

## 1.1 STRESSTESTS VOOR DE RECHTSSTAAT

### *De bestorming van het capitol*

Het tellen van de stemmen van het kiescollege in het congres van de Verenigde Staten, op 6 januari 2021, had niet alleen een feest voor de democratie, maar vooral ook voor de rechtsstaat moeten zijn. Het stemmentellen is een in de Amerikaanse grondwet geregelde procedure voor het vaststellen van de nieuwe president. Vanuit rechtsstatelijk perspectief is dit een bijzonder moment, omdat het gaat om het aan banden leggen van publieke macht en het reglementeren van de overdracht van wellicht het machtigste ambt ter wereld. Op 6 januari 2021 liep deze doorgaans feestelijke gebeurtenis uit op een regelrechte stresstest voor de rechtsstaat, en dat nog wel in het land met de eerste grondwet in de geschiedenis waarin de rechtsstaat is verankerd. Aangemoedigd door de krachtige speeches van de zittende president Trump en zijn zoon marcheert een massa demonstranten naar het Capitool, waar het congres bijeen is. Een aantal demonstranten breekt door de beveiliging en dringt het Capitool binnen, waarbij het nog altijd gissen is naar de precieze bedoelingen van de gewapende demonstranten (met onder meer messen en knuppels). De vergadering wordt geschorst, congresleden en de zittende vice-president Pence worden in veiligheid gebracht en pas uren later, als de demonstranten uit het Capitool zijn verwijderd, stelt het congres alsnog vast dat Joe Biden de presidentsverkiezingen heeft gewonnen. President Trump, die volgens sommigen al gedurende zijn hele regeerperiode een stresstest was voor de rechtsstaat – vanwege ‘Russia-gate’ en het verspreiden van ‘fake news’ –, sloot zijn regeerperiode hiermee in stijl af. Daalder (2021: 83) concludeert dat na vier jaar Trump het Amerikaans (rechts)systeem ‘piept en kraakt, maar dat het nog altijd werkt’. Daarmee doelt Daalder op het feit dat ondanks het gedrag van de president de Amerikaanse grondwet nog altijd prevaleert en het rechtssysteem het gedrag van machthebbers weet te corrigeren.

*De kinderopvangtoeslagaffaire*

Ook in Nederland werd in januari 2021 een begin gemaakt met constitutioneel gereglementeerde machtsoverdracht, zij het ongepland en veel minder spannend. Op 15 januari 2021 biedt minister-president Rutte aan de koning het ontslag aan van zichzelf, alle ministers en alle staatssecretarissen. De aanleiding hiervoor, zo schrijft Rutte, is het verslag van de parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (*Ongekend onrecht*) dat een kleine maand daarvoor verscheen. Volgens de minister-president bevat dit verslag ‘een ontluisterend beeld van de ernstige tekortkomingen en fouten bij de wetgever, de ministeries, de rechtspraak en het kabinet die, bij elkaar genomen, gedurende meerdere jaren hebben geleid tot vele slachtoffers in gezinnen die in aanmerking kwamen voor kinderopvangtoeslag. (...) De analyse in het verslag van de ernst, reikwijdte en veelomvattende oorzaken van de ontstane situatie en de hieraan te verbinden consequenties, zijn bij dit beraad zodanig zwaarwegend van aard geweest dat het kabinet, na zorgvuldige afweging en met inachtneming van alle hierbij betrokken belangen, uiteindelijk tot de gezamenlijke slotsom is gekomen dat het nu de meest vergaande politieke conclusie moet trekken.’<sup>1</sup> Het kabinet neemt ontslag naar aanleiding van het rapport van de parlementaire ondervragingscommissie. Deze constateert dat Nederland door het rechtsstatelijk ijs is gezakt. In de ‘kinderopvangtoeslagaffaire’ zijn volgens deze commissie ‘grondbeginselen van de rechtsstaat’ geschonden en dit ‘verwijft treft niet alleen de uitvoering – specifiek de Belastingdienst/Toeslagen – maar ook de wetgever en de rechtspraak’.<sup>2</sup> Alle actoren in de zogeheten ‘trias politica’ mogen zich dit aantrekken. De wetgever (kabinet en parlement) mag het zich aanrekenen dat hij ‘wetgeving heeft vastgesteld die spijkerhard was en die onvoldoende de mogelijkheid in zich had om recht te doen aan individuele situaties.’ De uitvoerende macht heeft met ‘de groepsgewijze aanpak, de “alles-of-niets” benadering en de wijze waarop ‘opzet/grove schuld’ werd gehanteerd (...) grove inbreuk gemaakt op het rechtsstatelijke principe dat optimaal recht gedaan moet worden aan individuele situaties van mensen.’ En al wil de parlementaire commissie zich niet uitlaten over individuele rechterlijke uitspraken, toch constateert de commissie ‘dat ook de bestuursrechtspraak jarenlang een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het in stand houden van de niet dwingend uit de wet volgende, spijkerharde uitvoering van de regelgeving van de kinderopvangtoeslag’. Daarmee, aldus de commissie, ‘heeft de bestuursrechtspraak zijn belangrijke functie van (rechts)bescherming van individuele burgers veronachtzaamd.’ Op het punt van de kinderopvangtoeslag zal duidelijk zijn dat Nederland niet is geslaagd voor de rechtsstatelijke stresstest. Het probleem is echter tegenovergesteld aan het gedrag van voormalig president Trump en zijn tot geweld aangezette volgelingen. Bij de

1. Brief van de minister-president aan de koning, 15 januari 2021, referentie 4181622.

2. Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht*, 17 december 2020.

kinderopvangtoeslag was het probleem niet dat de wet het gedrag van ambtsdragers onvoldoende aan banden legt, maar juist dat er te strikt en te veel vanuit de letter en het systeem van de wet is geredeneerd. Fouten en zelfs frauduleus gedrag van gastouderbureaus en aanvragers leidde tot strikte terugvordering van de kinderopvangtoeslag, ook als aanvragers er niets of weinig aan konden doen en zelfs als dit aanvragers financieel aan de grond bracht. Kennelijk is de rechtsstaat niet alleen in het geding als de (grond)wet onvoldoende tot zijn recht komt zoals in de Verenigde Staten op 6 januari 2021, maar ook als de wet te veel tot zijn recht komt zoals bij de kinderopvangtoeslagaffaire.

### *Het 'Pact voor de rechtsstaat'*

Januari 2021 was weliswaar uitzonderlijk, maar de rechtsstaat is in Nederland en daarbuiten al langer voorwerp van stevige discussies. Begin september 2020 brengt de voorzitter van het Strategisch Beraad Ondernijning het 'Pact voor de rechtsstaat' uit. In dit pact waarschuwt de voorzitter van dit beraad voor de 'ondernijvende' werking van de drugsindustrie in Nederland. Nederland 'vervult – al decennialang – een prominente rol op de internationale drugsmarkt als bronland van synthetische drugs en cannabis en als doorvoerhaven van onder andere, cocaïne en heroïne (...). Nederland is een global hub voor synthetische drugs' (Strategisch beraad ondernijning 2020: 17). De ondernijvende effecten hiervan zijn groot, aldus de voorzitter. Er ontstaat een schaduw economie waarmee door criminelen economische machtsposities in de 'bovenwereld' worden opgebouwd (bijvoorbeeld panden of andere bedrijven). Daarnaast corrumperen deze drugscriminelen 'groot- en detailhandel, autobedrijven, coffeeshops, horeca, transportbedrijven, bordelen, financiële dienstverleners, koeriersbedrijven, zorgaanbieders, uitzendbureaus, rijsscholen, money-transfers, recreatieparken, belwinkels, taxibedrijven, metaalbedrijven, schoonmaakbedrijven en paardenhandel' (Strategisch beraad ondernijning 2020: 51). Jongeren worden meegezogen in het drugscircuit, waarin geweld en intimidatie aan de orde van de dag is. Bovendien richt de groot-schalige drugsindustrie in Nederland systemische schade aan. 'In de eerste plaats wordt het vertrouwen in de rechtsstaat aangetast. De lage pakkans, lage strafmaat, riant kansenstructuren en omvangrijke georganiseerde drugscriminaliteit tasten de legitimiteit van de rechtsstaat aan' (Strategisch beraad ondernijning 2020: 56). In zijn reactie op dit pact geeft de minister van Veiligheid en Justitie aan dat hij de 'algemene analyse van de problematiek' herkent, inclusief de 'aantasting van de rechtsstaat'.<sup>3</sup> Ook hier gaat het dus om een stresstest voor de rechtsstaat, maar niet in de betekenis van het begrenzen van de machthebbers (in casu Trump) en ook niet in de betekenis van burgers die in de knel komen (in casu de kinderopvang-

---

3. Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 19 oktober 2020.

toeslag aanvragers). De voorzitter van het Strategisch beraad ondermijning (2020: 14) spreekt over de 'instituties van de rechtsstaat in enge zin', namelijk politie, openbaar ministerie, rechtbanken en FIOD. Zij zijn belast met 'handhaving van de rechtsstaat'. Rechtsstaat lijkt hier te staan voor rechtsorde, een set van regels over wat rechtmatig en onrechtmatig is.

### *De rechtsstaat-apk*

In dezelfde maand dat het Pact voor de rechtsstaat verschijnt, brengt de Europese Commissie haar eerste 'Rule of Law Report' uit, de zogeheten 'rechtsstaat-apk' waarmee de Europese lidstaten worden gekeurd. De 'rule of law' omvat volgens de Europese commissie heel veel: 'constraints set out by law, in accordance with the values of democracy and fundamental rights, under the control of independent and impartial courts', maar ook 'legality, implying a transparent, accountable, democratic and pluralistic process for enacting laws; legal certainty; prohibiting the arbitrary exercise of executive power; effective judicial protection by independent and impartial courts, effective judicial review including respect for fundamental rights; separation of powers; and equality before the law'. De 'rule of law' zou een van de gedeelde waarden voor alle lidstaten van de Europese Unie zijn, althans volgens artikel 2 TFEU en de Europese Commissie. Lidstaten mogen uiteenlopende tradities en juridische systemen hebben, maar de 'core meaning of the rule of law is the same across the EU'. Desondanks wil de Europese Commissie deze betekenis waarborgen met een 'European Rule of Law Mechanism'. Jaarlijks wordt de balans in de lidstaten opgemaakt en worden 'uitdagingen' geformuleerd, aan de hand van de thema's onafhankelijke rechtspraak (en het functioneren van het justitiesysteem), corruptie(bestrijding), onafhankelijkheid van de media en de checks-and-balances tussen machten. In het eerste rapport gaan de uitdagingen vooral over de rechterlijke onafhankelijkheid die in het geding zou zijn in Malta, Hongarije, Polen, Bulgarije, Slovakije en Roemenië. Verder speelt in een aantal lidstaten (waaronder de genoemde, maar ook in Italië) nog het probleem van corruptie. Afgezien van het politieke debat dat dit rapport oproept (het conceptrapport moest, naar verluidt, nog worden aangepast onder druk van enkele lidstaten), krijgt het rapport bijzondere betekenis door de discussie over de zogeheten 'rechtsstaattoets' in de Europese meerjarenbegroting. Daardoor zouden lidstaten met rechtsstatelijke gebreken gekort kunnen worden op Europese subsidies. Het 'rule of law report' is dus niet een neutraal onderzoek om de stand van de rechtsstaat in Europa te meten, maar een politiek wapen voor de verdeling van Europees geld. Wat onder rechtsstaat verstaan wordt, is dan ineens geen academische discussie meer maar een keihard politiek instrument.

*Dikastocratie in Nederland?*

Ten minste zo politiek is de discussie in Nederland over dikastocratie, dat staat voor heerschappij van de rechter (naar het Griekse woord 'dikastes' voor rechter). Deze discussie is in november 2019 aangeslingerd door Thierry Baudet, naar aanleiding van onder meer rechterlijke uitspraken waarmee tegen de wil van de Tweede Kamer IS'ers uit Syrië konden terugkeren en de zogeheten 'stikstofuitspraak' van de Raad van State op 29 mei 2019.<sup>4</sup> Vlak na de instelling van een parlementaire werkgroep over dikastocratie komt daar nog de 'Urgenda-klimaatuitspraak' van de Hoge Raad overheen, waarin de Hoge Raad de staat verplicht om voor het eind van 2020 minstens 25% minder broeikasgassen uit te stoten dan in 1990.<sup>5</sup> Hoe kon de rechter zomaar op de stoel van de politiek gaan zitten? Baudet wilde een discussie over de dikastocratie in Nederland en kreeg die ook, inclusief een parlementair werkgroepje dat op 9 maart 2020 een hoorzitting houdt waarvoor enkele position papers zijn vervaardigd. Kennelijk raakt Baudet een gevoelige snaar, want er ontstaan in traditionele en nieuwe media stevige polemieken tussen de voor- en tegenstanders van Baudets stelling. In *De Telegraaf* vraagt Syp Winia zich af of we niet een 'rechtersstaat (worden) in plaats van een rechtsstaat'.<sup>6</sup> Daar-teenover staat Rob de Wijk, die in *Trouw* spreekt van het verval van de democratie. Hij verwijt zelfs diegenen die akkoord gingen met het instellen van de parlementaire werkgroep dat zij verantwoordelijk zijn voor de 'teloorgang van de rechtsstaat'.<sup>7</sup> Alleen het instellen van de werkgroep al 'zaait twijfel over de integriteit van rechters' en daarmee zijn de gematigde politici 'even verantwoordelijk voor de teloorgang van de rechtsstaat als antidemocraten', aldus De Wijk. De publieke en politieke discussie over dikastocratie in Nederland mag zijn geluwd, deze heeft in juridische kring wel een wrange nasmaak achtergelaten. Zo veranderen Geert Corstens en Reindert Kuiper zelfs de titel van hun boek *De rechtsstaat moet je leren* in *De rechter grijpt de macht en andere misvattingen over de democratische rechtsstaat* (Corstens & Kuiper 2020). De discussie over dikastocratie krijgt een nieuwe impuls met het rapport van de parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag en een interview met de voorzitter van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in *Trouw* op 9 januari 2021. Hoewel rechters zelden of nooit reageren op kritiek op uitspraken, gaat de voorzitter van deze afdeling diep door het stof. Niet alleen gaat de Afdeling Bestuursrechtspraak de eigen uitspraken nog eens 'scannen', de 'scan' is ook gericht of op andere terreinen 'sprake is van disproportionele gevolgen van burgers, ook al vraagt de wet van de rechter om streng op te treden'. Een bijzondere uitspraak in het licht van de discussie over dikastocratie, want nu hebben we een hoogste rechter die zijn eigen

---

4. ECLI:NL:RVS:2019:1603.

5. ECLI:NL:HR:2019:2006.

6. *De Telegraaf*, 'Activistische rechter ondermijnt democratie', 9 januari 2020, p. 12.

7. R. de Wijk, 'Verval van de democratie', *Trouw*, 14 februari 2020, p. 21.

oordeel over disproportionaliteit plaatst boven dat van de wetgever, nota bene daartoe opgeroepen door een parlementaire ondervragingscommissie. Kortom, hierover is het laatste woord nog niet gezegd. Wat de gevolgen van de discussie over dikastocratie zijn, zal de tijd uitwijzen. Minimumstraffen in het strafrecht? Of zelfs terugtrekking van Nederland uit het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)?

Interessant vanuit het perspectief van dit boek is dat beide ‘kampen’ in het debat het begrip rechtsstaat gebruiken. Waar de een spreekt van teloorgang van de rechtsstaat door alleen al de discussie aan te zwengelen, benadrukt de ander dat een ‘rechtersstaat’ toch echt iets anders is dan een rechtsstaat.

### *Vertrouwde onheilsprofeten*

Al met al zijn er behoorlijk wat stresstests voor de rechtsstaat anno 2021. De rechtsstaat staat volop in de belangstelling, maar deze wordt te pas en vaak ook te onpas van stal gehaald. Zo verschijnt elk voorjaar in Nederland het jaarverslag van de Raad van State. Het jaarverslag opent traditiegetrouw met de bespiegelingen van de vicepresident. De vorige twee vicepresidenten van de Raad van State (Tjeenk Willink en Donner) hebben in tal van beschouwingen geanalyseerd hoe bestuur en politiek in Nederland omgaan met de rechtsstaat en ook de huidige vicepresident (De Graaf) zet deze traditie voort. Telkens is de conclusie dat de rechtsstaat onder druk staat, wordt bedreigd of dat er in ieder geval niet goed mee wordt omgegaan. De ene keer is de eenzijdige focus op de prestaties van de overheid de boosdoener, dan weer de ‘volksdemocratie’ of het populisme. In het jaarverslag over 2016 waarschuwt de vicepresident bijvoorbeeld voor de ‘breuklijn tussen democratie en rechtsstaat’. Niet alleen in Nederland, maar ook in Europa zou sprake zijn van een groeiende tegenstelling tussen democratie en rechtsstaat. Door politici en hun achterbannen worden ‘recht, ordening, instituties, bestendige procedures niet alleen naar de achtergrond geschoven, maar ook gauw als hinderlijke belemmering gezien als zij de gewenste resultaten in de weg staan. Het is dan verleidelijk om ze te negeren, te ridiculiseren of als verouderd weg te zetten, met een beroep op een mandaat van de kiezers, een parlementaire meerderheid of een acute noodzaak’ (Raad van State 2017: 15). Aldus de vicepresident, die kennelijk uitgaat van een rechtsstaat die zoiets betekent als een duurzame orde van regels die het politiek verkeer kanaliseert. Hij is niet de enige die zich zorgen maakt. Ook de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak voegt zich in 2017 in het koor van onheilsboodschappers. In het Jaarbericht stelt hij dat de grenzen aan de strafrechtelijke afdoening buiten de rechter om zijn bereikt. De strafbeschikking van het Openbaar Ministerie, een aantal miljoenenschikkingen met grote bedrijven om strafvervolgging te voorkomen en de bestuurlijke aanpak van ondermijnende criminaliteit hebben ertoe geleid dat de gang naar de strafrechter steeds minder vaak wordt gemaakt. En met het vermijden van de gang naar de strafrechter zouden ook de

waarborgen die de rechter biedt voor bijvoorbeeld waarheidsvinding en ‘fair trial’ niet meer kunnen worden waargemaakt. Kortom, de rechtsstaat is in gevaar als de rechter wordt gepasseerd.

### *De rechtsstaat te grabbel*

De vicepresident van de Raad van State en de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak staan niet bekend om hun activistisme. Ze staan dan ook niet alleen met hun sombere bespiegelingen. Met de regelmaat van de klok trekken staatsrechtgeleerden, bestuursjuristen en strafjuristen aan de bel. Zoals het Centraal Planbureau de economische effecten van de verkiezingsprogramma’s van politieke partijen doorrekent, zo neemt de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) tegenwoordig de verkiezingsprogramma’s vanuit rechtsstatelijk perspectief onder de loep. En sinds het verschijnen van deze ‘doorrekening’ is de conclusie dat plannen en maatregelen uit de verkiezingsprogramma’s ‘de fundamenten van onze rechtsstaat onder druk zetten’ (aldus de ‘doorrekening’ in 2017). Ook in 2021 treft de NOvA-commissie bij zeven van de veertien onderzochte verkiezingsprogramma’s voorstellen aan die de toets aan de minimumnormen van de rechtsstaat niet doorstaan (NOvA 2021). In tegenstelling tot veel bijdragen aan de discussie over de staat van de rechtsstaat is de NOvA-commissie expliciet in wat onder een rechtsstaat wordt verstaan:

‘Het doel van de rechtsstaat is om burgers te beschermen tegen machtsmisbruik van de overheid. In een rechtsstaat moet de overheid zich, net als de burgers, aan de wet houden. Zij mag de rechten en vrijheden van de burgers in het land niet zomaar inperken of afpakken, ook niet als ze democratisch is gekozen. De politie mag niet zomaar iemands huis binnentreden, iemand op straat oppakken of in de cel zetten. In een democratische rechtsstaat heeft iedereen het recht zijn mening te uiten binnen de grenzen van de wet. Wat die grenzen in een concreet geval precies zijn, bepaalt alleen de onafhankelijke en onpartijdige rechter. In een democratie worden de rechten van minderheden beschermd tegen willekeur van de meerderheid.’ (NOvA 2021: 4)

Vertrekkend vanuit dit doel van de rechtsstaat formuleert de commissie drie ‘drempelnormen’ of minimumeisen voor de rechtsstaat:

1. de overheid houdt zich aan voor haar geldende regels en oefent haar macht niet willekeurig uit;
2. eerbiediging van fundamentele rechten en vrijheden;
3. effectieve toegang tot de onafhankelijke en onpartijdige rechter.

Voor veertien verkiezingsprogramma’s is vervolgens nagegaan welke plannen de rechtsstaat kunnen verbeteren. Deze plannen krijgen een groene kleur, zoals het plan van 50+ om de capaciteit van de Nationale Ombudsman uit te breiden of het voorstel van de Partij van de Arbeid om de capaciteit van de rechterlijke macht uit

te breiden. Dan zijn er de plannen die een mogelijk risico vormen voor de rechtsstaat. Deze zijn geel gekleurd, zoals het voorstel voor minimumstraffen van de PVV. Ten slotte zijn er plannen die regelrecht in strijd zijn met de rechtsstaat (rood!). De commissie ziet wel wat goed nieuws (veel 'groene' plannen) en houdt aan de 'quick scan' een positief beeld over. Toch zijn er ook zorgen:

'Als het op het waarborgen van fundamentele rechten en vrijheden van alle burgers aankomt of als het gaat om voorspelbaarheid van regels waaraan de overheid zich zal houden, het waarborgen en accepteren van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht of de zekerheid van een eerlijk proces en een effectieve toegang tot de rechter voor iedereen, is het beeld minder rooskleurig. En dan betreft het veelal juist voorstellen op het gebied van de grote politieke en maatschappelijke thema's van Islam, immigratie, vluchtelingen, terrorisme, jihadisme.' (NOvA 2021: 14-15).

Gelezen deze stevige conclusie lijkt het 'goede nieuws' eerder ingegeven door de behoefte om niet (weer) alleen een treurverhaal uit te brengen dan door de analyse van de verkiezingsprogramma's. Al eerder constateerden commissies van de NOvA dat de rechtsstaat Nederland onder druk staat.

Als wat verder wordt uitgezoomd en het blikveld wordt verruimd naar Europa of de wereld, lijkt iets vergelijkbaars aan de hand. Is het niet Turkije waarin de grondwet van rechtsstatelijke waarborgen wordt ontdaan, dan is het wel Hongarije of Polen waar de regering rechtsstatelijke instituties ontmantelt, uitkleedt of negeert. En dan hebben we het alleen nog maar over Europese landen. Want kijk eens naar Rusland, net als Turkije lid van de Raad van Europa, of verder weg naar de ontwikkelingen op de Filipijnen, ooit een democratisch bolwerk. Waar de westerse rechtsstaat naast McDonalds en Apple jarenlang een succesvol exportproduct in de wereld is geweest, lijkt het er nu op dat de rechtsstaat in veel landen op zijn retour is, variërend van Rusland dat het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) aan zijn laars lapt tot Afrikaanse landen die (dreigen) zich uit het verdrag van Rome en het internationaal strafrecht terug (te) trekken.

*Maar: welke rechtsstaat wordt getest?*

Hoe goedbedoeld ook, per saldo is het effect van deze waarschuwingen voor rechtsstatelijk verval alleen maar spraakverwarring. De beschrijving van gebeurtenissen uit het najaar van 2020 en de start van 2021 maakt al direct duidelijk dat er met de rechtsstaat nogal uiteenlopende fenomenen worden bedoeld. Voor de een staat de rechtsstaat voor het begrenzen van de macht van de president met wetten, voor de ander staat de rechtsstaat voor het niet al te strikt hanteren van de wet en voor een derde voor te veel ondermijnende criminaliteit. Het gebruik van het



begrip rechtsstaat roept direct allerlei beelden op, maar zelden maken de sprekers duidelijk welk beeld ze bedoelen en hoe zich dat verhoudt tot andere invullingen. Het begrip is kennelijk ook zo flexibel dat er van alles en nog wat onder kan worden geschaard. Bovendien is het rechtsstaatsbegrip dat in deze discussies wordt gebruikt, nogal politiek. Het gemak waarmee dan over bedreiging, aantasting of ondermijning wordt gesproken, is retorisch sterk, want een kop als 'Deze politicus vormt een bedreiging voor de rechtsstaat' heeft zo veel lading dat alleen een verontwaardigde reactie gepast is. Wie vindt het immers niet erg dat de rechtsstaat wordt bedreigd? Wie is er immers tegen de rechtsstaat? Niemand toch, zeker niet in Nederland of Europa.

Om verder te komen dan de dreigende retoriek en de grote woorden, is het van het grootste belang om de rechtsstaat goed te begrijpen. Waar hebben al die onheilsprofeten het met hun priemende en waarschuwende vingers over als ze over de rechtsstaat spreken? Wat bedoelen ze als dé rechtsstaat wordt bedreigd of als dé rechtsstaat niet wordt gerespecteerd? En weten diegenen die zo resoluut en absoluut waarschuwen wel hoe de rechtsstaat eigenlijk werkt en wat dus de uitwerking is van hun waarschuwing? Je kunt naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire wel vinden dat ambtenaren en rechters meer ruimte moeten krijgen om de wet opzij te zetten en de menselijke maat te hanteren, maar hoe werkt zo'n pleidooi eigenlijk door (denk bijvoorbeeld aan de gevolgen van de menselijke maat voor rechtsgelijkheid)? Dergelijke vragen stellen veel juristen al niet, laat staan politici en journalisten of de 'reaguurders' en 'twitteraars'. Maar zonder een goed antwoord op deze vragen blijft de rechtsstaat een speelbal voor retorisch sterke politici, of deze zich nu van vrijzinnig-progressieve waarden bedienen om hun rechtsstaat te verdedigen (de Europese parlementariërs die de Hongaarse regering willen straffen) dan wel van een conservatieve 'law & order' waardenset (zoals de Hongaarse regering). En beide kampen kunnen elkaar met de rechtsstaat om de oren blijven slaan zonder ooit bij elkaar te komen, simpelweg omdat ze een verschillend rechtsstaatsbegrip hanteren.

### *'Bringing the law back in'*

Voor veel bestuurswetenschappers is het overigens niet zo'n probleem als de rechtsstaat in crisis zou verkeren. In de bestuurswetenschappen heeft zich een beweging voorgedaan van 'government' naar 'governance' (Rhodes 1997; Kjær 2004). En ook in Nederland is 'governance' inmiddels gemeengoed. Het is niet de overheid of het bestuur (die in dit boek als synoniemen worden gebruikt) die de belangrijkste sturende actor is in een samenleving, maar het zijn de netwerken waarvan de overheid soms wel en soms zelfs geen deel uitmaakt. En als de aandacht al naar het bestuur zou moeten uitgaan, dan is het niet de rechtsstaat waarop de aandacht gericht zou moeten worden maar de 'governance'-strategieën die bestaan uit netwerken, co-creatie en participatie. Zelfs de politieorganisatie zou

volgens Van Hoorn (2010) gestuurd moeten worden op vertrouwen door nauwe verbindingen met burgers en niet op getrouwheid aan bureaucratische en rechtsstatelijke waarden. De 'oude' idee van rechtmatige overheid is volgens Van der Steen et al. (2014) te beperkt geworden. Naast de rechtmatige overheid zijn andere 'sturingsmodellen' ontstaan, zoals de presterende overheid, de netwerkende overheid en de participerende overheid. En ook al stellen Van der Steen en zijn mede-auteurs expliciet dat de modellen niet een volgorde suggereren (van ... naar ...), de volgorde en de beschrijving wijzen er in ieder geval op dat het ene sturingsmodel moderner is (de participerende en netwerkende overheid) dan het andere (de rechtmatige en presterende overheid). Bovendien is in de bestuurswetenschappelijke literatuur wel degelijk vanuit historisch perspectief een volgorde zichtbaar.

Recent is in de bestuurswetenschappen overigens weer een roep zichtbaar om het recht in het onderzoek weer een prominenter plaats te geven ('bringing the law back in'). Zouridis en Leijten (2020) analyseren wat dat in de huidige 'governance'-context betekent. Ze gebruiken hiervoor het concept van de 'law-government nexus', waarmee ze doelen op de veronderstellingen die worden gehanteerd over de verhouding tussen bestuur en recht. In drie achtereenvolgende bestuurswetenschappelijke paradigma's verschilt deze verhouding sterk. In het 'PA paradigm' (waarbij PA staat voor 'public administration') is het recht leidend en is het bestuur ervoor om het recht getrouw uit te voeren. Denk aan de Belastingdienst die de wetgeving over kinderopvangtoeslagen uitvoert. In het 'NPM paradigm' (waarbij NPM staat voor 'new public management') is het recht slechts een instrument voor het bestuur om zo efficiënt mogelijk politieke doelen te verwezenlijken. En in het 'PG paradigm' (PG staat voor 'public governance') is het recht de uitkomst van wat er in het 'governance'-netwerk gebeurt. 'Governance' staat dan bijvoorbeeld voor het stelsel dat voedselveiligheid bestuurt, van de 'codex alimentarius' die door de VN-organisatie voor landbouw wordt gehanteerd om te bepalen wat veilig en onveilig voedsel is tot en met het certificatieschema 'IKB kip' dat de pluimvee-sector in Nederland zelf heeft ontwikkeld, met alles wat daartussen zit (nationale wetgeving, maar ook een EU-verordening). De regels volgen de ontwikkelingen in dit netwerk, zoals het besluitvormingsproces tussen lidstaten, wetenschappers en ambtenaren van de European Food Safety Agency.

De roep om het recht weer terug in de bestuurswetenschappen te brengen is zeer recent en volgt op een beweging weg van het recht. De beweging weg van het recht was alleszins begrijpelijk. Want tegenover de saaie degelijkheid van de rechtsstaat, die bovendien nogal eens door juristen met hun jargon wordt gemonopoliseerd, staat de dynamiek van het organiseren van netwerken met burgers en bedrijven, de lol van burgerparticipatie en de bevrediging die prestaties schenken. Daarbij steekt de rechtsstaat als bestuursvorm of 'mode of government' schril af. Waar de rechtsstaat de nadruk legt op begrenzing en beperking van het bestuurlijk handelen, gaan de moderne sturingsconcepten juist over de mogelijkheden voor het bestuur. Tegenover het volgen van 'de regeltjes' in het 'PA paradigm' staan de creativiteit van de professional, de ruimte voor framing en scripting, participatie

van burgers en spannende publiek-private netwerken of 'multiple helixes'. Tegenover de spannende politicologische analyses over populisme, macht, intriges en conflict stelt de rechtsstaat de betrouwbaarheid, zorgvuldige afweging en bestendigheid van het bestuur. Dan is het natuurlijk niet raar dat in een snel 'social media' tijdperk de rechtsstaat naar de achtergrond verdwijnt. Het 'rechtsstatelijk model' is gewoon niet hip en sexy, althans vergeleken met het spelen met 'frames', het stellen van prestatiedoelen, de spanning en het drama van het politiek theater en het organiseren van creatieve burgerparticipatie in 'doorbraaksessies', 'droomateliers' en 'streetlabs'.

*Verwijs de rechtsstaat niet meteen naar de geschiedenisboekjes ...*

In verschillende opzichten lijkt de rechtsstaat dus in zwaar weer terecht te zijn gekomen. De ene na de andere stresstest, de voortdurend aangekondigde teloorgang en dan ook nog uit het blikveld van de bestuurswetenschappen. Om ten minste drie redenen is dit een problematische situatie. Ten eerste is het zinvol om de waarde van de rechtsstaat scherp te krijgen alvorens deze bestuursvorm of 'mode of government' definitief te verbannen naar de geschiedenisboekjes. Onderzoek laat immers zien dat instituties als de rechtsstaat cruciaal zijn voor de welvaart, het geluk en de voorspoed van een samenleving. Dé institutie die het verschil maakt, blijkt verrassend genoeg nogal eens de voor bestuurswetenschappers saaie en oubollige rechtsstaat te zijn (zie hoofdstuk 2). Als de rechtsstaat in verval is, wat betekent dit dan voor het geluk, de welvaart en de vrijheid in Nederland, Europa en de wereld?

Acemoglu en Robinson (2019) laten met hun overwegend historische studie zien dat vrijheid niet de 'natuurlijke orde' is in een samenleving. Eeuwenlang is de vrijheid van mensen niet vanzelfsprekend geweest vanwege de voortdurende dreiging van geweld, roofzucht en diefstal door andere mensen. De 'oorlog van allen tegen allen' mag dan de 'natuurlijke' orde zijn, in tal van samenlevingen zijn geweld en roof geleidelijk aan banden gelegd. En dat dit nodig is, laat Pinker (2011) zien met zijn studie naar geweld. Historisch bewijs suggereert dat in 'stateless societies' het aantal doden als gevolg van geweld meer dan vijfhonderd per honderdduizend mensen is, ongeveer honderd keer het huidige aantal moorden in de Verenigde Staten en bijna vijfhonderd keer het moordpercentage in Nederland. Gecombineerd met het feit dat in 'stateless' societies de gezondheidszorg, de voedselvoorziening en andere voor de gezondheid cruciale voorzieningen er niet zijn, heeft dat geleid tot een wel erg korte levensverwachting. De oplossing, aldus Thomas Hobbes (zie hoofdstuk 3 voor een uitgebreide bespreking), is een sterke staat. Maar een sterke staat is evenmin een waarborg voor vrijheid. Dictaturen en despotische regimes (van communistisch tot fascistisch, van regimes die minderheden onderdrukken tot regimes die iedere opleving van vrijheid keihard neerslaan) zijn immers aan de orde van de dag, niet alleen in de tijd van Hobbes maar ook in het hier en nu. Bovendien is het niet zo dat 'stateless societies' altijd en gegarandeerd leiden tot roof en geweld. Er zijn immers ook voor-