



'Post-truth politics': de democratische rechtsstaat bedreigd?

Preadvies Staatsrechtconferentie 2020

Luc Verhey*

* Prof. mr. L.F.M. (Luc) Verhey is als Kirchheiner hoogleraar verbonden aan de afdeling Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Leiden. Dit preadvies betreft nog een concept: gelieve niet te publiceren of uit te citeren zonder voorafgaande toestemming van de auteur.

1. Inleiding: 'mijn tweet klopt'

1. In de humoristische roman 'De luiaards in de vruchtbare vallei' beschrijft de Egyptisch-Franse schrijver Albert Cossery het slapend bestaan van een lethargisch mannengezin in een van de armoedige voorsteden van Caïro; Hillary Clinton had hen in de VS waarschijnlijk tot de 'deplorables' gerekend.¹ In het boek komt een passage² voor waarin Hafiz, de bozige 'pater familias' van het gezin, met een neef op het Egyptische platteland wandelde toen zij een zwarte gedaante in het oog kregen op de top van een heuvel. Deze was vrij ver weg zodat geen van beiden precies kon zeggen wat het was. 'Het is een geit' zei de oude Hafiz ineens. 'Het is een wouw' antwoordde de neef. De oude Hafiz zei dat hij blind was en hield vast aan zijn eigen waarneming. Terwijl ze ruzie bleven maken vloog het twistpunt de lucht in en verdween aan de horizon. 'Zie je wel dat het een wouw was' zei de neef triomfantelijk. Maar de oude Hafiz was niet onder de indruk en bitste terug: 'Het was een geit, ook al is hij weggevlogen'. Tussen de twee kwam het daarna niet meer goed; zij bleven voorgoed gebrouilleerd.

Eigenwijsheid is geen eigenschap die alleen in de Arabische wereld voorkomt. Zij is universeel en steekt dus ook in Nederland regelmatig de kop op. Een voorbeeld³ daarvan lijkt op het eerste gezicht ook het incident waarmee Marjolein Faber, de voorzitter van de Eerste Kamerfractie van de PVV, in 2019 in het nieuws kwam. Zij plaatste een tweet naar aanleiding van een aanval met een mes door een gestoorde man op een terras in Groningen. Volgens Faber ging het om een man met een 'Noord-Afrikaans' uiterlijk. Maar twee slachtoffers van de aanval spraken dat 'Noord-Afrikaans' tegen; het ging volgens hen om een witte man met grijs krullend haar. De politie bevestigde deze lezing maar Faber weigerde de tweet te verwijderen of te corrigeren. Door een journalist met de genoemde getuigenissen en de verklaring van de politie geconfronteerd, hield zij voet bij stuk: 'Mijn tweet klopt'.

2. Waarom zijn beide voorbeelden toch niet goed met elkaar te vergelijken? De eigenwijsheid in het voorbeeld van Cossery is er een uit het dagelijks leven. Eigenwijsheid is een veel voorkomend verschijnsel waar we ons allemaal wel eens schuldig aan maken. Hafiz had er door zijn nare karakter hooguit meer last van dan gemiddeld. De gedraging van Faber verschilt echter in verschillende opzichten daarvan. Zij vindt plaats in de publieke ruimte waarbij door het gebruik van sociale media veel mensen en uiteindelijk ook de klassieke media worden bereikt. Daarnaast geeft zij uiting aan een politieke opvatting die gebaseerd is op nationale identiteit.⁴ De tweet van Faber speelt met haar kwalificatie 'Noord-Afrikaans' in op het verlangen van bepaalde burgers om het ervaren verlies aan eigenheid terug te winnen; het verlangen om samen te vallen met een grotere groep die zich onderscheidt van en afzet tegen andere groepen.⁵

In zijn recente essay 'Mens/onmens' betoogt Bas Heijne dat voor dat verlangen een hoge prijs moet worden betaald. Die komt erop neer dat de waarheid ondergeschikt wordt gemaakt aan het streven naar identiteit. Wil een samenleving (weer) een homogene gemeenschap worden dan moet het individu zich in die visie schikken in de door die gemeenschap gedeelde, traditionele waarden. Die mogen niet worden bevraagd door de kritische rede. Zo gezien, aldus Heijne, is het streven naar waarheidsvinding de vijand van identiteit.⁶ Dit identiteitsdenken werkt door in het politieke en parlementaire debat. Het voorbeeld van de tweet van Faber illustreert dat. Het gevolg hiervan is volgens Heijne dat we kennelijk geen gemeenschappelijk erkende realiteit meer hebben. De

¹ Speech Hillary Clinton, New York City, 9 september 2016.

² Albert Cossery, *De luiaards in de vruchtbare vallei* (vert. Mirjam de Veth), Uitgeverij Jurgen Maas, Amsterdam 2020, p. 105.

³ De Gelderlander, OM: tweet Gelderse PVV-leider over steekpartij over steekpartij Groningen klopt niet, 7 oktober 2019. Zie hierover Bas Heijne, *Mens/onmens*. Essay, Prometheus Amsterdam 2020, p. 104-105.

⁴ Merijn Oudenampsen, *De kruistocht van Geert Wilders*. De PVV als vertolker van een nieuwe identiteitspolitiek, Gerrit Voerman en Koen Vossen (red.), Wilders gewogen. 15 jaar reuring in de Nederlandse politiek, Boom uitgeverij Amsterdam 2019, p. 105 e.v.

⁵ Voor een fundamentele en principiële bestrijding daarvan E.M.H Hirsch Ballin, *Burgerrechten*, Oratie Universiteit Amsterdam 2011.

⁶ Bas Heijne, *Mens/onmens*. Essay, Prometheus Amsterdam 2020, p.33.

objectieve waarheid bestaat niet meer, alles is een kwestie van perspectief geworden, zo stelt Heijne.

3. De vraag is in hoeverre het betoog van Heijne recht doet aan de werkelijkheid. De coronapandemie laat zien hoe sterk het crisismanagement leunt op de inzichten en adviezen van wetenschappelijke experts.⁷ Als het erop aankomt doen de feiten ertoe. Tegelijkertijd laat de crisis naarmate hij langer duurt steeds sterkere maatschappelijke en politieke verdeeldheid zien. Die verdeeldheid heeft ook betrekking op de feiten.⁸ Ook in de parlementaire arena leidt dit tot harde confrontaties zoals de technische briefings door het RIVM in de Tweede Kamer soms laten zien. De kritiek gaat daarbij vaak verder dan alleen een verschil van inzicht over de gekozen aanpak en de daarbij gemaakte afwegingen maar nadrukkelijk ook over de feiten waarop de aanpak van de crisis is gebaseerd. Dat is op zichzelf nog niets bijzonders; ook vanuit de wetenschappelijke hoek is kritiek gekomen op bepaalde adviezen van het RIVM. Waar het om gaat is dat sommigen buiten de Kamer en soms ook binnen de Kamer tegenover de feiten van het RIVM hun eigen feiten plaatsen en te suggereren dat het RIVM bewust informatie negeert of achterhoudt, de integriteit van het RIVM in twijfel trekt.

Deze technische briefings vinden plaats tegen de achtergrond van misleidende informatie die over het virus online wordt verspreid.⁹ Complottheorieën gaan de ronde als zou het virus zijn uitgebroken door de uitrol van 5G-netwerken of een verzinsel zijn van een pedofielenetwerk dat via een wereldwijd vaccinatieprogramma microchips wil gaan inspuiten. Absurde theorieën maar die door hun grote verspreiding via internet wel bij burgers twijfel en verwarring zaaien. Dit verschijnsel raakt ook de democratie zoals de gang van zaken tijdens en na de presidentsverkiezingen in de VS laten zien. Ondanks herhaalde verzekeringen van onafhankelijke toezichthouders dat de verkiezingen eerlijk zijn verlopen, worden aanhoudend berichten over grootschalige verkiezingsfraude online verspreid. De emoties lopen daarbij sterk op. Daardoor zijn de maatschappelijke en politieke verhoudingen steeds verder gepolariseerd. Zijn deze ontwikkelingen ook een serieuze bedreiging voor de democratische rechtsstaat in Nederland of zijn het verschijnselen die inherent zijn aan nieuwe technologieën en waar een vitale democratie, zo nodig met een aantal aanpassingen, tegen bestand zal zijn?

4. Zo komen we bij het thema van dit preadvies. De vraag die centraal staat is in hoeverre de door internet exponentieel gegroeide verspreiding van eenzijdige en soms ook bewust misleidende informatie en de polariserende doorwerking daarvan in samenleving en politiek, een serieuze bedreiging vormt voor de democratische rechtsstaat. Mijn hypothese is dat dat inderdaad het geval is. De geschetste ontwikkeling heeft tot gevolg dat de objectieve feiten en het streven om de feiten op een objectieve en integere wijze vast te stellen, onder druk is komen te staan. Dat is problematisch. Zonder de objectieve feiten is democratische besluitvorming niet mogelijk en kan de staat zijn (grond)wettelijke taken ten dienst van de burger niet uitvoeren.

De gestelde vraag is geen gemakkelijke omdat het antwoord afhangt van hoe men complexe technologische en maatschappelijke ontwikkelingen moet duiden. Om die reden is het ook een vraag die niet alleen door een staatsrechtwetenschapper kan worden behandeld; er zijn inzichten nodig uit andere wetenschappelijke en journalistieke bronnen om überhaupt te begrijpen wat er

⁷ Zo deed de minister-president een oproep aan de samenleving 'om te vertrouwen op de kennis en ervaring van deskundigen zoals het RIVM en te blijven varen op het kompas van wetenschappelijke kennis en betrouwbare feiten'. Zie Kamerstukken II 2019/2020, 30821, nr. 112, p. 3.

⁸ Kamerstukken II 2019-2020, 30821, nr. 112. In deze brief gaat de minister van BZK in op de bestrijding van misleidende informatie over COVID-19. Daarin worden ook enkele juridische handvatten behandeld om misleidende informatie tegen te gaan (p. 4 e.v.). Voorts zij verwezen naar de Europese Commissie, De strijd tegen desinformatie. Kritisch hierover Thomas Vanheste, Democratisch debat vergt meer dan bestrijding van desinformatie, Rathenau Instituut, www.rathenau.nl, 25 juni 2020.

⁹ Kamerstukken II 2019-2020, 30821, nr. 112. In deze brief van de minister van BZK wordt ook ingegaan op de misleidende informatie die over COVID-19 wordt verspreid. Zie ook NCTV, Dreigingsbeeld Terrorisme Nederland 53, Den Haag 15 oktober 2020, p. 34 e.v.

aan de hand is en vervolgens de mogelijke doorwerking daarvan in onze democratische rechtsstaat te kunnen doorgronden.

5. Hieronder wordt geprobeerd een aanzet te geven tot analyse en debat. De verschillende deelonderwerpen zullen in de meeste gevallen in oriënterende zin worden behandeld. Allereerst zal in kort bestek geprobeerd worden om het vizier op scherp te krijgen. Daartoe wordt ingegaan op het begrip 'post-truth politics'. Dat begrip is niet onomstreden: wat is de waarheid? Gaat het om de feiten zelf, het proces van feitenvaststelling of ook om een beoordeling van de feiten (par. 2)? Vervolgens wordt ingegaan op de relatie tussen 'post-truth politics' en de toegenomen maatschappelijke onvrede bij bepaalde groepen burgers (par. 3) en de gegroeide mogelijkheden om langs digitale weg desinformatie te produceren en te verspreiden (par. 4). Deze ontwikkelingen tezamen lijken eraan te hebben bijgedragen dat ook in het politieke en parlementaire debat de feiten steeds vaker worden gerelativeerd.

Daarna wordt ingegaan op de betekenis van de feiten in de democratische rechtsstaat (par. 5). Daarin zal naar voren komen dat wij in onze liberale traditie een relatief waarheidsbegrip kennen. Maar wat betekent dat als de feiten niet meer goed gemeenschappelijk kunnen worden vastgesteld? Vervolgens zal aandacht worden besteed aan de representatieve democratie en de invulling van de representatiegedachte. De keuze die hier wordt gemaakt is mede bepalend voor de mate waarin het lukt om tot een gedeelde erkenning van de feiten te komen (par. 6). Dat probleem zien we ook terug in de dagelijkse werking van de representatieve democratie. In dat kader zal worden ingegaan op de betekenis van de feiten in de relatie tussen wetgeving, beleid en uitvoering (par. 7), in het kader van de parlementaire controle (par. 8) en meer specifiek bij de invulling van het parlementair inlichtingenrecht (par. 9). Daaruit zal blijken dat een verandering van het perspectief op de feiten en de feitenvaststelling van wezenlijke invloed zijn op de uitoefening van taken van parlement, regering en ambtelijke diensten. Ten slotte zal ingegaan worden op de vraag of er met betrekking tot het proces van feitenvaststelling wellicht algemene uitgangspunten, beginselen en waarborgen zijn te formuleren (par. 10).

Het preadvies zal worden besloten met enkele conclusies (par. 11), een kort intermezzo over het belang van politieke cultuur (par. 12), een aanzet tot mogelijke handelingsperspectieven vanuit een meer staatsrechtelijk perspectief (par. 13) en een epiloog (par. 14). De bedoeling is niet en kan ook niet zijn om panklare oplossingen aan te reiken. Daarvoor zijn de problemen te complex en de oplossingen nog te weinig doordacht. Daarom zullen hooguit enkele denkrichtingen worden geformuleerd. Nader onderzoek, analyse en debat zullen nog nodig zijn. Daarin is ook een belangrijke rol voor de staatsrechtwetenschap weggelegd.

6. Vooraf zij opgemerkt dat mijn betoog niet alle belangrijke onderwerpen van het constitutionele recht zal kunnen bestrijken. Het is een verkenning van de mogelijke gevolgen van 'post-truth politics' voor het politieke staatsrecht en de werking daarvan in de verhouding tussen parlement, regering, ambtelijke diensten en onafhankelijke overheidsinstellingen. Dat betekent onder meer dat grondrechten zoals de vrijheid van meningsuiting en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer slechts summier aan bod komen. Ook de toetsing door de onafhankelijke rechter in het kader waarvan de feitenvaststelling van oudsher een wezenlijke rol speelt, laat ik rusten. Bespreking van de thema's die wél aan de orde komen, zal alleen op hoofdlijnen gebeuren; uitputtende bespreking is gelet op de breedte van de vraagstelling niet wenselijk en voor de verkenning van het thema ook niet nodig.

2. 'Post-truth politics': een omstreden concept

7. Eerst moet het vizier scherper. Wat is precies 'post-truth politics'? Kunnen we wel spreken over feitenvrije politiek en wat is precies het bezwaar daartegen? Is het niet zo dat er altijd meningsverschillen over de feiten zijn geweest? Geeft het begrip 'post-truth politics' niet zelf ook blijk van een eenzijdige blik op de werkelijkheid?

Het is inderdaad nooit zo geweest dat de feiten voor zich spreken. Er is altijd discussie geweest over de feiten en over de juistheid ervan. Dat geldt niet alleen de politiek. Juist ook in de wetenschap is er voortdurend debat over wat waar, half waar of niet waar is.¹⁰ Gesteld zou daarom kunnen worden dat het begrip 'post-truth politics' misleidend of op zijn minst eenzijdig is; we hebben nooit in het tijdperk van 'de' waarheid geleefd.¹¹

8. Het begrip 'waarheid' is een multi-interpretabel begrip. Het kan betrekking hebben op de feiten; als het gaat om het onderzoeken en vaststellen van de feiten spreken we in dat verband ook wel over de 'waarheidsvinding'. Maar het begrip 'waarheid' kan ook opvattingen, overtuigingen en theorieën betreffen. Als het gaat om de politiek luisteren deze begrippen nauw omdat daarin feiten, oordelen en besluiten niet naadloos van elkaar te scheiden zijn. Juist daarom is het wel van belang om te onderscheiden. Wat zijn de feiten, hoe stellen we de feiten vast, wat is ons oordeel over de feiten en welk besluit vloeit uit dat oordeel voort. In dit preadvies gaat het met name om de eerste twee elementen. Het belang in een democratische rechtsstaat daarvan is moeilijk te overschatten. Zonder enige overeenstemming over de feiten is het niet mogelijk om verschillen in de politiek te overbruggen.

9. Uit het voorgaande kwam al naar voren dat tegenwoordige debatten over wat feitelijk juist is of niet ('klopt of niet klopt'), zeker als zij over de sociale media verlopen, vaak gepaard gaan met hoog oplopende emoties. Dat beïnvloedt de mate waarin we in een samenleving nog tot elkaar kunnen komen. Hoe hoger de emoties oplopen, hoe groter de kans is dat we in onze eigen 'waarheid' blijven hangen en compromissen uit het zicht raken.

Daarom is het van belang om als het gaat om de feiten ook de spanning tussen emoties en rationaliteit in de beschouwingen te betrekken. Daarmee is uiteraard niet gezegd dat emoties in de politiek irrelevant of ongepast zijn. Emoties hebben daarin altijd een rol gespeeld. Maar wel aannemelijk is dat als emoties te zeer de overhand krijgen vreedzame overbrugging van tegenstellingen moeilijker en uiteindelijk misschien zelfs onmogelijk kan worden. Sociale media geven aan die spanning onmiskenbaar een nieuwe dimensie.

10. In de bestuurskundige literatuur wordt nader ingegaan op hoe enkele van deze factoren inspelen op de beleidsvorming. Daarin worden twee perspectieven op beleidsprocessen onderscheiden: de analytische en de politieke visie.¹² In de analytische visie wordt beleidsvorming beschouwd als een technisch rationeel proces: het benoemen van het probleem op basis van feiten en cijfers, het identificeren van mogelijke oplossingen en het kiezen van de mogelijkheid die de beste opbrengsten tegen de laagste kosten genereert. In de politieke visie is beleidsvorming primair een proces van politieke strijd waarin het gaat om het verwerven van macht en – uiteindelijk – het vinden van compromissen. Vanuit dit perspectief zijn alle fasen van het beleidsproces voorwerp van politieke strijd. De vaststelling van de feiten is in deze visie nooit geheel waardevrij.

¹⁰ Jose van Dijck & Wim van Saarloos, Wetenschap is niet 'maar een mening', NRC 2 januari 2017 met een reactie van Gabriël van den Brink, Experts, toon eens wat meer zelfkritiek, NRC 27 januari 2017.

¹¹ Bas Heijne, a.w., p. 29. Zie ook Jeroen de Ridder, Rens Vliegenthart en Jasper Zuure, Inleiding: Waarheidsvinding in de democratie in digitale tijden, in: Jeroen de Ridder, Rens Vliegenthart en Jasper Zuure (red.), Doen, durven of de waarheid? Democratie in digitale tijden, p. 13 e.v.

¹² M.A.P. Bovens, P. Hart, M.J.W. van Twist, C.F. van den Berg, M.A. van der Steen, L.G. Tummers, Openbaar bestuur. Beleid, organisatie en politiek, Wolters Kluwer Deventer 2017, p. 112 e.v.

Als het gaat om het wetgevingsproces wordt langs dezelfde lijn vaak verwezen naar het fijnmaziger onderscheid dat Snellen maakt tussen vier rationaliteiten¹³: de politieke, juridische, economische en technisch-wetenschappelijke rationaliteit. Deze – volgens Snellen gelijkwaardige – perspectieven moeten in het wetgevingsproces tegenover elkaar worden afgewogen. Het uiteindelijke resultaat zal een compromis zijn. Dit onderscheid impliceert dat wetenschappelijke kennis en inzichten in de wetgeving niet altijd het volle pond zullen krijgen. Het maakt ook duidelijk dat feiten nooit voor zich spreken; er zijn in het wetgevingsproces altijd politieke keuzes aan de orde. Dat is inherent aan ons democratisch bestel en in zoverre niets nieuws. Maar wat nu als de feiten volgens sommigen er niet meer toe doen en deze ook niet meer bereid zijn om te proberen tot een gezamenlijk beeld van de feiten te komen?

11. Met deze vraagstelling lopen we echter het risico van eenzijdigheid. Daarom is het begrip 'post-truth politics' ook niet onomstreden. Luuk van Middelaar maakte eind 2016 na het Brexit-referendum, de verkiezing van Trump en het verkiezingsjaar 2017 toen nog in het verschiep, bezwaar tegen de analyse dat er geen ruimte meer is voor politiek debat omdat de feiten niet meer tellen.¹⁴ Gemakzuchtig en bevoogdend verhuult ze, aldus Van Middelaar, het eigen falen van gevestigde spelers in de politiek en de media. De al genoemde uitspraak van Clinton over de aanhangers van Trump ('deplorables') illustreert het punt van Van Middelaar in de overtreffende trap.

Zijn kritiek op de gevestigde orde is tweemaal. Enerzijds is de relativisering van de waarheid niet begonnen bij het populisme maar al eerder – in de zeventiger jaren van de vorige eeuw - door een deel van de linkse cultuur-wetenschappelijke elite die elke waarheid als culturele constructie en machtsaanspraak ontmaskerde. Dit postmoderne sloopwerk inspireerde volgens Van Middelaar progressieve identiteitspolitiek: 'zwart, vrouw, homo, elke groep een eigen perspectief'. Anderzijds verschanste het politieke handelen zich de afgelopen decennia juist achter de 'feiten'. Besturen werd een kwestie van techniek en aan de juiste economische knoppen draaien¹⁵ waardoor de keuzes en waardeoordelen achter besluiten aan het zicht werden onttrokken.¹⁶ Een strategie van depolitisering¹⁷ die in eerste instantie maatschappelijke conflicten lijkt te dempen maar uiteindelijk in haar tegendeel komt te verkeren:

'Aldus plaveide een verbond van relativiserend postmodernisme en alternatiefloze technocratie de weg naar 'post-truth politics': het ene ontwapende de feiten in het debat en de andere verklaarde meningen irrelevant voor het bestuur. Zie daar het immense gat waar de populistische uitdagers inspringen. Zij bieden namelijk wél een keuze, zij beweren dat het anders kan, zij roepen om politiek – en wie durft te zeggen dat het leugens zijn?'

Volgens Van Middelaar hebben zowel de feitelijke waarheid als de democratische meningenstrijd dringend versterking nodig. Dat vraagt lef. Enerzijds het lef om feiten als feiten te verdedigen: niet alles is een mening. Anderzijds het lef om pluraliteit en tegenspraak toe te laten: de toekomst is open en het resultaat van keuzes. Feiten en meningen moeten in de politiek opnieuw moeten worden verbonden door oordeelskracht, aldus Van Middelaar.

¹³ I.Th.M. Snellen, Boeiend en geboeid (oratie KUB), Samsom H.D. Tjeenk Willink Alphen a/d Rijn 1987. Hierover G.J. Veerman, Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen, SDU Uitgevers Den Haag 2009, p. 153 e.v. en T.C. Borman, De wetgevingsprocedure bij de centrale overheid, in: S.E. Zijlstra (red.), Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid, Kluwer Deventer 2012, p. 271.

¹⁴ Luuk van Middelaar, Politici van het midden, durf te oordelen, NRC Handelsblad 29 december 2016.

¹⁵ Herman Tjeenk Willink, Groter denken, kleiner doen. Een oproep. Prometheus Amsterdam 2019, p. 31 e.v.

¹⁶ Het is overigens niet zo dat technocratische besluiten die doorgaans door hoger opgeleiden zijn voorbereid, steeds rationeel zijn. Vergelijk J. Bartlett, The People vs Tech – How the Internet is killing democracy (and how we save it), Ebury Press London 2018, p. 46: 'In fact, well-educated people are in my experience even more subject to these irrationalities because they usually have an unduly high regard for their own powers of reason and decision-making.'

¹⁷ Hierover ook Carla Hoetink, Macht der gewoonte. Regels en rituelen in de Tweede Kamer na 1945, Vantilt Nijmegen 2018, p. 493 e.v.

3. Maatschappelijke onvrede: de eigen waarheid

12. Het betoog van Van Middelaar laat zien dat de veronderstelde feitenvrijheid van de politiek samenhangt met bredere en langer lopende ontwikkelingen. Lijphart wees al op het gevaar van instabiliteit van wat hij de 'karteldemocratie' noemde. Door de ontzuiling in de vorige eeuw is een homogener politieke cultuur ontstaan en zijn er minder politieke strijdpunten. Tegelijkertijd echter is de samenwerking tussen politieke elites in stand gebleven. Door een gebrek aan oppositie en openbaarheid enerzijds en een verminderde aansluiting van groepen burgers door de ontzuiling anderzijds wordt volgens Lijphart het risico op maatschappelijke onrust en politieke instabiliteit groter.¹⁸ In de kern ligt de opkomst van het populisme reeds in zijn analyse besloten.

In de samenleving zijn in plaats van de zuilen nieuwe scheidslijnen ontstaan. Uit onderzoek blijkt dat de maatschappelijke tegenstellingen na de ontzuiling eerder groter dan kleiner zijn geworden. Ondanks de economische voorspoed zijn er relatief grote groepen burgers die in economische en maatschappelijke zin achterblijven.¹⁹ Een zwakke sociale inbedding en een verminderd gevoel van grip op de eigen omgeving veroorzaken toenemende onvrede bij burgers met lagere inkomens en lagere opleidingsniveaus.²⁰ Onderzoek van Caspar van den Berg laat zien dat naast economische en culturele ook territoriale scheidslijnen van belang zijn. In Nederland bestaan grote verschillen tussen burgers in en buiten de Randstad.²¹ Voorts blijkt uit onderzoek dat autochtone Nederlanders verlies aan zeggenschap ervaren ten opzichten van nieuwkomers. Dat komt opnieuw meer voor bij lager opgeleiden dan bij hoger opgeleiden. Maar ook onder hoger opgeleiden zijn relatief hoge percentages van dit type verliesgevoelens gemeten.²² Aannemelijk is dat ook dit aan maatschappelijke onvrede bijdraagt.

13. Anno 2020 lijken we de gevolgen van deze ontwikkelingen voor de werking van onze democratie nog steeds te onderschatten. Er wordt geruststellend gewezen op het nog steeds bestaande vertrouwen van een meerderheid van de bevolking in de overheid en in de politiek.²³ Maar ook hier zijn de verschillen tussen bevolkingsgroepen aanzienlijk. Uit onderzoek van het CBS blijkt dat lager opgeleiden en burgers uit bepaalde regio's (Kop van Noord-Holland, Oost-Groningen, Zuid- en Midden Limburg) significant minder vertrouwen hebben in de landelijke politiek dan hoger opgeleiden en bewoners uit de Randstad.²⁴

Het is tegen die achtergrond verklaarbaar dat groepen burgers die op de beschreven manier de aansluiting missen en zich om allerlei redenen onzeker voelen, ontvankelijk worden voor nieuwe politieke bewegingen die beloven het over een hele andere boeg te gooien. Om dat op een

¹⁸ A. Lijphart, *Verzuiling, pacificatie en kentering in de Nederlandse politiek*, Becht Haarlem 1992 (9^e druk), p. 206-207. Zie ook Rudy Andeweg & Jacques Thomassen. *Van afspiegelen naar afrekenen?, De toekomst van de Nederlandse democratie*, Leiden University Press 2011, p. 107 e.v.

¹⁹ SCP, *Vershil in Nederland*, Den Haag 2014, p. 323 e.v. Zie ook Kim Putters, Veenbrand. *Smeulende kwesties in de welvarende samenleving*, Prometheus Amsterdam 2019, p. 19-22 en 117 e.v.

²⁰ Denkwerk, *Onrust in voorspoed. Hoe een stabiele samenleving vraagt om grip en inbedding*. Juli 2019, www.denkonline.nl. Zie ook SCP, *Vershil in Nederland*, Den Haag 2014, p. 334. Zie verder diverse bijdragen in Sarah L. de Lange & Jasper Zuure (red.), *#Woest. De kracht van verontwaardiging*, Amsterdam University Press 2018.

²¹ Caspar van den Berg, *Consensusvorming en gedeelde waarheid in de verzuilde en ontzuilde samenleving*, in: Jeroen de Ridder, Rens Vliegthart en Jasper Zuure (red.), *Doen, durven of de waarheid? Democratie in digitale tijden*, p. 52 e.v., m.n. p. 62. Zie verder C.F. van den Berg, *Van zuilen naar bubbels*, Oratie RUG 2018. Aanwijzingen zijn hiervoor ook elders. Bij de presidentsverkiezingen in de VS van 2020 had Trump vooral de steun van het platteland, Biden trok met name stemmen in de (voor)steden; Voorstad koos Biden, platteland stemde op Trump, NRC 10 november 2020, p. 8-9. Zie over de vergelijking met en de betekenis hiervan de EU en Nederland Coen Teulings, *Stad en platteland zijn ook in de EU electoraal gespleten*, NRC 23 november 2020, p. 18-19..

²² Anouk Smeekes, Laura Mulder, *Verliesgevoelens in relatie tot de multi-etnische samenleving onder autochtone Nederlanders*, Working Paper 22 WRR, Den Haag 2016, p. 23 e.v.

²³ SCP, *De sociale staat van Nederland, Hoofdlijnen*, Den Haag 2018, p. 26. Er lijkt in dat opzicht een verband te bestaan met de omvang van het PVV-electoraat. Deze partij doet het relatief goed in gebieden die gekenmerkt worden door economische achterstelling. Zie Eelco Harteveld en Ron de Jong, *De geografische spreiding van de PVV-kiezers*, in: Gerrit Voerman en Koen Vossen (red.), *Wilders gewogen. 15 jaar reuring in de Nederlandse politiek*, Boom uitgeverij Amsterdam 2019, p. 191 e.v., m.n. p. 211.

²⁴ CBS, *Sociale samenhang. Wat ons bindt en verdeelt*, Den Haag 2015, p. 98 en 105.

effectieve wijze kracht bij te zetten brengen deze partijen een verhaal voor het voetlicht dat deze groepen burgers een perspectief belooft. Van Middelaar stelt terecht dat hard roepen dat dat verhaal niet klopt en dat men zich aan de feiten moet houden, niet gaat helpen. Het miskent het diep gevoelde verlangen bij bepaalde burgers naar samenhang en controle.

14. Het is precies daarom dat Marjolein Faber in het hiervoor gegeven voorbeeld persisteert ('mijn tweet klopt'): voor haar doen de feiten er niet toe. Het illustreert dat een op de feiten gebaseerd politiek debat moeilijker is geworden.²⁵ De situatie waarin we á la Snellen konden spreken van verschillende rationaliteiten in het wetgevingsproces is veranderd. Het begrip 'rationaliteit' in termen van een door feitelijke logica bepaald perspectief is als zodanig ter discussie komen te staan; naast rationeel beargumenteerde opvattingen zijn feitenvrije emoties in het debat geleidelijk bepalender geworden. In die context wordt tegenover de door officiële instanties en wetenschappelijke instituten gepresenteerde onderzoeken en rapporten andere informatie ('alternative facts') geplaatst die de eigen waarheid moeten bevestigen.

Hierdoor is ook beter te begrijpen dat informatie steeds sterker het toneel is geworden van politieke strijd. Daarbij gaat het niet alleen om onjuiste informatie maar ook om 'desinformatie'. Dat begrip is door de minister van BZK gedefinieerd als 'het doelbewust, veelal heimelijk, verspreiden van misleidende informatie met het doel om schade toe te brengen aan het publieke debat, democratische processen, de open economie of nationale veiligheid'.²⁶ Het verspreiden van desinformatie is, zo preciseerde de minister later²⁷, niet altijd intentioneel en ook overigens niet altijd gemakkelijk vast te stellen.²⁸ Maar vast staat wel dat het verspreiden van desinformatie toeneemt en in verband daarmee als een serieus gevaar wordt gezien voor het publieke debat en voor democratische processen.

15. Uiteraard is dit niet alleen een Nederlands probleem. Er zijn voldoende recente buitenlandse voorbeelden van politieke leiders waarin de feiten er niet meer toe lijken te doen. Het bekendste voorbeeld is natuurlijk Donald Trump die gedurende de vier jaar van zijn presidentschap via Twitter vele feitelijke onjuistheden heeft verspreid²⁹. Na de verkiezingen van 3 november j.l. heeft hij deze lijn doorgetrokken met aanhoudende berichten over verkiezingsfraude zonder begin van bewijs. Dichter bij Nederland zijn de steeds wisselende versies die de Russische regering heeft geproduceerd van de toedracht van het neerstorten van de MH17 in de Oekraïne in 2014.³⁰ Door de digitalisering wordt desinformatie gemakkelijk over de grenzen van nationale staten heen verspreid. Soms gaat het om een bewuste strategie; bekend zijn de pogingen van buiten de VS om via 'microtargeting' de Amerikaanse presidentsverkiezingen van 2016 te beïnvloeden.

Een recent rapport van de Joint Research Centre van de Europese Commissie spreekt in relatie tot dergelijke voorbeelden over een 'shock and chaos' strategie waarin de notie van een gedeelde waarheid door politici is opgegeven. Kritische bevraging van ingenomen stellingen wordt niet beantwoord met tegenargumenten, onderzoek of een verdediging maar alleen met abstracte stellingen die uitgaan van een geconstrueerde kijk op de werkelijkheid. De achterliggende strategie daarvan is niet om mensen te overtuigen van wat feitelijk waar is maar om hen te laten twijfelen of de feiten wel bestaan of überhaupt kunnen worden vastgesteld. Een dergelijke strategie wordt in

²⁵ Peter Pomerantsev, *Dit is geen propaganda; de oorlog tegen de waarheid*, Hollands Diep Amsterdam 2019, p. 163 e.v. en 219 e.v. Zie ook het interview van Bas Heijne met Peter Pomerantsev, NRC Handelsblad 28/29 september 2019, p. 31. Zie over het ontkennen van de waarheid in een andere context Hannah Arendt, *Totalitarisme (deel III van the Origins of Totalitarianism) 1951* (Ned. Vertaling), Boom Amsterdam 2020. Zij merkt op dat totalitaire leiders voordat zij de macht hebben gegrepen al een extreme minachting voor de feiten aan de dag leggen, 'want in hun opvatting hangen feiten volledig af van de macht van diegene die de feiten kan fabriceren'. (p. 137-138).

²⁶ Kamerstukken II 2019/2020, 30821, nr. 91, p. 3.

²⁷ Kamerstukken II 2019/2020, 30821, nr. 112

²⁸ Zie verder Rathenau Instituut, *Digitale dreigingen voor de democratie. Over nieuwe technologie en desinformatie* (auteurs: Boheemen, P. van, G. Munnichs & E. Dusjo) 2020, p. 20 e.v.

²⁹ Het zou naar de stand van juli 2020 gaan om meer dan 20.000 onware of misleidende verklaringen. Zie S. Lewandowsky, Laura Smillie e.a., a.w., p. 61.

³⁰ Kamerstukken II 2019-2020, 33997, 30821, nr. 153.

het rapport niet verenigbaar geacht met het liberaal-democratische streven naar waarheidsvinding en die zin beschouwd als een serieuze bedreiging voor de democratie.³¹

4. De digitale wereld: gepolariseerde filterbubbels

16. Aan het politieke debat over de feiten heeft de digitalisering een essentiële dimensie toegevoegd. De betekenis daarvan is niet eenduidig. Zoals met veel technologische uitvindingen in het verleden het geval is geweest, hebben ze (ook) uit democratisch-rechtsstatelijk oogpunt voor- en nadelen. Daarnaast is het niet zo, zoals al uit het voorgaande bleek, dat pas door de digitalisering de feiten onder druk zijn gekomen. Feiten en politiek hebben altijd al in een gespannen verhouding tot elkaar gestaan. Dat neemt niet weg dat de effecten die digitalisering als 'multiplier' kan hebben op die verhouding blijkens recente ontwikkelingen aanzienlijk kunnen zijn en met het oog op de democratische rechtsstaat urgent aandacht behoeven.

17. In de beginperiode van de digitalisering werden vooral de voordelen ervan voor de democratie benadrukt. Digitalisering vergroot de toegang tot en verspreiding van informatie doordat veel informatie gratis online beschikbaar is. Burgers, particuliere organisaties en overheden profiteren daarvan. Verder maakt digitalisering het mensen gemakkelijker om via netwerken met elkaar in contact te komen, informatie uit te wisselen en van gedachten te wisselen. Dat biedt ook mogelijkheden om onderdelen van democratische besluitvormingsprocessen op een nieuwe manier vorm te geven.³²

De stemming lijkt echter te zijn gekanteld sinds het cruciale jaar 2016 waarin in het Verenigd Koninkrijk het Brexitreferendum plaatsvond en in de Verenigde Staten Donald Trump tot president werd verkozen. De rol van Cambridge Analytica³³ die geholpen door Facebook door middel van algoritmen politieke boodschappen op individueel niveau naar Britse kiezers kon sturen ('microtargeting') en de wijze waarop Trump de afgelopen jaren, voor, tijdens en na zijn verkiezing, via Twitter berichten de wereld in stuurde hebben wereldwijd de schijnwerpers geplaatst op de nadelige effecten van digitalisering op onze democratie. Ook in Nederland is er sinds kort veel aandacht voor.

18. Uit recent onderzoek komen verschillende met elkaar samenhangende risico's naar voren die potentieel door digitalisering kunnen worden versterkt. Zij kunnen worden gegroepeerd onder de begrippen desinformatie, fragmentatie en machtsconcentratie.³⁴ Het is onmogelijk om op deze plaats recht te doen aan de overvloedige literatuur hierover. Toch stip ik deze onderwerpen hier kort aan omdat enig begrip daarvan nodig is om de mogelijk doorwerking daarvan in ons constitutionele recht te kunnen bespreken.

19. Door gebruik van zich in hoog tempo vernieuwende digitaliseringstechnieken nemen de mogelijkheden om misleidende of evident onjuiste informatie (desinformatie) te produceren en te verspreiden, snel toe. Een recent rapport van het Rathenau Instituut geeft een breed overzicht van de technologische ontwikkelingen die daarbij een rol kunnen gaan spelen.³⁵ Dat stelt volgens het

³¹ S. Lewandowsky, Laura Smillie e.a., a.w., p. 61-62.

³² S. Lewandowsky, Laura Smillie e.a., Technology and Democracy. Understanding the influence of online technologies on political behaviour and decision-making, Luxemburg 2020, p. 73 e.v. Zie ook Hays Hazenberg, Het digitaal herontwerpen van de democratische rechtsstaat, in: Jeroen de Ridder, Rens Vliegthart en Jasper Zuure (red.), Doen, durven of de waarheid? Democratie in digitale tijden, p. 71 e.v.

³³ Hierover J. Bartlett, The People vs Tech – How the Internet is killing democracy (and how we save it), Ebury Press London 2018, p. 69 e.v. en Christopher Wylie, De grote dataroof. Hoe onze persoonlijke gegevens gekaapt werden om de wereld Brexit en Trump te geven (Ned. Vertaling), Business Contact Amsterdam/Antwerpen 2020.

³⁴ De Raad voor Openbaar Bestuur spreekt in dit verband van drie uitdagingen. Zie Rob, Zoeken naar waarheid. Over waarheidsvinding in de democratie in het digitale tijdperk, Den Haag 2019, p. 31 e.v. In onderstaande beschouwingen volg ik grotendeels de structuur van dit rapport.

³⁵ Rathenau Instituut, a.w., p. 30 e.v. In dit rapport zijn voor twee technologieën (deepfakes, psychographing) case-studies verricht waarin de mogelijke effecten nader zijn uitgewerkt.

Rathenau Instituut niet bepaald gerust. De mogelijkheden die technologieën als tekstsynthese, voice cloning, deepfakes, psychographing, micro-targeting en chatbots bieden om internetgebruikers te misleiden zijn groot en veelvormig.³⁶ Daarbij gaat het, subtiel, niet altijd om het verspreiden van onwaarheden ('fake news') maar ook van informatie die op zichzelf correct is maar eenzijdig; het gaat juist ook om de selectie van informatie.³⁷

Psychologische processen beïnvloeden het ontstaan en verder verspreiden van desinformatie. De techbedrijven spelen daar op in. Hun businessmodel is gebaseerd op het vasthouden van de aandacht van de gebruiker ('attention economy') en niet op de kwaliteit van de informatie.³⁸ Dit maakt het aantrekkelijk om sterk emotioneel gekleurde en extreme uitlatingen te posten.³⁹ Wanneer 'clicks' voor advertenties zorgen is de verleiding groot om te polariseren omdat boosheid en verontwaardiging de meeste aandacht opleveren.⁴⁰ Dat geldt ook voor politieke advertenties.⁴¹ Hier kunnen het business model van de techbedrijven en het electorale belang van politici en politieke partijen parallel lopen.

20. Een tweede effect dat met het voorgaande samenhangt is dat het steeds beter mogelijk is om door middel van algoritmen informatie geautomatiseerd af te stemmen op en te verspreiden naar specifieke doelgroepen en individuen. Door het voorschotelen aan internetgebruikers van op hun eigenschappen, opvattingen en interesses afgestemde informatie kunnen deze gemakkelijker in hun voorkeuren en opvattingen worden bevestigd. Daardoor bestaat het risico dat mensen in steeds sterkere mate in van elkaar gescheiden werelden leven waarin verschillende realiteiten gelden ('filterbubbels' of 'echokamers'). Bartlett spreekt in dit verband van kleinschalige stammen ('tribes') van gelijkgezinden die sterk loyaal naar elkaar zijn en elkaar voortdurend en frequent (soms meerdere keren per dag) in hun oordelen bevestigen.⁴²

21. Er is op dit moment nog weinig hard wetenschappelijk bewijs voor het bestaan van filterbubbels.⁴³ Mensen die partijdig nieuws zien, zien vaak ook algemeen nieuws.⁴⁴ Wel is aannemelijk dat ook als mensen informatie ontvangen uit verschillende bronnen zij toch vaak eenzijdig oordelen omdat zij geneigd zijn meer geloof te hechten aan informatie die hun standpunten bevestigen.⁴⁵ De overvloed aan informatie die internet genereert en de emotionerende werking die van internet uitgaat versterkt dat effect. De stelling van Bartlett is dan ook dat het feit dat voor filterbubbels weinig bewijs bestaat, niet veel zegt. De emotioneel geladen confrontatie met andere meningen op sociale media werkt vaak juist als een bevestiging van het geloof 'that I am the only sane person in a sea of internet idiots'.⁴⁶

³⁶ In een eerder rapport meldde het Rathenau Instituut dat er in Nederland vooralsnog minder sprake zou zijn van desinformatie dan in bijvoorbeeld de Verenigde Staten. Zie Rathenau Instituut, Digitalisering in het nieuws (auteurs I. van Keulen, I. Korshagen, P. Diederik, P. van Boheemen), Den Haag 2018.

³⁷ J. Bartlett, *The People vs Tech – How the Internet is killing democracy (and how we save it)*, Ebury Press London 2018, p. 56.

³⁸ Rob, a.w., p. 36, H. Hazenberg, J. van der Hoven, S. Cunningham, M. Alfano, H. Asghari, E. Sullivan-Mumm, A. Ebrahimi Fard & E. Turcios Rodrigues, *Micro-Targeting and ICT media in the Dutch Parliamentary system: Technological changes in Dutch Democracy*, TU Delft 2018.

³⁹ Rob, a.w., p. 35 en 39.

⁴⁰ J. Bartlett, a.w., p. 52 e.v. en Bas Heijne, a.w., p. 71. Daarin citeert hij Pomerantsev. Zie ook het interview van Heijne met Pomerantsev in NRC 29 september 2019, p. 30-31.

⁴¹ De media berichtten dat voor de presidentsverkiezingen in de VS in 2020 Biden en Trump elk tientallen miljoenen dollars hebben besteed aan advertenties op Facebook en Instagram. Zie NRC 3 november 2020. P. C6-7.

⁴² J. Bartlett, a.w., p. 43 e.v.

⁴³ S. Lewandowsky, Laura Smillie e.a., a.w., p. 50-51. Zie voor Nederland Sanne Kruikemeier, Nieuwsconsumptie en politieke betrokkenheid in een digitaal medialandschap, in: Jeroen de Ridder, Rens Vliegthart en Jasper Zuure (red.), a.w., p. 29-30.

⁴⁴ Rob, a.w., p. 41, Sanne Kruikemeier, a.w., p. 126 e.v. en F.J. Zuiderveen Borgesius, D. Trilling, J. Möller, S. Eskens, B. Bodó, C.H. de Vreese en N. Helberger, *Algoritmische verzuiling en filterbubbels: een bedreiging voor de democratie?* Computerrecht 2016, p. 255-262.

⁴⁵ S. Lewandowsky, Laura Smillie e.a., a.w., p. 51. Deze auteurs maken op dit punt een conceptueel onderscheid tussen filterbubbels en echokamers.

⁴⁶ J. Bartlett, a.w., p. 60.

22. De mogelijkheid van steeds verfijndere gepersonaliseerde advertenties kan doorwerken in de strategie van politieke partijen. Pomerantsev wijst op de opkomst van het 'pop-uppopulisme' waarbij partijen hun strategie volledig afstemmen op sociale media aan de hand waarvan door het gericht gebruik van data individuen op grond van zeer uiteenlopende interesses en opvattingen kunnen worden gecategoriseerd en benaderd: dierenrechten, immigratie, Europa enz.. Het doel van een partij kan zijn om zich voor deze verschillende groepen op sterk uiteenlopende manieren open te stellen en het stemgedrag waar je op uit bent te verbinden met de dingen waaraan zij de meeste waarde hechten.

Dat alles gebeurt 'onder water': het is voor de buitenwereld niet zichtbaar. Het populisme dat op deze manier wordt gevormd is geen signaal dat 'het volk' zich als eenheid manifesteert maar een consequentie van het feit dat 'het volk' meer versplinterd is dan ooit, aldus Pomerantsev.⁴⁷ Zijn stelling is dat Donald Trump en de Vijfsterrenbeweging in Italië op deze wijze aan de macht zijn gekomen.

23. Het laatste illustreert dat internet niet alleen de strategie van politieke partijen beïnvloedt maar, fundamenteeler, ook de opkomst van een nieuw type politici stimuleert. Dat heeft te maken met de psychologische processen die internet veroorzaakt. Bartlett⁴⁸ onderscheidt grofweg twee soorten menselijk gedrag die door hem worden gecategoriseerd in 'system one' en 'system two':

'System one' thinking is fast, instinctive and emotional. It's the reptilian brain, running on instinct. By contrast, 'system two' thinking is slow, deliberative and more logical. It sometimes, but not always, acts as a check on those wilder rages'.

Deze menselijke gedragspatronen laten de spanning zien die er kan ontstaan tussen democratie en internet:

'Modern democracies aspire to run on 'system two' logic Its institutions are arranged to arrive at logical, thought-out, fact-driven decisions. The internet, by contrast, more closely resembles 'system one': everyone and everything is immediate, instinctive and emotional'.

Op die fundamentele trend inspelend ontstaat er een nieuw soort politiek leiders. Bepaalde politieke leiders spelen daarop in. Populisten als Nigel Farage, Bernie Sanders, Geert Wilders en Beppe Grillo zijn volgens Bartlett 'system one' politici die populair worden door voor ingewikkelde problemen gemakkelijke oplossingen te beloven. De meest succesvolle politicus in dat genre is natuurlijk Donald Trump:

'Trump is the strong man, the tribal leader who trades on outrage. He offers swift, immediate and total answers: it's the fault of the bureaucrats, the politically correct media, judges and immigrants. He promises to deliver the people quickly and completely from the complexities of the world. And above all, he offers a sense of tribal belonging in a digital world characterized by confusion, uncertainty and information overload'.⁴⁹

Toen Bartlett dit schreef in 2018 wist hij nog niet dat Trump tijdens de presidentsverkiezingen van 2020 de steun kreeg van ruim 72 miljoen Amerikaanse kiezers. Is het boud te veronderstellen dat hij zonder het coronavirus als president zou zijn herkozen?

24. De geschetste ontwikkeling laat ten slotte zien dat digitalisering leidt tot een nauwelijks te overschatten machtsconcentratie. Ook de Raad voor openbaar bestuur heeft daar op gewezen.⁵⁰ De kern is dat de Big Tech bedrijven met hun business model sterk sturen op informatie en

⁴⁷ Peter Pomerantsev, Dit is geen propaganda; de oorlog tegen de waarheid, Hollands Diep Amsterdam 2019, p. 219-220. Zie ook Frederik J. Zuiderveen Borgesius, Judith Möller, Sanne Kruikemeier, Ronald Ó Fathaigh, Kristina Irion, Tom Dobber, Balasz Bodo, Claes de Vreese, Online Political Microtargeting: Promises and Threats for Democracy, Utrecht Law Review 2018, p. 88-89.

⁴⁸ J. Bartlett, a.w., p. 51.

⁴⁹ J. Bartlett, a.w., p. 64-65.

⁵⁰ Rob, a.w, p. 43-45.

daarmee onevenredig veel invloed uitoefenen op het publieke debat. Hoe dat gebeurt is zoals gezegd niet transparant. Checks and balances ontbreken vooralsnog.

De potentiële gevolgen daarvan voor de democratie zijn niet neutraal. Door het gericht verzenden van gepersonaliseerde politieke advertenties ('microtargeting') worden mensen ieder voor zich in de eigen perceptie van de feiten continue bevestigd. Daardoor wordt het steeds moeilijker om een gedeeld beeld van de werkelijkheid te krijgen. Dat is normaal al niet eenvoudig: 'de' feiten zijn niet neutraal en niet altijd gemakkelijk vast te stellen. Omdat niemand in de ingewikkelde samenleving van vandaag het geheel overziet is waarheidsvinding een collectieve activiteit die erop gericht is om vanuit verschillende expertises en invalshoeken de feiten zo goed mogelijk vast te stellen.⁵¹ Om dat te laten slagen is in de samenleving naast kritisch publiek debat ook basaal vertrouwen nodig; het vertrouwen op kennis van anderen buiten jezelf. Maar als kennis buiten de eigen kring structureel gerelativeerd wordt ontstaat chaos en verwarring; we weten als burgers steeds minder wat we moeten geloven en daarmee ook hoe we moeten oordelen. We zien steeds meer maar we weten maar zelden echt iets.⁵²

25. Het bovenstaande bij elkaar genomen dwingt ons tot nadere bezinning over de gevolgen daarvan voor de democratische rechtsstaat. Daarbij gaat het er nadrukkelijk niet om partijdigheid in het publieke debat uit te bannen. Integendeel, partijdigheid is inherent aan het debat dat in samenleving en parlement gevoerd wordt. Het gaat om de bestrijding van de extreme uitwassen daarvan die de technologie in sneltreintempo heeft veroorzaakt. Volgens Bartlett wordt de democratie met name hierdoor direct bedreigd:

'...if partisanship overwhelms everything democracy breaks down because it makes compromises impossible. Reason and argument give way to emotion and blind tribal loyalty'.⁵³

Met Hollandse nuchterheid zouden we kunnen stellen dat we dat stadium nog niet hebben bereikt en misschien ook nooit zullen bereiken. Maar ook in Nederland zijn deze tendensen er zeker. De gevolgen daarvan voor de democratische rechtsstaat moeten nader worden doordacht. Er staat immers veel op het spel. Hannah Arendt heeft gevoed door ervaringen uit het verleden krachtig verwoord wat er met ons kan gebeuren als liegen de regel wordt:

'If everybody always lies to you, the consequence is not that you believe the lies, but rather that nobody believes anything any longer.... And a people that no longer can believe anything cannot make up its mind. It is deprived not only of its capacity to act but also of its capacity to think and to judge. And with such a people you can then do what you please'.⁵⁴

Voordat er ruimte ontstaat voor krachten die de democratie ondermijnen kunnen we maar beter het zekere voor het onzekere nemen.

5. De democratische rechtsstaat: naar een 'streitbare Democratie'?

26. De democratische rechtsstaat kan in de woorden van Kees Schuyt worden gekenmerkt als een beheerste oplossing voor het probleem van eenheid en veelheid:

'de gemeenschappelijke eenheid, van eensgezind samenleven in een natiestaat (nationale eenheid, een afgepaalde jurisdictie) én de veelheid van uiteenlopende en vaak tegenstrijdige

⁵¹ Jeroen de Ridder, Rens Vliegthart en Jasper Zuure, Inleiding: Waarheidsvinding in de democratie in digitale tijden, in: Jeroen de Ridder, Rens Vliegthart en Jasper Zuure (red.), Doen, durven of de waarheid? Democratie in digitale tijden, p. 16.

⁵² Bas Heijne, a.w., p. 42.

⁵³ J. Bartlett, a.w., p. 55.

⁵⁴ Interview met de New York Review op 26 oktober 1978. Daarbij zij opgemerkt dat Arendt toen ze dit schreef nog weet kon hebben van internet. Daarom is het met de wetenschap van nu wellicht te simpel om te spreken van alleen leugens. Het gaat juist ook om eenzijdige selectie van informatie. Zie ook J. Bartlett, a.w., p. 60.

belangen, van belangengroepen, van waarden en ideologieën, van overtuigingen en godsdienstige gemeenschappen en van nog veel meer'.⁵⁵

In het kader daarvan is de sociale kernfunctie van de democratie volgens Schuyt dat 'de *verdeling* én de *overdracht* van politieke macht, de *afwisseling* van de wacht zagezegd, op een geregelde en niet-gewelddadige manier plaatsvinden'. Hij geeft daarbij een voorbeeld:

'Als Trump na twee regeerperioden zijn macht niet wil overdragen, maar net als Poetin en Erdogan zijn regeertermijn wil verlengen, al of niet op legale wijze, dan is de Amerikaanse democratie echt in gevaar. Maar dat zal, gezien de cultureel diepgewortelde *La démocratie en Amérique*', naar mijn mening niet gebeuren.'

Ten tijde van het schrijven van dit preadvies was nog niet bekend waartoe het vasthoudende verzet van Trump tegen de uitslag van de presidentsverkiezingen van 3 november 2020 zou leiden. Met Schuyt houd ik het er op dat er alsnog een geweldloze overdracht aan Biden zal plaatsvinden. Maar de gang van zaken toont wel aan dat een president die voor, tijdens en na de vier jaren van zijn regeerperiode continue een loopje heeft genomen met de feiten en daarmee tijdens twee op elkaar volgende verkiezingen een grote achterban achter zich heeft weten te scharen, voor de democratische rechtsstaat niet zonder risico's is.

27. De integriteit van de politieke besluitvorming in een democratische samenleving te beschouwen als een dragend element. De democratische rechtsstaat is erop gericht om op vreedzame wijze maatschappelijke tegenstellingen te overbruggen. Daartoe hebben we een parlementair stelsel waarin we op grond van grondwettelijke vastgelegde institutionele structuren en procedures komen tot gezamenlijke besluiten. In het parlement gekozen vertegenwoordigers hebben daarin een sleutelpositie. Daarom hebben we politiek.

Het parlementaire besluitvormingsproces hoeft niet te leiden tot volledige overeenstemming over wat de feiten zijn. Vaak staan de feiten ook niet of niet helemaal vast. Veel is onzeker. Maar er kan wel een grens worden bereikt als bewust onjuiste informatie wordt verspreid om twijfel en verwarring te zaaien met het kennelijke doel het democratisch proces te ondermijnen. Want dat de feiten niet altijd vaststaan betekent niet dat de feiten er niet meer toe doen. Politieke oordeelsvorming veronderstelt een rationale discussie op grond van een zoveel mogelijk gemeenschappelijk gedragen beeld van de feiten. Zonder de feiten is geen democratische besluitvorming mogelijk.⁵⁶

28. Absolute waarheden bestaan niet. Een kernelement van de democratische rechtsstaat is dan ook dat zij uitgaat van een relatief waarheidsbegrip. Waarheid is niet meer dan datgene wat feilbare mensen als waarheid menen te onderkennen.⁵⁷ Rationele discussie is een middel om tot gedeelde waarheid en tot betere besluitvorming te komen. Wat het beste besluit is, kan echter alleen voorlopig zijn. Na verkiezingen kan met een andere meerderheid anders worden besloten; de toekomst ligt open.

Tegelijkertijd zijn er grenzen aan het relatief waarheidsbegrip op het moment dat de democratische rechtsstaat zélf in gevaar komt. De democratische rechtsstaat heeft het recht en de plicht zichzelf te verdedigen tegen dreigingen van binnenuit, tegen aanvallen op de democratische rechtsstaat als zodanig. Een relatief waarheidsbegrip betekent dan ook niet dat alles is toegestaan. Het is vanuit deze gedachte dat in een democratische rechtsstaat bij wijze van 'ultimum remedium' een politieke

⁵⁵ Kees Schuyt, De bindingskracht van de democratische rechtsstaat, in: Bart Jan van Ettehoven, Jaap Polak, Gerard Roes, Luc Verhey, Ben Vermeulen, Leontine Weesing-Loeber, Arnold Weggeman (red.), Rechtsorde en bestuur. Liber amicorum aangeboden aan Piet Hein Donner, Boom juridisch Den Haag 2018, p. 25.

⁵⁶ Marcel ten Hooven, De ontmanteling van de democratie. Hoe de kunst van het samenleven verstoord raakt – en wat eraan te doen, Uitgeverij De Arbeiderspers Amsterdam – Antwerpen 2018, p. 201 e.v.

⁵⁷ M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht, Wolters Kluwer Deventer 2017, p. 28.

partij mag worden verboden.⁵⁸ Dat wordt ook door het EHRM erkend. Zo achtte het EHRM een verbod op de Turkse islamitische Welvaartspartij niet in strijd met artikel 10 en 11 EVRM omdat deze partij zou streven naar invoering van een theocratische staatsvorm in de vorm van de 'sharia'.⁵⁹

29. Hoe moet de situatie worden beoordeeld als objectieve feiten structureel gerelativeerd dreigen te worden? Die vraag is een andere dan de vraag naar het relatief waarheidsbegrip zoals hiervoor bedoeld. Dat begrip had immers betrekking op de juistheid van democratisch genomen besluiten; deze is relatief omdat zij gebaseerd is op een politiek waardeoordeel dat in een later stadium kan worden herzien.

Nieuw in de democratische rechtsstaat zoals wij die kennen is dat niet alleen verschillende appreciaties worden gegeven van de feiten maar dat steeds vaker de feiten als zodanig niet meer worden erkend. In de ogen van sommigen is alles een kwestie van perspectief zodat iedereen kan geloven wat hij wil geloven.⁶⁰ Dat wordt, zoals hiervoor bleek, gestimuleerd door digitale technieken die in 'filterbubbels' eigen werkelijkheden ontwikkelen en versterken.⁶¹ Die werkelijkheden blijken vervolgens steeds moeilijker bij elkaar gebracht te kunnen worden. Hoe moet de democratische rechtsstaat daarop reageren?

30. Misschien zijn we tegenwoordig te zeer geneigd om met alle doemverhalen over filterbubbels, fake news en opkomend populisme de vitaliteit van onze democratische rechtsstaat te onderschatten. In de literatuur zijn met het oog op de specifieke Nederlandse situatie ook vele relativeringen te vinden. Gewezen wordt op de voordelen van digitalisering voor de democratie en op het feit dat in Nederland de gevreesde nadelen tot dusverre beperkt zijn gebleven. Uitzonderingen daargelaten wordt in de politieke besluitvorming nog steeds veel waarde gehecht aan de feiten. Zoals eerder opgemerkt blijkt dat in de corona-crisis. De kritiek op medische experts en de soms felle maatschappelijke en politieke debatten horen bij de zoektocht naar de feiten in een crisissituatie waarin veel onzeker is.

Tegelijkertijd moeten we niet naïef zijn. De sluimerende maatschappelijke onvrede bij bepaalde groepen burgers kan verder worden aangewakkerd door misbruik van steeds verfijndere technieken die erop gericht zijn om twijfel en verdeeldheid te zaaien. Dat kan een giftig mengsel opleveren met potentieel ernstige gevolgen. De Nationale Coördinator Terrorismebestrijding (NCTV) heeft onlangs in relatie tot de coronacrisis gewezen op de maatschappelijke effecten van desinformatie en complottheorieën die in sterke mate worden gefaciliteerd en gemobiliseerd door sociale media. Dat versterkt polarisatie en leidt in een enkel geval tot verharding, intimidatie of (oproepen tot) geweld.⁶² Volgens de NCTV kan dit een voedingsbodem vormen voor radicaliseringsprocessen.

De technologische ontwikkelingen geven daaraan bovendien een sterke internationale dimensie. Er is een groeiende geopolitieke strijd ontstaan waarin verspreiding en sturing van informatie een cruciale rol spelen en de beschikbare technologie nieuwe mogelijkheden biedt om democratische

⁵⁸ Artikel 2:20 BW. Zie Th.L. Bellekom, *Partijverboden*, Staatskundig Jaarboek 1982-1983, Leiden 1982, p. 113-146, J. Eskes, *Repressie van politieke bewegingen in Nederland*, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1988, m.n. p. 565 e.v. Uit deze literatuur blijkt dat in westerse democratieën daarin verschillende keuzes worden gemaakt. Zie Bellekom over de modellen in de VS ('free market place of ideas') en Duitsland ('streitbare Democratie'). Voor een andere benadering B.R. Rijkema, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische controle, diss*, Leiden University 2015. Zie voorts Staatscommissie parlementair stelsel, a.w., p. 220-229.

⁵⁹ EHRM 13 februari 2003, AB 2003, 152 (Refah). Zie ook European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports concerning Political Parties*, Straatsburg 15 maart 2016, CDL-PI (2016)003, www.venice.coe.int.

⁶⁰ Bas Heijne, a.w., p. 31-32.

⁶¹ Daarbij spelen algoritmes een rol. Zie over de grondrechtelijke implicaties daarvan, in het bijzonder met betrekking tot de vrijheid van meningsuiting M.J. Vetzo, J.H. Gerards, R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Boom juridisch Den Haag 2018, p. 150 e.v.

⁶² NCTV, *Dreigingsbeeld Terrorisme Nederland 53*, Den Haag 15 oktober 2020, p. 34 e.v. Aanbegebeden aan de Tweede Kamer

processen van buiten af te beïnvloeden. Europese democratieën zullen zich daartegen moeten wapenen. Het is dan ook terecht dat door regering en parlement in Nederland én door de Europese instellingen veel aandacht wordt gegeven aan de problematiek.

31. Vanuit dit perspectief bezien heeft de Staatscommissie parlementair stelsel haar rapport van 2018 dan ook terecht in de sleutel geplaatst van de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat. Als een van de bedreigingen ziet de commissie de opkomst en ontwikkeling van digitale verkiezingscampagnes waarbij commerciële bedrijven met behulp van ondoorzichtige algoritmes op grootschalige wijze persoonsgegevens verwerken. Zij legt met name de nadruk op het gebrek aan transparantie. Alleen al de indruk dat onzichtbare geldstromen en netwerken door middel van gericht gebruik van persoonsgegevens het publieke debat en de opvattingen en gevoelens van kiezers op een heimelijke manier kunnen beïnvloeden, is in de ogen van de commissie schadelijk voor het vertrouwen in het democratisch proces.⁶³

32. Het dilemma waar we in dat kader voor staan komt in abstracto neer op de klassieke vraag in hoeverre in een democratie de grondrechtelijke vrijheden mogen (of moeten) beperken van individuen en organisaties die diezelfde democratie bedreigen. Als die beperkingen te ver gaan kunnen zij op hun beurt de democratie aantasten. Grote zorgvuldigheid is hier geboden. Tegen die achtergrond toetst het EHRM in de hiervoor al genoemde rechtspraak een door de staat opgelegd verbod om een politieke partij te verbieden zeer strikt aan de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) en de vrijheid van vereniging (art. 11 EVRM).

In het debat over de bestrijding van misbruik van het internet is een relevant element dat de overheid zelf ook gebruik maakt van moderne technieken en daarbij soms in strijd handelt met het EVRM. De Rechtbank Den Haag oordeelde de wet die de inzet van het Systeem Risico Indicatie (SyRI) ter bestrijding van fraude op het terrein van uitkeringen, toeslagen en belastingen, in strijd met artikel 8 EVRM. Deze wet die het mogelijk maakte langs digitale weg bestanden te koppelen en met behulp van algoritmen data te analyseren, was volgens de rechter voor de burger, mede gelet de AVG neergelegde beginselen van doelbinding en dataminimalisatie, onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar.⁶⁴ Ook op andere beleidsterreinen maakt de overheid gebruik van moderne datatechnologieën. Voorbeelden zijn het strafrecht⁶⁵ en de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.⁶⁶ Deze ontwikkelingen zijn in juridische zin verre van uitgekristalliseerd.⁶⁷ Het illustreert dat de rol van de overheid bij de beperking en regulering van digitale technologieën in een breder perspectief moet worden geplaatst.

33. Hoe de toelaatbaarheid van bestrijding van desinformatie in het licht van het EVRM moet worden beoordeeld is onzeker. Vast staat dat de vrijheid van meningsuiting ruim moet worden uitgelegd; zij omvat blijkens artikel 10, eerste lid, EVRM ook het recht om inlichtingen te ontvangen of te verstrekken. Het grondrecht beschermt dus niet alleen 'meningen' maar ook feitelijke informatie. Uit dat grondrecht vloeien voor de overheid verschillende, niet persé steeds parallel lopende verplichtingen voort. Van oudsher voorop staat de onthoudingsplicht. Deze wordt in de rechtspraak ook als het gaat om de beperking van de informatievrijheid strikt uitgelegd. Aannemelijk is dat een wettelijke beperking van het verspreiden van desinformatie die *alleen* gebaseerd is op het feit dat de informatie onjuist of misleidend is, op gespannen voet staat met artikel 10 EVRM.⁶⁸

⁶³ Staatscommissie parlementair stelsel, a.w., p. 236.

⁶⁴ Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, AB 2020, 236 m.n. H.B. van Kolschooten.

⁶⁵ M. Hillebrandt, Data-Gestuurde Intelligentie in het strafrecht, Preadvies NJV 2016, Wolters Kluwer Deventer 2016, p. 137 e.v.

⁶⁶ Artikel 48-50 WIV 2017. In deze artikelen van de zogeheten 'sleepnetwet' is de omstrede onderzoeksopdrachtgerichte interceptie geregeld.

⁶⁷ Zie ook WRR-rapport nr. 95, Big data in een vrije en veilige samenleving, Den Haag 2016.

⁶⁸ EHRM 6 September 2005, Salov v. Ukraine, r.o. 113. Zie uitgebreider Joris van Hoboken, Naomi Appelman, Ronan Ó Fathaigh, Paddy Leerssen, Tarlach McGonagle, Nico van Eijk, Natali Helberger, Het juridisch kader voor

Dat is echter niet het hele verhaal. De vrijheid van meningsuiting brengt volgens vaste rechtspraak niet alleen een onthoudingsplicht met zich maar ook een positieve verplichting om effectief pluralisme in het publieke debat te garanderen.⁶⁹ Dit impliceert dat wanneer financieel machtige groepen 'competitive advantages in the area of paid advertising' verkrijgen, dit kan leiden tot een beperking van een vrij en pluralistisch debat en de staat in die situatie de verplichting kan hebben in te grijpen om pluralisme op een effectieve wijze te garanderen.⁷⁰ Gelet daarop heeft het EHRM in het arrest *Animal Defenders v. the United Kingdom* in 2013 een verbod van betaalde politieke advertenties op TV en radio onder bepaalde voorwaarden in overeenstemming geacht met artikel 10 EVRM.⁷¹ Hoe het EHRM anno 2020 over online politieke advertenties zou oordelen is onzeker; in 2013 maakte het EHRM nog een expliciet onderscheid tussen TV en radio enerzijds en internet anderzijds.⁷²

De mogelijke onduidelijkheid van het EVRM heeft niet in de weg gestaan aan diverse initiatieven van de Europese Unie. Op initiatief van de Europese Commissie is in 2018, mede met het oog op de Europese verkiezingen in 2019, een Actieplan tegen desinformatie gepubliceerd.⁷³ Dit plan is echter breed opgezet en bevat acties en initiatieven die gericht zijn tot de EU-instituten, de lidstaten en de private sector. Met het oog op die sector is eveneens in 2018 een Gedragscode tegen Desinformatie vastgesteld.⁷⁴

34. Gelet op de betrekkelijk recente opkomst van de in dit preadvies geschetste ontwikkelingen is het niet verwonderlijk dat de precieze grenzen van wat een overheid in een democratische rechtsstaat wel en niet mag doen ter bestrijding van desinformatie of beperking van politieke advertenties, nog niet vast staan. Nader onderzoek en publiek debat is nodig. Daarbij dient ook in aanmerking te worden genomen dat, zoals blijkt uit onderzoek van het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit Amsterdam⁷⁵, er op dit complexe en veelomvattende terrein al veel nationale en Europese regels zijn die voorwaarden en grenzen stellen aan het verzamelen, verwerken en verspreiden van informatie. Nader bezien moet worden hoe eventuele aanvullende regels zich daartoe verhouden.

Een bijzondere wet waarin de EU zich nadrukkelijk onderscheidt van onder de meer de VS is de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).⁷⁶ Deze verordening bevat geen specifieke

de verspreiding van desinformatie via internetdiensten en de regulering van politieke advertenties, IViR Amsterdam 2019, p. 40 e.v.

⁶⁹ EHRM 19 September 2009, *Manole and Others v. Moldova*, r.o. 95-99. Het belang van pluralisme in een democratische rechtsstaat is reeds in eerdere rechtspraak in het licht van artikel 10 en 11 EVRM benadrukt. Zie reeds EHRM 7 december 1976, *Handyside v. the United Kingdom*, par. 49 en later in relatie tot partijverboden EHRM 30 januari 1998, *United Communist Party v. Turkey*, par. 43 en EHRM 13 februari 2003, *Refah Partisi v. the United Kingdom*, par. 89. Zie verder uitgebreid hierover met verwijzing naar meer rechtspraak P.E. de Morree, *Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens als hoeder van de democratie*, in: M. Duchateau & P. Kingma (red.), *Regt spreken volgende de wet? Bijdragen over de staatsrechtelijke positie van de (Europese) rechter*, Wolf Legal Publishers Nijmegen 2013, p. 51-72.

⁷⁰ EHRM 22 april 2013, *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, r.o. 112

⁷¹ *Idem*, r.o. 113-125. Het betrof hier een toetsing aan de proportionaliteit in het kader van artikel 10, tweede lid, EVRM. Hierover Tom Dobber, Ronan Ó Fathaigh, Frederik J. Zuiderveen, *The regulation of online political micro-targeting in Europe*, *Internet Policy Review* 2019 nr. 4, p. 8 e.v. en Joris van Hoboken, Naomi Appelman, Ronan Ó Fathaigh, Paddy Leerssen, Tarlach McGonagle, Nico van Eijk, Natali Helberger, *Het juridisch kader voor de verspreiding van desinformatie via internetdiensten en de regulering van politieke advertenties*, IViR Amsterdam 2019, p. 47 e.v.

⁷² *Idem*, r.o. 119.

⁷³ Joint Communication to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Action Plan against Disinformation*, Brussels, 5.12.2018 JOIN(2018) 36 final. Zie eerder de Communicatie van de Europese Commissie, *Tackling online disinformation: a European Approach*, Brussels, 26.4.2018, COM(2018) 236 final.

⁷⁴ EU Code of Practice on Disinformation, 26 september 2018, www.ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation.

⁷⁵ Joris van Hoboken, Naomi Appelman, Ronan Ó Fathaigh, Paddy Leerssen, Tarlach McGonagle, Nico van Eijk, Natali Helberger, *Het juridisch kader voor de verspreiding van desinformatie via internetdiensten en de regulering van politieke advertenties*, IViR Amsterdam 2019, p. 60-107. Zie de reactie daarop van de regering, Kamerstukken II 2019-2020, 30821, nr. 112, p. 5-9.

⁷⁶ H.R. Kranenburg, L.F.M. Verhey, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming in Europees en Nederlands perspectief*, Wolters Kluwer Deventer 2018, 481 pp.

regels over desinformatie of politiek adverteren maar wel algemene regels met betrekking tot de juistheid van gegevens⁷⁷, transparantie⁷⁸ en doelbinding⁷⁹. Ook kent de AVG rechten toe aan de burger en bevat het voorschriften over handhaving en toezicht. Recentelijk hebben toezichthouders op zowel Europees niveau (EDPB, EDPS) als op nationaal niveau (AP) initiatieven ontplooid om het gebruik van persoonsgegevens in het kader van politieke campagnes⁸⁰ en online manipulatie van informatie⁸¹ aan voorwaarden te verbinden. Omdat de AVG nog maar pas van kracht is, moet nog blijken welke effecten de AVG en het daarop gebaseerde toezicht op de verwerking van persoonsgegevens in deze context zullen hebben.⁸²

35. Gelet op de hiervoor beschreven ontwikkelingen richt het politieke debat zich terecht op de bestrijding van desinformatie en de mogelijke regulering van politieke 'microtargeting'. De Staatscommissie parlementair stelsel heeft daartoe voorstellen gedaan. Deze lopen langs drie lijnen.⁸³

In de eerste plaats pleit zij voor een verplichting tot transparantie voor zowel politieke partijen als digitale platforms zodat burgers politieke advertenties als zodanig kunnen herkennen. Ook moeten burgers worden geïnformeerd over waarom juist zij de advertentie krijgen en wie daarvoor betaald heeft. Voorts stelt de commissie een wettelijke regeling voor op grond waarvan politieke advertenties op digitale platforms slechts tot een bepaald maximumpercentage gericht mag worden aangeboden aan een bepaalde groep gebruikers. Het resterende deel moet aan willekeurige gebruikers worden gestuurd. Het doel daarvan is dat verschillende groepen burgers in aanraking komen met dezelfde politieke boodschap. Ook kan het in de visie van de commissie voorkomen dat politieke partijen in de verleiding komen om buiten de openbaarheid onderlinge tegenstrijdige standpunten in te nemen. Ten slotte adviseert de commissie tot instelling van een onafhankelijke toezichthouder. Deze zou toezicht moeten houden op de naleving van bovengenoemde verplichtingen.

De regering heeft in reactie daarop deze voorstellen in beginsel ondersteund.⁸⁴ Zij heeft aangegeven dat de in voorbereiding zijnde Wet op de politieke partijen regels zal bevatten over (digitale) politieke campagnes en microtargeting. Het doel daarvan is verhoging van transparantie.⁸⁵ Met het oog op de Tweede Kamer verkiezingen in maart 2021 heeft de regering nadere maatregelen aangekondigd om digitale risico's voor de verkiezingen en het daarmee verband houdende democratische proces te beperken.⁸⁶

⁷⁷ Artikel 5, eerste lid, onder d AVG

⁷⁸ Artikel 5, eerste lid onder a en artikel 12-14 AVG.

⁷⁹ Artikel 5, eerste lid onder b AVG. Zie ook artikel 5, eerste lid, onder c-e en 6, eerste en derde lid AVG. Zie ook artikel 9, tweede lid, onder d AVG als het gaat om gegevens met betrekking tot politieke opvattingen.

⁸⁰ EDPB Verklaring 2/2019 over het gebruik van persoonsgegevens in de loop van politieke campagnes, 13 maart 2019, www.edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb-2019-03-13-statement-on-elections_nl.pdf. Zie voorts Nieuwsbericht AP dd.15 februari 2019 'Verkennd onderzoek naar gebruik van persoonsgegevens in verkiezingscampagnes', www.autoriteitpersoonsgegevens.nl. (ook vermeld in Jaarverslag AP 2019 p. 24-25). Zie in het Verenigd Koninkrijk de Information Commissioner's Office, Democracy disrupted. Personal information and political influence, London 2018.

⁸¹ EDPS Opinion on online manipulation and personal data nr. 3/2018, 19 maart 2018, www.edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-03-19_online_manipulation_en.pdf. Een Nederlandse samenvatting is te vinden in Publicatieblad EU C233/8.

⁸² Zie verder over de AVG in dit verband Tom Dobber, Ronan Ó Fathaigh, Frederik J. Zuiderveen, The regulation of online political micro-targeting in Europe, Internet Policy Review 2019 nr. 4, p. 5-7. en Joris van Hoboken, Naomi Appelman, Ronan Ó Fathaigh, Paddy Leerssen, Tarlach McGonagle, Nico van Eijk, Natali Helberger, Het juridisch kader voor de verspreiding van desinformatie via internetdiensten en de regulering van politieke advertenties, IViR Amsterdam 2019, p. 63-65.

⁸³ Staatscommissie parlementair stelsel, a.w., p. 231-246. Zie verder Tom van der Meer, Microtargeting en de bescherming van de publieke sfeer, in: Jeroen de Ridder, Rens Vliegthart en Jasper Zuure (red.), Doen, durven of de waarheid? Democratie in digitale tijden, p. 273 e.v.

⁸⁴ Kamerstukken II 2018-2019, 34430, nr. 10, p. 11-12.

⁸⁵ Kamerstukken II 2019-2020, 34430, nr. 16, p. 4.

⁸⁶ Kamerstukken II 2020-2021, 30821 en 35165, nr. 118. Zie voorts de brief van 16 november waarin de minister een gedragscode aankondigt om de transparantie van politieke advertenties te bevorderen: Kamerstukken II 2020-2021, 30281, nr. 119.

6. Representatie: 'samen voor ons eigen'⁸⁷

36. Hiervoor kwam via Van Middelaar al aan de orde dat in de politiek op verschillende manieren met de feiten kan worden omgegaan. Sommige politici hebben lak aan of zijn niet geïnteresseerd in de feiten; zij bedrijven 'factfree politics'. Anderen verschuilen zich achter 'de' feiten om achterliggende politieke keuzes te verhullen; zij degraderen politiek tot technocratisch beleid. Beide vormen van politiek bedrijven zijn problematisch. Maar zij versterken elkaar ook: 'politiekvrij' beleid roept feitenvrije politiek op.

Er zijn dus verschillende factoren in het spel die op uiteenlopende manieren op elkaar inwerken. Bestrijding van desinformatie of regulering van online politiek adverteren ('micro targeting') zijn in dat kader van belang maar daarop gerichte maatregelen zijn niet afdoende. Er zal in een bredere zin gekeken moeten worden naar de manier waarop politiek en feiten zich tot elkaar verhouden. Dat vergt (niet alleen maar) óók een nadere doordinking van constitutionele uitgangspunten.

37. Hiervoor kwam naar voren dat parlementaire besluitvorming een in een democratische rechtsstaat onmisbare pijler is om op vreedzame wijze maatschappelijke tegenstellingen te overbruggen. Het ligt dan ook voor de hand om voor de genoemde nadere doordinking de representatieve democratie zoals die in de Grondwet is verankerd⁸⁸, als vertrekpunt te nemen.⁸⁹ Hoe komt die representatieve functie in ons staatsbestel tot uitdrukking?

Artikel 53, eerste lid, Grondwet bepaalt dat de leden van Tweede en Eerste Kamer binnen door de wet te stellen grenzen worden gekozen op de grondslag van evenredige vertegenwoordiging. De veronderstelling zou kunnen zijn dat een stelsel van evenredige vertegenwoordiging in de praktijk minder snel leidt tot 'factfree politics' dan een meerderheidsstelsel. De recente ervaringen met de presidentsverkiezingen in de VS voeden die veronderstelling. In een tweestrijd op het scherpst van de snede is al snel sprake van sterke polarisatie waarbij de emoties hoog oplopen.⁹⁰ In die atmosfeer nemen kandidaten het wellicht minder nauw met de feiten.

Daarnaast is de vraag of in een situatie waarin twee kandidaten tegenover elkaar staan de echte maatschappelijke tegenstellingen niet aan het zicht worden onttrokken. In het openbaar zullen kandidaten geneigd zijn zich over inhoudelijke thema's niet al te duidelijk uit te spreken om de verschillende groepen kiezers niet tegen zich in het harnas te jagen. Daartoe blijft de campagne echter niet toe beperkt. Hiervoor is beschreven hoe potentiële kiezers door 'micro targeting' potentiële kiezers kunnen worden benaderd met specifiek op hun persoon gerichte politieke advertenties.⁹¹ Hoe dat gebeurt en hoe de verschillende boodschappen die van een en dezelfde partij afkomstig kunnen zijn, zich tot elkaar verhouden is niet transparant. Als dat niet in het openbaar gebeurt kan er ook geen publiek debat over worden gevoerd en kunnen politieke partijen ook moeilijker ter verantwoording worden geroepen.⁹²

⁸⁷ Naar Jacobse en van Es (van Kooten en de Bie).

⁸⁸ G. Boogaard, *De Grondwet waarborgt de 'gemengde democratie'*. Over de zoektocht naar de gecodificeerde democratie, *RM Themis* 2018, p. 246 e.v. Hij beargumenteert dat sinds de grondwetsherziening van 1983 naast de representatieve democratie (bestaande uit de parlementaire en de partijendemocratie) gelet op artikel 4 en 130 Grondwet ook de 'plebiscitaire identiteitsdemocratie' in de Grondwet is gewaarborgd. Zijn overigens fraaie betoog acht ik niet overtuigend. Zie uitgebreider L.F.M. Verhey, *Burgerparticipatie: bindmiddel of slijtzwam?* (wordt gepubliceerd begin 2021).

⁸⁹ Daarbij laat ik buiten beschouwing de mogelijkheid om de volksvertegenwoordiging (deels) op een andere wijze samen te stellen dan door verkiezingen. Zie voor een alternatieve benadering het bekende werk van David Van Reybrouck, *Tegen verkiezingen*, De Bezige Bij Amsterdam 2013.

⁹⁰ Mogelijk was in Nederland de sterk emotionele en polariserende campagne voorafgaande aan de verkiezingen van 1913 reden om bij de grondwetsherziening van 1917 het meerderheidsstelsel in te ruilen voor het stelsel van evenredige vertegenwoordiging. Zie in deze zin A.M. Donner, *Iets over kiesstelsels*, Mededelingen KNAW Afd. Letterkunde, Nieuwe reeks deel 30 nr. 5, Amsterdam 1967, p. 153-154.

⁹¹ Peter Pomerantsev, *Dit is geen propaganda; de oorlog tegen de waarheid*, Hollands Diep Amsterdam 2019, p. 219-220. Zijn stelling is dat het populisme dat op deze manier met succes stemmen heeft verworven geen signaal is dat 'het volk' zich als eenheid manifesteert maar een consequentie van het feit dat 'het volk' meer versplinterd is dan ooit. Zie verder hiervoor par. 4.

⁹² Jamie Bartlett, a.w., p. 84-85.

38. Verondersteld zou kunnen worden dat in een stelsel van evenredige vertegenwoordiging dat effect minder sterk zal zijn. De behoefte aan verspreiding van sterk uiteenlopende digitale boodschappen 'onder water' is wellicht minder groot omdat 'one issue' partijen gemakkelijker in het parlement kunnen komen en om dat doel te bereiken zich in de verkiezingscampagnes daarop vooral (of in elk geval ook) in het openbaar zullen profileren. Anderzijds kunnen ook in een stelsel van evenredige vertegenwoordiging de partijen die mikken op een breder publiek er belang bij hebben om online uiteenlopende persoonsgerichte advertenties te verspreiden.

Voor deze veronderstellingen is voor zover mij bekend weinig empirisch bewijs beschikbaar; meer onderzoek is waarschijnlijk nodig. Daarbij komt dat zoals bekend aan het stelsel van evenredige vertegenwoordiging ook bepaalde nadelen kleven. Door de noodzaak van coalitievorming kan sprake zijn van politieke instabiliteit en verminderde slagvaardigheid. Toenemende fragmentatie in het parlement kunnen die nadelige effecten vergroten. In een situatie van politieke verdeeldheid zal het moeilijk zijn om duurzaam, effectief en uitvoerbaar regeringsbeleid tot stand te brengen. Dat is een risico; een overheid die op grond van zijn wettelijke taken niet tijdig voor burgers zichtbare prestaties levert kan nieuwe maatschappelijke onvrede oproepen. Zoals hiervoor aan de orde kwam kan daardoor gemakkelijker een politiek klimaat ontstaan waarin een gemeenschappelijk erkende realiteit minder gemakkelijk kan worden bereikt.

39. Het debat over 'factfree politics' richt zich in de praktijk vaak op de verspreiding van desinformatie en politieke advertenties voorafgaand aan verkiezingen. Dat is begrijpelijk; het democratisch proces is op dat voor de machtsverhoudingen bepalende moment bij uitstek kwetsbaar. We weten inmiddels uit de recente ervaringen in de VS dat ook de periode kort na de verkiezingen van elementair belang is. Ook hier spelen de sociale media een belangrijke rol. Door de beschreven werking van manipulerende digitaliseringstechnieken is het niet alleen beter mogelijk geworden om politieke keuzes heimelijk te beïnvloeden maar ook twijfel te zaaien of de verkiezingen überhaupt eerlijk en fair zijn geweest.⁹³

Maar van belang is ook wat er, veel breder, gedurende de gehele zittingsperiode van het gekozen parlement gebeurt. In dat kader rijst de vraag hoe volksvertegenwoordigers hun vertegenwoordigende functie uitoefenen en wat in dat verband onder 'vertegenwoordiging' of 'representatie' moet worden verstaan.

40. Artikel 50 Grondwet bepaalt dat de Staten-Generaal het gehele Nederlandse volk vertegenwoordigen.⁹⁴ Deze bepaling moet gelezen worden in samenhang met artikel 67, derde lid, Grondwet. Daarin staat dat de leden van de Staten-Generaal stemmen 'zonder last'. Uit deze bepalingen wordt in onderlinge samenhang afgeleid dat volksvertegenwoordigers het algemeen belang moeten behartigen en op grond hiervan zelfstandig tot besluitvorming moeten komen op basis van een eigen oordeel over wat, in de terminologie van de Grondwet, voor 'het gehele Nederlandse volk' noodzakelijk is.

De Staatscommissie parlementair stelsel heeft in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen andere accenten gelegd. Zij stelt dat de parlementaire democratie op dit moment niet voor iedereen goed werkt en dat burgers voor wie dat geldt dreigen af te haken van de politiek of al afgehaakt zijn.⁹⁵ Dat komt omdat, wat de commissie noemt, de inhoudelijke representatie tekortschiet. Inhoudelijke representatie houdt volgens de commissie in 'dat de politieke opvattingen van kiezers in het parlementaire debat terugkeren, dat hun belangen effectief worden behartigd en dat de uitkomsten van het democratisch proces aansluiten bij wat zij verwachten en

⁹³ Jamie Bartlett, a.w., p. 83. Uit peilingen na de presidentsverkiezingen van 3 november 2020 zou zijn gebleken dat nog maar 34% van de Republikeinse kiezers vertrouwen heeft in het kiesstelsel en dat 70% de verkiezingen van 2020 'niet eerlijk of vrij vond'. Zie Bas Blokker, Schizofrenie beheerst Trumps nadagen, NRC 14-15 november 2020, p. 5 en Trump-fans demonstreren tegen 'gestolen verkiezingen, NRC 16 november 2020, p. 5.

⁹⁴ Zie ook L.F.M. Verhey, Burgerparticipatie: bindmiddel of splijtzwam? (publicatie voorzien begin 2021).

⁹⁵ Staatscommissie parlementair stelsel, a.w., p. 100.

verlangen'.⁹⁶ Volgens de commissie is dat onvoldoende het geval; de politieke besluitvorming op belangrijke politieke thema's als integratie, immigratie en Europa sluit niet goed aan bij de opvattingen daarover van bepaalde groepen, met name laagopgeleide, kiezers.⁹⁷

Op deze opvatting is vanuit staatsrechtelijk perspectief kritiek geuit.⁹⁸ Deze komt erop neer dat de volksvertegenwoordigers in de visie van de Staatscommissie alleen de spreekbuis zijn van hun kiezers en daarom niet meer zelfstandig tot een oordeel kunnen komen over wat in het algemeen belang nodig is; volksvertegenwoordigers zijn alleen nog maar vertolkers van deelbelangen. Een dergelijk concept van representatie zou feitelijk neerkomen op een informele wijziging van de Grondwet.⁹⁹

41. De heersende uitleg van artikel 50 jo. artikel 67, derde lid, Grondwet moet niet te absoluut te worden opgevat.¹⁰⁰ Het is niet zo dat op grond van deze bepalingen de rol van de kiezer in de representatieve democratie gereduceerd wordt tot het eenmaal in de vier jaar naar de stembus gaan en dat na de verkiezingen volksvertegenwoordigers geen acht meer mogen slaan op wat hun kiezers vinden. Vanzelfsprekend zullen volksvertegenwoordigers hun standpuntbepaling mede laten bepalen door wat er in hun achterban leeft.¹⁰¹ Maar kiezers zullen ook verwachten dat er resultaten worden geboekt. Dit veronderstelt dat vertegenwoordigers de vrijheid hebben en ook moeten nemen om tegenstellingen te overbruggen en compromissen te sluiten.¹⁰²

Vanuit dit gezichtspunt schiet het representatie-concept van de Staatscommissie door. Kiezers mogen inderdaad verwachten dat hun politieke opvattingen in het parlementaire debat doorklinken maar niet, zoals de commissie stelt, 'dat de uitkomsten van het democratisch proces aansluiten bij wat zij verwachten en verlangen'. In die zin zal de parlementaire democratie inderdaad niet steeds 'voor iedereen goed werken'. In een samenleving die sterk verdeeld is op tal van onderwerpen kan niet iedereen ('ieder een') altijd zijn zin krijgen. Iedereen zal regelmatig moeten inschikken. Het representatie-concept van de Staatscommissie bergt het risico in zich dat dat inzicht verwatert. Als volksvertegenwoordigers of fracties als spreekbuis van deelbelangen blijven hangen in hun eigen 'waarheid' verdwijnt de notie van het algemeen belang (het belang van het 'gehele Nederlandse volk') uit zicht en wordt politieke besluitvorming onmogelijk. Ook (of misschien juist) dan zullen kiezers afhaken.

Het ingewikkelde is tegelijkertijd dat in een samenleving die sterker gepolariseerd dreigt te raken doordat onder invloed van digitale technieken burgers in 'filterbubbels' een eigen werkelijkheid

⁹⁶ Staatscommissie parlementair stelsel, a.w., p. 135-136.

⁹⁷ Staatscommissie parlementair stelsel, a.w., p. 58-59 en (in het kader van het referendum) p. 135-138. Zie in het kader van het referendum ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State bij het initiatiefvoorstel tot wijziging van de Grondwet in verband met het correctief referendum: Kamerstukken II 2019-2020, 35129, nr. 4, p. 8-10.

⁹⁸ E.Y. van Vugt, Versterking van de democratie: parlementaire vertegenwoordiging volgens de Staatscommissie, TvCR 2019, p. 116-132 en A. Kok, Naar een volksdemocratie? Het rammelende representatie-concept van de commissie-Remkes, De Hofvijver 2020, Jaargang 10, nr. 108, www.montesquieu-instituut.nl. Zie verder over representatie R. Kleijkers, Stemmen zonder last. De functie van het vrije mandaat in het hedendaagse staatsrecht (diss.) Universitaire Pers Maastricht, p. 42-50 en H.F. Pitkin, The concept of representation, Berkely 1967.

⁹⁹ In algemene zin daarover R. Passchier, Informal constitutional change. Constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective, Meijers Instituut-reeks 2017 nr. 292, Leiden 2017.

¹⁰⁰ Die relativering geldt ook met het oog op de in de praktijk werkende fractiediscipline. Artikel 67, derde lid, Grondwet staat fractiediscipline toe, zij het dat genoemde bepaling in laatste instantie het individuele Kamerlid beschermt. Zie hierover Roel Schutgens, Politieke partij, vrij mandaat en zetelroof, in: Hansko Broeksteeg, Ronald Tinnevelt (red.), Politieke partijen als anomalie van het Nederlandse staatsrecht, Wolters Kluwer Deventer 2015, p. 189-211, C. Smit, De last van het compromis, AA 2020, p. 243-254.

¹⁰¹ P.P.T. Bovend'Eert, H.R.B.M. Kummeling, Het Nederlandse parlement, Wolters Kluwer Deventer 2017, p. 11.

¹⁰² A. Kok, Herinnering aan de rechtsstaat. Pleidooi voor openbaar bestuur, Trancity 2018 m.n. p. 42. Zie ook A.M. Donner, Over representatie, in: Tussen het echte en het gemaakte. Uit de geschriften van prof. mr. A.M. Donner, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1986, p. 109: 'Ook de representant, die zich in de eerste plaats vertegenwoordiger voelt van een bepaald district of een bepaalde sociale of andersoortige groep, zal om zijn medevertegenwoordigers te overtuigen een beroep moeten doen niet op zijn eigen specifieke doeleinden, maar moeten appelleren aan doelstellingen en maatstaven, die in beginsel aan allen gemeen zijn, althans gemeen behoren te zijn'.

ontwikkelen en daaraan op sociale media niet zelden emotioneel ruchtbaarheid aan geven, de druk op volksvertegenwoordigers zal toenemen om tot het bitterende eind de belangen van de eigen achterban te blijven behartigen. Die werkelijkheden blijken vervolgens steeds moeilijker bij elkaar gebracht te kunnen worden.¹⁰³ Zo ontstaan tegenstrijdige verlangens. Kiezers verlangen prestaties van de overheid maar die prestaties kunnen door een gebrek aan consensus steeds moeilijker worden bereikt.

42. Om het gebrek aan inhoudelijke representatie te compenseren stelt de commissie een bindend correctief wetgevingsreferendum voor.¹⁰⁴ Daartoe is inmiddels een grondwetswijziging aanhangig.¹⁰⁵ Inderdaad kan als voordeel van het voorgestelde referendum worden beschouwd dat in de parlementaire democratie, zoals de commissie het noemt, een ventiel of veiligheidsklep¹⁰⁶ wordt ingebouwd waarmee maatschappelijke onvrede over bepaalde thema's kan worden gekanaliseerd. Daarbij is van belang dat bij referenda, ook als kiezers daar in de praktijk niet altijd gebruik van maken, alle kiesgerechtigden een gelijke stem hebben ('one man, one vote').¹⁰⁷ Vanuit dit perspectief zou het de legitimiteit van de representatieve democratie kunnen bevorderen en het risico van politieke instabiliteit kunnen verminderen.¹⁰⁸

In hoeverre het voorgestelde referendum inderdaad de beoogde ventiel functie kan vervullen, zal moeten blijken. Omdat bij referenda de opkomst soms laag is (doorgaans veel lager dan bij verkiezingen voor de Tweede Kamer), is twijfelachtig of de potentiële 'afhakkers' in grote getale naar de stembus zullen gaan.¹⁰⁹ Daarnaast is goed denkbaar dat de maatschappelijke onvrede in bepaalde gevallen juist niet af- maar toeneemt. Omdat het referendum een digitale uitkomst kent (ja of nee) en in die zin onvermijdelijk een ongenueanceerd instrument is, zal bij een relatief grote minderheid het gevoel kunnen blijven hangen dat met haar opvatting niet of onvoldoende rekening is gehouden.

Maar daar blijft het niet bij. Bij een negatieve referendumuitslag zullen ook degenen die tot de 'winnende' meerderheid behoren gemakkelijk teleurgesteld raken. Dat hangt samen met het feit dat niet volledig duidelijk zal kunnen worden welke motieven aan hun tegenstem ten grondslag hebben gelegen. Deze motieven kunnen sterk uiteenlopend en zelfs tegengesteld zijn. Evenmin helder zal daarom zijn of en hoe de tekortkomingen van de wet gerepareerd kunnen worden.

¹⁰³ Dat geldt soms ook (of misschien zelfs juist) voor de middenpartijen. Een recent voorbeeld is de toespraak van Gert-Jan Segers (fractievoorzitter CU in de Tweede Kamer en partijleider) tijdens het partijcongres op 21 november 2020 waarin hij stelt: 'Links heeft ons nodig, rechts zoekt onze hulp. Daardoor is onze invloed groter dan ons getal'. Daarom wordt volgens Segers de prijs voor deelname van de CU aan de volgende coalitie hoger. Zie NRC 23 november 2020, p. 11.

¹⁰⁴ Staatscommissie parlementair stelsel, a.w. p. 135 e.v.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2018-2019, 35129, nrs. 1-3 (initiatiefvoorstel van Raak). Het wetsvoorstel is inmiddels na amendering door de Tweede Kamer aanvaard. Zie uitgebreid over de brede context en de pro- en contra's van referenda het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, Kamerstukken II 2019-2020, 35129, nr. 4.

¹⁰⁶ Staatscommissie parlementair stelsel, a.w., p. 141.

¹⁰⁷ Dat kan niet gezegd worden van bepaalde vormen van burgerparticipatie. Omdat in de praktijk daarbij vooral goedopgeleide burgers participeren die normaal toch al aan hun trekken komen, ontstaat het risico van ongelijkheid tussen burgers en daarmee van verder toenemende maatschappelijke onvrede bij vooral sociaal zwakkere groepen. Zie M. Hurenkamp & E. Tonkens, Ontwerpprincipes voor betere burgerparticipatie, Bestuurskunde 2020, p. 54-63, m.n. p. 57 e.v. en T.W.G. van der Meer, De politieke participatie-paradox, in N.S. Efthymiou, J. Goossens, R. de Lange (red.), Democratie: nieuwe ontwikkelingen, Publicaties van de Staatsrechtkring, Staatsrechtconferenties nr. 21, Wolf Legal Publishers Oisterwijk 2018, p. 93-107. Zie ook Staatscommissie parlementair stelsel, a.w., p. 158.

¹⁰⁸ Lijphart wees reeds op het gevaar van instabiliteit van de 'karteldemocratie': A. Lijphart, Verzuiling, pacificatie en kentering in de Nederlandse politiek, Becht Haarlem 1992, p. 206-207. Zie in deze zin in relatie tot referenda Frank Hendriks, Koen van der Krieken & Charlotte Wagenaar, Democratische zegen of vlok? Aantekeningen bij het referendum, Amsterdam University Press 2017, p. 102.

¹⁰⁹ W. van der Brug en T.W.M. van der Meer, Referenda in de praktijk, RM Themis 2017, p. 149-150. Overigens lag dit voor de recente referenda in Nederland verschillend. Uit onderzoek komt naar voren dat de bevinding dat wantrouwende burgers minder vaak gaan stemmen wel gold voor het referendum over de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten maar niet voor het Oekraïne-referendum. Zie Matthijs Rooduijn, De populisme-referendum-paradox, stukroodvlees.nl/de-populismereferendum-paradox dd. 13 december 2018 (geraadpleegd op 12 november 2020)

Nieuwe onvrede over de representatieve democratie ligt op de loer.¹¹⁰ Zo is aannemelijk dat de minimale aanpassingen die aan de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zijn aangebracht na het afwijzende referendum in 2018, bij tegenstemmers niet tot grote tevredenheid zullen hebben geleid.

43. De vraag naar de mogelijke handelingsperspectieven werpt zijn schaduw vooruit tijdens de campagne voorafgaand aan het referendum. Omdat er bij een referendum maar twee mogelijkheden zijn (ja of nee) is het erop of eronder. Net als bij verkiezingen in een meerderheidsstelsel (vermoedelijk meer dan bij evenredige vertegenwoordiging) kan daardoor de verleiding ontstaan om al dan niet heimelijk via 'microtargeting' onjuiste en mogelijk ook onderling tegenstrijdige informatie te verspreiden naar verschillende groepen kiezers. Het hiervoor al genoemde Brexit-referendum in het Verenigd Koninkrijk in 2016 is het beruchtste voorbeeld; aannemelijk is dat een niet onaanzienlijk deel van de 'leave' stemmers op het verkeerde been is gezet door feitelijke onwaarheden die tijdens de campagne via sociale media op grote schaal zijn verspreid. Onjuiste informatie trok in die campagne veel publiciteit die mogelijk aanmerkelijke invloed heeft gehad op de uitkomst. Maar belangrijker is misschien nog dat de gepersonaliseerde, onderling uiteenlopende politieke advertenties door de 'leave' campagne 'onder de radar' zijn gecirculeerd. Bartlett heeft erop gewezen dat een gezamenlijk publiek debat daardoor onmogelijk wordt en er ook overigens geen publieke verantwoording over deze campagne strategie wordt afgelegd.¹¹¹

Dergelijke misstanden hebben zich bij de tot dusverre in Nederland gehouden referenda niet (of althans niet op die schaal) voorgedaan. Maar dat wil niet zeggen dat er op dit punt geen kritiek mogelijk is. Zo liet de campagne voor het Oekraïne-referendum van hetzelfde jaar uit een oogpunt van informatievoorziening te wensen over. Van der Meer stelt dat het gebrek aan discussie over mogelijke handelingsperspectieven tijdens de campagne (gericht op vragen als: moest worden afdwongen dat Oekraïne geen lid mag worden van de EU of moest het alleen gaan over het toen voorliggende Associatieakkoord? Moest Nederland het gehele akkoord tegenhouden of alleen op bepaalde onderdelen bezwaar maken en zo ja welke?) de uitkomst onnodig complex heeft gemaakt.¹¹² De hamvraag blijft daarbij echter of een kwalitatief beter debat dat probleem gaat verhelpen of dat het probleem (een mankerend handelingsperspectief ná de uitslag) inherent is aan het referenduminstrument zelf.

7. 'Mismatch' tussen wetgeving, beleid en uitvoering

44. Zoals gesteld kunnen het publieke debat en de politieke besluitvorming voor en na verkiezingen (en in de toekomst wellicht voor en na een referendum) het niet stellen zonder de feiten. De feiten die publieke instituties en kennisinstellingen met het oog op politieke besluitvorming inbrengen spelen weliswaar daarin een belangrijke rol maar die rol lijkt wel af te nemen.

Dat heeft te maken met het dagelijks functioneren van de representatieve democratie. Waar het op dit moment misgaat is de 'mismatch' tussen 'inputlegitimiteit' (het kiezersmandaat) en de 'outputlegitimiteit' (de geleverde prestaties).¹¹³ In het debat over de maatschappelijke onvrede en

¹¹⁰ De gevolgen van referenda voor de rol van politieke partijen in dit verband blijven buiten beschouwing. Kritisch hierover Gerrit Voerman, Tekortschietende representatie? Over politieke partijen, in Aalt Willem Heringa & Jan Schinkelshoek, Groot onderhoud of kruimelwerk. Ongevraagd advies op de aanbevelingen van de Staatscommissie Parlementair Stelsel, Montesquieu Reeks nr. 13, Boom juridisch Den Haag 2019, p. 75 e.v.

¹¹¹ Jamie Bartlett, a.w., p. 82-83. Deze wijst er overigens op dat alle partijen van links tot rechts gebruik maken van gepersonaliseerde advertenties. Hij noemt als voorbeeld de extreem partijdige, door miljoenen bekeken pro-Corbyn video in de verkiezingsstrijd met Theresa May die hij kwalificeert als 'emotive, misleading, mawkish and potentially offensive' (p. 80).

¹¹² Tom van der Meer. Niet de kiezer is gek, Spectrum Houten 2017, p. 100-102. Zie ook W. van der Brug en T.W.M. van der Meer, Referenda in de praktijk, RM Themis 2017, p. 150-151.

¹¹³ Het onderscheid tussen 'inputlegitimiteit' en 'outputlegitimiteit' is afkomstig van F.W. Scharpf, *Governing in Europe: effective and democratic?* Oxford University Press, New York 1999. Zie hierover Meike Bokhorst,

afnemende legitimiteit van de overheid zijn we vaak eenzijdig gericht op de inputlegitimiteit: hoe kunnen we ervoor zorgen dat de burger vooraf meer invloed kan uitoefenen op de politieke besluitvorming?

Dat is zonder meer, zoals uit het voorgaande al bleek, een belangrijke en relevante discussie. Maar de eveneens noodzakelijke aandacht voor de outputlegitimiteit sneeuwt onder. Daarbij gaat het vooral om het dagelijkse functioneren van de overheid in de directe relatie tot de burger. Ondanks alle mooie woorden over de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van wetgeving in abstracto lijken we als punt bij paaltje komt er maar niet goed in te slagen de prestaties van de overheid die burgers op grond van de wet zouden mogen verwachten, voldoende op orde te brengen.¹¹⁴ De rapportages van onder meer de Nationale ombudsman illustreren dat de overheid te vaak niet levert.¹¹⁵ Dat heeft (ook) te maken met hoe we bij de totstandkoming van wetgeving en beleid met de feiten omgaan.

45. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het wetgevingsproces. Wetten in formele zin worden op grond van artikel 81 Grondwet door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk vastgesteld. De Grondwet regelt slechts zeer ten dele wat bij (of krachtens) wet geregeld moet worden, noch regelt zij hoe de kwaliteit van de wetgeving moet worden gewaarborgd of aan welke beginselen of maatstaven een wet moet voldoen.¹¹⁶ Zij regelt alleen de procedure die bij de totstandkoming van wetgeving na indiening bij de Tweede Kamer moet worden gevolgd.¹¹⁷ Wel kan worden betoogd dat de wetgever gebonden is aan bepaalde ongeschreven rechtsbeginselen¹¹⁸ zoals de beginselen van zorgvuldigheid, rechtszekerheid en motivering.¹¹⁹ Voor een deel hangen zij samen met eisen die voortvloeien uit mensenrechten.

46. Sinds de negentiger jaren van de vorige eeuw¹²⁰ is binnen en deels ter nadere uitwerking van dit kader een algemeen wetgevingsbeleid ontwikkeld. Dit is neergelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving.¹²¹ Deze geven aan dat voordat besloten wordt om een wet tot stand te brengen onderzoek moet worden verricht. Een onderdeel daarvan is dat kennis wordt vergaard over de relevante feiten en omstandigheden met betrekking tot het onderwerp van de voorgenomen regeling.¹²² Deze kennis is noodzakelijk, zo licht de regering toe, om 'tot een verantwoorde besluitvorming te kunnen komen'. Voorts moet worden bezien welke neveneffecten kunnen optreden¹²³ en moeten de mogelijke lasten voor burgers, bedrijven en instellingen in kaart worden gebracht, alsmede voor de overheid zelf.¹²⁴ Daartoe is het noodzakelijk, zo blijkt uit de toelichting, dat in ieder geval bij ingrijpende voorstellen tijdig een uitvoeringstoets plaatsvindt. De

Bronnen van legitimiteit. Over de zoektocht van de wetgever naar zeggenschap en gezag, Boom Juridische uitgevers Den Haag 2014, p. 58 e.v.

¹¹⁴ Het is dus niet verwonderlijk dat er steeds meer aandacht is voor de verbetering van de slagvaardigheid ('outputlegitimiteit') van de overheid. Zie bijvoorbeeld Studiegroep Interbestuurlijke en Financiële verhoudingen, Als één overheid. Slagvaardig de toekomst tegemoet! 10 september 2020, www.overheidvanu.nl, Denkwerk, Publiek en effectief, het kan! Naar een hoogwaardige en robuuste publieke sector voor Nederland, Juli 2020, www.denkwerk.online.

¹¹⁵ Zie bijvoorbeeld Nationale ombudsman, Iedereen moet mee kunnen doen, Jaarverslag 2018.

¹¹⁶ Een uitzondering is artikel 1 Grondwet op grond waarvan de wetgever moet voldoen aan het daarin neergelegde gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod.

¹¹⁷ Artikel 82-88 Grondwet. Voorts regelt artikel 73, eerste lid, Grondwet dat de Raad van State of een afdeling van de Raad over voorstellen van wet moet worden gehoord. Artikel 120 Grondwet sluit toetsing van formele wetten aan de Grondwet uit. Dit impliceert dat ook toetsing aan algemene rechtsbeginselen is uitgesloten. Zie HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet).

¹¹⁸ S.E. Zijlstra, Wetgeven in een democratische rechtsstaat, in: S.E. Zijlstra (red.), Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid, Kluwer Deventer 2012, p. 87 e.v. Hij maakt duidelijk dat het bij de kwaliteitseisen die aan wetgeving worden gesteld deels gaat om rechtsbeginselen, deels om politieke desiderata. Zie in dezelfde publicatie ook F.J. van Ommeren, Algemeen wetgevingsbeleid, p. 107 e.v. en eerder J.J. Oostenbrink, Algemene beginselen van behoorlijke wetgeving?, Kluwer Deventer 1973.

¹¹⁹ Kees Waaldijk, Motiveringsplichten voor de wetgever, Koninklijke Vermande 1994, p. 47 e.v. en 175 e.v.

¹²⁰ Kamerstukken II 1990-1991, 22008, nrs. 1-2 (Zicht op wetgeving).

¹²¹ Stcr. 2017, 69426 (bijgewerkt tot en met de 10^e wijziging).

¹²² Ar 2.3.

¹²³ Ar 2.9.

¹²⁴ Ar 2.10. Zie ook Ar 2.7 als het gaat om de handhaafbaarheid.

Aanwijzingen bevatten ten slotte expliciete bepalingen over de bedrijfseffectentoets, de milieueffectentoets en de toets door middel waarvan de gevolgen voor decentrale overheden in kaart moeten worden gebracht.¹²⁵

In aanvulling hierop zal in de Aanwijzingen de zogeheten 'doenvermogenstoets' worden opgenomen. Deze is gebaseerd op het WRR-rapport 'Weten is nog geen doen' van 2017.¹²⁶ De WRR signaleert daarin dat de overheid steeds vaker van burgers verwacht dat ze zelfredzaam zijn op allerlei terreinen zoals gezondheid, persoonlijke financiën en de arbeidsmarkt. Die verwachtingen blijken in de praktijk, vooral op momenten dat het mensen tegenzit (echtscheiding, faillissement en ontslag), niet altijd realistisch. Soms is het de overheid zelf, aldus de WRR, die onvoldoende rekening houdt met verschillen in het doenvermogen van burgers, bijvoorbeeld als het gaat om digitale vaardigheden. Naar aanleiding daarvan zal in de Aanwijzingen worden voorgeschreven dat bij de voorbereiding van wetgeving systematischer gekeken wordt naar de mentale belasting van nieuwe regels voor de burger.¹²⁷

47. Een accurate voorspelling van effecten van voorgenomen wetgeving is bijzonder lastig. Wetgeven is 'sturen in de mist'.¹²⁸ De inschatting van de te verwachten effecten zal, hoe zorgvuldig ook uitgevoerd, niet altijd succesvol zijn. Ook zal de voorbereiding niet altijd volgens de door de Aanwijzingen voorgeschreven gedragslijn kunnen verlopen. De politieke rationaliteit (vergelijk Snellen hiervoor¹²⁹) zal soms andere eisen stellen zodat de mogelijkheid om de feiten grondig te onderzoeken, te analyseren en te wegen, niet altijd zal bestaan. Dat is inherent aan politiek en volstrekt legitiem. Zoals met alle idealen zal ook het streven naar 'evidence based' wetgeven dus niet altijd kunnen worden gehaald.

48. De vraag is echter of de balans tussen de verschillende rationaliteiten in het wetgevingsproces niet verstoord is geraakt. In een recente, onder verantwoordelijkheid van de ABD uitgevoerde analyse komt naar voren dat grote uitvoeringsorganisaties mede als gevolg van de toenemende stapeling van beleid, wet- en regelgeving in de praktijk ernstige problemen ondervinden.¹³⁰ Versplintering van het politieke landschap met in akkoorden vastgelegde compromissen als gevolg, hebben geleid tot meer en complexere regelgeving en tot tussentijdse wijzigingen daarvan, zo wordt gesteld in het rapport. De uitvoerbaarheid heeft daarbij niet voorop gestaan. Vervolgens wordt er wel druk op de uitvoering uitgeoefend om snel tot implementatie en uitvoering van de nieuwe regels over te gaan. De uitvoerbaarheid wordt vervolgens verder gecompliceerd doordat tijdens de parlementaire behandeling ervoor wordt gepleit om voor specifieke groepen burgers iets te regelen; dat kan worden gezien als een uitvloeisel van de gangbaarder geworden representatieopvatting (zie hiervoor par. 6). Bewindslieden zijn geneigd daarin mee te gaan omdat anders voor het voorstel geen parlementaire meerderheid kan worden behaald.

De problemen komen niet alleen naar voren in de uitvoering. Op de departementale beleids- en wetgevingsafdelingen zijn er deels om dezelfde redenen afnemende mogelijkheden om bij te dragen aan 'evidence based' wetgeving. Dat komt niet alleen door gedetailleerde regeerakkoorden (die bestaan al langer) maar ook omdat onder invloed van politieke omstandigheden het coalitie-

¹²⁵ Ar 7.5 en 7.6.

¹²⁶ WRR, Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid, Den Haag 2017. Dit rapport heeft de WRR in 2020 uitgewerkt in Doenvermogen: van toets naar tools, www.wrr.nl. Zie ook Mark Bovens & Anne-Greet Keijzer, De burger moet de wet ook 'kunnen': een realistisch perspectief op wetgeving, in: Bart Jan van Ettekoven, Jaap Polak, Gerard Roes, Luc Verhey, Ben Vermeulen, Leontine Weesing-Loeber, Arnold Weggeman (red.), Rechtsorde en bestuur. Liber amicorum aangeboden aan Piet Hein Donner, Boom juridisch Den Haag 2018, p. 153 e.v.

¹²⁷ Kamerstukken II 2017-2018, 34775 VI nr. 88 (kabinetsreactie).

¹²⁸ G.J. Veerman (m.m.v. R.J. Mulder & E.S.M. Meijnsing), Een empathische wetgever. Meta-evaluatie naar de werking van de wetten, SDU Den Haag 2013, p. 6. Veerman schrijft de uitspraak toe aan M. Scheltema.

¹²⁹ Zie par. 2.

¹³⁰ ABDTOPConsult, Werk aan uitvoering. Fase 1: Probleemanalyse, 'Ja, mi(t)s', Den Haag 2020, p. 7-10 en 33-39. Zie inmiddels ook Fase 2: Werk aan Uitvoering! Een toekomstbestendige en wendbare uitvoering, Den Haag 2020. Ook de Tweede Kamer houdt zich intussen bezig met de verhouding tussen met de problematiek van de uitvoering door de instelling in 2020 van de Tijdelijke commissie uitvoeringsorganisatie (TCU).

overleg een sterk bepalende rol is gaan vervullen.¹³¹ Belangrijke wetsvoorstellen die ambtelijk grondig en in overleg met het veld zijn voorbereid, gaan op enig moment, soms herhaaldelijk, door 'de wasmachine'¹³² van de coalitie om daar uiteindelijk in een voor de betrokken ambtenaren en de overlegpartners in het veld onherkenbare vorm uit tevoorschijn te komen. De inbreng van de ambtelijke professional met de voor goede wetgeving vereiste deskundigheid neemt in zulke gevallen af. In plaats daarvan dreigt de ambtelijke top (SG, DG's, directeuren) geleidelijk de politieke arena in te worden gezogen.¹³³

49. Gelet op deze ontwikkelingen is de vraag of de feiten die met het oog op de uitvoerbaarheid van voorgenomen wetgeving door de uitvoeringspraktijk en door maatschappelijke organisaties tijdens de consultatie worden aangedragen, niet te vergaand ondergeschikt worden gemaakt aan coalitie-belangen.¹³⁴ Op zichzelf is de geschetste gang van zaken vanuit de politieke rationaliteit, gelet op de krappe en steeds wisselende politieke meerderheden, verklaarbaar en begrijpelijk. Maar het voorzienbare gevolg daarvan is dat de overheid niet kan leveren wat van op grond van de wet van hem verwacht mag worden. Door niet of slecht uitvoerbare wetgeving kunnen immers niet alleen uitvoeringsorganisaties maar met name de burgers die door hen bediend moeten worden, ernstig in de knel raken.¹³⁵ Daarmee dreigt de overheid als het gaat om 'outputlegitimiteit' bij burgers verder terrein te verliezen.

50. De oplossingen voor deze problemen zijn niet eenvoudig. Scheltema heeft naar aanleiding van het hiervoor genoemde WRR-rapport 'Weten is nog geen doen' enkele suggesties gedaan om ons in de wetgeving meer te richten op 'de burger zoals die echt bestaat'.¹³⁶ Daarmee bedoelt hij 'de burger die zoveel mogelijk zijn eigen keuzes maakt maar die niet altijd slim, daadkrachtig en rationeel reageert.' Hij pleit onder meer voor maatwerk door bij de toepassing van regels differentiatie mogelijk te maken indien die toepassing tot voor de burger onevenredige resultaten leidt.¹³⁷ De gedachte daarachter is dat de wetgever niet bedoeld kan hebben en redelijkerwijs ook niet heeft kunnen voorzien dat de regeling een resultaat bewerkstelligt dat in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. In de bijzondere situaties dat dat aan de orde is zou daarom de regeling niet moeten worden toegepast.¹³⁸

Deze voorstellen zijn belangwekkend omdat zij gericht zijn op de feitelijke situatie van de burger en in die zin recht doet aan het door de wetgever gewenste burgerperspectief. Maar zij kunnen wel spanning opleveren met de algemene beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid waarop de wet als algemeen verbindend voorschrift is gebaseerd.¹³⁹ Hoe kan ervoor worden gezorgd dat door interpretatie van het begrip 'onevenredige gevolgen' in de praktijk geen willekeur ontstaat? Voorkomen moet in dat kader worden dat het bestuur zijn discretionaire ruimte weer invult met

¹³¹ Zelfs vakministers schijnen daar niet altijd invloed op te hebben. Zie Tom Jan Meeus, Ben je minister. Zit je in die hoge toren. Blijkt dat jij de beslissingen niet neemt. NRC 12/13 oktober 2019.

¹³² De term is van een departementale topambtenaar die mij mondeling verslag deed van de tegenwoordige gang van zaken.

¹³³ Hierover Afdeling advisering van de Raad van State, Ministeriële verantwoordelijkheid. Een ongevraagd advies van de Afdeling advisering, Den Haag 2020, p. 52 e.v.

¹³⁴ In het kader van de formatie van het kabinet Rutte III is gewezen op het belang van uitvoerbaarheid van beleid. Zie H.D. Tjeenk Willink, Over de uitvoerbaarheid en uitvoering van nieuw beleid (regeerakkoord), of: Hoe geloofwaardig is de Overheid? Bijlage bij het eindverslag van de informateur, 27 juni 2017, Kamerstukken II 2016-2017, 34700, nr. 25, raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl. Uitgebreider Herman Tjeenk Willink, Groter denken, kleiner doen. Een oproep. Prometheus Amsterdam 2019, p. 67 e.v.

¹³⁵ Dat geldt ook voor de grote decentralisaties van 2015. ACP, Sociale domein op koers? Verwachtingen en resultaten van vijf jaar decentraal beleid, Den Haag, november 2020.

¹³⁶ M. Scheltema, Wetgeving in de responsieve rechtsstaat, Regelmaat 2018 afl. 3, p. 120 e.v. Zie voorts G.J. Veerman, Hoe bereik je als wetgever de burgers – een essay, Publicatierreeks Recht en overheid nr. 3, Den Haag 2018.

¹³⁷ Kamerstukken II 2019-2020, 29362, nr. 282 (Kabinetsreactie 'Regels en ruimte – Verkenning Maatwerk in dienstverlening en discretionaire ruimte dd. 16 januari 2020). Zie voorts Ministerie van BZK, Essaybundel Ruimte in regels, Den Haag 2020 (met bijdragen van J. Rotmans, C. van den Berg, R. Fraanje, M. Leijenaar, S. Munneke en G. Bogaard).

¹³⁸ M. Scheltema, a.w., p. 127.

¹³⁹ S.E. Zijlstra, Wetgeven in een democratische rechtsstaat, in: S.E. Zijlstra (red.), Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid, Kluwer Deventer 2012, p. 84.

gedetailleerde beleidsregels; van belang is dat het bestuur in de dagelijkse praktijk ook werkelijk evenredig maatwerk kan bieden. Dat stelt hoge eisen aan de professionaliteit en deskundigheid van de uitvoeringsambtenaar. Ten slotte is, 'last but not least', ook hier de politieke cultuur van wezenlijk belang. Maatwerk veronderstelt dat de ruimte om fouten te maken toeneemt. Als ambtenaren met het gevoel werken dat later gemakkelijk een politieke afrekening kan volgen, is de kans gering dat maatwerk echt van de grond komt.

51. De discussie over maatwerk wordt over de grenzen van de wetenschappelijke disciplines heen (rechtswetenschap, bestuurskunde, politicologie, gedragswetenschappen) gevoerd. Dat is goed nieuws. Een gemis is echter dat de politieke dimensie tot dusverre onderbelicht is gebleven. Dat geldt te meer omdat we te maken hebben met een veranderende politieke constellatie. Met het 'denkschema' van Van Middelaar in het achterhoofd (zie hiervoor)¹⁴⁰ zijn in elk geval twee zaken van belang.

52. In de eerste plaats raakt het pleidooi voor maatwerk om beter te kunnen inspelen op de bijzondere omstandigheden en het doenvermogen van burgers niet alleen vragen van legaliteit, behoorlijk bestuur en inbedding in de Algemene wet bestuursrecht. Het gaat uit van een bepaalde opvatting over hoe de wetgever en de overheid om moeten gaan met burgers die om bepaalde redenen (de WRR noemt onder meer 'life events') gestresst raken en daardoor steken laten vallen. De overheid moet in die gevallen responsief zijn en rekening houden met de mens die feilbaar, slordig of vergeetachtig kan zijn.

Daar werd in het verleden en kan ook nu nog anders over worden gedacht. Indien sterk de nadruk wordt gelegd op de autonome en zelfredzame mens die ook in moeilijke omstandigheden het hoofd boven water moet kunnen houden, ligt een minder tolerante overheid ('zero tolerance') in het verschiep. In die zin zijn de motieven om te pleiten voor maatwerk niet politiek neutraal. Dat is geen diskwalificatie. Integendeel, het heeft uit een oogpunt van 'output legitimiteit' sterke papieren omdat zij gericht is op inclusiviteit, op het binnen boord houden van burgers die vaak buiten hun schuld in problemen zijn geraakt. Maar het is wel van belang om te erkennen dat het uiteindelijk een politieke keuze is die niet impliciet mag blijven.

53. De vraag is bovendien of in de politieke constellatie van dit moment de kortsluiting tussen wetgeving en uitvoering duurzaam kan worden verholpen. De door de technologie steeds subtieler gestuurde ontwikkeling van eigen waarheden die een emotioneel gekleurd en partijdig beeld van de werkelijkheid bij bepaalde groepen burgers opleveren, kunnen het politieke landschap in elk geval op termijn verder fragmenteren. Die ontwikkeling reikt potentieel verder dan alleen een nieuw soort politieke rationaliteit. De rationaliteit van besluitvorming 'an sich' kan verder in het gedrang komen. Als groepen in de samenleving in van elkaar gescheiden realiteiten tegenover elkaar komen te staan en dit zijn vertaling krijgt in politieke machtsverhoudingen, is rationeel beredeneerde, consistente en uitvoerbare wetgeving een steeds moeilijkere opgave.

Als dat niet goed meer lukt wordt uiteindelijk de burger het kind van de rekening. De potentiële gevolgen daarvan op termijn moeten niet worden onderschat. Met name burgers die toch al niet goed mee kunnen komen zullen verder achterop kunnen raken. De smeulende¹⁴¹ onvrede bij die groepen zal dan nog sterker worden. Maar de emoties (boosheid, verontwaardiging)¹⁴² die eronder zitten blijven misschien niet sluimerend. Is het ondenkbaar dat zij op enig moment, wellicht ook gevoerd door internet en sociale media, op een oncontroleerbare wijze aan de oppervlakte kunnen komen?

¹⁴⁰ Zie hiervoor par. 2.

¹⁴¹ Die term is van Kim Putters, Veenbrand, Smeulende kwesties in de welvarende samenleving, Prometheus Amsterdam 2019. Zie ook Bas Heijne, Onbehagen. Nieuw licht op de beschaafde mens, Ambo/Anthos Amsterdam 2016.

¹⁴² Voor een illustratie zie de in Frankrijk vooraanstaande schrijver Édouard Louis, Ze hebben mijn vader vermoord, De Bezige bij Amsterdam 2018. Het is een woedende aanklacht tegen de zijn ogen schaamteloze uitbuiting en minachting van de Franse werkende klasse door de politieke elite.

8. De parlementaire arena: de strijd om de feiten

54. Naast wetgeving heeft het parlement de taak de regering (en breder de uitvoerende macht) te controleren. Ook hier zijn de feiten en de vaststelling daarvan in toenemende mate in discussie. Maar ook hier is de problematiek weerbarstig. Niet alleen is de collectieve waarheidsvinding in het kader van de publieke verantwoording een voortdurende zoektocht, ook de politiek zélf staat met het toenemende gebruik van digitale technieken om kiezers te 'targeten', steeds sterker in de schijnwerpers.

55. In ons parlementair stelsel geschiedt de parlementaire controle via de ministeriële verantwoordelijkheid.¹⁴³ Deze is vastgelegd in artikel 42, tweede lid, Grondwet. Een belangrijk uitvloeisel daarvan is het parlementaire inlichtingenrecht ex artikel 68 Grondwet (zie hierna par. 9). Daarnaast heeft het parlement andere instrumenten om de ministeriële verantwoordelijkheid te effectueren. Het belangrijkste daarvan is het enquêterecht zoals neergelegd in artikel 70 Grondwet. Dit recht is verder uitgewerkt in de Wet op de Parlementaire Enquête 2008.

In het verlengde van de ministeriële verantwoordelijkheid heeft zich de vertrouwensregel ontwikkeld als regel van ongeschreven staatsrecht. Deze houdt in dat een minister, staatssecretaris of het kabinet als geheel moet aftreden als zij niet langer het vertrouwen hebben van het parlement. Centraal in die regel staat het begrip 'vertrouwen'. De hamvraag voor de toekomst is misschien wel of we het publieke en politieke debat in de veranderde omstandigheden zoals hiervoor geschetst, zodanig kunnen blijven vormgeven dat het vertrouwen van burgers in ons parlementair stelsel behouden blijft.

56. Het parlement heeft onlangs uitgesproken (onder meer) meer grip te willen krijgen op het gebruik van digitale informatie door de overheid.¹⁴⁴ Daartoe zal een speciale Kamercommissie voor Digitale Zaken worden ingesteld.¹⁴⁵ Het illustreert dat digitalisering ook de Tweede Kamer voor grote problemen stelt. In de eerste plaats wordt net als de samenleving als geheel de Tweede Kamer als gevolg van de schier oneindige beschikbaarheid daarvan door internet, overspoeld met informatie. Tegelijkertijd lijkt (zie hierna) de ontevredenheid over de kwaliteit van de door de regering informatie toegenomen.

Daarnaast is ook het aangrijpingspunt voor de publieke verantwoording complexer worden. Niet alleen is door de wettelijke verzelfstandiging van taken en bevoegdheden in het publieke domein de ministeriële verantwoordelijkheid gefragmenteerd geraakt, ook zijn er door de digitalisering als het gaat om verantwoordelijkheid nieuwe vragen aan de orde. Wereldwijd staat de grote macht van de big techbedrijven ter discussie. Begrijpelijkerwijs worden deze bedrijven door parlementen soms rechtstreeks tijdens openbare hoorzittingen ter verantwoording geroepen. Het gaat hier om echter vragen van 'checks and balances' die zich (mede) uitstrekken tot de private sfeer. In ons constitutionele recht zijn tot nog toe geen bevredigende antwoorden op deze vragen geformuleerd.

Het trekken van de Big Tech bedrijven in de politieke arena kan ertoe leiden dat deze zelf doelwit worden van politieke strijd. Onder druk van de publieke opinie in de VS hebben sommige van hen ingegrepen en desinformatie uit het kamp Trump online verwijderd of voorzien van passende waarschuwingen. Dat is hen op scherpe verwijten komen te staan; de alternatieve feiten van Trump c.s. over grootschalige kiesfraude zouden de grote massa niet kunnen bereiken allen omdat

¹⁴³ P.P.T. Bovend'Eert, H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Wolters Kluwer Deventer 2017, p. 284 e.v. Zie verder het rapport *Steekhoudend ministerschap*, Kamerstukken II 1992-1993, 21427, nrs. 40-41 en recent *Afdeling advisering van de Raad van State, Ministeriële verantwoordelijkheid. Een ongevraagd advies van de Afdeling advisering*, Den Haag 15 juni 2020.

¹⁴⁴ Reijer Passchier, *Digitalisering en de (dis)balans binnen de triaspolitica*, *Ars Aequi* 2020, p. 916 e.v., m.n. p. 923 e.v. Zie ook het advies van de *Afdeling advisering van de Raad van de State over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen*, Kamerstukken II 2017-2018, 26643, nr. 557.

¹⁴⁵ Op voorstel van de *Tijdelijke commissie Digitale toekomst van de Tweede Kamer*. Zie het eindrapport *Update vereist: Naar meer parlementaire grip op digitalisering*, Den Haag 2020.

Facebook, YouTube en Twitter ze uit de nieuwsstroom houden.¹⁴⁶ Het laat zien dat ook Big Tech het proces van polarisatie niet meer in de hand kan houden.

57. De vraag wordt steeds prangender of ook de in de Tweede Kamer vertegenwoordigde politieke partijen¹⁴⁷ zélf meer en beter publiek verantwoording moeten afleggen. Dat is niet vanzelfsprekend. Politieke partijen worden zoals bekend niet in de Grondwet¹⁴⁸ geregeld. Zij zijn privaatrechtelijke rechtspersonen die hun bestaansrecht ontlenen aan de vrijheid van vereniging. Het gaat om een grondrecht dat is neergelegd in artikel 8 Grondwet en artikel 11 EVRM. Om de vrije politieke gedachteswisseling en standpuntbepaling in de parlementaire democratie ongestoord te kunnen laten plaatsvinden is de Nederlandse (grond)wetgever tot dusverre zeer terughoudend geweest.¹⁴⁹ Een uitzondering is de betrekkelijk recente Wet financiering politieke partijen die beperkte regels stelt met betrekking tot transparantie van giften.

De vraag die op dit moment in discussie is in hoeverre de wetgever die terughoudendheid nog onverkort kan handhaven. Dat is in elk geval niet meer vanzelfsprekend; de regering bereidt op voorstel van de Staatscommissie parlementair stelsel een Wet op de politieke partijen voor. In dat kader wordt op enkele specifieke punten uitbreiding van de bestaande regels overwogen. Dat betreft niet alleen de aan politieke partijen verstrekte giften¹⁵⁰ maar ook de door hen geïnitieerde politieke advertenties op digitale platforms. Zoals hiervoor vermeld heeft de Staatscommissie parlementair stelsel daartoe voorstellen gedaan¹⁵¹ die moeten leiden tot meer transparantie en openbare verantwoording.

Politieke partijen verspreiden niet alleen politieke advertenties op digitale platforms maar richten ook steeds vaker hun eigen journaal op. Volgens recente berichtgeving¹⁵² heeft nu naast de SGP en de SP ook Forum voor Democratie op YouTube een eigen nieuwsuitzending. Deze ontwikkeling is te beschouwen als een nieuwe vorm van verzuiling zoals wij die vroeger kenden en in het kader waarvan politieke partijen hun eigen krant en omroep hadden. De omstandigheden zijn echter anders dan toen. Het politieke landschap is gefragmenteerder en de leiders van de politieke partijen staan minder met elkaar in verbinding. Juist dat laatste was een hoofdkenmerk van de verzuilde Nederlandse samenleving van destijds. De vraag is wat dit betekent voor niet alleen de politieke verslaggeving door de traditionele media maar ook het functioneren van de parlementaire democratie in bredere zin. Niet ondenkbaar is dat het de polarisatie in de politiek verder versterkt en de kans op collectieve erkenning van objectieve feiten, afneemt.

58. Het streven naar vaststelling van objectieve feiten betekent niet dat 'de' feiten neutraal zijn of altijd gemakkelijk zijn vast te stellen. Het is daarom belangrijk dat waar mogelijk dat een collectieve activiteit te laten zijn. Een belangrijk instrument dat beide Kamers tot hun beschikking hebben om dat te doen is het parlementair onderzoek.¹⁵³ Sinds de tachtiger jaren van de vorige

¹⁴⁶ NRC, Big Tech en Fox lieten Trump in de steek, nu zint hij op wraak, 21/22 november 2020, p. 14-15.

¹⁴⁷ Over het cruciale belang van politieke partijen in een parlementaire democratie: Ruud A. Koole, Het is de schuld van de partij! Politieke partijen in een onvolmaakte democratie, Afscheidsrede Universiteit Leiden 2019.

¹⁴⁸ Hoewel men wel kan stellen dat in Nederland de op het stelsel van evenredige vertegenwoordiging (artikel 53 en artikel 129 Grondwet) geënte partijendemocratie in de Grondwet is verankerd. Zie G. Boogaard, De Grondwet waarborgt de 'gemengde democratie'. Over de zoektocht naar de gecodificeerde democratie, RM Themis 2018, p. 240-250.

¹⁴⁹ Hansko Broeksteeg, Ronald Tinnevelt (red.), Politieke partijen als anomalie van het Nederlandse staatsrecht, Wolters Kluwer 2015 met verschillende bijdrages die hieraan raken.

¹⁵⁰ De Wet financiering politieke partijen is inmiddels geëvalueerd door de commissie-Veling: Kamerstukken 2017-2018, 32752, nr. 50. Vooruitlopend op de nieuwe Wet op de politieke partijen is een wetsvoorstel tot wijziging van de bestaande wet in voorbereiding die de transparantieverplichtingen voor politieke partijen beoogt uit te breiden.

¹⁵¹ Staatscommissie parlementair stelsel, a.w., p. 231 e.v. Zie verder par. 5.

¹⁵² www.nos.nl dd. 14 november 2020.

¹⁵³ Staatscommissie parlementair stelsel, a.w., p. 266 e.v.. Zij komt met voorstellen om het parlementair onderzoek te versterken. Zie voorts over de betekenis van parlementair onderzoek in het 'post-truth' tijdperk vanuit een internationaal perspectief Olivier Rozenberg, Inquiries by Parliaments. The political use of a democratic right. 2020, www.hal.archives-ouvertes.fr/hal-02888751.

eeuw is het gebruik van dit instrument sterk toegenomen.¹⁵⁴ Inmiddels is er een verfijning van het instrumentarium ontstaan; naast de op de Grondwet gebaseerde parlementaire enquête is er het 'gewone' parlementaire onderzoek en de parlementaire ondervraging.¹⁵⁵

Parlementair onderzoek wordt gedaan door een door de Kamer ingestelde commissie bestaande uit Kamerleden van verschillende fracties. Informatieverzameling is daarvan een belangrijk onderdeel. Onderzoekscommissies hebben daartoe verschillende bevoegdheden.¹⁵⁶ Voor gewone onderzoekscommissies zijn die net als voor de algemene Kamercommissies gebaseerd op het Reglement van Orde van de Tweede Kamer.¹⁵⁷ Op grond van hiervan kunnen commissies op verschillende manieren informatie inwinnen zoals bijvoorbeeld het schriftelijk en mondeling inlichtingen verzoeken aan een minister en het horen van personen. Enquêtecommissies hebben specifieke wettelijke bevoegdheden die zijn neergelegd in de Wet op de Parlementaire Enquête 2008.¹⁵⁸ Deze wet bevat ook voorschriften over hoe de commissie met informatie moet omgaan en volgens welke procedure zij tot haar bevindingen moet komen.

59. Over in hoeverre een parlementaire onderzoekscommissie gericht is of moet zijn op 'waarheidsvinding' wordt verschillend gedacht.¹⁵⁹ Volgens de initiatiefnemers van de Wet op de Parlementaire Enquête 2008 destijds gaat het bij een enquête om 'het vinden van de waarheid over feiten en gebeurtenissen'.¹⁶⁰ In de literatuur zijn in reactie daarop kanttekeningen geplaatst bij het begrip 'waarheidsvinding' en is gesteld dat de vaststelling van de feiten niet het enige en misschien zelfs niet het primaire doel is van parlementair onderzoek.¹⁶¹

Bij het antwoord op de vraag of een parlementaire onderzoekscommissie gericht moet zijn op vaststelling van de feiten speelt ongetwijfeld de politieke context een rol. Drexhage noemde in een bespreking van de toen nieuwe wet in 2009 de toegenomen openbaarheid, de media-aandacht, de grote maatschappelijke druk, de beperkte tijd die beschikbaar is, de ongevraagde informatie van buitenaf, achterdocht en krampachtigheid bij getuigen, het risico van 'groepsdenken' en andere methodologische feiten bij de onervaren parlementaire onderzoekers niet ten onrechte als factoren die de waarheidsvinding kunnen bemoeilijken.¹⁶² Toch zal, ondanks alle mogelijke onvolmaaktheden, parlementair onderzoek in elk geval óók gericht moeten zijn op feitenvaststelling. Dit is, evenals in het reguliere proces van politieke verantwoording, een onmisbaar element als eerste stap in het politieke verantwoordingsproces. Dat de verzamelde feiten om uiteenlopende redenen 'onvolledig en verwarrend' zullen zijn, zoals Drexhage stelt, doet daaraan niet af.

60. Het voordeel van parlementair onderzoek is dat het onderzoek geschiedt over de partijpolitieke grenzen heen. Niettemin kunnen wanneer het aankomt op het trekken van conclusies, gelet op de mogelijke politieke consequenties, binnen de commissie grote meningsverschillen ontstaan. Deze

¹⁵⁴ P.P.T. Bovend'Eert, H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Wolters Kluwer Deventer 2017, p. 398 e.v.

¹⁵⁵ Hierover P.P.T. Bovend'Eert, H.R.B.M. Kummeling, a.w., p. 405-406.

¹⁵⁶ S.E.C. Loeffen, *Parlementair onderzoek. Een studie van het onderzoeksrecht in Nederland*, het Verenigd Koninkrijk, SDU Uitgevers Den Haag 2013, p. 69 e.v., 92 e.v. en 169 e.v..

¹⁵⁷ Artikel 27 RvOTK.

¹⁵⁸ Artikel 5-9a Wet op de parlementaire enquête 2008.

¹⁵⁹ Voor een overzicht S.E.C. Loeffen, a.w., p. 66-68.

¹⁶⁰ Kamerstukken II 2005-2006, 30415, nr. 6, p. 7. In dezelfde zin Munneke, *Inlichtingenplichten en verschoningsgronden in het staatsrecht*, Kluwer Deventer 2006, p. 280.

¹⁶¹ E.R. Muller, N.J.P. Coenen, *Parlementair onderzoek in Nederland*, SDU Uitgevers Den Haag 2002, p. 165, E.R. Muller, *Waarheidsvinding en parlementair onderzoek*, JV 2002 nr. 2, p. 48-49, H.R.B.M. Kummeling, *Parlementair onderzoek. Op zoek naar de waarheid, met een politiek tintje ...*, in: J.Th.J. van den Berg, J.L.W. Broeksteeg, L.F.M. Verhey (red.), *Het Parlement, Preadviezen staatsrechtconferentie 2006*, Publikaties van de staatsrechtkring Staatsrechtconferenties nr. 11, Wolf Legal Publishers Nijmegen 2007, p. 70 e.v., E.C. Drexhage, *Nieuwe regels voor de parlementaire enquête*, RM Themis 2009 afl. 1, p. 3 e.v., m.n. p. 6, S.E.C. Loeffen, a.w., p. 67.

¹⁶² E.C. Drexhage, a.w., p. 6. Met verwijzing naar H. Geveke, *De staat van commissies*, JV 2002 nr. 2, p. 50-64 waarin dit veder wordt uitgewerkt.

hebben in het verleden in een enkel geval geleid tot een minderheidsstandpunt.¹⁶³ Als het gaat om de daaraan voorafgaande vaststelling van de feiten wordt echter doorgaans harmonieus samengewerkt.¹⁶⁴

Dat wordt echter anders op het moment dat Kamerleden zich tussentijds uit het onderzoek terugtrekken. Het is sinds 2011 viermaal voorgekomen dat een Tweede Kamerlid van de PVV uit een onderzoekscommissie is gestapt.¹⁶⁵ Dat doet afbreuk aan een van de hoofddoelstellingen van parlementair onderzoek: de Tweede Kamer die als instituut de relevante feiten boven tafel brengt. In die gevallen is er niet bij alle fracties commitment aan het gezamenlijk tot stand gebrachte resultaat zodat de ruimte behouden blijft om desgewenst aan de eigen waarheid ('alternative facts') vast te houden.

61. In algemenere zin is van belang dat het parlement gevoed wordt door informatie van externe deskundigen. Kamercommissies kunnen blijkens het Reglement van Orde op uiteenlopende manieren inlichtingen inwinnen en doen dat in de dagelijkse praktijk ook: schriftelijke stukken verzamelen, hoorzittingen houden, rondtafelgesprekken beleggen, zich laten voorlichten door adviescolleges en externe deskundigen inschakelen.¹⁶⁶ De informatie kan afkomstig zijn van onafhankelijke bronnen van binnen en buiten de overheid zoals bijvoorbeeld van hoog colleges van staat, planbureaus en universiteiten.

62. Ingewikkelder is het bij verzelfstandige overheidsinstellingen die wettelijke taken en bevoegdheden uitoefenen. Ook deze kan voor het parlement een belangrijke bron van informatie zijn. Maar er zal ook de begrijpelijke neiging bestaan om deze instellingen niet alleen te bevragen op de feiten maar, daar waar zij niet onder de ministeriële verantwoordelijkheid vallen, ook rechtstreeks ter verantwoording te roepen. Dat roept het bekende bezwaar op dat de verantwoordelijkheid en aanspreekbaarheid voor het geheel, een kernelement van de ministeriële verantwoordelijkheid, zoek raakt. Het is wat Mark Bovens het probleem van de 'vele handen' heeft genoemd: als de politieke verantwoordelijkheid te zeer wordt gespreid, is als het erop aankomt niemand meer verantwoordelijk.¹⁶⁷ Die situatie heeft echter ook het risico dat de feitenvaststelling diffuser verloopt omdat informatieverzameling en publieke verantwoording door elkaar heen gaan lopen.

Daar hangt een tweede element mee samen. Deze instellingen oefenen hun bevoegdheden weliswaar onafhankelijk uit maar wel op grond van een specifiek door de wet omschreven taak die slechts een deel van de werkelijkheid vertegenwoordigt: de bevordering van eerlijke concurrentie, de bescherming van persoonsgegevens, de bewaking van consumentenbelangen etc. Daar begint zich te wreken dat de overheid steeds meer een complex en gefragmenteerd agglomeraat wordt van onafhankelijke en semi-onafhankelijke instellingen die (deels) buiten de ministeriële verantwoordelijkheid functioneren. Daardoor zal het voor regering en individuele ministers en daarmee ook voor het parlement moeilijker worden om een geïntegreerd beeld van de werkelijkheid samen te stellen.

¹⁶³ Een voorbeeld is het minderheidsstandpunt van de commissieleden Korthals en Rempt-Halmmans de Jongh (VVD) die zich in de RSV-enquête niet kon vinden in de beoordeling in het eindrapport van het functioneren van VVD-minister Van Aardenne. Deze had naar het oordeel van de meerderheid van de commissie 'onaanvaardbaar' gehandeld door de Tweede Kamer onjuist te informeren. Zie Kamerstukken II 1984-1984, 17817, nr. 16, p. 469. Hierover E.R. Muller, N.J.P. Coenen, Parlementair onderzoek in Nederland, SDU Uitgevers Den Haag 2002, p. 100.

¹⁶⁴ S.E.C Loeffen, a.w., p. 189.

¹⁶⁵ Trouw, De PVV en onderzoekscommissies: een slecht huwelijk, Trouw 9 juni 2020.

¹⁶⁶ Artikel 27 RvOTK.

¹⁶⁷ M.A.P. Bovens, Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework, European Law Journal 2007, nr. 4, p. 457-458. Zie ook M.C. Burkens, in: Ambtenaar, dienaar van de minister? Verslag van het symposium over de positie en de macht van de ambtenaar dd. 28 augustus 1986, ter gelegenheid van het vertrek van mr. Gritter als chef van de Stafafdeling Constitutionele Zaken en Wetgevingsaangelegenheden van het Ministerie van Binnenlandse Zaken, Den Haag 1986, p. 9.

Aan deze fragmentatie ligt een fundamenteel probleem ten grondslag. Overheidsorganen die geen wettelijk geregelde onafhankelijke positie hebben, zijn – zo is langzamerhand het uitgangspunt – vooringenomen en dus niet te vertrouwen. Ministers en ambtenaren lijken steeds sterker te worden gewantrouwd. Deels hebben zij dat aan zichzelf te wijten. Daar waar de ambtelijke attitude van ‘de minister uit de wind houden’ de overhand krijgt komen ambtelijke kernwaarden als objectiviteit en onpartijdigheid in het gedrang (zie hierna punt 9). Maar het gevolg daarvan is wel dat er ‘een woud der onafhankelijken’ ontstaat die de eindverantwoordelijkheid op een bepaald terrein – essentieel voor de parlementaire controle – zoek maakt.

63. De vraag die op dit moment voorligt is of het parlement zich niet ook meer dan nu het geval is zich rechtstreeks moet laten voeden door de ambtelijke deskundigheid die op de ministeries aanwezig is. Vanwege de ministeriële verantwoordelijkheid gebeurt dat in beginsel vrijwel steeds via de verantwoordelijke minister. Niettemin is er ruimte voor direct contact. Die ruimte is geregeld in de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren (‘Oekaze Kok’).¹⁶⁸ Deze maken het mogelijk dat ambtenaren in persoon de Kamers te woord staan. Daarbij beperken zij zich tot het verstrekken van informatie van feitelijke aard. Zij leggen geen verantwoording af over het gevoerde beleid en mogen geen persoonlijke beleidsopvattingen uitdragen; de beleidskeuzes worden verdedigd door de minister.

De Aanwijzingen laten een ruimhartigere invulling dan toe dan vaak wordt aangenomen. De beeldvorming is er een van een knellend keurslijf (‘oekaze’) dat weinig tot niets toestaat. De geringe bekendheid met de daadwerkelijke inhoud van de Aanwijzingen en de uiteenlopende manier waarop zij in de praktijk per departement en per situatie verschillend worden toegepast, dragen aan dat imago bij. De Afdeling advisering heeft daarom in aansluiting op het eerdere advies van de Staatscommissie parlementair stelsel¹⁶⁹ voorgesteld de ruimte die de Aanwijzingen bieden beter en consistent te benutten.¹⁷⁰ De regering heeft dit advies overgenomen.¹⁷¹

64. Deze verruiming is van belang omdat zij kansen biedt om de van elkaar verwijderd geraakte werkelijkheden van Kamerleden en ambtenaren dicht bij elkaar te brengen. Dat kan alleen door meer rechtstreeks contact te hebben. Kamerleden kunnen waarschijnlijk beter en sneller geïnformeerd raken over de moeilijkheden en dilemma’s die bij de beeldvorming en in de uitvoeringspraktijk aan de orde zijn. Ambtenaren op hun beurt zouden meer begrip en gevoel kunnen krijgen voor overwegingen van politieke rationaliteit van coalitie én oppositie. Maar pogingen om in die verhouding meer ontspanning te krijgen is alleen mogelijk als in het licht van de ministeriële verantwoordelijkheid Kamerleden, ministers en ambtenaren scherp oog houden voor elkaars staatsrechtelijke posities.

9. Parlement en ambtelijke dienst: twee gescheiden werelden

65. Zo ver zijn we nog lang niet. De ministeriële verantwoordelijkheid faalt in zoverre zij als ‘scharnier’¹⁷² tussen de gekozen volksvertegenwoordiging en de ambtelijke dienst de noodzakelijke verbinding niet meer goed tot stand kan brengen. Het zijn twee gescheiden werelden geworden waarin het in een parlementaire stelsel noodzakelijke vertrouwen niet meer altijd aanwezig is. Daarom ook is de vertrouwensregel minder effectief. Door het opstappen van bewindslieden wordt

¹⁶⁸ Besluit minister-president 19 mei 1998, Stcrt. 1998, 104. Zie met name Aanwijzing 3-5. Zie voorts Leidraad voor de toepassing van de Aanwijzingen inzake externe contacten van rijksambtenaren, Kamerstukken II 2006-2007, 29283, nr. 46 en Kamerstukken II 2007-2008, 30184, nr. 21.

¹⁶⁹ Staatscommissie parlementair stelsel, a.w., p. 287-289.

¹⁷⁰ Afdeling advisering, Ministeriële verantwoordelijkheid. Een ongevraagd advies van de Afdeling advisering, Den Haag 15 juni 2020, p. 70-71. Dit advies is gepubliceerd als bijlage bij Kamerstukken II 2019-2020, 35300, nr. 78.

¹⁷¹ Nader rapport inzake advies Afdeling advisering van de Raad van State over de ministeriële verantwoordelijkheid, 29 september 2020, p. 13. Zie eerder al Kamerstukken II 2018-2019, 34430, nr. 10, p. 18.

¹⁷² Kamerstukken II 1992-1993, 21427, nrs. 40-41, p. 4 (Steekhoudend ministerschap).

het vertrouwen niet zo maar hersteld. Het ontslag van staatssecretaris van Financiën Snels eind 2019 illustreert dat.

66. Hoe is deze kloof te verklaren? Een belangrijke oorzaak lijkt te zijn dat sprake is van in de basis sterk uiteenlopende psychologische leefwerelden. Gechargeerd gezegd is de wereld van de Tweede Kamer er vaak een van continue hectiek waarin in de media en via Twitter snel, intuïtief en soms ook emotioneel wordt gereageerd op het actuele nieuws. De wereld van de ambtelijke dienst wordt hoofdzakelijk beheerst door een op wettelijke structuren en procedures gebaseerde logica en rationaliteit. Deze werelden kennen niet meer automatisch een gemeenschappelijk erkende werkelijkheid. Er is sprake van sterk gesegregeerde percepties van de feiten.

Die verschillende realiteiten komen hard met elkaar in botsing op een grondwettelijk verankerd kruispunt: het parlementair inlichtingenrecht.¹⁷³ Op grond van artikel 68 Grondwet geven de ministers en de staatssecretarissen de beide kamers mondeling of schriftelijk de door een of meer leden verlangde inlichtingen waarvan het verstrekken niet in strijd is met het belang van de staat. Het verstrekken van inlichtingen is een belangrijk element van de ministeriële verantwoordelijkheid maar niet het enige. Bewindslieden zijn ook gehouden hun beleid in de Kamers te verdedigen en daarover in debat te gaan.

67. Verantwoordingsdebatten in de Tweede Kamer lopen soms hoog op. Dat is niets nieuws. Wel nieuw lijkt de intensiteit waarmee de in de samenleving levende emoties in de Tweede Kamer doorklinken. Sociale media spelen daarbij in deze tijd een belangrijke rol. Niet zelden geven Kamerleden op Twitter te kennen 'razend', 'witheet', 'woest' of 'verbijsterd' te zijn. Soms wordt daarbij op de persoon gespeeld. Een recent voorbeeld is Thierry Baudet die in verband met de stikstofcrisis minister Schouten in de Tweede Kamer een 'sluipmoordenaar' noemde.¹⁷⁴ Daarop greep Kamervoorzitter Arib in.

In de parlementaire debatcultuur hebben emoties altijd een rol gespeeld¹⁷⁵. Er is bij diverse gelegenheden ook sprake geweest van heftig taalgebruik dat door de voorzitter van de Tweede Kamer vaak werd gecorrigeerd.¹⁷⁶ In zoverre is er niets nieuws onder de zon. Maar er lijkt mede onder invloed van de sociale media wel sprake van een emotioneel gedreven verharding. Te Velde constateerde naar aanleiding van het incident waarbij Geert Wilders toenmalig minister Vogelaar tijdens een debat over de islam in de Tweede Kamer 'knettergek' noemde, een wijziging van de culturele conventies op dit punt. In het taalgebruik van een Kamerlid is een verschuiving merkbaar, aldus Te Velde, van een voorbeeld- naar een spreekbuisfunctie. Meest opvallend is daarbij niet dat er onvertogen woorden vallen – er zijn volgens Te Velde veel periodes met heftige polarisatie geweest – maar dat de houding van de gevestigde partijen daartegenover zo ambivalent is.¹⁷⁷ Naast fatsoen en redelijkheid is blijkbaar óók discussievrijheid, inclusief onbelemmerde, rauwe uitingen, de norm geworden.¹⁷⁸

¹⁷³ In algemene zin hierover S.A.J. Munneke, Inlichtingenplichten en verschoningsgronden in het staatsrecht, Kluwer Deventer 2006 en P.P.T. Bovend'Eert, H.R.B.M. Kummeling, Het Nederlandse parlement, Wolters Kluwer Deventer 2017, p. 284 e.v.

¹⁷⁴ Handelingen II 2019-2020, 85-3, p. 19 (18 juni 2020).

¹⁷⁵ Ook in het kader van grondwetten. Zie Wim Voermans, Het verhaal van de Grondwet: zoeken naar wij, Prometheus Amsterdam 2019, p. 311 e.v.

¹⁷⁶ Carla Hoetink, Macht der gewoonte. Regels en rituelen in de Tweede Kamer na 1945, Vantilt Nijmegen 2018, p. 183 e.v. (waarin zij ingaat op de rol van de voorzitter van de Tweede Kamer als hoeder van een debatcultuur) en eerder Peter Bootsma en Carla Hoetink, Over lijken. Ontoelaatbaar taalgebruik in de Tweede Kamer, Boom Amsterdam 2006.

¹⁷⁷ Henk te Velde, Culturele conventies in de parlementaire politiek, in: Luc Verhey en Gert Jan Geertjes (red.), De constitutionele conventie: kwal op het strand of baken in zee? Boom juridisch Den Haag 2016, p. 39-40. Zie van dezelfde auteur De taal van Geert Wilders en de parlementaire cultuur, in: Gerrit Voerman en Koen Vossen (red.), Wilders gewogen. 15 jaar reuring in de Nederlandse politiek, Boom uitgevers Amsterdam 2019, p. 231 e.v.

¹⁷⁸ Parlementaire immuniteit ex artikel 71 Grondwet geeft geen vrijbrief voor grof en beledigend taalgebruik. Zie terecht Paul Bovend'Eert, Hoe is het gesteld met de ambtelijke integriteit van de leden van het parlement? NJB 2016, afl. 42, p. 3110.

68. Die ontwikkeling kan het collectief proces dat moet leiden tot vaststelling van de feiten, belemmeren. Een recent voorbeeld betreft de stelling van de Afdeling advisering dat als het gaat om het informeren van de Tweede Kamer door de regering, behoudens incidentele gevallen, 'voor een structureel patroon van achterhouden en verdraaiingen van de feiten geen bewijs bestaat'.¹⁷⁹ Een zuinige constatering ('geen bewijs') die buiten de Kamer, in de context van een kritisch betoog over het ambtelijk functioneren, zou kunnen worden opgevat als 'een zweepslag voor de ambtelijke dienst'.¹⁸⁰ De reactie van sommige Kamerleden was er echter een van verontwaardiging ¹⁸¹en ontkenning: dat bewijs is wel degelijk voorhanden.

Het gaat er niet om dat er op het genoemde advies geen kritiek mogelijk is; misschien ziet de Afdeling het inderdaad verkeerd. Het is echter wel zo dat door onmiddellijke, emotionele en met grote stelligheid geponeerde reacties via Twitter en andere sociale media het in een democratie essentiële proces van feitenvaststelling, dat bij ingewikkelde vraagstukken vaak gekenmerkt wordt door 'trial and error', kan worden belemmerd.

69. De genoemde reacties zijn goed te verklaren en te begrijpen als zij in de context worden geplaatst van de kinderopvangtoeslag-kwestie. Deze is inmiddels een 'landmark case' geworden die het publieke vertrouwen in de belastingdienst ernstig heeft geschaad. Een onafhankelijke onderzoekscommissie (commissie-Donner) concludeerde in 2019 dat bij de behandeling van fraudezaken in de kinderopvangtoeslag door de belastingdienst sprake was van 'institutionele vooringenomenheid' waarin alleen fraudebestrijding en de menselijke maat uit het oog is verloren.¹⁸² Burgers zijn daardoor ernstig gedupeerd en in grote financiële problemen geraakt. Over dat alles is de Tweede Kamer stelselmatig onjuist en niet tijdig geïnformeerd.

Op dit moment onderzoekt een parlementaire commissie de toedracht. Maar op grond van de al beschikbare informatie en rapportages kan geconcludeerd worden dat de geschetste gang van zaken ernstig is en fnuikend voor het vertrouwen in de overheid. Mede dankzij de vasthoudendheid van enkele Kamerleden zijn de feiten aan het licht gekomen. Toch moet ook de vraag worden gesteld of de wijze waarop het publieke debat over deze zaak wordt gevoerd, werkelijke oplossingen dichterbij gaat brengen. Er zijn ook meer factoren in het spel. Aan de ontstane situatie lijken naast de ernstige tekortkomingen in de uitvoering en het langdurig negeren van interne signalen die daarop wezen, ook de moeilijk uitvoerbare toeslagenwetgeving en het eerder naar aanleiding van de Bulgarenfraude ingezette 'zero-tolerance' beleid te hebben bijgedragen.¹⁸³ De politieke 'mindset' is in het toeslagendossier volledig gedraaid: van 'zero-tolerance' in 2013 tot volledige compensatie van al degenen bij wie is teruggevorderd anno 2020.

70. In het kader van de kinderopvangtoeslagzaak kwam een meningsverschil naar voren over de betekenis van artikel 68 Grondwet. In confesso was vanaf het begin dat als bepaalde informatie moet worden verstrekt op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), deze op grond van artikel 68 Grondwet zeker aan het parlement worden verstrekt. Het inlichtingenrecht van de beide

¹⁷⁹ Afdeling advisering, Ministeriële verantwoordelijkheid. Een ongevraagd advies van de Afdeling advisering, Den Haag 15 juni 2020, p. 48.

¹⁸⁰ De term is van A.M. Donner, Verantwoordelijkheid, Themis 1987, p. 367. Zie ook J.T.J. van den Berg, Ministeriële verantwoordelijkheid: 'De zweepslag voor de ambtelijke dienst', Socialisme en democratie 1989, p. 119-131.

¹⁸¹ Kort na publicatie van het advies plaatste Pieter Omtzigt (lid van de CDA-fractie in de Tweede Kamer) de volgende tweet: Bericht van ambtenaar naar mij vandaag: 'Er wordt zo veel 'toegedekt' in ALLE ministeries maar je carrière en daarmee je leven weggoeien door dat te 'lekker' durft niemand. RvS heeft makkelijk praten met hun goudgerande contracten en afbetaalde hypotheek'.

¹⁸² Commissie-Donner, Omzien in verwondering. Interimrapport van de Adviescommissie uitvoering toeslagen, Den Haag 14 november 2019.

¹⁸³ Tegen die achtergrond krijgt het onderzoek door de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (POK) kritiek uit de belastingwereld. Zie Michiels Spanjers, POK veegt eigen straatje schoon, Weekblad fiscaal recht 2020/218, p. 1484.

Kamers gaat verder dan de Wob; in veel gevallen kunnen gegevens die op grond van de Wob worden geweigerd, wel, zo nodig vertrouwelijk, aan het parlement worden verstrekt.¹⁸⁴

Gelet op deze uitgangspunten ging het meningsverschil over de vraag of de regering mocht bepalen hoe de op die basis verplichte inlichtingen aan het parlement moeten worden verstrekt (artikel 68 spreekt immers alleen over 'inlichtingen')¹⁸⁵ óf dat parallel aan de systematiek van de Wob Kamerleden in beginsel recht hebben op interne documenten.¹⁸⁶ De regering heeft inmiddels meer duidelijkheid gegeven en gaat uit van het laatste; zij zal gerichte verzoeken om specifieke documenten honoreren op eenzelfde wijze als wanneer de verzochte stukken via de Wob zouden zijn verstrekt.¹⁸⁷ Inmiddels worden langs deze lijn al regelmatig interne stukken aan de Tweede Kamer verstrekt.¹⁸⁸

71. De boosheid van de Kamer in de kinderopvangtoeslagzaak komt direct voort uit het feit dat via de Wob informatie openbaar wordt waar de Kamer eerder om heeft gevraagd en toen niet gekregen heeft.¹⁸⁹ Dat is niet aanvaardbaar.¹⁹⁰ Essentieel voor in ons parlementair stelsel is dat de Kamer tijdig en juist over de feiten wordt geïnformeerd. Niet alleen de kinderopvangtoeslagzaak zelf maar ook de informatieverstrekking aan de Kamer heeft het vertrouwen in de belastingdienst in de kern aangetast.

Voor een goede informatievoorziening aan de Kamers is echter meer nodig dan een recht op documenten. Sterker nog, als de informatievoorziening wordt gereduceerd tot een recht op documenten raakt de Kamer van de wal in de sloot. Er is een veel fundamenteeler vraagstuk aan de orde. In de kern komt het erop neer dat het vertrouwen moet worden hersteld waardoor het samenspel tussen de Kamer, de regering, de bewindslieden en de ambtenaren weer op orde kan worden gebracht. Dat zal in een klimaat van toenemende polarisatie niet eenvoudig zijn maar er is in een parlementaire democratie waar tegenstellingen vreedzaam moeten worden overbrugd, geen alternatief.

72. Zoals de kinderopvangtoeslagzaak in extremo maar ook eerdere incidenten hebben blootgelegd is er voor de rijksdienst veel werk aan de winkel. De Afdeling heeft in het eerdere advies op dit terrein twee hoofdaanbevelingen gedaan.

In de eerste plaats is meermaals gebleken dat informatie eerst niet maar later toch beschikbaar bleek.¹⁹¹ Tegen die achtergrond is het van groot belang dat de relevante informatie bij de overheid sneller vindbaar en beter toegankelijk wordt.¹⁹² Daartoe moet de informatiehuishouding (waaronder de digitalisering en archivering) in ambtelijke organisaties structureel op orde worden gebracht.¹⁹³ Dat is een omvangrijke, gecompliceerde en taaie klus die meerdere jaren in beslag gaat nemen. Een weinig spectaculaire klus wellicht ook waarmee weinig eer valt te halen. Maar om

¹⁸⁴ Kamerstukken II 2001-2002, 28362, nr. 2, p. 7 en 12.

¹⁸⁵ Kamerstukken II 2019-2020, 28362, nr. 23, p. 2.

¹⁸⁶ P.P.T. Bovend'Eert, H.R.B.M. Kummeling, S.A.J. Munneke en W. Voermans, wetenschappelijk factsheet: De reikwijdte van artikel 68 Grondwet, januari 2020. Zie de reactie hierop D.J. Elzinga, Documenten intern beraad hoeven niet openbaar, 4 maart 2020, www.raadsleden.nl, J.Th.J van den Berg, Rumour in de staatsrechtelijke gelederen, maar waarover eigenlijk? Hofvijver 2020, nr. 110, www.montesquieu-instituut.nl.

¹⁸⁷ Bijlage bij Kamerstukken II 2020-2021, 35570, nr. 47, p. 11.

¹⁸⁸ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2019-2020, 35300 VI, nr. 106 (Strafzaak tegen Wilders) en Kamerstukken II 2020-2021, 35572, nr. 19 (BIK).

¹⁸⁹ Kamerstukken II 2018-2019, 28362, nrs. 20-21. Zie ook de motie-Omtzigt c.s., Kamerstukken II 2019-2020, 28362, nr. 25.

¹⁹⁰ Genuanceerder J.Th.J. van den Berg, Openbaarheid als kernwaarde, Hofvijver 2020, nr. 110, www.montesquieu-instituut.nl.

¹⁹¹ Het voorbeeld is het 'Teeven-bonnetje'. Zie de rapporten van de commissie-Oosting van 2015 en 2016. Kritisch hierover S. Zouridis, Een doofpot, of nog erger ... Geen doofpot!: Bestuurskundige lessen van en voor de Commissies-Oosting, Bestuurskunde 2017, p. 98-103.

¹⁹² Afdeling advisering, a.w., p. 68.

¹⁹³ Strategische I-agenda voor de Rijksdienst 2019-2021, Kamerstukken II 2018/19, 26643, nr. 591 en de actualisatie voor 2020.

de beide Kamers op grond van artikel 68 Grondwet en de samenleving in den brede tijdig en accuraat te informeren, is deze operatie van vitale betekenis.

Daarnaast adviseert de Afdeling om binnen de rijksdienst meer aandacht te besteden aan ambtelijk vakmanschap.¹⁹⁴ Wezenlijk is dat ambtenaren¹⁹⁵ inhoudelijk deskundig zijn zodat zij bewindslieden bij de vervulling van de grote en ingewikkelde beleidsopgaven van deze tijd, adequaat kunnen bijstaan. Maar het gaat ook om kernwaarden van ambtelijke handelen zoals loyaliteit, objectiviteit en onpartijdigheid. Daarbij betekent loyaliteit niet of niet primair 'de minister uit de wind houden': dat leidt al snel tot vooringenomenheid en tot pogingen om zaken 'klein te houden'.¹⁹⁶ Loyaliteit betekent juist (ook) ruimte voor interne discussie, kritische reflectie en tegenspraak: 'speaking truth to power'. Het moet vanzelfsprekender worden dat onder de ministeriële verantwoordelijkheid de feiten door ambtenaren worden onderzocht en, ook als zij politiek niet goed uitkomen, op objectieve wijze worden gerapporteerd aan de bewindslieden en daarna aan beide Kamers.

73. Indien de organisatiecultuur een objectieve ambtelijke informatievoorziening onvoldoende waarborgt en in plaats daarvan de inspanningen er uitsluitend op gericht zijn 'de minister uit de wind te houden' snijdt de ambtelijke dienst zichzelf in de vingers. Ambtenaren zullen in die gevallen begrijpelijkerwijs eerder een weg naar buiten zoeken om informatie die ten onrechte niet is verstrekt, alsnog in de openbaarheid te brengen. De rechtsbescherming van klokkenluiders¹⁹⁷ is met het oog daarop in de wet aangescherpt door onder meer de instelling van het Huis voor de klokkenluiders.

Niet vanzelfsprekend is dat de informatievoorziening aan parlement en samenleving in die gevallen altijd verbetert. Binnen een departement bestaan verschillende belangen. Daardoor kunnen er meningsverschillen bestaan over wanneer sprake is van een 'misstand' in de zin van de wet, een inhoudelijk meningsverschil over de beleidskoers of een arbeidsconflict.¹⁹⁸ De scheidslijnen zijn hier niet altijd gemakkelijk te trekken. Intern zullen in een en hetzelfde geval sommigen kunnen vinden dat er geen of onvoldoende ruimte is voor reflectie en tegenspraak en de feiten of goede argumenten te gemakkelijk onder het tapijt worden geveegd terwijl anderen kunnen menen dat collega's te lang in debat willen blijven over het te voeren beleid en met het oog op tijdige politieke besluitvorming eerder hun verlies moeten nemen. Onzekerheid over waar hier de grenzen liggen en verschillen van appreciatie over wie nu eigenlijk 'de waarheid spreekt', kunnen leiden tot spanningen binnen de organisatie.

74. De vraag is of het politieke klimaat voor 'speaking truth to power' altijd voldoende ruimte zal bieden. Naar aanleiding van het terugtreden van de Britse Permanente Vertegenwoordiger bij de EU Ivan Rogers in 2017 betoogde de Britse oud-ambtenaar en hoogleraar Richard Mottram dat de Britse ambtelijke dienst in een 'post-truth world', gelet op de in de Britse Civil Service Code neergelegde uitgangspunten¹⁹⁹, voor een moeilijke opgave staat.²⁰⁰ Immers:

¹⁹⁴ Afdeling advisering, a.w., p. 71 e.v.

¹⁹⁵ Een bijzondere categorie ambtenaren zijn de politiek assistenten. De vraag is in hoeverre ook voor hen deze kernwaarden gelden. Zie over politiek assistenten M.A.P. Bovens, P. Hart, M.J.W. van Twist, C.F. van den Berg, M.A. van der Steen, L.G. Tummers, Openbaar bestuur. Beleid, organisatie en politiek, Wolters Kluwer Deventer 2017, p. 268-271.

¹⁹⁶ Afdeling advisering, a.w., p. 51.

¹⁹⁷ L.F.M. Verhey, Klokkenluiden en het belang van een open organisatiecultuur, Regelmaat 2015, afl. 4, p. 279-290. Zie eerder en uitgebreider over de problematiek van klokkenluiders M.A.P. Bovens, Verantwoordelijkheid en organisatie. Beschouwingen over aansprakelijkheid, institutioneel burgerschap en ambtelijke gehoorzaamheid, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1990, blz. 261-295.

¹⁹⁸ Afdeling advisering, a.w., p. 51.

¹⁹⁹ Civil Service Code (versie 16 maart 2015). Deze code is gebaseerd op de Constitutional Reform and Governance Act 2010. Op grond hiervan zijn ambtenaren verplicht om de beginselen van integriteit, eerlijkheid, objectiviteit en politieke onpartijdigheid in acht te nemen.

²⁰⁰ Sir Richard Mottram, There may be trouble ahead: the Civil Service in an post-truth world, 2 februari 2017, www.blogs.lse.ac.uk.

'... accountability within government ultimately depends upon some shared understanding of and confidence in evidence, how it should be piled, and how it should be interpreted'.

Daarvoor is nodig dat politici en ambtenaren niet alleen spreken maar ook naar elkaar luisteren in een actief en wederkerig proces. Dat blijkt in het Verenigd Koninkrijk na het Brexit-referendum volgens Mottram steeds moeilijker geworden. Dat stelt de Britse civil service voor een moeilijk dilemma:

'In a post-truth, alternative-facts climate, do civil servants need to strengthen their role as 'factcheckers' and does this role also need to be made more explicit? But would a move in this direction run a significant risk of Ministerial frustration with being told what they can and cannot say, leading to an increasing desire to politicise the civil service?'

Er is echter geen alternatief. Voor het vertrouwen in de overheid is ambtelijke professionaliteit essentieel. Daaruit vloeit voort dat ambtenaren de hoogste prioriteit geven aan bevordering en bewaking van de kwaliteit van de informatie.

75. De vraag is of dat ook betekent dat op grotere schaal interne documenten aan de Kamer moeten worden verstrekt. Gaat dat leiden tot een betere informatievoorziening? Dat is niet vanzelfsprekend. Openbaarmaking van interne stukken (met inbegrip van emails en appverkeer) lijkt op het eerste gezicht het parlement gebaat. Maar dat zou wel eens averechts kunnen uitpakken. Verstrekking van interne documenten zal sneller spanningen kunnen veroorzaken omdat meningsverschillen tussen ministers en ambtenaren en tussen ambtenaren onderling gemakkelijker naar buiten kunnen komen. Om binnen ministeries toch de gewenste vrije gedachtewisseling te waarborgen zal eerder worden volstaan met mondelinge communicatie. Voorts valt te voorzien dat de Kamer meer dan al nu al het geval is, wordt overladen met schriftelijke stukken waarvan de Kamer vervolgens zelf de betekenis en de context zal moeten duiden.²⁰¹

De Kamer zal daarom in veel gevallen beter af zijn als de informatie in gecomprimeerde en geïntegreerde vorm aan haar wordt verstrekt. Elzinga heeft op grond van grotendeels dezelfde argumenten gesteld dat ter bescherming van een vrije gedachtewisseling het de voorkeur verdient 'om in samengevatte vorm en met context alle gebezigde argumenten en dimensies aan de Kamer of aan een individueel Kamerlid te geven'.²⁰² Vraagt de Kamer door dan moet meer interne informatie (met inbegrip van documenten) worden gegeven. De vervanging van een dergelijke gefaseerde benadering (Elzinga noemt het een escalatieladder) door een onbeperkt recht op documenten zal ertoe leiden dat de volksvertegenwoordiging van de wal in de sloot belandt. De te zuivere theorie draait dan, aldus Elzinga, een goed realiseerbare praktijk de nek om.

76. Een onmisbare voorwaarde voor die benadering is natuurlijk wel dat de Kamer er van uit moet kunnen gaan dat de informatie die verstrekt wordt objectief, betrouwbaar en in de gegeven omstandigheden voldoende gedetailleerd is. Dat het in de kinderopvangtoeslagenaffaire aan vervulling van die essentiële voorwaarde heeft ontbroken is een belangrijke reden dat de discussie over artikel 68 Grondwet zo op scherp is gesteld. De hamvraag is nu hoe artikel 68 Grondwet kan worden toegepast op een wijze die het wantrouwen dat begrijpelijkerwijs en terecht door de kinderopvangtoeslagzaak is ontstaan, kan wegnemen maar tegelijkertijd een praktijk oplevert die voor parlement en regering effectief en werkbaar is.

77. 'Speaking truth to power' lukt zoals hiervoor al naar voren kwam alleen goed als in een vertrouwelijke sfeer van gedachten kan worden gewisseld. Beslotenheid van de gedachtewisseling is niet iets dat alleen op ministeries voorkomt. Ook de ministerraad vergadert in beslotenheid. Hetzelfde geldt voor onafhankelijke overheidsinstellingen. Zelfs in het parlement wordt in bepaalde gevallen, bijvoorbeeld door onderzoekscommissies en door fracties, niet in het openbaar

²⁰¹ Afdeling advisering, a.w., p. 69.

²⁰² D.J. Elzinga, Documenten intern beraad hoeven niet openbaar, 4 maart 2020, www.raadsleden.nl. Zie ook

vergaderd. Dat is algemeen geaccepteerd. Waar het om gaat is dat de producten van die gedachtewisseling in het openbaar grondig worden bediscussieerd en worden voorzien van een politiek oordeel.

Het voorgaande betekent niet dat de inhoud van hetgeen intern op het ministerie is gewisseld, geheim moet blijven. Integendeel, uit de grondwettelijke verantwoordingsplicht van de minister vloeit voort dat de argumenten die ten grondslag liggen aan de genomen besluiten, de risico's die in kaart zijn gebracht en andere relevante informatie, op een zorgvuldige en objectieve wijze worden opgenomen in de schriftelijke stukken waarmee het parlement wordt geïnformeerd.²⁰³ Dat betekent dat de relevante beleidsopvattingen inhoudelijk wel met de Kamer worden gedeeld maar alleen op geobjectiveerde wijze en zonder te vermelden welke opvattingen door welke ambtenaar of bewindspersoon zijn aangedragen.

78. Gelet op het voorgaande zal de vraag zijn hoe het recht op 'interne' documenten in de praktijk invulling zal krijgen. Er is waarschijnlijk een aantal documenten waarbij verstrekking aan de Kamer niet bezwaarlijk is. Sommige stukken zullen alleen feitelijke informatie bevatten die, indien ze in de goede context wordt geplaatst, probleemloos aan de Kamer kunnen worden toegestuurd. De gevoeligheid ligt bij documenten (incl. mails en appberichten) die persoonlijke beleidsopvattingen bevatten.

Zoals hiervoor aangegeven zal de regering gerichte verzoeken om specifieke documenten honoreren op eenzelfde wijze als wanneer de verzochte stukken via de Wob zouden zijn verstrekt. Dat impliceert dat het geen ongeclausuleerd recht is. Artikel 11, eerste lid, Wob regelt dat in geval van een verzoek om informatie uit interne documenten geen informatie wordt verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen.²⁰⁴ Parallel daaraan kan dezelfde informatie in beginsel ook op grond van artikel 68 Grondwet worden geweigerd. Persoonlijke beleidsopvattingen in interne stukken kunnen, in uiterste instantie met een beroep op het belang van de staat, aan het parlement worden onthouden.²⁰⁵

De moeilijkheid die zich in de praktijk voordoet is dat in veel interne stukken (met name in ambtelijke adviezen) feitelijke informatie en persoonlijke beleidsopvattingen door elkaar lopen en nauw met elkaar verweven zijn.²⁰⁶ In die gevallen zijn die bestanddelen niet of nauwelijks van elkaar te scheiden. Dit zal waarschijnlijk leiden tot verstrekking van stukken waarin belangrijke passages geheel of grotendeels zijn weggelakt. Dit maakt niet alleen een erg ongemakkelijke indruk ('ze hebben weer iets te verbergen') maar het zal in veel gevallen ook tot gevolg hebben dat het stuk onleesbaar en onbegrijpelijk wordt.

79. De conclusie is dat de precieze betekenis van het recht op interne documenten in het kader van artikel 68 Grondwet nog niet is uitgekristalliseerd. Dat zal de toekomst moeten uitwijzen. Daarbij moet voorkomen worden dat er (opnieuw) een juridische strijd ontstaat over de vraag wat precies onder de noemer van 'persoonlijke beleidsopvattingen' aan de Kamer mag worden onthouden

²⁰³ Kamerstukken II 2015-2016, 28362, nr. 8, p. 8. Zie ook Afdeling advisering, a.w., p. 24.

²⁰⁴ Artikel 1, onder f Wob definieert 'persoonlijke beleidsopvattingen' als volgt: een opvatting, voorstel, aanbeveling of conclusie van een of meer personen over een bestuurlijke aangelegenheid en de daartoe door hen aangevoerde argumenten'. Hierover uitgebreid E.J. Daalder, Handboek openbaar bestuur, BJU Den Haag 2015, p. 303 e.v.. In het voorstel van Wet open overheid (Woo) is in artikel 5.2, eerste lid, een precisering opgenomen. Daarin worden 'persoonlijke beleidsopvattingen' omschreven als: ambtelijke adviezen, visies, standpunten en overwegingen ten behoeve van intern beraad, niet zijnde feiten, prognoses, beleidsalternatieven, de gevolgen van een bepaald beleidsalternatief of andere onderdelen met een overwegend objectief karakter (Kamerstukken I 2015-2016, 33328, A). Hierover A.P.W. Duijkersloot, J.A.E. van der Jagt-Jobsen & L. Maas, Van Wob naar Woo: de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen en intern beraad, NTB 2016, p. 331-340.

²⁰⁵ Kamerstukken II 2001-2002, 28362, nr. 2, p. 10.

²⁰⁶ Hier is uitgebreide rechtspraak over. Zie ABRvS 27 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3563 en ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:314. Hierover verder Eric Daalder, Donner en het recept van worstjes. De weigeringsgrond ter bescherming van intern beraad, in: Bart Jan van Ettehoven, Jaap Polak, Gerard Roes, Luc Verhey, Ben Vermeulen, Leontine Weesing-Loeber, Arnold Weggeman (red.), Rechtsorde en bestuur. Liber amicorum aangeboden aan Piet Hein Donner, Boom juridisch Den Haag 2018, p. 221 e.v.

terwijl de fundamentele problemen die eronder liggen – een tekortschietende informatiehuishouding, een gemankeerd vertrouwen – niet worden geadresseerd. In dat geval komen we niet veel verder.

10. 'Checks and balances' en waarborgen

80. In het voorgaande zijn veel onderwerpen de revue gepasseerd. De rode draad is dat op tal van terreinen en in tal van situaties de feiten van wezenlijk belang zijn. De coronacrisis illustreert dat. Om een ernstig virus als COVID-19 en de gevolgen daarvan effectief te bestrijden is nodig dat er in elk geval tot op zekere hoogte een gemeenschappelijk gedeeld begrip van de feiten ontstaat. Anders is politieke besluitvorming niet goed mogelijk.

Zeker in een tijd waarin de feiten steeds vaker ter discussie staan en sommigen misschien zelfs menen dat er geen echte feiten zijn, rijst dus de vraag: hoe komen we tot dat gemeenschappelijke begrip? Zijn er met het oog op het proces van waarheidsvinding wellicht waarborgen of beginselen te formuleren?

81. Hiervoor werd al opgemerkt dat 'de' feiten niet neutraal en gemakkelijk vast te stellen zijn. Omdat niemand in de ingewikkelde samenleving van vandaag de dag het geheel overziet, is vaststelling van de feiten een collectieve activiteit die erop gericht is om alle puzzelstukjes vanuit verschillende expertises en invalshoeken bij elkaar te leggen. Dat is in een democratische rechtsstaat een onmisbaar proces, essentieel voor de legitimatie van de op de feiten te baseren beoordeling, afweging en besluitvorming.

Vanuit dat gezichtspunt zijn sterke en hoogwaardige instituties, deels grondwettelijk verankerd, van cruciale betekenis.²⁰⁷ Veel instituties spelen een belangrijke rol bij de vaststelling van de feiten: hoog colleges van staat (Raad van State, Algemene Rekenkamer, de Nationale Ombudsman), adviescolleges, wettelijk onafhankelijke toezichthouders, onderzoeksinstituten²⁰⁸ (denk aan de Onderzoeksraad voor de Veiligheid), inspecties, planbureaus en de rechterlijke macht (het OM en de gerechten). Ook organisaties en personen buiten de overheid in de onafhankelijke wetenschap en de journalistiek zijn voor de waarheidsvinding van essentiële betekenis.²⁰⁹ Daar moeten we dus zuinig op zijn.

Het voorgaande betekent niet dat elk van deze instituties de absolute wijsheid in pacht heeft. Verzamelde en gerapporteerde feiten kunnen én moeten kritisch worden geanalyseerd, bevraagd, bediscussieerd en herijkt. Dat is geen alibi om de feiten te relativieren ('het is maar een mening'). Integendeel, het zojuist beschreven proces van 'trial and error' is nodig om uiteindelijk tot een gedeelde erkenning van de feiten te komen. Dat impliceert een stelsel van 'checks and balances' waarin genoemde instituties maar ook maatschappelijke actoren buiten de overheid in de vergaring en analyse van de feiten elk een eigen rol hebben. Voor de politieke besluitvorming is dat stelsel een onmisbaar ankerpunt.

82. Een fundamenteel element met het oog op de waarheidsvinding in een democratische rechtsstaat is het beginsel van openbaarheid van bestuur.²¹⁰ Volgens artikel 110 Grondwet betracht de overheid bij de uitvoering van haar taak openbaarheid van bestuur volgens regels bij de wet te

²⁰⁷ Jeroen de Ridder, Rens Vliegthart en Jasper Zuure, Inleiding: Waarheidsvinding in de democratie in digitale tijden, in: Jeroen de Ridder, Rens Vliegthart en Jasper Zuure (red.), *Doen, durven of de waarheid? Democratie in digitale tijden*, p. 16. Zie in dezelfde bundel Caspar van den Berg, *Consensusvorming en gedeelde waarheid in de verzuilde en ontzuilde samenleving*, p. 53 en 68.

²⁰⁸ Henk Kummeling, *Onafhankelijk onderzoek en openbaar bestuur*, in: Bart Jan van Ettehoven, Jaap Polak, Gerard Roes, Luc Verhey, Ben Vermeulen, Leontine Weesing-Loeber, Arnold Weggeman (red.), *Rechtsorde en bestuur. Liber amicorum aangeboden aan Piet Hein Donner*, Boom juridisch Den Haag 2018, p. 209 e.v.

²⁰⁹ Deze vallen deels samen met de 'tegendemocratie' van Rosanvallon. Zie Pierre Rosanvallon, *De democratie denken. Werk in uitvoering*, Vantilt Nijmegen 2019, p. 71 e.v.

²¹⁰ E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie. Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid*, Boom Juridisch uitgeverij, Den Haag 2005.

stellen. Deze wet is thans nog de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Op grond hiervan verstrekt een bestuursorgaan op verzoek informatie behoudens enkele specifiek in de wet geregelde uitzonderingen. De wet verplicht daartoe het bestuursorgaan ervoor te zorgen dat de informatie die het verstrekt 'actueel, nauwkeurig en vergelijkbaar' is.²¹¹ De Wob wordt naar verwachting vervangen door een nieuwe wet, de Wet open overheid (Woo), die de openbaarheid van informatie op een aantal punten versterkt.²¹² Zoals al uit het voorgaande impliciet bleek kan openbaarheid van bestuur ook in sommige gevallen via het EVRM worden afgedwongen. Blijkens de rechtspraak van het EHRM omvat artikel 10, eerste lid, EVRM onder omstandigheden ook het recht om inlichtingen te ontvangen van de overheid.²¹³

De genoemde wetgeving is vooral van belang om burgers (waaronder ook journalisten) toegang te verschaffen tot informatie die bij de overheid berust om langs die weg beter te kunnen participeren aan het publieke debat. Daarbij gaat het om het boven tafel krijgen van de feiten die nodig zijn voor een goede democratische besluitvorming. Daarnaast is van belang dat het bestuursorgaan uit eigen beweging informatie moet verschaffen over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daarvan zodra dat in het belang is van 'een goede en democratische bestuursvoering'. Indien langs digitale weg desinformatie zou worden verspreid over het overheidsbeleid kan de overheid, mede gelet op de actieve informatieverplichting van de Wob, desinformatie over het overheidsbeleid corrigeren en tegenspreken en met het oog daarop de correcte informatie (nog eens) in de openbaarheid over het voetlicht brengen.

83. Het wetgevingsproces is slechts beperkt in de Grondwet geregeld. Zoals hiervoor al vermeld bevat de Grondwet alleen enkele bepalingen die de fase betreffen vanaf de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer. Zij bevat geen bepalingen over hoe in het wetgevingsproces de feitenvaststelling moet plaatsvinden. Wel bleek uit het voorafgaande dat de Aanwijzingen voor de regelgeving voorschriften bevat die de zorgvuldigheid van het onderzoek naar de relevante feiten moet waarborgen. Ook schrijven de Aanwijzingen enkele toetsen voor die de effecten van voorgenomen regelgeving in kaart moeten brengen.²¹⁴

Er zijn geen voorschriften of richtlijnen over de wijze waarop met dit materiaal tijdens het wetgevingsproces moet worden omgegaan en hoe in het kader daarvan tot een gemeenschappelijk beeld van de feiten moet worden gekomen. Er zijn dus geen wettelijke processuele voorschriften die algemene beginselen zoals het beginsel van hoor en wederhoor waarborgen zoals die wel bestaan in rechterlijke procedures.²¹⁵ Dat is als het gaat om politieke besluitvorming ook ongewenst. Hoe er over het beschikbare feitenmateriaal moet worden beraadslaagd en besloten moet aan de politiek worden overgelaten. Wel ligt het in de rede dat met het oog op de kwaliteit van besluiten bepaalde uitgangspunten in acht worden genomen die met het oog op een zorgvuldig debat noodzakelijk en gangbaar zijn. Deze zijn deels terug te vinden in de Reglementen van Orde van de Tweede en Eerste Kamer.

84. Hiervoor kwam al aan de orde dat er procedurele voorschriften zijn opgenomen in de Wet op de Parlementaire Enquête 2008. Dat hangt samen met het feit dat bij een parlementaire enquête in de regel niet kan worden volstaan met informatieverzameling bij de regering langs de lijn van artikel 68 Grondwet. Vaak zal het ook noodzakelijk zijn informatie bij burgers, maatschappelijke organisaties en ondernemingen in te winnen. Daarvoor heeft de enquêtecommissie wettelijke bevoegdheden die vergelijkbaar zijn met die van toezichthouders in de zin van de Awb. De

²¹¹ Artikel 2 Wob.

²¹² Het wetsvoorstel is in de Tweede Kamer aanvaard: Kamerstukken I 2015-2016, 33328, A. Inmiddels is een novelle in behandeling: Kamerstukken II 2018-2019, 35112, nrs. 1-3.

²¹³ EHRM 8 november 2016, Magyar Helsinki Bizottság v. Hongarije, r.o. 149-156.

²¹⁴ Zie hiervoor par. 7.

²¹⁵ Bijvoorbeeld in hoofdstuk 6 en 8 Awb. Een zekere parallel is te trekken met de Wet op de Parlementaire Enquête 2008. Zie hiervoor ook par. 8.

voorschriften uit de Wet op de Parlementaire Enquête 2008 en hoofdstuk 5 van de Awb lopen grotendeels maar niet helemaal parallel.²¹⁶

Voor andere vormen van parlementair onderzoek bestaan geen wettelijke regels. Dat wil niet zeggen dat de verzameling van feitelijke informatie door parlementaire onderzoekscommissies niet zou moeten voldoen aan bepaalde zorgvuldigheidseisen. Daalder heeft er in algemene zin op gewezen dat deugdelijk onderzoek door commissies die onderzoek doen naar wat hij 'politieke affaires' noemt, onbevooroordeeld moet worden uitgevoerd en in dat kader alle relevante gegevens, ook de informatie die voor degenen op wie het onderzoek zich richt ontlastend zijn, bij het onderzoek moeten worden betrokken. Waar de positie van individuen wordt geraakt zal bovendien het beginsel van hoor en wederhoor moeten worden toegepast.²¹⁷

Hiervoor is al aan de orde geweest in hoeverre een parlementaire onderzoekscommissie gelet op de politieke context waarin het onderzoek wordt verricht, op 'waarheidsvinding' is gericht. Tegen diezelfde achtergrond kan de vraag rijzen of de door Daalder genoemde eisen op parlementair onderzoek van toepassing kunnen zijn. Naar mijn oordeel zouden inderdaad enkele basale zorgvuldigheidseisen in acht genomen moeten worden. De politieke context kan geen alibi zijn voor onzorgvuldig handelen; ook het parlement is uiteindelijk een overheidsorgaan dat getuigen die worden ondervraagd fatsoenlijk moet behandelen. In het verleden is daar wel kritiek op geuit: parlementair onderzoek moet niet de vorm krijgen van wat Paul 't Hart een 'inquisitiedemocratie' heeft genoemd.²¹⁸ Recentelijk heeft ook de werkwijze van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (POK) om dezelfde redenen kritiek geogst.²¹⁹

Daartegen zou kunnen worden ingebracht dat het parlement nu eenmaal een politiek orgaan is en dat volledig vrij is zijn onderzoeksfunctie in te vullen zoals het hem goeddunkt. De Grondwet laat dat zonder meer toe. Maar als parlementaire onderzoekscommissies á la het Amerikaanse congres²²⁰ primair kiezen voor onderzoek als politiek strijdmiddel zal daarvoor een prijs worden betaald; de geloofwaardigheid van het instrument als middel om 'de waarheid' boven tafel te krijgen zal veel aan kracht inboeten.

85. Bij de voorbereiding van besluitvorming zal meer dan eens blijken dat we dingen niet, nog niet of niet zeker weten. In een democratische rechtsstaat is de ruiterlijke erkenning daarvan ook een element van integere en zorgvuldige waarheidsvinding. Zoals de coronacrisis heeft laten zien kunnen (soms ingrijpende) besluiten geboden zijn in situaties van grote onzekerheid; besluiten ook die wellicht gelet op later bekend geworden feiten onjuist, te vergaand, te slap of overbodig blijken te zijn geweest.

Zorgvuldigheid is hier geboden. Politieke besluiten dienen te worden beoordeeld op grond van de feiten die op dat moment bekend waren of redelijkerwijs bekend hadden kunnen zijn. Beoordeling met 'de wijsheid achteraf' is niet onrechtmatig maar wel in strijd met regels van 'fair play'. Overtredingen zijn niet gemakkelijk vast te stellen en sancties zijn er uiteraard niet. Maar mocht structureel een 'unfaire' afrekencultuur ontstaan waarin onvoldoende recht wordt gedaan aan de feiten, zal dat zijn schaduw vooruit werpen. Bewindslieden en ambtenaren zullen eerder de neiging

²¹⁶ E.J. Daalder, Parlementaire enquêtecommissies en bestuursrechtelijke normen, NTB 2008, afl. 10, p. 325-332.

²¹⁷ E.J. Daalder, Algemene regels van behoorlijk onderzoek, NTB 2000, afl. 8, p. 251-252. Zie voorts over dit type onderzoek H. Geveke, De staat van commissies, JV 2002 nr. 2, p. 50-64 en Onderzoeksraad voor de veiligheid, Onafhankelijk onderzoek in het publiek belang, Den Haag, maart 2018..

²¹⁸ Paul 't Hart, Verbroken verbindingen. Over de politisering van het verleden en de dreiging van de inquisitiedemocratie, Amsterdam De Balie 2001. Zie ook André Rouvoet, Werkwijze enquêtecommissie kritisch bezien, Openbaar bestuur 1999, p. 21. Voor kritiek op eerdere parlementaire enquêtecommissies zie J.M. Polak, Parlementariërs zijn geen rechters, NJB 1984, p. 1293 (met een reactie van A. Dolle en een nawoord van J.M. Polak, NJB 1985, p. 20-21) en P.J. van Koppen, De Waarheidsvinding door de Enquêtecommissie, NJB 1999, afl. 19, p. 860-861.

²¹⁹ S.J.C. Hemels, Immunitet moet niet leiden tot parlementaire freefight, Weekblad fiscaal recht 2020, p. 1456-1463.

²²⁰ S.C. Loeffen, a.w., p. 472. Zie verder over het Amerikaanse stelsel p. 345 e.v.

hebben om de feiten te rooskleurig voor te stellen of het parlement te bedelven onder een informatie 'overload'. Beide situaties zijn uit een oogpunt van een zorgvuldige en objectieve feitenvaststelling ongewenst.

86. Zojuist kwam het belang van sterke instituties aan de orde en van het belang om met de inbreng daarvan de verzamelde en gerapporteerde feiten kritisch te analyseren, bevragen, bediscussiëren en te herijken. In de praktijk zien we soms een sterke onevenwichtigheid in de appreciatie van de feiten. In sommige gevallen is het beeld dat de informatie die wordt aangeleverd bijna per definitie onwaar is. Dat lijkt ook van de tijd afhankelijk te gelden voor bepaalde departementen of ambtelijke diensten. In andere gevallen omarmen we de vastgestelde feiten en de daarop gebaseerde conclusies meteen na publicatie vrijwel kritiekloos. Dat is wel eens aan de orde in geval van onderzoek door een onafhankelijke commissie.

Hoe daarin een betere balans te krijgen is geen staatsrechtelijk vraagstuk. Het is een kwestie van vertrouwen. Maar het betekent wel dat er steeds nauwgezet aandacht besteed moet blijven worden aan het proces en feitenvaststelling en de waarborgen en beginselen die in dat proces moeten gelden. Het voorgaande bevat een eerste aanzet van een bespreking daarvan. Dat laat zien dat we in Nederland in elk geval een sterke informatiele infrastructuur hebben waarin goede 'checks and balances' aanwezig zijn.

87 . Maar daarmee zijn we er nog niet. Wat te doen in gevallen dat de waarheid er helemaal niet meer toe lijkt te doen of zelfs bewust wordt gemanipuleerd? In de Verenigde Staten hebben we recentelijk gezien dat alle verzekeringen van verschillende kiesraden, het Openbaar Ministerie en het Cybersecurity and Infrastructure Security Agency dat de verkiezingen eerlijk zijn verlopen ten spijt, relatief grote groepen burgers gestimuleerd door de zittende president blijven geloven dat er op grote schaal verkiezingsfraude heeft plaatsgevonden. 'Lees het internet' zei een echtpaar uit Virginia tijdens een demonstratie van ongeveer 10.000 Amerikanen (volgens Trump ging het om 'honderdduizenden mensen') tegen een journalist op 15 november 2020, 12 dagen na de verkiezingen, in Washington DC. 'En we gaan hier niet in discussie. Wij zien hier om de overwinning van Trump te vieren'.²²¹

In dit soort situaties zitten we in een ander vaarwater. De 'checks and balances' en waarborgen die hiervoor aan de orde kwamen, hebben op de betrokken burgers geen effect; zij geloven wat ze willen geloven. Dat verschijnsel is in die intensiteit nieuw. Zij wordt onmiskenbaar in belangrijke mate veroorzaakt en versterkt door internet en de sociale media. Dat doet zich, zij het voorsnog op een andere schaal, ook in Nederland voor. De vraag die urgent op de agenda staat is hoe de democratische rechtsstaat zich tegen de neergaande spiraal van polarisatie en wantrouwen die daarvan het gevolg dreigt te worden, moet beschermen.

11. Samenvatting: een riskant mengsel

88. Moeten de vraagstukken die in dit preadvies aan de orde zijn gekomen, wel door juristen worden behandeld? Gaat het als wij het hebben over 'post-truth politics' wel om een juridisch probleem of is het iets dat in de eerste plaats in de politiek moet worden opgelost? Heeft de staatsrechtwetenschap hier eigenlijk wel een belangrijke bijdrage te leveren?

89. Twee jaar voor zijn dood sprak Tim Koopmans in 2013 aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden over waar het in het recht uiteindelijk om draait:

'Er zit een morele dimensie in het recht, als men zich realiseert waar het ten slotte om gaat. Het recht vertrouwt op regels en instellingen, in plaats van op eigenrichting en op toepassing van geweld. Bij een stevige burenruzie loop je naar een advocaat, je probeert niet je buurman een blauw oog te slaan. Door het recht uit te bouwen ben je dus ook bezig te werken aan een

²²¹ Bas Blokker, Trump-fans demonstreren tegen 'gestolen verkiezingen', NRC 16 november 2020, p. 5.

vreedzamer samenleving. Wij zijn nu ook bezig geweld tussen staten, dus oorlog, uit te bannen en te vervangen door regels en instellingen. In Europa (dat wil zeggen in het gebied van de EU) zijn we daarmee al een heel eind onderweg. Als je langs Verdun rijdt, langs de autoweg Parijs-Metz, en je ziet de eindeloze akkers vol met houten kruisen, dan moet het wel tot je doordringen dat onze generatie *dat* in elk geval de wereld heeft kunnen besparen.²²²

Zal dat ook voor de nu levende generaties gelden? Dat is onzeker. Maar hoewel de democratische rechtsstaat al decennia lang een robuuste staatsvorm is gebleken en zich voortdurend heeft aangepast aan nieuwe ontwikkelingen, scherpt Koopmans ons juristen in dat alertheid op nieuwe bedreigingen geboden blijft.

90. Ik keer terug naar de centrale vraag waar dit preadvies mee begon. In hoeverre is de door internet exponentieel gegroeide verspreiding van eenzijdige en soms ook bewust misleidende informatie en de polariserende doorwerking daarvan in samenleving en politiek, een serieuze bedreiging voor de democratische rechtsstaat?

Mijn stelling is dat dat inderdaad het geval is doordat zowel de feiten 'an sich' als het streven om de feiten op een objectieve en integere wijze vast te stellen, onder druk zijn komen te staan. Dat kan als dat niet nu al zo is in elk geval op termijn de democratische rechtsstaat gaan ondermijnen. Zonder de objectieve feiten is democratische besluitvorming niet mogelijk en kan de staat zijn (grond)wettelijke taken in dienst van de burger niet uitvoeren.

91. Wat heeft deze caleidoscopische verkenning opgeleverd om de gestelde vraag te beantwoorden? Ik vat de belangrijkste bevindingen samen.

- Het begrip 'post-truth politics' is niet onomstreden. Voor zover in de politiek de objectieve feiten worden veronachtzaamd of genegeerd moet dat verschijnsel in het perspectief van een bredere problematiek worden geplaatst. In bredere zin heeft zich op bepaalde terreinen een gedepolitiseerd en technocratisch overheidsbestuur ontwikkeld waar relatief grote groepen burgers die sociaal, economisch en cultureel achterop zijn geraakt, zich niet meer of slecht in herkennen. Dit heeft ruimte geschapen voor populistische bewegingen en politici die inspelen op de smeulende maatschappelijke onvrede en die in dat kader objectieve feiten negeren of ontkennen en daar hun eigen werkelijkheid ('alternative facts') tegenover plaatsen.
- In snel tempo vernieuwende digitaliseringstechnieken maken het steeds beter mogelijk burgers te manipuleren door persoonsgerichte verspreiding van een misleidende en eenzijdig geselecteerde 'overload' aan informatie. Omdat de informatie voor onderscheidene en vaak kleinschalige groepen burgers sterk verschillend is, kunnen van elkaar gescheiden, partijdige en emotioneel gekleurde percepties van de werkelijkheid ontstaan die frequent en steeds opnieuw worden bevestigd en versterkt. Dat werkt maatschappelijke tegenstellingen en desintegratie in de hand.
- Het geschetste gebruik van informatietechnologie vloeit rechtstreeks voort uit het businessmodel van de Big Tech bedrijven. Dit is gebaseerd op het vasthouden van de aandacht ('attention economy') van de gebruiker en niet op de kwaliteit van de informatie. Dit maakt het commercieel aantrekkelijk om sterk emotioneel gekleurde en extreme berichten te verspreiden. Deze leveren de meeste 'clicks' op en dus de hoogste, uit advertenties gegenereerde opbrengsten.
- De beschreven ontwikkelingen bij elkaar genomen hebben de politiek in relatief korte tijd wezenlijk veranderd. Niet alleen beïnvloedt internet de strategie van politieke partijen ('political micro-targeting') maar het stimuleert ook de opkomst van een nieuw type politici.

²²² Tim Koopmans, *Omzwervingen in het recht. Een terugblik*, in: M.Y.H.G. Erkens, W.T. Eijsbouts (red.), *Ter ere van Tim*, Uitgeverij Paris Zutphen 2013, p. 40.

Populisten zoals Donald Trump spelen in op de (mede) door desinformatie veroorzaakte verwarring en onzekerheid door identiteit en geborgenheid ('tribal belonging') te beloven en eenvoudige oplossingen te benoemen voor de grote problemen van deze tijd. Dat is een strategie die niet alleen de samenleving polariseert maar ook, omdat het veel stemmen kan opleveren, de politiek. Daardoor kan de democratie als politieke gemeenschap waarin maatschappelijke tegenstellingen op vreedzame wijze moeten worden overbrugd, serieus in gevaar komen.

- De internationale dimensie van internet kan deze effecten exponentieel versterken. Big Tech bedrijven opereren internationaal en bieden daarmee staten nieuwe kansen om over de nationale grenzen heen en in het geheim door middel van verspreiding van misleidende en eenzijdig geselecteerde informatie verkiezingscampagnes en publieke debatten in andere landen te beïnvloeden. De veiligheid van de staat is hier rechtstreeks in het geding.
- Alle westerse democratieën hebben met deze belangrijke veranderingen te maken. In Nederland lijken de negatieve effecten relatief mee te vallen: het lukt in het algemeen nog steeds om op basis van een gedeeld beeld van de feiten tot politieke besluitvorming te komen. Mogelijk draagt ons grondwettelijk verankerde stelsel van evenredige vertegenwoordiging daaraan bij dat, anders dan bijvoorbeeld het meerderheidsstelsel in de Verenigde Staten, een matigende werking heeft en minder polariseert. Maar tegelijkertijd zijn er ook in Nederland tekenen van polarisatie en wantrouwen zichtbaar die het collectieve proces van feitenvaststelling en de mogelijkheid om op grond daarvan tot besluitvorming te komen, onder druk zetten.
- Het publieke debat over hoe de democratische rechtsstaat zich tegen de geschetste ontwikkelingen te weer moet stellen is de laatste jaren op gang gekomen maar toont ook een duidelijke verlegenheid. Het dilemma dat in het debat pregnant zichtbaar is geworden is in hoeverre de vrijheid van informatie van individuele burgers en organisaties zoals die in de Grondwet en het EVRM is gewaarborgd kan worden gereguleerd en beperkt zonder de democratische rechtsstaat zélf aan te tasten. Tot nog toe heeft dat nog niet tot substantiële wettelijke maatregelen geleid.
- De door internet gevoede tendens van toenemende polarisatie en wantrouwen werkt door in het debat over de representatieve democratie. Representatie wordt steeds vaker gezien als de behartiging van deelbelangen en opvattingen die vanuit eenzijdige en van elkaar gescheiden beelden van de werkelijkheid tot stand komen ('spreekbuisdemocratie'). Als iedereen ('ieder een') in zijn eigen werkelijkheid leeft en daarin steeds opnieuw wordt bevestigd kan bij burgers gemakkelijker de idee ontstaan dat de overheid er alleen voor hen is en niet staat voor een politieke gemeenschap waarin de belangen en opvattingen van álle burgers op enigerlei wijze met elkaar moeten worden verzoend. Het referendum kan dat effect verder versterken omdat het in zijn onvermijdelijke ongenueanceerdheid polarisatie oproept en omdat het door een mankerend handelingsperspectief ná de uitslag maatschappelijke onvrede verder kan aanwakkeren.
- De geschetste ontwikkelingen werken door in de dagelijkse praktijk van de representatieve democratie. Niet alleen in de samenleving ontstaan van elkaar gescheiden werelden maar ook in het staatsbestel als zodanig. De staat dreigt een agglomeraat van een steeds verder toenemend aantal instellingen en organisaties te worden die weliswaar wettelijk onafhankelijk zijn maar in de praktijk ieder vanuit een specifiek deelbelang en perspectief functioneren en steeds zwakker met elkaar in verbinding staan. Door deze bestuurlijke fragmentatie wordt behartiging van het algemeen belang, het belang van 'het *gehele* Nederlandse volk', in de politiek complexer en het tijdig door de overheid leveren van de beloofde prestaties moeizamer. Ook dat kan op termijn de maatschappelijke onvrede versterken ('outputlegitimiteit').

- Het bovenstaande werkt in concrete zin door in verschillende domeinen. Totstandkoming van 'evidence based' wetgeving die voortvloeit uit een rationeel beredeneerde, consistente en uitvoerbare beleidskoers wordt een steeds moeilijker opgave als in de uiteindelijke politieke besluitvorming de feiten ondergesneeuwd raken en wetgeving door steeds wisselende politieke meerderheden snel na haar totstandkoming weer wordt gewijzigd. Daardoor kan een structurele kortsluiting ontstaan met de uitvoering die uiteindelijk de burger rechtstreeks treft.
- Ook de politieke controle via de ministeriële verantwoordelijkheid laat zien dat de politieke wereld die vaak sterk wordt gevoed door de actualiteit van de sociale media enerzijds en de ambtelijke wereld met zijn op wettelijke structuren en procedures gebaseerde logica anderzijds, verder uit elkaar zijn gegroeid. Deze werelden kennen vaak gesegregeerde percepties van de feiten die door onderling wantrouwen niet meer goed bij elkaar kunnen worden gebracht. De recente discussie over de reikwijdte van het parlementair inlichtingenrecht is daarvan een treffende illustratie.
- Het staatsbestel kent een (grond)wettelijk stelsel van 'checks and balances' waarin onafhankelijke publieke instituties en maatschappelijke actoren buiten de overheid in het onderzoek naar en de analyse van de feiten elk een eigen rol hebben. Voor de politieke besluitvorming is dat stelsel een onmisbaar ankerpunt. Ook zijn er diverse wettelijke waarborgen (bijvoorbeeld de Wet openbaarheid van bestuur) en algemene beginselen en spelregels die eraan bijdragen dat de feiten in een collectief proces objectief en integer worden vastgesteld. De vraag is echter of dit stelsel van 'checks and balances', waarborgen en beginselen uiteindelijk voldoende tegenwicht kan bieden tegen de overweldigende schaal, intensiteit en snelheid waarmee misleidende en eenzijdig geselecteerde informatie via internet en sociale media de publieke besluitvorming beïnvloedt.

92. Het bovenstaande is slechts een grove samenvatting van de gepleegde verkenning. Er is ongetwijfeld meer over op te merken en het ligt misschien op bepaalde onderdelen genuanceerder. Niemand weet ook hoe het zich in de toekomst precies gaat ontwikkelen. Misschien is het gif van polarisatie in Nederland minder scherp werkzaam dan bijvoorbeeld de VS omdat wij een relatief goede sociale bescherming en inkomensondersteuning hebben.²²³ Maar tegelijkertijd moeten we de ontwikkelingen niet bagatelliseren. Wie het geheel op zich in laat werken kan moeilijk volhouden dat de problemen vooral elders bestaan en er bij ons niets aan de hand is. Daarbij gaat het, het kan niet genoeg benadrukt worden, om een *combinatie* van verschijnselen; het is het mengsel dat de democratische rechtsstaat op termijn kan bedreigen.

93. Maar wat is nu precies het hoofdprobleem met het oog op de democratische rechtsstaat? Wat is de algemene noemer die uit bovenstaande verkenning, waarin veel uiteenlopende onderwerpen aan de orde kwamen, te destilleren?

Om die algemene noemer te identificeren keer ik terug naar Kees Schuyt. Zoals hiervoor aan de orde kwam kan volgens Schuyt de democratische rechtsstaat worden gekenmerkt als een beheerste oplossing voor het probleem van 'eenheid' en 'veelheid': de gemeenschappelijke eenheid, van eensgezind samenleven in een natiestaat én de veelheid van uiteenlopende en vaak tegenstrijdige belangen, waarden, ideologieën en overtuigingen.²²⁴ De kern van het probleem is dat door de geschetste ontwikkelingen er in de openbare ruimte een 'veelheid' van vaak emotionele, stellige en polariserende mededelingen en uitingen op de voorgrond treden waardoor de 'eenheid' in onze samenleving ondergesneeuwd raakt. De balans tussen eenheid en veelheid die

²²³ Coen Teulings, Stad en platteland zijn ook in de EU electoraal gespleten, NRC 23 november 2020, p. 11.

²²⁴ Kees Schuyt, De bindingskracht van de democratische rechtsstaat, in: Bart Jan van Ettehoven, Jaap Polak, Gerard Roes, Luc Verhey, Ben Vermeulen, Leontine Weesing-Loeber, Arnold Weggeman (red.), Rechtsorde en bestuur. Liber amicorum aangeboden aan Piet Hein Donner, Boom juridisch Den Haag 2018, p. 25. Zie hiervoor par. 5.

in een democratische rechtsstaat essentieel is om vreedzaam samen te leven, dreigt daarmee in het gedrang te raken.

94. Hoe nu verder? Het probleem is veelomvattend en ingewikkeld dus gemakkelijke oplossingen zijn er niet. Hierna (par. 13) zal ik proberen enkele denkrichtingen te formuleren met het oog op mogelijke handelingsperspectieven vanuit staatsrechtelijke gezichtspunten. Maar eerst volgen enkele overwegingen die buiten de strikt juridische sfeer liggen maar die wel essentieel zijn om te begrijpen waar het in de bredere context om gaat.

12. It's the political culture, stupid!

95. Voor het eerste element ga ik voor een laatste maal terug naar Kees Schuyt. De zwakheden die onvermijdelijk aan een democratie kleven zou hij niet alleen willen proberen op te vangen door naar de politiek-democratische instituties te kijken maar vooral ook te letten op de culturele voorwaarden waaronder democratieën goed kunnen functioneren, zoals:

'een zekere mate van scepsis in de bevolking ('mijn mening staat pal tegenover de mening van mijn buurman: misschien moeten we dan de stelligheid van onze beider meningen minder stellig maken') én een klimaat van tolerantie'.²²⁵

Met dat laatste doelt Schuyt op 'de onderdrukking van de neiging anderen te onderdrukken': andere meningen, andere groepen en andere leefstijlen. Het gaat kortom, aldus nog steeds Schuyt, om 'een cultuur waarin de individuele mens met al zijn kracht en zwakheden hét centrale uitgangspunt blijft.'

De vraag die naar aanleiding van het betoog van Schuyt rijst is wat de in dit preadvies geschetste ontwikkelingen doen met onze tolerantie. De mogelijkheden die internet biedt om mensen te manipuleren, in de hoofden van mensen te kruipen, lijken het individuele vermogen om de rust te bewaren en mild en respectvol te zijn naar anderen te hebben aangetast. Dat zien we terug in de politiek. Hoe gaan we dat tij keren?

96. Bastiaan Rijpkema vraagt in zijn proefschrift over de weerbare democratie naast de institutionele aspecten ook aandacht voor de politiek-culturele dimensie. Het gaat in een democratie niet alleen om de instituties maar ook om personen. Hij pleit voor politici met zelfcorrigerend vermogen: politici die naar hun eigen fouten zoeken en ze niet langer proberen weg te redeneren om te bewijzen dat ze eigenlijk 'altijd al gelijk hadden'.²²⁶ Politici zouden moeten durven te getuigen van voortschrijdend inzicht en hun schroom moeten verliezen om waar nodig van mening te veranderen, aldus Rijpkema.

Hiervoor (par. 4) kwam al aan de orde dat internet de politiek heeft veranderd. Meer dan vroeger wordt er snel, intuïtief en emotioneel gereageerd op het actuele nieuws. Het heeft ook de opkomst van een nieuw soort politiek leiders gestimuleerd. Om hieraan tegenwicht te bieden is gematigd politiek leiderschap nodig. In zijn bespreking van de gevaren van internet voor de democratie ziet Bartlett als belangrijk tegengif, met een verwijzing naar Lincoln, politiek leiders die empathisch, medelevend, respectvol en integer zijn, die hun eigen fouten en zwakheden onderkennen en de kracht van hun politieke opponenten. Samenwerking op grond van gewoon menselijk fatsoen 'can keep tribalism in check', aldus Bartlett'.²²⁷ In die zin liggen de betogen van Rijpkema in het kader van de weerbare democratie en van Bartlett in het kader van de bestrijding van de uitwassen van internet, in elkaars verlengde.

²²⁵ Kees Schuyt, a.w., p. 19.

²²⁶ B.R. Rijpkema, Weerbare democratie: de grenzen van democratische controle, diss, Leiden University 2015, p. 218.

²²⁷ J. Bartlett, a.w., p. 67.

97. Op welke wijze kunnen politiek leiders in een verdeelde samenleving verbinding leggen met burgers die onbehagen voelen? ²²⁸Een optimistische visie is te vinden bij Michael Ignatieff in zijn boek 'The Ordinary Virtues'.²²⁹ Daarin brengt hij na een reis door alle werelddelen in kaart wat mensen in een tijd van globalisering bij elkaar kan houden. Hij concludeert dat gewone deugden als vergevingsgezindheid, tolerantie, empathie en veerkracht bepalend zijn, waar of wie je ook bent. Mensen zijn geen helden maar willen meestal wel goede vaders en moeders, zonen en dochters, burens en vrienden zijn. Zij zijn echter vooral empathisch, tolerant en vergevingsgezind voor degenen die hij lief heeft of kent in zijn nabije omgeving. Voor onbekenden buiten de eigen kring geldt dat niet of in veel minder mate. Deze tegenstelling is door internet en sociale media (de filterbubbels) waarschijnlijk nog scherper geworden.

Volgens Ignatieff ligt een belangrijke sleutel voor het beheersbaar houden van maatschappelijke tegenstellingen bij de publieke instituties. Gewone deugden kunnen in bredere verbanden pas tot bloei komen als er een overheid is die betrouwbaar en fatsoenlijk is, een overheid die doet wat van haar, reëel gesproken, verwacht mag worden. Kortom, een overheid die zelf de gewone deugden in praktijk brengt. Als burgers in de praktijk kunnen rekenen op een fatsoenlijke en betrouwbare overheid, zullen zij ook eerder accepteren en ondersteunen dat anderen, mensen buiten de eigen 'inner circle', met hetzelfde fatsoen worden behandeld.

Maar ook in de dagelijks politiek is dit inzicht voor politici relevant. Ignatieff noemt het voorbeeld van de vluchtelingenproblematiek die ook in Nederland vaak wordt genoemd als een van de belangrijkste oorzaken van maatschappelijke onvrede. Een verstandige politicus zal ontdekken, aldus Ignatieff, dat hij eerder steun krijgt voor hulp aan vluchtelingen van burgers als hij een beroep doet op gewone deugden als mededogen en ruimhartigheid dan wanneer hij spreekt over individuele rechten.

98. Zijn deze inzichten die in essentie allen gaan over politieke cultuur ook relevant voor de Nederlandse politiek? In de biografie van Piet de Jong wordt de historicus James Kennedy aangehaald; hij stelt dat de culturele omwenteling in Nederland in de jaren zestig van de vorige eeuw mede te danken is aan gematigd leiderschap: aanpassingsgezind, compromisbereid, bescheiden en begiftigd met droge humor en zelfspot.²³⁰ Zijn het tijdloze deugden of eigenschappen van een voorbijgeen generatie? Dat is een cruciale vraag waarop het antwoord waarschijnlijk in de toekomst besloten ligt.

99. Deze korte overwegingen prenten ons in dat politieke cultuur een wezenlijk onderdeel is van de oplossing. Wat wij nodig hebben is een overheid die niet alleen écht doet waarvoor 'hij is ingehuurd' maar ook burgers fatsoenlijk behandelt. En politieke leiders die precies daarin het goede voorbeeld geven. Misschien is onze hoop op een effectief tegengif juist hierop gevestigd.

Dat wil niet zeggen dat er daarnaast niet ook een belangrijke rol is weggelegd voor het recht en in het bijzonder het staatsrecht. Want ook de institutionele en grondrechtelijke dimensie van de democratische rechtsstaat is een cruciale invalshoek. Hieronder volgen vanuit dat perspectief enige aanzetten van mogelijke handelingsperspectieven. Zij zijn grotendeels niet nieuw; zij zijn deels gebaseerd en bouwen voort op bestaande literatuur, rapporten en adviezen.

²²⁸ Het onderstaande is een bewerking van een onderdeel van L.F.M. Verhey, Democratie en de gewone deugde, NJB 2018, p. 2959-2962.

²²⁹ Harvard University Press 2017. Zie ook Marcel ten Hooven, De ontmanteling van de democratie. Hoe de kunst van het samenleven verstoord raakt – en wat eraan te doen, De Arbeiderspers, Amsterdam- Antwerpen 2018.

²³⁰ Jan Willem Brouwer en Johan van Merriënboer, Van buitengaats naar Binnenhof. P.J.S. de Jong, een biografie, Sdu Uitgevers, Den Haag 2001, p. 221.

13. Handelingsperspectieven: het uur van de waarheid?

100. De democratische rechtsstaat staat als het gaat om de problematiek die hiervoor aan de orde kwam, voor een moeilijk dilemma. De valkuil is dat we in het bedenken van maatregelen te ver doorschieten en daarin de democratische rechtsstaat zélf schade toebrengen. De vrijheid van informatie is in een democratie een groot goed. Internet heeft ons op dat punt ook veel goeds gebracht. Daarnaast kunnen nieuwe technologieën de overheid in staat stellen zijn wettelijke taken beter en sneller uit te oefenen. Het is dus oppassen dat we niet het kind met het badwater weggoien.

Tegelijkertijd zal de democratische rechtsstaat zich ook moeten beschermen tegen nieuwe dreigingen die zijn voortbestaan op termijn op het spel kunnen zetten. Om daarin een goede balans te vinden zal nog veel onderzoek, analyse en discussie nodig zijn. Maar het zal ook slagvaardig moeten om risico's tijdig het hoofd te kunnen bieden.

101. Een belangrijk aangrijpingspunt is waar in de kern toch de oorzaak van het probleem ligt. Dat is in het business model van de Big Tech bedrijven. Het is daarom logisch dat deze bedrijven sinds het schandaal van Cambridge Analytica door overheden en parlementen publiekelijk worden aangesproken. Deze komen, zoals rond de Amerikaanse presidentsverkiezingen was te zien, ook in wisselende mate in actie. Berichten op sociale media die desinformatie bevatten werden voorzien van waarschuwingen aan de gebruikers.

Maar zal dat genoeg zijn? Is het erg waarschijnlijk dat de Big Tech bedrijven in het belang van de samenleving door middel van zelfregulering hun verdienmodel in voldoende mate gaan aanpassen? Zonder hierop een al te stellig antwoord te kunnen geven is dat niet erg waarschijnlijk. In de digitale wereld zal gelet op de gigantische geldbedragen die erin omgaan, de verleiding groot zijn om onder druk van de publieke opinie slechts tijdelijk mee te bewegen maar overigens hun 'business model te handhaven en waar mogelijk uit te bouwen. Dat is niet verbazingwekkend. Het zijn particuliere bedrijven die per definitie commerciële belangen nastreven en niet of in elk geval niet primair het algemeen belang voorop zullen plaatsen.

Het zal daarom in elk geval op termijn vermoedelijk onvermijdelijk zijn dat daarop wordt ingegrepen. Dat kan niet anders dan in Europees verband gebeuren. De digitale verspreiding van informatie gebeurt over de grenzen van nationale staten heen. Daardoor opereren de Big Tech bedrijven ook internationaal. Omdat een wereldwijde aanpak vanwege de sterk tegengestelde geopolitieke belangen niet van de grond zal komen, is een gemeenschappelijke aanpak binnen de Europese Unie noodzakelijk.

Daarvoor zie ik voornamelijk twee belangrijke ankerpunten. In de eerste plaats is dat het mededingingsrecht. De Big Tech bedrijven nemen vanwege hun omvang een enorme machtspositie in die de eerlijke concurrentie belemmert. Maatregelen in deze sfeer die de concurrentie bevorderen kunnen er ook voor zorgen dat bedrijven zich meer gelegen zullen laten liggen aan de belangen van consumenten en van de samenleving in den brede. Daarnaast bevat de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) voorschriften die een potentieel krachtig instrument zijn om bepaalde gegevensverwerkingen te reguleren en te beperken. Tot nog toe echter is het toezicht op grond van de AVG Europees en nationaal nog onvoldoende uit de verf toegekomen. Omdat de AVG pas sinds 2018 geldt, zal de toekomst moeten leren of het noodzakelijk toezicht alsnog voldoende krachtig kan blijken.

102. Een internationale dimensie die voornamelijk niet of hooguit zeer beperkt in het domein van de Europese Unie is verankerd, is de nationale veiligheid. Ik laat dit verder rusten. Maar het is evident dat daar waar de beschreven effecten van internet wereldwijd zijn en dus ver over de nationale grenzen heen reiken, er hier een belangrijk terrein ligt waar de Europese Unie uit geopolitiek oogpunt niet meer van weg kan blijven. Door het verspreiden van desinformatie bestaan er meer mogelijkheden om twijfel en verwarring te zaaien bij burgers en daarmee democratische processen

niet alleen in eigen land maar ook in andere landen ernstig te verstoren. De democratische rechtsstaat zal zich in Europees en wellicht ook internationaal verband ook daartegen beter moeten wapenen.

103. Welke handelingsperspectieven kunnen worden geformuleerd voor de Nederlandse rechtsorde? Hiervoor citeerde ik Kees Schuyt die de democratische rechtsstaat kenschetste als een beheerste oplossing voor het probleem van eenheid en veelheid: de gemeenschappelijke eenheid, van eensgezind samenleven in een natiestaat én de veelheid van uiteenlopende en vaak tegenstrijdige belangen, waarden, ideologieën en overtuigingen.

De Grondwet biedt elementen van beide perspectieven. Grofweg en te ongenueanceerd gezegd staan de in de Grondwet geregelde instituties (Koning, regering, Staten-Generaal, hoge colleges van staat) primair voor 'de eenheid'. Het meest pregnant komt dat misschien tot uitdrukking in de verwoording van de representatieve democratie in artikel 50 Grondwet: De Staten-Generaal vertegenwoordigen het *gehele* Nederlandse volk. 'De veelheid' komt het duidelijkst naar voren in de klassieke en sociale grondrechten van hoofdstuk 1 Grondwet. De rechterlijke macht heeft beide elementen in zich: het is de derde staatsmacht die in het algemeen belang rechtspreekt maar ook in de veelvormige rechtspraktijk rechtsbescherming biedt in het individuele geval.

104. Als het gaat om het evenwicht tussen 'eenheid' en 'veelheid' biedt de Grondwet weinig houvast.²³¹ De Grondwet is open van karakter en geldt naar heersende opvatting als 'slaperdijk'²³². Grote maatschappelijke veranderingen voltrekken zich vaak buiten de Grondwet om.²³³ Voor zover constitutionele normen in het maatschappelijke debat al een rol spelen, worden ze volgens Foqué fragmentarisch behandeld zonder acht te slaan op de samenhang met andere regels en beginselen van de democratische rechtsstaat.

Dat heeft ook gevolgen voor de Grondwet: 'de betekenis van de Grondwet', aldus Foqué, 'wordt dan niet alleen goeddeels onzichtbaar, maar zij verkruint en versplintert tegelijkertijd in onderling tegenstrijdige flarden van betekenis, waardoor gemeenschappelijke waardeoriëntaties van het democratisch samenleven in onderlinge verscheidenheid dreigen te verschromelen en te eroderen'²³⁴. Dat leidt tot een pleidooi voor 'een meer zichtbare Grondwet als rechtsstatelijk baken in de vaak woelige stormen die ons bestel doormaakt'²³⁵.

105. Wil de Grondwet ook in de toekomst houvast, stabiliteit en duurzaamheid blijven bieden²³⁶ moet de Grondwet tegenwicht kunnen bieden aan de in dit preadvies geschetste dreiging van polarisatie, wantrouwen en desintegratie. Daarbij denk ik niet in de eerste plaats aan grondwetswijziging maar aan een grondwetsinterpretatie die bijdraagt aan het noodzakelijke

²³¹ Vergelijk L.F.M. Verhey, Constitutionele rechtsvorming: balanceren tussen continuïteit en verandering, in: Bart Jan van Ettehoven, Jaap Polak, Gerard Roes, Luc Verhey, Ben Vermeulen, Leontine Weesing-Loeber, Arnold Weggeman (red.), Rechtsorde en bestuur. Liber amicorum aangeboden aan Piet Hein Donner, Boom juridisch Den Haag 2018, p. 95 e.v.

²³² Aldus Donner: 'Juist omdat ik aan het staatsrecht zoveel belang toeken als structureel element van de Westerse staat, lijkt het mij een zegen als het betrekkelijk onopvallend en als 't ware vanzelfsprekend werkt en geldt': het staatsrecht als 'slaperdijk' die slechts te hulp behoeft te worden geroepen 'als de andere dijken van het recht het zouden begeven'. A.M. Donner, Bestendig en wederkerig, in: Tussen het echte en het gemaakte. Geschriften van Prof. mr. A.M. Donner, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1986, p. 381. Zie ook D.J. Elzinga, Saevis tranquillis in Undis: zeven vuistregels voor de grondwetgever, Ministerie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Den Haag 2013, p. 30. Elzinga betreft het slaperdijkbeeld op hoofdstuk 2 tot en 5 van de Grondwet.

²³³ Het heeft Van der Hoeven in zijn bekende proefschrift gebracht tot de stelling dat de normatieve kracht van de Grondwet gering is; voor het geldende staatsrecht zou niet de Grondwet maar de feitelijke praktijk bepalend zijn. Zie J. van der Hoeven, De plaats van de grondwet in het constitutionele recht, Tjeenk Willink Zwolle 1988 (aangevulde heruitgave).

²³⁴ R.M.G.E. Foqué, in: De onzichtbare Grondwet. Woord- en beeldverslag van het Symposium op 27 februari 2008, uitgegeven door het ministerie van BZK, p. 54., p. 50.

²³⁵ R.M.G.E. Foqué, a.w., p. 55.

²³⁶ A.M. Donner, Object en methode van het staatsrecht, in: Object en methode van de staatsrechtwetenschap. Staatsrechtconferentie 1982, Ars Aequi Libri Nijmegen 1982, p. 46.

herstel van evenwicht tussen 'eenheid' en 'veelheid'. Daarbij gaat het om de uitleg en toepassing van dragende staatsrechtelijke uitgangspunten, regels en concepten die ook in dit preadvies aan de orde kwamen zoals de grondrechten, het kiesrecht, representatie, ministeriële verantwoordelijkheid en het parlementair inlichtingenrecht. Interpretaties die meer nadruk leggen op gemeenschappelijkheid en integrale belangenafweging en niet bijdragen aan verdere profilering van deelbelangen en fragmentatie. Precies vanuit dit gezichtspunt heb ik zoals hiervoor uiteengezet bezwaar tegen het te ver doorgeschoten representatiebegrip van de Staatscommissie parlementair stelsel.

Als het gaat om de interpretatie van de Grondwet is er geen constitutionele rechter die knopen doorhakt. Het is primair de wetgever die de Grondwet uitlegt. De wetgever is een samengesteld orgaan: het bestaat uit de regering, de Tweede en de Eerste Kamer. Daarnaast zijn in het wetgevingsproces naast de Raad van State ook tal van andere actoren (adviescolleges, maatschappelijke organisaties) betrokken. Ook de rechter interpreteert in bepaalde gevallen, met name als het gaat om de grondrechten, de Grondwet. Ten slotte heeft de staatsrechtwetenschap een belangrijke rol. Er ligt hier kortom, vanuit onderscheidene rollen en posities een gezamenlijke verantwoordelijkheid om te komen tot een zorgvuldig gewogen grondwetsinterpretatie die op een evenwichtige manier recht doet aan de genoemde uitgangspunten van 'eenheid' en 'veelheid'. Dat betekent dat alle betrokkenen het eigen deelbelang of de eigen specifieke expertise althans enigszins moeten weten te overstijgen. Huiselijk gezegd: we zullen verder moeten kijken dan onze neus lang is.

106. Er is niet alleen aandacht nodig voor de Grondwet maar ook voor onderwerpen die niet of slechts beperkt in de Grondwet zijn geregeld. Ik behandel er hier twee die in een democratische rechtsstaat met het oog op het onderwerp van dit preadvies essentieel zijn: de positie van politieke partijen en het stelsel van 'checks and balances'.

107. Een in Nederland ongebruikelijk aangrijpingspunt voor overheidsinterventie binnen de nationale rechtsorde betreft de politieke partijen. Politieke partijen worden zoals hiervoor vermeld niet in de Grondwet geregeld (zie hiervoor par. 7). Zij zijn privaatrechtelijke rechtspersonen die hun bestaansrecht ontleen aan de grondrechtelijke vrijheden die in een democratische rechtsstaat en in een parlementair stelsel wezenlijk zijn. Daarom is de (grond)wetgever tot nog toe op goede gronden zeer terughoudend geweest.

Uit het voorgaande bleek echter tevens dat óók politieke partijen in een democratische rechtsstaat uiterste grenzen in acht behoren te nemen. In wetgeving²³⁷ en rechtspraak²³⁸ is erkend dat politieke partijen niet de democratie zélf in gevaar mogen brengen. Dat kan in het uiterste geval en onder zeer strikte voorwaarden er zelfs toe leiden dat partijen door de rechter worden verboden. Tegen die achtergrond kan het gerechtvaardigd zijn om in het belang van het democratisch proces politieke partijen aan regels te binden om de transparantie en integriteit van het instrument van 'political micro-targeting' te bevorderen. In hoeverre met het oog daarop de eerder genoemde voorstellen van de Staatscommissie parlementair stelsel adequaat zijn, kan ik niet goed overzien; ik laat dat verder in het midden.

108. Hiervoor is gewezen op de cruciale betekenis van sterke en hoogwaardige instituties. Veel instituties spelen een belangrijke rol bij de vaststelling van de feiten: hoog colleges van staat (Raad van State, Algemene Rekenkamer, de Nationale Ombudsman), adviescolleges, wettelijk onafhankelijke toezichthouders, onderzoeksinstituten (denk aan de Onderzoeksraad voor de Veiligheid), inspecties, planbureaus en de rechterlijke macht (het OM en de gerechten). Zij moeten met het oog op de waarheidsvinding worden beschermd en gekoesterd. Zonder hen kan er geen kwalitatief goede besluitvorming plaatsvinden.

²³⁷ Artikel 2:20 BW.

²³⁸ Zie de in paragraaf 5 genoemde rechtspraak van het EHRM in het kader van artikel 10 en 11 EVRM.

Over dit onderwerp maak ik tot slot nog twee opmerkingen. In de eerste plaats is de vraag hoe deze verschillende instanties onderzoek doen om tot de vaststelling van de feiten te komen. Voor de rechterlijke macht is dit doorgaans vastgelegd in procesrechtelijke wetgeving. Op andere plaatsen zijn er reglementen en protocollen.²³⁹ Van belang voor een zorgvuldige vaststelling van de feiten voorafgaand aan de politieke besluitvorming zou kunnen zijn om de verschillende werkwijzen die bij instellingen worden gehanteerd te onderzoeken en met elkaar te vergelijken ten einde te bezien in hoeverre algemene beginselen van behoorlijk onderzoek of 'best practices' hieruit zijn te destilleren.

Een mogelijk risico in dit stelsel is misschien dat het onbedoeld kan bijdragen aan fragmentatie van de overheid. Hiervoor is gesteld dat de staat een agglomeraat van een steeds verder toenemend aantal instellingen en organisaties dreigt te worden die in de praktijk ieder vanuit hun eigen werkelijkheid en perspectief functioneren. Om bovengenoemd stelsel goed te laten functioneren is daarom rolvastheid nodig. Vaststelling van de feiten en onafhankelijke beoordeling moeten worden onderscheiden van beleidsvorming en algemene normstelling. Voorkomen moet worden dat beleidsbeslissingen of algemene regels die door de politiek zouden moeten worden vastgesteld 'de facto' worden uitbesteed aan technische experts of toezichthouders die niet of maar beperkt politieke verantwoording afleggen.

14. Epiloog: een hondsmoeilijke opdracht

109. We keren terug naar het begin. Terug naar de stakkers ('deplorables') van Albert Cossery, het snurkende mannengezin uit zijn 'De luiaards in de vruchtbare vallei'. Bij nader inzien zijn het helemaal geen stakkers maar luiakken die bewust kiezen voor het oneindige genot van de slaap. Een van de zonen, Rafiek, is intens tevreden hierover:

'Het doorgronden van deze elementaire, in het leven verscholen waarheid – het streven naar de minste inspanning – vervulde hem met trots en dankbaarheid. Hij had het gevoel dat hij zich voortbewoog boven een stilstaande mensheid die zijn werkelijke aard nog niet had ontdekt. De menselijke domheid was onmetelijk. Waarom maakten ze zich toch zo druk, eeuwig prikkelbaar en ontevreden, terwijl de enige waarheid juist gelegen was in een onverschillige, passieve houding? Het was toch zo eenvoudig. Dat kon de eerste beste bedelaar nog begrijpen!'²⁴⁰

De leefstijl van Cossery was hiermee in overeenstemming.²⁴¹ Hij heeft tientallen jaren een teruggetrokken leven geleid op een hotelkamer in Parijs. Een leven dat hij hoofdzakelijk gewijd heeft 'alleen' aan het schrijven van een zeer beperkt aantal romans.

110. Is een geïsoleerd bestaan in een zelfgekozen 'bubbel' de oplossing? Bas Heijne kiest in *Mens/onmens* voor het tegenovergestelde. Geïnspireerd door de Bergrede van Jezus klaagt hij de mens aan die enkel op zoek gaat naar bevestiging van wat hij toch al vindt, die zich koestert in zijn identitaire gemeenzaamheid met gelijkgestemden, mensen die in dezelfde bubbel zitten, mensen die gezamenlijk houvast vinden in het verketteren van anderen. Maar die vlieger zal uiteindelijk niet opgaan:

'Het is een stem die zegt dat als wij het *onszelf* niet moeilijk maken, het ons flink moeilijk gemaakt zal worden. Wanneer wij ons niet inspannen ons daadwerkelijk in andere ervaringen dan die van onszelf te verplaatsen, ons daadwerkelijk in gedachtewerelden proberen in te leven

²³⁹ Onderzoeksraad voor de veiligheid, *Onafhankelijk onderzoek in het publiek belang*, Den Haag, maart 2018.

²⁴⁰ Albert Cossery, *De luiaards in de vruchtbare vallei* (vert. Mirjam de Veth), Uitgeverij Jurgen Maas, Amsterdam 2020, p. 155-156.

²⁴¹ Hoewel Cossery's personages zichzelf niet altijd isoleren maar zich soms ook in het strijdgewoel begeven. Zie Albert Cossery, *Grote dieven, kleine dieven*, (vert. Mirjam de Veth), Uitgeverij Jurgen Maas, Amsterdam 2019 waarin de hoofdpersoon, een kruimeldief, zijn diefstallen beschouwt als 'slechts een kleine terugvordering van de fabuleuze bedragen die deze gewetenloze schurken (Cossery doelt op de rijke elite, LV) ten koste van de armoede van het volk opstreken' (p. 10). Is het niet dit anti-elite sentiment dat Trump voedt anno 2020 in zijn stelling dat Biden de verkiezingen heeft 'gestolen'?

die niet de onze zijn, als we niet bereid zijn tegen ons eigenbelang in te denken, onszelf te verliezen, zullen wij uiteindelijk zelf *minder mens* zijn'.²⁴²

Met verwijzing naar Angela Merkel ('Wir schaffen das')²⁴³ spreekt Heijne van een 'hondsmoeilijke' maar noodzakelijke opdracht. Een individuele verantwoordelijkheid ook voor een ieder van ons die ons soms zal plaatsnemen voor ongemakkelijke opgaves.²⁴⁴

111. Geldt het laatste ook voor de staatsrechtwetenschapper? Ik zou menen dat het voor alle wetenschappers geldt die zich met de democratie bezighouden. Het thema van dit preadvies, de gevolgen van wat – omstreden - 'post-truth politics' wordt genoemd, illustreert dat. Dat is evident niet alleen een staatsrechtelijk vraagstuk. Maar de staatsrechtwetenschap is wel hard nodig om de analyse van het totaal goed te kunnen maken en mogelijke oplossingen op hun constitutionele consequenties te doordenken. Daarvoor is denkwerk nodig over de grenzen van disciplines en van wetenschap en praktijk heen. Een hondsmoeilijke opdracht. Maar wel een opdracht die niet alleen boeiend maar ook bitter noodzakelijk is.

Luc Verhey

Den Haag, 24 november 2020

²⁴² Bas Heijne, *Mens/onmens*. Essay, Prometheus Amsterdam 2020, p.121-122.

²⁴³ Bas Heijne, a.w., p. 113-114.

²⁴⁴ Een aangrijpend voorbeeld is Uwe Timm, *Mijn broer bijvoorbeeld*, Uitgeverij Podium 2004. Timm probeert zich een beeld te vormen van zijn broer die in 1943 als SS-soldaat stierf in de Oekraïne op basis van een door deze broer bijgehouden dagboek. Daarbij komt hij tot confronterende observaties over het leven van zijn Duitse familie in de Tweede Wereldoorlog en daarna. Een pijnlijke en integere zoektocht die kan bijdragen aan het slaan van een brug met de slachtoffers van het nazi-regime.