

## Commentaar

# Democratie als voorwaarde voor de rechtsstaat

P.C. Westerman\*

Het is vaker opgemerkt. Als we onder parlementaire democratie vrije meningsvorming verstaan die totstandkomt in een levendig debat waarin verschillende gezichtspunten tegen elkaar worden afgezet en een compromis wordt bereikt in de vorm van een geëxpliciteerde wetstekst waarin die verschillende perspectieven bij elkaar komen..., als we dat allemaal er onder verstaan, dan is die democratie in Nederland niet te vinden. Sterker: de draager van die democratie, de politieke partij, is zelfs nagenoeg onvindbaar geworden. Wie het boek *Niet spreken met de bestuurder* van Gerard van Westerloo heeft gelezen, waarin zijn artikelen en reportages van de afgelopen twintig jaar zijn gebundeld, kan niet anders dan erkennen wat we stiekem allang wisten: politieke partijen fungeren voornamelijk nog als 'een headhuntersbedrijf voor het openbaar bestuur'.<sup>1</sup> Steeds minder worden de functies van democratisch afgevaardigde en bestuurder als conflicterend gezien. Wetgeving en bestuur zijn elkaar dermate dicht genaderd dat de scheidslijnen nagenoeg onzichtbaar zijn geworden.

Dat is niet zozeer het gevolg van luiheid of kwade wil. Reeds in 1970 merkte Koopmans op dat de taak van de wetgever een andere geworden was. De wetgever maakte beleid mogelijk en voerde dat uit. Daar waar het om begonnen was, democratische *beleidsbepaling*, werd toen al steeds meer aan het bestuur overgelaten.<sup>2</sup> Ruim dertig jaar later wordt deze tendens nog eens onderstreept in het WRR-rapport over de toekomst van de nationale rechtsstaat (let wel: *nationale* rechtsstaat, en niet: *democratische* rechtsstaat!). Ook hier wordt gewag gemaakt van de precaire positie waarin de wetgever verkeert, en die positie wordt vervolgens in verband gebracht met de ingewikkeldheid van de kwesties die gereguleerd moeten worden – men

\* Hoogleraar rechtsfilosofie, faculteit rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen en hoogleraar rechtstheorie, faculteit rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit.

1 Roel in 't Veld, geciteerd in: Gerard van Westerloo, *Niet spreken met de bestuurder*, Amsterdam 2003, p. 250.

2 T. Koopmans, *De rol van de wetgever*, Zwolle 1970, p. 9.

denke aan technische en wetenschappelijke ontwikkelingen –, alsmede de snelle veranderlijkheid en toenemende internationalisering van het te reguleren veld.<sup>3</sup>

Regulering vraagt steeds meer om de expertise van ervaren bestuurders en steeds minder om deliberatie vanuit een veelheid van perspectieven. Democratie wordt in zo'n constellatie alleen maar een hinderpaal voor effectieve regelgeving. Wetgevingsambtenaren zullen, in hun poging om hun oordeelkundig voorbereide wetstekst ongeschonden door de kamer te krijgen, eerder algemeen en onschuldig formuleren dan scherp en expliciet. Hoe minder debat, hoe beter. En natuurlijk is het dan een extra voordeel als politici bestuurlijke ervaring hebben. Anders dan leken hebben zij tenminste nog enig idee van de ingewikkeldheid van de materie.

Waar het niet mogelijk is om zelf expertise in te zetten, reageert de wetgever als de overspannen manager, die probeert om zoveel mogelijk te delegeren aan anderen. Iedere binnenkomende mail wordt door zo'n manager direct aan een ander geforwardet: 'Wil je er even naar kijken?' Dit is de rationale achter de roep om zelfregulering. 'Laat het veld het zelf maar doen: we hebben er de expertise niet voor.' Dat klinkt nog democratisch ook en zo slaan we twee vliegen in één klap. Maar de partijen die tezamen moeten gaan zelfreguleren, worden *uitgenodigd* door de regering om in die zelfregulerende commissies plaats te nemen. Er is geen openbaar debat over wie eraan mee mag doen. En dat debat is er evenmin over de *uitkomsten* van die rondetafelgesprekken.<sup>4</sup> Deze gang van zaken wordt niet als een noodzakelijk kwaad gezien. Integendeel: iedereen is alleen maar opgelucht dat de branche zijn 'eigen verantwoordelijkheid genomen heeft' en bejubelt de voordelen van zelfregulering. Ook hier wordt een publiek debat ontlopen, ook hier is geen sprake meer van een democratisch delibereren. Het politieke handelen bestaat nog slechts uit het hanteren van de copy-paste-icoontjes.

Dit alles is al jarenlang ingezien. Dit alles wordt door rechtswetenschappers en rechtstheoretici ook al jarenlang goedgepraat. Het democratisch tekort wordt immers ruimschoots gecompenseerd door het feit dat we in een rechtsstaat leven? En hebben we geen prachtige algemene beginselen van behoorlijk bestuur opgesteld om bestuurlijk optreden te kunnen toetsen? Vormen grondwettelijke rechten en beginselen niet een garantie tegen machtswillekeur? Vrije toepassing daarvan door de rechter wordt als noodzakelijk gezien om de feilen van de democratie te verhelpen. Vandaar is het

3 WRR-rapport, De toekomst van de nationale rechtsstaat, Den Haag 2002, hfdst. 9.

4 In de commissie-Tabaksblat ontbreken bijvoorbeeld de vakbonden. Men wil de uitkomsten zonder verdere discussie tot wetgeving verklaren.

maar een kleine stap om ook rechterlijke rechtsvorming als zo'n bijdrage tot de democratie toe te juichen. Het is inmiddels een onomstreden idee: aan wetgever en rechter komt *beiden* een rechtsvormende taak toe. De rechter mag dat dan meer achteraf doen en van geval tot geval, maar hij doet het tenminste op transparante en tijdige wijze. Sterker: er wordt vaak op gewezen dat je het soms veel *beter* kunt overlaten aan de rechter. Het kiezersoordeel geeft maar een beperkte legitimatie. De rechter mag dan ongekozen zijn, hij laat zijn oordeel tenminste niet afhangen van ordinaire neuzentellerij.<sup>5</sup> Voorzover de rechter zijn oordeel laat inspireren door *equal concern and respect* zijn we bij een kwalitatief veel hoogwaardiger democratiebegrip aangeland.<sup>6</sup> Waar in het parlement hooguit de waan van de dag regeert, daar belichaamt de rechter de universaliteit van rechten en beginselen.

Na al deze lofprijzingen aan het adres van de rechtsstaat is het enigszins ontnuchterend om te moeten constateren dat het voorwerp van al dat zelfbewustzijn in snel tempo aan betekenis inboet. De hooggestelde verwachtingen zijn een beetje vergelijkbaar met de oranje vlaggetjes die je aan de gevels ziet tijdens het EK-voetbal. Hoe beroerder het nationale elftal het doet, hoe meer de straten in oranje worden gehuld. Het is niet nodig meteen te denken aan de spoken die worden opgeroepen door Hirsi Ali die pleit voor screening van islamitische sollicitanten. Het is misschien ook niet raadzaam om in de wettelijke verplichting tot het volgen van inburgeringscursussen direct al de contouren van een racistisch overheidsbeleid te ontwaren, al wordt dat al een stuk moeilijker. Nee, het is misschien al voldoende om te lezen wat de Minister van Justitie opmerkt over de rechtsstaat in zijn brief aan de Tweede Kamer, geschreven naar aanleiding van onder meer het al genoemde WRR-rapport.<sup>7</sup>

In deze brief, waarin bij mijn weten voor het eerst gewag gemaakt wordt van de term 'de bruikbare rechtsorde', houdt de minister ons voor dat de rechtsstaat niet hetzelfde is als rechtsorde. 'De regels van de rechtsstaat zijn onderdeel van de rechtsorde, maar de rechtsorde is omvattender dan de rechtsstaat', schrijft hij in een kennelijke opwelling van diepzinnigheid, zonder zich daarbij bewust te zijn van het vreemde gebruik van het woordje 'maar'. En hij gaat door:

'Pas in het gebruik komt het recht tot gelding en tot zijn recht. Vandaar dat het streven naar een wederkerige bruikbare rechtsorde richting geeft

5 Argumenten van deze strekking treft men aan bij Peter Rijkema, *Rechtersrecht*, Den Haag 2001.

6 R. Dworkin, *Freedom's Law*, Oxford 1996.

7 Kamerstukken II 2003/04, 29 279 en 29 349, nr. 4.

aan de rechtsvorming. Dit betekent niet dat iedere regel ook recht is. Het recht kenmerkt zich naar mijn mening daardoor dat zij door het gebruik rechtvaardige verhoudingen schept. Maar niet iedere rechtvaardige verhouding is even bruikbaar en vruchtbaar. Vandaar, dat de toevoeging “bruikbaar” niet een pleonasme is.’

Mij is verteld dat er op de verschillende departementen nu commissies zijn ingesteld om te studeren op dat woordje ‘bruikbaar’ en hoe we ons zo’n bruikbare rechtsorde kunnen denken. Dat kan ik me voorstellen. Immers, vruchten zijn omvattender dan peren. Niet iedere vrucht is een appel, maar wel moet elke appel eetbaar zijn. Niet elke eetbare appel is echter lekker. Vandaar dat je best over lekkere appels kan spreken zonder in een pleonasme te vervallen. Maar wat is in godsnaam lekker?

Nu is het wel erg makkelijk om lacherig te doen over iemand die geen rechtsfilosofische scholing heeft gehad. Ernstiger is het natuurlijk dat het woordje ‘rechtsstaat’ uit deze redenering ineens verdwenen is. Na de constatering dat vruchten omvattender zijn dan peren, kan hij ongestoord verder praten over appels en vruchten, maar de peren blijven ongenoemd. Die peren blijven zelfs ongenoemd in de ferme afronding van het betoog, waar Donner stelt:

‘Indien de belangen van veiligheid en de aanpak van criminaliteit dit noodzakelijk maken, moet nieuwe strafrechtelijke wetgeving echter niet uit de weg worden gegaan, ook niet wanneer dat in bepaalde gevallen tot een beperking van de persoonlijke levenssfeer van burgers kan leiden.’

Rechtsstaat? Hoezo rechtsstaat? We hebben het alleen maar over een bruikbare rechtsorde. En de rechtsorde is omvattender dan de rechtsstaat.

‘Zie je wel’, hoor ik de dworkinians roepen. ‘Dat heb je er nou van. Dat is nou de waan van de dag die regeert. De dictatuur van de meerderheid.’ En ze hebben natuurlijk gelijk. Maar wat doet een rechter eraan? Niet veel, als het aan Donner ligt. Die vindt, alweer in diezelfde brief, dat de ‘druk op de rechter’ moet worden verminderd en ‘de gang naar de rechter’ niet in alle opzichten de meest aangewezen weg is. En dat er gestudeerd moet worden op *mediation* om ‘onnodige juridisering’ tegen te gaan.

En zo is de cirkel rond. De vraag rijst: hoe kunnen we eruit ontsnappen? Ik denk dat het vooral belangrijk is ons eerst te ontdoen van de misleidende beeldspraak waarin de verhouding tussen democratie en rechtsstaat gewoonlijk wordt gekarakteriseerd. In die metafoor fungeert de rechtsstaat als fundament voor de democratie. Immers, rechtsstaat is wel denkbaar zonder democratie (we plegen dan altijd met het voorbeeld van Pruisen aan te

komen), maar democratie is niet denkbaar zonder constituerende rechten. Rechten en beginselen worden gevisualiseerd als de dragende pijlers van de democratie. De metafoor impliceert dat de rechtsstaat de noodzakelijke – zij het niet voldoende – voorwaarde is voor de democratie.

Volgens mij is deze metafoor misleidend. Natuurlijk, ik geef het toe, rechten zoals dat op vrije meningsuiting zijn constitutief voor de democratie. Zonder dat kan een democratie niet beginnen te leven. Maar op hun beurt hebben die rechten dan weer een democratisch proces nodig om in stand te blijven of om te worden uitgebreid. 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 al 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. 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.

Wie moet er nu voor zorgen dat de democratie niet te licht wordt en de rechtsstaat niet te snel moe? Ik vraag me af of je het aan de huidige partijleden kan overlaten. Het zijn wellicht bestuurlijke genieën, maar zelfs iemand als Femke Halsema, die toch haar best doet haar rol als democratisch geweten met enige glans te vervullen en geen kans voorbij laat gaan om de nationale, pardon democratische rechtsstaat te redden van de ondergang, is eerder een *hoedster* van al die mooie beginselen dan de *belichaming* ervan. Wat Cliteur en Kousbroek voor het dier zijn, is Halsema voor de democratische rechtsstaat. Nee, het enige dat erop zit is om ervoor te zorgen dat die islamitische sollicitanten op een goede dag zelf in staat zijn om Hirsi Ali van repliek te dienen. Wat daar allemaal voor nodig is, weet ik niet, maar het is heel veel. Het is veel meer dan de handboeken staatsrecht ons willen doen geloven, die doen alsof de democratische rechtsstaat al is verwezenlijkt. Zeker als we die democratie nieuw leven in willen blazen in het besef van de ingewikkeldheid van de kwesties en domeinen die regulering behoeven, zullen we ons moeten afvragen welke dingen wel en niet gereguleerd moeten worden en of er niet verschillende stijlen van regulering nodig zijn voor de verschillende terreinen.

Maar één ding is zeker. We moeten ophouden met het geklaag over de *vox populi* en de dictatuur van de meerderheid die daaruit kan ontspruiten. We zouden ook moeten ophouden met het gejubel over recht, rechtens en rechtsstaat, nu de kwetsbaarheid daarvan aan het licht treedt. Dan kunnen we ons eens gaan bezinnen op hoe we de ruimte kunnen vergroten voor het publieke spreken en handelen vanuit een veelheid van perspectieven.