

## Bijdragen

# De rechtsstaat is geen huis. Een metafooranalyse en -kritiek

Bart van Klink\*

### 1 Metaforen liegen (niet)

Metaforen liegen, letterlijk genomen. Twee zaken worden met elkaar gelijkgeschakeld die in werkelijkheid niet gelijk zijn. De mens is niet een wolf, voetbal is geen oorlog, de staat is geen schip, en ga zo maar door. Maar metaforen liegen niet zomaar. Metaforen liegen om een bepaalde waarheid uit te drukken. Een metafoor stelt niet dat twee (of meer) zaken in *alle* opzichten gelijk zijn, maar slechts *in enkele opzichten met elkaar vergelijkbaar* zijn. Vanuit een specifieke invalshoek delen de mens en een wolf, voetbal en oorlog, de staat en een schip eigenschappen met elkaar. Een metafoor maakt dus geen aanspraak op volledige identiteit, maar enkel op een beperkte, partiële vergelijkbaarheid.

In het navolgende onderwerp ik de metafoor DE RECHTSSTAAT IS EEN HUIS aan een kritische analyse. De metafoor is geïntroduceerd door Mark Bovens in zijn oratie,<sup>1</sup> onder verwijzing naar Willem Witteveen en de klassieke retorici, en is door Witteveen verder uitgewerkt in verschillende teksten.<sup>2</sup> Doel is om te bepalen welke gedeelde eigenschappen deze metafoor naar voren haalt en welke verschillen zij aan het zicht onttrekt en, uiteindelijk, om de passendheid van de metafoor te beoordelen. In hoeverre is de rechtsstaat vergelijkbaar met een huis?

\* Bart van Klink is UHD Encyclopedie van het Recht, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Tilburg. De auteur dankt zijn vakgroepgenoten voor hun commentaar op een eerste mondelinge presentatie van de onderstaande tekst, en Hans Gribnau voor zijn aanmoediging om dit artikel te schrijven.

1 M.A.P. Bovens, De digitale rechtsstaat. Beschouwingen over informatiemaatschappij en rechtsstaat (oratie Utrecht), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999.

2 Zie met name Willem Witteveen, De democratische rechtsstaat. Gevestigd verwachtingspatroon en permanente vormgeving, in: Willem Witteveen & Bart van Klink, De sociale rechtsstaat voorbij. Twee ontwerpen voor het huis van de rechtsstaat (serie Voorstudies en achtergronden van de WRR, nr. V116), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 37-48; en Willem Witteveen, Inhabiting Legality. How the Dutch Keep Reconstructing their *Rechtsstaat*, in: H.S. Taekema (red.), Understanding Dutch Law, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 75-101, in het bijzonder p. 75-77.

## 2 Methodologische uitgangspunten

De bekritisering van een metafoor is een riskante onderneming. Ze dreigt te worden verbonden met een lange, op Plato teruggevoerde,<sup>3</sup> traditie van wantrouwen tegen het figuurlijk spreken, waarbinnen de metafoor als gevaar voor de kennisvorming wordt opgevat. Hobbes vergelijkt metaforen met dwaallichten: 'Metaphors, and senseless and ambiguous words, are like *ignes fatui*; and reasoning upon them is wandering among innumerable absurdities [...].'<sup>4</sup> In reactie hierop vindt er vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw in de (wetenschaps)filosofie een herwaardering van de metafoor plaats, waarbij juist haar heuristisch potentieel wordt benadrukt.<sup>5</sup> Om mogelijke verwijten van letterknechterij en symboolblindheid<sup>6</sup> of, omgekeerd, van een al even slaafse en blinde verheerlijking van symboliek voor te zijn zet ik eerst, voorafgaande aan de analyse, de methodologische uitgangspunten hiervan kort uiteen.

Ten eerste vertrekt een metafooranalyse vanuit de vooronderstelling dat een metafoor, zoals aangegeven, geen volledige identificatie tussen twee (of meer) objecten bewerkstelligt. Een metafoor onthult overeenkomsten en verhuult verschillen tussen zaken die nooit geheel identiek, maar altijd in bepaalde en beperkte opzichten vergelijkbaar zijn. Het is dus weinig zinvol, enkel vanwege de onvermijdelijk aanwezige verschillen een metafoor af te wijzen; daarmee zou elk figuurlijk spreken en in wezen, zoals ik nog zal aanvoeren, elk spreken onmogelijk worden gemaakt. Wel mag een metafoor binnen een wetenschappelijke tekst op haar passendheid worden beoordeeld. Een metafoor is passend, wanneer zij belangrijke en/of voor die tekst relevante eigenschappen van het onderwerp van de vergelijking naar voren haalt en andere belangrijke(re) of relevante(re) eigenschappen van het onderwerp niet aan het zicht onttrekt. Als het erom gaat de antagonistische en strategische aspecten van het voetbal te benadrukken, kan de vergelijking met een oorlog passend zijn. Is daarentegen het sportieve en vredelievende karakter van het voetbalspel de inzet van het betoog, dan ligt deze vergelijking minder voor de hand. Een metafoor die niet of minder passend is, is niet noodzakelijk waardeloos, maar haar waarde dient vanuit een

3 Over de filosofische receptie van de metafoor, zie onder andere Mark Johnson, Introduction. *Metaphor in the Philosophical Tradition*, in: Mark Johnson (red.), *Philosophical Perspectives on Metaphor*, Minneapolis: University of Minnesota Press 1981, p. 3-47.

4 Geciteerd in W.H. Leatherdale, *The Role of Analogy, Model and Metaphor in Science*, Amsterdam: North-Holland Publishing Company 1974, p. 228-229.

5 Een belangrijke rol hierbij speelde het werk van Max Black, *Models and Metaphors*. *Studies in Language and Philosophy*, Ithaca/London: Cornell University Press 1976 [1955].

6 In het Ezel-proces hanteerde Gerard Reve deze kwalificaties voor zijn tegenstanders, die het metaforische karakter van zijn vermeende godslastering niet konden of wilden inzien. Zie: Bart van Klink, *God: Huistiran of ezel?*, in: Willem Witteveen & Sanne Taekema (red.), *Verbeeldingsmacht*. Wat juristen moeten lezen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 287-292, p. 291.

ander (bijvoorbeeld literair of retorisch) gezichtspunt te worden vastgesteld aan de hand van andere criteria (schoonheid, vermakelijkheid, overtuigingskracht enzovoorts); alleen *wetenschappelijk gezien, dat wil zeggen vanuit het oogpunt van kennisontwikkeling en -overdracht*, is zij dan minder, nauwelijks of niet interessant, of mogelijk zelfs misleidend, doordat zij eigenschappen aan het onderwerp van de vergelijking toeschrijft die hieraan niet toegeschreven kunnen worden (vanuit een bepaalde opvatting over dat onderwerp). Over de vraag welke eigenschappen belangrijk en relevant zijn, is vanzelfsprekend altijd – zoals over elke wetenschappelijke kwestie van enig gewicht – discussie mogelijk.

Ten tweede negeert een metafooranalyse de intentie waarmee een metafoor wordt gehanteerd en exploreert zij enkel de extensie of semantische reikwijdte ervan. Een metafoor bestaat uit ten minste<sup>7</sup> twee elementen: het onderwerp A waarover de metafoor spreekt, in linguïstische termen: de *topic* van de metafoor, i.c. de rechtsstaat; en het object B aan de hand waarvan over dat onderwerp wordt gesproken en waarmee de *topic* wordt vergeleken, ofwel het *vehicle* van de metafoor, i.c. een huis.<sup>8</sup> In de metafoor vindt, als gevolg van de gelijkschakeling van deze twee elementen ( $A = B$ ), een overdracht van eigenschappen plaats. Uitgaande van de interactieopvatting van metaforen<sup>9</sup> vindt er niet alleen een overdracht van eigenschappen plaats van B naar A (*vehicle* → *topic*), maar ook een selectie van eigenschappen in omgekeerde richting van A naar B (*vehicle* → *topic*): alleen die eigenschappen die min of meer letterlijk op de *topic* toepasbaar zijn, worden bij de overdracht betrokken. Voor een begrip van de metafoor DE MENS IS EEN WOLF is de eigenschap [staartdragend] van het *vehicle* 'wolf' niet relevant, omdat deze niet in letterlijke zin op de *topic* 'mens' toegepast kan worden; de eigenschap [agressief] daarentegen wel. Metaforisch uitgedrukt, fungeert de metafoor dus als een filter. Volgens Black moet het bovendien gaan om eigenschappen die binnen een bepaalde taalgemeenschap gewoonlijk met het *vehicle* worden verbonden, dat wil zeggen om gemeenplaatsen, en

7 Een proportionele metafoor bestaat uit vier elementen:  $A : B :: C : D$  (bijvoorbeeld: het hoofd staat tot het lichaam als de regering tot het land). In het navolgende richt ik mij alleen op de metafoor in haar meest elementaire vorm:  $A = B$ , aangezien de metafoor die hier centraal staat – DE RECHTSSTAAT IS EEN HUIS – deze structuur kent. Om dezelfde reden ga ik voorbij aan het gegeven dat metaforen niet noodzakelijk relaties tussen zelfstandige naamwoorden (ofwel objecten, ruim opgevat als geestelijke of fysieke entiteiten) betreft, maar ook in bijwoorden, bijvoeglijke naamwoorden en werkwoorden (zoals in de uiting 'Mijn arm slaapt') kunnen voorkomen.

8 Dit onderscheid is ontleend aan I.A. Richards, *The Philosophy of Rhetorics*, oorspronkelijk uit 1936 en opgenomen in Johnson (red.), *Philosophical Perspectives on Metaphor*, p. 48-62, p. 52 e.v.

9 Zie Black, *Models and Metaphors*, p. 30-47. Hij zet zich af tegen de nog steeds gangbare vergelijkingsopvatting volgens welke een metaforische uiting, zonder betekenisverlies, vervangen kan worden door een letterlijke vergelijking.

niet om eigenschappen die geheel onbekend of alleen onder een selecte groep van insiders bekend zijn. Voor het wetenschappelijke gebruik van metaforen betekent dat dat de overgedragen eigenschappen bij het beoogde academische publiek bekend mogen worden verondersteld.<sup>10</sup> Ook kan het in sommige gevallen gaan om eigenschappen die eerder worden geassocieerd met de *topic* dan met het *vehicle*, maar die in de uitleg van de metafoor eerst worden toegeschreven aan het *vehicle* om vervolgens weer te worden toegepast op de *topic*. Een dergelijke handelwijze duid ik aan als 'contraprojectie'. Dat is bijvoorbeeld het geval, wanneer uit de hobbesiaanse gelijkshakeling van mens en wolf het egoïstische en op eigen lijfsbehoud gerichte karakter van de mens in de natuurtoestand wordt afgeleid: [egoïsme] en [gerichtheid op eigen lijfsbehoud] zijn immers antropomorfe categorieën, die de dierenwereld vreemd zijn, maar vanuit de mensenwereld hierop worden geprojecteerd. Nadat de wolf aldus met menselijke eigenschappen is geïnfecteerd, kan het dier vervolgens dienen als *vehicle*, of voertuig, om de veronderstelde natuurlijke slechtheid van de mens mee te beschrijven. Een metafooranalyse is gericht op het expliceren van het complexe proces van interactie tussen de *topic* en (de gemeenplaatsen verbonden met) het *vehicle* waartoe een metafoor aanleiding geeft en waarbij tussen deze twee objecten wederzijds eigenschappen worden overgedragen (*vehicle* ↔ *topic*). Wat een auteur verklaart te beogen met een metafoor is daarbij niet maatgevend als wel de semantische implicaties van het gebruikte beeld en van het gebruik dat de auteur ervan maakt. Over deze semantische implicaties kan, en zal, ook weer discussie ontstaan.

Tot slot is een kritische analyse van een metafoor geen louter iconoclasmie. Het gaat er niet om bepaalde beelden af te schaffen, maar de uit dit beeld voortvloeiende ideeën ter discussie te stellen. Met de verwerping van een beeld zijn niet noodzakelijk de hiermee samenhangende gedachten uitgeroeid. Het is naïef te veronderstellen dat er een zuiver letterlijk spreken mogelijk is, los van metaforen. Uit de interactieopvatting volgt dat de betekenis van een metafoor niet uitputtend in letterlijke termen geparafraseerd kan worden. In elke metafoor vindt er een voor die metafoor specifieke en unieke interactie tussen *topic* en *vehicle* plaats, die zich onttrekt aan een letterlijke weergave. Metaforen worden in de wetenschap juist vaak gebruikt uit onvrede met de bestaande conceptualisering van een bepaald onderwerp. Zo kan de ontwikkeling van het filosofische en psychologische onderzoek naar de menselijke geest worden beschreven als een afwisseling van metaforen: eerst werd onze geest voorgesteld als een klok, toen als een

10 Voor een nadere classificatie van eigenschappen die betrokken zijn bij een metaforische overdracht, zie B.M.J. van Klink & L.M.M. Royakkers, *Analogy Comprehension as Complexity Reduction*, *Acta Linguistica Hungarica* 1994, p. 189-207.

radar of een radio en tegenwoordig als een computer.<sup>11</sup> Wat de betekenis van een nieuwe metafoor is, kan met de bestaande talige middelen niet of nog niet volledig worden geëxpliceerd; daartoe biedt de metafoor een onderzoekprogramma. Uit een dergelijk programma kunnen nieuwe beschrijvingsmogelijkheden, verklaringen of voorspellingen voortkomen, die vervolgens getoetst kunnen worden op hun aannemelijkheid.<sup>12</sup> Bovendien is het onderscheid metaforisch-letterlijk een conventioneel, en geen ontologisch, onderscheid dat te maken heeft met de toevallige ordening van tekens in een bepaalde taal op een bepaald tijdstip en dat geen correlaat in 'de werkelijkheid' heeft.<sup>13</sup> In zowel het alledaagse als het wetenschappelijke taalgebruik doen we als sprekers onvermijdelijk een beroep op metaforen, waarvan we vaak niet eens het metaforische karakter doorzien en die we voor de enig juiste en enig mogelijke beschrijving van de werkelijkheid houden. Een metafooranalyse kan aan die illusie een einde maken, zonder daarmee in de valkuil van een letterlijke waarheid te vallen.

Ook over de rechtsstaat kunnen we niet anders dan in metaforische termen spreken. In een eerder redactioneel commentaar voor *R&R* laat Westerman dat treffend zien. Zij bekritiseert hierin de volgens haar misleidende beeldspraak waarmee meestal de verhouding tussen democratie en rechtsstaat wordt beschreven. In die metafoor wordt de rechtsstaat voorgesteld als een 'fundament' voor de democratie. Rechten en beginselen zijn dan de 'dragende pijlers' van de democratie. De implicatie van deze metafoor is dat de rechtsstaat een noodzakelijke voorwaarde is voor democratie. Westerman vindt dat een te eenzijdige voorstelling van zaken: evenzeer kan het omgekeerde worden betoogd, namelijk dat democratie een noodzakelijke voorwaarde is voor de rechtsstaat. In de uiteenzetting van haar eigen visie doet zij een beroep op een nieuwe, naar haar mening visueel minder aantrekkelijke maar meer geschikte, metafoor:<sup>14</sup>

'Democratie en rechtsstaat zijn geen lagen van een gebouw, maar elkaar wederzijds constituerende en versterkende elementen. Het is een lelijke metafoor, maar als de democratie door iets "gedragen" moet worden, dan is het door spieren. Spieren die door hun krachtsinspanning juist versterkt worden en ten gronde gaan als de last die ze dragen te licht is.

11 Vgl. Pieter Vroon & Douwe Draaisma, *De mens als metafoor. Over vergelijkingen van mens en machine in filosofie en psychologie*, Baarn: Ambo 1985.

12 Mary B. Hesse, *Models and Analogies in Science*, Paris: University of Notre Dame Press 1966.

13 In het artikel 'La mythologie blanche' geeft Derrida een virtueuze deconstructie van dit onderscheid, in Nederlandse vertaling verschenen in Jacques Derrida, *Marges van de filosofie*, Hilversum: Gooi en Sticht 1989, p. 99-189.

14 P.C. Westerman, Commentaar. Democratie als voorwaarde voor de rechtsstaat, *R&R* 2004, p. 129-133, p. 133.

De democratie is dan niet alleen maar een belasting voor de dragende pijlers van de rechtsstaat, maar juist een voorwaarde voor een stevige en belastbare rechtsstaat.’

Hier staan dus twee beelden tegenover elkaar: de traditionele metafoor van DE RECHTSSTAAT IS EEN FUNDAMENT VOOR DEMOCRATIE en Westermans proportionele metafoor DE SPIEREN STAAN TOT HET LICHAAM ALS DE RECHTSSTAAT TOT DE DEMOCRATIE. In de confrontatie van beelden gaat het er niet om de beelden te vernietigen, maar te bepalen welk beeld het meest passend is, teneinde uiteindelijk het denken verder te brengen. Met de navolgende analyse beoog ik dus uitdrukkelijk niet een beeldenstorm op gang te brengen, in het kielzog waarvan niet alleen de bestaande verbeeldingen van de rechtsstaat zouden sneuvelen, maar uiteindelijk ook de rechtsstaatgedachte zelf, die zonder dergelijke verbeeldingen ondenkbaar zou zijn.

### 3 De rechtsstaat is een huis

Is het beeld van de RECHTSSTAAT IS EEN HUIS, behalve een visueel aansprekende, ook een – rechtstheoretisch gezien – passende metafoor? Allereerst zal ik nagaan in welke context deze metafoor is geïntroduceerd en op welke overeenkomsten tussen beide objecten zij de aandacht tracht te vestigen. Bovens opent zijn oratie met de vaststelling dat *de* rechtsstaat niet bestaat: ‘De rechtsstaat is immers een van die grote intellectuele begrippen die geen vaste kern hebben, maar die zijn samengesteld uit een reeks van beginzelen, die bovendien in de loop der tijd van betekenis en belang veranderen.’<sup>15</sup> Dat weerhoudt hem er echter niet van in het vervolg toch iets bepaalds en bepalends over ‘de’ rechtsstaat te zeggen en het bepaald lidwoord bij dit ‘grote intellectuele begrip’ te blijven hanteren. Refererend aan Witteveen en de klassieke retorici stelt Bovens dat de rechtsstaat een ‘topisch karakter’ heeft: ‘de rechtsstaat is een vat vol argumenten, waar sprekers uit kunnen putten in hun pogingen om in juridische of politieke debatten hun publiek te overtuigen.’<sup>16</sup> De rechtsstaat wordt dus in eerste instantie gekarakteriseerd in termen van de sleetse metafoor van een ‘vat vol argumenten’, waarin mede de uitdrukking ‘een vat vol tegenstrijdigheden’ doorklinkt. Aansluitend hierop lanceert Bovens de nieuwe metafoor van de rechtsstaat als een huis, ontleend aan het oude beeld van de geheugenplaatsen in het klassiek-retorische systeem van de *memoria*.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Bovens, *De digitale rechtsstaat*, p. 6.

<sup>16</sup> Bovens, *De digitale rechtsstaat*, p. 7.

<sup>17</sup> Bovens, *De digitale rechtsstaat*, p. 7.

‘De klassieke politieke en juridische redenaars, zoals Cicero en Quintillianus, hadden een vernuftige geheugenkunst ontwikkeld om de lijn in hun lange betogen [...] te kunnen vasthouden. Elk argument, elk relevant rechtsbeginsel, werd neergezet in een kamer van een groot, denkbeeldig herenhuis. Wanneer men een betoog moest houden, hoefde men alleen maar dat huis in gedachten door te lopen en plaats voor plaats – vandaar het woord *topos* – de argumenten en beginselen weer op te pikken.

De moderne rechtsstaat valt dan ook het best te begrijpen door hem voor te stellen als zo’n verzameling van *topoi*, als een herenhuis vol met beginselen en argumenten.’

Wat opvalt aan deze metaforische karakterisering, bij wijze van een eerste observatie, is dat er een subtiele, maar zeer betekenisvolle betekenisverschuiving plaatsvindt: Bovens vergelijkt de rechtsstaat, niet met een huis in het algemeen (waarvan in het retorische systeem van geheugenplaatsen sprake is), maar met een *herenhuis* in het bijzonder. Deze anachronistische toevoeging brengt, gewild of ongewild, hiërarchische<sup>18</sup> en seksistische<sup>19</sup> implicaties mee: de rechtsstaat is een huis voor heren, niet voor ‘gewone’ mannen en niet voor vrouwen uit welke stand ook. Witteveen knoopt aan bij dit beeld in zijn introductie van de Nederlandse rechtsstaat voor buitenlandse rechtenstudenten:<sup>20</sup>

‘The Dutch understanding of their *Rechtsstaat* is historically constituted but it is also highly adaptable to new demands and circumstances. [...] A metaphor can perhaps capture the importance the *Rechtsstaat* has for the Dutch. Their *Rechtsstaat* is like a house they live in, an old house as can be found on an Amsterdam canal, with a foundation and several storeys which have been added to the main building in the course of the centuries. The Dutch inhabit legality, they treat it as an edifice, a struc-

18 Hertogh vraagt zich terecht af, waar de bewoners, ofwel de burgers, in dit perspectief blijven. Zie Marc Hertogh, *De levende rechtsstaat. Een ander perspectief op recht en openbaar bestuur*, Utrecht: Lemma 2002, p. 18-20. Zijn antwoord miskent echter het noodzakelijk hiërarchische karakter van elke bindende uitspraak over de rechtsstaat: uiteindelijk zijn het de ‘architecten’ (de verantwoordelijke gezagsdragers), en niet de ‘bewoners’ (de burgers), die eenzijdig bepalen wat de rechtsstaat inhoudt. Zie verder paragraaf 4.

19 In een feministische lectuur kan de *gender*-lading van deze metafoer verder worden blootgelegd en bekritiseerd. Een mogelijk aanknopingspunt hiervoor biedt Gill Valentine, *Social Geographies. Space and Society*, Harlow: Prentice Hall 2001. Hierin worden de verschillende betekenissen die met het begrip *home* zijn verbonden, onderzocht. Behalve een veilige plek, een toevluchtsoord, is ‘thuis’ ook een *site of violence* waar patriarchale verhoudingen heersen en huiselijk geweld plaatsvindt. Deze ‘donkere’ zijde van huiselijkheid blijft on(der)belicht in de huis-metafoer, zoals uitgewerkt door Bovens en Witteveen.

20 Witteveen, *Inhabiting Legality*, p. 75-76.

ture used for practical purposes of living together. Accordingly, they also do not hesitate to keep on reconstructing the edifice as needs require it, not caring overmuch about stylistic consistency.’

Het gaat dus niet om zomaar een rijtjeshuis of een VINEX-woning in een nieuwbouwwijk, maar om een statig pand met een rijke historie, fraai gelegen aan een Amsterdamse gracht en onbetaalbaar voor de gewone man of vrouw. In zijn voorstudie voor de WRR naar de toekomst van de rechtsstaat tracht Witteveen de metafoor te neutraliseren door het *vehicle* ‘huis’ te ontdoen van de toevoeging ‘heren’ en het aldus ‘uitgeklede’ huis weer in de oorspronkelijke tekst van Bovens in te lezen: ‘Er zijn elementen aan te wijzen die teruggaan tot ver in de geschiedenis en recente beginselen die pas kort deel uitmaken van de rechtsstatelijke tradities. In zijn oratie verwoordt Bovens dit met de didactische metafoor DE RECHTSSTAAT IS EEN HUIS MET VERSCHILLENDE VERDIEPINGEN.’<sup>21</sup> Even later spreekt Witteveen zelfs van ‘een huis met vele woningen’.<sup>22</sup>

Welke eigenschappen van de rechtsstaat wenst Bovens naar voren te halen met deze, volgens Witteveen didactisch bedoelde, metafoor? In ieder geval niet – zoals het *vehicle* ‘herenhuis’ wel suggereert – dat de *topic* ‘rechtsstaat’ een elitair concept is waartoe slechts de bevoorrechten toegang hebben. Bovens wijst op twee andere overeenkomsten tussen een rechtsstaat en een herenhuis. Ten eerste worden, net als aan een herenhuis, steeds nieuwe elementen aan de rechtsstaatgedachte toegevoegd, die met elkaar op gespannen voet kunnen staan. De rechtsstaat bestaat uit verschillende lagen die in de loop der tijd ontwikkeld zijn: met op de eerste laag, ofwel de ‘begane grond’, de liberale rechtsstaat, op de tweede laag de democratische rechtsstaat en op de derde de sociale rechtsstaat. Deze lagen verdringen elkaar niet, maar worden bovenop elkaar gestapeld als de verdiepingen van een huis: ‘Belangrijk [...] is het cumulatieve karakter. De *topoi* uit de sociale laag komen niet in de plaats van de liberale of democratische *topoi*, maar er bovenop. In politieke of juridische debatten blijft het telkens mogelijk een beroep te doen op een dieper liggende laag.’<sup>23</sup> Bij die debatten blijkt dat er tussen de verschillende lagen en kamers, naast ‘duidelijke verbanden’<sup>24</sup>, ook ‘behoorlijke spanningen’<sup>25</sup> kunnen bestaan. Bovendien is het herenhuis van de rechtsstaat nooit af. Aan het slot van zijn oratie stelt Bovens voor, een vierde, ‘digitale’ laag aan het bouwwerk toe te voegen met kamers voor

21 Witteveen, De democratische rechtsstaat, p. 40.

22 Witteveen, De democratische rechtsstaat, p. 42-43. Op de bijbelse connotaties van deze omdoping kom ik in paragraaf 4 terug.

23 Bovens, De digitale rechtsstaat, p. 9.

24 Bovens, De digitale rechtsstaat, p. 11.

25 Bovens, De digitale rechtsstaat, p. 10.



informatierechten en beginselen van behoorlijke informatievoorziening.<sup>26</sup> Ten tweede is er geen 'standaardhuis' van de rechtsstaat: net zoals er verschillende typen (heren)huizen zijn, bestaan er verschillende invullingen van de rechtsstaat. Elk land geeft aan de *topoi* waaruit de rechtsstaat bestaat, een eigen interpretatie. 'Zoals men op reis aan de verschillen in bouwstijl onmiddellijk kan zien dat men de grens is gepasseerd, zo verschilt ook de architectuur van het Britse, Amerikaanse of Franse huis van de rechtsstaat duidelijk van dit Nederlandse huis.'<sup>27</sup>

In zijn preadvies voor de WRR bouwt Witteveen met grote inventiviteit voort op deze metafoor. Hij sluit zich aan bij Bovens' karakterisering van de rechtsstaat als een historisch gegroeid bouwwerk en verbindt hieraan verschillende conclusies. Allereerst wijst hij op de mogelijkheid van stijlbreuken.<sup>28</sup>

'Wat in dit didactisch fraaie overzicht belangrijk is op te merken, is dat er in de loop van de geschiedenis telkens stijlbreuken optreden: de overgang van liberaal naar democratisch, naar sociaal gaat gepaard met wisselingen van perspectief en komt tot uitdrukking in een andere waardering van de al aanwezige elementen of kamers van de rechtsstaat. Er komen bij de uitbouw van de rechtsstaat spanningen en tegenstrijdigheden aan het licht, zoals die tussen het liberale streven naar een terughoudende overheid en het sociale streven naar een actieve overheid [...]. De oudere bouwlagen van de rechtsstaat zijn in nieuwe omstandigheden en in het licht van andere normatieve uitgangspunten niet vanzelfsprekend, maar moeten hun waarde opnieuw bewijzen (de verleiding is als het ware groot om de kamers van de benedenliggende verdieping in de kleuren van de hogere verdieping over te schilderen).'

Net als Bovens gaat Witteveen er dus van uit dat de rechtsstaat bestaat uit verschillende lagen waartussen spanningen en zelfs tegenstrijdigheden kunnen optreden. De rechtsstaat heeft geen 'vaste kern'. Als gevolg van veranderde omstandigheden en inzichten verandert tevens de waardering van de bestaande normatieve uitgangspunten. Of daarmee ook de *interpretatie* van deze uitgangspunten verandert, stelt Witteveen in dit verband niet expliciet. Wel geeft hij even verderop aan dat de 'waarde of betekenis' van de rechtsstaat afhankelijk is van de waarnemer. 'Niet iedereen ziet hetzelfde huis van de rechtsstaat. Zoals de waarde of betekenis van een huis varieert met de positie, de identiteit en de belangen van de kijker, verschilt de waarde of de betekenis van de rechtsstaat ook met de positie, de identiteit

26 Bovens, De digitale rechtsstaat, p. 26-27.

27 Bovens, De digitale rechtsstaat, p. 9.

28 Witteveen, De democratische rechtsstaat, p. 41.

en de belangen van degene die zich erover uitsprekt of er een beroep op doet.’<sup>29</sup> Hiermee lijkt Witteveen vooral te willen benadrukken dat, afhankelijk van de waarnemer en diens positie, identiteit en belangen, andere elementen van de rechtsstaatgedachte centraal worden gesteld.

‘De wordingsgeschiedenis van de democratische rechtsstaat heeft als effect dat er vele elementen zijn (de “kamers”) waar men zich op kan richten. Die elementen kunnen ook zelfstandige betekenis aannemen; ze kunnen zich voordoen als datgene waar het eigenlijk om gaat, als de kern. De rechtsstaat is veelvormig. Nu eens staat de legaliteit van het bestuursoptreden op de voorgrond, dan de onafhankelijkheid van de rechtspraak, dan weer de procedurele zorgvuldigheid van de overheid of de vrijheid van minderheden om de dingen anders te doen dan de democratische meerderheid voorschrijft.’

De vraag blijft of aan de onderscheiden elementen zelf (legaliteit, onafhankelijkheid van de rechter, procedurele zorgvuldigheid enzovoorts) – ter onderscheiding van de rechtsstaatgedachte in haar geheel en haar veronderstelde kern – ook een verschillende uitleg wordt gegeven, afhankelijk van degene die waarneemt. Vervolgens leidt Witteveen, evenals Bovens, uit de vergelijking met een huis af dat de rechtsstaat permanent onderhoud behoeft.<sup>30</sup>

‘Een tweede stelling die met behulp van de metafoor van het huis van de rechtsstaat aannemelijk gemaakt kan worden, is dat er zelfs voor het in stand houden van wat al gebouwd is voortdurend onderhoud nodig is om het gebouw functioneel te houden (anders gaat de schoorsteen lekken en rotten de sponningen weg.). De democratische rechtsstaat is een constructie die onderhoud nodig heeft om zelfs de oude functies alleen maar uit te kunnen blijven oefenen.’

De democratische rechtsstaat is principieel onvoltooid. ‘Het huis van de rechtsstaat staat niet alleen altijd in de steigers, de bewoners moeten inzien dat de verbouwing permanent zal zijn en dat er dus nooit een moment zal komen waarop het gebouw werkelijk “af” is.’<sup>31</sup> Deze permanente en principiële onvoltooidheid is een voortvloeisel van het door Berlin geponeerde waardepluralisme. Witteveen is van mening dat de rechtsstaat bestaat uit antinomieën (zoals vrijheid vs. gelijkheid of vs. vrede), waartussen in concrete gevallen – met een formulering van Berlin – steeds ‘tragische keuzen’

29 Witteveen, *De democratische rechtsstaat*, p. 42.

30 Witteveen, *De democratische rechtsstaat*, p. 41.

31 Witteveen, *De democratische rechtsstaat*, p. 45.

moeten worden gemaakt. Hoe die permanente verbouwing er in concreto uitziet of zou moeten zien, wordt verder niet toegelicht.

Wel voegt Witteveen er nog aan toe dat de verbouwing van de rechtsstaat zonder een vooraf opgesteld plan en zonder toezicht van bovenaf verloopt. 'Een derde conclusie kan zijn dat het gebouw niet totstandgekomen is volgens een van tevoren bepaalde blauwdruk en niet door een monumentenpolitie wordt beschermd; door de nieuwe generaties bewoners wordt het naar eigen inzichten verder verbouwd.'<sup>32</sup> Over de vormgeving van de rechtsstaat wordt voortdurend debat gevoerd.

Ten slotte blijkt uit het hierboven weergegeven citaat uit *Introduction to Dutch Law* dat Witteveen nog een andere analogie tussen de rechtsstaat en een huis ziet, die Bovens niet expliciet noemt, maar die wel met diens visie verenigbaar is. 'The Dutch inhabit legality, they treat it as an edifice, a structure used for practical purposes of living together.' Net als een huis biedt de rechtsstaat, en met name het element van legaliteit, een 'structuur' of een kader waarbinnen mensen met elkaar samenleven. De (niet verder uitgewerkte) suggestie die van deze gelijkshakeling van *edifice* en *structure* uitgaat, is dat zonder de normatieve houvast van de rechtsstaat – in het bijzonder legaliteitsvereiste – het samenleven in een samenleving heel moeilijk, zo niet onmogelijk, wordt. Een samenleven zonder structuur is anarchie, het tegendeel van een ordentelijk geordende rechtsstaat.<sup>33</sup>

Samenvattend beogen Witteveen en Bovens met de vergelijking met een (heren)huis in het bijzonder drie eigenschappen van de rechtsstaat naar voren te halen, te weten 1. dat er aan de rechtsstaat steeds nieuwe elementen (*topoi*, argumenten, beginselen) worden toegevoegd die met de oudere elementen op gespannen voet (kunnen) staan; dat de rechtsstaat 2. verschillende verschijningsvormen kent, afhankelijk van het land (Bovens) en de waarnemer (Witteveen); en 3. gemeenschappelijk handelen mogelijk maakt.

32 Witteveen, *De democratische rechtsstaat*, p. 41.

33 Vanuit anarchistisch perspectief staat de ordening die de rechtsstaat biedt, gelijk aan onderdrukking en biedt alleen anarchie de 'ware', spontane en natuurlijke orde die uit vrijheid voortkomt. In het programmatische geschrift 'Die Befreiung der Gesellschaft vom Staat' (uit 1932) stelt Mühsam: 'In Anarchie leben, in Anarchie wirtschaften heißt aber dem Leben und der Wirtschaft die Ordnung der Freiheit schaffen. [...] Ordnung im Sinne anarchistischer Auffassung kann nur wachsen aus der Selbstbestimmung derer, die Ordnung halten sollen.' Tegenover deze *Ordnung der Freiheit* plaatst hij de *Unter-Ordnung* die van staatswege wordt opgelegd (in: Erich Mühsam, *Ich bin verdammt zu warten in einem Bürgergarten*. Band 1: Gedichte, Stücke, Prosa, Darmstadt: Luchterhand 1983, p. 140-177, p. 164-165).

#### 4 De rechtsstaat is geen huis

Om de passendheid van de metafoor te beoordelen moeten er ten minste drie vragen worden beantwoord. De eerste vraag is of de eigenschappen die aan de *topic* 'rechtsstaat' worden toegekend op een geloofwaardige manier, en onafhankelijk van de intentie van de auteurs, aan het *vehicle* '(heren)huis' kunnen worden ontleend. Gaat het – in termen van de interactieopvatting – om gemeenplaatsen die in het algemeen of door het beoogde publiek van juristen aan het *vehicle* worden toegeschreven en die (bijna) letterlijk op de *topic* toepasbaar zijn? Deze vraag is met name van belang als het, zoals Witteveen beweert, om een didactische metafoor gaat. Zonder specialistische kennis van huizen en huizenbouw moeten rechtenstudenten kunnen begrijpen aan welke eigenschappen van een huis de metafoor refereert. Bovendien moet studenten een adequaat, niet al te eenzijdig en vertekend beeld van de rechtsstaat worden gegeven. Evenwel ben ik van mening dat deze metafoor niet enkel het doel van kennisoverdracht in een onderwijssituatie dient, maar mede wordt ingezet om kennis te genereren en te legitimeren. Bovens en Witteveen trekken vergaande conclusies over de rechtsstaat op basis van en in termen van de metafoor, zonder daarvoor altijd een (overtuigende) onafhankelijke, ook los van de metafoor geldige, argumentatie te geven. Zo wordt de claim dat de rechtsstaat voortdurend onderhoud behoeft om 'functioneel' te blijven, aannemelijk gemaakt met de terloops geuite waarschuwing 'anders gaat de schoorsteen lekken en rotten de sponningen weg'.<sup>34</sup> De metafoor ordent de wijze waarop de rechtsstaat volgens de auteurs geconceptualiseerd zou moeten worden, en is dus niet louter een 'plaatje bij een praatje'. Witteveen geeft zelf ook aan dat de metafoor ordenend van karakter is.<sup>35</sup> Hoe dan ook, of het nu 'enkel' gaat om een didactische metafoor of om een ordenende metafoor met een bredere strekking, in beide gevallen is het van belang dat de metafoor – zowel voor de begrijpelijkheid als de aanvaardbaarheid ervan – een beroep doet op algemeen met het *vehicle* verbonden en (min of meer) letterlijk op de *topic* toepasbare eigenschappen. Wanneer dat niet het geval is, mag op z'n minst een nadere toelichting en rechtvaardiging worden verwacht.

Het gegeven dat de rechtsstaatgedachte een cumulatief karakter heeft, dat wil zeggen dat er steeds nieuwe elementen aan het 'bouwwerk' worden toegevoegd (eigenschap 1), kan zonder meer aan het *vehicle* 'huis' worden ontleend. Het is een feit van algemene bekendheid dat een huis uit verdiepingen bestaat, die op elkaar worden gestapeld, die in afzonderlijke kamers zijn opgedeeld en waaraan later nieuwe verdiepingen en kamers kunnen wor-

<sup>34</sup> Witteveen, De democratische rechtsstaat, p. 41 (hierboven reeds aangehaald).

<sup>35</sup> Witteveen, De democratische rechtsstaat, vn. 2.

den toegevoegd. De toevoeging dat deze kamers en verdiepingen met elkaar op gespannen voet (kunnen) staan, ligt echter minder voor de hand. Op dit punt vindt contraprojectie plaats: een eigenschap die aan de *topic* 'rechtsstaat' wordt toegekend – i.c., de samenstellende delen ervan kunnen conflicteren – wordt op het *vehicle* 'huis' geprojecteerd en vervolgens weer aan de rechtsstaat toegeschreven. Natuurlijk kun je stellen dat voorwerpen in een huis met elkaar kunnen vloeken (de kleur van de stoelen past bijvoorbeeld niet bij die van de tafel), dat de vertrekken in een huis vaak in verschillende stijlen zijn opgetrokken (zoals bij een Piet Zwart-keuken in een jaren tachtig-huis), dat de toevoeging van een verdieping aan een huis (bijvoorbeeld de zolder) de constructie in haar geheel kan destabiliseren. Maar in het alledaagse spreken is een huis toch eerder een toonbeeld van orde en stabiliteit dan van chaos en conflict, zoals onder meer blijkt uit de zegswijze 'iets staat als een huis'. Hoewel niet onmogelijk (tenslotte bestaan er ook bouwvallen en huishoudens als dat van Jan Steen), komt het op mij nogal geforceerd over om een huis – en zeker een deftig herenhuis! – als *vehicle* te gebruiken voor de overdracht van eigenschappen in de sfeer van strijd en tegenstrijdigheden. Daarbij versterkt Witteveens omdoping van het 'herenhuis van de rechtsstaat' tot 'een huis met vele woningen',<sup>36</sup> door de evidentie allusie op de Bijbel,<sup>37</sup> de suggestie van harmonie.

Verder wordt aan de metafoor de vaststelling ontleend dat de rechtsstaat verschillende verschijningsvormen kent (eigenschap 2). Dat lijkt mij, uitgaande van het *vehicle* 'huis', weinig controversieel te zijn. Algemeen is bekend, zoals Bovens aanvoert, dat verschillende landen verschillende bouwstijlen kennen. Een gemeenplaats is wellicht niet dat één en hetzelfde huis voor verschillende mensen iets anders kan betekenen, maar dat gegeven licht Witteveen dan ook nader, en wat mij betreft afdoende, toe. Opvallend is dat beide auteurs in dit verband geen beroep doen op de gemeenplaats dat er ook binnen één land verschillende huizen en typen huizen bestaan en, analoog redenerend, dus ook verschillende versies van de rechtsstaat of verschillende rechtsstaten in één land – op dit punt kom ik zo meteen terug. De laatste eigenschap, dat de rechtsstaat gemeenschappelijk handelen mogelijk maakt, beschouw ik als een product van contraprojectie: het is erg geforceerd om in deze termen over een huis te spreken en bovendien maakt een huis op een geheel andere manier gemeenschappelijk handelen mogelijk dan de rechtsstaat dat doet (als hij dat al doet, zie hieronder); hier was een nadere toelichting op zijn plaats geweest, zeker wanneer de metafoor geheel of gedeeltelijk een didactisch doel dient.

De tweede vraag luidt: zijn het wel eigenschappen van de *topic* die in de interactie met het *vehicle* naar voren worden gehaald? Hoewel het hier niet de

<sup>36</sup> Witteveen, De democratische rechtsstaat, p. 42-43 (hierboven reeds aangehaald).

<sup>37</sup> In Johannes 14 (oude vertaling) staat te lezen: 'In het huis mijns Vaders zijn vele woningen.'

plaats is om een eigen visie op de rechtsstaat te ontvouwen,<sup>38</sup> dwingt deze vraag mij daarover toch iets in het kort te zeggen. De eerste eigenschap waarnaar Witteveen en Bovens verwijzen – het cumulatieve karakter, en daarmee de principiële onvoltooibaarheid, van de rechtsstaat –, beschouw ik als weinig controversieel en kan ik zonder meer onderschrijven.

De tweede eigenschap – de veelvormigheid van de rechtsstaat – vat ik in een zowel ruimere als een beperktere zin op dan de auteurs in de hierboven behandelde teksten doen. Deze veelvormigheid lokaliseert Bovens voornamelijk in de relatie tussen landen (elk land geeft zijn eigen invulling aan de rechtsstaat) en Witteveen op het niveau van de rechtsstaatgedachte in haar totaliteit (in discussies over de rechtsstaat worden door verschillende mensen verschillende elementen als de kern ervan naar voren geschoven). Enerzijds beschouw ik dat als te beperkt. Er zijn toch ook binnen één land verschillende invullingen van de rechtsstaat mogelijk? ‘Uw rechtsstaat is de onze niet!’, zoals de Amsterdamse kraakbeweging begin jaren tachtig van de vorige eeuw provocerend stelde.<sup>39</sup> Bovendien betreffen controverses rond de democratische rechtsstaat niet alleen het wezen ervan, met als inzet de vraag: wat zijn de centrale elementen van de rechtsstaatgedachte? Ook de concrete invulling en toepassing van die centrale elementen zelf staan altijd en onvermijdelijk ter discussie – wat betekent democratie, legaliteit, gelijkheid enzovoorts in de huidige tijd of voor het bijzondere geval? Bovens wijst erop dat de Trias Politica in verschillende landen verschillend wordt uitgewerkt,<sup>40</sup> maar ook binnen één land lopen de visies hierop sterk uiteen, zoals de steeds terugkerende discussie over de wenselijkheid van constitutionele toetsing in Nederland illustreert.<sup>41</sup> Een land herbergt dus, in termen van de onderhavige metafoor, meerdere huizen

38 Het gaat er mij primair om de interne consistentie en houdbaarheid van de claims die Witteveen en Bovens maken over de rechtsstaat in hun uitwerking van de huis-metafoor *van binnenuit* te toetsen. Deze claims maken deel uit van een sterk normatieve, op natuur- en cultuurrechtelijke noties geïnspireerde, visie op de rechtsstaat, die sterk afwijkt van het formele rechtsstaatsbegrip van Kelsen. Kelsen vat het begrip ‘rechtsstaat’ op als een pleonasme: elke staat is een rechtsorde en derhalve een rechtsstaat. Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik* (1. Auflage), Aalen: Scientia Verlag 1994 [1934], p. 126-127. Het voordeel van een dergelijke formele invulling is dat het begrip zich niet langer leent voor ideologisch misbruik (zie verder hieronder); een nadeel is dat het een containerbegrip wordt waaronder zeer uiteenlopende politieke ordeningsmechanismen worden samengevoegd; ook is kritiek mogelijk op de verabsolutering van het juridisch perspectief in Kelsens *reine Rechtslehre* (zie de discussie met Carl Schmitt).

39 Zie hierover Hertogh, *De levende rechtsstaat*, p. 11-12.

40 Bovens, *De digitale rechtsstaat*, p. 9.

41 Zie het recente politieke debat over de initiatiefwet Constitutionele toetsing, ingediend door Femke Halsema van GroenLinks. Eerder werd in de rechtswetenschap ook al zo nu en dan over deze kwestie gedebatteerd, vgl. onder meer L. Prakke, T. Koopmans & J.M. Barendrecht, *Toetsing. ‘Dient de wetgever de mogelijkheid te bieden, dat de rechter de formele wet toetst aan de Grondwet en ongeschreven rechtsbeginselen, en zo ja, hoe dient deze mogelijkheid dan te worden uitgewerkt?’*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, jaargang 122, deel 1992-1, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

van de rechtsstaat. Anderzijds moet worden erkend dat de in theorie onbegrensde pluriformiteit van de rechtsstaat in de politieke en de rechtspraktijk steeds wordt gereduceerd tot uniformiteit: het bevoegde gezag (wetgever, bestuur of rechter) stelt eenzijdig en bindend vast, op welke manier de toepasselijke *topoi* in het onderhavige geval dienen te worden opgevat. Uit de verschillende beschikbare schetsen kiest het dus één ontwerp dat als het 'modelhuis' van de rechtsstaat wordt gepresenteerd (zie ook hieronder). In dit verband is de kwalificatie 'herenhuis' met haar hiërarchische en seksistische connotaties zeker op haar plaats: het zijn uiteindelijk de hoge heren en – nog steeds in mindere mate – dames, en dus niet de 'gewone' burgers, die bepalen wat de rechtsstaat inhoudt. Ik wil niet beweren dat Bovens en Witteveen deze gelijktijdige uitbreiding en inperking van de rechtsstatelijke veelvormigheid niet (zouden kunnen) onderschrijven, maar constateer alleen dat bij de uitwerking van de metafoor van de rechtsstaat als een (heren)huis beide auteurs hieraan geheel voorbijgaan.

Over de derde eigenschap die Witteveen aanstipt – de rechtsstaat, en het legaliteitsbeginsel in het bijzonder, biedt een structuur of een kader waarbinnen burgers met elkaar samenleven –, kan ik vanwege de beknopte formulering ervan geen definitief oordeel vellen; zij wordt ook niet verder toegelicht. Algemeen genomen, lijkt mij de stelling dat het recht, inclusief het rechtsstatelijke kader waarbinnen dat totstandkomt, gemeenschappelijk handelen mogelijk maakt, of althans de structuur of het kader daartoe biedt, een overschatting van de mogelijkheden van het recht. Als burgers zonder het recht niet met elkaar kunnen samenleven, dan kunnen ze dat mét het recht ook niet. Het recht kan van wolven niet opeens sociale wezens maken. Het recht biedt een stelsel van dwingende regels, maar er bestaan in een samenleving nog veel meer normatieve stelsels (godsdienst, moraal, fatsoen, gewoonte, etiquettes, handelsgebruiken enzovoorts) die op een voor een individu veel dwingender wijze zijn leven kunnen inkaderen of structureren.<sup>42</sup> Wel kan het recht fungeren als smeerolie om de sociale machinerie soepeler te laten draaien – soms gooit het er juist zand in<sup>43</sup> –, maar de machinerie zal uiteindelijk zichzelf op gang moeten houden.

De derde en laatste vraag is in hoeverre er eigenschappen van de rechtsstaat door de metaforische identificatie met een huis aan het zicht worden

42 Hier volg ik Moore's analyse van semi-autonome velden, in: Sally Falk Moore, *Law and Social Change. The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, *Law and Society Review* 1972, p. 718-746. Gelieve in het navolgende geen pleidooi voor een *civil society* te lezen.

43 Dan spreekt men wel van 'juridisering', vgl. Patricia Populier, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving* (diss. Antwerpen), Antwerpen/Groningen: Intersentia rechtswetenschappen 1997, met name p. 39-41. Recente, en helaas maar al te herkenbare, voorbeelden hiervan zijn te vinden in het WRR-rapport, *Bewijzen van goede dienstverlening* (rapportnr. 70), Amsterdam: Amsterdam University Press 2004.

onttrokken. Drie belangrijke verschillen tussen de rechtsstaat en een huis wil ik hier aanstippen. Om te beginnen bestaat een huis uit concrete objecten (kamers, voorwerpen) en personen (bewoners, gasten), terwijl de rechtsstaat is opgebouwd uit ideeën. Het gaat om tot in hun wezen betwiste en betwistbare begrippen<sup>44</sup> waarmee rechten en beginselen worden aangeduid die in een voortgaande politieke discussie hun steeds weer voorlopige invulling krijgen en dus geen vaste, algemeen erkende betekenis kennen. Deze discussie wordt steeds tijdelijk en eenzijdig beslecht door een beslissing van het bevoegde gezag, waarbij niet noodzakelijk het beste argument wint. In een volgende ronde van het debat kan die beslissing weer worden herroepen door een andere of dezelfde juridische autoriteit. Een zaak kan voor de betrokken partijen reeds zijn afgesloten, als de ontwikkeling van het in geding zijnde leerstuk verdergaat. Het dynamische en controversiële karakter van deze begrippen kan niet goed met behulp van de huis-metafoor tot uitdrukking worden gebracht. Het is, zacht gezegd, hoogst ongebruikelijk, en al helemaal geen gemeenplaats, om van de concrete objecten en personen die een huis bevolken, te beweren dat hun betekenis inzet van een permanent debat is. De huis-metafoor nodigt ertoe uit, de rechtsstaat voor te stellen als een 'veilig bezit', als een catalogus van algemeen erkende regels en beginselen, waaraan in de loop van de tijd weliswaar nieuwe regels en beginselen worden toegevoegd die met de oude kunnen botsen, maar waarvan de inhoud niet werkelijk ter discussie staat. Het onvermijdelijke gevolg hiervan is – alle ongetwijfeld goede bedoelingen ten spijt – een objectivering en 'verdinglijking' van de rechtsstaatgedachte.

Vervolgens leven in een huis de objecten relatief vredig naast elkaar (stijlbreuken en vloekende kleuren daargelaten) en ook mag worden aangenomen dat de bewoners en gasten van het 'heilige' huis met de vele woningen (Witteveen) of van het beschaafde herenhuis (Bovens) in relatieve vrede met elkaar verkeren (een enkele ruzie niet uitgesloten). De concepten van de rechtsstaatgedachte daarentegen conflicteren met elkaar en bestrijden elkaar onophoudelijk op leven en dood. Ze verkeren in een voortdurend existentieel conflict over de vraag welke regel of welk beginsel in het concrete geval de overhand moet krijgen (bijvoorbeeld gelijkheid boven vrijheid, vrede boven vrijheid, of andersom). Berlin spreekt hierbij, met een aristocratisch-melancholieke ondertoon, van 'tragische keuzen', maar duidelijk is dat als gevolg van deze niet-uitputtend legitimeerbare keuzen

44 Dworkin duidt deze begrippen, in navolging van Gallie, aan als 'essentially contested' of 'interpretive concepts'. Het probleem hierbij is dat hij veronderstelt dat er een onderscheid gemaakt kan worden tussen de algemeen gedeelde kernbetekenis van een *concept* en de verschillende uitwerkingen hiervan, ofwel *conceptions*. Vgl. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London: Fontana Press 1986, p. 70-72. De *topoi* van de rechtsstaat ontberen mijns inziens echter een dergelijke gedeelde kernbetekenis.



mensen rechten verliezen en daarmee fundamentele vrijheden, middelen van bestaan, zelfs hun leven kunnen kwijtraken. In indringende analyses heeft Robert Cover laten zien dat de rechtspraak van de Amerikaanse *Supreme Court*, uitgaande van het gelijkheidsbeginsel en in het bijzonder het discriminatieverbod, de vrijheid van godsdienst van religieuze gemeenschappen, zoals die van de Mormonen en de Amish, ernstig heeft ingeperkt, waardoor deze niet meer in staat zijn hun leven naar hun eigen normatieve inzichten in te richten.<sup>45</sup> Eveneens wordt, op grond van arbitraire onderscheidingen (bijvoorbeeld tussen economische en 'echte' vluchtelingen) en aanvechtbare afwegingen (waarbij mensenrechten het vaak moeten afleggen tegen het nationale eigenbelang), mensen de toegang tot de rechtsstaat ontzegd. Ook de gastvrijheid van het huis van de rechtsstaat heeft dus zijn grenzen; vroeger of later gaat de deur op slot.<sup>46</sup> Daarnaast vindt er een strijd plaats, niet alleen over de in casu juiste verhouding tussen de regels en beginselen die de rechtsstaatgedachte uitmaken, maar ook – zoals reeds betoogd – over de concrete invulling van de regels en beginselen zelf. En deze strijd heeft, behalve op de uitleg van het geldende recht, ingrijpende gevolgen op het leven van mensen. '[M]eanings are inscribed on bodies,' zoals Sarat Covers positie samenvat.<sup>47</sup> Ook dit antagonistische aspect van de rechtsstaat verdwijnt met de huis-metafoor uit beeld.

Tot slot is 'huis' een descriptief, betrekkelijk neutraal,<sup>48</sup> begrip dat een verzameling stenen beschrijft dat door cement bijeen wordt gehouden, dat bestaat uit voorwerpen als stoelen, tafels en lampen en waarbinnen mensen, al dan niet in harmonie, met elkaar samenleven. 'Rechtsstaat' is juist een sterk normatief geladen, ideologisch beladen concept dat niet alleen beschrijft hoe een bepaalde rechtsorde is georganiseerd, maar hieraan ook een morele meerwaarde toekent boven andere politieke orderingsmechanismen die niet of in mindere mate met haar principes

45 Robert Cover, *Nomos and Narrative*, in: Martha Minow, Michael Ryan & Austin Sarat (red.), *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor: The University of Michigan Press 1995, p. 95-172.

46 Een nadere analyse van de in- en uitsluitingen die het recht noodzakelijk met zich brengt, is te vinden in Hans Lindahl, *Inside and Outside the EU's 'Area of Freedom, Security and Justice'. Reflexive Identity and the Unity of Legal Space*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2004, Band 90, Heft 4, p. 478-497.

47 Austin Sarat, *Robert Cover on Law and Violence*, in: Minow, Ryan & Sarat (red.), *Narrative, Violence, and the Law*, p. 255-265, p. 256.

48 Helemaal neutraal is geen enkele kwalificatie. Ook een huis is nooit zomaar een huis. Bovens spreekt over een 'herenhuis' waaraan, als gezegd, hiërarchische en seksistische implicaties kleven. Witteveen verbouwt dit herenhuis op zijn beurt tot een 'huis met vele woningen', dat weer refereert aan de Bijbel. Op deze connotaties gaan de auteurs niet expliciet in, zodat in ieder geval op het oppervlakniveau van de tekst de suggestie van neutraliteit behouden blijft. In een andere herformulering spreekt Witteveen enkel van een 'huis met vele verdiepingen' (zie par. 3).

verenigbaar zijn.<sup>49</sup> Een rechtsstaat beschouwt zichzelf, vanwege zijn vermeende morele superioriteit, gekwalificeerd om andere rechtsordes die zijn principes schenden, te diskwalificeren als 'schurkenstaten', 'totalitaire staten', 'dictaturen' enzovoorts. En deze diskwalificatie kan vervolgens weer de morele als ook de rechtsgrond bieden om deze staten aan te vallen en bezet te houden, niet noodzakelijk op een rechtsstatelijk verantwoorde wijze, zoals het optreden van de Verenigde Staten in Afghanistan en Irak illustreert.<sup>50</sup> Ook de Nederlandse regering overschrijdt in de strijd tegen de diffuse vijand van het terrorisme steeds vaker en met steeds minder scrupules de zelfgetrokken grenzen van de rechtsstaat, waardoor fundamentele vrijheden verloren dreigen te gaan.<sup>51</sup> Dergelijke schendingen van rechtsstatelijke principes vinden stevast plaats in naam van diezelfde rechtsstaat en de daarbinnen beschermde vrijheden.

In een recent opiniestuk voert Minister van Justitie Donner ter verdediging van zijn antiterrorismebeleid aan: 'De nieuwe maatregelen die getroffen moeten worden, brengen de democratie niet in gevaar; zij zijn integendeel noodzakelijk om te voorkomen dat democratie en rechtsstaat op termijn verworpen tot de tirannie van groepen die met dreiging en geweld aan anderen hun wil opleggen.'<sup>52</sup> En verderop stelt hij: 'De rechtsstaat gaat pas verloren als zij niet wordt aangepast aan gewijzigde omstandigheden en geen antwoord meer biedt op de noden en bedreigingen van mensen.' De door hem voorgestelde maatregelen, hoezeer zij ook op gespannen voet lijken te staan met centrale uitgangspunten van de democratische rechtsstaat, zijn dus uiteindelijk gericht op het instandhouden hiervan. Even later erkent Donner evenwel met zoveel woorden dat hij hiermee feitelijk de grenzen van de democratische rechtsstaat overschrijdt:

'Maar in onzekere tijden zullen wettelijke regels en bevoegdheden altijd ruimer gesteld moeten worden om de overheid in staat te stellen om ook op het onverwachte te kunnen reageren. In rustiger tijden zal de praktijk dan weer in regels kunnen uitkristalliseren.'

49 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, onder meer p. 116-117 en 127-128, tracht het rechtsstaatsbegrip van zijn ideologische inhoud te zuiveren. Als ik de rechtsstaat een ideologisch concept noem, doel ik niet op dit formele begrip maar op de normatieve invulling die onder anderen Bovens en Witteveen aan de rechtsstaat geven (zie ook voetnoot 38).

50 Of deze staten daadwerkelijk 'schurkenstaten' zijn, is hier niet van belang. Waar het mij om gaat, is dat de enkele aanname daarvan een zelfverklaarde rechtsstaat als de Verenigde Staten een vrijbrief lijkt te geven om zijn vijanden te bestrijden met alle, desnoods niet-rechtsstatelijke, middelen. Zie onder meer Geoffrey Stone, *Perilous Times. Free Speech in Wartime from the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism*, New York: W.W. Norton & Company 2004.

51 Britta Böhrer, *Crisis in de rechtsstaat. Spraakmakende zaken, verborgen processen*, Amsterdam/Antwerpen: De Arbeiderspers 2004.

52 Piet Hein Donner, *Acute dreiging vraagt om antwoord*, de Volkskrant 16 november 2004.

Terwijl de rechtsstaat juist bedoeld is om machthebbers ervan te weerhouden de wet naar hun eigen hand te zetten, *juist* in moeilijke tijden,<sup>53</sup> wordt de uitzonderingstoestand door Donner uit- en ingeroepen om zichzelf boven de wet te plaatsen: hij verklaart zichzelf bevoegd om de grenzen van zijn bevoegdheden en van het geldende recht zo nodig op te rekken en, *qualitate qua*, ook te buiten te gaan. Noodzakelijkerwijs moet hij echter dit zich-boven-de-wet-plaatsen als een beweging *binnen de wet* presenteren; anders zou hij zijn aanspraak op legitimiteit ondergraven.<sup>54</sup> Het vertoog van de rechtsstaat wordt aldus ingezet ter legitimering van geweldpleging door de staat, welke geweldpleging het rechtsstatelijk kader overstijgt en mogelijk nog gewelddadiger is als het geweld waarop zij een reactie is. In een bijtende reactie op Donner schrijft advocate Britta Böhler:<sup>55</sup>

‘Het doel van terrorismebestrijding is het destabiliseren van een samenleving door het verspreiden van angst. In de nieuwe Wet terrorismebestrijding die sinds kort van kracht is, wordt het terroristisch doel gedefinieerd als het “oogmerk om de bevolking of een deel der bevolking ernstige vrees aan te jagen”. Ik kan mij zo voorstellen dat ook het beleid van minister Donner een hele bevolkingsgroep de stuipen op het lijf zal jagen.’

Deze ideologische functie van het rechtsstaatvertoog, waarmee de inzet van macht door de staat zowel wordt gelegitimeerd als verhuld, blijft in de huis-metafoor buiten beschouwing.

## 5 De rechtsstaat als ideologisch concept

Uit de bovenstaande kritische analyse volgt dat de metafoor DE RECHTSSTAAT IS EEN (HEREN)HUIS geen passende metafoor is en ook niet altijd op een passende wijze wordt gehanteerd in de besproken teksten. Om te beginnen doet de metafoor een beroep op gekunstelde contraprojecties: eerst worden vanuit de *topic* ‘rechtsstaat’ eigenschappen op het *vehicle* ‘huis’ geprojecteerd – i.c., de elementen van een huis (voorwerpen, kamers, verdiepingen) van een huis kunnen op gespannen voet met elkaar staan en een huis maakt gemeenschappelijk handelen mogelijk –, die vervolgens

53 Dat lijkt mij de betekenis te zijn van Locke's pleidooi voor een ‘government of law, not of men’, in: John Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge: Cambridge University Press 1963 [1690], p. 159. Zie ook Bart van Klink, In de macht van de rechtsstaat, in: Willem Witteveen & Bart van Klink, *De sociale rechtsstaat* voorbij, p. 127-217, p. 144-147.

54 Het betreft hier de paradox van soevereiniteit waarop Agamben, onder verwijzing naar Schmitt, heeft gewezen: ‘I, the sovereign, who am outside the law, declare that there is nothing outside the law.’ Giorgio Agamben, *Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life* (translated by Daniel Heller-Roazen), Stanford: Stanford University Press 1998, p. 15.

55 Britta Böhler, Beseft Donner wat hij zegt?, de Volkskrant 27 november 2004.

weer aan de *topic* worden toegeschreven. Als een metafoor dusdanig afwijkt van gangbare implicaties (of gemeenplaatsen), is de nodige uitleg vereist om de metafoor begrijpelijk te maken. Vervolgens wordt, als gevolg van de eerder genoemde contraprojectie, een eigenschap aan de *topic* toegeschreven, waarvan maar zeer de vraag is of het een eigenschap van de rechtsstaat betreft: in welke zin maakt de rechtsstaat gemeenschappelijk handelen mogelijk? Bovendien wordt de metafoor niet consequent uitgewerkt: waarom kunnen er geen verschillende rechtsstaten in één land of verschillende visies op de *topoi* van de rechtsstaat naast elkaar bestaan, zoals er in één territoir verschillende huizen voorkomen? De veelvormigheid van de rechtsstaat gaat dus verder dan beide auteurs in hun uitwerking van de metafoor aangeven. Tegelijk gaat deze pluriformiteit minder ver, omdat in gezagsuitspraken, uit het onuitputtelijke arsenaal aan beschikbare visies op de rechtsstaat, steeds één visie wordt gekozen en dwingend wordt opgelegd aan de betrokken partijen. Ironisch genoeg had deze 'autoritaire' kant van machtsuitoefening in de rechtsstaat, wél met de metafoor van het *herenhuis* verbeeld kunnen worden, maar dat laten Witteveen en Bovens na. Ten slotte onthult deze metafoor eigenschappen van de rechtsstaat die weinig schokkend te noemen zijn: aan de rechtsstaat worden steeds nieuwe ideeën toegevoegd en de rechtsstaat kent verschillende verschijningsvormen. Maar, wat erger is, zij verhuult veel belangrijkere eigenschappen, namelijk dat de rechtsstaat: 1. geen vaste, objectieve betekenis heeft, evenmin als zijn samenstellende delen; 2. steeds zijn voorlopige betekenis krijgt in eenzijdige, bindende gezagsuitspraken, 3. uit elkaar tegensprekende begrippen bestaat, waartussen niet-uitputtend legitimeerbare keuzes gemaakt moeten worden met vergaande, existentiële gevolgen; en 4. ge- en misbruikt wordt om machtsuitoefening en geweldpleging door de staat te legitimeren. Kortom, het pluriforme maar tegelijk uniformerende en autoritaire, controversiële, antagonistische en ideologische karakter van het vertoog van de rechtsstaat wordt in de huis-metafoor sterk onderbelicht of zelfs geheel verwaarloosd.

Aangenomen dat de metafoor vooral didactisch bedoeld is, moet ik concluderen dat zij niet geschikt is voor onderwijsdoeleinden, omdat rechtenstudenten daarmee een zeer onvolledig en op sommige punten ook vertekend beeld van de rechtsstaat voorgeschoteld krijgen. Omwille van de overzichtelijkheid is het ongetwijfeld praktisch om de in een bepaalde periode ontstane en met elkaar samenhangende leerstukken in de vorm van 'lagen' te presenteren, maar daarvoor hoeft niet noodzakelijkerwijs het gehele bouwwerk van het huis van de rechtsstaat te worden opgetrokken. De suggestie dat de metafoor nog steeds zou kunnen worden gebruikt, wanneer bovengenoemde bezwaren bij wijze van 'bijsluiters' van

tevoren vermeld zouden worden, wijs ik af.<sup>56</sup> Als een bijsluiter zulke sterke waarschuwingen bevat, is het tijd voor een ander medicijn. Ofwel, wanneer een bepaalde voorstelling van zaken met zoveel voorbehouden moet worden omgeven, dan is het beter om tot een andere wijze van presenteren over te gaan. Is de metafoor daarnaast of in plaats daarvan voornamelijk ordenend van aard, dan voldoet zij om dezelfde reden evenmin. Met het huis als *vehicle* worden zowel onjuiste als weinig opzienbarende eigenschappen aan de *topic* 'rechtsstaat' toegeschreven en worden ook centrale eigenschappen van de rechtsstaat aan het zicht onttrokken. Zij draagt dus – ongeacht de onderliggende intenties – een vertekend en misleidend beeld over, waarmee de kennisoverdracht noch de kennisontwikkeling is gebaat.

Wat zou een passender beeld voor de rechtsstaat zijn? Als gezegd, is het hier niet de plaats om een eigen visie op de rechtsstaat te presenteren. Met de bovenstaande kritische analyse heb ik vooral kanttekeningen willen plaatsen bij de interne consistentie en houdbaarheid van de visie op de rechtsstaat die Bovens en Witteveen aan de hand van de huis-metafoor hebben ontwikkeld. Het gaat er mij om, aan te tonen dat zij bij de uiteenzetting van hun visie een hoogst ongelukkig beeld hebben gekozen. Ik wil daarvoor geen nieuwe metafoor in de plaats stellen, ten eerste omdat ik weinig heil zie in het werken met één grote, overkoepelende basis-metafoor<sup>57</sup> die noodzakelijk selectief en misleidend is en de voorkeur geef aan kleinere, lokaal en met meer bescheidenheid toegepaste metaforen die de eenzijdigheid die aan elk figuurlijk en niet-figuurlijk taalgebruik kleeft, niet opheffen, maar juist blootleggen; en ten tweede omdat ik geïnteresseerd ben, niet zozeer in de verdere normatieve uitbouw van het rechtsstaatsdenken, als wel in kritische beschrijvingen van de wijze waarop de rechtsstaat als ideologisch concept fungeert in machtslegitimerende vertogen.<sup>58</sup> Daarmee ontken ik niet dat de rechtsstaatsgedachte *ook* een belangwekkend machtskritisch potentieel heeft – zij is juist ontwikkeld om machtsuitoefening aan maat en regel te binden.<sup>59</sup> In de door mij bestreden conceptualisering dreigt zij echter in haar tegendeel te verkeren, namelijk in een vertoog waarmee ongebonden, ongelegitimeerde en onlegitimeerbare machtsuitoefening aan het zicht wordt onttrokken en wordt vergoelijkt. Het huis van de rechtsstaat is een idealistisch luchtkasteel, dat maar beter snel naar het rijk der fabelen verwezen kan worden.

56 Deze suggestie deed Marc Hertogh tijdens de eerste, mondelinge presentatie van dit artikel.

57 De term is ontleend aan Witteveen, *De democratische rechtsstaat*, p. 41, vn. 2.

58 Een interessante aanzet daartoe biedt Michiel Köhne, *The Rule of Law Put to the Test. The Case of Judicial Rule-Making by Agreement*, *Netherlands International Law Review* 2004, nr. 51, p. 77-98. Zie ook Van Klink, *In de macht van de rechtsstaat*.

59 Hoe de rechtsstaatsgedachte machtskritisch ingezet zou kunnen worden bij een evaluatie van het Nederlandse antiterrorismebeleid, laat ik zien in mijn lezing 'Der Mythos der verlorenen Unschuld. Gewalt und Gewaltbekämpfung in den Niederlanden', gehouden op 10 februari 2005 voor het Duitse *Hellmuth Loening Zentrum* in Jena.

## Summary

In Dutch legal theory, the *Rechtsstaat* (or Rule of Law) has been described metaphorically in terms of a building by the authors Witteveen and Bovens. This metaphor is supposed to highlight three properties of the *Rechtsstaat*: 1. constantly, new elements (*topoi*, arguments, principles) are added to the building of the *Rechtsstaat*, which may collide with the older, already existing elements; 2. the building appears in different manifestations, depending on the country in which it has been build or the perspective one adopts; and 3. the building provides a framework for co-ordinated action among its inhabitants. Van Klink shows that the metaphor does not only reveal these, relatively trivial, properties, but – regardless of the authors' intentions – it also conceals other, more important ones. Particularly, it disguises that the *Rechtsstaat* has no fixed and univocal meaning; that it acquires its, always temporal, meaning by means of authoritative, unilateral decisions; that it consists of conflicting, essentially contested concepts, which involve choices that cannot be justified fully and can have drastic existential consequences; and, finally, that is used and abused to justify acts of power and violence by the state. Therefore, Van Klink concludes that the metaphor of the *Rechtsstaat* as a building should be banned from legal theory altogether, in order to give way to a critical understanding of the ideological use of this normative concept in power legitimating discourse.