

## ARTICLES

# Rechtsstaatcultuur\*

Ronald Janse

## 1 Inleiding

In oktober 2015 won de PiS-partij de verkiezingen in Polen. De winst was niet indrukwekkend: 18.6% van de kiesgerechtigde burgers, ofwel 37.5 % van de burgers die naar de stembus gingen, koos voor deze partij. Door rare kronkels in de kieswet vertaalde deze bescheiden zege zich in 51% van de zetels in het parlement.<sup>1</sup> Voor het eerst sinds de val van de muur had een partij in Polen de absolute meerderheid. Wat er vervolgens gebeurde, is bekend. Op methodische wijze werd korte metten gemaakt met de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.<sup>2</sup> Een recent dieptepunt is de muilkorfwet. Deze wet voorziet onder andere in ontslag van rechters die een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EU voorleggen over de rechtmatigheid van de wijze waarop rechters tegenwoordig worden benoemd in Polen.<sup>3</sup> Ook de vrijheid van de media en NGOs is beknot. Polen is nog steeds geen Hongarije, maar is ook geen rechtsstaat meer. Wat kunnen we uit het rechtsstaatverval in Polen leren over rechterlijke onafhankelijkheid? Het thema van deze aflevering van het *NJLP*.

## 2 De rechtsstaat

Volgens Jeremy Waldron is de rechtsstaat een *essentially contested concept*: er is geen overeenstemming over wat een voorbeeld *par excellence* is van een rechtsstaat. De discussie gaat dus niet alleen over schemerige randgevallen; het is in essentie een omstreden begrip.<sup>4</sup> Dat is overdreven: ik ben bijvoorbeeld nog nooit een rechtsstaatopvatting tegengekomen die afwijzend staat tegen het verbod op de toepassing van wetgeving met terugwerkende kracht, maar het is een feit dat er verschillende concepties van de rechtsstaat in omloop zijn en dat geen enkele algemeen aanvaard is.

\* Dit is een licht bewerkte versie van een gesproken column voor de voorjaarsvergadering van de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht op donderdag 6 juni 2019 in Utrecht over rechterlijke onafhankelijkheid in het samenspel van constitutionele beginselen.

1 R. Markowski, 'Creating Authoritarian Clientelism: Poland After 2015', *Hague Journal on the Rule of Law* 11, no. 1 (2019), 111-132.

2 W. Sadurski, 'Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler', *Hague Journal on the Rule of Law* 11, no. 1 (2019), 63-84; W. Sadurski, *Poland's constitutional breakdown* Oxford: Oxford University Press (2019).

3 Voor actuele ontwikkelingen zie <https://verfassungsblog.de/category/regionen/poland/>.

4 J. Waldron, 'Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?', *Law and Philosophy* 21, March 2002, 137-164.

Ronald Janse

In de Nederlandse media, de politiek en de staatsrechtelijke literatuur is het gebruikelijk om de rechtsstaat ruim te definiëren. Rechtsstaat, democratie en fundamentele rechten zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden en worden, om de gevleugelde woorden van Ernst Hirsch Ballin te gebruiken, niet los van elkaar verkocht. Illustratief is het meest recente jaarverslag van de Raad van State, getiteld *Evenwicht in de rechtsstaat; een beschouwing*. Dit rapport begint met een vrij heldere definitie van de rechtsstaat: de rechtsstaat is een staat die gebonden is aan het recht. Al snel volgt een opsomming van ‘elementen’ die daarmee verbonden zouden zijn: het legaliteitsbeginsel, machtscheiding en machtspreiding, onafhankelijke rechtspraak, grondrechten en democratie.<sup>5</sup> Wat valt er volgens dit rapport eigenlijk niet onder de rechtsstaat?

In zekere zin is de ruime begripsomschrijving verdedigbaar: het recht waaraan de Nederlandse overheid is gebonden, is democratisch tot stand gekomen (ten aanzien van in Nederland werkend transnationaal en internationaal recht, en trouwens ook rechtersrecht, liggen de zaken zoals bekend ingewikkelder) en bevat klassieke grondrechten die de uitoefening van overheidsmacht beperken. In juridisch opzicht zijn rechtsstaat, democratie en fundamentele rechten met elkaar verbonden. Bovendien kan het trio vanuit normatief, politiek-theoretisch perspectief op brede instemming rekenen. Maar om scherp te krijgen wat specifiek is voor de rechtsstaat, wat ervoor nodig is om de rechtsstaat overeind te houden en hoe de rechtsstaat zich verhoudt tot de democratie en tot fundamentele rechten, helpt het niet om de rechtsstaat gelijk te stellen met alles wat het politieke en juridische leven de moeite waard maakt.<sup>6</sup> Een heldere discussie is erbij gebaat de rechtsstaat zoveel mogelijk – en helemaal lukt dat niet – te isoleren van de twee andere belangrijke begrippen.

### 3 Het recht regeert

De term rechtsstaat betekent onder meer – naast bepaalde kwaliteitseisen aan het recht en het recht op eerlijk proces<sup>7</sup> – dat het recht regeert, de *rule of law*. Hoe is dat mogelijk? Recht is immers niets iets dat automatisch, spontaan, op natuurlijke wijze of van godswege ontstaat en wordt gewijzigd en gehandhaafd. Het wordt primair gevormd door de overheid. Hoe kan de overheid gebonden zijn aan en beperkt worden door het recht als diezelfde overheid dat recht maakt, wijzigt en handhaaft?

- 5 Raad van State, *Jaarverslag 2019: Evenwicht in de rechtsstaat, een beschouwing*, april 2020. Beschikbaar op [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl).
- 6 J. Raz, ‘The Rule of Law and its Virtue’, in J. Raz, *The Authority of Law* Oxford: Oxford University Press (1979), 210-230; J. Waldron, *The rule of law and the measure of property*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, 12-15, 42-75.
- 7 J. Waldron, ‘The Rule of Law and the Importance of Procedure’, in *Nomos 50: Getting to the Rule of Law*, ed. J. Fleming (2011), 3-31; L. Fuller, *The Morality of Law* (revised edition), New Haven/London: Yale University Press (1969) 33-94, m.n. 46-91; W. Witteveen, *De wet als kunstwerk; een andere filosofie van het recht* (2015), Amsterdam: Uitgeverij Boom, 103-409.

Thomas Hobbes (1588-1679) vond de rechtsstaat maar een verwarrend idee.<sup>8</sup> Het is volgens hem van twee dingen een. Ofwel de overheid maakt het recht waaraan zij zelf is gebonden. De rechtsstaat is dan niets anders dan zelfbinding. Ofwel de overheid is gebonden aan het recht. Maar dan is degene die zich voordoet als de overheid hooguit een soort lagere overheid. De echte overheid is dan degene die de wet maakt, wijzigt en handhaaft. De vraag is vervolgens hoe het met deze overheid is gesteld: staat zij boven of onder het recht? En zo verder tot in het oneindige. Hobbes wees de *rule of law* dus niet af omdat de overheid onfeilbaar is vanwege haar kennis van zaken, status, band met God en dergelijke. Hij stelde dat de hoogste macht niet door het recht kán worden beperkt. Het recht kan niet regeren, alleen mensen kunnen dat; er is geen *rule of law*, er is alleen *rule of men*.

De *rule of law* is inderdaad een kwestie van zelfbinding. Anders dan Hobbes dacht, kan zelfbinding zoals bekend echter robuust en duurzaam zijn. Daarvoor zijn tenminste twee dingen nodig. Ten eerste, dat de overheid gebonden is aan een document dat een aantal belangrijke rechten, plichten en procedures bevat, dat hiërarchisch superieur is aan alle andere rechtsnormen binnen een bepaalde nationale rechtsorde en dat, bovenal, zeer moeilijk te wijzigen is. In een gelaagde rechtsorde, althans in landen binnen de Europese Unie, is de verzameling documenten met deze kenmerken zoals bekend veel uitgebreider dan alleen de nationale grondwet. Zij omvat ook het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), het Handvest van de Grondrechten van de EU, het internataal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) enzovoort, plus de bijbehorende jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU) en het Europees Hof van de Rechten van de Mens (EHRM). In de literatuur wordt gesproken over de constitutie in de ruime zin van het woord om het verschil te markeren met wat binnen nationale rechtsstelsels dé constitutie wordt genoemd.

De tweede voorwaarde voor het bestaan van een duurzame vorm van zelfbinding, is het bestaan van een systeem van *checks and balances*. Het is immers geen goed idee dat de overheid zelf controleert en beslist of zij zich conform de constitutie gedraagt. Een van de belangrijkste controlemechanismen is uiteraard de onafhankelijke rechterlijke macht. Dat begrip onafhankelijkheid betekent, zoals het HvJ-EU onlangs zei: ‘met name dat de instantie haar rechtsprekende taken volledig autonoom uitoefent, zonder enig hiërarchisch verband en zonder aan wie dan ook ondergeschikt te zijn of van waar dan ook bevelen of instructies te ontvangen, en aldus beschermd is tegen tussenkomsten of druk van buitenaf die de onafhankelijkheid van de oordeelsvorming van haar leden in aan hen voorgelegde geschillen in gevaar zouden kunnen brengen.’<sup>9</sup>

8 Th. Hobbes, *Leviathan*, ed. R. Tuck Cambridge: Cambridge University Press (1991), 184 (hoofdstuk 26).

9 ECLI:EU:C:2018:117, HvJEU 27 februari 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, r.o. 44.

Ronald Janse

#### 4 De methodologie van rechtsstaatverval

Er was een tijd dat mensen er ronduit voor uitkwamen dat zij een staatsbestel omver wierpen en de macht grepen. Zij pleegden dan een staatsgreep of een revolutie en gebruikten daarbij meer of minder geweld. Staatsgrepen en revoluties zijn uit de mode. Regimewisseling gaat vandaag de dag zoveel mogelijk gewelddoos langs quasi-rechtmatige weg. In een nu al klassiek artikel uit 2013 noemde de Amerikaanse jurist David Landau dit verschijnsel *abusive constitutionalism*.<sup>10</sup> Een jaar later koos zijn collega Ozan Varol voor een andere benaming: *stealth authoritarianism*.<sup>11</sup> Kim Lane Scheppele spreekt over *autocratic legalism*.<sup>12</sup>

Een treffende illustratie is de eerste stap die PiS onmiddellijk na de verkiezingsoverwinning in 2015 zette om de Poolse rechtsstaat te ontmantelen: de aanval op het Constitutioneel Tribunaal. Anders dan de Hongaarse Fidesz-partij in 2010 had PiS in 2015 geen twee derde meerderheid behaald in het parlement. PiS kon de Grondwet niet wijzigen. Daarom werd de instantie aangepakt die gaat over de interpretatie en toepassing van de Grondwet: het Constitutioneel Tribunaal. Dit hof had een indrukwekkend portfolio van uitspraken opgebouwd waarin wetten met enige regelmaat onverbindend waren verklaard wegens strijd met grondrechten. Dat was natuurlijk niet de bedoeling. Daarom begon PiS met de afbraak van het Tribunaal.

De techniek die PiS daarbij gebruikte, bestond uit een mix van gewone wetten, wijzigingen in ordereglementen en maatregelen.<sup>13</sup> Het gevolg was driedelig: nieuwe wetten werden onttrokken aan constitutionele toetsing, besluitvorming door het Tribunaal werd verlamd en de greep van het parlement en uitvoerende macht op het Tribunaal werd vergroot. Beklemmende analyses hiervan zijn te vinden in het werk van de Europese Commissie, de Commissie van Venetië en verschillende academici, waaronder de rechtsfilosoof Wojciech Sadurski, die zowel civiel- als strafrechtelijk wordt aangepakt vanwege zijn kritiek op het PiS-bewind.<sup>14</sup> Ondertussen veranderde de samenstelling van het Tribunaal, totdat, in januari 2017, de meerderheid uit PiS-loyalisten bestond. Inmiddels is het Tribunaal een werktuig van PiS door omstreden wetten goed te keuren die de onhankelijkheid van de rest van de rechterlijke macht ongedaan hebben gemaakt.

10 D. Landau, 'Abusive authoritarianism', *University of California Davis Law Review* 47 (2013), 189-260.

11 O. Varol, 'Stealth Authoritarianism', *Iowa Law Review* 100 (2015), 1673-742.

12 K.L. Scheppele, 'Autocratic legalism', *University of Chicago Law Review* 85 (2018), 545-583.

13 Sadurski, 'Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler'; Sadurski, *Poland's constitutional breakdown*. Met redenen omkleed voorstel op grond van artikel 7 lid 1 VEU, inzake de rechtsstaat in Polen, Voorstel voor een besluit van de Raad betreffende de constatering van een duidelijk gevaar voor een ernstige schending, door de Republiek Polen, van de rechtsstaat, COM (2017) 835 final en verschillende adviezen van de Commissie van Venetië, waaronder Advies nr. 860/2016, CDL-AD(2016)026; Advies 892/2017 CDL (2017) 037.

14 <https://verfassungsblog.de/open-letter-in-support-of-professor-wojciech-sadurski/>.

## 5 Ook in Nederland?

Hedendaags despotisme breekt de rechtsstaat af uit naam van de democratie en doet dat door middel van quasi-juridische besluiten, gewone wetgeving en grondwetsherzieningen. Kan dit ook in Nederland gebeuren? Een jaar of wat geleden stelde Geert Corstens deze vraag naar aanleiding van de Poolse kwestie in een opinieartikel in *NRC Handelsblad*.<sup>15</sup> Hij betoogde dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in Nederland onvoldoende is gewaarborgd en dat er niet eens een wetwijziging nodig is als het parlement de greep op de rechtspraak wil versterken. Hij wees daarbij onder andere op het feit dat leden van de Hoge Raad benoemd worden bij Koninklijk Besluit na een bindende voordracht van de Tweede Kamer. De Hoge Raad zelf doet slechts een niet-bindende aanbeveling. Corstens bepleitte daarom sterkere wettelijke garanties voor de onafhankelijkheid van de rechtspraak en het terugdringen van de rol van de politiek.

De Commissie Remkers heeft deze aanbeveling overgenomen, conform het doel van Corstens' interventie in het NRC. Maar in Polen waren juridische en institutionele waarborgen van rechterlijke onafhankelijkheid ruimschoots aanwezig en toch heeft de regering met steun van het parlement de rechterlijke onafhankelijkheid in korte tijd afgebroken. Inmiddels is een grondwetsherziening van artikel 118 lid 1 in de maak die voorziet in een gewijzigde benoemingsprocedure van leden van de Hoge Raad door een onafhankelijke commissie.<sup>16</sup> Het probleem in Polen is dat de regering, gesteund door de meerderheid in het parlement, niet gebonden wil zijn aan de constitutie in de ruime zin van het woord en geen controle wenst door onafhankelijke instanties. De regering wil regeren zoals Hobbes het bedoeld heeft: door middel van wetten, maar niet onderwerpen aan wetten, althans niet aan wetten die door onafhankelijke instanties worden geïnterpreteerd en toegepast. Tegen zo'n regering en zo'n parlement zijn geen extra wettelijke waarborgen van onafhankelijkheid opgewassen, want zij zijn inventief genoeg om wettelijke en quasi-wettelijke maatregelen te nemen die dergelijke waarborgen saboteren.

Een rechtsstaat is afhankelijk van een cultuur van zelfbinding. Corstens geeft dat in zijn artikel in *NRC* ook aan: '... mijn antwoord op de vraag naar de positie van Nederlandse rechters in vergelijking tot de situatie in Polen was steeds: maar onze cultuur is anders.' Tweede Kamerleden vragen niet naar de politieke signatuur van kandidaten voor de Hoge Raad. Bovendien volgt de Kamer de niet-bindende voordracht van de Hoge Raad op. In feite is hier een stelsel van coöptatie en dat wordt in leven gehouden door, zoals Corstens zegt, gebruiken. Er is een geval waarin een politieke partij afweek van dit gebruik: de PVV, bij de benoeming van Ybo Buruma.

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

16 <https://www.internetconsultatie.nl/art118grondwet>.

Ronald Janse

## 6 Rechtsstaatcultuur

Het zou goed zijn een analyse te hebben van de Nederlandse cultuur van zelfbinding die meer omvat dan de normen die het parlement in acht moet nemen bij benoemingen van leden van de Hoge Raad. Een inspirerend voorbeeld van zo'n meeromvattende analyse van een rechtsstaatcultuur is de twee jaar geleden verschenen tweedelige studie van Richard L. Abel: *Law's wars* en *Law's trials*.<sup>17</sup> Abel beschrijft in zo'n 2000 pagina's minutieus het lot van de Amerikaanse rechtsstaat in de *war on terror* onder Bush en Obama. Hier zie je hoe een rechtsstaat in sommige gevallen enigszins overeind blijft, maar in de meeste gevallen jammerlijk ten onder gaat doordat de overheid zich niet meer weet te gedragen tegenover de rechtspraak, de pers, klokkenluiders en NGOs. Abel laat ook gevallen zien waarin instanties die als tegenkrachten zouden moeten fungeren en daarvoor ook ruimte hadden, waaronder de rechtspraak, hun rechtsstatelijke verantwoordelijkheid niet namen. Abel laat in het midden hoe het geheel van normen dat de rechtstaat bijeenhoudt, moet worden geduid. Het is geen ongeschreven staatsrecht, althans niet alleen dat. Het begrip 'de onzichtbare constitutie', door Laurence Tribe gedefinieerd als 'the ocean of ideas, propositions, recovered memories and imagined experience', is weer te ruim en veelkoppig, zoals niet alleen blijkt uit deze definitie maar ook uit een recente rechtsvergelijkende studie.<sup>18</sup> Meer helderheid over de inhoud en het karakter van de cultuur van zelfbinding is nodig om te begrijpen wanneer een rechtsstaat in gevaar is.

17 R.L. Abel, *Law's Wars; The Fate of the Rule of Law in the US 'War on Terror'; Law's Trials; The Performance of Legal Institutions in the US 'War on Terror'* Cambridge: Cambridge University Press (2018). Een verzameling kritische reflecties op deze boeken, met een nawoord van Abel, is verschenen in *Hague Journal on the Rule of Law* 12, no.1 (2020), 167-226.

18 L.H. Tribe, *The Invisible Constitution* New York: Oxford University Press(2008), 9; R. Dixon en A. Stone, *The Invisible Constitution in Comparative Perspective* Cambridge: Cambridge University Press (2018).