

***Position paper* rondetafelgesprek over een weerbare democratische rechtsstaat**

(Commissie voor Binnenlandse zaken, de Tweede Kamer)

De noodzaak van een weerbare én afgebakende rechtsstaat

De democratie is niet alleen een staatsmodel maar ook een samenlevingsvorm. De democratische samenleving aanvaardt de noodzakelijke verdeeldheid en onderwerpt zich tegelijkertijd aan de spelregels van de democratische rechtsstaat. Onafhankelijke en onpartijdige rechters, vrijheid van meningsuiting, de persvrijheid en periodieke verkiezingen waarborgen dat de conflicten binnen een democratie op een eerlijke en vreedzame wijze verlopen. De periodieke verkiezingen vormen het ultieme moment waarop het politieke beleid tot aan de nieuwe verkiezingen wordt bepaald. De verliezers onderwerpen zich aan de spelregels. De politieke minderheid en meerderheid zijn tijdelijke begrippen. En dat is wellicht de kern van de democratie: het fundamentele besef van tijdelijkheid bij de meerderheid. We zien op dit gebied al een aantal jaren een strijd gaande in de Verenigde Staten. Oud-president Donald Trump aanvaardt zijn verlies bij de laatste presidentverkiezingen niet. Door te weigeren de verkiezingsuitslagen te aanvaarden, plaatst iemand zich buiten de spelregels van de democratie. Het lijkt erop alsof iemand zegt; de democratie is alleen een ideale staatsvorm, als ik zelf de verkiezingen win. Maar we zien ook hoopvolle ontwikkelingen. In tegenstelling tot in de Verenigde Staten aanvaardt de verliezende partij in Polen, na een voor de democratische rechtsstaat turbulente tijd, de uitslag van de verkiezingen wel. Daardoor wordt vreedzame democratische tijdelijke machtsoverdracht mogelijk.

De tijdelijkheid van machtsvorming in de democratie kan tot discontinuïteit leiden. Dat kan ontstaan wanneer er geen beleid op basis van het algemeen belang op een duurzame wijze kan worden gevoerd. Dat is slechts mogelijk wanneer de regerende partijen (de winnaars van de laatste verkiezingen) in een deliberatief proces wetten en beleid vormen waardoor ze in dat proces een groot draagvlak kunnen creëren voor wetgeving en beleid. Argumenten en feiten in het democratische debat fungeren als een onontkoombaar scharnier van de deliberatie. De vrijheid van meningsuiting garandeert dat in het maatschappelijke debat alle argumenten en feiten naar voren kunnen worden gebracht.

Elke politieke orde roept noodzakelijkerwijs een rechtsorde in het leven. De rechtsstaat is de vorm van onze rechtsorde. Een brede allesomvattende definitie van de rechtsstaat vervaagt de essentie van de rechtsstaat en kent oneigenlijke eigenschappen toe aan de rechtsstaat. Wanneer de rechtsstaat alles is, verdwijnt de rechtsstaat in ideologische en beleidsmatige uitweidingen. De kern van de rechtsstaat impliceert een totale onderwerping aan het recht waarbij eigenrichting en willekeur worden uitgesloten. Allen zijn onderworpen aan het recht: de wetgever, uitvoerende macht en rechtsprekende macht. De fundamentele van de rechtsstaat zouden we in grote lijnen in een aantal rechtsstatelijke beginselen kunnen samenvatten:

- de scheiding der machten
- fundamentele grondrechten als een toetssteen voor wetten, beleid en concrete besluiten
- legaliteitsbeginsel: rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en het vertrouwensbeginsel
- onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter

De differentiatie tussen grondwettelijke vormen en technieken van de rechtsstaat treffen we in verschillende democratieën aan, zoals het dualistische of monistische model voor de doorwerking van verdragen of de positie en de rol van de rechter in de strafzaken, dan wel de positie van jury bij rechtspleging. Deze technieken en vormen bepalen in beginsel niet de harde kern van de rechtsstaat. Als men het begrip rechtsstaat te vaak en onnodig in debatten gebruikt, zal dat tot ontwaarding van de rechtsstaat kunnen leiden. Niet alle maatschappelijke problemen en vraagstukken raken aan de rechtsstaat. Wanneer het niet bereiken van een compromis voor maatschappelijke vraagstukken constant aan de rechtsstaat wordt toegeschreven, geeft men de burgers het idee alsof de rechtsstaat een blokkade is voor het beslechten van maatschappelijke vraagstukken. Gebruik de rechtsstaat niet als een zondebok voor eigen onvermogen.

We leven in een democratische rechtsstaat. Democratische wetgeving vormt de belangrijkste rechtsbron. Maar omdat de wetgever zich ook heeft onderworpen aan het recht, dus ook aan de rechtsstaat, dient de wetgever de beginselen van de rechtsstaat in acht te nemen. Binnen de rechtsstatelijke beginselen bestaat altijd genoeg ruimte om een politiek beleid te wijzigen zonder strijdig te handelen met de rechtsstaat. Er zijn verschillende beleidsthema's waarover in de samenleving diepe verdeeldheid bestaat zoals immigratie, aanpak stikstof (natuurbeheer) en talloze economische vraagstukken. Voor het bereiken van een compromis moeten de fundamentele beginselen van de rechtsstaat gehandhaafd worden, zonder dat men zich achter de rechtsstaat verschuilt om de huidige status quo te handhaven. Wanneer de rechtsstaat bewust tegenover de democratie wordt geplaatst, zou dan gaandeweg de democratie in een crisis komen te verkeren. Nu is al sprake van het afnemen van vertrouwen van burgers in de politiek. Deels heeft dit wantrouwen met de toeslagenaffaire te maken, en deels is dat het gevolg van het falende overheidsbeleid op verschillende gebieden.

De wetgever kan vertrouwen terugwinnen in teleurgestelde burgers door onder andere de rechtsbescherming van de burgers te vergroten en vooral te garanderen. Niet de rechter, maar de wetgever moet in de rechtsvorming, namelijk de wetgeving, voldoende ruimte creëren voor de rechtsbescherming van de rechtszoekenden. De rechterlijke interpretatie van de wetten kent eigen grenzen die nauw samenhangen met de trias politica. De machtscheiding legt een enorme verantwoordelijkheid op de schouders van de wetgever. In het laatste rapport over de toeslagenaffaire werd juist diepgaand de gebrekkige wetgeving geanalyseerd. Het ongekend onrecht werd door alle staatsorganen gecreëerd. Een degelijke interpretatie van de wetten is mede afhankelijk van de kwaliteit van de wetgeving, zoals terug te vinden in onder andere de Memorie van Toelichting en Memorie van Antwoord.

Democratieën worden nu door externe en interne factoren bedreigd. De oorlog in Oekraïne bedreigt de fysieke integriteit van NAVO-landen. Deze dreiging legt een enorme druk op verschillende lagen van de samenleving. De Russische inspanningen beperken zich niet tot het grondgebied van Oekraïne. Destabiliseren van democratieën is het voornaamste oogmerk van het Kremlin. Ook worden de jihadistische terroristische dreiging, en het verspieden van de jihadistische ideologie als een grote dreiging ervaren. Ze bedreigen de sociale cohesie en onderlinge lotsverbondenheid van burgers met elkaar. De weerbaarheid van de democratische rechtsstaat staat meer dan ooit op het spel.

Dit roept vragen op over hoe de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat versterkt kan worden. Veel academici stellen dat formele instituties of meer wetten de democratie niet kunnen redden. Dit komt altijd neer op de burger. Hoewel publieke bewustwording en een constitutioneel en democratisch ethos zeker belangrijke factoren zijn voor de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat,¹ is het moeilijk in te zetten als instrument. Het kweken van democratisch ethos is een proces van de lange adem. Om die reden is het van belang om naast het cultiveren van een democratisch ethos, ook een constitutionele verdedigingslinie te hebben, bestaande uit belangrijke constitutionele bepalingen (of wetten in formele zin met een grondwettelijk karakter), die het risico op rechtsstatelijk én democratisch verval kunnen verminderen. Daarbij kan de Grondwet ook een faciliterende werking hebben voor het democratisch ethos. In eerder werk van Manenschijn zijn al een aantal concrete voorstellen gedaan voor grondwettelijke wijzigingen die de weerbaarheid van de Nederlandse rechtsstaat zouden kunnen verbeteren.²

Het is voor het vasthouden en versterken van de weerbaarheid van de Nederlandse democratische rechtsstaat van belang dat de politiek en de maatschappij op één lijn komt te zitten als het gaat om wat de Nederlandse democratische rechtsstaat behelst. Rechtsstatelijke verandering moet mogelijk zijn, maar hierbij is wel van belang dat wordt voorkomen dat we door een bepaalde ondergrens heen zakken, waarmee de fundamenteën van de democratische rechtsstaat, en de vredige wisseling van de macht, geschaad worden. Dit vereist dat we duidelijker in beeld krijgen wat de fundamenteën van de democratische rechtsstaat zijn en welke instrumenten we kunnen gebruiken om deze fundamenteën te beschermen. Zowel via het burgerschapsonderwijs, als via het verankeren en invoeren van belangrijke constitutionele waarborgen.

Hoogachtend,

Prof. Dr. A. Ellian & Mr. Drs. J.I. Manenschijn

Leiden

7 april 2024

¹ Zie o.a. Afshin Ellian en Bastiaan Rijpkema, 'Constitutionele cultuur in Nederland', p. 17-23, in: Afshin Ellian en Bastiaan Rijpkema (red.), *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Boom Amsterdam 2022.

² Zie Manenschijn 2023, 'Transformatieve constitutionele wijzigingen. Lessen voor de weerbare rechtsstaat uit het Verenigd Koninkrijk', *Ars Aequi* 72(10): 745-754.