



Herman Tjeenk Willink

- Geboren:** 23 januari 1942 in Amsterdam
- Studie:** Nederlands Recht in Leiden, staatsrecht in Parijs
- 1968–1970** Wetenschappelijk medewerker bestuurskunde
Rijksuniversiteit Leiden
- 1970–1971** Adjunct–secretaris Commissie Interdepartementale
Taakverdeling en Coördinatie
- 1972–1982** Raadadviseur ministerie Algemene Zaken
- 1982–1986** Regeringscommissaris reorganisatie rijksdienst
- 1983–1987** Buitengewoon hoogleraar politieke en
bureaucratische besluitvorming Katholieke
Universiteit Brabant
- 1987–1997** Lid Eerste Kamer voor de Partij van de Arbeid
- 1991–1997** Voorzitter Eerste Kamer
- 1997–2012** Vicepresident Raad van State

In 1994, 1999 en 2010 was Herman Tjeenk Willink informateur. Een selectie uit zijn toespraken en publicaties werd bijeengebracht in de bundel *Niet de beperking, maar de ruimte* (Boom, 2012).

‘Het is tijd om tegenmacht te organiseren’

Op 11 maart debatteert de Eerste Kamer over de staat van de rechtsstaat. Een eminent gezelschap van rechtskundigen sprak al op uitnodiging van de Eerste Kamer over de staat van de democratische rechtsstaat. De sprekers waren het eens: er is heel wat mis. Onder de experts Herman Tjeenk Willink, oud-vicevoorzitter van de Raad van State. Volgens hem zijn de problemen een gevolg van een gebrek aan inhoudelijke reflectie op ieders rol in het bestel, en vooral op die van de rechter.



Tatiana Scheltema
Foto's: Jean-Pierre Jans

Om de man die jarenlang de ‘onderkoning van Nederland’ werd genoemd met ‘je’ aan te spreken, is nog niet zo gemakkelijk. Herman Tjeenk Willink was tot twee jaar geleden vicevoorzitter van de Raad van State, daarvoor jarenlang senaatsvoorzitter en zijn adresboekje leest nog altijd als een *who's who* in bestuurlijk en juridisch Nederland. Toch stáát hij erop te worden getutoyeerd. Het is gewoon een kwestie van trainen, zegt hij. Tjeenk Willink is blij dat voorzitter Ankie Broekers-Knol (VVD) in de Eerste Kamer het initiatief heeft genomen tot een debat over de rechtsstaat (op 11 maart). De ‘politiek’ – dus Kamerleden, senatoren, politieke functionarissen en

‘Bij het denken over de rechtsstaat gaat het altijd om de combinatie tussen democratie én rechtsstaat’

bestuurders – neigt ernaar de democratische rechtsstaat als een gegeven te aanvaarden en gaat daar naar de smaak van Tjeenk Willink te nonchalant mee om. Het is volgens hem te zien aan de voorstellen die worden ingediend, met als dieptepunt het wetsvoorstel kosten-

dekkende griffierechten. Zorgwekkend was ook het recente voorstel van Joost Taverne (VVD) om de rechter te beperken in de toetsing van wetten aan internationale verdragen. Tjeenk Willink: ‘Beide voorstellen miskennen het rechtsstatelijk element dat in het geding is. Bij de kostendekkende griffierechten zag je dat heel sterk. De gedachte was: rechters zijn dienstverleners, uitspraken zijn producten, er zijn klanten die die producten vragen, nou: dan moeten die er maar voor betalen ook. Het is het bedrijfsmatige en bestuurlijke denken dat ook de rechterlijke macht is binnengedrongen. De politiek geeft te weinig aandacht aan de vraag: waarom is de overheid nu juist geen bedrijf?’



Tjeenk Willink geeft zelf het antwoord: 'De overheid moet behalve aan eisen van effectiviteit en efficiency ook voldoen aan de eisen van de rechtsstaat, dus rechtmatigheid en rechtszekerheid, en daarnaast aan de eisen van de democratie: democratische legitimatie en publieke verantwoording. Arthur Docters van Leeuwen stelde ooit de zeer relevante vraag: waarin verschilt een ambtenaar in een democratische rechtsstaat van een ambtenaar onder Pinochet? Het verschil zit hem niet in het feit dat hij effectief en efficiënt werkt, dat deden de ambtenaren onder Pinochet óók. Het zit hem in het feit dat die ambtenaar besef heeft van rechtsstatelijkheid en van de eisen die een democratie stelt. Het is het verschil tussen een autoritaire staat, en een democratische rechtsstaat.'

Marktdenken

Voorlopig is Nederland nog niet afgezaakt naar het niveau van Chili onder Pinochet, maar Tjeenk Willink hamert er al jaren op: het markt- en bedrijfsmatig denken dat sinds de jaren tachtig opgeld deed, heeft de werking van de democratische rechtsstaat sterk geërodeerd. Door het afstoten of verzelfstandigen van overheidstaken is de inhoudelijke kennis die nodig is voor een goed functionerend bestuur volgens hem weggevloeid. 'We dachten: dat huren we wel weer in. Maar wat men zich niet heeft gerealiseerd is dat, om een goed opdrachgever te zijn, je kennis moet hebben van de materie. Anders kun je je opdracht niet goed formuleren, laat staan controleren of die wel goed is uitgevoerd. Voor private uitvoerders is bovendien het overleven van het bedrijf de belangrijkste doelstelling, en niet, zoals bij de overheid, het algemeen belang. De invalshoek waarmee naar hetzelfde werk wordt gekeken is dus veranderd, en als dan het opdrachtgeverschap ook nog faalt doordat de inhoudelijke kennis niet meer bij de departementen

zelf aanwezig is, faalt ook het systeem.' Dat is ook een van de conclusies van de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS.

Door de bedrijfsmatige benadering van het overheidsfunctioneren met een sterke nadruk op financieel beheer zijn de wezenlijke kenmerken van de democratische rechtsstaat verwaarloosd, vindt Tjeenk Willink. Dat is terug te zien in de al jaren moeizame verhouding tussen politiek, rechterlijke macht en bestuur. Politici verwijten de rechter onvoorspelbaar en soms maatschappelijk 'onaangepast' gedrag. Bestuurders voelen zich door de rechter voor de voeten gelopen, rechters klagen over de 'verbestuurlijking'. Het besef van wederzijdse afhankelijkheid ontbreekt volgens Tjeenk Willink.

'Bij het denken over de rechtsstaat gaat het altijd om de combinatie tussen democratie én rechtsstaat. Democratie en rechtsstaat zijn niet los verkrijgbaar, om oud-minister Ernst Hirsch Ballin te citeren. Bij democratie gaat het om verscheidenheid, bij rechtsstaat om eenheid, en het is de taak van politici om die verscheidenheid en die eenheid te combineren en het evenwicht daartussen te bewaken. Maar die notie is in de huidige politiek verwaterd, omdat politici zich steeds meer als entrepreneurs op een vlottende kiezersmarkt moeten bewegen. Dat zie je ook aan de wijze waarop ze met wetgeving omgaan. Wetgeving is ook altijd rechtsvorming. Maar wetgeving wordt toch vooral gezien als beleidsinstrument om iets te bereiken.'

Veel van de huidige wetten zijn beleidsinstrumenten om de financiën op orde te krijgen, en dat is ook nodig, zegt Tjeenk Willink. 'Maar je moet ontzettend uitkijken dat je daarmee de toegang tot de rechter niet in gevaar brengt. Een bezuiniging zoals die op rechtshulp aan asielzoekers treft alleen de mensen die zelf geen rechtshulp kunnen betalen. Mensen met geld kun-

nen nog wél in beroep.' Overigens is deze maatregel net teruggedraaid.

Juist in het bestuursrecht is de crisis tussen overheid en burger volop zichtbaar, signaleert hij. 'Je moet dus kijken: kan die oorzaak van de ontevredenheid van de burger worden weggenomen? Hoe voorkom je dat burgers steeds meer, terecht of ten onrechte, het gevoel krijgen dat ze niet gehoord worden door het bestuur, of de politiek, en dat vervolgens ook de toegang tot de rechter wordt beperkt, wat zeker geldt voor burgers aan de onderkant van de samenleving.' Aan het feit dat burgers het gevoel krijgen niet meer mee te doen, zie je volgens Tjeenk Willink dat de problemen in de rechtsstaat niet los kunnen worden gezien van het probleem van het functioneren van de democratie. Het is niet zo dat de overheid aan alles schuldig is of dat alleen meer verantwoordelijkheid voor de burger dé oplossing vormt. Maar op het moment dat burgers zich thuis voelen in eigen wijk, stad en land door de wijze waarop ze worden ingeschakeld door bijvoorbeeld inspraak en toegang tot de rechter, op het moment dat ze het gevoel hebben dat ze gehoord worden, zal de behoefte om bij de (bestuurs)rechter je gelijk te halen navenant kunnen afnemen.'

Maar de burger voelt zich niet gehoord, hij stapt juist steeds vaker naar de rechter- die onder de werklust dreigt te bezwijken. En de individuele rechter voelt zich door politiek en bestuur niet gehoord. Erger nog: ook niet door het eigen bestuur. Dat cumuleerde ruim een jaar geleden in het Leeuwarder Manifest, waarin zeven rechters klaagden over de te hoge werkdruk en de verbestuurlijking van de rechtspraak waar de kwaliteit van hun werk onder leed. Het manifest sloeg in als een bom. Terecht, vindt Tjeenk Willink.

'De rechter zit klem. Het aantal beroepen stijgt, ook door het feit dat burgers niet langer de sociale spelregels



‘Wetten bevatten vaak niet meer zelf de norm, als in “dit mag wel, en dit niet”’

weinig rekening gehouden, vindt Tjeenk Willink. ‘De verbestuurlijking zal doorgaan tot er tegenwicht wordt geboden, en dat kan alleen maar als je nadenkt over: wat is nu eigenlijk de inhoudelijke taak van de rechter? Ik zeg niet dat er de afgelopen dertig jaar door niemand over de inhoud van de rechterlijke functie is nagedacht. Maar je moet constateren dat geen van de reorganisaties van de rechterlijke macht in die jaren gebaseerd is geweest op het opnieuw doordenken van de rechterlijke functie. Het ging steeds over organisatie-modellen en (be)sturen. Dat is heel merkwaardig. Ik denk dat men er vanuit is gegaan dat het wel duidelijk was wat de rechter deed. Ook is het totaalbeeld uit het zicht geraakt; het besef dat de rechter, het bestuur en de wetgever, om de trias maar even te noemen, wederzijds van elkaar afhankelijk zijn. De één kan niet zonder de ander.’

Een voorbeeld van hoe het bestuurlijk denken het zicht op de verschillende functies heeft vertroebeld is volgens Tjeenk Willink de huidige positie van het Openbaar Ministerie, waarvoor oud-minister Winnie Sorgdrager van D66 onlangs aandacht vroeg. ‘Je ziet dat men allerlei functies is gaan combineren. De kerntaak van het OM is de opsporing van strafbare feiten, en het onderhouden van de relatie tussen de politie en justitie. Maar daarnaast heeft het OM een belangrijke vinger in de pap bij het openbare-ordebeleid. Terwijl de laatste jaren ook een aantal rechterlijke taken aan het OM zijn toebedeeld zoals de strafrechtelijke afdoening. Al die ver-

volgen maar onmiddellijk zeggen: ik stap naar de rechter. De maatschappelijke opvattingen zijn drastisch gewijzigd, verhoudingen zijn ingewikkelder geworden. Denk aan de huisvesting van een pedofiel die zijn straf heeft uitgezeten. Vroeger werd dat zonder veel problemen opgelost.

De normerende, en dus rechtsvormende taak van de rechter is de afgelopen jaren gegroeid omdat de rechtsvormende taak van de wetgever is verzwakt. Wetten bevatten vaak niet meer zelf de norm, als in “dit mag wel, en dit niet.” De invulling wordt aan het bestuur overgelaten en dat betekent dat

daarmee de ruimte van de rechter om te beoordelen wat wel en niet “recht” is groter is geworden. Ook heeft de rechter te maken met de meerlagigheid van het recht: hij moet kijken of wat hij zegt compatibel is met het Europese recht. En ten slotte houdt wetgeving vaak weinig rekening met de werkelijkheid waarin burgers leven, hun opvattingen en zorgen. Het is de rechter die dan moet bepalen wat de wetgever bedoeld kan hebben.’

Vertroebeld

Met veranderingen in de inhoudelijke taak van de rechter is de laatste jaren te

‘Over de hybride positie van het OM hoor je nooit iemand, maar wel over een non-probleem als organisatie van de bestuursrechtspraak’

schillende functies stellen andere eisen aan die ene verantwoordelijke minister, de minister van Veiligheid en Justitie. Ten aanzien van de rechterlijke macht heeft de minister de verantwoordelijkheid dat het goed functioneert. Maar hij kan geen aanwijzingen geven of iets dergelijks. Dat roept de vraag op: hoe onafhankelijk is het OM van de minister bij die OM-afdoening? En wat is de aanwijzingsbevoegdheid van de minister bij strafvervolgning? En wat is de invloed van de minister op het openbare-ordebeleid? Over die hybride positie van het OM, hoor je nooit iemand, maar wel over een non-probleem als, opnieuw, de organisatie van de bestuursrechtspraak.’

In tijden van crises is het alle hens aan dek, juist dan moet iedereen weten wat zijn eigen functie inhoudt om kwaliteit te kunnen leveren, zegt Tjeenk Willink. ‘Het begrip kwaliteit is op zichzelf een leeg begrip, het is altijd gerelateerd aan een functie. En dus moet je kijken naar de inhoud van de functie. Wat zijn de problemen? Zijn die onvermijdelijk? Kunnen ze door de rechter worden opgelost? Of zijn ze het gevolg van het niet goed functioneren van de andere staatsmachten? Die vragen moet je beantwoorden om een antwoord te kunnen geven op de vraag: is de kwaliteit die geleverd wordt goed genoeg? Zolang we dat niet doen, houdt de verbestuurlijking van de rechterlijke

Kritisch geluid van de Orde

Raffi van den Berg¹

De Orde besteedt, daartoe uitgedaagd door het huidige politieke klimaat, veel aandacht aan het thema rechtsstatelijkheid. In september 2012 zijn de verkiezingsprogramma's doorgelicht en voorzien van een globaal rapportcijfer. Die doorlichting heeft een permanent vervolg gekregen met het instellen van een nieuwe commissie Rechtsstatelijkheid binnen de Orde. De leden van deze commissie worden binnenkort bekendgemaakt. Deze commissie zal gevraagd en ongevraagd adviezen uitbrengen over ontwikkelingen die het rechtsstatelijk gehalte van Nederland raken. In nauwe samenwerking met de adviescommissies wetgeving van de Orde zal geselecteerde voorgenomen wetgeving worden onderworpen aan een rechtsstatelijkheidstoets. Ook beleidsvoornemens zullen

¹ Raffi van den Berg is secretaris van de Nederlandse Orde van Advocaten.

macht aan. De bestuurlijke rationaliteit is te dwingend. Enige conclusie die je eruit kunt trekken is: we moeten iets doen voor het nadenken over de inhoud van de functie van de rechter – daartoe heeft de NVvR een initiatief genomen – zoals we dat overigens ook moeten doen over de inhoud van de functie van het bestuur en de wetgever. En dat moet gebeuren vanuit de praktijk van het rechterlijk functioneren. Anders krijgen we een commissie van geleerden en mensen die misschien ooit weleens rechter zijn geweest, benoemd door de minister, die zal redeneren vanuit de bestuurlijke rationaliteit. En daar schieten we niets mee op.’

Dat de crisis van onze democratische rechtsstaat diep is, en is toe te schrijven aan een falend systeem, daarover was zowel Tjeenk Willink, als voormalig ombudsman Alex Brenninkmeijer, als de president van de Hoge Raad Geert

zo nodig onder de loep worden genomen. Als gevolg van delegatiebepalingen in wetten in formele zin kunnen belangrijke zaken immers op een zodanig niveau van regelgeving (Algemene Maatregel van Bestuur, ministeriële regeling) worden bepaald dat de gewenste parlementaire betrokkenheid niet altijd vanzelfsprekend is.

De politieke controleerbaarheid van de staat is daardoor niet altijd optimaal geborgd. Tegelijkertijd lijkt de staat zich minder te willen onderwerpen aan rechterlijke toetsing, zie bijvoorbeeld de inperking van de toegang tot de rechter als gevolg van de bezuinigingen op het terrein van de gefinancierde rechtsbijstand. Hierdoor komt de democratische rechtsstaat onder druk te staan.

De Orde heeft niet de illusie dat met de instelling van een commissie Rechtsstatelijkheid de controleerbaarheid van de staat wordt vergroot. De Orde heeft wel de mogelijkheid om, door haar onafhankelijke positie en de aanwezigheid van gedegen juridische kennis binnen de advocatuur, zo nodig een goed gefundeerd, kritisch geluid te laten horen.

Corstens het roerend eens. Maar wat er moet gebeuren om dat hele systeem weer op de rails te krijgen, bleef in de Eerste Kamer onderbelicht. Hoe leg je de noodzaak daartoe uit aan de burger?

Tjeenk Willink: ‘Het is geen kwestie van uitleggen. Er zijn al te veel communicatieadviseurs. Het gaat om het organiseren van tegenmacht tegen een stelsel dat naar binnen gekeerd is geraakt, “verbestuurlijkt” is. “Je moet de revolutie maken voordat hij uitbreekt,” zoals Hans van Mierlo zei. Die tegenmacht moet, onder veel meer, komen van de rechters die weten wat hun functie inhoudt en die zich met argumenten ontleend aan de inhoud van hun functie teweeststellen tegen de “verbestuurlijking” van hun ambt. Het is niet een gebrek aan uitleg, maar het zijn de bestaande, ook maatschappelijke, machtsverhoudingen die aan veranderingen in de weg staan.’ <<