ONZE RECHTSSTAAT

ONZE RECHTSSTAAT

Strijdbaarder en weerbaarder

GEERT CORSTENS

2023 Prometheus Amsterdam

© 2023 Geert Corstens
Omslagontwerp Suzan Beijer
Omslagbeeld Frans Lemmens/Hollandse Hoogte/ANP
Foto auteur Bob Bronshoff
Zetwerk Mat-Zet bv, Huizen
www.uitgeverijprometheus.nl
ISBN 978 90 446 5301 4

Inhoud

Inleiding 7

1 Het verhaal van het recht 12
Inleiding 12 • De Hoge Raad in oorlogstijd 13 • Geleerde lessen? 14 • Het begrip recht 17 • Slecht recht? 23

2 Het verhaal van de rechtsstaat 25
Inleiding 25 • Waarom een rechtsstaat? 29 • Verhouding rechtsstaat tot democratie 32 • De vier elementen van de rechtsstaat 37 • *Gebondenheid van allen aan het recht* 37 • *Het evenwicht tussen de machten in de staat* 42 • *De erkenning van fundamentele mensenrechten* 46 • *Toegang tot onafhankelijke en onpartijdige rechters* 52 • Slotopmerkingen 57

3 De rechtsstaat in Hongarije en Polen, structuur en cultuur 59
Inleiding 59 • Hongarije 61 • Polen 67 • Rol van de Europese Unie 71 • Conclusies 73

4 Rechtsstaat en economie 78
Inleiding 78 • Recht: stabiliteit en flexibiliteit 78 • Rechtsstaat en economie 81 • Economie en verdeling van inkomen en vermogen 86 • Economie en geluk 88 • Correlatie welvaart, welzijn en rechtsstaat 92 • Correlatie of ook causaliteit? 100 • Slotopmerkingen 104

5 Hoe de rechtsstaat kan worden losgezongen van het algemeen welzijn: thatcherisme 105
Vooraf 105 • Inleiding 106 • Het thatcherisme 107 • De erfenis van Thatcher 112 • Het neoliberalisme 113 • Slot, hoe verder? 117

6 De rechtsstaat ontkend: Mussolini en het fascisme 121
Vooraf 121 • Inleiding 122 • Afkomst en jaren tot en met WO I 123 • Na WO I 125 • 1922, het fascisme aan de macht 128 • 1939, WO II 133 • De rechterlijke macht 135 • Slot 136

7 De positie en de rol van de rechter in de rechtsstaat, geen politicus en op afstand van de politiek 139
Inleiding: voorbeelden uit de VS 139 • De benoeming van rechters in Nederland 142 • Het 'bestuur' en beheer van de rechtspraak in Nederland 145 • De rol van rechters en die van politici 149 • Rechters en politieke kwesties 155 • Rechters in autoritaire staten 163 • Constitutionele toetsing? 165 • Kritiek op rechters 168 • Conclusie 174

8 De onpartijdige rechter in de rechtsstaat: Ian McEwan, *De kinderwet* 176
Inleiding 176 • Gedwongen transfusie? 177 • *Inns of court* 178 • De onpartijdige rechter 179 • Fiona Maye en de onpartijdigheid 183 • Slot 187

9 De rechtsstaat voorbij: vergelden, vergeten, herinneren, vergeven en verzoenen 189
Inleiding 189 • Voorbeelden van vergeving 191 • Vergeven, bevrijding voor het slachtoffer en de dader? 195 • De kracht van vergeving 197 • Vergelding en vergeving in het strafrecht 199 • Vergeten 201 • Slot 202

10 Van democratische rechtsstaat naar sociale rechtsstaat? 208
Inleiding 208 • De rechtsstaat als structuur voor een behoorlijke samenleving 209 • Het belang van een rechtsstatelijke cultuur 209 • Aanslagen op de rechtsstaat: geweldsmonopolie verbrokkelt 211 • Aanslagen op de rechtsstaat: cancelcultuur 212 • Gevaarlijk voor de rechtsstaat: zware oververtegenwoordiging van hoogopgeleiden 213 • Onderdeel van de rechtsstaat: gelijkheid 214 • Voorbij de rechtsstaat: broederschap 216 • Een sociale rechtsstaat 218

11 Het verhaal van een jurist 222
Afkomst 222 • Jeugd 229 • Student 231 • Brussel 236 • Amsterdam 238 • Arnhem 245 • Nijmegen 248 • Hoge Raad 252 • Redactie *Nederlands Juristenblad* 257 • President Hoge Raad 258 • President Réseau des présidents 270 • Een leven na de Hoge Raad 271

Noten 279
Woord van dank 303
Persoonsnamenregister 305
Zakenregister 309

Inleiding

'Je weet pas wat je mist, als ze er niet is.'

Hans van der Lubbe en Huub van der Lubbe, popgroep De Dijk

Dit boek is geschreven vanuit de visie dat de democratische rechtsstaat in ons leven van enorm belang is. Niet iedereen lijkt dat altijd te beseffen. Men gaat ervan uit dat er regels zijn die worden gerespecteerd, dat er democratie is, dat er vrijheid van meningsuiting is, dat je je in geval van een conflict tot een rechter kunt wenden, et cetera. Een gelukkige bijkomstigheid van de in dit opzicht somber stemmende ontwikkelingen van de laatste jaren is dat het besef van het belang van de democratische rechtsstaat groter is geworden. Zo pleegt de laatste jaren in troonredes de term ook te vallen. En onze Grondwet begint sinds 1 januari 2023 met een klaroenstoot: 'De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.'

De Russische Federatie is tot een autocratie verworden, in de Filipijnen werden drugsdealers zonder vorm van proces gedood en de democratie is in grote delen van de wereld,

onder andere in China, geen vanzelfsprekendheid. In Hongarije en Polen wordt getornd aan de rechterlijke onafhankelijkheid. De persvrijheid staat in die landen, maar ook in Turkije, onder druk. Zelfs het actief kiesrecht wordt in de Verenigde Staten bedreigd. Voor fervente aanhangers van de idee van de democratische rechtsstaat is er dus veel werk aan de winkel. We moeten opnieuw nadenken over de grondslag van die idee en over het functioneren ervan. Daaraan wil dit boek een bijdrage leveren. De rechtsstaat moet strijdbaarder en weerbaarder worden. Strijdbaarder: hij moet meer laten zien waarom hij zo noodzakelijk is; hij moet meer zelfvertrouwen uitstralen. Dat betekent dat leiders er verstandig aan doen het belang van de democratische rechtsstaat voor onze samenlevingen met kracht van overtuiging uit te dragen.[1] En ook weerbaarder: hij moet zich wapenen tegen aanvallen, en daarop ook anticiperen. Strijdbaarder en weerbaarder dus.[2]

Geleidelijk aan is bij mij en waarschijnlijk bij vele anderen de gedachte komen opzetten dat het wegvallen van die vanzelfsprekendheid van de democratische rechtsstaat ook iets te maken heeft met het niet vervullen van de beloften van gelijkheid en broederschap. Die in de tijd van de Verlichting krachtig verwoorde begrippen houden beloften in. Maar als die beloften bij lange na niet worden vervuld, ontstaat er teleurstelling. Formele gelijkheid van burgers mag er dan misschien wel zijn, maar materiële gelijkheid is ver te zoeken in een samenleving waarin de inkomens- en vermogensverschillen torenhoog zijn. Vervulling van de derde belofte van de Franse Revolutie, de broederschap, solidariteit, is vaak nog ver weg. Er wordt gesproken over segregatie. We zullen hard moeten werken om die leidende gedachten beter

waar te maken. Verlies van de legitimiteit van de idee van de democratische rechtsstaat zal het gevolg zijn als we daarin niet slagen. Als mensen die weinig succes hebben in het leven dan ook nog eens als mislukkelingen ('deplorables'[3]) worden weggezet, ontstaat een voedingsbodem voor populisme. Neerbuigendheid van de zijde van degenen die 'geslaagd' zijn en achtergebleven beloningen verklaren volgens Michael Sandel de opkomst van het populisme.[4]

De rechtsstaat staat tegenover de totalitaire staat. Daarin staat de staat voorop, niet het individu. Daarin is alles gericht op de verwezenlijking van het doel van de statelijke ideologie: in het communisme de heerschappij van de arbeider, in het fascisme het volgen van de leider die de gedachte van de zuivere natie propageert, in het nationaalsocialisme nog een graadje erger: alleen de ariërs tellen mee. In zo'n totalitaire staat mag er geen afwijking bestaan: de pers wordt beknot en rechters worden een instrument in handen van de heersers.

Misschien zou je kunnen zeggen dat de idee van de rechtsstaat het fundament is voor een cultuur van liefde. Die kan slechts goed gedijen op een vaste structuur van recht. Dat verklaart ook waarom in sommige hoofdstukken hierna ook wordt verwezen naar de derde pijler van de Verlichting: de broederschap, solidariteit. Beide elementen, recht en liefde, heb ik in dit boek samengebracht. Maar het is geschreven met meer aandacht voor het recht dan voor de liefde. Want op dit eerste terrein voel ik me het meest thuis. Het is in zekere zin ook een geloofsbelijdenis. Ik geloof in de kracht van recht en liefde. Velen zijn mij daarin voorgegaan. In dit boek wordt gepoogd accenten te leggen en eigen ervaringen te verwerken. Die hebben voor een deel in de laatste jaren extra

aandacht gekregen. Maar ook daaraan voorafgaand in een bijna vijfenveertigjarige loopbaan in de (straf)rechtspleging en de rechtswetenschap is steeds naar voren gekomen dat mensen niet zonder recht en liefde kunnen. Die gedachte vormde een belangrijke inspiratiebron. Dat verklaart ook waarom in dit boek hoofdstukken over het thatcherisme en de economie én over vergeving zijn opgenomen. Op het eerste gezicht lijkt dat vreemd. Maar juist daardoor wordt de band gelegd tussen recht en liefde. Het neoliberalisme is gebouwd op de idee van wat goed is voor mij, is goed voor ons allen, in de woorden van Gordon Gekko, waarschijnlijk geïnspireerd door Ayn Rand: 'Greed is good.'[5] We zien in hoofdstuk 4 dat er een correlatie bestaat tussen een behoorlijke rechtsstaat en het welzijn van mensen. En aan barmhartigheid moet een plaats worden toegekend. Maar dan zijn we het recht voorbij en zitten we alleen nog op het terrein van de liefde. Dat is dan ook het op twee na laatste hoofdstuk. Het laatste hoofdstuk is een stukje autobiografie. Het is opzettelijk aan het einde van het boek geplaatst. Kennisneming van het verhaal van de rechtsstaat is aanzienlijk belangrijker dan iets te lezen over de ervaringen van de auteur. Het is slechts een aanhangsel.

Ten slotte nog een waarschuwing. We moeten het begrip rechtsstaat niet opkloppen. Als je in een begrip veel zaken stopt, verliest het zijn kracht. Het is de laatste tijd gemeengoed te worden om veel van wat er verkeerd gaat in de samenleving te scharen onder de noemer van verval van de rechtsstaat. Dat maakt het begrip zwakker.

Een aantal hoofdstukken zijn bewerkingen van eerdere voordrachten en publicaties, onder andere in het *Hollands Maandblad*. Dit laatste geldt voor de hoofdstukken 5 en 6.

Steeds zijn die onderdelen geactualiseerd en gepreciseerd met het oog op de vraagstelling: hoe staat het met de rechtsstaat en hoe kan die weerbaarder en strijdbaarder worden gemaakt?

1 Het verhaal van het recht[1]

'Recht, de grammatica van de samenleving.'

Toegeschreven aan Blaise Pascal

Inleiding

In de foyer van de Hoge Raad hangt een groot schilderij dat is vervaardigd door de schilderes Helen Verhoeven. Het verbeeldt een zitting van de Hoge Raad, omringd door publiek en afbeeldingen van bekende scènes en figuren uit de nationale geschiedenis. Het recht in beweging. Wij waren erg gecharmeerd van schilderijen van Helen Verhoeven die in 2010 in de Saatchi-galerij in Londen tentoongesteld waren. De misschien wat onbescheiden associatie met de Nachtwacht van Rembrandt was snel gemaakt. Wij hebben toen gezegd dat we geen gelijkenissen met huidige leden van de Hoge Raad afgebeeld wilden hebben. Aan die opdracht heeft de kunstenares zich gehouden. Daar zat misschien ook wel de idee achter dat rechters in zekere zin onpersoonlijk moeten zijn. Wel heeft zij heel trefzeker in het midden van het schil-

derij op herkenbare wijze mr. Lodewijk Visser afgebeeld. Dat is een eerbetoon aan hem. Daarmee is, zoals ook al in de geschiedschrijving van professor Corjo Jansen en mr. Derk Venema was gedaan,[2] door de Hoge Raad recht gedaan aan deze president die jood was en om die reden in de Tweede Wereldoorlog door de bezetter aan de kant was gezet.[3] Er volgde geen publiek protest van de zijde van de Hoge Raad, ook al ging het om een tegen recht en rechtsstaat gebonkte sloopkogel. De portretten van de hoogleraren Meijers en Cleveringa zijn herkenbaar afgebeeld. Op zichzelf is dat niet vreemd, zij waren vooraanstaande rechtsgeleerden die in oorlogstijd voor recht en rechtsstaat stonden.[4]

De Hoge Raad in oorlogstijd

De houding van de Hoge Raad in oorlogstijd heeft me al heel lang geïntrigeerd. Hoe kon het toch gebeuren dat mensen die voor recht en rechtvaardigheid moesten staan, het in de Tweede Wereldoorlog zo lieten afweten? Dat zij die als heldere toonbeelden van rechtvaardigheid voorop hadden moeten gaan, zich in stilzwijgen waren gaan hullen. Dadelijk na mijn aantreden als president van de Hoge Raad op 1 november 2008 bleek dat professor Jansen, rechtshistoricus te Nijmegen en Amsterdam, bereid was het door twee voorgangers voorbereide project van de geschiedschrijving van de Hoge Raad in de Tweede Wereldoorlog vlot te trekken. In november 2011 hebben professor Jansen en zijn medewerker Derk Venema hun boek aangeboden in een bijeenkomst in de oude grote zaal van de Hoge Raad. Daar was het mooiste portret van mr. Visser, dat van de hand van Kamerlingh Onnes,[5] opgesteld. Die periode in de

geschiedenis van de Hoge Raad is de donkerste uit zijn geschiedenis. Je had de Hoge Raad willen zien als kathedraal van recht en rechtvaardigheid.[6] We wisten al van die duisternis, maar in de studie van professor Jansen en mr. Venema is dit beeld bevestigd, ook al zijn er wel wat retouches aangebracht. Zo betekende stilzwijgen naar buiten niet dat er nooit actie is ondernomen. Bij de presentatie van het boek heb ik het dilemma waarvoor de huidige Hoge Raad stond als volgt omschreven: 'Wie zijn wij als we ons niet scherp afzetten tegen de Hoge Raad in oorlogstijd? Maar, wie zijn wij om ons scherp af te zetten tegen de Hoge Raad in oorlogstijd?'[7]

Geleerde lessen?

Wat toen gebeurde mag nooit weer gebeuren. Maar omstandigheden veranderen en nieuwe problemen dienen zich aan. West-Europa wordt in deze jaren geconfronteerd met grote aantallen vluchtelingen. Antisemitisme steekt de kop op. Islamofobie is erbij gekomen. Minderheden worden niet alleen met woorden maar ook met daden bedreigd. Denk aan brandstichtingen in of bij verblijven van asielzoekers en aan varkenskoppen die daar worden neergelegd. Politici ontvangen haatmail, ministers worden beveiligd omdat sommigen menen zich op dreigende wijze bij hun huisadres te moeten vervoegen. Het woord smakeloos drukt te weinig de walging hierover uit. De bewoordingen waarmee in de aanloop naar de Amerikaanse presidentsverkiezingen van 2016 door een van de kandidaten over bepaalde groepen in de samenleving, zoals vrouwen en Mexicanen, werd gesproken, zetten de toon voor verbale en fysieke navolgers. Te wijzen valt ook op

uitlatingen van de Filipijnse – toen nog – presidentskandidaat Duterte over vrouwen. We zullen ons moeten voorbereiden op nieuwe aantastingen van de idee van gelijkheid van allen en van de waardigheid van elke mens. Daarbij kan en zal het recht een grote rol moeten spelen.

Maar ook de georganiseerde criminaliteit en terroristen tasten op afgrijselijke wijze rechten van burgers aan. Rechters, officieren van justitie, advocaten, journalisten en politiemensen zijn voorwerp van akelige acties en moeten worden beveiligd. Denk aan de moord in 2019 op de Amsterdamse advocaat Derk Wiersum en in 2021 op de journalist Peter R. de Vries. Horizontale aantasting van het recht op leven door georganiseerde groepen is aan de orde. De aanslagen in Parijs op 7 januari 2015 staan nog vers in het geheugen. Leden van de redactie van *Charlie Hebdo*, acht journalisten, onder wie de hoofdredacteur, een receptionist, een gast en twee politiemensen kwamen om het leven. Twee dagen later werden er vier mensen in de 'joodse' supermarkt Hyper Cacher vermoord. Op 13 november 2015 kwamen er bij een aanslag in theater Bataclan in Parijs tientallen mensen om. Op 14 juli 2016, kort na afloop van een vuurwerkshow ter gelegenheid van de Franse nationale feestdag, reed een vrachtwagen in op de menigte die had staan kijken naar deze traditionele gebeurtenis op de Promenade des Anglais in Nice. 86 mensen kwamen om. Op 16 oktober 2020 werd de leraar Samuel Paty vermoord omdat hij zijn leerlingen in het kader van een les over de vrijheid van meningsuiting twee cartoons van Mohammed uit de krant *Charlie Hebdo* had laten zien.

Maar er is niet alleen somberheid. De protestmars van miljoenen mensen op de straten van Frankrijk, op zondag 11

januari 2015, van Parijs tot Lyon, van Perpignan tot Bayeux, maar ook enkele dagen eerder in Amsterdam en in andere steden van Nederland, was een enorme opsteker voor de rechtsstaat. Men kwam op voor de rechtsstaat en protesteerde tegen de aanslagen van november 2015. Jazeker, want de fundamentele gedachte achter de rechtsstaat is de vrijheid van ons allen, de vrijheid van meningsuiting, van vereniging en vergadering, van godsdienst en levensovertuiging, maar ook de vrijheid van leven en van beweging. In Parijs was, ook al was alle aandacht gericht op de persvrijheid, op de meest absolute wijze de vrijheid van leven aan zeventien mensen ontnomen. Moord in koelen bloede, ofwel omdat de betrokkenen hun vrijheid van meningsuiting hadden gebruikt (*Charlie Hebdo*) ofwel omdat ze jood waren of in joodse omgeving verkeerden (de supermarkt van de 'koosjere' winkelketen Hyper Cacher).

Er sprak uit de uitroep 'Je suis Charlie' vereenzelviging met de slachtoffers van de aanslagen in Parijs. Wat zou ik graag, met een variatie op 'Je suis Charlie', na de verschrikkelijke gebeurtenissen in Parijs uit de mond van vele regeringsleiders hebben gehoord: 'Je suis l'état de droit' of, in wat mooier Frans en met een impliciete en negatieve verwijzing naar Lodewijk XIV: 'L'état de droit, c'est moi.'

De vanzelfsprekendheid van democratie en rechtsstaat is aangetast. Dat werd ook nog eens onderstreept door de inval van Rusland in Oekraïne op 24 februari 2022. Ik las de dag erna in het boek van Madeleine Albright over het fascisme. Ze schrijft daarin over haar vader, die zich met zijn gezin vanuit Tsjecho-Slowakije, op de vlucht voor de nazi's en daarna voor de communisten, in Londen en later de Verenigde Staten had gevestigd. Hij maakte zich zorgen 'omdat

de Amerikanen zo gewend waren aan vrijheid' – ze waren 'so very, very free', schreef hij, 'dat ze de democratie voor lief dreigden te nemen'.[8] Wie al niet door het Trump-regime in de Verenigde Staten, het aantreden van Bolsonaro in Brazilië en het regime van Duterte in de Filipijnen en de populistische bewegingen in Europa – de lijst is niet volledig – zijn onschuld op dit punt had verloren, zullen toch zeker wel op die dag de schellen van de ogen zijn gevallen.

Het begrip recht

Er wordt wel eens wat meewarig en kleinerend over het recht en de juristen gesproken. Een minister denkt een mooi plan te hebben, bijvoorbeeld over het afnemen van dubbele paspoorten, en vervolgens komen de juristen met twijfels of negatieve reacties. Zo was er enige jaren geleden de bed-bad-brooddiscussie (mogen illegalen daarop aanspraak maken?) en – recenter – de overeenkomst met Turkije over de opvang van vluchtelingen uit het Midden-Oosten. Denk ook aan de veroordelende Urgenda-uitspraken van Nederlandse rechters in drie instanties, rechtbank, hof en Hoge Raad,[9] en aan de stikstofuitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.[10] Juristen opperen bezwaren, zijn dwarsliggers en denken – in de ogen van sommige beleidsmakers – onvoldoende mee. Een bekende leider van een grote politieke partij schijnt een tijd geleden nog eens te hebben gezegd dat juristen positief moeten meedenken. Nu is er op zichzelf weinig tegen positief meedenken in te brengen. Maar te vrezen valt dat daarmee ook wordt bedoeld bezwaren te laten varen en rechtsstatelijke eisen niet al te nauw te nemen. Gesuggereerd lijkt wel eens te worden dat recht en rechtsstaat speeltjes van juris-