

Een weerbare *Nederlandse rechtsstaat*

Chiel Kuypers & Ronald Tinnevelt¹

De Staatscommissie Rechtsstaat heeft als voornaamste opdracht om ‘het functioneren van de rechtsstaat te analyseren en voorstellen te doen voor versterking van de rechtsstaat’ met bijzondere aandacht voor de ‘bescherming van burgers tegen onvoorziene en ongewenste gevolgen van overheidsmaatregelen’. Dat lijkt een nuttige exercitie maar probleem is dat een heldere theorie over rechtsstatelijke weerbaarheid momenteel nog ontbreekt. Rechtsstatelijk verval kent namelijk meerdere gedaanten: Polen, Hongarije en de Toeslagen-affaire vormen slechts drie oriëntatiepunten op een breder continuüm. Begrip van dit continuüm en van de rechtsstatelijke instrumenten die nodig zijn om de rechtsstaat weerbaar te maken – een theorie van de weerbare rechtsstaat – is wat dat betreft cruciaal. In deze bijdrage wordt getracht in enkele grote stappen de krijtlijnen van een dergelijke theorie te beschrijven.

De Israëlische regering presenteerde begin dit jaar plannen om de controlerende macht van het Hooggerechtshof drastisch in te perken. Indien gerealiseerd worden de mogelijkheden voor het Hof om wetten te toetsen aanzienlijk verkleind. Tegelijkertijd neemt de macht van de Knesset over het rechtssysteem sterk toe doordat onwelgevallige uitspraken van het Hof met een eenvoudige meerderheidsbeslissing terzijde kunnen worden geschoven.² Volgens Esther Hayut, president van het Hooggerechtshof, zijn de hervormingsplannen van Netanyahu’s regering erop gericht om van het Hof een ‘stilzwijgende instelling’ te maken en een ‘dodelijke wond’ toe te brengen aan de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.³ Met haar plannen volgt de Israëlische regering een verontrustend bekend patroon: om de eigen macht te consolideren besluit de politiek tot hervorming van de rechterlijke macht, inperking van de rechterlijke toetsingsruimte of tot ontslagrondes van rechters met daarop volgend gepolitiseerde benoemingen.⁴

Deze doelbewuste afbraak van rechtsstatelijke waarborgen voor politieke doeleinden, wordt ook wel getypeerd als *rule of law backsliding* – rechtsstatelijk verval – en is al lange tijd zichtbaar in landen als Polen of Hongarije.⁵ Nederland kent geen vergelijkbare ontwikkeling. Regering en parlement oefenen hier geen gecoördineerde aanval uit op de rechtsstaat. Toch laat dit onverlet dat ook in ons land te pas en onpas over de crisis van de rechtsstaat gesproken wordt met de Toeslagenaffaire als het zwaard van Damocles en het rapport *Ongekend Onrecht* (2021) als voornaamste referentiepunt van het probleem van rechts-

statelijk verval. Daarom besloot de ministerraad op 25 november 2022 tot het instellen van de Staatscommissie Rechtsstaat met als voornaamste opdracht ‘om het functioneren van de rechtsstaat te analyseren en voorstellen te doen voor versterking van de rechtsstaat’ met bijzondere aandacht voor de ‘bescherming van burgers tegen onvoorziene en ongewenste gevolgen van overheidsmaatregelen’.⁶ Hoe waardevol de instelling van de Staatscommissie ook is, toch wordt door de specifieke taakopdracht de noodzakelijke aandacht voor het vraagstuk van rechtsstatelijk verval niet alleen aanzienlijk versmald maar verdwijnt tevens een belangrijk probleem uit het blikveld: een heldere theorie over rechtsstatelijke weerbaarheid ontbreekt momenteel nog. Rechtsstatelijk verval kent meerdere gedaanten: Polen, Hongarije en de Toeslagen-affaire vormen slechts drie oriëntatiepunten op een breder continuüm. Begrip van dit continuüm en van de rechtsstatelijke instrumenten die nodig zijn om de rechtsstaat weerbaar te maken – een theorie van de weerbare rechtsstaat – is wat dat betreft cruciaal. In deze bijdrage willen we in enkele grote stappen de krijtlijnen van een dergelijke theorie beschrijven.

Meer dan Ongekend Onrecht

Met het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag voor ogen lijkt vooral één probleem model te staan voor het verval binnen de Nederlandse rechtsstaat: het ‘onvermogen om recht te doen aan het individu’. Door bij het opstellen en uitvoeren van wetten geen of gebrekkig rekening te houden met

de belangen van mensen – en daarmee de algemene beginselen van behoorlijk bestuur terzijde te schuiven – worden volgens de commissie de ‘grondbeginselen van de rechtsstaat geschonden’.⁷ Het Toeslagenschandaal is echter niet de enige affaire die deze specifieke kwetsbaarheid van de rechtsstaat toont. Zo verscheen vrij snel na de publicatie van het rapport *Ongekend Onrecht* een artikel in het *NJB* met als titel ‘Ongezien onrecht in het Vreemdelingenrecht’. Daarin laten de auteurs zien dat een viertal vormen van onrecht ook de afhandeling van vreemdelingenzaken kenmerkt en dat het ontstaan daarvan aan vergelijkbare factoren kan worden toegeschreven als spelen bij de Toeslagenaffaire: ‘rigide wetgeving zonder hardheidsclausules, geïnstitutionaliseerd wantrouwen ten aanzien van een kwetsbare groep, een bestuur dat te weinig oog heeft voor de menselijke maat en constant de politieke boodschap hoort dat het beleid restrictief moet zijn en een rechterlijke macht die het bestuur de hand boven het hoofd houdt’.⁸ Een wrange boodschap die in het eindrapport van de parlementaire onderzoekscommissie Uitvoeringsorganisaties nog uitgebreid wordt in de richting van andere uitvoeringsorganisaties⁹ en recent opnieuw weer bevestigd werd in het rapport van de parlementaire enquêtecommissie aardgaswinning. De ‘pijnlijke hoofdconclusie van dit rapport’ schrijft de enquêtecommissie, is ‘dat de belangen van de Groningers structureel zijn genegeerd bij de gaswinning. In die zin ging de gaswinning dus boven de Groningers’.¹⁰ Een ongekende vorm van systeemfalen met een zeer groot aantal gedupeerden als gevolg. Over de vraag hoe deze situatie kon ontstaan is de commissie even hard als helder: ‘de werelden van beslissers enerzijds en bewoners anderzijds’ zijn strikt gescheiden en verschillen totaal van elkaar.¹¹

Niet vergeten moet echter worden dat aantasting of verval van de rechtsstaat ook andere paden kan bewandelen of andere gestalten kan aannemen. Zo tonen enkele recente voorbeelden dat de rechtsstatelijkheid op meerdere plaatsen in ons politiek-juridisch systeem sterk te wensen over laat. Denk aan de gebrekkige loyaliteit tussen de staatsmachten, zoals het Ministerie van Volksgezondheid dat liever dwangsommen betaalt dan dat het (tijdig) uitvoering geeft aan het rechterlijke vonnis om stukken omtrent de mondkapjesdeal openbaar te maken.¹² De regering die dringende adviezen van de Raad van State

Aantasting of verval van de rechtsstaat kan ook andere paden bewandelen of andere gestalten aannemen

negeert, zoals met betrekking tot de *Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD* naar landen met een offensief cyberprogramma. Het kabinet dat geitenpaadjes zoekt om wettelijke regels te omzeilen of regels zonder wettelijke basis invoert zoals ten aanzien van de bouwvrijstelling en de stikstofwet of de nareismaatregel in het kader van het vraagstuk van de gezinshereniging. De Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State die de staatssecretaris terugfluit inzake de buitenwerkingstelling van de rechterlijke dwangsom op grond van de *Tijdelijke wet afschaffing dwangsommen IND*.¹³ De controlerende taak van het parlement die bij belangrijke overeenkomsten uitgekleeft wordt, zoals bij het klimaat- en het energieakkoord.¹⁴ Of de jarenlange bezuinigingen op de sociale advocatuur en de rechterlijke macht.

De verschillende gestalten van rechtsstatelijk verval

Deze voorbeelden tonen dat de rechtsstaat in Nederland misschien niet verworpen wordt – zoals in Polen en Hongarije het geval lijkt te zijn – maar wel ernstig uitgehald. De vraag is dan of deze en andere gevallen, onder dezelfde noemer van rechtsstatelijk verval gebracht kunnen worden. Naar onze mening is dat niet alleen mogelijk maar ook noodzakelijk als we zinvol invulling willen geven aan het steeds vaker gebezigde maar zelden goed gedefinieerde idee van de weerbare rechtsstaat. Belangrijk is dan wel om drie typen van onderscheid goed voor ogen te houden.

Een eerste type ontlenen we aan Aziz Z. Huq & Tom Ginsburg die in ‘How to Lose a Constitutional Democracy’ een onderscheid maken tussen twee verschillende bedreigingen voor wat zij de constitutionele liberale democratie noemen: ‘authoritarian reversion’ en ‘constitutional retrogression’.¹⁵ Bij de eerste gaat het om een proces van snelle

Auteurs

1. Mr. M.R.A. Kuypers is promovendus bij de vaksectie Rechtsfilosofie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen. Prof. dr. R.B.J. Tinnevelt is hoogleraar Rechtsfilosofie aan dezelfde Faculteit.

Noten

2. R. Berg, ‘Israel plan to curb Supreme Court’s powers sparks outcry’, *BBC* 5 januari 2023.
3. B. Atzili, ‘Israel’s Netanyahu facing off against the supreme court and proposing to limit judicial independence – and 3 other threats to Israeli democracy’, *theconversations.com*, 19 januari 2023.

4. R. Janse, ‘Rechtsstaatscultuur’, *NJLP* 2017/2, p. 147. Zie bijvoorbeeld J. Morijn, ‘De EU en de rechtsstatelijke crises in Hongarije en Polen: Urgentie vergt (gedifferentieerde) actie’, *NJB* 2021/203, afl. 1, p. 200-206.

5. L. Pech & K. L. Scheppelle, ‘Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU’, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2017/19, p. 10.
6. ‘Kabinet stelt Staatscommissie Rechtsstaat in’, *rijksoverheid.nl*, 25 november 2022. Zie tevens: besluitenlijst ministerraad van 25 november 2022, p. 3-4 (online publiek).

7. Verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag: *Ongekend Onrecht*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2, p. 7.
8. K. Geertsema e.a., ‘Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht’, *NJB* 2021/979, afl. 14, p. 1046-1053, p. 1053.
9. Eindrapport parlementair onderzoek naar de oorzaken van problemen bij uitvoeringsorganisaties, *Klem tussen balie en beleid*, 25 februari 2021, bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 35387, nr. 2.
10. Rapport parlementaire enquêtecommissie aardgaswinning Groningen, *Groningers boven gas*, 2023, p. 7-8.
11. Idem, p. 32.

12. ‘Ministerie negeert uitspraak rechter voor 15.000 euro: “obstructie 2.0”’, *bnr.nl*, 18 juli 2022.
13. ABRvS 30 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3353, m.nt. V.M. Bex-Reimert.
14. M. Fogteloo, ‘Advies aan de (in)formateur (9); Barbara Oomen. “We zijn nonchalant over onze rechtsstaat”’, *De Groene Amsterdammer* 2021/26, p. 17-19.
15. A. Huq & T. Ginsburg, ‘How to Lose a Constitutional Democracy’, *UCLA Law Review* 2018/1, pp. 79-169.



© Shutterstock

en volledige transitie van de constitutionele liberale democratie richting een autoritair bewind. De auteurs denken hierbij aan een staatsgreep of het plotseling uitroepen van de noodtoestand.¹⁶ Toch hoeft de terugval richting een autoritair bewind volgens Huq & Ginsburg niet plotseling te gebeuren maar kan deze ook via een lang proces van incrementele veranderingen verlopen; door hen getypeerd als constitutionele retrogressie.¹⁷ Juist deze stapsgewijze uitholling van de constitutionele demo-

cratie is volgens Huq & Ginsburg gevaarlijk en komt bovendien steeds vaker voor.¹⁸ Voor zover de roep om een weerbare rechtsstaat een reactie vormt op het probleem van rechtsstatelijk verval dient derhalve constitutionele regressie centraal te staan en niet een vorm van autoritaire omkering.

Een tweede onderscheid hangt samen met de vraag of rechtsstatelijk verval al dan niet doelbewust of intentioneel wordt nagestreefd. Kim Lane Scheppelle & Laurent

Pech, twee bekende auteurs in het debat over het autoritarisme in Europa, geven de volgende definitie van rechtsstatelijk verval:

'het proces waarbij verkozen overheden doelbewust regeringsplannen uitvoeren die tot doel hebben de interne controle op de macht systematisch te verzwakken, te vernietigen of te veroveren met als intentie de liberale democratische rechtsstaat te ontmantelen en de heerschappij van de dominante partij te bestendigen.'¹⁹

Deze definitie sluit weliswaar nauw aan bij de ondermijning van de rechtsstaat in Polen, Hongarije en meest recentelijk Israël, maar miskent tegelijkertijd dat niet iedere vorm van rechtsstatelijk verval doelbewust en systematisch wordt nagestreefd om de eigen macht te consolideren.

Ten eerste omdat er niet altijd sprake hoeft te zijn van een duidelijk vooropgezet plan om de rechtsstaat systematisch te ondermijnen. Het kan ook gaan om rechtsstatelijk verval als gevolg van reactionair opportunisme waarbij populistische politieke leiders vooral reageren op

Er hoeft niet altijd sprake te zijn van een duidelijk vooropgezet plan om de rechtsstaat systematisch te ondermijnen

wat zij percipiëren als ongewenste inperkingen van hun politieke macht.²⁰ De Verenigde Staten in de eerste jaren van het presidentschap van Donald Trump vormen hier een bekend voorbeeld van. Persoonlijke afrekeningen waren – zoals Daalder in zijn boek over Trump stelt – 'aan de orde van de dag'. Denk aan die gevallen waarbij Trump 'onafhankelijke toezichthouders, die voor hem onwelgevalige onderzoeken doen, met ontslag dreigt' en daarmee 'onafhankelijk intern onderzoek onmogelijk' maakt.²¹ Een masterplan leek Trump in de eerste periode – en wellicht later ook – echter niet te hebben. De pijlen werden vooral

gericht op de vijand van het moment. Kritische media of rechters moesten het ontgelden en werden weggezet als 'fake news media' of 'politieke rechters', met als langetermijnresultaat dat hun onafhankelijke positie en daarmee ook de rechtsstaat ondergraven werden.²² Deze ondergraving betreft niet zozeer een ontmanteling van de 'harde' instituties of *structuren* van de rechtsstaat, zoals dat in Polen gebeurde, maar moet vooral worden gezien als aantasting van daaraan onderliggende rechtsstatelijke normen, als onderdeel van een rechtsstatelijke *cultuur*.²³

Hoewel Groot-Brittannië onder Boris Johnson geregeld samen met de Verenigde Staten onder Trump genoemd wordt als voorbeeld van een sluipende uitholling van de rechtsstaat is dat niet evident. Niet alleen is Johnson verre van de autoritaire populist die Trump is maar de onder Johnson opgestelde en uitgevoerde plannen – denk aan de ontbinding van het parlement in 2019 om de Brexit mogelijk te maken, de plannen om de financiering van de BBC (als bron van onafhankelijk informatievoorziening) drastisch in te perken en de aanpassing van de 'Ministerial Code' om sancties tegen ministers te reduceren – ontberen dezelfde omvang en impact als het geval was in de Verenigde Staten onder Trump.²⁴

Naast het feit dat niet iedere vorm van rechtsstatelijk verval, zoals gezegd, steunt op een vooropgezet plan, mag ook duidelijk zijn dat niet altijd een intentie op het consolideren van macht aanwezig is. De Toeslagenaffaire en de aardgaswinning in Groningen tonen dat verval ook daar kan optreden waar de overheid haar verantwoordelijkheid negeert om de belangen van burgers volwaardig te beschermen. Het herhaardelijk negeren van bepaalde rechtsstatelijke normen gebeurt hierbij weliswaar intentioneel, maar moeilijk valt te beweren dat daarbij ook het oogmerk aanwezig is de democratische rechtsstaat te ontmantelen. Zo bezien kan naast het populisme ook een zeker instrumentalisme of doorgeslagen pragmatisme aan de basis staan van verval. Helaas heeft de huidige wetenschappelijke literatuur over rechtsstatelijke weerbaarheid nog te weinig oog voor deze uitbreiding van de idee van rechtsstatelijk verval.

Binnen het specifieke domein van de niet-intentioneel nagestreefde vormen van rechtsstatelijk verval, ten slotte, kan een onderscheid gemaakt worden tussen de Toeslagenaffaire en de aardgaswinning in Groningen enerzijds en de andere vormen van verval die we in de laatste alinea van de vorige paragraaf besproken hebben. Het structureel negeren van de belangen van burgers en het onvoldoende bieden van rechtsbescherming is van een andere aard dan het omzeilen van wettelijke regels of het

16. Idem. p. 83.

17. Idem, p. 94.

18. Zij noemen in dat kader bijvoorbeeld:

Hongarije, Polen, Rusland, Thailand en Venezuela; Huq & Ginsburg 2018, p. 119.

19. L. Pech & K.L. Scheppele, 'Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2017/19, p. 10.

20. Daly spreekt over 'a form of reactionary opportunistic undermining of democratic

structures by political actors'. T.G. Daly,

'Democratic Decay: Conceptualising an

Emerging Research Field', *Hague Journal on the Rule of Law* 2019/11, p. 29.

21. E. Daalder, *President Trump en de rule of law; werkt het Amerikaanse rechtssysteem nog?*, Den Haag: Boom 2021, p. 23.

22. Dit wil niet zeggen dat tegen het einde van Trumps presidentschap, en met name na zijn verkiezingsnederlaag, zijn pogingen om zijn ambt en daarmee de macht te

behouden wel degelijk een zekere systematische of planmatige vorm aannamen.

23. Daly (2019, p. 17, 19) maakt een onderscheid tussen 'structure' en 'substance'. *Structures*, verwijzen naar 'democratic institutions such as courts, human rights commissions and ombudsmen, as well as political parties, media, and NGOs', *substance* naar 'the "soft matter", the norms of democratic governance, including public faith in democratic rule and the

willingness of political actors to play by the rules of the game and to act – and to be seen as acting – in the public interest'.

24. Vgl. L. Pech, 'Has Rule of Law backsliding begun in the UK?', 16 december 2020, mdx.minds.com/2020/12/16/has-rule-of-law-backsliding-begun-in-the-uk/; Y. Mounk, 'Boris Johnson's Radically Undemocratic Maneuver', *The Atlantic* 2019/8.

Een weerbare rechtsstaat moet antwoord bieden op een breed scala aan problemen die langs verschillende assen verdeeld kunnen worden: intentioneel en niet-intentioneel, horizontaal en verticaal

invoeren van regels en beleid zonder wettelijke basis. Welk criterium bruikbaar is om deze vormen helder te scheiden, valt niet eenvoudig te bepalen. Een mogelijke kapstok biedt het onderscheid tussen *horizontale* en *verticale* vormen van rechtsstatelijk verval. Bij horizontaal verval staat de verhouding tussen de staatsmachten centraal, bij verticaal verval de relatie tussen overheid en burger. De implicatie lijkt dan duidelijk. De Toeslagenaffaire is een voorbeeld van verticaal verval, het zoeken naar geitenpaadjes om wettelijke regels te omzeilen een voorbeeld van horizontaal verval. Toch is de realiteit complexer en vallen de verschillende voorbeelden niet eenduidig onder de ene of de andere vorm van verval. Een van de oorzaken van de Toeslagenaffaire betrof immers de rechterlijke macht die het bestuur de hand boven het hoofd hield.

Rechtsstatelijk verval kent aldus velen gedaanten, maar een taxonomie van alle verschijningsvormen, met elkaar uitsluitende categorieën en labels, is moeilijk te geven. Voor een eerste begrip van het vraagstuk van rechtsstatelijke weerbaarheid is het echter nog niet noodzakelijk om eenduidigheid en volledigheid na te streven. Centraal dient vooral het inzicht te staan dat een weerbare rechtsstaat antwoord moet bieden op een breed scala aan problemen die langs verschillende assen verdeeld kunnen worden: intentioneel en niet-intentioneel, horizontaal en verticaal. De Staatscommissie Rechtsstaat richt zich in reactie op de Toeslagenaffaire begrijpelijkerwijs vooral op een niet-intentionele vorm van verval die zich manifesteert in de verticale relatie tussen overheid en burger. Toch zou de commissie – en ook de wetenschappers die zich over de weerbaarheid van de rechtsstaat buigen – er goed aan doen om het blikveld open te houden en ook aandacht te hebben voor vormen van verval waarbij de belangen van de burger niet direct op het spel lijken te staan.

Hoe om te gaan met deze rechtsstatelijke gebreken

Wie constateert dat de rechtsstaat geen rustig bezit is, ‘geen huis waarin we onbezorgd kunnen slapen’,²⁵ dient vervolgens na te gaan hoe het rechtsstatelijk bouwwerk gestut en versterkt kan worden om verval te voorkomen. De taakopdracht van de Staatscommissie Rechtsstaat laat dit duidelijk zien.²⁶ De vraag stelt zich echter of de rechtswetenschap – en daarmee ook de Staatscommissie – momenteel over de juiste juridische en normatieve concepten beschikt om deze opdracht tot een succesvol einde te brengen. Onzes inziens is dat niet het geval. Ondanks aanzetten ontbreekt een volwaardige theorie van de weerbare rechtsstaat momenteel.

Een duidelijk contrast ontstaat hierdoor met het denken over de kwetsbaarheid en bescherming van het poli-

tieke proces binnen een democratische rechtsstaat. Al in de jaren dertig van de vorige eeuw is nagedacht over het waarborgen van het voortbestaan van de democratie. De Duitse jurist en politicoloog Loewenstein schoof in dat kader het concept naar voren van de strijdbare of weerbare democratie (‘militant democracy’).²⁷ Bij deze oproep tot het vormen van een ‘weerbare’ democratie staan kortgezegd twee paradoxen centraal. Allereerst de constatering dat de democratie met de verkiezing van antidemocratische politici haar eigen vernietiging kan faciliteren. Voor Loewenstein, die Nazi-Duitsland in 1933 ontvluchtte, was Hitlers weg naar absolute macht het voornaamste voorbeeld hiervan.²⁸ De tweede paradox houdt in dat het weerbaar maken van de democratie kan leiden tot de inzet van *prima facie* antidemocratische middelen zoals een partijverbod.²⁹ Over deze twee tegenstellingen en de democratische weerbaarheidsgedachte in het algemeen, is in meer recente tijden uitvoerig nagedacht door auteurs als Jan-Werner Müller en Bastiaan Rijpkema.³⁰

De problemen van rechtsstatelijk verval die de laatste jaren in Polen en Hongarije zichtbaar werden, vormden voor auteurs als András Sajó en Jerg Gutmann & Stefan Voigt aanleiding om te werken aan een vergelijkbaar conceptueel kader voor het beschermen van de rechtsstaat: de strijdbare of weerbare rechtsstaat (‘militant constitutionalism’).³¹ Dat is volgens Gutmann & Voigt noodzakelijk omdat de problematiek van *rule of law backsliding* in belangrijke opzichten verschilt van die van de weerbare democratie. In de eerste plaats omdat het probleem van rechtsstatelijk verval zich pas openbaart wanneer bepaalde personen of partijen reeds aan de macht zijn gekomen.³² Initiatieven om bijvoorbeeld de rechterlijke macht te hervormen of de grondwet te herzien, komen dan pas naar boven.³³ In de veronderstelling dat het verbieden van partijen op dat moment niet meer zinvol of haalbaar is, roepen de auteurs op tot een vorm van constitutionele zelfverdediging waarmee de schade kan worden beperkt.³⁴ Daarmee ontbeert dit idee van *militant constitutionalism* het preventieve karakter dat de weerbare democratie laat zien. Desalniettemin biedt het concept in ieder geval een aanzet om naar bedreigingen voor de rechtsstaat te kijken. De algemene strekking hierbij is dat essentiële onderdelen van een goed functionerende rechtsstaat, die bescherming bieden tegen ongecontroleerde machtsuitoefening, zoals de scheiding der machten, *checks and balances* en rechterlijke controle, op zichzelf ook bescherming behoeven.

Wat echter niet geproblematiseerd wordt door auteurs als Sajó, is de vraag wanneer die bescherming nu exact geboden is. Rechtsstatelijk verval is zelfs in zijn meest planmatige verschijningsvorm, zoals we dat in Oost-Europa zagen en zien, een gradueel proces. Waar

Rechtsstatelijk verval is zelfs in zijn meest planmatige verschijningsvorm, zoals we dat in Oost-Europa zagen en zien, een gradueel proces. Waar moeten we een grens trekken?

moeten we een grens trekken in dat proces van constitutionele amendementen, organisatorische herinrichting van de rechterlijke macht of benoemingen van politieke vrienden? Op basis van welke maatstaven kunnen we een onderscheid aanbrengen tussen hervormingen zoals onze eigen rechterlijke macht die begin deze eeuw doormaakte – met de invoering van de Raad voor de rechtspraak – of de hervormingen in een land als Polen? In tegenstelling tot Müller en Rijkema die met hun werk de grenzen van democratische tolerantie proberen te omlijnen, slagen auteurs als Sajó er nog niet in diezelfde grenzen voor de rechtsstaat op exacte wijze te markeren. Het is zo gezien ook niet verwonderlijk dat deze ideeën omtrent rechtsstatelijke weerbaarheid juist zijn ontstaan in reactie op de evident ondermijnende ontwikkelingen in Polen en Hongarije; voorbeelden van intentioneel rechtsstatelijk verval.

Deze focus op enkele *worst cases* heeft twee belangrijke nadelige gevolgen. Niet alleen wordt de moeilijke vraag naar criteria van verval vermeden, maar door de versmalling van het probleem van rechtsstatelijk verval tot intentioneel of doelbewust verval verliest het idee van *militant constitutionalism* zijn bredere relevantie voor westerse democratieën. Het projecteren van de ideeën van Sajó op de Nederlandse rechtsstaat krijgt daardoor al gauw een hoog 'voor het geval dat'-gehalte. Hierdoor ontbreekt een conceptueel raamwerk waarmee ook over de mildere maar eveneens eroderende vormen van rechtsstatelijk verval kan worden nagedacht; een raamwerk dat juist voor de Staatscommissie Rechtsstaat cruciaal is.

25. M. Adams & W. Witteveen, 'Drie dimensies van de rechtsstaat', *NJB* 2014/1017, afl. 20, p. 1364 - 1373.

26. *Kamerstukken II* 2021/22, 29279, nr. 715, p. 1.

27. K. Loewenstein, 'Militant democracy and fundamental rights I', *The American Political Science Review* 1937/31, p. 417-432.

28. R.B.J. Tinnevelt, 'De rechtsstaat: strijdbaar en weerbaar?', in: R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 406; Loewenstein 1937, p. 426-428.

29. B. Rijkema, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie*,

Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2015, p. 131; K. Loewenstein, 'Militant democracy and fundamental rights II', *The American Political Science Review* 1937/31, p. 638-658; zie tevens G. van den Bergh, *De democratische Staat en de niet-democratische partijen* (oratie Amsterdam GU), Amsterdam: De Arbeiderspers Amsterdam 1936.

30. J.W. Müller, 'Militant Democracy', in: M. Rosenfeld & A. Sajó (red.): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2012; J.W. Müller, 'Protecting Popular Self-Government from the People? New Normative Perspectives on Militant Democracy', *Annual review of political science* 2016/19, p.

Rechtsstatelijke cultuur: de gemene deler in rechtsstatelijk behoud

Naast de beperkte (of hypothetische) relevantie voor de Nederlandse context, laat de literatuur omtrent *militant constitutionalism* ook een eenzijdige kijk zien op de verdediging van de rechtsstaat. De focus ligt nadrukkelijk op formele regels, procedures en instituties die de rechtsstaat moeten versterken. Zo spreekt Sajó bijvoorbeeld over het potentieel van een strengere grondwettelijke wijzigingsprocedure, het invoeren van strikte ambtstermijnen of het hebben van een meerlagige constitutionele rechtsorde door gebondenheid aan het EU-recht.³⁵ Hoewel het zeer logische en voor de hand liggende voorstellen betreft, valt tegelijkertijd op dat het antwoord op eroderende instituties en zwaktes in rechtsstatelijke normen primair wordt gezocht in een versterking via additionele instituties, procedures en normen. Daarmee ontstaat het beeld van een stapeling aan formele waarborgen; om de vesting van de rechtsstaat wordt een slotgracht gelegd.

Nu is het allerminst zo dat het irrelevant is op welke wijze bepaalde elementen van een rechtsstaat (grond)wettelijk zijn verankerd. In Hongarije bijvoorbeeld droeg een combinatie van zwakke staatsrechtelijke structuren en regels bij aan de afbraak van de rechtsstaat door *Fidesz*, de partij van Victor Orbán. Die partij behaalde in de verkiezingen van 2011 met 53% van de stemmen, via het districtenstelsel, 68% van het aantal zetels. De partij was daarmee direct ook grondwetgever omdat voor wijziging van de Hongaarse grondwet niet meer is vereist dan een tweederde meerderheid, in één lezing, binnen het Hongaarse éénkamerstelsel.³⁶

Tegelijkertijd is gezonde scepsis mogelijk ten aanzien van de opvatting dat enkel extra wettelijke waarborgen hiertegen uitkomst bieden. Volgens Ronald Janse is uiteindelijk geen enkele extra waarborg opgewassen tegen regeringen als die in Warschau en Budapest: zij zijn inventief genoeg om wettelijke en quasi-wettelijke maatregelen te nemen die dergelijke waarborgen saboteren.³⁷ Het sluit aan bij een gedachte die in de literatuur omtrent constitutionele zelfverdediging breder gedeeld wordt, namelijk dat harde (constitutionele) normen slechts voor een deel kunnen bijdragen aan het bestendigen van de constitutionele democratie.³⁸ Deze relativering ten aanzien van de moge-

249-266; Rijkema 2015, p. 210.

31. A. Sajó, 'Militant Constitutionalism', in: A. Malkopoulou & A. Kirschner (red.), *Militant Democracy and Its Critics; Populism, Parties, Extremism*, Edingburgh: Edingburgh University Press 2021, p. 187-206; J. Gutmann & S. Voigt, 'Militant constitutionalism: a promising concept to make constitutional backsliding less likely?', *Public Choice* 2021. Zie tevens: J. Gutmann & S. Voigt, 'The rule of law: Measurement and deep roots', *European Journal of Political Economy* 2018, vol. 54, p. 68-82.

32. Gutmann & Voigt 2021.

33. Zie respectievelijk: W. Sadurski, *Poland's Constitutional breakdown*, Oxford: Oxford University Press 2019; G. Halmay, 'A Coup

against Constitutional democracy', in: M.A. Graber, S. Levinson & M. Tushnet (red.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 243-256.

34. Sajó 2021, p. 193; Gutmann & Voigt 2021.

35. Sajó 2021, p. 194-198.

36. M. Bánkuti, G. Halmay & K.L. Scheppele, 'Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution', *Journal of Democracy* 2012/23, p. 138-139.

37. Janse 2017, p. 147.

38. T. Ginsburg & A. Huq, *How to save a constitutional democracy*, Chicago: Chicago University Press 2018, p. 261.

lijkheid om de democratische rechtsstaat met formele regels te stutten, zien we ook terug in de literatuur over de weerbare democratie en is bovendien empirisch onderbouwd door Gutmann & Voigt.³⁹

Naast formele waarborgen steunt rechtsstatelijk behoud ook op de aanwezigheid van een bepaalde democratische en rechtsstatelijke cultuur. Dat komt in de literatuur over verval op spiegelbeeldige wijze terug. Enerzijds wordt de snelheid waarmee het mogelijk was om relatief nieuwe democratieën als Polen of Hongarije rechtsstatelijk te doen afglijden mede op conto geschreven van een zwakke rechtsstatelijke cultuur.⁴⁰ Anderzijds zien we bij de oude, gevestigde democratieën vaak een omgekeerde redenering. De sterke rechtscultuur vormt bijvoorbeeld een belangrijk argument om angst weg te nemen voor misbruik van kwetsbaarheden binnen de benoemingsprocedures van rechters.⁴¹ Zo gaf Geert Corstens in 2018 toe in reactie op vergelijkingen tussen de Poolse en Nederlandse benoemingswijze van rechters steevast te antwoorden: 'maar onze cultuur is anders'. De oud-president van de Hoge Raad voelde daar inmiddels enig ongemak bij.⁴² Aan de aan- of afwezigheid van een rechtsstatelijke cultuur wordt dus een beslissende rol toegekend bij het probleem van rechtsstatelijk verval.

Dat een rechtsstatelijke cultuur ook voor de Nederlandse rechtsstaat (problematiek) relevant is, blijkt niet alleen uit de uitspraak van Corstens, maar ook uit het rapport van de *Venice Commission* naar aanleiding van de Toeslagenaffaire. De commissie beschrijft hoe het onderhouden van rechtsstatelijke waarden mede afhankelijk is van:

'een politieke cultuur met een hoge mate van bewustzijn van de rechtsstatelijke gevolgen van politieke besluiten en van zelfbeheersing wanneer politiek gewenste maatregelen in strijd zijn met de rechtsstaat. Het vereist ook een rechtscultuur waarin de rechtsstaat wordt aanvaard als kader voor en beperking van democratische besluiten en beleid.'⁴³

Vrij vertaald, gaat het dus om een cultuur van zelfbinding of een politiek besef dat binnen de rechtsstaat nu eenmaal 'niet alles kan'.⁴⁴

Veel concreter dan deze typering wordt de idee van een rechtsstatelijke cultuur echter nog niet. Boven-

Veel concreter dan deze typering wordt de idee van een rechtsstatelijke cultuur echter nog niet

dien wordt de idee op zeer uiteenlopende wijzen gebruikt. Zo schreef Frank van Ommen recent dat de rechtsstaat vereist dat 'wij allen – politici, overheidsfunctionarissen en de burger beschikken over een meelevende fantasie,

empathisch zijn, in staat zijn ons in te leven in de positie van de ander'.⁴⁵ Maurice Adams legde eerder sterker de nadruk op kennis en besef van constitutionele normen. Onder het begrip constitutionele cultuur valt volgens hem kort gezegd 'de wijze waarop in een bepaalde samenleving met constitutionele normen wordt omgegaan'.⁴⁶ Het betoog van Alex Brenninkmeijer naar aanleiding van de Toeslagenaffaire en de roep om versterking van de 'menselijke maat' laat een soortgelijke insteek zien. Ambtenaren moeten volgens hem:

'niet alleen trouw zijn aan "de wet", maar ook aan de behoorlijkheid die een verantwoorde toepassing van de wet mogelijk maakt en vooral kan bijdragen aan respect voor de betrokken mensen.'

Dat vergt dat zij niet legalistisch naar de wet kijken 'maar bij de interpretatie ervan naast de tekst van de wet, (...) kijken naar context en doel van de wetgeving. De integriteit van ambtenaren moet bevorderd worden door meer aandacht te schenken aan waarden, zoals de behoorlijkheidsbeginselen in de dagelijkse praktijk'.⁴⁷ Joost Sillen & Jeffrey Uzman, ten slotte, houden een pleidooi voor het idee van constitutionele hoffelijkheid als uiting van een rechtsstatelijke cultuur.⁴⁸ Constitutionele hoffelijkheid tussen overheidsambten vereist enerzijds dat zij 'elkaar tegenspel bieden om constitutionele fouten te voorkomen en waardevolle arbeidsdeling te bevorderen. Anderzijds moet elk van die instellingen een zeker begrip opbrengen voor de rol van de ander, zodat die ander zijn rol ook naar behoren kan vervullen'.⁴⁹

Gegeven deze uiteenlopende beschrijvingen blijft het de vraag voor de Staatscommissie – en voor ons – wat deze rechtsstatelijke cultuur precies behelst.⁵⁰ Nader onderzoek, heldere definities en strak afgebakende concepten zijn dus vereist. Een eerste manier om hieraan bij te dragen, is door meer duidelijkheid te bieden omtrent de vraag op welke actoren het begrip 'rechtsstatelijke cultuur' van toepassing is en wat deze cultuur van hen vraagt. Over de rechtsstatelijke cultuur kan namelijk gesproken worden in relatie tot de staatsmachten, individuele gezagsdragers, de burger of de samenleving. Toespitst op individuele gezagsdragers of ambtenaren spreekt de literatuur bijvoorbeeld over een constitutioneel ethos,⁵¹ deugden⁵² of integriteit terwijl ten aanzien van burgers de idee van burgerschapsvorming of waakzaamheid naar voren wordt geschoven⁵³ en met betrekking tot de samenleving de gedachte van constitutioneel patriotisme.⁵⁴ Nader onderzoek is nodig om te bepalen hoe deze vier actoren ieder voor zich overtuigd kunnen worden van het belang van democratisch rechtsstatelijke grondbeginselen en hoe deze overtuigingen gecultiveerd kunnen worden.

Concluderende opmerkingen

De rechtsstaat staat in verschillende landen en om uiteenlopende redenen onder druk. De Nederlandse rechtsstaat heeft niet te kampen met directe aanvallen zoals in Polen, Hongarije en meest recentelijk Israël het geval is noch met de onberekenbare gevolgen van het handelen van autocratische politici zoals Trump. Dat laat onverlet dat wij, net als andere Westerse democratieën, niet immuun zijn voor een zekere uitholling van rechtsstatelijke waar-

den. Bemoedigend verschil hierbij is echter dat onze overheid het initiatief heeft genomen tot zelfreflectie en -correctie bij monde van de Staatscommissie Rechtsstaat.

Het is aan die commissie maar ook aan de rechtswetenschap om de gevaren voor onze rechtsstaat te ordenen, te analyseren en op waarde te schatten. Dat is een

Het is aan de commissie maar ook aan de rechtswetenschap om de gevaren voor onze rechtsstaat te ordenen, te analyseren en op waarde te schatten

lastige opgave, maar het is essentieel om vanuit inzicht in de problematiek van rechtsstatelijk verval en op basis van een breder begrip van de weerbare rechtsstaat toe te werken naar een concrete versterking van ons rechtsstatelijk huis. Een stabiele rechtsstaat moet immers niet alleen weerstand kunnen bieden tegen een evidente

afbraak zoals die zich in Hongarije, Polen en Israël ontvouwt, maar ook tegen minder opzichtige en soms niet-doelbewuste veronachtzamingen van rechtsstatelijke waarborgen.

Bovenal is echter een volwaardige theorie van de weerbare rechtsstaat vereist. Wat we hebben getoond – en in ander werk nog verder uitwerken – is dat een dergelijke theorie op de eerste plaats dient te steunen op een genuanceerde analyse van rechtsstatelijk verval waarbij de verschillende problemen langs twee assen kunnen worden geplaatst: intentioneel en niet-intentioneel, horizontaal en verticaal. Op de tweede plaats dient duidelijk te zijn dat de weerbaarheid van de rechtsstaat niet alleen een combinatie van formele structuren, instituties en (grond-)wettelijke waarborgen vereist, maar ook een ondersteunende rechtsstatelijke cultuur. Grondwetten zijn tenslotte, zoals Huq & Ginsburg terecht schrijven, ‘slechts stukjes papier’.⁵⁵ Deze rechtsstatelijke cultuur vereist tot slot dat helder omschreven verantwoordelijkheden worden geformuleerd voor elk van de vier genoemde actoren: staatsmachten, individuele gezagsdragers, burger en samenleving.

De bekende zinsnede uit Luceberts gedicht *De zeer oude zingt* – ‘alles van waarde is weerloos’ – is ook op de rechtsstaat van toepassing. De rechtsstaat vormt een waardevol maar uiterst kwetsbaar geheel. Wie zich niet interesseert in haar verdediging of onderhoud stelt haar bloot aan afbraak of verval; en vindt zichzelf terug tussen de brokstukken. •

39. B. Rijpkema, ‘Democratie als zelfcorrectie revisited’, in: A. Ellian, G. Molier & B. Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie: essays over democratische zelfverdediging*, Amsterdam: Boom 2018, p. 59; Gutmann & Voigt 2021.

40. Sadurski 2019, p. 185.

41. P.P.T. Bovend'Eert, *Rechter, rechterlijke organisatie en rechtspraak*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 273-274.

42. G. Corstens, ‘Bescherm onze rechters tegen de politiek’, *NRC Next* 9 januari 2018.

43. Opinie nr. 1031/2021 van de Commissie van Venetië (18 oktober 2021, CDL-AD(2021)031), The Netherlands opinion on the legal protection of citizens (online publiek).

44. De eerste typering is ontleend aan Janse: Janse 2017, p. 147.

45. F. van Ommeren, ‘Op zoek naar rechtsstatelijke cultuur’, *NJB* 2022/2697, afl. 38, p. 3141.

46. M. Adams, ‘Constitutionele geleetherheid voor de democratische rechtsstaat’, *NJB* 2013/874, afl. 17, p. 1110-1118, p. 1111. Een wat uitgebreidere definitie is deze: ‘A constitutional culture is a web of interpretative norms, canons, and practices which most members of a particular community accept and employ (at least implicit-

ly) to identify and maintain a two-level system of the appropriate sort. We might speak of various cultures (or levels of culture) correlating to different communities within society, including a highly sophisticated culture associated with judges and other members of the legal profession as well as a perhaps cruder popular culture associated with the community at large.’ J. Ferejohn, J.N. Rakove & J. Riley (red.), *Constitutional Culture and Democratic Rule* (Murphy Institute Studies in Political Economy), Cambridge: Cambridge University Press 2001, p. 10. Zie tevens het ROB-rapport over de sterkere rechtsstaat: ‘Dat is een cultuur waarin politici, bestuurders, ambtenaren, leerkrachten, politieagenten én burgers zich – bewust of onbewust – verantwoordelijk voelen voor de rechtsstaat en het belang ervan koesteren, borgen en uitdragen.’ Raad voor het Openbaar Bestuur, *Een sterkere rechtsstaat. Verbinden en beschermen in een pluriforme samenleving*, Den Haag, maart 2020, p. 1.

47. A. Brennkmeijer, ‘“De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden” als “verschrikkelijk ongeluk”. Over de noodzaak van behoorlijk bestuur’, *NJB* 2021/2, afl. 1, p. 12.

48. J.J.J. Sillen & J. Uzman, ‘Constitutionele hoffelijkheid als eis voor een weerbare

rechtsstaat: Over loyale samenwerking, wederzijds respect en constitutionele conventies’, in: R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 423-442. Zie tevens Raad van State, *In gesprek. Bijdragen aan de dialoog over de rechtsstaat*, Den Haag, november 2020, p. 23: ‘in een sterke democratische en rechtsstatelijke cultuur moet altijd sprake zijn van terughoudendheid ten opzichte van elkaar waar dit gepast is, een kritische reflectie waar dit nodig is en een voortdurend gezamenlijk respect voor de verschillende functies binnen het geheel. Dat vereist gedegen kennis van ieders positie en toegevoegde waarde en een zorgvuldige omgang daarmee.’

49. Sillen & Uzman 2022, p. 428.

50. De Staatscommissie kan ieder geval niet om het begrip heen aangezien het deel uitmaakt van haar taakopdracht en eveneens wordt genoemd in het eindrapport van de eerdere Staatscommissie Parlementair Stelsel dat de minister op het lijstje ‘verplichte lesstof’ voor de Staatscommissie Rechtsstaat heeft geplaatst; zie respectievelijk: *Kamerstukken II* 2020/21, 29279, nr. 691, p. 2; Rapport Commissie-Remkes 2018, p. 82-83; Bijlage bij *Kamerstukken I* 2020/21, 29279, nr. F, ‘blg-1009184’.

51. E. Hirsch Ballin, *Wakzaam burgerschap. Vertrouwen in democratie en rechtsstaat herwinnen*, Amsterdam: Boom 2022, p. 72-73.

52. Van Ommeren 2022, p. 3141.

53. Wakzaam burgerschap vereist volgens Ernst Hirsch Ballin niet alleen inzicht in de sociaal-economische en sociaal-culturele oorzaken van rechtsstatelijk verval, maar ‘ook in wat een democratische rechtsstaat in pluriforme samenlevingen ideëel draagt’, Hirsch Ballin 2022, p. 65.

54. J. Habermas, ‘Staatsbürgerschaft und nationale Identität’, in: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1994, p. 632-659; J.W. Müller, ‘A general theory of constitutional patriotism’, *International Journal of Constitutional Law* 2007/6, p. 72-95.

55. Huq & Ginsburg 2018, p. 167. Of zoals Sadurski schrijft: ‘[U]ltimately it is a matter of culture and ethics: when they are missing, even the best-designed institutions are rendered hollow; in contrast, when they are strongly ingrained in professional staffings institutions, they are likely to prevail over determined populists.’ W. Sadurski, *A Pandemic of Populists*, Cambridge: Cambridge University Press 2022, p. 100.