



Het parlement: wetgever of controleur?

door Sybe Schaap

Bespreking van Ruud Koole, Twee pijlers. Het wankele evenwicht in de democratische rechtsstaat, Prometheus, Amsterdam, 2021. ISBN 9789044644821.

Er wordt heel wat geschreven en gediscussieerd over rechtsstaat en democratie. Zeker in tijden waarin populisme de rechtsstaat provoceert en parlementair onderzoek laat zien hoezeer de overheid kan falen. Leidt dit niet als vanzelf tot scepsis of cynisme? Aan die verleiding heeft Ruud Koole zich in zijn recente boek over de democratische rechts-

staat niet overgegeven. Hij onderkent wel degelijk een aantal structurele problemen, maar wil analyseren en de pijn zichtbaar en beheersbaar maken, zonder defaitisme. De titel van zijn boek wijst erop dat hij de thematiek breed in beeld wil brengen, ook in een historische context. Hij is die breedte aan zijn stand verplicht, met zijn achtergrond als politiek wetenschapper, PvdA-partijvoorzitter en senator. Het boek is uitermate informatief en educatief, en helder geschreven. Het ‘wankele evenwicht’ wordt concreet belicht, zet aan het denken en roept discussie op. Dit laatste heeft hij bij mij, als zijn voormalig collega-lid in de Eerste Kamer, zeker

op gang gebracht. Daar wil ik in deze recensie graag aan toegeven. En ik hoop dat het boek hiertoe breder aanzet; dat verdient het.

Koole gaat in zijn verhandeling uit van twee institutionele pijlers die de democratische rechtsstaat van een fundament voorzien: een electorale en een niet-electorale. De eerste pijler omvat politieke partijen, parlement en regering, de tweede enkele instellingen waarop de kiezer geen directe invloed heeft, zoals de rechterlijke macht en een aantal autoriteiten. Dus bepaling via het *kiesrecht* naast *benoeming*. Koole vraagt zich af wat zich binnen die pijlers heeft voorgedaan, hoe het evenwicht tussen beide zich heeft ontwikkeld en hoe er fricties konden ontstaan. Zijn meest kritische vraag is, hoe democratisch dit geheel functioneert. Hierbij is de positie van de kiezer dan wel de burger in het geding. Hij herformuleert deze vraag doorlopend: hoe de macht in ons land is verdeeld en op welke wijze daarop invloed en controle kan worden uitgeoefend. Dan heb je het over het electoraat en politieke partijen, maar ook over het parlement – waarbij hij zich sterk concentreert op de Tweede Kamer. Maar dan kun je ook niet om de bijzondere positie van de rechterlijke macht heen. Koole vraagt zich met zorg af of de verdeling in verantwoordelijkheden en bevoegdheden *tussen* beide pijlers niet uit balans is geraakt, dit ten koste van de electorale pijler; maar ook of *binnen* de electorale pijler de kiezer en het parlement niet op achterstand zijn komen te staan.

Om hierop een kritische toets los te laten introduceert Koole twee criteria, eigenlijk rechtsbeginselen: het *legaliteitsbeginsel* en het *legitimiteitsbeginsel*. Ik heb de indruk

dat legitimiteit bij hem een groter gewicht heeft dan legaliteit. Zowel in zijn analyse als in zijn aanbevelingen staat bij hem de vraag centraal hoe een stelsel zich kan legitimeren. En in laatste instantie gaat het daarbij om het electoraat als legitimerend subject. Ik hoop dat hij hiermee aan het denken zet. Ik ben hier wat kritisch over, omdat ik *legitimiteit* een iets te vaag en te kneedbaar criterium van toetsing vind. Ik wil op een en ander nader ingaan en wel aan de hand van enkele thema's die bij Koole bijzondere aandacht krijgen, zoals de impact van regeerakkoorden op regering en parlement en de positie van de rechterlijke macht.

Koole meent dat de Kamer meer gedegen en effectiever controle moet uitoefenen op de regering. Dit in de rol van tegenmacht. Hij kiest daarbij niet voor een aanscherping van het dualisme, zoals dit in zekere zin besloten ligt in het rechtsstatelijk beginsel van de scheiding der machten. Koole kiest voor een controleregime op basis van een werkwijze die de afgelopen decennia tot een ware kunst is verheven, het *regeerakkoord*. Hij stelt dat je eigenlijk niet om regeerakkoorden heen kunt vanwege de *vertrouwensregel*: een regering moet kunnen vertrouwen op een meerderheid in de Tweede Kamer. Dit daagt uit. Dat een regering vertrouwen van de Kamer moet genieten lijkt me logisch. Maar waarom moet dit vertrouwen tot op zo'n detailniveau worden vastgelegd, dat het akkoord een klein boekwerk is geworden? Leiden dergelijke onderhandelingen niet tot machtsconcentraties van door Kamerfracties gemandateerde onderhandelaars? Ook Koole wijst erop dat onderhandelingen over dergelijke akkoorden door een klein, select

groepje worden gevoerd en Kamerfracties na afloop nauwelijks nog gelegenheid hebben er wat van te vinden. Stel je immers voor dat er toch nog verdeeldheid ontstaat.

Hier wil ik op inhaken. Ik ben in mijn Haagse tijd tot een ander, negatiever oordeel gekomen over deze praktijk. Ik vrees dat deze werkwijze de *vertrouwensvraag* heeft omgevormd tot een soort *wantrouwensregel*. Dit in de poging het tegenspel binnen de coalitiepartijen zo gedegen mogelijk te neutraliseren. Als vanzelf staat de aankomende oppositie al buitenspel in en na het overleg – tenzij deze plotseling nodig is en partijen zich mogen opwaarderen tot ‘constructieve’ oppositie. Maar dit buitenspel geldt ook voor leden van de regeringsfracties. Het lijkt me dat dit type regeerakkoorden juist leidt tot een te hechte binding van de Tweede Kamer aan de regering en tot een inbreuk op de controlerende functie. Je hebt je immers loyaal verklaard, tot in detail. Niet geheel vreemd dat partijleiders zelfs hun openlijke afkeer hebben uitgesproken over een onafhankelijk en eigenzinnig optredende Eerste Kamer: nergens aan gebonden, niet te controleren, dreig maar met opheffing. Ik vraag me zelfs af of de vergaande binding aan regeerakkoorden niet een schending van de ambtseed inhoudt. Een zwaardere last, ondermijning van je onafhankelijke opstelling, is niet voor te stellen.

En daarbij verklaar je ook nog te willen worden afgerekend op het akkoord. Alsof je daarmee de toekomst wilt vastleggen, ook je eigen toekomst als parlementslid. Er hoeft maar iets ingrijpends te gebeuren, of het fundament wordt onder het akkoord weggeslagen; denk aan de bankencrisis of de

huidige pandemie. Ik zou omwille van het rechtsstatelijk *evenwicht binnen* de electorale pijler liever kiezen voor een veel lossere verhouding tussen regering en Kamer. Juist dat komt een onafhankelijke controlerende functie ten goede. Dan kan ook de langere termijn, dus voorbij de regeerperiode, wat meer in beeld komen. Denk aan de infrastructuur in brede zin, onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, of het klimaatbeleid. Het kan beshlist geen kwaad als in de ene regeerperiode wordt gezaaid en pas in een volgende wordt geoogst. Maar dan moet je ophouden het beleid op voorhand zo gedetailleerd vast te leggen en elkaar te binden. Dus mijn vraag aan Koole: waarom de *vertrouwensregel* zozeer aanscherpen dat de gewenste versterking van de parlementaire controle dreigt om te slaan in haar tegendeel? Waarom niet meer dualisme? Dus een meer afstandelijke relatie van regering en Kamer, zodat Kamerleden zonder deze ‘last’ hun werk kunnen doen. Ik beschouw dit als een uitdaging die op zijn gedegen analyse voortbouwt.

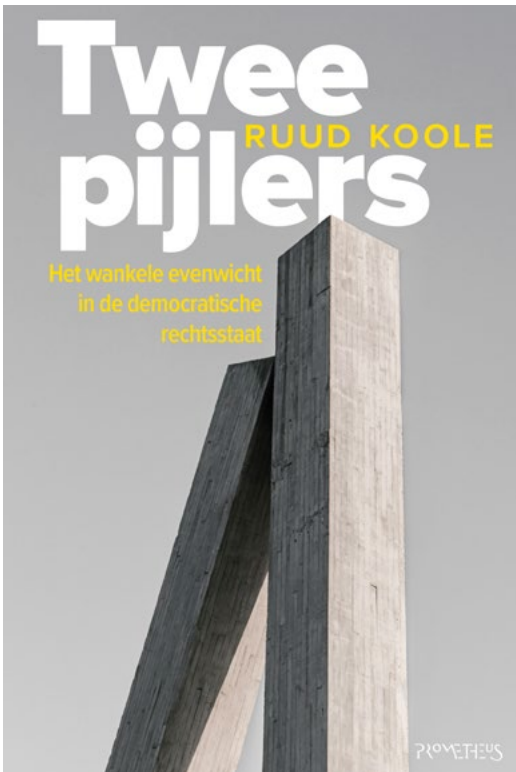
Ik wil ingaan op een ander, bij uitstek rechtsstatelijk thema dat Koole uitgebreid aandacht geeft: zijn opvattingen over de wetgevende macht en wetgeving. Klassieke denkers over de *trias politica*, zoals onze Thorbecke, hielden een vrij scherp onderscheid aan tussen de wetgevende en de uitvoerende macht. Het parlement gold als wetgevende macht, verantwoordelijk voor goede wetgeving. Bij goede wetgeving hoort uiteraard uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid (om enig hoofdpijn vanuit de Eerste Kamer te memoreren). Maar er is meer nodig, iets dat wetten hun eigenlijke institutionele kwaliteit geeft. De belangrijkste functie van wetten is *orde-*

ning. Wetten zijn het ordenend fundament van de rechtsgemeenschap – in de woorden van Thorbecke. Daarom moet wetgeving met grote zorgvuldigheid worden voorbereid en ingevoerd: met vakkennis, met een helder oog voor wat er in de samenleving omgaat en met inzet van geschoolde wetgevingsjuristen.

Onze vroegere collega-senator, Willem Witteveen, heeft hierover een zeer verdienstelijk boek geschreven; *De wet als kunstwerk*. Ordening dus als kunstwerk. Dit boek leent zich voor een toelatingsexamen voor aspirant Kamerleden. Ook Koole beroept zich op dit boek. Hij wijst op de ordenende functie van wetgeving en het achterliggende legaliteitsbeginsel. Wetten moeten daarom in letterlijke zin in orde zijn. Onvoldragen wetten leiden tot wanorde en willekeur. Wie weet dan nog wat te doen en op welke manier? Het lijkt me niet nodig hiertoe op actuele voorbeelden te wijzen. Het is gewoon geworden regering en Kamers gezamenlijk als wetgever te beschouwen; daarbij is de Kamer het predicaat ‘medewetgever’ toebedeeld. Eigenlijk betreur ik dit laatste. Ik zou juist graag de regering, met haar departementale ondersteuning, medewetgever willen noemen en het wetgevingsprimaat bij het parlement leggen. Dat zou daar tot veel meer aandacht voor het wetgevingsproces moeten leiden, in technisch-inhoudelijke en juridische zin. Aandacht dus voor wetgeving als *kunst*. Voor beide aspecten toont de Tweede Kamer tanende belangstelling, het politieke wenselijke staat te veel voorop – en de hemel verhoede dat de Eerste Kamer zich hierin voegt. Maar ook bij de regering is het politieke primaat te leidend en hebben wetten het karakter gekregen van beleidsinstrumenten.

Het ontbreekt ook op de departementen aan fijngevoelige deskundigheid en kunstzinnige wetgevingsjuristen. Het ontbreekt regering en parlement ook doorlopend aan een *lange adem* die bij ordenende wetgeving hoort. Als Koole spreekt van wankele evenwichten: ook hier wankelt veel. Het doet me deugd dat Koole hier expliciet op wijst en de Kamer een zwaardere rol toedent.

Wetgeving tendeert te veel naar snelle uitvoering van beleid. Alweer beleid dat is vastgelegd in regeerakkoorden. Ziehier een rechtsstatelijk euvel waaraan de gehele politiek, de gehele electorale pijler, zich heeft uitgeleverd. Ik wil maar zeggen dat ook de regering haar primaat in de wetgevende macht niet waarmaakt. Het gehele *wetgevingsproces*, inbegrepen de cultuur en het staatsrechtelijk geweten, heeft onderhoud nodig. Wetten worden te instrumenteel. Het doet me genoeg dat Koole dit onderkent. Witteveen waarschuwde hier al voor. Wetten verliezen hun ordenende en institutionele kracht – en vervolgens ook hun gezag. Ik heb in mijn periode in de Eerste Kamer geregeld horen klagen over de teruglopende kwaliteit van aangeleverde wetten. Alsof ook hierop bezuinigd is. Koole spreekt in zijn boek van de ‘terugtred van de wetgever’: wetten worden dienstbaar aan beleidsdoelen, krijgen het karakter van een kaderwet met een verzwakte positie van de Kamer. Ik had graag gezien dat hij nog wat meer suggesties had gedaan voor verbeteringen. Het lijkt me dat het parlement hier in volle breedte het voortouw in moet nemen. Daarbij zou, om te beginnen, de Tweede Kamer zich alvast moeten leren onthouden van een tweede vervaging in de scheiding



der machten: zich te gedragen als een mede-uitvoerende macht. Ik doel op de neiging zich intensief te bemoeien met uitvoerende zaken die bij uitstek de regering aangaan.

Een paar opmerkingen over de tweede, niet-electrale pijler. Koole maakt zich hier vooral zorgen over de legitimiteit van deze instellingen. Hij noemt de Centrale Bank, de rechterlijke macht, de vele maatschappelijke en bestuurlijke akkoorden en de participatiemaatschappij. Hij vreest een te zelfstandige positie van deze organen, dus een te grote afstand tot de volksvertegenwoordiging. Het parlement zou te vaak het nakijken hebben en daardoor ook zelf aan legitimiteit inboeten. Ik vraag me af of hij het beginsel

van legitimiteit hier niet te zwaar aanzet. Tegenover wie moeten deze niet-electrale instellingen hun legitimiteit bewijzen en hoe? Uiteraard moeten ze het vertrouwen genieten van de bevolking, zeker van de meest betrokken geledingen. Koole is vooral bevreesd dat ze een te autonome ruimte veroveren ten koste van de volksvertegenwoordiging.

Ik ben het met Koole eens dat de 'politiek' de laatste decennia veel bevoegdheden en macht heeft gedelegeerd aan een wildgroei van uitvoerende organen en verzelfstandigde autoriteiten. Ook dat dit ten koste is gegaan van wat hij de electrale pijler van de democratische rechtsstaat noemt. De laatste jaren is er een overvloed aan falen van deze organen naar buiten gekomen. Maar pas wel op: dit tekent ook het falen van de 'politiek'. Omdat met de zelfstandigheid van al deze instellingen ook vakkennis is overgeheveld, is het voor regering en parlement moeilijk geworden hierop nog greep te krijgen. Maar is dit niet ook zaak van tekortschietende wetgeving? Wetten die wel de taak wegzetten, maar daaraan onvoldragen verantwoordingsprocedures toevoegden? Hebben regering en parlement juist *zichzelf* niet op afstand gezet? Dat wijst niet zozeer op een legitimiteitsstekort, maar op gebrekkige wetgeving. Het legaliteitsbeginsel heeft hier gefaald. De overheveling van uitvoerende taken van de staatsmacht bestaat ook uit een terugtrekkende wetgever. Het kon immers allemaal efficiënter. En dan het paradoxale: dit heeft zich voltrokken *met* wetgeving. Ik zou de legitimiteitsvraag herformuleren in een legaliteitsopgave.

Tenslotte de rechterlijke macht. Koole meent

dat de rechter de laatste decennia *vrijmoediger* is geworden. Met rechterlijk activisme is het toepassen van de wet aangevuld met eigen rechtsvinding. Het lijkt me dat ook dit mede te wijten is aan ‘terugtrek van de wetgever’. De wetgever schept namelijk ruimte voor de rechter. Zo raken niet alleen recht en politiek vermengd, maar kan ook de legitimiteit van de rechter discutabel worden; dit zowel van zijde van de bevolking als van de electorale pijler, waaronder het parlement. Het commentaar op rechterlijke uitspraken is niet van de lucht. Koole stelt terecht dat er een grens moet worden getrokken: de rechter moet geen problemen oplossen die een politieke afweging vragen. Dit ben ik van harte met hem eens. De hoofdregel moet zijn dat de rechter individuele gevallen toetst aan de wet. Maar dan moet die wet zo helder en eenduidig zijn, dat de rechter die toetsing gedegen kan doen. Als dit laatste stelselmatig misgaat, deugt er iets niet in de rechtsorde: of de rechter is te vrijmoedig, te gepolitiseerd, of de wet bevat gebreken die de rechter voor onmogelijke opgaven stelt.

Wat moet een rechter bijvoorbeeld aan met de uitspraak die door de electorale pijler is gedaan rond de belastingdienst: dat de rechter in de wetsuitvoering ook moet toetsen op proportionaliteit en billijkheid. Zo maak je de rechter medewetgever, maar dan vanwege ruimte in de wet en dan ook nog op gevoelige punten. Als vanzelf komt dan de legitimiteit van de rechter onder druk te staan. Onvoldragen wetten provoceren vrijmoedigheid van rechters. Daartoe hoeft de rechter zich echter niet zelf geroepen te voelen, maar burgers en belangengroepen worden naar de rechter gedreven door een

schemergebied in dit deel van de scheiding der machten. En dan staat de rechter ook nog op achterstand, omdat hij zich niet zo vrijmoedig kan verdedigen als politici.

De wetgever is aan zet. Dit is ook een les die getrokken moet worden uit de gang van zaken rond de wettelijke basis van de avondklok. Na de uitbraak van de pandemie moest er gereageerd worden met wettelijke regels die hoe dan ook een reactief karakter hadden en iets als noodwetgeving uitstraalden. En als vanzelf leidt dit tot fricties die niet alleen de electorale pijler ter discussie stellen, maar zich ook verplaatsen naar de rechterlijke macht. Die wordt meegezogen in discussies die tussen regering en parlement moeten worden gevoerd. Koole wijst terecht op legitimiteitsproblemen, maar ik zou wat scherper inzetten op het vraagstuk van de legaliteit. Er moet bij regering en Kamer zoveel juridische en vakinhoudelijke kennis in huis zijn, dat wetten hun ordenende werking kunnen uitoefenen. Het doet me genoeg dat ook Koole dit onderkent. In de conclusies van zijn boek wil ook hij weer wetgevingsexpertise terugbrengen bij de electorale pijler. Zodat het ‘regeren *door* het volk’ niet verdrongen wordt door het regeren voor het volk. Ik hoop dat dit waardevolle boek de electorale pijler in beweging brengt.

prof.dr. Sybe Schaap is voormalig lid van de Eerste Kamer voor de VVD, emeritus hoogleraar Waterbeheer aan de TU Delft en doceerde filosofie in Amsterdam, Praag en thans in Kiev.