

Rechtsstaatscultuur

Citation for published version (APA):

Janse, R. (2019). *Rechtsstaatscultuur: Gesproken column Voorjaarsvergadering Vereniging Wijsbegeerte voor het Recht 6 juni 2019 Utrecht*. 1-4. Paper presented at Voorjaarsvergadering Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht, Utrecht, Netherlands.

Document status and date:

Published: 06/06/2019

Document Version:

Peer reviewed version

Document license:

CC BY-ND

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

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

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

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

<https://www.ou.nl/taverne-agreement>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 24 Mar. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



Rechtsstaatcultuur

Ronald Janse (OU)

Gesproken "Column"

Voorjaarsvergadering Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht

Donderdag 6 juni 2019

over

Rechterlijke onafhankelijkheid in het samenspel van constitutionele beginselen
Universiteit Utrecht

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. Door rare kronkels in de kieswet vertaalde deze bescheiden zege zich in 51% van de zetels in het parlement.¹ Voor het eerst sinds de val van de muur had één partij in Polen de absolute meerderheid. Wij weten allemaal wat er vervolgens gebeurde. Op methodische wijze werd korte metten gemaakt met de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Ook werd de vrijheid beknot van de media en NGOs. Polen is nog geen Hongarije, maar het is ook geen rechtsstaat meer. Het is een autoritaire democratie.

Wat kunnen we uit het rechtsstaatverval in Polen leren over rechterlijke onafhankelijkheid - het thema van de bijeenkomst van vandaag?

2. De rechtsstaat

Laten we bij het begin beginnen: wat is een rechtsstaat? Jeremy Waldron noemde de rechtsstaat een *essentially contested concept*: mensen verschillen niet alleen van mening over schemerige randgevallen, maar zelfs over wat een voorbeeld *par excellence* is.² Dat is een tikje overdreven maar het is een feit dat er verschillende concepties in omloop zijn en dat geen enkele algemeen aanvaard is.

Ik geloof niet dat er één juiste definitie van de rechtsstaat is of ontwikkeld kan worden. Welke definitie juist is, hangt sterk af van het doel dat je ermee wil bereiken. Om greep te krijgen op de gebeurtenissen in Polen vind ik het rechtsstaatsbegrip van Gianluigi Palombella,

¹ R. Markowski, Creating Authoritarian Clientelism: Poland After 2015, *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, 111-132.

² J. Waldron, Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?, *Law and Philosophy*, 2002, 137-164.

onze Italiaanse collega rechtstheorie, verhelderend.³ Hij ontwikkelde dit begrip in dialoog met de theorie van Thomas Hobbes.

Hobbes bepleitte veel zaken die wij in een rechtsstaat omarmen. Bij hem geen Machiavellistische adviezen over welke gruweldaden de vorst soms moet begaan om de macht te behouden. In plaats daarvan stelde hij dat de soeverein door middel van wetten behoort te regeren en dat de wetten aan allerlei kwaliteitsmaatstaven moeten voldoen. De wet moet bijvoorbeeld afdoende bekend zijn gemaakt, algemeen zijn, duidelijk geformuleerd zijn, mag niet het onmogelijke van burgers vragen, en mag niet met terugwerkende kracht worden toegepast. Zo kan ik nog even doorgaan. Degenen die de literatuur over de rechtsstaat bijhouden, herkennen in deze elementen het repertoire van zogenaamde smalle of dunne concepties van de rechtsstaat. Toch ontbreekt bij Hobbes het meest essentiële element van de rechtsstaat: degenen die de soevereine macht uitoefenen, zijn namelijk zelf niet gebonden aan de positieve wet.⁴ Zij mogen ervan afwijken, of opdracht geven ervan af te wijken, of wetten maken die indruisen tegen de eisen die zoëven de revue passeerden.

De kern van de rechtsstaat, betoogt Palombella, die teruggrijpt op de *common law*-traditie, is dat eisen aan het positieve recht zelf in positief recht zijn neergelegd en dat alle recht aan deze eisen moet voldoen. In een rechtsstaat wordt recht begrensd door recht. Je zou ook kunnen zeggen: de rechtsstaat is constitutionalisme met een kleine c; een kleine c, want de positiefrechtelijke maatstaven waaraan recht moet voldoen staan niet alleen in de grondwet, maar ook in andere standaarden, bijvoorbeeld verdragen.

Dit veronderstelt het bestaan van een stelsel van tegenwichten en tegenmachten. Als de interpretatie en toepassing van de constitutie met de kleine c in handen komt van één instantie, stelt die constitutie weinig meer voor. Met andere woorden: terug naar Polen.

3. De methodologie van rechtsstaatverval

Er was een tijd dat mensen er ronduit voor uitkwamen wanneer 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 geweldloos langs quasi-rechtmatige weg. In een nu al klassiek artikel uit 2013 noemde de Amerikaanse jurist David Landau dit verschijnsel *abusive constitutionalism*.⁵ Een jaar later koos zijn collega Ozan Varol voor een andere benaming: *stealth authoritarianism*.⁶ Kim Lane Scheppele spreekt over *autocratic legalism*.⁷

³ G. Palombella, The Rule of Law and Its Core, in G. Palombella and N. Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law*, 2009, 17-42. Zie ook zijn The rule of law at home and abroad, *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, 1-23.

⁴ Th. Hobbes, *On the citizen* (De Cive, 1642), ed. R. Tuck, 1998, 75-90, m.n. 84 (hoofdstuk 6, paragraaf 14); *Leviathan* (1651), ed. R. Tuck, 1991, 183-200, m.n. 184 (hoofdstuk 26).

⁵ D. Landau, Abusive authoritarianism, *University of California Davis Law Review*, 2013, 189-260.

⁶ O. Varol, Stealth Authoritarianism, *Cornell Law Review*, 2014, 391-462

⁷ K.L. Scheppele, Autocratic legalism, *University of Chicago Law Review*, 2018, 545-583

Een treffende illustratie is de eerste stap die PiS direct na de verkiezingsoverwinning in 2015 zette om de Poolse rechtsstaat te ontmantelen: de aanval op het Constitutioneel Hof. Anders dan de Hongaarse Fidesz-partij had PiS geen tweederde meerderheid behaald in het parlement. Het kon de grondwet niet wijzigen. De interpretatie en toepassing van die grondwet lag en ligt in Polen handen van het Constitutioneel Hof. Dit had een indrukwekkend portfolio opgebouwd met uitspraken 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 Hof.

De techniek die PiS daarbij gebruikte, bestond uit een mix van gewone wetten, wijzigingen in ordereglementen en maatregelen.⁸ Het gevolg was driedig: nieuwe wetten werden onttrokken aan constitutionele toetsing, besluitvorming door het Hof werd verlamd en de greep van het parlement en uitvoerende macht op het Hof werd vergroot. Voortreffelijke 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 nu zowel civiel- als strafrechtelijk wordt aangepakt vanwege zijn kritiek op het PiS-bewind.⁹ Ondertussen werd de samenstelling van het Hof veranderd, totdat, in januari 2017, de meerderheid uit PiS-loyalisten bestond. Inmiddels is het Hof een werktuig van PiS. Het heeft omstreden wetten goedgekeurd die de onafhankelijkheid van de rest van de rechterlijke macht ongedaan hebben gemaakt.

4. Ook in Nederland?

Hedendaags autoritarisme 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? Ruim een jaar geleden stelde Geert Corstens deze vraag naar aanleiding van de Poolse kwestie in een opinieartikel in *NRC Handelsblad*.¹⁰ Hij betoogde dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in Nederland onvoldoende gewaarborgd is en dat er niet eens een wetswijziging 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.

Ik kan mij goed voorstellen dat Corstens' aanbeveling overgenomen had moeten worden door de Commissie Remkes -dit was de bedoeling van zijn interventie in NRC. Maar mij trof

⁸ W. Sadurski, Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralyzed Tribunal, to a Governmental Enabler, *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, 63-84. Zie ook zijn *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding* (January 17, 2018), Sydney Law School Research Paper No. 18/01, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3103491>. Zie verder het Met redenen omkleed voorstel op grond van artikel 7 lid 1 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, 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.

⁹ <https://verfassungsblog.de/open-letter-in-support-of-professor-wojciech-sadurski/>

¹⁰ G. Corstens, Bescherm onze rechters tegen de politiek, *NRC Handelsblad*, 9 januari 2018

vooral iets anders in zijn artikel. Corstens schreef dat hij, als hem gevraagd wordt naar waarborgen voor rechterlijke onafhankelijkheid in Nederland, altijd antwoordt: "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 dus een stelsel van coöptatie en dat wordt in leven gehouden door, zoals Corstens zei, gebruiken. Er is een geval waarin een politieke partij afweek van dit gebruik: de PVV bij de benoeming van Ybo Buruma.

Dit is volgens mij de algemene betekenis van de Poolse kwestie. Er is in dat land nu een parlement dat niet wil dat zijn wetten door onafhankelijke instanties worden getoetst aan constitutionele en andere juridische maatstaven. Het wil regeren zoals Hobbes het bedoeld heeft: door middel van wetten, maar niet onderworpen aan wetten, althans niet aan wetten die door onafhankelijke instanties worden geïnterpreteerd, toegepast en gehandhaafd. Tegen zo'n parlement zijn geen extra wettelijke waarborgen voor onafhankelijkheid opgewassen, want het is inventief genoeg om wettelijke en quasi-wettelijke maatregelen te nemen die dergelijke waarborgen saboteren. Om Poolse toestanden te voorkomen gaat het er vooral om scherp zicht te krijgen op de gebruiken en normen die ons stelsel van tegenmachten en tegenwichten in stand te houden en om deze rechtsstaatcultuur levend te houden, niet in de laatste plaats door studenten erop te wijzen.

5. Rechtsstaatcultuur

Het meest inspirerende voorbeeld van dergelijk onderzoek dat ik ken is afgelopen najaar verschenen. Ik doel op de tweedelige studie van Richard L. Abel: *Law's wars* en *Law's trials*.¹¹ Abel onderzoekt daarin minutieus hoe de Amerikaanse rechtsstaat zich heeft gehouden onder de zware druk van 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 aan haar juridische verplichtingen weet te onttrekken door de rechtspraak, de pers, klokkenluiders en NGO's te marginaliseren of buiten spel te zetten. Maar 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. Ik ben daarom zeer benieuwd naar het middagprogramma van deze dag, waarin het er niet alleen om gaat dat de rechtspraak met rust moet worden gelaten, maar ook om de verantwoordelijkheden die zij heeft om weerwoord te bieden tegen populisme en invulling te geven aan wat het programma omschrijft als een ethische verantwoordelijkheid van onafhankelijkheid. Misschien kan een van Abel's conclusies als motto fungeren: 'voortdurende waakzaamheid is de prijs van vrijheid'.

¹¹ Richard 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'*, 2018.