voor de arbeidsongeschiktheidswetten gezamenlijk lag het aantal beroepen in 1999 op 7.000, terwijl er in 1995 nog 33.000 beroepen aanhangig waren gemaakt. Hier staat tegenover dat het aantal bezwaren van nog slechts enkele honderden in 1995 was gestegen tot 30.000 in 1999. Per saldo was de weerstand tegen de uitvoering van de arbeidsongeschiktheidswetten dus niet afgenomen. Het conflict werd alleen dichter bij de bron opgelost.

Ondanks de sterke stijging van de beroepsintensiteit kan er bij de AAW niet worden gesproken van juridisering in de zin van een overmatig beroep op de rechter. Als er in het geval van de uitvoering van de AAW al een overmatig beroep op de rechter is gedaan, ligt de oorzaak hiervan niet bij de burger. Men moet de oorzaak eerder zoeken in de onrechtmatigheid van het bestuurlijk handelen en in de rechtsonzekerheid die was ontstaan door de discrepantie tussen de wetstekst en de uitspraak van de rechter die zich op hoger geschreven recht beriep. De onrechtmatigheid in het handelen van het bestuursorgaan was hier het directe gevolg van. Ook het ontbreken van een lichte vorm van conflictoplossing in de vorm van de bezwaarschriftprocedure heeft de rechter onnodig belast.

### **Congestie bij het bestuursrecht**

De zware belasting van het bestuursrechtsapparaat werkt contraproductief. Een scherpe toename van het aantal beroepen zorgt voor overbelasting van het rechtsapparaat, waardoor de doorlooptijden oplopen. De toegangsdrempel tot de bestuursrechter ligt relatief laag. Er is geen verplichte procesvertegenwoordiging en de griffierechten zijn beperkt. Door congestie wordt de toegang echter versmald. Een dergelijke congestie is de laatste jaren bijvoorbeeld opgetreden bij de behandeling van asielzaken. Zowel bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst als bij de Vreemdelingenkamers heeft zich stuwmeervorming voorgedaan. Om de opgelopen werkvoorraden weg te werken, zijn weliswaar voorzieningen getroffen. Onder de nieuwe Vreemdelingenwet van 2000 is de bezwaarschriftprocedure vervallen en kan direct een beroep op de rechter worden gedaan. De snelle uitbreiding van de capaciteit bij de Vreemdelingenkamers gaat echter ten koste van uitbreidingen elders in het rechtsapparaat. Zoals gezegd, zijn de kosten van de beroepsprocedure relatief gering. Hierbij komt dat de kans dat een bezwaar of een beroep gegrond verklaard wordt, niet te verwaarlozen is. Zowel bij de arbeidsongeschiktheidswetten als bij de Werkloosheidswet wordt een op de drie in behandeling genomen bezwaren en beroepen gegrond verklaard. Wie in de bezwaarprocedure niet in het gelijk wordt gesteld, maakt in de beroepsprocedure een redelijke kans om alsnog in het gelijk gesteld te worden. Bij de asielprocedure waren de kansen om in de jaren 1995-1997 alsnog een status toegekend te krijgen voor aanvragen waaraan geen status was toegekend en waartegen bezwaar gemaakt was, eerder een op zes (Doornbos en Groenendijk 2001: 251). Van der Erf (2002) voorspelt overigens dat deze succes-kans over de laatste jaren van de oude Vreemdelingenwet lager zal uitkomen.

Tegenover de lage succeskans van een bezwaar of beroep staat dat het zaakbelang en dientengevolge de intensiteit waarmee bezwaar gemaakt wordt, bij de asielprocedures weer hoger is. Een kosten-batenafweging zal bij procedures met een hoog zaakbelang snel tot de beslissing leiden om bij een negatieve bestuursbeslissing in verweer te gaan en dit vol te houden. Bij de arbeidsongeschiktheidswetten en de Werkloosheidswet wordt uiteindelijk bij meer dan de helft van de afgewezen aanvragen nadat hiertegen is opgekomen, de aanvraag alsnog gehonoreerd. Bij de asielprocedure doet de afnemende kans op succes de bereidheid om een vervolgpprocedure in te gaan echter afnemen. Per saldo zal volgens Van der Erf voor de laatste jaren onder de oude Vreemdelingenwet op de totale asielaanvragen het aandeel statusverleningen afnemen van 47 procent voor het cohort 1997 naar 17 procent voor het cohort dat zich in 2000 aanmeldde. Sinds de nieuwe Vreemdelingenwet van 2000 geldingskracht heeft, is het aantal gegrondverklaringen ter zitting voor bodemzaken bij beroepen aangaande asielaanvragen naar 39 procent gestegen (Landelijk Stafbureau Vreemdelingenkamers 2002: 37). De gegrondverklaringen betreffen echter niet in deze mate de statusverlening en hebben waarschijnlijk betrekking op het feit dat de Immigratie- en Naturalisatiedienst niet aan procedurele vereisten zoals het respecteren van de wettelijke termijnen heeft voldaan. De toegang tot de bestuursrechter kent in materieel opzicht geen grote belemmeringen. Bij de sociale zekerheid (en ook bij andere terreinen van het bestuur) is er nog een zeefwerking door de bezwaarschriftprocedure, bij asielzaken ontbreekt de zeefwerking na invoering van de nieuwe Vreemdelingenwet van 2000 waarin niet langer in een bezwaarschriftprocedure is voorzien.

### ***Maatschappelijk doelmatige rechtspleging bij het bestuursrecht***

Men kan zich gezien de hiervoor vermelde omstandigheden afvragen of de mate waarin de burger gelegenheid is geboden om zich tegen bestuursbeslissingen te verzetten maatschappelijk doelmatig is. De maatschappelijke doelmatigheid wordt evenals bij het civiel recht weer gerelateerd aan de preventieve werking van het recht. In het geval van het bestuursrecht gaat het erom dat beroepen die bij de bestuursrechter worden gedaan, bestuursorganen ertoe kunnen aanzetten extra inspanningen te doen om de kwaliteit van het bestuur te bewaken. Zij moeten daarbij een economische afweging maken. Er bestaat een afruil tussen de uitvoeringskosten van besluiten en de rechtmatigheidscore die kan worden gehaald. Afgezien van efficiencyoperaties kunnen lagere uitvoeringskosten tot een lagere rechtmatigheidscore leiden en daardoor een grotere mate van beroep bij de bestuursrechter opleveren. Er kan dus een zekere afwenteling van uitvoeringskosten van het bestuursorgaan op het rechtsapparaat plaatsvinden.

De vermeden kosten voor de burger als gevolg van een grotere bestuursinspanning zijn de kosten die voortvloeien uit een reductie van foutnegatieve beslissingen van het bestuursorgaan (het onterecht niet verstrekken van een uitkering). De vermeden kosten voor de burger kunnen via de uitvoeringskosten van het bestuursorgaan in verband worden gebracht met de kosten van extra rechtspleging. De extra kosten van het bestuursrechtsapparaat betreffen een toename van het aantal beroepszaken vanwege een geringere rechtmatigheid van de bestuurs-

beslissingen. Een niveau van rechtspleging is maatschappelijk doelmatig te noemen als de extra kosten van het bestuursrechtsapparaat in evenwicht zijn met de vermeden kosten voor de burger. Omdat ook de uitvoeringskosten van het bestuursorgaan tot de maatschappelijke kosten behoren, kunnen deze in de vergelijking tussen de kosten van het bestuursrechtsapparaat en de vermeden kosten van de burger worden meegenomen. In principe komen de uitvoeringskosten uiteindelijk ten laste van de burger. Een maatschappelijk doelmatig niveau van rechtspleging is dan een niveau waarbij een geringe intensivering van de rechtspleging evenveel kosten met zich meebrengt als het kosten voor de burger vermijdt.

Het niveau van de aldus gedefinieerde maatschappelijk doelmatige rechtspleging is afhankelijk van de mate van rechtsonzekerheid. Naarmate het recht het bestuur bij de interpretatie meer ruimte biedt, ontstaat ook voor de burger meer ruimte om tegen de beslissingen van het bestuur in te gaan. Een zekere grilligheid in de beslissingen van het bestuur kan de burger zelfs provoceren om van deze ruimte gebruik te maken.

Tegenover foutnegatieve beslissingen staan foutpositieve beslissingen van bestuursorganen (het ten onrechte wel een uitkering toekennen). Het vermijden van foutnegatieve beslissingen leidt niet noodzakelijkerwijs tot meer foutpositieve beslissingen. Een zorgvuldiger uitvoering die gepaard gaat met hogere uitvoeringskosten kan zowel het aantal foutnegatieve als het aantal foutpositieve beslissingen reduceren. Foutpositieve beslissingen kunnen uiteindelijk ook tot hogere kosten voor de burger leiden.

### ***De laagdrempeligheid van het bestuursrecht***

De mate waarin de burger daadwerkelijk tegen de beslissingen van het bestuur in beroep gaat, is slechts ten dele afhankelijk van de rechtmatigheid die het bestuur weet te bereiken. Het initiatief voor beroep ligt tenslotte bij de burger. De drempel voor de toegang tot de bestuursrechter ligt in vergelijking met het civiel recht laag. Dit kan een overmatig beroep op de rechter in de hand werken. De overmaat is hierbij gerelateerd aan de doelmatigheid van het beroep in relatie tot vermeden onrechtmatig handelen van het bestuur. Niet alleen is de drempel tot de bestuursrechter laag, maar ook wordt bij een belangrijk deel van de beroepen gebruikgemaakt van gesubsidieerde rechtshulp. Voor de motivatie van de toevoegingsbeslissing van de Raden voor Rechtsbijstand geldt niet zozeer de maatschappelijke doelmatigheid als wel het recht op verweer tegen een bestuursbeslissing.

Voor de burger dwingt de methodiek van kostentoerekening niet in de richting van doelmatigheid. Dit geldt echter ook voor de bestuursorganen zelf. Terwijl er reden is om de afwenteling van uitvoeringskosten van bestuursorganen te internaliseren, is de toerekening van proceskosten hier niet ten volle op ingericht. Voor een internalisering van de afwentelingkosten zou het gewenst zijn dat bestuursorganen bij gegrondverklaring van een beroep in de volledige proces-

kosten zouden worden veroordeeld. Echter, omdat een dergelijke toerekening in de regel niet voor de burger geldt en deze dus gemakkelijker naar de rechter stapt, zou dit ook kunnen leiden tot een overmaat aan rechtmatigheid bij de uitvoering, met de daaraan verbonden maatschappelijke verspilling van middelen. De Raden voor Rechtsbijstand zouden bij de toevoegingsbeslissing alert dienen te zijn op het signaal dat in vergelijkbare gevallen van de rechtspleging uitgaat, om de zeefwerking voorafgaand aan een beroep op de bestuursrechter te versterken.

Tegenover de noodzaak om de kosten van foutnegatieve beslissingen te internaliseren, staat de noodzaak om de kosten van foutpositieve beslissingen te internaliseren. Aan de bestuursrechter is hiervoor geen rol toebedeeld.

## 8.4 CRIMINALITEIT EN RECHTSHANDHAVING

### *Rechtsstaat en strafrechtshandhaving*

De relatie tussen rechtsstaat en strafrechtshandhaving is tweezijdig. Aan de ene kant biedt de rechtsstaat waarborgen voor de bescherming van verdachten tegen de overheid. De bescherming betreft elementaire grondrechten zoals vrijwaring van de aantasting van de persoonlijke levenssfeer en het recht op een eerlijk proces. Van politie en justitie wordt terughoudend en procedureel correct handelen verlangd. Aan de andere kant vereist de rechtsstaat dat de overheid ook naar de burger toe op gepaste wijze vormgeeft aan de strafrechtsuitvoering. De overheid heeft een inspanningsverplichting op het gebied van de rechtsbescherming. Deze verplichting krijgt inhoud door de verwachtingen die politiek zijn gewekt en die door de wetgever in wetgeving zijn vertaald. De politie en het openbaar ministerie als relevante bestuursorganen voor de opsporing en vervolging van de criminaliteit hebben echter de nodige speelruimte. Deze is geëvolueerd van het klassieke legaliteitsbeginsel, waarbij alle delicten vervolgd dienen te worden, via het negatieve opportuniteitsbeginsel, waarbij uitzonderingen zijn toegestaan op deze regel, naar het positieve opportuniteitsbeginsel, waarbij vervolging plaatsvindt voorzover het maatschappelijk belang hiermee is gediend. De afweging om al dan niet te vervolgen ligt in handen van het openbaar ministerie. De minister van Justitie draagt hiervoor de uiteindelijke ministeriële verantwoordelijkheid.

De rechtsstatelijke problematiek rond de strafrechtshandhaving spitst zich voor een belangrijk deel toe op het sepotbeleid en op het hier direct mee verbonden beleid van niet-inzending door de politie. Deze problematiek staat ook in verband met het feit dat een groot deel van de aangiften door de politie niet verder in behandeling wordt genomen. De beslissing om delicten niet te vervolgen wordt in de praktijk lang niet in alle gevallen ingegeven door een afweging van de maatschappelijke voor- en nadelen van een specifiek geval. Regelmatig dwingen ook capaciteitstekorten tot een prioriteitstelling, om het even of deze zich nu bevinden bij de opsporing of de detentie. Hierdoor wordt het openbaar ministerie gedwongen zaken te laten lopen waarvan vervolging in principe maatschappelijk zinvol zou zijn geweest. Rechtsstatelijk is dit een probleem. Het opportuniteits-

beginsel is niet bedoeld om overbelasting van het strafrechtsapparaat tegen te gaan. De capaciteit binnen het strafrechtsapparaat is bovendien het resultaat van politieke afwegingen. Doordat de door de regering beschikbaar gestelde middelen gedurende enige tijd structureel zijn achtergebleven bij de politiek gestelde doelen, loopt de rechtsstaat het gevaar te worden ondermijnd.

Het beeld dringt zich op dat politiek onvermogen om tot een afstemming van middelen en doelen te komen de oorzaak is van rechtsstatelijke problemen rond de strafrechtshandhaving. Dit beeld moet echter op een aantal punten worden genuanceerd. Om te beginnen bestaat sinds enige tijd het inzicht dat voor de beheersing van de criminaliteit niet alleen de politiek verantwoordelijk is, maar dat waar mogelijk ook van de samenleving een bijdrage moet worden verwacht en dat in het bijzonder in het geval van de kleine criminaliteit de strafrechtshandhaving in het verlengde dient te liggen van op preventie gerichte maatschappelijke en bestuurlijke activiteiten. Bovendien impliceert toepassing van het opportunitetsbeginsel met de hieraan verbonden argumentatie ontleend aan het algemeen belang nog een grote speelruimte voor politieke verantwoording. Verder kunnen van de inzet van middelen slechts beperkte effecten worden verwacht. De criminaliteit heeft een eigen dynamiek die niet eenvoudig door het beleid valt te beïnvloeden. Ook blijft de doeltreffendheid van de ingezette middelen vaak nog bij de gekoesterde verwachtingen achter. Criminaliteit levert daardoor een relatief ongrijpbaar probleem op.

Deze paragraaf gaat nader in op de factoren die een rol kunnen spelen bij het ontstaan van een rechtsstatelijk tekort bij de strafrechtshandhaving. Het gaat hier enerzijds vooral om de rechtszekerheid die de burger aan het handelen van de overheid kan ontlene. Waar prioriteiten in de strafrechtshandhaving worden gesteld, zijn de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid voor de burger in het geding. Anderzijds speelt steeds de bescherming van de verdachte een rol. Het optreden van de overheid is in beide richtingen vanuit de invalshoek van doelmatigheid te benaderen. Bij de bescherming van de burger gaat het om het zoeken naar een evenwicht tussen de inzet van middelen en de vermeden kosten van criminaliteit die daarvan een gevolg zijn. Een complicatie hierbij is dat het gevoel van onveiligheid bij de burgers niet recht evenredig is met de criminaliteit waar zij mee geconfronteerd worden. Bij de bescherming van de verdachte is het de vraag in hoeverre de doelmatigheid van het strafrechtelijk optreden spanningen oplevert met de rechtmatigheid van het handelen ten opzichte van de verdachte.

### ***Problemen rond de criminaliteitsbeheersing***

Er bestaan verscheidene maatschappelijke problemen met de criminaliteitsbeheersing. Uit een internationale vergelijking komt een relatief hoog slachtofferschap naar voren, dat wellicht ook past bij het stedelijke karakter van de Nederlandse samenleving. Met name in de jaren zeventig en het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw is de criminaliteit sterk gestegen. Sindsdien stijgt de criminaliteit nog slechts licht. Dit komt doordat te oordelen naar de door



de politie geregistreerde criminaliteit de meest omvangrijke categorie misdrijven, de vermogensmisdrijven, in omvang is afgenomen. Bij de overige categorieën misdrijven – geweldsmisdrijven, misdrijven tegen de openbare orde en verkeersmisdrijven – is nog steeds een forse stijging waar te nemen. De criminaliteit is bovendien geconcentreerd in de stedelijke gebieden. Bepaalde wijken worden hier verder met een onevenredig groot deel van de criminaliteit geconfronteerd (O+S 2001; Maas-de Waal 2002).

Ondanks het feit dat de criminaliteit in haar totaliteit slechts licht is gestegen, is de maatschappelijke roep om veiligheid versterkt. Dit blijkt onder meer uit de veranderende publiekshouding ten aanzien van veiligheid. In 1997 werd criminaliteit voor het eerst als het belangrijkste maatschappelijke probleem gezien (Schmeets en Otten 1998). Door de politiek werd dit maatschappelijke verlangen naar meer veiligheid hoog op de agenda gezet, getuige de nota *Criminaliteitsbeheersing. Investeren in een zichtbare overheid* en de aandacht die het thema veiligheid tijdens de afgelopen verkiezingsstrijd kreeg. De indruk is hiermee gewekt dat de overheid de criminaliteit op termijn onder de knie kan krijgen en dat een daling van de criminaliteit in het verschiet ligt. De praktijk is echter weerbarstig. De criminaliteit ontwikkelt zich onder invloed van factoren die de overheid niet of slechts zeer beperkt in de hand heeft. Voor de hand liggende maatregelen zoals het uitbreiden van de opsporings- en vervolgingscapaciteit blijken slechts in beperkte mate effectief te zijn om de criminaliteit tot staan te brengen. Dit is het eerste maatschappelijke probleem. Het heeft betrekking op het beoogde afschrikkingseffect van de strafrechtshandhaving. Het doel om de criminaliteit tot staan te brengen en zelfs terug te dringen, lijkt hoog gegrepen. Criminaliteit is bepaald beleidsresistent.

Een tweede probleem is dat in veel gevallen bestrafing van misdrijven van overheidswege uitblijft. Hier is het doel van de vergelding in het geding. Al tientallen jaren is er sprake van een terugvallende kans op opheldering van misdrijven waarvan aangifte is gedaan. De nota *Criminaliteitsbeheersing* spreekt van 80.000 aangiften die blijven liggen terwijl er wel degelijk aanwijzingen voor opsporing zijn. Dat is een kwart van de werkbare aangiften. Hiermee wordt op een capaciteitsprobleem gewezen. In de bezuinigingsrondes van de jaren tachtig is de capaciteit van het opsporingsapparaat bij de ontwikkeling van de criminaliteit achtergebleven. Mogelijkerwijs is toen te zeer een hypotheek genomen op het advies van de Commissie Kleine Criminaliteit uit 1984, die overigens terecht de verantwoordelijkheid van de samenleving voor de preventie van criminaliteit benadrukte. Als gevolg van de bezuinigingen is een groot straftekort ontstaan, dat slechts geleidelijk kan worden ingelopen. Na de reorganisatie van de politie halverwege de jaren negentig is overigens een duidelijk begin gemaakt met de uitbreiding van de politiecapaciteit. Voor burgers die het slachtoffer van een misdrijf zijn geworden is het ondertussen echter moeilijk te verteren dat er regelmatig geen actie op hun aangifte wordt ondernomen.

### ***Enkele hoofdlijnen in de criminaliteit***

Weliswaar komt criminaliteit in vele verschillende vormen voor en kent ook het profiel van delinquenten vele verschijningsvormen, toch is ten aanzien van het verschijnsel criminaliteit enige generalisatie mogelijk. Ten eerste is een belangrijk deel van de criminaliteit gerelateerd aan het gebruik van en de handel in drugs. Breed geïnterpreteerd gaat met de handel in drugs een cluster van geweldscriminaliteit, vermogenscriminaliteit en verstoring van de openbare orde gepaard. Ten tweede komt een relatief groot deel van de criminaliteit voor rekening van een beperkte groep van veelplegers. De term 'groep' duidt hierbij niet op een nauw omschreven groep, maar veeleer op een diffuus geheel. Recidive en drugs zijn aan elkaar gerelateerd. Van alle verdachten is 5 procent verantwoordelijk voor 20 procent van bepaalde categorieën misdrijven en daarvan staan drie op de vijf verdachten bekend als verslaafd (Engelhard et al. 2001). Deze twee generalisaties gaan nog voorbij aan een reeks van andere bekende feiten, zoals de concentratie van criminaliteit naar persoonskenmerken (geslacht, leeftijd, gezinsverband en etniciteit) en het voorkomen van criminaliteit die op geen enkele wijze is gerelateerd aan uitingen van jeugdcultuur (witteboordencriminaliteit, milieucriminaliteit en mensenhandel).

### ***Weerbarstigheid van de criminaliteit***

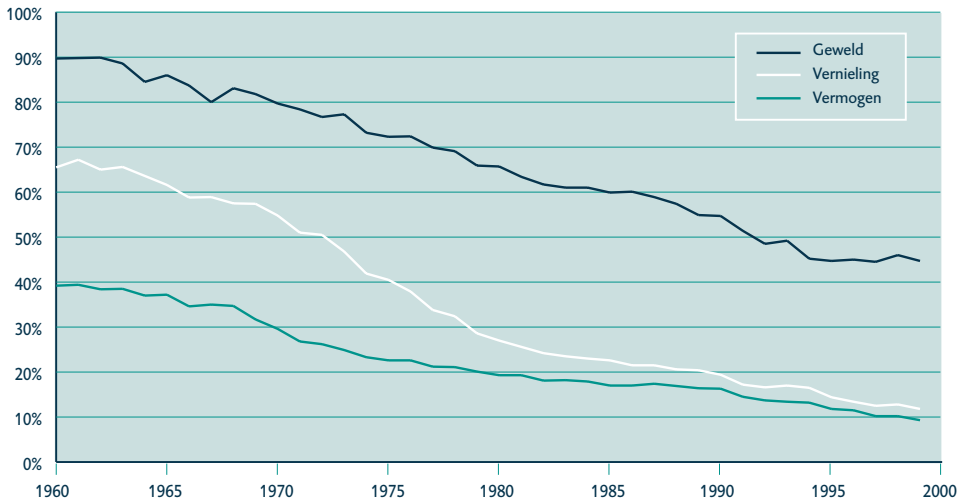
Zowel het belang van drugshandel en drugsgebruik als het belang van de recidive duiden op een hardnekkige criminaliteit. Ook verklaren ze ten dele het onvermogen van politie en justitie om grip te krijgen op het probleem. De illegale drugsmarkt vindt voor een deel zijn bestaansrecht juist in het optreden van politie en justitie. Hierdoor wordt de schaarste gecreëerd die de handel zo lucratief maakt en waardoor er een grote aantrekkingskracht op criminelen van uitgaat. Tegelijkertijd is verslaving een drijfveer voor crimineel gedrag. De veelvoorkomende recidive duidt verder op de geringe preventieve effectiviteit van sanctiemaatregelen en van reïntegratie-inspanningen. Met name een verblijf in de gevangenis draagt vaak bij aan de vorming van de delinquent tot crimineel (Kommer 1998). Justitiële inspanningen zijn ten dele criminogeen. De sociale netwerken waarin recidivisten komen te verkeren, vormen dikwijls een voedingsbodem voor criminaliteit. De hardnekkigheid van de criminaliteit komt dus voort uit het bestaansrecht dat zij in economische en in sociale zin aan de betrokkenen verleent. En de strafrechtelijke interventie heeft averechtse effecten, doordat zij evenzeer bijdraagt aan de insluiting in de criminele sfeer als aan de verwijdering van delinquenten hieruit.

### ***Tekortschietende resultaten van opsporing, vervolging en sanctieoplegging***

Al geruime tijd is er kritiek te beluisteren op de geringe actie van de politie die op het doen van een aangifte volgt. De afnemende resultaten van de opsporing kunnen niet treffender worden duidelijk gemaakt dan aan de hand van de dramatische daling van de ophelderingspercentages (zie figuur 8.7). Het gebruik van ophelderingspercentages als toonaangevende maat voor de effectiviteit van de opsporingsinspanningen van de politie is echter omstreden (Wiebrens en Essers 1999). Deze auteurs bepleiten het beschouwen van de ophelderingspercentages

tegen de achtergrond van het presteren in de complete strafrechtketen. Uit een vergelijking van de ophelderingspercentages in de Duitse deelstaat Nordrhein-Westfalen (50 procent) met die in Nederland (15 procent) blijkt een groot verschil (Tak en Fiselier 2002). Over de gehele strafrechtketen genomen ligt het bestaafingspercentage van geregistreerde delicten in Nederland echter op 12,5 procent en in Nordrhein-Westfalen op 25 procent. Het strafrechtelijk optreden in Nordrhein-Westfalen is aanmerkelijk reactiever dan in Nederland. Verder wordt een grotere graad van vergelding bereikt dan in Nederland. Bij een vergelijkbare omvang van de criminaliteit in Nordrhein-Westfalen en Nederland is het opmerkelijk dat het strafrechtsapparaat in Nordrhein-Westfalen met meer succes opereert en toch een vergelijkbare omvang van het politieapparaat heeft.

**Figuur 8.7** Ophelderingspercentages voor enkele delictcategorieën



Bron: WODC.

Voor de gestage daling van de ophelderingspercentages bestaan diverse plausibele verklaringen. Om te beginnen is de opsporingscapaciteit in de loop der tijd achtergebleven bij de criminaliteitsontwikkeling. Ten tweede is de beperkte politiecapaciteit in toenemende mate ingezet voor concurrerende doelen. Te denken valt aan het grotere belang dat aan 'blauw op straat' gehecht wordt en aan de opkomst van het wijkgerichte werken. Verder trekt de handhaving van de openbare orde bij grote evenementen een duidelijke wissel op de capaciteit van het politieapparaat. Ook komen regelmatig verzoeken uit het buitenland om bijstand bij de opsporing. Ten derde wordt ook gewezen op een ondoelmatige inzet van de beschikbare opsporingscapaciteit. Zo zijn bij de reorganisatie van het politieapparaat in 1993 veel executieve functionarissen terecht gekomen in ondersteunende en niet-executieve functies (Rovers 1999). En ten vierde biedt ook de redenering waarin een daling van de ophelderingspercentages als doelmatig in het kader van de criminaliteitbeheersing wordt neergezet, een deel van een verklaring. De gedachte is dan dat het zinvoller is om zoveel mogelijk

(recidiverende) verdachten voor de rechter te brengen dan om zoveel mogelijk aangiften tot opheldering te brengen. Per verdachte worden de laatste tijd als uitvloeisel van beleid minder strafbare feiten opgehelderd.

De vraag moet worden gesteld of de daling van de ophelderingspercentages wel in hoofdzaak het gevolg is van een langjarige uitholling van de recherchefunctie. Het is opmerkelijk hoe weinig toegankelijk de informatie hierover is. Aan de indruk kan niet worden ontkomen dat ook de prioriteitstelling binnen het politieapparaat hapert. Een indicatie hiervoor is dat er van de als vervolgbaar aangemerkte aangiftes van burgers die wegens capaciteitstekort niet worden opgepakt (in totaal circa 80.000 zaken) enkele duizenden betrekking hebben op geweldsmisdrijven (Tweede Kamer 2001-2002: 28). De vraag dringt zich hierbij op hoe de slachtofferschade in de organisatorische prioriteitstelling van het politiewerk wordt meegewogen.

### **Toekomstperspectief**

Het voorgenomen beleid beperkt zich tot een verdergaande uitbouw van de strafrechtelijke lijn (Van de Bunt 2002). Noch een intensivering van opsporing en vervolging, noch een selectieve verharding van de bestraffing heeft er de afgelopen jaren echter toe geleid dat de criminaliteit is teruggedrongen. Het is ook niet te verwachten dat deze aanpak de criminaliteit in de nabije toekomst zal weten terug te dringen. Een bekend gegeven in het criminologisch onderzoek is dat de invloed van het beleid geen overwegende factor is in de ontwikkeling van de criminaliteit. Beleidsfactoren als de pakkans en de strafmaat verklaren bij elkaar niet meer dan een kwart van de criminaliteitsontwikkeling (Theeuwes en Van Velthoven 1994). Andere factoren, zoals het economische klimaat, de demografische opbouw en de ontwikkeling van het normbesef, zijn op macro-niveau belangrijkere bepalende factoren van de criminaliteit. Uit vooruitberekeningen van het Sociaal en Cultureel Planbureau blijkt dat een grotere pakkans en een hogere strafmaat crimineel gedrag wel in zekere mate afremmen, maar dat factoren waar het beleid weinig of geen invloed op heeft, er vooralsnog naar verwachting toe bijdragen dat de criminaliteit licht blijft stijgen, ondanks de voorgenomen uitbreiding van de opsporingscapaciteit en de daaraan gekoppelde uitbreiding van het justitiële apparaat (Van der Torre en Van Tulder 2001). De afschrikkende werking van een toename van de zwaarte van de opgelegde sancties is volgens deze auteurs groter dan die van een toename van de pakkans. Ondanks deze geringe positieve invloed die aan het beleid wordt toegeschreven, wordt ook wel geconstateerd dat van de vele nuttige effecten die aan een gevangenisstraf worden toegekend er slechts twee blijven staan, namelijk dat van vergelding en dat van isolatie (Grapendaal et al. 1997). Of het resultaat van de inspanningen van het rechtsapparaat in termen van vergelding van criminaliteit wezenlijk positiever kan worden beoordeeld dan in termen van preventie van criminaliteit, is echter de vraag. Weliswaar neemt de totale hoeveelheid opgelegde sancties toe, maar of ook het aandeel van de delinquenten die uiteindelijk veroordeeld worden – de pakkans – toeneemt, blijft onzeker. Dit komt doordat er

geen volledig inzicht bestaat in het aantal gepleegde delicten per veroordeelde en evenmin in het totale aantal delinquenten.

In het basisscenario dat door het Sociaal en Cultureel Planbureau is opgesteld (Van der Torre en Van Tulder 2001), stijgt de criminaliteit tussen 1999 en 2006 met 1,6 procent per jaar. Omdat het aantal ophelderingen min of meer stabiliseert (een afname van 3 procent in 2006 ten opzichte van 1999), blijft het ophelderingspercentage verder dalen. In het basisscenario is de middelengroei voor politie en justitie conform de conceptbegroting voor 2001 gesteld. Na 2005 zijn de middelen constant verondersteld, omdat vanaf dat jaar nog geen expliciet nieuw beleid is geformuleerd. In een alternatief scenario, het middelenscenario politie, is verondersteld dat de middelengroei van de politie in de periode tot 2006 evenredig stijgt met de criminaliteit, dat wil zeggen met 14 procent in plaats van 11 procent in het basisscenario. Deze verhoging heeft volgens dit scenario hoegeenaamd geen effect op de ontwikkeling van de criminaliteit en het aantal ophelderingen. Een reden hiervan is dat in het onderliggende mathematisch-economische model het ophelderingspercentage slechts een geringe invloed ondergaat van een uitbreiding van de politiecapaciteit. Maar ook als het ophelderingspercentage gevoeliger zou zijn voor een uitbreiding van de politiecapaciteit, dan zou het effect van een uitbreiding van de middelen volgens het middelenscenario politie nog steeds relatief bescheiden zijn. De conclusie uit deze exercities luidt: als er geen fundamenteel andere weg wordt ingeslagen dan een verdere intensivering van de strafrechtelijke aanpak, dan zal de criminaliteit de samenleving nog geruime tijd op een betrekkelijk hoog niveau blijven hinderen. Afgaande op de ophelderingspercentages zal dan ook de mate van straffeloosheid niet direct afnemen. Welke andere weg dan wel perspectief zou bieden blijft bij deze extrapolaties noodzakelijkerwijs onbeantwoord.

Een andere conclusie die getrokken kan worden is dat een intensivering van de strafrechtelijke aanpak zal resulteren in een beduidend groter aantal verdachten, die in de vervolgstadia van de strafrechtsketen – vervolging, berechting en sanctionering – tot een verhoging van de werklast zullen leiden. De vraag naar deze dienstverlening zal meer dan trendmatig oplopen. Zonder een impuls in de capaciteitsuitbreiding zal in de vervolgstadia van de strafrechtsketen filevorming optreden.

De dalende ophelderingspercentages hebben betrekking op de opheldering van afzonderlijke delicten. Ze zeggen minder over de kans dat een delictpleger wordt opgepakt. Bij recidive staat de pakkans goeddeels los van het ophelderingspercentage. De pakkans bij recidive ligt aanmerkelijk hoger dan het ophelderingspercentage. Het probleem bij de verstokte recidivisten is dan ook niet zozeer dat de opsporing en de vervolging zouden falen, maar dat er onvoldoende verbetering en onvoldoende preventieve werking uitgaat van de sanctieoplegging.

### ***Doorgeschoven verantwoordelijkheden***

De rechtsstaat staat onder druk, doordat de democratisch gelegitimeerde wetgever het bestuur tot inspanningen aanzet waarvoor hij geen doeltreffende middelen tot zijn beschikking heeft. De min of meer autonome ontwikkeling van de criminaliteit vormt hierbij een voortdurende druk van buitenaf. Het welhaast onvermijdelijk bij de legitieme verwachtingen achterblijvende prestatieniveau van de overheid doet afbreuk aan de rechtswaarborgen van de burger. In deze situatie is een evenwichtige ontwikkeling van aan de ene kant de doelmatigheid en aan de andere kant de omvang van het strafrechtsapparaat een vereiste. Verder is het onverminderd noodzakelijk de verdeling van de verantwoordelijkheid tussen de overheid en de maatschappij voortdurend te herijken. Voor een niet-onbelangrijk deel ontstaat criminaliteit in het voetspoor van de afwenteling van negatieve externe effecten van het handelen van burgers op de samenleving. Bepaalde maatschappelijke activiteiten zijn criminogeen en horen daar voor het volle pond op aangesproken te worden. Aan de andere kant is het noodzakelijk dat men zich in het politieke domein voortdurend blijft bezinnen op wat als crimineel handelen wordt opgevat. Zeker in relatie tot de drugshandel blijft de speelruimte hiervoor door de noodzaak van afstemming met het buitenland echter beperkt.

### ***Doelmatigheid in de strafrechtshandhaving***

Naar analogie van hetgeen gezegd is over een maatschappelijk doelmatig niveau van rechtspleging bij het civiel recht en het bestuursrecht, kan de vraag worden gesteld wat een maatschappelijk doelmatig niveau is van strafrechtelijk optreden. De doelmatigheid is hierbij gerelateerd aan het doel om criminaliteit te vermijden. Andere doelen van het strafrechtelijk optreden blijven voor de eenvoud buiten beschouwing. Het strafrechtelijk optreden is maatschappelijk doelmatig als de schade van criminaliteit die door een additionele strafrechtelijke inspanning kan worden vermeden even groot is als de kosten van deze additionele inspanning. Een veronderstelling hierbij is dat er een selectie zal plaatsvinden van zaken waarbij de verhouding van geleden schade (materieel en immaterieel) tot de vereiste inspanning van het strafrechtsapparaat om de zaak af te handelen het grootst is. Deze zaken worden dan prioritair behandeld. Deze gedachtegang heeft als consequentie dat zaken waarvoor de kosten van afhandeling door het strafrechtsapparaat naar verwachting groter zijn dan de schade die geleden wordt, niet in behandeling worden genomen. Dit kan zijn omdat men de ernst van de zaak als gering beoordeelt of omdat er onvoldoende opsporingsindicaties zijn. Hiervoor werd gesteld dat een intensivering van de inspanningen van het strafrechtsapparaat, rekening houdend met de invloed van externe criminogene factoren, weinig bijdraagt aan de vermindering van de criminaliteit. Daaruit zou men kunnen afleiden dat een uitbreiding van de inspanningen van het strafrechtsapparaat niet maatschappelijk doelmatig is en dat er daarom met de voorgenomen uitbreiding van de politiecapaciteit een 'overkill' aan strafrechtelijk optreden dreigt.

De maatschappelijke doelmatigheid kan men ook in relatie brengen met de vraag waar in de strafrechtketen intensiveringen het meest zinvol zijn. Het vaker opleg-

gen van vrijheidsstraffen heeft aan de ene kant het effect dat vanwege de afschrikking criminaliteit wordt vermeden, aan de andere kant lopen vanwege de kostbaarheid van een vrijheidsstraf de kosten van het strafrechtelijk optreden snel op. Voorbij een bepaalde strafmaat zal vanwege de ‘wet van de afnemende meerafschrikking’ een verhoging van de strafmaat de kosten van het strafrechtelijk optreden sneller doen toenemen dan dat de vermeden schade van criminaliteit afneemt. Een verdere verhoging van de strafmaat is dan niet maatschappelijk doelmatig. Vervolgens heeft een verhoging van de pakkans door de uitbreiding van het politieapparaat volgens Van der Torre en Van Tulder (2001) minder effect op de preventie van criminaliteit dan een verhoging van de punitiviteit. Bij een verhoging van de pakkans wordt er dus minder schade van criminaliteit voorkomen. Daarentegen lopen de kosten van het strafrechtsapparaat bij een verhoging van de pakkans op: in de eerste plaats door de kosten van de uitbreiding van de politiecapaciteit en in de tweede plaats door de kosten die de verhoging van de pakkans in de vervolgstadia van de strafrechtketen, bij de vervolging, berechting en sanctionering met zich meebrengt. Een verhoging van de pakkans noodzaakt hier immers tot een uitbreiding van de capaciteit. De maatschappelijke doelmatigheid van zowel een verhoging van de pakkans als een vergroting van de punitiviteit hangt af van de balans tussen vermeden kosten van criminaliteit en de toename van de kosten van het strafrechtsapparaat. Een verhoging van de strafmaat heeft een groter effect op de vermindering van criminaliteit dan een verhoging van de pakkans. Desondanks is op voorhand niet te zeggen of een verhoging van de strafmaat ook maatschappelijk doelmatiger is dan een verhoging van de pakkans. Dit hangt af van de relatieve hoogte van de uitgaven voor de opsporing en voor het sanctieapparaat.

Nu is het voorkómen van criminaliteit via algemene of specifieke afschrikking niet het enige doel van de strafrechtspleging. Ook vergelding, verbetering, rehabilitatie, herstel en isolatie zijn algemeen onderschreven doelen. Het is maatschappelijk niet wenselijk dat er enkel zaken afgehandeld worden die uitsluitend met het oog op de voorkoming van criminaliteit maatschappelijk doelmatig genoemd kunnen worden. Ook de andere doelen zijn nadrukkelijk in beeld. Maar bij het nastreven van deze andere doelen kan evenzeer een doelmatigheids-overweging een rol spelen. Zo is bij de vergelding een evenwicht tussen het nut dat aan publieke vergelding van een delict wordt gehecht en de publieke kosten die hiermee samenhangen goed bereikbaar vanwege de grote verscheidenheid in sanctiemiddelen.

### ***Diverse maatregelen met het oog op de verbetering van de doelmatigheid***

Op uiteenlopende vlakken krijgt de doelmatigheid van het rechtsapparaat in het huidige beleid de nodige aandacht. Zo vindt bij de sanctieoplegging een grote mate van differentiatie plaats. Hierdoor vermijdt men negatieve criminogene effecten van conventionele sancties, zoals het opleggen van gevangenisstraffen. Ook bij de sanctionering van verslaafden is duidelijke voortgang gemaakt in de vorm van de strafrechtelijke opvang van verslaafden. De hoge kosten vormen echter een belemmering voor een bredere toepassing van dit middel. De ruimere

toelaatbaarheid van DNA-technieken doet de kans op opsporing van recidivisten toenemen. De mate van bescherming van de verdachte is hierdoor evenwel afgenomen. Een verbetering van de doelmatigheid gaat hier ten koste van de rechtsstatelijke bescherming. Over het algemeen hebben de maatregelen geleid tot een versterking van de opsporing en een verzwaring van de sancties, waarbij is gepoogd criminogene effecten te vermijden. Aan het terugdringen van de recidive en daarmee ook van een belangrijk deel van de criminaliteit hebben deze maatregelen echter nog weinig kunnen bijdragen.

### ***De bescheiden rol van de reclassering***

Het is opvallend hoe onbeduidend de rol is van een relatief klein onderdeel van het rechtsapparaat, namelijk de reclassering, in het verband met het voorkómen van recidive. Toch staat in de nota *Criminaliteitsbeheersing* de nazorg van de reclassering als een van de speerpunten genoemd. De verwachtingen die de samenleving van de reclassering heeft met betrekking tot de preventie van criminaliteit van de kant van recidivisten zijn niet hoog gespannen. Mogelijk is daaraan nog steeds het beeld van de reclassering in het verleden debet, namelijk dat de reclassering zich in haar inspanningen voor de resocialisatie van veroordeelden vaak tegen justitie keerde. In de jaren negentig van de vorige eeuw is er een ommekeer gekomen in de verhouding tussen reclassering en justitie. De doelstelling van de reclassering is verbreed van de dienstverlening enkel aan veroordeelden naar de dienstverlening aan zowel veroordeelden als justitie (Fiselier 1998). Het doel is door resocialisatie van veroordeelden recidive te voorkomen. Vanuit het oogpunt van doelmatigheid van het rechtsapparaat zou het interessant kunnen zijn om de nazorginspanningen op een kleine groep te richten die verantwoordelijk is voor een relatief groot deel van de criminaliteit. De veroordeelde wordt nadat de straf is uitgediend en de vrijheid is herwonnen goeddeels aan zijn lot overgelaten. In het verband van de rechtsstaat is het een van de interessante vragen in hoeverre het mogelijk is om de rechtsbescherming van de vrijgekomen veroordeelde te handhaven terwijl de doeltreffendheid van de reclasseringsinspanning bij de resocialisatie wordt verbeterd.

### ***Recidive als aangrijpingspunt voor de preventie van criminaliteit***

Met betrekking tot recidive valt op te merken dat het lastig is om toekomstige recidive van individuele delinquenten te voorspellen. Uit een brede literatuurstudie blijkt dat criminele loopbanen niet zijn te voorzien op basis van algemene persoonskenmerken zoals leeftijd, geslacht en strafrechtelijk verleden (Wartna 1999). Over het algemeen verlopen criminele loopbanen grillig en onvoorspelbaar. Niettemin zijn er wel enkele risicofactoren aan te geven voor hernieuwd crimineel gedrag. Andrews (1995) noemt onder andere het hebben van criminele voorkeuren, het overwegend verkeren in criminele kringen, het hebben van karaktereigenschappen die tot crimineel gedrag kunnen leiden, zoals een zwakke socialisatie, een geringe verbale begaafdheid en een zwak ontwikkeld probleemoplossend vermogen, en ten slotte een weinig succesvol verleden op het gebied van onderwijs, werk en inkomensverwerving.



Met name voor jeugdige criminelen zijn er wel enige aangrijpingspunten om een voortzetting van crimineel gedrag af te remmen. Van groot belang zijn de individuele bindingen met het gezin, met vrienden, met school of met het werk. Een zinvolle maatschappelijke participatie geeft het individu bescherming tegen een verval in crimineel gedrag. Het ontbreken van dergelijke bindingen is voor de reclassering een indicatie dat ondersteuning gewenst is. Waar de mogelijkheden van de reclassering momenteel tegen hun grenzen lopen, kan het zinvol zijn dat de overheid nog actiever inspringt dan zij gebruikelijk doet. Dit kan aan de ene kant door perspectieven op maatschappelijke participatie te bieden, aan de andere kant door dwang uit te oefenen en sancties te treffen als de geboden kansen door de betrokkene niet worden benut. Daarbij moet er wel rekenschap van gegeven worden dat lang niet alle reclasseringsinspanningen even vruchtvol zijn. McGuire en Priestley (1995) constateren dat ongestructureerde vormen van individuele begeleiding vrijwel niets helpen. In het algemeen sluiten effectieve methoden aan bij de factoren die op de een of andere manier een bijdrage hebben geleverd aan het crimineel gedrag. Maar ook hier is effectiviteit een betrekkelijk begrip. Bij een vermindering van de kans op recidive met 10 procent tot 20 procent mag al van een duidelijk succes gesproken worden (Lipsey 1995; Lösel 1995).

Het zou te simpel zijn crimineel gedrag enkel af te leiden uit een gebrek aan maatschappelijke bindingen. Veel criminelen kampen met een persoonlijkheidsproblematiek. Verslavingen en psychische stoornissen zijn aan de orde van de dag. Ook blijken in de sociale verbanden waarin criminele personen leven de verhoudingen vaak verstoord te zijn. In de sfeer van de reclassering zijn tal van therapeutische mogelijkheden om de resocialisatie te ondersteunen. Dergelijke activiteiten kunnen ook worden gezien in samenhang met het streven om de maatschappelijke participatie van veroordeelden te versterken. De effectiviteit van diverse resocialisatie-experimenten in de sfeer van de gedragstherapie is vooral en misschien wel te veel beoordeeld op de vraag of opnieuw strafbare feiten worden gepleegd. Daarbij is in het verleden wel de conclusie getrokken dat alle pogingen vruchteloos zijn. Uit een literatuurstudie van Beenackers (2000) komt dit beeld ook naar voren, zij het met de nuance dat er wel degelijk een klein positief effect kan zijn mits lering wordt getrokken uit een reeks van vooral buitenlandse experimenten. Het feit dat op zo grote schaal wordt teruggevallen in crimineel gedrag zou voor de overheid aanleiding kunnen zijn om het wel en wee van personen die meerdere keren veroordeeld zijn, intensiever te volgen. Hoewel ondersteuning in relatie tot het gedrag vooral zin heeft op basis van vrijwilligheid kan het onder bepaalde voorwaarden maatschappelijk zinvol zijn, de vrijheid in de zin van met rust gelaten te worden enigszins te beperken.

Inbreuk door de overheid op de vrijheid van personen in het kader van de criminaliteitsbeheersing zou bij voorkeur slechts daar dienen plaats te hebben waar dit het grootste maatschappelijk gunstige effect heeft. Hoewel de bescherming tegen de overheid een wezenskenmerk van de rechtsstaat is, kan niet iedere inbreuk op de vrijheid worden afgewezen. De rechtsstaat biedt de burger geen absolute

bescherming tegen de activiteiten van het strafrechtapparaat. De rechtsstaat krijgt vooral inhoud in de vorm van algemene principes. De praktische uitwerking van deze principes kan vele richtingen ingaan. In dit opzicht is ook een afweging van voordelen en nadelen op zijn plaats, in dit geval een afweging tussen de terughoudende en de presterende aspecten van het handelen van de overheid.

### ***Maatschappelijke doelmatigheid van de recidivegerichte benadering***

Met het oog op maatschappelijke doelmatigheid moeten bij de aanpak van recidivisten door de reclassering de kosten van het verlagen van de kans op recidive worden geplaatst tegenover de kosten die het strafrechtsapparaat maakt indien deze kans niet omlaag wordt gebracht. Hier kan bovendien de maatschappelijke schade van criminaliteit aan worden toegevoegd die vermeden wordt indien de kans op recidive omlaag wordt gebracht. Het is in dit licht opvallend hoe gering het aandeel van de nazorg is in de kosten van de strafrechtshandhaving. Terwijl in 1998 alleen al de materiële schade van criminaliteit voor particulieren, bedrijfsleven en overheid naar schatting circa 3,3 miljard euro bedroeg en de kosten voor opsporing, vervolging, berechting en tenuitvoerlegging van sancties tot 4,3 miljard euro opliepen, werd aan nazorg 34 miljoen euro besteed (Schreuders et al. 2000). Tenzij de reclassering, waar mogelijk ondersteund door politie en justitie, er in het geheel niet in zou slagen om de kans op recidive te verlagen, is het toch aannemelijk dat in deze cijfers een wanverhouding schuilt.

Het lijkt maatschappelijk doelmatig om een veel groter bedrag voor de nazorg van recidivisten te reserveren ter voorkoming van hernieuwd crimineel gedrag. In 1998 bleek 6 procent van alle verdachten – dat zijn 10.000 verdachten – verantwoordelijk te zijn voor de helft van alle gepleegde én geregistreerde misdrijven in 1998 en in een reeks van jaren daarvoor (Engelhard 2001: 77). Als de kring van recidivisten iets ruimer wordt genomen, dan blijkt dat 12 procent van alle verdachten, dat zijn 20.000 personen, verantwoordelijk was voor tweederde van al deze misdrijven. Dit geeft aan hoe volhardend een beperkte groep in zijn crimineel handelen is. Nu werden er in de jaren voor 1998 ook misdrijven gepleegd door personen die niet in 1998 verdacht werden. Het aandeel van de sterk recidiverende groep in de totale criminaliteit over een reeks van jaren komt daardoor lager uit. Uit cijfers over misdrijven uit 1998 blijkt dat 12 procent van de recidivisten verantwoordelijk is voor een kwart van de geregistreerde criminaliteit. Bij specifieke delicten, met name bij diefstal met geweld en bij vermogensmisdrijven, neemt 6 procent van de recidivisten 20 procent van de delicten voor zijn rekening en 12 procent van de recidivisten pleegt een derde van de delicten.

Bij vermogensmisdrijven is met name de materiële schade aanzienlijk. Een sterk vereenvoudigde berekening illustreert dat. De materiële schade van vermogenscriminaliteit voor gezinshuishoudingen en bedrijven wordt geschat op 1,5 miljard euro (verg. Schreuders et al. 2000). Als die schade lineair over de geregistreerde misdrijven wordt uitgesmeerd, is te berekenen dat de eerste tranche van 6 procent van de verdachten gemiddeld 33.000 euro per persoon aan materiële

schade voor zijn rekening neemt. De tweede tranche van 6 procent genereert 17.000 euro per persoon aan kosten. Als door een geïntensiveerde nazorg de recidive met een kwart zou kunnen worden gereduceerd, dan zou het alleen al gelet op de toegebrachte materiële schade maatschappelijk doelmatig zijn om voor de eerste tranche van 6 procent tot maximaal 78 miljoen euro aan nazorg te reserveren en voor de tweede tranche van 6 procent tot maximaal 44 miljoen euro. Hierbij dient bedacht te worden dat de criminaliteit van veelplegers zich weliswaar concentreert bij vermogensmisdrijven, maar dat zij zich ook schuldig maken aan andere soorten delicten. Verder beperkt de toegebrachte schade zich niet louter tot materiële schade, maar is er ook sprake van letselschade en van psychische schade. Bovendien kan een vermindering van de criminaliteit door nazorginspanningen op termijn besparingen opleveren voor het opsporingsapparaat en voor het sanctieapparaat. Ook deze besparingen zouden in de afweging voor het budget dat voor nazorg beschikbaar wordt gesteld, moeten worden meegenomen.

Nu is met het oog op de toekomst vooral een concentratie van de nazorg gewenst voor jeugdige personen die op het punt staan een serieuze criminele carrière aan te vangen. Slotboom et al. (2002) geven aan dat in het jaar 2000 in totaal 21.000 jongeren onder achttien jaar met de politie in aanraking kwamen (exclusief HALT-afdoeningen). Daarvan zijn er 1000 die al meer dan vijf keer met de politie in aanraking zijn geweest. Gemiddeld hebben zij al 16 delicten op hun naam staan. Minder ver op het criminele pad gevorderd is een groep van 6.650 jongeren: zij zijn meer dan eenmaal maar niet vaker dan vijfmaal gearresteerd. Personen uit deze groep hebben gemiddeld vijf delicten op hun naam staan. Naarmate meer van deze jongeren op het rechte pad kunnen worden gebracht, zal de samenleving in de toekomst veel narigheid bespaard blijven.

## 8.5 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

In dit hoofdstuk is de doelmatigheid van het rechtsapparaat besproken. Vanuit een rechtseconomische invalshoek is onderzocht hoe de doelmatigheid in de afzonderlijke sectoren van de rechtshuishouding kan worden vergroot. Hierna volgen de voornaamste conclusies en bevindingen en worden aanbevelingen gedaan.

### 8.5.1 CIVIEL RECHT

In de civielrechtelijke sector speelt het probleem dat de toegang tot de rechter niet voor iedereen gelijk is. Scheve machtsverhoudingen kunnen verhinderen dat de partijen in een conflict gelijke kansen hebben om in hun recht gesteld te worden. In eerste instantie moet hierbij gedacht worden aan partijen die slechts incidenteel en partijen die structureel met conflicten worden geconfronteerd. Scheve machtsverhoudingen spelen echter niet alleen een rol wanneer verschillende typen rechtspersonen een geschil hebben, maar ook bij geschillen rondom zaken met een relatief gering zaakbelang.

De gesubsidieerde rechtshulp is nog immer effectief om de ongelijkheid in de materiële toegang tot de rechter die voortvloeit uit verschillen in draagkracht, recht te trekken. Er zijn echter grenzen aan deze effectiviteit. Bij de inkomenshoogte waar net geen subsidie meer op de rechtshulp wordt verstrekt of waar een hoge eigen bijdrage geldt, bevindt de vraag naar rechtshulp zich op een minimum. Bovendien kan ook het subsidiëren van rechtshulp de voordelen van een sterke machtspositie bij het uitvechten van een conflict voor de rechter niet wegnemen, zelfs als de reikwijdte van de gesubsidieerde rechtshulp aanzienlijk zou worden uitgebreid. Daarbij moet bedacht worden dat gesubsidieerde rechtshulp ook kan leiden tot een overmatig beroep op de rechter.

De wetgever dient alert te zijn op ongelijke machtsposities die van belang kunnen zijn op de beslissing van burgers om conflicten al dan niet voor de rechter te brengen. Met name via wetgeving zijn ongelijke machtsposities recht te trekken. Speciale aandacht vergen ook zaken waar het zaakbelang niet opweegt tegen de kosten van een rechtsgang. Dit soort zaken komt regelmatig voor. De verdere uitbouw van lichtere alternatieven voor de rechtsgang, zoals het stelsel van geschillencommissies, kan bij deze zaken uitkomst bieden. Ook bij de alternatieven dienen zoveel mogelijk de gebruikelijke eisen aan de rechtspraak gewaarborgd te zijn zoals een zekere onafhankelijkheid en een zo groot mogelijke onpartijdigheid, of ten minste een evenredige vertegenwoordiging uit verschillende geledingen. Een beperkende factor is hierbij dat de institutionele partij als regelmatig conflicthebber in de regel zorg draagt voor de organisatie van het alternatief voor de rechtsgang. De overheid hoort op deze rechtsstatelijke vereisten toe te zien. Ten slotte valt voor bepaalde zaken waar de gesubsidieerde rechtsbijstand tekortschiet, een uitbreiding van de resultaatafhankelijke beloning of van alternatieven hiervoor te overwegen. Als alternatief valt bijvoorbeeld te denken aan een kredietfaciliteit in handen van de Raden voor Rechtsbijstand.

Van een overmatig beroep op de rechter en op vergelijkbare alternatieven is vanuit maatschappelijk gezichtspunt geen sprake als de kosten die gemaakt worden om conflicten juridisch uit te vechten geringer zijn dan de door de preventieve werking van het recht vermeden schade. Deze schade kan juist vermeden worden omdat er een signaal uitgaat van rechterlijke uitspraken. In meerdere gevallen biedt de empirie onvoldoende inzicht in de preventieve werking van het recht om daadwerkelijk conclusies over een overmatig beroep op het recht te trekken. Maar ook zonder dat er van preventieve werking van het recht sprake is, vervult de rechtspraak nog nuttige functie, namelijk om de compensatie voor geleden schade te regelen. In Nederland hoeft weinig zorg te bestaan over een overmatig beroep op het civiel recht. In de regel is de toegang tot het recht dermate hoogdrempelig dat er eerder te weinig beroep op de rechter wordt gedaan. Als er al op basis van de preventieve werking van het recht een maatschappelijk doelmatig niveau van civiele rechtspleging zou zijn aan te geven, dan is het vanwege de hoge drempel tot de rechter nog maar de vraag of dit niveau van rechtspleging voor de geschade partij ook bereikbaar is. In dat geval zou de zorg over een onvoldoende mate van door de gedaagde partij getroffen

voorzorg reëel zijn. In dit verband is het niet zonder belang de lange doorlooptijden van civiele bodemprocedures te verkorten. Met name voor de incidentele conflictpartij hebben de lange doorlooptijden een negatieve uitwerking. Het recht, waartoe ook de gepubliceerde uitspraken van de rechter worden gerekend, heeft een grote invloed op het gedrag van de burger zonder dat daarvoor dwang wordt uitgeoefend. De spontane naleving van de wet is groot en in verreweg de meeste gevallen weten burgers hun zaken onderling te regelen conform de richtlijnen die de wet daarvoor geeft. De signaalfunctie van de rechterlijke uitspraken is op zijn sterkst als deze met kracht worden gecommuniceerd naar de relevante sectoren van de maatschappij. De kracht van het signaal is ook sterker naarmate het helderder is, dat wil zeggen dat de consistentie in de uitspraken van verschillende rechters zichtbaar is. Het valt te overwegen een meer nadrukkelijke differentiatie aan te brengen in de functie van de hogere en de lagere rechters. De hogere rechter zou zich met het oog op de versterking van de signaalfunctie hoofdzakelijk moeten bezighouden met zaken van algemeen belang, terwijl de specialisatie op een snelle en efficiënte afhandeling van een grote stroom van zaken eerder tot de taak van de lagere rechter kan worden gerekend. Naarmate hierdoor echter de mogelijkheid van een tweede feitelijke behandeling zou worden ingeperkt, wordt ook ingeboet op de gelegenheid tot correctie van rechterlijke uitspraken.

De invoering van een resultaatafhankelijke beloning voor de procesvertegenwoordiging heeft vanuit economisch gezichtspunt slechts zin bij personen die met kredietrestricties worden geconfronteerd. Een alternatief zou het verstrekken van kredietgaranties kunnen zijn, bijvoorbeeld onder auspiciën van de Raden voor de Rechtshulp. In voorkomende gevallen kunnen dergelijke garanties worden verstrekt naast de gebruikelijke rechtshulp. Het gaat dan met name om bijkomende kosten voor bewijsvoering.

### 8.5.2 BESTUURSRECHT

In de aangesneden problematiek rond het bestuursrecht gaat het erom de waarborgen van de burger voor de kwaliteit van bestuursbeslissingen niet te laten uitmonden in een overmaat aan rechtspleging. Er is in zoverre een parallel met de bij het civiel recht aangesneden problematiek dat ook hier de toegang tot het recht ter discussie staat. Bij het bestuursrecht stuit een zekere overmaat aan rechtspleging welke door de laagdrempeligheid wordt veroorzaakt, op de capaciteitsgrenzen van het rechtsapparaat. De procesduur loopt steeds verder op, waardoor de bescherming die het bestuursrecht beoogt juist wordt ondergraven.

Net als bij het civiel recht is het in principe wenselijk dat men aanstuurt op een volume van rechtspleging waarbij de spontane naleving, in dit geval door bestuursorganen, zodanig toeneemt dat dit de kosten die het bestuursrecht met zich meebrengt, rechtvaardigt. Daarbij is de veronderstelling dat de behoefte om tegen bestuursbeslissingen in beroep te gaan door de rechtmatigheid van de besluiten wordt gedempt. Omdat deze behoefte echter niet is ingegeven door wat

kan worden gekenschetst als een maatschappelijk doelmatig niveau van rechtspleging, maar eerder door een kosten-batenafweging op micro-niveau, kan een bijsturing van de mate van beroep noodzakelijk zijn. De toegang tot het bestuursrecht is bepaald laagdrempelig. Het natuurlijke aanknopingspunt voor een bijsturing van de mate van beroep ligt dan ook in de toegangskosten tot de bestuursrechter. Voorzover er gebruik wordt gemaakt van gesubsidieerde rechtsbijstand spelen de toegangskosten echter geen rol en zou een zekere zeefwerking in de toevoegingsbeslissing verdisconteerd moeten zijn.

Maar ook de spontane naleving door de bestuursorganen is niet zonder meer gegarandeerd, omdat ook hier op micro-niveau een bedrijfseconomische afweging gemaakt wordt die niet noodzakelijkerwijs tot een voldoende mate van rechtmatigheid en daarmee ook niet noodzakelijk tot een maatschappelijk doelmatig niveau van rechtspleging leidt. Bestuursorganen kunnen in de verleiding komen de uitvoeringskosten op het rechtsapparaat af te wentelen. Om dit tegen te gaan is, net zoals dat bij het civiele recht gebeurt, de volledige doorrekening van de kosten van het rechtsapparaat gewenst in gevallen dat beroepen gegrond worden verklaard. Er dient echter tegelijkertijd te worden voorkomen dat hierdoor het aantal foutpositieve beslissingen van bestuursorganen toeneemt. Hiervoor zijn aparte maatregelen noodzakelijk.

Ook bij het bestuursrecht kan de signaalfunctie worden versterkt. Naarmate de jurisprudentie minder richtinggevend is en het signaal dus minder helder, ontstaat er meer beleidsvrijheid voor de bestuursorganen en mogelijk ook grotere rechtsonzekerheid voor de burger. Bij de beoordeling van maatregelen ter bevordering van de rechtseenheid, zoals het bieden van een tweede instantie, moet worden afgewogen in hoeverre de juridisering die daar het gevolg van is, opweegt tegen de juridisering die erdoor wordt vermeden. De instelling van de mogelijkheid tot hoger beroep kan zo vanuit een doelmatigheidsperspectief worden beoordeeld. In dit verband kan men denken aan een specialisatie van de hogere rechter op zaken waarvan een duidelijk signaal zal uitgaan naar de samenleving, evenals voor het civiel recht wordt voorgesteld. Op deze manier wordt bereikt dat met zo min mogelijk uitspraken zoveel mogelijk potentiële zaken door de preventieve werking van het recht al bij de wortel van het conflict worden opgelost.

### 8.5.3 STRAFRECHT

De laatste twintig jaar heeft er voor een selectie van delicten (zeden-, gewelds- en openbareordedelicten) een door de publieke opinie gesteunde verharding van het strafklimaat plaatsgevonden. Deze verharding heeft niet geleid tot een afname van de criminaliteit. Het feit dat de omvang van het strafrechtsapparaat gedurende de jaren tachtig niet met de ontwikkeling van de criminaliteit is meegegroeid, heeft weinig bijgedragen aan de groei van de criminaliteit. De criminaliteit laat zich slechts in geringe mate beïnvloeden door de opsporings- en vervolgingsactiviteiten van het strafrechtsapparaat. De voorgenomen uitbrei-

ding van de capaciteit van het strafrechtsapparaat zal naar verwachting het strafvolume aanzienlijk doen toenemen. Grote effecten op het voorkomen van criminaliteit mogen er echter niet van worden verwacht. Daarvoor voltrekt de ontwikkeling van de criminaliteit zich te veel buiten de invloedssfeer van de overheid. Het strafvolume zal mogelijk mede verder toenemen doordat ook de criminaliteit zich verhardt. Gezien de geringe effectiviteit op de preventie van criminaliteit meent de raad dat een verdere verhoging van de strafmaat niet opportuun is.

De voortgaande criminaliteitsontwikkeling maakt bestraffing van *alle* gepleegde delicten praktisch vrijwel onhaalbaar. Vanuit het oogpunt van de rechtsstaat is het zaak om de gestelde prioriteiten niet te verabsoluteren. Dit zou immers een vrijbrief geven om minder ernstig geachte criminele handelingen ongestraft te verrichten. De strafrechtshandhaving hoort op alle terreinen waar crimineel handelen voorkomt, zichtbaar te zijn. De algemene afschrikkende werking van opgelegde sancties kan door gerichte en geloofwaardige publiciteit worden versterkt. Dit kan ook het vertrouwen in de strafrechtshandhaving doen toenemen. Zelfs bij geringe ophelderingspercentages voor de lichtere delicten heeft de publieke bestraffing van een enkele criminele handeling een symbolische waarde die ook voor de slachtoffers van niet-opgehelderde feiten zijn waarde kan hebben. Rechtsstatelijk hoort een prioriteitstelling niet gestuurd te zijn door capaciteitstekorten, maar door overwegingen van algemeen belang over welke feiten wel en welke feiten niet de aandacht van het rechtsapparaat behoeven. In dit verband is het aan te bevelen ook de opvatting die aan het algemeen belang wordt gegeven bij de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, te expliciteren. Voor de zwaardere delicten zou het zowel voor de opsporing als voor de vervolging aanbeveling verdienen het positieve opportuniteitsbeginsel los te laten en wederom het negatieve opportuniteitsbeginsel als leidraad te nemen. In gevallen waar de politie geen vervolg geeft aan een aangifte van een zwaar delict dient hiervan met een beroep op het algemeen belang verantwoording te worden afgelegd. Hetzelfde geldt voor het openbaar ministerie indien er wordt afgezien van de vervolging van zwaardere delicten. Een dergelijke versterking van de transparantie is mede gezien de grotere nadruk op de legitimatie van het optreden van de bestuursorganen zeer gewenst.

Welhaast ten overvloede wijst de raad erop dat intensiveringen aan het begin van de strafrechtketen tot proppen in de vervolgstadia kunnen leiden. Het vormt een buitengewoon slecht signaal, zowel naar de maatschappij als naar het politieapparaat, als hierdoor de resultaten van de opsporing verdampen. Ter ontlasting van de strafrechtelijke behandeling zou kunnen worden overwogen om aan het openbaar ministerie de bevoegdheid te geven om bij lichtere delicten, waar de schuldvraag min of meer duidelijk ligt, een boete op te leggen met daarbij de mogelijkheid tot een beroep bij de rechter.

De raad meent verder dat de overwegingen die tot uitbreiding van de politiecapaciteit hebben geleid, weinig doorzichtig zijn. Zonder de noodzaak van een uitbreiding van de politiecapaciteit te willen bestrijden, wordt gehecht aan een

grotere mate van verantwoording over de inzet van middelen voor de opsporing. Juist omdat de doelstellingen van het politieapparaat diffuus zijn, is onduidelijk in hoeverre de beschikbaar gestelde middelen de gestelde doelen dienen. Voor de opsporing geldt dit te meer omdat de criminaliteit zich in belangrijke mate autonoom ontwikkelt. Tegenvallende resultaten op het gebied van de opsporing en een in vergelijking met het buitenland laag opsporingspercentage roepen vragen op over de interne doelmatigheid van het politieapparaat.

Recidive staat steeds meer in de belangstelling. Het feit dat een belangrijk deel van de misdrijven wordt gepleegd door een relatief klein deel van de delinquenten geeft op zich nog weinig houvast voor een doelmatige aanpak van de criminaliteit. Een intensief volgsysteem voor uitgesproken recidivisten met duidelijke verplichtingen voor de betrokkenen zou al snel op rechtsstatelijke beperkingen stuiten. Beperkingen van de vrijheid, alleen vanwege een kans op crimineel gedrag, doen te zeer afbreuk aan de rechten van de burger. Bij recidive doet zich echter wel een bijzondere situatie voor. Het kan zowel in het belang van de veroordeelde als van de samenleving zijn om de betrokkene in een als zinvol voorgehouden maatschappelijk stramien te dwingen, teneinde structuur en sociale bindingen in diens leven te bevorderen. Voor de haalbaarheid van een dergelijke oplossingsrichting is het noodzakelijk om perspectieven op maatschappelijke participatie voor erkend lastige klanten te scheppen. Daarbij moet op de eerste plaats worden gedacht aan gegarandeerde toeleiding naar voor deze personen geschikte arbeid en onderwijs (gezien hun vaak jeugdige leeftijd). In ruil hiervoor kan medewerking worden verlangd. Aan de niet-naleving daarvan kunnen voor de betrokkenen sancties worden verbonden, bijvoorbeeld uitgebreidere mogelijkheden voor een volgregime. Ook kan worden gedacht aan het instrument van voorwaardelijke strafbeëindiging. Zonder een goed uitgeruste reclassering als meest in aanmerking komend uitvoeringsorgaan en zonder een politieapparaat dat zonodig voor een stok achter de deur kan zorgen, maakt een beleid van straffe resocialisatie weinig kans.



## 9 HERWAARDERING VAN WETGEVING

### 9.1 INLEIDING

Wetten in formele zin worden in Nederland vastgesteld krachtens artikel 81 van de Grondwet, door regering en Staten-Generaal. Wetten zijn aldus een uitdrukking van de maatschappelijke normstelling. Wetten zijn collectief bindende besluiten. Ze fungeren tevens als de voornaamste bron van recht, waar burgers, rechters en andere justitiële gezagsdragers zich aan te houden hebben. In de trias politica neemt de wetgeving van oudsher een primaire plaats in, hetgeen ook wel 'het primaat van de wetgever' wordt genoemd. De plaats van de wetgever is echter al geruime tijd aan verandering onderhevig. Er wordt een verzwakking, terugdringing of verplaatsing van centrale wetgevende activiteiten geconstateerd, die mede hun oorzaak vinden in de toename van internationale rechtsvorming en in meer ruimte en handelingsvrijheid voor zelfstandige, mondige burgers. Ondanks deze verzwakkende tendens van de stuurkracht van de centrale nationale wetgeving neemt het aantal wetten in formele zin jaarlijks nog fors toe.

Naast formele wetgeving komt er ook gedelegeerde wetgeving tot stand, via a.m.v.b.'s, algemeen verbindende voorschriften en ministeriële regelingen. De gedelegeerde wetgeving neemt op zichzelf al zo'n omvang aan, dat er wordt gesproken van het bestaan van een apart soort 'bestuurswetgeving', die zonder behandeling in de Staten-Generaal de burger bindt. Deze gedelegeerde wetgeving wordt vanwege haar omvang, onoverzichtelijkheid en deels ook onkenbaarheid soms gezien als een aantasting van de rechtszekerheid, die de wetgeving in de rechtsstaat behoort te bieden. De snelheid waarmee bovendien dergelijke bestuurswetgeving wordt gewijzigd, is zo groot, dat de formele publicaties ervan vaak ver achterlopen bij de besluitvorming. Een aanpassing van de wetgeving aan de veranderde maatschappelijke omstandigheden wordt nodig geacht, maar de vraag hierbij is niet zozeer óf er een aanpassing van de plaats van wetgeving dient plaats te vinden, maar veeleer hóe en in welke richting.

De Raad van State bepleitte in zijn jaarverslag over 1998 een verbetering van de kwaliteit van wetgeving en van de wijze waarop deze totstandkomt. Het vorige kabinet, Paars II, formuleerde als standpunt in de nota *Juridisering in het openbaar bestuur* (ministerie van BZK 1998): "Kern van een democratische rechtsstaat is dat de wet bij uitstek het democratisch gelegitimeerde instrument is om aan de samenleving gezaghebbend normen op te leggen en aan het bestuur taken en bevoegdheden op te dragen." Hieruit blijkt geenszins een terugtocht van de wet, maar in dezelfde nota wordt wel erkend dat het evenwicht in de trias een "kwes-tie is van *checks en balances*".

Dit hoofdstuk gaat in op de consequenties die de veranderingen in de omgeving van de rechtsstaat hebben voor de plaats van de formele wetgeving. Als de wet

haar centrale plaats verliest, verminderen daarmee dan ook essentiële rechtsstatelijke waarden?

Een van de kenmerken van de wet is zijn algemeenheid en zijn abstracte formulering. Als de Tweede Kamer een verbod wil instellen in de samenleving voor de verkoop van alcohol aan minderjarigen, dan zal deze regel voor *alle* minderjarigen moeten gelden en kunnen er geen uitzonderingen worden gemaakt voor bijzondere personen (bijvoorbeeld voor de dochter van de minister-president). Wil de wetgever een stadionverbod opleggen aan bepaalde voetbalsupporters, dan zal de wet in formele zin zeer veel gedetailleerde, maar tegelijk abstracte bepalingen moeten bevatten onder welke omstandigheden aan wélke personen en op grond van welke gedragingen, waar en op welke tijdstippen en voor hoe lang een dergelijk verbod kan worden opgelegd. Dit laatste voorbeeld geeft tevens aan dat delegatie van regelgeving aan plaatselijke bestuursseenheden of aan particuliere organisaties een voor de hand liggende weg is om gedetailleerde gedragsvoorschriften voor burgers uit te vaardigen en die vervolgens te handhaven. De veranderde visie op de plaats van wetgeving heeft vooral te maken met de onmacht van de wetgever op alle mogelijke maatschappelijke situaties gedetailleerd te anticiperen.

Wetgeving is echter niet uitsluitend de formulering van een maatschappelijke norm, ze is ook een belangenafweging, waarbij politieke gezichtspunten van diverse partijen naast en tegenover elkaar moeten worden afgewogen. Dit politieke aspect van wetgeving blijft in een juridische context en in de wetgevingsleer vaak onderbelicht, maar de Engels-Amerikaanse rechtsgeleerde J. Waldron stelt dit aspect van wetgeving juist wél centraal in zijn studies over wetgeving (Waldron 1999a en 1999b):

“The modern legislature is an assembly of the representatives of the main competing views in society, and it conducts its deliberations and makes its decisions in the midst of the competition and controversy among them” (Waldron, 1999b: 23).

Volgens Waldron is het juist om niet van dé wetgever te spreken, maar van vele wetgevers, dat wil zeggen van vele handen die aan het bed van de wet staan. Bovendien moet de potentiële aanwezigheid van onenigheid en verschillen van opvatting niet als een negatief element van de totstandkoming van de wet worden gezien. De wet kán juist verschillende gezichtspunten internaliseren. De wet als collectief besluit bindt alle burgers beter, indien na duidelijke en openbare beraadslaging verschillende gezichtspunten ten aanzien van te nemen besluiten zijn uitgewisseld. In een klassieke zin is de wet, *nomos*, een product van openbare beraadslaging in het parlement. Hirsch Ballin benadrukt eveneens het belang van belangenafweging in wetgeving, maar stelt aan die belangenafweging de rechtsstatelijke eis van “algemene gezichtspunten met het oog op situaties, waarin in de rechtsorde te beschermen belangen gevaar lopen” (Hirsch Ballin 1991: 405). Sommige belangen, onder

andere grondrechten, behoeven extra wettelijke bescherming en zijn daarom in de Grondwet verankerd. Politieke belangenafweging door de formele wetgever is aldus zelf ook gebonden aan bepaalde grondregels en beginselen. De bovengenoemde auteur definieert wetgeving als volgt: “wetgeving is het vaststellen van rechtsregels, dat wil zeggen, voor een veelheid van in algemene termen omschreven gevallen werkende rechtsnormen. De structuur van de normering in wetgeving is dus van dien aard dat het vereiste van belangenafweging uit algemene gezichtspunten er als het ware is ingebouwd” (ibid.: 406).

Door deze eis van algemeenheid kan de wetgever méér en tegelijk minder bereiken dan de rechter. Door haar algemeenheid geldt de wet voor ieder gelijkelijk (het gelijkheidsbeginsel), terwijl de rechter altijd de wet toepast in concrete gevallen, en in geschillen tussen twee partijen. Maar waar de wetgever er vaak niet in slaagt om vergaand rekening te houden met details van concrete situaties, lukt dit de rechter wel. De toenemende onmogelijkheid om van tevoren maatschappelijke situaties in detail te voorzien en de moeilijkheid om steeds meer rekening te houden met belangen en verlangens van individuele burgers, maken de wet tot een minder scherp instrument voor overheidsregulering.

Omgekeerd kan de rechter in elk geval niet, zoals de wetgever wél kan, adviescolleges instellen, vergunningenstelsels in het leven roepen, bestuursrechtelijke of strafrechtelijke sancties op overtredingen stellen (Polak 1987: 24). De rechter kan veel minder met alle in het geding zijnde belangen rekening houden of met vertegenwoordigers van belangengroepen overleg plegen. Om deze algemene belangenafweging zal aan het primaat van de wetgever niet zo snel, ten gunste van de rechter, een einde komen. Ook ten opzichte van de eis van onpartijdigheid zijn er opvallende verschillen tussen wetgever en rechter: waar de onpartijdigheid van de rechter een eerste vereiste is van de rechtsstaat, is het voor iedereen duidelijk dat de wetgever over het algemeen wel partijdige gezichtspunten mag laten doorklinken én meewegen bij wetgevende beslissingen. Op deze wijze werken wetgever en rechter, ieder met een eigen methode, samen aan het realiseren van verschillende doelstellingen van de rechtsstaat: het stellen van algemene regels op basis van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en legaliteit én een toetsing van de rechtstoepassing in concrete gevallen door de rechter (bescherming tegen willekeur).

## 9.2 VELE HANDEN MAKEN DE WET: DE ONZICHTBAARHEID VAN HET WETGEVINGSPROCES

Waldron (1999a) wijst op het geassembleerde karakter van de wet. Moderne wetgeving is altijd het product van veelkoppige bestuurlijke en vertegenwoordigende lichamen, die uiteindelijk gezamenlijk tot één, eventueel een voorlopig, besluit moeten komen. Compromissen zijn daarbij eerder regel dan uitzondering, maar zij doen geen afbreuk aan het rechtskarakter van de wet (soms wel aan de technische kwaliteit). Bovendien wordt de wetgever bijgestaan door grote, eveneens veelkoppige bestuursafdelingen, adviescommissies, externe overlegorganen

en gespecialiseerde wetgevingsafdelingen op departementen. Vele handen maken de wet, maar dit proces, dat vaak zéér lange tijd in beslag kan nemen, variërend van twee tot tien of twaalf jaar, wordt er niet inzichtelijker door.

De onzichtbaarheid van het voorbereidende wetgevingsproces wordt bevestigd door de veel gebruikte uitdrukking ‘de zwoegers in het vooronder’ als aanduiding voor de vaak anonieme wetgevingsambtenaren. Toch heeft dit onzichtbare deel van het proces van wetgeving geen doorslaggevende betekenis voor de waarde van de wet: de wet ontleent haar bindingskracht voor de samenleving aan de uiteindelijke besluiten van de Eerste en Tweede Kamer. Die bindingskracht geldt evenzeer voor snel als voor langzaam totstandgekomen wetten, voor ‘Kamerbreed’ gesteunde wetten als voor wetten met een krappe meerderheid, voor zeer gedetailleerde wetten als voor wetten met open normen. Het decisieve moment verandert het voorbereide wetsvoorstel in een rechtsbron.

Wel wordt door de veelkoppige voorbereiding de rol van het parlement als medewetgever enigszins aan het licht onttrokken. De voorsprong van de departementen op leden van het parlement is bij de wetsvoorbereiding, qua deskundigheid en aandacht, groot. Dit ondermijnt een zuivere taakverdeling tussen uitvoerende en wetgevende macht, omdat het bestuur tevens grote invloed kan uitoefenen op de wetgeving, bijvoorbeeld bij de initiële keuze voor bepaalde typen van wetgeving. Beraadslagingen over wetgeving krijgen hierdoor vaak een zeer specialistisch karakter, slechts door enkele ingewijden en fractiespecialisten te volgen, hetgeen de zichtbaarheid van het parlement als medewetgever, hoe onterecht ook, voor burgers nadelig beïnvloedt.

Het belang van deze initiële keuze om op een bepaalde manier met wetgeving op maatschappelijke situaties te reageren, blijkt uit de geringe discussies in het parlement over de vraag of er moet worden gekozen voor een strafrechtelijke aanpak (wetsbepalingen met strafsancities), een bestuursrechtelijke aanpak met vergunningenverlening of een privaatrechtelijke aanpak met aansprakelijkstelling. De kosten en baten van dergelijke uiteenlopende wijzen van regulering worden nu nauwelijks systematisch in kaart gebracht. Bij maatschappelijke misstanden wordt heel snel teruggegrepen op het strafrecht, daar waar alternatieven mogelijksterwijs effectiever of efficiënter zouden kunnen werken. Echter, de relatie tussen de keuze voor bepaalde regulering en de relatieve kosten die met latere juridische procedures gemoeid zijn, wordt zelden expliciet gelegd. Dergelijke afwegingen van geschatte opbrengsten en maatschappelijke kosten zouden in de parlementaire beschouwingen meer aandacht moeten krijgen.

De rol van het parlement als medewetgever wordt nog door twee andere belangrijke factoren verkleind. In de afgelopen tien jaar hebben regeerakkoorden meestal zoveel te regelen zaken van tevoren vastgelegd, dat openbare beraadslaging, amendering en kritiek vanuit het parlement afnamen. Het zogenoemde monisme in de verhouding tussen regering en parlement heeft het klassieke beeld van wetgeving als sluitstuk van openbare uitwisseling van standpunten, waarna,

via stemming, het definitieve oordeel wordt geveld, doen verbleken. Door deze ‘consensus’-politiek heeft het parlement als medewetgever aan gezag ingeboet, hetgeen vanuit het gezichtspunt van de democratische rechtsstaat te betreuren valt.

Een tweede factor, die de rol van het parlement *lijkt* te verminderen is de invloed van Europese regelgeving. Heel veel Nederlandse wetten worden bepaald in Brussel (de schattingen van het percentage Europese regelgeving op het totale aantal lopen uiteen van 40% tot 60%). De invloed van het Nederlandse parlement op de Brusselse regelgeving is geringer dan mogelijk zou zijn. Veel Europese regelgeving komt tot stand via ambtelijke onderhandelingen. De onderhandelingspositie van ambtenaren is precair. Openbare parlementaire beraadslagingen, voorafgaand aan het onderhandelingsproces, zouden de onderhandelingen kunnen schaden, hoewel hierover in politieke kringen tegenwoordig minder nerveus wordt gedaan. Maar de stille diplomatie in het wetgevingsproces confronteert het parlement en de burger vaak met voldongen feiten, die als voldongen normen door het parlement nog formeel moeten worden gesanctioneerd. De vele handen aan de totstandkoming van de wet worden dus talrijker. De Europese dimensie van het wetgevingsproces vergroot de afstand tussen burgers en wetgeving en heeft – vermoedelijk – een negatieve invloed op de acceptatiebereidheid van burgers. Formeel worden echter de Europese regels altijd wel geïmplementeerd in het Nederlandse recht. Wil men de negatieve effecten van het onzichtbare wetgevingsproces verkleinen, dan zou er een grotere aandacht in het parlement moeten komen voor het voortraject van de totstandkoming van Europese regels en richtlijnen. De voorfase zou ook in de procedure van het nationale parlement een plaats kunnen worden toebedeeld.

De hier kort aangestipte factoren in het wetgevingsproces verzwakken de wet als rechtsbron en doen de bekendheid van de wet bij de burgers afnemen. Wetgeving als het toekennen van symbolische waardigheid aan maatschappelijke normen die als bindend recht voor de burgers gaan gelden, is een proces dat zoveel mogelijk in de volle openbaarheid dient plaats te vinden en niet in alle stilte (Luhmann 1969; Waldron 1999b).

### 9.3 OUDE EN NIEUWE PROBLEMEN VAN WETGEVING: VARIATIE EN VERANKERING

Problemen van wetgeving zijn zo oud als de wet van Solon. Zeer regelmatig wordt er in de rechtswetenschap aparte aandacht gevraagd voor wetgevingsvraagstukken. In 1976 stipte oud-minister van Justitie, C.H.F. Polak, al de volgende feiten aan in het wetgevingsproces: onvoldoende coördinatie tussen de departementen, te weinig aandacht voor procesrechtelijke voorschriften, te geringe juridische expertise in de Staten-Generaal en het onvoldoende doordacht gebruikmaken van het recht van amendement in de Tweede Kamer (Polak 1976). Enkele jaren later, in 1979 vergaderde de Nederlandse Juristen Vereniging specifiek over de problematiek van wetgeving. Halverwege de jaren

tachtig kwam er speciale aandacht voor de nadelige gevolgen van te centralistische en te instrumentele regels, uitmondend in het rapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken (1985). De dereguleringsoperatie richtte de aandacht weer sterk op de mogelijkheden én grenzen van centrale sturing door wetgeving. Kort daarna kwam er een beleidsnota van het ministerie van Justitie, *Zicht op wetgeving* (1991), dat alternatieven voor klassieke hiërarchische wetgeving onderzocht. Deze nota formuleerde criteria voor wetgevingskwaliteit. Formele juridische criteria, zoals rechtmatigheid, onderlinge afstemming, consistentie en duidelijkheid en toegankelijkheid, vertegenwoordigden het vereiste van kenbaarheid en de gehoorzaamheidsmogelijkheid van rechtsregels in de rechtsstaat. Ze hadden betrekking op de wetgevingstechniek. Andere criteria daarentegen hadden te maken met de inhoudelijke beleidskeuzes van de wetgever. Het ging dan om criteria als uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, doelmatigheid en doeltreffendheid, subsidiariteit en evenredigheid in de belangenafweging. Het bleek echter moeilijk te zijn om in de vaak hectische politieke praktijk van het parlement aan al deze criteria te voldoen.

Na de nota *Zicht op wetgeving* is er vanuit de rechtswetenschap veel gespecialiseerd onderzoek verricht naar wetgevingsvraagstukken (Eijlander et al. 2000). In elk decennium worden aldus specifieke problemen van wetgeving ervaren en geformuleerd en worden speciale oplossingen aangedragen, die echter snel verouderen en op het moment dat ze zouden kunnen worden beproefd vaak al weer achterhaald zijn.

In het begin van de 21ste eeuw doemen nieuwe problemen van wetgeving op, terwijl de oude (met name alternatieven voor wetgeving, regulering en deregulering) en zeer oude problemen (met name de veertien wetsfamilies en de te snelle amenderingen) nog niet verdwenen zijn. Deze cumulatie van problemen draagt ertoe bij dat de aandacht voor de problematische kant van de wetgeving wordt versterkt, alsmede dat de plaats van de wetgeving wordt ondergewaardeerd of uit het centrum van de belangstelling verdwijnt. Eerherstel voor de formele wetgeving in enigerlei vorm en voor de rol van het parlement als medewetgever wordt daardoor steeds moeilijker.

### **Variatie en verankering als model**

In het eerste decennium van deze nieuwe eeuw zullen drie problemen van wetgeving extra aandacht trekken:

- a de voortschrijdende invloed van ‘Europa’ op de nationale wetgeving;
- b nieuwe maatschappelijke verschijnselen, samenhangend met de ontwikkelingen in technologie, medisch-biologische kennis en ICT; deze ontwikkelingen hebben evenzeer een sterke internationale dimensie, omdat de wetenschappelijke vernieuwing meestal van buiten onze grenzen komt of zich althans weinig van territoriale grenzen aantrekt;
- c de graad van deskundigheid die nodig is om de nieuwe technisch-wetenschappelijke ontwikkelingen tot regels of wetten te kunnen transformeren.

Hoewel dit niet volstrekt nieuwe factoren zijn, leggen ze wel andere en nieuwere accenten in het wetgevingsvraagstuk.

Kan de wetgever adequaat en consistent omgaan met ontwikkelingen in techniek en wetenschap? Loopt de wetgever vaak niet ‘achter op de feiten’? Waar blijft de wetgever als er om ordening of regulering wordt gevraagd? Een van de belangrijkste kenmerken van de kennissamenleving is de onvoorspelbaarheid van en de onzekerheid over toekomstige ontwikkelingen. Anders dan een meer traditionele samenleving die door stabiele normen wordt beheerst en daardoor redelijkerwijs overzienbaar was, is een kennissamenleving constant aan veranderingen onderhevig. De wetenschap staat niet stil. De markt van informatiegoederen reageert uiterst snel, en liefst wereldwijd, gedreven door technologische mogelijkheden.

Hoe zou de wetgever in dit uiterst dynamisch veld kunnen of moeten optreden? In het rapport *Van oude en nieuwe kennis* heeft de WRR gewezen op de behoefte in zo’n kennissamenleving aan variatie en aan de ruimte voor experimenteren. Door de principieel onvoorzienbare ontwikkelingen en de snelheid van verandering en de ongewisheid over gunstige of ongunstige gevolgen voor de maatschappij als geheel, zal een spreiding van zowel ontwikkelingen als verantwoordelijkheden belangrijk zijn. De overheid kan deze ontwikkelingen nauwelijks in centrale, gedetailleerde wetten vastleggen.

Waar wél behoefte aan is, als men de ontwikkelingen nauwkeurig observeert en de actoren op deze gebieden beluistert, is een bepaalde verankering: hetzij in economische normering of in betrouwbare afspraken. Er is sprake van normatieve verankering indien wordt verwezen naar de in grondrechten en in de Grondwet verankerde maatschappelijke waarden.

Verankering en normering zijn echter niet identiek aan centrale sturing door gedetailleerde wetgeving. De normering wordt ingegeven door praktische behoeften van de markt of van het maatschappelijke veld, die vaak voortkomen uit technische ontwikkelingen zelf. Een voorbeeld hiervan is de geslaagde introductie van GSM in Europa (Pelkmans 2001). Juist door de mogelijkheid die werd geschapen om tijdig afspraken te maken in de verschillende Europese landen kon een standaardisering van apparaten en een verdeling van frequenties totstandkomen. Het gaat derhalve in een onvoorspelbare kennissamenleving – waar ICT, biotechnologie en andere technologieën als voorbeelden kunnen gelden – om het toelaten van zoveel mogelijk variatie in samenhang met noodzakelijke verankering. Op den duur zal de variatie uitmonden in gestandaardiseerde praktijken, die vervolgens invloed zullen uitoefenen op de verdere ontwikkeling (padafhankelijkheid van vernieuwingen).

Welke rol kan de wetgever nu spelen in dit proces van variatie en verankering? Ondanks de bewering dat wetgeving haar centrale rol verliest, kan de wetgever juist weer wél een belangrijke rol gaan spelen om in hoofdlijnen de principiële reikwijdte van vernieuwing en normverandering aan te geven. Het gaat daarbij

dan niet om de – vroeger gebruikelijke – gedetailleerde wetgeving en om wetgeving als een middel tot hiërarchische sturing. Het gaat meer om de wet als een symbolische uitdrukking van de principiële normstelling van de samenleving. Door de normatieve, economische of technische verankering aan te geven, wordt de formele wet een bron van collectief bindende besluiten, waarin weliswaar zeer veel open normen zullen zijn geformuleerd, maar waar de politieke gemeenschap zich wel naar wil richten.

Hoe deze normstelling vervolgens in de praktijk dient te worden uitgewerkt, uitgevoerd en gehandhaafd, wordt aan burgers en corporate actors zelf overgelaten (bijvoorbeeld in de vorm van convenanten of zelfregulering). Met de combinatie van variatie en verankering wordt tevens voorkomen dat wetten in zeer hoog tempo steeds moeten worden gewijzigd en aangepast. Deskundigheid op bepaalde wetenschappelijke terreinen (biotechnologie, biomedische diagnostiek, enz.) kan bij de totstandkoming van de hoofdlijnen van de wet van pas komen, maar de principiële kanten van die hoofdlijnen hoeven niet uitsluitend door deskundigen beoordeeld te worden. Er moet juist worden gewaakt tegen verstengeling van de belangen van deskundigen en de belangen van de formele wetgever. De laatste dient immers alle betrokken belangen af te wegen en zal ook de niet-technisch-deskundige aspecten dienen te bewaken.

Dit model van variatie en verankering, ontworpen voor de ICT-sector, kan men ook benutten bij andere wetgevingsgebieden, waar men is gestuit op de grenzen van de klassieke gedetailleerde hiërarchische sturende regels. De combinatie van variatie en verankering als model van wetgeving veronderstelt het systematisch benutten van wetsevaluaties, onder andere om na te gaan wanneer en hoe lessen kunnen worden getrokken uit de veelheid van eigen initiatieven en experimenten om zo te komen tot uitgekristalliseerde verankeringen in wetgeving.

## 9.4 CONCLUSIES

Het model van variatie en verankering sluit aan bij de discussies over de tekortkomingen van de centrale hiërarchische sturing van maatschappelijke processen door wetgeving. De kritiek op deze klassieke vorm van regulering richt zich vooral op het feit dat centrale regels en regelingen niet of onvoldoende aansluiten bij de omstandigheden van het te regelen maatschappelijke veld. Het gaat niet per se om nieuwe verschijnselen, maar ook om bestaande en oude verschijnselen. De sterke detaillering van de regels maakt handhaving van alle regels door de overheid zelf tot een probleem. Vandaar dat men kiest voor decentralisatie en deregulering en voor het zoeken naar ‘alternatieven voor wetgeving’. Ook de door de wetgever verplicht gestelde zelfregulering, zoals bij het tuchtrecht van de vrije beroepen, kan als oplossing voor een te centralistische regelgeving gezien worden. De noodzakelijke variatie, die uit de praktijk naar voren komt, kan daarbij behouden blijven, terwijl toch een bepaalde normstelling wordt vastgelegd



Het interessante van dergelijke 'alternatieven' is dat zij op zichzelf genomen eigenlijk niet als letterlijk alternatief voor centrale wetgeving kunnen worden gezien, maar veel meer als complementaire maatregelen, die ofwel steun vinden in een centrale wet ofwel een nieuwe vorm introduceren van uitvoering van overheidstaken die voorheen bij de overheid lagen. Delegatie en zelfregulering bieden mogelijkheden om effectiever op te treden en toch dicht bij de praktijk van het te regelen veld te blijven. Het milieurecht, het onderwijsrecht en het familierecht bieden goede voorbeelden van een dergelijke complementariteit (Eijlander et al. 2000). Wetgeving wordt in deze optiek een verbindende schakel tussen overheid en delen van de samenleving, een intermediair tussen staat en markt en een koppeling tussen nationale en internationale gemeenschappen (Eijlander 2000). Uit deze veranderende functie van centrale wetgeving, die zich niet meer tot in details uitstrekt en grote vrijheden laat aan oude en nieuwe uitvoeringsorganen, kan men concluderen dat de betekenis van de wet vermindert. Die conclusie is alleen juist indien men hiermee doelt op de verminderde betekenis van de centrale hiërarchische sturende wetgeving.

Maar wetgeving is niet uitsluitend een instrument in handen van de centrale overheid. Zoals hiervoor in paragraaf 9.1 is gesteld, is de wet vooral de uitdrukking van een maatschappelijke norm die tot stand is gekomen in een politieke of rechtsgemeenschap die het *niet* eens is en ook niet eens hoeft te zijn over de fundamentele inrichting van die gemeenschap. Normatieve verankering van de besluiten die in elk geval wel alle burgers binden, blijft een vitale functie van wetgeving. De effectiviteit ervan kan worden verhoogd door een ruim stelsel van aanvullende, complementaire en ondersteunende rechtsfiguren; de legitimiteit van het collectieve besluit kan echter niet door deze aanvullingen volledig worden overgenomen.

Reacties op de van vele kanten geuite kritiek op de centrale hiërarchisch sturende wetgeving is tweërlei. Enerzijds zijn er pleidooien om de wet 'in ere' te herstellen, voor een versterking van het wetgevingsproces en de ondersteuning van het parlement in haar medewetgevende taak. Anderzijds zijn er realistische analyses die willen erkennen dat de nadelen van het vasthouden aan centrale sturing door wetgeving te groot blijven en dat compenserende rechtsfiguren moeten worden ontwikkeld, waarbij de rechtsstatelijke waarborgen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid analoog kunnen worden toegepast (Witteveen et al. 2002; Eijlander et al. 2000: 81-87).

Er is hier echter geen sprake van een of-of-keuze. Variatie en verankering zijn beide nodig in een dynamisch ontwikkelende samenleving. Als de verankering vooral op hoofdlijnen geschiedt, op de principiële te maken keuzes, dan is de plaats voor dergelijke keuzes het parlement en andere vertegenwoordigende wetgevende lichamen. De variatie en het blijven zoeken naar betere alternatieven geschiedt in het maatschappelijke veld zelf. Versterking van wetgeving is derhalve nodig, maar evenzeer moeten complementaire variaties in zelfregulering en andere rechtsfiguren worden gevonden. Als de formele wetgever meer

open normen zal gaan stellen, dan brengt dat met zich mee dat rechterlijke toetsing van die normen in individuele gevallen evenzeer zal toenemen. De consequenties hiervan worden in het volgende hoofdstuk besproken.

Een herwaardering van de wet als rechtsbron en als maatschappelijk ankerpunt geldt vooral voor die onderwerpen waarvoor een duidelijke normstelling door de wetgevende macht (regering en parlement) nodig en noodzakelijk wordt geacht. Indien deze maatschappelijke normstelling zich beperkt tot hoofdpunten en principiële keuzes en niet tot in alle details wil vastleggen hoe het veld 'geregeld' moet worden, kan de wetgeving volledig de centrale plaats behouden die haar in de democratische rechtsstaat toekomt. 'The dignity of legislation' (Waldron 1999b) kan er zelfs beter mee gediend zijn.

Een dergelijke herwaardering zou gediend zijn met een bezinning van het parlement op de functie van wetgeving en zijn rol in het wetgevingsproces. Deze rol concentreert zich nu op het beoordelen en eventueel amenderen van wetsvoorstellen die door de regering zijn ingediend. Dan zijn de principiële keuzes al gemaakt. Een meer pro-actieve benadering zou kunnen inhouden dat het parlement ook zelf aandacht besteedt aan de plaats van wetgeving in de huidige samenleving, de fundamentele keuzes die daarbij aan de orde zijn, en de inbreng die het zelf daarbij wil leveren.

Daarbij is ook de parlementaire inbreng in het Europese wetgevingsproces aan de orde. Die inbreng bij de Nederlandse bijdrage aan dat proces is noodzakelijkerwijs beperkt door de structuur van dat proces. Dat neemt niet weg dat de parlementaire aandacht voor de te maken keuzes groter zou kunnen zijn. Nu ontstaat wel de indruk dat het parlement eerst bij de implementatie van Europese regelgeving wordt geconfronteerd met beslissingen die inmiddels zijn genomen, maar die men eerder had willen beïnvloeden.

## 10 DE TOEKOMST VAN DE NATIONALE RECHTSSTAAT: SLOTBESCHOUWING, CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

### 10.1 INLEIDING

#### 10.1.1 HET BELANG VAN DE RECHTSSTAAT

Het belang van de rechtsstaat is onomstreden. De rechtsstaat markeert historisch en moreel een beschaafde manier van omgaan met staatsmacht, die gebonden wordt aan de regels van het recht. De rechtsstaat vertegenwoordigt belangrijke waarden die burgers en gezagsdragers nastreven en die zij gezamenlijk in praktijk brengen. Een rechtsstaat leidt tot de situatie waarin, voor een bepaald grondgebied en mede door toedoen van de overheid, veiligheid, orde, welzijn, vrijheid en tolerantie heersen (Van der Hoeven 1989).

Het belang van de rechtsstaat neemt toe in samenlevingen die qua religieuze en etnische samenstelling gemengder en heterogener worden en waarin waardepatronen van bevolkingsgroepen meer uiteen gaan lopen dan in homogene samenlevingen. De waarden van de rechtsstaat en de daaruit voortvloeiende normen en gedragsregels vormen de minimale binding van al die verschillende groepen aan elkaar. Gezagsdragers mogen geen discriminerende wetten maken, noch deze uitvoeren. Burgers kunnen van bepaalde rechten gebruikmaken ongeacht hun herkomst, geloofsovertuiging, levenswijze of seksuele aard. Hiermee vervult de rechtsstaat een onontbeerlijke functie voor elke moderne samenleving. Abstracte waarden en universele rechtsbeginselen, zoals onder andere onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak en een gewaarborgde eerbiediging van mensenrechten, worden in een rechtsstaat vertaald in concrete regelingen en rechten, die kunnen worden gehandhaafd, ook tegen de weerstand van gezagsdragers in. Het schema van begripsslagen van de rechtsstaat, zoals dat in hoofdstuk 1 is beschreven, laat zien hoe deze abstracte waarden en rechtsbeginselen (laag 1 en 2) zijn terug te vinden in regels, juridische arrangementen en bestuurspraktijken (laag 3 en 4).

De waarden en beginselen van de rechtsstaat moeten wel worden onderhouden. Ze zijn niet *self-executing*. Bij de rechtsstaat hoort een ethos van vanzelfsprekende gedragingen en verwachtingen. Het onderhoud van de waarden van de rechtsstaat lijkt op het onderhouden van een vriendschap: van tijd tot tijd moet zij bevestigd en hernieuwd worden. Bij verwaarlozing raken de belangrijkste waarden in het slop en blijven ze achter bij hetgeen wenselijk wordt geacht. Soms gaan ze geheel verloren.

Het onderhoud van de rechtsstaat bestaat er echter vooral in dat er wordt nagegaan of de normatieve ideeën en rechtsbeginselen van de begripsslagen 1 en 2 uit

het schema – die zelf onomstreden blijven – nog een goede vertaling vinden in de regelingen en arrangementen van de lagen 3 en 4, die immers veranderbaar zijn zonder dat de grondidee van de rechtsstaat wordt aangetast. Soms zijn vernieuwingen nodig.

### **Voorwaarden voor het goed functioneren van de rechtsstaat**

De rechtsstaat vraagt ook om een zorgvuldige bewaking van de voorwaarden voor het goed functioneren ervan. Deze zijn:

- a dat de overheid haar taken adequaat uitvoert, met name op het gebied van de rechtshandhaving;
- b dat de overheid naar behoren presteert op de gebieden waar ze prestaties voor burgers heeft gegarandeerd;
- c dat de rechterlijke macht in staat is om volledig haar rechtsbeschermende functie uit te oefenen;
- d dat de *civil society* werkt en bloeit;
- e dat de bevolking voldoende vertrouwen heeft in het recht en bereid is zich loyaal en vrijwillig aan de regels van het recht te houden.

Als deze voorwaarden in voldoende mate aanwezig zijn, dan versterken ze de rechtsstaat: de overheid en de publieke gezagsdragers eerbiedigen de regels en de burgers onderwerpen zich aan de plicht tot gehoorzaamheid aan de regels. De binding van de gezagsdragers aan het recht is op deze wijze gekoppeld aan de binding van burgers aan de collectieve besluiten (de wetten) van een samenleving. Er ontstaat een wederkerigheid tussen overheid en burgers die bijdraagt aan de legitimiteit, dat is de vrijwillige aanvaarding, van het recht en zo indirect aan de democratische rechtsstaat.

Er is dus een wisselwerking in het functioneren van de rechtsstaat, die mede te begrijpen valt uit de historische wording en evolutie ervan. Aanvankelijk lag de nadruk op de staatsonthouding en op de binding van de staatsmacht aan de beperkende regels en beginselen van de rechtsstaat. Echter, door de ontwikkeling naar een sociale rechtsstaat, die vooral na de Tweede Wereldoorlog tot stand is gekomen, heeft de rechtsstaat zich in nieuwe, positieve en vooral presterende zin gemanifesteerd. De overheid is niet alleen gebonden aan de regels van het recht, zij presteert ook, door middel van het vaststellen van de regels van het recht en via de toekenning van rechten aan burgers, die veel verder gaan dan louter grondrechten. Deze dubbele opdracht liet en laat nog steeds spanningen zien. Enerzijds dient de overheid te voldoen aan de verwachtingen van het presteren, anderzijds dient zij zich te houden aan de zichzelf opgelegde verplichtingen en beperkingen, die strekken tot de rechtsbescherming van de burger. De overheid wordt als het ware met één hand op de rug vastgebonden, terwijl ze tegelijk met twee handen de burgers moet dienen.

### **Rechtsstaat, veiligheid en het belang van rechtshandhaving**

Deze spanning komt nergens zo scherp tot uiting als in het strafrecht en in de rechtshandhaving. De kern van de rechtsstaat is de bescherming *tegen* willekeu-

rig overheidsoptreden, bescherming tegen de staat. Niettemin wordt er tegelijkertijd bescherming geëist dóór de staat. Dit geldt met name voor de bestrijding van criminaliteit en andere verschijnselen die de burgers in hun integriteit en hun belangen kunnen schaden (o.a. internationaal terrorisme). Deze dubbele opdracht – de bescherming tegen én door de staat – brengt de nodige spanningen met zich mee. De bescherming door de staat vraagt om effectief optreden tegen (zware) misdadigheid, terwijl opsporing en berechting zelf aan de hoogste eisen van de rechtsstaat moeten blijven voldoen. Deze problematiek is actueel geworden door vraagstukken van nationale en internationale veiligheid. De aanslagen op 11 september 2001 en die op de politicus Pim Fortuyn en de daarmee gepaard gaande gevoelens van onveiligheid dringen de vraag op naar de verhouding tussen rechtsstaat en veiligheid. Kunnen en willen staten zich aan de henzelf opgelegde rechtsstaatsbeginselen houden bij de bestrijding van terrorisme? Hoe verhouden de garanties van de rechtsstaat zich ten opzichte van het zeer ruim geformuleerde Europese arrestatiebevel? Hoewel deze problematiek niet het hoofdonderwerp van dit rapport is, dient zij wel als achtergrond voor het belang van de rechtsstaat.

Maar ook de normale en alledaagse rechtshandhaving heeft een directe relatie tot de rechtsstaat. In de dagelijkse praktijk van de rechtshandhaving dienen de rechtsstaatsbeginselen zorgvuldig en zichtbaar mee te spelen. De eerste en tweede begripsslaag vermengen zich zo met de vierde begripsslaag. Dit is echter niet de enige relatie tussen beginselen en praktijk. Immers, indien de rechtshandhaving grote tekorten gaat vertonen, neemt de willekeur in de rechtshandhaving toe en verliezen burgers meer en meer het vertrouwen in de rechtsstaat.

Dit vertrouwen is vaak ongespecificeerd. Uit een opiniepeiling na de moord op Pim Fortuyn bleek dat twee derde van de ondervraagden minder vertrouwen in de rechtsstaat heeft gekregen. De rechtsstaat is daarbij als een alomvattend begrip gebezigd. Een gespecificeerd vertrouwen, bijvoorbeeld het vertrouwen in de onafhankelijke rechter of in de kwaliteit van de ambtenarij, hoeft niet vermindert te zijn. Niettemin blijft een algemeen vertrouwen in de rechtsstaat, hoe abstract en verwachtingsvol ook, van belang voor het bewaren en versterken van het ethos van de rechtsstaat.

Deze ontwikkelingen bieden voldoende basis om de rechtsstaat aan de nieuwe omstandigheden aan te passen. Historisch gezien heeft de rechtsstaat zich trouwens steeds aan wisselende en nieuwe omstandigheden weten aan te passen. Dit is zijn kracht: door de sterke combinatie van abstracte waarden en universele rechtsbeginselen met concrete regelingen en arrangementen heeft hij een dynamisch vermogen gekregen zich in telkens wijzigende omstandigheden te handhaven.

De nieuwe omstandigheden die thans de rechtsstaat tot aanpassing uitdagen, bestaan uit twee verschuivingen. Ten eerste voltrekt zich een proces van mondialisering, die de beslissingsmacht van het nationale naar het internationale en

supranationale niveau verplaatst. Ten tweede groeit de mondigheid en slagvaardigheid van moderne burgers, die een grotere zelfstandigheid en meer eigen verantwoordelijkheid ten opzichte van de overheid opeisen en zich die ook veroorloven.

De rechtsstaat raakt aldus ingeklemd tussen twee onmiskenbare maatschappelijke krachten, die door recente ontwikkelingen in de twee langetermijnprocessen nieuwe impulsen hebben gekregen. Dit rapport heeft aan deze ontwikkelingen ruim aandacht besteed (hoofdstukken 3 tot en met 5). Het antwoord van de rechtsstaat op deze nieuwe omstandigheden dient niet te liggen in een beschroomd terugtreden, maar juist in een vitale aanpassing van de rechtsstaat. Aanpassing en behoud van de rechtsstaat vergen echter wel de nodige inspanningen van de overheid.

### 10.1.2 DE NATIONALE RECHTSSTAAT ALS BLIJVEND ANKERPUNT

Historisch gezien is de ontwikkeling van de rechtsstaat altijd gekoppeld geweest aan een *nationale* jurisdictie en een eigen grondgebied. De waarborgen van de rechtsstaat zijn nauw verbonden met de positie van de nationale staat. Daarbij is het uitgangspunt dat de nationale staat soeverein is binnen het eigen grondgebied, daarover zijn macht kan uitoefenen en die macht niet hoeft te delen met andere machthebbers. De waarborgen van de rechtsstaat dienen ertoe te zorgen dat die macht niet naar willekeur of ten gunste van enkelen wordt uitgeoefend. Overheidsmacht dient aangewend te worden om de belangen van burgers optimaal te dienen.

Dit uitgangspunt stemt steeds minder overeen met de werkelijkheid. De ontwikkelingen in internationaal verband en die binnen de staten zelf zorgen ervoor dat de positie van de nationale staat verandert. Hij is niet meer soeverein binnen het eigen grondgebied: juridisch en feitelijk is de staat sterk gebonden aan hetgeen in internationaal verband gebeurt en wordt beslist. Tegelijk moet de overheid in het eigen land steeds meer rekening houden met de toegenomen zelfstandigheid van burgers en maatschappelijke organisaties. Zij nemen in toenemende mate zelf verantwoordelijkheid bij het handelen ten behoeve van publieke belangen, zoals het aanbieden van onderwijs of het beheren van ziekenhuizen. De overheid deelt in feite veel verantwoordelijkheden met anderen. Zij kan niet als enige borg staan voor het algemeen belang van burgers. Burgers onderling en maatschappelijke organisaties nemen deel aan de macht en hebben ook zelfstandig machtsposities verkregen.

De afgenomen soevereiniteit van de staat en de toegenomen macht van zelfstandige burgers hebben gevolgen voor de manier waarop de rechtsstaat nu en in de toekomst moet worden ingevuld. Zolang de nationale staat kan worden gezien als het knooppunt van macht, zullen de rechtsstatelijke waarborgen zich richten op het binden van die macht aan de regels van het recht. Maar nu de staat niet meer exclusief aanspraken kan maken op een dergelijke machtspositie, en omdat

bovenstatelijke bestuursvormen en gouvernementele, non-gouvernementele en particuliere nationale en internationale organisaties grote invloed uitoefenen op het welzijn van de burgers, verliezen die waarborgen aan betekenis als ze zich alleen richten op het functioneren van de nationale staat. In dit nieuwe nationale en bovennationale krachtenveld zal aan de rechtsstaat een nieuwe oriëntatie en invulling moeten worden gegeven.

Ogenschijnlijk verliest de nationale rechtsstaat terrein, ingeklemd als hij wordt tussen enerzijds internationale ontwikkelingen en de overdracht van bevoegdheden naar bovenstatelijke verbanden, en anderzijds de binnenlandse verschuiving van bestuurlijke bevoegdheden en politieke besluitvorming. Het antwoord van de ‘beklemd’ rechtsstaat op deze dubbele beweging naar bovenstatelijke en subnationale verbanden moet niet zijn dat men deze bewegingen tracht te keren, gesteld dat dit al zou kunnen. Nee, het antwoord dient juist te liggen in het formuleren van een moderne visie op de functie van de rechtsstaat en in het ontwerpen van strategieën om het functioneren van de rechtsstaat te versterken. Want de hoofdconclusie die uit de analyses van dit rapport naar voren komt, is dat *de nationale rechtsstaat niet zijn centrale functie verliest*. Die centrale functie blijft bestaan, maar de wijze waarop die functie wordt uitgeoefend is aan het veranderen en zal ook in normatieve zin moeten veranderen om zich aan nieuwe omstandigheden aan te passen.

Immers, de Europese en internationale rechtsordes zijn voor de uitvoering van besluiten en verdragen nog steeds afhankelijk van de nationale staat en zijn organisaties. De rechtspraak van de internationale en Europese rechterlijke colleges wordt onderdeel van het nationale recht en internationale regels worden door nationale rechters in nationale zaken toegepast. Bovenstatelijke verbanden krijgen (nog) niet de vorm van een rechtsstaat boven de nationale rechtsstaat, met volledige functionerende en bevoegde organen, analoog aan die van een nationale rechtsstaat (wetgever, bestuur en rechtspraak). Hoewel er soms voor een Europese rechtsstaat wordt gepleit, onder andere door Dahrendorf, is de Europese Unie een organisatie *sui generis*, die volledig steunt op nationale rechtsstaten. Met andere woorden: de nationale rechtsstaat behoudt zijn centrale functie *als ankerplaats* voor internationale en bovenstatelijke organisaties én *als voorbeeld* om macht van overheden aan maat en regel te binden.

### 10.1.3 ZOEKEN NAAR NIEUWE EVENWICHTEN

De verschuivingen in de bevoegdheden van de nationale rechtsstaat naar bovennationale organisaties en het tegelijk vasthouden aan nationale soevereiniteit en identiteit zijn een voorbeeld van een van de structurele veranderingen in de moderne samenleving. De veranderingen zijn nog niet uitgekristalliseerd. Hoewel de richting, bijna onomkeerbaar, vastligt, zijn de onderlinge taakafbakeningen dat niet. Men zoekt gemeenschappelijk naar een nieuw evenwicht tussen nationale zeggenschap en internationale bevoegdheid, tussen internationale

afspraken en nationale uitvoering, terwijl men tegelijkertijd erkent dat het nieuwe evenwicht nog niet gevonden is. Alles blijft in verandering.

Binnen de nationale rechtsstaat is een soortgelijk proces waar te nemen: veel verschuivingen in bevoegdheden, veel veranderingen in onderlinge verhoudingen, zonder dat reeds een definitiever antwoord op die veranderingen is gevonden. De overheid zoekt naar een andere, minder centralistische rol. Burgers willen minder afhankelijk zijn van de overheid, maar blijven wél een beroep op diezelfde overheid doen wanneer ze met rampen of tegenspoed worden geconfronteerd.

De rechtsstaat zelf is ook aan verandering onderhevig, met name wat de onderlinge verhouding tussen de drie klassieke staatsmachten betreft.

Andere maatschappelijke machtscentra, zoals de media, multinationale ondernemingen en grote vrijwillige organisaties van burgers, oefenen invloed uit op het functioneren van de samenleving en, indirect, op de rechtsstaat. Wetgeving en rechtspraak staan meer in het brandpunt van de belangstelling.

De onderlinge verhoudingen tussen al deze maatschappelijke actoren (burgers, juridische gezagsdragers, corporate actors) krijgen als het ware het karakter van evenwichtsoefeningen. Dit is op zich zelf niet nieuw voor de rechtsstaat, waarin immers steeds gezocht is naar nieuwe evenwichten: evenwicht tussen de machten, evenwicht tussen verschillende – soms tegenstrijdige – waarden, en evenwicht in de verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheid.

Juist door tegengestelde waarden en maatschappelijke krachten te mobiliseren, behoedt de samenleving zich voor al te extreme uitingen of uitschieters.

In de reacties op de talrijke maatschappelijke veranderingen die plaatsvinden en die rechtstreeks het functioneren van de rechtsstaat beïnvloeden, zal dit zoeken naar nieuw evenwicht centraal dienen te staan. De beginselen van de rechtsstaat, met hun abstracte normen en waarden, kunnen telkens in concrete en vaak nieuwe omstandigheden opnieuw worden geïnterpreteerd en toegepast. Zo kan de rechtsstaat borg staan voor behoud én verandering.

In dit rapport zijn hiervoor geschetste ontwikkelingen zo goed mogelijk beschreven. Gewenste aanpassingen van de rechtsstaat hebben vooral te maken met het zoeken naar een nieuw evenwicht tussen tegengestelde eisen, wensen of waarden. De aanbevelingen die de raad doet om het goed functioneren van de rechtsstaat ook in de toekomst te verzekeren, hebben dan ook niet te maken met de abstracte waarden en idealen van de rechtsstaat, maar hebben vooral betrekking op de wijze van invulling in concrete wettelijke maatregelen en beleidsvoorname-  
mens.



De ontwikkelingen komen geconcentreerd samen op vijf punten waarop naar een nieuw evenwicht wordt gezocht. Dit zijn de volgende:

- 1 de spanning tussen de verhoogde eisen ten aanzien van een effectieve rechtshandhaving en het blijvende belang van een rechtsstatelijke rechtsbescherming;
- 2 de spanning tussen de verwachte prestaties van de overheid en de mate waarin de overheid is gebonden aan beperkingen die de rechtsstaat oplegt aan de macht van de overheid;
- 3 de spanning tussen de verantwoordelijkheid die de overheid heeft voor publieke taken en de eigen verantwoordelijkheid van de burgers;
- 4 de spanning tussen de nationale rechtsstaat en de bovennationale en internationale rechtsvorming;
- 5 de spanning tussen de drie staatsmachten onderling: de centralere rol van de rechter ten opzichte van de wetgevende en uitvoerende macht.

Elk van deze evenwichtspunten met de daarbij geformuleerde aanbevelingen wordt in de hierna volgende paragrafen uitgewerkt.

## 10.2 HET EERSTE EVENWICHT: EEN EFFECTIEVE RECHTSUISHOUDING

In hoofdstuk 8 is het begrip rechtshuishouding geïntroduceerd. Daaronder wordt verstaan het geheel van de manieren waarop een samenleving haar conflicten oplost met behulp van het recht. De kwantitatieve aspecten van deze conflictoplossing – hoeveel conflicten, op welke wijze, hoe lang en tegen welke kosten – staan in de rechtshuishouding centraal. Er is sprake van een effectieve huishouding indien er een bepaald evenwicht bestaat tussen opbrengsten en kosten van de totale conflictoplossing. Met name gaat het om het evenwicht tussen de conflicten die burgers, groepen van burgers en organisaties op eigen initiatief zelf oplossen en de conflicten die door middel van juridische procedures en door overheidsinstanties worden opgelost. Een te groot beroep op de juridische conflictoplossingen brengt de capaciteit van de rechtsstaat, het vermogen tot adequate en tijdige afdoening van conflicten, in moeilijkheden. Indien echter door juridische overbelasting conflicten in een samenleving vaker in eigen hand of door eigenrichting worden beslecht, kan het ethos van de rechtsstaat in diskrediet geraken. Kortom, het huishoudboekje van de rechtsstaat moet kwalitatief en kwantitatief op orde zijn.

Een van de belangrijkste voorwaarden voor het bewaren en koesteren van het ethos van de rechtsstaat is een effectieve rechtshandhaving. Burgers verlangen van de bestuurlijke en strafrechtelijke rechtshandhaving een grotere effectiviteit. De te geringe opsporingscapaciteit van politie en justitie kunnen op termijn het vertrouwen in de rechtsstaat ernstig aantasten, zich onder meer uitend in een toename van eigenrichting en gewelddadige conflictoplossingen. De organisatie van de justitiële keten zal qua effectieve inzet van personeel en andere middelen sterk moeten worden verbeterd. Dit heeft ook gevolgen voor de capaciteit van de

rechterlijke macht: zonder versterking van de capaciteit van de zittende magistratuur zal zich in de nabije toekomst onvermijdelijk filevorming voordoen. Omdat 'wachtlijsten' in de strafrechtspraak niet in overeenstemming zijn met de beginselen van de rechtsstaat zal deze filevorming ofwel leiden tot het niet in behandeling nemen van aangiften ofwel tot uit capaciteitsproblemen voortgekomen beleidssepts, hetgeen het vertrouwen in de rechtsstaat kan verzwakken. Er zijn dringende maatregelen nodig om deze verzwakkende werking van een niet-effectieve rechtshandhaving op de rechtsstaat te voorkomen.

Cruciaal hierbij is een adequate rechtshandhaving en, ruimer gezien, een effectieve rechtshuishouding. In hoofdstuk 8 is een rechtseconomische analyse gegeven van deze rechtshuishouding voor de drie rechtsgebieden: civiel recht, bestuursrecht en strafrecht. Uit deze analyse blijkt dat een maatstaf voor een teveel aan rechtspleging niet goed is vast te stellen. Een excessief gebruik van het recht en de rechtspraak komt nog niet voor, zeker in vergelijking met andere landen. Hoewel hier en daar voorbeelden worden aangehaald van een oplopende juridische claimcultuur, is ook hiervan nog geen sprake.

Een belangrijker probleem blijken de doorlooptijden van juridische procedures te zijn. De interne *incentives* van het burgerlijk procesrecht zorgen voor een voldoende doelmatig evenwicht. Bovendien zijn er van onderop en vrij spontaan alternatieve vormen van civielrechtelijke conflictoplossing ontstaan: geschillencommissies, klachtenprocedures, bemiddeling of *mediation* zijn positief te waarderen, en mits hierbij rechtsstatelijke waarborgen in acht worden genomen, kunnen zij de druk op het rechterlijke apparaat verminderen. De overheid kan de uitbreiding van dergelijke alternatieven bevorderen. Zij kan stimuleren dat de rechtsverhoudingen zodanig worden vormgegeven, dat partijen in eerste instantie zelf verantwoordelijk zijn voor het oplossen van hun conflict. Een beroep op de rechter moet altijd open blijven staan, maar dit beroep kan, vaker dan nu het geval is, worden voorafgegaan door pogingen om conflicten op een andere wijze op te lossen (bijvoorbeeld de recente toename van bemiddeling bij echtscheiding).

In bestuursrechtelijke procedures ontbreken vaak dergelijke alternatieve geschillenbeslechtsprocedures. Bovendien is de drempel naar de bestuursrechter laag, hetgeen ertoe leidt dat burgers zich veelvuldiger tot de rechter wenden in hun conflicten met het overheidsbestuur. De maatschappelijke doelmatigheid ervan kan ook worden verhoogd, onder andere door de signaalfunctie van rechterlijke uitspraken voor bestuursorganen te versterken en door in het voortraject van het bestuurlijke geschil reeds meer te doen aan conflictpreventie, hoewel de bezwaarschriftenprocedure voor een deel deze functie al vervult. Ook zou er bij veelvuldig voorkomende beroepen, bijvoorbeeld over de naleving van procedurele vereisten, naar kunnen worden gestreefd met zo weinig mogelijk uitspraken zoveel mogelijk potentiële zaken op te lossen. Ook bij de bestuursrechtelijke rechtspraak is de snelheid van afdoening een ernstig probleem (samenhangend met de capaciteit van de rechterlijke macht). 'Justice delayed is justice denied.' De trace afdoening van zaken is niet in overeenstemming met het rechtsstatelijke

ideaal van rechterlijke toetsing, met name als burgers of partijen om die reden afzien van een beroep op de rechter.

Verreweg de meeste tekorten in de rechtshandhaving doen zich voor in de strafrechtelijke sfeer: bij de opsporing, de berechting, de detentie van de veroordeelden en bij de begeleiding van de terugkeer naar de maatschappij door de reclasering. Ruim bekend is het lage opsporingspercentage van misdrijven in Nederland, dat ver achterblijft bij dat van onze buurlanden, met name bij dat van Duitsland. Een strafrechtelijke reactie blijft vaak uit, ook bij serieuze misdrijven. Het lagere opsporingspercentage in vergelijking met Duitsland is te zien bij *alle* delictsoorten. Dit wijst erop dat de verschillen in werkwijze en organisatie van de politie ten grondslag kunnen liggen aan deze niet-optimale opsporing. Als voor bepaalde misdrijven veelvuldig een reactie achterwege blijft, kan dit – zoals hiervoor reeds is betoogd – het vertrouwen in de rechtsstaat bij veel burgers doen verzwakken.

### **Aanbeveling**

De raad beveelt aan om bij specifieke delictsoorten, met name delicten die voor de lichamelijke integriteit van burgers van groot belang zijn, zoals ernstige gewelddelicten, een ander gebruik te maken van het zogenoemde opportuniteitsbeginsel in het strafrecht. De reeds lang geleden ontstane omkering van dit beginsel – dat zelf een vast onderdeel is van de Nederlandse rechtsstaat –, namelijk van negatief naar positief, zou voor een specifieke groep delicten weer opnieuw kunnen worden omgekeerd: slechts niet vervolgen indien dit in het algemeen belang is. Thans bestaat een praktijk van slechts vervolgen indien dit in het algemeen belang is.

Het opportuniteitsbeginsel is, naar de mening van de raad, niet geschapen om capaciteitsproblemen op te lossen. Niet vervolgen op grond van capaciteitsproblemen dient geen algemene regel te worden. Capaciteitsproblemen nopen tot een personele versterking van de politie, maar de effectiviteit van het politieoptreden wordt niet uitsluitend door de getalsverhoudingen bepaald, zoals blijkt uit de analyse van hoofdstuk 8. De effectiviteit van het politieoptreden kan nog sterk worden verhoogd door interne verbeteringen in de organisatie van het politieapparaat. Internationale vergelijkingen, zoals met Nordrhein Westfalen, onderstrepen dit.

### **Aanbeveling**

Het beleid en de werkwijze van het openbaar ministerie en de politie zou aan helderheid en transparantie kunnen winnen door in de jaarverslaglegging van deze justitiële organisaties – meer dan thans geschiedt – de keuzes bij de opsporing en vervolging van delicten toe te lichten en de prioriteitstellingen daarbij te verantwoorden. Hierdoor kunnen de politiek en de samenleving als geheel het gevoerde justitiële beleid beter beoordelen.

**Aanbeveling**

Ter ontlastening van de strafrechtssketen zou de bevoegdheid om boetes op te leggen bij lichtere delicten vaker aan bestuursorganen (waaronder het openbaar ministerie) kunnen worden toegekend, met daarbij de mogelijkheid tot beroep op een rechter.

**Aanbeveling**

Welhaast ten overvloede wijst de raad er op dat intensiveringen aan het begin van de strafrechtssketen tot verstopping in de vervolgstadia kunnen leiden. Een verhoging van het opsporingspercentage met 10 procent voor alle delictsoorten – een reeds vastgelegd streefcijfer – zal extra capaciteit bij de rechterlijke macht en bij het sanctieapparaat noodzakelijk maken. Het uitbreiden van de capaciteit van de zittende en staande rechterlijke macht en het verbeteren van de effectiviteit van deze rechtspraak zijn een logisch gevolg van de door velen onderschreven wenselijkheid van verbeteringen in de opsporing.

**Aanbeveling**

Met het oog op een efficiëntere opsporing doet de raad een speciale aanbeveling, namelijk voor een meer intensieve en straffe begeleiding van veelplegers, tijdens en na het voltooien van hun straf. Uit het oogpunt van preventie van criminaliteit is niet zozeer de zwaarte van de straf het meest effectief, maar wel de snelheid en frequentie van de strafrechtelijke reactie, in samenhang met een strenge begeleiding en verbetering van maatschappelijke kansen door opleiding of beroepsvoorbereiding, met name voor jongere delinquenten.

Veelplegers nemen verhoudingsgewijs veel misdrijven voor hun rekening. Een intensieve aanpak van deze groep – hoe moeilijk die ook is te traceren – kan de criminele overlast snel doen verminderen. Hierbij zou de aandacht in eerste instantie moeten uitgaan naar jeugdige veelplegers. Het beschikbaar te stellen budget zou zich dienen te verhouden tot de naar verwachting vermeden schade van criminaliteit en de mogelijke besparingen bij de inzet van het strafrechtelijke apparaat.

**Aanbeveling**

De raad adviseert hierbij tevens de reclassering meer in te schakelen dan nu wordt gedaan. Het is opvallend hoe relatief klein het budget is voor reclasseringswerk voor veelplegers in verhouding tot de kosten die deze groep in de andere schakels van de strafrechtssketen noodzakelijk maakt en in verhouding tot de schade van criminaliteit die deze groep veroorzaakt.

### 10.3 HET TWEDE EVENWICHT: PRESTEREN, LEREN EN BETER REGULEREN

In een rechtsstaat worden aan het openbaar bestuur hoge eisen gesteld. Deze eisen hebben vaak een tegenstrijdig karakter. Burgers verwachten dat de overheid vele prestaties levert. Na de Tweede Wereldoorlog zijn de staatstaken geleidelijk steeds verder uitgebreid. De overheid werd, in het kader van de verzorgingsstaat, vooral een presterende overheid. Zij wilde effectief aan de vele belangen van burgers tegemoetkomen.

In dezelfde periode werd, in het kader van de rechtsstaat, de rechtsbescherming tegen de overheid enorm uitgebreid. Met andere woorden: enerzijds heeft de overheid veel hooi op de vork genomen en verwachtingen gewekt voor het leveren van prestaties op veel gebieden, anderzijds is de overheid daarbij aan allerlei beperkingen onderhevig. De spanning tussen deze twee verwachtingspatronen is voor het openbaar bestuur altijd al aanwezig geweest, maar krijgt onder de nieuwe omstandigheden – zoals beschreven in hoofdstuk 6 – een pregnantere betekenis. De presterende overheid wordt nu beoordeeld op effectiviteit, efficiëncy, flexibiliteit, snelheid van handelen, klantvriendelijkheid en afwezigheid van bureaucratische rompslomp, net zoals burgers die als klant van grote particuliere bedrijven gewend zijn. Het klassieke patroon van hiërarchische overheidssturing van strikte en nauwkeurige wettelijke regels, onder leiding van een politiek verantwoordelijk bewindspersoon, komt steeds minder overeen met de huidige, moderne eisen en met de bestuurspraktijk.

In de praktijk zoekt het openbaar bestuur uitwegen om aan de dubbele eisen te voldoen. De praktische onmogelijkheid om aan alle regels van de klassieke overheidssturing te blijven voldoen en alle regels volledig te controleren, heeft geleid tot verschillende vormen van gedogen. De bestuurlijke rechtshandhaving liet tekorten zien, die bijvoorbeeld verhevigd aan de oppervlakte kwamen bij de rampen in Enschede en Volendam. Een natuurlijke reactie op deze rampen was de controle op de uitvoering van regels te verscherpen. Een andere reactie was om elke vorm van gedogen te verbieden. Hoewel begrijpelijk, is dit, naar de mening van de raad, niet de juiste lering die kan worden getrokken uit de geconstateerde tekorten in bestuurlijke rechtshandhaving. De moderne eisen die aan het openbaar bestuur worden gesteld, vragen veeleer om een aangepaste manier van besturen en reguleren in combinatie met vormen van zelfregulering en zelfhandhaving, en gecombineerd met toezicht en rechterlijke toetsing. Kan de overheid niet beter worden omgevormd tot een lerende overheid, een beter presterende overheid die toch de rechtsstatelijke garanties eerbiedigt?

#### **Presteren**

De praktijk van het openbaar bestuur heeft zich al enigszins ontwikkeld in een richting waar resultaatgerichtheid de voorrang krijgt boven een starre regelgerichtheid, bijvoorbeeld bij de herstructurering van probleembuurten. Er wordt al meer gelet op maatwerk, waarbij burgers op individuele wijze zo goed mogelijk

worden geholpen. Het spreekt vanzelf dat men hierbij vaak botst met de klassieke regelingen gebaseerd op de beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid (Hes 2001; Hertogh 2002). Als men zoveel mogelijk 'recht' wil doen aan de zeer gedifferentieerde belangen en verlangens van burgers, dan kunnen de principes van de klassieke rechtsstaat in het gedrang komen. Onderhandelend of horizontaal bestuur zal anders omgaan – en anders moeten omgaan – met burgers dan een hiërarchisch ingesteld bestuur. De vele vormen van onderhandelend bestuur en de verschillende vormen van gedogend bestuur hebben de bestuursrechtelijke verhoudingen tussen burgers en bestuur enorm gecompliceerd en onoverzichtelijk gemaakt.

Er is op diverse terreinen zowel te veel geregeld als juist te weinig geregeld. Er wordt gevraagd om oude regels af te schaffen en tegelijk om nieuwe regels te scheppen. Er wordt om beter en effectiever overheidsoptreden gevraagd en tegelijk om minder overheidsbemoeienis. Er is reden om tot sanering van bestuursregels te komen en toch dienen bij het verminderen van belemmerende regels, de waarborgen van de rechtsstaat, die immers proberen de willekeur in het overheidsoptreden te beperken, niet uit het oog verloren te worden. Voor een goed presterende overheid wordt een sanering van overtollige bestuursregels en van ondoelmatige rechtsbescherming dringend nodig geacht. Het gaat daarbij ook om een actualisering van rechtswaarborgen.

### **Leren**

Het inzicht dat een goed presterende overheid niet meer alleen op de klassiek-hiërarchische wijze, via gedetailleerde regelgeving, kan sturen, wordt door nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen versterkt. De komst van de kennis-samenleving vraagt om een ander overheidsoptreden en leidt tot een andere rol van de overheid. De overheid zal niet zozeer volledig moeten terugtreden, maar zal, op heel specifieke momenten en op een eigen wijze, juist krachtig moeten optreden.

In het WRR-rapport *Van oude en nieuwe kennis* (2002) is aangegeven dat de centrale sturing door regels in een kennissamenleving op problemen stuit. De ontwikkelingen in de samenleving gaan zo snel, en de kennis die nodig is om te bepalen wat er moet gebeuren is op zoveel verschillende plaatsen aanwezig, dat bestuurders veel minder dan vroeger vanuit een centraal punt kunnen bepalen hoe er moet worden gehandeld om een bepaald belang te dienen. Dit verandert de verhouding tussen de overheid en degenen die aan haar regels onderworpen zijn. Regelgeving in het belang van bijvoorbeeld het onderwijs, het milieu of de gezondheidszorg, legt niet meer nauwkeurig het gewenste gedrag van de betrokken instellingen of bedrijven vast. Er moet juist een zekere ruimte worden gegeven om de daar aanwezige kennis optimaal ten dienste van het betrokken belang te gebruiken. Variatie van toepassing is vaak nodig, ook om van nieuwe ontwikkelingen te profiteren. In milieusector wordt bijvoorbeeld meer met doelvoorschriften gewerkt, met als gevolg dat bedrijven een zekere vrijheid hebben om zelf te bepalen hoe dat resul-

taat kan worden bereikt, hetgeen vernieuwingen kan stimuleren. Het tegenovergestelde gebeurde na de rampen in Enschede en Volendam. De nadruk is toen gelegd op de noodzaak van strakke regelgeving en scherpe controle op veiligheidsvoorschriften. Het nadeel daarvan is dat de betrokken bedrijven minder worden aangesproken op hun eigen verantwoordelijkheid om te zorgen voor het betrokken belang. De kennis die nodig is voor het dienen van het betrokken belang is vaak in hogere mate aanwezig bij de instellingen die onderworpen zijn aan de regels dan bij de overheid. In deze gevallen zal de overheid via een open normstelling de medewerking van de desbetreffende bedrijven dienen te krijgen, hetgeen neerkomt op een minder strikte toepassing van het legaliteitsbeginsel, zoals dat reeds in het milieurecht is ontstaan.

Zo ontstaat er een nieuw evenwicht tussen wat de overheid zelf nog vermag en wat de overheid van burgers en bedrijven mag verwachten.

### **Beter reguleren ('smart regulation')**

Het klassieke, hiërarchisch geordende overheidsbestuur werkt met zeer uitvoerige en gedetailleerd omschreven uitvoeringsregels. Het moderne bestuur (zowel het overheidsbestuur als het particuliere bestuur) eist veelal flexibiliteit, slagvaardigheid en een ruimere marge van vrij optreden om op alle nieuwe en snel wisselende vragen en omstandigheden te kunnen reageren. Om te reageren op de vele variaties en verschillen in de praktijk worden minder uitvoeringsvoorschriften en -regels wenselijk geacht.

Maar dit betekent niet dat er voor modern bestuur geen wettelijke grondslag of geen wettelijk kader meer nodig of wenselijk is. Het tegendeel is waar: de verankering van de grondslag van het overheidshandelen en van de belangrijke beginselen die daarbij tot uitgangspunt moeten dienen, blijven nodig om de rechtsstatelijke waarborgen tot hun recht te laten komen. Maar de gedachte dat rechtszekerheid en rechtsgelijkheid het beste gediend zijn door alles in wettelijke regels zo nauwkeurig mogelijk vast te leggen, is niet meer functioneel.

Die gedachte berust op twee – in dit rapport als niet meer houdbaar aangemerkte – veronderstellingen, namelijk dat de overheid in een kennissamenleving nog in staat is met van tevoren opgestelde strakke regels een goede sturing te bereiken; en dat de verantwoordelijkheid van de burgers of van particuliere organisaties zich kan beperken tot het opvolgen van wat de overheid in regels heeft neergelegd.

De wetgeving zal zich daarom veelal moeten beperken tot het fundament en het algemene normatieve kader, waarbij bevoegdheden en verantwoordelijkheden duidelijk worden vastgelegd (zie de conclusie van hoofdstuk 9). Hiermee wordt aan het staatsrechtelijke legaliteitsbeginsel ook een andere inhoud gegeven. Heldere wetten die de bevoegdheden goed afbakenen, maken modern bestuur en goed management juist mogelijk.

De rol van de overheid wordt hierbij ook duidelijker. Het gaat niet zozeer om een terugtrekkende overheid per se, maar om een overheid die terugtreedt om ruimte

te geven aan goed burgerschap en goed management. Daarbij neemt de overheid op bepaalde centrale punten wel degelijk haar eigen verantwoordelijkheid en zet zij die helder uiteen. Bijvoorbeeld: op het terrein van toezicht op het naleven van veiligheidsvoorschriften of van kwaliteitsmaatstaven van dienstverlening wordt niet meer van de overheid verlangd om altijd en overal dit toezicht *zelf* uit te voeren. Wel dient de overheid erop toe te zien dat dit toezicht op de naleving van veiligheid en kwaliteit door de betrokken organisaties of brancheorganisaties is geregeld. De overheid stelt dus regels in hoofdlijnen op en laat de uitvoering, met de nodige beleidsruimte, aan de organisaties zelf over. Het is een goed gekozen combinatie van heldere wetgeving en veel zelfregulering bij de uitvoering.

Dit kan een passend model zijn voor de nieuwe rol van de overheid: een (her)optredende overheid, die minder regelt in alle uitvoeringen, maar beter en krachtiger de verantwoordelijkheden én de verantwoording regelt.

Bij deze manier van reguleren formuleert de wetgever duidelijk de hoofdlijnen van beleid en definieert hij de prestaties van uitvoerende instanties (waaronder ook particuliere instanties kunnen vallen). De uitvoerende instanties verkrijgen meer vrijheid in de manier waarop zij de afgesproken prestaties bereiken. Zelfregulering en zelfhandhaving zijn hiertoe goede complementaire vormen van regelgeving. Er ontbreken in de huidige situatie nog te vaak *incentives* om tot zelfregulering over te gaan. De overheid kan op haar beurt zelf het toezicht op de naleving van zelfregulering en zelfhandhaving uitoefenen (dit is meta-toezicht: erop toezien dat de uitvoerende en particuliere instanties toezien op de naleving van wetten, afspraken en prestatiecontracten).

Het spreekt vanzelf dat deze vorm van regulering consequenties heeft voor de rechtsbescherming. Door de grotere betrokkenheid van burgers zelf, via onderhandelend bestuur of via zelfregulering, is de kans op eenzijdige machtsuitoefening in principe kleiner dan bij een autonoom beslissende en regels oplegende overheid. Toch geeft meer participatie in de regelgeving geen volledige garantie dat er geen willekeur plaatsvindt. Vandaar dat de rechtsbescherming geactualiseerd dient te worden in het licht van de nieuwe – en reeds ontstane – bestuurs- en reguleringspraktijken.

Een toetsing door de onafhankelijke rechter zal, bij een frequent gebruik van open normen in wet- en regelgeving op hoofdlijnen, het noodzakelijke sluitstuk van nieuwe reguleringsvormen blijven. Soms blijkt nu dat de rechtsbescherming tegen ingrijpende beslissingen van nieuw in het leven geroepen uitvoeringsinstanties, bijvoorbeeld accreditatiecommissies in de sfeer van het (hoger) onderwijs, geheel ontbreekt. Naast de sanering van regelgeving is de actualisering van rechtsstatelijke rechtsbescherming hier op haar plaats.

Waar de overheid op indringende wijze de vrijheid van burgers beperkt en indringend invloed uitoefent op hun lichamelijke en geestelijke integriteit – zoals dat gebeurt bij vrijheidsontneming in het strafrecht of bij de intrekking van voor



burgers essentiële vergunningen op talloze gebieden – zal de klassieke rechtsbescherming volop van kracht dienen te blijven. Hier kan het klassieke principe blijven gelden dat de rechtsbescherming des te sterker verzekerd dient te zijn naarmate de overheid dieper ingrijpt in het leven en de vrijheid van haar burgers.

### **Aanbeveling**

Ten aanzien van het gedogen constateert de raad dat gedogen als een welbewust gekozen, tijdelijke vorm van niet-handhaving op de korte termijn niet kan worden gemist (zie hoofdstuk 6). Mits tijdelijk en goed verantwoord, valt deze vorm van niet-handhaving onder geoorloofd gebruik van discretionaire bevoegdheid van de overheidsorganen. Daarentegen zouden vormen van gedogen die voortkomen uit bestuurlijke onmacht of uit capaciteitsproblemen niet kunnen worden aanvaard. In de plaats van ongecontroleerde vormen van gedogen zouden openbaar gemaakte bestuurlijke handhavingsstrategieën moeten worden opgesteld. Dit zou moeten gelden voor het Rijk – inspecties, openbaar ministerie – en voor de gemeentelijke handhavingsorganen. Daarbij zijn onderlinge vergelijking en uitwisseling van ervaringen van het grootste belang. De raad beveelt het werken met deze handhavingsstrategieën ten zeerste aan.

### **Aanbeveling**

Om de spanning tussen de presterende taken van de overheid en de binding aan een veelheid van gedetailleerd voorgeschreven regels te verminderen, beveelt de raad aan om, waar mogelijk, met nieuwe vormen van regulering te starten en verder uit te bouwen. Gedacht kan worden aan het wettelijk vastleggen van beleid op hoofdlijnen in combinatie met een grotere vrijheid in de uitvoering, gecompleteerd met vormen van meta-toezicht en rechtsstatelijke toetsing door de onafhankelijke rechter.

### **Aanbeveling**

De raad beveelt aan in de uitvoering van het overheidsbeleid meer vrijheid te geven aan uitvoerende instanties door meer gebruik te doen maken van vormen van zelfregulering en zelfhandhaving. De *incentives* tot zelfregulering kunnen verbeterd worden. De aldus ontstane grotere vrijheid hoeft niet in strijd te komen met de rechtsstatelijk gegarandeerde rechtsbescherming, indien de mogelijkheid voor burgers openblijft om de beslissingen van de – vrijer optredende – overheid te toetsen aan het oordeel van een onafhankelijke rechter.

## **10.4 HET DERDE EVENWICHT: HERDEFINIËREN VAN VERANTWOORDELIJKHEID IN DE RELATIE TUSSEN BURGERS EN OPENBAAR BESTUUR**

Een herbezinning op de rol van de overheid ten opzichte van moderne burgers is noodzakelijk. Maar het is tegelijk uiterst lastig om hierbij een consistente visie op die rol te ontwikkelen. De ontwikkelingen in de maatschappij en bij de overheid zelf volgen elkaar in hoog tempo op, hetgeen is uitgemond in een onoverzichtelijke hoeveelheid regels en regelingen. De moderne burgers willen echter meer

vrijheid en meer zelfstandigheid. Zoals in hoofdstuk 4 is beschreven, is het enigszins misleidend om van ‘de’ moderne, mondige burger te spreken. Er is echter een grote differentiatie ontstaan in publieke rollen van burgers. Dit maakt het voor de overheid moeilijker om op een uniforme manier jegens burgers op te treden. Burgers met een afzijdige, afwachtende en afhankelijke houding staan in een geheel andere relatie tot de overheid dan goed geïnformeerde en actieve burgers die door vormen van zelforganisatie hun belangen behartigen. Het is met name op het snijvlak van publieke taken en particulier initiatief van burgers en organisaties, dat de herdefiniëring van verantwoordelijkheid gestalte zal moeten krijgen.

De zorg voor het publieke belang ligt niet meer uitsluitend bij de overheid. Door de kenmerken van de kennissamenleving, waar de overheid geen centrale rol meer kan en moet willen spelen, en door de eerdere overheveling van bepaalde publieke zorgtaken en publieke diensten naar particuliere organisaties, is de overheid niet meer de enige aanspreekbare instantie. Een veelheid van publieke en particuliere organisaties zorgt in coöperatie voor die publieke taken. Daarbij hoort een open en positieve opstelling van de betrokken organisaties en een open, responsieve en coöperatieve vorm van regulering.

Er komt meer ruimte en vrijheid voor de *civil society*, de maatschappelijke organisaties die publieke taken op zich hebben genomen, zoals ziekenhuizen, scholen, woningbouwverenigingen en welzijnsinstellingen. Veel van deze instellingen hebben een privaatrechtelijke rechtsvorm, een publieke financieringsvorm en een gemengd regiem van verantwoording en controle. De *civil society* krijgt een nieuwe impuls, omdat een hernieuwd beroep wordt gedaan op de eigen verantwoordelijkheid van burgers op nieuwe én op oude terreinen van publieke zorg.

Meer eigen verantwoordelijkheid van de burgers zal echter gepaard dienen te gaan met nieuwe vormen van verantwoording. Verantwoordelijkheid veronderstelt een verinnerlijking van normen en motieven bij de burgers zelf. Zij komt ‘van binnenuit’ en kan niet worden afgedwongen. Er is echter een verschil tussen verantwoordelijkheid (*responsibility*) en verantwoording (*accountability*). Verantwoording komt ‘van buitenaf’ en bestaat uit het opleggen en naleven van externe normen bij het vervullen van taken.

Bij eigen verantwoordelijkheid hoort een vorm van zelfregulering. Maar als de uitgeoefende taken tot de publieke taken worden gerekend, is toch een bepaalde vorm van verantwoording aan de maatschappij als geheel op zijn plaats. Organisaties en instellingen moeten verantwoording afleggen voor de geleverde kwaliteit en de wijze van dienstverlening, voor de procedurele bescherming van cliënten of patiënten, voor het in acht nemen van algemene beginselen van behoorlijk bestuur (geen belangenverstrengeling, behoorlijke klachtenafdoening en conflicthantering). Ook dient verantwoording te worden afgelegd voor de wijze waarop het publieke belang in het algemeen wordt gediend.

Nieuwe netwerkachtige organisaties en organisatievormen zullen moeten worden aanvaard. Een nieuwe afbakening van taken tussen overheid, burgers, instanties en particuliere organisaties hoeft niet uitsluitend gezien te worden als horizontalisering van de verhoudingen tussen bestuur en burgers. De overheid behoudt op centrale punten en op de juiste ogenblikken een sterke eigen, dus verticale, verantwoordelijkheid. Horizontale verhoudingen kunnen goed samengaan met verticale, zoals publieke instanties ook goed kunnen samenwerken met particuliere organisaties. Bij een effectievere uitvoering van publieke taken staan openheid, coöperatie en onderling vertrouwen centraal. Daarbij kunnen taken en bevoegdheden door elkaar lopen of onder gedeelde verantwoordelijkheid vallen. Dat is juist kenmerkend geworden voor een 'postmoderne' organisatievorm. Een complexe organisatie zoals bijvoorbeeld een hedendaags ziekenhuis kent allerhande groepen en subgroepen, onderverdeeld langs professionele lijnen, langs technische bekwaamheden en verantwoordelijkheden, langs economische en medische lijnen. Deze groepen hebben alle eigen verantwoordelijkheden en samenwerkingsrelaties: raad van bestuur, raad van toezicht, medische staf, verpleegkundigen, huishoudelijke staf, patiënten en familieleden van patiënten. Anders dan in 'ouderwetse' organisaties is hier geen sprake meer van een uitsluitend hiërarchische, verticale structuur, maar juist van een veelheid van combinaties van eigen verantwoordelijkheden, groepsnormen en algemene wettelijke verplichtingen. Zo is het in bijna alle andere organisaties ook gegroeid.

De erkenning dat de overheid het publieke belang niet meer uitsluitend vanuit een centraal punt kan regelen en controleren, betekent nog niet dat zij een bepaald rechtsstatelijk ideaalbeeld moet loslaten. Het komt veeleer neer op het herdefiniëren van de relatie tussen overheid en burger en op het aanpassen van een groot aantal regelingen die vooral in de derde en vierde laag van het rechtsstaatbegrip zijn ontwikkeld. Van groot belang wordt hierbij de verhouding tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regelingen. Traditioneel worden verticale relaties tussen overheid en burger publiekrechtelijk geregeld en horizontale verhoudingen tussen burgers privaatrechtelijk. In de nieuwe situatie is er sprake van een complexe relatie burger-burger-overheid met horizontale én verticale aspecten. Burgers verlenen onderling publieke diensten, die niettemin worden uitgevoerd onder de uiteindelijke verantwoordelijkheid of onder toezicht van de overheid. Vele publieke taken worden publiek gefinancierd. Er is aldus een uitgebreid en ingewikkeld stelsel ontstaan van publiek-private rechtsbetrekkingen, dat op zich zelf reeds onoverzichtelijk geworden is.

### **Aanbeveling**

Om eenvoudiger, maar consequenter te garanderen dat publieke taken steeds onder rechtsstatelijke waarborgen worden uitgevoerd, is een sanering in de zin van een weloverwogen beperking van bestuursregels dringend nodig. Omdat echter op cruciale onderwerpen als kwaliteitsbeheer of verantwoording over de publieke taakvervulling de regelingen onvoldoende of onduidelijk blijven, is er tegelijkertijd een actualisering nodig van rechtswaarborgen. Er is niet zonder meer een dereguleringsoperatie nodig, zoals in het begin van de jaren tachtig van

de vorige eeuw, maar een ‘post-dereguleringsoperatie’. Daarbij staan vooral de consistentie van de visie op de nieuwe verdeling van verantwoordelijkheid tussen overheid en burgers en de controle op de uitoefening van deze verantwoordelijkheden centraal. De raad beveelt deze sanering en actualisering van regelingen in de publiek-private betrekkingen aan, inclusief een sanering van de vele vormen van particulier en publiek toezicht. Dit zou het beste kunnen geschieden door een tijdelijke commissie van deskundigen, die – naar het voorbeeld van de dereguleringscommissie – voorstellen doet voor sanering en actualisering van rechtswaarborgen op het gebied van publiek-private betrekkingen.

Voorts kan deze commissie dienen als platform om initiatieven tot sanering en actualisering in diverse beleidssectoren te ondersteunen of om de ervaringen uit te wisselen binnen en tussen sectoren (*best practices*).

Het gaat hierbij vooral om drie belangrijke kwesties:

- rechtsbescherming, zowel tegen de overheid als – analoog – tegen het bestuur van particuliere instellingen;
- kwaliteitscontrole van professionele publieke dienstverlening, zowel van publiekrechtelijke als van privaatrechtelijke organisaties die publieke taken vervullen;
- transparantie en verantwoording van de uitvoerende instanties.

### **Aanbeveling**

De grondgedachte van deze aanbeveling is de combinatie van overheidstoezicht in laatste instantie met een grote mate van zelfregulering en eigen verantwoordelijkheid. Deze combinatie geldt vooral voor de maatschappelijke sectoren waar publieke taken worden uitgeoefend door zowel publieke als private organisaties (gezondheidszorg, onderwijs, welzijnsinstellingen). Zelfregulering is al overvloedig aanwezig in deze sectoren. Deze hoeft niet te worden vervangen, maar moet worden getoetst op consistentie in de uitvoering, op voldoende rechtsbescherming, op kwaliteitscontrole, transparantie en verantwoording. Het ontbreekt niet aan zelfregulering, maar vaak aan zelfhandhaving. De overheid dient erop toe te zien dat vormen van zelfhandhaving totstandkomen en in praktijk worden gebracht. De raad beveelt aan dat de combinatie van toezicht en zelfregulering onder supervisie van de overheid tot stand gebracht wordt.

Het gaat uiteindelijk om de verinnerlijking van rechtsstatelijke beginselen en normen in het particuliere verkeer van grote organisaties met publieke taken. Ook bij het besturen van deze organisaties gelden beginselen van behoorlijk bestuur. Ook in deze organisaties dient belangenverstremgeling vermeden te worden, dienen bij conflicten alle partijen, hoog en laag in de organisatie, gehoord te worden en zou, naar analogie van de beginselen van de rechtsstaat, niemand rechter in eigen zaak mogen zijn.

## 10.5 HET VIERDE EVENWICHT: DE NATIONALE RECHTSSTAAT, INTERNATIONALISERING EN RECHTSSTATELIJKHEID

De internationalisering vergroot het belang van rechtsstatelijkheid elders en plaatst tegelijkertijd de Nederlandse rechtsstaat voor nieuwe uitdagingen.

De rechtsstaat zal voor de Nederlandse burger steeds sterker afhankelijk worden van de mate waarin de rechtsstatelijkheid buiten Nederland aanwezig is. Wanneer een burger de landsgrenzen passeert, is het van belang dat hij wordt beschermd tegen de willekeur van overheden elders. Maar ook binnen Nederland wordt hij afhankelijker van buiten Nederland uitgeoefende overheidsmacht, zowel door andere staten als door internationale organisaties. Daardoor raakt de betrouwbaarheid van overheid en rechtssysteem buiten Nederland direct aan onze veiligheid (criminaliteit, terrorisme, voedsel), aan onze welvaart (euro, marktordering) en in wezen aan bijna alle belangen die de overheid als publiek belang behartigt.

In hoofdstuk 3 is aangegeven dat rechtsstatelijkheid in internationaal verband niet kan worden bereikt op de manier waarop die binnen een nationale staat mogelijk is. Op bovennationaal niveau is voorlopig een constructie, vergelijkbaar met de nationale rechtsstaat, niet te verwachten, zeker niet op mondiale schaal. Wel zijn er internationale aanzetten voor een *rule of law* en een mondiale *civil society* te vinden. Toch moet de nationale rechtsstaat het ankerpunt blijven voor rechtsstatelijkheid, ook in internationaal verband. De verdere ontwikkeling van de internationale rechtsorde is ook afhankelijk van de mate waarin de landen die daarvan deel uitmaken, als rechtsstaat functioneren (hoofdstuk 3). Niet langer kan daarom de soevereiniteit in internationale verhoudingen centraal staan, maar de verplichting van ieder land om als scharnierpunt in het internationale rechtssysteem te voldoen aan de kwaliteitsmaatstaven van de rechtsstaat.

De groeiende wisselwerking tussen binnen en buiten Nederland uitgeoefende overheidsmacht maken het wel van groot belang de gevolgen daarvan vanuit het perspectief van rechtsstatelijkheid onder ogen te zien.

Dit leidt tot het stellen van de volgende vragen:

- a In hoeverre kan de rechtsstatelijkheid buiten Nederland worden bevorderd?
- b Welke gevolgen heeft de internationalisering voor de manier waarop de Nederlandse waarborgen voor rechtsstatelijkheid functioneren?
- c Welke invloed kan vanuit Nederland worden uitgeoefend op de inhoud van het recht dat voor Nederlandse burgers geldt?

### 10.5.1 BEVORDERING VAN DE RECHTSSTATELIJKHEID BUITEN NEDERLAND

‘De regering bevordert de internationale rechtsorde’, zo bepaalt artikel 90 van de Grondwet. Het beleid is daarop ook steeds gericht geweest. Vanuit het perspectief van dit rapport wordt de urgentie van dit streven onderstreept. Nationale en internationale rechtsstatelijkheid raken zozeer met elkaar verweven dat rechtsstatelijke waarborgen binnen het eigen land niet meer toereikend zijn.

Het bevorderen van de internationale rechtsorde kan worden beschouwd als het zorgen dat de waarborgen van rechtsstatelijkheid ook in internationale verhoudingen tot hun recht komen. Zoals eerder is aangegeven, kan de internationale rechtsorde niet tot ontwikkeling komen zonder dat de landen die daarvan deel uitmaken als rechtsstaten functioneren. Daarom is het noodzakelijk dat de internationale gemeenschap ieder land aanspreekt op de mate waarin het voldoet aan rechtsstatelijke kwaliteitseisen. Dat is ook gerechtvaardigd, mits die eisen een algemeen karakter hebben – dus niet door een machtig land worden opgelegd zonder dat het zelf aan de eisen voldoet – en ook uitvoerbaar zijn. Met dat laatste wordt bedoeld op het feit dat omvorming tot een rechtsstaat niet mogelijk is zonder voldoende kennis en ervaring op het punt van rechtsstatelijkheid. Het stellen van eisen heeft dan ook als complement dat hulp bij die omvorming moet worden geboden.

### **Aanbeveling**

De raad beveelt aan dat het bevorderen van rechtsstatelijkheid in landen waarin die ontbreekt, wordt beschouwd als grondslag voor het beleid ter bevordering van de internationale rechtsorde. Het buitenlands beleid en het beleid op het terrein van ontwikkelingssamenwerking en justitie zouden daarop moeten inzetten en er systematisch aandacht aan moeten besteden.

Een dergelijk beleid kan niet volstaan met het stellen van eisen aan landen, maar moet juist ook bijdragen aan het bieden van hulp om resultaten te bereiken. De raad heeft in zijn rapport *Ontwikkelingsbeleid en goed bestuur* aanbevelingen in deze richting gedaan. De primaire invalshoek die nu vooropstaat, is niet die van ontwikkeling, maar die van rechtsstatelijkheid in internationaal verband. Dat brengt met zich mee dat een beperking tot ontwikkelingslanden vanuit deze invalshoek niet in de rede ligt.

Zoals in het zojuist genoemde rapport is aangegeven, verkeert Nederland als relatief klein land met een hoogwaardige rechtscultuur in een relatief gunstige positie om een bijdrage te leveren. Nederland moet daarom, naast deelname aan internationale samenwerking, een eigen en herkenbaar beleid voeren, dat gebruikmaakt van de relatieve voordelen die het heeft. Dit geldt met name voor de broodnodige inspanningen in de sfeer van kennisoverdracht, opleiding en ontwikkeling van instituties. Zo'n beleid vergt ook opbouw van expertise in Nederland.

Daarnaast blijft een beleid dat meer direct is gericht op het bevorderen van rechtsstatelijkheid in internationale verhoudingen, van belang. Dat belang neemt toe, nu internationale organisaties en de internationale gemeenschap afzonderlijke landen – met recht – sterker gaan aanspreken op eisen van rechtsstatelijkheid. De geloofwaardigheid daarvan wordt ernstig ondermijnd indien men zich zelf niet ook onderwerpt aan die eisen. In dat licht kan het belang van Nederlandse streven naar het oprichten van internationale rechtscolleges worden onderstreept. Op het belang daarvan wordt hierna nog teruggekomen.

### 10.5.2 GEVOLGEN VAN DE INTERNATIONALISERING VOOR DE FORMGEVING VAN DE NEDERLANDSE RECHTSSTAAT; DE DEMOCRATISCHE LEGITIMATIE

Door de verwevenheid van de Nederlandse rechtsstaat met de besluitvorming buiten Nederland veranderen ook de verhoudingen binnen Nederland.

De invloed van Europa is in dat opzicht het grootste. Een belangrijk gevolg dat al eerder ter sprake kwam, is de verschuiving die in de onderdelen van de trias optreedt. De positie van de rechter wordt sterker in verhouding tot die van de beide andere machten, wetgever en bestuur.

Het meest opvallende is wellicht dat de rol die de volksvertegenwoordiging speelt bij de Nederlandse inbreng in het internationale (Europese) wetgevingsproces sterk achterblijft bij haar rol in de nationale wetgeving. Het legaliteitsbeginsel, dat een wettelijke basis voor overheidsoptreden verlangt juist vanwege de democratische grondslag van wetgeving, verliest hiermee aan betekenis.

Het gaat hier niet om de tekorten die op Europees niveau de besluitvorming kenmerken. Zij zijn bekend en vormen ook voorwerp van discussie in ander verband, zoals op dit ogenblik de Europese Conventie. De aandacht moet op deze plaats uitgaan naar de organisatie van de Nederlandse inbreng en de rol die het parlement daarbij speelt.

De raad heeft de indruk dat die inbreng nu sterk een zaak is van de regering, waarbij ook een grote rol kan zijn toebedeeld aan ambtenaren en lobbygroepen, terwijl de doorzichtigheid van het proces sterk te wensen overlaat. Sector specifieke en meer technocratische invalshoeken kunnen daardoor relatief veel accent krijgen. Het parlement lijkt slecht in staat om in richtinggevende of in controlerende zin een grote invloed uit te oefenen. Het lijkt zich meer te richten op het beïnvloeden van de implementatie van al vastgestelde Europese regels dan van de voorbereiding van die regels.

Een eenvoudige oplossing is niet voorhanden. Het parlement, in beginsel een evenwaardige partner van de regering bij de totstandbrenging van wetgeving en voor het overige controleur van de regering, is onvoldoende toegesneden op het leveren van een bijdrage aan de internationale besluitvorming. Het Deense model, waarbij het parlement meer het onderhandelingsmandaat van de regering vaststelt, is in ieder geval een alternatief, al kent dat ook nadelen. De belangrijkste constatering is dat het vanuit het model van de Nederlandse rechtsstaat onbevredigend is wanneer het parlement meer aandacht zou besteden aan de details van de implementatie dan aan de hoofdlijnen van de Europese regeling.

De regering kan een bijdrage leveren door het parlement tijdig over de Europese besluitvorming te informeren. Voor het overige zal het parlement zelf moeten bepalen in hoeverre het zich wil neerleggen bij de beperkingen die aan de huidige werkwijze inherent zijn. Zo zou de Tweede Kamer de werkwijze in die zin kunnen aanpassen dat Vaste Kamercommissies ieder voor zich de internationale en EU-dimensie ook op rechtsstatelijkheid gaan behandelen en die niet over laten aan de specialisten. Immers de rechtsstatelijkheid is bij uitstek een verbinding

naar wat de burger verwacht en verdient derhalve een plaats bij de behandeling van de regelgeving.

### 10.5.3 HOE HOUDT NEDERLAND INVLOED OP DE GROEIENDE INTERNATIONALE RECHTSVORMING?

De hiervoor geschetste ontwikkeling heeft tot gevolg dat er verbindingen totstandkomen tussen het in Nederland geldende recht en het buitenlandse en bovennationale recht. Daarmee vermindert ook de vrijheid om naar eigen inzicht vast te stellen wat hier als recht geldt.

Hiervoor is gesteld dat de internationale gemeenschap de afzonderlijke landen sterker moet aanspreken op eisen van rechtsstatelijkheid. Daardoor krijgen die eisen een meer internationaal karakter. Dit heeft tot gevolg dat een land niet meer geheel zelf kan bepalen wat voor soort rechtsstaat het wil zijn.

Dat geldt ook voor Nederland, ook al zou men van mening zijn dat de beginselen van de rechtsstaat hier goed zijn gewaarborgd. De vele aanpassingen waartoe Nederland, dat aanvankelijk dacht aan alle eisen van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) te voldoen, in de afgelopen twintig jaar door de Europese en de nationale rechter is gedwongen, maken de relativiteit van het eigen gelijk duidelijk. Op wereldschaal is het nog minder vanzelfsprekend dat de Nederlandse opvattingen door andere staten worden aanvaard. Het is dus mogelijk dat er eisen aan ons land worden gesteld die met de Nederlandse gedachten over recht en rechtsstaat niet verenigbaar zijn. Men denke aan de berechting van internationale misdaad of terrorisme.

Als men de kerngebieden van het recht bekijkt, dan is te constateren dat daar – soms uitdrukkelijk gewild, soms sluipenderwijs – een internationaliseringsproces plaatsvindt. Europese regelgeving en verdragen dragen daartoe bij, en daarnaast kan de rechtspraktijk zich zodanig ontwikkelen dat het Nederlandse recht als vanzelf wordt verdrongen door Amerikaans of Engels recht. De internationalisering van de rechtspraktijk versnelt dit proces, waardoor delen van de rechtspraktijk zich naar het buitenland verplaatsen. Daarmee verliezen de Nederlandse rechtsopvattingen hun betekenis, en gaat ook in ons land recht gelden zonder dat de Nederlandse wetgever of de Nederlandse rechter daarbij enige rol heeft gespeeld. Dergelijke ontwikkelingen doen zich niet alleen in het privaatrecht voor (recente voorbeelden zijn de Amerikaans geïnspireerde regels inzake het effectenverkeer en de accountantscontrole bij ondernemingen), maar ook in de sfeer van het straf- en bestuursrecht.

De Nederlandse invloed op dit internationale proces kan slechts beperkt zijn. In Europa is de invloed van de grote landen belangrijk. In de gehele westerse wereld of op mondiale schaal zijn de Anglo-Amerikaanse opvattingen vaak dominant. Maar juist omdat de mogelijkheden van Nederland beperkt zijn, is het van belang over een goede strategie te beschikken. Wie de ontwikkelingen



zonder meer hun gang laat gaan, kan na enige tijd tot de ontdekking komen dat wezenlijke onderdelen van het Nederlandse recht ook in eigen land niet meer kunnen gelden omdat ontwikkelingen van buitenaf dit onmogelijk maken. Het ondernemingsrecht, de waarborgen in het strafrecht en de inrichting van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming worden bijvoorbeeld ook nu al beïnvloed door rechtsvorming buiten Nederland.

Om de Nederlandse inbreng te optimaliseren moet er inzicht bestaan in de ontwikkeling van het recht in internationaal verband. Vervolgens moet in dit verband worden nagegaan wat de mogelijkheden en sterke punten van Nederland zijn.

Rechtsvorming in internationaal verband is een proces dat op een geheel andere wijze verloopt dan die binnen de nationale rechtsstaat. Zij geschiedt op een ondoorzichtige en ongestructureerde manier, doordat in de internationale wereld de instituties van de rechtsstaat niet of slechts beperkt aanwezig zijn. Machtselementen spelen daarbij een rol, zeker wanneer het internationale regelgeving betreft. Indien er internationale rechtscolleges ontstaan, kunnen de rechtsstatelijke elementen aan gewicht winnen. Doordat rechters niet de legitimatie kennen die eigen is aan de wetgever, zullen zij hun uitspraken op een andere manier moeten legitimeren. De steeds voorgeschreven motivering van uitspraken is hiervoor van grote betekenis. Rechters zullen zich daarom zo goed mogelijk willen oriënteren op de opvattingen omtrent recht en rechtsstatelijkheid in de landen en gemeenschappen die voor hen van belang zijn. Dat is ook essentieel, willen deze rechterlijke uitspraken als legitiem en overtuigend worden aanvaard.

Meer in het algemeen is te stellen dat (internationale) rechtsvorming een proces is waarin aan de ene kant machtselementen een rol spelen, en aan de andere kant de wisselwerking tussen rechtspraktijk, rechtswetenschap, rechters en wetgevers invloed kan hebben. Dit laatste betekent dat argumentatie, consistentie en rechtscultuur een bijdrage leveren aan de inhoud van het recht.

### **Aanbeveling**

Op dit laatste gegeven moet Nederland inspelen. Hoewel de internationale rechtsvorming altijd is verweven met machtselementen, zijn toch professionaliteit en inhoudelijke onderbouwing van aanzienlijk belang. Dit betekent dat een kwalitatief hoogwaardige inbreng, ook vanuit een kleiner land, mogelijkheden voor beïnvloeding van het proces biedt. Een vooraanstaande positie in professioneel en wetenschappelijk opzicht is voor Nederland daarom van groot belang. Het ontbreken van een machtsbasis die grote landen hebben biedt ook een voordeel: een inbreng van een klein land wordt minder gewantrouwd als onderdeel van de machtspolitiek.

Dit leidt ons naar een volgend punt: trek profijt van het gegeven dat de vestigingsplaats van de rechtscolleges – niet zelden Den Haag – de meest logische

plaats is om de internationale wisselwerking met de wereld van wetenschappelijke en praktijkgerichte rechtsbeoefenaren te bevorderen. Als men zorgt dat daar een omgeving wordt ingericht waar de opleiding van juristen op dat terrein wordt verzorgd, wetenschappelijk onderzoek wordt gedaan en internationale bijeenkomsten worden gehouden, dan bevordert men niet alleen het functioneren van het internationale rechtscollege, maar bereikt men ook dat de Nederlandse inbreng in die gemeenschap optimaal kan zijn. De brede problematiek van nationale en internationale rechtsstatelijkheid ligt als studiegebied het eerst voor de hand.

Daarnaast zal voor alle hoofdgebieden van het recht een strategie met betrekking tot internationalisering moeten worden bepaald. Soms kan het realistisch zijn om zich op een bepaald terrein neer te leggen bij het feit dat hier recht gaat gelden waarop de Nederlandse wetgever en rechter geen enkele invloed hebben, en dat ook in internationaal verband niet overeenkomstig de garanties van de rechtsstaat tot stand is gekomen. Het is echter onbevredigend als dit geschiedt zonder dat is onderzocht welke mogelijkheden tot beïnvloeding vanuit Nederland mogelijk zijn. Ons land heeft ook enkele strategische voordelen, die kunnen worden uitgebouwd.

### **Aanbeveling**

De raad beveelt aan dat de regering voor het privaatrecht, het strafrecht en het bestuursrecht een algemene strategie bepaalt met betrekking tot de internationalisering. Daarin moet allereerst een inventarisatie worden gemaakt van de huidige ontwikkelingen en de langetermijnverwachtingen: op welke terreinen zal het Nederlandse recht, indien de huidige ontwikkelingen doorgaan, aan betekenis inboeten of zelfs marginaliseren? Vervolgens moet worden nagegaan welke invloed Nederland op deze ontwikkelingen wil en kan uitoefenen. Welke rol ziet men in de toekomst voor Nederlandse instellingen:

- a De wetgever: in hoeverre kan die bij de besluitvorming nog een rol blijven spelen?
- b De rechter: in hoeverre is het gewenst dat (bepaalde soorten) procedures in Nederland worden gevoerd en hoe kan dat doel worden bereikt?
- c De advocatuur: in hoeverre is het onvermijdelijk en bezwaarlijk dat de advocatuur zich voor bepaalde gebieden naar het buitenland verplaatst? Ontstaan hierdoor wellicht nieuwe kansen voor de advocatuur (in samenhang met b)?

De antwoorden op deze vragen hangen mede af van de vorm van internationalisering van het recht die op een bepaald terrein dominant wordt. Verdient bijvoorbeeld formele harmonisatie in dwingende internationale (Europese) regels de voorkeur, of is een goede koppeling van rechtssystemen met behoud van eigen voorkeuren te prefereren?

Gezien het feit dat ook de internationale rechtsontwikkeling voor een belangrijk deel door de juridische professie wordt gedragen, is dit voor een land als Nederland een relatief kansrijke methode; wetenschappelijk onderzoek en opleiding

kunnen hieraan verder bijdragen. De regering zou strategische keuzes moeten maken voor bepaalde onderzoeksgebieden.

## 10.6 HET VIJFDE EVENWICHT: VERSCHUIVINGEN IN DE TRIAS POLITICA

Tussen de drie klassieke staatsmachten van de rechtsstaat is er een verschuiving te constateren, waarbij de rechterlijke macht relatief aan belangrijkheid heeft gewonnen. Dit komt allereerst door de invloed van de internationale en vooral Europese rechtsvorming (o.a. EVRM-rechtspraak), die via de nationale rechter steeds meer wordt toegepast in de rechtspraak. Dit is vooral te zien bij de interpretatie van grondrechten en processuele voorschriften en voorzieningen. Daarnaast is op nationaal niveau de invloed van de rechters vergroot, doordat het op talrijke gebieden steeds moeilijker is geworden maatschappelijke situaties te reguleren via gedetailleerde wetten. Aanvullende rechtspraak heeft een eigen bijdrage geleverd aan de rechtsvorming en rechtsontwikkeling, met name via de toepassing van beginselen van redelijkheid en billijkheid en van andere, in de wet vastgelegde, open normen. Zoals in hoofdstuk 7 is geschetst, is deze ontwikkeling geenszins in strijd met de grondslagen van de democratische rechtsstaat. Rechters worden in continentale rechtsstelsels weliswaar niet democratisch gekozen, maar hun rol bij de uitleg van wetten en normen, mits op zorgvuldige en terughoudende manier aangewend, past geheel in de uitgangspunten van de rechtsstaat.

Indien in formele wetten eveneens meer gebruik zal worden gemaakt van open normen, zoals uit de analyse in hoofdstuk 9 blijkt, dan zal deze tendens zich versterken. De rechter zal dan tevens een centralere plaats krijgen als laatste toetssteen van open normen in de betrekkingen tussen overheid en burger en tussen burgers onderling, die in de schaduw van de overheid publieke taken vervullen.

De erkenning van deze aanzienlijke rechtsvormende taak van de rechter kan echter aanleiding zijn tot aanpassingen in zijn formele taak en in de werkwijze van de hoogste rechterlijke colleges. Een formele regeling van het recht van de rechter om formele wetten ook aan de Grondwet te toetsen, zoals wel wordt bepleit, zou een bevestiging vormen van een reeds gevorderde praktijk, met name wat de klassieke grondrechten betreft. De druk van de internationale rechtsvorming maakt het welhaast onontkoombaar om deze bevoegdheid van de rechter in ons land formeel vast te leggen, tenminste voor het laatstbedoeld terrein van de klassieke grondrechten.

### ***Aanbeveling***

De rechtsvormende taak van de rechter vergt een nauwgezette uitvoering, met name van de hoogste rechtscollages. Daarom beveelt de raad aan dat de volgende aanpassingen in de werkwijze van deze colleges wettelijk worden mogelijk gemaakt:

- a een taakverdeling tussen enerzijds de hoogste rechter(s), die zich vooral richten op rechtsvorming en die geen geschillen beslechten die voor de rechts-

- vorming niet van belang zijn, en anderzijds overige rechters, die zich inzetten op snelle en effectieve geschilbeslechting; deze taakverdeling kan tevens leiden tot verlichting van de groeiende taaklast van de hoogste rechtscolleges;
- b meer mogelijkheden vanuit de samenleving om een rol te spelen bij de rechtsvorming, bijvoorbeeld door als *amicus curiae* een standpunt naar voren te brengen;
  - c betere mogelijkheden tot voorlichting door deskundigen van de hoogste rechter.

### **Aanbeveling**

Tegenover de vergrote macht van de rechter staat een plicht van de rechterlijke macht als geheel tot het afleggen van verantwoording aan de samenleving. Dit kan geschieden door openbaarmaking van jaarlijkse verslaglegging van het algemene beleid van de rechterlijke organisaties. De verantwoording kan ook plaatsvinden door de kwaliteit van het rechterlijke werk en de kwaliteitsbewaking, waaronder ook de opleiding en bijscholing van rechters valt te rekenen, zichtbaarder en transparanter te maken voor de samenleving op een manier die vergelijkbaar is met wat in andere professionele organisaties geschiedt (zie hoofdstuk 7).

## **10.7 DE TOEKOMST VAN DE RECHTSSTAAT**

Heeft de nationale rechtsstaat een toekomst? Deze vraag, die in de analyse van dit rapport centraal naar voren is gekomen, wordt bevestigend beantwoord. De rechtsstaat leeft sterk onder de bevolking, als symbool voor een stelsel van rechtsbeginselen en -normen. Aan deze normen en beginselen wordt niet getwijfeld. Aanslagen op deze beginselen, zoals bij gewelddadige acties, en incidentele misslagen bij rechtsbeslissingen, zoals bij de veroordeling van een onschuldige, doen het geloof in de rechtsstaat niet teniet. Integendeel, in de reacties op geconstateerde afwijkingen van de normen van de rechtsstaat worden de grondidee en de voornaamste beginselen steeds weer opnieuw bevestigd. In de discussies daarover wordt het ethos van de rechtsstaat aangewakkerd en springlevend gehouden.

De balans van de rechtsstaat in Nederland is positief: grondrechten worden nageleefd en het vertrouwen in de onafhankelijke rechtspraak bij burgers is al een lange tijd zeer groot, ondanks incidentele klachten van individuele justitiabelen. Scherpe conflicten over de interpretatie van de Grondwet of over andere beginselen van de rechtsstaat hebben zich niet voorgedaan. De essentie van de klassieke rechtsstaat, die ligt in de controle op de uitoefening van staatsmacht en de vermindering van willekeur, komt niet direct in gevaar. Deze conclusie is echter niet voldoende om de toekomst van de rechtsstaat blijvend te verzekeren.

Immers in de sfeer van de *voorwaarden* voor het goed blijven functioneren van de rechtsstaat hebben zich wel veranderingen voorgedaan die om specifieke aandacht van de overheid vragen. Deze veranderingen, die grotendeels het gevolg

zijn van internationale ontwikkelingen en van de toegenomen mondigheid en zelfstandigheid van burgers, hebben wel degelijk consequenties voor de rechtsstaat. De veranderingen komen feitelijk neer op verschuivingen in de relaties tussen burgers onderling en tussen burgers en overheid. Verschuivingen zijn er ook te constateren in de taken die de overheid zelf uitvoert, met name in de verhouding tussen de presterende en de beschermende taken. Het is gemakkelijker om aan te geven wat de overheid niet mag (de grondidee van de klassieke rechtsstaat) dan om precies vast te stellen wat de overheid wel moet doen en hoe ze dat dan moet doen (de moderne sociale rechtsstaat). Ten slotte zijn er sterke verschuivingen aan de gang tussen nationale en internationale besluitvormingsprocessen en de daarbij betrokken instanties. Ook transnationaal optredende burgerbewegingen en –netwerken kunnen als *checks and balances* helpen om overheden in een *rule of law*-perspectief scherp te houden. Staten zoals Nederland kunnen die groepen steunen. De rechtsstaat wordt dan gedragen door transnationaal geëngageerde burgers.

Deze verschuivingen kunnen worden geïnterpreteerd als het zoeken naar een nieuw evenwicht in die respectievelijke verhoudingen. De toegenomen mondigheid en grotere zelfstandigheid van bepaalde groepen van burgers vragen om een andere opstelling van de overheid. Tegelijkertijd blijven andere groepen burgers afhankelijk van overheidsprestaties. Bescherming door en bescherming tegen de overheid worden beide door verschillende typen van burgers in de rechtsstaat verwacht en geëist. Deze gedifferentieerde verwachtingen jegens de overheid vergen een grotere flexibiliteit, slagvaardigheid en openheid van de overheidsinstanties. Tegelijkertijd worden zij in hun handelingsvrijheid belemmerd door de sterk gegroeide regelgeving en rechtsbescherming. Sanering, in de zin van weloverwogen beperking, van deze regels is nodig. Maar als de overheid meer ruimte en vrijheid krijgt, dan worden rechtsstatelijke waarborgen weer heel relevant. Actualisering van die rechtsstatelijke waarborgen en analoge toepassing ervan in de private organisaties die met publieke taken zijn of opnieuw worden belast, zijn daarom tevens aan de orde.

Het evenwicht tussen de drie klassieke staatsmachten is evenzeer aan verschuivingen onderhevig. Zoals in dit rapport is geconstateerd, is aan de rechterlijke macht een centralere rol toegefallen. De verhouding tussen wetgever en rechter is dynamisch geworden en vraagt om een subtiel samenspel. Daarnaast krijgt de rechter door de ontwikkelingen in het openbaar bestuur eveneens een grotere rol te spelen bij de interpretatie en toetsing van de vele nieuwe open normen in de wet- en regelgeving. De analyse van dit rapport bevestigt dat open normen in wetten en regels noodzakelijkerwijs vaker zullen worden gebruikt. De rechter gaat daarbij niet zozeer ‘op de stoel van de bestuurder’ zitten, maar vormt voor de burgers een laatste toetssteen in nieuwere en meer open verhoudingen. Een effectiever en slagvaardiger bestuur, dat meer vrijheid heeft en dat meer taken uitbesteedt aan privaatrechtelijke organisaties, zal deze uiteindelijke rechtsbeschermende toetssteen niet kunnen missen. Deze verschuivingen in het evenwicht tussen rechter en bestuur kunnen beter tot hun recht komen indien er

ook een herwaardering optreedt van de rol van de formele wetgeving en van de rol van het parlement als medewetgever. In een open samenleving, met nationaal en internationaal zeer uiteenlopende opvattingen en levensovertuigingen, zijn open normen onvermijdelijk. De formele wet als rechtsbron van deze open normen kan als een collectief bindende factor haar plaats in het rechtsbestel opnieuw verkrijgen.

Hoe belangrijk de open samenleving en de rechtsstaat blijven, wordt geïllustreerd door de opmerking van de schrijver Kader Abdolah, die als asielzoeker uit Iran zijn bestaan hier gevonden heeft: “Ik ben een democraat geworden. Buitengewoon tolerant. En ik voel me meer dan ooit geestelijk gezond. Ik kreeg de kans om mezelf te worden. En dat komt door de kostbare geest van de Nederlandse rechtsstaat. Je kan die geest in verlegenheid brengen, maar haar dwingen om terug te kijken, is onmogelijk” (De Volkskrant 13 mei 2002; zie de bijlage bij hoofdstuk 1).

### **Samenvattend**

Om het goed functioneren van de rechtsstaat nu en in de nabije toekomst te bevorderen, heeft de raad op vijf punten, waarbij naar een nieuw evenwicht wordt gezocht, aanbevelingen gedaan. Die luiden, kort samengevat, als volgt.

- 1 Voor een effectievere rechtshuishouding en rechtshandhaving:
  - 1.1 Omkering van het opportuniteitsbeginsel in de strafvervolging (altijd vervolgen tenzij het openbaar belang zich verzet) is wenselijk voor een specifieke categorie delicten, met name ernstige geweldsdelicten.
  - 1.2 De werkwijze van het openbaar ministerie en van de politie bij de keuzes die zij maken bij opsporing en vervolging, vraagt om meer verantwoording en transparantie.
  - 1.3 De effectiviteit in de politieorganisatie moet worden verbeterd. Het logisch gevolg hiervan is dat de capaciteit van de staande en zittende rechterlijke macht zich uitbreidt; dit laatste ter voorkoming van filevorming in de rechtspraak.
  - 1.4 Bij lichtere overtredingen kan vaker met een door het bestuur (waaronder het openbaar ministerie) op te leggen boete worden gewerkt, met daarbij de mogelijkheid tot beroep op een rechter.
  - 1.5 Uit het oogpunt van preventie van criminaliteit zijn hogere straffen niet per se geboden; wel hebben veelplegers en jonge delinquenten extra aandacht en intensievere begeleiding nodig.
  - 1.6 Meer dan thans het geval is dient de reclassering te worden ingeschakeld bij de begeleiding en terugkeer van de groep veelplegers die verhoudingsgewijs de grootste kosten in de strafrechtsketen veroorzaakt.
  
- 2 Voor een beter presterende overheid:
  - 2.1 Bewust gekozen, tijdelijke vormen van niet-handhaving in het openbaar bestuur zijn aanvaardbaar. Alle andere vormen van gedogen – hetzij uit onmacht, hetzij uit capaciteitsgebrek – dienen niet meer te worden

- aanvaard. Ongecontroleerde vormen van gedogen kunnen plaatsmaken voor kenbaar gemaakte bestuurlijke handhavingsstrategieën.
- 2.2 Het openbaar bestuur kan meer en systematischer experimenteren met nieuwe vormen van regulering, waarbij een grotere vrijheid ontstaat voor de uitvoerende instanties, maar waarbij een uiteindelijke toetsing door de onafhankelijke rechter blijft gewaarborgd.
  - 2.3 De overheid zal vormen van zelfregulering en zelfhandhaving moeten stimuleren, bijvoorbeeld op het gebied van milieu, voedsel en veiligheid en gezondheidszorg. De overheid krijgt daarbij een toezichhoudende rol.
- 3 Voor een betere verantwoordelijkheidsverdeling tussen burgers en overheid:
    - 3.1 De sanering, in de zin van weloverwogen beperking, van bestuursregels dient gepaard te gaan met een actualisering van rechtswaarborgen, vooral op het brede terrein van publieke en publiek-private rechtsbetrekkingen.
    - 3.2 Er is een noodzaak tot sanering en actualisering van systemen van rechtsbescherming, kwaliteitscontrole en verantwoording van particuliere organisaties die publieke taken uitvoeren (o.a. in de gezondheidszorg, het onderwijs, welzijnsinstellingen en bij culturele voorzieningen).
  - 4 Voor de bevordering van rechtsstatelijkheid in bovennationale en internationale verbanden:
    - 4.1 Het buitenlands beleid en de ontwikkelingssamenwerking moeten worden ingezet bij de bevordering van rechtsstatelijkheid in landen waarin die nu ontbreekt.
    - 4.2 Het Nederlandse parlement zal bij de totstandkoming van Europese regelgeving een grotere betrokkenheid moeten tonen en een proactieve houding bij de besluitvorming moeten aannemen.
    - 4.3 Een constante Nederlandse inbreng zal in internationale juridische rechtscolleges en bij wetenschappelijke en praktijkgerichte beoefening van het internationale recht gehandhaafd moeten blijven. De Nederlandse Randstad is als vestigingsplaats van internationaal juridische instellingen van groot belang.
    - 4.4 Onderzoek naar de gevolgen van de internationalisering voor het nationale recht, in het bijzonder voor het functioneren van de Nederlandse wetgever, rechter en advocatuur, dient te worden gestimuleerd.
  - 5 Voor een betere verhouding tussen de staatsmachten:
    - 5.1 Ten aanzien van de rechtsvormende taak van de rechter zal een duidelijke taakverdeling moeten worden aangebracht tussen hoogste en lagere rechter.
    - 5.2 De voorlichting van de rechter door deskundigen uit de samenleving kan worden uitgebreid, onder andere door *amicus curiae* en andere rechtsfiguren.
    - 5.3 Professionele verantwoording en transparantie van de rechterlijke macht als geheel (vertegenwoordigd in de Raad voor de Rechtspraak) zijn van belang voor de kwaliteitsbevordering en kwaliteitsbewaking in de rechtspraak.

Sommige van deze aanbevelingen vereisen niet meer dan een beter gebruik van bestaande mogelijkheden of een vrijwel kosteloze verruiming daarvan. De meeste aanbevelingen vereisen echter ook de inzet van meer middelen. Een goed functionerende rechtsstaat is dat waard, nu en in de toekomst.



## LITERATUUR

- Aalders, M.V.C. (1997) 'De nota Grenzen aan gedogen', *RegelMaat* 12, 5: 184-189.
- Albiston, C. (1999) 'The rule of law and the litigation process: The paradox of losing by winning', *Law & Society Review* 33, 4: 869-910.
- Andrews, D. (1995) 'The psychology of criminal conduct and effective treatment', blz. 35-62 in J. McGuire, *What works: Reducing reoffending*, Chichester: John Wiley & Sons.
- Aubert, V. (1971) 'Belangen- en waardenconflicten: twee manieren van conflict-oplossing', blz. 152-178 in V. Aubert, *Proeven van rechtssociologie*, Rotterdam: Universitaire Pers Rotterdam.
- Baas, N.J. en E. Niemeier (1999) *Kwaliteitssystemen voor de rechtsprekende macht*, Den Haag: WODC.
- Balkenende, J.P. (1992) *Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink (proefschrift).
- Barendrecht, J.M., A.F.M. Brenninkmeijer, N.J.H. Huls en M.A. Kleiboer (red.) (2000) *Rechtspleging, samenleving en bestuur: een gerichte onderzoeksagenda*, Utrecht: Lemma.
- Becker, J.W. en R. Vink (1994) *Secularisering in Nederland, 1966-1991: de verandering van opvattingen en enkele gedragingen*, Den Haag: SCP.
- Becker, J.W. en J.S.J. de Wit (2000) *Secularisatie in de jaren negentig*, Den Haag: SCP.
- Beckner, C.F. and A. Katz (1995) 'The incentive effects of litigation fee shifting when legal standards are uncertain', *International Review of Law and Economics* 15, 2: 205-224.
- Beenakkers, E.M.T. (2000) *Effectiviteit van sanctieprogramma's: bouwstenen voor een toetsingskader. Een literatuuronderzoek*, Onderzoeksnotities 2000/1, Den Haag: Ministerie van Justitie/WODC.
- Berg, E.L. (1996a) 'De beperkingen van de bestuursrechter', blz. 69-80 in C.R. Baljé et al., *De ontzuiling voorbij, openbaar bestuur en individualistisch burgerschap*, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Berg, H. (1996b) 'Private instellingen van publiek belang', *Openbaar bestuur* 3: 8-12.
- Bergh, G. van den (1936) *De democratische staat en de niet-democratische partijen*, Amsterdam: De Arbeiderspers.
- Beus, J. de (2000) 'Veerkracht en misnoegen in de duurzame democratie: de kernstaten sinds 1989', blz. 33-59 in F. Becker (red.) *De toekomst van de democratie; het eenentwintigste jaarboek voor het democratisch socialisme*. Amsterdam: De Arbeiderspers/Wiardi Beckmanstichting.
- Binnenlandse Veiligheidsdienst, *Jaarverslag 2001*, Leidschendam: BVD.
- Blankenburg, E. (1998) 'Patterns of legal culture: The Netherlands compared to neighboring Germany', *The American Journal of Comparative Law* 46, 1: 1-42.
- Bos, A.M. (2001) *Geregeld recht, een rechtspositivistische analyse van de rechtsstaat*, Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Bovens, M.A.P., W. Derksen en W.J. Witteveen (red.) (1987) *Rechtsstaat en sturing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

- Bovens, M.A.P., W. Derksen, W. J. Witteveen, F. Becker en P. Kalma (1995) *De verplaatsing van de politiek*, Amsterdam: Wiardi Beckmanstichting.
- Bovens, M.A.P. (1999) *De digitale rechtsstaat*, Alphen aan den Rijn: Samsom.
- Brenninkmeijer, A.F.M. (1987a) *De toegang tot de rechter, een onderzoek naar de betekenis van onafhankelijke rechtspraak in een democratische rechtsstaat*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Brenninkmeijer, A.F.M. (1987b) 'De plaats van de rechter in onze constitutionele orde', blz. 51-70 in *De rechter als dicatator?* RAIO-Congresbundel, Lochem: Van den Brink & Co.
- Brenninkmeijer, A.F.M. (2001) 'De rechtgever', *Nederlands Juristenblad* 76, 26: 1191-1201.
- Brenninkmeijer, A.F.M. (2002a) 'De reorganisatie van de rechtspleging en de onafhankelijkheid van de rechter', *NJCM-bulletin* 27, 1: 9-28.
- Brenninkmeijer, A.F.M. (2002b) 'Hoger beroep en rechtseenheid in bestuursrechtelijke geschillen', *Nederlands Juristenblad* 77, 20: 974-982.
- Brink, G.J.M. van den (2001) *Geweld als uitdaging*, Utrecht: NIZW.
- Brink, G.J.M. van den (2002) *Mondiger of moeilijker? Een studie naar de politieke habitus van hedendaagse burgers*, WRR Voorstudies en Achtergronden nr. V115, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Bruinsma, F. (2000) 'Rechter, organisatie en rechtspraak: beeld en zelfbeeld', *Trema* 23, 10: 443-448.
- Bunt, H.G. van de (2002) 'Nota Criminaliteitsbeheersing; investeren in meer van hetzelfde', *Justitiële Verkenningen* 28, mei: 8-14.
- Burg, F.H. van der (1985) 'Naar een nieuw materieel wetsbegrip', blz. 57 e.v. in *Bestuur en norm* (Crince Le Roy-bundel).
- Burger, A. en P. Dekker (red.) (2001) *Noch markt noch staat. De Nederlandse non-profit-sector in vergelijkend perspectief*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau.
- Burkens, M.C., H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven (1997) *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink i.s.m. NISER.
- Buruma, Y. (2001) 'Terrorisme en de weerbare rechtsstaat', *Delikt en Delinkwent*, 31: 1025-1035.
- Buruma, Y. (2002) 'Een grondwettelijk recht op veiligheid? Strafrechtspolitieke argumenten', *NJCM* 27: 575-586.
- Bussemaker, J. (1998) 'Hedendaagse politieke stromingen en individualisering', blz. 17-42 in J. Bussemaker en J. van Vugt (red.) *Individualisering: elf studies over individualisering: politiek, maatschappelijk leven, kerk en theologie, vrouw en subject*, Nijmegen: Damon.
- Buuren, P.J.J. van (1988) *Gedogend besturen*, Deventer: Kluwer.
- Cass, R.A. (2001) *The rule of law in America*, Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (1994) *Vijfennegentig jaren statistiek in tijdreeksen 1899-1994*, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Cohen, J.L. (1998) 'American civil society talk', Report of the Institute for Philosophy & Public policy, *Civil society and democratic citizenship*, vol. 18, nr. 3.
- Commager, H.S. (1978) *The empire of reason*, London: Weidenfeld and Nicolson.

- Commissie Health Care Governance (1999) *Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording*, Rapport van de Commissie Health Care Governance, Soesterberg.
- Commissie van de Europese Gemeenschappen (2001) *Europese governance, een witboek*, Brussel, com. 428.
- Commissie-Wallage (2001), *In dienst van de democratie*, Den Haag.
- Commissie Wetgevingsvraagstukken (1985) *Orde in de regelgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij.
- Crouch, C. (1986) 'Sharing public spaces: states and organized interests in Western Europe, blz. 177-210 in J. Hall (1986) *States and societies*, Oxford: Blackwell.
- Curtin, D.M. (1997) *Postnational democracy; The European Union in search of a political democracy*, The Hague: Kluwer Law International.
- Dahrendorf, R. (1990) *Reflections on the revolution in Europe*, London: Chatto & Windus.
- Dekker, P. (2000) 'Vijfentwintig jaar politieke betrokkenheid en participatie', in A.E. Bronner (red.) *Recente ontwikkelingen in het marktonderzoek* (jaarboek 2000 van de NVM), Haarlem: De Vrieseborch.
- Dekker, P. (2002a) *De oplossing van de civil society; over vrijwillige associaties in tijden van vervagende grenzen*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau.
- Dekker, P. (2002b) 'Sterkere democraten, zwakkere democratie?', blz. 55-66 in J. van Holsteyn, R. Koole en Ph. van Praag (red.) *Bezige burgers, themanummer Beleid en Maatschappij*, Amsterdam/Meppel: Boom.
- Dekker, P. et al. (2002c) *Niet stemmers*, Den Haag: SCP.
- Dijk, P. van (2000), 'Voorwaarts over de drempel', blz. 595-609 in R.A. Lawson en E. Myjer (red.) *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij.
- Doelen, F.C.J. van der (2000) 'Grenzen aan de generalistendoctrine' in J.M. Barendrecht et al. (red.) *Rechtspleging, samenleving en bestuur: een gerichte onderzoeksagenda*, Utrecht: Lemma.
- Donk, W.B.H.J. van de (2001), *De ontzieling voorbij*, Tilburg (oratie).
- Donner, A.M. (bew.) (1977) *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* door C.W. van der Pot, 10<sup>e</sup> druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Donner, J.P.H. (1998) *Staat in beweging*, WRR Voorstudies en Achtergronden V. 100, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Doorn, J.A.A. van (1955) 'Organisatie en professionalisatie', blz. 155-204, in J.A.A. van Doorn (red.) *Organisatie en maatschappij*, Leiden: H.E. Stenfert Kroese.
- Doorn, J.A.A. (1973) *Met man en macht; sociologische studies over maatschappelijke mobilisatie*, Meppel: Boom.
- Doorn, J.A.A. van (1981) 'Corporatisme en technocratie, een verwaarloosde polariteit in de Nederlandse politiek', *Beleid en Maatschappij*, mei: blz.134-149.
- Doornbos, N. en K. Groenendijk (2001) 'Uitkomsten van asielprocedures: een cohort-onderzoek', *Nederlands Juristenblad* 6: 245-253.
- Dworkin, R. (1979) *Taking rights seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986) *Law's empire*, Cambridge, Mass.: Belknap Press.
- Dyzenhaus, D. (1997) *Legality and legitimacy*, Oxford/New York: Oxford University Press.
- Eijlander, Ph. (2000) *De verbindende wetgever*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

- Eijlander, Ph., R.A.J. van Gestel en P.C. Gilhuis (2000) 'Perspectieven op wetgeving', *RegelMaat* 2: 68-87.
- Eijsink, M. (2001) 'Fascinatie voor transnationaal beleid', *Facta* 9, 8: 10-12.
- Engelhard, B. et al. (2001) 'Criminaliteit en opsporing', blz. 43-82 in F. Huls, *Criminaliteit en rechtshandhaving 2000*, Den Haag: WODC.
- Engels, J.W.M. e.a. (red.) (1989) *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Erf, R. van der (2002) *Asielcohorten 1994-2000 in de tijd gevolgd*, Working Paper 2002/1, Den Haag: NIDI.
- Eshuis, R.J.J. (1998) *Een kwestie van tijd*, Onderzoek en beleid 171, Den Haag: WODC/Ministerie van Justitie.
- Everts, W.N. (2000) 'Het vak van de rechter', blz. 145-149 in J.M. Barendrecht et al. (red.) *Rechtspleging, samenleving en bestuur: een gerichte onderzoeksagenda*, Utrecht: Lemma.
- Farazmand, A. (1999) 'Globalization and public administration' *Public Administration Review* 59: 509-522.
- Feijter, H. de (1991) *Voorlopers bij demografische veranderingen*, NIDI rapport nr. 22, Den Haag.
- Fiselier, J.P.S. (1998) 'Krijgt de delinquent de straf die hij verdient?' blz. 45-71 in K. Schuyt en M. Kommer (red.), *Niet bij straf alleen*, Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Fletcher, G.P. (1996) *Basic concepts of legal thought*, Oxford: Oxford University Press.
- Fokkens, J.W. (2000) 'Scholing en opleiding van rechters en officieren van Justitie' blz. 165-169 in J.M. Barendrecht et al. (red.) *Rechtspleging, samenleving en bestuur: een gerichte onderzoeksagenda*, Utrecht: Lemma.
- Foqué, R. (1995) 'Gedogen en de opportuniteit van de rechtsstaat', *Justitiële Verkenningen* 21, 8: 48-64.
- Fuller, L. (1964) *The morality of law*, New Haven: Yale University Press.
- Galanter, M. (1974) 'Why the "Haves" come out ahead: Speculations on the limits of legal change', *Law and Society Review* 9, 1: 95-160.
- Galanter, M. (1996) 'Real world torts: An antidote to an anecdote', *Maryland Law Review* 55, 4: 1093-1160.
- Genugten, W.J.M. van (2000) 'Multinationale ondernemingen en de rechten van de mens: van voorzichtige toenadering tot paradigmawisseling', *Nederlands Juristenblad* 75: 1231-1236.
- Grapendaal, M., P.P. Groen en W. van der Heide (1997) *Duur en volume*, Onderzoek en beleid 163, Den Haag: WODC.
- Groenendijk, C.A. (1981) *Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter*, diss. KU Nijmegen.
- Gronden, J.W. van de (2001) 'EG-recht en het maatschappelijk middenveld', *SEW* 9: 302-313.
- Groot, E. (2002) 'De Paarse polder', in *Het Financieele Dagblad*, 16 februari 2002.
- Gunsteren, H.R. van (1992) *Eigentijds burgerschap*, WRR-publicatie vervaardigd onder leiding van Herman van Gunsteren, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Haan J. de en F. Huysmans (2002) *E-cultuur, een empirische verkenning*, Den Haag: SCP.
- Hart, A.C. 't (1994) *Openbaar ministerie en rechtshandhaving; een verkenning*, Arnhem: Gouda Quint.

- Hartkamp, A.S. (2000) 'De Nederlandse rechter en het EVRM', blz. 23-35 in R.A. Lawson en E. Myjer (red.) *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij.
- Hayek, F.A. (1944) *The road to serfdom*, Chicago: Chicago University Press, New edition 1976.
- Hayek, F.H. (1973) *Law, legislation and liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Chicago: Chicago University Press.
- Hemerijck, A. (1997) 'Social capital, state traditions and the origins of Dutch corporatism', blz. 25-46 in M.A. de Jong en A.C. Zijdeveld (eds.) *The gift of society*, Nijkerk: Enzopress.
- Hendriks, J.A.M. (1996) 'Binnenlands bestuur in beweging', blz. 233-242 in C.R. Baljé et al., *De ontzuiling voorbij, openbaar bestuur en individualistisch burgerschap*, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Hertogh, M. (2002) *De levende rechtsstaat*, Utrecht: Lemma.
- Hes, J. (2001) *Recht doen aan de buurt*, Dordrecht: Stichting Maatschappij, Veiligheid en Politie.
- Hirsch Ballin, E.M.H. (1987) 'Regelen op afstand als vereiste van een sociale rechtsstaat', blz. 91-104 in M.A.P. Bovens, W. Derksen en W.J. Witteveen (red.) *Rechtsstaat en sturing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Hirsch Ballin, E.M.H. (1991) 'Rechtsvorming door wetgeving', blz. 403-417 in: E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat en beleid*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Hirsch Ballin, E.M.H. (1999) *Netwerken van rechtsontwikkeling*, Utrecht: Uitgeverij Lemma.
- Hirsch Ballin, E.M.H. (2000) 'Het EVRM in de 21ste eeuw', blz. 611-622 in R.A. Lawson en E. Myjer (red.) *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij.
- Hirsch Ballin, E.M.H. (2001) 'Een wezenlijke maatstaf voor alle actoren in de Gemeenschap', *SEW* 49: 330-33.
- Hoeven, J. van der (1989) 'De rechtsstaat herdacht', blz. 1-9 in J.W.M. Engels e.a. (red.) *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Hout, W. en M. Sie Dhian Ho (red.) (1997) *Aanpassing onder druk? Nederland en de gevolgen van internationalisering*, Assen: Van Gorcum.
- Huberts, L.W. en W.J. van Noort (red.) (1989) *Sociale bewegingen in de jaren negentig, stand van zaken en vooruitblik*, Leiden: DSWO Press.
- Jansweijer, R.M.A. (1987) *Private leefvormen, publieke gevolgen*, WRR Voorstudies en Achtergronden nr. V57, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Jurgens, G.T.J.M. (1996) *Bestuurlijk gedogen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Kemenade, J.A. van (1997) *Bestuur in geding*, Haarlem: Provinciehuis Noord-Holland.
- Kennedy, D. (1976) 'Form and substance in private law adjudication', *Harvard Law Review* 89: 1685-1778.
- Klaassen, C. en A. Wesselingh (1994) 'Burgerschap en onderwijs in de laatmoderne samenleving', blz. 165-186 in H. Kleijer en G. Tillekens, *Burgerschap zonder moraal: een sociologische kijk op de verantwoordelijke burger*, Leuven/Apeldoorn: Garant.
- Klerk, Y. en E. Janse de Jonge (1997) 'The Netherlands', blz. 127-137 in *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights*, Den Haag.
- Klijn, A., J. van der Schaaf en G. Paulides (1998) *De rechtsbijstandsubsidie herzien*, Onderzoek en beleid 175, Den Haag: WODC.

- Koch, K. (1997) 'Internationalisering en de beleidsautonomie van de staat', blz. 32-44 in W. Hout en M. Sie Dhian Ho (red.) *Aanpassing onder druk? Nederland en de gevolgen van internationalisering*, Assen: Van Gorcum.
- Kommer, M. (1998) 'Krijgt ons land de criminaliteit die het verdient?', blz. 17-44 in K. Schuyt en M. Kommer (red.), *Niet bij straf alleen*, Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Kooijmans, P.H. (2000) *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer (8<sup>e</sup> druk).
- Koole, R. (2001) 'Tussen lijdelijkheid en contestatie, politieke participatie in de twintigste eeuw', blz. 151-170 in C. van Eijl et al. (red.) *Sociaal Nederland, contouren van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Aksant.
- Koopmans, L. (2002) 'Onderzoek tien jaar tripartiete Arbeidsvoorziening', blz. 47-54 in *Rapportage afwikkeling arbeidsvoorziening*, Zoetermeer: CBA.
- Koopmans, T. (1976) *Compendium van het staatsrecht*, Deventer: Kluwer.
- Koopmans, T. (1978) *Vergelijkend publiekrecht*, Deventer: Kluwer.
- Koopmans, T. (1993) 'Het leerstuk van de political question' in M.G. Rood (red.) *Rechters en Politiek, nationale en internationale beschouwingen*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Kortmann, C.A.J.M. (1987) *De grondwetsherzieningen van 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer.
- Kortmann, C.A.J.M. (1998) 'De Grondwet en het bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 11, 3: 53-59.
- Kriegel, B. (1995) *The state and the rule of law*, New Jersey: Princeton University Press.
- Kriesi, H. et al. (1995) *New social movements in Western Europe*, London: UCL Press.
- Kronjee, G. (1991) *Veranderingen in de levenscyclus, demografische veroudering en collectieve sociale uitgaven*, Utrecht: ISOR/Universiteit van Utrecht.
- Landelijk Stafbureau Vreemdelingenkamers (LSVK) (2002) *Jaarverslag Vreemdelingenkamers 2001*, Den Haag.
- Lans, J. van der (1995) *De onzichtbare samenleving, beschouwingen over publieke moraal*, Utrecht: NIZW.
- Lans, J. van der (2002) 'Maatschappelijk middenveld, laboratorium voor democratisch burgerschap', *Tijdschrift voor de sociale sector* 56, 11/12: 26-31.
- Lauwaars, F.C. (2000) 'Deskundigheid van de rechter: generalist in plaats van specialist', blz. 149-153 in: J.M. Barendrecht et al. (red.) *Rechtspleging, samenleving en bestuur: een gerichte onderzoeksagenda*, Utrecht: Lemma.
- Lawson, R.A. (2000), '50 jaar EVRM in vogelvlucht', blz. 3-21 in R.A. Lawson en E. Myjer (red.) *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij.
- Leyten, J.C.M. (1973) 'De opleiding van de magistratuur in Nederland', blz. 63-99 in M. Storme et al. *Taak en opleiding van de magistratuur*, Gent.
- Liefbroer, A.C. en P.A. Dykstra (2000) *Levenslopen in verandering*, WRR Voorstudies en Achtergronden nr. V107, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Lijphart, A. (1968) *Verzuiling, pacificatie en kentering in de Nederlandse politiek*, Haarlem: H.J.W. Becht.
- Lipsey, M.W. (1995) 'What do we learn from 400 research studies on the effectiveness of treatment with juvenile delinquents?', blz. 63-78 in J. McGuire, *What works: Reducing reoffending*, Chichester: John Wiley & Sons.

- Lösel, F. (1995) 'The efficacy of correctional treatment: A review and synthesis of meta-evaluations', blz. 79-111 in J. McGuire, *What works: Reducing reoffending*, Chichester: John Wiley & Sons.
- Loth, M. (1998) *Recht spreken, recht doen, over de functies en het functioneren van de burgerlijke rechtspraak*, oratie EUR, Deventer: Kluwer.
- Loth, M.A. (2001) 'Rechterlijke samenwerking en rechtsvinding', blz. 111-120 in: C.P.M. Cleiren en G.K. Schoep (red.) *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint.
- Lowi, Th.J. (1969) *The end of liberalism*, New York: Norton and Company.
- Luhmann, N. (1969) *Legitimation durch Verfahren*, Berlin: Luchterhand Verlag.
- Maas-de Waal, C. (2002) 'Veiligheid, ontwikkelingen en stand van zaken', blz. 245-278 in J. de Hart, *Zekere banden*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau.
- Martens, S.K. (2000a) 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *Nederlands Juristenblad* 75: 747-758.
- Martens, S.K. (2000b) '50 jaar EVRM', *Nederlands Juristenblad* 75: 1905-1913.
- Martin, M.W. (2000) *Meaningful work, Rethinking professional ethics*, Oxford: Oxford University Press.
- McGuire, J. and P. Priestley (1995) 'Reviewing "What works": Past, present and future', blz. 3-34 in J. McGuire, *What works: Reducing reoffending*, Chichester: John Wiley & Sons.
- Mentink, D. (1995) *Openbaar onderwijs als kerntaak van overheidszorg. De ontstaans-geschiedenis van art. 23 lid 4 van de Grondwet en de bestuurlijke vormgeving van het openbaar onderwijs*, Den Haag: SVO.
- Miceli, T.J. (1994) 'Do contingent fees promote excessive litigation?', *Journal of Legal Studies* XXIII, 1: 211-224.
- Michiels, F.C.M.A. (2001) 'Van twee kanten: gedogen II. Gedogen is doodgewoon.', *RM Themis* 162, 8: 251-253.
- Mill, J.S. (1863) Considerations on representative government, in C.V. Shields (1958) *John Stuart Mill, Considerations on representative government*, New York: Liberal Arts Press.
- Minister van Justitie (1993) *Strafvordering in balans*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1993-1994, 23672, nr. 1.
- Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (1998) *Juridisering in het openbaar bestuur*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1998-1999, 26360, nr. 2.
- Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (2001) *Aanbiedingsbrief en Kabinetsstandpunt naar aanleiding van het rapport van de Commissie onderzoek vuurwerkcramp (commissie-Oosting) en de 8 rijksinspecties*, Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 21757, nr. 20, blz. 20.
- Ministerie van Justitie (1991) *Zicht op wetgeving*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1990-1991, 22008, nrs. 1-2.
- Ministerie van Justitie (1996) *Grenzen aan gedogen*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 25085, nr. 2.
- Ministers van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeleid en van Verkeer en Waterstaat (1990 en 1991) *Gedoogbrieven*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1989-1990, 21137, nr. 296 en 1990-1991, 22343, nr. 2.

- Mortelmans, K.J.M. (2000) 'De ontwikkeling van de communautaire regelgeving en Haagse besognes: de visie van de Raad van State', *Nederlands Juristenblad* 75: 1009-1015.
- Motivaction (2001) *Burgerschapstijlen en overheidscommunicatie*, Amsterdam: Motivaction.
- Mulder, M. (1974) *Het spel om macht*, Meppel: Boom.
- Murphy, K.M., A. Shleifer and R.W. Vishny (1991) 'The allocation of talent: Implications for growth', *The Quarterly Journal of Economics* 106, 2: 503-530.
- Myjer, B.E.P. (2000) *Bij een vijftigste verjaardag; aantekeningen over het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de Nederlandse strafrechtspleging*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Myjer, E.P.J. (2001) 'Twin Tower-aanval: een onbelemmerd recht op zelfverdediging?', *Nederlands Juristenblad* 76: 1888-1893.
- Nederlands Juristenblad (NJB) (2001) 'Rechters in Nederland, een NJB-enquête', *Nederlands Juristenblad* 76: 1923-1986.
- Nord, W.A. (2001) 'Moral disagreement, moral education, common ground', in D. Ravitch and J.P. Vitteri, *Making good citizens, education and civil society*, New Haven/London: Yale University Press.
- O+S (2001) *Amsterdam in cijfers, Jaarboek 2001*, Amsterdam: Gemeente Amsterdam.
- Oenen, G. van (2000) 'Gedegen gedogen. Over de waarde van gedoogbeleid voor de rechtsstaat', *Filosofie & praktijk* 9, 1: 2-17.
- Ommeren, F.J. van (2002) 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van geïmpliceerde bevoegdheden?', *RM Themis* 163, 3: 123-137.
- Patterson, O. (1999) 'The liberal millennium', *The New Republic* 222, 2: 54-63.
- Pelkmans, J. (2001) 'The GSM standard: explaining a success story', *Journal of European Policy* 8, 3: 432-453.
- Polak, C.H.F. (1976) 'Hulp voor de wetgever', in *Handelingen van de Nederlandse Juristen Vereniging*, deel 2, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Polak, J.M. (1987) 'Algemene inleiding', in *De rechter als dictator? Dynamiek in de trias*, RAIO-congresbundel, Lochem: Van den Brink en Co.
- Poppel, F. van en H. van Solinge (2001) 'Ontwikkelingen in de levensloop', blz. 45-68 in C. van Eijl et al., *Sociaal Nederland, contouren van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Aksant.
- Popper, K.R. (1963) *Conjectures and refutations*, London: Routledge and Kegan Paul.
- Posner, R.A. (1999) *The problematics of moral and legal theory*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Posner, R.A. (2000) 'The law of the beholder' *The New Republic*, 16 oktober 2000.
- Prakke, L., J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen (bew.) (2001) *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* door C.W. van der Pot, bewerkt door A.M. Donner, 14<sup>e</sup> druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Prakken, T. (2001) 'Voorzichtig met Europese strafrechtelijke terrorismebestrijding', *Nederlands Juristenblad*, 76: 1879-1883.
- Prechal, A. (2001) 'Een constitutionele "post-Nice" agenda?', *Nederlands Juristenblad* 76: 384-389.



- Priest, G.L. (1991) 'The modern expansion of tort liability: Its sources, its effects, and its reform', *Journal of Economic Perspectives* 5, 3: 31-50.
- Priest, G.L. and B. Klein (1984) 'The selection of disputes for litigation', *Journal of Legal Studies* XIII, 1: 1-55.
- Provan, K.G. and H.B. Milward (2001), 'Do networks really work? A framework for evaluating organizational networks', *Public Administration Review* 61, 4: 414-423.
- Putnam, R. (1993) *Making democracy work*, Princeton: Princeton University Press.
- Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, RMO (2000) *Aansprekend burgerschap. De relatie tussen de organisatie van het publieke domein en de verantwoordelijkheid van burgers*, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Rapport van de Commissie grondrechten in het digitale tijdvak*, (2000) (Commissie-Franken), Den Haag: ministerie van Binnenlandse Zaken.
- Raz, J. (1979) 'The rule of law and its virtue', blz. 210-233 in: J. Raz, *The authority of law*, Oxford: Clarendon Press.
- Rijkschroeff, R.A.L. e.a. (2001) *Toekomstverkenning gefinancierde rechtsbijstand*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut.
- Rijkkema, P. (2001) *Rechttersrecht, over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom.
- Rood, M.G. (red.) (1993) *Rechtters en politiek, nationale en internationale beschouwingen*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Rovers, B. (1999) 'Het aantal opgehelderde misdrijven en gehoorde verdachten neemt al jaren gestaag af', *Tijdschrift voor de Politie* 11: 10-14.
- Sassen, S. (1999) *Globalisering; Over mobiliteit van geld, mensen en informatie*, Amsterdam: Van Gennep.
- Schellen, J. van (1983) *Wat leert de Hoge Raad?*, Deventer: Kluwer.
- Scheltema, M. (1989) 'De rechtsstaat', blz. 11-25 in J.W.M. Engels e.a. (red.) *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Scheuerman, W.A. (1999) 'Globalization and the Fate of Law', in D. Dyzenhaus (red.) *Recrafting the rule of law: The limits of legal order*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing.
- Schmeets, H. en F. Otten (1998) 'Criminaliteit nationaal probleem nummer één', *SEC: kwartaalblad over samenleving en criminaliteit* 12, 1: 5-7.
- Schönfeld, K.M. (1979) *Montesquieu en 'la bouche de la loi'*, diss. RU Leiden, Leiden.
- Schout, J.A. en Nomden, K. (2000) 'De Europeanisering van het Nederlands openbaar bestuur', *Bestuurswetenschappen* 54: 336-354.
- Schreuders, M.M., F.W.M. Huls, W.M. Garnier en K.E. Swierstra (2000) *Criminaliteit en rechtshandhaving 1999*, Onderzoek en beleid 180, Den Haag: WODC.
- Schrijver, N.J. (2001) 'De aanslagen op de Verenigde Staten en het volkenrecht', *Nederlands Juristenblad* 76, 33: 1613-1614.
- Schudson, M. (1998) *The good citizen, a history of American civic life*, New York: The Free Press.
- Schuyt, C.J.M., K. Groenendijk en B. Sloot (1976) *De weg naar het recht*, Deventer: Kluwer.

- Schuyt, C.J.M. (1987) 'Gebonden aan maat en regel', blz. 23-35 in M.A.P. Bovens, W. Derksen en W.J. Witteveen (red.) *Rechtsstaat en sturing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Schuyt, C.J.M. (1989) 'De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving', blz. 297-335 in *De Hoge Raad der Nederlanden*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Schuyt, C.J.M. (1997) 'Bronnen van juridisering en hun confluentie', *Nederlands Juristenblad* 72, 21: 925-930.
- Schuyt, C.J.M. (1998) 'Politiek, staat, en samenleving: is een vernieuwing van hun onderlinge verhoudingen mogelijk?', *Socialisme en Democratie* 5: 213-218.
- Schuyt, C.J.M. en E. Taverne (2000) *1950: welvaart in zwart-wit*, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Selten, P. (2001) 'De Nederlandse jeugd in de twintigste eeuw', blz. 69-85 in C. van Eijl et al., *Sociaal Nederland, contouren van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Aksant.
- Selznick, Ph. (1969), *Law, society and industrial justice*, New York: Russel Sage.
- Shavell, S. (1999) 'The level of litigation: Private versus social optimality of suit and of settlement', *International Review of Law and Economics* 19, 1: 99-115.
- Slotboom, A., C. Wiebrens en A.C. Berghuis (2002) 'Een "kaart" van de misdaad', blz. 15-31 in J.L. de Wijkerslooth, *Goed beschouwd*, Den Haag: Openbaar ministerie.
- Sociaal en Cultureel Planbureau (1998) *Sociaal en cultureel rapport 1998, 25 jaar sociale verandering*, Den Haag: SCP.
- Sociaal en Cultureel Planbureau (1999) *Sociaal culturele verkenningen*, Den Haag: SCP.
- Sociaal en Cultureel Planbureau (2000), *Sociaal en cultureel rapport 2000*, hfst. 5 'Participatie Nederland in Europa', blz. 129-161, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau.
- Sociaal en Cultureel Planbureau (2002) *Sociaal en cultureel rapport 2002, de kwaliteit van de quartaire sector*, Den Haag: SCP.
- Soeteman, A. (1991) 'Hercules aan het werk, over de rol van rechtsbeginselen in het recht' blz. 28-40 in: Rechtsbeginselen, speciaal nummer *Ars Aequi*, oktober 1991.
- Songer, D.R., R.S. Sheehan and S.B. Haire (1999) 'Do the "Haves" come out ahead over time?', *Law & Society Review* 33, 4: 811-832.
- Spronken, T. (2000) 'Anonieme getuigen, een "continuing story"', blz. 115-135 in R.A. Lawson en E. Myjer (red.) *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-boekerij.
- Stel, J. van der (1999) 'Individualisering, zelfbeheersing en sociale integratie', in P. Schnabel (red.) *Individualisering en sociale integratie*, Nijmegen: SUN.
- Storme, M., G.E. Langemeijer, J. ter Heide, J.C.M. Leyten en J. Matthijs, *Taak en opleiding van de magistraat*, Gent: Bibliotheek van Gerechtelijke Recht.
- Stroink, F.A.M. (1993) *Rechterlijke organisatie en rechtspraak in beweging*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Tak, P.J.P. en J.P.S. Fiselier (2002) *Duitsland-Nederland en de afdoening van strafzaken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Theeuwes, J. en B. van Velthoven (1994) *De ontwikkeling van de criminaliteit in Nederland, 1950-1990: een economische analyse*, Research Memorandum 94.07, Leiden: Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vakgroep Economische Vakken.
- Tjeenk Willink, H.D. (1989) *De kwaliteit van de overheid, een bijdrage aan het hernieuwde politieke debat*, Den Haag: DOP.

- Tjeenk Willink, H.D. (2002) 'De herwaardering van het particulier initiatief', blz. 29-38 in P. Dekker (red.) (2002) *Particulier initiatief en publiek belang; beschouwingen over aard en toekomst van de Nederlandse non profit-sector*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau.
- Tops, P. (1994) *Moderne regenten, over lokale democratie*, Amsterdam/Antwerpen: Atlas.
- Tops, P. en S. Zouridis (2000) *Burgers en overheidscommunicatie*, Den Haag.
- Tops, P.W. en S. Zouridis (2001), 'Een realistische kijk op gemeenteraden', *Bestuurswetenschappen* 56, 1: 45-57.
- Torre, A.G.J. van der en F.P. van Tulder (2001) *Een model voor de strafrechtelijke keten*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau.
- Tweede Kamer (1993-1994) *Strafvordering in balans*, vergaderjaar 1993-1994, 23672, nr. 1.
- Tweede Kamer (1999-2000) Jaarverslag Nationale ombudsman 1999, Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 27050, nrs. 1-2.
- Tweede Kamer (1999-2000) *Wet Raad voor de Rechtspraak. Memorie van toelichting*, vergaderjaar 1999-2000, 27182, nr. 3.
- Tweede Kamer (2001-2002) *Criminaliteitsbeheersing. Verslag van een nota-overleg*, vergaderjaar 2001-2002, 27182, nr. 11.
- Unger, R.M. (1976) *Law in modern society*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- 'Van der Pot-Donner 2001': Prakke, L., J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen (bew.) (2001) *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* door C.W. van der Pot, bewerkt door A.M. Donner, 14<sup>e</sup> druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Veldheer, V. (2001) 'Moderne burger vergt eigentijds bestuur', *Socialisme en Democratie* 3: 98-105.
- Velthoven, B.C.J. van en P.W. Wijk (1996) *De economie van civiele geschillen; Rechtsbijstand versus no cure no pay*, Research Memorandum 96.02, Leiden: Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vakgroep Economische Vakken.
- Velthoven, B.C.J. (2002) *Civiele en administratieve rechtspleging in Nederland, 1951-2000; deel 1: tijdreeksen*, Leiden: Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Sectie Economie Universiteit Leiden.
- Visscher, L. (2002) 'De preventieve werking van het onrechtmatige-daadsrecht', *Recht der Werkelijkheid* 17, 1: 59-74.
- Vlies, I.C. van der (1984) *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke wetgeving*, dissertatie Universiteit van Amsterdam.
- Vlies, I.C. van der (2002) 'Moeten toezichthouders normen stellen?', *Nederlands Juristenblad* 25: 1185.
- Volkskrantmagazine (2000) *Onder rechters*, De Volkskrant van 9 december 2000.
- Waal, S.P.M. de (2000) 'De vereniging als strategie van burgers', blz. 143-162 in *Nieuwe strategieën voor het publieke domein*, Alphen aan den Rijn: Samsom.
- Waayers-van Dijk, H. (1997) 'Onderwijs en onderzoek. Gedogen en experimenten: afwijken van regelgeving', *RegelMaat* 12, 1: 32-34.
- Waldron, J. (1999a) *The dignity of legislation*, Oxford: Oxford University Press.
- Waldron, J. (1999b) *Law and disagreement*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Wartna, B.S.J. (1999) *Recidive-onderzoek in Nederland. Een overzicht van Nederlands onderzoek naar hernieuwd crimineel gedrag*, Onderzoeknotities 1999/2, Den Haag: WODC.

- Werkgroep Claimcultuur (1999) *Naar een claimcultuur in Nederland?*, Den Haag: Ministerie van Justitie.
- Werkgroep inzake terugtrekking van de juridisering in het openbaar bestuur (werkgroep-Van Kemenade) (1997), *Bestuur in geding*, Haarlem: provincie Noord-Holland.
- Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (1988) *Rechtshandhaving*, Rapporten aan de regering nr. 35, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij.
- Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (1998) *Staat zonder land*, Rapporten aan de regering nr. 54, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (1999) *Generatiebewust beleid*, Rapporten aan de regering nr. 55, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2000) *Het borgen van publiek belang*, Rapporten aan de regering nr. 56, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2001a) *Goed bestuur en ontwikkelingssamenwerking*, Rapporten aan de regering nr. 58, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2001b) *Naar een Europabrede unie*, Rapporten aan de regering nr. 59, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2001c) *Nederland als immigratiesamenleving*, Rapporten aan de regering nr. 60, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2002) *Van oude en nieuwe kennis*, Rapporten aan de regering nr. 61, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Wiarda, G.J. (1972) *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Wiebrens, C. en S. Essers (1999) 'Schaf het ophelderingspercentage af', *Tijdschrift voor de Politie* 1/2: 27-34.
- Wiersma, H.W. (2002) 'Inhaalmanoeuvres van het burgerlijk procesrecht', *Nederlands Juristenblad* 77, 1: 6-2.
- Wijffels, H.H.F. (2001) Toespraak nieuwjaarsbijeenkomst Novib, *Novib* 23 januari 2001.
- Wijk, H.D. van (1999) *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 11<sup>e</sup> herziene druk door W. Konijnenbelt en R.M. van Male, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie.
- Wilde, R. de, N. Vermeulen en M. Reithler (2002) *Bezeten van genen*, WRR Voorstudies en Achtergronden nr. 117, Den Haag: Sdu Uitgevers (nog te verschijnen).
- Williamson, B. and G. Greenberg (2000) 'Agency and social networks', *Administrative Science Quarterly* 45: 651-678.
- Witteveen, W.J. (1991) *Evenwicht van machten*, Oratie KUB, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Witteveen, W. (1996) *De geordende wereld van het recht*, Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Witteveen, W.J. (2000a) *De denkbeeldige staat, voorstellen van democratische vernieuwing*, Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Witteveen, W. (2000b) 'Mag gedogen mogen?' *Socialisme en Democratie* 57, 10: 433.
- Witteveen, W. J. en B.M.J. van Klink (et al.) (2002) *De sociale rechtsstaat voorbij*, WRR Voorstudies en Achtergronden, nr. V116, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Witteveen, W.J. (2002) 'Modernisering van de rechterlijke macht: vijf risico's', *Nederlands Juristenblad* 77: 16, 793-796.
- Wolf, M. (2001) 'Will the Nation-State Survive Globalization?', *Foreign Affairs* 80: 178-190.
- Wolthuis, A.J. (2000) 'De juridisering van het debat, rechters en bestuurders over juridisering', *R & R* 29, 3: 242-250.

- World Economic Forum (WEF) (1999) *The global competitiveness report*, New York.
- Zeben C.J. van et al. (1990) *De reorganisatie van de rechterlijke macht*, Staatsrechtconferentie 1989, Lelystad: Vermande.
- Zijderveld, A.C. (1983) 'De transformatie van de verzorgingsstaat', blz. 195-223 in Ph.A. Idenburg (red.) (1983) *De nadagen van de verzorgingsstaat; kansen en perspectieven voor morgen*, Amsterdam: Meulenhof.









## BIJLAGE: DE WISSELENDE BETEKENISSEN VAN HET BEGRIIP RECHTSSTAAT IN DE PUBLIEKE DISCUSSIE

In deze bijlage wordt een overzicht gegeven van citaten uit landelijke dagbladen, welke laten zien dat het begrip rechtsstaat in de publieke discussie vele en wisselende betekenissen heeft.

In *De staat van het recht* werden onder meer de volgende nieuwe stellingen voorgelegd: ‘Criminaliteit blijft te vaak onbestraft door fouten van rechters en officieren van justitie’ en ‘Met een dure advocaat ontloop je eerder een straf’. Beide stellingen worden door de acht op de tien burgers onderschreven. Rood: “Nederland wantrouwt de **rechtsstaat**, en heeft geen vertrouwen in een eerlijke behandeling van verdachten die nog wél voor de rechter verschijnen. Dat is nogal wat. Een eerlijke behandeling van verdachten is een van de pijlers van de **rechtsstaat**.”

*Joop Bouma in Trouw, 5 januari 1999*

De kwaliteit van de **rechtsstaat** vergt permanente aandacht. Bij te veel gedogen bestaat de kans dat redelijkheid overgaat in onrechtmatigheid.

Wil de **rechtsstaat** naar behoren functioneren, dan moeten ook de burgers redelijkheid betrachten. De individualisering van de jaren zestig en zeventig heeft veel goeds teweeggebracht, vooral voor de vrouwen onder ons, maar als die tevens tot onredelijkheid in het maatschappelijk verkeer leidt, is dat een aantasting van de **rechtsstaat**. Immers, deze **rechtsstaat** garandeert tal van rechten, maar als we om het minste of geringste maatschappelijk conflict ter beslissing aan de rechter voorleggen, wordt de **rechtsstaat** behoorlijk gedupeerd.

*A.C. Zijdeveld in NRC Handelsblad, 23 januari 1999*

De **rechtsstaat** betaalt een hoge prijs. Strafrechtgeleerden vinden maatregelen tegen hooligans overdreven.

*De Volkskrant, 16 februari 2000*

In ons staatsbestel moeten democratie en **rechtsstaat** hand in hand gaan. In de affaire-Peper zijn deze beide grootheden uit balans.

Democratie en **rechtsstaat** zijn twee ongelijksoortige grootheden en dat gaan we nu merken in de affaire-Peper. Na de brede, aan de democratie ontleende stromen van persvrijheid, vrijheid van meningsuiting en het enquêterecht van de gemeenteraad van Rotterdam komen de voorwaarden en preciseringen van de **rechtsstaat** aan de orde. De brede rivieren van de democratie worden ingedamd door de oevers van de **rechtsstaat**. Het grote gevaar voor de **rechtsstaat** is dat zulke fundamentele voorwaarden en preciseringen als ‘juristerij’ of ‘advocaten-trucs’ worden afgedaan.

*P. Hoefnagels in NRC Handelsblad, 23 maart 2000*

(over de uitbreiding van de Europese Unie)

De basisprincipes over democratie, mensenrechten en de **rechtsstaat** moeten helder zijn voordat we gaan uitbreiden.

*Trouw, 28 april 2000*

Nederland, koester de **rechtsstaat**. De **rechtsstaat** is geen ontmoetingsplek met voor 'elk wat wils'.

Waarom het uitdragen van de waarden van onze **rechtsstaat** en samenleving iets te maken zou hebben met nationalisme, zoals Trouw-commentator Hans Goslinga schreef, ontgaat ons.

*J. de Hoop Scheffer en A. Klink in Trouw, 28 april 2000*

Vertrouwen in de rechtspraak is een onmisbaar element van een **rechtsstaat** en vertrouwen dient te worden beschermd tegen ongefundeerde en destructieve aanvallen. Zo formuleerde het Europese Hof voor de mensenrechten het nog niet lang geleden in een zaak over een artikel in het Belgische blad *Humo*.

*F. Kuitenbrouwer in NRC Handelsblad, 19 mei 2000*

Vadertje Staat die de Volkskrant vermanend op de vingers tikt omdat meer aan cultuur gedaan moet worden, dat plaatsen we eerder in een dictatuur dan in onze **rechtsstaat**.

Het rapport-Franken biedt veel aanknopingspunten voor een pittig debat over de **rechtsstaat**. We zijn er nog lang niet. Om te beginnen kan de pluriformiteitsbepaling worden geschrapt. Vervolgens moet het kabinet zelf hard aan het werk om te komen tot een grondwetswijziging die ons werkelijk verder helpt in de informatiesamenleving.

*Lodewijk Asscher in De Volkskrant, 7 juni 2000*

Daarbij maakt de politiek het nog bonter door gedoogbeleid bij wet te regelen.

Euthanasie was daar een goed voorbeeld van. De Nederlandse **rechtsstaat** vervolgde de dader niet wanneer weliswaar de wet was overtreden, maar de juiste procedure was gevolgd.

*B. van der Ham, J. Uitentuis e.a. in NRC Handelsblad, 18 september 2000*

(over gedogen)

Dit stelt hoge eisen aan zowel burger als overheid. Zij moeten leren leven met een minder dan ideale, enigszins rommelige **rechtsstaat**.

*G. van Oenen in NRC Handelsblad, 20 september 2000*

Ook de Rotterdamse hoogleraar bestuurskunde Wim Derksen heeft opgemerkt dat de capitulatie van het kabinet de **rechtsstaat** heeft geschaad, en wat nog erger is: dat de regering de ellende aan zichzelf te danken heeft door veel te lijdelijk toe te zien hoe de olieprijsen uit de hand liepen.

Met die laatste kwalificatie komen we tot de kern van de zaak: de jongeren zijn primair bezorgd om de integriteit van de **rechtsstaat**, hun critici hebben het vooral over pragmatisme dat de democratie bij uitstek eigen is.

*J.J.A. van Doorn in HP/De Tijd, 29 september 2000*

Zelfs DNB valt onder de rechter. Nederland is echter een **rechtsstaat** waarin toezichthouders weliswaar een rol toebedeeld hebben gekregen. Nederland is geen toezichthoudersstaat waarin ook nog ergens achterin een plekje voor de rechter is gereserveerd.

In een **rechtsstaat** moet het in uiterste instantie de rechter kunnen zijn die een oordeel velt over de wenselijkheid vertrouwelijke informatie beschikbaar te stellen aan derden.

*V. van der Boon in Het Financieele Dagblad, 23 oktober 2000*

De geheimhoudingsplicht voor advocaten is essentieel voor de **rechtsstaat**. Waarom is het beroepsgeheim van advocaten zo belangrijk? Niet vanwege de kunstmatige ingewikkeldheid van het recht waarover Kaptein filosofeert, maar vanwege drie hoofdvoorwaarden voor een goed functionerende **rechtsstaat**: toegang tot het recht voor iedereen, een eerlijk proces, en de mogelijkheid om met gelijke wapenen te strijden.

Pas als iemand veroordeeld is met inachtneming van alle regels functioneert de **rechtsstaat**.

*Bert Quant in NRC Handelsblad, 20 november 2000*

De Hells Angels die de twee in de tv-studio hebben mishandeld, zijn puur crimineel en moeten justitieel worden aangepakt. Dat is niet alleen een opdracht voor de politie. Ook de slachtoffers van het geweld, journalisten niet uitgezonderd, moeten daarom aangifte doen. Dat vereist dat de autoriteiten bescherming bieden waarin burgermoed kan gedijen. Want als de burger bang is naar de politie te gaan, sterft de **rechtsstaat**. Zo simpel en principieel is het.

*NRC Handelsblad, 22 december 2000*

Wat in de situaties in Nederland (voetbalrellen) en Baskenland (terreuraanslagen) overeenkomt, is de corruptie van politie en politiek en het daarmee samenhangende verval van een democratische **rechtsstaat**. Geen corruptie in de zin van omkoping, maar in de zin van totale omkering van de waarden van ordehandhaving en politieke controle daarop.

Bij de rellen in Den Bosch werd aanvankelijk niet opgetreden tegen het geteisem. Dan zou de zaak maar escaleren. De eerste Hell's Angel die Van Dorp op zijn gezicht sloeg, moet nog worden gearresteerd. Geen agent of commissaris die wegens plichtsverzaak de laan uitvliegt. En geen politicus die er een serieus debat over aanvraagt. Het zijn de symptomen van een maatschappij die wordt geregeerd door veronachtzaming, willekeur en uiteindelijk door de ergste vijand van de **rechtsstaat**: de angst.

In Spanje zwichten de media niet voor terreur. In Nederland wel. Dat is niet alleen een teken dat bepaalde journalisten geen knip voor hun neus waard zijn.

Het is ook een symptoom dat er iets danig aan het ontsporen is in de Nederlandse **rechtsstaat** en dat de democratische weerstand nodig aan versterking toe is.  
*Steven Adolf in NRC Handelsblad, 6 januari 2001*

(over vervolging van de heer Zorreguieta)

We leven in een **rechtsstaat** die zijn internationale verplichtingen moet nakomen. Juridisch hebben we genoeg rugdekking om deze zaak door te zetten.  
*Trouw, 15 januari 2001*

Volgens Geelhoed zijn grondige parlementaire discussies over wetten en normen wezenlijk voor een democratie. “Maar vervolgens wordt de toepassing van wetten en normen ook nog eens ondergeschikt gemaakt aan een volgend debat. Daarin gaat men opnieuw schuiven met wat de wetgever in eerste instantie heeft vastgelegd. En dus wankelt de **rechtsstaat**.”  
*De Volkskrant, 18 januari 2001*

De jongeren van CDA, PVDA, VVD, D66, GroenLinks en de kleine christelijke partijen pleitten het afgelopen najaar voor beëindiging van de gedoogcultuur. Volgens het CDJA ondermijnt de praktijk van gedogen de Nederlandse **rechtsstaat**.  
*Trouw, 19 februari 2001*

De wens om te komen tot een sociaal grondrecht op veiligheid is ingegeven door een staatsrechtelijke denkfout. Om dat te begrijpen moeten we ons verdiepen in de grondslagen van het denken over recht en staat. Het komt er, kort gezegd, op neer dat De Hoop Scheffer het verschil tussen een staat en een **rechtsstaat** niet ziet.

Een **rechtsstaat** is iets heel anders. Hierbij gaat het om een staat waar het recht de macht van de staat beperkt. Dat gebeurt onder andere doordat in een grondwet grondrechten worden opgenomen die de burger tegenover de staat kan handhaven. Tot die grondrechten behoren onder andere een recht op vrijheid van meningsuiting, vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en privacy (met mate, zou ik zeggen: dit is een overschat recht).  
*Paul Cliteur in Trouw, 21 februari 2001*

Gedogen is integraal onderdeel van de **rechtsstaat**

We zullen het moeten doen met een ‘informele rechtsorde’ in een enigszins rommelige **rechtsstaat**.  
*G. van Oenen in NRC Handelsblad, 12 maart 2001*

Absolute geheimhouding is kennelijk een voorwaarde. Maar de fundamentele vraag is natuurlijk of die past in onze **rechtsstaat**, waarin openbaarheid, verantwoording afleggen en controle sleutelbegrippen zijn. Het antwoord kan alleen maar ‘nee’ zijn. Dat heeft de IRT-affaire wel geleerd.  
*Het Parool, 19 april 2001*

(Interview met Nationale Ombudsman R. Fernhout)

Volgens u legt de IND de uitspraken van de rechter systematisch naast zich neer en weet de dienst kennelijk niet dat in onze **rechtsstaat** de verplichting bestaat gerechtelijke uitspraken op te volgen.

*Hans Marijnissen in Trouw, 21 april 2001*

Volgens de vereniging (de NVVR) dreigt de rechtspraak te verpolitieken, als de politiek blijft proberen ‘mee te sturen’. De Kamer en de regering hebben in onze staatsinrichting een *wetgevende* en *uitvoerende* taak, de rechters een *rechtsprekende*. Die scheiding is de kern van onze **rechtsstaat**. De wetgevende macht dient alleen in te gaan op de grote lijnen in de rechtspraak, en niet op specifieke zaken.

*Bert Huisjes Algemeen Dagblad, 21 april 2001*

Hoewel rechters in volstrekte onafhankelijkheid hun werk moeten kunnen doen, is het publiek belang van sommige strafzaken zo groot dat politici in hun rol van (mede)wetgever soms de verleiding niet kunnen weerstaan zich daarin te mengen. Terecht merken vertegenwoordigers van de rechterlijke macht op dat dit ongepast is in het systeem van de gescheiden machten, dat kenmerkend is voor een **rechtsstaat** als de Nederlandse.

*Algemeen Dagblad, 23 april 2001*

(over de vijf Iraakse hongerstakers in Waddinxveen en Alphen aan den Rijn)  
Kalsbeek houdt rekening met de ‘uiterste consequentie’; dat de betrokkenen overlijden. Dat zou volgens woordvoerder Middel van de PvdA de eerste keer in Nederland zijn. “Maar hongeren of andere acties blijven de verantwoordelijkheid van de actievoerders en komt niet op het conto van onze democratische **rechtsstaat**.”

*De Telegraaf, 26 april 2001*

Een verplichting voor advocaten om vermoedelijke witwaspraktijken van cliënten te melden bij justitie, is een aantasting van de **rechtsstaat**.

*Trouw, 11 mei 2001*

(Gemeentelijke Sociale Dienst Amsterdam)

Maar verder verloopt de bestrijding van fraude – regiomanager Jack Thakoerdin schat dat 10 tot 15% van de cliënten fraudeert – op de werkvloer tamelijk stroef, zegt Van Es, ook wanneer gegronde vermoedens bestaan dat iemand de zaak bedot. “We leven in een **rechtsstaat**, dus je zult keiharde bewijzen moeten hebben,” zegt ze.

*Marcel van Engelen in Het Parool, 23 mei 2001*

Ondertussen vraagt de individuele burger zich af waarom hij zich wel en een ander zich niet aan dezelfde regels moet houden. Leeft hij nog wel in een **rechtsstaat**? In ieder geval voelt hij zich vrij om ‘calculerend gedrag’ te gaan vertonen, hetgeen hem op een reprimande van de overheid komt te staan, wat hij dan weer

onrechtvaardig vindt. In de verhouding tussen burger en overheid dringt door de gedoogcultuur het gif van onverschilligheid en wantrouwen binnen.

*Koen Koch in Trouw, 26 mei 2001*

SER-voorzitter Wijffels: 'Als Donner het voor het zeggen had, zou hij op allerlei terreinen wetgeving en praktijk veel dichter bij elkaar brengen. Gedoogbeleid bestaat niet in zijn wereld. En hij gruwelt al helemaal van zaken als deals tussen justitie en criminelen. Ja, Donner zou als minister van Justitie de ideale man zijn om de verloedering van de **rechtsstaat** te bestrijden.

*Lidy Nicolassen en Rael du Pré in De Volkskrant, 30 mei 2001*

Uit de procesbeschrijvingen en de checklists van de departementen blijkt dat de vierde macht er in redelijke mate van is doordrongen dat aan de wet een integrale afweging ten grondslag moet liggen, waarbij ook recht wordt gedaan aan de eisen die uit de **rechtsstaat** voortvloeien.

*Suzan Stoter in Trouw, 9 juni 2001*

Een slachtoffer wil meestal maar één ding: genoegdoening, of minder behoedzaam uitgedrukt: wraak. Menselijk is dat volkomen begrijpelijk, maar een rechtszaak doorbreekt het subtiele evenwicht. In de **rechtsstaat** is het vragen van rekenschap aan de dader (en dus het geven van genoegdoening) één van de elementen in het strafrecht. De andere zijn het beschermen van de samenleving en het zodanig behandelen van de dader dat die na afloop van de straf weer normaal aan de samenleving kan deelnemen.

*Anet Bleich in De Volkskrant, 27 juni 2001*

Een veroordeling waarvan achteraf moet worden vastgesteld dat die op twijfelachtige gronden totstandkwam, is voor de magistratuur in een **rechtsstaat** niets minder dan een nachtmerrie.

*Algemeen Dagblad, 28 juni 2001*

Desondanks wordt ook door de recente uitspraak over het dragen van een hoofddoek door een griffier, de onafhankelijkheid van de rechtbank in twijfel getrokken, terwijl de kledingsvoorschriften juist beogen elke schijn van partijdigheid te voorkomen. Een dergelijke voor onze **rechtsstaat** belangrijke beslissing zou in een spoedprocedure zo snel mogelijk aan de Hoge Raad moeten worden voorgelegd.

*Jan Henk van der Velden in De Volkskrant, 4 juli 2001*

(Verbod van het door een griffier van de rechtbank dragen van een hoofddoekje) Degenen die zo'n verbod discriminerend achten, zou ik willen vragen of van minderheden niet evenzo respect en verdraagzaamheid mag worden gevergd voor bepaalde staatsinstellingen waaraan de autochtone bewoners – als gevolg van een lang proces van ontwikkeling van democratie en **rechtsstaat** in onze contreien – van oudsher de eis stellen dat dienaren daarvan elke vooringenomenheid tegenover de burgers, en zelfs de toerekenbare schijn daarvan, nalaten.

*Erik Jurgens in Trouw, 12 juli 2001*

Meest recent is het verbod van CP86 in 1998, volgens de rechter een criminele organisatie die de grenzen van de **rechtsstaat** overschreed. De partij en haar bestuursleden hebben zich, volgens het vonnis, schuldig gemaakt aan langdurige en systematische verstoringen van de openbare orde door het uitlokken van en aanzetten tot vreemdelingenhaat.

*André Kouwel en Lourens Meeuwssen in Trouw, 8 augustus 2001*

In een samenleving kan vrijheid voor iedereen alleen maar bestaan als we er heel precieze grenzen aan stellen (onze **rechtsstaat**) en die voortdurend koesteren en ons samen afvragen of ze nog steeds terecht zijn. Vrijheid luistert om die reden heel nauw.

*Brigit Kooijman en Harrie van der Meulen in De Volkskrant, 29 augustus 2001*

De schuldigen achter de aanval op de Verenigde Staten zijn nog niet achterhaald, maar op veel plaatsen in de wereld nemen sommigen nu al het recht in eigen hand. Als gevolg daarvan moeten mensen, die in het geheel niets met de afgrijzelijke aanslagen te maken hebben, het alleen vanwege uiterlijke kenmerken ontgelden. Dat is barbaars en de **rechtsstaat** onwaardig.

*Algemeen Dagblad, 15 september 2001*

Zo kreeg mede-Rotterdammer Bram Peper (oud-burgemeester en toen nog minister van Binnenlandse Zaken) vorig jaar onverwachte steun van de voorzitter van de Eerste Kamer, toen een commissie uit de gemeenteraad zich boog over diens declaratiegedrag. Korthals Altes liet het NOS-journaal bij zich thuis komen, om de manier waarop dit onderzoek verliep te veroordelen als 'uitermate bedenkkelijk' en 'in strijd met de fundamentele regels van de **rechtsstaat**'.

*Raymond van de Boogaard en Floris van Straaten in NRC Handelsblad, 17 september 2001*

Dat neemt niet weg dat het schokkend is te leren dat de helft van de Nederlandse moslims voor de terreurdaden begrip heeft getoond. Dat begrip laat zich onmogelijk verenigen met de fundamentele waarden van de democratische **rechtsstaat**. Die waarden beginnen met het recht op levensbehoud. Het antwoord op dit verschil in visie kan echter niet het starten van een koude oorlog zijn.

*Trouw, 21 september 2001*

Een verplichte legitimatie voor 'alle burgers', of bedoelt minister Van Boxtel voor 'alle moslims'? Deze uitspraak heeft immers direct verband met de toenemende angst voor terreurdaden van moslimextremisten. Is hier nog sprake van een **rechtsstaat**, of begint het hier op een politiestaat te lijken?

*Ingezonden brief Algemeen Dagblad, 29 september 2001*

Aan de andere kant is het ook van het grootste belang te voorkomen dat er een klimaat ontstaat waarin wezenlijke elementen van de **rechtsstaat** ondergeschikt raken aan de dreiging van terroristische acties. In dat geval zouden degenen die

aanslagen beramen de samenleving al ontwrichten voordat er daadwerkelijk iets is gebeurd. Vormfouten zijn een buitengewoon ergerlijk bijverschijnsel van de **rechtsstaat**, die nu eenmaal te allen tijde gehouden is zorgvuldig te blijven. Die dure plicht dient ook in deze omstandigheden overeind te blijven.  
*Algemeen Dagblad, 12 oktober 2001*

Het lijkt me goed als de gemeenteraad van Leeuwarden de gemaakte afspraken in het openbaar behandelt, zodat ook aan de burgers duidelijk wordt dat de gekozen oplossing de beste is. Ook de minister van Binnenlandse Zaken moet er nog eens goed naar kijken voordat hij een ontslagbesluit ondertekent. Hij moet immers waken over **rechtsstaat** en democratie.  
*A.K. Koekoek in Algemeen Dagblad, 25 oktober 2001*

Voor degenen die de **rechtsstaat** hoog in het vaandel hebben staan, is het schrikken geblazen. In één klap worden rechtsstatelijke waarborgen voor een behoorlijke procedure en van groot belang geachte rechtsbeginselen in het uitleveringsrecht overboord gegooid. Dit laatste hangt samen met het feit dat de voorgestelde procedure de traditionele uitleveringsprocedure vervangt.

Met andere woorden, de rechter wordt gedegradeerd tot een boekhouder en de advocaat mag vooral geen moeilijke rechtsvragen aan de orde stellen. Allen zijn wij gedoemd aan de leiband van die ene in het buitenland zetelende officier van justitie te lopen. Weg is dus de **rechtsstaat**.

Wie vervolgens tot zich laat doordringen dat en passant het specialiteitsbeginsel wordt afgeschaft en de lijst van terrorisme gerelateerde misdrijven buitengewoon ruim en vaag is, moet vaststellen dat de aanslag op de **rechtsstaat** compleet is. Kortom, het is tijd alarm te slaan en overhaaste besluitvorming dient met kracht te worden voorkomen, nu de voorstellen van de commissie een ernstige aantasting van de **rechtsstaat** behelzen.

*G. Spong in De Volkskrant, 27 oktober 2001*

Het illustreert weer eens dat achter de formele betrekkingen van de **rechtsstaat** een informele huishouding schuil gaat. Wie wat voor elkaar wil krijgen, moet naast het officiële verzoek ook bellen met een bekende.

*Pieter Hilhorst in De Volkskrant, 30 oktober 2001*

Het uitgangspunt van de Westerse beschaving en haar politieke instituties – de **rechtsstaat** en de democratie – is dat de mensen van goede wil zijn. In de **rechtsstaat** gaan recht en wet boven de macht. Dat is alleen mogelijk als de machtigen en hun rivalen van goede wil zijn. Ook de democratie bestaat bij de gratie van mensen van goede wil die kennelijk bereid zijn hun machtspositie op te geven als zij bij verkiezingen worden weggestemd. Omdat ze uitgaan van de goede wil, weten de Westerse beschaving, de **rechtsstaat** en de democratie niet goed raad met crises en calamiteiten. En dit geldt des te sterker voor calamiteiten die door mensen van kwade wil, door terroristen, teweeg worden gebracht.

De Westerse samenleving is kwetsbaar voor grootschalige catastrofes die doelbewust veroorzaakt worden door mensen van kwade wil. Ze is uiteraard vaak



geteisterd door terroristische aanslagen die telkens weer tot spanningen hebben geleid tussen de vereisten van de democratische **rechtsstaat** en de doeltreffende bestrijding van mensen van kwade wil.

Voor wie gelooft in mensen van goede wil en voor wie de normen en waarden van de **rechtsstaat** en de democratie verinnerlijkt heeft, is dit moeilijk te vatten. Toch zullen de autoriteiten en burgers in de democratische **rechtsstaat** mogelijke crises en dreigingen op een volstrekt andere wijze moeten beoordelen en tegengaan dan ze tot voor kort gedaan hebben.

*Uri Rosenthal in De Volkskrant, 9 november 2001*

Ronduit kwalijk is dat de plannen in de mogelijkheid voorzien medische gegevens te vernietigen als de rechter desgevraagd openbaarheid beveelt. Kamerleden nemen daar terecht aanstoot aan, omdat elke vorm van verantwoordingsplicht op deze wijze onder tafel verdwijnt. Daardoor kunnen specialisten zich zelfs onttrekken aan regels die in de **rechtsstaat** voor andere stervelingen wel gelden.

*Algemeen Dagblad, 17 november 2001*

(over de weigering van koning Albert om Gerard Reve de Prijs der Nederlandse Letteren te overhandigen)

Meer dan zestig schrijvers eisten op hoge toon het aftreden van de Vlaamse minister van Cultuur Anciaux. Het commentaar van NRC Handelsblad sprak van een 'misstap', de Volkskrant beschuldigde de Belgische minister van 'gebrek aan respect voor de **rechtsstaat**'. En afgelopen maandag betoogde Nelleke Noordervliet nog dat de Belgische regering zich door 'koudwatervrees' had laten leiden.

*Arnold Koper in De Volkskrant, 28 november 2001*

(mening Partij van de Arbeid, het CDA en GroenLinks-fracties Tweede Kamer)  
Maatregelen tegen de scheefgroei in de verhoudingen tussen de minister van Justitie en de top van het openbaar ministerie zijn op dit moment van veel groter belang dan het eeuwige gerommel in de bouw. Als het OM zonder blikken of blozen schikkingen treft met criminelen en vervolgens is daar geen speld meer tussen te krijgen, dan kraken de fundamenten van de **rechtsstaat**.

*Algemeen Dagblad, 29 november 2001*

(aanrijding auto Maxima)

Het is duidelijk dat Maxima in bescherming wordt genomen. Dit is begrijpelijk maar ook slecht. Slecht voor de rechtsgelijkheid, voor de rechtszekerheid, voor de geloofwaardigheid van de **rechtsstaat**, voor de geloofwaardigheid van het koningshuis.

*Ingezonden brief in NRC Handelsblad, 29 november 2001*

(Juristen in actie tegen antiterrorbeleid EU)

Prakken vreest dat de rechten van verdachten in Nederland zullen afbrokkelen. "Nederland heeft geen wettelijke of juridische definitie van wat een terrorist is. Straks wordt die ons door de Europese Unie wel opgedrongen, en krijgen we ook

de procedurele gevolgen. Dan mogen bijvoorbeeld meer dwangmiddelen worden toegepast, mogen eerder telefoons worden afgetapt. De waarden van onze Nederlandse **rechtsstaat** zullen worden afgeknabbeld.”

*Frank Renout in Trouw, 1 december 2001*

De normen die ons als Nederlanders binden, kunnen niet meer in de eerste plaats worden ontleend aan een gemeenschappelijke geschiedenis. De tijdloze en ook bovenaardse ideeën van de democratie en de **rechtsstaat** komen daarvoor in de plaats. Ze zijn geformuleerd in de grondwet.

*Jan Bank in NRC Handelsblad, 20 december 2001*

Dat de islamitische ideologie vele middeleeuwse trekken heeft, wordt door weinig mensen bestreden. Maar wat moeten we met die constatering? Die moeten we zorgvuldig onderzoeken. Zouden we concluderen dat het islamitische gedachtegoed niet deugt, dan moeten we daar ook de consequentie uit trekken. Dan moet de islam als niet-passend in een **rechtsstaat** verboden worden, net zoals politieke partijen met onfrisse denkbeelden verboden worden. Zoals de vrijheid van partijvorming niet mag worden misbruikt, zo mag immers ook de vrijheid van godsdienst niet worden misbruikt.

*Trouw, 22 december 2001 (oorspronkelijk: Paul Fentrop in HP/De Tijd, 5 oktober 2001)*

Niettemin heeft de geschiedenis geleerd dat geen enkele religie gevrijwaard is tegen misbruik en valse verkondiging. Wanneer ideologieën en geloofsinterpretaties aanzetten tot onverdraagzaamheid, haat aanwakkeren en agressie voeden, houdt tolerantie op. Waar het algemeen belang wordt geschaad en de rechten van de mens worden geschonden, moet een heldere grens worden gesteld.

Ten aanzien van principes en normen van de **rechtsstaat** kunnen geen concessies worden gedaan.

*Kersttoespraak koningin, 25 december 2001*

Het zou beter zijn wanneer Nederland als principe zou hanteren: wél subsidies voor openbaar vervoer en ook subsidies voor wie de huur niet kan betalen, maar nooit subsidies voor het bouwen van woonwoningen. Het moet toch hatelijk zijn voor gezinnen in door misdaad geteisterde wijken van Rotterdam, Heerlen of Amsterdam, dat er geen geld is voor het herstellen van de **rechtsstaat** in hun wijk, maar wel voor grote giften aan tweeverdieners die verhuizen naar kunstmatig goedkope nieuwbouw?

*Eduard J. Bomhoff in NRC Handelsblad, 29 december 2001*

Ik dacht altijd dat dit een **rechtsstaat** was. Ik dacht altijd dat je in dit land niet in de nor kon worden gezet op grond van niets meer dan een anonieme beschuldiging. En zeker niet anderhalf jaar lang. Maar ik loop achter. Ik was eventjes vergeten dat de wereld sinds 11 september in diep is veranderd dat wij een satellietstaat van de VS zijn geworden.

*Ingezonden brief Algemeen Dagblad, 2 januari 2002*

In feite is nu al het zorgvuldige systeem van de machtscheiding ondermijnd. De uitvoerende macht heeft in zeer korte tijd heel veel macht naar zich toegetrokken. Misschien wordt wel nooit een overwinning verklaard op de terroristen en zal deze binnenlandse Bush-orde blijven bestaan. De geschiedenis leert dat een ondermijning van de **rechtsstaat** vroeg of laat tot misbruik zal leiden.

*Willem Post in De Volkskrant, 19 januari 2002*

Het merendeel van de Nederlandse bevolking (63,9 %) heeft geen of minder vertrouwen gekregen in de Nederlandse **rechtsstaat**. Bij ruim eenderde is het vertrouwen afgenomen na de onthullingen over vrijgelaten bolletjesslikkers. Een kleine 30 procent had al voor deze affaire weinig vertrouwen.

*De Telegraaf, 24 januari 2002*

Het merendeel van de Nederlandse bevolking (63,9%) heeft geen of minder vertrouwen gekregen in de Nederlandse **rechtsstaat**. Bij ruim eenderde is het vertrouwen afgenomen na de onthullingen over vrijgelaten bolletjesslikkers. Een kleine 30procent had al voor deze affaire weinig vertrouwen in de **rechtsstaat**.

*Nu.nl, 24 januari 2002*

De motie-Balkenende was nadrukkelijk toegelicht in die zin dat de indieners vonden dat de **rechtsstaat** ernstig was geschaad doordat de minister te laat met deze noodmaatregelen kwam.

*Ronald Plasterk in De Volkskrant, 25 januari 2002*

Terecht merkt Balkenende op 'dat een samenleving niet goed kan functioneren als er groepen zijn die de basiswaarden van die samenleving en cultuur onvoldoende kennen en zich eigen gemaakt hebben'. Daarom vindt hij dat duidelijkheid nodig is over de waarden en normen van de **rechtsstaat**. Dat dit thans in onvoldoende mate het geval is, wijt hij aan vormen van tolerantie die in feite niets anders doen dan doorgeschoten individualisering en maatschappelijke onverschilligheid maskeren.

*Algemeen Dagblad, 26 januari 2002*

Doedens verklaarde in het programma dat sommige criminelen na betaling van een schikking een deel van hun illegale geld mogen houden. "Het plukken is schikken geworden", zegt de advocaat. "Dit is een aanfluiting van de **rechtsstaat**."

*Algemeen Dagblad, 23 februari 2002*

(over uitleveren discjockey)

"Een eigen burger op basis van een slappe belofte uitleveren aan een buitenlands regime is al erg genoeg. Maar doordat dit nog gebeurt zonder een grondige en inhoudelijke toetsing van de zaak, komt de uitlevering pas echt op gespannen voet te staan met de grondbeginselen van de Nederlandse **rechtsstaat**", aldus

Schalken. Volgens hem wil Nederland te hard laten zien dat het ernst is met de xtc-aanpak.

*De Telegraaf, 23 februari 2002*

Er is een erosie opgetreden van de verzorgingsstaat, de **rechtsstaat**, de politieke democratie en de politiek-bestuurlijke elite. Onder invloed van het politieke marktdenken, met zijn leus ‘meer markt, minder overheid’ is de verzorgingsstaat sinds de jaren tachtig gedeeltelijk onttakeld. De sociale zekerheid is aanzienlijk verschaald. De gezondheidszorg, het onderwijs en het openbaar vervoer functioneren in het rijke Nederland verre van optimaal.

De **rechtsstaat** wankelt als een flatgebouw bij een lichte aardbeving. De gedoogcultuur heeft de **rechtsstaat** ondermijnd.

*Andries Hoogerwerf in NRC Handelsblad, 26 februari 2002*

Het is gebruik geworden de grondwettelijke onderwijsvrijheid niet serieus te nemen. Dat is een beetje vreemd in een **rechtsstaat**, maar pedagogisch gezien is het een gunstige ontwikkeling, althans op het eerste gezicht: de overheid weet zich verantwoordelijk voor het onderwijs. Toch heb ik twee bedenkingen en wil ik, geheel tegen mijn gewoonte in, pleiten voor herwaardering van de onderwijsvrijheid.

*Piet van der Ploeg in Trouw, 28 februari 2002*

Het openbaar ministerie gaat grotere terughoudendheid betrachten bij het verstrekken van informatie aan de media over verdachten. De nieuwe regeling doet afbreuk aan de controlerende functie van de pers. Een verborgen **rechtsstaat** is geen rechtsstaat.

*Pieter Broertjes in De Volkskrant, 2 maart 2002*

Prof. Schalken waarschuwde meer dan tien jaar geleden tegen bagatellisering van vormvoorschriften. Bij procesvoorschriften gaat het niet om “vrijblijvende, de cosmetiek van de **rechtsstaat** opfrissende spelregels, maar om de harde kern van waar het werkelijk om gaat: normering van overheidsmacht volgens de regels van het recht. Hoe groter de bevoegdheid van de overheid, des te strakker kan worden vastgehouden aan de eis dat de uitoefening overeenkomstig de geldende regels plaatsvindt”.

*F. Kuitenbrouwer in NRC Handelsblad, 5 maart 2002*

De advocatuur is een belangrijk onderdeel van de infrastructuur van de **rechtsstaat**. Het is in ieder geval te gek dat deze monopolist zichzelf mag reguleren en daarmee de toegang tot een basisvoorziening kan maken of breken.

*Maurits Barendrecht in NRC Handelsblad, 7 maart 2002*

Volgens Vice-president Tjeenk Willink van Raad van State moet de overheid zich vooral richten op ‘de blijvende kenmerken van de **rechtsstaat**’: de zekerheid van inspraak en medezeggenschap, toezicht en rechtshandhaving, ministeriële verantwoordelijkheid en toezicht op de handhaving. De burger moet zijn

bijdrage leveren aan het 'publieke belang' door zich in te zetten voor buurt, wijk en omgeving net zoals nu al gebeurt bij inrichting van het landelijk gebied. Burgers, natuurbeschermers en boeren trekken daar gezamenlijk op. Burgers kunnen conflicten zo ook onderling oplossen.

*Trouw, 20 maart 2002*

Daarnaast zijn er de constanten van de democratische **rechtsstaat**. Bij de discussie over de heroriëntatie van de overheid ligt altijd de nadruk op veranderingen. Belangrijker zijn echter de zekerheden die kenmerkend zijn voor de democratische **rechtsstaat**. Zekerheid dat ieder zijn zegje kan doen en gehoord wordt, maar ook dat het recht wordt gehandhaafd. Zekerheid dat de overheid haar eigen regels in acht neemt, maar ook instaat voor de bereikbaarheid en toegankelijkheid van publieke diensten. Zekerheid dat de overheid de individuele vrijheden beschermt, maar ook in actie komt als het algemeen belang dat vraagt. Zekerheid dat de overheid zegt wat zij doet en doet wat zij zegt. Voorspelbaarheid en bestendigheid.

De zekerheden van de democratische **rechtsstaat** zijn geen vanzelfsprekend en veilig bezit.

Wie het over de kwaliteit van de democratische **rechtsstaat** heeft, heeft het over de kwaliteit van de beleidsprocessen. De kwaliteit van die processen is vooral afhankelijk van de kwaliteit van de publieke ambtsdragers.

*H.D. Tjeenk Willink in NRC Handelsblad, 21 maart 2002*

De **rechtsstaat** functioneert wel, maar voor baardige haatpredikers en vrouwenvijanden, voor drugsverslaafden en kleine criminelen worden altijd weer lankmoedig uitzonderingen gemaakt.

*Dirk Schümer in NRC Handelsblad, 21 maart 2002*

De volgende dag probeerde ik tussen de patiëntenbehandelingen door te vernemen of de NS wat leiding zou nemen door die miljoenschade bij FC Utrecht neer te leggen. Vereffening is toch een fundament van een **rechtsstaat**? Nee dus, de NS buigt en de burgemeester van Utrecht wil meer politie, lees ik in het naastgelegen artikel. Het is curieus gesteld met het begrip leiding.

*Ingezonden brief in De Volkskrant, 27 maart 2002*

H. Smallenbroek, oud-eigenaar S.E. Fireworks:

Dat het openbaar ministerie mij nu wellicht wel wil vervolgen, is flauwekul, loos geschreeuw in de ruimte. Idioten zijn het! Wat is dit voor **rechtsstaat**? Dan hadden ze vroeger het bedrijf moeten sluiten. In mijn periode was alles in orde. Bakker en Pater hebben mij er uitgeschopt en na de overname de vergunningen veranderd, zodat ze zoveel mogelijk vuurwerk op konden slaan. Ik had dat nooit toegestaan. Via de rechter ga ik proberen om de 800.000 gulden terug te krijgen, die ze mij nog verschuldigd zijn.

*Martin Steenbeeke in NRC Handelsblad, 3 april 2002*

In iedere **rechtsstaat** kan een burger een beslissing van de overheid aanvechten. Voor asielzoekers is gebleken dat dit recht meer dan noodzakelijk is.  
*Eduard Nazarski, directeur VluchtelingenWerk, in Trouw, 10 april 2002*

Veling: “Ook wij hechten veel waarde aan de **rechtsstaat**, de evenredige vertegenwoordiging. Daarmee moet je uitkomsten voor lief nemen die je zelf niet had gewild.”  
*Raymond van de Boogaard en Egbert Kalse in NRC Handelsblad, 27 april 2002*

(reacties van politici op het overlijden van P. Fortuyn)

Minister-president Kok: “Ik ben verbijsterd. Het is diep tragisch, voor de nabestaanden, voor allen die hem dierbaar waren, zijn naasten. Het is ook diep tragisch voor ons land. Voor ons land en voor onze democratische **rechtsstaat**. (...)

Ik ben er kapot van. Laten we de kalmte bewaren in een tijd waarin je geneigd bent heel woest, heel boos te zijn. Kalmte is misschien wel de beste dienst die we de **rechtsstaat**, onze democratie en de nagedachtenis van Pim Fortuyn kunnen geven.”

SGP-fractievoorzitter Bas van der Vlies: “Verpletterend en beschaamd. Dat dit onze **rechtsstaat** kan gebeuren, is moeilijk te bevatten.”

Minister Van Boxtel (D66): “Een klap voor onze democratie en onze **rechtsstaat**. Dit grijpt iedereen aan.”

De Graaf (D66): “Er mag op het scherp van de snede worden gedebatteerd. Politiek wordt met het woord gevoerd. De aanslag is een klap voor de **rechtsstaat**. Nederland is Nederland niet meer na vandaag.”

*De Volkskrant en Trouw, 7 mei 2002*

Zij die het sociaal-liberale bestel willen verdedigen, zullen zich erop moeten voorbereiden dat ze worden overrompeld door een breed gedragen stemming dat de tijd rijp is voor andere maatregelen, maatregelen die zich niet meer zo makkelijk laten verzoenen met de democratische **rechtsstaat** waarop Nederland zich liet voorstaan. Het woord alleen al – democratische **rechtsstaat** – is verdacht geworden. Met levenslang voor de dader neemt het electoraat op dit moment geen genoegen.

*Hubert Smeets in NRC Handelsblad, 7 mei 2002*

Democratie is de regeringsvorm waarin de afwisseling van de politieke macht zonder geweld verloopt. Geen revolutie, geen tegenstanders vellen, maar stemmen tellen. Men kan het ook anders formuleren: in een democratische **rechtsstaat** worden conflicten, van welke aard ook, in principe geweldloos aangepakt.  
*Kees Schuyt in De Volkskrant, 8 mei 2002*

Dat de tolerantie onder druk staat, heeft ook veel te maken met een gebrekkige rechtshandhaving. Het is een misverstand te menen dat die lankmoedigheid heeft bijgedragen tot een ontspannen samenleving. Het is niet waar dat het gedogen in alle opzichten de vrijheid in Nederland heeft bevorderd. We hebben een

grens bereikt die het nodig maakt om de verdediging van de **rechtsstaat** nieuwe nadruk te geven.

*Paul Scheffer in NRC Handelsblad, 11 mei 2002*

Ik ben een democraat geworden. Buitengewoon tolerant. En ik voel me meer dan ooit geestelijk gezond. Ik kreeg de kans om mezelf te worden. En dat komt door de kostbare geest van de Nederlandse **rechtsstaat**. Je kan die geest in verlegenheid brengen, maar haar dwingen om terug te kijken, is onmogelijk.

*Kader Abdolah in De Volkskrant, 13 mei 2002*

De burgers moeten immers zorgen dat de principes van de democratie en die van de **rechtsstaat** elkaar niet in de weg gaan zitten, maar elkaar versterken.

*Ingezonden brief in De Volkskrant, 15 mei 2002*

Onder Drees was het land een sociale **rechtsstaat** geworden, waarin de bestaanszekerheid voor iedereen was gegarandeerd. Er was werk in overvloed en de talrijke arbeiderskinderen konden zich via het voortgezet en hoger onderwijs opwerken tot de middenklasse.

*Hans Wansink in De Volkskrant, 18 mei 2002*

Kinneging neemt ten onrechte aan dat de voor een **rechtsstaat** noodzakelijke scheiding van wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht, de trias politica, deel uitmaakt van de letter en de geest van de Nederlandse constitutie. Het tegendeel is waar.

*Ingezonden brief in Trouw, 29 mei 2002*

Commotie en publiciteit over het optreden van advocaten is tot op zekere hoogte een van de kenmerken van een levende en onafhankelijke advocatuur, en dus ook van de werking van een **rechtsstaat**.

*M.W. Guensberg in NRC Handelsblad, 1 juni 2002*

Na de gewelddadige dood van Pim Fortuyn roepen verschillende mensen dat Nederland geen democratie meer is, maar nog 'slechts' een **rechtsstaat**.

De uitvoerende en wetgevende macht – regering en parlement – genieten nog weinig vertrouwen.

*Miek Smilde in Trouw, 1 juni 2002*

Ik acht het essentieel dat de kandidaat-lidstaten geloofwaardig maken dat zij de regels van de democratische **rechtsstaat** volledig en compromisloos aanvaarden. Dat is helaas geen vanzelfsprekendheid. Als EU-lid beslissen ook de regering van Roemenië en Slowakije mee over zaken als terrorismebestrijding en Europese arrestatiebevelen. Dat raakt rechtstreeks aan ook de Nederlandse **rechtsstaat**.

*Lousewies van de Laan in De Volkskrant, 3 juni 2002*

Anderen pionieren in het kader van het door iedereen bepleite terugwinnen van de autochtone kiezer in de achterstandswijken aarzelend met uitspraken als: "Als

ik zie hoe sommige immigranten zich verhouden tot de **rechtsstaat**, dan denk ik: ga toch terug naar je eigen land.” Dat soort uitlatingen brengt nog wel bij menig- een zenuwachtig geschuifel van voeten tweeweg.

*Raymond van den Boogaard in NRC Handelsblad, 3 juni 2002*

In Gouda zijn middenstanders weggepest door Marokkaanse jongeren die systematisch ruiten ingooiden van niet-Marokkaanse winkeliers. Als het leven straks harder wordt voor de agenten die vaker nachtdienst krijgen, en voor de jonge wetsovertreders, dan bereiken we daarmee wel een minder wrede wereld voor de middenstand in de criminele wijken en voor de meerderheid van brave burgers. Is dat ‘harder’ of ‘rechtvaardiger’? Een gure rechtse wind, of eigenlijk de reparatie van de **rechtsstaat**?

*Eduard J. Bomhoff in NRC Handelsblad, 15 juni 2002*

De door sommigen gevreesde blauwdruk voor een politiestaat is het regeerakkoord niet geworden. Maar de verharding zet door. Hoeders van onze rechtstraditie, die wordt gekenmerkt door respect voor grondrechten en mensenrechten en de waarden van een democratische **rechtsstaat**, zullen waakzaam moeten blijven.

*De Volkskrant, 27 juni 2002*

Wij leven in een **rechtsstaat** waarin het vanzelfsprekend is dat de mensenrechten worden gerespecteerd. Het besef dat dit eigenlijk helemaal niet zo vanzelfsprekend is, hebben wij nauwelijks meer.

*Trouw, 8 juli 2002*

Vrijheid van godsdienst is niet vrijblijvend. Het betekent nog wel dat je je aan de principes van de **rechtsstaat** moet houden. En de godsdienstleraar mag best zeggen dat zijn religie de enige ware is, zolang hij de leerlingen maar niet tot haat of geweld aanzet.

*Ben Vermeulen, geïnterviewd door Guus Valk in NRC Handelsblad, 11 juli 2002*

De democratische **rechtsstaat** moet nu kunnen laten zien dat zijn instituties ook zijn toegesneden op dramatische gebeurtenissen als deze politieke moord [op Fortuyn, red.]. Dat wil zeggen dat ook met deze verdachte fatsoenlijk en volgens de geldende regels wordt omgegaan; dat hij net als iedere andere verdachte een eerlijk en fair proces krijgt en dat zijn rechten gewaarborgd worden.

*Het Parool, 11 juli 2002*

(over justitiële procedure Van der G.)

Niet ten onrechte bestaat bij juristen van naam en faam de indruk dat deze aanpak uitsluitend en alleen is gericht op de vermoedelijke dader van de moord op Fortuyn. Zelfs diens advocaat Hammerstein spreekt er zijn afkeuring over uit. Ondanks hardnekkige ontkenningen van Korthals’ departement duidt deze procedure inderdaad op gelegenheidsregelgeving, waarvoor een **rechtsstaat** als



Nederland zich niet dient te lenen, zelfs niet als het delict zo ernstig is als dat waarvan Van der G. wordt verdacht.

*Algemeen Dagblad, 11 juli 2002*

Stel, er komt een hoge straf uit voor Volkert van der G., dan zegt iedereen: dat komt door de politieke druk. En als er vrijspraak volgt, dan zou dat komen doordat een van de rechters links is. Hoogendijk ondermijnt met dit soort uitspraken de **rechtsstaat**.

*Hoogleraar/advocaat G. Mols in De Volkskrant, 5 augustus 2002*

Er is nogal wat bewijsmateriaal: ooggetuigen van de aanslag, een ‘smoking gun’ (bijna letterlijk), forensisch bewijs dat het op de verdachte gevonden pistool het moordwapen was, én dat de verdachte het heeft afgevuurd. Het enige dat de officier nog moet bewijzen, is dat de verdachte met voorbedachten rade heeft gehandeld. Dan kan hij levenslang eisen wegens moord. Zo niet, dan volgt veroordeling wegens doodslag.

Wat kan een verdediging tegen een dergelijke stortvloed van bewijsmateriaal beginnen? Juridisch niet veel tot niets. Afleidingsmanoeuvres zijn de enige strohalm. Vandaar: dit proces kan niet volgens de beginselen van de **rechtsstaat** worden gevoerd, omdat de verdachte in de publieke opinie al schuldig is bevonden.

*Lambiek Berends in Het Parool, 10 augustus 2002*

Niets minder dan de **rechtsstaat** is in het geding. Kijk naar minister Bomhoff die zijn ambtenaar de laan uitstuurde en naar de onbesuisde opmerkingen van LPF-vice-fractievoorzitter Ferry Hoogendijk die vond dat de politieke voorkeur van een van de rechters in het proces Volkert van der G. zijn onafhankelijkheid in gevaar bracht. (...) Fatsoenlijke democraten horen in deze tijden de rug recht te houden. Wat er gebeurt is dat een aantal fundamenteën van de **rechtsstaat**, de democratie en het fatsoen systematisch worden aangevallen.

*Joris van Casteren en Peter Vermaas in De Groene Amsterdammer, 10 augustus 2002*

Volgens de in Nederland gebruikelijke uitleg van de trias politica brengt elk commentaar van een politicus op een rechter de ‘scheiding der machten’ in gevaar. Gelukkig is de werkelijkheid minder star, anders zou de Nederlandse **rechtsstaat** op wel heel wankele benen staan.

Naar mijn idee – maar ik ben geen jurist – is er alle aanleiding voor een publiek debat over de kwaliteit van de Nederlandse **rechtsstaat**.

*Dirk-Jan van Baar in HP/De Tijd, 16 augustus 2002*

De Kamerfracties die aandringen op dwangvoeding willen koste wat kost voorkomen dat Van der G. overlijdt voordat hij is berecht. De Leidse jurist K. Boonen spreekt van ‘een overspannen reactie’. “De politiek gelegitimeerde machthebbers willen de grenzen van de **rechtsstaat** te buiten gaan, alleen maar om wraakge-

voelens te kanaliseren en vergelding uit te oefenen”, aldus Boonen, secretaris van de Vereniging voor Penitentiair Recht en Penologie.

*Algemeen Dagblad, 22 augustus 2002*

De Grondwet en het Europese Verdrag voor de rechten van de mens maken het uitzetten van criminelen met een Nederlands paspoort onmogelijk, aldus T. Spijkerboer, hoogleraar migratierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Nawijn zei gistermiddag ‘een signaal’ te willen geven. “Die functie heb ik als minister nu eenmaal. Er zijn zaken scheefgegroeid en we moeten terug naar een **rechtsstaat**. Op individuele basis moeten we mensen kunnen afwijzen. Daar blijf ik bij.”

*NRC Handelsblad, 24 augustus 2002*

De beslissing over dwangvoeding mag niet onder druk van de publieke opinie totstandkomen. Dat zou neerkomen op lynchjustitie. De moordenaar van Fortuyn heeft de democratie een zware slag toegebracht. Nu lijkt hij er ook nog in te slagen het respect van de Tweede Kamer voor de **rechtsstaat** te ondermijnen.

*Elsbeth Etty in NRC Handelsblad, 24 augustus 2002*

Het is verontrustend dat de hand wordt gelicht met de beginselen van de rechtsstaat. Temeer waar het volkomen onzeker is of dit het kennelijk nagestreefde doel wel zou dienen. Het is goed denkbaar dat later, als duidelijk zou worden dat ook het gemorrel aan de rechtsbescherming het gewenste doel – het begrijpen van de zin van de dood van Fortuyn – niet heeft kunnen realiseren, de frustraties juist vergroot zullen blijken te zijn. En het respect voor de **rechtsstaat** weer verder is afgenomen.

*Gijs van Oenen in NRC Handelsblad, 26 augustus 2002*

De meest recente oproep tot gelegenheidswetgeving kwam van LPF-justitiewoordvoerder Schonewille. Hij smacht, zoals velen, naar een verklaring van Van der G. en ziet het zwijgrecht als obstakel. Voor dit individu wil hij dan maar een grondwetswijziging voorstellen en het zwijgrecht afschaffen. Deze jurist moet toch weten dat gelegenheidswetgeving een destabiliserende factor is voor elke **rechtsstaat**.

*Jan de Wit in Trouw, 27 augustus 2002*

(N.a.v. affaire Eberhard)

Iedereen heeft recht op een eerlijk proces. Dat is toch de **rechtsstaat**.

*Mat Herben, NOS-Journaal 20.00 uur, 27 augustus 2002*

Het doet pijn te constateren dat de heer Schonewille jurist is, maar kennelijk al veel vergeten is, of erger: verdrongen heeft. Wat nog pijnlijker is: hij is een volksvertegenwoordiger voor een partij die het met de **rechtsstaat** niet zo nauw neemt.

*Ingezonden brief in NRC Handelsblad, 28 augustus 2002*

Het recht is belangrijker dan welke zaak tegen welke verdachte dan ook. LPF en CDA moeten ophouden de **rechtsstaat** aan te tasten om Van der G. veroordeeld te krijgen.

Fred Schonewille is de zoveelste die bereid is de **rechtsstaat** geweld aan te doen om Volkert van der G., de enige verdachte van de moord op Pim Fortuyn, aan de praat te krijgen. De LPF'er, oud-notaris nota bene, pleit ervoor verdachten hun zwijgrecht te ontnemen.

*Tino Wallaart in Vrij Nederland, 31 augustus 2002*

Rechtsstaat is ook voor randfiguren

Op grond van populistische overwegingen wordt er gemorreld aan de **rechtsstaat**. Ben je van Marokkaanse afkomst, of heet je Volkert van der G., dan heb je blijkbaar minder grondrechten dan anderen. Dat terwijl juist impopulaire minderheden bescherming nodig hebben.

Politiek vertaald manifesteerde zich dit in de negentiende eeuw als de liberale democratie: de zedelijke waarden die Thorbecke en de zijnen verdedigden waren democratie, en grondrechten van de burger tegenover de overheid. Om die rechten te waarborgen ontstond het idee van de '**rechtsstaat**': alleen de democratisch vastgestelde wet kan de burger iets opleggen, en de burger heeft toegang tot de rechter om te waarborgen dat de overheid zich aan de wet houdt.

*Erik Jurgens in Trouw, 31 augustus 2002*

Smalend noemde hij het IRM-rapport een 'verzameling anekdotes en geruchten' en hield zijn gehoor voor dat enige voldoening toch wel op zijn plaats was omdat er geen echte gevallen van partijdigheid aan het licht waren gekomen.

En die zullen niet meer aan het licht komen ook want na het IRM-rapport is openheid, het fundament van iedere **rechtsstaat**, definitief buiten de deur gezet. Wat eeuwenlang openbaar was en openbaar dient te zijn, werd onlangs bij wet (art. 28 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) onmogelijk gemaakt: inzage in rechterlijke uitspraken is niet meer toegestaan.

*Paul Ruijs in Trouw, 31 augustus 2002*



## RAPPORTEN AAN DE REGERING

### Eerste raadsperiode (1972-1977)

- 1 Europese Unie\*
- 2 Structuur van de Nederlandse economie\*
- 3 Energiebeleid  
Gebundeld in één publicatie (1974)\*
- 4 Milieubeleid (1974)\*
- 5 Bevolkingsgroei (1974)\*
- 6 De organisatie van het openbaar bestuur (1975)\*
- 7 Buitenlandse invloeden op Nederland: Internationale migratie (1976)\*
- 8 Buitenlandse invloeden op Nederland: Beschikbaarheid van wetenschappelijke en technische kennis (1976)\*
- 9 Commentaar op de Discussienota Sectorraden (1976)\*
- 10 Commentaar op de nota Contouren van een toekomstig onderwijsbestel (1976)\*
- 11 Overzicht externe adviesorganen van de centrale overheid (1976)\*
- 12 Externe adviesorganen van de centrale overheid (1976)\*
- 13 Maken wij er werk van? Verkenningen omtrent de verhouding tussen actieven en niet-actieven (1977)\*
- 14 Interne adviesorganen van de centrale overheid (1977)\*
- 15 De komende vijftiengjarige – Een toekomstverkenning voor Nederland (1977)\*
- 16 Over sociale ongelijkheid – Een beleidsgerichte probleemverkenning (1977)\*

### Tweede raadsperiode (1978-1982)

- 17 Etnische minderheden (1979)\*
  - A. Rapport aan de Regering
  - B. Naar een algemeen etnisch minderhedenbeleid?
- 18 Plaats en toekomst van de Nederlandse industrie (1980)\*
- 19 Beleidsgerichte toekomstverkenning  
Deel 1: Een poging tot uitlokking (1980)\*
- 20 Democratie en geweld. Probleemanalyse naar aanleiding van de gebeurtenissen in Amsterdam op 30 april 1980\*
- 21 Vernieuwingen in het arbeidsbestel (1981)\*
- 22 Herwaardering van welzijnsbeleid (1982)\*
- 23 Onder invloed van Duitsland. Een onderzoek naar gevoeligheid en kwetsbaarheid in de betrekkingen tussen Nederland en de Bondsrepubliek (1982)\*
- 24 Samenhangend mediabeleid (1982)\*

\* Uitverkocht

**Derde raadsperiode (1983-1987)**

- 25 Beleidsgerichte toekomstverkenning  
Deel 2: Een verruiming van perspectief (1983)\*
- 26 Waarborgen voor zekerheid. Een nieuw stelsel van sociale zekerheid in hoofdlijnen (1985)
- 27 Basisvorming in het onderwijs (1986)
- 28 De onvoltooide Europese integratie (1986)
- 29 Ruimte voor groei. Kansen en bedreigingen voor de Nederlandse economie in de komende tien jaar (1987)
- 30 Op maat van het midden- en kleinbedrijf (1987)  
Deel 1: Rapport aan de Regering;  
Deel 2: Pre-adviezen
- 31 Cultuur zonder grenzen (1987)\*
- 32 De financiering van de Europese Gemeenschap. Een interimrapport (1987)
- 33 Activerend arbeidsmarktbeleid (1987)
- 34 Overheid en toekomstonderzoek. Een inventarisatie (1988)

**Vierde raadsperiode (1988-1992)**

- 35 Rechtshandhaving (1988)
- 36 Alloctonenbeleid (1989)
- 37 Van de stad en de rand (1990)
- 38 Een werkend perspectief. Arbeidsparticipatie in de jaren '90 (1990)
- 39 Technologie en overheid (1990)
- 40 De onderwijsverzorging in de toekomst (1991)
- 41 Milieubeleid. Strategie, instrumenten en handhaafbaarheid (1992)
- 42 Grond voor keuzen. Vier perspectieven voor de landelijke gebieden in de Europese Gemeenschap (1992)
- 43 Ouderen voor ouderen. Demografische ontwikkelingen en beleid (1993)

**Vijfde raadsperiode (1993-1997)**

- 44 Duurzame risico's. Een blijvend gegeven (1994)
- 45 Belang en beleid. Naar een verantwoorde uitvoering van de werknemersverzekeringen (1994)
- 46 Besluiten over grote projecten (1994)
- 47 Hoger onderwijs in fasen (1995)
- 48 Stabiliteit en veiligheid in Europa. Het veranderende krachtenveld voor het buitenlands beleid (1995)
- 49 Orde in het binnenlands bestuur (1995)
- 50 Tweedeling in perspectief (1996)
- 51 Van verdelen naar verdienen. Afwegingen voor de sociale zekerheid in de 21e eeuw (1997)
- 52 Volksgezondheidszorg (1997)
- 53 Ruimtelijke-ontwikkelingspolitiek (1998)
- 54 Staat zonder land. Een verkenning van bestuurlijke gevolgen van informatie- en communicatietechnologie (1998)

**Zesde raadsperiode (1998-2002)**

- 55 Generatiebewust beleid (1999)
- 56 Het borgen van publiek belang (2000)
- 57 Doorgroei van arbeidsparticipatie (2000)
- 58 Ontwikkelingsbeleid en goed bestuur (2001)
- 59 Naar een Europabrede Unie (2001)
- 60 Nederland als immigratiesamenleving (2001)
- 61 Van oude en nieuwe kennis. De gevolgen van ICT voor het kennisbeleid (2002)
- 62 Duurzame ontwikkeling: bestuurlijke voorwaarden voor een mobiliserend beleid (2002)

*Rapporten aan de Regering* en publicaties in de reeks *Voorstudies en achtergronden* zijn verkrijgbaar in de boekhandel of via Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, Plantijnstraat, Postbus 20014, 2500 EA 's-Gravenhage, tel. 070-3789880, fax 070-3789783.





## VOORSTUDIES EN ACHTERGRONDEN

Hieronder worden de publicaties uit de WRR-serie Voorstudies en achtergronden opgesomd vanaf de vierde raadsperiode. Een volledig overzicht van de voorstudies is beschikbaar op de WRR-website (<http://www.wrr.nl>) of aan te vragen bij het bureau van de WRR (070 - 356 46 25).

### Vierde raadsperiode (1988-1992)

- V63 Milieu en groei. Verslag van een studiedag op 11 februari 1988 (1988)
- V64 De maatschappelijke gevolgen van erfelijkheidsonderzoek. Verslag van een conferentie op 16-17 juni 1988 (1988)
- V65 H.F.L. Garretsen, H. Raat (1989) Gezondheid in de vier grote steden
- V66 P. de Grauwe e.a. ( 1989) De Europese Monetaire Integratie: vier visies
- V67 Th. Roelandt, J. Veenman (1990) Allochtonen van school naar werk
- V68 W.H. Leeuwenburgh, P. van den Eeden (1990) Onderwijs in de vier grote steden
- V69 M.W. de Jong, P.A. de Ruijter (red.) (1990) Logistiek, infrastructuur en de grote stad
- V70 C.A. Bartels, E.J.J. Roos (1990) Sociaal-economische vernieuwing in grootstedelijke gebieden
- V71 W.J. Dercksen (ed.) (1990) The Future of Industrial Relations in Europe. Proceedings of a conference in honour of prof. W. Albeda
- V72 Sociaal-economische gezondheidsverschillen en beleid; preadviezen (1991)
- V73 F.J.P.M. Hoefnagel (1992) Cultuurpolitiek: het mogen en moeten
- V74 K.W.H. van Beek, B.M.S. van Praag (1992) Kiezen uit sollicitanten. Concurrentie tussen werkzoekenden zonder baan
- V75 Jeugd in ontwikkeling. Wetenschappelijke inzichten en overheidsbeleid (1992)
- V76 A.M.J. Kreukels, W.G.M. Salet (ed.) (1992) Debating institutions and Cities. Proceedings of the Anglo Dutch Conference on Urban Regeneration
- V77 H.R. van Gunsteren en P. den Hoed (1992) Burgerschap in praktijken
- V78 F. Bletz, W. Dercksen and K. van Paridon (ed.) (1993) Shaping Factors for the Business Environment in the Netherlands after 1992
- V79 N.T. Bischoff, R.H.G. Jongman (1993) Development of Rural Areas in Europe. The Claim for Nature
- V80 Verslag en evaluatie van de vierde raadsperiode (1993)
- V81 F.J.P.M. Hoefnagel m.m.v. H.G.M. Hendriks en M.D. Verdaasdonk (1993) Het Duitse Cultuurbeleid in Europa

### Vijfde raadsperiode (1993-1997)

- V82 W.J. Dercksen e.a. (1993) Beroepswijs onderwijs. Ontwikkelingen en dilemma's in de aansluiting van onderwijs en arbeid
- V83 W.G.M. Salet (1994) Om recht en staat. Een sociologische verkenning van sociale, politieke en rechtsbetrekkingen
- V84 J.M. Bekkering (1994) Private verzekering van sociale risico's
- V85 C. Lambers, D.A. Lubach, M. Scheltema (1994) Versnelling juridische procedures grote projecten
- V86 СНОВ (1995) Aspecten van hoger onderwijs. Een internationale inventarisatie
- V87 T. van der Meij e.a. (1995) Ontwikkelingen in de natuur. Visies op de levende natuur in de wereld en scenario's voor het behoud daarvan
- V88 L. Hagendoorn e.a. (1995) Etnische verhoudingen in Midden- en Oost-Europa
- V89 H.C. Posthumus Meyjes, A. Szász, Christoph Bertram, W.F. van Eekelen (1995) Een gedifferentieerd Europa
- V90 J. Rupnik e.a. (1995) Challenges in the East
- V91 J.P.H. Donner (rapporteur) (1995) Europa, wat nu?
- V92 R.M.A. Jansweijer (1996) Gouden bergen, diepe dalen: de inkomensgevolgen van een betaalbare oudedagsvoorziening
- V93 W. Dercksen, W.A.M. Salet (red.) (1996) Bouwen aan het binnenlands bestuur

- V94 seo/Intomart (1996) Start-, slaag- en faalkansen van hoger opgeleide startende ondernemers
- V95 L.J. Gunning-Schepers, G.J. Kronjee and R.A. Spasoff (eds.) (1996) *Fundamental Questions about the Future of Health Care*
- V96 H.B.G. Ganzeboom en W.C. Ultee (red.) (1996) *De sociale segmentatie van Nederland in 2015*
- V97 J.C.I. de Pree (1997) *Grenzen aan verandering. De verhouding tussen reorganisatie en structuurprincipes van het binnenlands bestuur*
- V98 M.F. Gelok en W.M. de Jong (1997) *Volatilisering in de economie*
- V99 A.H. Kleinknecht, R.H. Oostendorp, M.P. Pradhan (1997) *Patronen en economische effecten van flexibiliteit in de Nederlandse arbeidsverhoudingen*
- V100 J.P.H. Donner (1998) *Staat in beweging*
- V101 W.J. Vermeulen, J.F.M. van der Waal, H. Ernste, P. Glasbergen (1997) *Duurzaamheid als uitdaging. De afweging van ecologische en maatschappelijke risico's in confrontatie en dialoog*
- V102 W. Zonneveld en A. Faludi (1998) *Europese integratie en de Nederlandse ruimtelijke ordening*
- V103 *Verslag en evaluatie van de vijfde raadsperiode (1998)*

#### **Zesde raadsperiode (1998-2002)**

- V104 Krijn van Beek (1998) *De ondernemende samenleving. Een verkenning van maatschappelijke verandering en implicaties voor beleid*
- V105 W. Derksen et al. (1999) *Over publieke en private verantwoordelijkheden*
- V106 Henk C. van Latesteijn (1999) *Land use in Europe. A methodology for policy-oriented future studies*
- V107 Aart C. Liefbroer en Pearl A. Dykstra (2000) *Levenslopen in verandering. Een studie naar ontwikkelingen in de levenslopen van Nederlanders geboren tussen 1900 en 1970*
- V108 Bart Wissink (2000) *Ontworpen en ontstaan. Een praktijktheoretische analyse van het debat over het provinciale omgevingsbeleid*
- V109 H. Mommaas, m.m.v. W. Knulst en M. van den Heuvel (2000) *De vrijetijdsindustrie in stad en land. Een studie naar de markt van belevenissen*
- V110 H. Dijkstra en C.J.M. Schuyt, red. (2002) *De publieke dimensie van kennis*
- V111 M.C.E. van Dam-Mieras en W.M. de Jong, red. (2002) *Onderwijs voor een kennissamenleving. De rol van ICT nader bekeken*
- V112 Wendy Asbeek Brusse, Harry van Dalen en Bart Wissink (2002) *Stad en Land in een nieuwe geografie. Maatschappelijke veranderingen en ruimtelijke dynamiek*
- V113 G.A. van der Knaap (2002) *Stedelijke bewegingsruimte. Over veranderingen in stad en land.*
- V114 F.J.P.M. Hoefnagel (2002) *Internet en cultuurbeleid. Over de gevolgen van ICT voor het cultuurbeleid van de Nederlandse overheid*

#### **Overige publicaties**

- Voor de eenheid van beleid. *Beschouwingen ter gelegenheid van vijftig jaar Ministerie van Algemene Zaken (1987)*
- Eigentijds burgerschap. WRR-publicatie onder leiding van H.R. van Gunsteren (1992)*
- Masterd bij de maaltijd. 20/25 jaar WRR (1997)*

