

Bedankt voor het downloaden van dit artikel. De artikelen uit de (online)tijdschriften van Uitgeverij Boom zijn auteursrechtelijk beschermd. U kunt er natuurlijk uit citeren (voorzien van een bronvermelding) maar voor reproductie in welke vorm dan ook moet toestemming aan de uitgever worden gevraagd.

Boom

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch door fotokopieën, opnamen of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikelen 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (postbus 3060, 2130 KB, www.reprorecht.nl) of contact op te nemen met de uitgever voor het treffen van een rechtstreekse regeling in de zin van art. 16l, vijfde lid, Auteurswet 1912.

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bijvoorbeeld een (digitale) leeromgeving of een reader in het onderwijs (op grond van artikel 16, Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any way whatsoever without the written permission of the publisher.

info@bua.nl
www.boomuitgeversamsterdam.nl

Afscheid van de rechtsstaatgedachte

door Jan Dirk Snel De auteur is historicus.

De rechtsstaat mag zich dezer dagen volop in belangstelling verheugen. En dat is een hoogst verontrustende zaak. Decennialang, ja eeuwenlang, was de rechtsstaat een vanzelfsprekend, rustig bezit, dat men stil kon koesteren, maar waarover niemand het hoefde te hebben.

Dat is veranderd. Allereerst omdat de laatste twee decennia zich politieke actoren aandienden die tegen de gevestigde uitgangspunten van het bestel ageerden. Uit reactie besloten juristencomités partijpolitieke programma's af te meten aan een wel erg maximalistische interpretatie van de rechtsstaatgedachte. Politisering en juridisering gingen hand in hand. Het begrip geraakte in aller mond en werd behalve te pas vooral te onpas gebruikt. De betekenis verwaterde. Zelfs als men de *rechtsorde* bedoelde, sprak men de laatste jaren, tot en met de koning toe, somtijds over de *rechtsstaat*.¹

Het wonderlijke van het voorliggende boek, *Weerbare rechtsstaat: de vangrails in de Grondwet*, is dat de auteurs geen moment op het idee komen zelfs maar bij benadering aan te duiden wat zij in de huidige verwarring onder de rechtsstaat verstaan. Ze zien graag een zelfstandige theorie aangaande de 'weerbare rechtsstaat' en ze behandelen allerlei 'instrumenten' ter waarborging, maar

wat precies zozeer de moeite waard is verdedigd te worden, leggen ze niet uit.

Laten we daarom eerst bezien wat de gangbare opvatting is. Lange tijd speelde het begrip 'rechtsstaat', niet toevallig in het negentiende-eeuwse Duitsland ontwikkeld, geen voorname rol in staatsrechtleerboeken. In het *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* van C.W. van der Pot, dat zestien drukken lang, van 1940 tot 2014, toonaangevend was, werd er een eerste, tastende beschouwing aan gewijd² toen bewerker A.M. Donner in 1968 besloot aan de behandeling van het positieve staatsrecht een uitgebreide historisch-wijsgerige beschouwing over de staatsleer te doen voorafgaan.³ Vier jaar later, in 1972, kwam hij tot een resolute omschrijving,⁴ in 1977 lichtelijk geredigeerd,⁵ die ik daarom hierna zal aanhalen. Die bleef, ook onder andere bewerkers, tot 1989 gehandhaafd,⁶ waarop vanaf 1995 voor een inkorting werd gekozen – urgent achtte men het thema kennelijk niet – die principieel niets wijzigde.⁷ Donner:

In de loop van de 19e eeuw heeft het begrip van de rechtsstaat vaste vorm gevonden in de eisen:

- a. dat er een grondwet of constitutie zij, welke bindende voorschriften bevat voor de betrekkingen van overheid en burgers,



**Jorieke Manenschijn, Bastiaan Rijkema
en Steven Bruintjes**

*Weerbare rechtsstaat: de vangrails in
de Grondwet*

Boom | 2024 | 173 pp. | € 25,95 |

ISBN 9789462129931

- b. waarin een scheiding van machten wordt verzekerd, met name (1) wetgeving in overeenstemming met een parlement, (2) een onafhankelijke rechterlijke macht, die niet alleen geschillen tussen burgers onderling, maar ook die tussen overheid en burger beslist, en (3) een bestuursoptreden dat op de wet berust,
- c. en waardoor de grond- en vrijheidsrechten van de burger worden omschreven.⁸

Kort en goed gezegd is dat tot op heden de heersende opvatting gebleven. In het volgende grote handboek, *Constitutioneel recht*, dat C.A.J.M. Kortmann sinds 1990

voorlegde, worden weliswaar zes regels opgesomd – legaliteitsbeginsel, voorafgaande regel, regel afkomstig van ander dan handelend ambt, democratie, onafhankelijke rechtspraak en grondrechten⁹ –, maar materieel is het verschil minder groot dan het deels eigenzinnige jargon, dat ik hier korthedshalve niet nader toelicht, wellicht doet vermoeden.

In de met zoveel woorden aan de democratische rechtsstaat gewijde inleiding van Burkens en anderen die vanaf 1990 negen drukken beleefde, vormen vier criteria de ruggengraat: (1) legaliteitsbeginsel, (2) machtsverdeling, (3) onafhankelijke rechterlijke macht, en (4) grondrechten.¹⁰ In een inventarisatie die Voermans en Gerards

in 2011 ondernamen, bleek dat alle gezaghebbende auteurs minstens dit rijtje opvoerden¹¹ – wie goed kijkt, ziet dat Donner meer eisen stelde –, en bij de voorbereiding van de inmiddels in de Grondwet opgenomen ‘algemene bepaling’ deed de minister dat ook.¹²

Rechtsstaat en rechtsorde

Essentieel is het onderscheid tussen *rechtsstaat* en *rechtsorde*. De rechtsstaat aantasten kan alleen de overheid, de rechtsorde ondermijnen lukt burgers geregeld. De rechtsorde handhaven is wat heersers en staten vanouds doen, primair natuurlijk door recht te (doen) spreken – in menig raadhuis valt de vierschaar onmiddellijk

onder Maximiliaan I (1495) uitvoerig verwezenlijkt werd.¹⁴ Vandaar ook de recente nadruk op grondrechten, die sinds eeuwen gekoesterde vrijheden moeten waarborgen. De rechtsstaat is een kwaliteitskeurmerk, dat vaststelt dat aan enkele minimale eisen is voldaan. Het begrip omvat, althans in klassieke zin, niet de gehele overheidsmacht, maar duidt een belangrijk aspect aan.

Van dit alles blijkt eigenlijk niets in *Weerbare rechtsstaat*. Het boek gaat in ieder geval niet uit van de klassieke rechtsstaatgedachte. Het lijkt er sterk op dat het onder ‘rechtsstaat’ iets als de *rule of law* verstaat. De nietsvermoedende lezer had misschien al op de allereerste bladzijde gewaarschuwd moeten zijn. Daar wordt beweerd dat de *Rule of Law Index* van een ‘wereldwijde rechtsstaat-recessie’ spreekt. Wie dat nakijkt, ziet echter dat het gaat om een ‘global decline in the rule of law’,¹⁵ iets volslagen anders dus. De *rule of law* betreft eerder de rechtsorde.¹⁶ Of wellicht is de term nog breder, en gaat het om de wijze waarop recht voor zowel samenleving als staat geldt.

Ook de zoektermen die de auteurs gebruikten om een volgens hen relevant corpus aan literatuur te vinden, geven te denken. Daaronder zijn zaken als ‘militant democracy’ en ‘militant constitutionalism’, maar een begrip als ‘liberal democracy’, dat zonder volledig te overlappen nog het dichtst in de buurt van ‘democratische rechtsstaat’ komt, ontbreekt dan weer. De gerichtheid op Engelstalige literatuur is overigens omineus; naar Duitsland kijken ligt heel wat meer voor de hand.

Voor de onbepaalde entiteit die de auteurs ‘weerbare rechtsstaat’ noemen, proberen ze allerlei ‘waarborgen’ te

De rechtsstaat is een kwaliteits- keurmerk, dat vaststelt dat aan enkele minimale eisen is voldaan

in het oog – maar ook door de samenleving te reguleren. Vaak achtte de vorst zich boven het recht, zijn instrument, verheven. Daar keert de rechtsstaatgedachte zich tegen: die zegt dat ook de overheid aan recht en wet onderworpen is. Een staat die rechtsstaat wil zijn, legt zich vrijwillig beperkingen op. Vandaar het legaliteitsbeginsel, dat in Nederland trouwens niet algeheel, maar alleen strafrechtelijk in de Grondwet (artikel 16) verankerd is. De rechtsstaat staat tegenover de machtsstaat of politiestaat.¹³ Vandaar de machtsverdeling, die al begon bij de keizerskroning van Karel de Grote door paus Leo III (800) en die in het Heilige Roomse Rijk sinds de hervormingen

vinden, die ze vervolgens op effectiviteit toetsen. Ze komen uit op veertien reeds bestaande waarborgen en twaalf mogelijk aanvullende. Ze delen ze in drie rubrieken in:

1. Samenstellingswaarborgen (hoe het politieke spel gespeeld wordt). *Bestaande*: ontzetting uit het kiesrecht, periodieke verkiezingen, evenredige vertegenwoordiging. *Aanvullende*: maximumtermijnen, grondwettelijk gewaarborgde onafhankelijkheid van de Kiesraad, blokkeren of ontmoedigen van de vorming van ‘factionalized’ politieke partijen, het inrichten van ‘verschillend gekozen’ staatsorganen met een democratische legitimatie, mogelijkheid afzetting staatshoofd of regeringsleider bij schending constitutie.
2. Systematische waarborgen (de interactie binnen en tussen staatsmachten). *Bestaande*: tweekamerstelsel, ontbindingsrecht regering. *Aanvullende*: (verder) versterken van de positie van het parlement, introductie van (meer) consensus-elementen, (verdere) beperkingen aan de uitvoerende macht.
3. Hiërarchische waarborgen (hogere rechtsnormen). *Bestaande*: algemene bepaling, grondrechten, procedure grondwetswijziging, rechterlijke toetsing van de lagere wetgeving aan de Grondwet, rechterlijke toetsing aan verdragen, constitutionele toetsing door de Raad van State bij start van de wetgevingsprocedure,

grondwettelijke regeling uitzonderingstoestand, ambtseed voor ministers, staatssecretarissen en Kamerleden, strafrechtelijke vervolging voor ambtsmisdrijven. *Aanvullende*: rechterlijke toetsing aan de Grondwet, eeuwigheidsclausule, aanvullende grondrechten (recht op vakbonden, recht op ngo’s en recht op politieke partijen), constitutionele verzetsnorm.

Men ziet: de meeste punten vormen niet of nauwelijks een antwoord op mogelijke, interne bedreigingen van de rechtsstaat. Of van de *rule of law*, mocht het boek daarover willen gaan. Bij de

Voor de onbepaalde entiteit die de auteurs ‘weerbare rechtsstaat’ noemen, proberen ze allerlei ‘waarborgen’ te vinden, die ze vervolgens op effectiviteit toetsen

weinig zeggende systematische garanties werken de aanvullende voorstellen eerder averechts. Alleen de hiërarchische ‘waarborgen’ doen enigszins ter zake, en de aanvullingen daarop stellen weinig voor.

Een leidend begrip is ‘democratische erosie’. De auteurs verwaarlozen dat de rechtsstaat historisch én systematisch ver voorafgaat aan de democratie. Het Koninkrijk der Nederlanden was de eerste helft van het bestaan bepaaldelijk een rechtsstaat, maar pas sinds 1919 (algemeen volwassenenkiesrecht) is het een democratie. Bijna het gehele

bestel, inclusief de democratische inrichting, is in voordemocratische tijden tot stand gekomen. Wij mogen het democratische element – de bevolking kiest thans de volksvertegenwoordiging, die al eerder een sterke invloed op de regering had weten te bemachtigen – fundamenteel vinden, uit systematisch oogpunt is het ondergeschikt of vrijwel verwaarloosbaar.

De rechtsstaat behoeft niet zozeer nadere waarborgen, de gedachte is veeleer dat die door een beperkt aantal eisen – Donner dixit – gekenmerkt wordt. De rechtsstaattedachte is een minimum. Vrijheid dient gewaarborgd te worden, maar indien het betogingsrecht iets ingeperkt zou worden – ter wille van

weinig moeite kosten daarin een aanslag op de rechtsstaat te zien.

Weerbare rechtsstaat is een uiting van wat Philip Manow recentelijk onder de aandacht bracht: dat de democratie in hedendaagse beschouwingen in feite onder curatele gesteld wordt van juridische eisen, in zijn verhandeling die der ‘liberale’ democratie, die volgens hem pas sinds de val van de Muur gethematiseerd werd en die inmiddels als maatstaf fungeert.¹⁷ De ‘waarborgen’ die *Weerbare rechtsstaat* poneert, zijn bedoeld om, heel conservatief, het bestaande systeem juridisch te fixeren. Recht versus politiek. Verstening contra beweeglijkheid.

De klassieke rechtsstaat, als minimale eis dat de overheid zichzelf aan het recht onderwerpt, is het alleszins waard beschermd te worden. Dat zal alleen lukken als reële bedreigingen scherp onderkend worden en vervolgens met open vizier beargumenteerd bestreden worden; niet door belagers met formalistische hindernissen, die hen niet deren, tegemoet te treden. Als bepaalde machten, zoals momenteel rechters, mogelijk hun grenzen overschrijden, dient dat benoemd te worden. Als essentiële grondrechten daadwerkelijk gevaar lopen, dient de politieke strijd krachtdadig opgenomen te worden. Alleen zodanige concretisering werkt nog; een algeheel beroep op de rechtsstaat heeft, nu het begrip in recente literatuur volkomen uitgehold is, geen zin meer. Het vruchteloze getheoretiseer in dit boek is er een blijk van. Over de rechtsstaat hoeven we het nooit meer te hebben.

Een algeheel beroep op de rechtsstaat heeft geen zin meer

de bewegingsvrijheid van burgers die al te vaak gehinderd worden –, is dat geen aantasting van de rechtsstaat. Macht en bevoegdheden horen gespreid te worden, maar niemand kan precies voorschrijven hoe de verhoudingen dienen te zijn. De opmars van het bestuursrecht sinds de jaren negentig kan men beschouwen als een uitwerking van een door Donner genoemd punt (b2), doch evengoed valt te betogen dat de machtscheiding er minder streng van wordt. En dat geldt al helemaal als ook de civiele rechter – Urgenda 2019, Greenpeace 2025 – meent zich uitbundig met het beleid te mogen bemoeien. Het zal, voor wie wil,

- 1 Jan Dirk Snel, 'Het begrip rechtsstaat is de laatste jaren in betekenis verschoven', *De Hofvijver* 13 (2023), nr. 143 (26 juni 2023). Zie https://www.montesquieu-instituut.nl/id/vm45a3k0klwh/nieuws/het_begrip_rechtsstaat_is_de_laatste
- 2 Vanaf de zesde druk in 1957, de laatste nog door Van der Pot zelf herziene uitgave, heb ik alle edities van dit handboek erop nageslagen; zie de eindnoten hierna.
- 3 C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (bewerkt door A.M. Donner; achtste druk). Zwolle: N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink, 1968, pp. 158-166.
- 4 C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (bewerkt door A.M. Donner; negende druk). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1972, p. 162.
- 5 C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (bewerkt door A.M. Donner; tiende druk). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1977, p. 143.
- 6 C.W. van der Pot en A.M. Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (bewerkt door L. Prakke, met medewerking van J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen; twaalfde druk). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, p. 159.
- 7 C.W. van der Pot en A.M. Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen; dertiende druk). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, p. 134; C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (bewerkt door D.J. Elzenga, R. de Lange en H.G. Hoogers; zestiende druk). Deventer: Kluwer, 2014, p. 179.
- 8 Van der Pot 1977, p. 143.
- 9 C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (derde, geheel herziene druk). Deventer: Kluwer, 1997, pp. 50-52; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (bewerkt door P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, C.N.J. Kortmann en B.P. Vermeulen; zevende, herziene druk). Deventer: Wolters Kluwer, 2016, pp. 51-53. Tussen 1997 en 2016 bleven dezelfde zes elementen genoemd. Of die al in de eerste twee drukken uit 1990 en 1994 zo opgesomd werden, heb ik niet nagetrokken.
- 10 M.C. Burkens, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1990; M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, J. Uzman, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht* (negende druk). Deventer: Wolters Kluwer, 2022.
- 11 W.J.M. Voermans en J.H. Gerards, *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip 'rechtsstaat' in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State* (m.m.v. M.L. van Emmerik en H.-M.Th.D. ten Napel). Den Haag: Raad van State, 2011, pp. 83-94.
- 12 *Kamerstukken I* 2017-2018, 34516 (Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een algemene bepaling), nr. E (Nadere memorie van antwoord), p. 2.
- 13 R.D.J. van Caspel en M.P. Damen, *Fockema Andreae's Juridisch woordenboek* (zestiende druk). Groningen/Houten: Noordhoff Uitgevers, 2016, pp. 302-303 (rechtsstaat).
- 14 Joachim Whaley, *The Holy Roman Empire. A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2018. Op diverse plaatsen in deze korte inleiding legt Whaley er de nadruk op hoezeer de macht in het Rijk verdeeld was. Als regel kon men een beroep doen op hogere instanties, waarbij de hoogste, de keizer, een tegenmacht in de rijksdag bezat. En ook juridisch was er veelal beroep mogelijk, met het rijkskamergerecht en de rijkshofraad als hoogste instanties. Whaley is de auteur van twee volumineuze banden over het Rijk sinds 1495; zijn kijk is grondig onderbouwd.
- 15 *WJP Rule of Law Index*, 'Long-Term Trend', onder 'Insights'; zie worldjusticeproject.org.
- 16 Van Caspel en Damen 2016, p. 318 (rule of law) en 301 (rechtsorde).
- 17 Philip Manow, *Unter Beobachtung. Die Bestimmung der liberalen Demokratie und ihrer Freunde*. Berlin: Suhrkamp, 2024. Manow heeft gelijk in zijn tegenoverstelling van recht en politiek, maar zijn (typisch Duitse) verklaring van de opkomst van het grondrechtendiscours in de jaren zeventig, dat twee decennia later tot de liberale democratie als nieuwe norm leidde, overtuigt niet.