

# DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT DIENT EEN RANDVOORWAARDE TE ZIJN VOOR EN GEEN SPEELBAL VAN DE POLITIEK

**‘A government of laws, and not of men’**

(1780 Constitution of Massachusetts, Article XXX)

## A. ANALYSE

### 1. INLEIDING

Graag maken we gebruik van de door u geboden mogelijkheid om input te leveren ten behoeve van de werkzaamheden van de Staatscommissie. Zoals in het navolgende zal blijken vertoont het functioneren van de democratische rechtsstaat in Nederland naar onze mening twee ernstige tekortkomingen.

In de eerste plaats wordt de democratische rechtsstaat gedomineerd door de profileringsdrang van politici die gevoed wordt door de wens zichtbaar te zijn in de (sociale) media. Politieke actoren laten zich bij hun standpuntbepaling leiden door sentiment analyse, dat wil zeggen het zichtbaar maken van gevoelens van kiezers en maatschappelijke trends door het mijnen van data op micro-blogs beschikbaar op Twitter en vergelijkbare platforms. Maar de Grondwet, waarop de politici de eed of belofte hebben afgelegd, raakt daardoor op de achtergrond.

De tweede tekortkoming betreft het gebrek aan bescherming van de rechten van minderheden die volgens de theorie juist tot de kernopgaven van de democratische rechtsstaat behoort,<sup>1</sup> en die volgens artikel 2 VEU behoort tot de waarden waarop de Europese Unie berust. De lijst van racistische gedragingen waaraan leden van minderheidsgroepen, ook bij overheidsorganisaties, voortdurend worden blootgesteld is lang. Wij vinden het zorgwekkend dat de rechtsstaat kennelijk niet kan verhoeden dat Nederlanders van kleur anno 2023 nog steeds als tweederangs burgers worden beschouwd. Dat is te meer bezwaarlijk nu de racistische bejegening niet alleen een gevolg is van nalaten van de overheid, maar soms zelfs actief door die overheid wordt geïnitieerd. Zo blijkt uit onderzoek van de Autoriteit Persoonsgegevens dat de Belastingdienst het hebben van een dubbele nationaliteit als risicofactor aanmerkte tijdens de Toeslagenaffaire.<sup>2</sup> Daarnaast bleek uit door PwC

---

<sup>1</sup> Wil Kymlicka, *Multicultural Citizenship, A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1996; Max Plog, *Democratic Theory and Minority Rights, Internal and External Group Rights in a Global Democracy*, 10 (2003) *International Journal on Minority and Group Rights*, 55 – 82.

<sup>2</sup> [boetebesluit\\_belastingdienst.pdf \(autoriteitpersoonsgegevens.nl\)](#).

uitgevoerd onderzoek dat donateurs aan moskeeën door de Belastingdienst in het frauderegister werden opgenomen.<sup>3</sup>

In deze notitie worden de twee tekortkomingen in de rechtsstaat toegelicht aan de hand van een aantal voorbeelden. Het gaat daarbij in het bijzonder om kwesties die de moslimgemeenschap betreffen, omdat wij daar als vertegenwoordigers van de helft van de moskeeën in Nederland in de dagelijkse praktijk mee te maken hebben. Maar onze vrees is dat deze praktijken zich ook zullen uitbreiden naar andere maatschappelijke sectoren. De knelpunten waarmee de moslimgemeenschap wordt geconfronteerd zijn daarom de spreekwoordelijke kanarie in de kolenmijn: zij dienen te worden gedresseerd, mede om te voorkomen dat anderen daarmee op termijn ook te maken krijgen.

In deze notitie wordt aangesloten bij het rechtstaatbegrip zoals dat gehanteerd wordt in het handboek van Burkens, Kummeling, Uzman, Vermeulen en Widdershoven.<sup>4</sup>

## 2. HEERSCHAPPIJ VAN HET RECHT

Volgens Burkens, Kummeling, Uzman, Vermeulen en Widdershoven houdt de rechtsstaat in dat de grondslag van statelijk gezag in het recht wordt gelegd en wordt de uitoefening van dit gezag in al zijn verschijningsvormen onder de heerschappij van het recht geplaatst.<sup>5</sup> Dit beginsel werd in 1780 krachtig tot uitdrukking gebracht in Article XXX van de Constitution of Massachusetts dat als motto van deze bijdrage dient: **‘A government of laws, and not of men’**. Helaas wordt met dit kernelement van de rechtsstaat in Nederland in toenemende mate de hand gelicht.

Dit blijkt onder andere uit de stringente maatregelen die minister Wiersma in het vooruitzicht stelde ten aanzien van toezicht op het informele onderwijs, in het bijzonder moskeeonderwijs, in zijn brief van 18 november 2022.<sup>6</sup> Volgens de minister was dringend ingrijpen hier geboden omdat in een aantal moskeeën ‘anti-integratieve’, antidemocratische en antirechtstatelijke denkbeelden aan de leerlingen worden overgedragen, zoals de gedachte ‘dat homo’s van gebouwen moeten worden gegooid’.<sup>7</sup> De minister was bereid om deze maatregelen door te zetten ondanks de constitutionele bezwaren die daartegen door zijn eigen ambtenaren, die van andere departementen, waaronder de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van BZK, die van de Inspectie voor het Onderwijs en de Landsadvocaat werden ingebracht.<sup>8</sup>

Dat constitutionele waarborgen door de minister als een sta-in-de-weg werden beschouwd blijkt uit de volgende passage in de brief van 18 november 2022:

**“In de Kamer leidden deze constateringens steeds weer tot een roep om meer toezicht en een gedegen aanpak om deze uitwassen de kop in te drukken ...Telkens stuitte de Kamer op juridische en beleidsmatige**

---

<sup>3</sup> Brief van de staatssecretaris van Financiën van 29 maart 2022, Pwc-rapporten FSV – MKB en query’s aan de Poort, p. 4 [kamerbrief-bij-pwc-rapporten-fsv-mkb-en-querys-aan-de-poort.pdf \(taxlive.nl\)](#).

<sup>4</sup> M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, J. Uzman, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de Democratische Rechtsstaat, Inleiding tot de Grondslagen van het Nederlandse Staats- en Bestuursrecht*, 9<sup>e</sup> druk, Deventer 2022.

<sup>5</sup> Burkens e.a. *supra* noot 4, 40.

<sup>6</sup> Kamerstukken II, 2022/23, 31293 – 31289, nr. 653, p. 12.

<sup>7</sup> Kabinet wil extra toezicht op weekendscholen: “Optreden tegen homodiscriminatie en holocaustontkenning, interview met minister Wiersma door Mark Misérus, Volkskrant, 18 november 2022.

<sup>8</sup> Laatste Beslisnota Vrij en Veilig Onderwijs, 14 november 2022, [Nazending beslisnota bij brief Vrij en veilig onderwijs \(Kamerstuk 31293-653\) | Tweede Kamer der Staten-Generaal](#).

**belemmeringen die concrete vervolgstappen tegenhielden . “Dit kabinet wil zich hier echter niet bij neerleggen en zoekt naar manieren hoe we wel kunnen komen tot een effectieve aanpak”.<sup>9</sup>**

De barrières die minister Wiersma hier signaleert zijn de constitutionele waarborgen die in acht dienen te worden genomen.

Dit voorbeeld laat enerzijds goed zien dat politici voldoen aan de rechtstatelijke eis dat voor het uitoefenen van bevoegdheden een basis in het recht nodig is. Maar zoals hieronder uiteen zal worden gezet worden daarbij de procedurele en inhoudelijke waarborgen die de rechtsstaat ook vereist dikwijls veronachtzaamd. Met andere woorden, politici nemen wel het zoet van het positieve recht, maar vermijden het zuur van de rechtstatelijke waarborgen.<sup>10</sup>

Ook de totstandkoming van de Wet Gedeeltelijk Verbod Gezichtsbedekkende Kleding is een toonbeeld van het opofferen van rechtstatelijke beginselen aan de politieke opportuniteit. De wet strekte tot uitvoering van een afspraak in het coalitie akkoord van het kabinet Rutte II. Een bevredigend antwoord op de vraag wel probleem dit verbod nu eigenlijk beoogde op te lossen bleef uit. Volgens de regering riep gezichtsbedekkende kleding communicatieproblemen op en dat kon negatieve gevolgen hebben voor de kwaliteit van de dienstverlening en de veiligheid.<sup>11</sup> Maar op dat terrein blijken zich in het verleden helemaal geen problemen te hebben voorgedaan.<sup>12</sup> Bovendien beschikten alle organisaties in deze sectoren in de vorm van huisregels over voldoende handvatten om dat soort problemen op te lossen als ze zich wel zouden voordoen.<sup>13</sup> Volgens de Raad van State heeft de regering de noodzaak van de wet dan ook niet aangetoond.<sup>14</sup> Het verbod is vooral bedoeld om een politiek punt te maken, te weten de afwijzing van de niqab.

Dit politieke opportunisme werd goed zichtbaar toen de regering in verband met COVID met ingang van 1 juni 2020 de verplichting invoerde om een mondkapje te dragen in het OV. Deze mondkapjesplicht was in strijd met de wet Gedeeltelijk Verbod Gezichtsbedekkende Kleding, die het dragen van gezichtsbedekkende kleding in het OV verbiedt. Deze strijdigheid werd op de CORONA website van de Rijksoverheid gerelativeerd met een beroep op art. 1, lid 2 onder b. van de wet, dat het verbod niet van toepassing verklaart voor zover de gezichtsbedekkende kleding noodzakelijk is ter bescherming van het lichaam in verband met de gezondheid of de veiligheid.

In de Memorie van Toelichting wordt als voorbeeld van deze uitzondering het gebruik van een veiligheidsmasker door een lasser gebruikt.<sup>15</sup> Dat betekent dat deze uitzondering ziet op gelegenheden gebruik door professionals en niet op structureel en langdurig gebruik door burgers. Daarnaast bieden de verplichte niet-medische mondkapjes volgens het Outbreak Management Team,<sup>16</sup> en het kabinet geen bescherming tegen het virus en zijn zij dus niet noodzakelijk in verband met de gezondheid.<sup>17</sup> Tenslotte beschermt het

---

<sup>9</sup> Kamerstukken II, 2022/23, 31 293, 31 289, nr. 653, p. 13.

<sup>10</sup> Burkens e.a. *supra* noot 4, 27 en 42

<sup>11</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 349, nr. 3, 4.

<sup>12</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 349, nr. 6, 10, 14, 15.

<sup>13</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 349, nr. 3, 5.

<sup>14</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 349, nr. 4.

<sup>15</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 349, 6-7.

<sup>16</sup> Afwegingen voor infectiepreventie in het openbaar vervoer.

<sup>17</sup> Jorg Leijten, Kabinet ziet gebruik mondkapjes in OV als wassen neus, NRC 15 mei 2020.

mondkapje niet de drager zelf maar de omstanders,<sup>18</sup> zodat geen sprake is van bescherming van het lichaam. Het opleggen van een verplichting het mondkapje te dragen in het OV hield dus een verplichting in om in strijd met de wet Gedeeltelijk Verbod Gezichtsbedekkende Kleding te handelen, maar om de wet in stand te kunnen laten werd dit probleem onder het tapijt geveegd.

Een derde voorbeeld wordt gevormd door de afwijzing door minister Yeşilgöz van het dragen van religieuze kentekenen door boa's. In de uitspraak *WABE/Müller* van 15 juli 2021,<sup>19</sup> sprak de Grote Kamer van het Hof van Justitie zich uit over de verenigbaarheid van kledingvoorschriften die het dragen van religieuze kentekenen verbieden met de *Richtlijn Gelijke Behandeling in Arbeid en Beroep*.<sup>20</sup> Daarin gaf het Hof te kennen dat sprake is van indirect onderscheid als statistisch bewezen kan worden dat het kledingvoorschrift bijna uitsluitend een bepaalde religieuze groep treft. Het nastreven van neutraliteit is weliswaar een legitiem doel, maar op zich nog niet voldoende om een indirect onderscheid op basis van geloof te rechtvaardigen. Daarvoor is nodig dat er een 'oprechte noodzaak' bestaat, die de werkgever moet kunnen aantonen. Volgens het Hof kunnen de wensen van gebruikers en negatieve consequenties voor de bedrijfsvoering, zoals inkomensverlies en onrust op de werkvloer, als zodanig dienen, maar alleen als de beperking strikt noodzakelijk is. Hiermee wordt de deur wijd geopend voor het dragen van religieuze kentekenen door werknemers, ook voor hen die een uniform of toga dragen.

In 2021 ontstond een debat over het toelaten van het dragen van religieuze kentekenen door boa's. De aanleiding werd gevormd door het besluit van de gemeente Utrecht van 11 november 2021 om buitengewone opsporingsambtenaren (boa's) toe te staan hoofddoeken en keppeltjes te gaan dragen tijdens het werk door de bestaande restricties af te schaffen. Het initiatief daartoe werd genomen door de DENK fractie in de raad. Daarna hebben Amsterdam, Rotterdam en Arnhem besloten om het Utrechtse voorbeeld te volgen. Op 14 december 2021 nam de Tweede kamer daarop een motie van de leden Helder en Markuszower (PVV) aan waarin de regering wordt gevraagd het dragen van een hoofddoek door boa's te verbieden.<sup>21</sup> Op 16 december 2021 reageerde minister Grapperhaus bij brief op de aanvaarding van de motie Helder/Markuszower,<sup>22</sup> alsmede een aangenomen motie Michon,<sup>23</sup> waarin wordt aangedrongen op een landelijke regeling voor een neutraal boa uniform. Hij gaf daarin aan te gaan onderzoeken of het uitvaardigen van landelijke wet- en regelgeving op dit punt opportuun is. Daarbij zou ook worden gekeken naar de wenselijkheid van een verbod op religieuze uitingen in het boa-uniform.

Deze brief was stelliger geformuleerd dan zijn brief over hetzelfde onderwerp van 8 december 2021,<sup>24</sup> waarin hij het voortouw nog liet aan de gemeenten en de VNG. Dat verschil kan wellicht worden verklaard uit een door de minister gevoelde plicht om een motie serieus te nemen die door een Kamermeerderheid is aangenomen. Maar die plicht was hier niet van toepassing omdat de arbeidsvoorwaarden een verantwoordelijkheid zijn van de gemeenten en niet van het rijk. De minister van Justitie en Veiligheid heeft namelijk alleen zeggenschap over de geweldsmiddelen en opleidingsvereisten van boa's. De ambtsopvolger van minister Grapperhaus, minister Yeşilgöz, nam een nog steviger positie in. Zij verklaarde op 23 juni 2022 dat zij

---

<sup>18</sup> Rijksoverheid, Veelgestelde Vragen over het Gebruik van Mondkapjes, <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/openbaar-en-dagelijks-leven/mondkapjes>

<sup>19</sup> C 804-18.

<sup>20</sup> 2000/78/EG.

<sup>21</sup> Kamerstukken II, 2021/22, 35925-VI, nr. 41.

<sup>22</sup> Kamerstukken II, 2021/22, 29 614, nr. 161.

<sup>23</sup> Kamerstukken II, 2021/22, 35925-VI, nr. 56.

<sup>24</sup> Kenmerk 3686317.

over 'stelselverantwoordelijkheid' voor het boa-bestel beschikt,<sup>25</sup> en vaardigde vanuit die veronderstelde 'stelselverantwoordelijkheid' een 'Richtlijn lifestyle-neutraliteit boa' uit op grond waarvan een boa 'afstand neemt van zichtbare uitingen van religie'.<sup>26</sup> In de richtlijn maakt de minister kenbaar strikte naleving noodzakelijk te achten, maar deze binnen de huidige rollenverdeling niet te kunnen afdwingen.

Nu naar Nederlands en EU recht niet de minister maar de gemeenten als werkgever bevoegd zijn waar het gaat om de kledingvoorschriften van boa's, zoals de minister zelf ook toegeeft, had zij zich dienen te onthouden van uitspraken over het dragen van religieuze uitingen. Ministers horen verantwoordelijkheid te nemen voor kwesties waarover zij gaan, en niet voor vraagstukken die tot de verantwoordelijkheid van anderen behoren. Naar ons oordeel probeerde de minister in dit geval om haar politieke agenda te kunnen uitvoeren.

### 3. MACHTSVERDELING

#### 3.1 CHECKS AND BALANCES

##### 3.1.1 INLEIDING

Omdat absolute machtsuitoefening leidt tot willekeur zijn de drie overheidsfuncties – wetgeving, bestuur en rechtspraak – aan verschillende ambten toevertrouwd,<sup>27</sup> en zijn *checks and balances* ingevoerd. In de politieke praktijk worden die *checks and balances* echter regelmatig buiten werking gesteld.

##### 3.1.2 HET OP EEN ZIJSPOOR ZETTEN VAN DE RAAD VAN STATE

Het eerste voorbeeld daarvan wordt gevormd door het negeren van het advies van de Raad van State in het wetgevingsproces, zoals bij voorbeeld blijkt uit de gang van zaken bij het Wetsvoorstel Transparantie Maatschappelijke Organisaties.<sup>28</sup> De Raad van State had stevige kritiek op de inhoud van het voorstel.<sup>29</sup> Dat was op zich al opmerkelijk omdat de minister, Sander Dekker, volgens het advies van de Raad van State, de kans had gekregen om een eerder versie met de staatsraden te bespreken en dus kon voorzien welke onderdelen op bezwaren zouden stuiten.<sup>30</sup> Met deze kennis heeft de minister blijkbaar niet zijn voordeel gedaan, want de Raad van State was ongekend kritisch ten aanzien van het wetsvoorstel. Maar de minister bleek onverstoort, wuifde de bezwaren weg en diende het voorstel bij de Tweede Kamer in.

Een nog verdergaand voorbeeld is de situatie waarin de Raad van State in zijn geheel buiten spel wordt gezet. Zo introduceerde minister Yeşilgöz in april van dit jaar nieuwe maatregelen om maatschappelijke organisaties die de democratische rechtstaat of het openbaar gezag ondermijnen aan te pakken, bij voorbeeld door een rechterlijk verbod op het verrichten van bepaalde activiteiten.<sup>31</sup> Dat deed ze niet door een wetsvoorstel ter advisering aan de Raad van State voor te leggen, maar door het als een Nota van Wijziging aan het wetsvoorstel Transparantie Maatschappelijke Organisaties toe te voegen, waardoor de Raad van State er niet aan te pas kwam. Deze bypass van de staatsrechtelijke waarborgen is temeer bedenkelijk omdat het karakter van het oorspronkelijke wetsvoorstel in de Nota van Wijziging ingrijpend wordt gewijzigd: in plaats van inzage in de financiën van maatschappelijke organisaties wordt een groot arsenaal aan instrumenten tegen

<sup>25</sup> Voortgangsbrief boa's juni 2022, 23 juni 2022.

<sup>26</sup> Richtlijn lifestyle-neutraliteit boa, 23 juni 2022.

<sup>27</sup> Burkens e.a. *supra* noot 4, 47

<sup>28</sup> Kamerstukken II, 2020/21, 35 646, nr. 2.

<sup>29</sup> Kamerstukken II, 2020/21, 35 646, nr. 4.

<sup>30</sup> Kamerstukken II, 2020/21, 35 646, nr. 4, p. 1.

<sup>31</sup> Kamerstukken II, 2022/23, 35 646, nr. 7.

onderminning geboden en de blik op buitenlandse financiering wordt vervangen door een focus op binnenlandse activiteiten. In de VS zou deze Nota van Wijziging dan ook worden aangeduid al een ‘non-germane-rider’, een voorstel dat gelet op zijn controversiële aard geplakt wordt aan een ander voorstel om discussie te voorkomen, hoewel het tot dat voorstel in een verwijderd verband staat.<sup>32</sup>

Het is wat ons betreft opmerkelijk dat de Afdeling Advisering van de Raad van State geen stelling neemt tegen dit soort ontwikkelingen, althans dat niet zichtbaar doet. Gelet op de staatrechtelijke positie van de Raad van State, zijn lange staat van dienst en de expertise van zijn leden, dient zijn advies als een belangrijke constitutionele toetssteen voor de rechtmatigheid en grondwettigheid van wetsvoorstellen te worden beschouwd. Als ministers deze advisering simpelweg omzeilen of negeren wordt een belangrijke constitutionele waarborg uitgeschakeld. De Afdeling Advisering bekijkt wetsvoorstellen wel kritisch, maar als zijn adviezen door ministers niet serieus worden genomen werkt deze constitutionele waarborg niet naar behoren.

---

### 3.1.3 HET NEGEREN VAN AMBTELIJK ADVIES

Een andere waarborg die vaak buiten werking wordt gesteld is kritische advisering door ambtenaren. Ambtenaren die hun bewindslieden wijzen op de rechtstatelijke tekortkomingen van hun voorstellen delven vaak het onderspit. Die trend onttrekt zich grotendeels aan de publieke waarneming, omdat die zich voordoet binnen de muren van de departementen. Maar zo af en toe treedt dit verschijnsel toch aan de oppervlakte. Dat gebeurde bij voorbeeld naar aanleiding van de brief van minister Wiersma over het informeel onderwijs.<sup>33</sup> Zijn ambtenaren voorzagen grote problemen met de constitutionele houdbaarheid van de voorstellen die de minister deed, maar die werden door de minister niet geadresseerd. Die bezwaren werden vervolgens kracht bij gezet door experts van andere departementen, met name de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het ministerie van BZK. Maar tijdens onderraden en bilaterale overleggen tussen bewindslieden werden deze constitutionele argumenten ondergeschikt gemaakt aan de politieke opportuniteit. Ministers hebben, samen met de Staten-Generaal, de taak om wetten aan de Grondwet te toetsen. Deze verantwoordelijkheid is ingevolge art. 120 Grondwet hier te lande niet aan de rechter maar aan de politieke machten opgedragen. Vanwege die constitutionele rol is het belangrijk dat de ministers het constitutionele advies van hun ambtenaren serieus nemen en niet negeren.

Een ander voorbeeld van niet werkende *checks and balances* betreft het negeren van extern advies. Zo werd bij het opstellen van de brief van minister Wiersma van 18 november 2022 ook het negatieve advies van de Landsadvocaat weggespeeld.<sup>34</sup> De Landsadvocaat had in zijn advies te kennen gegeven dat de plannen van de minister wel eens zouden kunnen leiden tot ongeoorloofde inbreuken op grondrechten zoals de vrijheid van onderwijs, de vrijheid van meningsuiting en de verenigingsvrijheid. Desondanks besloot de minister de brief toch in de ministerraad aan de orde te stellen en vervolgens aan de Kamer te zenden.

---

### 3.1.4 HET NIET NALEVEN VAN VERPLICHTINGEN OM TE PROBEREN ER MET DE BELANGHEBBENDE UIT TE KOMEN

Daarnaast wordt de houding van de overheidsdiensten nogal eens bepaald door de diepe zakken waarover zij beschikken: als je bedenkingen hebt tegen een bepaald besluit moet je maar gebruik maken van de rechtsmiddelen die je volgens de Algemene wet bestuursrecht (Awb) toekomen, lijkt de gedachte. Dan is de belanghebbende aangewezen op het indienen van een bezwaarschrift. Maar de bezwaarfase blijkt vaak een

---

<sup>32</sup> Brannon V. Denning en Brooks R. Smith, *Uneasy Riders: The Case for a Truth-in-Legislation Amendment*, 1999 *Utah Law Review*, 957.

<sup>33</sup> Laatste Beslisnota Vrij en Veilig Onderwijs, 14 november 2022, [Nazending beslisnota bij brief Vrij en veilig onderwijs \(Kamerstuk 31293-653\) | Tweede Kamer der Staten-Generaal](#).

<sup>34</sup> Advies Landsadvocaat Informele Scholing, [Advies Landsadvocaat informele scholing | Rapport | Rijksoverheid.nl](#).

herhaling van zetten waarin verweerder vasthoudt aan het oorspronkelijke standpunt en heeft daardoor niet het karakter van een heroverweging van het besluit op basis van recht- en doelmatigheid. Als gevolg daarvan zit er voor de belanghebbende niet veel anders op dan beroep in te stellen bij de bestuursrechter. Daardoor wordt voor de belanghebbende een nodeloze drempel opgeworpen en wordt de rechterlijke macht, die over een gebrek aan werk toch al niet te klagen heeft, opgezadeld met een probleem dat eigenlijk in de bestuurskolom zou moeten worden opgelost.

Deze benadering staat haaks op de nieuwe bestuurscultuur die het kabinet in zijn reactie op het rapport 'Ongekend Onrecht' ontvouwde:

**“Alle inspanningen moeten erop zijn gericht om in een vroeg stadium conflicten op te lossen, misverstanden uit de weg te ruimen en het gesprek aan te gaan, zodat mensen niet nodeloos in de fase van bezwaar of beroep belanden. Komt het toch tot een formeel bezwaar dan moet de bezwaarprocedure de functie vervullen die de Awb altijd al heeft bedoeld: een laagdrempelige, niet-gejuridiseerde, kosteloze voorziening voor de burger waarbij de overheid nog eens goed kijkt of het genomen besluit terecht is (integrale heroverweging)”.**<sup>35</sup>

Wij moeten constateren dat de nieuwe bestuursstijl nog niet heeft geleid tot een zichtbare verandering in de opstelling van verweerders.

Ook het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK) en zijn opvolger het Beleidskompas, die belangrijke normen bevatten voor de wijze waarop regelgeving en beleid moeten worden ontwikkeld, hebben vooral een symbolisch karakter gekregen. Zo werden de vrouwen die de niqab dragen in het geheel niet gehoord bij het opstellen van het voorstel Gedeeltelijk Verbod Gezichtsbedekkende Kleding. Sterker nog, de regering had werkelijk geen idee wie zij zijn.<sup>36</sup> Dat was in strijd met hoofdstuk 2 van het IAK, dat eist dat alle relevante actoren worden geïdentificeerd en bij de wetgeving worden betrokken. Daarnaast is het nogal bevoogdend om de draagsters van de niqab zeggenschap te onthouden over een maatregel die hen - kennelijk voor hun bestwil - direct en diepgaand raakt. En dat terwijl veel voorstanders van het verbod juist van de niqab af willen omdat deze aan vrouwen zou worden opgedrongen en daardoor tekort doet aan hun persoonlijke autonomie. Empirisch onderzoek toont overigens aan dat dit beeld niet klopt.<sup>37</sup>

Naar aanleiding van de toeslagenaffaire heeft het kabinet de ambitie uitgesproken indringender gebruik te zullen maken van het IAK:

**“Het is belangrijk om bij de voorbereiding van nieuw beleid en regelgeving steeds goed te kijken naar de werking van regelgeving in de praktijk, juist ook voor de burgers. Om weloverwogen een besluit te nemen moeten alle te verwachten effecten en doenbaarheid goed te worden onderzocht en in beeld gebracht. Daartoe zal het kabinet beter gebruik maken van het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK) waarin alle kwaliteitseisen voor beleid en regelgeving zijn opgenomen”.**<sup>38</sup>

Het IAK is op 29 maart jl. vervangen door het Beleidskompas, waarin deze normen verder zijn uitgewerkt en geactualiseerd.<sup>39</sup> Het gaat daarbij om een opdracht aan overheidsorganen om een scherpe definitie van het probleem te formuleren, verbinding te zoeken met de belanghebbenden, kennis-gedreven te werk te gaan, het doenvermogen van maatschappelijke actoren aan te spelen en de doeltreffendheid en doelmatigheid van de

---

<sup>35</sup> Kabinetsreactie rapport 'Ongekend Onrecht', 15 januari 2021, p. 14.

<sup>36</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 349, nr. 6, 8, 9, 16.

<sup>37</sup> Annelies Moors, *Gezichtssluiers, Draagsters en Debatten*, Amsterdam, 2009.

<sup>38</sup> Kabinetsreactie rapport 'Ongekend Onrecht', 15 januari 2021, pp. 10 – 11.

<sup>39</sup> [Beleidskompas | Kenniscentrum voor beleid en regelgeving \(kcbcr.nl\)](https://www.kcbcr.nl/Beleidskompas).

voorkeursoptie in kaart brengen. Op deze manier sluit het Beleidskompas goed aan bij de woorden die het kabinet sprak. Door de zelfbinding aan deze normen, die de overheid door publicatie van het Beleidskompas tot stand heeft gebracht, gaat het hier om voor de overheid bindende normen de naleving waarvan belanghebbenden in rechte kunnen afdwingen.

Ondanks een actieve campagne om het belang van het Beleidskompas op alle niveaus van de rijksoverheid in te scherpen, blijkt dat diverse organen er nu al geen boodschap meer aan hebben, hoewel de inkt nog niet eens droog is. Dat blijkt uit de gang van zaken rond de brief van minister Wiersma van 18 november 2022 over het informeel onderwijs.<sup>40</sup> De minister stelde in zijn brief dat er sprake is van ‘ernstige incidenten’, ‘zorgelijke bedreigingen’, ‘excessen’ en andere alarmerende verschijnselen. Maar hij slaagde er niet in aan te geven waar en op welke schaal deze ernstige misstanden zich zouden voordoen. Sterker nog, in een vraaggesprek met Mark Misérus van de Volkskrant van 18 november jl. gaf de minister aan het niet precies te weten en dat beter zicht op wat er in het informeel onderwijs gebeurt nodig is.<sup>41</sup> Die uitspraak staat in schril contrast tot zijn uitspraak in hetzelfde interview dat de ‘bedreigingen voor onze rechtstaat ook echt te groot zijn’.

De minister suggereert hiermee dat hij de vinger pas op de gevoelige plek kan leggen als hij over een wettelijk instrumentarium zal beschikken. Maar volgens het Beleidskompas moet eerst het probleem in kaart worden gebracht en volgen daarna de gepaste maatregelen. Daarnaast waren de door de minister aangekondigde maatregelen disproportioneel en stonden zij op gespannen voet met de Grondwet, waren belanghebbenden in het geheel niet gehoord, en was de minister niet op de hoogte van de inspanningen die binnen de moslimgemeenschap voortdurend worden verricht om te zorgen dat het moskeeonderwijs professioneel en pedagogisch verantwoord is en bijdraagt aan burgerschapsvorming. Hierdoor werkt het kabinet cynisme over de nieuwe bestuurscultuur in de hand: het papier is geduldig, maar politici hechten er geen waarde aan.

---

### 3.2 DE UITSCHAKELING VAN CHECKS AND BALANCES DOOR SECURITISATIE

Barry Buzan, Ole Waever and Jaap de Wilde hebben het proces van securitisatie beschreven dat in gang wordt gezet als zich een bedreiging voordoet die op politiek niveau als existentieel wordt beschouwd.<sup>42</sup> In de eerste plaats wordt het tegengaan van de dreiging dan uit de normale democratische besluitvorming getild en exclusief opgedragen aan een selecte groep beslissers. Daarnaast krijgt deze groep een vrijbrief om zeer vergaande beperkingen aan te brengen op strafrechtelijke garanties en burgerlijke vrijheden. Het argument is dan dat de dreiging een noodsituatie in het leven roept, waarmee iedere maatregel die deze kan afwenden gerechtvaardigd is.<sup>43</sup> Om te kunnen overleven moet het probleem met uitzonderlijke maatregelen worden aangepakt, ander kunnen we het niet navertellen.<sup>44</sup> Daarmee is niet gezegd dat de bedreiging objectief gezien existentieel is, het gaat daarbij altijd om een subjectieve kwalificatie.<sup>45</sup>

In de Nederlandse politiek is terrorisme aangemerkt als een existentiële bedreiging van ‘onze manier van leven’ en daarmee is het vraagstuk gesecuritiseerd. De besluitvorming is opgedragen aan een beperkte groep beslissers, die sinds 4 november 2022 zijn ondergebracht in de Nationale Veiligheidsraad, een onderraad van de ministerraad. Dit gezelschap produceert telkens nieuwe maatregelen om de terroristische dreiging tegen te

---

<sup>40</sup> Kamerstukken II, 2022/23, 31293 – 31289, nr. 653.

<sup>41</sup> Kabinet wil extra toezicht op weekendscholen: “Optreden tegen homodiscriminatie en holocaustontkenning, interview met minister Wiersma door Mark Misérus, Volkskrant, 18 november 2022.

<sup>42</sup> Barry Buzan, Ole Waever and Jaap de Wilde, *Security, A New Framework for Analysis*, Boulder, 1998, p. 21.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> Buzan e.a *supra* noot 42, 26

<sup>45</sup> Buzan e.a *supra* noot 42, 24 en 32.



gaan, die vaak ingrijpende beperkingen inhouden van grondrechten en de rechtstaat. Omdat deze afwijkingen van onze democratie en rechtsstaat zeer ingrijpend zijn, is de vraag of ze wel nodig zijn.<sup>46</sup>

De twijfel over de effectiviteit van repressieve maatregelen tegen terrorisme groeit.<sup>47</sup> Daartegenover staat dat het vraagstuk met veel minder vergaande middelen kan worden opgelost. Om de mogelijkheden daartoe in kaart te brengen hebben wij een *community based participatory research* project uitgevoerd met de Utrechtse hoogleraar cross-cultureel recht dat als grondslag kan dienen voor een pilot ter bestrijding van terrorisme met behulp van de islam en de moslimgemeenschap.<sup>48</sup> In de publicatie over dit onderzoek wordt voorgesteld om de jihad als uitlaatklep voor jongeren te vervangen door democratisch burgerschap. Daarnaast wordt bepleit om de kennis van de islam van moslimjongeren op te vijzelen, zodat zij door de verhalen van ronselaars heen kunnen prikken. Er wordt op aangedrongen om de concurrentiekracht van moskeeën onder andere door professionalisering te versterken, om te voorkomen dat zij jongeren verliezen aan jihadistische organisaties. Tenslotte wordt gesuggereerd om het jihadisme te de-legitimeren met theologische argumenten, waarbij gebruik wordt gemaakt van het feit dat jihadistische theoretici proberen hun gedachtelijn te rechtvaardigen met een beroep op de klassieke bronnen. Het is naar onze mening belangrijk dat een dergelijke pilot wordt uitgevoerd.

---

### 3.3 MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

Het Nederlandse staatsrecht is zodanig ingericht dat machten controle ten opzichte van elkaar uitoefenen. De ministeriële verantwoordelijkheid is in dit verband en belangrijk controlemiddel van de Staten-Generaal ten aanzien van de regering.<sup>49</sup> Maar als het gaat om het beschermen van de rechten van moslims proberen ministers hun ministeriële verantwoordelijkheid zo beperkt mogelijk op te vatten.

Dat bleek toen de NRC op 15 oktober 2021 berichtte dat de NCTV subsidies had verleend aan gemeenten om door het bureau Nuance door Training en Advies (hierna: NTA) *non-informed consent* onderzoeken te laten uitvoeren in moskeeën. De NCTV had NTA zelfs aanbevolen bij de betrokken burgemeesters. Hoewel de opdracht aan NTA door de betrokken burgemeesters was verleend, raakte deze kwestie dus ook aan de ministeriële verantwoordelijkheid van de minister van Justitie en Veiligheid. Maar de minister slaagde erin om de bal bij NTA en de gemeenten te leggen door de rol van zijn departement zo klein mogelijk te maken.<sup>50</sup> Bovendien werd hij daarover door de Kamer niet kritisch bevraagd. Op deze manier schiet de constitutionele waarborg van verantwoording en controle tekort.

---

<sup>46</sup> Buzan e.a. *supra* noot 42, 29 en 208.

<sup>47</sup> Ministerie van Veiligheid en Justitie, *Onderzoeksrapport Artikel 36.2 Beleidsdoorlichting Nationale Veiligheid Terrorismebestrijding*, Den Haag 2017, p. 45-49; Timothy Legrand & Michael Lister, 'From Precaution to Prejudice: Mistakes in Counter-terrorism', in: Andreas Kruck, Kai Opperman en Alexander Spencer (red.), *Political Mistakes and Policy Failures in International Relations*, Cham 2018, p. 33-53; William Adair Davies, 'Counterterrorism Effectiveness to Jihadists in Western Europe and the United States: We Are Losing the War on Terror', 41(4) 2018 *Studies in Conflict & Terrorism*, p. 281-296; en Erik W. Goepner, 'Measuring the Effectiveness of America's War on Terror', 46(1) 2016 *Parameters*, p. 107-120.

<sup>48</sup> Tom Zwart, *Waarom de Islam en de Moslimgemeenschap Onmisbare Bondgenoten Zijn bij de Bestrijding van Terrorisme*, 2021 (12) *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid*, 23 – 44, [TvRRB\\_1879-7784\\_2021\\_012\\_001\\_003.pdf \(biutijdschriften.nl\)](https://www.biutijdschriften.nl/TvRRB_1879-7784_2021_012_001_003.pdf).

<sup>49</sup> Burkens e.a. *supra* noot 4, 49-50.

<sup>50</sup> Kamerstukken II, 2021/22, 30 821, nr. 155.

## 4. LEGALITEITSBEGINSEL

### 4.1 INLEIDING

Het legaliteitsbeginsel houdt in dat een orgaan een bevoegdheid alleen mag uitoefenen als die bevoegdheid hem door het recht is toekend. terug te voeren Burgers bindende machtsuitoefening is uitsluitend geoorloofd indien en in zoverre er een rechtsregel is die daartoe de grondslag geeft.<sup>51</sup> Daarnaast moet het orgaan die bevoegdheid dan uitoefenen met inachtneming van daaraan door het recht gestelde grenzen en voorwaarden.<sup>52</sup> Op deze wijze beschermt het legaliteitsbeginsel burgers tegen een willekeurige en met de rechtszekerheid strijdige uitoefening van bevoegdheden.<sup>53</sup>

### 4.2 HET GEBRUIK VAN NIET TOT HET RECHT HERLEIDBARE BEVOEGDHEDEN

In de staatkundige praktijk wordt het legaliteitsbeginsel echter veronachtzaamd. Daarbij doen zich twee trends voor, te weten het uitoefenen van bevoegdheden door overheidsinstellingen die niet herleidbaar zijn tot een specifieke bevoegdheidsgrondslag en het scheppen van een nieuwe categorie van gedragingen waarop burgers worden afgerekend ook al zijn deze gedragingen rechtmatig.

1. In de eerste plaats is wat de toe-eigening van bevoegdheden zonder grondslag betreft met name de zogenaamde drie-sporen-aanpak relevant, die door de overheid wordt toegepast om 'problematische' gedragingen tegen te gaan en de lokale stabiliteit te bevorderen. De drie sporen zijn: interactie en dialoog; aanspreken en confronteren; en verstoren en handhaven.<sup>54</sup> Met name de activiteiten die vallen onder het 'verstoren' roepen in dit verband vragen op. Om welke acties gaat het en op welke bevoegdheidsgrondslag zijn ze terug te voeren?

Ook al wordt dit beleid al sinds 2010 toegepast, het blijft in nevelen gehuld, ondanks diverse verzoeken van maatschappelijke organisaties om verduidelijking van het instrumentarium en de grondslag. Er is anekdotisch bewijs dat het hierbij onder andere gaat om het uitoefenen van druk door autoriteiten op zaaleigenaren om geen podium te bieden aan bepaalde sprekers; het voeren van gesprekken door ambtenaren met bekenden of burens van een persoon om hen voor die persoon te waarschuwen; het afgeven van een afkeurend signaal aan een persoon of organisatie door daar regelmatig over de vloer te komen; het uitvoeren van 'stiptheidsacties', dat wil zeggen door diverse overheidsorganisaties onderling afgestemde inspecties waarbij met een stofkam wordt nagegaan of een organisatie zich nog wel aan de voorschriften houdt.<sup>55</sup> Het is wat ons betreft evident dat voor het verrichten van dat soort activiteiten geen bevoegdheidsgrondslag bestaat.

2. Daarnaast maakte de NRC op 15 oktober jl. 2021 bekend dat NTA als particulier onderzoeksbureau undercover onderzoek zou hebben uitgevoerd in moskeeën in tien gemeenten, in opdracht van burgemeesters en met steun van de NCTV.<sup>56</sup> Minister Grapperhaus stuurde hierover een brief aan de Tweede Kamer die zowel serieuze vragen oproept over de rechtmatigheid van het

---

<sup>51</sup> Burkens e.a. *supra* noot 4, 41, 51 en 90.

<sup>52</sup> Burkens e.a. *supra* noot 4, 51-52, en 90.

<sup>53</sup> Burkens e.a. *supra* noot 4, 88.

<sup>54</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 29 614, nr. 36, 5- 6.

<sup>55</sup> Zie Maurits Berger, Hoe het Nederlands Veiligheidsbeleid Verstrikt is Geraakt in de Islam, 14(1) (2023) *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid*, 34 – 53, pp. 49 – 50 voor vergelijkbare voorbeelden.

<sup>56</sup> Andreas Kouwenhoven, Esther Rosenberg en Romy van der Poel, Undercover naar de moskee: geheim onderzoek naar islamitische organisaties, NRC, 15 oktober 2021.

antiterrorismebeleid in het algemeen, als het *non-informed consent* onderzoek dat werd uitgevoerd in de moskeeën.<sup>57</sup>

Wat het antiterrorismebeleid in het algemeen betreft maakt de brief duidelijk dat burgemeesters van gemeenten met veel mosliminwoners tenminste sinds 2014 onderzoeken of daaronder personen zijn die 'radicaliseren' of vatbaar zijn voor 'radicalisering'. Dergelijk onderzoek wordt gefaciliteerd en ondersteund door de NCTV, onder andere door middel van subsidies en advies. Naar ons oordeel beschikken de burgemeesters en de NCTV niet over een wettelijke bevoegdheden om deze inlichtingentaak uit te voeren. Dat was kennelijk ook de opvatting van de gemeenten Zoetermeer, Delft en Gouda, maar die besloten daar niettemin toch gedurende lange tijd mee door te gaan.<sup>58</sup>

De burgemeester heeft op grond van art. 172 Gemeentewet de bevoegdheid de openbare orde te bewaren en te herstellen. Maar er is geen verband tussen het bestrijden en ongedaan maken van wanordelijkheden en het opsporen van 'radicalisering'. Bovendien is de gemeente alleen bevoegd ten aanzien van gedragingen die zich afspelen in de openbare ruimte of zichtbaar zijn vanuit die openbare ruimte. Daarom dient alles wat er gebeurt binnen moskeeën en islamitische verenigingen buiten het bestuurlijk zicht van de burgemeester te blijven, tenzij er sprake is van activiteiten met een weerslag op de openbare orde.<sup>59</sup>

Ook de bevoegdheden van de NCTV bieden geen enkele grondslag voor dit inlichtingenwerk. Ook al heeft de NCTV in de publiciteit een eigen gezicht, formeel gaat het hier om een onderdeel van het ministerie van Justitie en Veiligheid dat zich in het kader van het contraterrorisme dient te beperken tot coördinatie en communicatie.<sup>60</sup> De NCTV heeft net als de minister geen bevoegdheden op het inlichtingendomein. Of, zoals minister Grapperhaus het op 12 april 2021 kernachtig samenvatte, de NCTV is geen inlichtingendienst.<sup>61</sup>

Dat de burgemeesters en de NCTV dergelijke bevoegdheden niet hebben is niet verwonderlijk, omdat deze verantwoordelijkheid in art. 8(2) (a) van de Wet op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten (hierna: Wiv) exclusief is opgedragen aan de AIVD. Daarin is de AIVD belast met het verrichten van onderzoek met betrekking tot personen en organisaties die aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde. In de Wiv is het doen van dit soort onderzoek bovendien aan allerlei stringente voorwaarden onderworpen, met name ten aanzien van het verzamelen en verwerken van gegevens. Dat betekent dat de burgemeesters zich met steun van de NCTV taken hebben toegeëigend zonder over een bevoegdheidsgrondslag te beschikken, ten koste van de AIVD die daartoe een wettelijke opdracht heeft gekregen.

3. In de derde plaats zullen maatschappelijke organisaties, als het 'Wetsvoorstel transparantie maatschappelijke organisaties' wet zal worden, voortaan verplicht zijn om aan de burgemeester op diens verzoek inzicht te verschaffen in donaties afkomstig van buiten de EU.<sup>62</sup> Dit toezicht op de buitenlandse financiering van maatschappelijke organisaties wordt opgedragen aan de burgemeester

---

<sup>57</sup> Kamerstukken II, 2021/22, 30 821, nr. 155.

<sup>58</sup> Merijn Kramer, Gemeenten wisten dat het niet mocht, maar gingen toch jarenlang te ver met onderzoek naar extremisme, Omroep West, 16 juni 2023, [Gemeenten wisten dat het niet mocht, maar gingen toch jarenlang te ver met onderzoek naar extremisme - Omroep West](#).

<sup>59</sup> HR 8 april 1980, NJ 330, Antikraak-bepaling Arnhem.

<sup>60</sup> Art. 52 Organisatiebesluit Ministerie van Justitie en Veiligheid.

<sup>61</sup> Brief van 12 april 2021, Verbetering juridische grondslag verwerking persoonsgegevens NCTV, [pdf \(overheid.nl\)](#).

<sup>62</sup> Kamerstukken II, 2020/21, 35 646, nr. 2.

in het kader van diens openbare orde taak. Zodra een organisatie de openbare orde verstoort of dreigt dat te doen kan deze informatie opvragen over buitenlandse giften.

Als jongeren bij voorbeeld vrouwen uitschelden omdat zij bij een stichting leren dat zij andersdenkenden moeten verketteren, kan de burgemeester nagaan of dat gedrag door een buitenlandse donateur van de stichting wordt uitgelokt.<sup>63</sup> Maar die achtergrondkennis heeft de burgemeester helemaal niet nodig om dat schelden aan te pakken. Als dat schelden naar het oordeel van de burgemeester een gevaar oplevert voor de openbare orde, kan de burgemeester daaraan een einde maken ongeacht of de stereotypen van de jongeren te danken zijn aan een buitenlandse donateur of, bij voorbeeld, hun opvoeding. De regering wil de buitenlandse financiering aan banden leggen en gebruikt de openbare orde bevoegdheid van de burgemeester daarvoor als kapstok.

Het werkelijke doel van het wetsvoorstel is niet het beschermen van de openbare orde, maar het tegengaan van ‘ongewenste buitenlandse beïnvloeding’ in Nederlandse maatschappelijke organisaties. Deze politieke aap komt in de Memorie van Toelichting uit de wettelijke mouw: “Het wetsvoorstel beoogt tegen te gaan dat onwenselijke buitenlandse beïnvloeding in deze maatschappelijke organisaties optreedt als gevolg van ontvangen donaties.”<sup>64</sup> Dat de openbare orde alleen maar als een opstapje dient om die ‘ongewenste buitenlandse beïnvloeding’ tegen te gaan blijkt opnieuw uit de Memorie van Toelichting: “Meer concreet is het doel om buitenlandse beïnvloeding bij Nederlandse maatschappelijke activiteiten inzichtelijk te maken en daaruit voortkomende onwenselijke gedragingen die een bedreiging vormen voor de openbare orde en worden beschouwd als antidemocratische en onverdraagzaam te voorkomen.”<sup>65</sup> De openbare orde bevoegdheid wordt in dit verband voor een ander doel gebruikt dan waarvoor deze is verleend en dat levert strijd op met het legaliteitsbeginsel en het verbod op *détournement de pouvoir*.

---

#### 4.3 HET GEBRUIK VAN ONBESTEMDE BEGRIPPEN DIE GEEN GRONDSLAG HEBBEN IN HET RECHT

Wat het scheppen van een nieuwe categorie gedragingen betreft is het zogenaamde ‘problematische gedrag’ relevant. Het gaat daarbij om antidemocratisch, anti-integratief en onverdraagzaam gedrag, dat de democratische rechtsorde ondermijnt. ‘Ondermijning’ wordt in dat verband gedefinieerd als ‘stelselmatige, doelmatige en in vele gevallen heimelijke activiteiten die door de nagestreefde doelen, de gebruikte middelen of ressorterende effecten, de democratische rechtsstaat, de bijbehorende instituties en onderlinge samenhang tussen burgers verzwakken, destabiliseren, ondergraven of saboteren.’<sup>66</sup> Het gaat dan om gedrag dat weliswaar niet strafbaar, maar wel ongewenst is.

Aan de Nederlandse rechtsstaat ligt echter de gedachte ten grondslag dat is toegestaan wat niet strafbaar is gesteld. Met de invoering van het concept ‘problematisch gedrag’ voegt de overheid aan wederrechtelijke en toegestane gedragingen een derde categorie van gedragingen toe die weliswaar rechtmatig, maar niettemin ‘onwenselijk’ zijn. Het scheppen van deze derde categorie, waarvoor het Nederlandse recht geen grondslag biedt, doet afbreuk aan de rechtszekerheid en voorspelbaarheid en is in strijd met legaliteitsbeginsel.

---

<sup>63</sup> <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/privacy-en-persoonsgegevens/documenten/rapporten/2020/11/17/tk-bijlage-mvt-wet-op-de-economische-delicten-in-verband-met-het-deponeren-van-de-balans-en-de-staat-van-baten-en-lasten-door-stichtingen>, p. 24.

<sup>64</sup> Kamerstukken II, 2020/21, 35 646, nr. 3, p.2.

<sup>65</sup> Kamerstukken II, 2020/21, 35 646, nr. 3, p.8.

<sup>66</sup> Kamerstukken II, 2018-19, 29 614, nr. 108, p. 2.

## 5. GRONDRECHTEN

### 5.1 HET IN DE GATEN HOUDEN VAN LEDEN VAN DE MOSLIMGEMEENSCHAP

Hierboven is al kort ingegaan op het feit dat burgemeesters van gemeenten met veel mosliminwoners tenminste sinds 2014 onderzoeken of daaronder personen zijn die 'radicaliseren' of vatbaar zijn voor 'radicalisering'. Dergelijk onderzoek wordt gefaciliteerd en ondersteund door de NCTV, onder andere door middel van subsidies en advies. Dit heeft de minister van Justitie en Veiligheid aangegeven in zijn brief over het *non-informed consent* onderzoek in moskeeën.<sup>67</sup>

Door de aandacht te richten op personen vanwege hun godsdienst schenden de burgemeesters en de NCTV de godsdienstvrijheid. In dit verband is het opmerkelijk dat in het kader van het onderzoek gezocht wordt naar 'betrouwbare partners' binnen de moslimgemeenschap.<sup>68</sup> Het maken van een onderscheid tussen 'betrouwbare' en 'onbetrouwbare' moslims past niet in de scheiding van kerk en staat. Bovendien kan het aangaan van partnerschappen met sommige moslims om andere moslims te onderzoeken polarisatie in de hand werken en dat is in strijd met de doelstellingen van het antiterrorismebeleid.

Daarnaast levert dit type inlichtingenwerk een inbreuk op op het discriminatieverbod. Het maken van onderscheid is volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) alleen toegestaan als daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging kan worden aangevoerd.<sup>69</sup> Dat betekent dat er een legitiem doel moet worden nagestreefd en voorkoming en bestrijding van terrorisme kan als zodanig dienen. Maar daarnaast moet er ook een redelijke evenredige relatie bestaan tussen de gebruikte middelen en het nagestreefde doel en daaraan is in dit geval niet voldaan. Zoals in sectie 3.2 al is aangegeven, zijn er sterke twijfels over de effectiviteit van repressieve middelen die er bestrijding van terrorisme worden ingezet. Daarom is niet voldaan aan de door het EHRM geformuleerde eisen.

Bovendien mag het feit dat sommige moslimjongeren in de fout zijn gegaan er niet toe leiden dat alle moslims daardoor als een 'verdachte gemeenschap' worden aangemerkt. Deze vorm van associatieve discriminatie is door het EHRM onrechtmatig geoordeeld in de zaak *Molla Sali v. Greece*.<sup>70</sup> Dat de meeste uitreizigers afkomstig zijn uit Zoetermeer, Den Haag, Schiedam en Delft heeft er niet toe geleid dat inwoners van die gemeenten aan verscherpt toezicht zijn onderworpen. Waarom zou dit dan wel moeten gelden ten aanzien van moslims?

### 5.2 BUITENLANDSE FINANCIERING

Hoewel het Wetsvoorstel Transparantie Maatschappelijke Organisaties in neutrale termen is geformuleerd en een algemeen karakter heeft, is het nieuwe instrumentarium slecht gericht op en een beperkt aantal organisaties waarbij het probleem of risico zich voordoet.<sup>71</sup> Welke organisaties dat zijn wordt niet hardop gezegd, maar blijkt uit de voorbeelden en verwijzingen die in de stukken worden gebruikt: islamitische organisaties. Zo wordt regelmatig gerefereerd aan de uitkomsten van de mini-enquête van de Parlementaire Onderzoekingscommissie naar Ongewenste Beïnvloeding van Maatschappelijke en Religieuze Organisaties in

<sup>67</sup> Kamerstukken II, 2021/22, 30 821, nr. 155.

<sup>68</sup> Kamerstukken II, 2021/22, 30 821, nr. 155.

<sup>69</sup> EHRM 19 december 2018, Appl. No. 20452/14, § 135 (Grote Kamer).

<sup>70</sup> EHRM 19 december 2018, Appl. No. 20452/14, § 134 (Grote Kamer).

<sup>71</sup> Kamerstukken II, 2020/21, 35 646, nr. 3, p. 5.

Nederland (POCOB).<sup>72</sup> Aangezien alleen islamitische organisaties het voorwerp waren van POCOB is het wetsvoorstel onderdeel van een *self-fulfilling prophecy*. Door de neutrale formulering probeert de minister kennelijk het verwijt te voorkomen dat hij de islam discrimineert.

Relevant is dat Nederland zelf op grote schaal financiële steun verleent aan maatschappelijke organisaties in het buitenland. Wie denkt dat de Nederlandse regering daarover naar aanleiding van het onderhavige wetsvoorstel naar buitenlandse regeringen open kaart zal gaan spelen, vergist zich. De Nederlandse regering zal deze bijdragen niet openbaar maken.<sup>73</sup> Dit verschil wordt gerechtvaardigd met de stelling dat er in Nederland ruime *checks and balances* bestaan om eventuele zorgen via de onafhankelijke rechtspraak aan te kaarten en die ontbreken in veel landen waarin Nederland maatschappelijke organisaties ondersteunt.<sup>74</sup> Naar ons oordeel kan deze gekunstelde redenering niet verhullen dat er een dubbele maat wordt toegepast.

Het wetsvoorstel in op grond hiervan in strijd met diverse grond- en mensrechten, waaronder in het bijzonder de verenigingsvrijheid en de godsdienstvrijheid, en met het vrij verkeer van kapitaal, dat beschermd wordt door art 63 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Dit blijkt onmiskenbaar uit de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Commissie/Hongarije.<sup>75</sup>

In deze zaak stond de Hongaarse 'Wet op de transparantie van organisaties die buitenlandse ondersteuning ontvangen' uit 2017 centraal. Organisaties die onder het bereik van deze wet vielen hadden de plicht om buitenlandse donaties boven een bepaald bedrag aan de bevoegde instanties en op hun website te melden. Op die manier werd geprobeerd een stokje te steken voor de financiering van oppositionele organisaties door de Amerikaans/Hongaarse filantroop George Soros.

In zijn uitspraak vernietigde het Hof van Justitie van de EU de wet omdat deze inbreuk maakte op het vrij verkeer van kapitaal tussen Lidstaten en tussen Lidstaten en derde landen. Volgens het Hof perkte de wet de ontvangst van buitenlands kapitaal door Hongaarse maatschappelijke organisaties en de ter beschikkingstelling van dat kapitaal door buitenlandse donoren op een onaantvaardbare manier in. Daarnaast leverde het onderscheid op basis van nationaliteit indirecte discriminatie op. Tenslotte achtte het Hof de wet in strijd met de verenigingsvrijheid en het recht op privacy, die worden beschermd door het Handvest van de grondrechten van de EU.

Het getuigde dan ook van bravoure dat de Nederlandse regering, die volgens premier Viktor Orbán de belangrijkste criticaster van Hongarije is,<sup>76</sup> een wetsvoorstel indiende dat als twee druppels water lijkt op de onrechtmatige Hongaarse wet. Met dat wetsvoorstel stevent Nederland niet alleen af op een confrontatie met de Commissie en het Hof en andere EU staten, maar doorkruist het tevens de campagne om de rechtsstaat in Polen en Hongarije te bevorderen.

De minister is er niet in geslaagd om aan te tonen dat er een probleem is, laat staan dat er een oplossing voor dat probleem zou moeten worden gevonden die gepaard gaat met zulke hoge kosten voor de democratische rechtsstaat. Rechtspersonen waarvan het doel of de werkzaamheid in strijd is met de openbare orde kunnen nu al op grond van art. 2:20, lid 1 BW door de rechtbank verboden worden verklaard en ontbonden op vordering van het OM. Op grond van art. 2:20, lid 5 BW kan de rechter de rechtspersoon en degenen die daarbij zijn betrokken bovendien bevelen om bepaalde maatregelen te nemen of gedragingen na te laten.

---

<sup>72</sup> Verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie ongewenste beïnvloeding uit onvrije landen (POCOB), Kamerstukken II, 2019/20, 35 228, nr. 4.

<sup>73</sup> Kamerstukken II, 2020/21, 35 646, nr. 3, p. 11.

<sup>74</sup> Kamerstukken II, 2020/21, 35 646, nr. 3, p. 11- 12.

<sup>75</sup> 18 juni 2020, C-78/18, *Commissie/Hongarije*.

<sup>76</sup> <https://www.politico.eu/article/viktor-orban-i-dont-know-why-mark-rutte-hates-me-and-hungary/>

Daarmee heeft de overheid meer dan genoeg instrumenten in handen om een streep te halen door donaties die zijn verkregen of worden aangewend om werkzaamheden te verrichten die in strijd zijn met de openbare orde.

---

### 5.3 ANTITERRORISME WETGEVING

De overheid probeert terrorisme met behulp van repressie te voorkomen en bestrijden, met name door middel van het strafrecht. De delictomschrijvingen die voor dit doel worden geschapen en de wijze waarop zij worden toegepast voldoen niet aan de eisen van de rechtsstaat.

Zo worden voorbereidingshandelingen in toenemende mate in zelfstandige delictomschrijvingen strafbaar gesteld, zoals deelneming aan een terroristische organisatie (art. 140a Sr.), deelname en medewerking aan een terroristische training (art. 134a Sr.), en samenspanning met een terroristisch oogmerk (art. 289a, lid 1Sr.) Er is dan echter nog geen sprake van gedrag dat aan derden schade toebrengt, de traditionele rationale voor strafbaarstelling. De reden daarvoor is dat het strafrecht niet langer wordt gebruikt als een correctie van onaanvaardbaar gedrag maar als een middel om te voorkomen dat dergelijk onaanvaardbaar gedrag zal plaatsvinden. Dat leidt ertoe dat er jegens burgers allerlei dwangmiddelen kunnen worden ingezet, zonder dat er sprake is van vervolging of veroordeling. Op deze manier kunnen personen en groepen onschadelijk worden gemaakt die als een bedreiging voor de samenleving worden beschouwd. De normale waarborgen zoals de onschuldpresumptie en het recht om getuigen te ondervragen en bewijs te betwisten zijn niet van toepassing in het kader van het terrorismestrafrecht. Ambtsberichten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten kunnen als bewijs dienen in strafzaken. Aan medewerkers van deze diensten kan door de rechter-commissaris de status van 'afgeschermd getuige' worden toegekend, waardoor zij anoniem worden gehoord en de verdediging zelfs bij het verhoor kan worden geweerd.

In het boek *Crime in an Insecure World* neemt Richard Ericson het standpunt in dat dit gebruik van het strafrecht om terrorisme te bestrijden in strijd is met de rechtsstaat.<sup>77</sup> Hij wijst erop dat het strafrecht twee doelen heeft, namelijk het verantwoordelijk houden van degenen die schade hebben veroorzaakt en het duidelijk maken aan de burgers wat wel en niet is toegestaan. Daar is gedurende de afgelopen jaren een derde doelstelling aan toegevoegd, te weten omgaan met onzekerheid als voorzorgsmaatregel. De staat gebruikt de strafrechtpleging als een middel om degenen die een bedreiging vormen uit te schakelen. De invoering van deze derde doelstelling heeft geleid tot de introductie van nieuwe instrumenten, zoals screening en toezicht. Ericson noemt deze instrumenten 'contra-recht' omdat zij de traditionele beginselen van de strafrechtpleging uitschakelen, ondermijnen of omzeilen.

In de tweede plaats behoren het aan hun lot overlaten van uitreizigers die zich in de Koerdische kampen in Noord-Oost Syrië bevinden en het onherroepelijk intrekken van hun Nederlandse nationaliteit op grond van art. art. 14, lid 4 van de Rijkswet op het Nederlanderschap tot het 'vijandstrafrecht' in de door door Günther Jakobs bedoelde zin.<sup>78</sup> Vijanden plaatsen zichzelf volgens Jakobs buiten de rechtsorde, omdat ze de legitimiteit daarvan verwerpen. Als gevolg daarvan vormen zij een permanente bedreiging van die rechtsorde. Dit vraagt om het ontwikkelen van een 'vijandstrafrecht' dat zich van het reguliere burgerlijke strafrecht onderscheidt. De vijand is een bron van gevaar die met behulp van het strafrecht moet worden bestreden. Het 'vijandstrafrecht' beoogt toekomstige gewelddaden te voorkomen en daarom mogen voorbereidingshandelingen zelfstandig strafbaar worden gesteld. Aan de 'vijand' komen geen rechten en strafrechtelijke waarborgen toe, omdat zij of hij deze alleen maar zal gebruiken om bestraffing te ontgaan, bij voorbeeld door te vluchten of bewijsmateriaal te vernietigen. Niet resocialisatie maar uitschakeling is het doel. In dat verband ligt het opleggen van een

---

<sup>77</sup> Richard v. Ericson, *Crime in an Insecure World*, Cambridge, 2007.

<sup>78</sup> Günther Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, März 2004, [HRRS März 2004: Jakobs - Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht · hrr-strafrecht.de](http://hrrs-märz-2004-jakobs-bürgerstrafrecht-und-feindstrafrecht-hrr-strafrecht.de).

levenslange gevangenisstraf in de rede om herhaling te voorkomen. Volgens Jakobs is de terrorist het toonvoorbeeld van de door hem beschreven vijand.

---

## 5.5 RESPONSIVITEIT NAAR DE INTERNATIONALE GEMEENSCHAP

In de Grondwet neemt de wisselwerking tussen de democratische rechtsstaat en de internationale rechtsorde een centrale plaats in. Niet alleen wordt Nederland volgens artikel 90 Grondwet geacht de internationale rechtsorde te bevorderen, maar tevens werken een ieder verbindende bepalingen volgens de artikelen 93 en 94 Grondwet door in de nationale rechtsorde en hebben zij voorrang op daarmee strijdige nationale voorschriften. Tot die een ieder verbindende bepalingen behoren de bepalingen in belangrijke mensenrechtenverdragen zoals het EVRM en het Internationaal Verdrag inzake Burger en Politieke Rechten (IVBPR).

Van oudsher speelt Nederland een vooraanstaande rol in het oprichten van internationale toezichthoudende instanties op het terrein van mensenrechten, zoals de European Union Agency for Fundamental Rights als de European Committee Against Racism and Intolerance (hierna: ECRI) van de Raad van Europa. Gedurende lange tijd gaf Nederland het goede voorbeeld door aan dergelijke internationale organen uitvoerig te rapporteren over de voortgang die op mensenrechtengebied in Nederland wordt gemaakt en de aanbevelingen van deze organen getrouw uit te voeren. Gedurende de afgelopen jaren is aan het uitvoering geven aan dergelijke aanbevelingen echter flink de klad gekomen.

Zo hield de minister van Justitie en Veiligheid de boot af toen ECRI in 2019 in zijn rapport over Nederland een zeer kritische passage wijdde aan xenofobe politieke klimaat in ons land.<sup>79</sup> ECRI deed de aanbeveling dat het parlement en de regering gedragscodes zouden ontwikkelen en aannemen die *hate speech* verbieden en zouden voorzien in schorsing en andere sancties jegens leden die deze gedragscodes zouden schenden. De minister gaf in zijn reactie op het rapport aan dat het aan de Staten-Generaal zelf is of en hoe invulling te geven aan deze aanbeveling van ECRI. Het kabinet was volgens de minister bovendien niet voornemens om gedragscodes op te stellen over de politieke discours van leden van het kabinet.<sup>80</sup> Kennelijk was de minister zich er niet van bewust dat de regering en de Tweede Kamer, dat wil zeggen het Presidium en alle fracties behalve de Centrum Democraten, in 1992 de Algemene Verklaring tegen Rassendiscriminatie hebben ondertekend. Door ondertekening hebben zij de plicht op zich genomen zelf het goede voorbeeld te geven en stereotypen tegen te gaan; te bevorderen dat gedragscodes tegen discriminatie worden vastgesteld; en mensen en organisaties in hun omgeving aan te spreken op bewust of onbewust discriminerend gedrag.

Op kritische rapporten van de VN Speciale Rapporteur voor Godsdienstvrijheid,<sup>81</sup> en de VN Speciale Rapporteur betreffende Hedendaagse Vormen van Racisme,<sup>82</sup> waarin onder andere de Wet Gedeeltelijk Verbod Gezichtsbedekkende Kleding van negatief commentaar werd voorzien, werd door de regering niet serieus gereageerd. Op het rapport van de VN rapporteur betreffende Hedendaagse Vormen van Racisme gaf de toenmalige VVD buitenlandwoordvoerder in de Tweede Kamer, Sven Koopmans, in een tweet de volgende reactie: 'Ongenuanceerde en slecht geïnformeerde gezant'. Met een dergelijke kwalificatie van de persoon werd kennelijk geprobeerd de legitimiteit van het rapport en het mandaat van de Special Rapporteur ter discussie te stellen. Een dergelijke laconieke opstelling ondermijnt het gezag van de internationale rechtsorde,

---

<sup>79</sup> ECRI Report on The Netherlands, 4 juni 2019, [pdf \(overheid.nl\)](#), pp. 16 – 17.

<sup>80</sup> Kamerstukken II, 2018/19, 30 950, nr, 176, p.5.

<sup>81</sup> Preliminary findings of country visit to The Netherlands by the United Nations Special Rapporteur on freedom of religion Ahmed Shaheed, 5 april 2019, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24444&LangID=E>

<sup>82</sup> End of Mission Statement of the Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia, and Related Intolerance at the Conclusion of her Mission to the Kingdom of the Netherlands, 7 oktober 2019, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25100&LangID=E>



die Nederland volgens de Grondwet juist dient te bevorderen. Bovendien verzaakt Nederland op deze manier zijn plicht om aanbevelingen van internationale organen serieus te nemen en op te volgen. Tenslotte verliest Nederland op deze wijze zijn internationale gezag en daarmee ook het recht om andere landen aan te spreken op hun tekortkomingen.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel Gedeeltelijk Verbod Gezichtsbedekkende Kleding is het niqaabverbod aan een grondrechtentoets onderworpen, die neerkomt op een toetsing aan het EVRM.<sup>83</sup> De regering haalde daarbij met instemming de uitspraak *S.A.S. tegen Frankrijk* aan, waarin het EHRM het Franse boerkaverbod, dat sterk lijkt op het Nederlandse, overeind hield.<sup>84</sup> In deze uitspraak gaf het EHRM overigens wel te kennen dat het verbod niet nodig was in een democratische samenleving ter bescherming van de openbare veiligheid. De regering liet na dit te vermelden, hoewel het bevorderen van die veiligheid juist een belangrijke pijler is van het Nederlandse verbod. De toets was dus meer een oefening in wensdenken dan een stresstest.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel kon nog geen rekening worden gehouden met uitspraken van het Mensenrechtencomité van de VN, omdat zij nadien zijn gedaan. In 2018 bepaalde het Mensenrechtencomité in twee uitspraken dat het Franse niqab verbod in strijd is met het IVBR, waarbij Nederland eveneens partij is.<sup>85</sup> Het Comité gaf aan dat de Franse wet, die sterk lijkt op de Nederlandse, weliswaar een algemeen verbod op gezichtsbedekkende kleding bevat, maar vanwege de vele uitzonderingen in wezen neerkomt op een verbod op het dragen van de niqab en dus indirect discriminerend is. Dit levert strijd op met art. 26 IVBPR. Aangezien het dragen van de niqab voor sommige moslimvrouwen een onderdeel is van hun geloofsuitoefening, wordt de door art. 18 IVBPR beschermde godsdienstvrijheid op deze manier beperkt. De rechtvaardigingen die door Frankrijk voor het verbod waren aangevoerd, namelijk de bescherming van de openbare veiligheid en het verzekeren van onderling vertrouwen in een open samenleving, werden door het Comité te mager gevonden.

De artikelen 18 en 26 IVBPR zijn een ieder verbindende bepalingen en zij werken daarom via artikel 93 Grondwet rechtsreeks in de Nederlandse rechtsorde door. Bovendien vinden daarmee strijdige wettelijke voorschriften op grond van artikel 94 Grondwet geen toepassing. Nu deze bepalingen zich volgens de gezaghebbende interpretatie van het Mensenrechtencomité verzetten tegen een niqabverbod, is de rechtmatigheid aan de Wet Gedeeltelijk Verbod Gezichtsbedekkende Kleding ontnomen en kan deze niet meer worden toegepast. Regering en parlement hebben tot nu toe echter nagelaten deze conclusie te trekken.

## 6. RECHTERLIJKE CONTROLE

Zoals hierboven is uiteengezet wordt, de moslimgemeenschap door allerlei negatieve maatregelen getroffen. Op het eerst gezicht hebben die maatregelen meestal een algemeen karakter, maar bedoeld of onbedoeld raken zij de gemeenschap in het bijzonder.

Dat geldt bij voorbeeld voor het terrorismestrafrecht. Het traditionele strafrecht heeft betrekking op de daad en niet op de dader, op diefstal en niet op de dief. Maar via het terrorismestrafrecht heeft de dadertypologie, de gedachte dat bepaalde groepen personen geneigd zijn om bepaalde delicten te plegen, zijn intrede gedaan. De reden daarvoor is dat de strafbaar gestelde feiten vaak in de voorfase liggen, daardoor bewust vaag geformuleerd zijn en dus een in potentie grote groep daders betreffen.<sup>86</sup> Om dit type strafrecht hanteerbaar te maken wordt daaraan een ongeschreven element toegevoegd, te weten de groep waartoe de dader behoort. In hun in 2009 verschenen artikel laten Christina Pantazis en Simon Pemberton zien dat moslimjongeren op

---

<sup>83</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 349, nr. 3, 7-10.

<sup>84</sup> Appl. No. 43835/11, 1 juli 2014, in het bijzonder §139.

<sup>85</sup> No. 2747/2016 en No. 2807/2016.

<sup>86</sup> G.P.M.F. Mols, *Terrorisme en Strafrecht: Een Latrelatie*, *Strafblad* 2016(6).

deze manier in de samenleving tot een verdachte gemeenschap worden.<sup>87</sup> Volgens hen is een ‘verdachte gemeenschap’ een subgroep van de bevolking waarop de aandacht van de overheid met name is gericht omdat deze ‘problematisch’ zou zijn. Personen worden vanwege hun lidmaatschap van deze subgroep als verdachte aangemerkt.

Als gevolg van het overheidsbeleid wordt de moslimgemeenschap voortdurend apart gezet en aan beperkingen onderworpen. Deze handelwijze is in strijd met de rechtstatelijke plicht van de overheid om minderheden juist te beschermen. In de VS is met name aan de rechter de taak opgedragen om maatregelen die genomen worden ten aanzien van ‘discrete and insular minorities’ zeer indringend te toetsen.<sup>88</sup> Alleen als zo’n maatregel een dwingend overheidsbelang dient kan deze in stand blijven. Dat het hier gaat om een zeer strenge toetsing blijkt wel uit het feit dat het Supreme Court sinds 1938 slechts twee maatregelen in stand heeft gelaten van alle instrumenten die aan deze *strict scrutiny* werden onderworpen. De rationale voor deze stringente toetsing is dat het politieke proces gebaseerd op vertegenwoordiging in dit soort situaties niet werkt en er daarom een correctie moet plaatsvinden.

Op de rechterlijke macht in Nederland rust een vergelijkbare plicht. Maar uit de toelagenaffaire, die vooral Nederlanders met een migratieachtergrond trof,<sup>89</sup> onder wie veel moslims, is gebleken dat de Nederlandse bestuursrechter, in het bijzonder de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, deze rol niet naar behoren heeft vervuld. De Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvang stelde daarover het volgende:

**“Zonder zich te willen uitlaten over individuele rechterlijke uitspraken, constateert de commissie dat ook de bestuursrechtspraak jarenlang een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het in stand houden van de niet dwingend uit de wet volgende, spijkerharde uitvoering van de regelgeving van de kinderopvangtoeslag. Daarmee heeft de bestuursrechtspraak zijn belangrijke functie van (rechts)bescherming van individuele burgers veronachtzaamd. De commissie is met name geraakt door het tot in oktober 2019 wegedenieren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die zouden moeten dienen als stootkussen en beschermende deken voor mensen in nood”.<sup>90</sup>**

Om te verzekeren dat de rechter in de toekomst stringent zal toetsen om de rechten van minderheden te beschermen dient daartoe een wettelijke plicht te worden geschapen.

---

<sup>87</sup> Chritina Pantazis en Simon Pemberton, From the ‘Old’ to the ‘New’ Suspect Community, Examining the Impacts of Recent UK Counter-terrorist Legislation, 49(5) (2009) *The British Journal of Criminology*, 646 – 666.

<sup>88</sup> (*United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938)), Chief Justice Stone dissenting, footnote 4; John Hart Ely, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Harvard, 1980.

<sup>89</sup> CBS, Kenmerken van Gedupeerde Gezinnen Toelagenaffaire, [Kenmerken van gedupeerde gezinnen toelagenaffaire \(cbs.nl\)](https://www.cbs.nl).

<sup>90</sup> *Eindverslag Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvang*, Kamerstukken II, 2020-21, 35 510, nr. 2, pp. 7-8.

## B. CONCLUSIES

Hierboven hebben wij een aantal voorbeelden gegeven van gevallen waarin de rechtsstaat niet goed functioneert. Dat disfunctioneren doet zich met name voor waar de overheid probeert om de moslimgemeenschap te vormen naar een door haar gehanteerde burgerschapsnorm. Zulke acties zijn overbodig omdat moslims als burgers van dit land zowel materieel als immaterieel met overtuiging bijdragen aan de Nederlandse samenleving en de democratische rechtsstaat die daaraan ten grondslag ligt. Daarin worden zij bovendien gesterkt door de islam die moslims in landen waar de islam een minderheidsgodsdiens is, zoals Nederland, verplicht om loyaal te zijn aan de overheid, de wetten te gehoorzamen en deel uit te maken van de samenleving, als hun godsdienstvrijheid gerespecteerd wordt. In deze zin vormt de islam een 'motor' voor burgerschap, die niet moet worden afgeremd, maar waarnaar de brandstoftoevoer zo veel mogelijk moet worden opengezet. De maatregelen die wij hierboven hebben besproken vormen daarom niet alleen een inbreuk op de rechtsstaat, zij zijn ook contraproductief. Zij duwen de moslimgemeenschap weg in plaats van deze te betrekken.

Als samenwerkende moskeekoepels hechten wij er sterk aan dat moslims, in het bijzonder jonge moslims, hun aspiraties realiseren en hun grieven kanaliseren via de democratische rechtsstaat. Die inspanningen slagen echter alleen als die democratische rechtsstaat moslims ook uitnodigt tot deelname en deze niet als zijnde 'anders' wegzet. Dat betekent dat er een einde moet komen aan de profilering door politici ten koste van de rechtsstaat, in het bijzonder de rechten van moslims. Wij vragen de staatscommissie dan ook nadrukkelijk om eraan bij te dragen dat het tij op dit punt wordt gekeerd.

Hieronder doen we een aantal aanbevelingen die zijn ingegeven door realisme en niet door utopisme. Het gaat om concrete maatregelen die eenvoudig en snel kunnen worden ingevoerd en dus op korte termijn redres kunnen bieden, en niet om constitutionele vergezichten die weinig kans van slagen maken.

## C. AANBEVELINGEN

### Versterk Grondrechtelijke toetsing

- De wetgever is in Nederland op grond van artikel 120 Grondwet belast met toetsing van de wet aan de Grondwet. Daarom dient de wetgever deze verantwoordelijkheid waar te maken.
- Om de wetgever in staat te stellen deze toetsende rol naar behoren te vervullen krijgt de Afdeling Constitutionele Zaken van de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het ministerie van BZK een onafhankelijke positie die wettelijk verankerd wordt.
- Deze onafhankelijke eenheid, de Autoriteit Constitutionele Zaken, toetst wetten en beleidsvoornemens op hun grondwettigheid en verenigbaarheid met het internationale recht.
- Daarbij let de Autoriteit Constitutionele Zaken in het bijzonder op het respecteren van het gelijkheidsbeginsel en het verbod op discriminatie.
- Het oordeel van deze Autoriteit Constitutionele Zaken is openbaar.
- De regering en de Staten-Generaal kunnen van het oordeel van de Autoriteit Constitutionele Zaken afwijken door contrair te gaan. Daarvoor geldt een transparante met waarborgen omklede procedure.
- De Autoriteit Constitutionele Zaken geeft ook een oordeel over de wijze waarop gevolg dient te worden gegeven aanbevelingen van internationale toezichhoudende organen.
- De Autoriteit Constitutionele Zaken maakt ook een constitutionele doorrekening van het coalitie akkoord alvorens het wordt getekend.
- Als de Afdeling Advisering van de Raad van State meent dat een wetsvoorstel bepalingen bevat die afwijken van de Grondwet of van een ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten van

volkenrechtelijke organisaties, kunnen de Staten-Generaal het voorstel alleen aannemen met twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen, naar analogie van het bepaalde in artikel 91, lid 3 Grondwet.

- De adviestaak van de Afdeling Advisering van de Raad van State omvat het recht te reageren op het Nader Rapport.

#### Versterking van participatie bij beleid en wetgeving

- Het Beleidskompas krijgt een wettelijke status. Tegen niet-nakoming ervan wordt beroep op de rechter opengesteld.
- Regelstelling en beleidsvorming op het terrein van terrorisme zijn voorwerp van de reguliere procedures gekenmerkt door transparantie, inspraak en debat.
- Er wordt een pilot uitgevoerd gericht op het bestrijden van terrorisme met behulp van de islam en de moslimgemeenschap.
- Vraagstukken die de islam en de moslimgemeenschap betreffen worden door de overheid en de gemeenschap in het kader van co-creatie gedefinieerd en opgelost in overeenstemming met de vereisten van het Beleidskompas.
- Er wordt een onafhankelijke instantie ingesteld die op verzoek van belanghebbenden juridische procedures tegen de overheid kan voeren waarvan het belang dat van de individuele betrokkene overstijgt (vergelijkbaar met de Anglo-Amerikaanse *relator* actie). Daardoor wordt tegenwicht geboden aan de 'diepe zakken' van de overheid.

#### Bescherm en bevorder de rechten van minderheden

- Maatregelen en besluiten die worden genomen ten aanzien van minderheden worden zeer indringend getoetst. Een daartoe strekkende opdracht aan de rechter wordt opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht en als art. 1b, Algemene Wet Gelijke Behandeling.