

**Onderstaande toespraak uitgesproken door mr. H.D. Tjeenk Willink, dient als basis voor het tafelgesprek tijdens het gespreksprogramma Peper&Zout op 29 november 2016, in de Rechtbank Overijssel.** Deze editie van Peper&Zout is een samenwerking tussen de Rechtbank Overijssel, het Zwolsch Juridisch Genootschap, de opleiding Recht van Windesheim en Windesheim in Dialoog.

Onderwerp van het gesprek: De rechtsstaat onder druk.

---

**Toespraak op het symposium 'Toegang tot de rechter' ter gelegenheid van het afscheid van mr. G.J.M. Corstens als President van de Hoge Raad der Nederlanden op dinsdag 28 oktober 2014<sup>1</sup>**

\* Mr. H.D. Tjeenk Willink \*

In de "orde van dienst" van deze middag staat dat ik zal spreken over "Het rechtsstatelijk kader en de fundamentele betekenis van de toegang tot de rechter". Ik ben zo vrij geweest "rechtsstatelijk kader" te wijzigen in "constitutioneel kader", het kader van de democratische rechtsstaat. Democratie en rechtsstaat zijn weliswaar niet hetzelfde maar "niet los verkrijgbaar" (Hirsch Ballin), ook niet voor de overheidsrechter. Het constitutioneel kader is het fundament voor toegang tot de rechter en de toegang tot het recht. Als de functie van rechter en de betekenis van het recht in de samenleving niet duidelijk zijn, wordt de discussie over de (fysieke) toegang tot de rechter (en de alternatieven) al vlug een discussie over capaciteit.

Ruim acht jaar geleden hield René Foqué een lezing onder de titel "De actualiteit van Montesquieu's staatkundig erfgoed" in een bestel dat pluriformiteit en gematigdheid wil garanderen". De Trias politica – het onderscheid tussen wetgeving, bestuur en rechtspraak – is een belangrijk onderdeel van dat erfgoed. Maar de wereld van nu is niet meer de wereld van de 1748, het jaar van de eerste publicatie van "De l'esprit des lois". De maatschappij verandert voortdurend. De rol van de (nationale) staat wijzigt. Het recht krijgt een andere lading. De functie van de rechter verandert van inhoud. De toegang tot de rechter krijgt een andere betekenis. In een maatschappij waarin burgers ook door de overheid vooral als (individuele) consumenten worden aangesproken behoeft het geen verbazing te wekken dat de claimcultuur toeneemt. De advocatuur springt daar op (in). De rechter wordt gevraagd in

---

<sup>1</sup> Deze toespraak zou niet tot stand zijn gekomen zonder de inspirerende gesprekken met Paul Kuijpers en René Foqué. In de toespraak zijn ook de uitkomsten verwerkt van een drietal, op initiatief van de NvVR gehouden, gesprekken over de inhoud van de rechterlijke functie en de eisen die daaraan gesteld moeten worden (zie noot 3 op pagina 4).

te grijpen op terreinen die hij vroeger niet of nauwelijks betrad. In een maatschappij waarin de gemeenschappelijke verantwoordelijkheid van ouders voor hun kinderen, ook bij scheiding, voorop staat, hoeft het geen verbazing te wekken dat het aantal vechtscheidingen toeneemt. De rechter moet vaak "arbitreren" tussen verschillende deskundigen die – evidence based – het belang van het kind geacht worden te dienen.

Hoezeer de Nederlandse samenleving en daarmee de positie van Nederlandse staat (en daarbinnen ook die van de rechter) veranderd is, wordt duidelijk als we even, nog niet eens zo ver, terugkijken. Daardoor wordt het zicht op de huidige problemen scherper. Waar komen we vandaan? In Nederland verwierf de staat in de eerste helft van de vorige eeuw zijn *maatschappelijke* legitimatie door hecht georganiseerde sociale verbanden, die op basis van levensovertuigingen het maatschappelijk middenveld gingen vormen. Een maatschappelijk middenveld dat de kern vormde van veel sociale arrangementen: gezondheidszorg, volkshuisvesting, onderwijs, bestrijding van armoede. Politieke partijen die sedert het einde van de 19e eeuw nauw met het middenveld verbonden waren, zorgden voor de *politieke* legitimatie van de staat. Door deze dubbele verankering, maatschappelijk en politiek, werd de eigen dynamiek die elke staat eigen is (de *raison d'état*) 'in toom gehouden'.

Dit staatkundige en maatschappelijke bestel vormde een vrij organisch geheel waarin ieder, ook letterlijk, zijn plaats kende. Dat gold ook voor de rechter.

Dat bestel raakte vanaf de jaren 60 van de vorige eeuw op drift toen achtereenvolgens sociale verbanden losser werden, politieke partijen minder op een vaste aanhang konden rekenen en de traditionele verbindingen (vaak in personam) tussen staat en maatschappelijk middenveld en binnen de staat tussen verschillende overheden werden doorgesneden. Tegelijkertijd groeiden de eisen en verwachtingen ten aanzien van wat de staat moet en kan doen. De democratische rechtsstaat moest ook een sociale rechtsstaat zijn. Maar die staat miste zijn traditionele dubbele, maatschappelijke en politieke, verankering. De beheersing van de eigen dynamiek van de staat werd daardoor een probleem. Dat had allereerst voor politieke partijen aanleiding moeten zijn om na te denken over het doel van de staat, zijn politieke en maatschappelijke legitimatie en (dus) de eigen functie van 'de politiek'. Dat gebeurde niet. Integendeel, ideologieën verbleekten, politiek en bestuur werden steeds meer één, beleid en uitvoering sloten minder goed op elkaar aan, de afstand van de burger tot zijn Staat werd groter. Economische modellen werden ingezet om de collectieve uitgaven te begrenzen. Reorganisaties moesten de effectiviteit en efficiëntie van het bestuur vergroten. Door de pogingen de Staat financieel en organisatorisch te beheersen werd de politieke en maatschappelijke verankering van de Staat nog verder verzwakt. Ga maar na. In de laatste 30 jaar werden sociale arrangementen (in het onderwijs, in de sociale zekerheid, in de volkshuisvesting, in de gezondheidszorg) op de schop genomen. Zelden tot nooit werd daarbij gerefereerd aan de in 1983 met algemene stemmen in de Grondwet opgenomen sociale grondrechten. Territoriale gemeenschappen werden (bewust) opgebroken (gemeenten werden opgeheven, grotere gemeenten gevormd), terwijl de traditionele

sociale verbanden (het gezin, de kerk, de vereniging) minder dan vroeger bescherming boden. Privatisering, verzelfstandiging en decentralisatie moesten de opwaartse druk op de (centrale) overheid verminderen, hetgeen de politieke verantwoordelijkheid, en dus de eigen functie van de politiek, verder vernevelde. Zo bezien zijn we de ontzuiling nooit te boven gekomen.

Als een staat, die ook een sociale rechtsstaat is geworden, zich terugtrekt – of althans pretendeert dat te doen – en harder wordt, verandert de rol van het recht en de positie van de rechter. Dat hebben we ons, bij alle grote operaties – privatisering en verzelfstandiging, deregulering en decentralisatie – onvoldoende gerealiseerd (ook nu weer). Geen van de voorstellen voor reorganisatie van de rechterlijke macht in de afgelopen 35 jaar, en dat waren er toch nogal wat, was gebaseerd op een opnieuw doordenken van de inhoud van de rechterlijke functie(s). Steeds hebben organisatorische aspecten de overhand. In dit opzicht ging het al ‘mis’ bij de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie (1976). In haar Tussentijds rapport van 31 oktober 1978 beantwoordt zij de vraag (par. 4.1.) of ‘de organisatorische veranderingen betreffende de rechtspleging gebaseerd moeten worden op de uitkomst van een studie over de grondvragen van het rechtspreken.’ Het antwoord is: neen. ‘Het zou het feit miskennen dat er reeds een constitutioneel verankerd stelsel van rechtspraak bestaat.’ De commissie wil uitgaan ‘van een in werking zijnde organisatie.’ En op dit uitgangspunt bouwde de afgelopen drie decennia het ene voorstel op het andere voort.

De Trias politica wordt, ten onrechte, beschouwd als een vorm van organisatie van het staatsbestel, waarin drie functies – wetgeving, bestuur, rechtspraak – organisatorisch gescheiden dienen te zijn en vooral efficiënt moeten functioneren. Maar onderscheiding van functies en organisatorische scheiding van machten zijn twee verschillende zaken. Ook in Nederland. Onze grondwet kent geen volledig samenvallen van instituties en functies. Staten-Generaal en Regering vormen samen de wetgever. De rechter is niet alleen ‘la bouche de la loi’ maar ook rechtsvinder. Besturen is niet alleen vaststellen en uitvoeren van beleid, maar ook beheren, toezicht houden, management. Wat houden die functies in en hoe verhouden zij zich tot de klassieke functies uit de Trias? Kunnen we met de Trias nog wel uit de voeten?

Essentie van de Trias is – en was voor Montesquieu - niet een (organisatorische) scheiding van functies maar het inbouwen van tegenwicht. Dat essentiële element is gebaseerd op het feit dat het bij de Staat om macht gaat en de ervaring dat ‘elke macht afzonderlijk tot een absolute macht dreigt uit te groeien, ook de macht van de democratisch verkozen meerderheid’. Beter dan te spreken van scheiding van machten is het te spreken over evenwicht van machten, waarvan de rechterlijke *macht* er een is. In het evenwicht binnen de trias politica wordt ook “de politieke macht tegen zijn eigen willekeur beschermd”. Dat evenwicht moet steeds opnieuw, bijna per geval, worden geconstitueerd. Een democratische rechtsorde is altijd een orde ‘to be’. Daarbij behoort het besef dat voor het goed uitoefenen van hun functie(s) de machten onderling van elkaar afhankelijk zijn. Als

bijvoorbeeld de kwaliteit van de wetgeving te wensen overlaat, komt de rechter in de problemen of voelt hij zich geroepen het tekort aan te vullen. Dergelijke situaties dienen waar mogelijk voorkomen te worden door een goede samenspraak tussen wetgever, bestuur en rechter. Die samenspraak is alleen mogelijk vanuit de ervaring in de eigen functie en inzicht in de functie van de ander, zijn mogelijkheden én grenzen. Alleen zo kan samenspraak samengaan met het bieden van tegenwicht.

Het steeds opnieuw vinden van een evenwicht binnen de Trias is alleen mogelijk door scherp voor ogen te houden dat samenspraak tegenspraak impliceert en dat evenwicht onbestaanbaar is zonder tegenwicht. Elke macht behoort het tegenwicht tegen de andere machten te zijn. Die tegenmacht 'vormt' de macht en is er daardoor een deel van. De constitutionele orde en de waarden waarvoor democratie en rechtsstaat staan vormen het gemeenschappelijk ijkpunt van macht en tegenmacht. De kennis van dit ijkpunt en het besef van de gemeenschappelijkheid zijn zwak ontwikkeld. En de vraag is: wie bewaakt dat gemeenschappelijk ijkpunt, die orde en die waarden, wanneer politici hun eigen functie ondergeschikt maken aan de eisen van het bestuur en in het bestuur de nadruk ligt op financieel beheer en daadkracht? De vraag stellen is 'm beantwoorden: de rechter! Het beroep op de rechter organiseert de tegenspraak. De rechter heeft – per se – een machtskritische functie, al heeft hij niet de macht om zelf de veranderingen die hij gelast, ter hand te nemen. Wat houdt die functie in?

Op initiatief van de NVvR heeft het afgelopen jaar een aantal informele bijeenkomsten plaatsgevonden waarin enkele rechters en wetenschappers<sup>2</sup> de inhoud van rechterlijke functie en de eisen die daaraan moeten worden gesteld, nader hebben verkend. Hetgeen hierna volgt is mede aan die gesprekken ontleend. In die gesprekken is uitgegaan van de tweeledige functie die de vroegere Israëliische opperrechter, Aharon Barak, ooit aldus heeft gedefinieerd: "De rechter moet de kloof overbruggen tussen het recht en de concrete, steeds veranderende samenleving en hij moet de constitutie en de democratie beschermen". De vraag is wel gesteld of de brede omschrijving van Barak ook herkenbaar is voor een rechter in eerste aanleg. Waarschijnlijk wel. De uitspraak van de kantonrechter in de zaak van een automobilist uit Hoogerheide die weigerde zes euro boete te betalen, waarop Justitie uiteindelijk € 711 probeerde te innen, staft die opvatting.

Bij het overbruggen van de kloof (wat overigens iets anders is dan dichten) is de rechter, in de woorden van Barak, "partner in het scheppen van het recht". De wetgever heeft weliswaar het initiatief bij het aanpassen van het recht aan de zich veranderende maatschappelijke realiteit, maar de rechter heeft door zijn interpretatie de taak "de kloof tussen de wet en het leven" te overbruggen. Bij het tweede deel van de functie, de bescherming van constitutie en democratie, denkt Barak in het bijzonder aan de fundamentele beginselen en waarden die "het normatieve universum van een democratie

---

<sup>2</sup> De deelnemers aan de bijeenkomsten waren: (alfabetische lijst opnemen).

vullen”, zoals tolerantie, goede trouw, rechtvaardigheid, redelijkheid, openbare orde en mensenrechten.

Naar aanleiding van deze tweeledige functie rijst een aantal vragen die de rechterlijke macht zelf, vanuit de praktijk, zal moeten beantwoorden.

Allereerst natuurlijk de vraag: is de rechter voor deze tweeledige functie uitgerust? Heeft hij zicht op de maatschappij en kennis van de constitutie? Anders gezegd: is de rechter zich bewust van de veranderingen in zijn tweeledige functie? In een tijd waarin de wetgever van regelzucht blijk geeft en algemene regels formuleert naar aanleiding van incidenten. In een tijd waarin het bestuur de normen formuleert die de wet zelf niet meer bevat. In een tijd waarin de rechtsvindende en rechtsvormende taak van de rechter, ook door europeanisering en internationalisering groeit. En in een tijd tenslotte waarin de fundamentele beginselen en waarden in de maatschappij onder spanning staan door verscherping van de tegenstellingen tussen daders en slachtoffers, allochtonen en autochtonen, have's en have's not? De rechter moet de consequenties van deze veranderingen tot zich laten doordringen, anders kan hij zijn functie niet goed uitoefenen. En vervolgens natuurlijk de vraag: heeft de rechter een goed zicht op zijn eigen onafhankelijke, want machtskritische, functie ten opzichte van de andere machten? Een gedeelte van de problemen waarmee de rechter worstelt is een gevolg van het functioneren van politiek en bestuur. De rechter zal zich steeds bewust moeten zijn dat hij die problemen in politiek en bestuur niet (blijvend) kan oplossen. Hij kan de andere functies niet "overnemen" en moet de grenzen van zijn eigen functie in acht nemen. Moet de rechter niet zowel het ene (zijn machtskritische functie) als het andere (de grenzen van die functie) duidelijker, explicieter, naar voren brengen?

De bescherming die de rechtsstaat de burger biedt krijgt pas betekenis door wijze waarop het recht wordt toegepast. De fundamentele beginselen en waarden van de democratische rechtsorde moeten steeds, in elk afzonderlijk geval, opnieuw geconstitueerd worden. Het recht is erop gericht om die afzonderlijke gevallen onder een algemene regel te rangschikken of om een algemene regel toe te passen op het concrete geval. Algemene regels die in een wet worden neergelegd zijn daarmee niet automatisch ook recht, in de zin van gerechtigheid. Integendeel, de spanning tussen 'recht' en 'regelgeving' groeit. Daarvoor is een aantal redenen te noemen. Allereerst beschouwen politici (en ambtenaren) regelgeving steeds meer als instrument ten behoeve van een daadkrachtig bestuur. Het besef is tanende dat de wetgever zelf de eerste is die ontwerp-regelgeving aan de fundamentele beginselen en waarden, het gemeenschappelijk ijkpunt, behoort te toetsen. Daarnaast is de normatieve betekenis van de wet in formele zin afgenomen. En tenslotte is de constitutionele kennis van de regelgevers – parlement en regering voorop – aan erosie onderhevig. Een constitutionele cultuur ontbreekt. Daardoor wordt ook niet onderkend dat de democratische legitimatie van de regelgeving vaak gering is, niet alleen door delegatie en sub-delegatie aan instanties zonder directe politieke verantwoordelijkheid, maar ook door de partijpolitisering van de

besluitvorming. Belangrijke beslissingen worden in kleine (partijpolitieke) kring genomen, waarna een parlementaire meerderheid zich, zonder debat, aan die beslissingen gebonden weet. Essentieel in een democratie zijn echter politieke verantwoording en een open politiek debat. Daarin worden inhoudelijke argumenten, voor en tegen, uitgewisseld, alternatieven gewogen, vindt toetsing plaats aan fundamentele (rechts-)beginselen en (democratische) waarden en verenigt zich uiteindelijk de meerderheid op een gemeenschappelijke conclusie, rekening houdend met de positie van de minderheid. Het ontbreken van een afzonderlijk Constitutioneel Hof, dat niet alleen aan de klassieke maar ook aan de sociale grondrechten en de constitutionele spelregels kan toetsen, maakt het moeilijker de groeiende kloof tussen recht en regelgeving, regelgeving en gerechtigheid te overbruggen. Die kloof vormt een bedreiging voor de toegang tot het recht en voor een gemeenschappelijk gedragen maatschappelijk besef van gerechtigheid. Toch staat de rechter niet met lege handen. Door de "gelaagdheid" van de regelgeving (nationaal en lokaal, Europees en internationaal) en de elkaar vaak snel opvolgende wijzigingen in die regelgeving, wordt de ruimte voor "rechtsvinding" groter; de ruimte om steeds opnieuw de reikwijdte en begrenzing te verkennen van de fundamentele beginselen en waarden. In die zin groeit de positie van de rechter. Dat kan spanning met de wetgever opleveren. Tegelijkertijd zijn er internationaal, maar ook nationaal, steeds meer regels die burgers binden maar aan de (nationale) rechter zijn onttrokken. Denk aan de antiterrorisme maatregelen ten behoeve van de internationale burgerluchtvaart, het consumentenrecht of de praktijk van de OM-afdoening. Welke zekerheid heeft de burger dat in deze gevallen wordt getoetst aan fundamentele beginselen en waarden en dat hen "recht" wordt gedaan? Naar de mate waarin fundamentele beginselen en waarden in de samenleving minder als gemeenschappelijk worden ervaren, hebben burgers meer behoefte om bij de rechter hun recht te halen. In een samenleving waarin "gewoon jezelf zijn" de norm lijkt, maar de onzekerheid over wie we zelf zijn groot is, groeit de behoefte aan houvast door gezaghebbende uitspraken van een (scheidings)rechter. De Zwarte Piet discussie is maar een voorbeeld. Het besef is tanende dat niet alles wat voor enkelen, of zelfs velen, moreel verwerpelijk is, (daarom) wettelijk verboden behoort te zijn of aan de rechter moet en kan worden voorgelegd. Dat zou tot een onacceptabele verdere juridisering van de samenleving leiden. De rechter zal zich juist in dat soort kwesties scherp bewust moeten zijn van zijn positie in de Trias politica en (dus) ook neen kunnen zeggen.

Door de veranderde verhoudingen in de maatschappij en binnen het staatsbestel is de druk op de rechter toegenomen. Conflicten die vroeger binnen de bestaande sociale verbanden werden opgelost (of onderdrukt) worden nu aan de rechter voorgelegd. Denk bijvoorbeeld aan conflicten tussen ouders en school. Zaken die aan de rechter worden voorgelegd worden ook complexer. Zowel de kwaliteit van de regelgeving als die van haar toepassing staan onder druk. De rechter moet niet alleen scherper letten op algemene beginselen en normen van hogere (Europese) orde, maar ook bij elke nieuwe wet of wijzigingen daarin nagaan hoe die in het rechtssysteem past. Tegelijkertijd is het zijn taak ertegen te waken dat dat rechtssysteem een gesloten systeem wordt.

Tot nu toe is geprobeerd de toegenomen druk op de rechter te beheersen door de nadruk te leggen op organisatie, financieel beheer en management. Rechtspraak wordt door politiek en bestuur vaak beschouwd als een van de diensten die door de overheid worden aangeboden en vooral efficiënt moeten worden uitgevoerd. De rechterlijke macht dreigt hierdoor te 'verbestuurlijken', nadat eerder de politiek zich van het bestuur afhankelijk maakte. Dodelijk voor het evenwicht binnen de Trias! In de ontwikkeling van dat bestuurlijk denken speelt de Raad voor de Rechtspraak een eigen, actieve rol. Bedoeld als buffer tussen rechterlijke macht en ministerie oefent hij via organisatie en financieel beheer steeds meer invloed uit op de inhoud van de rechterlijke functie.

En zo komt de (individuele) rechter ook van binnenuit, vanuit de rechterlijke macht zelf, onder druk te staan. Moet hij meebuigen met het bestuur of tegenwicht bieden vanuit de inhoud van zijn eigen functie? Op andere terreinen zie je dezelfde ontwikkeling. Vanwege de veronderstelde en vaak gesuggereerde efficiency voordelen zijn organisaties bewust groter en dus complexer gemaakt. De bestuurlijke eisen worden hoger. In de gezondheidszorg werd de geneesheer-directeur van een ziekenhuis eerst directeur-geneesheer, daarna directeur, vervolgens manager en ten slotte (Raad van) bestuur. Vergelijk daarmee in de rechtspraak de inhoudelijke rol van de rechtbankpresidenten 20 jaar geleden en hun overwegend bestuurlijke rol nu. De veel becommentarieerde blog van een lid van de Raad voor de Rechtspraak – "de Raad is bij uitstek aangewezen om het op het overkoepelende niveau op te nemen voor de rechtspraak en de rechtsstaat (...) wie zou dat anders moeten doen?" – is dus een uiting van een veel algemener probleem waarin organisatie en beheer de gemeenschappelijke noemer worden waarop instituties functioneren. Veel opmerkelijker dan die blog is eigenlijk dat de rechterlijke macht zelf in deze 'verbestuurlijking' een werkzaam aandeel heeft gehad. De Raad voor de rechtspraak was een initiatief vanuit de rechterlijke macht. In alle projecten die nu in ontwikkeling zijn, zijn rechters betrokken. Het jaarplan van de Rechtspraak 2014, waarvan één van de doelstellingen is een bekorting van de gemiddelde doorlooptijd vanaf 2018 met ten minste 40%, is door de presidentenvergadering aanvaard.<sup>3</sup> En de vraag die gesteld moet worden luidt: hoe komt het dat velen in de rechterlijke macht hun eigen rationaliteit hebben ingewisseld voor de rationaliteit van het bestuur en de risico's van het bestuurlijk denken zo hebben onderschat? Hoe onafhankelijk is rechterlijke macht eigenlijk nog als 'tegenspraak' 'inspraak' wordt? Die vraag rijst ook bij de groeiende "coproductie" van departementsambtenaren en rechters bij de voorbereiding van wetgeving.<sup>4</sup> Op zichzelf goed dat met de praktijkervaring van rechters rekening wordt gehouden. Maar hoever kan dat gaan? In de rechterlijke macht ontbreken garanties die elders de combinatie adviseur/rechter controleerbaar maken: het is onbekend wie de "co-producenten" zijn, wat hun aandeel is en of zij als rechter met "dezelfde rechtsvraag" (arrest Sarcilor-Lormines v. Frankrijk, 2006) worden geconfronteerd als

---

<sup>3</sup> Een op feiten gebaseerd kritisch commentaar op deze plannen in: Margreet Ahsman/Hans Hofhuis, Versnelling van de doorlooptijden van rechtszaken met 40%. Realistisch of Haagse bluf?, in NJB jg.89 4 juli 2014. Het naschrift van de opstellers van de agenda onthult het antwoord: bestuurlijke Haagse bluf.

<sup>4</sup> T.z.t. lijst van voorbeelden opnemen.

waarover zij zich eerder als "co-producenten" bogen. Die kans is groot, omdat juist de meeste deskundige rechters in de "coproductie" worden betrokken, vanwege de teruglopende inhoudelijke kennis en (ervarings-) deskundigheid op de departementen. Hoe "Procola gevoelig" is de rechterlijke macht eigenlijk geworden? (U zult mij als oud vice-president van Raad van State niet euvel duiden dat ik, afgemeten aan deze feiten, de voortdurende discussie over de dubbelfuncties bij de Raad – formeel en feitelijk een non-probleem – mede om die reden nogal hypocriet vind).

De "verbestuurlijking" van de rechterlijke macht kan alleen worden gestopt door inhoudelijk tegenwicht te bieden en de inhoud van de rechterlijke functie binnen de Trias en de rol van het recht in de samenleving weer centraal te stellen. Het gaat dus om meer dan de vraag hoe 'De geordende wereld van het recht', de titel van een van die mooie boeken van Willem Witteveen, kan worden gekoesterd, het vak bijgehouden en de targets gehaald. Het gaat om de inhoudelijke verantwoordelijkheid van de rechter steeds opnieuw recht te doen op grond van de feiten en door toetsing aan de fundamentele beginselen en waarden. Dat is niet eenvoudig in een maatschappij die pluriformer is geworden, met regelgeving die 'gelijke gevallen' voorschrijft om 'gelijke behandeling' mogelijk te maken, in een publiek debat waarin beelden en sentimenten vaak het nieuws kleuren en in een bestel waarin de politieke agenda sterk door bestuur en media wordt bepaald. Meer dan vroeger is het nodig dat binnen de rechterlijke macht wordt gereflecteerd op de constitutionele positie van de rechter, de inhoud van zijn functie en de (morele) dilemma's waarvoor hij in zijn oordeelsvorming komt te staan. Mag een kinderrechter bij een uithuisplaatsing een kind zomaar weghouden van niet optimaal functionerende ouders? Mogen politie en OM deals sluiten met beruchte moordenaars en andere onderwereldfiguren? Mag de rechter levenslang opleggen aan iemand zonder strafblad als de bevolking en (vervolgens) de politiek dat eisen? Wat doet de rechter als een vreemdeling enerzijds ongewenst is verklaard, maar anderzijds onuitzetbaar is? Heeft elke rechter (en elke afgestudeerde jurist) het Toetsingsarrest van de Hoge Raad van 12 januari 1942 scherp op het netvlies staan? Zou er niet een juridisch canon moeten worden opgesteld of een lijst van 'iconen van het recht'?

Reflecteren is onderdeel van de rechterlijke functie en kan (dus) niet worden "uitbested" of aan bestuurders binnen de rechterlijke macht worden overgelaten. Rechters klagen echter dat waar tijd een kostenfactor wordt, reflectie het aflegt. Maar de daaraan voorafgaande vraag lijkt me te zijn: zijn rechters tot die reflectie bereid en in staat? Die vraag is gewettigd nu binnen de juridische faculteiten juist de vakken die dwingen tot een reflectie op de rol van het recht en op de functie van de rechter in de democratische rechtsstaat zijn gemarginaliseerd: rechtsfilosofie, rechtssociologie, rechtsgeschiedenis, staatsrecht. Geldt niet hetzelfde voor de interne opleidingen (het 'nieuwe opleidingshuis')?

De behoefte aan reflectie zou onder meer ook daarom moeten leiden tot een (hernieuwde) verbinding met de wetenschap; een wetenschap die zich dan wel meer voor dagelijkse rechtspraktijk zou moeten interesseren. Dan zou ook duidelijker kunnen worden welke



drempels de rechtzoekenden in hun toegang tot de rechter ervaren en hoe rechters omgaan met de (morele) dilemma's waarvoor zij in hun dagelijkse werk komen te staan..

Reflectie is het doel van afzonderlijke initiatieven die nu binnen de colleges met rechtspraak belast opbloeien, om bijvoorbeeld in gerechtsvergaderingen, ruimte te maken voor discussies over meer dan bestuurlijke noden, productie en protocollen. Er zijn tenminste steeds drie thema's aan de orde: de taak van de rechter binnen de democratische rechtsstaat, de toegankelijkheid van het recht en de rechterlijke onafhankelijkheid. Het is goed die discussies niet tot algemene analyses te beperken, maar daarin juist concrete (controversiële) casus als onderwerp te nemen, de (morele) dilemma's, waarvoor rechters daarbij komen te staan ter discussie te stellen of na te gaan waarom hervormingsvoorstellen (bijvoorbeeld het Kei-project) of rapporten (bijvoorbeeld Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak) mogelijk strijden met de rol van het recht in de samenleving of de functie van de rechter. (Toch een andere functie dan die van accountant, dokter of politieagent, waarmee het Rapport Professionele standaarden de rechter vergelijkt).

Bij het opnieuw centraal stellen van de inhoud van de rechterlijke functie gaat het ook om de taal, die wordt gebezigd. Taal is niet onschuldig. Vroeger sprak men wel van 'de list van de taal'. Juristen zouden dat als geen ander moeten weten. Waarom gaan rechters dan mee in de taal van bestuurskundigen en economen, die een belangrijke drijvende kracht zijn in de "verbestuurlijking". Een term als 'governance' lijkt ook in de rechtspraak inmiddels onderdeel geworden van het aanvaarde taalgebruik. Maar ik zie niet goed hoe je over governance (weet u precies wat de term inhoudt?) en over de drie beelden van de rechtspraak in het gelijknamige rapport ("het briljante vonnis", "het relevante vonnis", "het efficiënte vonnis") met vrucht kan spreken zonder in te gaan op de betekenis van het recht in een veranderende samenleving en de rol van de rechter in een staatkundig bestel, waarin de verhoudingen verschoven zijn. Rechters hebben hun eigen taal om hun prachtige ambt uit te oefenen, om hun problemen te benoemen en oplossingen voor die problemen te vinden. Laten we die taal koesteren!

Ik kom tot een afronding. In tegenstelling tot hetgeen wel eens wordt gesuggereerd is de democratische rechtsstaat een effectieve manier van regeren: democratisch gelegitimeerd, met garanties voor persoonlijke en politieke vrijheid en met ruimte voor diversiteit. Door de zekerheid die het recht biedt zijn veranderingen mogelijk. Geen succesvolle veranderingen zonder zekerheid. Essentieel in het denken over de democratische rechtsstaat zijn begrippen evenwicht en tegenwicht, macht en tegenmacht en de erkenning dat er altijd verschillende werkelijkheden zijn. Macht is voortdurend in beweging en verschuift. Macht is vaak 'verpakt' in technologische arrangementen en daardoor moeilijk te lokaliseren. Die arrangementen trekken zich weinig aan van het onderscheid in functies. Maar ook voor deze 'macht' geldt dat zij een absolute macht wordt als er geen tegenwicht wordt geboden. Juist daarom moeten wetgever, bestuur en rechter zich bewust zijn van hun constitutionele fundament,

de fundamentele beginselen en waarden, en elkaar daarop scherp houden. Dat lukt alleen als de verschillende "machten" binnen de Trias hun eigen functie kennen en steeds opnieuw nadenken over de vervulling daarvan ook in relatie tot de andere functies. De een kan niet zonder de ander. Als de politieke functie met de bestuurlijke functie samenvloeit wordt de rechterlijke functie kwetsbaar. En dat is nu het geval. Hoe lang blijft een democratie overeind als de kern van de politieke functie – het politieke – wordt verwaarloosd? Hoe lang blijft de rechtsstaat overeind als het bestuurlijke denken ook binnen de rechterlijke macht de overhand krijgt?

Machtsevenwicht betekent ook evenwicht in denkwijzen. Juristen denken anders dan politici; politici behoren anders te denken dan economen en bestuurskundigen. Daarom is rechtsfilosofie een ander vak dan politieke theorie. Inleveren op de eigen (juridische) denkwijze tast, evenals het inleveren op de eigen taal, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht aan.

En tenslotte nog dit.

Traditioneel bestond er in onze democratische rechtsstaat ook een machtsevenwicht tussen staat en maatschappij. Geen staat zonder burgers; geen politieke democratie zonder maatschappelijke democratie. De burgersamenleving is het complement op de staat en een tegenwicht tegen de eigen dynamiek van die staat. Maar de vroeger politiek en maatschappelijk hecht verankerde Staat is in toenemende mate een leverancier van bestuurlijke beheersingsmechanismen geworden; malen waarin burgers zich hebben te voegen. 'Participatiesamenleving' (een tautologie overigens) dreigt zo'n mal te worden. Zo grijpt de staat steeds meer direct in op het (privé) leven van burgers. Tegelijkertijd heeft 'de markt' een groot deel van de publieke ruimte in bezit genomen. Dat beperkt de burgersamenleving nog verder. Die ontwikkelingen zijn dodelijk voor een liberale democratie. Zij zullen echter doorgaan, tenzij het tegenwicht vanuit de burgersamenleving zelf wordt versterkt. De positie van de onafhankelijke rechterlijke macht is ook daarin cruciaal. Een burgersamenleving kan alleen tot ontwikkeling komen als de rechtsstaat is gegarandeerd. Burgers moeten worden beschermd tegenover de staat, tegenover de markt en tegenover andere burgers. Anders geldt het recht van de sterkste. Die bescherming moet de rechter bieden als politiek en bestuur het laten afweten. Dat is deel van zijn machtskritische functie. Ook dáárom moet een halt worden toegeroepen aan de greep die wetgever en bestuur, bestuurders en ambtenaren op de rechter willen verstevigen. Of het nu gaat om de 'Wet beperking opleggen taakstraffen' of om regels voor uitzonderingssituaties die – vaak sluipender wijze – tot hoofdregels worden.

De inhoud van rechterlijke functie moet weer centraal komen te staan. Dat moeten rechters zelf doen. Niets doen is geen optie meer, als we althans de onafhankelijkheid van de rechter, de toegang tot het recht en de democratische rechtsstaat werkelijk serieus nemen.