

Rechters en politiek in de democratische rechtsstaat: over georganiseerd vertrouwen, en georganiseerd wantrouwen

Beste dames en heren, geacht publiek,

Niets beter om uw aandacht te trekken dan een quote van Trump. Deze is al bijna twee jaar oud. Het is de reactie van de president nadat een lagere rechter zijn inreisverbod vanuit een aantal moslimstaten ongrondwettig vond. Hij noemde de uitspraak 'politiek' en 'belachelijk'. In de tijd die volgde, zagen we dat Trump haast maakte om het Supreme Court te bevolken met Republikeinen die zijn standpunten volgen. Het is niet erg als rechters politiek bedrijven, zolang ze maar *zijn* politiek bedrijven.

Maar we hoeven het zo ver niet te zoeken. Ook in België staan rechters onder vuur wanneer ze een uitspraak doen die niet past in het beleid van de minister. Dat was bijvoorbeeld het geval toen een rechter inging tegen het asielbeleid van Theo Francken.

En ook het Grondwettelijk Hof staat onder vuur. In dit geval komt de kritiek niet van een politieke partij, maar wel van een huasideoloog. In een opiniebijdrage op de website van de VRT beschuldigt Bart Maddens het Grondwettelijk Hof ervan dat het een neo-unitaire agenda heeft. Het Hof zou continu de federale overheid voortrekken in bevoegdheidsconflicten. Dat komt, zegt hij, omdat die rechters politiek benoemd, en dus vooringenomen zijn. Tegelijk beklagt hij zich erover dat de rechter die de N-VA heeft benoemd, niet Vlaams genoeg is. Het is dus niet erg als het Hof een politieke agenda heeft, zolang die maar de Vlaamse zaak dient.

En nog. Het Europees Hof voor de rechten van de mens kwam voortdurend in de Engelse tabloids als het een uitspraak tegen het Verenigd Koninkrijk deed, en *not in a nice way*. Maar ook in Nederland kwam het onder vuur te staan. Thierry Baudet, intussen Kamerlid, sabelde het Hof neer omdat het ondemocratisch is *en dus*, in zijn redenering, ook strijdig met de rechtsstaat. Ik kom daar nog op terug.

We kunnen dus wel stellen, op zijn minst, dat er wat spanning bestaat tussen rechters en politici. Rechters begrenzen de macht van de politiek. En de politiek

vindt dat niet fijn. Op zich is dat een goed teken. Het betekent dat rechters hun werk doen. Rechters en politici hoeven geen vriendjes te zijn. Integendeel. Een rechtsstaat is namelijk gebouwd op het principe van het georganiseerd wantrouwen.

Centraal in de rechtsstaat staat de burger. U en ik. En onze vrijheid. Die vrijheid is steeds een gebonden vrijheid: we kunnen ons maar ontwikkelen vanuit de gemeenschap waarvan we deel uitmaken. Dat is een samenleving die geordend moet worden. Een noodzakelijk kwaad. Er is dus bestuur nodig, en dus iemand die macht uitoefent. Maar macht corrumpert. En dus moeten we burgers beschermen tegen overheidswillekeur. Met andere woorden: we wantrouwen de overheid. Dat is het basisprincipe. De rechtsstaat beschermt ons daartegen, doordat de overheid niet eender wat mag doen. Wie macht uitoefent, is gebonden aan het recht. Dat zijn vooraf bepaalde regels die voor iedereen gelijk gelden. Zo weet je waar je aan toe bent en kan de overheid je niet onverhoeds belasten, of opsluiten, en wordt iedereen gelijk behandeld.

De reactie van politici is dus begrijpelijk. Zij voelen zich beperkt in hun macht. Daarop kan je op verschillende manieren reageren. Eén manier is dat je je neerlegt bij de beslissing. Je ziet nu waar je grenzen liggen, en je probeert je beleid op een andere manier uit te voeren. Een andere manier is dat je de beslissing aanvecht bij een hogere rechter, als dat mogelijk is. Over wat het recht zegt, valt immers wel te discussiëren, dat is eigen aan het recht, omdat recht taal is, en dus altijd voor interpretatie vatbaar. Maar wat men doet in de voorbeelden die ik gaf, is iets anders. Hier vallen de politici rechters aan op datgene wat hen autoriteit geeft, namelijk hun neutraliteit. Vrouwe Justitia is blind. Ze heeft geen kleur. Wat die politici zeggen is: jullie spreken geen recht. Jullie bedrijven politiek. En daarvoor hebben jullie geen legitimiteit, want jullie zijn niet verkozen. Als je dat volhoudt, en de bevolking de boodschap geeft dat rechters niet onafhankelijk en onpartijdig zijn, dan knibbelen ze aan de rechtsstaat.

Maar ze hebben natuurlijk ook wel een punt. Hoe kan het ook anders. Rechters zijn mensen. Die hebben, onvermijdelijk, hun eigen achtergrond en gedachtegoed, en omdat recht nu eenmaal taal is, en interpretatie, kan dat altijd doorschemeren in hun uitspraken. Zeker als het over grondrechten gaat. Als je toetst aan grondrechten, dan moet er afgewogen worden. Bijvoorbeeld:

wat weegt op bij nachtvluchten, het recht op privacy of economische belangen? Wat weegt op bij gender quota op kieslijsten: het recht op gelijke toegang tot verkiesbare mandaten, of het recht van politieke partijen om zichzelf te organiseren zoals ze willen? En wie moet die afwegingen doen: de democratisch gelegitimeerde wetgever, of een rechtscollège?

Er zijn hopen studies van politieke en economische wetenschappers die nagingen of de ideologie van rechters doorwerkt. Het bewijs is overweldigend. Maar het overgrote deel van die studies gaat over de Amerikaanse Supreme Court. Daar is de politieke samenstelling deel van het systeem. Het heeft die wetenschappers ertoe verleid om te zeggen dat rechters zelfs helemaal geen recht spreken. Ze beslissen volgens hun politieke voorkeur, en dan gooien ze er een juridisch sausje over om dat voor de buitenwereld te rechtvaardigen. Juristen die menen dat rechters beslissen op basis van een juridische analyse, noemen ze 'naïef'.

Stilaan verschijnen zo'n studies ook over Europese grondwettelijke hoven. Ik heb er zelf een gedaan over het Belgische Grondwettelijke Hof, samen met een econome van de Universiteit van Hasselt, Samantha Bielen. Die studies zeggen dat ook bij Europese Grondwettelijke Hoven politieke oordelen doorsijpelen. Maar dan vooral in het voordeel van de heersende politieke meerderheid. Omdat rechters natuurlijk ook een beetje afhangen van de politiek.

Maar die invloed is beperkt, helemaal niet zo doorgedreven als in de Verenigde Staten. Dat komt omdat onze hoven evenwichtig zijn samengesteld. Het Amerikaanse Supreme Court is gepolariseerd: de Republikeinen *of* de Democraten hebben het overgewicht. En af en toe heb je eens iemand die helemaal anders oordeelt dan van hem of haar verwacht werd, dat komt ook voor. Maar bij ons heb je een hof dat is samengesteld uit rechters van allerlei kleur. In ons Grondwettelijk Hof bijvoorbeeld zitten rechters benoemd door socialisten, christendemocraten, liberalen, groenen, en 1 Vlaams-nationalist, netjes naast elkaar.

Dit is wat mijn studie met Samantha Bielen uitwees toen we wilden nagaan of Bart Maddens gelijk had. Heeft het Grondwettelijk Hof een neo-unitaire agenda? En wordt dat gedreven door politiek beïnvloede rechters? Het antwoord was nee, en zo goed als nee.

Heeft het Hof een neo-unitaire agenda? Het had gekund. We zien dat in veel federale staten het hoogste hof een eerder centraliserende werking heeft. Maar niet in België. We hebben alle arresten inzake bevoegdheidsconflicten geanalyseerd, en het resultaat was netjes verdeeld: het Hof oordeelt in de helft van de zaken in het voordeel van de federale overheid, en in de helft in het voordeel van de gemeenschappen en gewesten.

Zijn de rechters politiek beïnvloed?

Ze hebben alleszins een politieke kleur. De helft was ooit parlements lid, dat is een vereiste. Maar ook de anderen worden door een politieke partij geselecteerd, volgens een beurtrol gebaseerd op het proportionaliteitsbeginsel. Speelt dat door in hun uitspraken?

We zagen dat alleszins taal niet uitmaakt. Dat komt natuurlijk omdat we een Franstalige en een Nederlandstalige voorzitter hebben, die een beurtrol volgen, en omdat er evenveel Nederlandstalige als Franstalige rechters zetelen. We zagen ook dat het niet uitmaakt welke kleur de voorzitter of de verslaggever heeft. Wat wel soms verschil kan maken, is welke kleur de meerderheid heeft. Voor elke zaak wordt de zetel anders samengesteld. Meestal zijn dat zeven rechters. Soms zetelt de gehele kamer, met tien of met twaalf rechters. Als de meerderheid van die zetel socialistisch is, dan zijn de uitspraken meer in het voordeel van de deelstaten. Als de meerderheid van die zetel christendemocratisch is, zijn de uitspraken meer in het voordeel van de federale staat. Maar de zetel wisselt altijd, dus op termijn vlakt dat mekaar uit.

Wat het Hof wél doet, is strategisch oordelen. Want uiteindelijk vallen zijn uitspraken niet in een vacuüm: ze hebben consequenties, en ze moeten aanvaard worden door de gemeenschap opdat het Hof zijn gezag behoudt, en zijn arresten geïmplementeerd worden. Wat we vaststellen, is dat in politiek of maatschappelijk delicate zaken, het Hof sterker gaat argumenteren, en meer naar Europees recht verwijst. En bij bevoegdheidsconflicten over politiek gevoelige zaken, zal het Hof eerder in het voordeel van de federale overheid oordelen, mogelijk vanuit het idee dat een sterke centrale overheid meer stabiliteit geeft.

Even recapituleren. De rechtsstaat is gebouwd op wantrouwen tegen overheidsmacht. De overheid wordt daarom gebonden aan het recht. En dus

spelen rechters een centrale rol. Als de politiek het gezag van die rechters ondermijnt, dan wordt er ook gezaagd aan de poten van de rechtsstaat. En ook omgekeerd: als de rechter de heersende politici naar de mond praat, wordt er evengoed gezaagd aan de poten van de rechtsstaat. Want om als tegenmacht te dienen, moet de burger erop kunnen vertrouwen dat de rechter de overheid niet bevoordeelt, maar neutraal is, objectief, onpartijdig, en onafhankelijk. Terwijl in werkelijkheid de rechter ook maar een mens is, met een ideologisch wereldbeeld. Dat doorsijpelt in zijn uitspraken. Een rechter die rechterlijke beslissingen neemt, die bindend zijn voor overheid én burgers, en die dus ook macht uitoefent.

Wat zei de rechtsstaat ook weer? We moeten burgers beschermen tegen wie overheidsmacht uitoefent. Dus we moeten ook rechters wantrouwen. Ons rechtssysteem moet de instellingen zo inrichten, dat ook garanties worden ingebouwd tegen overheidswillekeur door rechters.

Ik hoef u niet te vertellen hoe die garanties eruit zien. Allerlei regelingen die ervoor zorgen dat rechters onafhankelijk kunnen functioneren, dat ze niet de overheid moeten vleien om bv een bevordering of opslag te krijgen, of ontslag te vermijden.

Dat ze hun uitspraak moeten motiveren.

En regels die ervoor zorgen dat je in beroep kan gaan bij een hogere rechter, zodat een uitspraak nog eens wordt bekeken. Bij sommige rechters kan je niet in beroep. Maar dan is er eventueel nog het Europese plan, met een Hof van Justitie, en een Hof voor de rechten van de mens. Ook dat zorgt voor een spreiding van macht, voor checks en balances.

Helemaal sluitend zijn die regels niet natuurlijk. Rechters blijven afhankelijk van de overheid, bv voor het budget dat hen toelaat behoorlijk te functioneren. Ook al is het dan de wetgever die daarover gaat – maar die wordt sterk gedomineerd door de regering. De motivering van uitspraken laat soms wat te wensen over, zeker als bv het Hof van Cassatie daarvoor naar de conclusie van de advocaat generaal verwijst, maar het niet duidelijk is welke passages wel of niet worden overgenomen.

En bovendien: de garantie van een goede motivering impliceert dat rechtspreken in een democratische omgeving gebeurt, met een kritische pers die hierover bericht geeft. Rechtsstaat en democratie hebben elkaar nodig.

En juist daarom is het van belang dat we zo'n Europese hoven hebben.

Want wat zien we in landen die autoritaire trekken beginnen aan te nemen – kijk naar Polen en Hongarije, maar ook veel andere landen, Venezuela, Mexico, om maar enkele te noemen – is dat de overheid zich gaat bemoeien met de rechters in hun hof. Ze zetten er enkele bij, die hun pionnen zijn, en die de taakverdeling regelen, zodat de delicate zaken bij de 'juiste' rechters komen. Ze sturen rechters weg, met vervroegd pensioen, om hun eigen vertrouwelingen in het hof te kunnen zetten.

Wat we vaststellen, is dat grondwettelijke hoven over de hele wereld de machthebbers naar de mond praten, ook als die grondrechten en democratie inperken. Vorige week nog was ik in Budapest, waar ik sprak met een rechter in het Hongaarse Grondwettelijk Hof, die met verve de opinie van het Hof over constitutionele identiteit verdedigde. In die opinie wordt uitgebreid naar andere landen verwezen, het Duitse Grondwettelijke Hof voorop, die grondrechtenbescherming en constitutionele identiteit aanvoeren om bepaalde standaarden van democratie en de rechtstaat te handhaven. In deze opinie gebruikt het Hof dat om de regering te legitimeren zich te verzetten tegen een spreidingsplan voor migranten, met afbreuk aan hun grondrechten, en voor het behoud van een wit en christelijk Hongarije. Precies het omgekeerde van waar die concepten voor bedoeld zijn.

Met als gevolg dat zo'n hof géén tegenmacht meer vormt, géén controle uitoefent op de rechtmatigheid van het overheidshandelen, maar er integendeel een valse legitimiteit aan geeft.

We hebben externe tegengewichten nodig om die schijn van legitimiteit weer te ontnemen. Dat is wat het Hof van Justitie bijvoorbeeld heeft gedaan in de zaak tegen Polen, rond het vervroegd pensioen van rechters.

Terug naar België.

Bijzondere garanties zien we bij het Grondwettelijk Hof. Daar is geen hogere instantie – tenzij dus de Europese rechter, waarover ik het dadelijk nog heb.

Maar dat Hof is wel een heel bijzondere politieke actor. Omdat het wetten kan vernietigen die door het parlement zijn aangenomen. Het publiek kent dat Grondwettelijk Hof niet zo goed, hoewel het best wel wat impact op het leven van de mensen heeft. Het is het Grondwettelijk Hof dat bijvoorbeeld zei dat het rookverbod in de horeca algemeen moet gelden, zonder uitzondering voor café's die enkel voorverpakte maaltijden serveren. Dat zei dat het vastgeroeste onderscheid tussen arbeiders en bedienden nu eindelijk eens moet afgebouwd worden. Dat ervoor zorgde dat na decennia lange politieke strijd, de kieskring Brussel-Halle-Vilvoorde werd gesplitst. Dat recent nog zei dat de wetgever niet zomaar het Hof van Assisen mag afschaffen zonder grondwetsherziening. Dat Grondwettelijk Hof dus.

Hoe gaat dat Hof om met die spanning tussen recht en politiek?

In de eerste plaats zijn er institutionele regelingen. Die zorgen ervoor dat de rechters onafhankelijk kunnen functioneren. En men zorgt voor evenwichten: tussen Frans- en Nederlandstaligen, en in politieke samenstelling. Niemand heeft de overhand, iedereen zoekt consensus. Dat blijkt dus redelijk goed te werken.

Ten tweede is het Hof een forum voor deliberatie. Het Hof is heel laagdrempelig: elke burger met een belang kan een parlementaire wet aanvechten. Individuen, maar ook industrie en belangengroepen maken daarvan veelvuldig gebruik. Voor het Hof wordt dan een debat gevoerd door stakeholders: de verzoekers, en de overheid van wie de wet komt die wordt aangevochten. Op grond daarvan doet het Hof dan een uitspraak, en die uitspraak moet het uitvoerig motiveren. Om mensen te overtuigen dat die uitspraak redelijk is, en dat het Hof eenieders belangen ernstig heeft genomen. Uiteindelijk vindt het Hof in zo'n 17% van de gevallen dat er iets schort aan de wet. Dat is, vergeleken met andere grondwettelijke hoven, een hoog percentage. Anderzijds gaat het vaak om details, en wordt het gros van de wet in de meeste gevallen goedgekeurd. Ook hier is het Hof dus niet enkel een waakhond, maar zorgt het ook voor legitimatie.

Ten derde probeert het Hof zijn uitspraken zoveel mogelijk in te passen in een politieke consensus, en zal het terughoudend optreden – wetten worden niet zomaar opzij geschoven, het Hof zoekt vooral naar verantwoording. Het gaat

op zoek naar politieke akkoorden, het zoekt in de parlementaire voorbereidingen op wat de politieke partijen precies voor ogen hadden, en het zal aanvaarden dat een wet proportioneel, of redelijk, en dus grondwettig is, wanneer ze nodig is om de consensus tussen de taalgroepen te bewaren.

Ik maak even concreet wat dat wil zeggen, met een voorbeeld van het Hof dat in de parlementaire voorbereidingen zoekt wat men voor ogen had. De vraag voor het Grondwettelijk Hof luidde: wie is er bevoegd om tabaksreclame te regelen, of te verbieden? De gemeenschappen zijn bevoegd voor gezondheidspreventie. Valt het verbieden van tabaksreclame daar onder? Daar valt wel wat voor te zeggen. Maar het Hof zag het anders.

De redenering ging als volgt. Toen gezondheidspreventie werd overgedragen aan de gemeenschappen, zo blijkt uit de parlementaire voorbereidingen, zag men de levensmiddelenwet als een uitzondering. De levensmiddelenwet bleef dus federaal. U zou kunnen argumenteren dat tabak niet bepaald een levensmiddel is. Dat begrijp ik. Maar het was wel opgenomen in die levensmiddelenwet. En dus, zei het Hof, blijft de federale overheid bevoegd om tabaksreclame te regelen. Dat is wat de politieke partijen wensten, ook al staat het niet met zoveel woorden in de wet te lezen.

En ten slotte – ik wees er daarnet al op – verwijst het Hof naar Europa. Ons Grondwettelijk Hof staat bekend als een erg Europa-vriendelijk Hof. Het was het eerste Grondwettelijk Hof in Europa dat in dialoog ging met de Europese Unie, door prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. En het citeert de arresten van het Europees Hof voor de rechten van de mens overvloedig. Dat heeft twee voordelen. Het eerste voordeel is dat je zo in dialoog treedt met het Europese Hof, dat sneller de redenering zal volgen van het nationale Hof als dat al rekening hield met het Europese Verdrag. Het tweede voordeel is dat het Hof kan antwoorden op verwijten dat het een politiek oordeel velt: het zegt dan, ik was het niet, het is Europa, ik pas enkel toe wat Europa oplegt.

Maar: een Hof kan zichzelf enkel legitimeren met rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens, als dat Europese Hof zelf als legitiem wordt aangevoeld. En daarmee komen we terug op het ruimere plan. De rechtsstaat is niet meer beperkt tot het nationale. De wereld is complexer geworden dan

dat, en rechtsstaat en democratie zijn concepten die verweven zitten op meerdere niveaus.

Dat is ook goed. Als de nationale overheid zijn burgers niet meer beschermt tegen overheidswillekeur, als de contouren van de rechtsstaat op nationaal vlak worden afgebroken, zoals we in Polen en Hongarije zien, dan is het goed dat er een tegengewicht is op Europees niveau. Maar als de Europese hoven hiertegen willen optreden, dan kunnen ze dat enkel effectief doen als ze gedragen worden. Als ze als legitiem ervaren worden.

En daar begint het schoentje te knellen. Ik verwijs terug naar wat Thierry Baudet zei. Ik citeer hem nu wat uitvoeriger.

De redenering van Thierry Baudet gaat als volgt. Het Europees Hof voor de rechten van de mens is gemaakt om op te treden tegen grove schendingen van mensenrechten door staten die geen of nog geen gevestigde democratieën zijn. Het mag dus optreden tegen Rusland en Hongarije, maar het spreekt zich best niet uit tegen gevestigde democratieën, zoals het Verenigde Koninkrijk, Noorwegen en Nederland – ik noem die drie landen omdat dezelfde gedachtegang vaak uit die drie landen komt. Dat zijn niet voor niets landen waar het parlement soeverein en ongenaakbaar wordt geacht, waar de rechter in principe niet of slechts zeer voorzichtig mag toetsen of parlementaire wetten wel grondwettig zijn.

In een gevestigde democratie, zegt Baudet nog, bepaalt het parlement wat de wil van het volk is, en de rechter heeft niet de legitimiteit om daartegen in te gaan. Als het parlement gevangenen uitsluit van stemrecht, dan is dat omdat het volk het zo wil, en moet de rechter zich daarbij neerleggen. Als het parlement van oordeel is dat homoseksuele militairen de slagkracht van het leger ondermijnen, dan heeft het Hof zich daarmee niet te bemoeien. En zeker niet het Europees Hof voor de rechten van de mens, dat niet eens een nationaal Hof is, waar rechters zitten uit andere landen, ook die met een bedenkelijk autoritair tintje, en die komen zomaar oordelen over ons? Dat Europees Hof, zegt Baudet, is helemaal niet democratisch.

Maar democratie en rechtsstaat – dat is natuurlijk niet hetzelfde. Het principe van democratie is gebouwd op *vertrouwen*. Wij vertrouwen het parlement, want we hebben het zelf gekozen. Het principe van de rechtsstaat is gebaseerd

op *wantrouwen*. Wij wantrouwen de overheid, omdat macht nu eenmaal corrupteert – en we wantrouwen dus ook de tirannie van de meerderheid. Dat is zeker van belang wanneer het om grondrechten gaat. Want die waarborgen juist de eigenheid, de identiteit en integriteit van enkelingen, tegen de meerderheid in. We hebben dus een balans nodig tussen democratie en rechtsstaat, tussen vertrouwen en wantrouwen.

Het Hof balanceert al sinds zijn ontstaan op dat koord. Enerzijds tracht het de standaarden voor de bescherming van mensenrechten hoog te houden, en aan te passen aan nieuwe evoluties. Wat betekenen bijvoorbeeld privacy en vrijheid van meningsuiting in de digitale wereld van vandaag? Daarmee bouwt het ook gezag op, en nieuwe democratieën, vooral in Oost- en Centraal-Europa, nemen de rechtspraak van het EHRM graag als model. Anderzijds moet het ook oppassen dat het landen niet te veel tegen zich inneemt. Want het is afhankelijk van de *goodwill* van die landen om te kunnen voortbestaan: zij beslissen over hun lidmaatschap, zij zorgen voor budget, en zij kunnen het gezag van het Hof ondersteunen of ondermijnen.

Hoe gaat het Europees Hof voor de rechten van de mens daar nu mee om?

Wat we vaststellen is dat de positie van landen, of ze vriendelijk tegenover het Hof staan of niet, van diverse factoren afhangt. Maar het EHRM heeft helemaal geen impact op de meeste van die factoren. Bijvoorbeeld: landen die intern geen rechterlijke toetsing van parlementaire wetten aanvaarden, zullen ook niet snel aanvaarden dat het Europees Hof hun wetten toetst. Meer radicaal rechtse partijen voeren doorgaans een meer vijandig discours. Landen waar de bevolking wantrouwig staat tegenover de Europese Unie, zijn meestal ook niet erg happig op het Europees Hof voor de rechten van de mens – de twee worden nogal eens met elkaar verward. Landen zoals Duitsland, met een grondwettelijk Hof dat een lange staat van dienst heeft wat de bescherming van grondrechten betreft, staan er niet op te wachten om lesjes te krijgen van een extern Europees Hof. Landen zoals Rusland, met een heel eigen discours over wat een rechtsstaat nu eigenlijk betekent, staan eveneens vijandig tegen de inmenging van het Europees Hof.

Eigenlijk is er maar één factor waar het Hof wel wat sturing over heeft. Dat is het volgende: als het Hof oordeelt over een zaak die bijzonder gevoelig ligt in

een bepaald land, en daarbij niet voldoende rekening houdt met nationale sentimenten, dan kan het een hoop legitimiteit verliezen in dat land. Wat zo gevoelig ligt, verschilt van land tot land. In Italië waren dat de kruisbeelden in de scholen. Eerst zei het Hof dat die niet neutraal waren, en dat ze het EVRM schonden. De reacties waren overweldigend, en in een nieuw arrest vond de Grote Kamer het plots wél oké.

Om de balans te houden, grijpt het Hof soms terug naar een bepaalde vorm van toetsing die ik 'procedurele rationaliteit' noem. Dat gaat als volgt. Ik neem het arrest *Hatton* als voorbeeld, omdat het Hof daar voor het eerst expliciet was over die methode. *Hatton* ging over nachtvluchten in het Verenigd Koninkrijk. De vraag of die in overeenstemming waren met het EVRM, impliceerde een afweging van economische belangen ten opzichte van het recht op privacy en gezondheid. Dat was te politiek, daar kon het Hof zich niet in mengen, vond het zelf. Het liet die afweging over aan de nationale autoriteiten. Maar wat het wel zelf kon doen, was nagaan of de nationale overheid wel degelijk een ernstige belangenafweging had doorgevoerd. Of het parlement geïnformeerd was over wat er op het spel stond. Of alle belangen wel in rekening waren gebracht.

Daarachter zit de volgende redenering. In een democratie gaan we ervan uit dat een democratisch verkozen parlement garant staat voor een open, inclusief en geïnformeerd debat, wat dan tot de best mogelijke beslissing leidt. Daarom laat de rechter een beleidsruimte aan dat parlement. Maar de rechter moet dan wel kunnen checken of het vermoeden bevestigd werd: was het wel degelijk geïnformeerd, heeft het wel degelijk alle belangen afgewogen?

Dat geeft een mooi evenwicht. Het is de nationale overheid, en de politiek, die de beslissingen neemt en de afwegingen doet. Maar het is de rechter die nagaat of het parlement zijn werk wel doet.

Maar wie het Europees Hof niet genegen is, heeft net dat aangegrepen om aan het gezag van het Hof te ontkomen. De redenering is als volgt. Wanneer het om gevestigde democratieën gaat – ja, daar zijn ze weer – dan zou het Hof eigenlijk helemaal niet meer over de inhoud mogen beslissen. Dan moet het Hof enkel nagaan of het parlement een uitvoerig debat heeft gevoerd. Als dat zo is, dan volstaat het wel.

En soms gebruikt het Hof die methode ook op die manier. Bijvoorbeeld toen de ngo Animal Defenders International een campagne tegen de gruwelijke behandeling van dieren niet mocht uitzenden op televisie. Eerder was er rechtspraak van het Hof die zo iets strijdig vond met de vrije meningsuiting. Het Britse parlement was zich daarvan bewust, en dus werden studies uitgevoerd en debatten gehouden om er toch maar een mouw aan te kunnen passen. Precies d t greep het Europees Hof aan om te zeggen: daar is toch stevig over gedebatteerd, het parlement heeft uitstekend werk verricht. En de wet bleef overeind.

Zo krijg je rechtspraak met twee sporen. Een mild oordeel ten aanzien van zogenaamde gevestigde democratieën, want die vertrouwen we. Een hard oordeel ten aanzien van andere landen, die we wantrouwen.

We moeten daarvoor oppassen. Want ook in zeer stabiele democratieën kunnen individuen het gelag betalen. En ook zeer stabiele democratieën kunnen in een ommezien aan het wankelen gaan. En hoe dan ook: als ‘democratie’ zou betekenen dat het parlement eender wat mag doen, ook als een wet onredelijk is, ook als een wet de grondrechten van een individueel persoon schendt – waarom lopen we dan eigenlijk zo hoog op met die democratie?

In een democratische rechtsstaat zijn beide van belang, democratie  n rechtsstaat, vertrouwen  n wantrouwen. Hoed u voor wie  n van die poten onderuit wil halen.