

Tilburg University

Van ethos naar praxis van de rechtsstaat

Hirsch Ballin, Ernst

Published in:

Geloof in de democratische rechtsstaat

Publication date:

2021

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Hirsch Ballin, E. (2021). Van ethos naar praxis van de rechtsstaat. In M. Potappel, J. van de Beeten, & C. van Os (Eds.), *Geloof in de democratische rechtsstaat: Een christendemocratisch verhaal voor de rechtsstaat* (pp. 175-183). Wetenschappelijk Instituut voor het CDA.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Van ethos naar praxis van de rechtsstaat

Ernst Hirsch Ballin

Maurits Potappel, Jacob van de Beeten en Carina van Os hebben een uniek boek tot stand gebracht, samen met een groep auteurs die merendeels behoort tot de volgende generatie van christendemocraten. Zij plaatsen het constitutionele concept van de rechtsstaat in een politiek-ethisch perspectief: een ethos dat burgers en gezagsdragers aanzet tot rechtvaardigheid. Rechtsstatelijkheid vereist weliswaar machtscheiding en gebondenheid van de staatsmachten aan het recht, maar daarmee is het niet gedaan. Een staat die zich als rechtsstaat inricht, wordt gedragen door het principe van respect voor ieders persoonlijke waardigheid. Het personalisme van het christelijke sociale denken is weliswaar niet de enige, maar historisch gezien wel een van de meest markante inspiratiebronnen van de rechtsstaat. Deze denktraditie houdt een erkenning in van de intrinsieke beschermwaardigheid en waardigheid die aan iedere mens van nature toekomt.

Dit boek over de relatie tussen het constitutionele concept van de rechtsstaat en het rechtsstatelijke ethos verschijnt niet zomaar, toevalligerwijs, op dit moment. Het is een respons op de pijnlijke ervaring dat ook christendemocraten de waarde van de rechtsstaat hadden verwaarloosd toen het erop aankwam, bijvoorbeeld bij de verharding in het optreden tegen vermeende onregelmatigheden inzake kinderopvangtoeslagen, en de hardleersheid toen werd gevraagd fouten en onbillijkheden te corrigeren. Pieter Omtzigt en de parlementaire onderzoekscommissie onder leiding van Chris van Dam hebben dat ondubbelzinnig aan de orde gesteld. Een politieke anamnese hoe het tot die verharding heeft kunnen komen, moet nog volgen, maar daarop vooruitlopend laten de auteurs van deze bundel zien dat het – genomen naar de maatstaven van christendemocratische politieke principes, zoals die van solidariteit en bescherming van mensen in een zwakkere positie – daartoe in elk geval niet had *mogen* komen.

De rechtsstaat beleeft in de Nederlandse politiek een comeback. Nog maar kort geleden werden rechterlijke uitspraken argwanend bekeken, omdat ze werden beschouwd als hinderlijk voor wat politiek was geaccordeerd. Dat gebeurde bijvoorbeeld in 2007 nadat het Europese Hof voor de Rechten van

de Mens uitspraak had gedaan in de zaak van de Somalische asielzoeker Salah Sheekh tegen Nederland. Anders dan eertijds staand beleid was, moet bij besluiten over asielverzoeken rekening worden gehouden met de risico's die leden van een minderheidsgroep persoonlijk lopen bij terugkeer; dat moet de rechter in beroep effectief toetsen.¹

Een prominent oppositioneel Tweede Kamerlid vond het maar bedenkelijk dat 'het Europese Hof zich permitteert om in te grijpen op een gebied waarover op Europees niveau geen bindende afspraken tussen lidstaten zijn gemaakt'. Mogelijk was deze opmerking mede ingegeven door verwarring over het verschil tussen het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, dat de uitspraak had gedaan op basis van de EVRM, en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (thans: van de Europese Unie), dat zich bezighoudt met de naleving van het EU-recht. Zijn vervolgvraag stelde desalniettemin de zaak op scherp: 'Zo wordt toch de facto de Nederlandse beleidsvrijheid aangetast?'² Nadat de uitspraak van het Hof onherroepelijk was geworden, gaf het kabinet het eigenlijk vanzelfsprekende antwoord: het Nederlandse asielbeleid en de asielpraktijk zullen daarmee in overeenstemming worden gebracht.³ Beleid moet zich voltrekken binnen de kaders van wet en recht; zo hebben we het ook gewild en constitutioneel verankerd. Deze kleine geschiedenis illustreert hoe belangrijk het is dat politici hun eigen missie verstaan als verbonden met (en niet enkel gebonden door) het normatieve kader van de rechtsstaat.

Daarbij bleef het niet. Het scheelde weinig of de grootste regeringspartij had vorig jaar in haar verkiezingsprogramma voorstellen opgenomen om de rechtstreekse werking van mensenrechtenverdragen in de Nederlandse rechtsorde te beperken. Ook was voorgesteld dat de lidstaten van de Raad van Europa uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens terzijde zouden kunnen stellen.⁴ Na interne discussie, waarin aan de principes van de rechtsstaat werd herinnerd, werd van deze voorstellen afgezien. Maar het gaat hier niet om een open flank in slechts enkele partijen ter rechterzijde. Ook in het CDA klonken stemmen die onafhankelijke rechtspraak maar lastig vonden, zij het met minder radicale conclusies.

1 Europees Hof van de Rechten van de Mens, uitspraak van 11 januari 2007, Application No. 1948/04.

2 Kamerstukken II 2006-2007, 19637, nr. 1150, p. 2.

3 Kamerstukken II 2006-2007, 29344 / 30 800 VI, nr. 64.

4 Zie: https://www.denederlandsegrondwet.nl/id/vlelgmxl8lwt/nieuws/ledenvergadering_vvd_past

De confrontatie met wat er gebeurt als eisen van de rechtsstaat worden verwaarloosd, heeft intussen als een wake-upcall gewerkt. De eerste impulsen kwamen van buiten: bezorgdheid over de ontwikkelingen in Hongarije en Polen, en schendingen van het vluchtelingenrecht aan de zuidflank van Europa. Maar dat werd nog vooral als een probleem van anderen beschouwd. Te gemakkelijk werd aangenomen dat het in Nederland wel goed zit met de rechtsstaat. Verhard overheidsoptreden kan echter ook hier burgers tot wanhoop drijven. In het rapport ‘Ongekend onrecht’ van de al genoemde commissie⁵ verkruiden de zelfgenoegzame lofuitingen op ons staatsbestel, omdat ook rechters zich al te terughoudend hadden opgesteld. Dat laatste was een gevolg van tot ideologie verworpen ‘judicial restraint’, terughoudendheid van de rechter om te toetsen of politieke beoordelingen voldoen aan de eisen van het recht, waaronder het in de Algemene wet bestuursrecht (artikel 3:4) neergelegde beginsel dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

De heroriëntatie inzake het ethos van de rechtsstaat in deze bundel vraagt om een vervolg in de politieke praxis. Deze uitleiding is er vooral op gericht dat te stimuleren – anders blijft immers de bezinning op uitgangspunten vruchteloos.

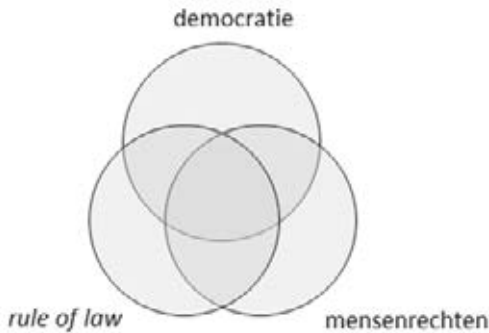
Artikel 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie noemt de rechtsstaat als een der funderende waarden. In de Engelstalige versie van het Verdrag wordt het begrip rechtsstaat vertaald met rule of law. Dat begrip heeft echter een beperktere betekenis: het gaat daar om de onderwerping van eenieder, ook de overheid, aan het recht. Dat is belangrijk en waardevol, maar het continentale begrip rechtsstaat wordt ook geassocieerd met inhoudelijke rechtvaardigheid, zoals in deze bundel geschiedt. In de constitutionele ontwikkelingen van de tweede helft van de twintigste eeuw betekent dit dat de rechtsstaat is verbonden met de rechten van de mens. In recente jurisprudentie van verschillende hoogste rechters (bij ons van de Hoge Raad in de Urgenda-zaak, in Duitsland van het constitutionele gerechtshof) wordt de beschermende werking van de rechten van de mens uitgestrekt tot de leefsituatie van volgende generaties. Dat laatste is vooral van belang voor de klimaatproblematiek.

In zijn advies van 2017 over de risico's die de rechtsstaat in een aantal Europese landen (zoals Hongarije, Portugal en Turkije) loopt, heeft de Adviesraad Internationale Vraagstukken een poging gedaan om de betekenis

5 Kamerstukken II 2020/2,1 35510, nr. 2 (Verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag).

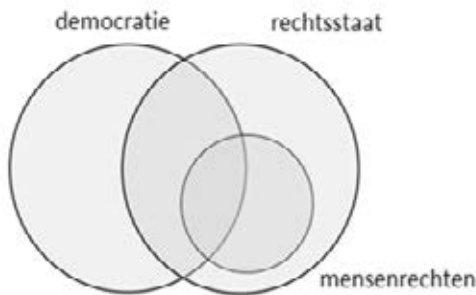
van het begrip rechtsstaat in vergelijking met het Angelsaksische begrip rule of law te verduidelijken. Daarbij heeft de raad gebruikgemaakt van deze schema's:⁶

Figuur 1: Samenhang democratie, rule of law, mensenrechten



Waar daarentegen het begrip 'rechtsstaat' wordt gehanteerd, kan het ideaalbeeld als volgt worden weergegeven:

Figuur 2: Samenhang democratie, rechtsstaat, mensenrechten



⁶ Ontleend aan het advies van de Adviesraad Internationale Vraagstukken, 'De wil van het volk? Erosie van de democratische rechtsstaat in Europa', 2017, p. 18.

In de bundel komen de verschillende facetten van het polyinterpretabele begrip rechtsstaat aan de orde. De verhouding tussen de staatsmachten is zeker een belangrijk facet, zoals de bijdrage van Sophie van Bijsterveld laat zien, maar voor een bijdrage en de realisering van maatschappelijke rechtvaardigheid is het nodig om een verband te leggen met kwesties van sociaaleconomische besturing en informatisering. De laatste twee bijdragen van deze bundel, van de hand van Joyce Esser en Geurt Henk Spruyt, gaan daarop in. Dat is belangrijk, omdat de idealen van de rechtsstaat de politiek normatief uitdagen om zich na de neoliberale golf te herpakken.

In het advies van de AIV was erop gewezen dat het overboord kiepen van de sociale dimensie van de rechtsstaat onder het motto van ‘marktwerking’ en ‘globalisering’ een groot aantal mensen in een sociaaleconomisch precare positie heeft gebracht. Dat heeft de weg geëffend voor – ogenschijnlijk democratische, maar niet-rechtsstatelijke – politieke bewegingen die de wil van het volk zeggen te vertolken. Het antwoord aan hun adres kan niet een cultivering van de rechtsstaat als formeel constitutioneel concept zijn. Wat hier nodig is, is een begrip van de rechtsstaat dat zich verbindt met democratische politiek. Dit betekent dat ‘rechtsstaat’ niet mag worden gereduceerd tot een juridisch hoogstaand normatief concept. Dat klopt misschien wel voor het begrip rule of law van de Angelsaksische rechtstheorie, maar als het hierbij blijft zal de politieke vervreemding er alleen maar door worden vergroot. Politiek inspirerend is het concept van de rechtsstaat alleen als het wordt uitgewerkt als een democratische en sociale rechtsstaat. Een ‘nieuw sociaal contract’ is een metafoer die tot uitdrukking brengt dat zo’n rechtsstaat namens én voor de burgers werkt. Pieter Omtzigt koos deze woorden als boektitel⁷, en internationaal – ook betrokken op de leefsituatie van komende generaties – doet Minouche Shafik (London School of Economics) dat: een veel meer geordend economisch bestel is nodig om hardnekkige ongelijkheden op te heffen.⁸ Ook de overgang naar een duurzame agrarische bedrijfsvoering is in zulke termen aan de orde gesteld⁹, namelijk als een nieuw sociaal contract voor duurzame landbouw.

Op het punt van de machtenscheiding is trouwens zeker nog niet alles in kannen en kruiken. Op 29 april 2021 nam de Tweede Kamer een motie aan

⁷ P.H. Omtzigt, *Een nieuw sociaal contract*, Amsterdam: Prometheus, 2021.

⁸ M. Shafik, *What We Owe Each Other: A New Social Contract*, London: Vintage, 2021.

⁹ P.H. Feindt, C. Krämer, A. Früh-Müller, A. Heißenhuber, C. Pahl-Wostl, K.P. Purnhagen, F. Thomas, C. van Bers & V. Wolters, *Ein neuer Gesellschaftsvertrag für eine nachhaltige Landwirtschaft: Wege zu einer integrativen Politik für den Agrarsektor*, Berlin: Springer Open 2019. Dit boek is in Open Access gepubliceerd met medewerking van het Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit.

ingediend door het CDA-Kamerlid Anne Kuik samen met woordvoerders van verscheidene andere fracties, die op dit punt buitengewoon belangrijk is. In deze met ruime meerderheid aanvaarde motie werd overwogen dat ‘anders dan in de meeste andere rechtsstaten, Nederlandse rechters wetten die door de Kamer zijn aangenomen niet kunnen toetsen aan de Nederlandse Grondwet, terwijl daarin de belangrijkste fundamentele rechten van de burger zijn vastgelegd’, en aan de regering gevraagd ‘binnen een jaar wetsvoorstellen in te dienen om artikel 120 van de Grondwet te schrappen en (...) de uitwerking van grondwettelijke toetsing ter hand te nemen.’¹⁰ Hopelijk houdt dit stand, want bij eerdere pogingen heb ik ervaren hoe taai de weerstand is van politici en ambtenaren die bang zijn dat rechters hun de les lezen. Hun eerstvolgende verdedigingslinie zal wel worden dat beter eerst de normatieve zeggingskracht van de bepalingen over grondrechten kan worden versterkt, wat natuurlijk nog jaren zal duren.

Het politieke ethos van de rechtsstaat is verbonden met fundamentele principes zoals dat van de gelijke behandeling en het bieden van bescherming aan mensen in kwetsbare situaties. Dat is ook bij uitstek het onderwerp geworden van de bescherming van rechten van de mens in het huidige tijdsgewricht. Het gaat dan bijvoorbeeld om kinderen, door diepe ongelijkheid kwetsbaar geworden mensen en vluchtelingen. In zijn in 2017 gepubliceerde boek ‘De rafels aan de rechtsstaat’ besteedt Ferdinand Grapperhaus veel aandacht aan sociaaleconomische ongelijkheid als bedreiging voor de werking van de rechtsstaat.¹¹

Voor de praktische realisering van de rechtsstaat is ook van belang hoe hij zich verhoudt tot terrorisme en andere vormen van ernstige criminaliteit. In de politieke publiciteit worden zulke misdrijven door nogal wat mensen omschreven als een ‘bedreiging’ van of ‘aanslag’ op de rechtsstaat. Dat vergt wel enige uitleg, omdat het hier uiteraard niet gaat om instanties die zich niet houden aan de constitutionele eisen van het recht. Toch is dit verband wel reëel, want in situaties waarin geweld en dreiging daarmee de overhand krijgen, kan de rechtsstaat zijn aspiraties zeker niet realiseren. De effectieve werking van het recht moet ook worden afgemeten aan zijn impact op de reële machtsverhoudingen in de samenleving, en die worden ernstig verstoord

10 Kamerstukken II 2020/21, 28362, nr. 47. Vóór stemden de leden van de fracties van de SP, GroenLinks, BIJ1, Volt, DENK, de PvdA, de PvdD, 50PLUS, D66, de ChristenUnie, het CDA, JA21 en BBB.

11 F.B.J. Grapperhaus, *Rafels aan de rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus, 2017, p. 87; zo ook F.B.J. Grapperhaus, *De weerloze samenleving*, Amsterdam: Prometheus 2021, p. 103.

wanneer bedrijvers van georganiseerde misdaad – dat zijn niet alleen drugshandelaren en terroristen, maar ook in nette pakken geklede fraudeurs, witwassers en milieucriminelen – zich niet aan wet en recht storen.

Bij het bestrijden van terrorisme en georganiseerde criminaliteit wordt nogal eens gepleit voor het inzetten van zo verstrekkende middelen dat ze de beginselen van de rechtsstaat aantasten. Men kan echter de rechtsstaat alleen met blijvend resultaat verdedigen met de middelen die bij diezelfde rechtsstaat passen. Dat is ook goed mogelijk, al kost het op het eerste gezicht meer moeite. Daarom mag de bestrijding van deze de samenleving aantastende vormen van misdaad nooit leiden tot praktijken waarbij vormen van foltering worden toegepast, een loopje wordt genomen met de integriteit van de rechtspleging of op andere manieren disproportioneel wordt ingegrepen in de vrije en democratische samenleving. Met voldoende wettelijke bevoegdheden en moderne hulpmiddelen is het wel degelijk mogelijk zulke vormen van misdaad effectief te bestrijden, zeker wanneer daarbij wordt gelet op de situaties waarin criminaliteit kan gedijen. Voorkomen is ook hier beter.

Een hooggestemd discours over de rechtsstaat mag dus niet in vrijblijvendheid vervliegen. De beschermende werking van het recht in een rechtsstaat is er voor iedereen: niet alleen voor de weerbare groep van burgers met gevestigde belangen, maar juist ook voor degenen die in welk opzicht dan ook recht-zoekend zijn, zoals mensen in preciaire situaties, onder wie mensen die zich door hun seksuele geaardheid onderscheiden, of asielzoekers. De rechtsstaat moet op zo'n manier functioneren dat ongelijkheden die mensen beletten tot hun recht te komen, worden gecompenseerd. Ook dat is een reden om de rechtsstaat consequent op zijn werking als democratische en sociale rechtsstaat te toetsen.

Hoezeer ook de bijdragen aan deze bundel aan het denken zetten, er is een vervolg nodig om te bepalen waar mensen tot handelen moeten worden aangezet, ter verwerkelijking van rechtsstatelijke waarden en beginselen. Dat betreft bijvoorbeeld de sociale rechtsstaat; die krijgt in de bundel de meeste aandacht in de bijdrage van Joyce Esser. Dat is ook nodig, want zonder de solidariteit met de kwetsbaren, die door sociale grondrechten worden beschermd, zou de rechtsstaat een elitair of illusionair project blijven. Van belang is hier dat sociale, economische en culturele grondrechten worden onderkend als een noodzakelijk facet van de sociale rechtsstaat. In internationaal verband zijn daarom ook klachtprocedures ingericht voor het geval van aantasting van deze rechten. De aanvaarding van de desbetreffende protocollen bij deze verdragen door de Nederlandse staat blijft echter nog

steeds uit.¹² De weerstand tegen juridische erkenning van economische en sociale rechten is nog steeds groot. Nieuwe stappen in de internationale rechtsonwikkeling zoals het klachtrecht ingevolge het Facultatief Protocol bij het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten van 2008¹³ worden al jaren afgehouden. Ook hier is de argumentatie iel: verwezen wordt naar een nog niet gepubliceerd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 2017 en een algemene evaluatie van de verdragscomités in VN-verband. Hetzelfde doet zich voor bij de facultatieve protocollen bij het Internationaal Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind.¹⁴

Democratie kan alleen duurzaam zijn als ze is geconstitueerd als een staat die fundamentele rechten erkent, op solidariteit en rechtvaardigheid is gebouwd, en dus een sociale rechtsstaat is. Daarom is er werk aan de winkel. De rechtsstaat is er niet om het werk van politici gemakkelijker te maken, wel waardevoller.

12 Trb. 2010, 15.

13 Zie o.a. Kamerstukken II 2018/19, 33826, nrs. 27 en 37, en I 2020/21, 33992 (R2034).

14 Kamerstukken II 2021/22, 35925 XVII, nr. 2, p. 9.