

De democratische rechtsstaat in Nederland

Over weerbaarheid en waakzaamheid

Ronald Tinnevelt, Rowin Jansen & Michiel van Emmerik¹

De laatste jaren worden ‘weerbaarheid’ en ‘democratische rechtsorde’ steeds vaker met elkaar verbonden. Wat ‘weerbaarheid’ omvat of vereist, blijft echter onduidelijk. Het begrip wordt even breed opgevat als de gevaren waarvoor de oproep om de weerbaarheid van de democratische rechtsorde te versterken een oplossing wil bieden. Deze bijdrage schetst een beeld van het huidige debat over de weerbare democratische rechtsstaat. De noties ‘weerbare democratie’ en ‘weerbare rechtsstaat’ worden duidelijk onderscheiden om vervolgens kanttekeningen te plaatsen bij twee belangrijke voorwaarden voor de weerbaarheid van de Nederlandse democratische rechtsorde: de waarborgfunctie van de Nederlandse wet in formele zin en onze huidige rechtsstatelijke cultuur.

1. Inleiding

De laatste jaren worden ‘weerbaarheid’ en ‘democratische rechtsorde’ steeds vaker met elkaar verbonden. In 2018 werd de noodzaak van het ‘versterken van de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat’ – naast het ‘verbeteren van de inhoudelijke representatie’ – als tweede rode draad genoemd in het eindrapport van de Staatscommissie parlementair stelsel.² Vier jaar later, in de zomer van 2022, werd de Adviescommissie versterken weerbaarheid democratische rechtsorde (hierna: de Adviescommissie) ingesteld om onderzoek te doen naar de gevaren van polarisatie, radicalisering en extremisme.³ Minder dan een half jaar later, in november 2022, besloot de minister-raad tot het instellen van de Staatscommissie rechtsstaat met als voornaamste opdracht ‘om het functioneren van de rechtsstaat te analyseren en voorstellen te doen voor versterking van de rechtsstaat’.⁴ In dezelfde maand, ten slotte, schreven de Academies voor Wetgeving en Overheidsjuristen een essaywedstrijd uit met als inzet ‘Weerbare rechtsstaat voor een veerkrachtige samenleving’.

Wat ‘weerbaarheid’ omvat of vereist, blijft echter onduidelijk. Het begrip wordt even breed opgevat als de gevaren waarvoor de oproep om de weerbaarheid van de democratische rechtsorde te versterken een oplossing wil bieden. Zo vormen de harde conclusies uit het rapport *Ongekend onrecht* – een schending van de grondbegin-selen van de rechtsstaat en gebrekkige bescherming van de burger – de concrete aanleiding voor de instelling van de Staatscommissie rechtsstaat, terwijl de Adviescommissie zich op drie andere gevaren richt: ‘de afname van vertrou-

wen, de toename van polarisatie en het afhaken van sommige bevolkingsgroepen’, ‘de opruiende rol van online platformen en (...) het debat in de Tweede Kamer’ en ‘de radicalisering van protesten en de toename van bedreigingen van publieke ambtsdragers als een bijzonder zorgelijke ontwikkeling’.⁵ Het functioneren van en de onderlinge verhouding tussen de drie staatsmachten vormen daarmee wel de inzet van het werk van de Staatscommissie, maar niet van de Adviescommissie.

Beide commissies richten zich echter op de weerbaarheid van hetzelfde object: de democratische rechtsorde. Vreemd is die koppeling van ‘weerbaarheid’ aan ‘democratische rechtsorde’ niet. Democratie en rechtsorde zijn immers geen vaststaande en vastomlijnde grootheden met een eeuwig bestaan. Zij zijn als het ware altijd ‘in wording’. Zoals de ministers van Binnenlandse Zaken en

Auteurs

1. Prof. dr. R.B.J. Tinnevelt, mr. drs. R.H.T. Jansen en mr. dr. M.L. van Emmerik zijn respectievelijk hoogleraar Rechtsfilosofie, promovendus Algemene rechtswetenschap en universitair hoofddocent Staatsrecht aan de Radboud Universiteit.

Noten

2. Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam: Boom,

2018, met name p. 13 en hoofdstuk 6.

3. Instellingsregeling Adviescommissie versterken weerbaarheid democratische rechtsorde, *Stcrt.* 2022, 19229.

4. Instellingsbesluit Staatscommissie rechtsstaat, *Stcrt.* 2023, 7635.

5. Adviescommissie versterken weerbaarheid democratische rechtsorde, *Koester de democratie! Een dringende oproep om de democratische rechtsorde weer voor iederéén te laten werken*, 2023, p. 13.

Koninkrijksrelaties, Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Justitie en Veiligheid in een Kamerbrief van 6 oktober 2022 schreven:

‘Nederland kent een open en vrije democratische samenleving. Dit is geen vanzelfsprekendheid. Onderliggend aan deze manier van leven zijn een rechtsstaat en democratie – samen de democratische rechtsorde – die voortdurende bescherming, onderhoud en vernieuwing vergen.’⁶

Dat noopt temeer, omdat de democratische rechtsorde in ons ontzuilde en sterk geïndividualiseerde land misschien wel het enig overgebleven gemeenschappelijk fundament is.⁷

De democratische rechtsorde in ons ontzuilde en sterk geïndividualiseerde land is misschien wel het enig overgebleven gemeenschappelijk fundament

In deze bijdrage schetsen wij een beeld van het huidige debat over de weerbare democratische rechtsstaat. Wij doen dat, gelet op de beperkte omvang, met een brede kwast. Diverse thema's die hier de revue passeren zullen elders in dit nummer verder worden uitgediept. We behandelen eerst de noties ‘weerbare democratie’ en ‘weerbare rechtsstaat’ om vervolgens enkele kanttekeningen te plaatsen bij twee belangrijke voorwaarden voor de weerbaarheid van de Nederlandse democratische rechtsorde: de waarborgfunctie van de Nederlandse wet in formeel zin en onze huidige rechtsstatelijke cultuur.

2. Weerbare democratische rechtsstaat

Wat wordt met de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat bedoeld? Allereerst is het belangrijk te benadrukken, zoals ook de ministers in de genoemde Kamerbrief deden, dat onze staat op twee pijlers rust: ‘rechtsstaat en democratie – samen de democratische rechtsorde’.⁸ Hoewel beide onderling op verschillende wijzen met elkaar verbonden zijn, levert een conceptuele tweedeling tussen rechtsstaat en democratie ons wel een eenvoudig instrument om het begrip van weerbaarheid verder te verduidelijken. Over de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat kan namelijk vanuit twee verschillende perspectieven worden gesproken: vanuit het perspectief van de *weerbare of strijdbare democratie* (‘militant democracy’) en dat van de *weerbare of strijdbare rechtsstaat* (‘militant constitutionalism’). Beide perspectieven zijn nodig om onze democratische rechtsorde te beschermen, maar leggen wel degelijk andere accenten en

reiken ons ook een ander instrumentarium voor de bestending van die rechtsorde aan.

De notie van *weerbare democratie* gaat terug tot het werk van de Duitse jurist en politicoloog Karl Loewenstein. Hij boog zich in de jaren dertig van de vorige eeuw over het onvermogen van de Weimar-republiek om zich te verdedigen tegen de opkomst van het internationaal fascisme en de nationaalsocialistische dictatuur.⁹ De weerbaarheid van de democratie verwijst dan – als we een bekende definitie van Jan-Werner Müller aanhalen – naar ‘het idee van een democratisch regime dat bereid is om preventieve, op het eerste gezicht onliberale maatregelen te nemen om te voorkomen dat degenen die de democratie met democratische middelen willen ondermijnen, het democratische regime vernietigen’.¹⁰

In Nederland is het vooral de Leidse rechtsfilosoof Bastiaan Rijkema geweest die deze idee verder heeft uitgewerkt en onder de aandacht heeft gebracht.¹¹ Tot de middelen die worden aangereikt om de democratie weerbaarder te maken horen onder andere het partijverbod, de inperking van politieke vrijheden en het democratische debat. Als mogelijk instrument noemt Rijkema zelf ook nog de ‘rechtsstatelijke verdedigingslinie’, met als voorbeeld dat in Nederland de Grondwet ‘slechts met een tweederdemeerderheid en twee lezingen in beide Kamers’ gewijzigd kan worden. Dat is een interessante gedachte, al vervaagt daardoor wel het conceptuele onderscheid tussen weerbare democratie en weerbare rechtsstaat.¹²

Het begrip *weerbare rechtsstaat* kent een minder lange geschiedenis. In de Engelstalige literatuur komen we de term tegen in het werk van de Hongaarse rechtsgeleerde András Sajó.¹³ Sajó – medeoprichter van de Rechtenfaculteit van de Central European University en voormalig rechter in het Europees Hof voor de Rechten van de Mens – gebruikt het begrip ‘militant constitutionalism’ om te wijzen op het probleem van constitutionele zelfverdediging tegenover democratisch verkozen autocraten en populistten:

‘Als populistten eenmaal de macht grijpen, is de vraag hoeveel weerstand kan worden geboden door mechanismen van constitutionele zelfverdedigingsinstellingen. Deze vraag is zelden bepalend voor het ontwerp van een grondwet.’¹⁴

De idee van de weerbare rechtsstaat onderscheidt zich derhalve op twee belangrijke punten van de idee van weerbare democratie: timing en middelen. De weerbare democratie probeert de vijanden van de democratie *ex ante* te identificeren en zoekt naar middelen om te voorkomen dat zij aan de macht komen, terwijl de weerbare rechtsstaat deze vijanden *ex post* probeert in te kapselen door hun mogelijkheid in te perken om overheidsmacht te misbruiken om de verworvenheden van de rechtsstaat te ondergraven. Denk bijvoorbeeld aan de scheiding der machten, beperking van ambtstermijnen, inperking van de regeringsmacht om uitvoeringsbesluiten te nemen of de constitutionele bescherming van rechterlijke onafhankelijkheid.

In Nederland komen we de term ‘weerbare rechtsstaat’ tegen in het recente boek van Geert Corstens *Onze rechtsstaat. Strijdbaar en weerbaarder*, in *Naar een*

weerbare rechtsstaat van Schlössels, Sillen & Tinnevelt, en onder de noemer van 'waakzaamheid' ook in het werk van Ernst Hirsch Ballin.¹⁵ Opgemerkt dient echter te worden dat deze term hier op een bredere manier wordt ingevuld dan door Sajó en anderen wordt gedaan. Om te begrijpen waarom dat zo is, is het belangrijk om voor ogen te houden dat weerbaarheid in de Nederlandse context niet alleen een antwoord vormt op het rechtsstatelijk verval waarvan we de afgelopen jaren in landen als Polen en Hongarije getuige zijn geweest maar ook op het probleem van een gebrekkige bescherming van de burger tegenover de negatieve effecten van overheidsmaatregelen, zoals bijvoorbeeld naar voren komt in de rapporten van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag of de Parlementaire enquêtecommissie Aardgaswinning. Rechtsstatelijk verval betreft hier, kortom, zowel de horizontale relatie tussen de staatsmachten als de verticale relatie tussen overheid en burger.¹⁶

Een tweede verschil tussen de uitwerking van 'militant constitutionalism' door Sajó en het gebruik van de term in de Nederlandse context, is dat in het tweede geval meer aandacht wordt gevraagd voor zowel de instituties, formele regels en procedures die de rechtsstaat moeten beschermen alsook voor de rechtsstatelijke cultuur en rechtsstatelijke houding die nodig zijn om deze rechtsorde te versterken.¹⁷ Wat het laatste betreft spreekt Hirsch Ballin in navolging van de Duitse rechtstheoreticus en voormalig rechter van het Duitse grondwettelijk hof Ernst-Wolfgang Böckenförde van het 'ethos van de democratische rechtsstaat'.¹⁸ Zoals Loewenstein het krachtig uitdrukt:

'De meest perfect opgestelde en bedachte statuten zijn het papier waarop ze geschreven zijn niet waard, tenzij ze ondersteund worden door [de] ontembare wil om te overleven.'¹⁹

Om het wat concreter te maken: in discussies over Polen en Hongarije klinkt het soms dat 'onze' grondwettelijke regels voor rechtersbenoemingen er op papier weliswaar niet heel anders uit zien, maar dat het risico op zulke onrechtsstatelijke praktijken in Nederland niet zo groot is.

Want, om met Corstens te spreken, 'onze cultuur is anders'.²⁰ Vrij vertaald: Nederland heeft een lange democratische en rechtsstatelijke traditie, dus hier zal het zo'n vaart niet lopen. Maar klopt dat wel? Loopt Nederland werkelijk zoveel stappen voor in vergelijking met relatief nieuwe democratische rechtsstaten als Polen en Hongarije? Dat valt, zo menen wij, nog maar te bezien. Hierna zullen wij enkele kanttekeningen plaatsen, zowel bij de waarborgfunctie van de Nederlandse wet in formele zin als bij onze huidige rechtsstatelijke cultuur.

3. 'Wet' als grondwettelijke waarborg

Voor het antwoord op de vraag of Nederland inderdaad immuun is voor rechtsstatelijke verval (of juist niet), is het goed om vooral naar de Grondwet te kijken. De Grondwet getuigt van een sterke samenhang tussen democratie en rechtsstaat, in die zin dat ingrijpende besluiten die burgers binden nader bij 'wet' dienen te worden geregeld.²¹ Dit uitgangspunt – legaliteit – is van oudsher de hoeksteen van de democratische rechtsstaat. Vanuit rechtsstatelijk perspectief is het regelen van zaken in een formele wet belangrijk. Het beperkt overheidsmacht door binding aan het recht en verzekert de inbreng van de volksvertegenwoordiging.²² Algemene wetgeving doet bovendien recht aan belangrijke eisen, zoals voorzienbaarheid, rechtseenheid en rechtsgelijkheid.

Hoewel de legaliteitseis buitengewoon belangrijk is, valt er toch iets af te dingen op deze 'troef' om grondrechten te beschermen.²³ Legaliteit betreft vooral de vorm en niet de inhoud van het recht. Niet uitgesloten is dat democratisch genomen besluiten het recht kunnen schen-

Hoewel de legaliteitseis buitengewoon belangrijk is, valt er toch iets af te dingen op deze 'troef' om grondrechten te beschermen

6. Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 753, p. 1.

7. H.D. Tjeenk Willink, *Groter denken, kleiner doen. Een oproep*, Amsterdam: Prometheus 2019, p. 7.

8. Vgl. R. Koole, *Twee pijlers. Het wankel evenwicht in de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus 2021.

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

K. Loewenstein, 'Militant democracy and fundamental rights II', *The American Political Science Review* 1937, p. 638-658.

10. J.W. Müller, 'Militant Democracy', in: M. Rosenfeld & A. Sajó (red.): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 1253.

11. B. Rijkema, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2015.

12. B. Rijkema, 'Democratie als zelfcorrectie revisited', in: A. Ellian, G. Molier & B. Rijkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging*, Amsterdam: Boom 2018, p. 41.

13. Zie tevens J. Gutmann & S. Voigt, 'Militant constitutionalism: a promising concept to make constitutional backsliding less likely?', *Public Choice* 2021, p. 377-404.

14. Sajó 2021, p. 188.

15. G. Corstens, *Onze rechtsstaat. Strijdbaar en weerbaar*, Amsterdam: Prometheus 2023; R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer

2022; E.M.H. Hirsch Ballin, *Waakzaam burgerschap. Vertrouwen in democratie en rechtsstaat herwinnen*, Amsterdam: Querido Facto 2022.

16. Zie voor een uitwerking C. Kuypers & R.B.J. Tinnevelt, 'Een weerbare Nederlandse rechtsstaat', *NJB* 2023/1159, afl. 17, p. 1385-1386.

17. De Adviescommissie spreekt in meer algemene zin van 'essentiële structurelementen' en 'maatschappelijke randvoorwaarden', zie p.15.

18. Hirsch Ballin 2022, p. 64.

19. Loewenstein 1937a, p. 657.

20. G. Corstens, 'Bescherm onze rechters tegen de politiek', *NRC Next* 9 januari 2018.

21. Deze samenhang blijkt ook expliciet uit algemene bepaling. Zie ook M. Stremmer,

'De kernbeginselen van onze Grondwet: de algemene bepaling in historisch-constitutioneel perspectief', in: J.H. Gerards, J. Goossens & E.Y. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland. De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 141-174.

22. Zie ook het klassieke *Fluorideringsarrest* HR 22 juni 1973, *AB Klassiek* 2022/4, m.nt. Van Ommeren en met veel nadere verwijzingen.

23. A.F.M. Leijten & C.M.S. Loven, 'Rechterlijke toetsing aan de grondwettelijke grondrechtenbepalingen', in: Gerards, Goossens & Van Vugt 2023, p. 95-120, aldaar, p. 103-104.

den en de rechtsstaat of waarborgen daarvan uithollen. Democratie en rechtsstaat liggen immers niet per definitie op één lijn. De democratische idee kenmerkt zich door een fundamenteel vertrouwen in de staatsmacht die van 'het volk' uitgaat, terwijl in de rechtsstaatidee elke overheidsmacht – ook als de wil van 'het volk' aan die macht ten grondslag ligt – juist fundamenteel wantrouwen ontmoet en door waarborgen moet worden begrensd.²⁴ De combinatie van beide leidt dan ook niet noodzakelijk tot een balans die én gelijkwaardige deelname aan machtsvorming mogelijk maakt én minderheden tegen besluiten van meerderheden beschermt.²⁵

Deze precare relatie tussen democratie en een formeel vormgegeven rechtsstaat wordt op scherp gesteld, indien de wetgever veel speelruimte krijgt om het toepassingsbereik van grondrechten te bepalen.²⁶ Een politieke meerderheid kan besluiten tot (vergaande) beperking van grondrechten, ook als dit ten koste gaat van de rechten van de minderheid. Daar komt bij dat de huidige grondwetsbepalingen nauwelijks inhoudelijke houvast bieden om te beoordelen of een inbreuk al dan niet toelaatbaar is. Als de grondwetgever inderdaad, zoals het er nu naar uitziet,²⁷ het toetsingsverbod schrapt, zal de Nederlandse rechter dus maar weinig extra aanknopingspunten hebben om aan te toetsen als het gaat om de grondwettelijke beperkingscriteria.²⁸

De politieke staatsmachten krijgen ook in Hoofdstuk 6 van de Grondwet, over de rechtspraak, ruim baan. Zo bepaalt artikel 116 lid 2 Grondwet dat de wet de inrichting, samenstelling en bevoegdheid van de rechterlijke macht regelt.²⁹ De wetgever kan naar believen wijzigingen doorvoeren. Zoals Voermans het treffend verwoordt: *anything goes*.³⁰ Deze bepaling verhindert zelfs niet dat de regering of minister krachtens wettelijke grondslag (de gebruikte terminologie 'regelt' maakt immers delegatie mogelijk) kan ingrijpen in het functioneren van de rechterlijke macht en daarmee inbreuk maakt op de institutionele onafhankelijkheid.³¹ De wetgever mag volgens artikel 117 lid 2 Grondwet ook de pensioenleeftijd aanpassen. In theorie is het dus denkbaar dat de formele wetgever de pensioenleeftijd verlaagt, net zoals dat in Polen is gebeurd, om bepaalde rechters buiten spel te zetten en vervolgens nieuwe regeringsgezinde rechters te benoemen.

Een ander voorbeeld van de grote speelruimte van de wetgever en de beperkte waarborgfunctie van de Nederlandse wet in formele zin vormt de zogeheten *Fraudedwet*.³² Deze wet uit 2012, die in de recente parlementaire enquête naar fraudebeleid binnen de sociale zekerheid uitgebreid ter sprake kwam, voorzag in draconische boetes voor overtredingen. De daadwerkelijke omvang van de fraude rechtvaardigde dergelijke boetes eigenlijk niet. Deze zware sanctionering kwam echter wel tegemoet aan een breed gedragen politieke wens om fraude te bestraffen en kon zelfs rekenen op de steun van meerdere oppositiepartijen.³³ In 2014 is dit boetebeleid terecht afgeschoten door de Centrale Raad van Beroep vanwege – kort gezegd – de disproportionele uitwerking ervan.³⁴

Er zijn nog vele andere voorbeelden te noemen. Waar het om gaat, is dit: de Grondwet biedt behoorlijk veel ruimte aan regering en parlement om naar bevind van zaken te handelen.³⁵ De legaliteitseis garandeert dan ook

De Grondwet biedt behoorlijk veel ruimte aan regering en parlement om naar bevind van zaken te handelen

geenszins dat het rechtsstatelijk gehalte van wetgeving op peil is. Natuurlijk kan ingenieus ontworpen wetgeving wel een dam opwerpen tegen het gevaar van een tirannieke parlementaire meerderheid en constitutionele terugval, maar dat is vermoedelijk nog niet voldoende. Dat brengt ons bij het fenomeen rechtsstatelijk besef. Ligt hier wellicht een extra waarborg om de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat te versterken?

4. Rechtsstatelijk besef in politiek Den Haag

Formele waarborgen vormen enkel het geraamte van de democratische rechtsstaat.³⁶ De democratische rechtsstaat bestaat uit méér dan alleen regels en principes. Onontbeerlijk is allereerst het draagvlak voor en vertrouwen in de overheid. Op dat vlak laat zich een zorgelijke ontwikkeling zien. Waar burgers nog altijd veel vertrouwen hebben in de rechterlijke macht en de politie, blijkt dat het vertrouwen in de politieke instituties steeds verder afneemt.³⁷ Wat daarbij vermoedelijk niet helpt, is dat politici regelmatig onrealistische verwachtingen creëren over de mogelijkheden van de overheid om problemen bij te sturen of op te lossen.³⁸ Helaas, maar waar: niet alles kan worden gerealiseerd. 'Wie dat wel verwacht', zo waarschuwt de Raad van State terecht, 'komt bedrogen uit. Niet alleen kunnen maatschappelijke opgaven dan slechts halfslachtig worden aangepakt, maar ook het vertrouwen in de overheid wordt daardoor ondergraven'.³⁹

Inmiddels klinkt in politiek Den Haag een steeds luidere roep om het vertrouwen in democratie en rechtsstaat te herwinnen.⁴⁰ Voor dat vertrouwen is onder meer nodig dat politieke en ambtelijke instituties hun zorgplichten en kerntaken effectief (kunnen) vervullen. Dat laatste lijkt op dit moment echter minder goed te lukken – in elk geval in de ogen van de buitenwereld. De Adviescommissie onderstreept in dit kader dan ook terecht het grote belang van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Burgers moeten erop kunnen vertrouwen dat de overheid besluiten zorgvuldig voorbereidt, wettelijke bepalingen helder opstelt en feitelijk naleeft, en gelijke gevallen gelijk behandelt.⁴¹

Van politieke vertegenwoordigers en bestuurders mag men daarnaast een duidelijk rechtsstatelijk besef verwachten. De ene keer betekent dat dat zij een rechte rug moeten houden, ook als er op dat moment een andere politieke wind waait. De andere keer houdt dat juist in dat zij, omwille van het grotere goed, enige zelfbeheersing in acht nemen en loyaal met andere overheidsactoren omgaan.⁴² Dat rechtsstatelijke besef, die attitude, is als het ware het vlees op de botten van de democratische rechtsstaat.⁴³ Instituties kunnen hun beschermende taak per

slot van rekening pas vervullen als en voor zover ze worden gedragen en uitgedragen.⁴⁴

Deze gedachte – dat voor de instandhouding van de democratische rechtsstaat ook een bepaalde politieke en juridische houding en cultuur nodig is – keert de laatste tijd steeds vaker terug in publicaties, waaronder in rapporten van de Adviesraad Internationale Betrekkingen,⁴⁵ de Raad voor het Openbaar Bestuur⁴⁶ en de *Venice Commission*.⁴⁷ Hoe die houding er precies moet uitzien, is echter niet geheel duidelijk. Dit niet alleen omdat ‘cultuur’ voor juristen sowieso een lastig begrip is (want vaag),⁴⁸ maar ook omdat, als gezegd, gedegen en systematische analyses ervan ontbreken.

De aanzetten die in de rechtswetenschappelijke literatuur wel gegeven zijn, zetten vaak sterk in op het belang van enigszins onbestemde grootheden als empathie en empathisch vermogen. Denk bijvoorbeeld aan de oproep van Van Ommeren eerder in dit blad⁴⁹ om het empathisch vermogen van ambtenaren te versterken of de claim van Hirsch Ballin dat empathie (‘seeing us in them’) tot ‘het ethos van de democratische rechtsstaat’ behoort.⁵⁰ Hoewel belangrijk, zal een stevig democratisch en rechtsstatelijk besef meer omvatten dan het vermogen om ons in de positie van een ander te verplaatsen. En waarschijnlijk ook meer dan het streven naar een reductie van grote maatschappelijke ongelijkheid⁵¹ of het streven om de waarden die aan onze democratische rechtsstaat ten

grondslag liggen (vrijheid, gelijkheid, solidariteit) steeds weer opnieuw te doordenken en te internaliseren.⁵²

Rechtsstatelijk besef vereist in elk geval gedegen kennis van de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat en de vastberaden wil om ook in moeilijke omstandigheden aan deze beginselen vast te houden. Toch lijken politici het behoud van rechtsstatelijke normen lang niet altijd serieus te nemen.⁵³ Zo wees Brenninkmeijer al eerder op de steeds verdere verkleefing van regering en parlement, die intussen is uitgemond in een machtsconcentratie bij de politiek.⁵⁴ Deze ‘machtsophoping aan één kant’ heeft volgens hem duidelijke gevolgen voor de trias politica:

‘De politiek gaat zich meer bemoeien met benoemen in de rechterlijke macht, ze neemt uitspraken van de rechter op de korrel, ze slaat wetgevingsadviezen van de Raad van State ongemotiveerd in de wind’⁵⁵

Ook elders is gewezen op onwenselijke verschuivingen in de Nederlandse staatsmachtverdeling.⁵⁶ Regering en parlement zijn dichter tegen elkaar aangekropen. Het punt is: als politieke zelfbeheersing dan achterwege blijft en politici de rechtsstatelijke grenzen opzoeken, hetgeen afgelopen kabinetperiodes nogal eens is gebeurd,⁵⁷ dan zijn het recht, de rechterlijke macht en uiteindelijk de burger er al

24. C.A.J.M. Kortmann, P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2021, p. 315.

25. W.J.M. Voermans, *Onze constitutie. De geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*, Amsterdam: Prometheus 2023, p. 141.

26. Het toevoegen van meer inhoudelijke beperkingsgronden aan de Grondwet kan uitkomst bieden. Zie o.a. het Rapport van de *Staatscommissie Grondwet* uit 2010 en verder L.F.M. Verhey, ‘Het grondwettelijk beperkingsstelsel: handhaving of herbezinning?’, *NTM/NJCM-bulletin* 2003, afl. 3a, p. 216-232.

27. Zie ook de hoofdlijnenbrief ‘Constitutionele toetsing’, *Kamerstukken II* 2021/22, 35925-VII, nr. 169.

28. Toetsing aan het EVRM is uiteraard wel mogelijk.

29. Uit de grondwetsherziening van 1983 volgt dat de regering tot uitgangspunt heeft genomen dat de hoofdlijnen, taak en organisatie van de rechtspraak in de Grondwet vastliggen zonder dat de wetgever te zeer in zijn mogelijkheden wordt beperkt, en dat voorts voldoende waarborgen zijn opgenomen ter verzekering van de belangen van de justitiabelen. Zie *Kamerstukken II* 1979/80, 16162, nr. 3, p. 2, zoals vermeld bij Bovend'Eert, in: *T&C Grondwet en Statuut* 2023, Hoofdstuk 6.

30. Voermans 2023, p. 657.

31. Bovend'Eert is dan ook terecht van oordeel dat deze bepaling niet zonder bedenkingen is. Zie P.P.T. Bovend'Eert, *Rechter, rechterlijke organisatie en rechtspraak in de democratische rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 94.

32. Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-regelgeving, *Stb.* 2012, 462.

33. Zie ook het verhoor van toenmalig Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Kamp (VVD).

34. CRvB 24 november 2014, AB 2015/8, m.nt. Stijnen.

35. F.J. van Ommeren, ‘Op zoek naar een rechtsstatelijke cultuur’, *NJB* 2022/2697, afl. 38, p. 3136-3141, aldaar p. 3138.

36. Vgl. M. Luyten, ‘Onze rechtsstaat: de keuken van een studentenhuis. Overal briefjes ‘Ruim je troep op’, maar niemand kijkt naar het geheel’, *de Volkskrant* 23 oktober 2023.

37. Zie cbs.nl/nl-nl/nieuws/2023/19/minste-vertrouwen-in-tweede-kamer-in-10-jaar-tijd-en-trouw.nl/binnenland/de-staat-van-het-recht-in-5-minuten-waar-gaat-het-onderzoek-over--bfc78a21/.

38. Exemplarische voorbeelden zijn te vinden in het Nationale ombudsmanrapport ‘Herstel bieden: een vak apart. Een vergelijkend onderzoek naar tien hersteltrajecten’, 2023; vgl. Tjeenk Willink 2019, p. 67-81.

39. Raad van State, *Jaarverslag* 2022, Den Haag 2023, p. 10.

40. Zie de ondertitel van Hirsch Ballin 2022.

41. Adviescommissie versterken weerbaarheid democratische rechtsorde 2023, p. 15.

42. J.J.J. Sillen & J. Uzman, ‘Constitutionele hoffelijkheid als eis voor een weerbare rechtsstaat. Over loyale samenwerking, wederzijds respect en constitutionele conventies’, in: Schlössels, Sillen & Tinnevelt 2022, p. 423-442.

43. Vgl. H.D. Tjeenk Willink, *Het tijt tegen. De democratische rechtsorde als fundament*, Amsterdam: Prometheus 2023, p. 204-205; H. Wilmink, ‘Rechtsstatelijk besef heeft impuls nodig. Tijd om te reanimeren!’, *Platform O*, 21 november 2019 (online).

44. Vgl. Tinnevelt 2023, p. 714.

45. Vgl. Adviesraad Internationale Vraagstukken, *De wil van het volk? Erosie van de democratische rechtsstaat in Europa*, Den Haag 2017, p. 17.

46. Raad voor het Openbaar Bestuur, *Een sterkere rechtsstaat. Verbinden en beschermen in een pluriforme samenleving*, Den Haag 2020, p. 25-26.

47. Venice Commission, *The Netherlands Opinion on the Legal Protection of Citizens*, Opinion no. 1031/2021, CDL-AD(2021)031, p. 8.

48. Vgl. J. Esser, ‘Paul Kahn’s ‘The Cultural Study of Law’: constitutionele cultuur en de methodologie van het Nederlandse publiekrecht’, *Nederland Rechtsstaat*, 31 augustus 2023 (online).

49. Van Ommeren 2022, p. 3137-3138.

50. Hirsch Ballin 2022, p. 72.

51. Koole 2021, p. 297.

52. Zie o.a. M. Adams, ‘Constitutionele geletterdheid voor de democratische rechtsstaat’, *NJB* 2013/874, afl. 17, p. 1110-1118; R. Janse, ‘Rechtsstaatscultuur’, *NJLP* 2020, afl. 2, p. 143-148; Van Ommeren 2022.

53. B. Böhler, *Crisis in de rechtsstaat. Spraakmakende zaken, verborgen processen*, Amsterdam: De Arbeiderspers 2004, p. 271-272.

54. Ook Tjeenk Willink heeft vaak gewaarschuwd voor de verknoping van het bestuur en de politieke controle op het bestuur. Zie bijvoorbeeld zijn gespreksnotitie als verkenner in 2021, p. 3.

55. M. ten Hooven, ‘Alex Brenninkmeijer: ‘Het weefsel erodeert’’, *De Groene Amsterdammer* 5 augustus 2015.

56. Zie bijvoorbeeld W.J.M. Voermans, *Het land moet bestuurd worden. Machiavelli in de polder*, Amsterdam: Prometheus 2021; R.H.T. Jansen, T.A. van Polanen, D.B. Sander & P.M. Sijtsma (red.), *Trouble in de trias. Bijdragen over de verhoudingen tussen de Nederlandse staatsmachten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021.

57. Zie o.a. J. Krommendijk, ‘Geitenpaadjes, gatenkaas en grondrechtgemarchandeerd. Uitholling van de rechtsstaat door de Nederlandse staat’, *NTM/NJCM-Bulletin* 2023, afl. 2, p. 129-134.

Als politieke zelfbeheersing achterwege blijft en politici de rechtsstatelijke grenzen opzoeken, dan zijn het recht, de rechterlijke macht en uiteindelijk de burger er al snel de dupe van

snel de dupe van.

Wie een indruk wil krijgen van de huidige stand van dat besef en die cultuur, kan – zeker in een verkiezingsjaar als dit – een blik werpen op de programma's van politieke partijen. De Commissie rechtsstatelijkheid in verkiezingsprogramma's van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) licht al enkele jaren die programma's door op het rechtsstatelijke gehalte.⁵⁸ In 2017 plaatste zij bij vijf van de dertien programma's een of meer rode vlaggen; in 2021 bij zeven van de veertien. Ditmaal kregen tien van de achttien onderzochte programma's – meer dan de helft dus – die diskwalificatie. Slechts acht programma's bleven volledig binnen de rechtsstatelijke lijntjes. Toeval of niet,⁵⁹ dat waren de programma's van de partijen aan de linkerzijde van het politieke spectrum.⁶⁰ Die bevinding is in zoverre zorgwekkend dat de democratische rechtsstaat geen linkse of rechtse 'hobby' behoort te zijn.⁶¹

5. Slotbespiegeling

Wat kunnen we uit de voorgaande analyses afleiden over de weerbaarheid van de democratische rechtsorde? In elk geval dat verschillende ingrediënten nodig zijn om de democratische rechtsstaat op een goed niveau te krijgen en te houden. Naast de klassieke pijlers van de rechtsstaat (legaliteit, machtsevenwicht, grondrechten, onafhankelijke rechtspraak) en essentiële beginselen (rechtvaardigheid, redelijkheid, proportionaliteit, rechtszekerheid, en -gelijkheid) is tevens een gezonde rechtsstatelijke cultuur van groot belang.

Wat de instelling van de Adviescommissie en van de Staatscommissie laat zien, is dat het versterken van de democratische rechtsstaat momenteel hoog op de politieke agenda staat, hoger dan tijdens de beginjaren van het Rutte-tijdperk. Dat is winst. Hoewel dat op zichzelf geen garanties biedt voor de toekomst, is het nuttig om te onderstrepen dat Nederland qua staat van de democratische rechtsstaat zeker niet te vergelijken valt met Polen of Hongarije. Veel zaken gaan hier nog altijd goed. Overheid en samenleving zijn in het algemeen ordentelijk georgani-

seerd. De geschiedenis laat bovendien zien dat aandacht voor in het verleden gemaakte fouten door de overheid, uiteindelijk een positief effect heeft op het lerend vermogen van de democratische rechtsstaat.

Toch is er geen reden tot zelfgenoegzaamheid. Waakzaamheid blijft geboden. Dat Nederland een 'open en vrije democratische samenleving' kent, is immers 'geen vanzelfsprekendheid'. Het is mede aan politici om de democratische rechtsstaat steeds weer uit te dagen, te verdedigen en te versterken.⁶² Zelfbeheersing blijft vereist. Men moet wegblijven bij de rechtsstatelijke grenzen en die grenzen zeker niet overschrijden. Dat het aantal juristen in de hogere politieke en ambtelijke echelons al jaren daalt, en dat hun gezag ook tanende lijkt te zijn, geeft wat dat betreft te denken.⁶³ Want hoewel juristen uiteraard niet het alleenrecht op de democratische rechtsstaat kunnen of zouden mogen claimen, zijn zij er wel de natuurlijke vaandeldragers van. Democratische en rechtsstatelijke weerbaarheid dient dan ook een belangrijk oriëntatiepunt te zijn in de opleiding van aankomende juristen – en van alle anderen die actief zijn binnen de overheid.⁶⁴ ●

58. Commissie rechtsstatelijkheid in verkiezingsprogramma's, *De partijprogramma's voor de verkiezingen 2023 rechtsstatelijk?*, Den Haag 2023.

59. Op dit onderzoek is een en ander af te dingen. Zie N. de Boer & K. de Goede, 'Kanttekeningen bij het NOvA-rapport over rechtsstatelijkheid in partijprogramma's, *Burger & Overheid* (online).

60. Het betrof die van 50Plus, Bij1, ChristenUnie, D66, GroenLinks/PvdA, Partij voor de Dieren, SP en Volt.

61. Vgl. G. Boogaard, 'Is de rechtsstaat een linkse hobby?', *Publiekrecht & Politiek* (online).

62. Staatscommissie parlementair stelsel

2018, p. 83.

63. Zie M. Bovens, 'Het gezag van juristen: een empirische verkenning', *De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst*, preadviezen NJV, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 35-62, aldaar p. 50-57; J.Th.J. van den Berg & B.H. van den Braak, 'Het nut der rechtsgeleerdheid. 'Juristen' en 'meesters in de rechten' in de Staten-Generaal, in: *Jaarboek Parlementaire Geschiedenis 2020: Het geplaagde ministerie van Justitie*, Amsterdam: Boom 2020, p. 66-78.

64. Zie J.E.J. Prins, 'Groningen, Toeslagen en verplichte opleidingen voor overheidsjuristen', *NJB 2023/673*, afl. 10, p. 747.