DE ONVOLTOOIDE RECHTSSTAAT

YBO BURUMA

TIJDGEEST EN RECHT 1813–2025

2025 Prometheus Amsterdam

1
Inleiding

Dit boek vertelt het verhaal van de Nederlandse rechtsstaat. Het begint in de negentiende eeuw, al is van een rechtsstaat dan nog geen sprake. Slavernij wordt aanvaard, wettelijk verschil bestaat tussen man en vrouw, de koning bepaalt wat strafbaar is en de overheid kan eigenlijk niet ter verantwoording worden geroepen bij de rechter. Nederland is pas in de anderhalve eeuw daarna een rechtsstaat geworden. De aanloop daarnaartoe en hoe het verder ging zou kunnen worden verteld als een verhaal van helden en schurken. Maar te veel nadruk op die individuen onttrekt aan het zicht waardoor die helden en schurken de kans kregen te doen wat ze deden. De ontwikkeling van de rechtsstaat is voortgestuwd en tegengehouden door daden die pasten in hun tijd, en het is doorgaans te ruw om individuele mensen verantwoordelijk te houden voor bredere ontwikkelingen die niet passen in onze huidige opvattingen. De afloop van het verhaal is bovendien niet zeker. Het is niet eens te zeggen dat alles beter is geworden. Dat Nederland een rechtsstaat is geworden, is de vrucht van een ontwikkeling, een worsteling. En die rechtsstaat kan ook weer verloren gaan. Daarom is het beter te spreken van een onvoltooide rechtsstaat: hij is nooit 'af'.

Dat de rechtsstaat niet een vast gegeven is, besefte ik toen ik in 2017 Sint-Petersburg bezocht voor een ontmoeting met Russische juristen. Het verraste me dat ze beter dan ik op de hoogte waren van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Het was ook toen al duidelijk dat Rusland niet een rechtsstaat was. Mijn verrassing kwam doordat ik het verschil tussen de Engelse begrippen Rule of Law en Rule by Law onvoldoende voor ogen had.[1] Het minder bekende begrip Rule *by* Law komt erop neer dat een heerser wetten gebruikt om zijn wensen kenbaar te maken en zijn ambtenaren te instrueren over de door hen te verbinden gevolgen aan niet-naleving van wetten door de onderdanen. Dat gebruik van wetten is al oud en nog altijd vanzelfsprekend in autoritair geregeerde regimes. Rule *of* Law of rechtsstaat betekent daarentegen dat ook de machthebbers zelf aan het recht zijn gebonden en dat de rechter onafhankelijk tot zijn oordeel kan komen bij het toepassen van de wet in

het concrete geval, terwijl de overheid zich in concrete zaken niet alleen afzijdig houdt van de beslissingen van de rechter maar zich ook aan diens beslissingen gebonden acht.[2]

Onder de Rule *by* Law wordt net als onder de Rule *of* Law de wet toegepast, geven verstandige rechters een oordeel en dragen rechtsgeleerden eraan bij dat het rechtssysteem niet te veel tegenstrijdigheden bevat en voorspelbaar blijft. Maar in de praktijk is het verschil groot. Ik vertelde de Russische collega's over de – door veel Nederlanders gedeelde – afschuw van de minister-president en de staatssecretaris van Justitie over de voor-

waardelijke invrijheidstelling van Volkert van der G. Hij was tot achttien jaar gevangenisstraf veroordeeld wegens de moord op Pim Fortuyn, een zeer populaire politicus, en werd, zoals de wet toen voorschreef, na twee derde van het uitzitten van de straf vrijgelaten. Aan de voorwaardelijke invrijheidstelling verbond de staatssecretaris overmatig strenge voorwaarden, waartegen Van der G. met succes opkwam. Ook deed de staatssecretaris nog een poging de voorwaardelijke invrijheidstelling te herroepen. Maar uiteindelijk legde hij zich neer bij de rechterlijke oordelen.[3] Het Russische publiek kon het haast niet geloven. Daar is een rechter – in de woorden van een Russische raadsheer in het EHRM – een ambtenaar die loyaal en discreet moet zijn.[4] Als rechter pas je de wet toe en moet je deskundig, onpartijdig en niet corrupt zijn – net als een gewone ambtenaar. Het recht weegt er echter minder zwaar dan het oordeel van een politieke bestuurder en rechters moeten vaak toestemming krijgen voordat ze uitspraak doen.[5]

Daar in Sint-Petersburg is mij toen gevraagd uit te leggen hoe de rechtsstaat in Nederland tot stand is gekomen. Hoe is het mogelijk dat de Nederlandse machthebbers dat in het verleden hebben laten gebeuren? Ik heb de Russische collega's daarop het verhaal van de rechtsstaat in ruwe streken verteld. Zoals gezegd, is 'rechtsstaat' niet een statisch begrip. De betekenis ervan is in de loop der tijd veranderd en blijft veranderen. Het maakt bovendien verschil wie het verhaal vertelt en welk perspectief daarbij wordt gekozen. In dit boek wordt geprobeerd een antwoord op de vraag van de Russen te vinden door uit te gaan van de manier waarop in de loop der jaren over de rechtsstaat en daarmee verband houdende thema's is gedacht en hoe daarnaar is gehandeld. Het gaat minder over de theorie van de rechtsstaat dan over de geschiedenis van de rechtsstatelijke praktijk in Nederland.

Het is niet zo dat iemand op zeker moment heeft beslist: 'nu zijn we een rechtsstaat'. Het is ook niet zo dat van meet af aan duidelijk was wat onder het begrip rechtsstaat – dat aan het eind van de achttiende eeuw in Duitsland opduikt[6] – moet worden verstaan. De ontwikkeling van de be-

tekenis van het begrip gaat stapsgewijs en is onderhevig aan drie soorten invloeden. In de eerste plaats veranderen opvattingen over de rechtsstaat omdat het recht zich ontwikkelt: er komen nieuwe wetten, nieuwe rechterlijke uitspraken en nieuwe dogmatische beschouwingen van professoren en andere wetenschappers. Die beïnvloeden elkaar over en weer. Naast de eigen dynamiek van het recht kleurt in de tweede plaats de dynamiek van de instellingen de betekenis van het begrip rechtsstaat. De rechtspraak, maar ook het openbaar bestuur, het Openbaar Ministerie, de politie en inlichtingendiensten, en verder de advocatuur als intermediair met maatschappelijke instellingen (bedrijven, belangengroepen, burgers), de pers en de deskundigen (psychiaters, criminologen en anderen die in dat veld werken) maken ieder hun eigen ontwikkeling mee. Ook die beïnvloeden elkaar over en weer. En dan is er ten derde nog de invloed van bijzondere gebeurtenissen: een economische crash, een oorlog, indringende culturele veranderingen, milieurampen, een technologische uitvinding enzovoort. Dergelijke gebeurtenissen hebben eveneens invloed op de manier waarop juristen en professionals, maar ook filosofen, kunstenaars en opiniemakers over de rechtsstaat denken en spreken.

Wetgeving en rechtspraak ondergaan net als de organisaties en instituties van het recht een eigen ontwikkeling. Elk van die ontwikkelingen wordt ook vanuit het buitenland beïnvloed. Dogmatische juristen lazen en lezen veel Duitse literatuur. De politie keek en kijkt naar Britse en Franse en tegenwoordig ook Amerikaanse en Canadese voorbeelden. In dit boek wordt die buitenlandse inspiratie niet benadrukt. Daarop maak ik een uitzondering, namelijk als ik kort inga op de belangrijkste denkers die ook hier te lande daadwerkelijk voor het debat over de rechtsstaat van belang zijn geweest. Hun opvattingen gebruik ik om iets van de tijdgeest in diverse nader te benoemen periodes te schetsen.

Het verhaal van de rechtsstaat in zes hoofdstukken

'Tijdgeest' is een begrip dat niet te gemakkelijk moet worden gebruikt. Maar het is behulpzaam als aanduiding van de manier van denken die in een bepaald tijdvak ten grondslag ligt aan het concrete denken over recht en aan het functioneren van de instituties. Het gaat dan niet alleen om uitgewerkte theorie of harde, institutionele routines, maar ook om niet-uitgesproken aannames en alledaagse meningen en praktijken; het gaat niet alleen om wat mensen denken, maar vooral ook om hoe ze denken.[7] Door de veranderingen in de tijdgeest te schetsen, zijn gelijktijdige ontwikkelingen in de rechtsstaat te begrijpen. Vrijwel steeds zal blijken

dat in een bepaalde periode naast de door mij op de voorgrond geplaatste nieuwe 'tijdgeest', oude gedachten blijven bestaan en nieuwe gedachten zich vormen. Het begrip tijdgeest is niet meer dan een hulpmiddel om het complexe verhaal van de rechtsstaat enigszins te stroomlijnen.

Het verhaal van de rechtsstaat wordt verteld aan de hand van een indeling in zes periodes vanaf 1813 tot 2025. De jaartallen van die periodes zijn – afgezien van de aankomst in Nederland van koning Willem I en het moment van afsluiting van het boek op 1 januari 2025 – niet verbonden met een specifieke gebeurtenis. De overgang van de ene naar de andere periode vindt daarvoor te geleidelijk plaats. Wel zijn de periodes nu al ruw te schetsen aan de hand van de tijdgeest die in de verschillende periodes doorklinkt. Ik doe dat door enkele opmerkingen over bekende kinderboeken en boeken waarin kinderen een hoofdrol spelen (afb. 1.1).

In de eerste, klassieke periode (1813-1885) staan de *Kleine gedigten voor kinderen* (1778) van Hieronymus van Alphen nog in de kast van het lezend publiek:[8] 'Jantje zag eens pruimen hangen,/ O! als eijeren zo groot/ 't Scheen, dat Jantje wou gaan plukken/ schoon zijn vader 't hem verbood. [...] Maar ik wil gehoorzaam wezen,/ en niet plukken: ik loop heen/ Zou ik, om een hand vol pruimen,/ ongehoorzaam wezen? Neen.' Daarin wordt deugdzaamheid beloond, net als in *De brave Hendrik* (1810) van Nicolaas Anslijn. Moralisme viert hoogtij. De volwassenen worden tot medelijden bewogen in verhalen over arme kinderen uit Savoie die hiernaartoe kwamen om als schoorsteenvegertjes te werken, of die zoals het Franse jongetje Remi in *Alleen op de wereld* (1878) van Hector Malot met een aapje of een hondje bedelend rondtrokken. In dat boek is al enige sociale kritiek te beluisteren. Maar de negentiende eeuw is er een waarin de wet hard is en de rechter nog niet veel vrijheid neemt: twee meisjes van negen en vijf worden tot ieder zevenenhalf jaar gevangenisstraf veroordeeld omdat zij samen wat lompen hebben gestolen.

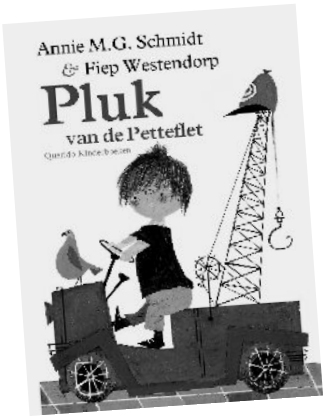
De eerstvolgende periode (1885-1925) noem ik die van het modernisme. Het is de periode waarin de avonturen van *Dik Trom*, *Pietje Bell* en *Kees de jongen* worden verteld. Het bijzondere van deze boeken is dat de schrijvers C. Joh. Kievit, Chr.J. van Abkoude en Theo Thijssen de lezer laten kijken door de ogen van het kind. De vrolijke, ondeugende of tragische gebeurtenissen zijn niet meer voorwerp van een sentimentele beschrijver, maar de jongetjes zijn onderwerp waarmee de lezer geacht wordt zich te kunnen identificeren. De wereld is volgens de modernisten van meer kanten dan van één 'objectief juiste' kant te beschouwen. Het zijn de beginjaren van de rechtsstaat, waarin ook bij juristen een perspectiefwisseling naar de samenleving plaatsvindt. In het beroemde arrest-Lindebaum-Cohen (1919)

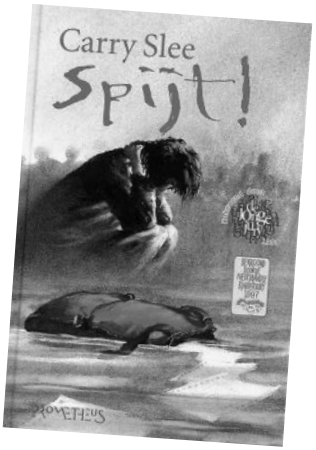












1.1 Zes tijdperken in kinderboeken: H. van Alphen (1778), Chr. van Abkoude (1914), J.H. uit den Bogaard (1936), Piet Bakker (1943), Annie M.G. Schmidt (1971) en Carry Slee (1996).

wordt voor het eerst beslist dat om te bepalen of sprake is van een onrechtmatige daad niet alleen vanuit het perspectief van de wetgever moet worden gekeken, maar dat die onrechtmatigheid ook kan worden afgeleid uit strijd met 'wat in het maatschappelijk verkeer betaamt'.

Daarop volgt de autoritaire periode (1925-1950). De niet-gecorrigeerde ondeugendheid van Pietje Bell stuit op weerstand en in plaats daarvan verschijnt in 1936 het eerste deel van de bravere Swiebertje-reeks van John H. uit den Bogaard. De hoofdfiguur is een onbezorgde zwerver die kennelijk goed tegen de armoe van zijn tijd kan en wel malle fratsen uithaalt maar uiteindelijk altijd luistert naar de deftige burgemeester en vooral diens dienstbode Saartje. Dat de veldwachter Bromsnor lachwekkend is, doet niet af aan de ordelijkheid van de samenleving. Zo is het in het recht ook: dat de wetgever soms achterlijke wetten maakt, doet er niet aan af dat de rechter die in deze tijd gewoon opzijzet (Huizer veearts), of verbetert (Bierbrouwerij-arresten).

De wederopbouw na de oorlog (1950-1970) is een periode van herstel. De trilogie over *Ciske de Rat* (1941-1946) van Piet Bakker is al illustratief voor de nieuwe tijd. Het ontembare jongetje Ciske doodt per ongeluk zijn alcoholistische moeder door een mes naar haar hoofd te gooien, en wordt veroordeeld tot een halfjaar tuchtschool. Als hij terugkomt, kost het hem ook door het gepest van een onbarmhartige klasgenoot moeite weer op de been te komen. Maar het lukt om een nieuwe start te maken dankzij zijn onderwijzer en een kapelaan. Uiteindelijk wordt hij in de laatste oorlogsjaren zelfs een held en blijkt de klasgenoot voor de Duitsers te spioneren. De nieuwe kansen komen tot uitdrukking in de Beginselenwet Gevangeniswezen, waarin het resocialisatie-ideaal wordt opgenomen. Ook de rechter beseft dat de wet niet altijd recht doet aan wat moreel juist is. Dat blijkt als de rechter het (tegenwoordige) leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking 'uitvindt' (Quint/Te Poel).

In de jaren tussen 1970 en 1995 vindt een culturele revolutie plaats. Annie M.G. Schmidt schrijft *Pluk van de Petteflet* (1971), over een klein jongetje dat rondrijdt in een kraanwagentje. Hij voert actie tegen het wegbulldozeren van een stukje bos achter het park, waarvoor in de plaats een tegelplein zou moeten worden aangelegd. Dat doet hij door een plantje te poten dat uitgroeit tot een enorme struik vol 'hasselbramen': het eten daarvan maakt iedereen vrolijk en speels. Dit geliefde kinderboek is bij uitstek een afspiegeling van de jaren van hasjgebruik en protest tegen de autoriteiten. In de rechtspraak blijkt dat rechters zich soms tegen het systeem keren en bereid zijn beslissingen van de overheid kritisch te bezien, krijgen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vorm en wordt de

uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs (Erwtenpistoolarrest) geïntroduceerd.

De laatste periode is die van de risicosamenleving (1995-2025). In *Spijt!* (1995) van Carry Slee wordt het verhaal verteld van David die er spijt van heeft dat hij zijn veel gepeste klasgenoot Jochem niet te hulp is gekomen. Op de avond waarop Jochem zelfmoord heeft gepleegd, had David nog beloofd hem te helpen, maar hij heeft dat op het laatste moment nagelaten. Het is de periode waarin aandacht wordt gevraagd voor het lot van slachtoffers en waarin zowel van de overheid als van burgers wordt verlangd dat zij verantwoordelijkheid nemen om slachtofferschap te voorkomen. De Parlementaire enquêtecommissie van Van Traa schrijft 'geen verantwoordelijkheid zonder verantwoording' en tal van toezichthouders, wetten en regelingen worden geïntroduceerd, ook om misdaad te voorkomen en veiligheid te waarborgen.

De kinderboeken geven blijk van de a priori opvattingen die in deze periodes bestaan: het belang van perspectiefwisseling, de roep om orde, het geven van nieuwe kansen, kritiek op de autoriteiten en de roep om verantwoordelijkheid. Ze geven een indruk van de veranderende tijdgeest die de ontwikkeling van de rechtsstaat mede vorm geeft. De zojuist genoemde jaartallen geven slechts een indicatie en moeten niet worden opgevat als harde breuklijnen. De aan de hand van die kinderboeken geschetste opvattingen staan voor breed gedeelde vanzelfsprekendheden in de achtereenvolgende periodes. Ze geven niet zozeer richting aan wat er gebeurt in het verhaal van de rechtsstaat, maar bieden een ruimte waarbinnen verschillende gelijktijdig plaatsvindende ontwikkelingen kunnen worden begrepen en waarbinnen nieuwe opvattingen en handelswijzen tot stand konden komen. Die tijdgeest is overigens nooit onweersproken: niet iedereen omarmt in een bepaald tijdvak immers de ophanden zijnde veranderingen. Echo's van de discussies uit het verleden zijn ook nu nog te horen, maar men moet niet te gemakkelijke verbanden leggen. Misschien herinneren sommige recente beslissingen van democratisch gekozen leiders in Hongarije, Turkije en misschien zelfs de Verenigde Staten die op gespannen voet staan met de rechtsstaat, wel aan discussies over absolutisme in de negentiende eeuw of aan de autoritaire opvattingen uit de jaren dertig, maar dat waren echt andere tijden.

Ik vermoed dat rond de afsluiting van dit boek een nieuw tijdvak is aangebroken. Na de coronapandemie, het breed gevoelde ongemak in de samenleving en de internationale onrust (Oekraïne, Israël/Palestina), of met de toenemende betekenis van artificial intelligence en de komst van *illiberal democracies*, lijkt een nieuw tijdvak aan te breken. Waardoor

dat tijdvak wordt gedefinieerd, is nu nog niet te bepalen. Maar het oude loopt op zijn eind. De kritiek op het functioneren van de rechtsstaat vanuit het perspectief van de burger – die is opgeschreven in het rapport van de Commissie Rechtsstaat met de titel 'De gebroken belofte van de rechtsstaat' (2024) – is in dat opzicht tekenend. In een kort slothoofdstuk werp ik een voorzichtige blik op de toekomst.

Werkwijze

18 Het voorgaande zal de juridisch opgeleide lezer hebben doen beseffen dat dit geen gewoon juridisch boek is. De jurist is gewend zich bezig te houden met het geldend recht om een beslissing te nemen, een probleem op te lossen of een advies te geven. Daartoe kan het nuttig zijn eens in de wetsgeschiedenis van een bepaling te duiken om te weten wat de wetgever voor ogen stond, en de maatschappelijke praktijk kan aanleiding geven suggesties tot verbetering te doen. Maar men zou dan haast vergeten dat rechtsontwikkelingen en institutionele ontwikkelingen niet in een vacuum plaatsvinden, maar worden gekleurd binnen de zojuist geschetste, veranderende tijdgeest.

In elk van de volgende hoofdstukken wordt begonnen met paragrafen over de politiek-economisch belangrijkste ontwikkelingen in Nederland in het desbetreffende tijdvak en over voor de rechtsstaat belangrijke thema's in de opinievorming in die periode. Daarna gaat het over wetgeving, werkzaamheden van rechters en advocaten, machtenscheiding, vrijheid van meningsuiting en journalistiek, en over de rol van Openbaar Ministerie, politie, inlichtingendiensten en deskundigen. Tot slot wordt in alle hoofdstukken ingegaan op de verhouding tot de (voormalige) koloniën, wat een donker spiegelbeeld oplevert van de manier waarop over essentiële elementen van de rechtsstaat werd gedacht.

Dit boek is geschreven door een rechter, niet door een historicus. Voor een jurist zijn de teksten van wetten en rechterlijke uitspraken de bronnen vanwaaruit hij denkt. In het rechtswetenschappelijk debat kan men van mening verschillen over de juiste interpretatie of over de inhoudelijke wenselijkheid van een tekst – bijvoorbeeld gelet op andere wetten of arresten – maar de bron staat vast. De achtergrond van dergelijke bronteksten is doorgaans aan de hand van Kamerstukken en/of andere rechtspraak te achterhalen. Om in dat oerwoud aan documenten de weg te vinden is het belangrijk dat wetenschappers daarin een weg hebben gebaand, maar juridische teksten zijn het basismateriaal van dit boek, al heb ik geprobeerd juridisch jargon zoveel mogelijk te vermijden.

Ik ben dan ook nog eens een strafrechter, niet een bestuursrechter of een civilist. Dat heeft het nadeel dat ik minder vertrouwd ben met de geschiedenis van de staatsrechtelijke debatten over het staatsbestel, maar het voordeel dat ik de rechtsstaat niet primair bezie vanuit het perspectief van de overheid. Dat betekent dat veel strafrechtelijke voorbeelden aan de orde komen, voorbeelden van overheidsoptreden dat we nu zonder meer als niet-rechtsstatelijk en onderdrukkend zouden bestempelen, maar dat in eerdere periodes als aanvaardbaar of onvermijdelijk werd beschouwd.

Er is in de laatste jaren alleen al in Nederland veel over de rechtsstaat geschreven. Ik noem twee in opzet zeer verschillende, maar qua strekking gelijkgestemde boeken. De oud-president van de Hoge Raad Geert Corstens schreef *Onze rechtsstaat. Strijdbaarder en weerbaarder*, waarin hij ingaat op het enorme belang van de democratische rechtsstaat tegenover de totalitaire staat onder het aansprekende motto 'Je weet pas wat je mist, als ze er niet is'. De Leidse hoogleraar Wim Voermans geeft in *Onze constitutie* de achtergrond van de vaak lastig te doorgronden regels van het Nederlandse bestel die deels zijn vervat in de Grondwet, kennelijk om een breed publiek over die regels te informeren.[9] Ik onderschrijf van harte het belang van de rechtsstaat en het nut van informatie over de achtergrond van belangrijke regels. Maar mijn werkwijze is erop gericht te bezien hoe de Nederlandse rechtsstaat is geworden zoals we hem nu kennen, en wat deze ontwikkeling leert over de belangrijkste ijkpunten van de rechtsstaat. Een goed begrip van de verandering van waar de rechtsstaat voor staat, is van belang om bedreigingen van de rechtsstaat op tijd te onderkennen.

De kerngedachte van het boek is dat de voornaamste veranderingen in het recht en de praktijk van de justitiële instituties het gevolg zijn van politiek-economische veranderingen en de veranderingen in het denken (de tijdgeest).[10] Daarom worden die kort beschreven. Maar het zijn de rechtsbronnen – wetten en uitspraken van rechters – en de handelingen van de instituties van het recht die het verhaal van de rechtsstaat dragen. Zeker in de eerste hoofdstukken komt het overigens voor dat rechtsbronnen ter sprake komen die inmiddels achterhaald zijn. Dat is logisch in een boek dat in het teken staat van het levend recht.

Wat is een rechtsstaat?

Aan het slot van elk van de in de volgende hoofdstukken beschreven periodes worden conclusies getrokken over de ontwikkeling van de rechtsstaat in die periode. Juist omdat de opvattingen over wat onder het begrip rechtsstaat moet worden verstaan niet alleen tussen, maar ook binnen de

besproken tijdvakken uiteenlopen, is een ordenende maatstaf nodig om vergelijking mogelijk te maken. Die maatstaf ontleen ik aan kenmerken die tegenwoordig aan de rechtsstaat worden toegeschreven.

De Grondwet opent sinds 2022 met een algemene bepaling: 'De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.' Volgens de toelichting hierop zijn de begrippen democratie en rechtsstaat in de loop der tijd steeds nauwer met elkaar verbonden geraakt. Nu worden ze meestal als elkaar complementerende principes beschouwd, waarmee grenzen worden gesteld aan de uitoefening van overheidsmacht. Soms wordt daarom wel gezegd dat zij twee zijden van dezelfde medaille zijn.[11] Vervolgens wordt over de rechtsstaat het volgende opgemerkt:

> Om van een rechtsstaat te kunnen spreken dient in ieder geval aan een viertal kenmerkende vereisten te zijn voldaan. In de eerste plaats geldt in de rechtsstaat het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat machtsuitoefening door de overheid alleen plaats mag vinden op grond van een wet en binnen de door het recht getrokken grenzen. Het tweede kenmerk is de machtenscheiding. De drie categorieën van overheidsmacht, te weten wetgeving, uitvoering en rechtspraak, worden uitgeoefend door drie te onderscheiden machten. Deze machtenscheiding heeft in Nederland in het bijzonder gestalte gekregen in een stelsel van elkaar wederzijds controlerende, in evenwicht houdende organen (checks and balances) en in de vorm van decentralisatie, waarbij aan andere overheden, zoals gemeenten en provincies, zelfstandige bevoegdheden gelaten worden. Het belang van de onafhankelijkheid van het met rechtspraak belaste deel van de rechterlijke macht heeft binnen deze gedachte van machtenscheiding steeds meer nadruk gekregen, waardoor dit als een derde, afzonderlijke rechtsstatelijke eis kan worden aangemerkt. Het vierde kenmerkende vereiste van de rechtsstaat betreft de grond- en mensenrechten. Deze rechten moeten omwille van hun fundamentele karakter binnen de rechtsstaat worden beschermd. De grond- en mensenrechten zijn bij wijze van opsomming vastgelegd in de Grondwet en in onder meer het Europees Verdrag tot de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, het Handvest van de Europese Unie en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politiek Rechten.[12]

De memorie van toelichting op de Grondwet is een belangrijk document, maar het is interessant deze passage te vergelijken met andere documen-

ten. Zo luidt artikel 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie: 'De waarden waarop de Europese Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren.' De rechtsstaat wordt hier dus als waarde en ook wel als een beginsel beschreven.[13] Ik zal me nu oriënteren op de opvattingen van de Venetiëcommissie, die ook een van de inspiratiebronnen is van de opstellers van het EU-verdrag. Die commissie is een adviescollege van de Raad van Europa – de instelling waar ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens deel van uitmaakt – en bestaat uit onafhankelijke nationale experts. De Venetiëcommissie buigt zich over de toestand van de democratie, de fundamentele rechten en de Rule of Law in de diverse lidstaten. Na onderzoek in internationale documenten (verdragen e.d.) en nationale constituties komt deze commissie tot de conclusie dat een definitie van 'Rule of Law', 'rechtsstaat' of 'État de droit' niet is te geven.[14] Het begrip is te diffuus. De definitie van de Rule of Law van de vroegere Britse *Law Lord* Tom Bingham vindt de commissie nog het sterkst. Deze noemt als kern van het beginsel dat 'all persons and authorities within the state, whether public or private, should be bound by and entitled to the benefit of laws publicly made, taking effect (generally) in the future and publicly administered in the courts'.[15]

Daarin is al dadelijk het verschil zichtbaar met de tekst uit de memorie van toelichting op de Grondwet. De door de Britse rechter beschreven Rule of Law neemt als uitgangspunt dat iedereen is gebonden aan het recht, maar de Grondwet richt zich vooral op de binding van de overheid aan het recht. In het rapport van de Venetiëcommissie ligt ook – op het eerste gezicht – minder de nadruk op de mensenrechten dan in de Grondwet; dat is waarschijnlijk te verklaren doordat de Venetiëcommissie wil voorkomen het terrein van dat andere belangrijke orgaan van de Raad van Europa, het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, te betreden. Ook de nadruk op de machtenscheiding (trias politica) ontbreekt bij de Venetiëcommissie, terwijl zij de onafhankelijkheid van de rechter wel eist: kennelijk betekent dit dat diverse manieren van (democratische) staatsinrichting mogelijk zijn, dus ook systemen waarbinnen wetgeving en uitvoerende macht formeel dichter op elkaar zijn betrokken dan in Nederland. Eigenlijk is opvallend dat de machtenscheiding in het commentaar op de Grondwet naast de onafhankelijkheid van de rechter opnieuw wordt genoemd. In zoverre wordt met het noemen van de machtenscheiding het belang van de scheiding tussen wetgevende en uitvoerende macht (parlement en regering) onderstreept, maar dat zegt meer over de parlemen-

tair-democratische staatsinrichting dan over de betekenis van het recht. De Nederlandse rechter kan immers (tegenwoordig) ook een beleidsregel waar het parlement niets mee te maken heeft gehad, toepassen als geldend recht.[16]

Sommige lezers zullen bespreking van deze verschillen haarkloverij vinden. Maar dat is nu eenmaal hoe juristen redeneren: met een zekere precisie in de hoop juist daardoor belangrijke ontdekkingen te doen. Het heeft inderdaad niet veel zin om het verschil tussen rechtsstaat en Rule of Law te zwaar te benadrukken. Dat zou de veel belangrijkere overeenkomsten aan het oog onttrekken. Ik zal de begrippen rechtsstaat en Rule of Law hierna daarom evenals de Venetiëcommissie door elkaar gebruiken. Maar de korte haarkloverij toont een interessant verschil van invalshoek. Dat verschil hangt samen met de achtergrond van de auteurs. De meeste politici benadrukken net als de Grondwetgever dat in een 'democratische rechtsstaat' het democratische en het rechtsstatelijke element met elkaar verbonden zijn. Zo zei de door mij bewonderde politicus Maarten van Traa me ooit dat we niet in een 'rechtersstaat' moeten willen leven. Dat standpunt deel ik, maar is illustratief voor het verschil. Politici gaan uit van een perspectief dat is gericht op het stellen van algemene regels. Rechters hebben als perspectief de beoordeling van individuele gevallen. Zij worden zo nu en dan geconfronteerd met democratisch tot stand gekomen regels die bij zo'n concrete beoordeling in strijd met de mensenrechten of ronduit onbillijk kunnen uitpakken.

Dat de opvattingen over de betekenis van het begrip rechtsstaat verschillen al naar gelang je met een wetgever of met een rechter spreekt, ligt voor de hand. Dat bleek zelfs bij een zorgvuldige analyse van het verschillend gebruik van het begrip door de Afdeling advisering en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Belangrijke Nederlandse rechtsstatelijke noties als de scheiding van kerk en staat of het geweldsmonopolie van de overheid komen in de rechtspraak bijvoorbeeld minder vaak aan de orde dan in de wetgeving.[17] Het besef dat de wetgever soms anders denkt dan de rechter wordt breed gedeeld sinds de gevolgen van de Kinderopvangtoeslagaffaire rond 2020 alom bekend werden. Dat verschil in perspectief verklaart waarom politici en wetgevingsjuristen de verwevenheid van democratie en rechtsstaat benadrukken, terwijl bijvoorbeeld strafrechters en advocaten het onderscheid tussen beide belangrijke noties doorgaans meer voor ogen houden. Vanuit het burgerperspectief is er misschien veel voor te zeggen om – zoals de Staatscommissie rechtsstaat doet[18] – te spreken van een beschermende kant, een democratische kant en een voorwaarden scheppende kant van de rechtsstaat. Maar ook van-

uit dat perspectief is er mijns inziens een fundamenteel verschil tussen de rechtsstatelijke vraag of de overheid die inbreuk maakt op rechten van burgers, luistert naar wat zij te zeggen hebben en de democratische vraag of de overheid burgers voldoende in staat stelt om invloed te hebben op (collectieve) beslissingen die zij voorstaan, maar die ook anderen raken. Inspraakprocedures komen in dit boek niet aan de orde.

In het navolgende zal blijken dat de ontwikkeling van de rechtsstaat niet alleen een vrucht is van wat de wetgever heeft beslist, maar in belangrijke mate ook van beslissingen van rechters. Zij worden soms eerder dan politici geconfronteerd met nieuwe, reële problemen omdat ze daarover moeten beslissen als burgers en bedrijven deze aan hen voorleggen. Terwijl een ontwrichtende gebeurtenis doorgaans in eerste instantie flexibiliteit en creativiteit van het openbaar bestuur vereist (denk aan het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog of van de coronapandemie), kunnen niet zozeer ontwrichtende als wel moeilijk overzienbare ontwikkelingen, door politieke onmacht of door de complexiteit ervan, ertoe leiden dat toepasselijke wetgeving ontbreekt of tekortschiet (denk aan de problemen bij de eerste euthanasiezaken en die rond het klimaat). In dat soort uitzonderlijke gevallen draagt de rechtspraak op een heel specifieke manier eraan bij dat de democratische rechtsstaat zich ontwikkelt, namelijk van onderop gedreven – vanuit de problemen die in het echte leven bestaan.

De aangepaste checklist van de Venetiëcommissie

Ik zal bij de vraag naar de toestand van de rechtsstaat in de door mij besproken tijdvakken aansluiten bij elementen die de Venetiëcommissie als noodzakelijk voor Rule of Law en rechtsstaat heeft geïdentificeerd. De commissie heeft deze, zoals gezegd, ontleend aan uitgebreid onderzoek van internationale en nationale gezaghebbende teksten: verdragen, grondwetten, wetten enzovoorts. Deze elementen zijn in 2016 in een checklist neergelegd die vijf kernelementen (benchmarks) bevat: legaliteit, rechtszekerheid, het voorkomen van misbruik van bevoegdheden, gelijkheid voor de wet en onafhankelijke rechtspraak.[19] De checklist bevat voor elk van de benchmarks nadere, precieze uitwerkingen om te gebruiken bij beoordeling van de toestand van de rechtsstaat in de diverse lidstaten van de Raad van Europa. Bovendien worden nog enkele specifieke uitdagingen van de Rule of Law genoemd, zoals corruptie en belangenverstrengeling, gegevensverzameling en surveillance. Daaruit blijkt dat de lijst niet uitputtend is. En dat is logisch, want het begrip rechtsstaat ontwikkelt zich met de tijd. Ik pas de benchmarks een beetje aan, omdat ik anders dan de Venetiëcommissie een

aparte plaats voor de trias politica (in het bijzonder met het oog op de onafhankelijke bestuursrechtspraak) en de grondrechten (ook met het oog op de vrije pers) wil geven. Omdat deze benchmarks mij steeds richting geven bij de beoordeling aan het slot van elk hoofdstuk van de toestand van de rechtsstaat in de daarin behandelde periode, licht ik ze nog kort toe.

Het legaliteitsbeginsel wil zeggen dat overheidsoptreden plaatsvindt overeenkomstig en aan grenzen gebonden door het recht. Daartoe worden door de Venetiëcommissie ook gerekend de eis om te voldoen aan verplichtingen van internationale verdragen bijvoorbeeld met betrekking tot de mensenrechten (die ik separaat behandel) en de eis dat de regelgevende bevoegdheden van de uitvoerende macht beperkt zijn door de wet.

Rechtszekerheid en rechtsbescherming zijn vanuit het perspectief van de burger de keerzijde van de legaliteitseis en houden in dat de wet zeker, voorzienbaar en begrijpelijk is. Verder wordt in dit verband vereist dat de wet geen terugwerkende kracht heeft en dat het verbod van dubbele vervolging voor hetzelfde feit wordt gehandhaafd. Ik reken daar ook toe dat de overheid een zekere graad van veiligheid tegen medeburgers en natuurkrachten moet garanderen. In deze sleutel staat ook dat 'misbruik van bevoegdheden' moet worden voorkomen door wettelijke beperkingen te stellen aan de discretionaire bevoegdheden van overheidsfunctionarissen. Die beperkingen zijn soms eerst door de rechtspraak ontwikkeld aan de hand van algemene beginselen.

Met betrekking tot de trias politica of de scheiding der machten staat in dit boek de toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter – ook in het bestuursrecht – en het recht op een eerlijk proces centraal. Deze zijn cruciaal voor de publieke waardering van het recht. Ook de autonomie van het Openbaar Ministerie en rechterlijke controle daarop worden in dit verband genoemd, evenals de onafhankelijkheid van de advocatuur en de toegang tot het recht.

Gelijkheid voor de wet en het beginsel van non-discriminatie belichamen volgens de Venetiëcommissie waarschijnlijk het meest het begrip van de Rule of Law. Naast de eis dat de wet zelf gelijkheid garandeert, is ook vereist dat de toepassing van de wet in de praktijk gelijkelijk plaatsvindt.

De klassieke grondrechten behandel ik bij de concluderende opmerkingen steeds apart. Daarbij zal blijken dat aanvankelijk de nadruk ligt op het recht op leven en de vrijheid van meningsuiting en van geloof. Pas later wordt specifieke aandacht besteed aan andere rechten en vrijheden.

Slot

Dit boek eindigt in 2025. We zullen zien dat het niet zo is dat het met de rechtsstaat steeds beter gaat en evenmin dat de rechtsstaat na een gouden periode nu in de hoogste staat van paraatheid moet worden gebracht, al zijn er nu wel zorgen. Dat zijn versimpelingen die niet helpen om de toestand van de rechtsstaat op waarde te schatten. Het zijn ook versimpelingen die de verantwoordelijkheid van de ontwikkeling van de rechtsstaat buiten onszelf leggen. De rechtsstaat is altijd onvoltooid, levend recht en we zijn er zelf bij om hem in stand te houden.