



De rechtsstaat is er niet om de overheid te beschermen

' (...) disembedded individualism is a necessary fiction for the evolution of liberal democracy and its moral and legal order.' Yaron Ezrahi, 2012, p. 34

Aan de commissie Rechtsstaat,

Sinds kort kent de Nederlandse Grondwet een ongenummerde algemene bepaling die luidt: 'De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.' Een merkwaardig artikel. Het in 2022 aan de Grondwet toegevoegde artikel probeert niet zozeer juridisch te binden, als wel uit te drukken wat de kernwaarden en de grondvesten van ons door de eeuwen gegroeide Nederlandse constitutionele bestel zijn.¹ De bepaling is – zo is te lezen in de toelichtende stukken – vooral verklarend bedoeld, maar heeft daarnaast ook evocatieve waarde: ze doet ook een appèl.² Waaraan wordt dan geappelleerd?

Het begrip rechtsstaat volgens de algemene bepaling (2022)

Als het gaat om de rechtsstaat, waartoe ik me hier zal beperken, wijst de toelichting op het voorstel tot die algemene bepaling op een aantal institutionele kenmerken van een staatsorganisatie. Met name op vier 'vereisten', zoals die in de staatsrechtswetenschap en ook wel daarbuiten, worden gepostuleerd, te weten a) het legaliteitsbeginsel (dat verlangt dat machtsuitoefening door de overheid alleen plaats mag vinden op grond van een wet en binnen de door het recht getrokken grenzen), b) het idee van de machtenscheiding – of machtenspreiding (het idee dat overheidsmacht verdeeld moet zijn over verschillende overheids machten of -functies die elkaar kunnen controleren en zo elkaar in evenwicht houden), c) onafhankelijkheid van en onafhankelijke rechtspraak, en d) de bescherming van aanspraken op een (overheidsvrije) individuele vrijheidssfeer van (groepen of

¹ *Kamerstukken II 2015/16, 34 516, nr. 3, p. 3.*

² 'Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat met de algemene bepaling verandering wordt aangebracht in het genuanceerde samenstel van regels die ons constitutionele stelsel vormen' zo beklemtoont de memorie van toelichting. *Kamerstukken II 2015/16, 34 516, nr. 3, p. 8.*

institutioneel verbonden) onderdanen/burgers: de grond- en mensenrechten.³ Deze beginselen, uitgangspunten of vereisten worden in die toelichting als betrekkelijk onomstreden vanzelfsprekendheden geponeerd, het idee van de introductie van de algemene bepaling is dan dat deze evidenties ‘beter’, ‘verder’, ‘voortdurend’ zullen worden gewaarborgd, die die te ‘benoemen’.⁴

Een paar dingen vallen in het gebruik van het idee van de rechtsstaat in die algemene bepaling en de toelichting – toch een van de meest ‘officiële’ lezingen van het begrip rechtsstaat van de afgelopen jaren. Ten eerste het pleonastische element: de Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat. Naar zijn definitie vormen grondrechten al onderdeel van de rechtsstaat zelf. Waarom dat tweemaal noemen? Ten tweede worden er nauwelijks woorden vuilgemaakt aan de oorsprong en ontwikkeling van het rechtsstaatsbegrip en latere fundamentele rechtsbeginsel.

De oorsprong & kern van de rechtsstaatgedachte

De rechtsstaatsgedachte is – historisch gezien – een antwoord op willekeurig, onvoorspelbaar overheidsbestuur, zoals dat bijvoorbeeld kan ontstaan door autocratische machtsuitoefening.⁵ De idee rechtsstaat drukt een *rechtvaardigheidstheorie* of *legitimiteitstheorie* uit: door het overheidsmacht (regeringen en regeerders) te binden aan het recht, wordt machtsmisbruik en willekeur voorkomen, vrijheid (beter) beschermd, rechtszekerheid gediend het vertrouwen dat burgers, bedrijven en instellingen in hun overheid kunnen hebben vergroot (waardoor er beter kan worden samengewerkt, politieke stabiliteit groter wordt, burgers beter kunnen worden gemobiliseerd en de kracht van die samenleving – ook in economische zin – per saldo toe kan nemen).⁶ Dat idee van ‘a government of laws and not of men’⁷ (heerschappij van het recht/rule of law) is een voorbeeld van een tegenwoordig wereldwijd ‘gesocialiseerd’ legitimiteitsconcept, al wordt het dan niet overal aangehangen.⁸ Het idee van die rechtsstaat ontwikkelde zich in het Westen vooral in het tijdperk van de *Verlichting*, in de zeventiende en achttiende eeuw, en werd op veel plaatsen in het constitutionele recht verankerd vanaf de negentiende en twintigste eeuw. Aan de stam van dat rechtsstatelijke kernidee van *rechtsbinding van de overheid* en *de-personificatie van macht en gezag* (van persoon naar abstracties als ambt, volk, et cetera) ontsproten tijdens de Verlichting drie nieuwe ideeënloten:

- a) de gedachte van (territoriale) *autonomie en zelfbeschikking* (het idee dat een volk van een land – *een staat* – zichzelf zonder inmenging van buitenaf – soeverein – eigenstandig mag besturen en zelf vorm mag geven aan het eigen lot);

³ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 516, nr. 3, p. 7.

⁴ ‘Met het opnemen van de voorgestelde algemene bepaling wordt de grondwettelijke waarborging van de rechtsstaat uitdrukkelijk benoemd.’ zegt de toelichting daarover. *Kamerstukken II 2015/16*, 34 516, nr. 3, p. 7.

⁵ Wim Voermans, *Het verhaal van de grondwet; zoeken naar wij*. Amsterdam: Prometheus 2019, p. 127.

⁶ Zie Voermans 2019, p. 266 en p. 287-308.

⁷ Volgens de overlevering in 1780 door ‘founding father’ en latere president van de Verenigde Staten, John Adams (1797–1801) in de constitutie van Massachusetts geïntroduceerd. Artikel XXX van de tekst van 1780 daarvan zegt: ‘In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men.’

⁸ In China bijvoorbeeld. Volgens traditioneel ‘confucianistisch’ denken –nog steeds invloedrijk in China – kan een wet of het recht nooit uit zichzelf regeren. Regeren is mensenwerk, en wijsheid niet (alleen) de wet of het recht behoort daarvoor het leidende beginsel te zijn. Zie: Samuli Seppänen, *Ideological Conflict and the Rule of Law in Contemporary China; Useful Paradoxes*. Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 30-33. Zie ook Voermans 2019, p. 340.

b) het denkbeeld van het *social contract* (dat de overheid regeert op basis van een – ‘ooit’ gesloten sociaal – contract, dat inhoudt dat die overheid burgers beschermt en hun vrijheden garandeert, in ruil voor de loyaliteit van burgers en dat overheidsmacht voorwaardelijk is: worden de afspraken geschonden dan is de burger niet langer loyaliteit verschuldigd, en

c) het idee van *individualiteit*: ieder mens is een (zelfstandig denkend) individu, drager van onvervreembare rechten, vrijgeboren en gelijkwaardig aan een ander, en als zodanig beschermingswaardig door de overheid.

Het voert hier te ver om al deze elementen en ontwikkelingslagen van de moderne rechtsstaatsgedachte verder uit de doeken te doen (ik verwijs daarvoor naar de wat uitgebreidere poging tot behandeling daarvan in W. Voermans, *Het verhaal van de grondwet; zoeken naar wij*. Amsterdam 2019, p. 137-147 en de hoofdstukken 9 tot en met 16 en W. Voermans, *Onze constitutie; de geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*. Amsterdam 2023, p. 54-74 en p. 132-142). Wat hier wel van belang is, is te weten waar die kern van de rechtsstaatsgedachte steeds om draaide en draait: door rechtsbinding voorkomen van willekeur en daardoor het beschermen van vrijheid en vergroten van vertrouwen in de overheid en tussen burgers onderling. Aan de kern van dat idee – de rechtsbinding van een ‘ontpersoonlijkte’ de overheid – wordt wel heel marginaal lippendienst bewezen in de toelichting bij de algemene bepaling. Die zegt daarover:

‘De rechtsstaat (...) garandeert weliswaar de beperking van de macht door het recht, maar deze macht en dit recht dienen wel op democratische wijze gelegitimeerd te zijn, te worden en te blijven.’⁹

De rechtsstaat wordt hiermee niet alleen in de sleutel gezet van de democratie, maar er zowat mee vereenzelvigd. Dat is kenmerkend voor hoe daar tegenwoordig wel tegen aan wordt gekeken: de rechtsstaat als instrument van democratisch gelegitimeerde macht ten dienste van de overheid zelf (*overheidscentrisch gebruik*). Ons denken over rechtsstaat, maar vooral het denken van overheidsinstanties over wat de rechtsstaat is, lijkt de afgelopen tijd stilletjes te zijn opgeschoven in die instrumentele richting.

Overheidscentrisch gebruik rechtsstaatsidee

In een recente column uit het web-tijdschrift *De Hofvijver* hekelt historicus Jan Dirk Snel die – haast ongemerkte – betekenisverschuiving van het begrip rechtsstaat in de afgelopen jaren.¹⁰ Hij zegt daarover:

(...) het begrip rechtsstaat [is] de laatste jaren onderhevig geweest aan een opvallende verschuiving en verbreding. Van een beperkt normatief begrip met een nauwgezet bepaalde inhoud werd het een algemeen omschrijvend begrip, waaronder zo ongeveer alle aspecten van ons staatswezen worden gevat.

De rechtsstaat betekende altijd dat de overheid zichzelf vrijwillig aan bepaalde rechtsnormen onderwierp. De enige normadressaat was de overheid zelf. Maar nu verstaat men in de praktijk onder de rechtsstaat vaak niet alleen een staat die zichzelf aan het recht bindt, maar ook een staat die het recht handhaaft.

⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 516, nr. 3, p. 3.

¹⁰ Jan Dirk Snel, ‘Het begrip rechtsstaat is de laatste jaren in betekenis verschoven’, *De Hofvijver* 26 juni 2023, <https://www.montesquieu-instituut.nl/9394000/1/j9vvilwqvzjxdyx/vm45a3k0k1wh> Geraadpleegd 14 juli 2023.

Een van de voorbeelden die hij aanhaalt is hoe de koning in een toespraak over de moord op Peter R. de Vries spreekt als een 'aanslag op de rechtsstaat'. Dat voorbeeld staat niet op zichzelf. Ook na andere schokkende moorden van de afgelopen tijd werd gesproken over de 'ondermijning van de rechtsstaat'. Ook de activiteiten van georganiseerde (drugs)criminaliteit worden steeds meer door die bril bekeken: ze worden gezien als ondermijning van de democratische rechtsstaat. Die benaderingswijze is zelfs terug te vinden in wetgeving. Het nieuwe, onlangs gewijzigde, tweede lid van art. 2:20 Burgerlijk Wetboek (BW), dat ontbinding van rechtspersonen mogelijk maakt die handelen in strijd met de openbare orde, luidt:

2. In ieder geval in strijd met de openbare orde is het doel dat of de werkzaamheid die leidt of klaarblijkelijk dreigt te leiden tot een bedreiging van de nationale veiligheid of de internationale rechtsorde of tot de ontwrichting van de democratische rechtsstaat of het openbaar gezag.

De adressaat van de rechtsstaat is hier niet de overheid zelf, maar de organisatie die haar dreigt te ontwrichten. Waar 'rechtsstaat' vooral bedoelt burgers te beschermen tegen de overheid, is dat hier precies omgedraaid: de overheid wordt beschermd tegen de burgers. Een soortgelijke gedachte is terug te vinden in het conceptwetsvoorstel van de Wet op de politieke partijen dat onlangs in consultatie werd gebracht. Artikel 86 daarvan maakt het mogelijk dat een politieke partij kan worden ontbonden: 'indien de partij door haar doelstelling of werkzaamheden een daadwerkelijke en ernstige bedreiging vormt voor een of meer grondbeginselen van de democratische rechtsstaat.'

Risico's betekenisverschuiving rechtsstaat

Je kunt je afvragen: wat is hier nu mis mee? Een democratie moet zich toch kunnen verweren tegen ondermijning? Waarom spijkers op laag water zoeken bij een geringe betekenisverschuiving van het rechtsstaat-begrip? Typische juristerij om de nuances uit te benen? Ik denk het niet. Die betekenisverschuiving is belangwekkend en riskant.

Ten eerste al omdat je je toch nauwelijks voor kunt stellen dat hoe verstorend en afschuwelijk ook het gedrag van burgers, bedrijven of instellingen dat daarmee het idee van de binding van overheidsmacht aan het recht daarmee aan het wankelen wordt gebracht. Eerder wordt de discussie vaak in omgekeerde richting gevoerd: moet de overheid wel zo worden gehinderd door het recht bij de bestrijding zware criminaliteit?

De tweede dimensie is belangrijker. De rechtsstaatgedachte is een van de belangrijkste pijlers onder onze manier van politiek en economisch samenleven.¹¹ Doordat de overheid zich aan het recht moet houden, wordt willekeur voorkomen, groeit het (basis)vertrouwen in de overheid en in elkaar, wat weer goed is voor politieke stabiliteit, economische verhoudingen, de markt en daarmee (op termijn) welvaart. Niet mag vergeten worden dat dat vertrouwen dat de rechtsstaatgedachte oplevert en al die goede dingen die daarmee samenhangen, een idee, een 'geloof' is. Een geloof in de aanvaardbaarheid van overheidsgezag, waarmee we collectief kunnen *gelooven* dat regels die op de juiste manier en door de juiste instantie vastgesteld zijn en doorgezet worden, ook *legitiem* – aanvaardingswaardig – zijn.

¹¹ Zie Voermans 2019, p. 287-308.

Rechtsstaat als legitimiteitsvehikel¹²

Legitimiteit van een politiek of rechtssysteem is geen gefixeerde eigenschap, maar een (proces van) collectieve overtuiging. Aan het begin van de vorige eeuw doet Max Weber daarover al een rake observatie:

De basis van ieder gezagssysteem en de daarmee samenhangende bereidheid daaraan te gehoorzamen, is een geloof: een geloof waaraan mensen die gezag uitoefenen aanzien ontlennen.¹³

Aanvaarding van autoriteit en naleving van regels is, volgens Weber, het gevolg van een legitimiteitsgeloof (Legitimitätsglaube). En dat geloof houdt gelijk tred met onze overtuiging dat de autoriteit die ons opdraagt dingen te doen of na te laten, ook de goede papieren heeft om navolging te *mogen* verlangen. Bijvoorbeeld omdat die autoriteit zich kan beroepen op een hem toekomende juridische bevoegdheid die zijn basis vindt in een geldend rechtssysteem (rationeel-legaal gezag), op traditie (traditioneel gezag) of op het (emotionele) charisma van zijn leider(s) (charismatisch gezag).¹⁴ Legitimiteit van opgelegde normen en regels behelst wel wat meer dan individuele overtuiging. Wil een politiek of rechtssysteem kunnen bouwen op duurzame gehoorzaamheid, dan zal het aanvaardingsgeloof – de legitimiteit – moeten *socialiseren*¹⁵ tot de in een samenleving algemeen aanvaarde overtuiging dat de bevelen van de autoriteiten nageleefd *moeten* worden.¹⁶ Legitimiteit *is* niet iets, het drukt vooral een *behoren* uit: een voortdurend proces van *legitimering*.¹⁷ Voor dat proces van legitimering is overheidsgedrag, bevestiging van de rechtsstaatgedachte in woord en daad wezenlijk. Om vertrouwen te kunnen houden in het recept van de rechtsstaat (overheidsbinding, vertrouwen en alles wat daarmee samenhangt) is voortdurende herbevestiging ervan door de overheid van het grootste belang. Daar waar de overheid zichzelf – om welke reden dan ook – niet meer door het recht laat binden – zoals in coronatijd gebeurde, of tijdens de toeslagenaffaire – breekt er meer dan alleen ‘rechtsregeltjes’. Waar de overheids-Prometheus de ketenen van het recht breekt, wordt de kern geraakt van het vertrouwen dat burgers in een samenleving die is opgetrokken rondom de rechtsstaattie. Dat geldt niet alleen voor regel-breken door de overheid, dat geldt ook voor het omdraaien van de werkingsrichting van de rechtsstaat idee: van een concept dat de burgers beschermt tegen

¹² Dit gedeelte is grotendeels overgenomen uit Voermans 2019, hoofdstuk 26.

¹³ Max Weber, *The Theory of Social and Economic Organization*, Talcott Parsons (ed.), New York: Free Press 1964, p. 382.

¹⁴ Weber 1964, p. 328-329.

¹⁵ Tom R. Tyler, *Why do People Obey the Law?* Princeton & Oxford: Princeton University Press 2006, p. 176-178. Zie ook David Easton, A Re-assessment of the Concept of Political Support, *British Journal of Political Science*, Vol.5(4) 1975, p.435-457, m.n. p. 448.

¹⁶ Zie over de relatie tussen legitimiteit en politiek vertrouwen Jacques Thomassen, Rudy Andeweg & Carolien Ham, Political Trust and the decline of legitimacy debate: a theoretical and empirical investigation into their interrelationship, in: Sonja Zmerli & Tom W.G. van der Meer (eds.), *Handbook on Political Trust*. Northampton: Edward Elgar 2017, p. 509-525.

¹⁷ Legitimiteit heeft, volgens Beetham, een normatieve structuur. David Beetham, *The Legitimation of Power*. Houndsmill, Basingstoke, Hampshire/New York: Palgrave Macmillan 1991, p. 64 e.v. We houden gezag, volgens Beetham, voor ‘legitiem’ als: 1. het wordt afgeleid uit en uitgeoefend volgens regels (legality), en als, 2. die regels volgens gangbare sociale opvattingen over aanvaardbaar overheidsbestuur door de juiste autoriteit en om de juiste redenen worden ingezet (normative justifiability), 3. en die gezagsuitoefening erkend wordt door andere autoriteiten en ook de uitdrukkelijke instemming of bevestiging – via naleving en gehoorzaamheid – krijgt van degenen die eraan zijn onderworpen (‘express consent or affirmation of appropriate subordinates, and by recognition from other legitimate authorities’ – (‘legitimation’). Beetham 1991, p. 15-20.

overheidsmacht, naar een idee dat de overheid dient te beschermen tegen gevaarlijke burgers. Het werkt met 'het verhaal' van de rechtsstaat hetzelfde als het 'verhaal van de grondwet'. Het *verhaal*¹⁸ van de rechtsstaatsgedachte probeert ons voortdurend te overtuigen dat de uitkomsten van het politiek-juridische sociale systeem dat het inricht, bijval, aanvaarding en naleving verdienen. En door dat verhaal keer op keer te vertellen, zelfs door het onder kritiek te stellen, wordt het ook bevestigd door (het zien van andermans) werkelijke gedrag en zo geheel of gedeeltelijk vertaald in de werkelijkheid, wordt het tot gaande praktijk.¹⁹ En daardoor wordt onze aanvaardingsbereidheid – ons geloof – in het systeem en de normen van dat grondwettelijke stelsel nog weer groter.²⁰

Vandaar hier geen oproep tot 'constitutional tinkering' of institutionele bijstellinkjes zoals een constitutioneel hof, wel of niet algemeen, beperkt, diffuus of wat voor soort toetsingsrecht dan ook, en ook niet voor kiesdrempels, maar een oproep om het verhaal van de rechtsstaat zuiver te houden en het blijvend de goede – vertrouwenwekkende – richting uit te laten lopen en het niet te vervuilen, verschuiven of verruilen.

Wim Voermans

¹⁸ Of 'rhetoric' zoals iemand als Nick Turnbull het zou noemen. Chris Turnbull, Legitimation in terms of questioning: Integration political rhetoric and the sociology of law, in: Chris Thornhill & Samantha Ashenden (eds.), *Legality and legitimacy: Normative and Sociological Approaches*. Baden-Baden: Nomos 2010, p. 29-56.

¹⁹ Die reflexiviteit die grondwetten voortbrengen is wezenlijk volgens Chris Thornhill: 'The functional and reflexive reserves of legitimacy produced by constitutions are among the main reasons why modern society is able to exist, politically, in a functionally and differentiated and pluralistic [setting].' Chris Thornhill, Legality, legitimacy and the constitution: A- Historical-functionalist approach, in: Thornhill & Ashenden 2010, p. 29-56, m.n. p. 52.

²⁰ Zie ook Mark A. Graber, *A New Introduction to American Constitutionalism*. Oxford/New York: Oxford University Press 2013, p. 215.