

Inleiding

De term recessie kan de indruk wekken dat we te maken hebben met problemen van relatief recente datum. ‘Achterstallig onderhoud’, of zo u wilt: ‘verwaarlozing’, dekt de lading beter.

Hoewel vergelijkbare fenomenen zich elders voordoen, wil ik me daarbij beperken tot specifieke eigenschappen van het Nederlandse bestel. Ik licht er, op persoonlijke titel, twee onderwerpen uit: structurele problemen met wetgevingskwaliteit en het ontbreken van een constitutionele traditie.

1. Wetgevingskwaliteit

Om te beginnen de wetgevingskwaliteit. De uitvoeringsproblemen en juridische vastlopers van vandaag vinden hun oorsprong in ontwikkelingen die langer teruggaan. Ik zie daar in ieder geval de volgende oorzaken voor:

- De Tweede Kamer beschikt over onvoldoende mogelijkheden om haar controlerende taak en de medewetgevende taak uit te voeren.
- De verzwakte positie van de Raad van State en de positie van de Eerste Kamer.
- Gebrek aan fundamentele beleidskeuzes.

De Tweede Kamer beschikt over onvoldoende mogelijkheden om haar controlerende taak en de medewetgevende taak uit te voeren

De Kamer is om te beginnen onervaren: in de jaren na de oorlog lag de gemiddelde ervaring rond de 14 jaar. Na de uitbreiding van het aantal leden tot 150 in 1956, daalde dat tot 11 jaar, een anciënniteit die tot de verkiezingen van 1986 redelijk stabiel bleef en daarna gestaag begon te dalen. Inmiddels bedraagt die niet meer dan een jaar of 4.

Een belangrijke oorzaak is uiteraard de wisselende kiezersgunst, waarmee ervaring sneller uit de Kamer verdwijnt. Er is echter ook een neiging – soms zelfs in uitdrukkelijk beleid gevat – om “*nieuwe gezichten*” prominent op de kieslijst te zetten. Partijen die het serieus menen met de wetgevingskwaliteit, zouden zich wat dat betreft achter de oren moeten krabben.

Tel daarbij op dat fracties gemiddeld veel kleiner zijn geworden en dat het aantal moties is geëxplodeerd, naar circa 4.000 – 5.000 per jaar. Een verdubbeling sinds 2012 en pakweg een verviervoudiging sinds 2002. Gelukkig zijn er initiatieven om die wildgroei enigszins te beteugelen.

De ondersteuning van Kamerleden is ook nog eens karig in vergelijking met andere landen.¹

De Tweede Kamer is bovendien te klein. Er is een mooie wetmatigheid dat het aantal leden van het lagerhuis in een tweekamerstelsel bij benadering gelijk is aan de derdemachtswortel van de bevolking die wordt vertegenwoordigd.²

Nederland zou dan 262 Tweede Kamerleden moeten hebben, naar beneden afgerond.

De Bundestag en The House of Commons zijn dan weer relatief veel te groot.

¹ Otjes, S. (2022). What explains the size of parliamentary staff? *West European Politics*, 46(2), 374-400. <https://doi.org/10.1080/01402382.2022.2049068>,

<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2022.2049068>

² Taagepera, R. (1972). “The size of national assemblies.” *Social Science Research*, 1(4), 385-401

De verzwakte positie van de Raad van State en de positie van de Eerste Kamer

Steken wij, de verbouwing even weggedacht, het Binnenhof over naar de Eerste Kamer. Die heeft aan eigen profiel ingeboet. De (impliciete) binding van Eerste Kamerfracties aan regeerakkoorden beperkt de ruimte tot het maken van eigen afwegingen op grond van het juridisch gehalte of uitvoerbaarheid van wetsvoorstellen. De werking als *chambre de réflexion* is daarmee kleiner geworden.

Traditioneel is de leer dat de indirecte verkiezing de Eerste Kamer een zwakkere democratische legitimatie geeft dan de direct gekozen Tweede Kamer. Dat verklaart waarom het politieke primaat geacht wordt te liggen bij de Tweede Kamer, en waarom de senaat niet beschikt over de wetgevende rechten van initiatief en amendement. In de praktijk is echter al jaren sprake van 'tussentijdse verkiezingen', zo niet van een 'referendum' over het kabinetsbeleid. Landelijke kopstukken doen geen enkele moeite dat te verhullen. Als er al stabiliteit is, komt dat door de doorgaans lagere opkomst voor de PS-verkiezingen, al is die de laatste keren fors gestegen.

Problematischer is een nonchalante omgang met de advisering door de Raad van State. Het zal u niet ontgaan zijn dat minister Faber niet meer dan 'een punt en een komma' voornemens was te wijzigen naar aanleiding van adviezen die zij nog niet had gelezen, maar waarvan de kans volgens haar klein was dat ze die zou opvolgen.

Dat deze minister *niet eens de moeite neemt* te verbloemen dat de adviezen bij het oud papier belanden, is natuurlijk ontluisterend, maar kabinetten van wisselende samenstelling nemen de Raad van State al geruime tijd maar al te vaak niet serieus, zoals blijkt uit onderzoeken van Eijlander en Voermans³ en van Bovend'Eert.⁴

Wie meent dat recente verschuivingen in het politieke landschap daarvan de oorzaak zijn, lijdt dus aan bijziendheid.

Gebrek aan fundamentele beleidskeuzes

Ten derde, het gebrek aan fundamentele beleidskeuzes. Ik neem u eerst mee naar de 'Stikstofuitspraak: van 22 januari jl. van de Rechtbank Den Haag'.⁵

"De Staat benadrukt (r.o. 5.3) dat het aan de wetgever [...] is om te besluiten op welk moment wetgeving tot stand komt en [...] om te bepalen wat de inhoud van die wetgeving is. [...]. De Staat wijst er in dit verband op dat stikstofreductie een complexe afweging vergt van veelsoortige belangen, ... [die] is voorbehouden aan de (landelijke en provinciale) politiek."

"Het is niet aan de rechter om politieke keuzes voor te schrijven, maar het is wel aan de rechter om te beoordelen of de regering en het parlement [...] zijn gebleven binnen de grenzen van het recht, waaraan zij zijn gebonden. Die grenzen vloeien onder meer voort uit het Europese recht en uit de wetten die de regering en parlement zelf hebben vastgesteld. Deze opdracht aan de rechter tot het bieden van rechtsbescherming, ook tegen de overheid, is een wezenlijk onderdeel van de democratische rechtsstaat. De rechter dient zich daarbij niet te mengen in de politieke besluitvorming met betrekking

³ Eijlander, P., & Voermans, W. J. M. (2002), "Evaluatie regeerakkoord 1998 vanuit wetgevingsperspectief, Tilburg 2002.", te raadplegen via <https://pure.uvt.nl/ws/files/508637/internet.pdf>

⁴ *Advocatenblad*, 6 september 2012, p. 13.

⁵ Rechtbank Den Haag 22 januari 2025, ECLI:NL:RBDHA:2025:578

tot de opportuniteit van het tot stand brengen van wetgeving met een bepaalde, concreet omschreven inhoud.” (r.o. 5.6)

De Staat beroept zich hier op de parlementaire soevereiniteit en werpt de vraag op naar de constituerende macht, het ankerpunt in ons staatsbestel.

Ligt het primaat bij de wetgever die, bij de Wet van 25 mei 1998 (de Natuurbeschermingswet 1998) de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn heeft geïmplementeerd? Of bij diezelfde Staat die zich een kwart eeuw later teweer stelt tegen de implicaties daarvan?

Het antwoord op dit staatsrechtelijke *Back to the Future* is in breder perspectief nog niet zo eenvoudig. Als de toevallige meerderheid van vandaag zonder meer bepalend is, zet dat de deur open voor tirannie. Wie echter al te gemakkelijk zegt dat het primaat zonder meer ligt bij de ‘oudere’ wetgever, geeft zich onvoldoende rekenschap van de opgaven van vandaag. Het enige wat de Staat in theorie rest, is om de binding langs democratische weg weer ongedaan te maken. Dat is om tal van redenen vrijwel ondoenlijk.

Wij zien hier géén Titanenstrijd tussen de staatsmachten, maar een tragedie van mythologische proporties waarin de Staat tegen zichzelf te hoop loopt.

Het primaat van de politiek is geen prerogatief dat naar eigen politiek inzicht van stal kan worden gehaald, maar een imperatief: Gij zult beleid maken! Waar beleidsweigerings schering en inslag is, is rechtsweigerings geen optie.

Een variant is het in arren moede gebruiken van open normen, zoals Jonathan Soeharno in een interview met het FD op 13 maart vorig jaar opmerkte: *“Als er binnen de wetgevende macht meningsverschillen zijn over bepaalde onderwerpen, worden deze sneller in open normen opgeschreven en bij de rechter neergelegd. Die moet vervolgens de knoop maar doorhakken.”*

Of die knoop op de ‘juiste’ manier wordt doorgehakt, wordt veelal ingegeven door de vraag of de uitkomst bevalt - en zelden door diepere gedachten. Wanneer sprake is van ‘rechterlijk activisme’, wordt de discussie daarmee in de kern gepolitiseerd. De term kwam bijvoorbeeld nauwelijks voorbij toen de Hoge Raad het box 3-systeem kraakte. De budgettaire gevolgen daarvan zijn nochtans zeer fors, om nog maar te zwijgen over alle bezwaarschriften die op de al zo geteisterde Belastingdienst zullen afkomen.

De wetgevingsambities blijven torenhoog, al lijkt een zeker besef te zijn ingedaald. Er is nog altijd een grote neiging tot sleutelen aan stelsels in plaats van het beheersbaar maken van tegenstellingen en focussen op hanteerbaarheid van het bestaande instrumentarium. Op veel vlakken zal *minder* moeten worden gedaan in plaats van *meer*.

2. Constitutionele traditie

Kunnen we in ons land terugvallen op een traditie die ons de weg uit de ellende zou kunnen wijzen? Nederland is het land waar – om met Gerard Reve te spreken – *“de revolutie wegens de weersomstandigheden in de zaal gehouden wordt.”*

De uiterst pragmatische houding ten aanzien van de staatsinrichting – om niet te zeggen: desinteresse – heeft oude papieren. Bekend is dat Willem II, toen de tronen elders in Europa wankelden, in 1848 verklaarde dat hij in één nacht van conservatief tot liberaal was geworden. De grondwet van dat jaar vormt nog steeds de basis van ons staatsbestel. Het is ook deze grondwet waarin de klassieke grondrechten zijn verankerd.

De in de Grondwet vervatte waarborgen vormen weliswaar een noodzakelijke voorwaarde voor een weerbare rechtsstaat, maar zonder een fundamentele doordinking daarvan, waar het in Nederland aan ontbreekt, vormt de Grondwet wel een vangrail,⁶ maar geen baken.

Ook de meest verregaande coronamaatregelen, die een voor de naoorlogse periode ongekende beperking van fundamentele vrijheden inhielden, hebben niet geleid tot een wezenlijk politiek debat. Het stelsel van evenredige vertegenwoordiging nodigt nu eenmaal niet uit tot debat met grote ideologische tegenstanders. Daar valt weinig bij te winnen.

“We hebben principiële bezwaren tegen de avondklok, maar kan het misschien een half uurtje later?” Misschien mogen we ons gelukkig prijzen in zo'n land te wonen, maar door het debat altijd maar te pacificeren, belanden grote vraagstukken in toenemende mate op bureaus waar die niet thuishoren.

In een gefragmenteerde samenleving ontstaan vanzelfsprekend fricties. Het 'recht' om gevrijwaard te worden van elke vorm van belediging of ongemak wordt steeds vaker in stelling gebracht om de overheid tot interventie te bewegen. De roep om handhaving van vrijheden van het individu tegenover *de samenleving*, nota bene met aanroeping *van de staat*, in plaats van vrijheden van het individu tegenover de staat, moet daarbij worden beteugeld; de horizontalisering van grondrechten schept enorme verwachtingen die niet kunnen worden waargemaakt. Die weg loopt dood.

Op z'n Nederlands wordt de oplossing bij voorkeur aan de bureaucratie overgelaten, het liefst via de subsidiekraan - denk aan de SGP, omroep Ongehoord Nederland of Extinction Rebellion.

Of aan het lokale bestuur, waar het de betogingsvrijheid betreft. Dat de grenzen daarvan in de praktijk mede worden bepaald door de vraag of ADO dit weekend uit of thuis speelt – dit in verband met de politie-inzet – leidt tot willekeur.

Nederland kent, tot besluit, hetgeen vrij uitzonderlijk is, geen constitutionele toetsing door de rechter. Die is voorbehouden aan de wetgever. Daarbij zijn relativerende opmerkingen te plaatsen – zo wordt wel getoetst aan eenieder verbindende verdragsbepalingen, waaronder het EVRM. Ik laat verdere beschouwingen achterwege, maar het ontbreken van toetsing draagt denk ik niet bij aan de Grondwet als 'levend document.'

Conclusie

Ik kom tot een afronding.

De vraag naar het primaat van de politiek ten opzichte van fundamentele rechterlijke onafhankelijkheid zal steeds scherper worden gesteld. Slechte wetgeving herbergt het risico van *politisering* van de rechtspraak.

Van een titanenstrijd tussen de verschillende staatsmachten is in Nederland in mijn optiek echter geen sprake. Dat de Staat zich met regelmaat niet eigener beweging, maar pas na rechterlijke tussenkomst aan het recht houdt, is misschien geen fraai tafereel, maar tegelijk de lakmoesproef voor ons bestel.

De instituties zijn sterk genoeg om het kunnen stellen zonder een enorme rechtstatelijke gezindheid van politici of van potsierlijke beginselverklaringen.

⁶ *Weerbare rechtsstaat: de vangrails in de Grondwet*, Jorieke Manenschijn; Bastiaan Rijpkema; Steven Bruintjes, Boom, 2024.

- a. *De rechter hakt desgevraagd wel knopen door, maar kan het probleem niet oplossen*
- b. *Ga niet over een nacht ijs met constitutionele toetsing – en beschouw dat zeker niet als panacee.*
- c. *Breidt het aantal zetels in de Tweede Kamer uit tot 250, zorg voor meer ondersteuning en werf vooral veel meer wetgevingsjuristen. Die zouden om te beginnen hetzelfde moeten verdienen als Kamerleden.*
- d. *Hanteer een langere adviestermijn en overweeg een wachttermijn, of anderszins een pas op de plaats, na een negatief advies van de Raad van State. Dat tast het primaat van de politiek niet aan, maar noopt wel tot bezinning.*
- e. *Wees voorzichtig met open normen.*
