

De weerbare rechtsstaat



ESSAYBUNDEL

Boomjuridisch


week van de
RECHTSSTAAT


De Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen heeft in het kader van de eerste Week van de Rechtsstaat een essaywedstrijd voor studenten en promovendi uitgeschreven. Zij mochten een essay van maximaal 1500 woorden insturen over het thema 'Weerbare rechtsstaat voor een veerkrachtige samenleving.'

De jury bestond uit Remco Nehmelman (griffier Eerste Kamer der Staten-Generaal en hoogleraar Publiek organisatierecht, Universiteit Utrecht), Ellen Kiersch (directeur Wetgeving, ministerie van Justitie en Veiligheid), Edgar du Perron (raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar Privaatrecht, Universiteit van Amsterdam), Kutsal Yesilkagit (hoogleraar International Governance, Universiteit Leiden), Monique Wesselink (programmamanager Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen) en werd bijgestaan door Louise van Heusden (jurist kennisunit bij de Raad van State).

Deze bundel bevat de volgens de jury tien beste essays waaronder die van Jacob van de Beeten en Roel Becker die beiden de eerste prijs kregen toegekend. Al deze essays verschaffen, elk op hun eigen manier en over allerlei uiteenlopende onderwerpen, nieuwe inzichten over hoe onze rechtsstaat het best kan worden ingevuld.

Met dank aan het Nationaal Fonds voor Vrede, Vrijheid en Veteranenzorg (vfonds) die deze bundel financieel mogelijk heeft gemaakt.

ISBN 978-94-6212-842-2



9 789462 128422 >



Academie voor
Overheidsjuristen



Academie voor
Wetgeving



Boomjuridisch

DE WEERBARE RECHTSSTAAT

DE WEERBARE RECHTSSTAAT

Onder redactie van Monique Wesselink

Boom juridisch
Den Haag
2023

Omslagontwerp en opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2023 De auteurs | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprorechtregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6212-842-2

ISBN 978-94-0011-316-9 (e-book)

NUR 823

www.boomjuridisch.nl

INHOUD

Voorwoord	7
Weerbaarheid in kwetsbaarheid <i>Roel Becker</i>	11
Weerbaar maakt weerloos: voorbij de reflex van constrained democracy <i>Jacob van de Beeten</i>	19
Als rechters falen: een bevolkingsgroep opgesloten in kampen <i>Sjoerd Bakker</i>	27
Beschermen, betrekken en binden: hoe het vertrouwen in de democratische rechtsstaat te behouden in tijden van maatschappelijke polarisatie <i>Lars Brummel</i>	35
De wetgevingswals: hoe wijzigingen in regelgeving de rechtsstaat kunnen schaden <i>Job Buiting</i>	43
Blaffende honden bijten niet <i>Anne van Leeuwen, Tycho Scholten</i>	51
De grondbeginselen van een democratische rechtsstaat bij het recht op betoging <i>Zenzi Moezel</i>	59

Een soevereine rede voor een weerbare rechtsstaat	67
<i>Simon van Oort</i>	
De rechtsstaat is van ons allemaal	73
<i>Alec Ramak</i>	
Een roep om helderheid: pleidooi voor een eenduidige definitie van de rechtsstaat	81
<i>Suyanta Shelini Madarie, Megan Knobel</i>	

VOORWOORD

EEN WEERBARE RECHTSSTAAT VOOR EEN VEERKRACHTIGE SAMENLEVING

Remco Nehmelman

Dit jaar vieren we het 175-jarig bestaan van de Nederlandse Grondwet van 1848. Algemeen bekend is dat de Grondwet eigenlijk veel ouder is. De eerste Grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden dateert uit 1814. Toch is het niet zonder reden dat we de bijzondere Grondwet van 1848 vieren. Het document is een van de keerpunten in de Nederlandse constitutionele geschiedenis en vormt een van de belangrijkste pijlers van de staatkundige verhoudingen die we vandaag de dag nog (her)kennen. Een beroemde bepaling die in de Grondwet van 1848 werd vastgelegd is de regel dat de koning onschendbaar is en de ministers verantwoordelijk (voor het uitgeoefende gezag). Momenteel ligt deze regel besloten in het tweede lid van artikel 42 Grondwet. Deze bepaling kan worden gezien als de geboorte van de parlementaire democratie. Niet de koning of regering wordt geacht de hoogste staatsmacht te zijn, maar het parlement, bestaande uit Eerste Kamer en Tweede Kamer. Ook het rechtstreeks verkiezen van de toen nog honderd leden van de Tweede Kamer werd in dat jaar voor het eerst vastgelegd in de Grondwet. Het zou nog tot 1917/1919 duren voordat daadwerkelijk het algemeen kiesrecht werd ingevoerd, maar niettemin werd voor het eerst in het Koninkrijk vastgelegd dat bepaalde (uiteraard welgestelde) burgers hun stem rechtstreeks konden uitbrengen op de samenstelling van de Tweede Kamer.

Maar hoe was het eigenlijk in dat jaar gesteld met de rechtsstaat? Kreeg de rechtsstaat ook zo'n 'big push' als de democratie in dat illustere constitutionele jaar dat 1848 toch was? Voor het antwoord daarop moet eerst een antwoord worden gegeven op de vraag wat de definitie van de rechtsstaat eigenlijk is. Het begrip 'rechtsstaat' is tot op de dag van vandaag altijd nog lastig te definiëren. Uiteraard in de kern komt het erop neer dat de staat gehouden is aan het recht. De staat is machtig en dient daarom in toom te worden gehouden. Daarvoor is een aantal elementen wezenlijk die onderdeel uitmaken van de rechtsstaat. Zo vormt het legaliteitsbeginsel een kernelement van de rechtsstaat: de staat mag alleen maar handelen als daarvoor vooraf een wettelijke legitimatie voorhanden is (tot stand gekomen mede met instemming van het parlement). Ook de grondrechten maken een wezenlijk onderdeel uit van de rechtsstaat: de fundamentele rechten van de mens zijn vervat in de huidige Grondwet en belangrijke internationale verdragen zoals het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM). De staat mag in de regel geen grondrechten schenden, tenzij daarvoor een wettelijke beperking voorhanden is. En ten slotte kan worden gezegd dat de machtscheiding en de machtspreiding, terug te herleiden tot de beroemde Trias Politica van Montesquieu, een wezenlijk onderdeel uitmaken van de rechtsstaat. Om machtsconcentratie tegen te gaan, dat het gevaar immers in zich bergt dat een dictatuur kan ontstaan, zijn er diverse instituties in het leven geroepen die verschillende staatstaken uitoefenen. De drie meest wezenlijke zijn nog steeds de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht. Zonder die drie staatsmachten, die elkaar over en weer in evenwicht houden, kan er eigenlijk niet worden gesproken van een rechtsstaat.

Het blijft echter lastig om een sluitende definitie van de rechtsstaat te geven. De rechtsstaat kan worden gezien als een

boom die groeit en inmiddels een dikke stam kent met een aantal stevige takken, maar waaraan ook nieuwe vertakkingen ontstaan. Om een antwoord op de vraag te geven of die al in de Grondwet van 1848 herkenbaar waren, is het antwoord ‘ja’; de drie staatsmachten waren reeds aanwezig en bevoegdheden zijn in dat jaar ook verlegd. Maar ook het door sommigen beroemde en voor anderen beruchte uitgangspunt van het verbod van constitutionele toetsing (het huidige art. 120 Grondwet) werd in dat jaar in de Grondwet gecodificeerd.

Met het gegeven dat het denken over de rechtsstaat eigenlijk nooit dient op te houden, initieerde de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen dit jaar een prijsvraag over het thema ‘rechtsstaat’. Een uitstekend idee! Een jury bestaande uit Ellen Kiersch (directeur Wetgeving, ministerie van Justitie en Veiligheid), Edgar du Perron (raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar Privaatrecht, Universiteit van Amsterdam), Kutsal Yesilkagit (hoogleraar International Governance, Universiteit Leiden), Monique Wesselink (programma-manager Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen) en Remco Nehmelman (griffier Eerste Kamer der Staten-Generaal en hoogleraar Publiek Organisatierecht, Universiteit Utrecht), bijgestaan door Louise van Heusden (jurist kennisunit bij de Raad van State) maakte een selectie van de ingezonden stukken. Dit boek is daarvan het product en levert weer nieuwe pagina’s op (eigenlijk beter gezegd blaadjes, indachtig de metafoor van de boom) en dus nieuwe inzichten over de rechtsstaat. De rechtsstaat is organisch en groeit en laat zien welke samenleving we zijn en zouden moeten willen zijn. We hopen dat u net zoals de jury verrast gaat worden door het talent van de schrijvers die ons meenemen in een waaier van uiteenlopende onderwerpen die nieuwe inzichten geven aan de rechtsstaat.

WEERBAARHEID IN KWETSBAARHEID

*Roel Becker*¹

1. INLEIDING

Op 15 april 2019 richtte een brand ernstige schade aan in de Notre Dame.² De val van dit belangrijke symbool van (Westerse) cultuur leidde al gauw tot vermoedens van terrorisme.³ De ware oorzaak van de brand bleek banaler: slordigheden bij renovatiewerkzaamheden.⁴ De Sloveense filosoof Miha Andric zag daarmee in de brand een perfecte metafoor voor het hedendaags Europa. De kathedraal werd voor miljoenen beschermd tegen terroristen, om uiteindelijk ten onder te gaan aan beknibbelende aannemers.⁵

In dit essay staat de stelling centraal dat deze metafoor ook van toepassing is op die andere (oorspronkelijk Franse) verworvenheid: de rechtsstaat. Zijn grootste bedreigingen zijn niet extern, zoals terrorisme, of ondermijnende criminelen, maar

1 Roel Becker is promovendus bij de afdeling Staats- & Bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

2 NOS, 'Notre-Dame Parijs brandt, grote torens lijken gered', <https://nos.nl/artikel/2280620-notre-dame-parijs-brandt-grote-torens-lijken-gered>, 15 april 2019.

3 NBC, 'Notre Dame Cathedral fire spurs Islamophobic conspiracy theories on social media', www.nbcnews.com/tech/tech-news/notre-dame-cathedral-fire-sparks-islamophobic-theories-social-media-n995091, 16 april 2019.

4 Reuters, 'Notre Dame fire may have been caused by power fault or cigarette: prosecutors', www.reuters.com/article/us-france-notre-dame-idUSKCN1TR20X, 26 juni 2019.

5 Zie het bericht op zijn Facebookpagina (www.facebook.com/miha.andric) van 15 april 2019.

intern. Een rechtsstaat kan alleen voortbestaan als in elk deel van de samenleving in hem wordt geloofd. Een echt weerbare rechtsstaat vereist dan ook dat niet naar buiten wordt gekeken, maar naar binnen. Dat vertrouwen behouden vereist een ander soort denken over de rechtsstaat: in tegenstelling tot externe bedreigingen kan zij niet alleen door wetten en beleid worden opgelost. Cruciaal daarbij is de erkenning dat de rechtsstaat een kwetsbaar bezit is; minder vanzelfsprekend dan we tot dusver (willen) denken.

2. DIAGNOSE

Dat de rechtsstaat onder druk staat, is een breed gedeeld sentiment. Daarbij wordt onder meer gewezen op de opkomst van extremistische partijen,⁶ (ondermijnende) criminaliteit⁷ en massale protesten en bedreigingen ten gevolge van nepnieuws.⁸ Steeds valt op dat deze bedreigingen voor de rechtsstaat vorm krijgen door mensen waarvan dat in eerste instantie niet werd verwacht. Het electoraat van extremistische partijen bestaat niet uit ideologisch gedreven minderheden, maar uit altijd als ‘redelijk’ geziene burgers.⁹ Liquidaties worden niet gepleegd door doorgewinterde huurmoordenaars, maar door extreem

6 D66, ‘Sigrid Kaag: rechts-extremisten bedreigen de democratie’, <https://d66.nl/nieuws/rechts-extremisten-bedeigen-de-democratie/>, 16 januari 2023.

7 Rijksoverheid, ‘Ondermijnende criminaliteit’, www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ondermijning/ondermijnende-criminaliteit.

8 Securitymanagement.nl, ‘Sigrid Kaag: “Stelselmatige bedreiging van politici ondermijnt de rechtsstaat en de democratie”’, www.securitymanagement.nl/sigrid-kaag-de-stelselmatige-bedeiging-van-politici-ondermijnt-de-rechtsstaat-en-de-democratie/, 6 januari 2022.

9 NOS, ‘Dit is de Forum-kiezer en zo ziet de rest van de stemmers eruit’, <https://nos.nl/artikel/2277050-dit-is-de-forum-kiezer-en-zo-ziet-de-rest-van-de-stemmers-eruit>, 21 maart 2019.

jonge mannen, vaak zwakbegaafd.¹⁰ Terroristische dreiging wordt vaak veroorzaakt door geboren en getogen Nederlanders, die vanuit een Vinex-wijk via YouTube radicaliseren.¹¹ De echte bedreiging lijkt dan ook steeds niet te zitten in een enkele kwaadaardige genius, maar in de vatbaarheid van grote groepen mensen voor antirechtsstatelijk handelen. Dat is logisch: potentiële drugsmiljonairs of volksmenners zullen er altijd zijn, maar jongeren die iemand het leven willen nemen voor € 50.000 of saaie *middle managers* die wetenschap ontkennen, zijn niet van alle tijden. Een oplossing voor het probleem lijkt dan ook bij hen gevonden te moeten worden.

Dat roept de vraag op waarom deze mensen vatbaar blijken voor bedreigingen van de rechtsstaat. Vaak wordt daarbij gewezen op sociaaleconomische omstandigheden.¹² Deze spelen een belangrijke rol, maar er lijkt meer aan de hand. Sociaaleconomische verschillen zijn immers ook van alle tijden. Een meer toegespitste oorzaak kan mogelijk gevonden worden in wat bestuurskundigen ‘outputlegitimiteit’ noemen.¹³ Nederland, met zijn ingewikkelde coalitievorming, groot ambtenarenapparaat en hoogopgeleide politieke elite, is nooit heel sterk geweest in het direct vertalen van de preferenties van mensen in beleid. Dat hoefde ook niet, want het ging altijd goed: zolang mensen erop vooruit bleven gaan, konden zij leven met een klasse van

10 AT5, ‘Jeugdadvocaat: “Daders die liquidaties uitvoeren vaak zwakbegaafd”’, www.at5.nl/artikelen/178341/waarom-is-de-prijs-van-een-liquidatie-zo-schrikbarend-laag, 8 februari 2018.

11 AIVD, ‘Uitreizigers en terugkeerders’, www.aivd.nl/onderwerpen/terrorisme/uitreizigers-en-terugkeerders.

12 Zie bijvoorbeeld Hoofdstuk 6 ‘De sociale context van armoede’ van het SCP-rapport *Armoede en sociale uitsluiting*, SCP 2019.

13 Zie uitgebreider over de term J. Korzelijs, ‘De democratische legitimatie van de maatregelen ter bestrijding van het coronavirus’, in: J.P. Loof, J. Korzelijs, J.E. van den Brink & M. van der Steen, *Bestuursrecht in crisistijd*, onder verwijzing naar Bijlage bij *Kamerstukken II 2014/15, 33841, nr. 171*.

‘moderne mandarijnen’ die belangrijke beslissingen maakte. De laatste tijd presteert die bestuurs-elite echter minder: mensen gaan er niet meer automatisch op vooruit¹⁴ en de overheid slaagt er niet zomaar in elk probleem overtuigend op te lossen. Illustratief is het verband tussen (de gebrekkige afhandeling van) de toeslagenaffaire en vaccinatiebereidheid.¹⁵ De overtuigingskracht op basis van resultaten neemt nog verder af, omdat zich een spiegelbeeldige beweging lijkt te voltrekken: landen zonder democratische rechtsstaat, met China voorop, behalen in de ogen van velen wel de resultaten voor hun burgers.

Een tweede mogelijke reden ligt in het feit dat de rechtsstaat volledig is gedepolitiseerd. Het is met de ogen van nu moeilijk voor te stellen dat meerdere premiers zijn geleverd door een partij – de Antirevolutionaire Partij – die in haar naam expliciet de ideeën van de Franse revolutie verwierp. Vrijheid, gelijkheid en broederschap zijn in naam geen waarden meer die ter discussie worden gesteld. Hetzelfde geldt voor de democratie of de onafhankelijke rechter. Dat is een zegen, maar tegelijkertijd een vloek. Doordat de waarden zo alomtegenwoordig zijn maar nooit meer worden ‘bedebatteerd’, kan eenieder ze gebruiken om allerlei gedrag te rechtvaardigen. Zelfs Boris Johnson, Donald Trump en Jair Bolsonaro houden bij hoog en laag vol te handelen uit naam van de democratische rechtsstaat. Hier kan de stikstofcrisis als voorbeeld dienen. Waar in Duitsland uitgebreide debatten worden gevoerd over (de grenzen van) de doorwerking van Europees recht, werd in Nederland simpelweg gesteld dat stikstof verminderd moet worden ‘omdat dat nu

14 Rijksoverheid, ‘Dalende koopkracht: oorzaken, gevolgen en maatregelen’, www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/koopkracht/dalende-koopkracht-oorzaken-gevolgen-en-maatregelen.

15 H. Huijstra, ‘Wie de overheid wantrouwt, haalt geen vaccin’, *Trouw* 9 oktober 2021.

eenmaal van Europa moet'. Discussie was niet mogelijk en verdere rechtvaardigingen werden amper gegeven. De grote winnaar van de verkiezingen werd de enige partij die deze discussie wel wilde voeren. Een BBB-kandidaat duidde de overwinning van haar partij als: 'hiermee zeggen we: mag ik ergens ook nog iets van vinden?'¹⁶

In dat licht bezien is het begrijpelijk dat de rechtsstaat meer onder druk komt te staan. Zijn oorspronkelijke legitimatie is weggefallen, en een nieuwe wordt in het publieke debat niet gegeven, juist door zijn vanzelfsprekendheid.

3. RICHTING EEN OPLOSSING

Een echt weerbare rechtsstaat vereist dus een nieuw geloof in zijn belang. Dat is geen sinecure. De normale sturingsinstrumenten van de overheid werken uitstekend tegen externe bedreigingen, maar bieden hier weinig hoop op vooruitgang. Nieuwe wetgeving of beleidswijzigingen kunnen hooguit het symptoom aanpakken, maar zij staan over het algemeen niet bekend om hun intrinsieke overtuigingskracht. Het recente voorstel om het verbieden van politieke partijen te vergemakkelijken¹⁷ heeft iets treurigs: zouden aanhangers van een extremistische partij zonder die partij daadwerkelijk iets anders gaan geloven? Handhaving werkt vaak averechts: zal het jarenlang opsluiten van piepjonge 'uithalers' ze opeens wel het vertrouwen geven dat ze binnen de grenzen van de wet succesvol kunnen worden? Investerings zijn nodig, maar zakken met geld alleen zullen het

16 Zie de tweet van K.C. Smouter: <https://twitter.com/Kcsmouter/status/1636261409393717248>.

17 R. Du Pré, 'Kabinet zet door: verbieden van ondermijnende politieke partijen moet makkelijker worden', *de Volkskrant* 22 december 2022.

probleem ook niet oplossen. De gigantische coronasteunpakketten, landbouwsubsidies en toeslagenaffairecompensatie nemen de onvrede ook niet weg; het gaat om meer dan geld.

Tegelijkertijd blijft het de reflex van de overheid naar dat soort instrumenten te grijpen. Een ironisch anekdotisch voorbeeld werd gegeven door de onderwerpsuggesties voor deze essaywedstrijd:¹⁸ daarin waren meerdere mogelijk beleidswijzigingen te vinden. Het lijkt er echter op dat dit probleem niet vanachter de tekentafel is op te lossen. Wets- en beleidswijzigingen zijn alleen kansrijk als je de mensen meekrijgt. Dat betekent niet dat hier geen rol ligt voor ambtenaren; integendeel. Niet alleen omdat zij de handen en voeten van de overheid zijn, maar ook omdat politici zelf het vertrouwen missen mensen weer echt te overtuigen van de democratische rechtsstaat. Dat vraagt wel nog meer van die ambtenarij. Zij kan zich niet langer beperken tot het goed vormgeven en uitvoeren van beleid, maar dient ook mensen van de waarde van dat beleid – en van de democratische rechtsstaat als geheel – te overtuigen. Die rechtsstaat is niet langer alleen een zaak van het hoofd, maar ook van het hart geworden.

Hoe die overtuiging vorm te geven? Door de eigen kwetsbaarheid te erkennen. Het is geen natuurgegeven dat wij een overheid hebben die zich in de regel aan de wet houdt, en men veilig naar een rechter kan stappen zonder envelop in de binnenzak. Het belang van de democratische rechtsstaat staat nooit ter discussie. Daar mogen wij ons gelukkig mee prijzen, maar het brengt wel het risico met zich dat mensen nooit te horen krijgen hoe bijzonder hij is en daarmee vatbaar raken voor alternatieven. De doorwerking van Europees recht is geen moetje, maar moet publiekelijk worden verdedigd. Het belang van waarden

18 <https://rechtenoverheid.nl/week-van-de-rechtsstaat/wedstrijden/wedstrijden-studenten-promovendi>.

als vrijheid, gelijkheid en broederschap moet keer op keer benadrukt worden.

Het erkennen van die kwetsbaarheid werkt als het goed is ook door in beleid. Wie erkent dat criminaliteit voor steeds meer jongeren een realistische optie is, zal minder bang zijn in armoedebestrijding en preventie te investeren. Wie beseft dat een groeiende groep mensen de overheid helemaal niet meer vertrouwt, verbiedt geen politieke partijen, maar komt met beleid dat die groep daadwerkelijk helpt. Een echt weerbare democratische rechtsstaat vereist investering in zichzelf.

4. AFRONDING

De Notre Dame wordt op dit moment hersteld. Dat werd mede mogelijk gemaakt door een groot aantal giften. De nodige investeringen kwamen pas toen men beseftte dat zo'n kathedraal geen vanzelfsprekendheid is. Ook dat is een mooie metafoor: onze democratische rechtsstaat staat misschien nog niet in brand, maar een snelle blik over de grens leert dat ook zij kwetsbaar is. Die kwetsbaarheid erkennen is de eerste stap naar weerbaarheid.

WEERBAAR MAAKT WEERLOOS: VOORBIJ DE REFLEX VAN CONSTRAINED DEMOCRACY

*Jacob van de Beeten*¹

De Nederlandse rechtsstaat wordt verbouwd. Invoering van constitutionele toetsing staat op de politieke agenda en een nieuwe wet over het verbieden van politieke partijen is in de maak. Als reactie op de toeslagenaffaire worden rechters opgeroepen om overheidshandelen strenger te beoordelen.² Tegelijkertijd wordt de weerbaarheid van het ambtenarenapparaat vergroot met behulp van ethische programma's en de filosofie van Hannah Arendt.³ De teneur is dat zowel de rechterlijke macht als het ambtenarenapparaat zich autonoom dienen op te stellen tegenover de wetgevende macht. Deze ontwikkelingen vinden plaats tegen de achtergrond van bestuurlijke en maatschappelijke onrust in Nederland, maar ook doordat de rechtsstaat in vele landen sterk onder druk staat.

In dit korte essay betoog ik dat deze ontwikkelingen een logische (want: vertrouwde), maar ook een verkeerde reflex zijn. Deze reflex komt voort uit een vorm van juridisch-politiek denken

1 Jacob van de Beeten is promovendus grondslagen EU-recht, London School of Economics, e-mailadres: j.j.van-de-beeten@lse.ac.uk.

2 Folkert Jensma, 'Na de Toeslagenaffaire lijkt de menselijke maat nu ook in te dalen bij de rechter', *NRC* 30 mei 2022, www.nrc.nl/nieuws/2022/05/30/de-menselijke-maat-lijkt-in-te-dalen-bij-de-rechter-a4130386.

3 Merijn Rengers & Carola Houtekamer, 'Het was zo'n goed idee: een podcast over morele dilemma's van ambtenaren. Tot ze hem hoorden', *NRC* 10 februari 2023, www.nrc.nl/nieuws/2023/02/10/het-was-zon-goed-idee-een-podcast-tot-de-ambtenaren-hem-hoorden-a4156672.

– ook wel *constrained democracy* genoemd – waarin rechtsstatelijkheid en individuele rechten boven de democratie en collectieve besluitvorming worden geplaatst. Deze denktrant trekt echter de verkeerde conclusies uit het verleden. Weerbaarheid van instituties gaat niet zozeer over de institutioneel-normatieve logica van het staatsbestel, maar juist over de sociale, economische en politieke factoren die de rechtsstaat mogelijk maken.

Het idee van een weerbare rechtsstaat – een staat die zich verdedigt tegen antidemocratische partijen voor of nadat zij aan de macht zijn gekomen – vloeit voort uit een denktrant die het naoorlogse juridisch-politieke denken in West-Europa in belangrijke mate heeft bepaald. Deze denktrant is door politoloog Jan Werner Müller omschreven als *constrained democracy*, de ingeperkte democratie. Müller beschrijft hoe na de Tweede Wereldoorlog een pragmatische consensuspolitiek dominant werd met een specifieke institutionele logica en eigen normatieve rechtvaardiging.⁴ Deze consensus beperkte de macht van het parlement door vraagstukken buiten de politieke arena te houden en daarmee te zeggen: dit staat niet langer ter discussie. Het idee van de weerbare democratie valt nadrukkelijk ook onder het idee van een *constrained democracy*, omdat het erop gericht is om extremistische en antidemocratische partijen te verbieden en dus geen stem te geven.

De institutionele structuur van *constrained democracy* wordt gekenmerkt door het inperken van de macht van het parlement. Beslismacht wordt verplaatst naar onafhankelijke gremia zoals constitutionele hoven en centrale banken, en overgedragen aan supranationale organisaties zoals de Europese Unie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De

4 Jan Werner Müller, *Contesting Democracy: Political Ideas in Twentieth Century Europe*, Yale University Press 2013.

grondwetsherzieningen van 1953 en 1956 in Nederland, die leidden tot de introductie van het huidige artikel 93, vormen een goede illustratie van deze logica. Op basis van dit grondwetsartikel verkrijgen eenieder verbindende bepalingen rechtstreekse gelding binnen de Nederlandse rechtsorde en daarmee hebben zij een hogere rang dan nationaal recht.⁵

De normatieve rechtvaardiging van *constrained democracy* is gebaseerd op een specifiek vrijheidsbegrip waarin de nadruk ligt op individuele rechtsbescherming. In haar recente boek *Vrijheid: een woelige geschiedenis* laat hoogleraar Moderne geschiedenis Annelien de Dijn zien dat in de twintigste eeuw, met name aan het eind van de Tweede Wereldoorlog en het begin van de Koude Oorlog, een omslag in het denken over vrijheid plaatsvindt. Van oudsher is vrijheid nauw verbonden met de mogelijkheid om deel te nemen aan het politieke proces, maar in deze periode wordt het vrijheidsbegrip steeds meer ingevuld als vrijheid *van* politiek en overheidsinmenging. Dit vrijheidsbegrip vormt ook de basis voor de hedendaagse rechtsstaat, omdat deze individuele vrijheden waarborgt tegenover collectieve besluitvorming. Van actieve deelnemers aan het politieke proces, verworden burgers tot dragers van rechten die zij tegen de politiek kunnen invoeren.

Het ontstaan van de denkfiguur van de weerbare democratie is te herleiden op de val van de Republiek van Weimar. Zij vormt een reactie op het idee dat de Weimar Republiek aan een democratisch exces ten onder ging. De Duitse denker Karl Loewenstein introduceerde het idee van een *militant democracy*

5 Voor een uitstekende beschrijving van deze ontwikkeling en de invloed op het proces van Europese integratie, zie Karin van Leeuwen, 'On Democratic Concerns and Legal Traditions: The Dutch 1953 and 1956 Constitutional Reforms "Towards" Europe', *Contemporary European History*, 21(3), p. 357-374.

in reactie op de machtsovername door de *Nationalsocialistische Deutsche Arbeiterpartei* (NSDAP). Zijn analyse was, dat in Weimar de ‘democratie en democratische tolerantie zijn gebruikt voor hun eigen vernietiging’.⁶ Ook hedendaagse verdedigers van de weerbare democratie, zoals hoogleraar Rijkema, beroepen zich op het feit dat de NSDAP van Adolf Hitler door een ‘legale revolutie’ aan de macht kwam en zo de democratie van binnenuit kon afschaffen.⁷ Hij verwijst daarbij nadrukkelijk naar het feit dat de NSDAP het grootste aantal stemmen behaalde in de verkiezingen van november 1932 (33,1%) en maart 1933 (43,9%) waarna Hitler tot Rijkskanselier werd benoemd en de alleenheerschappij voor het grijpen lag. Op basis van deze analyse vormt gebrek aan weerbare instituties in de Republiek van Weimar een belangrijke verklaring voor haar ondergang.

Op deze lezing valt echter nogal wat af te dingen. De Republiek van Weimar verkeerde in grote chaos voordat Hitler aan de macht kwam. Als staatsvorm was de republiek door de conservatieve elites en socialisten nooit geaccepteerd; zij wilden terug naar het Duitse keizerrijk of vooruit naar een socialistische heilstaat. Onder grote delen van de elite en de bevolking ontbrak dus een democratisch en republikeins ethos; en met name onder rechters was dit het geval. Slaat u er Hitlers veroordeling na de mislukte *Bierkellerputsch* van 1923 maar eens op na!⁸ Daarnaast waren er in Duitsland grote economische en sociale problemen als gevolg van de economische crisis na de beurskrach van 1929

6 Karl Loewenstein, ‘Militant Democracy and Fundamental Rights, I’, *The American Political Science Review*, 31(3), p. 417-432.

7 Bastiaan Rijkema, *Weerbare democratie: De grenzen van democratische tolerantie*, Nieuw Amsterdam Uitgevers 2015, p. 9.

8 Zie daarvoor en voor de rol van de conservatieve rechters in het algemeen Gabriele Tergit, *Over de lente en de eenzaamheid. Berlijnse rechtbankverslagen 1924-1933*, Maaskant 2021.

op *Wall Street*. In deze jaren vonden door heel Duitsland straatgevechten plaats tussen fascistische en communistische militieën. Het geweldsmonopolie stond onder druk en het staatsgezag was erg fragiel. Bovendien was Hitler alleen in staat om de alleenheerschappij te verkrijgen, nadat hij meer dan honderd communistische en sociaaldemocratische parlementariërs in kampen had laten opsluiten. Doordat zij niet bij de stemming aanwezig waren, kon de noodtoestand uitgeroepen worden, waarmee Hitler de onbepaalde macht verkreeg.⁹

Weinig mensen weten bovendien dat, voordat Hitler aan de macht kwam, het democratisch besluitvormingsproces in de Republiek van Weimar feitelijk al niet meer functioneerde. Vanwege de grote instabiliteit werd in de periode 1930-1932 op basis van noodverordeningen geregeerd door president Von Hindenburg en de kanseliers Brüning en Von Papen. Zij voerden een economisch liberaal beleid gericht op het stabiliseren van de Duitse economie, maar waren allesbehalve politiek liberaal en hadden weinig op met het partijstelsel, pluralistisch debat en democratische besluitvorming. Het Duitse parlement werd zodoende voor Hitlers machtsovername *de facto* buitenspel gezet.

De Duitse constitutionele denker Herman Heller beschreef deze regeringsperiode dan ook als een vorm van ‘autoritair liberalisme’, omdat een autoritaire stijl van leidinggeven werd gecombineerd met een ideologische verdediging van de vrije markt.¹⁰ Ruim voor de machtsovername van Hitler was de democratie dus verworden tot een lege huls, die enkel nog

9 Dit alles is uitgebreid beschreven in Patrick Dassen, *De Weimarrepubliek: Over de kwetsbaarheid van de democratie*, Van Oorschot 2021.

10 Herman Heller, ‘Authoritarian Liberalism?’, vertaald en opnieuw uitgegeven in *European Law Journal*, 21(3), p. 295-301.

verhulde dat er een ontwikkeling naar een autoritaire regeringsvorm plaatsvond. Meer dan een exces aan democratie, lijkt dus juist een gebrek aan feitelijk werkende democratie – gepaard met grote sociale, politieke en economische instabiliteit – de Republiek van Weimar parten te hebben gespeeld.¹¹

Vanuit een dergelijk oogpunt is het idee van de weerbare rechtsstaat dus niet de oplossing, maar eerder onderdeel van het probleem. Op zijn minst verlegt deze denktrant de aandacht van oorzaken naar symptoombestrijding. Dit blijkt ook uit recent empirisch onderzoek over de impact van populistische en illiberale regeringen op de democratische rechtsstaat. Onder politieke wetenschappers bestaat consensus over het feit dat constitutionele hoven en andere onafhankelijke instituties de afbraak van de rechtsstaat door illiberale partijen kunnen *vertragen*, maar niet *voorkomen*. Zij vormen hoogstens een ‘drempel’ die de opmars van een illiberale regering afremt.¹²

In plaats daarvan staat of valt de democratische rechtsstaat bij het vertrouwen van burgers in democratische instituties en het bestaan van ongeschreven democratische spelregels waaraan politieke elites zich conformeren.¹³ Vanuit eenzelfde oogpunt pleit hoogleraar Van Dijn nadrukkelijk voor een herwaardering van de vrijheid *tot* politiek: zonder besef van collectieve verantwoordelijkheid voor het geheel – een burgerlijk ethos – kan de democratische rechtsstaat niet bestaan.

De huidige discussie over de rechtsstaat laat zien dat veel vanzelfsprekendheden uit het verleden opnieuw ter discussie staan. Voor een deel is dat ook goed: de naoorlogse politieke orde en

11 Voor deze lezing zie Mike Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, OUP 2021.

12 Bojan Bagaric, ‘Can Law Protect Democracy? Legal Institutions as “Speed Bumps”’, *Hague Journal on the Rule of Law* (11), p. 447-450.

13 *Ibid.*

met name het economische model waarop deze orde is gebouwd lopen steeds meer tegen hun grenzen aan zoals de klimaatcrisis, de toenemende economische ongelijkheid en de energiecrisis illustreren. Er bestaat een noodzaak tot grote veranderingen en het is niet verwonderlijk dat daardoor sprake is van maatschappelijke polarisatie.

De reflex-reactie om in veranderende omstandigheden terug te grijpen op beproefde recepten uit het verleden is begrijpelijk, maar misplaatst. Het conceptuele kader van de – al dan niet weerbare – rechtsstaat biedt geen oplossing voor de toenemende polarisatie en fragmentatie van het politieke bestel. Van rechters wordt steeds vaker gevraagd een oordeel te vellen over gevoelige politieke en maatschappelijke vraagstukken. Daarbij worden maatschappelijke vraagstukken uitgevochten in de taal van het recht en worden individuele rechten tegenover collectieve besluitvorming geplaatst. Hierin ligt juist een gevaar besloten, omdat controversiële morele en politieke keuzes in juridisch beton gegoten worden en daardoor weerstand ontstaat tegen het staatsbestel als geheel.¹⁴

In plaats van de nadruk te leggen op een institutioneel-normatieve verdediging van de rechtsstaat, ligt er juist een taak om de sociaaleconomische en politieke inbedding van rechtsstatelijke structuren te begrijpen en te verstevigen. Het recht kan immers niet zelf de voorwaarden creëren op basis waarvan een rechtsstaat functioneert. De rechtsfilosoof Martin Krygier verwoordde dat mooi: *‘the life of the law [...] lies outside official*

14 Martin Loughlin, ‘The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy’, *Oxford Journal of Legal Studies*, 39(2), p. 435-454.

*institutions as much as, arguable more than, it does within them.*¹⁵

Daarmee is het juist de nadruk op weerbaarheid die de rechtsstaat weerloos maakt.

15 Martin Krygier, “The Rule of Law and “the Three Integrations””, *Hague Journal on the Rule of Law*, 1, 24.

ALS RECHTERS FALEN: EEN BEVOLKINGSGROEP OPGESLOTEN IN KAMPEN

*Sjoerd Bakker*¹

1. INLEIDING

Wordt alles vloeibaar onder druk? In dit essay illustreer ik de kwetsbaarheid van rechtsstatelijke principes aan de hand van de zaak *Korematsu v. United States* (1944).² Deze zaak is een zwarte bladzijde in de rechtspraakgeschiedenis van de Verenigde Staten. Het Hooggerechtshof (hierna: het Hof) oordeelde dat het grondwettig was om een bevolkingsgroep in kampen op te sluiten. Het oordeel van het Hof is sterk bekritiseerd omwille van het racistische karakter van de maatregelen en er is hedendaags weinig discussie over de onjuistheid en onrechtvaardigheid van dit oordeel.³

Toch wil ik de redenering van het Amerikaanse Hof volgen om te onderzoeken of er een gevaar bestaat dat Nederlandse rechters onder hoge druk een vergelijkbare beslissing zouden nemen. Als dit het geval zou zijn, dan stelt dit de vraag wat we nog hebben aan rechtsstatelijke principes, die toen immers ook in de Verenigde Staten golden. Ik behandel deze vraag door de overwegingen van het Hof te analyseren en te onderzoeken of en

1 Sjoerd Bakker is promovendus bij de vaksectie Bestuursrecht aan de Radboud Universiteit.

2 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

3 Direct al in de *dissenting opinions*. Frank Murphy schreef dat de uitsluiting van Japanners 'in de lelijke afgrond van het racisme valt'.

in hoeverre de rechtsstaat in staat is om weerstand te bieden aan de druk van een crisis.

2. DE FEITEN, DE CONTEXT EN HET GESCHIL IN DE ZAAK KOREMATSU

Tijdens de Tweede Wereldoorlog bestond er een continue dreiging van spionage en sabotage. Om te voorkomen dat dit plaatsvond, creëerden de President en het Congres een wettelijke grondslag op grond waarvan het militaire gezag vergaande maatregelen kon nemen.

Op basis van deze bevoegdheid werd het bevel gegeven om de westkust van de Verenigde Staten van alle personen met een Japanse afkomst te vrijwaren en hen in kampen onder te brengen. Dit betrof ook de, in Californië geboren en getogen, 23-jarige Fred Korematsu. Hij weigerde het bevel op te volgen om zijn woonplaats te verlaten. Hierop startte een echts-zaak die uiteindelijk liep tot het Hof.

Korematsu beriep zich op het vijfde amendement van de constitutie. Hij betoogde dat de gecreëerde wettelijke grondslag inbreuk maakte op zijn recht op vrijheid, dat er geen sprake was van een behoorlijke rechtsgang en dat de bevoegdheid voor het militaire bevel ontbrak.

3. HET OORDEEL IN DE ZAAK KOREMATSU: MAJORITY OPINION

Het Hof ging niet mee in het betoog van Korematsu. De *majority opinion* begint met de opmerking dat een zo streng mogelijke toets wordt opgelegd aan regelgeving die rechten van één raciale groep beperkt. Een dergelijke beperking van rechten moet echter niet categorisch worden afgewezen en is volgens het Hof ook

niet automatisch in strijd met de constitutie. In het oordeel werd afgegaan op informatie vanuit het militaire gezag, namelijk dat een aanzienlijk deel van de groep Japanners niet-loyaal was en dat het onmogelijk was om een scheiding binnen de Japanse gemeenschap aan te brengen. Hierdoor was een algehele maatregel nodig en kon niet op individuele basis worden opgetreden.

Het Hof komt in zijn belangenafweging tot de conclusie dat het beschermen van het land in oorlog zwaarder weegt dan het individuele recht op vrijheid. Wel geeft het Hof aan te beseffen dat het daarmee een last op de benadeelde groep legt, maar laat deze last niet zwaarder wegen dan de kans op een potentiële catastrofe tijdens de oorlog.⁴ Het Hof overweegt dat in een alledaagse situatie – waarin een burger vanwege raciale vooroordelen in een concentratiekamp wordt opgesloten – er evident een ander oordeel zou zijn gegeven. Korematsu werd juist niet vanwege vijandigheid jegens hem of zijn ras uitgesloten van een gebied, maar vanwege de oorlog met het Japanse rijk. De omstandigheden – tijdsdruk en een dreigende invasie – rechtvaardigen volgens het Hof een dergelijke beslissing.⁵ Het Hof schrijft:

“There was evidence of disloyalty on the part of some, the military authorities considered that the need for action was great, and time was short. We cannot – by availing ourselves of the calm perspective of hindsight – now say that, at that time, these actions were unjustified.”⁶

4 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 219-220 (1944).

5 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 223 (1944).

6 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 223-224 (1944).

4. HOE KUNNEN DE RECHTERS TOT ZO'N OORDEEL ZIJN GEKOMEN?

Het is gemakkelijk om het oordeel van de rechters in de zaak *Korematsu* af te keuren. Een individu binnen een democratische rechtsstaat behoort immers niet op grond van zijn afkomst te worden opgesloten in een kamp. Dit is een uitgangspunt dat in iedere goed functionerende rechtsstaat vanzelfsprekend wordt geacht. Het Hof heeft door een discriminatoire maatregel in stand te houden, bijgedragen aan een onrechtvaardige situatie. Een betoog over de onjuistheid van het oordeel zal dan ook van weinig toegevoegde waarde zijn. Het is in mijn ogen zinvoller om in de schoenen van de rechters te gaan staan en begrip voor het oordeel te zoeken. Het oordeel van het Hof was – in het licht van de democratische rechtsbeginselen – weliswaar onrechtvaardig, maar kan het zo zijn dat de rechters er toch goed aan hebben gedaan om het bevel in stand te houden? In hoeverre zijn democratische rechtsbeginselen nog doorslaggevend als het handhaven ervan de kans geeft dat een oorlog verloren zal worden? Wat heb je nog aan democratische rechtsbeginselen als het land ten onder gaat? Het vereist een sterke (principiële) rug om weerstand te bieden aan militairen die betogen dat het onconstitutioneel verklaren van een bevel een oorlogsnederlaag kan veroorzaken.

In kritische reacties op het oordeel wordt betoogd dat de zaak *Korematsu* een patroon laat zien. De constitutie wordt opzijgezet met een drastische maatregel, terwijl achteraf uit feitenonderzoek blijkt dat de staat niet veiliger is geworden door

die drastische maatregel. Er zou dan sprake zijn geweest van een ongegronde dreiging, wat de maatregel ook ongegrond maakt.⁷

Ik wil twee argumenten tegen deze benadering inbrengen. Allereerst kan een dreiging achteraf gezien ongegrond blijken en kan het toch noodzakelijk zijn geweest om op basis van die dreiging te handelen. Zeker in oorlogstijd zijn er situaties denkbaar waarin besluiten worden genomen op basis van vermoedens, terwijl achteraf blijkt dat de vermoedens ongegrond waren. Een voorbeeld is het gevaar van een bombardement. Als dit achteraf niet doorgaat – of als blijkt dat er geen plannen waren voor een bombardement – is men toch blij in schuilkelders te hebben plaatsgenomen. Dit maakt het moeilijk voor een rechter om te oordelen over besluiten die zijn genomen op grond van *potentieel* gevaar. Volgens mij moet de rechter dan ook niet oordelen over de juistheid van de inschatting, maar over de proportionaliteit tussen het potentiële gevaar en de genomen maatregel. Het potentiële gevaar van een bombardement is voldoende om preventief in een schuilkelder plaats te nemen.

Dit brengt mij tot mijn tweede argument. Hoewel het opsluiten van een gehele bevolkingsgroep op basis van een potentieel gevaar een zeer vergaande maatregel is, moet mijn inziens toch de discussie kunnen worden gevoerd over wanneer dit wél een gegronde maatregel is. Auteurs die een dergelijke maatregel categorisch afkeuren, gaan wat mij betreft voorbij aan de realiteit van een (dreigende) oorlog. Bovendien is het een interessant gedachte-experiment om uit te voeren. Bijvoorbeeld: de Amerikaanse inlichtingendiensten hebben informatie dat 80% van de

7 E. Chemerinsky, 'Korematsu v. United States: A Tragedy Hopefully Never to Be Repeated', *Pepperdine Law Review*, p. 163. Dit liet zich bijvoorbeeld zien in jurisprudentie bij etnisch profileren vlak na 9/11: E. Lin, 'Korematsu Continued ...', *The Yale Law Journal*, vol. 112, no. 7.

Japanse gemeenschap bereid is om te spioneren en/of te saboteren. Heeft de regering dan nog steeds de plicht om iedere persoon te behandelen op grond van individuele verdenkingen? Laten we het scenario extremer maken. Wat als uit inlichtingen blijkt dat er sprake is van 90% of 98% van een specifieke gemeenschap dat bereid is een oorlog te bemoeilijken? Ik wil suggereren dat er situaties denkbaar zijn waarin het nemen van een niet-geïndividualiseerde maatregel gerechtvaardigd zou *kunnen* zijn. Het lijkt mij naïef om uit te gaan van het tegenovergestelde. Daarbij besef ik dat met het erkennen van deze mogelijkheid een hellend vlak wordt betreden. Waar trekken we de grens voor het uitvoeren van een niet-geïndividualiseerde maatregel en wie geven we de bevoegdheid om hierover te oordelen? Zijn niet juist de basisbeginselen van de democratische rechtsstaat in het leven geroepen om dit hellend vlak te voorkomen?

Dit is geen gemakkelijke discussie om te beslechten. Het is dan ook geruststellend om te constateren dat een wereldoorlog niet meer aan de orde is geweest. Toch is dit geen reden om de discussie af te doen als dystopisch, denk aan de voortdurende oorlog in Oekraïne. De kans om in een soortgelijke situatie te belanden is nooit uitgesloten. Het is gemakkelijk om nu, vanuit ons comfort, afwijzend te oordelen over deze rechters. Toch kan ik niet uitsluiten dat ik in een dergelijk geval hetzelfde zou hebben geoordeeld. Dat is niet om het goed te praten, maar om een discussie te openen. Uit dit voorbeeld blijkt dat veel vloeibaar wordt onder druk. Maar wat hebben we dan nog aan rechtsstatelijke principes? Ik heb het antwoord niet. Wat ik wel weet, is dat het goed is om deze discussie te voeren, omdat het vermijden van deze vraag ervoor zorgt dat die alleen wordt beantwoord als de nood aan de man is. En dat lijkt me nu juist zo onverstandig.

Barrett 2005

J. Q. Barrett, 'Judgments judged and wrongs remembered: examining the Japanese American civil liberties cases on their sixtieth anniversary: a commander's power, a civilian's reason: justice Jackson's Korematsu dissent', *Law and Contemporary Problems* 68, p. 57.

Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians 1982

Personal justice denied: Report of the Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians, Washington: December 1982, p. 258.

Chemerinsky 2011

E. Chemerinsky, 'Korematsu v. United States: A Tragedy Hopefully Never to Be Repeated', *Pepperdine Law Review*, p. 163.

Lin 2003

E. Lin, 'Korematsu Continued ...', *The Yale Law Journal*, vol. 112, no. 7.

Pollack 1973

L.H. Pollack, 'Securing Liberty through Litigation – The Proper Role of the United States Supreme Court', *Modern Law Review* 36, no. 2, p. 113-128.

Rondon 2014

Y.C. Rondon, 'Is Korematsu Really Dead?', *Human Rights* 41, no. 1, p. 23-24.

The New York Times 1983

'Court overturns a war conviction', *The New York Times* 11 november 1983, geraadpleegd op: www.nytimes.com/1983/11/11/us/court-overturns-a-war-conviction.html.

Yamato, Berti & Tokioka 2017

E.K. Yamamoto, M.A.V. Berti & J. Tokioka, 'Loaded Weapon Revisited: The Trump Era Import of Justice Jackson's Warning in *Korematsu*', *Asian American Law Journal* 24, p. 5-48.

Geraadpleegde jurisprudentie

Korematsu v. United States, 323 U.S. (1944).

BESCHERMEN, BETREKKEN EN BINDEN: HOE HET VERTROUWEN IN DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT TE BEHOUDEN IN TIJDEN VAN MAATSCHAPPELIJKE POLARISATIE

*Lars Brummel*¹

Polarisatie is tegenwoordig een ‘buzzword’ in het publieke debat. Stikstof, corona en klimaat: wie het nieuws volgt, krijgt al snel het idee dat Nederland polariseert. In de afgelopen jaren verschenen meerdere rapporten over maatschappelijke scheidslijnen: tussen theoretisch en praktisch geschoold, tussen de stad en het platteland, of tussen ‘aangehaakt’ en ‘afgehaakt’ Nederland.² Volgens recent onderzoek van het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) is driekwart van de Nederlanders bezorgd over toenemende polarisatie in de maatschappij.³ Binnen politiek en overheid nemen de zorgen toe over de gevolgen van polarisatie voor het vertrouwen in de democratische rechtsstaat.

Groeit de maatschappelijke polarisatie en is dit ook gevaarlijk voor de democratische rechtsstaat? Op welke manier kan de democratische rechtsstaat het vertrouwen van burgers behouden ten tijde van maatschappelijke polarisatie? Voor het behoud

1 Lars Brummel is verbonden als postdoctoraal onderzoeker aan het Instituut Bestuurskunde van de Universiteit Leiden. Van 2018 tot 2022 werkte hij als promovendus aan de Universiteit Utrecht.

2 Zie bijvoorbeeld J. de Voogd & R. Cuperus 2021, ‘Atlas van Afgehaakt Nederland: Over buitenstaanders en gevestigden’, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

3 Sociaal en Cultureel Planbureau 2022, ‘Burgerperspectieven – bericht 2 2022’.

van vertrouwen in de rechtsstaat zijn drie oplossingsrichtingen van groot belang. De democratische rechtsstaat moet burgers *beschermen, betrekken én binden* om zo weerbaar te kunnen blijven, ook als de maatschappelijke polarisatie verder toeneemt.

1. POLARISATIE IN DE POLDER

Maar allereerst, is er daadwerkelijk sprake van meer polarisatie in Nederland? Polarisatie is niet nieuw, maar van alledag – in de jaren zeventig van de vorige eeuw was het publieke debat in Nederland ook verhit.⁴ Het Nationaal Kiezersonderzoek uit 2021 suggereert echter dat de opvattingen van kiezers over thema's zoals klimaatverandering en migratie sterker uit elkaar zijn gegroeid sinds het begin van deze eeuw (*ideologische polarisatie*). Naast deze ideologische component heeft polarisatie een affectieve component. Dit betekent dat burgers niet alleen onderling van mening verschillen, maar ook vijandige en negatieve gevoelens koesteren tegenover burgers met een andere mening. In de afgelopen jaren is er een stijging te zien in de *affectieve polarisatie* rond belangrijke beleidsthema's.⁵

Polarisatie hoeft niet per se schadelijk te zijn voor de democratie. Een gezonde dosis polarisatie kan essentieel zijn voor een scherp debat, zoals dat binnen de rechtsstaat gevoerd mag worden. Polarisatie legt politieke verschillen bloot en kan burgers stimuleren om politiek actief te worden. Het wordt echter problematisch wanneer polarisatie te ver gaat en zorgt voor toenemende afkeer van burgers tegenover andersdenkenden.

⁴ *Ibid.*

⁵ E. Hartevelt & R. Rekker 2021, 'Polarisatie in Nederland', in: T. Sipma, M. Lubbers, T. van der Meer, N. Spierings, & K. Jacobs (Eds.), *Versplinterde vertegenwoordiging. Nationaal Kiezersonderzoek 2021* (p. 113-124), Nijmegen: Stichting Kiezersonderzoek Nederland (SKON).

Wanneer de wereldbeelden van burgers botsen en burgers lijnrecht tegenover elkaar komen te staan, wordt het lastiger voor de democratische rechtsstaat om aan de verwachtingen van deze verschillende groepen in de samenleving te voldoen. Dit kan ertoe leiden dat sommige groepen burgers zich afwenden van de democratie. Uit Amerikaans onderzoek blijkt dat toenemende polarisatie gepaard gaat met afnemende steun voor democratische en rechtsstatelijke principes.⁶ Verder zijn gepolariseerde kiezers vaker bereid om het verheerlijken van geweld door politici te accepteren.⁷ Hoewel de polarisatie in Nederland niet het kookpunt bereikt heeft, is een belangrijke vraag hoe onze democratische rechtsstaat zijn legitimiteit kan behouden als polarisatie verder toeneemt.

2. NAAR MEER VERTROUWEN IN DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT

Voor het behoud van vertrouwen in de democratische rechtsstaat zijn drie oplossingsrichtingen cruciaal. Allereerst is het belangrijk dat de rechtsstaat burgers daadwerkelijk kan *beschermen*. Door recente schandalen, zoals de toeslagenaffaire en de Groningse aardbevingenschade, is er discussie ontstaan of burgers altijd voldoende beschermd worden tegen onrechtmatig overheidshandelen. Voor het vertrouwen in de rechtsstaat is het juist essentieel dat burgers ervaren dat de overheid betrouwbaar

6 J. Kingzette, J.N. Druckman, S. Klar, Y. Krupnikov M. Levendusky & J.B. Ryan 2021, 'How affective polarization undermines support for democratic norms', *Public Opinion Quarterly*, 85(2), p. 663-677.

7 I.A.L. Saikkonen & H.S. Christensen 2022, 'Guardians of Democracy or Passive Bystanders? A Conjoint Experiment on Elite Transgressions of Democratic Norms', *Political Research Quarterly*, 10659129211073592.

handelt en zich eerlijk en onpartijdig opstelt.⁸ Deze procedurele rechtvaardigheid van overheidsoptreden heeft zelfs een groter effect op het politieke vertrouwen van burgers dan bijvoorbeeld de beleidsprestaties van de overheid. Daarnaast leidt procedurele rechtvaardigheid ertoe dat burgers beslissingen binnen de democratische rechtsstaat eerder zullen accepteren, zelfs als een besluit indruist tegen hun eigen belangen of voorkeuren.⁹ De Ombudsman en de gerechtelijke instanties, maar ook de responsiviteit en betrouwbaarheid van uitvoeringsorganisaties, vormen daarom belangrijke fundamenteën om het draagvlak voor de rechtsstaat ten tijde van maatschappelijke polarisatie te behouden.

Daarnaast moet de democratische rechtsstaat burgers *betrekken*. Wanneer het vertrouwen in de politiek onder druk staat, bieden participatie en alternatieve vormen van democratie een uitkomst om burgers meer gehoord te laten worden in de besluitvorming. Referenda, burgerberaden en burgerbegrotingen kunnen maatschappelijke ontevredenheid kanaliseren. Zij bieden burgers een noodrem zodra zij het gevoel hebben dat het in de politieke besluitvorming de verkeerde kant opgaat.¹⁰ Als directe democratie gepaard gaat met een goede maatschappelijke dialoog, kan dit ook polarisatie tegengaan. Burgerparticipatie is echter geen Gallische toverdrank, maar een weerbarstige praktijk. Niet iedereen heeft bijvoorbeeld tijd of interesse voor participatie, waardoor participatie-initiatieven vaak beperkt

8 L. de Blok & L. Brummel 2022, *Gefundeerd politiek vertrouwen? Onderzoek naar de relatie tussen overheidsprestaties en het vertrouwen in politieke instituties*, Utrecht: USBO/Universiteit Utrecht.

9 Zie bijvoorbeeld T.R. Tyler 2006, 'Psychological perspectives on legitimacy and legitimation', *Annual Review of Psychology*, 57, p. 375-400.

10 F. Hendriks, K. van der Krieken & C. Wagenaar 2017, 'Democratische zegen of vloek?: aantekeningen bij het referendum', Amsterdam: Amsterdam University Press.

blijven tot witte en hoogopgeleide ‘usual suspects’.¹¹ Burgerparticipatie kan ook het vertrouwen schaden als overheidsinstanties niet bereid zijn om de uitkomsten van een burgerraadpleging op te volgen.¹² Bovendien laten internationale referendumpraktijken zien dat ook referenda niet altijd zaligmakend zijn, maar polarisatie soms in de hand kunnen werken.¹³ In een gepolariseerde samenleving is het de vraag of burgers in staat zijn om een nederlaag in een referendum of burgerberaad te accepteren.¹⁴ Desondanks moeten we het kind niet met het badwater weggooien, want democratische experimenten kunnen nuttig zijn om het vertrouwen in de democratische rechtsstaat te behouden en om maatschappelijke polarisatie te remmen.

Daarbij is het belangrijk dat de democratische rechtsstaat burgers ook kan *binden*. Dit vraagt om continue aandacht voor democratische en rechtsstatelijke principes. Burgerschapsonderwijs kan hier bijvoorbeeld een belangrijke rol spelen, maar het betekent ook dat politieke partijen en maatschappelijke organisaties de waarde van de democratische rechtsstaat voortdurend moeten uitdragen. Als politici rechtsstatelijke beginselen ter discussie stellen voor eigen gewin, ondergraaft dit de steun van hun

-
- 11 O. a. A. Michels & L. de Graaf 2010, ‘Examining citizen participation: Local participatory policy making and democracy’, *Local Government Studies*, 36(4), p. 477-491.
 - 12 L. van Dijk & J. Lefevere 2023, ‘Can the use of minipublics backfire? Examining how policy adoption shapes the effect of minipublics on political support among the general public’, *European Journal of Political Research*, 62(1), p. 135-155.
 - 13 F. Hendriks, K. van der Krieken & C. Wagenaar 2017, ‘Democratische zegen of vloek?: aantekeningen bij het referendum’, Amsterdam: Amsterdam University Press.
 - 14 L. Brummel 2020, ‘You Can’t Always Get What You Want: The effects of winning and losing in a referendum on citizens’ referendum support’, *Electoral Studies*, 65, 102155.

kiezers voor de democratische rechtsstaat.¹⁵ Gelijktijdig moet het openbaar bestuur bereid zijn om zich daadwerkelijk open te stellen en te luisteren naar burgers die binnen onze democratie zijn afgehaakt. Het is te gemakkelijk om hun zorgen uitsluitend af te doen als ‘populistisch’. Politiek wantrouwen hoeft de democratie geen schade te berokkenen, maar is een thermometer voor de mate waarin burgers de huidige politici zien als betrouwbaar en eerlijk.¹⁶ Voor de stabiliteit van de democratische rechtsorde, is het zaak dat zij alle burgers kan binden aan haar grondbeginselen, maar bovendien dat haar principes op steun kunnen blijven rekenen van groepen burgers die het meest kritisch zijn tegenover de politieke actoren die onderdeel uitmaken van de rechtsorde.

Kortom, maatschappelijke polarisatie vormt een uitdaging voor de democratische rechtsstaat. In Nederland heeft de democratie veel steun,¹⁷ maar we moeten niet op onze lauweren rusten. Ideologische en affectieve polarisatie kan op den duur leiden tot afnemende steun voor de grondslagen van de democratische rechtsorde. Om vertrouwen van burgers te behouden, is een combinatie van beschermen, betrekken en binden essentieel. Als burgers het gevoel hebben dat de democratische rechtsstaat hen niet beschermt en betreft, zullen ze weinig binding ervaren. Tegelijkertijd is onder burgers een gevoel van verbondenheid met de rechtsstaat nodig om zich beschermd te voelen en betrokken te raken. Het beschermen en betrekken van burgers

15 I.A.L. Saikkonen & H.S. Christensen 2022, ‘Guardians of Democracy or Passive Bystanders? A Conjoint Experiment on Elite Transgressions of Democratic Norms’, *Political Research Quarterly*, 10659129211073592.

16 L. de Blok & L. Brummel 2022, *Gefundeerd politiek vertrouwen? Onderzoek naar de relatie tussen overheidsprestaties en het vertrouwen in politieke instituties*, Utrecht: USBO/Universiteit Utrecht.

17 *Ibid.*

moet met elkaar in balans zijn, omdat meer betrokkenheid van mondige en actieve burgers niet mag leiden tot minder bescherming voor andere burgers. Een democratische rechtsstaat die beschermt, betreft én bindt, heeft uiteindelijk de meeste kans om maatschappelijk vertrouwen te behouden, ook in een tijd van polarisatie.

DE WETGEVINGSWALS: HOE WIJZIGINGEN IN REGELGEVING DE RECHTSSTAAT KUNNEN SCHADEN

*Job Buiting*¹

1. INLEIDING

De Nederlandse wetgeving is op tal van terreinen complex en onoverzichtelijk. Dit maakt mede dat de trias politica hier onvoldoende zicht op heeft. De rechter betreft daarnaast enkel wetgeving in haar uitspraken in zoverre dit relevant is voor het betreffende geschil, en de uitvoerende macht voert wetgeving vaak slechts mechanisch uit. In dit essay wordt in zevenmijslaarzen toegelicht dat ook de wetgevende macht, bestaande uit de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk, te weinig overzicht heeft over wetgeving en dat dit de rechtsstaat kan schaden (par. 2). De wetgever richt zich namelijk voornamelijk op het op punten aanvullen of wijzigen van bestaande wetgeving. De daarbij gehanteerde wetgevingstechniek maakt het voor de Tweede en Eerste Kamer, maar ook voor de burger, evenwel onvoldoende duidelijk welke gevolgen deze wijzigingen hebben en hoe deze wijzigingen passen in het geheel van geldende regels (par. 3). Ook het wetgevingskwaliteitsbeleid is niet genoeg gericht op het integraal verbeteren van bestaande wetgeving

1 Job Buiting is als wetgevingsjurist werkzaam bij het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Hij schrijft een proefschrift over de autonomie van de leraar bij het nemen van examenbeslissingen. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

(par. 4). Dit alles kan niet-naleving, onnodige of onbedoelde stapeling van regels tot gevolg hebben; zoals bleek bij de kinderopvangtoeslagaffaire kan de hierdoor ontstane wetgevingswals voor burgers grote gevolgen hebben.

2. DE RECHTSSTAAT VERDWIJNT BUITEN BEELD

Het lijkt op het eerste oog een vreemde stelling dat de wetgevende macht onvoldoende zicht heeft op de door haarzelf tot stand gebrachte wetgeving. Dit is echter toch het geval. Met de opkomst van de verzorgingsstaat vanaf de tweede helft van de vorige eeuw zijn er op vrijwel alle maatschappelijk relevante terreinen omvangrijke, ingewikkelde en logge wetgevingscomplexen geschapen. In dit essay wordt dit toegelicht met een aantal voorbeelden uit het onderwijs. Het onderwijs is (grotendeels) gevat in vijf verschillende wetten met elk honderden wetsartikelen en tal van lagere regelgeving.²

In de praktijk wordt er vaak voor gekozen om wetgeving niet integraal te herzien (een zeer intensieve, kostbare en tijdrovende klus), maar slechts op punten te wijzigen. Aan het vervangen van de vijftig jaar oude Wet op het voortgezet onderwijs werd bijvoorbeeld bijna tien jaar gewerkt.³ De nieuwe wet bevatte evenwel geen inhoudelijke wijzigingen, maar was gericht op het verbeteren van de consistentie, toegankelijkheid en bruikbaarheid van de voormalige wet.⁴ Er kunnen goede redenen zijn voor het verkiezen van het op bepaalde punten wijzigen of aanvullen van het bestaande wetgevingscomplex in plaats van integrale

2 Wet op het primair onderwijs, Wet op het voortgezet onderwijs 2020, Wet educatie en beroepsonderwijs, Wet op de expertisecentra en de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

3 *Stb.* 2020, 379.

4 *Kamerstukken II* 2019/20, 35297, nr. 3, p. 1.

herziening van wetgeving, bijvoorbeeld omdat uit onderzoeken, signalen of incidenten blijkt dat de betreffende wetgeving wel als geheel, maar niet op bepaalde specifieke punten functioneert. Ook is het enkel op punten wijzigen van wetgeving begrijpelijk vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, de burger zit er immers niet op te wachten dat de spelregels elke paar jaar wijzigen.

Werken met wijzigingswetten is dan ook de praktijk geworden. Op het terrein van onderwijs, cultuur en wetenschap haalden bijvoorbeeld van 2018 tot en met 2022 64 wetten in formele zin het Staatsblad, waarvan 62 wetten die louter op bepaalde punten bestaande wetten wijzigden.⁵ De Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, die in 1994 in werking is getreden, is zelfs al bijna 250 keer gewijzigd.⁶ De discussie(s) tussen de regering en de Tweede en Eerste Kamer over de geldende regels in het hoger onderwijs zijn in belangrijke mate gevoerd door de lens van deze wijzigingen. De wijzigingen in de wet zijn namelijk hetgeen waarover uiteindelijk in beide Kamers gestemd kan worden. De rest van de wet blijft in die discussie vaak grotendeels of zelfs geheel buiten beschouwing. In de praktijk kunnen delen van wetgeving hierdoor tientallen jaren voortbestaan zonder dat er aandacht voor is of zij nog steeds relevant of bij de tijd zijn. Zo bleek in het hoger onderwijs dat de hoofdregel dat het onderwijs in beginsel in het Nederlands wordt

5 In dit onderzoek is gekeken naar de Staatsbladen die zijn gepubliceerd vanaf 2018 tot en met 2022 onder de vlag van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. In de telling zijn begrotingswetten niet meegenomen. De twee nieuwe wetten die in de genoemde periode tot stand zijn gekomen, zijn de Wet op het voortgezet onderwijs 2020 (*Stb.* 2020, 391) en de Wet register onderwijsdeelnemers (*Stb.* 2020, 391).

6 *Stb.* 1992, 593. Zie voor een compleet overzicht van de wijzigingen van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005682/2023-01-01/0/informatie#tab-wijzigingenoverzicht> (geraadpleegd op 15 maart 2023).

gegeven al jaren niet (meer) wordt nageleefd of gehandhaafd.⁷ Dit kwam pas aan de orde toen het gros van de opleidingen al in het Engels werd gegeven. Over de wenselijkheid hiervan valt te twisten, maar vaststaat dat de regering en het parlement – de formele wetgever – niet bij deze wezenlijke verandering betrokken zijn geweest. De geldende regel was simpelweg in de loop der tijd door eenieder vergeten, de wetgeving waarin deze regel was gevat walste ondertussen evenwel door.

Het ontbreken van een brede blik op het bestaande wetgevingscomplex kan dan ook tot gevolg hebben dat specifieke regels door burgers, ondernemingen of overheden niet meer nageleefd worden terwijl dit wel zou moeten. Bij de kinderopvangtoeslagenaffaire bleek daarnaast dat het ontbreken van een duidelijk beeld van het geheel aan geldende wetgeving kan leiden tot een onbedoelde stapeling van regels over onder meer fraude, met groot onrecht tot gevolg. Ten slotte kan het in stilte laten voortbestaan van wetgeving ertoe leiden dat regels worden nageleefd die niet meer relevant zijn. Een transparante en rechtvaardige rechtsstaat vereist dan ook constante aandacht voor de kwaliteit en relevantie van onze wetgeving.

3. DE KUNST VAN HET WIJZIGEN

Dat een brede blik op de bestaande wetgeving lijkt te ontbreken, kan mede komen door de vormgeving van onze wetten; zij

7 Zie artikel 7.2 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek. Zie hierover onder meer *Kamerstukken II 2022/23*, 31288, nr. 1008 (Motie van het lid Omtzigt c.s. over het ontwikkelen en handhaven van heldere normen voor de onderwijstaal Nederlands) en A. de Groot e.a., ‘Door handhaven van taalwet kan Dijkgraaf twee problemen oplossen’, *Scienceguide* 18 februari 2023, raadpleegbaar via: www.scienceguide.nl/2023/02/door-handhaven-van-taalwet-kan-dijkgraaf-twee-problemen-oplossen/ (geraadpleegd op 28 februari 2023).

moeten namelijk *beknopt* worden geformuleerd.⁸ Beknoptheid wordt in het bijzonder bij wijzigingswetten tot een kunst verheven. Een wijziging van een wet wordt geformuleerd als ware het een instructie voor een achttiende-eeuwse drukpers letterzetter. Enkel de woorden of de zinsdelen die worden gewijzigd of vervangen en hun positie in de wet worden benoemd. Dit kan op het eerste oog voor de leek onbegrijpelijke wetwijzigingen tot gevolg hebben, terwijl de gevolgen van deze wijzigingen groot kunnen zijn. Bijvoorbeeld:

‘B

Artikel 1.4.1, eerste lid, wordt als volgt gewijzigd:

1. In onderdeel b wordt “met uitzondering van de artikelen 7.1.1” vervangen door “met uitzondering van de artikelen 7.1.1, 7.1.5”.

2. Onderdeel c komt te luiden:

c. de commissie van beroep voor de examens, bedoeld in artikel 7.5.3,.

3. Onderdeel d vervalt.⁹

Hoewel dit op het eerste oog niet te zien is, worden met de hiervoor aangehaalde wijziging studenten van niet-bekostigde onderwijsinstellingen uitgesloten van bepaalde rechtsbeschermingsmogelijkheden. De huidige wetgevingstechniek draagt dan ook bij aan het in nevelen hullen van regels die niet gewijzigd worden. Hierdoor is het voor bijvoorbeeld de Tweede en

⁸ Aanwijzing 3.1 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁹ *Stb.* 2022, 134.

Eerste Kamer, maar ook voor de burgers op wie deze regels van toepassing zullen zijn, moeilijk in te schatten welke gevolgen een wetswijziging precies zal hebben binnen het geheel aan geldende regels. Ook de memorie van toelichting biedt geen soelaas, die richt zich namelijk tevens voornamelijk op het beschrijven van de wijziging in kwestie en niet op het stelsel als geheel. De wetgevingstechniek kan evenwel transparanter gemaakt worden; bijvoorbeeld door bij elke wijzigingswet een integrale wetstekst te verstrekken, zodat de beoogde wijzigingen zichtbaar worden in het grotere geheel van de wet.¹⁰

4. KWALITEIT VAN DE WIJZIGINGEN

Uit het voorgaande volgt de stelling dat de bestaande wetgeving, en de wijzigingen die hierin worden aangebracht, te complex zijn om eenvoudig te overzien. Het kabinet heeft zich de afgelopen jaren evenwel ingespannen om de kwaliteit van wetgeving op meerdere vlakken te verbeteren. Zo zijn er meer dan twintig verplichte kwaliteitseisen geïntroduceerd, zoals de *data protection impact assessment*, doenvermogenstoets, toets op effecten op gendergelijkheid en het Handboek meting regeldrukkosten.¹¹ Daarnaast dient sinds 2011 nieuwe regelgeving in beginsel ter internetconsultatie aangeboden te worden, zodat het commentaar van belanghebbenden hierin verwerkt kan worden. Tevens zijn er onafhankelijke organen die de wetgever van advies

10 Dat dit mogelijk is blijkt onder meer uit de geconsolideerde wettekst van de Wet taal en toegankelijkheid die aan de Eerste Kamer is aangeboden (zie bijlage bij *Kamerstukken I 2019/20*, 35292, B). De Eerste Kamer heeft tevens recent een motie aangenomen die oproept om geconsolideerde teksten te gaan gebruiken (*Kamerstukken I 2021/22*, 35788, I).

11 Zie over de verplichte kwaliteitseisen voor wetgeving uitgebreider: www.kcbr.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/beleidskompas/achtergrond-beleidskompas/verplichte-kwaliteitseisen (geraadpleegd op 28 maart 2023).

dienen, zoals de Autoriteit Persoonsgegevens, het Adviescollege toetsing regeldruk en de Afdeling Advisering van de Raad van State. Deze eisen, consultaties en adviezen hebben echter met elkaar gemeen dat zij alle gericht zijn op een specifiek concept-wijzigingswetsvoorstel. Zij kunnen zich dan ook niet uitstrekken tot het gehele wetgevingscomplex en worden dan ook in beginsel beperkt door het onderwerp waarin de betreffende minister een wijziging wil aanbrenge. Bestaande wetgeving wordt dus niet opnieuw getoetst, ook hoeft dit niet opnieuw als geheel ter consultatie of advies te worden voorgelegd.¹² Delen van wetgeving die niet worden gewijzigd, kunnen dan ook in de luwte blijven voortbestaan, ongeacht of ze nog relevant zijn of functioneren.

5. CONCLUSIE

Uit het voorgaande blijkt dat de Nederlandse wetgeving te omvangrijk is geworden om regelmatig integraal te herzien. Het wijzigen van bestaande regels is daarom de norm. Bij deze wijzigingen blijft de bestaande, alsmar door walsende wetgeving als geheel buiten beeld. Dit wordt versterkt doordat de wetgevingstechniek ondoorzichtig is en het wetgevingskwaliteitsbeleid voornamelijk is gericht op de wijzigingswet. Hierdoor hebben de regering en Staten-Generaal, en de burger, geen zicht op het gehele wetgevingscomplex op een bepaald terrein. Dit

12 Het ontbreken van een mogelijkheid voor burgers om via een website aanbevelingen te doen over bestaande wetgeving valt ook de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) op. Zie hierover M. Bokhorst 'Breder en realistischer doelbereik van internetconsultatie van wetsvoorstellen', *Regelmaat* 2023/1, p. 10 en OESO, OECD 'Regulatory Policy Outlook 2021', voor wat betreft Nederland raadpleegbaar via: www.oecd-ilibrary.org/sites/38b0fdb1en/z1/3/7/26/index.html?itemId=/content/publication/38b0fdb1en&csp_=98126082d8cd9c3becbc075f085ad466&itemIGO=oecd&itemContentType=book (geraadpleegd op 3 mei 2023).

kan rechtsstatelijke ongevallen tot gevolg hebben, zoals niet-naleving, onnodige of onbedoelde stapeling van regels. Het is dan ook van belang dat de wetgevingstechniek wordt aangepast zodat in een oogopslag zichtbaar kan zijn hoe een wijziging past in de gehele wet. Ook moet het wetgevingskwaliteitsbeleid aangepast worden zodat de geldende kwaliteitseisen, consultaties en onafhankelijke adviezen geregeld worden toegepast op het gehele wetgevingscomplex. Alleen zo kan voor en door alle betrokken partijen een transparante en relevante wetgevingswals gedanst worden, hetgeen onmisbaar is voor een sterke rechtsstaat.

BLAFFENDE HONDEN BIJTEN NIET

OVER HET DEMONSTRATIERECHT IN EEN WEERBARE RECHTSSTAAT

Anne van Leeuwen, Tycho Scholten¹

‘Maximaal twee tractoren’, aldus de Haagse burgemeester. Het boerenprotest van 11 maart mocht doorgaan, maar de geplande vijfduizend tractoren moesten worden thuisgelaten, uit vrees voor ‘ernstige verkeersproblemen, wanordelijkheden en gevaar voor de gezondheid’.² Niet alleen het boerenprotest werd die dag aan banden gelegd: de demonstratie van klimaatgroep Extinction Rebellion moest worden verplaatst van de snelweg naar het park. Dit tot grote frustratie van de actiegroep, die ‘[wil] demonstreren op een plek die ontregelend is en die zichtbaar is’.³ De beperkte effectiviteit ervan daargelaten,⁴ leggen deze maatregelen de huidige staat van het Nederlandse demonstratierecht pijnlijk bloot. Demonstreren lijkt populairder dan ooit, maar is niet langer vergelijkbaar met het provo-tijdperk. Want wie tegenwoordig in het openbaar zijn ongenoegen wil

1 Anne van Leeuwen is masterstudent Jurist & Overheid en Strafrecht aan de VU Amsterdam; Tycho Scholten is masterstudent Jurist & Overheid en *Philosophy of Law and Governance* aan de VU Amsterdam.

2 ‘Maximaal twee tractoren toegestaan bij boerenprotest in Den Haag’, nos.nl, 7 maart 2023.

3 ‘Den Haag: Maximaal twee tractoren bij boerenprotest Zuiderpark, XR-blokkade A12 verboden’, ad.nl, 7 maart 2023.

4 Wat betreft het boerenprotest, zie: ‘Protest Den Haag: vrachtwagens rijden over terrein ondanks verbod’, nos.nl, 11 maart 2023; wat betreft Extinction Rebellion, zie: ‘Betogers bezetten opnieuw de A12 in Den Haag: “Zijn nu met veel meer”’, nos.nl, 11 maart 2023.

uiten, dient daarvan voorafgaand melding te maken en wordt verwezen naar een locatie waar men niet al te veel hinder ondervindt van de betoging.⁵ Bij te grote angst voor wanordelijkheden kan de demonstratie zelfs worden verboden en bij niet-naleving van aanwijzingen of verboden wacht demonstranten mogelijk een strafrechtelijke vervolging.⁶ Wat blijft nog over van het recht om te demonstreren? Het betogingsrecht is niet absoluut; dat moge duidelijk zijn.⁷ Binnen de grenzen van de wet wordt het demonstratierecht echter in steeds grotere mate uitgehold, en dat zou zorgen moeten baren. In tijden waarin steeds meer gevreesd wordt voor de weerbaarheid van de rechtsstaat, ligt de sleutel namelijk (mede) in een effectief demonstratierecht.

‘We dreigen in Nederland iets essentieels te verliezen. Het respect dat we hopen van anderen te krijgen durven we steeds minder aan elkaar te geven. De waarden die ons verbinden staan onder druk’, aldus minister Kaag, nadat zij in Diepenheim met fakkels werd opgewacht.⁸ De actie is niet geïsoleerd: het lijkt onderdeel van een tendens van ‘demonstratie-extremisme’, waarbij demonstranten vaker voor opvallende en ludieke manieren, maar ook voor intimidatie en strafbare gedragingen kiezen als demonstratiemiddel. Denk aan klimaatactivisten die zich vastlijmen aan kunstwerken of zich bij grootschalige snelwegblokkades verzetten tegen aanhouding. Die extremere acties roepen de nodige verontwaardiging op in de samenleving, maar

5 Zie art. 4 en art. 5 jo. art. 2 Wet openbare manifestaties (WOM): gewezen zij op de mogelijkheid voorschriften te geven over de locatie van het betoeg, ter bescherming van ‘het belang van het verkeer’.

6 Zie art. 5 jo. art. 2 WOM en art. 11 WOM.

7 Zowel art. 9 Grondwet als art. 10 en 11 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) bieden ruimte voor beperkingen, ter bescherming van verscheidene legitieme belangen.

8 P. Hotse Smit, ‘Wie wachtten Sigrid Kaag op met brandende fakkels in Diepenheim?’, volkskrant.nl, 20 februari 2023.

onderstrepen tegelijkertijd dat demonstreren binnen de grenzen van de wet steeds minder als effectieve route wordt gezien.

Recente data-analyse laat dan ook zien hoe het demonstratierecht steeds vaker en verder wordt ingeperkt.⁹ Onderzoeksjournalisten analyseerden onder meer 373 brieven die burgemeesters van zestien steden de afgelopen tien jaar naar organisatoren van demonstraties stuurden: twee derde van die gemeenten stelt steeds meer voorafgaande beperkingen. Sommige van die beperkingen zien zelfs op de inhoud van het protest, terwijl artikel 5 lid 3 Wet openbare manifestaties (WOM) dat niet toelaat: een verbod op spandoeken, geen beelden van slachthuizen en een verbod op discriminerende uitlatingen. Daarnaast worden zware bestuurlijke middelen, zoals veiligheidsrisicogebieden om preventief te fouilleren en het noodbevel, ook na de coronacrisis nog ingezet, terwijl dit daarvoor amper voorkwam.¹⁰ Toch was de toon al eerder gezet: in 2018 concludeerde de Nationale Ombudsman al dat de overheid op pragmatische wijze invulling geeft aan het demonstratierecht, waarbij wordt gedacht in termen van beheersbaarheid en risico's.¹¹ Demonstranten worden veelal ervaren als 'lastig' of zelfs als 'de vijand'; zij winnen het vertrouwen van de politie pas als de organisator zich meldt, goede afspraken maakt en een eigen ordedienst in het leven roept.¹² Op hun beurt vinden demonstranten dat hun demonstratierecht wordt beperkt door aannames en ongefundeerde vrees voor escalatie.¹³ Doordat beide partijen voelen

9 D. van Benthem, F. Bosma, S. Dequeker, D. ten Klooster & S. Polm, 'Klein tegen de grote politie', *groene.nl*, 23 maart 2023.

10 *Ibid.*

11 Nationale ombudsman, *Demonstreren, een schurend grondrecht?* (rapport 2018/015), 14 maart 2018, p. 7.

12 *Ibid.*, p. 43.

13 *Ibid.*, p. 7.

dat niet met de ander valt te praten, ontstaat dus een vicieuze cirkel: de overheid beperkt het grondrecht uit vrees voor escalatie, maar door die vele beperkingen voelen demonstranten zich genoodzaakt over te gaan tot extremere alternatieven, waarmee de vrees voor escalatie wordt bevestigd en beperkingen steeds verder gaan.

Deze benadering van het demonstratierecht doet denken aan wat Thomas Hobbes schreef over ‘opruimende meningen en doctrines’: de soeverein moet het volk behoeden voor opvattingen die de rust en veiligheid bedreigen.¹⁴ Wanneer het negatieve beeld dat autoriteiten hebben van demonstranten namelijk wordt bepaald door de mate waarin zij zich al dan niet ‘netjes’ aan de WOM houden, dan verwordt het demonstratierecht tot een conditionele *gunst*. Bijzonder problematisch aan deze benadering is dat de overheid zo de mensen die al wantrouwig zijn, nog verder van zich vervreemdt. In dat kader geven cijfers rondom het aannemen van demonstraties aanleiding tot zorg: demonstraties met een anti-overheidskarakter lijken relatief minder vaak te worden aangemeld.¹⁵ De voornoemde vicieuze cirkel speelt hier in versterkte mate: de argwaan jegens deze demonstranten staat bij voorbaat vast, met beperkingen en hard politieoptreden tot gevolg, waarmee het anti-overheids sentiment van demonstranten des te meer wordt bevestigd.

We eindigen met een overheid die zich in toenemende mate genoodzaakt ziet demonstranten als bedreiging voor de rechtsstaat te behandelen, tegenover demonstranten die zich genoodzaakt zien om zich anti-rechtsstatelijk op te stellen, vanwege de

14 T. Hobbes, *On the Citizen*, red. en vert. R. Tuck & M. Silverthorne, Cambridge: CUP 1998, p. 80 en p. 146.

15 D. de Groot, ‘Grote toename demonstraties in 2021, gemeenten steeds vaker niet vooraf ingelicht’, *bnr.nl*, 4 februari 2022.

uitholling van hun recht om effectief te demonstreren. De aanpak van onze overheid verandert langzaam in die van een *militant democracy*.¹⁶ Alle vijanden van democratische instituties moeten worden onderdrukt, ook als daar on-rechtsstatelijke middelen voor nodig zijn: vuur moet met vuur worden bestreden. Hoewel vaak met elkaar verward, moet die *militant democracy* worden onderscheiden van de weerbare rechtsstaat.¹⁷ Een weerbare rechtsstaat neemt de normale staatsrechtelijke orde te allen tijde als grens; daaronder valt ook een ruime bescherming van grondrechten.

Dan is het de vraag hoe de koers te wijzigen van militante naar weerbare rechtsstaat. Helaas hebben de instituties van de rechtsstaat dat niet helemaal zelf in de hand. Formele en institutionele zelfverdedigingsmechanismen, zoals een evenwichtige machtscheiding, zijn weliswaar belangrijk, maar uiteindelijk komt het aan op het bestaan van een sterke democratische en rechtsstatelijke traditie.¹⁸ Het demonstratierecht blijkt een goede plek om die traditie te versterken. Gedreven door wantrouwen in de overheid kiest men namelijk voor demonstraties als alternatief voor geïnstitutionaliseerde kanalen.¹⁹ Dit hangt samen met een representatieprobleem in de politiek: teleurstelling in centrumcoalities drijft burgers naar outcast-partijen, die

16 In de zin van K. Loewenstein, 'Militant Democracy and Fundamental Rights, I', *American Political Science Review* 1937, afl. 3, p. 417-432; aangehaald in Tinnevelt 2022.

17 R.B.J. Tinnevelt, 'Weerbare rechtsstaat', in: R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat* (Staat en Recht nr. 55), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

18 *Ibid.*

19 J. van Stekelenburg & B. Klandermans, 'In Politics We Trust... or Not? Trusting and Distrusting Demonstrators Compared', *Political Psychology* 2018, vol. 39, afl. 4, p. 785-786.

uiteindelijk evenmin echte vertegenwoordiging blijken te bieden.²⁰ Dan blijven voor hun gevoel twee opties over: protesteren of afhaken. Een effectief demonstratierecht zou dus proteststemmen en afhaken kunnen voorkomen.

Voordat het demonstratierecht als daadwerkelijke uitlaatklep voor anti-rechtsstatelijke sentimenten kan dienen, moet echter veel gebeuren. De overheid moet zich terughoudender opstellen in het gebruik van wettelijke mogelijkheden om demonstraties te beperken: zie het demonstratierecht niet als gunst en demonstranten niet bij voorbaat als hooligans. Een terechte zorg is hoe de veiligheid in de openbare ruimte dan moet worden gegarandeerd. Het is echter maar de vraag of het risico op wanordelijkheden echt zo groot is als we vrezen. Nederland is uitgegroeid tot een risicosamenleving, waarin elke dreiging voor de openbare orde liefst al preventief afgedekt wordt.²¹ Dat is terug te zien in het risicomijdende gedrag van de overheid, maar ook in de meerderheidsopvatting dat een demonstratie verboden moet kunnen worden als gevaar voor de openbare orde dreigt.²² Dat klinkt heel redelijk, maar gaat eraan voorbij dat opschudding een wezenlijk kenmerk is van demonstraties; om betekenisvol te zijn, *moeten* ze de orde enigszins verstoren.²³ Het is daarbij veelzeggend dat onze tolerantie voor demonstraties beïnvloed wordt door de inhoud ervan.²⁴ Dit terwijl de inhoud er niet toe zou moeten doen: vrijheid in een democratische rechtsstaat

20 J. de Voogd & R. Cuperus, *Atlas van Afgehaakt Nederland: Over buitenstaanders en gevestigden*, december 2021, p. 92.

21 B. de Graaf, *Crisis!* Amsterdam: Prometheus 2022, p. 32 e.v.

22 I&O Research, *Opinieonderzoek demonstratievrijheid* (rapport 2022/069), Amsterdam: I&O Research 2022, figuren 0.2 en 0.3.

23 Amnesty International, *Demonstratierecht onder druk: regels en praktijk in Nederland moeten beter*, november 2022, p. 28.

24 I&O Research 2022, figuur 0.5.

houdt immers het recht in om het oneens te zijn over wat ermee te doen.²⁵

Meer ruimte laten voor demonstraties heeft hopelijk tot gevolg dat demonstreren een zichtbaarder politiek engagement wordt en de openbare ruimte een plek wordt van blootstelling aan verschillende meningen. Verruiming van het demonstratierecht moet dan echter ook gepaard gaan met meer vertrouwen en empathie tussen burgers onderling.²⁶ Een echt veerkrachtige samenleving gaat de confrontatie van meningen niet bij voorbaat uit de weg, maar is bestand tegen de reuring die demonstraties kunnen veroorzaken. Natuurlijk moet dit niet leiden tot een gevoel van onveiligheid, omdat de kernwaarden van de democratische rechtsstaat ‘pas goed tot hun recht kunnen komen in een samenleving waarin mensen veilig zijn.’²⁷ Veiligheid staat evenwel niet gelijk aan voorafgaande beperkingen, hard politieoptreden en strafrechtelijke vervolging. Zoals we al zagen, kan het al te zeer beteugelen van demonstraties juist wantrouwen versterken en vreedzame demonstranten tot demonstratie-extremisten of afhakers maken. Zo leidt wantrouwen, via de genoemde vicieuze cirkel, tot een veel gevaarlijkere situatie dan vertrouwen.

De slotsom is dat burgers de staat veilig moeten kunnen uitdagen. Een weerbare rechtsstaat reageert daarop niet met de inzet van on-rechtsstatelijke middelen, maar door zelf te allen tijde de kernwaarden van de rechtsstaat uit te blijven dragen,

25 P. Frissen, *De volle plek van de macht*, Afscheidsrede, Tilburg: Tilburg University Press 2022, p. 19.

26 Vgl. de recente pleidooien van E. Hirsch Ballin, *Waakzaam burgerschap*, Amsterdam: Querido 2022, en F. van Ommeren, ‘Op zoek naar rechtsstatelijke cultuur’, *NJB* 2022/2697.

27 Commissie Uitdragen kernwaarden democratische rechtsstaat, *Onverschilligheid is geen optie*, Den Haag: DeltaHage 2008, p. 30.

waaronder een ruime bescherming van grondrechten. De overheid ziet het demonstratierecht echter steeds meer als onderdeel van een belangenafweging met minimaal risico als uitgangspunt: demonstreren mag alleen als het netjes gebeurt. Die zienswijze is niet enkel aan de overheid te wijten, maar is ontstaan in wisselwerking met de samenleving. Als het volk bang is voor wanordelijkheden, vloeit daar logischerwijs een risicomijdende overheid uit voort. Ook hier speelt een vicieuze cirkel: hoe minder reuring in onze openbare ruimte, hoe slechter we het kunnen verdragen. Zo verdwijnt geleidelijk alle veerkracht uit de samenleving. Onderaan dat hellend vlak wacht ons de visie van de rechts-conservatieve denker Carl Schmitt: een rechtsorde waarin eerst de orde komt, dan pas het recht.²⁸ Maar ordelijk is niet hetzelfde als rechtsstatelijk. Een weerbare rechtsstaat mag dat onderscheid nooit uit het oog verliezen.

28 C. Schmitt, *Politische Theologie*, Berlijn: Duncker & Humblot 1922, p. 13.

DE GRONDBEGINSELEN VAN EEN DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT BIJ HET RECHT OP BETOGING

UITLATINGEN TIJDENS DEMONSTRATIES: STRAFBAAR OF NIET?

*Zenzi Moezel*¹

Op 6 november 2022 zou de ‘reptielenman’ David Icke spreken tijdens de demonstratie van Samen voor Nederland. Icke stelt dat de wereld wordt geregeerd door een netwerk van buitenaardse reptielen, wat volgens critici een metafoor is voor een joodse elite.² Zijn komst was dan ook niet onomstreden. De gemeente Amsterdam, die de komst van de complotdenker ‘zeer ongewenst’ vond, probeerde hem, zonder succes, te weren van de demonstratie.³ Uiteindelijk heeft het kabinet de knoop doorgehakt en Icke, op advies van de IND, de toegang tot Nederland geweigerd.⁴ Bij de toelichting op deze keuze benadrukte staatssecretaris Eric van der Burg dat ‘er een verschil [is] tussen bijzondere, rare of ongewenste ideeën hebben en strafbare feiten’. Volgens de bewindsman zou hier sprake zijn van het laatste. Dat is volgens hem heel wat anders dan de vrijheid van

1 Z.L. (Zenzi) Moezel LLB is masterstudente strafrecht aan de Vrije Universiteit

2 *Kabinet weigert complotdenker Icke toegang tot Nederland*, (nos.nl, laatst geraadpleegd 3 november 2022).

3 ‘Amsterdam: komst David Icke zeer ongewenst’, *Gemeente Amsterdam*, (amsterdam.nl, laatst geraadpleegd 3 november 2022); Van der Beek 2022 (Parool.nl).

4 *Kabinet weigert complotdenker Icke toegang tot Nederland*, (nos.nl, laatst geraadpleegd 3 november 2022).

meningsuiting.⁵ Het staat echter niet ondubbelzinnig vast dat hier ook daadwerkelijk sprake zou zijn van een strafbaar feit in de zin van artikel 137c Sr, vooral nu we ook te maken hebben met het recht op betoging. Dit recht is sinds 1983 verankerd in artikel 9 Grondwet.⁶ Sindsdien fungeert het als fundamenteel recht in onze pluriforme samenleving. Hiernaast wordt de betoger beschermd door artikel 10 en 11 EVRM. Hoewel het recht op betoging geen vrijbrief is om regels te overtreden – het is immers geen absoluut recht – geniet betoging dus wel extra rechtsbescherming. De vraag rijst in hoeverre de bescherming van het recht op betoging zoals neergelegd in de Grondwet en het EVRM, de strafbaarheid van uitlatingen gedaan binnen de context van een demonstratie kan wegnemen en of dit wenselijk is.

Vooropgesteld dient te worden dat wanneer demonstranten zich strafbaar gedragen, bijvoorbeeld omdat zij zich schuldig maken aan groepsbelediging, strafrechtelijk optreden in beginsel gerechtvaardigd is in het licht van de legitieme doelen van artikel 10 en 11 lid 2 EVRM.⁷ De beperking dient dan vervolgens wel bij wet te zijn voorzien. Van belang is ook dat de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Bij de invulling van dit laatste criterium komt bijzondere aandacht

5 Quekel & Van der Beek 2022 (Ad.nl).

6 D.E. Bunschoten, commentaar op art. 9 GW, in: P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten & H.G. Hoogers (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet en Statuut*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (online, bijgewerkt t/m 9 juni 2021).

7 Die doelen kunnen onder andere zijn: het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten en het beschermen van de rechten en vrijheden van anderen. Zie hiervoor bijvoorbeeld EHRM (Grote Kamer) 24 maart 2011, ECLI:CE:2011:0324JUD002345802, appl.nr. 23458/02 (*Giuliani en Gaggio/Italië*), par. 251.

toe aan ‘pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid’.⁸ Hiermee benadrukt het EHRM dat democratie niet betekent dat de mening van de meerderheid altijd dient te prevaleren.⁹

Uit Nederlandse jurisprudentie blijkt dat wanneer een strafbare uitlating wordt gedaan in het kader van een betoging die past binnen de context van die betoging, het recht op betoging de strafbaarheid daarvan kan wegnemen.¹⁰ Met het oog op deze stand van zaken in de jurisprudentie valt te betogen dat ook de uitlating van Icke over de reptielen als wereldheersers binnen de context van de betoging zou vallen. Het recht op betoging zou de strafbaarheid daarvan dus kunnen wegnemen. Immers, de uitlating sluit aan bij de reden en context van de demonstratie: weerstand tegen de huidige gevestigde orde.¹¹ Voor de mensen die hier daadwerkelijk in geloven, is het noodzakelijk om hun waarheid aan het licht te brengen. In lijn met de hiervoor genoemde uitspraken zou dan ook een vrijspraak dienen te volgen.

8 EHRM 7 december 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, appl. nr. 5493/72, par. 49 (*Handyside/ Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 26 september 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0926JUD001874891, appl.nr. 18748/91, par. 44 (*Manoussakis e.a./Griekenland*).

9 EHRM 13 augustus 1981, appl.nr. 7601/76; 7806/77, par. 63 (*Young, James & Webster/Verenigd Koninkrijk*).

10 Zie Hof Amsterdam 12 augustus 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2279, Rb. Rotterdam 21 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:11094, r.o. 4.1.1., Rb. Overijssel 17 maart 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1189, r.o. 4.1, waarin de uitlatingen niet binnen de context van de betoging vielen. Hieruit kan a contrario worden opgemaakt dat wanneer de uitlating meer aansloot bij de context van de betoging, het recht op betoging de strafbaarheid mogelijk wel zou hebben weggenomen (het hof bevestigde in hoger beroep: Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10978 en in cassatie oordeelde de Hoge Raad dat het oordeel van de rechtbank en het hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is. HR 14 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:638, r.o. 2.5) en HR 18 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1468, r.o. 2.5.3.

11 *Samen voor Nederland annuleert geplande demonstratie in Amsterdam*, 4 november 2022 (rtlnieuws.nl).

Deze uitkomst is naar mijn mening echter niet wenselijk. Het is met het oog op het gewicht dat het EHRM hangt aan ‘pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid’, noodzakelijk in een democratische samenleving om in het geval van uitlatingen die de democratie ondermijnen het recht op betoging te beperken.¹² Ik ben van mening dat een democratie dient te worden gezien als een waardengemeenschap. In die zin heeft democratie een niet-onderhandelbare kern die bestaat uit waarden als tolerantie, rechtsstatelijkheid en gelijkheid. Mijn visie is gestoeld op een materiële opvatting van democratie. Deze opvatting benadrukt de inhoudelijke morele waarden die de democratie bijeenhouden en definiëren.¹³ De kernwaarde behelst de norm van wederzijds respect, die zich vertaalt in enkele rechtsstatelijke eisen die voornamelijk als doel hebben om minderheden te beschermen.¹⁴

Op basis van deze materiële conceptie mag een democratie zich om inhoudelijke redenen beschermen tegen antidemocratisch gedachtegoed, zo nodig met alle ‘machtsmiddelen die haar ter beschikking staan’.¹⁵ Op deze manier brengt het aanhangen van de materiële conceptie niet alleen met zich mee dat Icke met

12 EHRM 7 december 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, appl. nr.5493/72, par. 49 (*Handyside/ Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 26 september 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0926JUD001874891, appl.nr. 18748/91, par. 44 (*Manoussakis e.a./Griekenland*).

13 W.J. Veraart, ‘Twee concepties van politieke partijen’, in: H. Broeksteeg & R. Tinnevelt (red.), *Politieke partijen als anomalie van het Nederlandse staatsrecht* (Serie Staat en Recht – 23), Deventer: Wolters Kluwer 2015. p. 97-115, par. 6.3.

14 Zie o.a. hoogleraar rechtsfilosofie Wouter Veraart, in: Veraart 2015, par. 6.3 en emeritus hoogleraar Koo van der Wal, in: G.A. van der Wal, ‘Formele en materiële democratie’, in: A.W. Musschenga & F.C.L.M. Jacobs (red.), *De liberale moraal en haar grenzen*, Kampen: Kok 1992, p.114.

15 Zie o.a. George van den Bergh, in: G. van den Bergh, *De democratische staat en de niet-democratische partijen*, Amsterdam: De Arbeiderspers 1936, p. 25 en Karl Popper, in: K. Popper, ‘The Open Society and Its Enemies’, Princeton/ New York: Princeton University Press 2013, p. 581-582 (noot 4 bij hoofdstuk 7 van het eerste deel) voor de ‘paradox van tolerantie’.

het oog op onze democratie niet alles zou mogen zeggen, maar ook dat hij daarin daadwerkelijk strafrechtelijk mag worden beperkt. In die zin dienen de belangen van gelijke menselijke waardigheid en de bescherming van minderheden tegen discriminatie mijns inziens te prevaleren boven de belangen van de vrijheid van meningsuiting en de demonstratievrijheid.

Mijn visie is in zekere zin in lijn met de materiële democratieopvatting van het EHRM. Een belangrijke vindplaats voor die opvatting is artikel 17 EVRM, dat een verlies van de bescherming van verdragsrechten inhoudt wanneer deze worden ingezet tegen het verdrag zelf.¹⁶ Dat artikel dient als uiting van de weerbare democratie.¹⁷ Gesteld zou kunnen worden dat uitlatingen als die van Icke zodanig inbreuk maken op de fundamentele rechten van anderen dat sprake is van ondermijning van de democratie. Ook uit jurisprudentie blijkt dat het EHRM de materiële democratie als uitgangspunt neemt.¹⁸ Volgens verschillende wetenschappers heeft de democratieopvatting van het EHRM namelijk een rechtsstatelijk karakter.¹⁹ Ik veronderstel dan ook dat uitlatingen als die van Icke, in het licht van dit door het EHRM geschetste kader als strafbaar kunnen worden gekwalificeerd. Het probleem is echter dat dit kader slechts aan geeft welke uitlatingen gesanctioneerd mogen worden, maar het de lidstaat niet verplicht tot ingrijpen.

16 Zie bijvoorbeeld: EHRM (Grote Kamer) 15 oktober 2015, ECLI:CE: ECHR:1015JUD002751008 (*Perincek/Zwitserland*).

17 G. Molier, B. Rijpkema & J. Stam, 'Wilders II: Het onverdraagzaamheids criterium toegepast door de Hoge Raad. Of hoe de weerbare democratie het strafrecht binnentreedt', *NJB* 2021/3094, afl. 42, p. 7.

18 Zie o.a. EHRM 13 februari 2003, appl.nr. 41340/98, 41342/98 en 41344/98, *NJ* 2005/73, m.nt. E.A. Alkema (*Refah Partisi/Turkije*) par. 97-98.

19 Zie o.a. B. Rijpkema, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie* (diss. Leiden), Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2015, p. 169 en Kevin Boyle, in: K. Boyle, 'Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case', *Essex Human Rights Review* 2004, vol. 1 nr. 1, p. 1-16, p. 8.

Dat hoeft geen probleem te zijn, nu ook bij de Hoge Raad de materiële democratieopvatting is terug te zien. De Hoge Raad heeft namelijk bepaald dat uitlatingen die ‘aanzetten tot onverdraagzaamheid’ of anderszins strijden met ‘de grondbeginselen van een democratische rechtsstaat’, in beginsel gepaard kunnen gaan met strafrechtelijk ingrijpen.²⁰ Artikel 137c Sr biedt in deze zin verdediging van de democratische rechtsstaat, waardoor het artikel binnen de sfeer van de materiële democratie valt. Dat blijkt des te meer uit de verwijzing van de Hoge Raad naar de conclusie van de procureur-generaal Silvis die artikel 17 EVRM, dat uiting geeft aan de weerbare democratie, gebruikt als interpretatiemiddel. Ook in de literatuur wordt opgemerkt dat ‘het weerbare democratie-denken hier, zonder dat die term expliciet gebruikt wordt, onmiskenbaar haar (verdere) intrede in het strafrecht doet’.²¹

Om te realiseren dat ondermijnende uitspraken strafrechtelijk niet meer getolereerd worden, dient een ruime uitleg te worden gegeven aan artikel 137c Sr. Allereerst zal in de nationale rechtspraak moeten worden afgeweken van de huidige lijn waarbij uitlatingen die ‘binnen de context van de demonstratie’ vallen, beschermd worden door het recht op betoging. Dit criterium heeft immers een te lage drempel, waardoor ook uitlatingen die de democratie ondermijnen bescherming krijgen. Het feit dat de uitlating inhoudelijk te maken heeft met de betoging, lijkt namelijk al voldoende. In plaats hiervan zou ter invulling van het criterium moeten worden gekeken of de uitlating ook

20 Deze jurisprudentie van de Hoge Raad heeft betrekking op uitlatingen gedaan door politici. Desondanks is deze jurisprudentie van belang omdat het ‘het weerbare democratie-denken’ van de Hoge Raad blootlegt. Zie HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583 (*Felter*), r.o. 4.4.4. en HR 6 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1036, NJ 2021/335, m.nt. N. Keijzer (*Wilders II*), r.o. 3.9.2.

21 Molier, Rijpkema & Stam, *NJB* 2021/3094, p. 7.

dienstig is aan de betoging. Met andere woorden, of de uitlating van belang is geweest.²² Ondermijnende uitlatingen zullen nooit dienstig zijn aan een betoging. Voor dergelijke uitlatingen is in een democratische samenleving dan ook geen plaats.

Dit leidt tot de conclusie dat het recht op betoging in deze gevallen dient te worden beperkt. Dit kan allereerst op grond van artikel 10 en 11 lid 2 EVRM nu de beperking ‘noodzakelijk is in een democratische samenleving’. Het verdient daarbij aanbeveling dat de rechter ter invulling van het criterium ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ de materiële democratie als uitgangspunt neemt. Hiernaast kan het recht op betoging in dergelijke gevallen ook worden beperkt op grond van artikel 17 EVRM. Intolerante uitlatingen jegens minderheden tasten immers de democratie aan, nu zij de daaraan inherente mensenrechten van minderheden ondermijnen. Artikel 17 EVRM kan tot slot ook dienen als interpretatiemiddel voor het noodzakelijkheids criterium van artikel 10 en 11 lid 2 EVRM. Immers, indien het recht op betoging wordt gebruikt om de democratie te ondermijnen, zal de beperking hiervan de toets van het noodzakelijkheids criterium al snel doorstaan.²³

Met het oog op het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr en 16 Grondwet, zou deze ruime uitleg idealiter dienen te worden bereikt door een wettelijke uitbreiding. Echter, zijn ‘de grondbeginselen van een democratische rechtsstaat’ te vaag om

22 Zo'n invulling wordt soms al gehanteerd door de Hoge Raad, zie bijvoorbeeld: HR 26 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9189.

23 Art. 17 EVRM werd al eerder als interpretatiemiddel gebruikt door procureur-generaal Silvis bij het *Wilders II*-arrest. Zie: Concl. P-G Silvis, ECLI:NL:PHR:2021:487, bij HR 6 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1036 (*Wilders II*), par. 58.

wettelijk te verankeren.²⁴ Een oplossing zou kunnen worden geboden door de reeds bestaande bestanddelen van artikel 137c Sr te interpreteren in het licht van ‘de grondbeginselen van een democratische rechtsstaat’.²⁵ Bij de invulling van die grondbeginselen zou aansluiting dienen te worden gezocht bij het door mij uiteengezette materiële democratiebegrip. Daarbij dienen waarden als tolerantie, rechtsstatelijkheid en gelijkheid als interpretatiebegrippen voor de rechter.

Het is mijn verwachting dat op deze manier binnen de rechtspraak een beweging zal plaatsvinden waarbij betogers eerder in hun recht op betoging worden beperkt indien zij uitlatingen doen die de democratie ondermijnen. Deze ontwikkeling zal onze pluriforme democratische samenleving ten goede komen. Door dergelijke uitlatingen te bestraffen gaat namelijk de boodschap uit naar de samenleving dat voor het wegzetten en stigmatiseren van minderheden in een democratie geen plaats is. Hierdoor krijgen mensen als Icke niet de kans bij te dragen aan de ondermijning van de democratie, wat de rechtsstaat weerbaarder maakt.

24 Dit gebrek aan ‘concreetheid’ wordt aan de kaak gesteld in Molier, Rijpkema & Stam, *NJB* 2021/3094, p. 8. en in N. Keijzer, annotatie bij HR 6 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1036, *NJ* 2021/335, punt 3. Ook universitair hoofddocent strafrecht Klaas Rozemond staat stil bij dit probleem, in: N. Rozemond, ‘Waarom werd Wilders veroordeeld?’, *NJB* 2021/3094, afl.10.

25 Dit door mij gekozen interpretatiemiddel sluit aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad die het als criterium hanteert voor strafrechtelijk ingrijpen bij politici. Zie HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583 (*Felter*), r.o. 4.4.4. en HR 6 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1036, *NJ* 2021/335, m.nt. N. Keijzer (*Wilders II*) r.o. 3.9.2.

EEN SOEVEREINE REDE VOOR EEN WEERBARE RECHTSSTAAT

*Simon van Oort*¹

Een zomerdag op Kreta. De vierde eeuw voor onze jaartelling. Het is benauwd warm en de weg van Knossos naar de grot van Zeus is lang. Drie oudere mannen, een Kretenzer, een Spartaan en een Atheense vreemdeling, ondernemen samen in een rustig tempo de pelgrimage naar de grot. Onderwijl gaan zij het gesprek aan over staatsvormen en wetten. Op een rustmoment in de schaduw van een van de hoge bomen langs de weg, zegt de Athener het oneens te zijn met de gewoonte om de bekleeders van hoge staatsambten 'heersers' te noemen. De Athener uit zijn voorkeur voor het alternatief 'dienaren van de wet' en spreekt zijn overtuiging uit dat 'het succes of falen van een staat meer dan wat dan ook van dit punt afhangt'. 'Waar de wet onderworpen is aan een andere autoriteit en geen eigen autoriteit heeft, is de ineenstorting van de staat naar mijn mening niet ver weg; maar als de wet de meester van de regering is en de regering haar slaaf, dan is de situatie veelbelovend en delen de mensen in alle zegeningen die de goden over een staat uitstorten.' Zijn

1 Simon van Oort is buitenpromovendus aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Kretenzische metgezel betuigt vol bewondering zijn instemming,² en spreekt ontzag uit voor de wijsheid die spreekt uit voor wat wellicht de allereerste uitdrukking is van de rechtsstaatgedachte, de idee dat de staat door het recht gebonden is.

Flash forward. De eenentwintigste eeuw. De constatering dat de rechtsstaat onder druk staat is gemeengoed. Duidingen van die druk focussen zich veelal op de extreme krachten die de meeste druk op de rechtsstaat zouden uitoefenen. Dat is van belang, maar gaat aan twee punten voorbij: de druk vanuit het politieke midden en, belangrijker, de inherente kwetsbaarheid van de rechtsstaat. Het eerste licht ik kort toe, het tweede vormt de kern van dit essay. Wat de druk op de rechtsstaat betreft is het verleidelijk om de rechtsstatelijke problematiek bij de ander te zoeken. En hoe belangrijk het ook is om de rechtsstatelijke problemen in bijvoorbeeld de Verenigde Staten (Capitoolbestorming) en Polen (hervorming rechterlijke organisatie) te blijven benoemen, ook dichterbij huis zijn er de nodige spanningen. Het debat daarover spitst zich momenteel voornamelijk toe op het vraagstuk van anti-democratische en/of anti-rechtsstatelijke

2 Plato, *The Laws*, Londen: Penguin Classics 2005 (*Nómoi* z.j., vertaald door T.J. Saunders), p. 4 en p. 128. Citaten in Engelse vertaling: 'the success or failure of a state hinges on this point more than anything else'. 'Where the law is subject to some other authority and has none of its own, the collapse of the state, in my view, is not far off; but if the law is the master of government and the government is its slave, then the situation is full of promise and men enjoy all the blessings that the gods shower on a state'.

partijen en een mogelijk partijverbod,³ maar de gevestigde orde blijft goeddeels buiten schot. En daar zit een gevaar. Want wanneer bestuurders plannen doorzetten, wetende dat deze hoogstwaarschijnlijk ongrondwettelijk zijn,⁴ of niet, niet voldoende tijdig of slechts met het etaleren van de grootst mogelijke onwil gevolg geven aan rechterlijke uitspraken,⁵ staat de rechtsstaat daardoor niet het meest prangend onder druk? Wanneer omwille van politieke opportuniteit ‘allerlei besluiten’ worden genomen ‘die op dit moment niet overeenstemmen met het wettelijke uitgangspunt’,⁶ hoe staat het dan met het gezag van de wet?

Hoe verschillend de thema’s ook mogen lijken, de hedendaagse rechtsstatelijke vraagstukken hebben één grote gemene deler: ze leggen het inherente en constante spanningsveld in de democratische rechtsstaat bloot, de spanning tussen democratie en rechtsstaat. Wijlen Marten Burkens en zijn collega’s spraken zelfs van ‘fundamentele problemen’,⁷ en dat is geheel

3 Een belangrijke bijdrage aan dat debat is de door Rijkkema ontwikkelde democratietheorie waarin het zelfcorrigerend vermogen van de besluitvorming centraal staat (B.R. Rijkkema, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie* (diss. Leiden), Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2015). Zie voorts o.a. B.R. Rijkkema & G. Molier, ‘Naar een afzonderlijke wettelijke bepaling inzake een partijverbod’, *NJB* 2017/92, afl. 10, p. 662-664, en J.L.W. Broeksteeg, ‘Een sneller verbod van politieke partijen: overbodig en onwenselijk’, *NJB* 2022/2873, afl. 40, p. 3307-3309. Recentelijk is het Nederlandse debat gecentreerd rondom het voorstel voor een Wet op de politieke partijen. Zie daarover o.a.: L.S.A. Trapman, ‘De Wet op de politieke partijen. Een eerste blik’, *NJB* 2023/386, afl. 6, p. 428-435.

4 Zo concludeerden A. Kouwenhoven & M. Holdert, ‘Minister Wiersma drukte plan aanpak weekenscholen door, tegen alle adviezen in’, *NRC* 1 december 2022.

5 Hierover: A.W. Heringa, ‘Rechtsstaat en stikstof’, *Montesquieu Instituut* 9 november 2022.

6 P.P.T. Bovend’Eert, ‘Stikstofplannen Rutte IV: geen respect voor de rechtsstaat’, *NRC* 11 juli 2022.

7 M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2012, p. 27.

terecht. De democratische gedachte dat het volk heerst en het rechtsstatelijke uitgangspunt dat de heersers onderworpen zijn aan de wet en slechts dienaren van de wet zijn, zijn ten principale onverenigbaar. Volkssoevereiniteit duldt geen rechtsstaat als noodrem. Er loopt een bloedrode draad van het absolutistisch democratische denken van Rousseau naar de Jacobijnse terreur.⁸ Dat is het gevaar, dat is het schijnbaar stil aanvaarde risico elke keer dat het recht zou moeten wijken voor de volkswil, voor de stille meerderheid, voor de duidelijke boodschap van de kiezer in een verkiezing voor een ander staatsorgaan. Maakt dat de boodschappers tot De Robespierres in de dop? Neen, het probleem zit namelijk in het dominante politieke denken van twee eeuwen. De soevereiniteit van de absolute vorst is in Europa met de omwentelingen aan het einde van de achttiende eeuw vervangen door een welhaast even absolute soevereiniteit van het volk of zijn vertegenwoordiging.⁹ Daar zit de kern van het probleem. De rechtsstaatgedachte *'cannot coexist with traditional conceptions of sovereignty'*, aldus Sir Francis Jacobs.¹⁰ Grote denkers hebben weliswaar getracht deze onverenigbare grootheden te verenigen, maar met mijns inziens slechts gelegenheidsargumenten en conceptueel drijfzand tot gevolg.¹¹

8 M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2012, p. 28.

9 M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2012, p. 43.

10 Aangehaald in T. Bingham, *The Rule of Law*, Londen: Allen Lane 2010, p. 161.

11 Zie bijvoorbeeld de argumentatie van de grote Victoriaanse constitutionalist A.V. Dicey, in: A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londen: MacMillan 1987, p. 406 e.v.

Een voorbeeld: het Amerikaanse constitutionele debat over de zogenoemde *countermajoritarian difficulty*.¹² Kort gezegd: het vermeende probleem dat ongekozen rechters mede door de volksvertegenwoordiging tot stand gebrachte wetten toetsen aan hoger recht. Er zijn veel legitieme debatten te voeren over de rol van de rechter in het staatsbestel, maar de notie van *countermajoritarian difficulty* kan louter bestaan bij de gratie van een verabsoluteerd democratiebegrip. De impliciete of expliciete bedoeling van fundamentele rechten is nu juist dat ze minderheden beschermen tegen mogelijk tirannieke meerderheden. Kortom: *two cheers for countermajoritarianism*.

De constatering dat volkssoevereiniteit en de rechtsstaat ten principale onverenigbaar zijn brengt ons echter niet dichterbij de oplossing. Want als óf het volk óf de wet soeverein is, wat dan? Conceptueel moet één van de twee inbinden in mate van absoluteheid. Dat is geen sinecure, en het is Ernst Hirsch Ballin ook met recht vaak nagezegd dat democratie en rechtsstaat niet los verkrijgbaar zijn.¹³ Daarbij geldt wel een ander democratiebegrip dan een extreem populistische, en dit vergt dus het verwerpen van volkssoevereiniteit als schragend beginsel. Gelukkig resteren er andere vormen van democratie. Van de vijf door Aristoteles onderscheiden democratische varianten, is er één die slechts van de voorgaande variant verschilt doordat 'hier niet de wet maar het volk soeverein is'.¹⁴ Waar de wetten niet heersen, wordt het volk tot een alleenheerser, 'één persoon samengesteld uit velen, want de meerderheid is er soeverein'. Doordat deze alleenheerser zich niet laat regeren door wetten, gaat hij de

12 A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press 1986, p. 14.

13 E.M.H. Hirsch Ballin, 'De rechtsstaat: wachten op een nieuwe dageraad?', *NJB* 2011/86 afl. 2, p. 73.

14 Aristoteles, *Politica*, Groningen: Historische Uitgeverij 2017, p. 168.

trekken vertonen van een despoot. Zo wordt het volksbewind vergelijkbaar met de tirannie, aldus nog steeds Aristoteles.¹⁵

Om de patstelling tussen twee strijdende conceptuele soevereinen te doorbreken, wil ik tot slot aan de democratische zijde van de medaille een suggestie doen voor een alternatief voor volksoevereiniteit als concept: soevereiniteit van de rede. Niet het volk als zodanig, maar de menselijke rede zou moeten regeren in de democratische besluitvorming. Dit behoeft verdere doordinking, maar de bouwstenen zijn er. Vrij naar Plato zou het deel van onze ziel dat uitspattingen en impulsen dient te beteugelen ook het roer van het schip van de Staat moeten hanteren.¹⁶ Dit denken bracht Plato niet bepaald naar de democratie, maar wellicht loont het toch om de collectieve rede van een volk dat zichzelf bestuurt centraal te stellen. Voor de nodige verdere fundering zou aan rechtsstatelijke zijde ons materiële wetsbegrip wellicht verrijkt kunnen worden met het zeer op de rede toegespitste wetsbegrip van Thomas van Aquino. Hij definieert de wet als ‘een ordening van het verstand [ratio] met betrekking tot het algemeen welzijn, afgekondigd door degene die de zorg voor de gemeenschap heeft’.¹⁷ Door de rede verbonden, kunnen rechtsstaat en democratie wellicht werkelijk verenigd worden in een waarlijk democratische rechtsstaat.

15 Aristoteles, *Politica*, Groningen: Historische Uitgeverij 2017, p. 169.

16 Plato's tripartiete indeling van de menselijke ziel en de parallel tussen gerechtigheid in het individu en binnen een staatsverband komt uit *The Republic* (Plato, *The Republic*, Londen: Penguin Classics 2007, p. 139-149). Het woord ‘beteugelen’ refereert aan de allegorie van de wagenmenner uit de dialoog *Phaedrus*. Zie Plato, *Euthyphro, Apology, Crito, Phaedo, Phaedrus*, Harvard: Loeb Classical Library 1914, p. 471 e.v.

17 Thomas van Aquino, *Theologische Summa. X. Over de Wetten*, Antwerpen: Geloofsverdediging 1928, p. 15.

Latijn: ‘*Et sic ex quatuor praedictis potest colligi definitio legis, quae nihil est aliud, quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*’.

DE RECHTSSTAAT IS VAN ONS ALLEMAAL

*Alec Ramak*¹

De rechtsstaat ligt onder vuur. Het democratische gehalte neemt wereldwijd af² en in Amerika was er zelfs een bestorming van het Capitool. Op het moment van schrijven is de meest recente bestorming die in Brazilië, al zal dat zeker niet de laatste zijn. Hier in Nederland hebben we daarnaast onze handen vol aan een zekere groep mensen die verlangen naar een ‘revolutie’ met mogelijk ‘dodelijke slachtoffers’.³ In een vrije democratie is er een reële kans dat zulke mensen ooit in de regering komen te zitten en de rechtsstaat zullen proberen te ondermijnen. Er klinkt daarom ook steeds vaker de oproep om deze anti-rechtsstatelijke krachten weerstand te bieden. De rechtsstaat wordt beschouwd als ‘kwetsbaar’ en moet dus beschermd worden.⁴ Maar wat is de rechtsstaat precies en hoe kunnen we datgene beschermen wat ons het meest dierbaar is?

1 Alec Ramak is masterstudent *Management van de Publieke Sector* aan de Universiteit Leiden en bachelorstudent *Philosophy of a Specific Discipline* aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. E-mailadres: alecramak@student.eur.nl.

2 Repucci & Slipowitz (2021). *Democracy under Siege*, Freedom House. Verkregen van <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2021/democracy-under-siege>.

3 N. Markus (2022). ‘Uitspraken over revolutie van Forum-Kamerlid Gideon van Meijeren zijn mogelijk strafbaar’, *Trouw*. Verkregen van www.trouw.nl/politiek/uitspraken-over-revolutie-van-forum-kamerlid-gideon-van-meijeren-zijn-mogelijk-strafbaar~bfbe611e/.

4 O. Tempelman (2020). ‘De democratische rechtsstaat is kwetsbaar, altijd en overal’, *de Volkskrant*. Verkregen van www.volkskrant.nl/columns-opinie/de-democratische-rechtsstaat-is-kwetsbaar-altijd-en-overal~bd7fd661/.

1. WAT IS EEN RECHTSSTAAT?

Iedereen lijkt wel een eigen persoonlijke definitie te hanteren van de rechtsstaat, niet zelden beïnvloed door politieke voorkeur. Daarom neem ook ik de vrijheid om een eigen definitie naar voren te brengen. In één zin samengevat is een rechtsstaat: *een staat waarin het Recht als het hoogste principe zegeviert, hetgeen betekent dat burgers zich enkel dienen te onderwerpen aan de wetten waarmee zij akkoord gaan, oftewel wetten die op democratische wijze tot stand zijn gekomen, niet in strijd zijn met de grondrechten en getoetst worden door onafhankelijke rechters in een eerlijk rechtsproces.*

Als aan menigeen gevraagd wordt naar de definitie van de rechtsstaat, wordt meestal een rijtje opgenoemd van waarden of instanties die hierbij komen kijken. Maar daarbij wordt vaak vergeten dat er sprake is van een hiërarchie. Het ultieme doel van de rechtsstaat is de zegeviering van het Recht. Democratie en onafhankelijke rechtspraak zijn slechts middelen daartoe. Om ervoor te zorgen dat het Recht zegeviert, moeten er wetten worden gemaakt en gehandhaafd. De wetten zijn pas legitiem wanneer ze op democratische wijze tot stand zijn gekomen, want wetten zijn pas legitiem als ieder individu ermee akkoord gaat. Natuurlijk is men het niet altijd eens met de wetten die worden aangenomen, maar men gaat ermee akkoord (en houdt zich aan de wet), omdat de wetten gezamenlijk (rekening houdende met ieders redelijke bezwaren) en in overeenstemming met de grondrechten zijn gemaakt. De gemaakte wetten moeten gehandhaafd worden, wat kan leiden tot een strafoplegging, hetgeen een individu alleen bereid is te ondergaan als hij een legitieme wet overtreedt en het rechtsproces eerlijk is.

2. EEN WEERBARE RECHTSSTAAT

Nu de rechtsstaat gedefinieerd is, kunnen we ons richten op het fundament van de rechtsstaat. Hoe komt de rechtsstaat aan zijn macht? De filosoof Hannah Arendt hield zich ook bezig met de oorsprong van macht. Zij komt tot de ontdekking dat macht en respect een en hetzelfde zijn: ‘Autoriteit wordt gekenmerkt door onvoorwaardelijke erkenning door degenen die geacht worden te gehoorzamen; dwang noch overreding is nodig. [...] Om autoriteit te blijven behouden is respect voor de persoon of instelling nodig’ (p. 69).⁵ Hieruit kunnen we afleiden dat wij, de burgers van de staat, de macht aan de rechtsstaat verlenen. De rechtsstaat is van buitenaf gezien helemaal niets. Het wordt pas iets vanaf het moment dat mensen ernaar handelen. Het wonderbaarlijke van de mens is dat de mens het enige wezen is dat zijn gedrag aanpast op basis van inkt dat (soms wel eeuwen geleden) op papier is gezet. Met andere woorden, alleen de mens geeft macht aan documenten. De rechtsstaat heeft dus altijd een bevolking nodig die in achtung van het Recht wetten maakt, gehoorzaamt en handhaaft. De rechtsstaat komt pas in gevaar als we er niet meer in geloven.

Hieruit ontstaat een paradox: om ervoor te zorgen dat de rechtsstaat macht heeft, moet iedereen erin geloven, oftewel er is sprake van een collectieve plicht; tegelijkertijd moet ieder individu de verantwoordelijkheid nemen om achtung te hebben voor de rechtsstaat, oftewel een individuele plicht. Dit is waar het gevaar loert voor de rechtsstaat: omdat iedereen verantwoordelijk is, voelt niemand zich verantwoordelijk. Maar dat is onterecht. De rechtsstaat staat of valt bij het handelen van

5 H. Arendt (2021). *Over geweld*, Atlas Contact, p. 69.

ieder individu. Daarom moet er sprake zijn van individuele verantwoordelijkheid. De simpele waarheid is dat ‘geen mens het recht heeft om te gehoorzamen’.⁶ Men vraagt zich misschien af in hoeverre een ambtenaar zijn politieke autoriteiten moet gehoorzamen, maar in werkelijkheid is dat niet zo moeilijk. In een rechtsstaat staat het Recht immers als hoogste principe, wat betekent dat de ambtenaar moet gehoorzamen totdat ‘gehoorzaming’ zou betekenen dat het Recht wordt geschonden. Net zoals een militair niet het recht heeft om oorlogsmisdaden te plegen, ook al wordt hij daartoe bevolen, zo heeft de ambtenaar evenmin het recht om in strijd met de rechtsstaat te handelen als de politiek daarom vraagt. De democratie is immers slechts een middel voor het Recht, maar zal het nooit mogen vervangen. Deze individuele verantwoordelijkheid geldt in principe voor iedere burger van een rechtsstaat. Dit wijst op een zware plicht, hetgeen ik niet ontken, en er kunnen (wanneer kwade krachten de macht in handen hebben) consequenties aan hangen. Maar ik moet tegelijkertijd benadrukken dat er geen andere oplossing is. Als we met velen zijn, zal de rechtsstaat standhouden. Daarom moeten nu de voorwaarden behandeld worden waaronder een rechtsstaat kan ontstaan in een samenleving.

3. EEN VEERKRACHTIGE SAMENLEVING

Ook al heb ik eerder geschreven dat de rechtsstaat ons het meest dierbaar is, is dat juist maar de vraag. Volgens het onderzoek van het Verwey Jonker Instituut is de steun van burgers voor

6 H. Arendt (2007). *Hannah Arendt im Gespräch mit Joachim Fest: Eine Rundfunksendung aus dem Jahr 1964*. HannahArendt.net. Verkregen van www.hannaharendt.net/index.php/han/article/view/114/193.

de rechtsstaat niet onvoorwaardelijk.⁷ De rechtsstaat mag wel even opzij gezet worden om acute problemen op te lossen, zoals de vluchtelingen crisis (onder rechtse kiezers) of de klimaat crisis (onder linkse kiezers). Dit is een zorgwekkende ontwikkeling die echter wel begrijpelijk is. Het kan frustrerend zijn dat bepaalde problemen niet snel genoeg worden aangepakt. De rechtsstaat is immers nooit ontworpen om problemen snel aan te pakken, maar om het Recht te laten zegevieren. De rechtsstaat ‘voorwaardelijk’ verdedigen is een teken van cynisme: het grootste gevaar voor de rechtsstaat. De macht van de rechtsstaat is namelijk volledig afhankelijk van de mens en dan is cynisme over de mens dus vernietigend voor de rechtsstaat. De optimistische blik op de mens moet weer op de voorgrond komen, want alleen zo’n blik sluit aan op de onderliggende overtuigingen van de rechtsstaat. Als men die overtuigingen heeft, ontstaat de rechtsstaat op organische wijze.

Ons geloof in de rechtsstaat berust op de legitimiteit ervan. Deze is te vinden in twee overtuigingen waarin wij geloven, waardoor wij vervolgens geloven in de rechtsstaat. Als deze overtuigingen wankelen, wankelt de rechtsstaat. De eerste overtuiging is dat de mens intrinsieke waarde heeft. De essentie van de rechtsstaat is om achting voor het Recht te hebben. Als dit Recht niet slaat op de mens, wat is dan het nut ervan? Als het Recht het hoogste doel is van de rechtsstaat, moet ook de waardigheid van de mens het hoogste doel zijn van onze waardenhiërarchie.

De tweede overtuiging is dat mensen een gemeenschappelijk zintuig hebben. Daarmee wordt bedoeld dat er iets is in de mens waarmee zij met elkaar verbonden zijn, waardoor zij

7 Anne Frank Stichting (2022). *Steun democratische rechtsstaat niet onvoorwaardelijk*. Verkregen van www.annefrank.org/nl/over-ons/nieuws-en-pers/nieuws/2022/4/29/steun-rechtsstaat-niet-onvoorwaardelijk/.

elkaar kunnen begrijpen. De vorming van de rechtsstaat berust namelijk op het idee dat ieder mens ermee akkoord gaat, wat alleen mogelijk is als het fundament van ieders waardenhiërarchie hetzelfde is. Hoewel Arendt vooral bekendstaat om haar idee van menselijke pluraliteit, heeft ze ook terecht opgemerkt dat interactie tussen mensen alleen mogelijk is op basis van een gedeeld fundament.⁸⁹ Het gemeenschappelijke zintuig geeft ons de mogelijkheid om met elkaar in gesprek te gaan en elkaars bezwaren te begrijpen, waardoor de wetten met meer legitimiteit aangenomen kunnen worden. We kunnen alleen elkaars bezwaren begrijpen als we een gedeelde opvatting hebben over wat goed en slecht is (een bezwaar is namelijk altijd gericht op iets slechts). Alleen met deze twee overtuigingen onder het volk kan de rechtsstaat ontstaan, stand houden en floreren.

4. SLOT

De rechtsstaat staat onder druk, maar dat hoeft niet zo te zijn. De rechtsstaat kan standhouden, mits we allemaal de individuele verantwoordelijkheid op ons nemen om hem onvoorwaardelijk te verdedigen. Een voorwaardelijke rechtsstaat gaat immers uit van een cynische blik op de mens. Als men daarentegen uitgaat van het idee van intrinsieke waardigheid van de mens en het gemeenschappelijke zintuig dat ons verbindt, dan zou dat moeten betekenen dat iedere burger (hoe irrationeel of pathologisch

8 I. Snir (2015). 'Bringing Plurality Together: Common Sense, Thinking and Philosophy in Arendt', *The Southern Journal of Philosophy*, 53(3), p. 362-384. doi:10.1111/sjp.12117.

9 Zie bijvoorbeeld: H. Arendt (2021). *Het leven van de geest*, Uitgeverij Ten Have, p. 608.

hij ook mag zijn) uiteindelijk terug zal keren naar het rechtsstatelijke nest. Verban hem niet, bied hem de kans om vredig terug te keren. De rechtsstaat is namelijk van ons allemaal.

EEN ROEP OM HELDERHEID: PLEIDOOI VOOR EEN EENDUIDIGE DEFINITIE VAN DE RECHTSSTAAT

Suyanta Shelini Madarie, Megan Knobel¹

‘Niet het volk en de Tweede Kamer, maar de rechters regeren’, aldus Baudet (partijleider Forum voor Democratie)²

‘Schop niet steeds tegen de rechter aan, ondermijn onze onafhankelijke rechtspraak niet. Die is fundamenteel voor onze rechtsstaat’, aldus Jetten (minister voor Klimaat en Energie, tevens fractievoorzitter D66)³

Bovenstaande uitspraken geven aan dat de ‘rechtsstaat’ wordt gebruikt als argument om tegengestelde standpunten te onderbouwen, in ieder geval onder politici. ‘Rechtsstatelijkheid’ is een interessant concept, maar in de praktijk ook een bijzonder vaag concept. Over het algemeen wordt aangenomen dat Nederland een rechtsstaat is, maar in de politiek en in de samenleving bestaat

1 Suyanta Shelini Madarie is student aan de Universiteit van Tilburg, waar zij de master Rechtsgeleerdheid, profiel publiekrecht volgt. Megan Knobel is student aan de Universiteit van Tilburg, waar zij de master Rechtsgeleerdheid, profiel publiekrecht en arbeidsrecht volgt.

2 Forum voor democratie [fvdemocratie] 14 november 2019. ‘*Rechters krijgen steeds meer macht. De rechterlijke macht besloot dat Nederland peperduur klimaatbeleid moet voeren en eist nu dat wij kinderen van IS-strijders terughalen. Niet het volk en de Tweede Kamer, maar de rechters regeren. Dit moet stoppen.*’ [Twitter; tweet].

3 ‘Hebben rechters te veel macht? Fel debat tussen Jetten en Baudet’, nos.nl, 30 januari 2020.

veel onduidelijkheid over wat het begrip ‘rechtsstaat’ inhoudt. Dit is niet vreemd; alhoewel in de politiek, de rechtspraak en de (rechts)wetenschap het begrip ‘rechtsstaat’ talloze keren voorkomt, bestaat in Nederland geen eenduidige en erkende definitie van het (abstracte) begrip ‘rechtsstaat’. Politici, maar ook burgers, hebben vaak verschillende waarden en doelstellingen voor ogen wanneer over een ‘rechtsstaat’ wordt gesproken. Burgers hebben verschillende verwachtingen van de rechtsstaat. Dat is natuurlijk niet onverwacht in een land met een verdeeld politiek speelveld, maar zo is het tegelijkertijd onmogelijk om tot een zinvolle, inhoudelijke discussie te komen. In dit essay wordt betoogd dat een wettelijke definitie van ‘rechtsstatelijkheid’ van onze verdeelde samenleving een veerkrachtige samenleving kan maken.

1. ONTWIKKELING ‘RECHTSSTAAT’

Elementen van ‘rechtsstatelijkheid’ zijn terug te voeren tot de tijd van de Klassieke Oudheid, toen politici en filosofen nadachten over de manier waarop een (stad)staat kan worden ingericht en de overheidsmacht moet worden georganiseerd.⁴ Zo stelde de Griekse filosoof Plato:

‘Where the law is subject to some other authority and has none of its own, the collapse of state, in my view, is not far off, but if the law is the master of government and the government its slave, then the situation

4 *Report on the Rule of Law* (Rapport van de Venice Commission van de Raad van Europa), 4 april 2011, p. 3.

is full of promise and men enjoy all the blessings all the gods shower on a state.⁵

Door de eeuwen heen zijn kernelementen van de rechtsstaat ontstaan, verder ontwikkeld en aangescherpt. Desondanks bestaat er geen definitie van ‘rechtsstatelijkheid’ die algemeen gedragen wordt. Sinds februari jl. bevestigt de Grondwet dat Nederland een democratische rechtsstaat is, maar de Grondwet geeft niet aan wat dit concreet betekent.⁶ Tegelijkertijd is het concept ‘rechtsstaat’ ook kwetsbaar. Hierbij kan gedacht worden aan de ‘rechtsstaat’ die in steeds meer landen in Europa onder druk staat en komt te staan. Met name de schrijnende situatie die zich afspeelt in Hongarije en Polen, waar de rechtsstatelijke waarden in rap tempo eroderen.⁷ Men beseft pas echt wat de rechtsstaat inhoudt en hoe waardevol de rechtsstaat is, als deze dreigt te verdwijnen.

2. ELEMENTEN ‘RECHTSSTAAT’

In de wirwar van definities zijn wel een aantal overeenkomsten tussen de rechtsstaat-definities te herkennen. De definitie die de ‘Commissie Rechtsstatelijkheid in Verkiezingsprogramma’s’ hanteert, bestaat uit drie kernelementen, te weten ‘toegang tot een onafhankelijke rechter’, ‘respect voor fundamentele rechten en vrijheden van burgers’ en ‘de eis dat de overheid voorspelbaar

5 J.L. Miller, ‘Rule of Law Applies to EVERYONE’, *New Jersey State Bar Foundation*, 23 april 2018.

6 Algemene bepaling van de Nederlandse Grondwet: ‘*De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat*’, sinds februari jl.

7 A. Brands, ‘Commissie uit weer grote zorgen over rechtsstaat in Polen en Hongarije’, nos.nl, 13 juli 2022; ‘EU-Hof verwerpt bezwaren van Hongarije en Polen tegen MFK-rechtsstaatverordening 2022’, ecer.minbuza.nl, 16 februari 2022.

en in overeenstemming met de regels moet handelen'.⁸ Daarnaast wordt een aantal concepten in de rechtspraak vaak gekoppeld aan 'rechtsstatelijkheid'. Gedacht kan worden aan 'toegang tot een onpartijdige rechter', een 'heldere bevoegdheidsverdeling', 'vrijheidsrechten', 'rechtseenheid', 'rechtsgelijkheid', 'rechtszekerheid' en het 'uitgangspunt dat geen onschuldigen mogen worden bestraft'.⁹ Voermans e.a. beargumenteren dat (onder meer) de 'machtenscheiding', 'grondrechten', 'legaliteit' en 'toegang tot een onafhankelijke rechter' de belangrijkste kenmerken van de rechtsstaat zijn.¹⁰ De memorie van toelichting bij de nieuwe algemene bepalingen van de Grondwet sluit hier eveneens bij aan.¹¹ Alhoewel enige overeenstemming te bespeuren is, wijken de definities en de invulling hiervan toch enigszins van elkaar af.

Naast het feit dat het begrip 'rechtsstaat' verschillende invullingen kent, is ook sprake van gebrekkig 'rechtsstaatsbewustzijn' bij politici (en burgers). Politici dragen de rechtsstaat niet uit in hun woorden en/of daden. Een goed voorbeeld hiervan is het eerdergenoemde rapport waarin de verkiezingsprogramma's van de veertien grootste partijen zijn doorgelicht, in aanloop naar de verkiezingen van 2021. Van de veertien partijen hadden zeven partijen 'rode' ideeën opgenomen in hun verkiezingsprogramma. Dit betreffen ideeën die in essentie on-rechtsstatelijk zijn volgens het toetsingskader van de commissie. Daarnaast

8 *De rechtsstaat, een quick scan. De partijprogramma's voor de verkiezingen 2021, Rechtsstatelijk?* (Rapport van de 'Commissie Rechtsstatelijkheid in Verkiezingsprogramma's' in opdracht van de Nederlandse Orde van Advocaten), p. 5.

9 S. Zouridis, *De resonante rechtsstaat. Over de institutionele crisis van de rechtsstaat en hoe er weer uit te komen*, Den Haag: Boom Bestuurskunde 2021, p. 80.

10 M.J.M. Voermans e.a., *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip 'rechtsstaat' in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 52-82.

11 *Kamerstukken II 2015/16, 34516, nr. 3, par. 3.4 (MvT)*.

hadden tien van de veertien partijen ‘gele’ ideeën, wat betekent dat de plannen een risico voor de rechtsstaat kunnen vormen.¹² Ook tijdens debatten in de Tweede Kamer der Staten-Generaal en tijdens toespraken (voor de achterban), worden door sommige betrokkenen ‘onhandige’ uitspraken gedaan.¹³

Deze woorden, plannen en daden, die niet in overeenstemming zijn met de ‘rechtsstaat’, sturen tegelijkertijd ook een bepaalde boodschap naar de burgers. ‘On-rechtsstatelijke’ ideeën worden herhaald en er worden onrealistische verwachtingen gecreëerd bij burgers. In de Nederlandse rechtsorde zijn ‘rode’ ideeën bijvoorbeeld niet haalbaar, maar deze worden wel als zodanig gepresenteerd in het partijprogramma; een ontwikkeling die onze gepolariseerde samenleving geen goed doet.

3. EEN WEERBARE RECHTSSTAAT VOOR EEN VEERKRACHTIGE SAMENLEVING?

In de navolgende alinea’s wordt het standpunt bepleit dat een eenduidige wettelijke definitie moet worden verbonden aan het begrip ‘rechtsstaat’.

Zoals gezegd, het begrip ‘rechtsstaat’ kent geen eenduidige definitie door de lange ontwikkeling die het heeft doorgemaakt. Het begrip is noch vormgegeven noch gecodificeerd, maar het heeft zichzelf gedurende een aantal eeuwen uitgekristalliseerd. Het betreft een dynamisch begrip, maar in de praktijk blijkt het een bijzonder vaag concept te zijn. Hierdoor kan het concept ‘rechtsstaat’ worden gebruikt om vele uiteenlopende

12 *De rechtsstaat, een quick scan. De partijprogramma’s voor de verkiezingen 2021, Rechtsstatelijk?* (Rapport van de ‘Commissie Rechtsstatelijkheid in Verkiezingsprogramma’s’ in opdracht van de Nederlandse Orde van Advocaten).

13 Gedacht kan worden aan de ‘minder-minder-uitspraken’ van de heer G. Wilders; ‘Strafzaak Wilders (afgesloten 6 juli 2021)’, om.nl, 3 juli 2019.

en tegenstrijdige standpunten te rechtvaardigen. Dit is onzes inziens vreemd, omdat 'rechtsstatelijkheid' tegelijkertijd wordt beschouwd als een essentieel kenmerk van de Nederlandse rechtsorde.

Het wettelijk definiëren en concretiseren van 'de rechtsstaat' brengt enkele voordelen met zich mee. Een vaste definitie van het begrip 'rechtsstaat' kan allereerst worden gebruikt als maatstaf om het overheidshandelen te beoordelen. Daarnaast wordt het politieke debat en de discussie in de maatschappij over welke waarden en doelstellingen Nederland deelt, overzichtelijker. Immers, er kan nooit een inhoudelijk nuttige discussie worden gevoerd over dergelijke onderwerpen wanneer verschillende groepen tegengestelde definities hanteren. Een eenduidige definitie zou in dat geval duidelijkheid scheppen.

Een ander mogelijk voordeel is het creëren en het in stand houden van het 'rechtsstaatsbewustzijn' bij burgers en politici. Zoals eerder is gebleken: er worden met enige regelmaat voorstellen gedaan die in strijd zijn met het recht. Door de discussie aan te gaan over welke waarden bij 'rechtsstatelijkheid' horen, ontstaat meer bewustzijn en wederzijds begrip. Daarnaast worden meer realistische verwachtingen en doelstellingen bij burgers en politici geschapen. Vaak ontstaat bijvoorbeeld een roep om meer veiligheid ten koste van fundamentele rechten en vrijheden, zonder dat men zich realiseert wat dat in de praktijk zal betekenen. Ook zal 'rechtsstaatsbewustzijn' bij politici en burgers leiden tot zinvolle verkiezingsbeloften, die niet bij voorbaat onhaalbaar zijn. Dit komt de stabiliteit en voorspelbaarheid van overheidshandelen uiteindelijk ten goede en schept aldus redelijke verwachtingen bij burgers. Hoogstwaarschijnlijk leidt dit ook tot meer vertrouwen tussen burgers onderling en tot meer vertrouwen in de overheid zelf. Op dit moment wordt gebruik gemaakt van verschillende invullingen van de rechtsstaat,

waardoor we in Nederland langs elkaar heen blijven praten. Met een eenduidig begrip kan onze politiek verdeelde samenleving dichter bij elkaar worden gebracht.

Niettemin gaat dit gepaard met nadelen. In de praktijk zal het heel lastig zijn om een eenduidige betekenis te formuleren voor het begrip 'rechtsstaat'. De rechtsstaat zelf is ongrijpbaar; het is een concept dat wordt gebruikt om tot een wenselijke staatsindeling en gedegen waarborgen voor burgers te komen. Daarnaast hebben diverse politieke partijen en stromingen een eigen opvatting over wat een rechtsstaat is en hoe de rechtsstaat moet worden vormgegeven. Het zal moeilijk zijn om tot een politiek-neutrale definitie te komen, wat het lastig maakt om overeenstemming te bereiken in de politieke arena over de invulling van 'rechtsstatelijkheid'. Ten slotte, de rechtsstaat kan zich maar moeilijk verder ontwikkelen wanneer hij in een strakke (Grond) wettelijke definitie wordt gegoten. Desalniettemin, het is cruciaal om te blijven streven naar een duidelijke en breed gedragen definitie van het begrip 'rechtsstaat'. Dit leidt tot een weerbare rechtsstaat voor een veerkrachtige samenleving.

4. CONCLUSIE

Concluderend: in dit essay is duidelijk geworden dat het begrip 'rechtsstaat' kan worden gebruikt om verschillende tegen-gestelde standpunten te onderbouwen. Dat is mogelijk omdat de betekenis van 'rechtsstatelijkheid' niet is gecodificeerd en er ook geen overeenstemming bestaat over de precieze invulling ervan in theorie en praktijk. 'Rechtsstatelijkheid' is dus vormbaar. Dit levert een vreemde situatie op, aangezien rechtsstatelijkheid wordt gezien als een kernwaarde van de Nederlandse rechtsorde. Wel worden bepaalde elementen vaak onder rechtsstatelijkheid geschaard, zoals 'grondrechten', 'legaliteit' en 'de toegang tot

een onafhankelijke rechter'. In het tweede deel van het essay is bepleit om een eenduidige, wettelijke definitie te verbinden aan de rechtsstaat. Daarnaast moet het rechtsstaatsbewustzijn onder politici en burgers worden verbeterd. Wanneer in Nederland niet meer wordt getwist over de precieze inhoud van een kernwaarde zoals de rechtsstaat, dan kan een zinvolle, inhoudelijke discussie plaatsvinden over de doelstellingen die we willen nastreven. Zo blijven we niet langs elkaar heen praten, maar kunnen we samenwerken en onze doelstellingen behalen. Alhoewel het niet gemakkelijk zal zijn om overeenstemming te vinden, aangezien rechtsstatelijkheid een politiek beladen onderwerp is, is het belangrijk om te streven naar een eenduidige definitie van 'rechtsstaat'. Verwijzend naar Hongarije en Polen: men beseft pas echt wat de rechtsstaat inhoudt en hoe waardevol de rechtsstaat is, als deze dreigt te verdwijnen. Overeenstemming over de inhoud van de rechtsstaat maakt een inhoudelijke, constructieve discussie mogelijk en verandert onze politiek verdeelde samenleving, in een veerkrachtige samenleving.