DE RECHTER GRIJPT DE MACHT

Geert Corstens
en Reindert Kuiper

DE RECHTER GRIJPT DE MACHT

En andere misvattingen
over de democratische
rechtsstaat

2020 Prometheus Amsterdam

'Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no law, no court can save it; no constitution, no law, no court can even do much to help it.'
(Learned Hand, 'The spirit of liberty', 1944)

Eerste druk 2014 onder de titel *De rechtsstaat moet je leren*
Zevende, herziene druk 2020

© 2014, 2020 Geert Corstens en Reindert Kuiper
Omslagontwerp Robbie Smits
Zetwerk Mat-Zet bv, Huizen
www.uitgeverijprometheus.nl
ISBN 978 90 446 4615 3

Woord vooraf bij de herziene zevende druk

In 2014 bij het afscheid van de eerste auteur als president van de Hoge Raad verscheen *De rechtsstaat moet je leren* over de democratische rechtsstaat en de rol van de rechter daarin. Sindsdien is er in de wereld veel gebeurd. Soms met grote gevolgen voor de kwaliteit van de rechtsstaat. Denk aan Turkije, waar na een couppoging in 2016[1] tienduizenden uit overheidsdienst werden ontslagen en gevangengezet, onder wie ook vele rechters en aanklagers.[2] Gedachten over aansluiting bij de Europese Unie (EU) lijken verder weg dan ooit. Of kijk naar Hongarije en Polen, waar de geest van de *illiberal democracy* rondwaart en steeds steviger voet aan de grond krijgt. Weliswaar democratisch gekozen leiders trekken te veel macht naar zich toe en willen zich niet meer laten controleren door onafhankelijke rechters en media. Dat nekt in elk geval het vertrouwen in de onafhankelijkheid van de rechtspraak in die landen. Je kunt er niet meer op vertrouwen dat de rechter die jouw zaak gaat beslissen dat in onafhankelijkheid van de heersende politieke partijbonzen zal doen. Dat is dodelijk voor de rechtsstaat.

Zorgwekkend is ook hoe premier Orbán in Hongarije de coronacrisis aangreep om per decreet, dus ongecontroleerd door het parlement, te gaan regeren.[3] Dat leidt tot te veel macht bij enkele personen en te weinig controle op de uitoefening van die macht. Net zoals de grondwetswijziging die Poetin aan

het regelen is, om mogelijk te maken dat hij tot zijn dood president kan blijven van Rusland.[4] Het vergiftigen en doden van politieke tegenstanders lijkt daar niet uitgesloten te zijn. Minstens even extreem zijn de buitengerechtelijke executies als onderdeel van de *war on drugs* die Duterte op de Filipijnen voert.[5] Ook ten westen van ons land liegen de ontwikkelingen er niet om. Wie geloofde in 2014 dat de brexit er echt zou komen, onder meer gevoed door een opgeklopt beeld over de nadelen van EU-lidmaatschap en gebondenheid aan Europees recht? Ronduit verontrustend is, dat op de weg daarnaartoe de *Daily Mail* de hele voorpagina vulde met foto's van drie rechters uit het High Court met daaronder in chocoladeletters de kop: 'Enemies of the people', na hun oordeel dat de grondwet goedkeuring van het parlement eist voordat de regering de brexit kon effectueren.[6] En wie dacht dat Trump president van de VS zou worden, zijn termijn zou volmaken én kans zou maken herkozen te worden?

Op zich al stof genoeg om nog eens in te gaan op het belang van de rechtsstaat voor gewone burgers, burgers zoals jij en ik. Met oog voor ook de indirecte gevolgen van, laten we maar zeggen, falend politiek leiderschap. Leiderschap waarin de betekenis van wetenschap ontkend wordt, banden worden aangehaald met mensenrechten schendende leiders, onwelgevallige media gekleineerd, feiten verdraaid en personen die geen jaknikkers zijn ontslagen. Waarin 'het goede voorbeeld geven' door leiders heeft plaatsgemaakt voor amoreel leiderschap. Dat zal niet bijdragen aan moreel goed handelen van burgers, om het eufemistisch te zeggen. Waarom zouden zij zich nog beheersen, als de president dat ook niet doet?

De gedeelde verantwoordelijkheid van onder meer politici en rechters voor de kwaliteit van die rechtsstaat, kan aan de hand van de actualiteit glashelder worden uiteengezet. Wat ons daartoe vooral prikkelde waren niet de internationale ontwikkelingen, maar was de discussie dichter bij huis, aangezwengeld

door het eindoordeel van de Hoge Raad in de klimaatzaak Urgenda. Een goede publieke discussie is een teken van een volwassen democratie. Niks mis mee dus. Maar wees alert! Zodra in het debat de aandacht verschuift van de inhoud van de zaak naar de positie of zelfs de persoon van de rechter, moet je op je hoede zijn. Het ter discussie stellen van de positie van de rechter is niet zonder gevaar.

De rechter zit er niet voor zijn eigen belang: voor hem persoonlijk is er met het oordeel niks te winnen of te verliezen. En wie beschermt hij eigenlijk? Juist: in veel gevallen de rechten van gewone burgers tegen inbreuken daarop door andere burgers en tegen de macht van de overheid in al zijn verschijningsvormen, van flitspaal tot ministerieel besluit. Daarom is het in een rechtsstaat ook zo belangrijk dat een burger zijn zaak aan de onpartijdige en onafhankelijke rechter kan voorleggen. En dat die rechter in staat wordt gesteld daarop binnen een redelijke termijn te beslissen.

Want wie zou moeten profiteren van het inkrimpen van de rol van de rechter? Precies: dezelfde overheid, die uiteindelijk onder de leiding staat van de politieke machthebbers, die nu juist wél bepaalde eigen (partij)belangen vertegenwoordigen. Wie dan dus de dupe wordt zodra aan de positie van de rechter wordt gemorreld, kun je zelf verzinnen. En vraag het anders eens aan iemand die in Polen of Hongarije in zijn conflict met de overheid hoopte dat zijn rechten beschermd zouden worden door de rechter.

Wij willen met deze herziene druk, onder een nieuwe titel, de maatschappelijke discussie stimuleren. We hopen dat onze – het klinkt misschien wat gezwollen maar daarom niet minder oprecht – liefde voor de rechtsstaat aanstekelijk werkt. Door te zien en te snappen hoe de rechtsstaat werkt, wordt ook wat hem bedreigt beter herkenbaar. Dan kunnen we in een volgende druk schrijven over de nog steeds florerende Nederlandse rechtsstaat en komen voorbeelden van hoe het an-

ders kan, en hoe het met de rechtsstaat snel bergafwaarts kan gaan, opnieuw vooral van elders in de tijd of op de wereld.

Geert Corstens en Reindert Kuiper, 7 oktober 2020

Inleiding

Help, de rechter grijpt de macht![7]

Hoogleraar: macht van rechter is toegenomen. Tweede Kamer verlegen met 'activistische rechter'[8]

Hoorzitting Tweede Kamer over invloed rechter[9]

Zomaar een paar koppen uit de landelijke media van december 2019 en januari 2020 toen de kranten bol stonden van berichten over de uitspraak van de Hoge Raad in de klimaatzaak Urgenda.[10] Je hebt ze misschien wel gelezen. Net als de rechtbank en het gerechtshof oordeelde de Hoge Raad dat de staat moet zorgen dat voor het einde van 2020 minstens 25 procent minder broeikasgassen worden uitgestoten dan in 1990. Ook op de televisie en in de sociale media leek er een storm te zijn opgestoken. Huh! Hoezo kan de rechter dat beslissen? Zoiets is toch aan de politiek?

Een discussie volgde over de vraag of de rechter op de stoel van de politiek was gaan zitten. Daarbij werd gestrooid met andere voorbeelden van recente ingrijpende rechterlijke beslissingen. In de stikstofzaak floot de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de staat terug.[11] Er kwamen talloze bouwprojecten tot stilstand. In de Yukos-zaak betekende de beslissing

van het gerechtshof dat Rusland $50 miljard aan Khodorkovsky c.s. moet betalen.[12] De rechtbank zette een streep door het SyRI-systeem dat door de overheid is ontwikkeld om fraude te bestrijden, omdat het te veel inbreuk maakt op de privacy.[13] In de zaak van de Nederlandse IS-kinderen in Syrische kampen werd de staat door de rechtbank veroordeeld tot – kort gezegd – proberen de kinderen terug te halen; een beslissing die overigens in hoger beroep en cassatie ongedaan werd gemaakt.[14] In de zaak van het Haga Lyceum werd de minister op zijn vingers getikt: de rechter oordeelde dat hij zich terughoudender had moeten opstellen en niet meteen de aanwijzing had moeten geven dat het hele schoolbestuur moest worden vervangen.[15]

Dergelijke ingrijpende oordelen zien er ook spannend uit en roepen vragen op, al helemaal bij wie minder bekend is met de onderscheiden rollen die de wetgevende, de uitvoerende en rechterlijke macht vervullen in een goed werkende rechtsstaat. En zo schopte de discussie het zelfs tot in het parlement: trekt de rechter nou echt meer macht naar zich toe, of is het business as usual?[16]

In dit boek proberen we eerst te laten zien wat een democratische rechtsstaat is en waarom die zo belangrijk is voor ons allemaal. Dat doen we in het eerste hoofdstuk. Daarna gaan we dieper in op de rol van de rechter in een democratische rechtsstaat. Niet door de theorie als vertrekpunt van het betoog te nemen, maar door te kijken naar de rechter in actie. Met veel voorbeelden van concrete zaken wordt inzichtelijk wat de rechter doet, waarom hij dat zo doet en waarom dat belangrijk en waardevol is. Over instituties in de rechtsstaat en hun rolverdeling kunnen dikke en moeilijke boeken worden geschreven. Hier beogen we het tegendeel. Aan de hand van concrete voorbeelden wordt op levendige wijze de werkwijze van de rechter en zijn verhouding tot andere staatsmachten belicht.

Daarbij komt van alles aan bod. Wat hebben bijvoorbeeld minimumstraffen, oud-Tweede Kamerlid Hirsi Ali, Srebrenica en Urgenda met de rechtsstaat te maken? Wat is er moeilijk aan de vraag of een pedofielenvereniging verboden moet worden? Waarom is het geen grap als de premier van een land de rechterlijke macht de 'kanker van de samenleving' noemt of als het als normaal wordt gezien dat landelijke media rechters als 'vijanden van het volk' neerzetten? Wat is er bijzonder aan als minister-president Rutte na de beslissing van de Hoge Raad in de Srebrenica-zaak zegt dat 'vanzelf spreekt dat nu uitvoering wordt gegeven aan de beslissing van de rechter'. En dat hij na de Urgenda-zaak uitlegt dat 'de invloed van rechters niet buitenproportioneel groot is' en dat 'als iets de politiek niet bevalt, zij moet kijken naar de bestaande wet- en regelgeving, maar niet de onafhankelijke rechter moet aanspreken'?[17]

Op deze en vele andere vragen geeft dit boek antwoord.

Duidelijk wordt dan dat de rechterlijke uitspraken waarmee de discussie begon bij uitstek voorbeelden zijn van de ontwikkelde rechtsstaat zoals we die tegenwoordig in Nederland kennen. Zo'n uitspraak als die in de Urgenda-zaak kon alleen tot stand komen doordat er onafhankelijke rechters zijn, die de uitvoerende macht tot de orde kunnen roepen. Zodat het recht tegenwicht kan bieden aan de belangen van de machthebbers van dat moment. Om diezelfde reden zouden wij onze hand er niet voor in het vuur hebben gestoken dat de uitspraak in de Yukos-zaak hetzelfde zou zijn geweest als een rechter in Rusland de beslissing had moeten nemen. Ook de stikstofuitspraak had niet gedaan kunnen worden als de bestuursrechter in Nederland niet zo onafhankelijk zou zijn geweest van de andere overheidsmachten, of als de rechter onder invloed zou staan van gelobby door grote bedrijven.

Maar waarom zou je in dat alles eigenlijk geïnteresseerd zijn?

Dat wij in zo'n ontwikkelde democratische rechtsstaat le-

ven, spreekt niet vanzelf. En dat dit zo blijft ook niet; kijk maar naar de ontwikkelingen in de landen die in het voorwoord voorbijkwamen. Alleen als genoeg mensen snappen hoe de rechtsstaat werkt en daaraan waarde hechten, kan hij blijven bestaan. Kennis van de democratische rechtsstaat is niet aangeboren. Die kennis 'is not handed down by the gene pool, it has to be learned', zo zei Sandra Day O'Connor, de eerste vrouwelijke rechter in het Amerikaanse Hooggerechtshof. Uit onderzoek bleek dat twee derde van de Amerikanen een jurylid van *American Idol* kan noemen, maar slechts 15 procent kent de naam van de voorzitter van het Hooggerechtshof. Niet meer dan een derde van de Amerikanen kan de drie staatsmachten noemen. Uit recent onderzoek blijkt dat het in Nederland niet veel beter gesteld is met deze kennis.[18] Het lijkt ons dan ook goed om te laten zien wat het werk van de rechter in een rechtsstaat inhoudt. Zonder die kennis kun je als geïnteresseerde – en dat zou dus elke burger moeten zijn – nieuwe ontwikkelingen niet op waarde schatten.

De eerste auteur, tot zijn pensionering in 2014 president van de Hoge Raad, volgt daarbij het voorbeeld van O'Connor, want, zoals zij zegt: 'Een oude rechter is als een oude schoen, alles is helemaal versleten, behalve de tong.' De tweede auteur lijkt in dat verband meer op een stel vrij nieuwe *patta*'s (straattaal voor schoenen), want hij begon in dat jaar met rechterlijk werk.

1 Wat is een democratische rechtsstaat?

> Elke bananenrepubliek heeft een grondwet waarin individuele rechten zijn opgesomd. De ene nog mooier dan de ander. Zonder scheiding der machten betekent zo'n document echter niks: woorden op geduldig papier.

Dat was zo ongeveer wat de rechter in het Amerikaanse Hooggerechtshof Scalia in 2011 zei bij de *judiciary committee* van de Amerikaanse Senaat. Scalia (in 2016 overleden) en Breyer (nog steeds rechter in het Amerikaanse Hooggerechtshof) werden door een senaatscommissie in het openbaar gehoord over de rol van de rechter onder de Amerikaanse grondwet. Scalia vervolgde:

> Het voormalige Evil Empire (term van president Ronald Reagan voor de Sovjet-Unie) had letterlijk een veel betere grondwet, maar dat verhoedde niet dat alle macht in één hand terechtkwam en dan is het game over. Pas met een behoorlijke overheidsstructuur, inclusief onafhankelijke rechtspraak, krijgen die woorden op papier praktische betekenis en worden rechten afdwingbaar.

En zo is het! Kijk maar naar de grondwet van de Filipijnen. Ook die bevat een *bill of rights*, een opsomming van fundamentele rechten van Filipijnse burgers, minstens zo fraai als die in de

Nederlandse grondwet.[19] De eerste regel van die bill of rights houdt in dat 'niemand zijn leven, vrijheid of bezit zal worden ontnomen zonder eerlijk gerechtelijk proces'. Maar onder de hoede van de regering-Duterte, zijn dat niets meer dan loze woorden op geduldig papier. In de door hem ontketende war on drugs lijkt een verdenking voldoende om op straat te worden geëxecuteerd, zonder ooit een rechtszaal vanbinnen te hebben gezien.[20] Het gaat inmiddels om duizenden doden. Niet alleen drugsverdachten, ook politieke opponenten zijn hun leven niet meer zeker. Geen spoor van een behoorlijk functionerende overheidsstructuur waarin een politieorganisatie als uitvoerende macht verdachten opspoort en een onafhankelijke rechter die deze mensen op een eerlijke manier berecht.

Hoe anders is dat in het Verenigd Koninkrijk! Los van wat je van de brexit denkt, zelfs toen het proces daar een kookpunt bereikte, kon door burgers die het met een regeringsbesluit oneens waren het Supreme Court worden ingeschakeld. En, niet minder belangrijk, werd het eindoordeel van het Supreme Court door de regering Johnson gevolgd, alle controverse ten spijt. Heel kort samengevat: minister-president Johnson had het leiderschap van zijn partij te danken aan zijn belofte dat het Verenigd Koninkrijk op 31 oktober 2019 uit de Europese Unie (EU) zou stappen, ongeacht of er dan een deal zou zijn over de verdere relatie met de EU. Veel parlementsleden waren fel tegen een no-dealbrexit. Vervolgens besloot Johnson het parlement te schorsen van 28 augustus 2019 tot 14 oktober 2019. Het parlement zou met die ongebruikelijk lange schorsing (*prorogation*) minder kans hebben iets te ondernemen tegen een no-dealbrexit. Dat besluit tot schorsing werd aan de rechter voorgelegd en door het Supreme Court onrechtmatig geoordeeld. Johnson zei dat hij de beslissing van het Supreme Court zou respecteren, ook al was hij het er hartgrondig mee oneens. Het parlement hervatte eind september 2019 zijn werkzaamheden.[21]

In het Verenigd Koninkrijk kunnen, anders dan op de Filipijnen, ook de democratisch gekozen machthebbers niet zomaar hun gang gaan. Ook zij zijn gebonden aan het recht. En dat recht kan worden afgedwongen. Dat behoort tot de kern van de democratische rechtsstaat.

Onder een democratische rechtsstaat verstaan we een staat waarin de burgers van een land hun leiders zelf kiezen, een staat waarin de overheid zelf ook aan het recht gebonden is en eraan bijdraagt dat tussen burgers onderling het recht wordt gerespecteerd. Men spreekt in dit verband ook wel van de rule of law. Het recht 'heerst' over de verhoudingen tussen burgers en de overheid en burgers onderling, het waarborgt ieders individuele vrijheid tegen inbreuken daarop door de overheid of door andere burgers. Scheiding van de wetgevende, de uitvoerende en de rechtsprekende macht is daarvoor vereist; onafhankelijke en voor de burger ook daadwerkelijk toegankelijke rechtspraak is daarbij cruciaal. We gebruiken hier de termen rechtsstaat en rule of law door elkaar, ook al zijn er door een fijnproever wel verschillen aan te wijzen: in de kern overlappen ze elkaar.

Op papier is een democratische rechtsstaat, met de kennis, ervaring en voorbeelden waarover wij nu kunnen beschikken bij wijze van spreken in een uur tot stand gebracht. Maar, in de praktijk geldt ook nu nog dat een rechtsstaat decennia nodig heeft om te groeien en daadwerkelijk inhoud te krijgen. Dat geldt natuurlijk ook voor Nederland.

In Nederland leven we in een democratische rechtsstaat. Een eenvoudig maar veelzeggend voorbeeld: tot aan de hoogste rechter bestreed de overheid dat zij aansprakelijk was voor de dood van drie moslimmannen die van de Nederlandse VN-basis in Srebrenica waren weggestuurd. Maar toen deze uiteindelijk anders oordeelde was het commentaar van de minister-president: 'Wij zullen uiteraard naar deze uitspraak handelen. Zo hoort dat bij een rechtsstaat.'

Zo gewoon als dit lijkt, is het niet. Ook de Nederlandse rechtsstaat heeft zich stap voor stap ontwikkeld.

Van Little Rock tot Hongarije

Een rechtsstaat is er niet zomaar en zonder onderhoud en inspanning blijft hij ook niet bestaan. Illustratief is de anekdote van de al eerdergenoemde rechter in het Hooggerechtshof van de vs Breyer over de president van een hooggerechtshof in een Afrikaans land, die aan hem vraagt: 'Waarom doen Amerikanen eigenlijk wat het Hooggerechtshof zegt? Wat is daarvan het geheim?'

Breyers antwoord luidt dat er geen geheim is. 'Dat het recht wordt geëerbiedigd is een kwestie van gegroeide gewoonte, van een breed gedeeld begrip over hoe bestuurders en de samenleving zich moeten gedragen als zij worden geconfronteerd met een beslissing van een rechter – ook als ze het daarmee hartgrondig oneens zijn.' Denk aan minister-president Johnson na de uitspraak van het Supreme Court over zijn beslissing tot schorsing van het parlement, of aan de reactie van minister-president Rutte na de Urgenda-uitspraak. Ze zeiden dat ze de uitspraak zouden naleven. En zo hoort het ook in een rechtsstaat. Die gewoonte en dat breed gedeelde begrip zijn in geen enkel land in een vloek en een zucht tot stand gekomen. Dat is een geleidelijke, op ervaring gebaseerde, jarenlange ontwikkeling.[22]

Ook in Amerika ging dat niet zonder slag of stoot, zo legt Breyer uit. In 1954 verbood het Hooggerechtshof in de zaak *Brown vs. Board of Education* de destijds in het zuiden van de vs bestaande raciale segregatie in het publieke onderwijs. Afro-Amerikaanse scholieren moesten voortaan worden toegelaten op het witte Central High in Little Rock, Arkansas. Die staat ging met gouverneur Faubus aan het hoofd dwarsliggen en weigerde gevolg te geven aan de beslissing van het Hooggerechtshof. President Eisenhower begreep dat van de rule of law wei-

nig zou overblijven als het bestuur voortaan zelf zou kunnen bepalen welke rechterlijke beslissingen het wel zou naleven en welke niet. Hij kondigde in een televisietoespraak aan federale troepen naar Arkansas te sturen. Hij zond de 101st Airborne Division, die de Amerikanen zich herinnerden als de helden van de Tweede Wereldoorlog. Op 24 september 1957 vertrokken 52 vliegtuigen met duizend soldaten aan boord naar Little Rock. Zij beschermden de negen Afro-Amerikaanse kinderen tegen de witte menigte. Hun optreden verzekerde uiteindelijk dat de negen scholieren voortaan Central High konden bezoeken.

Als je er even over nadenkt is het niet moeilijk je voor te stellen hoe de wereld eruitziet als het uiteindelijke oordeel van de rechter niet wordt gevolgd. In wezen hebben we dan weer het recht van de sterkste; een primitieve toestand.

Hetzelfde geldt trouwens als de rechter niet onafhankelijk is. In het 'evil empire' waarover Scalia het had, doelend op de voormalige Sovjet-Unie, waren wel rechters, maar ook was er zogenaamde *telephone justice.* En nee, dat heeft niets te maken met de tegenwoordig wel gebruikte techniek om getuigen in rechtszaken per beeldtelefoon te horen om lange reizen te besparen (of zittingen in coronatijd te laten doorgaan). Telephone justice betekent dat de rechter door een partijfunctionaris wordt opgebeld en te horen krijgt hoe zijn uitspraak moet luiden.

De kwetsbare rechtsstaat

Het vormen van zo'n democratische rechtsstaat – waarin het recht meer is dan flinterdunne *words on paper*, waarin het handelen van de overheid daadwerkelijk gebonden is aan de regels van het recht, en waarin de burger als zijn rechten op het spel staan ook daadwerkelijk toegang heeft tot de rechter – dat vergt tijd, integriteit en voortdurende betrokkenheid. Niet alleen van de rechter, maar ook van de twee andere staatsmachten, de wetgever en de uitvoerende macht. Zij zullen de rechtsstaat steeds