



**Wetenschappelijk Instituut voor het CDA**

Maurits Potappel, Jacob van de Beeten & Carina van Os

---

# Geloof in de democratische rechtsstaat

Een christendemocratisch  
verhaal voor de rechtsstaat

**Om een gemeenschappelijk huis**

---

## Publicatie van het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA (WI)

Het Wetenschappelijk Instituut heeft ten doel het (doen) verrichten van wetenschappelijke arbeid ten behoeve van het CDA op basis van de grondslag van het CDA en in aansluiting op het Program van Uitgangspunten. Het Wetenschappelijk Instituut geeft gedocumenteerde adviezen over hoofdlijnen van het beleid, hetzij op eigen initiatief, hetzij op verzoek vanuit het CDA en/of van de leden van het CDA in vertegenwoordigende lichamen.

Wetenschappelijk Instituut voor het CDA  
Postbus 30453, 2500 GL Den Haag  
(070) 3424874  
wi@cda.nl  
www.cda.nl/wi

ISBN/EAN 978-90-830338-5-3  
Den Haag, november 2021, Wetenschappelijk Instituut voor het CDA

Omslagontwerp: Dik Klut | klut.works  
Tekstredactie: Marcel Migo | www.deherenvankopij.nl

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

# Geloof in de democratische rechtsstaat

Een christendemocratisch  
verhaal voor de rechtsstaat



**WI**

*Wetenschappelijk  
Instituut*

# Inhoudsopgave

Voorwoord	5
Inleiding	7
<b>Deel I Historische grondslagen van de rechtsstaat</b>	
<hr/>	
Menselijke waardigheid als uitgangspunt voor de rechtsstaat <b>Maurits Potappel</b>	19
De christendemocratische wortels van rechtsstaat en mensenrechten <b>Jacob van de Beeten</b>	31
Machtenscheiding als sleutel tot de rechtsstaat <b>Sophie van Bijsterveld</b>	45
Het Böckenforde-dictum en zijn huidige betekenis voor een rechtsstatelijk ethos <b>Ariën Voogt</b>	57
<b>Deel II Op zoek naar het ethos voor de rechtsstaat</b>	
<hr/>	
Identiteitspolitiek, cultuurchristendom en personalisme <b>Timo Slotweg</b>	71
Natuur als norm voor de rechtsstaat - tijdloze bronnen van gerechtigheid <b>Christiaan Alting von Geusau</b>	87
Rechtvaardigheid en vormend onderwijs <b>Emma Cohen de Lara</b>	99
De rechtsstaat vereist investeren, leren en voortdurende oefening <b>Rien Fraanje</b>	111

### **Deel III Toekomst van de rechtsstaat**

---

<b>De christendemocratie als modern constitutionele beweging?</b> <b>Hans-Martien ten Napel</b>	<b>123</b>
<b>Een alternatieve houding in de fiscaliteit</b> <b>Bas Bots</b>	<b>135</b>
<b>Een christendemocratisch openbaar bestuur: publieke gerechtigheid door responsiviteit en maatwerk?</b> <b>Joyce Esser</b>	<b>147</b>
<b>Christendemocratie en de digitale rechtsstaat</b> <b>Geurt Henk Spruyt</b>	<b>161</b>
<b>Uitleiding</b>	
<b>Van ethos naar praxis van de rechtsstaat</b> <b>Ernst Hirsch Ballin</b>	<b>175</b>
<b>Lijst van auteurs</b>	<b>184</b>



# Voorwoord

De toeslagenaffaire heeft pijnlijk duidelijk gemaakt dat bezinning op de Nederlandse rechtsstaat geboden is. Het vertrouwen van de burger in de overheid heeft schade opgelopen en de rechtsprekende, wetgevende en uitvoerende macht moeten in de komende jaren dit vertrouwen zien te herstellen.

Hoe kan het vertrouwen in de rechtsstaat worden hersteld? Dat is de centrale vraag in deze essaybundel *Geloof in de democratische rechtsstaat* onder redactie van drie jonge christendemocraten: Maurits Potappel, Jacob van de Beeten en Carina van Os. Kortetermijnoplossingen en institutionele aanpassingen zijn onvoldoende. De auteurs gaan op zoek naar het morele verhaal achter en het fundament onder de rechtsstaat. Want, zoals het in het toekomstperspectief *Zij aan zij* van het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA (WI) luidde: ‘De rechtsstaat is in christendemocratisch perspectief nooit alleen een formaliteit. Zij is een waardengemeenschap waar gerechtigheid heersen moet. Dat wil zeggen dat de formele principes wortelen in een verhaal, in overtuigingen en tradities.’

Deze bundel is opgebouwd uit drie delen. Deze drie delen corresponderen met de drie niveaus van een spreekwoordelijke huis van de rechtsstaat. In het eerste deel gaan de auteurs op zoek naar de historische grondslagen van de bundel. De menselijke waardigheid vormt hierin een leidende rol: ieder mens is van waarde en ieder mens is gelijkwaardig aan de ander. Het tweede deel van het huis wordt gevormd door de zoektocht naar het rechtsstatelijk ethos, de morele attitude, dat de rechtsstaat dient te dragen. Het is een christendemocratische overtuiging dat goede rechtsstatelijke instituties geworteld zijn in de aanwezigheid van een democratisch en rechtsstatelijk ethos onder de bevolking. De top van het rechtsstatelijk huis bestaat uit perspectieven op de toekomst. Op welke concrete terreinen moet verandering worden aangebracht om de rechtsstaat vitaal te houden voor de langere termijn? Het bestuursrecht, het belastingrecht en de digitale rechtsstaat passeren de revue.

Deze bundel *Geloof in de democratische rechtsstaat* biedt veel inspiratie om politieke vervolgstappen te gaan zetten. Voor het WI is deze publicatie een eerste verkenning. Ze zal een vervolg krijgen in een rapport met handelingsperspectieven en beleidsaanbevelingen om de democratische rechtsstaat te versterken.

Voor de totstandkoming van deze bundel willen wij onze dank uitspreken aan de auteurs. Ook bedanken we Ernst Hirsch Ballin die bereid was om de uitleiding voor deze bundel te schrijven.

Drs. R. (Richard) van Zwol  
*Voorzitter Wetenschappelijk Instituut  
 voor het CDA*

Drs. P.H.J. (Pieter Jan) Dijkman  
*Directeur Wetenschappelijk Instituut  
 voor het CDA*





# Inleiding

## Maurits Potappel, Jacob van de Beeten, Carina van Os

De rechtsstaat staat in het middelpunt van het publieke debat. Hoewel Nederland kan bogen op een sterke rechtsstaat, is de *communis opinio* dat hij verbetering behoeft. De roep daarom wordt al jaren luider. In 2017 wees Ferdinand Grapperhaus in *Rafels aan de rechtsstaat* al op het uiteenvallen van maatschappelijke verbanden en groeiende ongelijkheid en de consequenties hiervan voor de rechtsstaat. In 2018 schreef de Staatscommissie Parlementair Stelsel dat nog niet lang geleden de democratische rechtsstaat ‘een glanzende toekomst’ werd voorspeld, maar dat zij inmiddels in vele jaren ‘stevig in de verdrukking [is] gekomen’.<sup>1</sup> Het voornemen om middels een algemene bepaling in de Grondwet op te nemen dat Nederland een democratische rechtsstaat is, komt voort uit de wens om de rechtsstaat te waarborgen en te versterken.<sup>2</sup> De rechtsstaat verdient bescherming nu deze zowel van buitenaf als van binnenuit onder druk is komen te staan. Bij de druk van buiten op de rechtsstaat valt te denken aan de georganiseerde drugscriminaliteit en de regelrechte moordaanslagen op vertegenwoordigers van de rechtsstaat zoals de advocaat Derk Wiersum en misdaadjournalist Peter R. de Vries.

Daarnaast is de meest recente aanleiding voor de wens om de rechtsstaat te versterken de toeslagenaffaire en de politieke nasleep van dit schandaal. De toeslagenaffaire heeft duidelijk gemaakt dat de rechtsstaat ook onder druk staat van binnenuit. In haar onderzoek naar de toeslagenaffaire constateerde de commissie-Van Dam dat ‘de grondbeginselen van de rechtsstaat’ zijn geschonden door de wetgevende, de uitvoerende én de rechtsprekende macht. Deze schokkende conclusie leidde tot het aftreden van het kabinet-Rutte III en leidde tot een algehele roep om meer transparantie en een nieuwe ‘bestuurscultuur’. Vanuit een breder perspectief kan de huidige roep om bezinning niet alleen worden gezien als een zoektocht naar een nieuwe vertrouwensrelatie tussen de Tweede Kamer en de regering, maar ook tussen

1 Staatscommissie Parlementair Stelsel, *Eindrapport Lage drempels, hoge dijken*, Den Haag, 2018, p. 76.

2 Zie <https://www.nrc.nl/nieuws/2021/05/19/zet-de-democratische-rechtsstaat-expliciet-in-de-grondwet-a4044106>

overheid en burger. De Raad van State stelt zelfs dat deze vertrouwensrelatie tussen burger en overheid de kern is van het goed functioneren van de rechtsstaat.<sup>3</sup> Maar waaruit komt deze vertrouwensrelatie voort? En wat betekent het voor een democratische rechtsstaat om goed te functioneren?

In *De institutionele crisis van de rechtsstaat* onderscheidt hoogleraar Bestuurskunde aan de Tilburg University, Stavros Zouridis, drie hoofdkleuren van de rechtsstaat: de rechtsstaat als juridisch bouwwerk, de rechtsstaat gevormd door routines van uitvoering, handhaving en toezicht en de rechtsstaat als een set van maatschappelijke gewoonten. Vanuit het perspectief van de rechtsstaat als juridisch bouwwerk, is de rechtsstaat vooral een systeem van regels, rechten, procedures en structuren. Door deze bril gezien, functioneert een rechtsstaat zolang het systeem draaiende wordt gehouden, procedures worden gevolgd en regels worden nageleefd. Vanuit de routines van uitvoering, handhaving en toezicht gezien functioneert de rechtsstaat zolang de routines van ambtenaren en de inrichting van overheidsorganisaties goed functioneren. Bij deze twee hoofdkleuren schuilt het gevaar van systeemgedrag. Dit is de neiging om op een bepaalde manier te handelen vanuit de logica van het systeem, waarbij regels, procedures, normen, rechten en juridische instituties als doel in zichzelf worden gezien. Om dit systeemgedrag te voorkomen, dienen de eerste twee hoofdkleuren daarom aangevuld te worden met de derde hoofdkleur: de rechtsstaat als een set van maatschappelijke gewoonten.

Deze bundel *Geloof in de democratische rechtsstaat* sluit aan bij dit inzicht en vertrekt vanuit het standpunt dat de rechtsstaat meer is dan alleen een set aan regels, normen, procedures en instituties. Deze visie is kernachtig verwoord in het rapport *Zij aan Zij*, waarin staat dat:

*‘De rechtsstaat in christendemocratisch perspectief nooit alleen een formaliteit is. Zij is een waardengemeenschap waar gerechtigheid heersen moet. Dat wil zeggen dat de formele principes wortelen in een verhaal, in overtuigingen en tradities.’*

Met andere woorden: een goed functionerende rechtsstaat vereist enerzijds geloof in de rechtvaardigheid en anderzijds een *ethos*: een vorm van handelen en een morele houding gericht op rechtvaardigheid. Het geloof overstijgt de concrete instituties van de staat en is geworteld in een conceptie van het natuurrecht. De staat is immers zelf gebonden aan het

**3** Raad van State, Jaarverslag 2020, Den Haag, p. 5. Zie: <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2020/wp-content/uploads/sites/9/2021/03/Raad-van-State-jaarverslag-2020.pdf>

recht en haar handelen dient steeds getoetst te worden aan de norm van de rechtvaardigheid. Zoals de bekende christelijke denker Augustinus het in *De Civitate* al verwoordde: ‘zonder de rechtvaardigheid, wat is de staat anders dan een roversbende?’ De democratische rechtsstaat kan alleen bestaan zolang dit besef van rechtvaardigheid – als een stip aan de horizon: altijd in het blikveld, maar buiten handbereik – aanwezig is onder gezagsdragers en burgers. Rechtvaardigheid moet steeds concreet gestalte krijgen in het maken van goede wetten, gedegen uitvoering en doorwrochte vonnissen. Daarbij dient niet centraal te staan hoe het overheidsoptreden zo formalistisch en correct mogelijk geregeld kan worden, maar hoe het recht ten dienste kan staan aan het goede leven. De bundel heet dan ook *Geloof in de democratische rechtsstaat*. Enerzijds slaat deze titel op het geloof in de democratie en de rechtsstaat zelf. Anderzijds slaat het op het religieuze en zedelijke fundament dat democratie en rechtsstaat veronderstellen.

De Zwitserse theoloog Franz Böckle pleitte voor een *Ethos der Menschenrechte*, waarmee hij doelde op een ‘houding van respect ten opzichte van de eigenheid van ieder mens’.<sup>4</sup> Ernst Hirsch Ballin stelt dat dit concreet betekent dat het recht de sociale cohesie dient te bevorderen tussen mensen wier leefwijzen en levensplan ongelijksoortig zijn.<sup>5</sup> Wij willen in lijn met dit pleidooi op zoek gaan naar een rechtsstatelijk ethos: een cultuur waarin burgers en gezagsdragers geoefend en onderwezen worden in rechtvaardigheid. Dit ethos vormt het fundament waarop instituties gebouwd kunnen worden. Dit kan alleen als er een cultuur is waarin burgers geoefend zijn in goed en vreedzaam samenleven. Een cultuur ontstaat namelijk niet vanuit een blauwdruk, maar door concrete ontmoetingen en ervaringen. Johan Huizinga sprak daarom over het spelelement in de cultuur en in het recht.<sup>6</sup> Door plekken te creëren waar burgers elkaar ontmoeten en het goede leven in de praktijk kunnen brengen, kan een cultuur tot leven komen en het spel gespeeld worden. De coronacrisis heeft laten zien hoe belangrijk het is om elkaar te ontmoeten en hoezeer mensen sociale wezens zijn die behoefte hebben aan cultuuruitingen. Rechtsstatelijke instituties kunnen vanuit deze observatie alleen goed functioneren wanneer zij berusten op een rechtscultuur die is ingebed in sociale praktijken en gemeenschappen. Rechtvaardigheid moet steeds concreet gestalte

<sup>4</sup> E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Menselijke waardigheid in het politieke discours’, in: *Christen Democratische Verkenningen. Menselijke waardigheid*, Amsterdam: Uitgeverij Boom, winter 2011, p. 134.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> M. Potappel, ‘Op zoek naar een rechtscultuur’, in: *Christen Democratische Verkenningen. In de ban van sport*, Amsterdam: Uitgeverij Boom, zomer 2021, p. 35-39.

krijgen in het maken van goede wetten en in de sprong vanuit het abstracte idee van rechtvaardigheid naar een rechtvaardige beslissing in een concreet geval.

Ook de Raad voor het Openbaar Bestuur schrijft in zijn rapport *Een sterkere rechtsstaat* uit 2020 dat een rechtsstaat niet alleen formele structuren omvat, maar dat ook culturele elementen een belangrijke rol spelen. In zijn advies schrijft de ROB dat ‘een cultuur voor een belangrijk deel bepaalt wat het gebruik van de formele kaders oplevert. (...) Deze cultuur moet burgers inspireren de rechtsstaat te dragen en te bewaken.’<sup>7</sup> Precies dit ging verschrikkelijk fout in de toeslagenaffaire, waar de Raad van State zich niet liet leiden door een rechtsstatelijk ethos, maar – in de woorden van hoogleraar Bestuursrecht Leo Damen – juist blijk gaf van ‘institutionele lamtheid’: ingezette jurisprudentie werd niet kritisch bevraagd en staatsraden stonden niet stil bij de maatschappelijke effecten van hun uitspraken.<sup>8</sup>

In deze bundel willen wij een verkenning uitvoeren van het rechtsstatelijke geloof en ethos zonder welke de democratische rechtsstaat niet kan bestaan. Allereerst gaan we daarom op zoek naar de historische grondslag van de rechtsstaat. In de christendemocratie staat de menselijke waardigheid aan de basis van het handelen. Elk mens is van waarde en elk mens heeft een geweten dat hij of zij in vrijheid moet kunnen volgen. De overheid moet deze ruimte van het geweten beschermen. Na deze eerste observatie proberen we een volgende stap te zetten en kijken we vanuit een aantal verschillende historische en filosofische invalshoeken naar de rechtsstaat. We gaan te rade bij het personalisme, het natuurrecht en de deugdenethiek. Ten slotte kijken we naar de toekomst van de rechtsstaat en snijden we een aantal belangrijke thema’s aan zoals de digitale rechtsstaat, het bestuursrecht en het belastingrecht. De bundel kent dus een opbouw vanuit een zoektocht naar de grondslagen van de rechtsstaat, via een aantal filosofische stromingen naar concrete thema’s voor de rechtsstaat.

Aan de basis van deze bundel staat een lange reeks gesprekken en ontmoetingen tussen verschillende auteurs van deze bundel naar aanleiding van een vormingsweekend van het CDJA op vrijdag 29 en zaterdag 30 maart 2019 in Heiloo over christendemocratie en rechtsstaat. Tijdens dit weekend werd nagedacht over de vraag wat de waarde van de christendemocratie is voor de rechtsstaat in een tijd waarin enerzijds een functionele benadering van

<sup>7</sup> Raad voor het Openbaar bestuur, *Een sterkere rechtsstaat, Verbinden en beschermen in een pluriforme samenleving*, Den Haag, 2020, p. 25.

<sup>8</sup> Zie Leo Damen, ‘Houd de boef! Is de Afdeling bestuursrechtspraak soms ook een boef?’, in L.W. Verboeket et al. (red), *Bestuursrecht in het echt*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2021, p. 433-450.

de rechtsstaat soms de overhand lijkt te hebben en anderzijds de rechtsstaat onder druk staat door populistische partijen die rechtsstatelijke instituties ter discussie stellen en de onafhankelijkheid van de rechter bevragen. We hopen dat deze bundel een aanzet kan vormen voor discussie over de toekomst van de democratische rechtsstaat en de christendemocratische traditie.

### **Historische grondslagen van de rechtsstaat**

De rechtsstaat berust vanuit een christendemocratisch perspectief op het geloof dat elk mens een intrinsieke waardigheid heeft en dat deze waardigheid beschermd moet worden door de overheid. De waardigheid van de mens komt voort uit het feit dat de mens naar beeld en gelijkenis van God is geschapen en een geweten heeft dat hij in vrijheid moet kunnen volgen.

Maurits Potappel onderzoekt hoe de notie van menselijke waardigheid kan helpen om het ethos van de rechtsstaat te versterken. Hij signaleert dat opstellers van veel codificaties van mensenrechten in de twintigste eeuw de mensenrechten op de idee van menselijke waardigheid funderen. Hij stelt vast dat er bij deze notie vaak sprake is van een juridische benadering van menselijke waardigheid in termen van mensenrechten. Er is nauwelijks een uitwerking van het begrip menselijke waardigheid en de uitwerking die er is, ziet op materiële aspecten van het leven. In zijn bijdrage gaat hij op zoek naar de wortels van menselijke waardigheid. Hij werkt de notie van de mens als beeld en gelijkenis van God uit. Tot slot past hij de notie van menselijke waardigheid toe op de rechtsstaat op drie deelterreinen. De gewetensvrijheid, de persoonlijke verantwoordelijkheid van de mens en de plek van vergeving.

In het nadenken over de rechtsstaat is binnen de christendemocratie een interessante ontwikkeling zichtbaar. Jacob van de Beeten onderzoekt de verhouding tussen christendemocratie en rechtsstaat vanuit een historisch perspectief. Allereerst gaat hij in op de opkomst van de christendemocratie in West-Europa. Vervolgens kijkt hij hoe christendemocratische ideeën, principes en standpunten na de Tweede Wereldoorlog in belangrijke mate de politiek van West-Europa bepaalden en doorwerkten in de institutionele structuur van nationale staten en internationale samenwerkingsverbanden. Tot slot trekt hij lessen uit deze historische schets voor de relatie tussen christendemocratie en rechtsstaat in het heden.

Sophie van Bijsterveld gaat in op één van de kernpunten van de democratische rechtsstaat: de machtscheiding. Door de toeslagenaffaire is de machtscheiding weer in het middelpunt van de belangstelling gekomen. Desondanks wordt machtscheiding in het moderne constitutionalisme stiefmoederlijk behandeld. Om verder te kunnen, moeten wij niet alleen de beginselen van de rechtsstaat benoemen, maar ook het verhaal van hun

wordingsgeschiedenis. Dat is een verhaal van ideeën én van maatschappelijke en politieke geschiedenis en wel in onderlinge samenhang. Van Bijsterveld geeft inzicht in de diepere achtergronden van de machtscheiding en laat de waarden die eraan ten grondslag liggen zien. Ze pleit ervoor de notie van integriteit meer aandacht te geven om zo recht te doen aan de personele dimensie van de machtscheiding. In haar genealogie laat ze zien dat de machtscheiding raakvlakken heeft met andere klassieke rechtsstaatsbeginselen en zelfs met (de voorlopers van) democratie. Machtscheiding vormt zogenoemd de sleutel voor een begrip van de rechtsstaat en een visie op de toekomst van de rechtsstaat.

In het huidige debat over de rechtsstaat is de christendemocratische stem niet meer zo nadrukkelijk aanwezig als net na de wederopbouw van Europa na de Tweede Wereldoorlog. In toenemende mate is er sprake van een liberale consensus met bijbehorende opvatting over de inrichting van de rechtsstaat. In de dominante liberale benadering van de rechtsstaat schuilt echter een probleem. De Duitse jurist Böckenförde heeft dit probleem geformuleerd: 'De liberale, seculiere staat leeft van vooronderstellingen die hij zelf niet kan garanderen'. De rechtsstaat leeft van een rechtsstatelijk ethos. Dat kan inderdaad niet wettelijk worden geregeld, of op een andere manier gegarandeerd. Ariën Voogt werkt deze stelling uit en betoogt dat dit ethos moet worden verinnerlijkt. Hoe kan dat gebeuren als de godsdienst daartoe niet meer in staat is? Voor die vraag stelt het Böckenförde-dictum ons nog steeds en geeft zelf geen oplossing.

Om hier een oplossing voor te geven, is het van belang om op zoek te gaan naar een rechtsstatelijk ethos.

### Op zoek naar een rechtsstatelijk ethos

Hiervoor gaan we te rade bij vier verschillende invalshoeken: het personalisme, het natuurrecht, de deugdenethiek en het denken van Martha Nussbaum. Timo Slootweg opent deze zoektocht door het Bijbels personalisme te bespreken en in te gaan op het denken van Paul Scholten. De persoon vormt de horizon die zijn gedachten over recht en politiek bepaalt: samenleving en politiek behoren ten diepste noch op de natuur (op enig natuurrecht), noch op de cultuur (op enig cultuurrecht) gegrondvest te worden, maar op de persoon van God, de persoon van Christus en de persoon van de ander. Hij plaatst dit personalisme tegenover het cultuurchristendom, waarin we verward worden met de gedachte dat de essentie en identiteit van het christendom in ideeën, principes en tradities gelegen is. Deze verwenning leert ons niet om te gaan met onzekerheden, gewetensvragen en beslissingen, terwijl zowel het geloof, als het leven en de democratische rechtsstaat dit juist van ons vragen. Het is tegen

deze achtergrond dat het betere alternatief, het personalisme, zich het best laat begrijpen: het kan ook in seculiere zin ‘op eigen benen staan’, maar is niettemin onlosmakelijk verbonden met het joodse en christelijke existentialisme dat in de Bijbel wortelt.

Naast het personalisme gaan we op zoek naar hoe het natuurrecht kan functioneren als norm voor de rechtsstaat. Christiaan Alting von Geusau schrijft over het natuurrecht voor de rechtsstaat. Hij stelt vast dat het actuele maatschappelijk debat en de daarmee verbonden politieke prioriteiten wereldwijd uitzonderlijk veel aandacht besteden aan het behoud van de natuur en dan vooral de problematiek rondom milieuvervuiling en klimaatverandering. Toch ontbreekt er iets heel wezenlijks aan dit verhaal en maar weinig mensen schijnen zich hiervan bewust te zijn, vooral in het maatschappelijk debat. Te vaak gaan we voorbij aan onze menselijke natuur waarmee hij de objectieve werkelijkheid van ons menselijk bestaan bedoelt. Het is juist dit kerndeel van de ons gegeven en daarmee niet zelfgemaakte menselijke natuur, die zo allesbepalend is om te begrijpen en te respecteren, als we wat betreft de eerder beschreven doemscenario’s een zinvol antwoord willen kunnen formuleren. Er is dus niet alleen een ecologie van onze natuurlijke leefomgeving, maar ook een ecologie van de mens en die moeten we willen zien en respecteren, willen we in staat zijn in ware vrijheid te leven en niet slaaf worden.

Na deze zoektocht naar diverse invullingen voor de versterking van het ethos voor de rechtsstaat kijken we hoe dit ethos overgedragen kan worden. Emma Cohen de Lara behandelt de vraag hoe het noodzakelijke ethos voor de rechtsstaat overgedragen kan worden via vorming en onderwijs. Zij sluit aan bij het brede rechtsstaatsbegrip dat in deze bundel centraal staat. Het begrip rechtsstaat communiceert een bredere visie als een samenleving waarin men elkaar recht doet, en waarbij de verantwoordelijkheid van gezagsdragers en ambtenaren om recht te doen uiteraard groter is dan van de gewone burger. Emma Cohen de Lara onderzoekt hoe de vorming van leerlingen en studenten eruit kan zien. Ze sluit aan bij de deugdenethiek, en haar verbondenheid met onderwijs waarbij de docent een belangrijke voorbeeldfunctie vervult en waarbij filosofische, literaire, en historische teksten belangrijke gesprekspartners zijn die de leergierigheid stimuleren, en soms zelfs ook de geestigheid. In de bredere samenleving bevorderen de deugden, zoals de leergierigheid en de humor, de vriendschappelijke relaties tussen burgers.

Rien Fraanje gaat hierop door en onderzoekt hoe vorming in de deugdenethiek kan helpen om een rechtsstatelijke cultuur te creëren en over te dragen. Hij gaat daarvoor te rade bij de invloedrijke Amerikaanse filosoof Martha Nussbaum. Veel van haar publicaties gaan over de vraag wat rechtvaardigheid is. In zijn essay behandelt hij twee boeken die laten zien welk

belang Nussbaum stelt aan deugden als basis voor een goed functionerende rechtsstaat. Die heeft volgens haar geen kans van bestaan als de deelnemers aan die samenleving de onderliggende principes van de rechtsstaat niet dragen en bereid zijn te investeren en oefenen in de vaardigheden die daarvoor nodig zijn. Dat pleidooi voor deugdzaamheid houdt zij niet rechtstreeks; in de hieronder te bespreken boeken staat die deugdenleer niet centraal. Ze kaart een ander vraagstuk aan en wijst als één van de oplossingen naar het belang van deugden. Het eerste boek bespreekt de godsdienstvrijheid die volgens Nussbaum onder druk staat. Het tweede boek bepleit het belang van de geesteswetenschappen in het onderwijs. Beide betogen eindigen met een pleidooi voor een deugdenethiek.

### Toekomst van de rechtsstaat

Tot slot onderzoeken we de toekomst van de rechtsstaat. Hans-Martien ten Napel onderzoekt de christendemocratie als modern-constitutionele beweging. Volgens hem is het moderne constitutionalisme politiek wat verweesd geraakt. Een deel van de oorspronkelijke aanhangers heeft zich doorontwikkeld richting het nieuwe, postmoderne constitutionalisme. Hiertegen is een oppositie ontstaan, die deels teruggrijpt op het gedachtegoed van de oorspronkelijke tegenstanders van het moderne constitutionalisme. Het is de vraag of er voor de christendemocratie niet een interessante politieke profilering te vinden valt als pleitbezorger van dit moderne constitutionalisme.

Joyce Esser kijkt naar de christendemocratische betekenis van de rechtsstaat vanuit recente ontwikkelingen in het bestuursrecht. In het bestuursrecht wordt momenteel volop gepleit voor een overgang naar een meer responsieve rechtsstaat. De overheid verschuilt zich dan niet langer achter regels, maar denkt actief mee met de problemen die burgers ervaren. Esser betoogt dat de christendemocratie uitstekende aanknopingspunten biedt voor een responsief openbaar bestuur, omdat de sociale rechtsstaat eigenlijk altijd tot haar kern behoorde. Tegelijkertijd plaatst ze enkele kritische kanttekeningen bij de manier waarop daar momenteel binnen het CDA invulling aan wordt gegeven.

Bas Bots gaat in op een alternatieve houding in de fiscaliteit. Hij stelt dat er een herijking nodig is van de legistische houding in het belastingrecht. Deze houding leidt allereerst tot een *command-and-control*-omgeving waarin weinig ruimte is voor ethische afwegingen. Ten tweede is er nu veel bijna onbegrijpelijke wetgeving. Bots schetst in zijn essay eerst hoe de ethiekvrije omgeving is ontstaan. Vervolgens bespreekt hij de onwenselijke gevolgen van deze houding. Tot slot bespreekt hij aan de hand van een christendemocratisch



kader een alternatieve houding voor de fiscaliteit waarbij ruimte is voor fiscaal-ethische overwegingen.

Geurt Henk Spruyt schrijft over de digitale rechtsstaat. In zijn essay schetst hij de contouren van een christendemocratische visie op de digitale rechtsstaat. Hij doet dit aan de hand van de vier kernwaarden van het CDA, namelijk publieke gerechtigheid, solidariteit, gespreide verantwoordelijkheid en rentmeesterschap. Vervolgens kijkt hij hoe deze kernwaarden onder druk staan en hoe een oplossing hiervoor gezocht kan worden. Hij gaat in op de vraag hoe Big Data en kunstmatige intelligentie (AI) de positie van de regering binnen de trias politica zowel versterken als verzwakken en ook een bedreiging vormen voor het recht op privacy.

De bundel wordt afgesloten door Ernst Hirsch Ballin. Hij laat in zijn bijdrage *Van ethos naar praxis van de rechtsstaat* de rode draad van de verschillende bijdragen zien en voert een pleidooi voor de sociale rechtsstaat. Hij gaat ook in op de actuele problematiek van de georganiseerde criminaliteit en de bestrijding van terrorisme. Hij laat zien op welke manier dit de rechtsstaat van buitenaf bedreigt. In de aanpak hiervan pleit hij voor rechtsstatelijkheid tegen de tendens om de beginselen van de rechtsstaat aan te tasten. Men kan de rechtsstaat alleen met blijvend resultaat verdedigen met de middelen die bij dezelfde rechtsstaat passen. Een hooggestemd discours over de rechtsstaat mag dus niet in vrijblijvendheid vervliegen. Hij heeft een duidelijke boodschap voor politieke partijen om de heroriëntatie van het ethos van de rechtsstaat, zoals in deze bundel is besproken, te vertalen in een politieke praxis.



# Deel 1

## Historische grondslagen van de rechtsstaat



# Menselijke waardigheid als uitgangspunt voor de democratische rechtsstaat

**Maurits Potappel**

In 2010 pleitte de staatscommissie-Thomassen om een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen waarin expliciet zou worden vermeld dat Nederland een democratische rechtsstaat is en dat de overheid de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen waarborgt.<sup>1</sup> In 2017 werd een wetsvoorstel tot wijziging van de Grondwet ingediend dat een algemene bepaling aan de Grondwet toevoegt: ‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.’<sup>2</sup> De menselijke waardigheid haalde het niet voor deze algemene bepaling. Ook het eindrapport *Lage drempels, hoge dijken*, dat in 2018 werd gepresenteerd, sprak met geen woord over de menselijke waardigheid als onderdeel van de Grondwet. Dit is opmerkelijk gezien het feit dat ongeveer 75 procent van de constituties van 193 landen een expliciete verwijzing naar het begrip menselijke waardigheid bevat.<sup>3</sup> Slechts vijf lidstaten van de Europese Unie, waaronder Nederland, hebben geen verwijzing naar de menselijke waardigheid in hun constitutie opgenomen.

In Europees verband horen de menselijke waardigheid en bijbehorende mensenrechten tot de kern van de rechtsstaat. In 1990 werd de Venice-Commission ingesteld om te reflecteren op de invulling van de kernelementen van de rechtsstaat.<sup>4</sup> Naast rechtszekerheid en rechtsgelijkheid behoort ‘respect for human rights’ tot de kern van de rechtsstaat volgens deze commissie.

<sup>1</sup> W.M.E. Thomassen et al., Rapport Staatscommissie Grondwet, Den Haag, 2010, p. 40.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34 516, nrs. 1-3.

<sup>3</sup> A. de Baets, ‘A Successful Utopia: The Doctrine of Human Dignity’, *Historiein*, 2007, 7, p. 72 & p. 76.

<sup>4</sup> S. Zouridis, *De institutionele crisis van de rechtsstaat. Over de binnenkant van rechtsstatelijk bestuur*, Den Haag: Boom Bestuurskunde, 2019, p. 64.

Het is logisch dat de menselijke waardigheid in Europees verband centraal gesteld wordt in het nadenken over de rechtsstaat. Na de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog moest de menselijke waardigheid op alle mogelijke manieren gewaarborgd worden. In hun toelichting op het begrip menselijke waardigheid als onderdeel van een algemene bepaling in de Grondwet schrijft de staatscommissie-Thomassen dat ‘respect voor de menselijke waardigheid ten grondslag ligt aan veel van de mensenrechtencatalogi van na de Tweede Wereldoorlog. Eigenlijk zijn alle mensenrechten, met inbegrip van de grondrechten die in de Grondwet zijn opgenomen, in meerdere of mindere mate te zien als een uitdrukking van het beginsel van eerbiediging van de menselijke waardigheid’.<sup>5</sup> Bijvoorbeeld de Preambule van het Handvest van de Verenigde Naties, de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM) en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (HGEU) stellen de menselijke waardigheid centraal. De UVRM opent met: ‘Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren. Zij zijn begiftigd met verstand en geweten.’<sup>6</sup> Het HGEU stelt ‘de menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd.’<sup>7</sup> Menselijke waardigheid is volgens het HGEU zelfs ‘de grondslag van alle grondrechten.’<sup>8</sup>

### Wat is menselijke waardigheid?

In deze documenten wordt hoog opgegeven van het begrip menselijke waardigheid. Menselijke waardigheid wordt beschouwd als een universele en onschendbare waarde. De Preambule van het UVRM stelt zelfs dat ‘de erkenning van de inherente waardigheid en van de gelijke en onvervreembare rechten van alle leden van de mensengemeenschap grondslag is voor de vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld.’ Maar wat houdt dit begrip precies in en waarom openen deze verdragen met deze verwijzing? Zowel de UVRM als het Handvest nemen de menselijke waardigheid als gegeven aan, maar geven nauwelijks een nadere definiëring.<sup>9</sup> Het bleek bij de opstelling van deze verdragen erg lastig om tot een algemeen aanvaarde invulling en fundering van menselijke waardigheid te komen. Aangezien de opstellers geen overeenstemming konden bereiken over de fundering van menselijke waardigheid besloten ze om een nadere bepaling achterwege te laten. Het

<sup>5</sup> Staatscommissie-Thomassen, p. 41.

<sup>6</sup> Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, 1948, artikel 1.

<sup>7</sup> Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (HGEU), 2000, artikel 1.

<sup>8</sup> Ibid., toelichting op artikel 1.

<sup>9</sup> S. Waanders, ‘Radboudstichting 100 years’, in: D. Loose en S. Waanders (eds), *Work and human dignity in the context of globalisation. International expert seminar of 100 years Radboudstichting*, Budel: Damon, 2007, p. 16.

HGEU bevat een korte toelichting op het begrip menselijke waardigheid waarbij menselijke waardigheid verbonden wordt met materiële behoeften: ‘Zij omvat met name het fundamentele recht van eenieder op bestaansmiddelen en voorzieningen die voor hemzelf en zijn gezin toereikend zijn.’

Drie zaken vallen hierbij op: (1) er is sprake van een juridische benadering van menselijke waardigheid in termen van mensenrechten<sup>10</sup> (2) er is nauwelijks een uitwerking van het begrip menselijke waardigheid (3) en de uitwerking die er is, ziet op materiële aspecten van het leven. Dit roept een aantal vragen op. De Britse denker MacIntyre stelt dat het begrip ‘menselijke waardigheid’ als bezweringsformule vaak worden gebruikt om ‘totaal relativisme’ te voorkomen, maar dat er weinig wordt nagedacht over de worteling en fundering van dit begrip.<sup>11</sup> Is naast de juridische benadering geen bredere benadering vereist om recht te doen aan de mens als persoon? Dreigt menselijke waardigheid door een beperkte, materiële definiëring niet ‘afgesneden te worden van haar wortels?’<sup>12</sup>

### Waardigheid als zelfbeschikking en persoonlijke autonomie?

De staatscommissie-Thomassen doet een poging om enige duiding aan de menselijke waardigheid te geven.<sup>13</sup> De staatscommissie wijst erop dat het begrip menselijke waardigheid in ‘de uitleg van andere grondrechten een leidraad kan vormen voor het maken van keuzes bij de afweging van belangen in het geval grondrechten met elkaar botsen’. De commissie kleurt de menselijke waardigheid vervolgens in met de noties van ‘zelfbeschikking’ en ‘persoonlijke autonomie’. ‘Dat beginsel impliceert dat iedere persoon binnen grenzen gerechtigd is om te handelen op basis van zijn eigen idee van de inrichting van zijn eigen leven, in plaats van op basis van de ideeën die de overheid heeft.’<sup>14</sup> De vraag is of met deze functionele benadering en invulling van waardigheid aan de hand van ‘zelfbeschikking’ en ‘persoonlijke autonomie’ recht gedaan wordt aan de rijke geschiedenis van de menselijke waardigheid. Kunnen we vanuit een bestudering van de geschiedenis van de menselijke waardigheid dit begrip van meer kleur voorzien?

<sup>10</sup> R.H. van de Beeten, T. van der Linden & M. Neuteboom, ‘Menselijke waardigheid: ijkpunt voor christen-democratische vernieuwing’, in: *Christen Democratische Verkenningen. Menselijke waardigheid*, Amsterdam: Boom Uitgevers, winter 2011, p. 25.

<sup>11</sup> R. Williams, *Geloof in de publiek ruimte*, Vught: Skandalon, 2013, p. 198-199.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p.26.

<sup>13</sup> Staatscommissie-Thomassen, p. 41-42.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 42.

## Geschiedenis van waardigheid

Het begrip *dignitas* doet in het Westen zijn intrede via de Romeinse advocaat en schrijver Cicero. Hij schrijft hierover in *De natura Deorum* en *De Officiis*.<sup>15</sup> Waardigheid bij Cicero hangt nauw samen met verdiensten (*merites*) en erkenning van anderen op basis van prestaties.<sup>16</sup> Christelijke auteurs zoals Lactantius en Thomas van Aquino nemen het begrip *dignitas* over.<sup>17</sup> De christelijke auteurs verbinden de menselijke waardigheid met de mens als schepsel van God en de verlossing van de mens door Christus waardoor de mens tot een goddelijke waardigheid is verheven. De mens kan deze waardigheid echter ook aantasten door te zondigen, zo waarschuwt Thomas van Aquino. In het denken over waardigheid in de christelijke traditie neemt deze verhouding van zonde en genade daarom een belangrijke plek in. Weer eeuwen later komt het accent in de definiëring van waardigheid te liggen op de rede via Immanuël Kant en Friedrich Schiller.<sup>18</sup> Schiller stelt dat: 'dignity is the expression of a noble disposition of mind'.<sup>19</sup> De *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* codificeert menselijke waardigheid uiteindelijk in 1789 en verbindt deze notie met een aantal basale mensenrechten.<sup>20</sup>

Hoewel het begrip menselijke waardigheid dus geen inherent christelijk idee is, heeft het wel een extra verdieping gekregen vanuit het christendom. Er kan in de definiëring van het begrip *dignitas* namelijk een onderscheid worden gemaakt tussen actieve en passieve waardigheid. Actieve of verdiende waardigheid sluit aan bij de uitleg van Cicero waarin waardigheid samenhangt met aanzien, verdienste en status. Passieve waardigheid is daarentegen intrinsiek en onvoorwaardelijk. Binnen het christendom wordt vooral deze definiëring van waardigheid gebruikt doordat elk mens hierbij een gewild schepsel van God is. Een andere tweedeling van waardigheid ziet op de begrippen individu en rede tegenover persoon en liefde.<sup>21</sup> In de uitleg van denkers als Kant en Schiller hangt waardigheid samen met het zijn van een redelijk wezen. Door je als een autonoom individu te ontplooien kun je jezelf redelijk tot de wereld te verhouden en vanuit zelfbeschikking relaties aangaan met andere autonome, redelijke individuen middels het sluiten van contracten.

15 M.T. Cicero, *De Officiis*, 44 v. Chr, 6.106.

16 S.C. Shershow, *Deconstructing Dignity*, Chicago: University of Chicago Press, 2013, p. 53.

17 T. van Aquino, *Summa Theologiae*, 1485, IIaIIae 64,2.

18 F. Schiller, *On Grace and Dignity*, Washington: Schiller Institute, 1992, p. 376-377.

19 Ibid., p. 370.

20 N. Jacobson 'Dignity and health: A review', *Social Science & Medicine*, 2007, 64, p. 293.

21 P. van Geest & E. de Jong, 'Niet hemels, niet aards, niet sterfelijk, niet onsterfelijk: menselijke waardigheid in de christelijke traditie', in: *Christen Democratische Verkenningen. Menselijke waardigheid*, Amsterdam: Boom Uitgevers, winter 2011, p. 39.



Hoewel deze idealistische poging van Kant om tot ‘een ethiek van de rede’ te komen aanlokkelijk leek, bewees de twintigste eeuw dat de menselijke rede niet in staat was om een antwoord te bieden aan de verschrikkingen waartoe de mens ook in staat is.<sup>22</sup> In zijn boek *Exodus* wijst de onlangs overleden opperrabijn Jonathan Sacks op ‘de kracht van de geschiedenis’ en ‘de herinnering’ om tegenwicht te bieden aan haat. Hij gaat te rade bij de Thora en wijst op de grote zorg voor elk mens die daarin naar voren komt. Zo roept de Thora op om goed te zorgen voor de vreemdeling. Op 36 plekken in de Thora wordt gewaarschuwd om de vreemdeling slecht te behandelen. De Thora kiest hiermee de kant voor de onderdrukten, de verworpenen en degenen die geen stem hebben. Haat tegen vreemdelingen is zo oud als de wereld en een van de beloften van de Verlichting was om in ‘het tijdperk van de rede’ een einde hieraan te maken. Maar ondanks de mooie woorden braken er in 1789 onlusten uit tegen de joodse gemeenschap in de Elzas en groeide de jodenhaat in Engeland en Duitsland in de negentiende eeuw.<sup>23</sup>

Een ethiek louter gebaseerd op de rede doet geen recht aan de gebroken werkelijkheid en het menselijk tekort. Er is meer nodig om de waardigheid van de mens te waarborgen dan een ‘universele rede’. Ik wees reeds op de christelijke notie van de zonde. Naast het gebrek van de zwakheid van de mens is er nog een aantal fundamentele problemen. Want wat te doen met mensen die niet of nog niet volkomen autonoom kunnen beschikken over hun rede? Te denken valt aan de zwaksten in de samenleving, zoals kinderen, bejaarden maar ook gehandicapten. Verliezen die automatisch hun waardigheid of is hun waardigheid minder?

Naast de oplossing van de ‘kracht van de geschiedenis’ die de Thora ons aanraakt zouden we kunnen kijken naar de begrippen persoon en liefde. Bij het begrip persoon staan relaties, gemeenschappen en het menselijke tekort centraal. Door menselijke waardigheid te funderen in de persoon met alle bijbehorende relaties, komt de verhouding tot de andere mens centraal te staan. Deze verhouding moet idealiter beheerst worden door liefde. Het Handvest van de Verenigde Naties verbindt waardigheid reeds met het begrip persoon.<sup>24</sup> Hier is duidelijk de stroming van het personalisme zichtbaar die aandacht vraagt voor de mens als persoon en als relationeel wezen.

<sup>22</sup> J. Sacks, *Exodus, boek van bevrijding*, Middelburg: Skandalon, 2019, p. 180.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>24</sup> Zie de bijdrage van Timo Slootweg voor een uitgebreide inleiding in het personalisme.

## De mens als beeld en gelijkenis van God

Christelijke personalisten zoals Mounier, Maritain en Ratzinger wijzen erop dat de mens een schepsel van God is. De mens krijgt het leven geschonken. Dit betekent dat waardigheid onvoorwaardelijk is en berust op een grondslag die de mens overstijgt. Er zit daarom automatisch ook een natuurrechtelijke component aan het begrip waardigheid aangezien er een objectieve maatstaf is waarin de menselijke waardigheid gegrond is. Door in het nadenken over waardigheid de natuurrechtelijke invalshoek een plek te geven kan willekeur en subjectivisme tegengegaan worden. Tegelijkertijd heeft het natuurrecht de valkuil om de aandacht voor de concrete persoon te verliezen. Het is daarom ook van belang om in het nadenken over waardigheid te rade te gaan bij het personalisme. De personalistische connotatie van het begrip waardigheid ziet erop dat de persoon niet verbonden is met een bepaald land, groep of volk. Elk mens verdient het om met bijpassende hoogachting behandeld te worden. Menselijke waardigheid is hier veel meer dan een toegekend recht zoals vooral de mensenrechtenverdragen benadrukken.<sup>25</sup> Het betekent ook dat de mens een opdracht heeft.<sup>26</sup> De mens is als schepsel geroepen om cocreator te zijn en de noties uit de schepping, zoals waardigheid te concretiseren en te codificeren om zo aan volgende generaties door te geven. De mens als 'beeld en gelijkenis van God' veronderstelt zorgezien een opdracht om vreedzaam samenleven in elke tijd weer opnieuw mogelijk te maken. Hierdoor komt de relationele dimensie van de mens tot uiting, aangezien de mens moet samenleven met anderen en hiervoor praktische vormen moet zoeken op individueel, sociaal en religieus niveau. Dit is te zien in de verhouding van een kind tot ouders, in het politiek actief zijn of in het aangaan van een huwelijk. Deze relaties zijn niet 'extern of toevallig maar zijn bepalend voor wat werkelijk de menselijke identiteit is'.<sup>27</sup> Uit deze relaties van persoon tot persoon vloeit zagezegd een 'cultuur van de waardigheid' voort.<sup>28</sup>

## Geweten

Deze cultuur van waardigheid wordt in de christendemocratie verbonden met het geweten. Het appèl van de ander resonanceert namelijk in het geweten en elk mens kan hier in vrijheid de beslissing maken om het appèl wel of niet te

25 M. Cartabia & A. Simoncini, *Pope Benedict XVI's Legal Thought: A Dialogue on the Foundation of Law*, New York: Cambridge University Press, 2015, p. 46.

26 P. van Tongeren, 'Menselijke waardigheid als opgave', *Christen Democratische Verkenningen. Menselijke waardigheid*, Amsterdam: Boom Uitgevers, winter 2011, p. 124.

27 R. Ruston, *Human Rights and the Image of God*, Londen: Hymns Ancient & Modern Ltd 2004, p. 279.

28 R. Williams, *Geloof in de publiek ruimte*, Vught: Skandalon, 2013, p. 214-218.

beantwoorden. De deugden van de moed en de verstandigheid kunnen helpen om dit antwoord concreet gestalte te geven en zo te groeien in waardigheid.<sup>29</sup> Met het begrip geweten krijgt het begrip waardigheid een rijkere invulling dan louter de noties van ‘zelfbeschikking’ en ‘autonomie’. In de UVRM (1948) staat reeds dat ‘alle mensen (...) begiftigd zijn met verstand en geweten’. De notie van het geweten moet vooropgesteld worden bij de bescherming van de menselijke waardigheid. Het geweten laat namelijk zien dat de mens niet alleen materie, maar ook geest is, waarmee het goede gekend en gedaan kan worden. Het geweten moet hiervoor opgevoed worden, aangezien de mens ook behept is met het een tekort. Dit betekent dat de rechtsstaat de gewetensvrijheid en de onderwijsvrijheid moet beschermen.

In de organische verbanden zoals het gezin wordt het geweten opgevoed en worden overtuigingen gevormd.<sup>30</sup> In verbanden zoals het gezin, de vereniging en de kerk leren mensen om het eigenbelang te overstijgen en zich belangeloos in te zetten voor de ander. Hiervoor is het echter wel noodzakelijk dat de spelregels van het recht helder uiteengezet zijn, zodat daarbinnen de ruimte ontstaat om het spel te spelen.<sup>31</sup>

De gewetensvrijheid staat echter onder druk. Aan de ene kant is er het extreem van religieuze fundamentalisten die hun geloof willen opleggen aan medeburgers en aan de andere kant is er het extreem van secularisten die het geloof op elke wijze het publieke domein willen uitbannen.<sup>32</sup> Het publieke domein is vanuit christendemocratisch oogpunt per definitie pluriform en geeft ruimte voor alle opvattingen, ook geloofsopvattingen.<sup>33</sup> Vanuit de vrijheid van geweten geredeneerd moet het publieke domein ruimte bieden aan alle geluiden om de waardigheid van elk mens recht te doen. Het publieke domein is de plek waar ‘het debat losbarst, (...) en waar in principe iedereen bij betrokken wordt’.<sup>34</sup>

## Vergeving

Het geweten is belangrijk omdat het ons vertelt wat goed en kwaad is. In de zoektocht naar een invulling van menselijke waardigheid moet de notie van het

<sup>29</sup> Zie de essays van Emma Cohen de Lara en Rien Fraanje in deze bundel over het belang van vormend onderwijs en een inleiding in de deugdentraditie voor de rechtsstaat.

<sup>30</sup> P. Scholten, G.J. Scholten, Y. Scholten, & M.H. Bregstein (ed.), *Geschriften van wijlen prof. mr. Paul Scholten*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1949, p. 384.

<sup>31</sup> M. Potappel ‘Op zoek naar een nieuwe rechtscultuur’, *Christen Democratische Verkenningen. In de ban van sport*, Amsterdam: Boom Uitgevers, zomer 2021, p. 38.

<sup>32</sup> R. Williams, *Geloof in de publiek ruimte*, Vught: Skandalon, 2013, p. 52-67.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>34</sup> C. Taylor, *Een seculiere tijd*, Rotterdam: Lemniscaat, 2009, p. 274.

kwaad en het menselijk tekort eerlijk benoemd worden. Het feit dat de mens fouten maakt of besluit om zijn geweten niet te volgen neemt de waardigheid niet automatisch weg, maar het betekent wel dat de mens hulp nodig heeft om in zijn waardigheid hersteld te worden. We moeten daarom nog een laatste stap zetten in onze zoektocht naar wat waardigheid inhoudt door te kijken naar de werking van vergeving voor de waardigheid van de mens. In de wereldliteratuur is de betekenis van vergeving schitterend uitgewerkt door de Russische auteur Dostojevski in zijn roman *Misdaad en Straf* waarin de hoofdpersoon Raskolnikov stap voor stap tot de erkenning van schuld komt en vergeving ontvangt na een lange loutering. Tot slot vindt hij de vergeving en zo eindigt de roman ook: ‘Maar hier begint een nieuw verhaal, het verhaal van de geleidelijke vernieuwing van een mens, het verhaal van zijn geleidelijke wedergeboorte, van een geleidelijke overgang van de ene wereld naar de andere, van de kennismaking met een nieuwe werkelijkheid die hem tot dan volkomen vreemd was geweest.’<sup>35</sup> Dostojevski laat zien hoe belangrijk vergeving is voor een rechtsstaat en wat vergeving kan doen met de waardigheid van een mens die zijn waardigheid verliest en terugkrijgt.

### Plekken van vergeving

Het is daarom noodzakelijk voor een democratische rechtsstaat om plekken te creëren waar vergeving kan plaatsvinden. Voormalig president van de Hoge Raad Geert Corstens deed een aantal concrete voorstellen: ‘Voor berouw, gevolgd door vergeving en herstel en verzoening moet meer plaats worden ingeruimd. Bestaande initiatieven verdienen verdere ondersteuning. In art. 51h van het Wetboek van Strafvordering is sinds 1 januari 2012 voorgeschreven dat het Openbaar Ministerie bemiddeling bevordert tussen het slachtoffer en de verdachte. Als dit tot een overeenkomst tussen de verdachte en het slachtoffer heeft geleid, houdt de rechter, als hij een straf of maatregel oplegt, daarmee rekening. Ook bevordert het Openbaar Ministerie volgens deze regeling bemiddeling tussen de veroordeelde en het slachtoffer als het slachtoffer dat wil.’<sup>36</sup>

### Vergeving in seculiere context

De Duitse filosoof Hannah Arendt past deze notie van vergeving toe op het seculiere domein. Ze benadrukt dat je niet per se gelovig moet zijn om vergeving als sociale praktijk te onderkennen: “De ontdekker van de waarde

<sup>35</sup> F. Dostojevski, *Misdaad en Straf*, Amsterdam: Uitgeverij Atlas Contact, 2014, p. 574.

<sup>36</sup> G. Corstens, ‘In iedereen zit nog altijd een vleugje liefde’, *Idee*, oktober 2019, 206, p. 41.

van vergeving in het domein van menselijke zaken was Jezus van Nazareth. Het feit dat deze ontdekking in een religieuze context en in religieuze taal werd overgebracht is echter geen reden om het minder serieus te nemen voor het seculiere domein (...) Het is beslissend in onze seculiere context dat Jezus vasthield tegenover de 'schriftgeleerden en farizeeën' dat het allereerst niet alleen waar is dat alleen God de macht heeft om te vergeven en ten tweede dat deze kracht van vergeving moet worden toegepast door mensen die elkaar de schulden vergeven zodat God ook de menselijke schulden jegens God vergeeft.<sup>37</sup>

Voor een rechtsstaat is vergeving cruciaal aangezien het mensen in staat stelt om opnieuw te beginnen. De fouten uit het verleden worden daarbij niet goedgepraat of vergeten, maar de mensen die deze fouten hebben begaan, krijgen wel vergeving. Niet alleen op persoonlijk vlak, ook op institutioneel of nationaal gebied is vergeving een cruciale notie om de waardigheid van een volk of land te herstellen. Zo kan een natie als geheel vergeving nodig hebben. In het naoorlogse Duitsland was het essentieel om de grote misdaden onder ogen te zien, en tegelijkertijd te werken aan herstel voor nieuwe generaties die met deze erfzonde geboren zouden worden. Juist in de heropbouw van Duitsland en de Duitse rechtsstaat kwamen de begrippen vergeving en menselijke waardigheid bij elkaar. De Duitse Grondwet van 1949 stelt in artikel 1.1 de bescherming van menselijke waardigheid als *hoogste rechtsnorm*. Duitsland liep, door de traumatische erfenis van het Naziregime, voorop in de bescherming en codificering van de menselijke waardigheid. In Duitsland kwam het begrip menselijke waardigheid centraal te staan. Juist door fouten uit het verleden te erkennen, kon een stap voorwaarts gemaakt worden.

### Het einde als nieuw begin

In het christendom staat vergeving centraal en is de ultieme waardigheid te vinden in de genade die de mens ontvangt waardoor hij op God gaat gelijken en het goede leert doen. Het christendom reikt met deze uitgebreide definiëring van waardigheid een sleutel aan om het begrip waardigheid beter te begrijpen. Tegelijkertijd past christenen bescheidenheid. Allereerst vanuit een historisch oogpunt omdat de geschiedenis heeft uitgewezen dat christenen niet automatisch deze theorie in de praktijk brengen. Daarnaast past christenen bescheidenheid omdat waardigheid niet per definitie een christelijk begrip

---

**37** H. Arendt, *The Human Condition*, Chicago: University of Chicago Press, 1958, p. 238-239.

is. Ernst Hirsch Ballin wees terecht op het feit dat christenen ‘menselijke waardigheid’ nooit mogen claimen als iets wat speciaal ‘van hen’ is.<sup>38</sup>

Het christendom laat zien dat waardigheid een geschenk is en wijst op de notie van onvoorwaardelijkheid. Hiermee krijgt de strikt juridische benadering van menselijke waardigheid een noodzakelijke uitbreiding, waar auteurs als Arendt en Dostojevski treffend op wijzen in hun werken. Door deze dimensie van vergeving en herstel, krijgt het begrip menselijke waardigheid haar diepste betekenis. Zo kan steeds een nieuw begin gemaakt worden: ‘Every end in history necessarily contains a new beginning, this beginning is the promise, the only message which the end can ever produce.’<sup>39</sup>

### Conclusie

In een christendemocratische visie op de rechtsstaat moet het begrip menselijke waardigheid leidend zijn. Hierbij is het echter van belang om de magere invulling van ‘autonomie’ en ‘zelfbeschikking’ uit te breiden met de rijke begrippen die de geschiedenis en verschillende religies en filosofische stromingen ons aanreikt. De grondhouding moet bestaan in de erkenning van de intrinsieke waardigheid van elk mens tegenover een verdiende waardigheid op grond van prestaties of op grond van de rede. De waardigheid van de mens ligt in het feit dat elk mens een schepsel van God is en daarmee geliefd is. In een christendemocratische visie op de rechtsstaat moet daarom steeds gezocht worden hoe deze dimensie versterkt kan worden. Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat de mens een tekort heeft en fouten maakt. Het is van groot belang om aan de ene kant de gewetensvrijheid te versterken zodat burgers zelf leren om het goede te doen en aan de andere kant plekken van vergeving te creëren zodat zij die de fout in gaan de ruimte krijgen voor herstel en hun waardigheid kunnen terugvinden. Willen we dit begrip waardigheid opnemen in de Grondwet dan moeten we ons realiseren dat onder dit begrip een ethos en een cultuur van waardigheid schuilgaat die constant geleerd, beoefend en overgedragen moet worden. Dit ethos van de rechtsstaat draagt de instituties die de rechtsstaat vormgeven. Deze bundel is een aanzet om dit ethos uit te werken en te versterken.

<sup>38</sup> E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Menselijke waardigheid in het politieke discours’, *Christen Democratische Verkenningen. Menselijke waardigheid*, Amsterdam: Boom Uitgevers, winter 2011, p. 130.

<sup>39</sup> H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Londen: Penguin Books Ltd, 2017, p. 629.

.....





# De christendemocratische wortels van rechtsstaat en mensenrechten

## Jacob van de Beeten

In Nederland zijn de christendemocratie en de rechtsstaat als twee handen op een buik. In het laatste verkiezingsprogramma van het CDA werd maar liefst 25 keer naar de rechtsstaat verwezen. Zo stelt het programma voor om expliciet in de Grondwet vast te leggen dat Nederland een democratische rechtsstaat is, pleit het voor het instellen van een constitutioneel hof en stelt het dat politici zich krachtig dienen uit te spreken ‘tegen personen en partijen die het vertrouwen in de instituties van de democratische rechtsstaat ondermijnen.’<sup>1</sup> Ook Pieter Omtzigt onderschrijft in zijn boek *Een nieuw Sociaal Contract* het belang van de rechtsstaat en doet verschillende voorstellen om het functioneren van de rechtsstaat te verbeteren.

Tegelijkertijd worden in christelijke en conservatieve hoek de rechtsstaat en mensenrechten steeds meer gezien als een liberaal-progressief project. Dit uit zich in kritiek op het juridisch afdwingen van vrouwen- en LGTB-emancipatie, of het bevorderen van het klimaatbeleid (bijv. via de Urgenda-uitspraak). Deze kritiek wordt het meest expliciet verwoord door de Hongaarse premier Orbán die de democratische rechtsstaat afwijst ten gunste van de illiberale democratie: een staatsbestel waar de wil van de meerderheid niet meer door rechtstatelijke checks and balances beperkt wordt.<sup>2</sup> Hij doet dit uitdrukkelijk in naam van de christendemocratie. Zo stelde Orbán enkele jaren geleden:

*‘Our response to this changed world, the Hungarian people’s response, has been to replace the shipwreck of liberal democracy’*

<sup>1</sup> CDA, ‘Nu doorpakken’, *verkiezingsprogramma CDA 2021-2025*, 2021, p. 80.

<sup>2</sup> Klassiek, zie: F. Zakaria, ‘The Rise of Illiberal democracy’, *Foreign Affairs*, 1997, 76, 6, p. 22-43; over Hongarije zie bijvoorbeeld: M. Bankuti, G. Halmai & K. Lane Scheppelle, ‘Hungary’s Illiberal Turn: Disabling the Constitution’, in P. Krasztev & J. van Til (red), *The Hungarian Patient: social Opposition to an Illiberal Democracy*, Budapest: CEU Press, 2015.

*by building 21st-century Christian democracy. We are Christian democrats, and we want Christian democracy.*<sup>3</sup>

Orbán wordt vaak weggezet als een machtsbeluste dictator en kleptocraat; als iemand die op macht uit is en vooral zijn eigen zakken wil vullen.<sup>4</sup> Ook wordt zijn opkomst in Hongarije verklaard als een gevoel van ressentiment onder de Oost-Europese bevolking tegen de politieke en culturele dominante van West-Europa.<sup>5</sup> Zulke verklaringen, hoewel zeker niet gespeend van waarheid, nemen Orbán's ideeën niet serieus genoeg. Dat komt omdat zij geen oog hebben voor de lange geschiedenis van de christendemocratie. Deze bijdrage zal daarom laten zien dat om de contemporaine christelijke en conservatieve kritiek op de liberale democratie te begrijpen, het noodzakelijk is om de geschiedenis van de christendemocratie in ogenschouw te nemen.

Ten eerste laat ik zien dat de christendemocratie lange tijd geen onverminderde voorstander van de moderne democratische rechtsstaat is geweest. Pas na afloop van de Tweede Wereldoorlog verzoent de christendemocratie zich met de moderne staat. Daarna ga ik in op de manier waarop de christendemocratie de naoorlogse politiek in West-Europa domineerde en een beslissende invloed uitoefende op de institutionele structuur van nationale staten en internationale samenwerkingsverbanden.<sup>6</sup> Tot slot betoog ik dat nu de christendemocratie haar dominante politieke positie verloren heeft, zij voor twee specifieke uitdagingen staat. Enerzijds, om duidelijk te maken dat rechtsstaat en mensenrechten niet onlosmakelijk verbonden zijn met progressief-liberale politiek; en anderzijds om bewust te blijven van het gevaar van de illiberale verleiding.

## De opkomst van de christendemocratie in West-Europa

Dat de omarming van de rechtsstaat door de christendemocratie geen vanzelfsprekendheid is, blijkt uit de lange geschiedenis van de

<sup>3</sup> Viktor Orbán, *Address after searing the prime-ministerial oath of office*, 10 May 2018, zie: <https://visegradpost.com/en/2018/05/12/viktor-orbans-full-speech-for-the-beginning-of-his-fourth-mandate/>

<sup>4</sup> Zie de biografie van Orbán: P. Lendvai, *Orbán. Europe's new strongman*, London: Hurst Publishers, 2017..

<sup>5</sup> Zie I. Krastev & S. Holmes, *The Light That Failed*, London: Penguin Books Ltd, 2020.

<sup>6</sup> De literatuur die in deze bijdrage wordt gebruikt, is vooral van Angelsaksische origine, omdat deze auteur daar eenvoudiger toegang toe heeft en er de laatste jaren vanuit het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten veel aandacht is voor de historische wortels van de christendemocratie. Een belangrijk nadeel van deze Angelsaksische literatuur is wel dat de christendemocratie al te stellig van het label 'conservatief' wordt voorzien.

christendemocratie.<sup>7</sup> Lange tijd was een groot deel van de christenen namelijk sterk gekant tegen de moderniteit en de moderne democratische staat.<sup>8</sup> Vanaf de Franse Revolutie (1789) stond de relatie tussen gelovige bevolkingsgroepen en de moderne staat onder grote druk – niet in het minst omdat de revolutionairen zich nadrukkelijk tegen het christendom hadden gekeerd.<sup>9</sup> Vanuit de katholieke kerk werd de moderniteit als zodanig afgewezen. Zo schreef paus Pius XI in 1864 in zijn *Syllabus Errorum* (lijst van dwalingen) dat het een dwaling was om de staat te beschouwen als de bron van alle rechten, om in geval van conflict het civiele recht boven het canonieke recht te plaatsen en om te denken dat de overheid zich zou mogen inlaten met religie, moraliteit en spirituele autoriteit.<sup>10</sup>

Deze principiële oppositie tegen de moderniteit in het algemeen en tegen het moderne staatsbestel in het bijzonder werd tegen het eind van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw echter steeds minder houdbaar. Enerzijds bleek de moderniteit bestendiger dan werd gedacht; anderzijds realiseerden confessionelen zich dat ze zichzelf maatschappelijk en politiek marginaliseerden door hun categoriale afwijzing van de moderniteit. Het is in deze context dat de christendemocratie haar oorsprong vindt. Zij kan dan ook gezien worden als een functionele politieke beweging: de christendemocratie had als doel om het christendom met de moderne democratie te verenigen, of in ieder geval om een plaats voor christelijke groeperingen binnen de moderne staat te garanderen.<sup>11</sup> Zo schreef Paus Leo XIII in 1885 dat het de plicht van iedere katholiek was om ‘populaire instituties te gebruiken in zoverre

7 Zie daarover de bijdrage van Ariën Voogt in deze bundel.

8 Vanwege de eigen confessionele bloedgroep en de beperkte ruimte van de auteur, ligt de nadruk in het navolgende meer op het katholicisme en de katholieke kerk dan het protestantisme.

9 Ten tijde van het *ancien regime* vormde de geestelijkheid een aparte stand in de Franse standenmaatschappij, die tijdens de revolutie aan haar einde kwam. Middels de zogenaamde *constitution civile du clergé* werd de katholieke kerk aan het gezag van de Franse overheid onderwerpen en verloor het veel van haar eigendommen. Priesters werden gedwongen om een eed af te leggen waarin zij hun loyaliteit aan de Franse staat verklaarden. Hierdoor ontstond een grote tegenstelling en spanning tussen het geestelijke en wereldlijke gezag.

10 Pius XI, *Syllabus Errorum*, 1864, §39, 42 & 44. Tegelijkertijd speelde Pius XI wel een grote rol in de rationalisering en modernisering van de katholieke kerk, een ontwikkeling die later van belang zou zijn voor de totstandkoming van transnationale christendemocratische politiek. Zie daarover W. Kaiser, *Christian Democracy and the Origins of European Union*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007..

11 J.W. Müller, 'Towards a new history of Christian Democracy', *Journal of Political Ideologies*, 2013, 18, 2, p. 243-255.

dat mogelijk is ten dienste van de waarheid en de rechtvaardigheid.<sup>12</sup> Meer concreet maakte na de publicatie van de pauselijke encycliciek *Rerum novarum* in 1891, de katholieke sociale leer haar opmars in West-Europa en werden de eerste katholieke werknemersverbanden en politieke partijen opgericht. Vanuit protestante hoek speelde Abraham Kuiper in Nederland een belangrijke rol om een synthese tussen moderniteit en religie te bewerkstelligen.<sup>13</sup> De onderwijsvrijheid van artikel 23 van de Grondwet vormt daarvan het meest duurzame resultaat. Ook werd het pleidooi van Leo XIII opgepikt door verschillende denkers die probeerden om een compromis te vinden tussen het christendom en de moderniteit. Zo schreef Jacques Maritain, een beroemde Franse christendemocratische denker, dat de ‘algemene en onveranderlijke Christelijke principes’ zich konden aanpassen aan de ‘particuliere omstandigheden’ van het historische tijdsgewricht van zijn tijd.<sup>14</sup>

Toch bleven christelijke groepen lange tijd ambivalent tegenover de ‘particuliere omstandigheden’ waarin zij leefden. In de eerste helft van de twintigste eeuw waren confessionelen niet altijd overtuigd van de democratische rechtsstaat en zagen zij het fascisme als een volwaardig alternatief voor de democratie – neem bijvoorbeeld de situatie in Spanje en Portugal waar het fascisme van Franco en Salazar sterk verbonden was met en gesteund werd door de katholieke kerk. Maar ook dichterbij huis zijn er voorbeelden te vinden. Zo poneerde de Duitse rechtsfilosoof Böckenforde – wiens beroemde dictum elders in deze bundel besproken wordt – in 1961 de stelling dat de oppositie van Duitse katholieken tegen de moderniteit een belangrijke rol had gespeeld in de opkomst van het fascisme. Volgens Böckenforde zagen veel katholieken het nationaalsocialisme als het minste kwaad en eventueel zelfs als een bolwerk tegen het atheïstische liberalisme en communisme.<sup>15</sup>

Pas in de naoorlogse context verzoent de christendemocratie zich met de democratische rechtsstaat. Jan Werner Müller beschrijft het als volgt: ‘Christian Democrats in post-war Europe were no longer in the business of grudgingly and resentfully accommodating the modern world – [they] really became

**12** Leo XIII, *Immortale Dei*, 1885. Geciteerd in C.I. Accetti, *What is Christian Democracy? Politics, Religion and Ideology*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 33.

**13** Zie daarover bijvoorbeeld J. Snel, *De zeven levens van Abraham Kuiper, portret van een ongrijpbaar staatsman*, Amsterdam: Prometheus, 2020.

**14** Jacques Maritain, geciteerd in Accetti, p. 34.

**15** E.W. Böckenforde, M. Künkler & T. Stein, ‘German Catholicism in 1933: A critical examination’, in M. Künkler & T. Stein (red.), *Religion, Law, and Democracy: selected writings*, Oxford: Oxford University Press, 2020.

democrats.”<sup>16</sup> Niet alleen verzoende de christendemocratie zich voluit met de parlementaire democratie, zij verscheen – in West-Europa althans – ook als de dominante politieke machtsfactor. Dit was geen vanzelfsprekendheid, laat de historicus Kaiser zien: ‘Conservative political Catholicism was discredited. Its interwar economic policies seemed to have aggravated the effects of the world economic crisis (...) Many conservative Catholics subsequently supported clerical dictatorships and fascism (...)the Catholic Church hierarchy was morally compromised.’<sup>17</sup> In plaats daarvan: ‘the future seemed to belong to socialism.’<sup>18</sup> Niet alleen had het socialisme het potentieel om een grote groep kiezers aan te spreken vanwege de nadruk op economische herverdeling en hadden socialisten overal actief deelgenomen aan het verzet tegen het nationaalsocialisme en het communisme, maar ook had het een sterke internationale dimensie die uitstekend aansloot op het tijdsgewricht waarin internationale samenwerking, bijvoorbeeld via de net opgerichte Verenigde Naties, centraal stond.

Het liep anders. In de eerste verkiezingen na de oorlog behielden de christendemocratische partijen in de Benelux-landen – waaronder de voorlopers van het CDA (de KVP, ARP en CHU) tussen de 40 en 50 procent van de zetels. In Italië wonnen de Democrazia Cristiana (DC) bijna 50 procent en in Duitsland zou de CDU het fundament leggen voor het langdurige premierschap van Konrad Adenauer (1946-1963). Frankrijk bleef enigszins een vreemde eend in de bijt, omdat daar de christendemocratische partij MRP al vrij snel concurreerde met de rechts-conservatieve partij van generaal De Gaulle. Niettemin zou ook hier de christendemocratie een flinke machtsbasis ontwikkelen, die zich onder andere vertaalde in het feit dat christendemocratische politici lange tijd het ministerie van Buitenlandse Zaken in handen hadden.<sup>19</sup> Vanaf die positie zou de christendemocraat Robert Schuman de eerste aanzet tot Europese integratie geven.<sup>20</sup> Het succes van de christendemocratische partijen lag onder andere in het feit dat enerzijds sociaaldemocratische partijen onvoldoende in staat waren om kiezers te winnen buiten hun traditionele achterban en liberale partijen weinig aantrekkingskracht hadden in de naoorlogse politieke omstandigheden

**16** J.W. Müller, *Contesting Democracy: Political Ideas in Twentieth-century Europe*, Yale University Press, 2011, p. 135.

**17** W. Kaiser, *Christian Democracy and the Origins of European Union*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 163.

**18** Ibid., p. 150.

**19** Ibid., p. 165

**20** M. Krijtenburg, ‘Robert Schuman’s Commitment to European Unification: The Inspiring Role of His Roman Catholic Faith’, *Philosophia Reformata*, 2015, 80, 1, p. 140-157.

(in tijden van heropbouw was er meer nadruk op het collectief dan het individu). Tot slot werd de christendemocratie door velen ook gezien als enige alternatief tegen de opkomst van het communisme.<sup>21</sup> Dit maakte dat de christendemocratie een ongekende invloed zou uitoefenen op de wederopbouw van West-Europa.

### Christendemocratie en democratische rechtsstaat

Die invloed is nadrukkelijk zichtbaar in het denken over de institutionele vormgeving van de rechtsstaat op nationaal en internationaal niveau. Het denken over de rechtsstaat onderging een drastische transformatie in de tweede helft van de twintigste eeuw. Gedurende de negentiende en twintigste eeuw had de rechtsstaat een sterk formeel karakter. Zo werd in de Duitse traditie het begrip Rechtsstaat lange tijd gedefinieerd als het principe ‘dat de overheid zich niet mocht mengen in de sfeer van individuele vrijheid als dit tegen de wet was (contra legem) of als er geen wettelijke basis voor deze inmenging bestond (praetor, ultra legem).’<sup>22</sup> Anders gezegd: de rechtsstaat duidde hier niet zozeer op de rule of law, maar op het idee van rule by law: de overheid mag alleen regeren door het vervaardigen van en op basis van wettelijke regels. De rechtsstaat werd dus niet gezien als een manier om overheidsmacht te beperken en had ook niet het doel om burgers tegen machtsmisbruik van de overheid te beschermen, maar was juist een benaming van de vorm en het instrument waarmee overheidsmacht werd uitgeoefend. Het concept ‘rechtsstaat’ werd in die tijd dan ook gebruikt om zeer uiteenlopende regeringsvormen te beschrijven – en deze waren lang niet altijd democratisch.<sup>23</sup>

De naoorlogse overtuiging was dat een al te grote nadruk op legaliteit tot onrechtvaardige nazipraktijken had uitgeleid. Het rechtspositivisme, de leer die stelt dat ‘het recht’ niet meer behelst dan door de overheid uitgevaardigde wetten, werd stellig van de hand gewezen. Deze leer werd verantwoordelijk geacht voor de opkomst en de consolidatie van het nationaalsocialisme, doordat juristen en rechters zich voegden naar de nieuwe machthebbers zonder morele buiten-rechtelijke principes in overweging te nemen. Daardoor, zo werd gedacht, volgden zij niet de moraal, maar lieten ze zich uitsluitend leiden door

---

21 Ibid., p. 166-167.

22 M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 321.

23 Ibid., p. 313. Zelfs juristen van het Derde Rijk beriepen zich op het rechtsstaat-concept om het naziregime te legitimeren.

het geldende nazirecht.<sup>24</sup> Veel oorlogsmisdadigers beriepen zich namelijk op het feit dat hun daden in overeenstemming met het nazi-recht waren en daarmee dus legaal. Om toch tot enige mate van gerechtigheid te komen, gebruikten rechters buitenwettelijke overwegingen om oorlogsmisdadigers toch te straffen, waaronder de beroemde formule van Radbruch. De Duitse rechtsgeleerde Gustav Radbruch stelde dat wanneer ‘de kloof tussen gerechtigheid en rechtszekerheid onverdraaglijk groot wordt, de rechtszekerheid moet wijken voor de gerechtigheid.’<sup>25</sup> Het geldende recht werd daarmee dus buiten werking gelaten, in naam van een hogere moraal en de rechtvaardigheid.

Die nadruk op buitenwettelijke rechtvaardigheid kreeg haar weerslag in het rechtsstaatsbegrip. De rechtsstaat werd niet langer gezien als de benaming van een staat waarin overheidsmacht door middel van het recht wordt uitgeoefend, maar als een staat waar de burger tegen die macht wordt beschermd en het recht bijdraagt aan het waarborgen en realiseren van een rechtvaardige samenleving. Specifiek werd de rechtsstaat daarmee neergezet als de tegenhanger van het naziregime – dat was immers een Unrechtsstaat (onrechtstaat) – en het totalitaire communistische regime van de Sovjet-Unie. De rechtsstaat werd dus enerzijds gebruikt om een temporeel contrast te markeren: tussen het heden en het naziverleden, en anderzijds een geopolitiek contrast: om de Westerse staten te onderscheiden van de communistische staten. De notie van ‘rechtsstaat’ was daartoe beter geschikt dan het idee van ‘democratie’. Zowel het naziregime als de communistische staten stelden immers te regeren in naam van het volk. In het nationaalsocialisme stond de ‘Volksgemeinschaft’ centraal, terwijl communistische regimes zichzelf vaak omschrijven als ‘People’s Republics’. Bovendien leefde ook sterk de gedachte dat de rechtsstaat belangrijker is dan de democratie. Zo schreef de hierboven genoemde rechtsfilosoof Radbruch kort na afloop van de Tweede Wereldoorlog: ‘democratie is beslist een prijzenswaardig bezit, maar de rechtsstaat is als het dagelijks brood, het water om te drinken en de lucht om te ademen.’<sup>26</sup> Jan

**24** Overigens wordt de vingerwijzing naar het rechtspositivisme in Duitsland algemeen erkend als een mythe. Zo beschrijft Michael Stolleis de kritiek op het rechtspositivisme als een ‘phantom of legal theory’ dat bovendien sterke continuïteit vertoonde met de vooroorlogse periode: “the polemical criticism of legal positivism that had prevailed throughout the Weimar period and the Nazi period continued unabated. Only the anti-Jewish aspect of the arguments, such as the attacks against Hans Kelsen, disappeared.”. M. Stolleis, ‘Reluctance to ‘glance in the mirror. The changing face of German Jurisprudence after 1933 and post-1945’, in C. Joerges & N.S. Ghaleigh (red.), *Darker Legacies of Law in Europa*, Portland: Hart Publishing, 2003.

**25** G. Radbruch, ‘Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht’, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, 1, 5, p. 105-108.

**26** *Ibid.*, p. 108.

Werner Müller heeft deze manier van denken, die destijds wijdverbreid was, omschreven als een vorm van ‘constrained democracy’: een politiek waarin de macht van het parlement aan banden is gelegd door het oprichten van onafhankelijke instituties – zoals centrale banken en constitutionele hoven – enerzijds en fundamentele rechten, vastgelegd in grondwetten en internationale verdragen, anderzijds.<sup>27</sup> Het gevolg van deze ontwikkeling was dat het voor de politiek in het algemeen en het parlement in het bijzonder niet langer mogelijk was om bepaalde keuzes te maken, bijvoorbeeld over het monetaire beleid of om wetgeving aan te nemen in strijd met grondrechten of internationale verdragen.

De inhoudelijker benadering van het recht en de rechtsstaat zijn niet los te zien van de christendemocratische dominantie in het naoorlogse Europa. Accetti verbindt het idee van ‘constrained democracy’ expliciet met het christendemocratische gedachtegoed. Juist christendemocraten zijn er altijd van overtuigd geweest dat de (subjectieve) wil van het volk beperkt dient te worden door het (objectieve) natuurrecht en de vereisten van de christelijke moraal.<sup>28</sup> Met andere woorden: voor christendemocraten is democratie geen doel op zich maar altijd een middel om het goede leven te realiseren. Deze gedachte vormt nog altijd de oorsprong van het verzet van het CDA tegen verdere democratisering van het staatsbestel, bijvoorbeeld door middel van bindende referenda. Bovendien heeft het ook consequenties voor de manier waarop christendemocraten invulling gaven aan de democratische rechtsstaat. Accetti beschrijft er drie. Ten eerste, het religieuze constitutionalisme. Overal in West-Europa speelden christendemocraten een belangrijke rol in het schrijven van nieuwe grondwetten en het creëren van grondwettelijke hoven.<sup>29</sup> Zij zagen het constitutionele recht als een vorm van het natuurrecht, oftewel als een codificatie van morele en politieke waarden die uiteindelijk berusten op een religieuze bron. Dit blijkt ook uit het feit dat in verschillende grondwetten de ‘menselijke waardigheid’ een prominente plek verkreeg, in het bijzonder de Duitse Grundgesetz. De katholieke kerk speelde een grote rol in de verspreiding van dit begrip en christendemocraten associeerden menselijke waardigheid

<sup>27</sup> W. Müller, p. 5.

<sup>28</sup> C.I. Accetti, p. 104.

<sup>29</sup> Zo stelt Robert Irving “[Christian Democrats] can claim to have made a lasting contribution to [the post war political order]; namely in their determination to establish written constitutions and their advocacy of constitutional courts to enforce these constitutions.”, in: *The Christian Democratic Parties of Western Europe*, London: Allen and Unwin, 1979, p. 37.



expliciet met een algemener pleidooi voor mensenrechten.<sup>30</sup> Jacques Maritain bijvoorbeeld, was een groot voorstander van de totstandkoming van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens. Tegelijkertijd is van belang om te beseffen dat voor christendemocraten mensenrechten niet zozeer een middel waren om bevolkingsgroepen te emanciperen, maar vooral een manier om een specifieke morele orde te verwezenlijken. In de woorden van Samuel Moyn: ‘the concept of human rights in its founding era need not – frequently could not – imply the planting of a seed of activist reformist idealism that would bloom only decades later.’<sup>31</sup>

Ten tweede wijst Accetti op de christendemocratische nadruk op onafhankelijke instituties wier legitimiteit berust op technische kunde in plaats van democratische legitimatie. De leidende gedachte daarachter is dat sommige beleidskeuzes beter uit het politieke domein kunnen worden gehaald. Denk in het bijzonder aan de opkomst van onafhankelijke centrale banken in de naoorlogse context. Deze nadruk op onafhankelijke instituties is nauw verbonden met het derde aspect dat Accetti onderscheidt, namelijk de nadruk die christendemocraten van oudsher op supranationale samenwerking hebben gelegd. Zo schreef de Italiaanse christendemocraat Alcide De Gasperi – een van de grondleggers van de EU – al in 1943: ‘Het principe van zelfbeschikking zal aan alle landen erkend worden, maar zij zullen bepaalde beperkingen van hun soevereiniteit dienen te accepteren ten gunste van een grotere solidariteit tussen de vrije volkeren.’<sup>32</sup> Christendemocratische partijen speelden dan ook een grote rol in de totstandbrenging van internationale organisaties zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) – de voorloper van de hedendaagse EU. Midden in de jaren zeventig omschreef Olof Palme – de toenmalige Zweedse minister-president (van sociaaldemocratischen huize) de Europese gemeenschappen nog als ‘klerikaal’ omdat zij werden ‘gedomineerd door christendemocraten’.<sup>33</sup>

### Christendemocratie en rechtsstaat in het heden

Die dominantie is inmiddels lang vervlogen. Waar in het verleden de christendemocratie vanuit een positie van kracht de naoorlogse rechtsorde kon vormgeven, dient ze zich nu vanuit een positie van (relatieve) zwakte tot diezelfde instituties te verhouden. Als gevolg van de steeds

**30** Deze geschiedenis wordt verteld in S. Moyn, *Christian Human Rights*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2015.

**31** *Ibid.*, p. 100.

**32** Geciteerd in C.I. Accetti, p. 131.

**33** *Ibid.*, p. 7.

verdere ontkerkelijking en de cultuuromslag in de jaren zeventig, heeft de christendemocratie in toenemende mate haar greep op de West-Europese politiek verloren. Dit is het duidelijkst zichtbaar in Italië, waar de christendemocratische partij in 1994 werd opgeheven. Maar ook het CDA, opgericht in 1980, vormde deels het antwoord op de afnemende electorale aantrekkingskracht van de fusiepartijen. De neergang van de christendemocratie betekende de opkomst van een liberaal-progressieve en seculiere politiek waarin mensenrechten en rechtsstaat een individuelere invulling krijgen ter emancipatie van het (achtergestelde) individu tegenover de groep, denk specifiek aan de vrouwen- en LGTB-emancipatie.

Vandaag de dag is dat nog altijd het geval. Rechtsstaat en mensenrechten worden sterk geassocieerd met sociaaldemocratische en liberaal-progressieve standpunten. Wie het rapport van de Commissie rechtsstatelijkheid leest – waarin alle verkiezingsprogramma's van de Tweede Kamer partijen aan een rechtstatelijke toets worden onderwerpen – zal opvallen dat partijen als GroenLinks, PvdA en D66 volgens de commissie het best uit de verf komen.<sup>34</sup> Liberaal-progressieve bewegingen, denk bijvoorbeeld aan Black Lives Matter (BLM) en Kick Out Zwarte Piet (KOZP), beroepen zich veelal op fundamentele mensenrechten, met name gelijkheidsrechten.<sup>35</sup> Tot slot valt op dat Europese integratie het meest wordt geassocieerd met liberale partijen, zoals D66 en Volt.

Tegelijkertijd heeft deze progressieve golf inmiddels tot een tegenreactie heeft geleid. Juist christelijke en conservatieve groepen uiten heden ten dage kritiek op de moderne rechtsstaat en het mensenrechtendiscours. In de Nederlandse context, omschrijft de socioloog Merijn Oudenampsen deze ontwikkeling als de opkomst van 'nieuwrechts'.<sup>36</sup> Deze stroming kenmerkt zich onder andere door zich stellig af te keren tegen internationalisering, progressieve waarden – bijvoorbeeld over medisch-ethische kwesties – en migratie. Politiek vinden deze ideeën vooral weerklank bij de SGP, het Forum voor Democratie en de PVV, maar ook het CDA is het afgelopen decennium sterk naar rechts opgeschoven.

Het is interessant dat een terugkerende reactie op de verschillende verkiezingsnederlagen van het afgelopen decennium en de verrechtsing is

<sup>34</sup> Nederlandse Orde van advocaten, *De rechtsstaat. Een quickscan*, maart 2021.

<sup>35</sup> Het College voor Mensenrechten wijdt hier zelfs een hele pagina aan, zie <https://mensenrechten.nl/en/node/571>

<sup>36</sup> M. Oudenampsen, *De Conservatieve revolutie: een ideeëngeschiedenis van de Fortuyn-opstand*, Nijmegen: Van Tilt, 2018.

om te ‘herbronnen’.<sup>37</sup> Vanuit dit historische perspectief zijn er namelijk twee mogelijke manieren waarop een dergelijke herbronning plaats zou kunnen vinden.

Enerzijds, door terug te grijpen op de kritiek op de moderne tijd van de confessionelen in de negentiende en de eerste helft van de twintigste eeuw. Dit wordt bijvoorbeeld gesuggereerd door Hans-Martien Ten Napel die in deze bundel schrijft dat het CDA zich zou kunnen profileren door zich – net als Orbán – tegen de liberale democratie te keren. Zijn kritiek is dat de hedendaagse rechtsstaat grote gebreken vertoont, denk daarbij met name aan ‘een te vergaande internationalisering en Europeanisering van de rechtsstaat, proliferatie van grond- en mensenrechten en het ontstaan van een bestuurs- en rechtersstaat.’ Het probleem met deze ontwikkeling is namelijk dat ‘een aantal institutionele arrangementen, met name de machtscheiding, immers op de kop [is] komen te staan en heeft de democratie een steeds inhoudelijkere inkleuring gekregen.’<sup>38</sup>

Zelf denk ik dat een dergelijke conservatieve koers het CDA weinig te bieden heeft. Enerzijds is het duidelijk dat juist ook de christendemocratie de rechtsstaat en het idee van mensenrechten omarmde om haar eigen wereldbeeld juridisch te verankeren en daarmee de democratie een inhoudelijke – namelijk een christelijke (democratische) kleur te geven. Kritiek op de te ‘inhoudelijke inkleuring’ van de democratie is in het licht van deze geschiedenis weinig overtuigend. Bovendien zou het gekunsteld overkomen wanneer de christendemocratie, als belangrijkste architect van de naoorlogse politieke-orde, diezelfde orde nu radicaal van de hand zou wijzen. Tot slot staat de conservatieve kritiek op de naoorlogse Europese rechtsorde in nauw verband met een herwaardering van de nationale staat. Zo verbindt Orbán zijn pleidooi voor een illiberale democratie expliciet met een vertoog over het belang van de natiestaat. Juist de christendemocratie heeft het belang van de nationale staat altijd gerelativeerd en de natie geen eigen, intrinsieke, waarde toegekend. In die zin is de christendemocratie inherent niet-nationalistisch.<sup>39</sup> Om al deze redenen lijkt een antithetische houding tegenover mensenrechten en rechtsstaat dan ook geen navolging te verdienen.

**37** Zie bijvoorbeeld: Commissie hertaling Uitgangspunten, *Nieuwe woorden, nieuwe beelden*, Den Haag, 2012; Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *Zij aan Zij. toekomstperspectief voor Nederland in 2030*, Den Haag, 2020.

**38** Zie de bijdrage van Hans-Martien ten Napel in deze bundel.

**39** Dat doet niets af aan het feit dat de politiek van het CDA het afgelopen decennium toch ook behoorlijk nationalistische trekjes vertoonde. Neem bijvoorbeeld het voorstel van partijleider Sybrand Buma in 2017 om scholieren verplicht het Wilhelmus te laten zingen.

De overgebleven optie daarmee is om terug te grijpen op de bronnen en auteurs die aan de basis stonden van de christendemocratische visie op de rechtsstaat zoals deze in de naoorlogse periode vorm heeft gekregen. Het doel van een dergelijke herbronning zou zijn om een heldere christendemocratische visie op rechtsstaat en mensenrechten te formuleren, die enerzijds geen radicale afwijzing van de moderne democratische rechtsstaat vormt, maar anderzijds ook een duidelijk onderscheid aanbrengt tussen een christendemocratische en liberale visie op de rechtsstaat. De hierboven geschetste geschiedenis laat immers zien dat de hedendaagse progressief-liberale invulling van de rechtsstaat een contingent en historisch fenomeen is. Juist in een tijd waarin de rechtsstaat zowel in de nationale als de Europese context tegen haar grenzen aanloopt en ter discussie wordt gesteld, is het belangrijk vanuit de christendemocratie een eigen verhaal te formuleren. De bijdragen in deze bundel vormen daartoe een eerste aanzet.





# Machtenscheiding als sleutel tot de rechtsstaat

**Sophie van Bijsterveld**

## De stiefmoederlijke behandeling van de machtenscheiding

Machtenscheiding is een van de kernbeginselen van de rechtsstaat. Sterker nog, de machtenscheiding biedt naar mijn overtuiging zelfs de sleutel tot de rechtsstaat zelf. Desalniettemin wordt machtenscheiding in het moderne constitutionalisme stiefmoederlijk behandeld. Gewoonlijk verschijnt machtenscheiding in de betekenis dat er een wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende functie is en dat elk van deze functies aan een afzonderlijke ‘macht’ in de staat dient te worden toegekend: de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht. De scheiding is niet absoluut: zo is er tenminste een minimale afhankelijkheid en controle over en weer, uitgedrukt in de befaamde Engelse uitdrukking *checks and balances*.

De doctrine van de machtenscheiding, waaraan de naam Montesquieu (1689-1755) onverbrekelijk verbonden is, verschijnt obligaat in de handboeken staatsrecht om daaraan meteen toegevoegd te krijgen dat in de moderne westerse parlementaire stelsels van echte machtenscheiding geen sprake is. Er wordt verwezen naar de wederzijdse betrokkenheid op elkaar van parlement en regering. Doorgaans wordt dan uiteengezet dat die verhouding de laatste decennia meer monistische trekken heeft gekregen. Alleen de rechter valt enigszins buiten dit stramien en wordt als een machtsfactor tegenover regering en parlement gezamenlijk genoemd. Ook in de onderlinge verhouding tussen regering en parlement enerzijds en rechter anderzijds is sprake van een zekere dynamiek, soms ten gunste van de ene macht, soms ten gunste van de andere. *Evenwicht van machten* lijkt dan de uitdrukking te worden waarin de doctrine van de machtenscheiding zich oplost.

Het Europees institutioneel recht kan nog minder met de doctrine van de machtenscheiding overweg. Dat is alleen al zo omdat op het Europees toneel zich in eerste instantie al vier machten aandienen in plaats van drie: de Raad van Ministers, de Europese Commissie, het Europees Parlement en het Hof

van Justitie van de Europese Unie (EU).<sup>1</sup> Omdat deze institutionele constructie niet past binnen de klassieke nationale Trias Politica wordt daar al snel een eigen etiket op geplakt: de EU is een constructie *sui generis* (van eigen aard). Het dichtst in de buurt van de Trias Politica komt dan de omschrijving van de belangrijkste machten van de EU als een *quadripartite*-structuur. Het klinkt interessant, maar het idee van machtscheiding verdwijnt met deze etiketten als leidend beginsel helemaal achter de horizon.

Kortom: met machtscheiding weten velen zich in deze tijd geen raad. Het is duidelijk dat de machtscheiding weer meer in de belangstelling is gekomen door de Nederlandse toelagenaffaire die eind 2020 leidde tot de val van het kabinet-Rutte III. Een van de redenen die ertoe geleid heeft dat het in deze affaire zo uit de hand is gelopen, is het vergaande monisme tussen regering en parlement. Vandaar dat in de nasleep van de toelagenaffaire en in de aanloop tot de kabinetsformatie van 2021 het belang van een grotere mate van dualisme wordt bepleit. ‘Macht en tegenmacht’ is daarbij een veelgehoorde uitdrukking. De aandacht voor meer dualisme is van belang. De realiteit van veelal moeizaam tot stand gekomen coalitieakkoorden zal naar verwachting toch ten gunste van een beweging in de richting van monisme blijven werken, zeker wanneer een coalitie berust op krappe parlementaire meerderheden.

Mijn stelling is dat de machtscheiding ten onrechte verwaarloosd is en dat een herijking van de machtscheiding en de betekenis daarvan nodig is. Door een inzicht in de diepere achtergronden van de machtscheiding wordt het mogelijk de waarden die eraan ten grondslag liggen op het spoor te komen en de machtscheiding voor het heden en de toekomst hernieuwde betekenis te geven. Dat levert verrassende inzichten op. Deze bijdrage gaat in op de achtergronden van en de waarden die ten grondslag liggen aan de machtscheiding. Vandaaruit wordt de machtscheiding voor de huidige tijd opnieuw geformuleerd.

### **Dynamische rechtsstaat en verstening van beginselen**

Niet alleen de machtscheiding is aan een herijking toe. Voor andere beginselen van de klassieke rechtsstaat is dat ook geen overbodige luxe. Ook zij gaan terug op grote denkers van de zeventiende en de achttiende eeuw. Naast Montesquieu zijn dit vooral John Locke (1632-1704) en Immanuel Kant (1724-1804). Gaandeweg hebben de ideeën van deze denkers in de negentiende en twintigste eeuw hun weg gevonden in de beginselen die impliciet of expliciet in het nationale staatsbestel zijn vastgelegd: die van grondrechten, het

---

1 Ik laat de Europese Raad in deze bijdrage buiten beschouwing.



legaliteitsbeginsel en het beginsel van een onafhankelijke bestuursrechtspraak. De beginselen werden als axioma's van de rechtsstaat geponeerd en die status hebben zij behouden.

Inmiddels zijn wij een tot twee eeuwen verder dan de constitutionele aanvaarding ervan en ruim twee tot drie eeuwen verder dan de tijd waarin deze ideeën zich uitkristalliseerden. De samenleving is in de tussentijd radicaal veranderd, zowel in economische, sociale, culturele als technische zin. Ook is de positie van de staat veranderd ten opzichte van de samenleving en de burger (de opkomst en herstructurering van de sociale verzorgingsstaat). Bovendien wordt sterker dan ooit tevoren het nationale recht ingekaderd door het internationale recht. Ten gevolge van de interne veranderingen binnen de staat zijn ook de verhoudingen tussen de staatsmachten veranderd. Toch blijven de beginselen van de klassieke rechtsstaat onveranderd. Zij zijn hoogstens een beetje geëxtrapoleerd (het legaliteitsbeginsel), een beetje uitgebreid (bestuursrechtspraak), een beetje geïnternationaliseerd en van betekenis veranderd (grond- en mensenrechten) of – zoals het geval is bij de machtscheiding – naar een bescheidener plaats teruggebracht.

Door de hierboven genoemde ontwikkelingen ontstaat het risico dat deze beginselen niet meer toegesneden zijn op de werkelijkheid van vandaag de dag. Zij hebben nog wel een functie, maar de bredere werkelijkheid waarbinnen de staat functioneert en die zich enigszins aan de normering door die beginselen onttrekt, zorgt ervoor dat die functie bescheidener wordt. Het risico van die axiomatische positie is dat deze beginselen een eigen leven gaan leiden.

De status van 'verworvenheid' die beginselen nu eenmaal hebben, kan ertoe leiden dat de nadruk ligt op conservering ervan. Dat is zeker het geval wanneer zij als het ware gaan samenvallen met de concrete uitwerking die zij hebben gekregen. Wat rest voor de toekomst is dan hoogstens een verdere vervolmaking en verfijning van de theorie en een betere toepassing ervan in de praktijk. Dat voedt dan een zekere zelfgenoegzaamheid.

Meestal begint het verhaal van de klassieke rechtsstaatsbeginselen bij de contractfilosofen van de zeventiende en achttiende eeuw. Miskend wordt daarmee dat ook daarvoor een geschiedenis was waarin zekere basiswaarden van wat wij nu de rechtsstaat noemen, onderkend werden, althans in theorie; én dat die geschiedenis doorloopt. Het denken over de rechtsstaat houdt niet op bij vandaag.

Hoe moeten wij verder? Om verder te kunnen, moeten wij niet alleen de beginselen van de rechtsstaat benoemen, maar ook het verhaal van hun wordingsgeschiedenis. Dat is een verhaal van ideeën én van maatschappelijke en politieke geschiedenis en wel in onderlinge samenhang. De beginselen van de rechtsstaat zoals wij die kennen, zijn namelijk niet alleen mooie

gedachten. Zij zijn geformuleerd als antwoord op reële constitutionele vraagstukken en problemen. Alleen door het besef van die geschiedenissen en hun onderlinge samenhang houden wij voeding met de onderliggende waarden van de rechtsstaatsbeginselen en kunnen wij deze herijken in het licht van de veranderingen die wij in onze tijd zien. Zo kunnen wij ook de dynamiek die zij in het verleden te zien hebben gegeven, doortrekken naar de toekomst. Bij de beginselen van de rechtsstaat gaat het niet simpelweg om een traditie die moet worden behouden, maar om een levende traditie die moet worden doorgegeven en voortgezet. In samenhang met de ideeëngeschiedenis en de maatschappelijke en politieke geschiedenis moeten wij de vraag levend houden: waar ging het ook alweer om?

In deze bijdrage zal ik in het kort laten zien wat het bovenstaande betekent voor de machtscheiding.

## De genealogie en anatomie van de machtscheiding

### Genealogie en Anatomie

Montesquieu heeft de machtscheiding zoals wij die nu verstaan voor het eerst gezaghebbend geformuleerd. Dat Montesquieu dit kon doen, was dankzij een bijzondere constellatie van denkwerk dat al eeuwen vóór zijn tijd verricht was en de concrete politieke en maatschappelijke omstandigheden die de formulering van de machtscheiding *mogelijk* maakte. Beide zijn belangrijk: de machtscheiding werd niet ineens zomaar ‘bedacht’ en kon uiteindelijk alleen maar zo gedacht worden omdat de politiek-staatkundige ontwikkeling op een punt was gekomen dat het mogelijk was te denken in termen van een Trias Politica: drie machten in de staat en drie functies van de staat. Het formuleren van de machtscheiding was daarbij niet slechts een interessante intellectuele denkoefening: het was bittere noodzaak. Het was een concreet antwoord op een zeer prangend probleem.

Voor het opnieuw doordenken van de doctrine van de machtscheiding is, wat ik noem, een genealogie van de machtscheiding onmisbaar. Dat is niet het enige. Wij hebben ook inzicht nodig in wat ik noem de anatomie van de machtscheiding. De machtscheiding is in de loop van de tijd verengd tot een blik op instituties (de institutionele Trias Politica) en de functies in de staat (de functionele Trias Politica). Bij de machtscheiding hoort nog een derde dimensie: die personele kant van de Trias. De instituties kunnen gescheiden zijn en hun eigen functies uitoefenen, maar wanneer dezelfde personen die instituties bemensen of wanneer zij betrokken zijn bij het uitoefenen van diezelfde functies, streeft het scheiden van machten en het toekennen van onderscheiden functies aan die machten zijn doel voorbij. Dat betekent dat

ook de personele kant niet uit het oog verloren moet worden; in de klassieke zin gaat het hier om de zogenoemde wettelijke incompatibiliteiten, de onverenigbaarheden van functies. Die zijn nog steeds belangrijk, maar er komt in onze tijd ook meer bij kijken.

### **Paradoxen**

De uiteenlopende elementen van de rechtsstaat hebben ten minste één kenmerk gemeen: zij zijn alle gericht op het beperken van de overheidsmacht. Het beperken van de overheidsmacht door de overheid aan de wet te binden (legaliteit), door (ook) het bestuur te onderwerpen aan het oordeel van de rechter (onafhankelijke administratieve rechter), door de burgers een vrijheid jegens de overheid te garanderen (grondrechten) en door de macht te spreiden over uiteenlopende instanties (machtenscheiding). Dan klinkt het nogal paradoxaal dat de oorsprong van de machtenscheiding niet ligt in beperking van de macht van de overheid als zodanig, maar in het verschaffen van *toegang* tot de macht. Dat wordt in het hierna volgende duidelijk. In die zin is de voorloper van machtenscheiding ook nauw verwant met de voorlopers van de democratie.

### **De voorloper van machtenscheiding: gemengd bestuur**

De term gemengd bestuur werd al door Aristoteles gebruikt. Naar zijn idee was een *mixed constitution* het meest stabiel: een constitutie die deelname van de uiteenlopende standen in de samenleving een plaats gaf: de Koning, de adel en de rest (*the one, the few, and the many*). Het idee van de *mixed constitution* is belangrijk gebleven. Wanneer wij een grote sprong voorwaarts maken in de geschiedenis zien wij dat de continentale standenvergadering van Filips de Goede (1464) ook een *standenvergadering*. De eeuwen die voorafgingen aan de ontwikkeling van het Engelse parlement was mede een geschiedenis van deelname van burgers, de *commoners*, in het landsbestuur naast die van de Koning en de adel. Van buitenstaanders, tot buitenstaanders die een onderhandelingspositie afdwongen, ontwikkelden zij tot *de facto* medebesluitvormers en vervolgens tot *insiders* die deel werden van het parlementaire systeem, in het *House of Commons*. De adel als oude en traditionele raadgevende instantie van de Koning ontwikkelde zich tot het *House of Lords*. Deze ontwikkeling, in een paar zinnen grofmazig getypeerd, voltrok zich in een periode van enkele eeuwen.

De Koning, adel en burgerij deelden aanvankelijk dezelfde macht. Pas veel later kwam de vraag op naar de plaats van deze drie machten ten opzichte van elkaar. Vooral in de zeventiende eeuw was dit het geval. Nadat in Engeland eerst de Koning (Charles I) de macht greep, volgde de machtsgreep van het

parlement onder Cromwell. Ook in het Frankrijk van de zeventiende eeuw was een machtsstrijd aan de gang en wel tussen de Koning (Lodewijk XIV) en de adel. De opkomst van de derde stand compliceerde de strijd. De vraag was hoe de klassen (instituties) op hun plaats gehouden konden worden. Het was daarom dat uiteindelijk volgens de machtenscheiding drie functies werden toebedeeld aan de drie instituties. Dat 'uiteindelijk' bedroeg zo'n 100 tot 150 jaar.

### De aanloop tot de machtenscheiding: een dubbele transformatie

#### Perceptie van staatsinstellingen

Het probleem waarop de machtenscheiding-à-la-Montesquieu een antwoord was, was dus niet nieuw. De stap naar een formulering van de machtenscheiding zoals wij die kennen, was echter nog levensgroot. Om te beginnen, werden de instellingen waarom het ging niet in abstracto als *staatsinstellingen* gezien, maar primair als onderscheiden sociale *klassen* in de samenleving. De stap naar het *waarnemen* van die klassen als staatsinstellingen was groot. De verandering in waarneming betekende bovendien bepaald niet dat de instituties in termen van een *Trias* werden gezien, althans niet van de *Trias* zoals wij die zijn gaan kennen. De hoofdrolspelers waren immers Koning, adel en de derde stand. Waar bleef de rechter?

Natuurlijk werd er recht gesproken en wel 'in naam des Konings'. De rechter werd ook gezien als handhaver van de openbare orde en lieve vrede (vergelijk de uitdrukking *justices of the peace*). Hoewel er dus rechtspraak was, werd de rechter niet *gepercipieerd* als afzonderlijke staatsinstelling. De rechter had eenvoudigweg niet dat profiel. Op het moment dat de rechter meer in beeld kwam als afzonderlijke instelling, was er nog geen *Trias*, maar was er eerder sprake van vier instellingen, van een quadripartite structuur (de term die wij gewend zijn te gebruiken voor de EU). Het verhoogde profiel van de rechter compliceerde dus de zaak.

Om te komen tot de formulering van de machtenscheiding moesten de vier instellingen tot drie getransformeerd worden. Het samennemen van de twee afzonderlijke klassen van adel en derde stand tot één instelling was ook een enorme stap: zij waren als maatschappelijke klassen immers rivalen om dezelfde macht en werden om die reden juist niet als één gezien. In retrospectief kunnen wij wellicht de *Trias* in embryonale vorm al herkennen voor de tijd van Montesquieu, maar voor zijn voorgangers en zelfs tijdgenoten, was een *Trias Politica* in termen van instituties allerminst evident. Het duurde tot zeker halverwege de achttiende eeuw voordat de stap van de verandering

in de beleving van klassen naar instituties in termen van onze Trias had plaatsgevonden.

### **Percepties van staatsfuncties**

Niet alleen de transformatie van de drie klassen in de samenleving tot drie – niet parallel daaraan gedefinieerde – machten was een formidabele verandering in de manier waarop naar de overheid werd gekeken. Deze verandering was tegelijk een voorwaarde om tot de formulering van de machtscheiding te komen zoals wij die nu kennen.

Er was nog een obstakel. Hoewel al in de Oudheid overheidsfuncties in abstracte termen onderscheiden werden, was het heel gebruikelijk om over overheidsfuncties in hele concrete activiteiten te denken. Voorbeelden daarvan zijn het aanleggen van een weg, het slaan van de munt, het beslechten van een conflict (rechtspraak) of het verklaren van oorlog en vrede. Het idee om overheidshandelen in abstracto te onderscheiden in een wetgevende, bestuurlijke en rechtsprekende functie was lange tijd bepaald niet vanzelfsprekend. Zelfs bij schrijvers als Bodin (1530-1596) en Hobbes (1588-1679) komen wij in beschrijvingen van de staatsfuncties zulke lijstjes nog tegen.

Zelfs waar beschrijvingen van staatsfuncties in zwang kwamen die wel een abstractie aanbrengen, is er geen sprake van een overeenkomst in de manier waarop wij gewend zijn geraakt te kijken naar staatsfuncties. Zelfs als daar termen worden gebruikt die ons aan ‘wetgeving’ en ‘bestuur’ doen denken. Dat maakt deze originele teksten voor ons nu ook vaak moeilijk te begrijpen en zonder deze wetenschap zelfs nagenoeg ondoorgrondelijk. Het idee van ‘wetgeving’ in de zin van het van overheidswege zelfstandig creëren en dwingend vaststellen van algemeen verbindende normen was enigszins vreemd voor de voorgangers en zelfs ook tijdgenoten van Montesquieu. Wat wij nu wetgeving noemen, werd vaak uitvoering genoemd: uitvoering van de Hogere (Natuur)Wet. Ook rechtspraak werd wel uitvoering genoemd. Dat klinkt nog door in de Engelse term *administration of justice*. Toen het gebruikelijk werd rechtspraak als afzonderlijke functie te onderscheiden, werd ‘uitvoering’ wel gezien als het uitvoeren van rechterlijke uitspraken. Andere variaties in terminologie kwamen ook voor, zoals het beschouwen van wetgeving en bestuur gezamenlijk als ‘judiciële functie’. Het moderne bestuur kwam immers pas echt tot ontwikkeling in de aanloop tot en ontwikkeling van de moderne twintigste-eeuwse verzorgingsstaat. Het duurde al met al ruim een eeuw, van de Engelse *Civil War* tot laat in de achttiende eeuw totdat de begrippen zich in de huidige betekenis uitgekristalliseerd hadden.

De machtscheiding kon geformuleerd worden nét op een moment dat deze niet meer zozeer als klassen (die bepaalde belangen vertegenwoordigden)

gezien werden, maar als instituties. Deze instituties werden geherdefinieerd door adel en burgerij als delen van één geheel te zien en doordat de rechter een zeker eigen profiel en zichtbaarheid gekregen had. Voor de staatsfuncties was een transformatie naar een abstracte benadering nodig, waarbij abstracte termen nog een betekenisverandering moesten ondergaan.

De machtscheiding kon de oplossing vormen voor het oorspronkelijke probleem van de rivaliserende machten (de getransformeerde klassen) door het toekennen van onderscheiden functies aan elk van hen (en niet andersom), met zekere afhankelijkheden en controlemechanismen over en weer.

## De ironie van de machtscheiding; hernieuwde en nieuwe wegen

### Klassieke machtscheiding

De ironie is dat de machtscheiding met de vestiging van het parlementaire stelsel in de loop van de negentiende eeuw alweer onder druk kwam te staan. Het zwaartepunt van de macht verschoof van de Koning naar het parlement en het evenwicht raakte verder verstoord na de democratisering van het parlement die in de latere negentiende en begin twintigste eeuw plaatsvond. In de moderne democratie werd het parlement het vehikel om de wensen van de burgers via het parlement te verzilveren. Dit leidde vervolgens weer tot overwicht van het bestuur (lees de regering) op het parlement. De verdere lotgevallen van de machtscheiding in de zin van Montesquieu zijn hierboven beschreven.

Wij noemden al de wens tot meer dualisme tussen regering en parlement. Dit is een wens tot versterking van de klassieke Trias-gedachte. Het valt uiteraard te bezien of in coalitieregeringen, zoals wij die traditioneel kennen, tot een op termijn duurzame constructie zal leiden.

Er is naar mijn overtuiging nog een ander element van belang om de klassieke machtscheiding te herijken. Machtscheiding heeft steeds meer het perspectief gekregen van het toedelen van wetgeving (dus regelgevende bevoegdheden) aan de wetgevende macht (regering en parlement) en bestuurlijke bevoegdheid aan de uitvoerende macht (regering). Meestal wordt daaraan toegevoegd dat deze toedeling in onze parlementaire stelsels niet strikt is doorgevoerd: veel (uitvoerende) regelgeving, waaronder échte normstelling vindt plaats door de regering of zelfs door ministers. In mijn ogen gaat het echter niet om de dogmatische etikettering van besluiten als wetgeving of uitvoering en de noodzaak die aan uiteenlopende instituties toe te bedelen. Het gaat erom dat de *belangrijke* besluiten door de wetgever genomen worden, waardoor parlementaire betrokkenheid is verzekerd, of het nu om concrete

of quasi-concrete besluiten gaat of niet. Uitvoering daarvan, of dat nu om concrete besluiten of regelgeving gaat, is dan voor de uitvoerende macht.<sup>2</sup>

### Evenwicht van machten

Gegeven de verleidelijkheid van een monistische verhouding tussen regering en parlement, lijkt het best haalbare een evenwicht van machten (*balanced government*), waarbij een zeker evenwicht tussen de rechter enerzijds en regering en parlement gezamenlijk anderzijds wordt bereikt. Ook een breder evenwicht waarbij de Trias enerzijds en de samenleving (publieke opinie, media) anderzijds elkaar in balans houden, komt dan in beeld.<sup>3</sup> Deze evenwichten zijn in het licht van een *doorontwikkeling*, een vervolgstadium op de klassieke machtenscheiding zeker ook zinnig.

### Gemengd bestuur

Naar mijn overtuiging is het óók belangrijk om de *voorloper* van de klassieke machtenscheiding in herinnering te roepen en te activeren in onze tijd: het idee van *gemengd bestuur* (*mixed government*). Juist voor de legitimiteit van informele, quasi-formele en (meestal internationaal) formele besluitvorming is dit idee van cruciaal belang. In de kern vereist dit idee dat *alle relevante belangen* (vroeger: de klassen) aan tafel zitten. Denk bij alle overheidsniveaus aan zogenoemde coproductie van beleid (zo is er niet alleen kritiek geuit op het regeren via de vele ‘akkoorden’ van (vooral) het kabinet-Rutte III (denk bijvoorbeeld aan het klimaatakkoord) dat de parlementaire besluitvorming in zekere zin ondermijnt, maar ook aan de kritiek van de eenzijdigheid van de deelnemers aan de zogenoemde klimaattafels. In de institutionele structuur van de EU zien wij *mixed government* impliciet terug; in die van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO of in het Engels: *International Labour Organisation* (ILO)) zelfs zeer expliciet. In de vorm van *mixed government* zien wij ook de samenhang met *toegang tot de macht*, democratie-avant-la-lettre weerkeren. Ook zien wij hier dat het niet relevant is of de macht als wetgeving of bestuur betiteld wordt: een dergelijke betiteling is zelfs (in dat stadium) nauwelijks aan de orde.

<sup>2</sup> Zie meer in het bijzonder: S.C. van Bijsterveld, *The Empty Throne. Democracy and the Rule of Law in Transition*, 2002, Utrecht: Lemma, p. 164.

<sup>3</sup> Omgekeerd kan ook de overheid een noodzakelijke ‘tegenmacht’ vormen voor maatschappelijke partijen (denk aan de grote techbedrijven), zie *The Empty Throne*, p. 178.

### **Machtenscheiding-nieuwe-stijl**

Machtscentra worden steeds weer opnieuw gevormd en ontdekt. Zo wordt van de ‘vierde’, ‘vijfde’ en zelfs wel de ‘zesde’ macht en zelfs meer gesproken. Daarmee worden in wisselende betekenissen wel de ambtenarij, de media, belangengroepen, zelfstandige bestuursorganen (waaronder toezichthouders) bedoeld. Het is inderdaad nuttig om bedacht te zijn op de vorming van nieuwe machtscentra en die ook als zodanig te benoemen. Hoewel de typering in termen van ‘machten’ wel doen denken aan de machtenscheiding, hebben zij in dat verband geen betekenis. Het zijn slechts typering; typering die geen duiding geven aan hoe daarmee om te gaan.

Wat wél relevant is naar mijn overtuiging is om terug te gaan naar de oorspronkelijke functie van machtenscheiding: niet het scheiden van functies, maar het op hun plaats houden van instituties. Vanuit dat oogpunt verdient de *interne institutionele structuur* van instituties aandacht als *nieuwe vorm van machtenscheiding*. Ik denk dan aan het voorkomen van belangenverstrengeling, het voorkomen van *détournement de pouvoir* of *détournement de procédure* (het gebruik van een bevoegdheid of procedure voor een ander doel dan waartoe die is toebedeeld); datzelfde geldt voor *capture* (het verschijnsel dat een instantie zich te veel gaat identificeren met een andere instantie waartoe deze een zekere afstand dient te bewaren). In iets algemenere termen verwoord, zou ik dit *institutionele fair play* kunnen noemen. De raakvlakken met de beginselen van goed bestuur zijn evident.

### **En de incompatibiliteiten? Integriteit in de netwerksamenleving**

Hierboven kwam de personele dimensie van de machtenscheiding aan de orde. Die is nog niet vertaald naar de huidige tijd. Dé moderne uitdrukking daarvan is naar mijn stellige overtuiging: integriteit. Dat is zeker het geval nu wij leven in een samenleving waarin ‘netwerken’ een positieve bijklank heeft. Invloed (van, binnen en tussen instituties) loopt ook en soms vooral via persoonlijke lijnen. Bovendien is het niet vooraf duidelijk wat net wel of net niet toelaatbaar is: niet altijd is wetgeving of zijn algemeen aanvaarde gedragsnormen voorhanden. In deze omstandigheden is een houding van persoonlijke integriteit en een organisatiecultuur van integriteit van groot belang, zeker in het perspectief van machtenscheiding. Daarmee worden wettelijke incompatibiliteiten – die ook beogen oneigenlijke invloed te voorkomen – aangevuld. De eis van integriteit als moderne dimensie van machtenscheiding raakt hier aan een ander constitutioneel beginsel, namelijk dat van verantwoording.



### Het verhaal van de rechtsstaat

Ik hoop met de ontrafeling in genealogisch en anatomisch opzicht van de doorgaans stiefmoederlijk behandelde machtscheiding te hebben laten zien dat het verhaal van de machtscheiding fascinerend is. Meer dan dat: ik hoop te hebben laten zien dat machtscheiding de sleutel vormt tot een begrip van de rechtsstaat. Het heeft raakvlakken met andere klassieke rechtsstaatsbeginselen en zelfs met (de voorlopers van) democratie. Dat betekent ook dat het begrip van de machtscheiding zelf in ere hersteld dient te worden: dat geldt voor de voorganger van de machtscheiding en voor de machtscheiding in doorontwikkelde vorm. Het geldt ook voor de geherformuleerde machtscheiding-nieuwe-stijl; het geldt voor de institutionele kant, het geldt voor de functionele kant én het geldt voor de personele kant. Ik heb hierboven al enkele van de vele toepassingsmogelijkheden laten zien. Het belang ervan spreekt hopelijk voor zichzelf.

Het verhaal van de rechtsstaat houdt niet op bij het heden. Het is onze verantwoordelijkheid de lijn naar de toekomst te doordenken en verder te ontwikkelen.



# Het Böckenförde-dictum en zijn huidige betekenis voor een rechtsstatelijk ethos

**Ariën Voogt**

In het huidige liberale klimaat wordt de democratische rechtsstaat veelal vanuit formeel en juridisch oogpunt beschouwd.<sup>1</sup> Hieruit ontstaat een neiging om de rechtsstaat op te vatten als een combinatie van institutionele ingrediënten, als ware het een recept: men neme een grondwet, wettelijk geregelde verkiezingen, geïnstitutionaliseerde *checks and balances*, et cetera. Op de correcte manier bereid en toegevoegd in de juiste verhouding leveren deze wettelijke kaders en mechanismen automatisch een robuuste rechtsstaat. Maar: een goed recept is bepaald geen garantie voor een lekkere maaltijd. Net zomin garandeert de formele aanwezigheid van instituties het functioneren van een rechtsstaat. Toch wordt de rechtsstaat in de praktijk vaak genoeg zo gezien. Als iets niet goed functioneert, wordt een nieuwe procedure bedacht of een controlemechanisme opgetuigd. Dit alles met de aanname dat een goed institutioneel ontwerp voldoende waarborg is voor een duurzame democratische rechtsstaat.

Uitgangspunt van deze bundel is echter dat de rechtsstaat ook afhankelijk is van een bepaald *ethos*. Dit uitgangspunt staat onmiddellijk op gespannen voet met een zuiver institutioneel denkkader. Een morele houding en een zedelijke praktijk zijn onmogelijk af te dwingen met wettelijke regelingen en formele procedures. Niemand heeft dit puntiger verwoord dan Ernst-Wolfgang Böckenförde, de in 2019 overleden staatsrechtgeleerde en rechter aan het Duitse Constitutioneel Hof. Hij omschreef het dilemma van de rechtsstaat als volgt: *‘De liberale, seculiere staat leeft van vooronderstellingen die hij zelf niet*

---

<sup>1</sup> Paradigmatisch voor de liberale blik is F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago: University of Chicago Press, 2011. Een goed praktijkvoorbeeld leveren de Copenhagen criteria, die op zuiver formele gronden bepalen of een land een rechtsstaat is en mag toetreden tot de Europese Unie.

*kan garanderen*'.<sup>2</sup> Dit zogenaamde 'Böckenförde-dictum' behoort tot de meest geciteerde zinnen in de Duitstalige rechtswetenschap.<sup>3</sup> Het dictum kan op verschillende manieren worden gelezen, maar in dit hoofdstuk vat ik het op als een ontleding van de complexe verhouding tussen het institutionele aspect van de rechtsorde en het zedelijke aspect van een rechtsstatelijk ethos.

Nu de democratische rechtsstaat wereldwijd onder druk staat, is het van groot belang om in te zien dat grondwettelijke mechanismen geen afdoende garanties bieden tegen een ontarding van de democratie. De rechtsstaat vereist een vitaal ethos, dat niet kan worden geïnstitutionaliseerd. Naar mijn mening biedt het Böckenförde-dictum ons hiervan een ongeëvenaard scherpe analyse. Tegelijkertijd is de vraag of zijn zienswijze nog rijmt met onze tijd. In de huidige geseculariseerde, pluriforme maatschappij lijkt Böckenfördes vertrouwen in de morele en verbindende kracht van godsdienst een gepasseerd station. In dit hoofdstuk behandel ik de oorspronkelijke context en betekenis van het dictum, om daarna kritisch te kijken welke inzichten het kan bieden voor een rechtsstatelijk ethos vandaag.

### Oorspronkelijke context: religie en staat

Om te begrijpen wat Böckenförde precies bedoelt met zijn dictum, is het van belang om de historische context ervan te begrijpen. Het dictum stamt uit een bijdrage die Böckenförde schreef in 1964 en in 1967 publiceerde, getiteld 'Het ontstaan van de staat als proces van secularisering' (*Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*).<sup>4</sup> Als katholieke jurist richtte Böckenförde zich in dit artikel tot zijn religieuze volksgenoten. Getekend door het trauma van het nazisme, wantrouwden zij het seculiere bestel van het naoorlogse (West-)

**2** 'Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann'. E.W. Böckenförde, 'Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation', *Recht, Staat, Freiheit*, erweiterte Ausgabe, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006, p. 112.

**3** J.W. Müller, 'What the dictum really meant - and what it could mean for us', *Constellations*, 2018, 25, p. 196. Recent besteedde Geurt Henk Spruyt voor het eerst in Nederland aandacht aan Böckenfördes persoon en denken, zie 'De Böckenförde-paradox - een verkeerd begrepen idee?', *Radix*, 2019, 45, 3, p. 172-181.

**4** Te vinden in de bundel *Recht, Staat, Freiheit*, erweiterte Ausgabe (zie voetnoot 2), p. 92-114. Een Engelse vertaling is E.W. Böckenförde, 'The Rise of the State as a Process of Secularization', in: M. Kunkler & T. Stein (red.), *Religion, Law, and Democracy: Selected Writings*, Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 152-169.

Duitsland als een potentieel van God en gebod losgeslagen staat.<sup>5</sup> Vanuit confessionele hoek klonk daarom aanvankelijk een luide roep om de terugkeer naar een religieuze staat, gegrond in natuurrecht en christendom. De oriëntatie op absolute, van bovenaf gegeven waarden zou de democratie kunnen behoeden tegen haar ontaarding, zoals in 1933 was gebeurd. Böckenförde zag echter geen heil in deze opvatting: 'Er is geen weg die achter de drempel van 1789 terugvoert, zonder de staat als vrijheidsorde te gronde te richten.'<sup>6</sup> De vrijheid zoals die gestalte krijgt in de moderne staat is volgens Böckenförde onverenigbaar met een religieuze invulling van de staatsorde. Het is volgens Böckenförde uitgesloten om de staat weer op religieuze fundamenten te plaatsen.

Om dit betoog kracht bij te zetten behandelt Böckenförde in zijn artikel het ontstaan van de moderne staat vanaf de vroege middeleeuwen. Bijzondere aandacht besteedt hij aan de ontwikkeling van het seculiere karakter van de staat, dat zich bovenal uit in de godsdienst- en gewetensvrijheid. Böckenförde wil hiermee aantonen dat seculariteit niet slechts één element van de moderne staat is dat zich parallel aan andere elementen, zoals de territoriale soevereiniteit of de constitutionele verankering, heeft ontwikkeld. Integendeel, het is het eigenlijke wezenskenmerk van de moderne staat. De staat begint aan zijn gang in de wereldgeschiedenis vanaf het moment dat de christelijke wereld van de vroege middeleeuwen wordt opgebroken in de rivaliserende machtsordes van kerkelijke hiërarchie en wereldlijk imperium, ten tijde van de Investituurstrijd (ca. 1076-1122). In de strijd breekt de macht van koning en keizer zich uiteindelijk los van kerkelijk gezag en vestigt haar eigen orde op wereldlijke grondslag. De langdurige machtsstrijd tussen paus en keizer maakt het ontstaan van de seculiere staat mogelijk, omdat vanaf deze periode in de Westerse geschiedenis het onderscheid tussen religieus en wereldlijk gezag de vorm aanneemt van twee naast elkaar bestaande, zelfstandige ordes.

De staat zoals die in het Westen is ontstaan, is volgens Böckenförde per definitie 'seculier'. De staat bestaat bij de gratie van het onderscheid tussen wereldlijk en religieus gezag en kan niet meer op expliciet religieuze grondslag worden gefundeerd. De politieke orde verkrijgt in plaats daarvan een areligieuze legitimering en stelt zich zuiver wereldlijke doeleinden. De seculiere

---

**5** Zie voor een uitweiding over de historische context van Böckenfördes uitspraak J.W. Müller, p. 196-206; F. Dirsch, "'...lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann". Lesarten und Interpretationsprobleme der Böckenförde-Doktrin als eines kanonisierten Theorems der deutschen Staatsrechtslehre', *Zeitschrift für Politik*, 2009, 56, 2, p. 123-141.

**6** E.W. Böckenförde, p. 113.

grondslag van de staat voert langzaam maar onherroepelijk in de richting van religieus pluralisme: aanvankelijk in de tolerantie ten aanzien van religieuze minderheden, ten slotte, met de Franse Revolutie, in de ontkoppeling van het staatsbestel van welke bepaalde religieuze identiteit dan ook.<sup>7</sup> De moderne staat verplaatst religie uit het domein van de staatsorde naar het domein van de samenleving en verklaart het tot een zaak die alleen de burger aangaat.

Middels deze historische reconstructie toont Böckenförde aan dat het ontstaan van de moderne staat ten diepste een seculariseringsproces is. De staat kan op basis van het beginsel van de godsdienstvrijheid geen bepaald geloof meer van zijn burgers vragen en kan zijn eigen orde ook niet meer religieus legitimeren. Het seculiere karakter van de moderne staat hangt één op één samen met de geloofs- en gewetensvrijheid. Böckenförde roept zijn katholieke tijdgenoten daarom op om de liberale, seculiere democratie te omarmen. De moderne staat is geen vijand van de godsdienst, maar een ‘kans voor vrijheid, waarvan het ook de opgave van het geloof is, om die te behouden en realiseren’.<sup>8</sup>

In de latere receptie van het Böckenförde-dictum wordt vaak vergeten dat Böckenförde zijn dictum formuleert in de marge van een artikel dat volledig is gewijd aan de verdediging van het seculiere karakter van de staat.<sup>9</sup> Pas tegen het einde van zijn betoog stelt Böckenförde zich de vraag wat dit seculariseringsproces eigenlijk betekent voor de plaats van godsdienst in de maatschappij. Dat religie in de moderne staat formeel en staatsrechtelijk gezien een privézaak is, betekent voor Böckenförde niet dat daarmee geen publieke rol voor religie meer is weggelegd. Hij brengt in herinnering dat religie van oudsher altijd het bindmiddel van de samenleving is geweest. De religieuze cultus is in vrijwel alle culturen wat de mensen zowel aan elkaar als aan de gemeenschappelijke instituties van staat en recht bindt.<sup>10</sup> De godsdienstige praktijk vormt ook het innerlijk en stimuleert een manier van leven georiënteerd op het zedelijke ideaal van de gemeenschap. Godsdienst is daarmee een kracht die de gemeenschap bij elkaar houdt en haar een zedelijk fundament verschaft. Het fungeert volgens Böckenförde als een ‘tragende, homogenitätsverbürgende Kraft’.<sup>11</sup>

7 Ibid., p. 93.

8 Ibid., p. 114.

9 Zie hiervoor J.W. Müller & F. Dirsch.

10 Zoals bekend is dit de betekenis van religie in zijn (mogelijke) etymologische oorsprong ‘religare’.

11 E.W. Böckenförde, p. 111.

Dat de moderne staat zich voor zijn rechtsorde slechts op een seculiere grondslag kan beroepen, betekent daarmee dus niet dat de staat compleet losstaat van religie. De moderne staat heeft zich ontwikkeld uit een cultuur die gestempeld is door christelijke principes en praktijken. Men zou kunnen beargumenteren dat ook de huidige sterk geseculariseerde samenleving nog steeds leeft uit oorspronkelijk christelijke opvattingen over menselijke waardigheid, individuele vrijheid en solidariteit met de zwakkeren.<sup>12</sup> Maar dat de moderne staat een historisch geesteskind is van het christendom is niet zozeer Böckenfördes punt. Waar Böckenförde ons op wil wijzen, is een onderliggende, *noodzakelijke* samenhang tussen de liberale staatsorde en een zedelijk fundament dat haar draagt. De zedelijke wortels van de moderne staat zijn niet alleen een historische voorwaarde geweest voor zijn ontstaan. Ze zijn ook een noodzakelijke voorwaarde voor zijn voortbestaan.

Hier bevindt zich volgens Böckenförde de functionele plaats van godsdienst in de seculiere staat. Hoewel het christendom niet meer kan dienen als grondslag van de staatsorde, kan het wel als een maatschappelijke kracht het vrije individu ertoe bewegen zich te verbinden aan de gemeenschap en bijdragen aan het verinnerlijken van een gedeelde moraal.<sup>13</sup> De godsdienst wordt bevrijd van zijn vroegere politieke macht en kan in de samenleving nu fungeren als bron van publieke moraal. Religieuze instanties kunnen met profetische stem de politiek oproepen de waarden van de liberale democratie te waarborgen. Godsdienst kan het geweten van de gelovige burger vormen en zo bijdragen aan een zedelijk besef in de samenleving.

### De betekenis van het dictum voor een rechtsstatelijk ethos

Böckenfördes opvatting van de relatie tussen staat en godsdienst is dus complex.<sup>14</sup> Formeel zijn beide domeinen gescheiden en onafhankelijk, maar tegelijkertijd kunnen zij ook niet zonder elkaar bestaan. Deze paradox formuleert Böckenförde vervolgens kernachtig in zijn beroemde dictum. Hierbij abstraheert Böckenförde van de godsdienst en komt tot de onderliggende problematiek. Het dictum gaat namelijk niet alleen om de paradoxale relatie tussen staat en godsdienst – die relatie is slechts een concrete uitdrukking van een inherente paradox van de democratische rechtsstaat zélf. Böckenförde wijst

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld T. Holland, *Dominion: The Making of the Western Mind*, Londen: Little, Brown, 2019; L. Siedentop, *Inventing the Individual: The Origins of Western Liberalism*, Cambridge, VS: Belknap Press, 2014.

<sup>13</sup> E.W. Böckenförde, p. 111.

<sup>14</sup> Böckenfördes gedachtegoed draagt een duidelijk hegeliaans stempel, zie ook zijn artikel 'Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Religion bei Hegel' in *Recht, Staat, Freiheit*, erweiterte Ausgabe, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006, p. 115-142.

op de publieke *rol* die van oudsher door religie wordt vervuld, maar die ook los daarvan kan worden gezien: de *binding* van de enkeling aan de gemeenschap en de gemeenschappelijke instituties – dus de democratische rechtsstaat – en de morele *vorming* van de burger, die bevordert dat hij in zijn manier van leven een gemeenschappelijk ethos internaliseert en praktiseert.

*‘De liberale, seculiere staat leeft van vooronderstellingen die hij zelf niet kan garanderen. Dat is het grote waagstuk dat de staat omwille van de vrijheid is aangegaan.’<sup>15</sup>*

De liberale staat leeft van vooronderstellingen – dat wil zeggen: verkrijgt zijn stabiliteit en oriëntatie in zijn bestaan als politieke orde volgens Böckenförde niet uit zichzelf, maar van iets ‘buiten’ zich. Weliswaar berust de democratische rechtsorde *de jure* op niets anders dan zichzelf en is zij voor haar legitimering niet afhankelijk van *droit divin* of natuurrecht. Maar *de facto* berust de orde op een zedelijk fundament. De staatsorde is afhankelijk van gedeelde opvattingen over de morele beginselen van de samenleving, van gemeenschappelijke normatieve praktijken en van een door ieder lid gedeeld bewustzijn onderdeel uit te maken van het geheel.

Tegelijk benadrukt Böckenförde de gewetensvrijheid als hoogste doel van de moderne staat. De staat kan zijn burgers niet voorschrijven aan welke idealen zij zich moeten committeren of hoe zij moeten leven, natuurlijk afgezien van minimale wettelijke kaders. Dit is de betekenis van het tweede deel van het dictum. De liberale staat kan het zedelijke besef van de samenleving niet *garanderen*. Wil het de individuele vrijheid en de daaruit voortvloeiende maatschappelijke pluriformiteit respecteren, kan het geen morele overtuiging bij de burger afdwingen – zelfs geen onderschrijving van de eigen liberaal-democratische waarden.<sup>16</sup> De liberale staat kan een gewenst ethos niet opleggen, institutionaliseren of op een andere manier zelf genereren, zonder zichzelf af te schaffen als orde van vrijheid. De overtuigingen moeten dus van binnenuit de samenleving komen en kunnen niet van bovenaf worden opgelegd.

De paradox van de democratische rechtsorde is volgens Böckenförde dat zij afhankelijk is van iets buiten zichzelf. Met andere woorden: de democratische rechtsstaat is méér dan alleen de geïnstitutionaliseerde orde.

<sup>15</sup> E.W. Böckenförde, p. 112.

<sup>16</sup> Böckenförde is om deze en andere redenen kritisch op het grondwettelijk verankeren van bepaalde ‘grondwaarden’. Zie *ibid.* p. 112 en verder E.W. Böckenförde, ‘Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts’, in *Recht, Staat, Freiheit*, erweiterte Ausgabe, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006, p. 67-91.



Volgens Böckenförde moet de formele orde worden gedragen door een maatschappelijke zedelijkheid, met andere woorden: een vitaal rechtsstatelijk ethos. Hoe wezenlijk grondwettelijke mechanismen als de scheiding der machten en verkozen vertegenwoordiging zonder twijfel zijn, de liberale democratie is ten diepste een culturele, normatieve praktijk. De democratie behelst niet alleen een mechanisme van verkiezingen, maar ook een besef samen een *demos* te vormen met basale waarden als gedeeld oriëntatiepunt. Onder het topje van de formele regels die zijn verbonden aan het politieke proces, schuilt een hele ijsberg aan ongeschreven regels – of beter: zeden – zoals respect voor de politieke tegenstander en een ontvankelijkheid voor feiten en de waarheid. In maatschappelijk opzicht is ook een ethos van brede democratische participatie, deugdelijk bestuur en rechtsbesef een inherent onderdeel van een duurzaam liberaal-democratisch bestel. Zonder dit ethos verliest de liberale orde ondanks al haar mechanismen en wettelijke waarborgen op den duur haar slagkracht en eenheid. De staat valt uiteen in facties zonder een algemeen oriëntatiepunt wat hen bindt en die strijden voor particuliere doeleinden waarbij alle middelen zijn geoorloofd. De paradox is dat de staat dit ethos niet kan *garanderen*: een rechtsstatelijk ethos valt überhaupt niet te institutionaliseren en mág de liberale, seculiere staat ook niet vastleggen, wil het de vrijheid waarborgen.

### Het dictum vandaag

De vraag die rest is in hoeverre het dictum nog betekenis heeft voor het analyseren van de democratische rechtsstaat van vandaag. De cruciale vraag daarbij is of het rechtsstatelijk ethos zich onafhankelijk van godsdienst kan vormen. Vijftig jaar na dato zijn de samenlevingen van de meeste liberale democratieën nog veel sterker gesecculariseerd dan toen Böckenförde zijn artikel schreef. Hij kon nog uitgaan van een vanzelfsprekende aanwezigheid van godsdienst als zedelijke en verbindende kracht in de maatschappij; tegenwoordig is dat allesbehalve vanzelfsprekend. Wat kan optreden als ‘tragende, homogenitätsverbürgende Kraft’<sup>17</sup> als de godsdienst deze taak niet meer kan vervullen? Böckenförde stelt zich in het artikel dezelfde vraag, maar een bevredigende oplossing geeft hij niet.<sup>18</sup> Hij blijkt sceptisch over seculiere alternatieven voor de morele en samenbindende kracht van godsdienst: het nationalisme is volgens Böckenförde al uitgewerkt; een publieke oriëntatie op bepaalde ‘grondwaarden’ is afhankelijk van subjectieve interpretaties van die

<sup>17</sup> E.W. Böckenförde, p. 111.

<sup>18</sup> Ibid., p. 111.

waarden en daarmee gevoelig voor de waan van de dag; het bijhouden van de samenleving door haar materiële behoeftes eindelijk te blijven bevredigen lijkt vandaag de dag favoriet, maar het is de vraag of dit werkelijk voldoet in tijden van crisis.<sup>19</sup> In een ander artikel noemt hij de mogelijkheid van een ‘religion civile’, die Rousseau al in het leven riep als een soort politieke basisideologie.<sup>20</sup> Volgens Böckenförde is dit slechts een surrogaat, dat bovendien erg gevoelig zal blijken voor politieke manipulatie. Hét alternatief voor godsdienst lijkt er dus niet te zijn.

Later, in 2009, gaat Böckenförde opnieuw op deze vraag in tijdens een uitgebreid interview.<sup>21</sup> Hij blijft bij zijn standpunt dat de democratie leeft uit een gedeeld ethos. Maar hij benadrukt dat in een gesecculariseerde maatschappij seculiere bronnen van moraal zullen moeten worden aangeboord. De staat kan dit stimuleren, door bijvoorbeeld naast religieuze instanties ook andere maatschappelijke organisaties te steunen, door kunst en cultuur te subsidiëren en nationale herdenkingen en andere betekenisvolle rituelen te bevorderen. Toch blijft hier een groot vraagteken staan. In een pluriforme, gesecculariseerde maatschappij is het niet eenvoudig om bronnen van gedeelde moraal te vinden. Dit vraagteken is echter geen reden om te vrezen voor de nakende ondergang van de democratische rechtsstaat. Het is werkelijk een *open vraag*, een oproep aan ons, om in deze tijd samen op zoek te gaan naar bronnen van gezamenlijk zinnelijkheid en moraal. Ik denk zelf dat voor het onderwijs hier een belangrijke rol is weggelegd. Dat vereist wel een radicaal ander perspectief: de obsessie met technische en andere economisch rendabele vakken (met in de marge het vak ‘burgerschap’) zal moeten plaatsmaken voor *Bildung*: literatuur, geschiedenis, filosofie.<sup>22</sup> Desalniettemin stuiten we hier op de andere zijde van

19 Ibid., p. 111-3. Zie ook E.W. Böckenförde, ‘Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Religion bei Hegel’, p. 141-2 & E.W. Böckenförde, ‘Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts’.

20 Ibid., p. 141-2. J.J. Rousseau, *Het Maatschappelijk Verdrag*, Amsterdam: Boom Uitgevers, 1995, p. 173-186.

21 D. Gosewinkel, ‘Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde’, in: E.W. Böckenförde & D. Gosewinkel (red.), *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin: Suhrkamp, 2011, p. 305-486. Zie ook J.W. Müller, ‘What the dictum really meant’, p. 201 & G.H. Spruyt, ‘De Böckenförde-paradox’, p. 178-9.

22 De essays van Rien Fraanje en Emma Cohen de Lara in deze bundel breken krachtig een lans voor het belang van onderwijs als een plek van deugdbeoefening. Toch geven hun benaderingen wat mij betreft onvoldoende rekenschap van Böckenfördes principiële voorbehoud, dat morele vorming niet door de staat kan worden opgelegd – sterker nog, dat de seculiere staat de inhoud van wat ‘goed burgerschap’ is, strikt genomen niet uit zichzelf kan halen.

het Böckenförde-dictum: een overheid die zich al te nadrukkelijk met de morele inhoud van onderwijs bemoeit, loopt het gevaar de vrijheid te schaden.

Böckenfördes dictum heeft ook verschillende bezwaren opgeroepen. Een mogelijk bezwaar uit liberale hoek is dat Böckenfördes dictum de godsdienst via een achterdeur toch weer de seculiere staat zou binnensmokkelen. Is een gevolg van Böckenfördes denkwijze niet wat er nu in Hongarije of Polen plaatsvindt, namelijk dat zij hun 'illiberale democratieën' weer expliciet baseren op de christelijke identiteit van hun staat? Maar hier stelt Böckenförde een duidelijke grens: weliswaar leeft de staat uit een bepaalde (religieuze) zedelijkheid, maar de staat mag zich als seculiere entiteit nooit daarop beroepen. De staat verliest volgens Böckenförde zijn gestalte als orde van vrijheid, zodra de staat de godsdienst bewust gaat inzetten om zijn eigen gezag te legitimeren.

Ten slotte wil ik ingaan op een wijdverbreide tegenwerping ten aanzien van het Böckenförde-dictum: dat de liberale rechtsorde helemaal niet afhankelijk hoeft te zijn van een voorafgaand ethos.<sup>23</sup> Waarom zou het systeem van *checks and balances* en geïnstitutionaliseerde mechanismen niet voldoende zijn om de democratische rechtsstaat duurzaam te laten functioneren? En generen institutionele processen niet vanzelf een gewenst ethos? Met dit institutionele vertrouwen correspondeert ook de liberale reflex om tegenover elke bedreiging van de democratische orde méér te institutionaliseren en juridisch vast te leggen – van constitutionele toetsing en grondwettelijke verankering van waarden tot het aanstellen van onafhankelijke adviesorganen. De vraag is of institutionele mechanismen voldoende garantie bieden in tijden van crisis. Centrifugale krachten kunnen in potentie alle liberale waarborgen aan stukken slaan. Er is denk ik maar één manier om dit geschilpunt te beslechten: door de politieke werkelijkheid goed te observeren. De voortekenen zijn wat dat betreft niet gunstig voor een al te groot vertrouwen in instituties.

Verskillende staatsrechtgeleerden en politicologen hebben recent opgemerkt dat de democratische rechtsstaat sinds het afgelopen decennium wereldwijd in een neerwaartse trend is beland.<sup>24</sup> Over de hele wereld zijn autoritaire leiders in opkomst en staan liberale instituties onder druk. Maar het is veelzeggend dat de neergang van de democratische rechtsstaat bijna nergens het resultaat is van een staatsgreep die de liberale orde omverwerpt.

<sup>23</sup> Zie J.W. Müller, p. 202.

<sup>24</sup> Een goede bespreking van deze trend is M. Loughlin, 'The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy', *Oxford Journal of Legal Studies*, 2019, 39, 2, p. 435-454. Zie ook Y. Mounk, *The People vs. Democracy. Why our Freedom is in Danger & How to Save it*, Cambridge: Harvard University Press, 2018.

Een wereldwijde trend is de langzame *uitholling* van liberale instituties van binnenuit. De instituties blijven formeel in stand, maar regimes ondermijnen de normatieve praktijk waarop ze gebaseerd zijn. Het resultaat is volgens commentatoren dat de liberale instituties uiteindelijk krachteloos worden door de verloederding van de normen en waarden waaruit ze leven.<sup>25</sup> Een voorbeeld is de huidige Verenigde Staten, met name de Republikeinse Partij onder Trump, maar ook Hongarije waar Viktor Orbán's Fidesz het constitutionele hof tandeloos heeft gemaakt. Het is welbekend dat liberale instituties op een democratisch gelegitimeerde wijze kunnen worden ondermijnd, maar wat hier vaak aan voorafgaat is een verlies van een gedeelde normatieve praktijk die instituties vitaal houdt. Uiteindelijk, concludeert ook de staatsrechtsg geleerde Martin Loughlin, is er geen feilloos institutioneel ontwerp van de democratische rechtsstaat.<sup>26</sup> Als de democratische orde onder druk komt te staan, is het onvoldoende om enkel de liberale instituties te versterken. Wat vooral in stand moet worden gehouden is een vitale democratische cultuur.<sup>27</sup>

Dit brengt ons terug op het Böckenförde-dictum. Voor de rechtsstaat van vandaag blijft Böckenfördes inzicht onveranderlijk van kracht: liberale instituties moeten worden geschraagd door een gemeenschappelijk ethos. In een geseclariseerde, pluriforme samenleving is dat een delicate zaak. We zullen manieren moeten vinden om, ondanks alle onderlinge verschillen, de fundamentele waarden en zedelijke praktijken te cultiveren die onlosmakelijk zijn verbonden met de democratische rechtsorde. Voor de vitalisering van onze rechtsstaat moeten we dus op zoek naar bronnen van een gemeenschappelijke moraal.

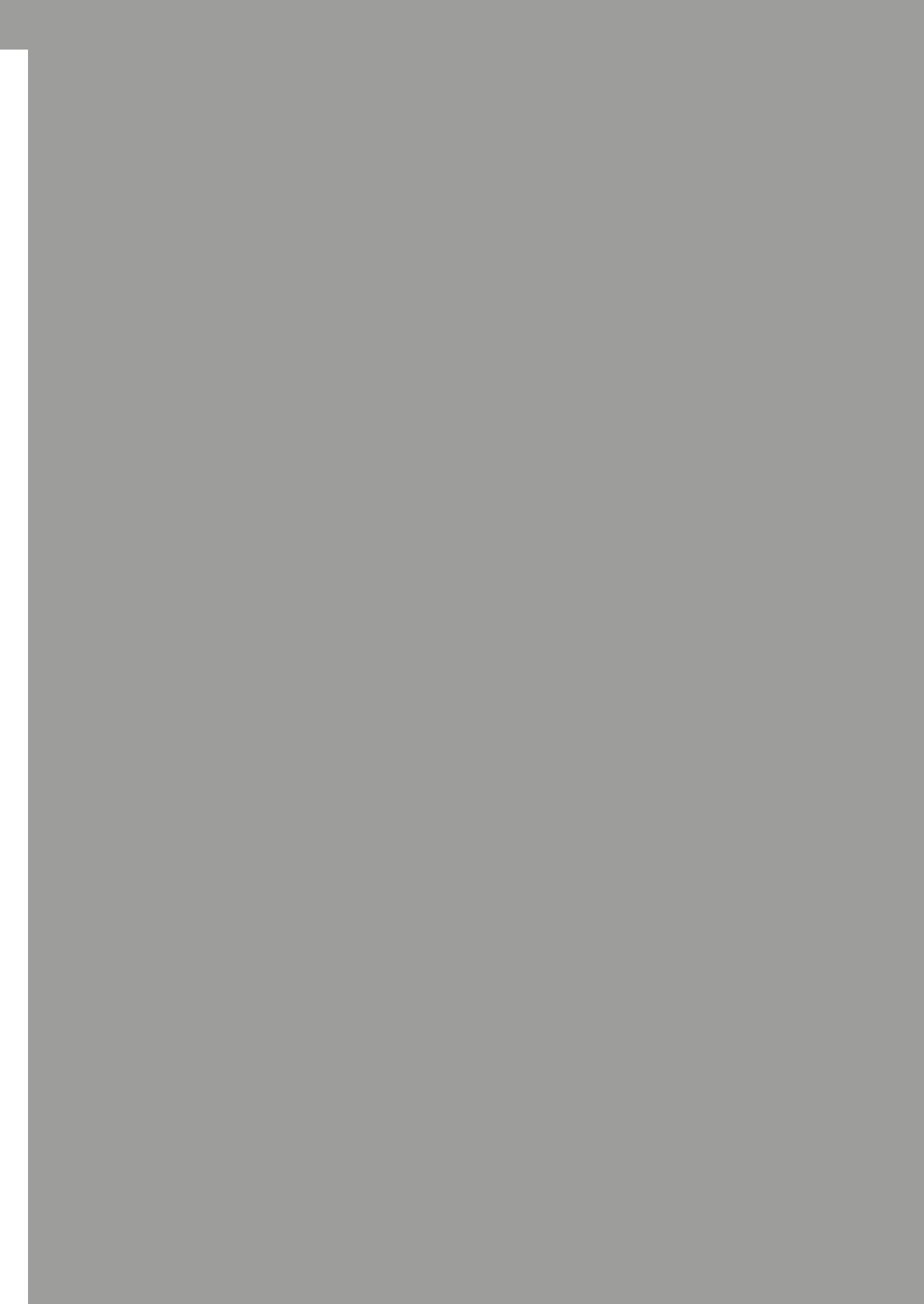
---

**25** M. Loughlin, 'The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy', *Oxford Journal of Legal Studies*, 2019, 39, 2, p. 437.

**26** *Ibid.*, p. 450.

**27** *Ibid.*, p. 453.

.....



## Deel 2

# Op zoek naar het ethos voor de rechtsstaat





# Identiteitspolitiek, cultuurchristendom en personalisme

**Timo Slootweg**

De probleemstelling van deze bijdrage betreft de politieke psychologie en ziel van de democratische mens. Een democratie is niet slechts een bepaalde constitutievorm. Zonder democraten geen democratie: voor zijn functioneren en voortbestaan is de democratie afhankelijk van een menselijke bestaanswijze die hij zelf niet kan organiseren. Dat geldt ook voor de democratische rechtsstaat: die is niet louter een geheel van wetten en instituties dat deze wetten handhaaft. Veel zorg omtrent de huidige toestand van democratie en rechtsstaat is terug te voeren tot de wijsgerig-antropologisch en politiek-psychologische queeste naar de persoon van de democratische mens. Wie is hij eigenlijk? Hoe verhoudt hij zich *überhaupt* ten opzichte van de ander; wat bindt hem aan de naaste, de gemeenschap en de polis?<sup>1</sup>

Ik wil deze 'grote' vragen met een omweg benaderen: via een bespreking van de tegenwoordige identiteitspolitiek en haar mogelijk antipolitieke keerzijde. Vervolgens wil ik me bezinnen op het populaire cultuurchristendom, dat zich nadrukkelijk als geneesmiddel aandient, maar dat daarvan een analoge verschijningsvorm is. Via deze omweg komen we bij het heilzame alternatief dat mij voor ogen staat: het bijbelse en seculiere personalisme. Voor een gezond geloof in democratie en de rechtsstaat zouden we aan deze wijsgerige stroming de broodnodige inspiratie kunnen ontleenen.

## Identiteitspolitiek

Identiteitspolitiek is een politiek die om identiteiten draait en in dat opzicht a- en antipolitiek zou zijn. Ik oriënteer mij hier op het bekende werk van Mark

---

1 Zie voor (in zekere zin) aanverwante benaderingswijzen van democratie en rechtsstaat, de bijdragen in deze bundel van Rien Fraanje en Emma Cohen de Lara. Hun betoog voor een rehabilitatie van de aristotelische deugdenethiek staat echter op gespannen voet met het theologisch en wijsgerig personalisme dat ik hieronder zal bepleiten.

Lilla, *The Once and Future Liberal. After Identity Politics*.<sup>2</sup> Volgens Lilla, zelf liberaal en democraat, omarmden de Democraten eerst nog een omvattende politiek van solidariteit en inclusiviteit. Daarna viel dit wezenlijk politieke perspectief weg en werd het liberale programma louter individualistisch. Men concentreerde zich steeds meer op individuele en groepsidentiteiten. Met alle verschillen die er zijn, kunnen wij ons in Nederland goed herkennen in wat hij over Amerika schrijft. Deze identiteitspolitiek was een linkse versie van het individualisme van rechts, van Reagan, dat tevens vóór het loutere individu en tegen de federale staat was: een ‘antipolitiek conservatisme’ dat sindsdien kenmerkend is gebleven voor de Republikeinse agenda. Dit individualisme veronachtzaamde het democratische ‘wij’ dat volgens Lilla essentieel is voor de politiek. In de plaats van een zeker burgerschap, gebaseerd op wat ‘wij’ delen en wat ‘ons’ bindt, kwamen bij de liberalen o.a. ras, etniciteit en gender voorop te staan. Door een retoriek van differentie en diversiteit heeft het liberalisme rechts in de kaart gespeeld en is het in een crisis geraakt. Denken in termen van identiteit sluit de mens op in een gemeenplaats of stereotypering, die hem als mens toch niet bepaalt. Identiteit is een keurslijf dat in de weg staat van eenheid en gemeenschap. Zij impliceert een bepaaldheid en voorbestemming die de politieke zorg om gemeenschap (de grondslag van de rechtsstaat) onmogelijk maakt.

De romantiek en de doorwerking daarvan sinds de jaren zestig tot in de huidige tijd ziet Lilla als oorzaak van identiteitspolitiek. Zij is een vorm van ‘politiek romanticisme’, dat het individu centraal stelt en de maatschappij ervaart als iets wat het individu van zichzelf vervreemdt. Onder invloed van dit romanticisme moet politieke actie wel persoonlijk en authentiek zijn. Het universitair onderwijs is deze opvattingen gaan ondersteunen en verspreiden: zelfontplooiing is het doel geworden. ‘We encourage the student to descend into the rabbit-hole of the self.’ (p. 103). Een redelijk debat, met wederzijds begrip en compromissen, met oog op de samenleving als geheel is daarmee onmogelijk geworden. Er is geen gemeenschappelijk belang meer, geen onpartijdigheid, geen onschuldig taalgebruik. Iedereen heeft zijn eigen *epistemologie*. Een Babylonische spraakverwarring is het gevolg. Deze radicale individualiteit wordt nu aan de politiek ten grondslag gelegd. Losstaande belangengroeperingen met tegengestelde belangen en een exclusieve zelfdefinitie verdringen elk waarachtig politiek bewustzijn.

---

2 M. Lilla, *The Once and Future Liberal. After Identity Politics*, New York: HarperCollins, 2017.

‘We are citizens first.’ “We’ is where everything begins’, aldus Lilla (p. 120). De focus op identiteit en diversiteit is antipolitiek en gaat ten koste van de gemeenschappelijke opdracht om de publieke zaak vorm te geven. Daardoor ontstaat een onmogelijke democratie: een democratie zónder democraten. (p. 134) Om deze tendens te keren, moet het politieke weer prioriteit krijgen over individu en zelfexpressie. Aandacht voor de gemeenschappelijke cultuur en de nationale geschiedenis moet burgerschap bevorderen: ze geven voeding aan de ambitie om ons een gemeenschappelijke toekomst te verbeelden. Vorming van burgers, ‘inburgering’, door ‘een besef van wat ons samenbindt als natie’ (p. 141) moeten verdere uitholling van de democratie voorkomen.

### Lilla en Tocqueville over burgerschap, patriottisme en civiele religie

Geen democratie zonder burgerschap die ‘mensen uitdaagt zich met elkaar identificeren’ (p. 123), aldus Lilla’s interessante analyse. Maar waar het om de specifieke aard van dit burgerschap gaat, blijft hij enigszins in gebreke. Hij bedoelt een ‘politiek burgerschap’ op basis van gedeelde plichten en rechten, maar bovendien refereert hij aan culturele en historische factoren. Burgerschap refereert aan ‘een solidariteit die alle individuele identiteitsassociaties overstijgt’. Voor een verdere duiding verwijst hij ons herhaaldelijk naar Tocquevilles *Over de democratie in Amerika*.<sup>3</sup>

Individualiteit vormt een probleem dat Tocqueville al gezien zou hebben: democratie ‘atomiseert’. Individualisme bedreigt de democratie. Individuen denken typisch slechts aan zichzelf en aan hun materiële belangen. Ze leven als ‘elementaire deeltjes’ (p. 122) en als vreemdelingen voor elkaar. Ze bestaan slechts in en voor zichzelf en hebben geen land, geen staat, geen groter geheel waar ze zich om bekommeren. Zo ontstaat een verdeelde en verweesde samenleving: een makkelijke prooi voor een tirannie van de meerderheid en voor zachte despotie, aldus Tocqueville.

Integratie, een geïntegreerde samenleving is nodig volgens Lilla, in navolging van Tocqueville. Ongezonde afkerigheid en ressentiment ten opzichte van de ander kan dan plaatsmaken voor een gezond pluralisme. Dit was ook Tocquevilles diepste psychologische inzicht: democratie behoeft een modern patriottisme, in de zin van een uitgebreide zelfliefde. Indien mensen zich niet meer met elkaar identificeren komt de basis voor dit democratisch patriottisme te vervallen. Over de aard van het burgerschap dat hem noodzakelijk lijkt,

<sup>3</sup> De paginanummers in de tekst verwijzen naar A. de Tocqueville, *Over de democratie in Amerika*, Rotterdam: Lemniscaat, 2011.

is Tocqueville duidelijker. Het is bij uitstek de religie waar deze burgerschap wordt gecultiveerd. Alleen een 'civiele religie' kan het vigerende individualisme tegengaan.

Deze gedachte van Tocqueville, die van de religieuze bezieling van de democratie zullen we hieronder verder exploreren. Wat Lilla betreft: vooral onder conservatieven heeft zijn boek veel bijval gekregen. Kritiek kwam er vooral van liberalen. In de eerste plaats, zo is aangevoerd, gaat het burgerschapsverhaal van Lilla voorbij aan het gegeven dat het met de gedeelde burgerrechten van politieke bewegingen meestal wel goed zit, maar dat dit in werkelijkheid niets uitmaakt. Zwarte mannen bijvoorbeeld, worden ondanks hun formele rechten, het slachtoffer van discriminatie en politiegeweld. Vrome verwijzingen naar de traditie van burgerrechten en de Constitutie houden deze ongelijkheid in stand: individualisme is dan een noodzakelijk moment in de strijd tegen een systeem dat inclusiviteit uitdraagt, maar in werkelijkheid uitsluit en discrimineert.

Ik verbind hieraan een meer principiële kritiek die voor de vraag naar de ziel van de democratische mens van fundamentele betekenis is. Lilla's analyse van identiteitspolitiek gaat voorbij aan de veelvormigheid van het verschijnsel. Zijn kritiek op een zeker identiteitsdenken dient in breder perspectief geplaatst te worden. We zien dat niet alleen waar het individu te *weinig* participeert en dan het geheel uit het oog verliest. Ook waar het individu zich identificeert met enig omvattend geheel en dat aan een welbepaalde identiteit toeschrijft, is er sprake van identiteitspolitiek. Wat te denken van dit tweede alternatief, dat tegenwoordig ook in Nederland zichtbaar is?

### Democratie en religie bij Tocqueville

Een antwoord op deze vraag krijgen we als we naar Tocqueville kijken. Identiteitspolitiek toont zich bij hem in de gedaante van een cultuurchristendom. In Amerika heeft religie een mogelijke crisis van de democratie kunnen voorkomen: een voorbeeld voor andere, jongere democratieën. Religie gaat individualisme en despotisme tegen door het individu tot meer verheven, onpersoonlijke en algemene belangen op te voeden. De religie heerst als publieke opinie (p. 452): zij houdt een verzameling 'dogmatische overtuigingen' in herinnering die voor de democratie van onmisbare betekenis is. Vastomlijnde ideeën over God, de ziel en de algemene verplichtingen van het individu jegens zijn Schepper en zijn medemens zijn essentieel. (p. 461) Twijfel dienaangaande zou de mens aan toeval, wanorde en onmacht prijsgeven. Dergelijke noodzakelijke waarheden kan het individu echter niet zelfstandig verwerven. Daarvoor dient hij de autoriteit van Bijbel

en kerk te erkennen, want die verschaffen hem eenvoudige en begrijpelijke antwoorden op zijn levensvragen:

*Wanneer de religie bij een volk wordt vernietigd, maakt de twijfel zich meester van de hoogste delen van het intellect en verlamt alle andere voor de helft. Iedereen went eraan slechts verwarde en veranderlijke begrippen te hebben over zaken die zijn medemens en hemzelf het meest belang inboezemen; (...) en omdat men eraan wanhoopt de grootste problemen die het menselijk lot met zich meebrengt alléén te kunnen oplossen, laat men die problemen lafhartig voor wat ze zijn.*

*Een dergelijke toestand moet de ziel wel verzwakken; het doet de veerkracht van de wil verslappen en bereidt de burgers voor op horigheid. Dan laten zij zich hun vrijheid niet alleen afnemen, maar geven zij die dikwijls zelf op. Wanneer er geen autoriteit meer bestaat op religieus gebied, evenmin als op politiek terrein, dan worden de mensen al gauw angstig bij de aanblik van deze grenzeloze onafhankelijkheid.*

*Deze eeuwige beroering waarin alles verkeert, verontrust en vermoeit hen. Aangezien alles in de intellectuele wereld in beweging is, willen zij althans dat in de materiële orde alles vaststaat en stabiel is, en omdat zij niet tot hun oude overtuigingen kunnen terugkeren, kiezen zij voor een meester. (p. 462-463)*

Daarom is de religie ‘de hoogste democratische institutie’ (p. 317): zij alleen slaagt erin de geest van individuele onafhankelijkheid met succes te bestrijden. (p. 468)

### **Hedendaags cultuurchristendom en de grootinquisiteur van Dostojewski**

In de redenering van Tocqueville herkennen we de gedachtegang van andere, hedendaagse pleidooien voor cultuurchristendom. Een belangrijk aspect van de gemeenschappelijke, culturele of sociale identiteit die men in Amerika en in Nederland aan de democratie ten grondslag wil leggen is religie: ‘we’ staan in een joods-christelijke traditie en ontleen vooral daaraan ‘onze’ identiteit. Die gemeenschappelijke identiteit houdt ons weg bij het loutere ego: de Nemesis van de democratie.

Gemeenschappelijke christelijke normen en waarden, een gemeenschappelijke christelijke beeldtaal en cultuur vormen de voedingsbodem

voor onze democratie, die zelfs ook voor niet-gelovigen en in deze atheïstische tijd nog bepalend kan zijn voor hoe men in het leven staat en in politiek gelooft. Atheïsme en cultuurchristendom gaan in deze redenering prima samen. Men heeft terecht aangevoerd dat zij elkaar impliceren: afkoeling en zelfs afkeer van inhoudelijke religieuze interesse in het christendom lijkt een voorwaarde voor de huidige belangstelling voor het uitwendige, culturele aspect.<sup>4</sup> Hoe minder men zich voor het geloof en de geest van het christendom interesseert, des te meer richt men zich op de vorm en op zaken die van secundaire en relatieve betekenis zijn. Religie wordt opgehemeld als kern, ijkpunt en voedingsbron van de hedendaagse nationale identiteit. Religie verschaft ons de identiteit die het individu ter oriëntatie op de toekomst nodig heeft. En als civiele religie heeft religie dan ook politieke betekenis. Traditionele maatschappelijke ordeningen zijn bepalend voor 'onze' horizon en bepalen hoe we samenleven. Deze overblijfselen van de joods-christelijke traditie vormen een overerfde 'sociale ethiek' die voor het denken over ethiek, recht en politiek van essentiële betekenis zijn.

Als burgerlijk christendom is dit het 'bezielend verband' waarvan de noodzaak breed gedragen en uitgedragen wordt. Niet slechts populistische partijen leggen daarvan getuigenis af. We vinden het inmiddels bij de meeste gevestigde partijen: bij liberale, conservatieve en confessionele partijen. Religie geldt als politiek instrument: religieuze identiteit is het geneesmiddel tegen individualisme, consumentisme, hedonisme. Het is de oplossing voor het vigerende levensbeschouwelijk vacuüm en het verval van normen en waarden: de schadelijke uitwassen van een verweesde, democratische samenleving. De eigen religieuze identiteit is nadrukkelijk exclusief: ook dát is een duidelijk en beoogd aspect van dit cultuurchristendom. Die wordt ingezet tegen de ongeneeslijke identiteit van anderen, vreemden: tegen migratie, abortus, euthanasie, enzovoort.

Volgens Tocqueville is politiek 'de kunst en wetenschap van het associëren' (p. 549). Ook deze bijna gelovige gehechtheid aan de associatie vormt een terugkerend verschijnsel van het vigerende identiteitsdenken. Steeds tracht men het gemeenschapsleven op te doen bloeien, al was het maar door een terugtrekkende overheid. Men beoogt het 'sociale weefsel' en het 'maatschappelijk middenveld' te cultiveren. De groep, groepsvorming is nodig om het onafhankelijke individu tot het geheel op te leiden. Vandaar ook de aandacht van Tocqueville voor de zelfregulerende civiele religiositeit

---

4 G. Vanheeswijk, "Gutmenschen", een bedreigde diersoort?', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid*, 2020, 11 1., p. 60-75.

in Amerika, die hij ook aan andere democratieën ten voorbeeld stelt. Religie brengt mensen samen, rondom een gemeenschappelijke traditie, geloof, ideologie en taal; die bevorderen dat het individu gaat participeren. Religie doet iets wat mensen als individu nooit kunnen bewerkstelligen (en waarom het individu niet op eigen benen kan staan). Religie is sociaal bindmiddel; bron van sociale cohesie. Religie ontwikkelt de identiteit van de mens tot een sociale identiteit (p. 445-449).

### De analogie met de grootinquisiteur

Tot zover de identiteitspolitiek, het cultuurchristendom en het daarmee verbonden verenigingsidealisme of groepsfetisjisme. Toegegeven: deze brede cultuurchristelijke gedachte klinkt sympathiek en aantrekkelijk, zeker in vergelijking met het visieloze neoliberalisme. Dat verklaart ook het succes van degenen die zich daarvan bedienen; men lijkt al gauw diepzinnig en betrokken te zijn wanneer men aan deze dieper gelegen beginselen van onze samenleving refereert. Ik wil dit cultuurchristendom problematiseren door het in het licht stellen van – wat Dostojewski ons vertelt over – de grootinquisiteur. Ik verwijfs uiteraard naar het overbekende verhaal in *De gebroeders Karamazov*. De grootinquisiteur richt zich in een monoloog tegen Christus, de geest van de liefde, die hij voor deze wereld niet geschikt acht. Volgens de grootinquisiteur is Christus' boodschap van vrijheid en liefde te hoog gegrepen voor de mens. Een aangepast christendom is het hoogst haalbare: een dogmatisch en wettisch christendom, zonder de last van vrijheid en geweten, waar Christus de mens juist mee belast. Een barmhartige kerk voorziet in wat mensen willen en nodig hebben: vrede en veiligheid, de verzekering van het voortbestaan, gerealiseerd door algemene wetten en procedures.

Om zijn verhaal kracht bij te zetten, verwijft de grootinquisiteur dan naar het verhaal van Christus in de woestijn: uit liefde voor de mens had Christus de verzoeken van Satan aan moeten nemen. De mens als enkeling kan de 'grenzeloze onafhankelijkheid' niet aan en dus gaat hij ten onder aan twijfels en gewetensnood. Maar wat graag zal hij die onafhankelijkheid willen afleggen aan een leider die hem van zijn geweten ontlast door van het Evangelie een wet of dogma te maken. De mens verlangt naar eenheid van de mierenhoop en de grootinquisiteur komt daaraan tegemoet: 'Wij zijn allang niet meer met U, maar met hem [Satan].' 'Wij maken zwakke kinderen van hen; zij mogen zich niet verhoofden.' 'Zij onderwerpen zich graag aan ons; de vrije beslissing en verantwoordelijkheid nemen wij van hen weg.' 'In plaats van Uw gelaat,

geven wij hen de wet.’ Een politieke religie biedt de grootinquisiteur: een redelijk geloof in een recht van regels:

*Bent u soms vergeten dat rust, ja zelfs de dood de mens verkieslijker is dan de vrije keuze in het onderscheiden tussen goed en kwaad? Er is niets verlokkelender, maar ook niets kwellender voor de mens dan zijn gewetensvrijheid. (...) In plaats van de menselijke vrijheid in bezit te nemen, heeft u die vrijheid verruimd en het domein van de menselijke ziel voor altijd bezwaard met de aan de vrijheid inherente kwellingen. U wenste de ongedwongen liefde van de mens, u wenste dat hij u vrijwillig zou volgen, uitsluitend aangetrokken door de bekoring die van u uitging. In plaats van gewoon te gehoorzamen aan de harde wet van het Oude Testament moest de mens voortaan zelf uit eigen vrije wil beslissen tussen goed en kwaad, met geen andere leiding dan uw beeld voor ogen.*

Christus wil de mens de vrijheid niet besparen, ook al is het zwaar die te moeten dragen. Christus ontlast ons niet, maar confronteert ons juist met de vrijheid. Hij stelt ons voor de beslissing, want goed en kwaad zijn nooit zomaar gegeven en die kunnen we niet als appels van de boom plukken zónder onrecht te begaan. Maar uit zichzelf (als individu) zal de mens nooit in de hemel kunnen komen, meent de grootinquisiteur. Daarom geeft hij hem wat hij nodig heeft. Willens en wetens verkwanselt hij daarmee het ware christendom en ontnemt hij de mens zijn kans op het eeuwige leven.

‘Kom nooit meer terug’, voegt de Grootinquisiteur Christus toe aan het einde van de legende. De bredere betekenis en analogie zijn duidelijk: cultuurchristenen doen hetzelfde. Ze bewieroken de erfenis van het christendom, maar wensen nooit meer aan de barmhartigheid herinnerd te worden. Men verlangt eenheid en integratie, door regels en duidelijkheid, ten koste van vrijheid en geweten. Daartoe gebruikt men de religie en het is deze hypocrisie die niet slechts het eeuwige leven, maar ook de democratie bedreigt. De meeste mensen, niet slechts seculieren, denken (wensen) dat dit in essentie is wat religie doet: dogmatiseren, dogma’s en wetten scheppen en cultiveren. De pleitbezorgers van de civiele religie geven voeding aan dit misverstand door anderen hierin te laten geloven.

Cultuurchristendom is zonde: dit bijgeloof vormt juist de crisis van onze cultuur. Dit ‘christendom’, ook wel ‘muscular christianity’ genoemd, bepaalt de hedendaagse discussie over wat religie voor politiek en democratie kan betekenen. Het verwent ons met de gedachte dat we toe kunnen met dergelijke dogmatiek: dat dit in essentie is wat religie ons te vertellen heeft. Deze



verwennerij leert ons niet met onzekerheden, zorgen en twijfels om te gaan, terwijl het leven én de democratie dat nu juist van ons vragen. En terwijl de Bijbel juist volstaat met allerlei moreel verbijsterende vertellingen, zoals ook de onlangs overleden Jonathan Sacks (Opperrabbijn van de UK en lid van het Britse Hogerhuis) toont in zijn vijfdelige ‘Verbond en dialoog; joodse lezing van de Thora’ (2019-2021). De verhalen in Genesis bijvoorbeeld, die over Job en Abraham, leren vooral bescheidenheid en existentiële onzekerheid. Religie leert ons twijfels, tegenstellingen en paradoxen te waarderen en te koesteren: moedig en standvastig te zijn in onze openheid daarvoor en niet toe te geven aan de bekoringen van het autonome denken, aan kennis, dogmatiek en moraliteit (deugden). Dat is wel iets anders dan ‘de noodzakelijke zekerheden’ die Tocqueville cum suis aan het geloof ontleen, en die zij in hun grenzeloze onverschilligheid aan de politiek ten grondslag willen leggen.

### Religie en politiek. De persoon

Na deze omweg keer ik terug naar de vraag naar de ziel van de democratische mens. Wat hebben wij langs deze weg kunnen leren? Allereerst, dat identiteit *überhaupt* kwestieus is inzake de politieke psychologie van democraten. Verder, dat de politieke apologie van een cultuurchristendom niet alleen de religieuze dimensie van de christelijke inspiratie tekortdoet en uitholt (dat lijkt voor steeds minder mensen interessant te zijn). Maar ook, dat een dergelijke apologie het zicht ontnemt op een mogelijk ander belang van transcendentie voor de publieke ruimte: namelijk, dat die ons verlost van een autonomie, een immanentie en identiteit die ons bij de ander en de gemeenschap weghouden.

Religie geeft zeker niet het antwoord op alle politieke vragen. Gegeven die beperking echter kan zij wel van groot belang zijn, ook in seculiere vorm. Aan laatstgenoemde mogelijkheid is dan wel de voorwaarde verbonden dat de seculiere vertaling daarvan trouw blijft aan de inhoud of geest ervan. Aan die voorwaarde voldoet het burgerlijke christendom niet, zoals we hebben gezien. Het is tegen déze achtergrond dat zich het betere alternatief, het personalisme het best laat begrijpen: het kan ook in seculiere zin ‘op eigen benen staan’, maar is niettemin onlosmakelijk verbonden met het joodse en christelijke existentialisme dat in de Bijbel wortelt.

We vinden het personalisme bij veel grote denkers: o.a. bij Augustinus, Pascal, Luther, Kierkegaard, Scheler, Buber, Mounier, Marcel, Weil, Levinas en Ricoeur.<sup>5</sup> Maar het is ook de wereld van de beroemde Nederlandse

<sup>5</sup> Voor een overzicht zie: C. Bouteligier & T. Slootweg (red.), *Rechtvaardigheid, persoon en creativiteit. Personalisme in recht en politiek*, Oud-Turnhout: Gompel&Svacina, 2020.

rechtsfilosoof Paul Scholten (1875-1946), aan wie ik hier iets meer aandacht besteed.<sup>6</sup> De persoon vormt de horizon die zijn gedachten over recht en politiek bepaalt: samenleving én politiek behoren noch op de natuur (op enig natuurrecht), noch op de cultuur (op enig cultuurrecht) gegrondvest te worden, maar op de persoon van God en de persoon van de ander. Buitendien (op grond van louter formele eigenschappen) kunnen recht en rechtsstaat nog slechts in overdrachtelijke zin recht genoemd worden.

Voor een elementair begrip van het personalisme kijken we terug naar het identiteitsdenken. Steeds neigt men ertoe de mens te veralgemeniseren door hem onder een of ander oppervlakkig politiek, economisch of psychologisch label te scharen. De abstractie dient een juridisch, politiek of moreel discours dat effectief is in het onderscheiden en managen van categorieën, groepen en identiteiten. Daarentegen stelt het personalisme de unieke waardigheid van elke mens centraal. Die waardigheid geldt onvoorwaardelijk: niet op grond van identiteit of verdienste, taal of geschiedenis. De waardigheid van de mens maakt ons fundamenteel gelijkwaardig, ook waar we wezenlijk van elkaar verschillen.<sup>7</sup>

Op grond hiervan verwerpt het personalisme zowel het collectivisme, waarin het individu ondergeschikt is aan enig collectief, als het individualisme, dat de verbondenheid tussen mensen van secundair belang acht en de solidariteit uit het oog verliest. Het personalisme verzet zich (enerzijds) tegen het individualisme, dat het autonome Ik en de wil als beginsel van samenleving ziet. Anderzijds echter verzet het zich tegen het idealisme, dat slechts algemene ideeën aan de samenleving ten grondslag wil leggen.

### God als persoon

Deze beginselen hebben vanzelfsprekend met het oorspronkelijke, personalistische godsbegrip te maken. De waarachtige verhouding tot God is inderdaad bijbels personalistisch. God is geen algemeen Idee maar een Persoon. Het personalisme keert zich daarom tegen het natuurrecht in de traditie van het platoonse christendom. Het keert zich überhaupt tegen 'de god van de filosofen' (Pascal), en de moraliteit die deze filosofen van de boom der kennis geplukt hebben. Goed en kwaad komen op in het levende contact met God en in de verhouding tot de naaste. God zelf is daarom niet 'Het Goede', laat staan dat hij aan 'Het Goede' onderworpen zou zijn. Hij is levend en actueel in de

<sup>6</sup> Ik verwijs hier voornamelijk naar *Beginselen van samenleving* (1934), Verzamelde Geschriften van Prof. Mr. P. Scholten [VG], samengesteld door G.J. Scholten, Y. Scholten & M.H. Bregstein, 4 delen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1949-1954, p. 330-379.

<sup>7</sup> Zie ook, in deze bundel, de bijdrage van Maurits Potappel over menselijke waardigheid.

concrete levens van mensen, in de concrete situatie waarin ze staan en leven, voor zover ze persoon durven te zijn. Alleen een persoon kan een persoon kennen. Door de Persoon van God en de persoon van Christus zijn we voor de persoon van de naaste geplaatst: in die verhouding, achter iedere naaste, toont zich Christus. (Matth. 25:35-40)

‘Ik en jij’ is de ware godverhouding alsook de ware verhouding tot de naaste. Als persoon ben ik mijzelf slechts in verhouding tot de ander. Persoon zijn is daarom een relatief begrip! Ben ik eerst mijzelf, om mij vervolgens (secundair) in verhouding te stellen tot de ander, dan staat mijn identiteit (mijn autonomie) in de weg aan de ontmoeting. Daarom ben ik in de verhouding juist mijzelf: zónder dat ik ooit samenval met de ander *word* ik mezelf in ontmoeting en dialoog. De implicaties van dit mensbeeld zijn ingrijpend; ook voor democratie en rechtsstaat. Het impliceert dat het verleden slechts in zekere zin tot richtsnoer kan zijn voor het handelen. Voor de waarheid van de ontmoeting zijn we steeds op de toekomst gericht. De wet, de traditie, de cultuur (al die ‘identiteitsmarkers’) zijn steeds slechts ‘een schaduw van het toekomende’ (Hebr. 10:1; Kol. 2:16): ze zijn niet van absolute maar slechts van relatieve betekenis. De uil van Minerva brengt een wijsheid die alleen op het verleden, niet op het toekomstige ziet.

### **De tegenstrijdigheid van individualiteit en identiteit**

Volgens dit personalisme is gemeenschap de hoogste gerechtigheid: God zal zijn ‘alles in allen’. Daartoe moeten we inderdaad participeren aan de samenleving. Maar omwille daarvan moeten we toch ook steeds ‘onzelf blijven’. Dat is de precare, dubbelzinnige en wankele situatie van de democratische mens: een verdeeldheid die door religie juist wordt aangewakkerd. De werkelijk ontvankelijke mens heeft geen vaste, betrouwbare identiteit of essentie, individueel noch sociaal, maar leeft en ‘existeert’ vanuit de verhouding en de ontmoeting, met alle onafhankelijkheid en onzekerheid van dien.

Daarin is ook de bijdrage van religie aan de politiek en de rechtsstaat gelegen. Een mens mag zich niet verliezen in enige vaste vorm van samenleving, alsof die de hemel op aarde zou zijn: alsof God niet juist in de ontmoeting gevonden wordt. ‘Ik ben voor mijzelf een vraag geworden’, schrijft Augustinus in zijn Belijdenissen (Conf. 10, 50). Het ik is het zoekende ik, dat niet al weet waarnaar het verlangt als het naar God zoekt: ‘Wat heb ik dan lief, als ik mijn God liefheb?’ (Conf. 10, 8-11). De ontmoeting met God verlost mij van een

oneigenlijke identiteit, individueel (ik ben ik) of sociaal (ik ben jij of wij), en stelt mij aldus open voor de ontmoeting met de ander.<sup>8</sup>

Indien we ons permitteren geïsurpeerd te worden door enig vastomlijnd collectief, of door enig principe of dogma (zoals het Goede) dat ons tot een ondergeschikt onderdeel van een dergelijk collectief bestempelt, dan ontnemen we daaraan wellicht een identiteit en een zekere gemoedrust, maar dan verliezen wij onszelf als persoon. Dan kunnen wij er als persoon ook niet meer zijn voor de persoon van de ander. Als persoon is het individu nooit ‘onderdeel’ van een (zedelijke) gemeenschap, kring of groep. Hij is geen politiek of sociaal dier (zoals de Grieken dachten), want als zodanig heeft hij (zijn geweten) tegenover het collectief (en het gemeenschappelijke goede) nooit enig recht.

Het ik is niet het ‘einde’ of de Nemesis van gemeenschap: daar waar de gemeenschap opbreekt en in ego’s uiteenvalt. Van de gemeenschap der naasten is de persoon juist het begin. ‘Ik en jij’ is de ware grondslag van gemeenschap. ‘Wij’ is niet waar alles begint, zoals Lilla e.a. menen. Dit andere begin sluit uit dat enige concrete gemeenschap ooit dé enige zou zijn. ‘Het primaat van het politieke’ zoals Carl Schmitt dat noemt, bestaat daarom niet volgens Scholten (p. 343). ‘Ik en Jij’ is het ware christelijke beginsel van samenleving, niet vriend en vijand (‘wij en zij’), zoals Schmitt dat wenst.

## De staat

Hoe van hieruit te denken over de staat, het gezag en de rechtspraak? Welke betekenis hebben de personalistische beginselen voor deze begrippen? Welnu, de staat is slechts één van de abstracte gemeenschappen waar de mens óók deel van uitmaakt. De staat is zeker niet dé hoogste, religieuze bestemming van de mens. God op aarde, zoals Spinoza en Hegel dat willen. De staat is niet ‘de gemeenschap van naasten’. De staat moet er zijn, maar zij is onpersoonlijk, exclusief en gesloten. De mens is er niet omwille van de staat, zoals het pantheïsme beweerd heeft. De staat is er slechts omwille van de mens; het begin alle gemeenschap. Scholten benadrukt dat ook Augustinus dit al wel gezien heeft. De staat is volgens hem een roversbende (De civ. IV 4), ver weg van de gerechtigheid, niet alleen maar soms, ‘indien ze onrechtvaardig is, maar onvoorwaardelijk en altijd. De staat wil de soevereiniteit niet delen en respecteert niet de ziel van haar onderdanen, die toch het beginsel vormt. De staat zal het individu altijd zijn onafhankelijkheid en persoon-zijn betwisten.

<sup>8</sup> Zie voor een verdere uitwerking: T. Slootweg, ‘Religie en de ziel van de democratische mens’, in: S. van Bijsterveld & H.M. ten Napel (red.), *Een nieuwe politieke formule. Ideeën voor staat en samenleving geïnspireerd door Alexis de Tocqueville*, Den Haag 2021, p. 129-152.

Ook de volksgemeenschap is niet de enige en allesbeheersende gemeenschapsvorm. Dat geldt ook voor een rechtsgemeenschap. Dat alles leidt tot geweld en uitsluiting, indien daarvan niet de relatieve status wordt ingezien. Ieder mens kan op enig moment mijn naaste zijn: dat toont steeds de beperkingen van dergelijke collectieve gemeenschapsvormen. ‘Ik en ‘jij’ is er niet in de staat en het recht. ‘Ik en het’ prevaleert daarin. Aldus, door recht en wet (en op onpersoonlijke wijze), wordt het individu beschermd tegen de ander indien deze hem niet erkent. Maar het verlangen naar ‘ware gemeenschap’ moet toch ook de staat en het recht bezielen. Anders is de positie van de enkeling alsnog in gevaar, en dan komt dat gevaar juist van de kant van de staat. In Duitsland zag Scholten destijds het gevaar van een recht dat de mens niet meer als naaste beschouwde en waarin dit geloof in de gemeenschap van naasten ontbrak. Maar wat ten diepste mankeerde was de onafhankelijkheid van de persoon, zijn relationeel geweten en zijn ‘relatievermogen’.

### Gezag

Het personalisme geeft ons ook te verstaan wat gezag is. Gezag onderstelt de persoon. Dat blijkt wanneer we naar de geschiedenis kijken. De soevereiniteit van de vorst (zijn goddelijke recht) heeft onder invloed van de reformatie plaatsgemaakt voor volkssoevereiniteit gebaseerd op vrije instemming. ‘De wil van de wetgever’ is nu het onpersoonlijke ‘gezag der wet’ geworden. Het latere positivisme is de uitdrukking daarvan. Staat echter achter de wet niet steeds ook een *persoonlijk* gezag, dan zal het afkalven. Leiderschap moet een menselijk gezicht hebben en mag nooit zomaar (los van moraal en gezag) tot uitvoering en toepassing leiden. Dat geldt voor de uitvoerende of regeringsmacht, maar eigenlijk voor een ieder die leidinggeeft.

‘Auctoritas non veritas facit legem.’ Menselijk gezag in plaats van een onpersoonlijke waarheid of wettigheid is ook in een democratie van node. Daarbij geldt: het ware gezag is het gezag van hen die dat weten te ontvangen. Gezag is niet slechts een kwestie van autonomie en macht: van een soevereine wil en dictatuur, zoals bij Schmitt. Gezag is wat je krijgt op grond van wat je geeft. Het ware gezag ontvang je eerst indien je de persoon van de ander respecteert. Men dient zijn gezag dus steeds te onderwerpen aan de toets der kritiek: geeft men wel genoeg? Stelt de gezagsdrager zich wel voldoende open voor de ander. Dat is heel actueel misschien: heeft de huidige regering zich hiervan steeds voldoende rekenschap gegeven?

Eerbied voor de persoon van de ander: ‘Ik en jij.’ Dit beginsel moet leidend zijn voor de gezagsverhouding tout court. Voor besluitvorming, die met oog daarop democratisch moet zijn. Maar er is hier altijd een persoonlijke verantwoordelijkheid: nooit kan men die van zich afwentelen, op de vermeende

maar illusoire gegevenheid van macht, wetten, principes of systemen. De notie van het geweten is in dit verband zeer belangrijk. Dat moet zijn, een ‘relationeel geweten’. Zijn en behoren zullen nooit samenvallen, hetgeen niet betekent dat het behoren ooit op zichzelf zal komen te staan en dan buiten de ontmoeting met het gelaat van de ander zou kunnen. Zoals bij Kant of enig ander idealisme (zoals dat van Plato), dat de waarheid in het zelf (in de herinnering) zoekt: de receptiviteit ontbreekt daar. Het geweten is daar autonoom en in het zelf gelegen: de idealist is een vreemdeling in deze wereld. Idealisme is een vreemde vorm van autisme.

### De persoon van de rechter

Ten slotte de persoon van de rechter. Ook hem komt een zeker gezag toe. Daar is Scholten zeer bekend mee geworden en dat is hij nog altijd. Het merendeel van zijn publicaties is hieraan gewijd. Tot voor kort werden alle studenten in de rechtsgeleerdheid met zijn filosofie van de rechtsvinding opgeleid.

Ik zei al: goed en kwaad zijn niet gegeven en die kan je niet van de boom plukken. Het recht vergt, juist ook waar het om een getrouwe toepassing van de wet vraagt, om een echt existentiële beslissing inzake de interpretatie van wet en feiten. Dat is een verantwoordelijkheid die om een algeheel persoonlijk engagement van de rechter vraagt. Scholten voerde strijd tegen het nog altijd dominante rechtspositivisme dat het recht met de wet identificeert. De rechter wordt daardoor tot een verregaande identificatie met het rechtssysteem verleid, hetgeen rechtsvinding en de rechtvaardigheid (gemeenschap) niet ten goede komt. Het personalisme komt in strijd daarmee tegemoet aan de persoonlijke, morele en esthetische dimensies van rechtsvinding. Recht is een vorm van kunst die met behulp van de wet naar rechtvaardigheid zoekt en daarbij, doorheen de betrokkenheid van de persoon, op de persoon van de naaste ziet. Andere machten moeten deze eigen verantwoordelijkheid van de rechter respecteren:

*Wellicht was de arbeid die tot de beslissing leidde een heel of half wetenschappelijke, doch dit hanteren, dit oordelen, dit rechtsvinden op zichzelf wordt toch eerder ‘ars’ geheten. Als men daaronder dan maar niet handigheid of techniek verstaat, maar een vorm geven aan vage voorstellingen, ze tot recht doen kristalliseren, een schepping van vorm dus, die kunst kan genoemd worden.<sup>9</sup>*

<sup>9</sup> P. Scholten, *De structuur der rechtswetenschap*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij, 1945, VG I 455. Voor een verdere analyse van deze esthetische dimensies van recht en rechtsvinding: T. Slootweg, *Uit de schaduw van de wet. Inleiding tot de esthetica van het recht*, Antwerpen: Garant, 2016.

### Slotbeschouwing: de relevantie van het personalisme

Vrij zijn is niet identiek te zijn met jezelf. Deze menselijke conditie van niet-zijn, die ontmoetingen mogelijk maakt en om beslissingen vraagt, boezemt echter ook angst in. Angst voor de vrijheid brengt de mens ertoe die te ontvluchten: zich tot een identiteit te reduceren, door allerlei vluchtwegen en constructies die het bestaan vaste zin geven. Dit bereikt hij door middel van anderen: door de wijze waarop 'men' hem ziet en bepaalt. Aldus wordt hij een acteur in eigen leven. Hij speelt een rol, die hij met graagte van anderen overneemt. Eenmaal identiek aan zichzelf geworden, participeert hij niet meer in vrijheid en onafhankelijkheid. Hij handelt nog slechts met de bedoeling zijn karakter en bestemming in vervulling te brengen en met de vrijheid zijn verantwoordelijkheid te ontlopen. Dit heeft ook politieke implicaties, want deze onvrijheid bedreigt de democratische rechtsstaat van binnenuit en de identiteitspolitiek versterkt dit alleen maar.

Nadenken over deze analyses en over de hedendaagse relevantie van het personalisme is niet voorbehouden aan de één of andere politieke partij. In Nederland hebben ná Scholten o.a. Willem Banning (1888-1971) en Phillip Kohnstamm (1875-1951) de doorbraakgedachte ontwikkeld en deze levensbeschouwing ook bij de PvdA ingebracht. Dat het personalisme bovendien voor christelijke partijen relevant is, lijkt evident. Het betreft een actuele oproep om na te denken over mens en samenleving en daarbij de persoonlijke verantwoordelijkheid niet uit het oog te verliezen. Daartoe houdt het individualiteit en identiteit scherp uiteen. Het vraagt van ons in verantwoordelijkheid voor de naaste een volwaardige persoon te zijn. De huidige morele crisis in recht en politiek leert ons hiervan de waarde te ontdekken: dat een politiek bestel altijd tekortschiet in zijn ambitie het concrete leven te representeren en dat onze instituties hiervan altijd doordrongen moeten blijven.





# Natuur als norm voor de rechtsstaat - tijdloze bronnen van gerechtigheid

**Christiaan Alting von Geusau**

*‘De mens heeft zich vervreemd van de natuur sinds het die zo leerde beheersen, dat de vernietiging van al het organische leven op aarde met door de mens gemaakte instrumenten voorstelbaar en technisch mogelijk is geworden.’<sup>1</sup>*

Het actuele maatschappelijke debat en de daarmee verbonden politieke prioriteiten wereldwijd besteden veel aandacht aan het behoud van de natuur en dan vooral de problematiek rondom milieuvervuiling en klimaatverandering. Wij maken ons terecht grote zorgen over verslechterende lucht- en waterkwaliteit, het uitsterven van dier- en plantsoorten, het smelten van gletsjers en ijskappen, extreem-weer-phenomenen en de stijging van de zeespiegel. Vooral het laatste punt ligt voor ons Nederlanders bijzonder gevoelig, gedreven als we zijn door een lange historie in de overlevingsstrijd tegen een ontembare zee en buiten haar oevers tredende rivieren. Dit alles wordt door vooraanstaande internationale wetenschappers en organisaties uitvoerig bestudeerd en publiekelijk bediscussieerd. Doemscenario’s ontbreken daarbij niet en de angst bij velen is dan ook groot.

De economische impact die dit alles op ons heeft en nog kan hebben, is daarbij eveneens een veelbesproken thema. Onze welvaart en economische groei staan op de tocht, zo wordt door wetenschappers en politici voorspeld. Dat alleen al is voldoende motivatie voor meer gecoördineerde actie. Er lijkt zich dan ook een steeds grotere internationale overeenstemming en

---

<sup>1</sup> H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Edition, San Diego: Harcourt, 1994, p. 298 (vrije Nederlandse vertaling).

samenwerking te ontwikkelen rondom de dringende noodzaak ons gedrag als mensheid ten opzichte van de schepping drastisch aan te passen, zodat we nog iets hiervan aan onze kinderen en kleinkinderen kunnen doorgeven. Het veelgebruikte motto hier is: we moeten nu iets doen, voor het te laat is.

Zo behandelde Paus Franciscus in 2015 deze problematiek uitvoering in zijn baanbrekende encycliciek *Laudato Si'* waarin hij stelt: '[m]en neemt een groeiende gevoeligheid voor het milieu en voor de zorg voor de natuur waar en ontwikkelt een oprechte en pijnlijke bezorgdheid voor wat er met onze planeet aan het gebeuren is.'<sup>2</sup> Ook was één van de eerste handelingen van de nieuwgekozen Amerikaanse president Joe Biden in 2021 de benoeming van voormalig minister van Buitenlandse Zaken John Kerry tot *Speciaal Presidentieel Afgezant voor het Klimaat*. Kerry reist nu de wereld rond om vriend en vijand ervan te overtuigen mee te doen met onder andere de gezamenlijke maatregelen ter reducering van het CO<sub>2</sub>-gehalte in de atmosfeer. We zouden zo de toenemende globale bewustwording en urgentie op dit gebied een herwaardering van het 'ecologische geweten' van de moderne mens en diens maatschappij kunnen noemen. Dat is een positieve ontwikkeling.

### De ecologie van de mens

Toch ontbreekt er iets heel wezenlijks aan dit verhaal en maar weinig mensen schijnen zich hiervan bewust te zijn, vooral in het maatschappelijk debat. Het is raadselachtig en nogal zorgwekkend om te zien hoezeer onze op zichzelf begrijpelijke focus op de natuurlijke leefomgeving onze blik als mens en maatschappij vrijwel geheel lijkt te onttrekken aan een onlosmakelijk gerelateerde en duidelijk nog belangrijkere realiteit die direct onszelf betreft en die zich in een nog veel precairere toestand bevindt: onze omgang met de *menselijke* natuur. Menselijke natuur wil hier zeggen: de objectieve werkelijkheid – in de zin van het wezen – van ons menselijk bestaan, zowel voor wat betreft ons lichaam als onze geest. En het is juist dit kerndeel van de ons gegeven en daarmee niet zelfgemaakte menselijke natuur, die zo allesbepalend is om de geschapen natuur waarvan wij als mensen deel uitmaken en waarmee wij op bijzondere wijze verbonden zijn te begrijpen en te respecteren. Alleen dan kunnen we op de eerder beschreven doemscenario's een zinvol antwoord formuleren.

Paus Franciscus wijst hier nadrukkelijk op in de inleiding van *Laudato Si'* wanneer hij als volgt zijn voorganger aanhaalt: '[h]ij heeft eraan herinnerd

2 Paus Franciscus, *Laudato Si'*, encycliciek over de zorg voor het gemeenschappelijke huis, officiële Nederlandse vertaling, Libreria Editrice Vaticana/SRKK, 2015, p. 17-18.

dat de wereld niet kan worden geanalyseerd door alleen maar één van de aspecten ervan te isoleren, omdat ‘het boek van de natuur één en ondeelbaar is’ en milieu, leven, seksualiteit, gezin, sociale betrekkingen en andere aspecten insluit.<sup>3</sup> Hoe zullen we ooit in staat zijn onze natuurlijke leefomgeving te waarderen en te beschermen als we niet tegelijkertijd tevens onze daarin geïntegreerde en tevens daarvan afhankelijke menselijke natuur zoals die is (en niet zoals wij die zouden willen hebben) doorgronden en aannemen, van *waaruit* en *waartoe* wij moeten handelen ten aanzien van klimaatverandering en vele andere kwesties? In zijn historische rede op 22 september 2011<sup>4</sup> voor het Duitse parlement in Berlijn verwoordde Paus Benedictus XVI dit probleem als volgt: ‘Wij moeten naar de taal van de natuur luisteren en overeenkomstig antwoorden. Ik wil het echter uitdrukkelijk nog over een punt hebben dat naar mijn idee nog altijd buiten beschouwing wordt gelaten: er is ook een ecologie van de mens. Ook de mens heeft een natuur die men moet eerbiedigen en niet naar believen kan manipuleren. De mens is niet alleen maar een zichzelf makende vrijheid. De mens maakt zichzelf niet. Hij is geest en wil, maar hij is ook natuur; en zijn wil is pas juist, wanneer hij acht slaat op de natuur, ernaar luistert en zichzelf aanvaardt als degene die hij is, en die zichzelf niet heeft gemaakt. Juist zo en alleen maar zo wordt ware menselijke vrijheid verwezenlijkt.’

Er is dus niet alleen een ecologie van onze natuurlijke leefomgeving, maar ook een ecologie van de mens en die moeten we leren te zien en te respecteren, willen we in staat zijn in ware vrijheid te leven en niet tot slaaf te worden, zo wil Benedictus zeggen, van onze steeds veranderende voorkeuren, gevoelens en opinies die ons uiteindelijk verzwakken ten aanzien van de grote uitdagingen die we het hoofd moeten bieden. Die ecologie van de mens, zo zegt hij, kunnen we begrijpen als we luisteren naar de ‘taal van de natuur’ – dat wil zeggen: de objectieve werkelijkheid van de schepping als geheel –, zoals we dat proberen te doen wanneer het gaat om onze natuurlijke leefomgeving. We weten allemaal dat watervervuiling tot vissterfte voert en dat het onbepert rooien en niet opnieuw planten van bomen in het regenwoud een kettingreactie van negatieve gevolgen – ook voor het klimaat – veroorzaakt. En precies zoals we steeds meer ontdekken dat we onze natuurlijke leefomgeving niet onbestraft kunnen manipuleren, zo is het volgens Benedictus evenzo dringend noodzakelijk om in te zien dat we ook onze *menselijke* natuur, ons menselijk *zijn* in lichaam en

<sup>3</sup> Ibid., p. 9.

<sup>4</sup> Toespraak van paus Benedictus XVI in de Duitse Bondsdag, donderdag 22 september 2011. Zie voor de Nederlandse vertaling: [www.rkkerk.nl/wp-content/uploads/2016/05/2011\\_7-8.4-dl\\_bondsday.pdf](http://www.rkkerk.nl/wp-content/uploads/2016/05/2011_7-8.4-dl_bondsday.pdf), p. 18.

geest, niet zonder ernstige en langdurige consequenties kunnen manipuleren en misbruiken. De mens, zo zegt hij, is ondanks de vele baanbrekende ontwikkelingen in wetenschap en in technologie nog steeds niet in staat – en zal daartoe ook nooit in staat zijn – geheel zichzelf te creëren. Dat vindt de moderne mens erg moeilijk om te aanvaarden en daarom houdt ze niet op de grenzen steeds verder te verleggen. Ware vrijheid echter, zo wil Benedictus zeggen, is enkel en alleen mogelijk als we bereid zijn om als mens juist onze grenzen te kennen en die te respecteren en niet met geweld alles naar onze hand te willen zetten. Dat vraagt dus om bescheidenheid.

### De natuur als bron van gerechtigheid

Benedictus XVI is niet de eerste grote denker die met dit idee is gekomen. Het is een tijdloos grondbeginsel dat de oude Griekse filosofen, zoals Plato en Aristoteles, en ook de latere Romeinse denkers, zoals de jurist Marcus Tullius Cicero, als een vanzelfsprekendheid zagen die niet ter discussie stond. In zijn grote werk *De Legibus*, waar hij spreekt over de grondslagen van recht en gerechtigheid, zegt Cicero: ‘*natura ortum esse ius*’<sup>5</sup>. Natuur is de bron van de gerechtigheid.<sup>6</sup> De gerechtigheid vindt haar grondslag in het *zijn* van de menselijke natuur als deel van en deelnemer aan de schepping. Maar wat betekent dit eigenlijk? Het is frappant en veelzeggend dat juist een katholieke paus in de postmoderne 21<sup>e</sup> eeuw er in een parlement van een seculier-liberale democratie op moet wijzen dat hier niet religie in eerste instantie het antwoord biedt: ‘In tegenstelling tot de andere grote godsdiensten heeft het christendom de staat en de samenleving nooit een geopenbaard rechtssysteem, nooit een rechtsorde voortkomend uit een openbaring voorgehouden. Het heeft daarentegen verwezen naar de natuur en de ratio als ware bronnen van het recht – naar de overeenstemming tussen objectieve en subjectieve ratio, die echter vooronderstelt dat beide sferen zijn gegrondvest op de scheppende ratio van God. De christelijke theologen hebben zich hiermee aangesloten bij een filosofische en juridische beweging die zich sinds de tweede eeuw voor Chr. had gevormd. In de eerste helft van de tweede eeuw voor Christus kwam het tot een ontmoeting tussen het maatschappelijk natuurrecht, ontwikkeld door de Stoïcijnse filosofen, en gezaghebbende leraren van het Romeins recht.

5 Cicero XVI, *De Legibus* (Latijns-Engelse versie; citaten in eigen Nederlandse vertaling), Cambridge: Harvard University Press, 1988, boek I. XIII, p. 334.

6 Het is hier interessant aan te merken dat het Latijnse woord ‘ius’ zich als ‘recht’ en als ‘gerechtigheid’ laat vertalen, afhankelijk van de context. Voor Cicero bestond er geen twijfel over dat de beide begrippen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn en dat ongerechtigheid nooit recht kan zijn, ook al is het een wet.

Bij dit contact is de rechtscultuur van het Avondland ontstaan, die voor de rechtscultuur van de mensheid van beslissende betekenis is geweest.<sup>7</sup>

De waarneembare realiteit van onze menselijke natuur, dat wil zeggen: de ons gegeven aspecten van het mens-zijn, om te beginnen het man-zijn of het vrouw-zijn, en eveneens onze afhankelijkheid van het leven in gemeenschap en van water en voeding, is door het gebruik van de ratio (rede, verstand) en door persoonlijke ervaring voor iedere mens te begrijpen en het vereist geen geloof in God om dit uitgangspunt aan te kunnen nemen. De heilige Paulus merkte dit al op in zijn brief aan de Romeinen: ‘Door hun daden tonen zij, dat de wet in hun hart geschreven staat, waarbij komt het getuigenis van hun geweten, terwijl hun gedachten hen over en weer beschuldigen of ook wel vrijspreken.’<sup>8</sup>

Om hier niet al te theoretisch-filosofisch te blijven moge het volgende voorbeeld dit verduidelijken: als iemand een kwaadaardige en dagelijks groeiende tumor in zijn of haar lichaam heeft, dan zullen er vrijwel geen mensen zijn die er een moreel bezwaar tegen hebben wanneer dit operatief wordt verwijderd. De tumor bedreigt het leven van deze mens acuut en hoort in diens lichaam niet thuis, het is een anomalie. Daarentegen zijn er veel mensen die wel degelijk morele bezwaren hebben tegen de praktijk van abortus. Hier gaat het om een goedaardig levend wezen in ontwikkeling dat – door samenkomst van een man en een vrouw – is ontstaan in de baarmoeder van de vrouw, de plek die de natuur daarvoor expliciet heeft voorbestemd, en die zó is voorbereid dat deze plek in de regel voor negen maanden de meest veilige omgeving is waar het kind zich kan ontwikkelen tot op het moment dat de geboorte de eerste stappen van zelfstandigheid inluidt. Hier gaat het dus niet om een anomalie. De vraag of de eerdergenoemde kwaadaardige tumor nu wel of niet operatief moet worden verwijderd, levert geen publieke debatten op over de juistheid hiervan. Eenieder begrijpt zonder problemen dat dit een persoonlijke en medische keuze is die één mens direct betreft. De vraag of abortus gerechtvaardigd is, is echter al sinds mensenheugenis een heftig omstreden thema omdat instinctief – dat is óók onze menselijke natuur – eenieder wel tenminste aanvoelt dat het hier met enkel een persoonlijke of medische keuze niet is gedaan, aangezien het onlosmakelijk van elkaar twee menselijke levens betreft. Er komt hier natuurlijk veel meer bij kijken omdat het ook gaat om een wezenskenmerk van de menselijke natuur, namelijk het doen ontstaan van nieuw leven en onze verantwoordelijkheid daarvoor. Onze medische kennis is daarbij intussen voldoende voortgeschreden om te kunnen

<sup>7</sup> Toespraak van paus Benedictus XVI in de Duitse Bondsdag, p. 16.

<sup>8</sup> Romeinen 2, vers 15, Willibrordvertaling, 1975.

weten en begrijpen dat het in de baarmoeder niet gaat om 'enkel een klomp cellen'. Ook hier geldt weer: door middel van onze ratio en ervaring zijn we in staat deze werkelijkheid van de ons gegeven menselijke natuur te begrijpen, of we nu voor- of tegenstanders van abortus zijn.

Maar hoe komen we nu tot het punt dat natuur, toegankelijk en begrijpelijk door middel van onze ratio en onze ervaring als mens, als een aanvaardbare en begrijpelijke bron voor de rechtsstaat wordt erkend en toegepast? Aangezien dit geen nieuw vraagstuk is en al duizenden jaren door de mens wordt bediscussieerd, heb ik in deze bijdrage niet de illusie daarop een definitief of zelfs diepgaand genoeg antwoord te geven. Deze vraag moet vooral worden aangegaan met een goede dosis intellectuele bescheidenheid en openheid van geest. Het lijkt mij daarom zinvol voor een duiding van de richting allereerst terug te gaan naar de oude bronnen van tijdloze denkers die ons tot op heden met hun overwegingen antwoorden of tenminste wat meer inzicht kunnen geven rondom vraagstukken die hen in hun eigen tijd maar al te goed bekend waren. Het is daarbij van belang allereerst een denkfout aan te spreken die naar mijn mening in onze seculiere democratische maatschappij voet aan de grond heeft gekregen. Het betreft hier het vooral in juridische en politieke kringen vaak onnadenkend toegepaste uitgangspunt, dat het enkele feit dat een democratisch gekozen parlement met een geldige meerderheid een wet aanneemt bepalend is voor de gerechtigheid en de daaruit volgende rechtmatigheid van die wet. We hoeven niet ver terug in de geschiedenis te gaan om te begrijpen hoe gevaarlijk deze premisse is.

Hitler kwam in 1933 legaal aan de macht, omdat hij als leider van de NSDAP na de geldige parlementaire verkiezingen door president Von Hindenburg tot kanselier werd benoemd met de opdracht een coalitie te vormen. Kort daarop besloot diezelfde coalitie in datzelfde democratisch gekozen parlement per geldige meerderheid tot opschorting van de rechtsstaat en daaropvolgend in 1935 in Nürnberg eenstemmig tot de invoering van de rassenwetten die de vervolging van de Joden en andere bevolkingsgroepen institutionaliseerde. Het is een standaardvoorbeeld dat aantoont hoe de democratische rechtsorde bij afwezigheid van een onderliggend algemeen aanvaard en onveranderbaar besef van gerechtigheid snel uitgehold en misbruikt kan worden. De Romeinse bestuurder en rechtsfilosoof Marcus Tullius Cicero, die leefde van 106-43 v. Chr., was zich terdege bewust van dit dilemma en liet er geen gras over groeien dat wet en gerechtigheid niet automatisch hetzelfde zijn, hoe sterk de staat of de meerderheid ook moge zijn:

‘Maar het meest dwaze idee van allemaal is het beginsel dat alles rechtvaardig is wat wordt gevonden in de gebruiken of wetten van naties.’<sup>9</sup>

Volgens Cicero is het duidelijk dat gerechtigheid niet kan bestaan als het niet reeds latent zichtbaar is in de menselijke natuur en ervaring, versterkt door onze eveneens natuurlijke inclinatie als mens om met onze medemens in vriendschap of benevolentie om te gaan. Hij onderbouwt zijn argument tegen het enkel afleiden van de gerechtigheid uit wetten en decreten dan als volgt: ‘Maar als de beginselen van gerechtigheid zouden zijn gebaseerd op de wetten van volkeren, de edicten van vorsten of de beslissingen van rechters, dan zou de gerechtigheid diefstal en overspel en vervalsing van testamenten toestaan wanneer deze handelingen waren goedgekeurd door de stemmen of wetten van het volk. Maar als zo’n grote macht tot de besluiten en wetten van dwazen behoort en dat de natuurwetten door hun besluit kunnen worden veranderd, waarom bepalen ze dan niet dat wat slecht en verderfelijk is, als goed en heilzaam moet worden beschouwd? Of, als een wet recht kan maken uit onrecht, kan ze dan ook niet goed maken uit kwaad?’<sup>10</sup>

Duidelijke woorden van een jurist en politicus die vooral met eigen ogen de gevolgen van tirannie en geïnstitutionaliseerde ongerechtigheid zag en er persoonlijk onder leed door vervolging en uiteindelijk daardoor de dood vond. Het triumviraat na de moord door Brutus en Casius op Julius Caesar had Cicero hoog op zijn dodenlijst staan en organiseerde Cicero’s gruwelijke einde waarbij zijn afgesneden hoofd en handen terug naar Rome werden gevoerd voor verdere onteringen in de senaat. Een van de redenen waarom Cicero waarschijnlijk zoveel haat teweegbracht bij zijn politieke tegenstanders was dat hij hen in zijn publicaties en redevoeringen het monopolie ontzegde om dat wat rechtvaardig is af te leiden uit en te bepalen door hun eigen macht als heersers. Volgens Cicero is dit niet mogelijk omdat wat principieel juist en waar is altijddurend is en niet begint of eindigt met gecodificeerd recht en ook niet kan worden ingetrokken of afgeschaft door welke macht dan ook. De geschiedenis geeft ons talloze, ook recente, voorbeelden die aantonen wat er gebeurt wanneer we dit principe als samenleving loslaten: het leidt zonder uitzondering tot ongerechtigheid, mensonterende praktijken en bloedvergieten. De rechtsstaat kan enkel bestaan wanneer de moderne mens bereid is te aanvaarden en onaangetaast te laten het feit dat er fundamentele morele beginselen zijn die niet ter discussie staan. Ook op een onbewoond eiland

<sup>9</sup> Cicero, boek I. XV, p. 342.

<sup>10</sup> Cicero, boek I. XVI, p. 344-346.

zonder staatsapparaat en wetten weten de schipbreukelingen dat diefstal en moord onacceptabel zijn.

### De menselijke waardigheid

Om nu tot een zinvolle omgang met het concept natuur en ratio als grondslag voor de rechtsstaat te komen, moeten we allereerst het raamwerk vaststellen waarbinnen dit kan worden toegepast. Ook hier geeft de rede van Benedictus voor het parlement in Berlijn in 2011 weer een goed houvast: ‘In een groot aantal zaken dat wettelijk moet worden geregeld, kan het meerderheids criterium voldoende zijn. Maar dat een meerderheidsprincipe bij de kernvragen van het recht, waar het de waardigheid van de mens en de mensheid betreft, niet voldoende is, is evident: iedereen die verantwoordelijkheid draagt moet bij de rechtsvorming de criteria zoeken waarop hij zich oriënteert.’<sup>11</sup>

De criteria waarover hij hier spreekt – die moeten worden *gezocht*, niet gemaakt – zijn die beginselen waarvan Cicero zegt dat ze onveranderlijk zijn en het is juist die onveranderlijkheid die in het moderne denken zo’n steen des aanstoets is geworden. Hannah Arendt merkt hiertoe al direct na de Tweede Wereldoorlog op dat hoe meer onze beschaving zich ontwikkelt en des te meer de mens zich in deze eigen creatie thuis voelt, des te sterker krijgt diezelfde mens een hekel aan alles wat het niet zelf heeft voortgebracht, maar wat een gegeven is.<sup>12</sup> Zo was het expliciete doel van de Verlichting om de natuur te veroveren en daardoor te beheersen. De mens van de Verlichting kreeg er daardoor steeds meer moeite mee het wezen der dingen dat is verankerd in een transcendente orde te accepteren. Omdat de mens echter onafgebroken enorme ontwikkelingen in techniek en wetenschap doormaakt, is daarbij de waan ontstaan dat alles mag en zelfs moet wat kan en dit voert er dan natuurlijk automatisch toe dat de criteria die nodig zijn voor oriëntatie bij de kernvragen van het recht nog maar heel moeilijk te vinden zijn omdat wat vandaag geldig is morgen al achterhaald en zelfs onacceptabel kan zijn. Een goed voorbeeld is hier het transgenderthema. Kortgeleden was het zowel sociaal, politiek alsook juridisch geen enkel probleem te spreken over mannen en vrouwen als mensen die geboren zijn met de respectievelijk daarmee overeenstemmende uiterlijke geslachtskenmerken. Vandaag de dag is dit in de regel objectief biologische uitgangspunt in een toenemend aantal landen, vooral in het welvarende Westen,

<sup>11</sup> Toespraak van paus Benedictus XVI in de Duitse Bondsdag, p. 15.

<sup>12</sup> H. Arendt, p. 300-301.



niet langer maatschappelijk aanvaardbaar<sup>13</sup>. In hoog tempo worden deze voorheen biologische vanzelfsprekendheden vervangen door het subjectieve dictaat van de individuele voorkeur en de persoonlijke keuze, omdat de tragische problematiek van de slechts zelden voorkomende biologische tweeslachtigheid is uitgebreid tot het veel ongrijpbardere fenomeen van de genderdysforie waarin geslacht primair wordt gezien of ervaren als een maatschappelijk construct in plaats van een natuurlijk gegeven. Dit leidt dan tot het onvermijdelijke probleem van vrijwel onoplosbare conflicten: zo wordt op het moment bijvoorbeeld in de Verenigde Staten heftig gediscussieerd over de vraag of het eerlijk spel is wanneer een persoon die zich identificeert als transgender-vrouw, maar als biologische man werd geboren en daardoor een andere lichaamsbouw heeft, nu wel of niet het recht heeft in de universitaire vrouwenatletiek mee te doen.

### Conclusie

Willen we dat natuur en ratio (rede, verstand) en de daarop betrekking hebbende menselijke ervaring als fundamentele norm voor de rechtsstaat van betekenis worden, dan zullen we die werkelijkheden ook serieuzer moeten nemen en aanvaarden dat de natuur niet exclusief aan onze eigenmachtig-scheppende macht is onderworpen. Dat betekent ook dat we de menselijke natuur net zo zouden moeten gaan behandelen zoals we dat inmiddels eisen van de omgang met onze natuurlijke leefomgeving, inclusief de dieren. Wanneer we terecht de planeet niet meer willen manipuleren door rooibouw te plegen op de regenwouden en de massieve vervuiling van lucht en water, waarom propageren we dan wel dat het menselijk lichaam wordt gemanipuleerd door toediening van synthetische hormonen of het op verzoek in steeds meer gevallen – denk bijvoorbeeld inmiddels ook aan dementie, psychische nood of zelfs ‘voltooid leven’ – vroegtijdig eindigen van levens met behulp van artsen? En als een dierenpartij terecht pleit voor het behoedzaam omgaan met honden, katten en kippen, waarom is er dan geen politieke partij die pleit voor het evenzo behoedzaam omgaan met *iedere* mens, geboren of ongeboren, jong of

---

**13** Zie hierover de bijdrage ‘Let’s talk about sex. A backlash against gender ideology is starting in universities’, *The Economist*, 5 juni 2021, p. 52-53.

oud, gezond of ziek?<sup>14</sup> Als we niet bereid zijn deze schrijnende ambiguïteit in onze omgang met de ecologie van de mens en de ecologie van de natuur in te zien, dan kan dit enkel leiden tot nog meer leed en ongerechtigheid.

Het uitgangspunt van een rechtsstaat die natuur en de ratio als norm aanvaardt, vraagt allereerst om een fundamentele houding van *bescheidenheid* die bij de moderne en ver ontwikkelde mens nogal eens ontbreekt wat diens kunnen en willen betreft. We kunnen als mensen heel erg veel, en daarvoor zijn we dankbaar, maar het is daarbij onvermijdelijk dat we steeds ook de vraag moeten stellen of dat wat we kunnen ook in zichzelf goed is en vooral of wij daarbij het *wezen* van de mens al dan niet onaangetast laten. Zo wordt bij het operatief verwijderen van een kwaadaardige tumor, waarbij de nieuwste medische ontwikkelingen worden ingezet, het wezen van de geopereerde persoon niet aangetast, ja zelfs integendeel voor onheil behoed. Dat is fundamenteel anders wanneer in de moederschoot een menselijk leven met geweld in de knop wordt gebroken; daarbij wordt niet enkel een hulpeloze mens gedood, ook diens moeder en vader worden daardoor in hun wezen aangetast omdat zij niet de bescherming en zorg hebben geboden die de natuur hen als ouders toebedacht had. De natuur als rechtsnorm voor de rechtsstaat kunnen aanvaarden betekent het zich zo nodig aanpassen aan een objectieve werkelijkheid waarvan we willen accepteren dat deze niet in onze uiteindelijke macht ligt, zelfs al zouden we de feitelijke mogelijkheid hebben deze te veranderen. Het betekent ook voortschrijdende mogelijkheden in (medische) wetenschap en technologie – die natuurlijk in principe toe te juichen zijn – steeds weer opnieuw met de kritische ethisch-relevante vraag te belichten of het gebruik daarvan in de gegeven situatie aan het klassieke en nog steeds geldige gerechtigheidsprincipe van Aristoteles voldoet dat uitgaat van wat goed is zowel voor de ander als voor mijzelf *zodat eenieder het zijne of hare toekomt*. Dat is de ware rechtsstaat.

---

**14** Een voorbeeld van deze tweeslachtigheid rondom het moderne denken wat betreft omgang met menselijk en dierlijk leven is dat onlangs het Duitse parlement een wet besloot met de volgende inhoud: “Vanaf 1 januari 2024 is ook het doden van kippenembryo’s in het ei na de zesde broeddag verboden. Volgens de huidige stand van de wetenschappelijke kennis kan het kippenembryo nog geen pijn voelen voor de zevende dag van incubatie. Vanaf de zevende dag van incubatie kan de beginnende ontwikkeling van pijnsensatie echter niet worden uitgesloten.” Zulke wetten bestaan niet voor een ongeborn mens, welke ook pijn kan ondervinden. Zie: [www.bundesregierung.de/breg-de/suche/kuekentoeten-wird-verboden-1841098](http://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/kuekentoeten-wird-verboden-1841098).





# Rechtvaardigheid en vormend onderwijs

**Emma Cohen de Lara**

## De rechtsstaat in brede zin

De afgelopen jaren werd het steeds duidelijker dat de rechtsstaat niet alleen een formele, externe constructie is maar ook een innerlijke verworvenheid. Wat bedoel ik hiermee? In de eerste plaats gaat de liberale traditie van de rechtsstaat uit van het individu, en heeft de staat de verantwoordelijkheid om met wetten en regelgeving de vrijheid en rechten van het individu te beschermen. Deze wetten en regelgeving moeten echter door de burgers geaccepteerd en gedragen worden. Daarnaast gaat de liberale traditie ervan uit dat de vrijheid van het individu niet alleen door andere individuen wordt bedreigd maar ook door de staat zelf. De rechtsstaat is een grote verworvenheid omdat het begrip ervan uitgaat dat óók de staat zich aan wetten en regels – bovenal aan de hoogste wet oftewel de Grondwet – dient te houden. Daarom schrijft de Nederlandse Grondwet een geheel van instituties en instrumenten voor zoals de parlementaire enquête waarmee de instituties elkaar kunnen controleren.

Echter, instituties, wetten en regelgeving blijken niet voldoende. We kunnen denken aan de medewerkers van de Belastingdienst die een tijd lang een wet hebben uitgevoerd waarbij serieuze inbreuk werd gemaakt op het bezit en het aanzien van een specifieke groep burgers. Het begrip van de rechtsstaat als een geheel van wetten en regels die zowel het gedrag van individuen onderling als het gedrag van de instituties van de staat inkaderen kan alleen goed functioneren als ze gedragen wordt door een ethos. Met ‘ethos’ wordt bedoeld een cultuur waarin zowel burgers als gezagsdragers bepaalde waarden hebben verinnerlijkt en een karakter hebben ontwikkeld dat ze in staat stelt om naar deze waarden te handelen. Dit sluit aan bij het christelijk-democratische begrip van de samenleving, waarbij de samenleving meer is dan een verzameling van individuen. We kunnen de rechtsstaat begrijpen niet alleen in staatkundige zin – als een staat gebonden aan het recht – maar ook in brede zin, als een politieke gemeenschap waarin de burgers en gezagsdragers elkaar recht doen. En met ‘elkaar recht doen’ bedoel ik geen juridische samenleving waarin voor het minste of geringste een rechtszaak wordt aangespannen. Veeleer doel ik op het klassieke begrip van rechtvaardigheid als innerlijke verworvenheid,

waarbij het niet gaat om recht halen maar om recht *doen*. Rechtvaardigheid betekent uiteindelijk ‘het goed van een ander’ bevorderen.<sup>1</sup> De gezondheid van de rechtsstaat in brede zin hangt af van het vermogen van zowel burgers als gezagsdragers om in relatie te staan met elkaar en om, als onderdeel van deze relaties, elkaar recht te doen.

In dit essay wil ik dan ook uitweiden over de rechtsstaat niet als een puur juridisch of institutioneel begrip, maar als een verworvenheid die gedragen wordt door het culturele domein – van de opvoeding, het onderwijs, de kunsten, de wetenschappen – waarbinnen mensen waarden verinnerlijken en karakter ontwikkelen. Het culturele domein draágt de rechtsstaat, en is daarmee nooit louter een private aangelegenheid. Dit argument werd recentelijk nog eens aangehaald door de dichteres des vaderlands, die stelde dat literatuur en poëzie ‘van essentieel belang zijn voor het maatschappelijk debat en de democratische waarden die daaruit voortvloeien’.<sup>2</sup> Ze heeft gelijk, ook al is het culturele domein breder dan literatuur en poëzie; ze omvat ook de kunsten, muziek, filosofie, geschiedenis, de natuurwetenschappen, eigenlijk ieder domein waar de mens wordt uitgenodigd om zich te verhouden tot niet-materiële waarden. Dit is overigens ook wat cultuur zo kwetsbaar maakt, zeker in een neoliberale tijd waarin dat wat van waarde is voornamelijk economisch en materialistisch wordt geduid.

De cultuur die nodig is voor een sterke rechtsstaat is geen gemakkelijke materie. Daar waar het begrip van de liberale rechtsstaat relatief concreet en tastbaar is als een geheel van instituties, wetten en regelgeving, is ‘ethos’ of ‘cultuur’ diffuser, complexer en betwister. Wat bedoelen we eigenlijk met cultuur? En wat bedoel ik met het culturele domein waarbinnen mensen de waarden en het karakter ontwikkelen dat dragend is voor een samenleving waar mensen elkaar recht doen? Om dit inzichtelijk te maken wil ik hier enkele voorbeelden schetsen om de lezer op het spoor te zetten om de relatie tussen cultuur en de rechtsstaat verder uit te denken. Ik begin daarmee bij de deugdenethiek van Aristoteles, omdat hij een filosoof is die de relatie tussen cultuur en rechtsstaat scherp in het oog had. Vervolgens trek ik enkele lijnen naar het heden, waarbij de hoe-vraag centraal staat. Als we het eens kunnen zijn dat de rechtsstaat wordt gedragen door mensen van karakter die niet blindelings wetten maken en uitoefenen, maar in hun dagelijks handelen ‘recht doen aan een ander’, hoe wordt een dergelijk karakter dan gevormd?

1 Aristoteles, *Ethica*, Groningen: Historische Uitgeverij, 2015, 1130a4.

2 L. Marsman, Taal is te belangrijk om te verminken, *NRC*, 13 maart 2021.

## Rechtsstaat en karaktervorming

Het verbaast mogelijk dat Aristoteles zich al bewust was van de noodzaak dat gezagsdragers handelen binnen de grenzen van de wet. Toch is de rechtsstaat in zekere zin een klassieke gedachte. Als antwoord op de vraag wie de soevereine macht binnen een politieke gemeenschap moet hebben, stelt Aristoteles dat ‘de wetten, mits het goede wetten zijn, soeverein moeten zijn’.<sup>3</sup> Echter, Aristoteles ziet ook dat de wetten altijd worden toegepast – in onze tijd door rechters, ambtenaren en bestuurders – omdat een wet nu eenmaal een algemene bepaling behelst welke in de praktijk op concrete situaties betrekking heeft. Er is dus bij de toepassing van een wet altijd een beslissingsruimte, en in deze zin is er altijd een bepaalde ruimte – voor de rechter, ambtenaar, bestuurder, gezagsdrager, politiek leider – om ‘recht of onrecht te doen’. Aristoteles stelt dat in deze ruimte de keuze om recht of onrecht te doen wordt bepaald door het *karakter* van degene die de keuze maakt. De keuze wordt dus bepaald door hoe iemand moreel in elkaar zit. Sommige mensen handelen in situaties nu eenmaal rechtvaardiger dan anderen. Het is natuurlijk een enorme zoektocht naar wat rechtvaardigheid precies betekent op het niveau van karakter. Toch kunnen we, zowel in de geschiedenis als in onze tijd, wel politieke leiders en gezagsdragers aanwijzen die een rechtvaardiger karakter, en daarmee meer moreel leiderschap, bezitten dan anderen.

Aristoteles was duidelijk over de specifieke deugden oftewel karaktereigenschappen die nodig zijn in een rechtsstaat: de burgers dienen moedig, gematigd en zachtmoedig te zijn.<sup>4</sup> De burgers, en bovenal de machthebbers, dienen bovendien rechtvaardig te zijn. De rechtvaardigheid is volgens Aristoteles de mooiste deugd, omdat deze als een soort kroon de andere deugden overspant én omdat ze van alle deugden nog het meest betrekking heeft op relaties tussen mensen. ‘En daarom beschouwt men rechtvaardigheid vaak als de belangrijkste van alle voortreffelijkheden, en vindt men “noch de avond- noch de morgenster” zo wonderbaar’.<sup>5</sup> Dat de rechtvaardigheid als een kroon de andere deugden overspant ligt voor de hand. Een laf, hebberig, arrogant, of kwaadaardig persoon zal meer moeite hebben om anderen recht te doen dan een moedig, beheerst, bedeesd en zachtmoedig persoon.

We hebben het hier dus over rechtvaardigheid als innerlijke dispositie, welke zo mooi is omdat deze innerlijke dispositie direct betrekking heeft op hoe men omgaat met anderen. Volgens Aristoteles wordt deze innerlijke dispositie verkregen door oefening. Hij vergelijkt het ontwikkelen van een

<sup>3</sup> Aristoteles, *Politica*, Groningen: Historische Uitgeverij, 2017, 1282b2-3.

<sup>4</sup> Aristoteles, *Ethica*, 1129b20-3.

<sup>5</sup> Ibid., 1129b27-29.

rechtvaardig karakter met het leren spelen op een muziekinstrument. Hoe meer men viool speelt, hoe meer men een vioolspeler wordt. Zo is het ook met de rechtvaardigheid; hoe meer men rechtvaardig handelt, hoe meer men een rechtvaardig mens wordt. Oefening baart kunst. Maar wat *is* rechtvaardig handelen dan? Is rechtvaardigheid voor de één niet heel wat anders dan voor de ander? Aristoteles zou deze vraag op twee manieren beantwoorden.

Ten eerste is hij het eens dat ieder mens uniek is en in zekere zin unieke drijfveren heeft. Echter, net zoals er marges zijn bij wat we als vioolspelen kunnen beschouwen, zo zijn er ook marges bij de rechtvaardigheid. Een kind dat met een viool op de tafel slaat, speelt toch echt geen viool, en zo handelt een persoon die zijn politieke tegenstander uit de weg ruimt toch echt niet rechtvaardig. Wat rechtvaardigheid is om te doen, hangt af van de situatie en de persoon, maar is niet puur subjectief.

Ten tweede stelt Aristoteles dat de rechtvaardigheid fundamenteel met ‘het redelijke doen’ te maken heeft. Net zoals er in de meeste muziek nu eenmaal wetten van harmonie zitten, zo zijn er in de rechtvaardigheid wetten van de redelijkheid. De mens is voor Aristoteles dan ook in essentie een redelijk wezen, dat wil zeggen: een wezen dat als geen ander wezen beschikt over het vermogen om te redeneren over wat te doen oftewel hoe te handelen, en dan vooral te redeneren over wat ‘nuttig is en wat schadelijk, en daarmee ook wat rechtmatig is en wat onrechtmatig, (...) goed en kwaad, recht en onrecht’.<sup>6</sup> Het is de functie van de mens om te handelen volgens de rede; het moreel redeneren is essentieel voor het ontwikkelen van karakter en de bloei van de persoon. Als mensen *zelfstandig* leren redeneren over wat goed en kwaad, recht en onrecht is, bevordert dit dus de rechtvaardigheid.

### Leergierigheid

Alle deugden dragen bij tot de vorming van de mens als rechtvaardig persoon. Hier wil ik nader ingaan op twee deugden die mogelijk verrassend zijn en van bijzonder belang in onze tijd. De eerste is de nieuwsgierigheid. De nieuwsgierigheid als een deugd wordt ook aangehaald in Rien Fraanje’s hoofdstuk, waarbij op basis van het werk van Martha Nussbaum een sterk verband wordt gelegd tussen nieuwsgierigheid en empathie.<sup>7</sup> Ik wil hier uitweiden over een ander aspect van nieuwsgierigheid, wat hopelijk tot denken zet. Interessant genoeg komt nieuwsgierigheid in Aristoteles’ lijst van deugden niet voor, en we zullen zien dat in het Aristoteliaanse denken van de

<sup>6</sup> Aristoteles, *Politica*, 1253a14-18.

<sup>7</sup> Zie hiervoor de bijdrage van Rien Fraanje in deze bundel.



christelijke filosoof Thomas van Aquino nieuwsgierigheid (Latijn: *curiositas*) een negatieve klank had. Echter, als we nieuwsgierigheid vervangen door verwondering (Grieks: *thaumazein*) en het verlangen naar kennis, dan zien we dat deze houding het hele oeuvre van Aristoteles doordringt. De mens, zo stelt Aristoteles aan het begin van zijn *Metafysica*, verlangt naar kennis, en dit verlangen drijft de mens naar een beschouwend leven. Er zit dus iets in de natuurlijke aard van de mens wat naar kennis zoekt. We zien dit misschien nog wel het best in jonge kinderen die onbevangen de wereld proberen te begrijpen, gefascineerd raken door lieveheersbeestjes of tractoren en treinen, en die hun ouders de oren van het hoofd vragen.

Maar waarom verkreeg de nieuwsgierigheid dan een negatieve connotatie? Thomas van Aquino noemde *curiositas* een ondeugd.<sup>8</sup> Waar Thomas van Aquino voor wilde behoeden is denk ik, ten eerste, oppervlakkigheid. Een mens die alsmaar nieuwsgierig is heeft niet het zitvlees om uit te vinden hoe iets echt is. In onze tijd hebben de sociale media het risico in zich dat nieuwsgierigheid al gauw een oppervlakkige nieuwsgierigheid wordt, welke met leergierigheid weinig te doen heeft. Zo kunnen de sociale media jongeren laten denken dat slechts uiterlijkheden tellen. Het eindeloos volgen van sociale media is een goede illustratie van wat de filosoof Josef Pieper 'toegeven aan de tomeloze begeerte van de ogen' noemt.<sup>9</sup> Nieuwsgierigheid leidt op deze manier tot onmatigheid in de zin dat de intellectuele vermogens zich bezighouden met uiterst vluchtige en oppervlakkige zaken die leuk zijn voor even, maar waar uiteindelijk een grote leegte achter schuilt, en waar bovendien weinig empathie uit voortkomt.<sup>10</sup> Thomas van Aquino beschreef dit soort nieuwsgierigheid als de 'zwerfende onrust van de geest' en stelde dat dit 'de eerste dochter' van de traagheid oftewel luiheid (*acedia*) was.<sup>11</sup> Dit is een gemoedstoestand waarbij alles juist steeds oninteressanter wordt, gekoppeld aan een zwaarmoedigheid en een zeker verdriet. In onze termen: een depressie.<sup>12</sup> Nieuwsgierigheid had

**8** T. van Aquino, *Summa Theologica*, 1485, II-II Q.166-167.

**9** J. Pieper, *The Four Cardinal Virtues*, Notre Dame (VS): University of Notre Dame Press, 1990, p. 198.

**10** *Ibid.*, p. 201.

**11** T. van Aquino, 'On Evil', in: J. Pieper, *The Four Cardinal Virtues*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1966, Q.11, Art. 4, p. 200. Mijn bespreking van *studiositas* en *curiositas* heeft veel te danken aan A. Ramos, 'Studiositas and Curiositas: Matters for Self-Examination', *Educational Horizons*, 2005, 83, 4, p. 272-281.

**12** Enigszins generaliserend sluit het Thomistische inzicht aan bij de observaties van Jean M. Twenge over de iGeneratie; de generatie studenten geboren na 1995, dat wil zeggen, geboren in een wereld met internet. Zie J.M. Twenge, *iGen. Why Today's Super-Connected Kids Are Growing Up Less Rebellious, More Tolerant, Less Happy - and Completely Unprepared for Adulthood*, New York: Simon & Schuster, 2017.

voor Thomas van Aquino dus een negatieve connotatie omdat het gekoppeld was aan een innerlijke onrust, onverzadigbaarheid en een gebrek aan vastberadenheid en doortastendheid.

Natuurlijk bedoelen wij met nieuwsgierigheid niet iets oppervlakkigs; we bedoelen veeleer waar Aristoteles het over had, namelijk een emotie die ons drijft om uit te vinden hoe de wereld in elkaar zit en een oprechte nieuwsgierigheid naar de ander. We zouden hierbij kunnen denken aan Albert Einstein. Einstein werd niet als een succesvol student gezien, en werkte zeven jaar lang voor een octrooibureau omdat een positie aan de universiteit er niet inzat. In die tijd echter schreef hij vanuit een pure zoektocht naar kennis, in de avonduren, enkele van zijn belangrijkste essays. Los van de institutionele structuur en verwachtingen van de universiteit voelde hij zich vrij om zijn intuïties te volgen.<sup>13</sup> Echter, voor Thomas van Aquino belichaamde Einstein niet zozeer de *curiositas* maar de *studiositas* (leergierigheid). In leergierigheid zit zowel de verwondering, welke wij ook associëren met nieuwsgierigheid – en dan weer met name de kinderlijke verwondering; voor een kind is immers alles nieuw – maar ook het doorzettingsvermogen en de gerichte aandacht die nodig zijn om uit te vinden hoe iets werkt of zou kunnen werken. Een vaccin tegen het coronavirus bijvoorbeeld, is niet ontstaan uit pure nieuwsgierigheid. Voor de ontwikkeling van het vaccin waren ook heel veel uren in de laboratoria nodig. Dit was meer *studiositas* dan *curiositas* dus.

Om recht te doen aan elkaar, is nieuwsgierigheid dan voldoende, of is leergierigheid eigenlijk beter? We kunnen een zekere ‘toeristische’ nieuwsgierigheid hebben naar een buurvrouw van een andere cultuur, maar we voelen ook wel aan dat een dergelijke houding niet oprecht is en geen basis vormt voor een burgervriendschappelijke relatie. We doen de ander geen recht als deze als een attractie wordt gezien. Bovendien is iemand die overal nieuwsgierig naar is in relaties met anderen waarschijnlijk nogal onbeschaamd. We kunnen ook nieuwsgierig zijn naar zaken die ons niets aangaan, of vanuit een behoefte om anderen te manipuleren, misbruiken of chanteren. Leergierigheid, meer nog dan nieuwsgierigheid, is een deugd die het recht doen aan elkaar van voeding voorziet. De deugd van de leergierigheid veronderstelt een bereidheid om te zoeken naar kennis en nuances. Het is een open houding. Vanuit leergierigheid kan het besef ontstaan dat men nog niet alles weet, dat er ook van anderen nog veel te leren valt en dat een eigen mening kan worden bijgesteld. Leergierigheid bevordert een oprechte belangstelling en aandacht

**13** Voor een gemakkelijke beschrijving van Einstein's intellectuele ontwikkeling en van vele anderen, zie Z. Hitz, *Lost in Thought. The Hidden Pleasures of an Intellectual Life*, Princeton: Princeton University Press, 2020.

voor de ander wat tot meer betrokkenheid kan leiden, en tot bereidheid om meer voor elkaar te doen. In tijden van polarisatie is de leergierigheid dus een groot goed, en vergroot de leergierigheid het recht doen aan elkaar. En het is juist in het culturele domein – in de opvoeding, het onderwijs, de kunsten, en de wetenschappen – waar leergierigheid beoefend wordt.

Ook op het niveau van de rechtsstaat in strikte zin is de leergierigheid van belang. Zoals eerder benoemd, drijft volgens Aristoteles de houding van de verwondering de mens tot een beschouwend leven. Hier komen fantastische wetenschappers uit voort zoals Albert Einstein. Echter, in de politiek gaat het natuurlijk niet om de beschouwing maar om het praktisch handelen; er moeten besluiten worden genomen. Toch is het een interessant klassiek inzicht dat politieke leiders die tijd en ruimte maken voor contemplatie mogelijk betere, dat wil zeggen, meer rechtvaardige leiders zijn. In onze tijd wordt dit argument nogmaals verwoord door William Deresiewicz, die stelt dat goede leiders een zekere onafhankelijkheid van geest hebben, voor zichzelf kunnen nadenken en niet klakkeloos de massa volgen.<sup>14</sup> Hoe wordt een onafhankelijke geest gevormd? *If you want others to follow you, learn to be alone with your thoughts.* Het belang van reflectie en beschouwing is een interessante gedachte in onze extraverte tijd. Zou de rechtsstaat gebaat zijn met de mogelijkheid voor politici, rechters en bestuurders om een sabbatical te nemen om te bezinnen, na te denken, een idee uit te werken, en om zo een houding van leergierigheid te beoefenen?

### Humor

De tweede deugd, naast de leergierigheid, die ik hier wil noemen is de humor oftewel geestigheid. Juist in polariserende tijden is het duidelijk geworden dat ook de geestigheid, en het ontbreken hiervan, te maken heeft met het elkaar recht kunnen doen. Wat zegt Aristoteles over geestigheid, en waarom is het een deugd? Laten we eerst naar de ondeugden kijken. Aan de ene kant zijn er de ‘platte’ en ‘ordinaire’ grappenmakers. Dit zijn mensen die met hun grappen te ver gaan, tot elke prijs grappig uit de hoek willen komen, en ‘er meer op uit [zijn] anderen aan het lachen te brengen dan fatsoenlijke taal te spreken en te vermijden dat het onderwerp van hun spotternijen zich gekwetst voelt’.<sup>15</sup> We kunnen bijvoorbeeld denken aan de ‘humor’ van voetbalcommentator Johan Derksen. Een teveel aan ‘geestigheid’ wordt gevormd door opmerkingen die kwetsend, spottend of zelfs hatelijk zijn. ‘Een platte grappenmaker (...) kan

<sup>14</sup> W. Deresiewicz, ‘Solitude and Leadership’. *The American Scholar*, 2010.

<sup>15</sup> Aristoteles, *Ethica*, 1128a5-8.

niet weerstaan aan zijn lust om te schertsen, en hij spaart noch zichzelf noch anderen, als hij zijn gezelschap maar aan het lachen kan brengen'.<sup>16</sup> Ook een lomperik behoort in deze categorie.

Aan de andere kant is er de ondeugd van 'stugheid'. Dit zijn mensen met een karakter 'die zelf nooit iets grappigs vertellen en zich ergeren aan wie dat wel doen'.<sup>17</sup> Hier zit vaak een opgedroogd karakter achter, en een dergelijk persoon wordt al gauw onsympathiek gevonden.

Maar, zo vraagt Aristoteles zich af, is wat kwetsend of hatelijk is voor de één, dat juist niet voor de ander? Het gaat er bij geestigheid om, zo stelde Aristoteles, 'de juiste toon' te treffen.<sup>18</sup> Een geestig karakter is 'beweeglijk van geest', levendig zouden we zeggen.<sup>19</sup> De karakterhouding wordt gekenmerkt door tact: 'Het is typisch voor een tactvol mens dat soort geestigheden te zeggen en te willen aanhoren dat bij een rechtschapen en beschaafd mens past'.<sup>20</sup>

Wat heeft geestigheid te doen met rechtvaardigheid? In de eerste plaats benoemde Aristoteles al dat belediging in het klassieke Athene bij de wet was verboden.<sup>21</sup> Ook in het Nederlandse strafrecht is belediging strafbaar. Aristoteles schaaft de belediging onder de ondeugd – dit is 'humor' die zover gaat dat het beledigend is. Maar Aristoteles wijst er terecht op dat andere vormen van tactloosheid niet strafbaar zijn – de meeste mensen in Nederland gaan niet zover om aangifte te doen van een spottende opmerking of een kwetsende grap. De deugd als goede karakterhouding gaat echter verder dan de wet. Het is een innerlijke gesteldheid die iemand in staat stelt om recht te doen aan een ander in het alledaagse sociale verkeer. 'Een voornaam en beschaafd mens zal zich dus niet op willekeurige wijze gedragen: hij is zichzelf als het ware tot wet'.<sup>22</sup> Iemand die de deugd van de geestigheid bezit zal 'het midden' houden en dus niet zijn toevlucht nemen in spottende opmerkingen, ook wanneer deze niet door de geschreven wet verboden zijn en ook niet wanneer de kans te klein is dat iemand aangifte doet.

Het laat wederom zien dat, volgens Aristoteles, de deugdzame mens als het ware zelfregulerend is oftewel zichzelf kan besturen of regeren. De deugdzame mens is 'zichzelf als het ware tot wet'. De geschreven wet is niet voldoende

**16** Aristoteles, *Ethica*, 1128a33-34.

**17** *Ibid.*, 1128a8-9.

**18** *Ibid.*, 1128a2.

**19** *Ibid.*, 1128a10.

**20** *Ibid.*, 1128a18-19.

**21** *Ibid.*, 1128a32.

**22** *Ibid.*, 1128a33.

voor een rechtvaardige samenleving; ook hier laat Aristoteles goed zien dat als we elkaar recht willen doen, de beoefening van de deugd onontbeerlijk is. Deugdzame humor zorgt voor ontspanning en ruimte, voor een goed gevoel over de ander. Het zorgt ervoor dat mensen opener worden naar elkaar, wat voor acceptatie en verbondenheid zorgt. Goede humor is dus belangrijk voor een soort burgervriendschap. We kunnen conflicten hebben met onze burens en collega's, maar als er samen ook nog gelachen kan worden dan komt het meestal wel goed. Humor is belangrijk, met name omdat recht doen aan elkaar ook een zekere emotionele verbondenheid met elkaar veronderstelt. Hierdoor wordt begrip voor elkaar gemakkelijker en is het makkelijker om elkaars menselijkheid te delen. Ook voor gezagsdragers en ambtenaren die wetten maken en uitoefenen is het goed om deze emotionele verbondenheid met burgers te ervaren, waardoor het mogelijk net iets makkelijker wordt om de burger recht te doen.

### Vormend onderwijs

Wat kunnen we met dit betoog? Waar zit de oplossing voor het versterken van een cultuur die dragend is voor de rechtsstaat? Waar beoefent men de leergierigheid en waar de geestigheid, en alle andere morele deugden zoals de moed, gematigdheid en zachtmoedigheid? Ik benoemde al eerder dat met name de leergierigheid, maar ook de geestigheid, juist in het culturele domein – in de opvoeding, het onderwijs, de kunsten, en de wetenschappen – wordt beoefend. Graag ga ik hier wat verder in op hoe deze deugden in het onderwijs aan bod komen.

Voor beide deugden die hier besproken zijn – de leergierigheid en de geestigheid – is, ten eerste, de rol van de docent belangrijk. Hierbij gaat het niet zozeer om de kennis die de docent heeft en wil overbrengen, als wel om de dispositie van de docent die – als leergierig en geestig persoon – een rolmodel vormt voor de leerling. Een leergierige docent, die zich verwondert en de discipline heeft om nieuwe vragen uit te denken en om zich te blijven verdiepen in de literatuur of het onderzoeksgebied, inspireert een leerling om ook leergierig te zijn. Voorbeeld doet volgen. Ook de geestigheid kan worden voorgeleefd. Ook het leslokaal kan worden gezien als een omgeving waar men oefent in de humor. Het is niet zo dat men iedere les dubbel moet liggen van het lachen, maar humor in de klas of tijdens het college leidt wel vaak tot de ontspanning, die nodig is voor het leerproces. Daarnaast zorgt een goede en gepaste grap voor een gevoel van gemeenschappelijkheid. Er wordt dan gezamenlijk gelachen. Dat humor een kunst is, om het zo maar te zeggen, moge duidelijk zijn, zeker in een tijd waarin de bakens over wat grappig en

niet grappig gevonden dient te worden aan het verschuiven zijn. Grappen die tien jaar geleden nog konden, zijn momenteel mogelijk volledig ongepast. Aristoteles' devies is om te blijven oefenen.

Naast de rol van de docent speelt, in de tweede plaats, de inhoud van het onderwijs een rol bij het beoefenen van de deugden. Rien Fraanje, voortbordurend op het werk van Martha Nussbaum, liet in zijn hoofdstuk zien dat, met name, vormend onderwijs in de geesteswetenschappen een belangrijke rol speelt.<sup>23</sup> Dit geldt niet alleen voor het oefenen in empathie, maar ook voor het oefenen in de leergierigheid. Klassieke teksten uit de literatuur, geschiedenis, filosofie, enzovoort, trainen het vermogen van de leerling om aanhoudende aandacht aan iets te geven dat inhoudelijk de moeite waard is.<sup>24</sup> Ook de natuurwetenschappen spelen hier een rol, en daarmee bedoel ik niet alleen de experimentele en toegepaste natuurwetenschappen, maar juist ook de theoretische natuurwetenschappen, omdat ze de aanhoudende aandacht voor een abstracte werkelijkheid trainen.

Kortom: de rechtsstaat is niet louter een geheel van wetten en instituties die deze wetten handhaven. Het hoofdstuk van Sophie van Bijsterveld laat dit mede zien door aan te geven dat een houding van persoonlijke integriteit en een organisatiecultuur van integriteit belangrijke moderne dimensies vormen van het verhaal van de rechtsstaat.<sup>25</sup>

In dit hoofdstuk stelde ik dat het begrip rechtsstaat een bredere visie als een samenleving communiceert waarin men elkaar recht doet, en waarbij de verantwoordelijkheid van gezagsdragers en ambtenaren om recht te doen uiteraard groter is dan van de gewone burger. De beoefening van de deugden zorgt voor een cultuur die de rechtsstaat draagt, en het onderwijs speelt hierbij een belangrijke rol. Bij het bevorderen van een deugdzame cultuur ligt een belangrijke rol voor de christendemocratie. Juist de christendemocratie heeft vanuit haar ideologie een natuurlijke verwantschap met dat wat niet tastbaar maar wel van waarde is, dat wil zeggen: met niet-materiële waarden. De deugden zoals de leergierigheid en geestigheid zijn dergelijke niet-materiële

---

**23** Zie de bijdrage van Rien Fraanje in deze bundel.

**24** Zie ook E. Brooks, E. Cohen de Lara, Á. Sanchez-Ostíz, & J.M. Torralba (reds.), *Literature and Character Education in Universities*, London: Routledge, 2021.

**25** Zie de bijdrage van Sophie van Bijsterveld in deze bundel.

waarden die indirect de rechtsstaat ondersteunen. Dergelijke waarden zijn fundamenteel voor de rechtvaardigheid in de samenleving, begrepen niet als recht halen maar als elkaar recht doen.





# De rechtsstaat vereist investeren, leren en voortdurende oefening

**Rien Fraanje**

## Ter inleiding: het belang van een rechtsstatelijke cultuur

Er is iets aan de hand met de democratische rechtsstaat. Niet (alleen) omdat de kinderopvangtoeslag-affaire heeft laten zien dat de overheid een vijand van haar burgers kan worden en het rapport van de Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties bevestigt dat deze affaire geen incident is geweest.<sup>1</sup> Ook al voordat de parlementaire ondervragingscommissie het ernstige falen van de overheid wist bloot te leggen, verschenen er tal van publicaties die wezen op de erosie die de rechtsstaat langzaamaan verzwakt. Zo schreef de vicepresident van de Raad van State in het voorjaar van 2020 in zijn introductie op het Jaarverslag over 2019 over het grote belang van evenwicht tussen de klassieke instituties wetgever, bestuur en rechter voor het goed functioneren van de rechtsstaat.<sup>2</sup> De vicepresident benadrukte daarbij dat de instituties elkaars rol in de rechtsstaat moeten respecteren. Bovendien schreef hij dat een rechtsstaat nooit goed kan functioneren als kennis over de spelregels ontbreekt.

Ongeveer gelijktijdig met de publicatie van het Jaarverslag van de Raad van State verscheen het rapport *Een sterkere rechtsstaat* van de Raad voor het Openbaar Bestuur dat een opvallend vergelijkbare strekking heeft als de inleiding op het eerdergenoemde jaarverslag.<sup>3</sup> De adviesraad heeft zijn betoog opgebouwd langs de klassieke machten van Montesquieu en stelt ook dat de machten in een goed functionerende rechtsstaat niet alleen hun eigen taken serieus nemen, maar bovenal de taken van de andere machten respecteren en die ook de ruimte geven om hun taken uit te voeren. De Raad komt

<sup>1</sup> Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties, *Klem tussen balie en beleid*, Den Haag: Tweede Kamer, 2021.

<sup>2</sup> Raad van State, *Jaarverslag 2019*, Den Haag: Raad van State, 2020.

<sup>3</sup> Raad voor het Openbaar Bestuur, *Een sterkere rechtsstaat. Verbinden en beschermen in een pluriforme samenleving*, Den Haag: ROB, 2020.

bovendien tot de licht verontrustende conclusie dat de rechtsstaat in Nederland weliswaar niet acuut wordt bedreigd maar dat onhandigheid, onwetendheid en onverschilligheid maken dat op onderdelen zogenoemde rechtsstatelijke tekorten zijn ontstaan. Hij doet daarom voorstellen die een rechtsstatelijke cultuur moeten borgen. Kennis van de rechtsstatelijke spelregels is daarvoor onontbeerlijk, aldus de Raad voor het Openbaar Bestuur.

De rapporten van de beide Raden zijn maar twee redelijk willekeurige voorbeelden van publicaties die het functioneren van de rechtsstaat behandelen. Ik had ook kunnen verwijzen naar een betoog van Ferdinand Grapperhaus<sup>4</sup> die kort na verschijnen ervan het functioneren van de rechtsstaat zelf mocht gaan bewaken als minister van Justitie en Veiligheid. Of de lezenswaardige publicatie van het Thijmgenootschap waarin verschillende auteurs zich over de rechtsstaat buigen<sup>5</sup>. De stroom aan publicaties behandelde bovendien niet alleen de Nederlandse rechtsstaat. De Adviesraad voor Internationale Vraagstukken (AIV) legde in *De wil van het volk* met akelige precisie de vinger op de zere plek waar het het functioneren van onder meer de Poolse, Hongaarse, Russische en Turkse rechtsstaat betreft.<sup>6</sup> De Amerikaanse hoogleraar Yascha Mounk betreft in *The People vs Democracy* ook de Verenigde Staten in zijn zorgen over de teloorgang van de rechtsstaat.<sup>7</sup> En recentelijk nam de historica en journaliste Anne Applebaum oude vrienden uit onder meer het Verenigd Koninkrijk (onder wie Boris Johnson) de maat vanwege hun bijdragen aan de ondermijning van de rechtsstaat.<sup>8</sup>

Kortom: de zorgen over de staat van de rechtsstaat bestaan dus breed. Daarbij wijzen auteurs steevast op concrete maatregelen die tegen de idee van de rechtsstaat ingaan: de beslissing om de rechters van het Poolse Hoogerechtshof met pensioen te sturen, de controle van de Hongaarse regering over de belangrijkste media, de weigering van de voormalige Amerikaanse president om zich aan democratische spelregels te houden, de wijze waarop de Britse premier zonder schroom en naar gelang het hem uitkomt speelt met wat waar is en wat niet, en: de herhaalde aanvallen van Nederlandse parlementariërs op de rechterlijke macht. Je zou hierdoor gaan

<sup>4</sup> F.B.J. Grapperhaus, *Rafels aan de rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus, 2017.

<sup>5</sup> F. van den Heuvel & P. van Overeem (red.), *Een vitale rechtsstaat. Grondslag, kwetsbaarheid en weerbaarheid*, Nijmegen: Valkhof pers, 2019.

<sup>6</sup> Adviesraad voor Internationale Vraagstukken, *De wil van het volk. Erosie van de democratische rechtsstaat in Europa*, Den Haag: AIV, 2017.

<sup>7</sup> Y. Mounk, *The People vs. Democracy. Why our Freedom is in Danger & How to save it*, Cambridge: Harvard University Press, 2018.

<sup>8</sup> A. Applebaum, *The Twilight of Democracy. The Failure of politics and the Parting of Friends*, Londen: Penguin Books Ltd, 2020.

denken dat de rechtsstaat vooral bewaakt moet worden met de handhaving van wetten en regels.

Dat is zonder meer van belang, maar zeker niet genoeg. De Raad voor het Openbaar Bestuur schrijft in zijn eerdergenoemde rapport dat een rechtsstaat niet alleen formele structuren omvat, maar dat ook culturele elementen een belangrijke rol spelen. ‘De cultuur bepaalt voor een belangrijk deel wat het gebruik van de formele kaders oplevert. (...) Deze cultuur moet burgers inspireren de rechtsstaat te dragen en te bewaken.’<sup>9</sup>

Dit essay onderzoekt wat een rechtsstatelijke cultuur kan creëren en gaat daarvoor te rade bij de invloedrijke Amerikaanse filosoof Martha Nussbaum (1947). Zij is als hoogleraar Rechtsfilosofie en Ethiek verbonden aan de University of Chicago. Veel van haar publicaties gaan over de vraag wat rechtvaardigheid is.<sup>10</sup> Ze is ongekend productief; zo’n beetje om de twee jaar publiceert ze een nieuw boek dat stevast in tal van talen wordt vertaald, waaronder het Nederlands. In haar publicaties zoekt ze vaak het kruispunt op van recht, filosofie en ethiek. Al in haar vroege werk beziet ze in haar denken niet alleen de regels van het recht, maar ook hoe mensen met elkaar afspraken kunnen maken om tot een vreedzame samenleving te komen.<sup>11</sup> In navolging van Rousseau zet ze daarvoor de idee van een sociaal contract centraal.

In dit essay behandel ik twee boeken die laten zien welk belang Nussbaum stelt aan deugden als basis voor een goed functionerende rechtsstaat. Die heeft volgens haar geen kans van bestaan als de deelnemers aan die samenleving de onderliggende principes van de rechtsstaat niet dragen en bereid zijn te investeren en oefenen in de vaardigheden die daarvoor nodig zijn. Dat pleidooi voor deugdzaamheid houdt zij niet rechtstreeks; in de hieronder te bespreken boeken staat die deugdenleer niet centraal. Ze kaart een ander vraagstuk aan en wijst als één van de oplossingen naar het belang van deugden. Het eerste boek bespreekt de godsdienstvrijheid die volgens Nussbaum onder druk staat. Het tweede boek bepleit het belang van de geesteswetenschappen in het onderwijs. Beide betogen eindigen met een pleidooi voor een deugdenethiek.

<sup>9</sup> Raad voor het Openbaar Bestuur, p. 25.

<sup>10</sup> Zie M. Nussbaum, *The Fragility of Goodness*, Cambridge: Cambridge University Press, 1986, waarmee ze brede bekendheid verwierf.

<sup>11</sup> M. Nussbaum, *Frontiers of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, in het Nederlands uitgegeven met de veelzeggende titel *Grensgebieden van het recht*.

### Empathie leren

In 2012 publiceerde Nussbaum *The New Religious Intolerance. Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*.<sup>12</sup> Geheel conform de ondertitel van haar boek, begint Nussbaum met de stelling dat de huidige intolerantie ten aanzien van godsdienst voortkomt uit angst voor het onbekende. Nu is angst op zichzelf geen kwalijke emotie, betoogt Nussbaum.<sup>13</sup> Het is zelfs een waardevol mechanisme omdat angst veelal een signaal geeft voor dreigend risico of gevaar. Het kan ons dus beschermen tegen reële bedreigingen, zodat wij voorzorgsmaatregelen kunnen nemen.

Tegelijk constateert Nussbaum dat wij ons deernlijk kunnen vergissen: we zien dan gevaren die er helemaal niet zijn. De geschiedenis heeft laten zien dat politici niet schromen deze gemakkelijk te manipuleren emotie te gebruiken om bevolkingsgroepen tegen elkaar op te zetten. Angst kan daarmee zelf een gevaar worden. Het risico van de emotie angst ligt in zichzelf besloten, omdat ‘angst onophoudelijk gefocust (is) op het zelf en de veiligheid van het zelf’ (p. 74). Anders gezegd: angst keert onze blik naar binnen toe en maakt ons blind voor de wereld en vooral andere mensen om ons heen. Het is zo beschouwd een narcistische emotie. De angst verhindert dat we in de ander een mens zien.

Het is onze menselijke opdracht om greep te krijgen op onze angsten, betoogt Nussbaum. Al in de basis doet Nussbaum dus geen beroep op wetten en regels, maar op wat wij mensen naar elkaar toe verplicht zijn: beheersing van onze angsten om ruimte voor tolerantie te creëren, verdraagzaamheid voor mensen die andere overtuigingen en geloven hebben dan wijzelf. Daarvoor is volgens Nussbaum een combinatie van drie dingen nodig: deugdelijke principes die de menselijke gelijkheid respecteren en aanmoedigen, argumenten die niet alleen gericht zijn op onze eigen belangen en die een minderheidsgroep niet de een of andere fout verwijten die ook in de meerderheidscultuur alomtegenwoordig is, en een nieuwsgierige en medelevende fantasie (p. 36).

Nussbaum werkt deze drie vereisten in het vervolg van haar boek zorgvuldig uit. Voor dit betoog is vooral het derde van belang. Daarom sta

<sup>12</sup> Voor dit essay verwijs ik naar de Nederlandse vertaling: *De nieuwe religieuze intolerantie. Een uitweg uit de politiek van de angst*, Amsterdam: Ambo, 2013.

<sup>13</sup> Nussbaum neemt hier al een voorschot op haar studie naar het belang en de onvermijdelijkheid van emoties in menselijke relaties en de politiek. Zie M. Nussbaum, *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 2013, in het Nederlands vertaald als: *Politieke emoties. Waarom een rechtvaardige samenleving niet zonder liefde kan*, Amsterdam: Ambo.

ik maar kort stil bij de eerste twee.<sup>14</sup> Het eerste beginsel dat nodig is voor een tolerante samenleving waar niet de angst regeert, is menselijke gelijkheid en waardigheid. Het schenden van iemands geweten is een schending van die waardigheid, aldus Nussbaum (p. 84). In een rechtvaardige samenleving behoort de meerderheid daarom tegen mensen die daartoe niet behoren te zeggen: 'Ik respecteer jou, en ik besef dat mijn eigen religieuze streven niet het enige is. Zelfs als ik met meer mensen ben en daarom meer macht heb, zal ik toch proberen om de wereld voor jou comfortabel te maken.' (p. 118). Nussbaum betoogt dat het de taak is van de overheid om ruimte te creëren voor mensen met andere meningen en gebruiken.

Het tweede vereiste om onze angsten te kunnen beheersen is dat we anderen geen verwijten maken waaraan we onszelf (ook) schuldig maken. Nussbaum heeft zich daarbij laten inspireren door Immanuel Kant die van de menselijke eigenschap om andere mensen te beschuldigen van gedrag dat we ook zelf vertonen, de hoeksteen van zijn ethische denken maakte. Kant redeneerde dat mensen geneigd zijn zichzelf tot uitzondering te bestempelen, zodat wij algemeen geldende regels en principes die we voor anderen heel belangrijk vinden voor onszelf ongeldig kunnen verklaren. En dat is volgens Nussbaum precies wat de seculiere meerderheid ten opzichte van religieuze gebruiken en overtuigingen vaak doet. Het indertijd breed bepleite en inmiddels in enkele landen (waaronder Nederland) ingevoerde boerkaverbod is volgens Nussbaum hier bij uitstek een voorbeeld van. Zij stelt dat de argumenten die voor een verbod op het dragen van de boerka worden gebruikt alle 'op inconsequente wijze worden aangevoerd, en wel op zodanige wijze dat ze stilzwijgend de zeden en gebruiken van de meerderheid begunstigen en een last leggen op die van minderheden. (...) Het zijn (...) uitzonderingsgevallen, waarin mensen de splinter in het oog van hun naaste zien, zonder de balk in hun eigen oog op te merken: want al deze argumenten richten zich op situaties waarvan wordt beweerd dat ze zich in islamitische gemeenschappen voordoen, zonder dat wordt opgemerkt hoe alomtegenwoordig ze voorkomen in de meerderheidscultuur.' (p. 126).

Het voert te ver om de vijf argumenten voor een boerkaverbod die Nussbaum stuk voor stuk onderuithaalt hier uitgebreid te bespreken. Maar

---

**14** In een artikel voor het *Tijdschrift van Religie, Recht en Beleid* schreef ik uitgebreid over Nussbaums drie vereisten voor een rechtvaardige samenleving zonder angst. Daarin bespreek ik alle drie de voorwaarden veel uitgebreid dan hier. Voor dit essay put ik vooral uit wat ik daarin over de derde vereiste – empathie – schreef. Zie: M.J. Fraanje, 'Ruimte voor religie. Liberale versus christelijk-sociale argumenten voor de presentie van godsdienst in de publieke ruimte', *Tijdschrift van Religie, Recht en Beleid*, 2015, 6, 3, p. 92-102.

in het licht van de coronacrisis en de daaruit voortvloeiende verplichting om in publieke ruimten een mondkapje te dragen, is het interessant om één van de vijf hier kort te bespreken. Een van de argumenten die tegen het dragen van een boerka in de publieke ruimte wordt ingebracht, is veiligheid en transparantie. Nussbaum verwijst hier naar onze oud-minister Rita Verdonk die een pleidooi voor een verbod op boerka's ondersteunde met 'overwegingen van openbare orde/veiligheid en bescherming van (mede)burgers' (p. 127). Als mensen elkaars gezicht niet kunnen zien, zou dat een belemmering zijn in het dagelijkse maatschappelijke verkeer. Hier meten we met twee maten, aldus Nussbaum, want bij koud weer lopen we over straat met mutsen tot over onze oren en sjaals strak over onze neuzen en monden getrokken zonder dat iemand dat adresseert als een probleem van veiligheid of transparantie. Op extreem hete dagen in de zomer dragen we petten of hoeden en beschermen we met zonnebrillen onze ogen. Als we op zo'n warme dag mensen tegenkomen zal niemand vragen je muts, sjaal, pet of zonnebril af te doen, aldus Nussbaum. En dus moeten we concluderen dat een bedekt gezicht op zichzelf geen angst en wantrouwen oproept, maar dat een bedekt islamitisch gezicht angst en wantrouwen wekt. Vul hier een mondkapje in voor de sjaal en de ridiculiteit en inconsistentie onder het boerkaverbod wordt meteen helder.

Het derde en laatste vereiste om de onredelijke angst uit een samenleving te bannen is een nieuwsgierige en meelevende fantasie. Of anders gezegd: de nieuwsgierigheid om te willen weten wat er in die ander omgaat. Nussbaum ziet empathie als de tegenpool van angst: 'Angst vernauwt iemands bewustzijn, en richt de aandacht van de persoon op het eigen overleven, en (misschien) dat van een kleine kring dierbaren. Bij empathie richt de aandacht zich naar buiten en neemt vele verschillende posities buiten het zelf in. Alleen al dat verschil in richting zorgt ervoor dat empathie vermoedelijk van grote waarde is als tegengif voor het narcisme van de angst.' (p. 172).

Maar mensen weten bij zichzelf niet vanzelfsprekend empathie op te roepen. Wij mensen zijn immers geneigd de hele wereld te bezien vanuit ons eigen gezichtspunt, onze eigen doelen en belangen. We interpreteren het gedrag van andere mensen dan – vaak ten onrechte – als iets wat over onszelf gaat. Dit narcisme moet worden tegengegaan met 'de gewoonte om een soort geestelijke verplaatsing te cultiveren, om nieuwsgierige vragen te stellen en een ontvankelijke houding te cultiveren, die in wezen zegt: hier is een ander mens. Ik vraag me af wat hij (of zij) nu op dit moment ziet en voelt. (...) Hier is de bereidheid voor nodig om buiten het zelf te treden en een andere wereld binnen te gaan.' (p. 166).

En juist op dit punt doet Nussbaum een sterk beroep op de vorming van menselijke deugden. Omdat we niet uit onszelf meelevendheid kunnen

opbrengen, moeten we leren om nieuwsgierig te zijn, ons in te leven in andere mensen met andere gebruiken, geloven en gewoonten, en vragen te stellen om die nieuwsgierigheid en dat inlevingsvermogen aan te wakkeren.

Aan de hand van de casus van een wereldwijd tanende godsdienstvrijheid toont Nussbaum aan dat een rechtsstatelijke waarde als menselijke waardigheid en het daaruit voortvloeiende beginsel van vrijheid van godsdienst voor ieder mens niet kan bestaan bij wet- en regelgeving alleen. Menselijke deugden als empathie en nieuwsgierigheid moeten ervoor zorgen dat die waarden en beginselen ook gedragen worden. ‘Als we mensen ontmoeten die een andere godsdienst hebben, dienen we in onze maatschappelijke omgang met hen de vraag naar religieuze waarheid terzijde te leggen en onze aandacht te richten op de ethische deugden van barmhartigheid, vriendelijkheid en liefde.’ (p.193).

### Deugden leren is investeren en oefenen

Deze deugden zijn geen vanzelfsprekend bezit. Om ons te behoeden voor de menselijke emotie ‘angst’ die ons soms beschermt maar ook het goede samenleven kan bedreigen, moeten we ons als tegengif de genoemde eigenschappen eigen maken en blijvend oefenen. In het boek *Not for profit*, dat zij twee jaar voor *The New Religious Intolerance* uitbracht, wijst zij daarvoor op het grote belang van de geesteswetenschappen.<sup>15</sup> Kunst-, literatuur-, geschiedenis- en taalonderwijs zijn van onschatbare waarde om mensen tot democratische burgers te vormen die kritisch denken en zich in kunnen leven in een ander. Nussbaum moet echter tot haar verdriet vaststellen dat de geesteswetenschappen in de VS, India maar ook tal van Europese landen steeds minder gewicht wordt toegekend, omdat het onderwijs in de greep is van een instrumenteel nuttigheidsdenken. De economische concurrentiepositie van een land is doorslaggevend geworden.

We zijn vergeten dat onderwijs niet het instrument is om mensen voor te bereiden op de arbeidsmarkt, maar de manier om mensen tot democratische burgers te vormen. Nussbaum schrijft: ‘Als we ook maar enige hoop willen koesteren op het in stand houden van fatsoenlijke instituties, dwars door de vele scheidslijnen die binnen elke moderne samenleving bestaan, dient de competentie om ons in te leven in de ervaring van een ander (...) sterk verbeterd en verfijnd te worden.’ (p. 26).

---

**15** Voor dit essay verwijs ik naar de Nederlandse vertaling van *Not for profit* (2010) uit 2011: M. Nussbaum, *Niet voor de winst. Waarom de democratie de geesteswetenschappen nodig heeft*, Amsterdam: Ambo/Anthos, 2011.

Nussbaum betoogt bovendien dat er helemaal geen tegenstelling hoeft te zijn tussen enerzijds (jonge) mensen vaardigheden bijbrengen om voluit democratisch te kunnen participeren en anderzijds de concurrentiepositie van een land te stimuleren. Inlevingsvermogen en kritisch denken bevorderen immers ‘een klimaat van verantwoordelijkheid en alert rentmeesterschap en een cultuur van creatieve innovatie.’ (p. 26). Ze voegt daar wel aan toe dat het argument van verdienvermogen ondergeschikt moet zijn aan het argument dat betrekking heeft op de stabiliteit van democratische instituties, omdat ‘een sterke economie een middel (is) om menselijke doelen te bereiken en geen doel op zich’.

Nussbaum noemt in haar pamflet drie vakken die volgens haar onontbeerlijk zijn om democratisch burgerschap te stimuleren. In de eerste plaats socratisch denken en argumenteren om aldus ‘een nieuw soort burger voort te brengen: actief, kritisch, nieuwsgierig en in staat om weerstand te bieden aan het gezag en aan de druk van de mensen uit zijn omgeving.’ (p. 102). Het onderwijs dient verder ‘te stimuleren dat leerlingen zichzelf gaan beschouwen als leden van een heterogene natie (want alle moderne naties zijn heteroogeen) in een nog heteroogener wereld, en leerlingen enig begrip bij te brengen van de geschiedenis en het karakter van de uiteenlopende groepen die haar bewonen.’ (p. 111). Kennis van vreemde talen, geschiedenis, economie en politieke wetenschappen zijn nodig om jonge mensen te scholen in ‘intelligent wereldburgerschap’.

Hoe belangrijk het is om mensen bij te brengen dat zij in een heterogene samenleving leven, laat onderzoek van Will Tiemeijer zien. Op basis van enquêtes stelt hij vast dat veel mensen geloven dat het volk een eenheid is met een duidelijke en gekende wil. Uiteraard is die volkswil volgens hen gelijk aan de opvattingen van de ondervraagde respondenten. Zij zien en ervaren dus niet dat de democratische gemeenschap die Nederland en vrijwel elk land is een gedeelde, of anders: pluriforme gemeenschap is. Dit misverstand leidt ertoe dat veel mensen grote onvrede ervaren bij het functioneren van onze democratie, omdat zij ervan overtuigd zijn dat de regering willens en wetens de wil van het volk negeert.<sup>16</sup>

Daarom is het volgens Nussbaum zo belangrijk om bij burgers inlevingsvermogen te kweken. Nussbaum heeft het in dit verband over: ‘narratieve verbeelding’, de eigenschap ‘om te bedenken hoe het is om in de schoenen te staan van iemand anders dan jijzelf, om een intelligente lezer te zijn

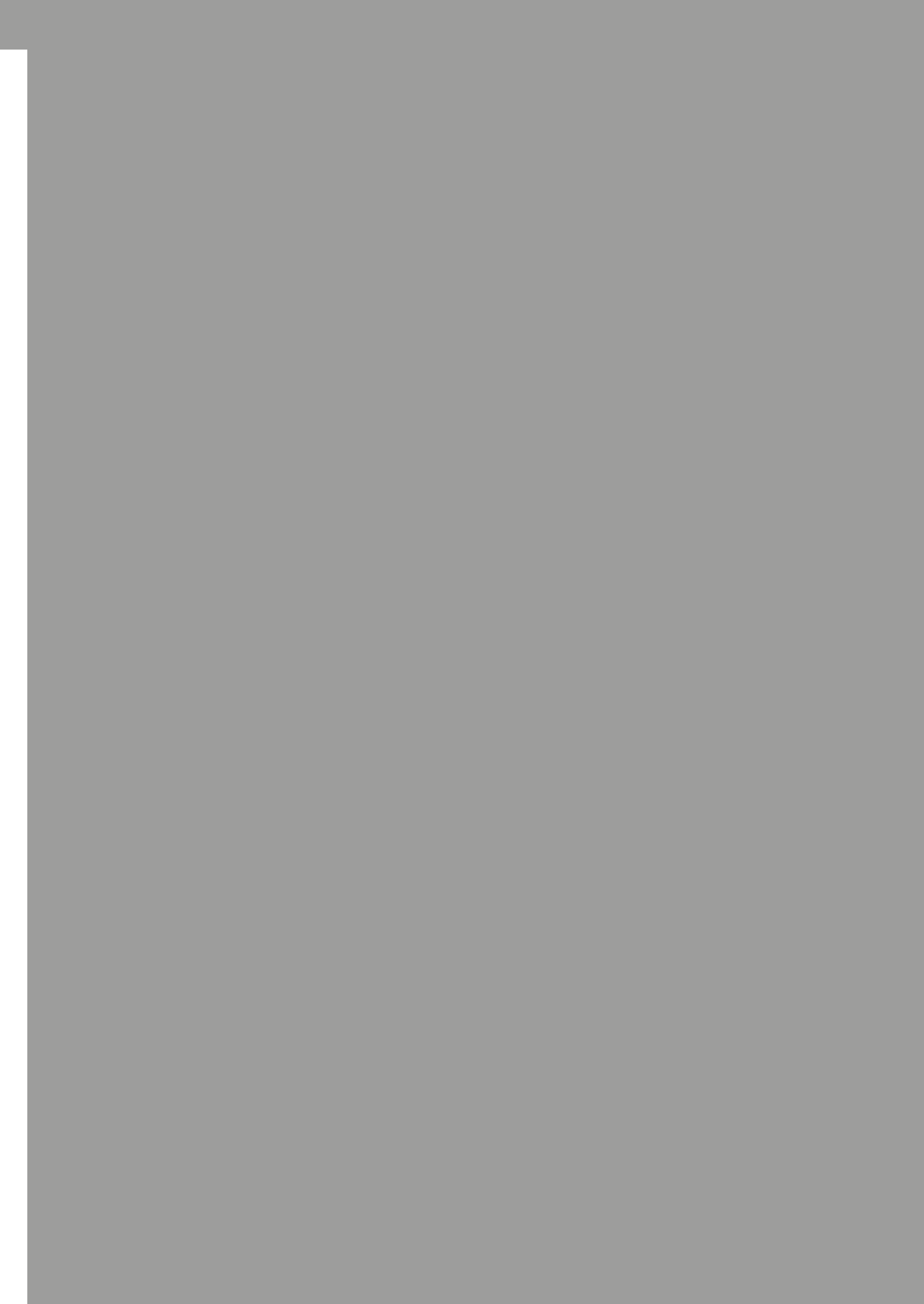
**16** W. Tiemeijer, ‘t Is maar wat je democratie noemt...’, in: H. Dijkstra e.a. (red), *Het gezicht van de publieke zaak. Openbaar bestuur onder ogen*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2010, p. 205-240.



van het verhaal van die persoon, en om de emoties, wensen en verlangens te begrijpen die iemand in die situatie zou kunnen hebben.’ (p. 130). Nussbaum betoogt dat het vooral de kunsten zijn die het empathisch vermogen kunnen vergroten en culturele blinde vlekken blootleggen. Daarom moeten jonge mensen worden onderwezen in literatuur, muziek, schilderijen, prenten, beeldhouwwerken en dans.

### Slot

In tijden van crises leren we hoe een samenleving ervoor staat. Niet alleen omdat dan duidelijk wordt hoe veerkrachtig een samenleving is om met tegenslag en onzekerheid om te gaan. Ook niet omdat tijdens crises rechtsstatelijke grondbeginselen tijdelijk buitenspel worden gezet. Dat is – binnen de kaders van eveneens rechtsstatelijke spelregels – eveneens goed te billijken. Crises leren vooral waar een samenleving waarde aan hecht. En de coronacrisis geeft daarbij een zorgelijk beeld van ons land. Want zowel na de eerste als tweede lockdown gaf de regering bij de heropening van de samenleving voorrang aan bedrijven met een (groot) economisch belang boven de instituties die – Nussbaum indachtig – de dragers zijn van kennis en vaardigheden die zo belangrijk zijn voor het in stand houden van onze rechtsstaat. De Ikea ging eerder open dan musea, de winkelstraten eerder dan de bibliotheek, en voetbalstadions voor de theaters en concertzalen. En daar waar in andere landen boekhandels – juist vanuit het belang van een sterke rechtsstaat – in perioden van lockdown open mochten blijven, lukte het de boekhandelaren niet om de politiek te overtuigen dat zij een groter belang vertegenwoordigen. En dat terwijl in ons land de slijterijen en snoepwinkels wel de status van vitale voorziening kregen opgespeld. Daar waar in ons land de geesteswetenschappen er op de scholen en faculteiten wellicht niet zo beroerd voorstaan als de landen die Nussbaum in haar boek aanwijst, blijken in ons maatschappelijke leven de dragers van rechtsstatelijke deugden het af te moeten leggen tegen commerciële en bedrijfseconomische waarden en vooral belangen. Dat stemt tot nadenken.



# Deel 3

## Toekomst van de rechtsstaat



# De christendemocratie als modern constitutionele beweging?

## Hans-Martien ten Napel

De christendemocratie als idee mag zich internationaal in een groeiende belangstelling verheugen. Zo merkte adjunct-directeur Marc O. DeGirolami van het St. John's Law School Center for Law and Religion in Queens, NY enkele jaren geleden op dat het Italiaanse model van christendemocratie een roemrijk verleden kende, beginnend met oprichter Alcide de Gasperi (1881-1954). In de jaren negentig van de vorige eeuw was zij roemloos ten onder gegaan als gevolg van corruptie en schandalen. Niettemin, aldus DeGirolami, 'as a political ideal, I've often thought one could do a whole lot worse, and sometimes that one couldn't do too much better.'<sup>1</sup>

Het onderscheid tussen de christendemocratie als idee enerzijds en de concrete politieke gestalte die de stroming aanneemt anderzijds, is reeds langer bekend uit de literatuur. Zo ging in het standaardwerk van Michael P. Fogarty uit de jaren vijftig van de vorige eeuw, dat opnieuw is uitgegeven, de nodige aandacht uit naar het Verenigd Koninkrijk, hoewel daar geen christendemocratische partijvorming heeft plaatsgevonden. Sporen van het christendemocratische gedachtegoed trof hij echter zowel aan in de Conservatieve Partij als bij Labour.<sup>2</sup> In Nederland gebruikte Henk Woldring de christendemocratische politieke filosofie eveneens om het christendemocratische gehalte van het CDA en de voorlopers van de ChristenUnie kritisch te evalueren.<sup>3</sup>

Het lijkt echter alsof de blogpost van DeGirolami mede is ingegeven door het actuele politieke landschap in de Verenigde Staten. Noch de Republikeinse

<sup>1</sup> M. O. DeGirolami, 'Christian Democracy', *Law and Religion Forum*, 5 augustus 2019.

<sup>2</sup> M. P. Fogarty, *Christian Democracy in Western Europe, 1820-1953*, London & New York: Routledge, 2017; oorspronkelijke uitgave: Notre Dame (VS): University of Notre Dame Press, 1957.

<sup>3</sup> H.E.S. Woldring, *Politieke filosofie van de christen-democratie*, Amsterdam: Unieboek/Het Spectrum, 2011.

partij van oud-president Trump, noch de Democratische Partij van Biden en Harris, lijkt daarbij in staat christelijke kiezers volledig tevreden te stellen. Hierop wijst ook het feit dat het tijdschrift *Perspectives on Political Science* in 2017 een themanummer wijdde aan het thema christendemocratie en Amerika.<sup>4</sup> In het symposium gaan diverse auteurs in op de vraag of de oprichting van een christendemocratische partij in de Verenigde Staten gewenst zou zijn en, zo ja, hoe deze er dan programmatisch uit zou kunnen en moeten zien.

In de zomer van 2019 verscheen er ook een oproep om in het Verenigd Koninkrijk de mogelijkheden van christelijke partijvorming na te gaan, onder verwijzing naar de CDU van Angela Merkel en andere Europese christendemocratische partijen. Dit om het verdeelde land te helpen om ‘a new sense of purpose and identity’ te vinden.<sup>5</sup>

Het gaat mij hier niet om de praktische haalbaarheid van dergelijke pleidooien voor christendemocratische partijvorming in Angelsaksische landen. Die schatten ook de betrokkenen zelf vooralsnog gering in vanwege onder meer de beperkingen die op dit punt voortvloeien uit de meerderheidsstelsels die deze landen kennen. Interessanter in het licht van deze bundel is de inhoudelijke drijfveer erachter. Zoals gezegd, kan deze niet los worden gezien van het actuele politieke landschap. Meer in het bijzonder gaat het daarbij om de grondslagen en de inrichting van de democratische rechtsstaat. Het zijn immers deze grondslagen, in de zin van het religieuze en zedelijke fundament dat democratie en rechtsstaat veronderstellen, die internationaal ter discussie staan. Met het oog op het noodzakelijke ethos van een democratische rechtsstaat is ook zijn institutionele vormgeving relevant.

### Postliberalisme

Een intrigerende vraag die in dit verband rijst, luidt of de legitimiteitsproblemen waarmee westerse democratieën zich de laatste jaren geconfronteerd zien al dan niet samenhangen met, of zelfs voortvloeien uit, de liberale democratie zelf. Het is een bekende gedachte dat de democratische rechtsstaat voor zijn voortbestaan afhankelijk is van de aanwezigheid van een democratisch ethos onder de bevolking dat hij niet zelf kan garanderen.<sup>6</sup> Volgens de Amerikaanse politieke theoreticus Patrick J. Deneen breekt de democratische rechtsstaat dit

<sup>4</sup> *Perspectives on Political Science*, jaargang 46, nummer 1, 2017.

<sup>5</sup> C. Rhodes, ‘Why Britain Needs Christian Politics’, *UnHerd*, 8 augustus 2019.

<sup>6</sup> G.H. Spruyt, ‘De paradox van Böckenförde. Waarden, normen en de staat’, *Tocqueville, Religie en Democratie*, 6 mei 2020; G.H. Spruyt, ‘De paradox van Böckenförde II. Waarden, normen en de staat in de 21ste eeuw’, *Tocqueville, Religie en Democratie*, 24 juni 2020.

ethos echter momenteel zelfs actief af door de invloed van het liberalisme dat hem steeds sterker stempelt. Liberale democratie wordt, aldus bezien, tot een experiment dat vanaf het begin gedoemd was te mislukken. Het liberalisme faalt door zijn eigen succes.<sup>7</sup>

Dit vereist een nadere toelichting. Die toelichting kan beginnen met de vaststelling dat, historisch gezien, zowel de democratie als het constitutionalisme voorafgaan aan de opkomst van de rechtsfilosofische stroming van het liberalisme. Dat betekent logischerwijze dat het begripsmatig niet zuiver is om het voor te stellen alsof de democratische rechtsstaat alleen maar liberaal van karakter kan zijn.<sup>8</sup> Illiberale democratie, bijvoorbeeld, is als term niet innerlijk tegenstrijdig.

De in opkomst zijnde stroming van het postliberalisme, waartoe Deneen behoort, gaat nog een stap verder door te betogen dat het liberalisme een rechtstreekse bedreiging vormt voor het voortbestaan van de democratische rechtsstaat. Bij de oprichting van de Verenigde Staten, 250 jaar geleden, was dit nog niet aanstonds duidelijk. Dat kwam doordat het christendom nog geruime tijd een belangrijke rol speelde in de Amerikaanse samenleving.<sup>9</sup> Sinds de culturele revolutie van de jaren zestig van de vorige eeuw is hierin verandering gekomen. Met terugwerkende kracht wordt nu duidelijk waarom een op het liberalisme gestoelde democratische rechtsstaat nooit heeft kunnen slagen. Het liberalisme verdraagt, ondanks de ruimdenkendheid waar het voor zegt te staan, uitgerekend niet de gedachte dat democratie en rechtsstaat een religieus en zedelijk fundament veronderstellen.

Dit fundamentele debat dwingt de christendemocratie tot een nadere plaatsbepaling. Uit haar naam vloeit immers voort dat zij de moderne democratie aanvaardt. Historisch was het geen uitgemaakte zaak dat zij dit zou doen, aangezien onder meer de rooms-katholieke kerk traditioneel sterke reserves koesterde jegens het liberalisme. Het markeert dan ook welbeschouwd in een aantal ons omringende landen de overgang van confessionele politiek, zoals deze daar voor de Tweede Wereldoorlog werd bedreven, naar christendemocratie. In Nederland vond de aanvaarding van de democratie tot op zekere hoogte reeds eerder plaats, voor zover bijvoorbeeld Abraham Kuyper (1837-1920) het calvinisme mede aan de wieg daarvan zag staan. Toch moeten

<sup>7</sup> P.J. Deneen, *Why Liberalism Failed*, New Haven: Yale University Press, 2018.

<sup>8</sup> J. Tasioulas, 'The Inflation of Concepts. Human rights, health, the rule of law – why are these concepts inflated to the status of totalising, secular religions?', *Aeon*, 29 januari 2021.

<sup>9</sup> Vgl. A. de Tocqueville, *Over de democratie in Amerika*, vert. Hessel Daalder & Steven Van Luchene, bewerkt door Andreas Kinneging, Rotterdam: Lemniscaat, 2011.

de aanhoudende reserves jegens de democratie binnen de bloedgroepen van het CDA niet worden onderschat.<sup>10</sup>

Tegenwoordig doet zich evenwel de tegenovergestelde situatie voor, in de zin dat de christendemocratie zich vrijwel geheel lijkt te identificeren met de westerse democratie zoals deze zich sinds de Tweede Wereldoorlog heeft ontwikkeld, te weten in sociaalliberale richting. Dit roept de existentiële vraag op wat het voorvoegsel ‘christen’ in christendemocratie nog inhoudt. Het is de Hongaarse premier Victor Orbán die deze vraag recentelijk heeft gesteld aan de Europese Volkspartij (EVP).<sup>11</sup> Anders dan wel wordt gedacht,<sup>12</sup> is deze vraag van Orbán niet alleen een vraag naar de houding jegens het culturele liberalisme, hoezeer democratie en rechtsstaat ook een religieus en zedelijk fundament veronderstellen. Juist met het oog op dit noodzakelijke ethos is ook de institutionele vormgeving van de democratische rechtsstaat relevant. De vraag van Orbán kan dan ook minder makkelijk terzijde worden gelegd dan soms wordt gedacht, ook omdat deze in feite een plaatsbepaling vraagt van de christendemocratie ten opzichte van het postliberalisme. Een dergelijke plaatsbepaling is niet minder van belang nu de Fidesz-partij van Orbán in 2021 uit de EVP is gestapt en zijn institutionele aanpak in eigen land soms evenzeer vragen oproept.

### Nieuw constitutionalisme

De vraag naar de houding van de christendemocratie jegens de liberale democratie heeft ook een institutionele dimensie. Enkele voorbeelden maken dit duidelijk. Een eerste voorbeeld betreft de internationalisering en Europeanisering van de rechtsstaat. Oorspronkelijk hebben de christendemocraten hierin, mede ingegeven door de ervaringen tijdens de Tweede Wereldoorlog, een voortrekkersrol gespeeld. Is daarmee echter gezegd dat de stroming ook zonder meer moet aanvaarden hoe de Europese samenwerking zich de afgelopen zeventig jaar heeft ontwikkeld, te weten in *transnationale* richting? Een gevolg van dit laatste is dat de staatsrechtelijke verhoudingen een stuk minder duidelijk zijn komen te liggen. In plaats van dat de Europese Unie conform haar zelfbeeld democratie en rechtsstaat bevordert, vormt zij daarmee een uitdaging voor de instandhouding van betekenisvolle

**10** H.J. van de Streek, H.-M.Th.D. ten Napel & R.S. Zwart (red.), *Christelijke politiek en democratie*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers, 1995.

**11** H.-M. ten Napel, 'Victor Orbán geeft Europese Volkspartij, en EU, huiswerk', *De Hofvijver*, 27 mei 2019.

**12** J. van de Beeten, 'Menselijke waardigheid niet gediend met Orbáns politiek', *Christen Democratische Verkenningen. Divers Europa*, zomer 2019, p. 100-104, aldaar p. 102.



nationale politieke gemeenschappen.<sup>13</sup> Schuilt er niet wellicht ook enige deugd in het, deels in reactie hierop, weer opgekomen nationalisme?<sup>14</sup>

Een ander voorbeeld betreft de grond- en mensenrechten. Het ligt in de rede dat de christendemocratie zich blijft scharen achter een aantal klassieke rechten, zoals erkend in de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties uit 1948. Sinds de totstandkoming van deze Verklaring heeft met name de mensenrechtencatalogus zich echter aanzienlijk uitgebreid. In toenemende mate ontstaat hierover discussie in academische kring. Leidt de proliferatie van mensenrechten niet tot een aantasting van het gezag van de oorspronkelijke rechten, waarom het ooit allemaal begonnen was?<sup>15</sup> Hoe staat de christendemocratie in deze discussie? Hoe verhoudt zij zich tot de gedachte dat het in de klassieke filosofie en het orthodoxe christendom tot ontwikkeling gekomen natuurrecht de basis vormt voor de grond- en mensenrechten en dat die basis bij de zogeheten ‘natuurlijke rechten’ nog altijd het overtuigendst tot uitdrukking komt?<sup>16</sup>

Speciale aandacht in dit verband verdienen de sociale grondrechten. Deze kwamen reeds voor in de Universele Verklaring, maar de vraag is of de hoge vlucht die het fenomeen sindsdien heeft genomen begripsmatig wel te rechtvaardigen viel en valt. Zoals de rechtsfilosoof John Tasioulas schrijft, ‘[a] key driver of human rights expansionism is the tendency to identify human rights with any morally relevant or legally relevant interest.’<sup>17</sup> Waar de klassieke grondrechten in beginsel gericht zijn op overheidsonthouding, vereisen de sociale grondrechten veelal actief overheidsoptreden. Voor dit laatste kan, zeker ook op grond van het christelijk-sociale denken,<sup>18</sup> aanleiding bestaan. Verdient het echter niet de voorkeur om de realisering van sociaal beleid over te laten aan de politieke besluitvorming in plaats van haar te juridiseren, met als voorspelbaar gevolg dat de plaats van de rechter in het staatsbestel belangrijker wordt?

Met dit laatste raken wij aan een belangrijk punt. De internationalisering en Europeanisering van de rechtsstaat, de proliferatie van grond- en mensenrechten en de opkomst van de sociale rechtsstaat hebben, in combinatie,

**13** G. de Búrca, ‘Is EU Supranational Governance a Challenge to Liberal Constitutionalism?’, *The University of Chicago Law Review*, 2018, 85, p. 337-367.

**14** Y. Hazoni, *The Virtue of Nationalism*, New York: Basic Books, 2018.

**15** A. Rhodes, *The Debasement of Human Rights. How Politics Sabotage the Ideal of Freedom*, New York: Encounter, 2018.

**16** H.-M. ten Napel, ‘A Natural Law Basis for Human Rights?’, *Canopy Forum*, 6 januari 2020.

**17** Ibid., J. Tasioulas

**18** G.J.M. van Wissen, *De christendemocratische visie op de rol van de staat in het sociaal-economisch leven*, Amsterdam: Rodopi, 1982.

geleid tot een gedaanteverandering van het westerse constitutionalisme. Het moderne constitutionalisme dateert van ca. 250 jaar geleden. In de Verenigde Staten waren de *Federalist Papers* de funderende tekst.<sup>19</sup> In dit document lag de idee van de machtscheiding verankerd, zoals John Locke (1632-1704) en Montesquieu (1689-1755) die hadden geformuleerd. Volgens deze idee berust het primaat bij de wetgever, terwijl de executieve de wetten uitvoert. De rechterlijke macht beslecht conflicten die bij deze uitvoering kunnen rijzen. Bij de uitoefening van hun taken werden alle staatsmachten als vanzelfsprekend geacht het natuurrecht te respecteren.

In het nieuwe constitutionalisme zoals dat na de Tweede Wereldoorlog heeft vormgekregen in, vooral, West-Europa, is dit klassieke beeld van de machtscheiding op de kop komen te staan. Thans zijn de executieve en de rechterlijke macht de dominante staatsmachten geworden, terwijl de wetgever het onderspit heeft gedolven. Door elk van de hiervoor genoemde ontwikkelingen is eerst de positie van de executieve versterkt. Vervolgens is deels als reactie een stelsel van rechtsbescherming opgetuigd, dat meer armslag heeft gegeven aan de rechter. Diens positie was al eerder versterkt door de invoering van constitutionele toetsing in een reeks van Europese landen, zoals de Verenigde Staten deze al sinds het begin van de negentiende eeuw kende.<sup>20</sup>

### Natuurrecht

Nu zou men zich kunnen afvragen hoe belangrijk de verschuiving binnen de trias, zoals hierboven beschreven, werkelijk is. Tenslotte blijft er in de naamgeving sprake van constitutionalisme. Hoogstens betreft het een nieuwe variant daarvan. Echter, de machtscheiding vervulde binnen het moderne constitutionalisme vanaf het begin een centrale functie. Het moderne van dit constitutionalisme school er onder meer in dat de vraag wie de bestuurders zou controleren anders werd beantwoord dan voorheen. In het daarvoor bestaande, traditionele constitutionalisme was de gedachte dat de bestuurders hun begeertes trachtten te beteugelen door hun wil in dienst te stellen van het verstand. Zij konden dit bevorderen door het aanleren en ontwikkelen van een aantal deugden.<sup>21</sup>

**19** P. de Hert, A. Kinneging & G. Versluis (red.), *De Federalist Papers. Bakermat van het moderne constitutionalisme*, Eindhoven: Damon, 2018.

**20** R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press.

**21** A. Kinneging, *De onzichtbare maat. Geografie van goed en kwaad*, Amsterdam: Prometheus, 2020.

Het experiment van het moderne constitutionalisme, zoals dat tweehonderdvijftig jaar geleden in de Verenigde Staten begon, houdt in dat de controles op de bestuurders als het ware zijn geëxternaliseerd. Niet langer temperen deugden de passies, maar de onderlinge verhoudingen tussen de staatsmachten zorgen ervoor dat de ene ambitie de andere ambitie beteugelt. Voor zover de christendemocratie de mensvisie deelt die aan dergelijke voorzorgsmaatregelen ten grondslag ligt, rijst de vraag hoe zij aankijkt tegen de tendens dat de hiertoe in het leven geroepen institutionele arrangementen op de kop worden gezet. Deze tendens komt immers op haar beurt voort uit een vervanging van het voor de klassieke filosofie en het orthodoxe christendom kenmerkende, pessimistische mensbeeld door een in het progressivisme aangehangen optimistische mensvisie. Deze stroming die een sterk geloof in vooruitgang kent, ontstond rond 1890 in de Verenigde Staten. Tegenwoordig is zij zowel in Europa als in de Verenigde Staten sterk vertegenwoordigd in de vorm van het zogeheten sociale liberalisme.

Meer in het algemeen stonden de grondleggers van het moderne constitutionalisme nog met één been in het traditionele constitutionalisme doordat zij dachten en handelden binnen de kaders van de natuurrechtelijke traditie.<sup>22</sup> Het interessante hiervan is dat deze traditie zowel cultureel als institutioneel grenzen stelt aan het moderne constitutionalisme. Hoewel de natuurrechtelijke traditie niet exclusief op het christelijke denken berust, vormen katholieke invullingen als die van Thomas van Aquino (ca. 1225-1274) wel een van de voedingsbronnen.<sup>23</sup> De vraag is hoeveel de christendemocratie zich aan deze internationaal in de belangstelling staande denkrichting nog gelegen wil laten liggen en, zo ja, welke culturele en institutionele grenzen dit stelt aan het constitutionalisme zoals dat in deze kring wordt aangehangen.

Dit is waarop de vraag uit de titel ziet en de reflectie waartoe deze bijdrage wil uitnodigen. Achterliggende gedachte is dat de christendemocratie wel wat erg vergroeid lijkt te zijn geraakt met het naoorlogse nieuwe constitutionalisme. Een terugkeer naar het moderne constitutionalisme, zoals dat tweehonderdvijftig jaar geleden ontstond, zou daarbij ook kunnen worden omschreven als een vervanging van de hedendaagse liberale democratie door de oorspronkelijke constitutionele democratie. Die constitutionele democratie kenmerkt zich door een streven naar gerechtigheid, ingevuld met behulp van de natuurrechtelijke traditie, in combinatie met de idee van beperkt

<sup>22</sup> T. G. West, *The Political Theory of the American Founding. Natural Rights, Public Policy and the Moral Conditions of Freedom*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

<sup>23</sup> Zie <https://www.nlhrc.org>.

bestuur.<sup>24</sup> Daarbij teken ik wel aan dat het nastreven van de gerechtigheid onder omstandigheden een andere institutionele vormgeving met zich kan meebrengen. Ook in dat opzicht moet de constitutionele democratie ontdaan blijven van vergaande liberale invloeden.

Hoewel het een wat conservatieve positie lijkt om het moderne constitutionalisme of constitutionele democratie voor te staan, is dat niet werkelijk het geval. Het moderne constitutionalisme heeft niet voor niets deze naam. Dat betekent dat het tweehonderdvijftig jaar geleden een vooruitstrevende positie was om dit te omhelzen. Naast de federalisten, waren er in de Verenigde Staten indertijd de anti-federalisten die om een reeks van redenen bezwaar hadden tegen de voorgestelde Grondwet. Dit waren in die tijd in zekere zin de ware conservatieven, al gaat de vergelijking in andere opzichten weer mank. Wat wij niettemin kunnen constateren, is dat het toch reeds moderne constitutionalisme sinds de Tweede Wereldoorlog is omgeslagen in een nog aanzienlijk vooruitstrevender, nieuw constitutionalisme. Een andere aanduiding voor dit nieuwe constitutionalisme is de hedendaagse liberale democratie.

Hiertegen keert zich een hedendaagse vorm van conservatisme, waarvan bepaalde vormen van populisme een verschijningsvorm zijn. In haar verzet tegen al te kosmopolitische liberaaldemocraten, vertoont dit conservatisme zekere overeenkomsten met het anti-federalisme van weleer. Zo legt het de vinger erop dat, ondanks goede kanten die het nieuwe constitutionalisme ook heeft, de democratie het onderspit lijkt te delven. In toenemende mate beschouwt dit conservatisme het nieuwe constitutionalisme daarbij als een logische uitkomst van het moderne constitutionalisme. Voor zover dit immers vanaf het begin was aangelengd met liberalisme, heeft dit de constitutionele democratie met het verstrijken van de tijd doen omslaan in een liberale democratie. Om deze reden acht het een terugkeer naar de oorspronkelijke uitgangspunten van het moderne constitutionalisme niet altijd meer voldoende.<sup>25</sup> Hoe dit conservatisme en populisme zich precies verhouden tot het eerder besproken postliberalisme, is een onderwerp dat uitgebreidere bespreking behoeft dan in dit korte bestek mogelijk is. Voor de christendemocratie kan de voor de constitutionele democratie kenmerkende combinatie van een streven naar gerechtigheid, ingevuld met behulp van de natuurrechtelijke traditie, enerzijds en de idee van in beginsel beperkt bestuur anderzijds evenwel een bron van inspiratie blijven.

---

<sup>24</sup> Vgl. J. Chaplin, *Framing a Politics of Deep Diversity*, London: SCM Press, 2021.

<sup>25</sup> Y. Hazoni, 'Conservative Democracy. Liberal Principles Have Brought us to a Dead End', *First Things*, januari 2019.

## Tot besluit

Inmiddels is het wel mogelijk te concluderen dat het moderne constitutionalisme, dat wil zeggen de oorspronkelijke constitutionele democratie, politiek wat verweesd is geraakt. Een deel van de oorspronkelijke aanhangers heeft zich doorontwikkeld richting het nieuwe constitutionalisme of liberale democratie. Hiertegen is een populistische oppositie ontstaan, die deels teruggrijpt op het gedachtegoed van de oorspronkelijke tegenstanders van het moderne constitutionalisme. Het is de vraag of er voor de christendemocratie niet een interessante politieke profilering te vinden valt als pleitbezorger van dit moderne constitutionalisme. Het zou, net als tweehonderdvijftig jaar geleden, een middenpositie opleveren tussen traditie en vernieuwing. Dit lijkt een positie die de christendemocratie op het lijf geschreven is.

Een dergelijke politieke positionering zou twee concrete programmatische gevolgen hebben. Ten eerste zou de christendemocratie zich op institutioneel vlak meer dan thans keren tegen het nieuwe constitutionalisme. Dit betekent een gereserveerde houding jegens een te vergaande internationalisering en Europeanisering van de rechtsstaat, proliferatie van grond- en mensenrechten en het ontstaan van een bestuurs- en rechterstaat. Hierdoor is een aantal institutionele arrangementen, met name de machtscheiding, immers op de kop komen te staan en heeft de democratie een steeds inhoudelijkere inkleuring gekregen. Ten tweede heeft het (weer) omarmen van de natuurrechtelijke traditie onvermijdelijk consequenties voor de stellingname in ethische kwesties, waaronder abortus en genderideologie. Ik herhaal dat diezelfde natuurrechtelijke traditie, als het erop aankomt, groter gewicht toekent aan het streven naar gerechtigheid dan aan de precieze mate van beperktheid van bestuur.

Zie ik het goed, dan komt de internationale belangstelling voor de christendemocratie, zeker in de Angelsaksische wereld, voort uit hoop op een politieke stroming die precies die positie kan innemen. De polarisatie tussen sociaalliberalen en populisten leidt in deze landen tot een politieke impasse. Waar in elk geval een deel van het electoraat behoefte aan lijkt te hebben, is een begaanbare middenweg tussen deze twee uitersten. Dit artikel beoogde te laten zien dat de hedendaagse liberale democratie zowel cultureel als institutioneel aan het sociaalliberale einde van de schaal gesitueerd is. Het valt uit het toekomstperspectief *Zij aan zij* niet duidelijk op te maken of, en zo ja in hoeverre, de christendemocratie zich daarvan distantieert. Dit

ondanks de goedbedoelde woorden over ‘civil society als rijke bron’ en ‘radicale subsidiariteit’.<sup>26</sup>

Dat hoeft uiteraard ook niet. Het is één ding om vanaf de wetenschappelijke zijlijn te constateren dat er in de 21<sup>e</sup> eeuw voor een politieke stroming potentieel een interessante brugfunctie te vervullen valt tussen de op de klassieke filosofie en het orthodoxe christendom stoelende Traditie enerzijds en de moderniteit anderzijds. Ook in het Europees Parlement kan behoefte bestaan aan de vervulling van een dergelijke brugfunctie.<sup>27</sup> Het is iets heel anders of een partij als het CDA zich geroepen voelt een dergelijke rol te spelen. Bovendien zijn ook andere partijen die tot de christendemocratie in de ruime zin van het woord kunnen worden gerekend, nationaal zowel als internationaal, hierbij betrokken. Een ding staat vast: het zal boeiend zijn te volgen hoe de christelijk geïnspireerde politiek zich de komende periode in Nederland en in Europa zal positioneren in het debat over de vraag of de legitimiteitsproblemen van westerse democratieën al dan niet samenhangen met, of zelfs voortvloeien uit, de liberale democratie zelf.

Democratie en rechtsstaat veronderstellen een religieus en zedelijk fundament. De democratische rechtsstaat kan het voortbestaan van een democratisch ethos onder de bevolking niet zelf waarborgen. Wel kan de wijze van staatsinrichting hier in meerdere of mindere mate aan bijdragen. Gelet op haar realistische, want relatief weinig door ideologie vertekende, mens- en maatschappijvisie, heeft de christendemocratie hier vanouds goede ideeën over gehad. *Zij aan zij* bevestigt dat ten overvloede. De grote vraag die het bovenstaande wil opwerpen, is of deze ideeën beter te realiseren vallen binnen het door het sociale liberalisme gestempelde, nieuwe constitutionalisme dan wel het nog altijd natuurrechtelijkere, moderne constitutionalisme. Met zoveel politieke stromingen die de lof zingen van de gelijkheid, van GroenLinks tot VVD, is er hoe dan ook op systeemniveau behoefte aan een tegengeluid dat minimaal het belang van vrijheid beklemtoont.<sup>28</sup> Dit geldt eens te meer indien CDA en Europese Volkspartij die rol niet zouden wensen te vervullen, wat vanzelfsprekend hun goede recht is. De liberale democratie zou achteraf wel

**26** Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *Zij aan zij. Toekomstperspectief voor Nederland in 2030*, Den Haag, 2020, p. 76-77.

**27** H.-M. ten Napel, ‘Realiteitszin gevraagd: de Europese Volkspartij als brug tussen Traditie en moderniteit’, *De Hofvijver*, 28 september 2020.

**28** H.-M. ten Napel, ‘Tocqueville als het redelijke alternatief voor de hedendaagse staatsinrichting’, in: S. van Bijsterveld & H.-M. ten Napel (red.), *Een nieuwe politieke formule. Ideeën voor staat en samenleving geïnspireerd door Alexis de Tocqueville*, Den Haag: Boom juridisch, 2021, p. 57-81, aldaar p. 74-79.

.....

eens van korte duur kunnen blijken te zijn geweest, maar de constitutionele democratie is het waard om ook aan volgende generaties door te geven.





# Een alternatieve houding in de fiscaliteit

## Bas Bots

Voor de fiscalist was lange tijd duidelijk: recht en moraal dienen gescheiden te worden gehouden.<sup>1</sup> Deze benadering bood ruim baan aan agressieve vormen van *tax planning*.<sup>2</sup> Onder invloed van maatschappelijke kritiek op deze benadering die vooral naar aanleiding van de kredietcrisis losbarstte heeft dat geleid tot een sterk legistische houding in de fiscaliteit: ‘De rechter past de wet toe en doet dat naar de letter.’<sup>3</sup> Rechtspreken wordt aldus bijna mechanisch: uit de vastgestelde feiten destilleren rechters een uitspraak die door middel van de logica tot stand komt. Deze legistische houding heeft ook zijn weerslag gehad op het toeslagenbeleid: de nadruk op het volgen van de wet maakte dat de belangen van de individuele toeslagenouders uit het oog verdwenen – de achterliggende idee van de regels, de rechtswaarde, wordt dan uit het oog verloren.<sup>4</sup> Deze houding heeft bovendien geleid tot een *command-and-control*-omgeving in de fiscaliteit: de wetgever schrijft de regels voor, belastingplichtigen dienen daarnaar te handelen en de fiscus controleert strikt of belastingplichtigen zich wel aan de voorgeschreven regels houden.<sup>5</sup> Voor een eigen ethische (beleids)afweging van belastingplichtigen of belastinginspecteurs is aldus geen of weinig ruimte.

De legistische houding in combinatie met toenemende maatschappelijke kritiek heeft bovendien geleid tot een stroom aan antimisbruikwetgeving. Het heeft geleid tot technische, bijna onbegrijpelijke wetgeving. Zo bestaat de deelnemingsvrijstelling – eens geïntroduceerd om dubbele belasting tegen te gaan – inmiddels uit negentien leden, voornamelijk antimisbruik. Voor

<sup>1</sup> Zie ook P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht: Algemeen deel. Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht*, Amsterdam: Tjeenk Willink, 1931.

<sup>2</sup> J.L.M. Gribnau, ‘Paradoxale fiscale vrijheid’, *Ars Aequi*, 2017, 66, 5, p. 402-4016, §3 & 4.

<sup>3</sup> G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: Kluwer, 1999, p. 13.

<sup>4</sup> S.W. Nieuwenhuijsen, ‘De belastingadviespraktijk en scherp geformuleerde regels’, *Forfaitair*, 2012, 228, p. 25-28, §1.1.

<sup>5</sup> J.L.M. Gribnau, ‘Corporate Social Responsibility and Tax Planning: Not by Rules Alone’, *Social & Legal Studies*, 2015, 24, 2, p. 233-234

het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA waren deze ontwikkelingen aanleiding om het belastingrecht eens scherp tegen het licht te houden: ‘Het is de beweging van de samenleving (...) die vraagt om aanpassing en verandering van belastingwetgeving. Waar dit ontbreekt ontstaat spanning en verworping, in een proces waar de historische wortels van een belastingregeling niet meer genoeg zijn om de uitgroei en woekering tegen te houden.’<sup>6</sup> Het rentmeesterschap – een van de kernwaarden van het christendemocratisch gedachtegoed – zou vereisen ‘dat er aandacht is voor de kwaliteit van wetgeving en voor het leren van opgebouwde ervaring.’<sup>7</sup>

Belastinghervormingen kunnen zonder meer een belangrijk onderdeel van het belastingrecht vormen en voor de benodigde vereenvoudiging zorgen. Het eigenlijke probleem wordt daarmee echter niet aangepakt. De aandacht voor fiscaal-ethische onderwerpen is sterk naar de achtergrond verdwenen. Met een loutere belastinghervorming komt daarin geen verandering. Een meer fundamentele verandering vereist reflectie op de rol van de verschillende actoren binnen het belastingrecht. Welke aanknopingspunten biedt de christendemocratie in het streven naar een alternatieve houding in de fiscaliteit?

In deze bijdrage zal uiteengezet worden hoe het belastingrecht schijnbaar in een ethiekvrije *command-and-control*-omgeving is gekomen. Naast de rol van de wetgever zal daarbij ook worden gereflecteerd op de rol van de fiscus en de rechterlijke macht in de totstandkoming hiervan. Aan de hand van de toeslagenaffaire zal vervolgens uiteengezet worden tot welke onwenselijke gevolgen deze houding kan leiden. De bijdrage sluit af met een aanzet tot een andere visie op het belastingrecht waarin voor zowel belastingplichtigen, de fiscus als de rechterlijke macht ruimte is weggelegd voor fiscale ethiek.

### Ontbrekende ethiek

Agressieve belastingplanning – waarvan sprake is indien voordeel wordt behaald met fiscale *technicalities* of *mismatches* – wordt steeds meer als een maatschappelijk probleem gezien.<sup>8</sup> Ook in zijn jurisprudentie heeft de Hoge Raad tot uiting laten komen dat ongebreidelde belastingplanning ongewenst is. Belastingplichtigen zijn weliswaar vrij om de fiscaal gunstigste weg te bewandelen, maar ‘met het oogmerk van belastingverijdeling, [kan een kunstmatige en van elk reëel belang ontblote weg worden gekozen] die

<sup>6</sup> A.H. Siegmann, *Betrouwbaar belasten. Herstel van vertrouwen in het belasting- en toeslagenbeleid*, Den Haag, 2020, p.14.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>8</sup> Europese Commissie, *Aanbeveling betreffende agressieve belastingplanning*, 6 december 2012, C(2012) 8806.

ertoe leidt dat in strijd met doel en strekking van de wet wordt gehandeld (...).<sup>9</sup> Om die reden heeft de Hoge Raad in zijn jurisprudentie een algemene antimisbruiknorm ontwikkeld: het leerstuk van *fraus legis*. Daarmee kan agressieve belastingplanning worden bestreden. *Fraus legis* kan worden toegepast indien a) voor de belastingplichtige het bereiken van een aanzienlijke belastingbesparing het enige, althans volstrekt overwegende, motief geweest is voor het sluiten van de transacties en b) doel en strekking van de wet zouden worden miskend, indien de verlangde aftrek zou worden verleend. Van *fraus legis* is met andere woorden sprake indien de belastingplichtige belastingbesparing heeft beoogd (motief) en verlening van deze belastingbesparing doel en strekking van de wet zou miskennen.<sup>10</sup> De Hoge Raad lijkt bij de toepassing van het leerstuk van *fraus legis* volgens Bavinck strenger geworden. Ook Maas is van mening dat het motiefvereiste mede gekleurd wordt door veranderende maatschappelijke opvattingen.<sup>11</sup> Niettemin wordt dit leerstuk nog altijd zeer terughoudend toegepast: *fraus legis* geldt als een *ultimum remedium*.<sup>12</sup> De mogelijkheid om bij het toetsen van belastingstructuren rekening te houden met fiscaal-ethische afwegingen die in de maatschappij leven is in de praktijk dus nog altijd beperkt.

Weliswaar heeft de wetgever de afgelopen jaren steeds meer antimisbruikwetgeving ingevoerd, dat heeft in fiscaal-ethisch opzicht niet voor de benodigde duidelijkheid gezorgd. Iedere nieuwe antimisbruikregeling stelt belastingplichtigen namelijk weer voor nieuwe vragen. Daardoor doet zich steeds weer de vraag voor hoe men in fiscaal-ethisch opzicht dient te handelen en ontstaan er bovendien telkens manieren om belasting te ontwijken. Happé meent dan ook dat een en ander tot een vicieuze cirkel heeft geleid: ‘het gebruikmaken van *loopholes* – door de wetgever niet voorziene mogelijkheden van de wettelijke bepalingen – leidt tot reparatiewetgeving, die op haar beurt weer handvatten oplevert voor het construeren van nieuwe

**9** Hoge Raad, 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5619, BNB 2009/123, r.o. 4.4.

**10** M.M. De Werd, *Cursus Formeel Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2021, §7.5.2.

**11** C. Maas, ‘Een ethiek van overvloedige gerechtigheid en harmonieuze belastingheffing’, *Tijdschrift Beleggingsfiscaliteit*, 2020/35, p. 11.

**12** M. Chin-Oldenzijl & M. Belkaid-Koubia, ‘De wet kennen betekent niet slechts de woorden ervan begrijpen, maar ook hun kracht en strekking’, in: T. Gerverdinck e.a., *Bundel ter gelegenheid van het 35-jarig bestaan van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden*, Den Haag: Boom juridisch, 2014, p. 127; H. Bergman & F. Herreveld, ‘Belastingrechtspraak moet besloten blijven. Bernard Bavinck kijkt terug op zestien jaar Hoge Raad’, *Weekblad Fiscaal Recht*, 2017/2, p.9. Zie ook Gribnau 2017, §8.1; vgl. HR 21 september 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW8795, BNB 1983/316, m.nt. H.J. Hofstra.

*loopholes*.<sup>13</sup> Belastingplichtigen worden aldus gestimuleerd om nauwgezet het strikte regelgeleide recht te volgen en waar mogelijk fiscale constructies op te zetten zodat gebruikgemaakt kan worden van fiscale voordelen die in belastingwetgeving zijn vormgegeven.

Het idee dat geen ruimte bestaat voor fiscaal-ethische afwegingen wordt mede ingegeven doordat de wetgever actief gebruikmaakt van het eigenbelang van belastingplichtigen: bij de implementatie van antimisbruikwetgeving wordt veelal gebruikgemaakt van fiscaal instrumentalisme. Door gebruik van fiscale stimuli wordt het in het eigenbelang van belastingplichtigen zich fiscaal wenselijk te gedragen. Het fiscale systeem wordt met andere woorden gebruikt om het gedrag van burgers en bedrijven door middel van het fiscale systeem te sturen.<sup>14</sup> Zo konden belastingplichtigen dankzij de fiscale autofaciliteiten voor (semi-)elektrische auto's waarvoor een lagere aanschafbelasting (BPM), een lagere wegenbelasting (MRB) en een lagere bijtelling voor privégebruik (autokostenforfait) gold, lange tijd relatief goedkoop elektrische auto's aanschaffen.<sup>15</sup> De toegenomen regeldruk in samenhang met het fiscaal instrumentalisme stimuleert met andere woorden een utilistische, calculerende houding waarbij belastingplichtigen ertoe worden aangezet het recht in hun eigen voordeel te gebruiken: ethiek wordt daardoor naar de achtergrond gedreven ten faveure van de fiscale *technicalities*.<sup>16</sup>

### De fiscus en de toeslagenaffaire

Gribnau constateert dat een en ander tot een *command-and-control*-omgeving in de fiscaliteit heeft geleid: de wetgever schrijft de regels voor, belastingplichtigen dienen daarnaar te handelen en de fiscus controleert strikt of belastingplichtigen zich wel aan de voorgeschreven regels houden. Het tot stand brengen van een rechtvaardige belastingheffing wordt aldus niet meer gezien als een gezamenlijke verantwoordelijkheid: belastingplichtigen en de fiscus staan tegenover elkaar in plaats van dat in gezamenlijkheid naar een rechtvaardige belastingheffing wordt gestreefd.<sup>17</sup> Ook bij de fiscus heeft de

13 R.H. Happé, *Belastingrecht en de geest van de wet: Een pleidooi voor een beginselbenadering in de wetgeving (afscheidsrede Happé*, Tilburg University, 2011, §16.

14 Zo werd het eigenwoningbezit gestimuleerd met de hypotheekrenteaftrek.

15 P. Kavelaars, 'Belastingtransitie', *NLFiscaal*, 2018/36. Kavelaars merkt terecht op dat dit instrumentalisme de nodige (ongewenste) neveneffecten met zich mee kan brengen. Zo leidde deze maatregel weliswaar tot de verkoop van meer 'groene' auto's, maar droeg de maatregel nauwelijks bij aan de vermindering van de CO<sub>2</sub>-uitstoot en kostte de maatregel bovendien bijzonder veel geld.

16 J.L.M. Gribnau & mr. R. Hamers, 'Tax planning: spel met regels dat om ethisch houvast vraagt. Deel 1 Regelgedreven interactie', *Weekblad Fiscaal Recht*, 2011/154, §4.2-5.2.

17 Gribnau, 2015, p. 233-234.

*command-and-control*-omgeving geleid tot een houding waarin de belangen van individuele belastingplichtigen uit het oog verloren dreigden te worden. De commissie-Van Dam zette op treffende wijze uiteen dat deze omgeving ook bij de toeslagenaffaire tot problematische situaties heeft geleid. De wetgever kwam met ingewikkelde wetgeving en '[o]mdat de kinderopvangtoeslag veel voorwaarden kent en de hoogte afhankelijk is van veel variabelen, is het risico op een vergissing groter dan bij andere toeslagen.'<sup>18</sup> Deze ingewikkelde wetgeving werd bovendien gecombineerd met een massale aanpak waardoor de individuele omstandigheden van het geval uit het oog werden verloren: 'De uitvoering van de kinderopvangtoeslag was gericht op de grote getallen, streefcijfers en kernprestatie indicatoren, en niet op de harde en schrijnende gevolgen van de fraudeaanpak waar een deel van de toeslagaanvragers mee wordt geconfronteerd.'<sup>19</sup> Het ICT-systeem van de belastingdienst dat op fraude bij toeslagen controleerde, bracht bovendien 'een onbehoorlijke, discriminerende verwerking [mee], omdat de nationaliteit van aanvragers [werd] gebruikt voor de indicator 'Nederlanderschap' in het model.'<sup>20</sup> De commissie concludeert uiteindelijk dat: 'Een en ander [ertoe] leidde (...) dat de kinderopvangtoeslag uitgevoerd [werd] als een massaproces (...) [en] grove inbreuk gemaakt [werd] op het rechtsstatelijke principe dat optimaal recht gedaan moet worden aan individuele situaties van mensen.'<sup>21</sup> Vergissingen werden bovendien vaak aangemerkt als een poging om te frauderen waardoor ouders veelal onterecht werden 'gebrandmerkt' als fraudeurs. De bureaucratie die ontstaat als gevolg van de *command-and-control*-omgeving kan met zich meebrengen dat belangrijke juridisch-ethische beginselen uit zicht verdwijnen. Aldus kan het technisch-regelgeleide belastingrecht het oog voor de wetgeving ten grondslag liggende achterliggende ethische beginselen verdrijven.<sup>22</sup>

### Rechterlijke macht

De toeslagen vallen binnen het domein van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De kritiek op de rechterlijke macht naar aanleiding van de toeslagenaffaire spitste zich dan ook met name toe op de Afdeling bestuursrechtspraak. Die kritiek was niet mals. Zo pleit Besselink zelfs

<sup>18</sup> J.C.L. van Dam e.a., *Ongekend onrecht*, Verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, 2020, p. 20.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>22</sup> Gribnau, 2015, p. 233-234.

voor een algehele afschaffing van de Afdeling bestuursrechtspraak.<sup>23</sup> De bestuursrechter zou – mede door zijn marginale toetsing – te gouvernementeel zijn geworden waardoor de rechter de wet onvoldoende toetst en te snel het bestuur – de belastingdienst – zou volgen.<sup>24</sup> Ook Brenninkmeijer stelt vast dat de gouvernementele houding van de bestuursrechter heeft geleid tot een systeemfalen – zij het dat hij milder is in zijn oordeel en niet pleit voor een algehele afschaffing van de Afdeling bestuursrechtspraak.<sup>25</sup>

In het belastingrecht geldt de Hoge Raad als het hoogste rechtscollege en hoewel de kritiek op de rechterlijke macht rondom de toeslagenaffaire zich met name toespitst op de Afdeling bestuursrechtspraak, is er de laatste jaren ook steeds meer kritiek te horen over een gebrek aan rechtsbescherming door de Hoge Raad. Zo stelde cassatieadvocaat Menno Brunning dat door ‘de nadruk op het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling (...) de individuele rechtsbescherming in civiele cassatiezaken onder druk [leek] te komen.’<sup>26</sup> Meer specifiek voor het belastingrecht is in dat opzicht van belang dat Albert constateerde dat hem geen jurisprudentie bekend is die de rechtsbescherming van belastingplichtigen heeft uitgebreid, maar dat de Hoge Raad, met een beroep op de rechtseenheid, juist wel de rechtsbescherming van belastingplichtigen heeft beknot.<sup>27</sup>

Bovendien heeft de Hoge Raad zich – mede als gevolg van de hoge werkdruk – genoopt gezien te focussen op zaken van grote maatschappelijke betekenis.<sup>28</sup> Met het oog daarop, heeft de Hoge Raad ook juridische middelen – in de vorm van art. 80a en 81 van de Wet op de rechterlijke organisatie – in

**23** L. Besselink, ‘De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire. Over een onverstandige en onvoldoende reactie’, *Nederlands JuristenBlad*, 2021, 201, p. 197.

**24** *Ibid.*, p. 197.

**25** A.F.M. Brenninkmeijer, ‘De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden’ en ‘Verschrikkelijk ongeluk. Over de noodzaak van behoorlijk bestuur’, *Nederlands JuristenBlad*, 2021, 2, p. 8.

**26** M. Brunning, *Rechtsontwikkeling en rechtsbescherming in civiele cassatiezaken* (video), zie: avdr.nl.

**27** P.G.H. Albert, ‘Hoge Raad: graag minder rechtseenheid en meer rechtsbescherming!’, *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht*, 2021, 490; Albert verwijst o.m. naar de Hoge Raad, 10 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:2, BNB 2014/44, m.nt. P.G.H. Albert (WOZ-zaak); HR 5 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1102, BNB 2019/142, m.nt. A.J.H. van Suilen. Anders: H. Bergman & F. Herreveld, ‘We zijn er voor iedereen. Aankomend president Hoge Raad Dineke de Groot blikt terug op tijd in belastingkamer’, *Weekblad Fiscaal Recht*, 2020, 187, p. 1285.

**28** Hoge Raad der Nederlanden, ‘Kerntaken Hoge Raad’, Jaarverslag 2019. A.M. Hol e.a., *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag, Amsterdam: Boom Juridisch, 2011, p. 5.

handen gekregen. Indien een partij klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij een rechtszaak of de zaak niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kunnen zaken versneld worden afgedaan. Volgens zijn jaarverslag van 2019 doet de focus op rechtsontwikkeling niet af aan de rechtsbeschermende functie van de Hoge Raad. In zijn jurisprudentie zou de Hoge Raad nog altijd nadruk leggen op zijn rechtsbeschermende taak.<sup>29</sup>

Voorts kan, zo betoogt Maarten Feteris, tot voor kort president van de Hoge Raad, de rechter '[d]oor zijn uitspraken algemener te formuleren (...) tegelijk met de beslissing in de voorliggende zaak ook duidelijkheid op juridisch gebied geven voor veel andere, vaak duizenden andere zaken.'<sup>30</sup> Zijn opvolger Dineke de Groot formuleerde het nog iets scherper: 'De algemene lijnen die daarmee worden uitgezet raken de rechtsbescherming van veel meer mensen dan de betrokkenen in een geding.'<sup>31</sup> De toeslagenaffaire heeft echter pijnlijk blootgelegd dat een focus op rechtsontwikkeling wel degelijk ten koste kan gaan van individuele rechtsbescherming. De Wet kinderopvang bood ruimte om af te wijken van de door de Afdeling bestuursrechtspraak gekozen harde lijn waarbij toeslaggerechtigden bij de kleinste vergissing volledig gekort konden worden op hun toeslag. Deze lijn die de Afdeling lange tijd aanhield, bood weliswaar in juridisch opzicht duidelijkheid, maar leidde tegelijkertijd tot een technocratische wetstoepassing. Hoewel het bij de kinderopvangtoeslag gaat om jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft een en ander ook indirect gevolgen voor de Hoge Raad. Jurisprudentie van de verschillende hoogste rechtscolleges wordt in de Commissie rechtseenheid immers afgestemd waarbij ernaar wordt gestreefd de wet zoveel als mogelijk gelijk uit te leggen.<sup>32</sup> De toeslagenaffaire toont aldus aan dat de door de Hoge Raad ingezette focus op algemene rechtsbescherming wel degelijk ten koste gaan van aandacht voor individuele rechtsbescherming.<sup>33</sup>

**29** Hoge Raad der Nederlanden, HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1315, m.nt. P.G.M. Jansen.

**30** M.W.C. Feteris, 'Rechtseenheid en rechtsvorming als gezamenlijke verantwoordelijkheid van hoogste rechters', *Nederlands Juristenblad*, 2020, 2642, 39, p. 2996.

**31** H. Bergman & F. Herreveld, 'We zijn er voor iedereen. Aankomend president Hoge Raad Dineke de Groot blikt terug op tijd in belastingkamer', *Weekblad Fiscaal Recht*, 2020, 187, p. 1285.

**32** Feteris, p. 2997.

**33** Brenninkmeijer, 2021, p. 11-13.

### Een alternatieve benadering

In de thans dominerende *command-and-control*-omgeving wordt de fiscus als een actor gezien die ‘wetten en uitvoeringsregelingen stelselmatig in haar eigen voordeel uit [en] (...) haar onwelgevallige arresten door wetgeving ongedaan [maakt].<sup>34</sup> De fiscus handelt met andere woorden primair uit eigenbelang: het maximaliseren van het heffingsobject. Voor belastingplichtigen en hun -adviseurs is dat niet anders. Ook zij proberen met de wet in de hand zoveel mogelijk in hun eigenbelang te handelen. In het geval van belastingplichtigen gaat het dan uiteraard niet om het maximaliseren van de belastingopbrengst, maar juist om zoveel mogelijk fiscaal voordeel te behalen. Het belastingrecht begeeft zich – deze lijn volgend – in een waardenvrije omgeving: belastingplichtigen begeven zich in een open en vrije concurrentie en mogen het recht als instrument in hun voordeel gebruiken – mits zij daarbij handelen binnen de grenzen van de wet. Het recht wordt in deze visie met andere woorden gezien als een loutere verzameling van regels waarmee men een zo groot mogelijk fiscaal voordeel probeert te behalen. Morele overwegingen worden aldus tot het eigenbelang beperkt: zolang de betrokken actoren ieder hun eigenbelang zo optimaal mogelijk nastreven, wordt het maximale profijt voor de samenleving verschaft.<sup>35</sup>

In dat licht is het interessant om te zien dat Coen Maas een christendemocratisch denkkader heeft ontwikkeld voor de verhouding tussen recht en ethiek. Dit denkkader vereist van alle actoren – belastingplichtigen, de fiscus én de rechter – een andere houding ten opzichte van het recht. De ‘overvloedige gerechtigheid’, zoals Maas dit noemt, vereist dat men bereid is ‘iets te geven zonder een tegenprestatie te verwachten, om een beetje meer te doen dan men van een ander verwacht.’<sup>36</sup>

Ook Siegmann baseert zich in zijn denken over een christendemocratisch belastingbeleid op een dergelijke plicht: de publieke gerechtigheid. Deze publieke gerechtigheid brengt mee dat mensen geacht worden te leven in een rechtsgemeenschap met wederzijdse rechten en plichten. Bij publieke gerechtigheid – zo betoogt Siegmann – gaat het erom dat ‘mensen tot hun recht kunnen komen.’<sup>37</sup> Dat betekent dat mensen de vrijheid moeten krijgen om zelf keuzes te maken om hun leven in te richten. De als gevolg van opstapelende regelingen ontstane ongelijke belastingdruk is in zoverre onrechtvaardig:

<sup>34</sup> C. Maas, ‘Een ethiek van overvloedige gerechtigheid en harmonieuze belastingheffing’, *Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht*, 2020, 7, p. 10.

<sup>35</sup> R.H. Happé, ‘Fiscale ethiek voor multinationals’, *Weekblad Fiscaal Recht*, 2015, 938, §4.

<sup>36</sup> Maas, p. 9.

<sup>37</sup> Siegmann, p. 42.



de regelingen '[maken] het voor het ene huishouden moeilijker om rond te komen dan een ander'.<sup>38</sup> Vanuit christendemocratisch perspectief wordt de verantwoordelijkheid voor het handelen dus expliciet bij het individu gelegd. Dat noopt de overheid tot een terughoudende houding: 'de overheid moet met haar fiscale wetgeving voorzichtig zijn met het doorkruisen van de eigen verantwoordelijkheid van mensen in hun verbanden. Ze moet een respectvolle afstand bewaren tot de keuzes die mensen zelf maken over hoe ze willen samenleven en hun normen en waarden.'<sup>39</sup>

Zo bezien is – vanuit christendemocratisch perspectief – voor een oplossing van de discrepantie tussen recht en ethiek dus niet zozeer andere wetgeving, maar veeleer een andere houding ten opzichte van het recht vereist. In het huidige fiscale klimaat lijken de verschillende actoren gedreven te worden door angst. De wetgever is bang voor belastingontwijking en maakt zodoende ingewikkelde antimisbruikwetgeving die echter – zoals Happé uiteen heeft gezet – regelmatig ontoereikend is.<sup>40</sup> Belastingplichtigen worden op hun beurt geconfronteerd met complexe wetgeving; zelfs een op het oog eenvoudige regeling als de kinderopvangtoeslag blijkt in de praktijk tot veel problemen te kunnen leiden. Ook de rechterlijke macht ziet zich tenslotte beperkt in zijn mogelijkheden om in te grijpen: de rechter mag niet op de stoel van de wetgever gaan zitten en is gehouden aan hogere wetgeving. Bovendien is het belastingrecht dwingendrechtelijk van aard. Voor een beslechting van fiscale geschillen naar 'redelijkheid en billijkheid', rekening houdend met de belangen van partijen, is in het belastingrecht geen, althans maar zeer beperkt ruimte. Weliswaar vereist toepassing van het evenredigheidsbeginsel dat een afweging wordt gemaakt tussen het door de wet beoogde doel en de individuele belangen van de burger, de reikwijdte van dit beginsel is in het belastingrecht bijzonder beperkt. De rechter kan de evenredigheidscorrectie niet toepassen bij formele wetten, afkomstig van regering en parlement.<sup>41</sup> Tegelijkertijd is ook de fiscus uit angst voor het scheppen van precedentes in een dergelijke geval maar in beperkte mate bereid om belastingplichtigen tegemoet te komen.<sup>42</sup> In dat licht is het interessant om te zien dat reeds Thomas van Aquino – een van de grootste christelijke denkers – betoogde dat het opleggen van een wet met

<sup>38</sup> Ibid., p. 42.

<sup>39</sup> Ibid., p. 43.

<sup>40</sup> Happé, §11.

<sup>41</sup> B.J. van Etekoven, 'Tussen wet en recht', *Nederlands Juristenblad*, 2021, 101, 2, p. 100; zie voor een nadere uiteenzetting over het evenredigheidsbeginsel T. Geverdinck, 'Het evenredigheidsbeginsel in het belastingrecht', Den Haag: Hoge Raad.nl, m.n. §5.

<sup>42</sup> Zie in dit verband o.m. M. Ligtenberg, 'Ook fiscaal is het juiste niet altijd het goede', *Fiscaal UptoDate*, 26 maart 2019.

de vrees als drijfveer tekortschiet. ‘Want hoewel deze wet de hand aan banden legde, legde ze niet de ziel aan banden.’<sup>43</sup> De angst zorgt er weliswaar voor dat men zich verplicht weet zich aan de wet te houden, maar de intrinsieke motivatie om (gezamenlijk) zorg te dragen voor een rechtvaardige wijze van belastingheffing verdwijnt erdoor naar de achtergrond: van een innerlijke omkeer is geen sprake. De wet van de liefde – het streven naar het goede – maakt de mens daarentegen vrij. Ziet men het bereiken van een rechtvaardige belastingheffing als een gezamenlijke verantwoordelijkheid, dan ontstaat er met andere woorden ruimte om ‘naar eer en geweten aanvaardbare oplossingen [te] bedenken voor fiscale kwesties van distributieve en procedurele rechtvaardigheid en daarvan rekenschap [af te leggen].’<sup>44</sup>

### Uitleiding

Vanuit christendemocratisch perspectief lijkt dus een herijking nodig van de houding ten opzichte van de fiscaliteit. De houding waarin men leeft bij de wet, de *command-and-control*-omgeving, dient daarbij plaats te maken voor een omgeving waarin de betrokken actoren zich juist laten leiden door fiscaal-ethische overwegingen. Dat heeft implicaties voor alle betrokken actoren. Allereerst zullen belastingplichtigen en de fiscus de wet minder als instrument om de werkelijkheid naar hun hand te zetten moeten gaan zien. Voor belastingplichtigen en -adviseurs betekent dat dat ieder de verantwoordelijkheid heeft om een eerlijke bijdrage te leveren aan de maatschappij. Happé omschrijft deze plicht als de ‘fair shareplicht’. Deze plicht brengt mee dat men niet de grens van het toelaatbare opzoekt, maar handelt in de geest van de wet om daarmee een rechtvaardige verdeling van de fiscale lasten te bewerkstelligen.<sup>45</sup> Ook van de belastingdienst vereist dit een andere houding ten opzichte van het recht: het louter plichtsgetrouw uitoefenen van zijn of haar functie is daarbij onvoldoende: ‘[n]iet alleen (braaf) iets doen omdat het nu eenmaal moet, maar positief iets nastreven dus. (...) Rechtvaardigheid, een doortastende houding, het goed inschatten van situaties (...) en een zeker lef om desnoods tegen de stroom in te gaan als het echt moet.’<sup>46</sup>

Ten slotte de belastingrechter; ook daarvan wordt vanuit christendemocratisch perspectief een andere houding ten opzichte van het recht

<sup>43</sup> T. Van Aquino, *Over de tien geboden*, Zoetermeer: Uitgeverij Meinema, 2013 (vertaald door C. Leget), p. 19.

<sup>44</sup> Maas, p. 10.

<sup>45</sup> Happé, §9.

<sup>46</sup> J.L.M. Gribnau, ‘Fiscale ethiek: wederkerige verantwoordelijkheid voor de integriteit van het belastingrecht’ (preadvis 2010), *Vereniging voor Belastingwetenschap*, p. 146-147.

vereist. Rechtspreken is meer dan het volgen van een wetenschappelijk oordeel dat door middel van de logica gestand kan worden gedaan. Rechtspreken is primair recht doen: het gaat erom recht te doen aan de individuele belangen van het voorliggende geschil. Voor een coherente rechtsbedeling is het allicht van belang dat de rechter rekenschap geeft van de wetssystematiek, maar verschuilt hij zich achter deze systematiek, dan dreigt de rechter – zoals in de toelagenaffaire – de individuele omstandigheden van het geval uit het oog te verliezen. Rechtspreken vereist dus moed: het gaat erom tot een rechtvaardig oordeel te komen en dat kán onder omstandigheden met zich meebrengen dat wordt afgeweken van de heersende leer.<sup>47</sup>

---

**47** Scholten, §28.



# Een christendemocratisch openbaar bestuur: publieke gerechtigheid door responsiviteit en maatwerk?

**Joyce Esser**

Wie een jurist naar zijn associaties bij de democratische rechtsstaat vraagt, krijgt vaak antwoorden die van origine de kern van het staatsrecht vormen: machtenscheiding, de informatierechten van het parlement of journalistiek, de (grenzen van) de taak van de rechter of klassieke grondrechten als religie- of demonstratievrijheid. Dat zijn belangrijke thema's, die zeker het bestuderen en verdedigen waard zijn. Tegelijkertijd krijgt de gemiddelde burger in zijn gehele leven nooit of zeer zelden te maken met deze vraagstukken. In de moderne *sociale* rechtsstaat wordt ons leven van wieg tot graf beïnvloed door overheidshandelen, maar vrijwel al dat handelen vindt plaats in het dagelijkse reilen en zeilen van de ambtelijke bureaucratie. Die talloze beslissingen over vergunningen, uitkeringen en belastingen geven ons leven vorm, maar kunnen het ook totaal ontwrichten, zoals de toeslagenaffaire pijnlijk duidelijk maakte.

In deze bijdrage plaats ik de betekenis van de rechtsstaat binnen de christendemocratie daarom expliciet als de sleutel van de ontwikkelingen binnen het bestuursrecht, het rechtsgebied dat bij uitstek de uitoefening van overheidsmacht in het dagelijks leven van burgers beslaat. Binnen dat rechtsgebied wordt momenteel volop gepleit voor een overgang naar een meer responsieve rechtsstaat, waarbinnen de overheid zich niet achter regels verschuilt, maar actief meedenkt met de problemen die burgers ervaren. Zoals ik zal betogen, biedt de christendemocratie uitstekende aanknopingspunten voor een responsief openbaar bestuur, omdat de sociale rechtsstaat eigenlijk altijd tot haar kern behoorde. Tegelijkertijd plaats ik enkele kritische kanttekeningen bij de manier waarop daar momenteel binnen het CDA invulling aan wordt gegeven.

### De sociale rechtsstaat: responsiviteit en maatwerk

Door onder andere de toeslagenaffaire, en andere misstanden in grote uitvoeringsorganisaties en in het sociaal domein, is er momenteel in de bestuursrechtwetenschap veel aandacht voor de functie van recht en rechtsstaat bij de uitvoering van sociale wet- en regelgeving. Daarbij wordt doorgaans, in navolging van de Amerikaanse rechtssociologen Nonet en Selznick, gepleit voor een overgang van de *autonome* rechtsorde naar de zogenaamde *responsieve* rechtsorde.<sup>1</sup> De autonome rechtsorde was primair het antwoord op de repressieve rechtsorde van het *ancien regime*, waarin de heersende elite het recht gebruikte om de eigen macht te consolideren en door te voeren.<sup>2</sup> De autonome rechtsorde waardeert daarom boven alles de gebondenheid van de overheid aan het recht. Recht functioneert als een negatieve begrenzing van de uitvoering van overheidsbeleid, dat zelf niet als recht maar als politiek wordt gezien. Kernbeginselen zijn daarmee rechtmatigheid, rechtszekerheid en formele gelijkheid onder de wet. Deze beginselen leiden tot een vrij sterke nadruk op handhaving van de wet, ook ten opzichte van burgers onderling: als mijn buurvrouw niet hoeft te betalen voor een dienst waar ik wel voor moet betalen, dan leidt dat tot rechtsongelijkheid en daarmee niet tot vrijheid onder de wet. Het autonome recht haalt haar legitimiteit daarmee uit een zekere mate van ‘blindheid’ voor de situatie in ‘het echt’.<sup>3</sup> Als dat tot ‘harde’ uitkomsten leidt (iemand moet zijn hele uitkering terugbetalen, omdat hij minimale inkomsten uit een onderhandse baan niet heeft opgegeven), dan is dat desalniettemin geoorloofd, mits dat volgt uit democratisch gelegitimeerde en vooraf heldere regels.

Waar deze invulling van de rechtsorde ten opzichte van de pre-rechtsstaat een vorm van rechtvaardigheid oplevert, is er in de afgelopen decennia meer aandacht gekomen voor de keerzijden daarvan. Kernprobleem van de autonome rechtsorde is daarbij de scheiding tussen recht en beleid, waarbij het eerste het laatste primair begrenst. Als burgers primair zelf verantwoordelijk zijn voor hun bestaan, klopt dat beeld: als de overheid desalniettemin ons leven wil beïnvloeden, dan moet zij daarvoor verantwoording afleggen. In de 21<sup>e</sup> eeuw is de overheid echter alom tegenwoordig in het leven van burgers. Het moderne publiekrecht bestaat uit een fijnmazig net van wet-

1 P. Nonet & P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York: Harper Row, 1978, p. 73-74. Zie bijvoorbeeld M. Scheltema, ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuurskunde*, 2019, 24.

2 Zie over deze ontwikkeling uitgebreid L. van den Berge, ‘Responsief Bestuursrecht’, in: VAR, *Maatwerk in het Bestuursrecht*, Den Haag: BJu, 2020, p. 15 e.v.

3 *Ibid.*, p. 17.

en regelgeving op talloze beleidsterreinen. Wie de uitgangspunten van de autonome rechtsorde over een dergelijk systeem legt, krijgt een overheid die zich kenmerkt door *bureaucratie*.<sup>4</sup> Regels en wetten, zoals door de politiek opgesteld, worden blind uitgevoerd. Voor de overgrote meerderheid van de burgers pakt dat goed uit: die wetten beschermen ons tegen werkloosheid, ziekte en garanderen ons huisvesting, een veilig leefklimaat en veiligheid. Een dergelijk systeem kent echter ook keerzijden. Wie niet binnen het systeem past of aan de verkeerde kant van de regels valt, loopt het risico te worden vermalen door een kafkaëske opeenvolging van verwijzingen naar andere instanties, afwijzingen van aanvragen en uiteindelijk terugvorderingen van enorme bedragen. Dat probleem wordt alleen maar verergerd door toenemende automatisering en digitalisering, waar geen ruimte meer is voor menselijke tussenkomst en ‘computer says no’ vaak het einde van het verhaal is. De Nationale Ombudsman, de vicepresident van de Raad van State en de president van de Rekenkamer luidden onlangs de noodklok: wetten zijn te ingewikkeld geworden voor ‘gewone’ burgers om te doorgronden, hebben steeds minder oog voor persoonlijke omstandigheden en leiden uiteindelijk tot vervreemding en wantrouwen.<sup>5</sup>

De ‘blindheid’ van de autonome rechtsorde voor het doel van beleid en de aansluiting daarvan op de individuele omstandigheden leidt uiteindelijk onvermijdelijk tot weerstand, waaruit vervolgens de responsieve rechtsorde ontstaat.<sup>6</sup> Responsief recht kenmerkt zich daarom juist door openheid voor de wensen en behoeften van de samenleving en haar individuele burgers.<sup>7</sup> Recht is in deze opvatting niet slechts een beperking van overheidsmacht, maar ook een instrument om de beleidsdoeleinden te realiseren die het recht soms bovendien zelf vereist.<sup>8</sup> De responsieve rechtsorde zoekt daarmee in belangrijke mate aansluiting bij het idee van de sociale rechtsstaat en de daarbij behorende sociale rechten: de rechtsstaat beschermt niet alleen *tegen* overheidshandelen, maar vereist ook actief optreden van de overheid om vorm te geven aan het gelijkwaardige leven van haar burgers.<sup>9</sup> Hoewel ook de autonome rechtsorde op haar eigen manier een vorm van rechtvaardigheid nastreeft (namelijk die van formele gelijkheid en vrijheid onder de wet), stelt de sociale rechtsstaat een

<sup>4</sup> Ibid., p. 17.

<sup>5</sup> In Buitenhof, aflevering van 25 april 2021.

<sup>6</sup> Van den Berge, p. 17.

<sup>7</sup> Ibid., p. 18.

<sup>8</sup> Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat* (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden, 2020, p. 17.

<sup>9</sup> Zie over de sociale rechtsstaat L.H.J. Adams & W.H. Witteveen, ‘Drie dimensies van de rechtsstaat’, *Nederlands Juristenblad*, 2014/1017.

veel inhoudelijker vorm van rechtvaardigheid voorop, namelijk het beginsel van sociale rechtvaardigheid.<sup>10</sup> De responsieve rechtsorde waardeert daarom niet zozeer legaliteit en rechtszekerheid, maar benadrukt sociale grondrechten en beginselen als dienstbaarheid, evenredigheid en materiële gelijkheid.<sup>11</sup> Burgers zijn nu eenmaal niet allemaal gelijk, en moeten daarom in ongelijke mate worden behandeld voor zover dat hun een rechtvaardige uitkomst geeft.<sup>12</sup>

Opvallend is dat deze ideeën in Nederland tot een grote nadruk op het begrip ‘maatwerk’ hebben geleid: de toepassing van het recht moet steeds aansluiten bij en recht doen aan het concrete geval.<sup>13</sup> Dat leidde in het Nederlandse bestuursrecht tot een flink aantal ontwikkelingen en aanbevelingen.<sup>14</sup> Zo is er de wens tot een procedureel dienstbare overheid, die begrijpelijk moet communiceren, uit moet leggen wat er verwacht wordt van de burger en hem bijvoorbeeld goed moet doorverwijzen en moet samenwerken als hij bij meerdere instanties moet zijn.<sup>15</sup> Daarnaast is er momenteel veel aandacht voor de ruimte die uitvoeringsinstanties hebben om ook inhoudelijk meer ‘maatwerk’ te kunnen leveren. Zo heeft de Tweede Kamer een flink aantal moties aangenomen dat meer ruimte in de wet moet creëren voor het flexibel toepassen daarvan in concrete situaties.<sup>16</sup> Het meest vergaande voorstel op dat gebied, dat zowel breed in de wetenschap als door politiek lijkt te worden omarmd, is het toestaan van en in sommige gevallen ook vereisen van afwijken van dwingende wetgeving, ook als die wetgeving afkomstig is van de nationale wetgever.<sup>17</sup> Als strikte handhaving van de wet niet bijdraagt aan de bedoeling daarvan, dan moet er ruimte zijn voor een uitzondering. Dat zou dan moeten gebeuren over de band van het evenredigheidsbeginsel, dat in alle gevallen zou moeten vereisen dat uitvoering tot een redelijk resultaat leidt. Momenteel staat artikel 120 Grondwet, dat de rechter verbiedt nationale wetten te toetsen aan

**10** R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/27.

**11** Schuurmans, Leijten & Esser, p. 42.

**12** S.A.J. Munneke, ‘Maatwerk, gelijkheid, zeggenschap’, in G.J. Vonk (red.), A.M. Klingenberg, S.A.J. Munneke, A. Tollenaar, *Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde, 2016, p. 67

**13** Schuurmans, Leijten & Esser, p. 8.

**14** Zo weidde de Vereniging voor Bestuursrecht er haar jaarvergadering van 2020 aan, en besteedde het Nederlandse Tijdschrift voor Bestuursrecht er een themanummer aan.

**15** Schuurmans, Leijten & Esser, p. 18.

**16** Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2020/21*, 28 362, nr. 52.

**17** In de literatuur vooral bepleit door Scheltema, zie M. Scheltema, *Een wet van Meeden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaagse bestuursrecht*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Wetgeving, 2021. De Kamer ondersteunt deze visie duidelijk, zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35 510, nr. 15.



de Grondwet en algemene rechtsbeginselen, daar hoogstwaarschijnlijk aan in de weg.<sup>18</sup> Tekenend is daarom dat onlangs een motie, met als eerste indiener CDA-Tweede Kamerlid Kuik, tot schrappen van artikel 120 van de Grondwet is aangenomen met 88 stemmen.<sup>19</sup>

### Risico's en randvoorwaarden van maatwerk

Hoewel responsiviteit een belangrijke kernwaarde van de sociale rechtsstaat vormt, kent een onbeperkte focus op het begrip maatwerk binnen die waarde wel een aantal risico's.

Een intuïtieve reactie (zeker van juristen) op voorstellen tot maatwerk is te wijzen op het risico op rechtsongelijkheid of -onzekerheid. Hoe beperkend soms ook, wet- en regelgeving geeft immers vaak wel netjes aan wie waar recht op heeft. Nu hoeft maatwerk niet inherent tot ongelijkheid te leiden, nu de doelstelling juist is dat ongelijke gevallen steeds dermate ongelijk worden behandeld, dat uiteindelijk gelijkheid in de uitkomst wordt behaald.<sup>20</sup> De vraag blijft wel in hoeverre dit in de praktijk ook mogelijk is, nu grote uitvoeringsinstanties vaak miljoenen beslissingen per jaar moeten nemen en daar beperkte middelen voor beschikbaar hebben. Voor wie het niet eens is met de uiteindelijke uitvoeringsbeslissing, is het uiteindelijk ook nog maar de vraag of ruimte tot maatwerk ook altijd tot een verhoogd niveau van rechtsbescherming leidt. Ruimte in regelgeving betekent in zekere zin meer afhankelijkheid van de welwillendheid van de behandelend ambtenaar of van het politieke beleid, dat ook zomaar weer van richting kan veranderen. Hoewel deze problemen in zekere zin inherent zijn aan het streven naar maatwerk, laten de problemen in bijvoorbeeld het sociaal domein, waar decentralisatie en maatwerk tot grote en soms maar moeilijk verklaarbare verschillen tussen gemeentes kunnen leiden, tegelijkertijd zien dat dit een reëel probleem is.

Een aanverwant fundamenteel vraagstuk van maatwerk betreft de democratische legitimatie én eindverantwoordelijkheid voor het uiteindelijk gevoerde beleid.<sup>21</sup> Het begrip 'sociale rechtvaardigheid', hoewel zowel ingevuld als uitgewerkt door het recht, vereist uiteindelijk altijd politieke invulling. Wát iemand als rechtvaardig ziet, hangt immers in sterke mate

**18** Over de vraag waarom dit strikt juridisch zo is, zie J.E. Esser & R.G. Becker, *Maak van maatwerk de regel*, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuurkunde*, 2021/106, p. 251.

**19** *Kamerstukken II 2020/21*, 28 362, nr. 47.

**20** S. van Heukelom-Verhage & F. van Tienen, *Maatwerk met de Awb. Advies over het gebruikmaken van de juridische ruimte van de Algemene wet bestuursrecht voor het bieden van maatwerk*, Den Haag: Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, 2019, p. 30.

**21** Zie daarover Schuurmans, Esser & Leijten, p. 20 e.v.

af van zijn visie op overheid en samenleving.<sup>22</sup> Bovendien vereist besturen altijd een belangenafweging die, gegeven de politieke realiteit, nooit ideaal kan zijn. Publiek geld is schaars, het milieu is kwetsbaar en een geheel open vluchtelingenbeleid laat zich bijvoorbeeld moeilijk doordenken, met als resultaat dat beleid altijd een zekere ‘hardheid’ zal moeten kennen. Uitkomsten die voor de individuele burger maar moeilijk te verteren zijn, zijn vaak niet of in ieder geval niet alleen het gevolg van een gebrek aan maatwerk in de uitvoering, maar ook van eerder gemaakte algemene keuzes door de wetgever zelf. Voor de wetgever die wil scoren op harde wetgeving, met weinig ruimte voor maatwerk en veel aandacht voor handhaving, of bepaalde lastige keuzes juist niet durft te maken, is het echter makkelijk problemen door te schuiven naar de uitvoering, die met weinig middelen de boel maar moet oplossen. Zo noemde Sanders de parlementaire verontwaardiging over de beslissing van de gemeente Wijdemeren om € 7.000,- aan bijstandsgelden terug te vorderen van een vrouw die wekelijks boodschappen van haar moeder bleek te ontvangen ‘een masterclass hypocrisie’, omdat de wet die de wetgever zelf had opgesteld haar daar praktisch toe dwong.<sup>23</sup> Ook de rechter wordt in deze dynamiek al snel de pineut, omdat hij enerzijds niet de institutionele positie of middelen bezit om algemeen beleid te formuleren, maar anderzijds wel verplicht wordt gesteld om zonder breed zicht op de achterliggende vraagstukken individuele onrechtvaardigheden weg te nemen. Zonder duidelijke aanknopingspunten in wetgeving, beleidsregels of een te generaliseren uitvoeringspraktijk, is het voor de rechter immers moeilijk te toetsen of de burger misschien toch recht zou moeten hebben op een bepaalde voorziening.<sup>24</sup> Dat vertaalt zich in uitspraken die zich oftewel dusdanig op de bijzondere omstandigheden richten dat zij zich moeilijk laten vertalen in een algemene uitvoeringspraktijk of juist algemene regels formuleren die de ruimte tot maatwerk weer beperken. Tekenend is dat de Tweede Kamer naar aanleiding van de toeslagenaffaire een spijkerhard oordeel velde over het optreden van de Raad van State, en vervolgens unaniem een motie aannam die de rechter opriep de wet toch vooral aan de kant te schuiven als deze tot onbillijke uitkomsten leidt.<sup>25</sup>

**22** S.C. van Bijsterveld, ‘Publieke gerechtigheid in een veranderende wereld’, in: *Waardevast. Over de uitgangspunten van het CDA*, Den Haag: Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, 2011, p. 58.

**23** T. Sanders, ‘Haagse verontwaardiging over strenge bijstandsregels is een masterclass hypocrisie’, *Het Financieele Dagblad*, 1 januari 2021.

**24** Schuurmans, Leijten & Esser, p. 54-57.

**25** C.J.L. van Dam, *Ongekend Onrecht*, verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, Den Haag: Tweede Kamer der Staten Generaal, 2020, bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 35 510, nr. 2, p. 7-8; *Kamerstukken II 2020/21*, 35 510, nr. 15.

Dat leidde in de literatuur tot felle kritiek op de bestuursrechter, met als hoogtepunt een oproep tot afschaffing van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.<sup>26</sup> Nu viel de rechter in de toeslagenaffaire zeker veel te verwijten (wie de terugvordering van een bedrag van € 18.000,- wegens het niet kunnen aantonen van betaling van € 190,- toestaat,<sup>27</sup> mag zeker in de spiegel kijken), maar wie daarbij niet eveneens kijkt naar de rol die de wetgever daarbij zelf heeft gespeeld, schetst wel een heel eenzijdig beeld van de verantwoordelijkheidsverdeling in de trias.<sup>28</sup>

Wie alles verwacht van maatwerk in de uitvoering of zelfs bij de rechter, loopt zo uiteindelijk het risico het samenhangende zicht op het algemeen belang kwijt te raken. Wie zelf geen duidelijke afweging van het algemeen belang maakt, maar wel van de uitvoering en de rechter verwacht in individuele gevallen ‘recht’ te doen, riskeert een stelsel waarin vooral individuele burgers die tot het einde doorprocederen aan het langste eind trekken, op basis van beslissingen die moeilijk door te vertalen vallen naar een algemene uitvoeringspraktijk. Dat komt uiteindelijk noch de individuele rechtsbescherming, noch de democratische participatie van de samenleving ten goede.<sup>29</sup> Een dergelijk systeem stimuleert met name mondige burgers om zich als bijzonder of uitzonderlijk op te stellen en zichzelf als ‘klant’ te zien die het recht op maatwerk heeft. Tegelijkertijd voedt dit systeem de huidige ‘individuele’ inrichting van ons systeem van publiekrecht, waarin het lastig is voor belangenorganisaties of groepen burgers met versnipperde of kwetsbare belangen structurele problemen aan de orde te stellen of betrokken te zijn bij het opstellen van nieuw beleid. Het Nederlandse bestuursrecht kent weinig tot geen participatierechten bij beleidsvorming en laat primair individuele burgers toe tot procedures waarin individuele uitvoeringsbesluiten aan de orde zijn. Men kan zich bijvoorbeeld afvragen of de toeslagenaffaire niet beter of sneller was opgelost door al eerder belangenorganisaties te betrekken en zo de achterliggende wetgeving en het beleid systematisch aan een kritische toets te onderwerpen. Burgers blijven zo al snel aan de ontvangende kant van een ‘helpende’ overheid staan, die zich volledig in het individuele geval verdiept en hopelijk tot een oplossing voor de burger komt, terwijl de kloof tussen democratische input en beleid steeds groter wordt.

**26** L.F.M. Besselink, ‘De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire’, *Nederlands Juristenblad*, 2021/201.

**27** Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak, 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:137.

**28** Esser & Becker, p. 254-255.

**29** Esser & Becker, p. 255.

Het benoemen van deze risico's betekent uiteraard niet dat we ons krampachtig moeten vasthouden aan de autonome rechtsorde. De toeslagenaffaire, maar ook andere schrijnende toestanden (zoals burgers die wegens het niet voldoen aan de APK-plicht in gijzeling worden genomen, ondanks dat de auto niet langer in hun bezit is door beslaglegging van de fiscus)<sup>30</sup> hebben voldoende laten zien waarom een systeem zonder menselijke maat niet vol te houden is. Wel vereist de invulling van een responsieve rechtsstaat dat men voldoende doordenkt welke randvoorwaarden en rechtswaARBorgen daarvoor vereist zijn. Dat betreft een flink aantal praktische voorwaarden, zoals voldoende financiële middelen, ruimte én normering van professionaliteit onder ambtenaren en ICT-kwaliteit.<sup>31</sup> Op een meer fundamenteel niveau vereist de responsieve rechtsstaat echter vooral een zorgvuldige doordenking van de institutionele verantwoordelijkheid voor het uiteindelijk gevoerde beleid en de individuele uitvoeringsbeslissingen die daaruit voortvloeien.<sup>32</sup> Daarbij dient het Nederlandse bestuursrecht niet uit het oog te verliezen dat responsiviteit niet alleen maatwerk, maar primair een open blik richting de samenleving als geheel vereist. Responsiviteit op wetgevingsniveau vereist het opstellen van duidelijke beleidsdoelstellingen, die te herleiden zijn tot een transparante en democratische afweging van de achterliggende algemene belangen, waarbij voldoende ruimte is voor participatie en inbreng vanuit de samenleving. De verwachtingen richting de uitvoering die daaruit volgen, moeten haalbaar zijn en voldoende aanknopingspunten geven om in het individuele geval te kunnen beslissen. Dat betekent niet dat er geen ruimte voor maatwerk moet zijn, of dat die wetten vervolgens strikt wetmatig moeten worden uitgevoerd. In tegendeel: de afweging van het algemeen belang functioneert als 'geest van de wet', die uiteindelijk betekenis moet krijgen in de uitvoering in individuele beslissingen.

### **De responsieve rechtsstaat en de christendemocratie**

Hoewel responsiviteit en maatwerk momenteel volop in de belangstelling staan, voelen zij vanuit christendemocratisch perspectief helemaal niet 'nieuw' aan. Wie naar de kernwaarden van het CDA kijkt, ziet daarin eigenlijk al veel terugkomen van de huidige discussie, omdat zij als vanzelfsprekend naar een overheid leiden die uitwerking geeft aan het ideaal van sociale rechtvaardigheid. Waar 'solidariteit' een duidelijke taakstelling tot actieve dienstbaarheid oplevert, geeft het uitgangspunt van gespreide

**30** Zie de casus in Rechtbank Noord-Holland 27 september 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:934.

**31** Schuurmans, Leijten & Esser, p. 32-39.

**32** Ibid., p. 20.

verantwoordelijkheid duidelijk aan dat de overheid daarbij de samenleving moet vertrouwen en niet met een overdaad aan regels moet ‘verstikken’. Binnen het uitgangspunt van publieke gerechtigheid komt bovendien een expliciete link tussen het rechtsstaatsbegrip en sociale rechtvaardigheid tot uiting.<sup>33</sup> Publieke gerechtigheid vereist enerzijds dat de overheid, in opdracht van ons allemaal, de bestaansvoorwaarden voor ons leven garandeert. Daarbij moet de overheid expliciet oog hebben voor de verschillen die tussen burgers onderling kunnen bestaan en opkomen voor kwetsbare burgers en belangen. Niet voor niets karakteriseert Omtzigt de publieke rechtvaardigheid die centraal moet staan in onze samenleving in navolging van Thomas van Aquino als het toekennen van ‘ieder het zijne’, waarin expliciet aandacht is voor de individuele behoefte.<sup>34</sup> Anderzijds geeft die opdracht de overheid dusdanig veel macht, dat de instituties van de rechtsstaat noodzakelijk zijn om die overheid in toom te houden en ter verantwoording te kunnen roepen. Het ‘nieuwe sociaal contract’ dat Omtzigt voorstaat,<sup>35</sup> en momenteel binnen het CDA breed wordt omarmd, sluit daarom goed aan bij de ontwikkelingen binnen het bestuursrecht, omdat dit primair voor een vernieuwde relatie tussen overheid en bestuur staat. In het CDA-verkiezingsprogramma voor de Tweede Kamerverkiezingen van 2021 vertaalde dit zich door in zeer concrete ‘responsieve’ voorstellen: een dienstbare overheid die in begrijpelijke taal communiceert, één loket voor kwetsbare burgers en verhoogde rechtsbescherming bij het gebruik van algoritmes.<sup>36</sup>

Tegelijkertijd biedt de christendemocratie goede aanknopingspunten voor het doordenken van de institutionele verdeling van verantwoordelijkheid binnen een responsieve rechtsorde. Sociale rechtvaardigheid kan binnen het christendemocratische verhaal ook nooit leiden tot een almachtige of bevoogdende overheid die zich diep in het leven van elke burger mengt en zelf de billijkheid van uitkomsten bepaalt. Publieke gerechtigheid functioneert binnen de christendemocratie daarom vooral als richtsnoer, dat nadere invulling behoeft.<sup>37</sup> Die invulling gebeurt over de band van de andere uitgangspunten. Solidariteit, en de daaruit vloeiende sociale voorzieningen, vormt een kernwaarde, maar kan alleen in de wederkerige relatie en

**33** CDA, *Program van Uitgangspunten CDA*, Den Haag: CDA, 1989, p. 5-6.

**34** P.H. Omtzigt, *Een nieuw sociaal contract*, Amsterdam: Prometheus, 2021, p. 183.

**35** Ik sluit mij overigens aan bij de opmerking van Jan Dirk Snel dat de term ‘sociaal contract’ zelf ongelukkig is gekozen, nu zij meer over de verticale relatie staat-burger lijkt te gaan, dan de vraag hoe burgers zich op een meer fundamenteel en politiek-filosofisch niveau horizontaal tot elkaar verhouden, in ‘De sociale rechtsstaat handhaven – Pieter Omtzigt en zijn ‘sociaal contract’, via [jandirksnel.wordpress.com](http://jandirksnel.wordpress.com), 9 maart 2021.

**36** CDA, *Nu Doorpakken*, CDA Verkiezingsprogramma 2021-2025, 2021, p. 82.

**37** Van Bijsterveld, p. 59.

bijbehorende verantwoordelijkheid van de mens tot de samenleving én toekomstige generaties tot zijn recht komen. Regels of bureaucratie mogen er nooit toe leiden dat een burger niet krijgt wat hij nodig heeft, maar tegelijkertijd erkent de christendemocratie ook dat waar de burger ‘recht’ op heeft altijd in een afweging van het algemeen belang moet staan, en dat de invulling daarvan een constant publieke dialoog vereist. Die afweging moet daarom in algemene zin plaatsvinden op het niveau van de wetgever, om vervolgens zijn individuele uitwerking te vinden op het niveau van de uitvoering. In het CDA-verkiezingsprogramma is dan ook expliciet aandacht voor de randvoorwaarden van een responsieve rechtsorde: zowel het versterken van de kwaliteit van wetgeving en controle door het parlement als het investeren in uitvoeringsorganisaties, door onder andere de doorlooptijd van topambtenaren te beperken en bestaand en nieuw beleid intensiever op uitvoerbaarheid te controleren.<sup>38</sup>

De christendemocratie heeft dus goede papieren voor de invulling van een responsief overheidsbestuur. Tegelijkertijd ziet wie naar het optreden van het CDA kijkt, ook een aantal valkuilen. Enerzijds heeft het CDA in de afgelopen jaren flink ingezet op de aanpak van ondermijnende georganiseerde misdaad en antidemocratische groepen in de samenleving. Het hanteert daarbij vaak een soort rechtsstaatbegrip dat staat voor een overheid die strikt de wet handhaaft.<sup>39</sup> Het garanderen van de grenzen van de rechtsstaat is (hoewel onderwerp voor een andere bijdrage) uiteraard een belangrijke voorwaarde voor de responsieve rechtsorde. Tegelijkertijd heeft deze rechtsstaatoopvatting wel de neiging om ook door te lekken naar andere vraagstukken. Wie het CDA-standpunt over fraude opzoekt, ziet bijvoorbeeld stevige taal: ‘Uitkeringsfraude (...) is onverteerbaar voor alle mensen die zich wel aan de regels houden (...) [en] is diefstal van de gemeenschap. Het kabinet vindt het van belang dat uitvoerders (...) gebruik maken van de mogelijkheden tot het delen (...) van data’.<sup>40</sup> We zien hier niets over de keerzijden van onverbiddelijk streng optreden, en het is precies deze instelling die uiteindelijk de voedingsbodem voor de toeslagenaffaire bleek te zijn.

Anderzijds lijkt ook het CDA momenteel mee te gaan in de focus op maatwerk in de uitvoering en rechtspraak als oplossing voor de kafkaëske uitwassen van de autonome bureaucratie, en lijkt het daarbij soms de noodzaak van het maken van soms moeilijke afwegingen op wetgevingsniveau op de

<sup>38</sup> CDA, *Nu Doorpakken*, CDA Verkiezingsprogramma 2021-2025, 2021, p. 80-81.

<sup>39</sup> Zie over die rechtsstaatoopvatting E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De rechtsstaat: wachten op een nieuwe dageraad?’, *Nederlands Juristenblad*, 2011/29.

<sup>40</sup> Zie <https://www.cda.nl/standpunten/fraude>, geraadpleegd op 3 mei 2021.

tweede plaats te stellen. De huidige toon in de Tweede Kamer lijkt te zijn gezet door het eindverslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, onder leiding van CDA-Tweede Kamerlid Van Dam, waarin met name de uitvoering en de rechter er flink van langs krijgen.<sup>41</sup> Ook het CDA onderschreef daarom allerlei moties die toch vooral oproepen voor meer ruimte en maatwerk bij de uitvoering en mogelijkheden voor de rechter om problemen uit onbillijke wetgeving op te lossen.<sup>42</sup> Opvallend is ook dat Omtzigt, in zijn tien voorstellen voor een nieuw sociaal contract op nummer één de introductie van een constitutioneel hof zet, zodat burgers meer bescherming hebben tegen wetten die hun grondrechten schermen, maar pas op nummer drie het belang van een volksvertegenwoordiging die haar kerntaken serieus neemt.<sup>43</sup>

## Conclusie

In de afgelopen jaren zijn de gevolgen van een bureaucratistische overheid, die strikt op rechtmatigheid wetten uitvoert, pijnlijk duidelijk geworden. De kinderopvangtoeslagaffaire was vanuit dat perspectief zeker geen incident, maar symptoom van een onwerkbaar geworden systeem, en functioneerde zo als de druppel die de emmer deed overlopen. In het politieke en wetenschappelijke debat over de rol van het (bestuurs)recht in het normeren van overheidsbestuur wordt de oplossing momenteel vooral gezocht in het begrip ‘responsiviteit’, dat in Nederland een specifieke invulling krijgt in het begrip ‘maatwerk’. Bezien vanuit de christendemocratie is deze ontwikkeling tegelijkertijd helemaal niet zo nieuw, omdat responsiviteit over de band van het idee van de sociale rechtsstaat altijd al in het DNA van de christendemocratie stond geschreven. Het begrip publieke gerechtigheid, zoals ingevuld door de andere kernbeginselen, vereist altijd dat de overheid zich enerzijds gebonden weet door het recht, maar anderzijds dat zij dat recht actief inzet om vorm te geven aan het leven van burgers in de samenleving.

Binnen het CDA krijgt de wens naar een responsieve overheid daarom momenteel volop vorm: van concrete voorstellen voor een dienstbare overheid

<sup>41</sup> Strikt genomen viel de rol van het Parlement ook buiten de onderzoeksopdracht, maar Zijlstra merkt terecht op dat dit de Commissie niet van weerhield wel de rechter te bekritisieren, S.E. Zijlstra, ‘Lessen uit de toeslagenaffaire’, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuurskunde*, 2021/60, p. 127.

<sup>42</sup> Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2020/21*, 28 362, nr. 52 (meer discretionaire ruimte in wetgeving), *Kamerstukken II 2020/21*, 35 510, nr. 15 (rechter moet evenredigheidsbeginsel toepassen, ook bij bindende wetgeving), *Kamerstukken II 2020/21*, 28 362, nr. 47 (afschaffen toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet).

<sup>43</sup> Omtzigt, p. 187-193.

.....

in het verkiezingsprogramma tot de wens naar een 'nieuw sociaal contract', zoals Pieter Omtzigt bepleit. Dat zijn goede voorstellen, die hopelijk in de komende jaren concrete uitwerking verkrijgen. Tegelijkertijd kent een grote focus op maatwerk ook risico's, en dient ook het CDA daarom aandacht te houden voor de valkuilen die het huidige debat met zich meebrengt. Een responsieve overheid krijgt uiteindelijk pas echt vorm als ruimte en maatwerk in de uitvoering en bij de rechter geworteld zijn in een responsieve afweging van het algemeen belang, waarbij de samenleving voldoende betrokken wordt en moeilijke keuzes niet geschuwd worden op wetgevingsniveau.







# Christendemocratie en de digitale rechtsstaat

**Geurt Henk Spruyt**

## Macht en tegenmacht

Opeens is het een veelgebruikt begrip geworden in politiek Den Haag: ‘macht en tegenmacht’. Het is zo goed als zeker dat dit begrip een belangrijke rol gaat spelen in de onderhandelingen voor een nieuw kabinet, in de tekst van een nog te sluiten regeerakkoord en in de pogingen om een nieuwe bestuurscultuur te creëren. Het begrip ‘macht en tegenmacht’ wordt vooral gebruikt voor de relatie van de regering tot het parlement. Door het optreden van met name Kamerlid Pieter Omtzigt in de kinderopvangtoeslagaffaire is duidelijk geworden dat het kabinet meerdere malen informatie achterhield voor de Tweede Kamer. Uiteindelijk heeft de kinderopvangtoeslagaffaire geleid tot het aftreden van het kabinet Rutte-III. Ook trok het optreden van Omtzigt breed de aandacht omdat hij – tot voor kort als lid van een regeringspartij – het kabinet kritisch heeft bevraagd ten aanzien van de Belastingdienst en daarmee de moed had om dualistisch te opereren. Toch moet het begrip ‘macht en tegenmacht’ niet alleen gebruikt worden voor de relatie van de regering tot het parlement. Macht en tegenmacht zijn ook relevant als het gaat om de digitale rechtsstaat. De grote invloed van Big Tech-bedrijven, het steeds intensievere gebruik van artificiële intelligentie (AI) en de enorme hoeveelheden data die overheidsorganen verzamelen, vragen eveneens om macht en tegenmacht.

In dit essay wil ik de contouren schetsen van een christendemocratische visie op de digitale rechtsstaat. Deze contouren schets ik aan de hand van de vier kernwaarden van het CDA, namelijk publieke gerechtigheid, solidariteit, gespreide verantwoordelijkheid en rentmeesterschap.<sup>1</sup> Bij elke kernwaarde geef ik aan hoe deze onder druk staat en formuleer ik oplossingsrichtingen

<sup>1</sup> Daarbij voortbouwend op eerder verschenen publicaties van het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, in het bijzonder R. Havelaar & P.H.J. Dijkman, *Mens-zijn in de digitale samenleving. Perspectief op technologisch burgerschap*, Den Haag: Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, 2019; P.H.J. Dijkman, V. Frissen & J. Prij (red.), *Biopolitiek: de macht van Big Data, Christen Democratische Verkenningen*, Amsterdam: Uitgeverij Boom, herfst 2014.

die ervoor kunnen zorgen dat deze kernwaarde een positieve bijdrage kan leveren aan het functioneren van de digitale rechtsstaat. Dit essay begin ik met een probleemanalyse, namelijk hoe Big Data en AI de positie van de regering binnen de trias politica zowel versterken als verzwakken en ook een bedreiging vormen voor het recht op privacy.

### **Big Data en artificiële intelligentie: verzwakking én versterking van de overheidsmacht**

Volgens Klaus Schwab, econoom en oprichter van het World Economic Forum, beleven we op dit moment een ‘Vierde Industriële Revolutie’.<sup>2</sup> De huidige trend van automatisering en data-uitwisseling in (productie)processen van bedrijven en overheden heeft al grote gevolgen gehad voor ons dagelijks leven, maar de ontwikkelingen staan niet stil en zullen nog grotere gevolgen hebben. In het bijzonder valt daarbij te denken aan Big Data: grote sets van (persoons) gegevens die worden verzameld, bewaard en onderling uitgewisseld door bedrijven en overheden. Het doel hiervan is om deze grote sets van (persoons) gegevens te analyseren ten behoeve van bijvoorbeeld wetenschappelijk onderzoek, besluitvorming, handhaving of marketing. Steeds vaker maken techbedrijven en overheden daarbij gebruik van AI: systemen die intelligent gedrag vertonen door hun omgeving te analyseren en actie ondernemen om, met een bepaald niveau van autonomie, specifieke doelen te behalen.<sup>3</sup> Het Netwerk Mediawijsheid omschrijft AI als algoritmes (wiskundige formules) die op basis van gegevens of signalen uit de omgeving zelfstandig beslissingen kunnen nemen én daarvan kunnen leren.<sup>4</sup>

Met name Big Tech-bedrijven beschikken over grote hoeveelheden data, financiële middelen en marktmacht waardoor zij met hun diepgaande technologische *knowhow* AI kunnen toepassen. Bovendien geldt bij de ontwikkeling van AI dat het bedrijf dat de meeste data en middelen heeft, de beste AI kan ontwikkelen, en daardoor kan een bedrijf zijn positie op de markt verder versterken.<sup>5</sup> De macht van techbedrijven zoals Facebook en Google is groot. Dit brengt voordelen met zich mee – zeker tijdens de coronapandemie – maar heeft ook nadelen. Steeds meer raken we ons ervan bewust hoeveel

2 R. Passchier, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat - Over verschuivende overheidsmacht, Big Tech en de noodzaak van constitutioneel onderhoud*, Den Haag: Boom juridisch, 2021, p. 9.

3 Ibid., p. 28. Zie ook: R. Fransen, ‘Kunstmatige intelligentie voor beginners’, *Groen*, 2021, 5, 1, p. 6-11.

4 Mediawijsheid, ‘Wat is het verschil tussen een algoritme en kunstmatige intelligentie?’ Zie Wat is het verschil tussen een algoritme en kunstmatige intelligentie? (mediawijsheid.nl).

5 Passchier, p. 14-15.

privacy we opgeven door gebruik te maken van de diensten van Big Tech-bedrijven. Ook realiseren we ons dat we door algoritmes in onze eigen ‘bubbel’ leven. Pogingen om deze macht te doorbreken door middel van strengere privacywetgeving en boetes vanwege schending van mededingingsregels hebben voornamelijk te weinig effect gehad. Passchier, docent staatsrecht aan de Universiteit Leiden en aan de Open Universiteit, waarschuwt voor het gevaar van ‘digitaal feodalisme’, een systeem waarin Big Tech-bedrijven in staat zijn om gebruikers hun regelorde op te leggen, zonder dat deze techbedrijven desgewenst gecorrigeerd kunnen worden door wetgeving, op nationaal of Europees niveau.<sup>6</sup>

‘Macht en tegenmacht’: de grote invloedssfeer en macht van Big Tech-bedrijven verzwakt de positie van de regering op nationaal niveau. Dit vraagt om een antwoord, omdat Big Tech-bedrijven niet buiten overheidsregulering mogen vallen, temeer daar het handelen van techbedrijven een bedreiging vormt voor de rechten van burgers, in het bijzonder hun recht op privacy. Anderzijds heeft de gebruikmaking van Big Data en de toenemende toepassing van AI door de overheid haar positie óók verder versterkt. Nederlandse overheidsorganen maken gebruik van Big Data en AI. Zo worden de beschikkingen van de Belastingdienst, het UWV en DUO genomen met behulp van algoritmes.<sup>7</sup> Hierbij wordt vooral gebruikgemaakt van voorgeprogrammeerde, ‘rule-based’ algoritmes, maar in toenemende mate ook van ‘case-based’ algoritmes, algoritmes die leren van de eerdere zaken die zij hebben verwerkt, met name om risico’s vroegtijdig te signaleren.<sup>8</sup> De overheidsmacht is dus sterker geworden, maar dit kan nadelige gevolgen hebben voor burgers. Onderzoeksinstanties als het Rathenau Instituut en de Algemene Rekenkamer waarschuwen ervoor dat door de nieuwe golf van digitalisering, waar AI onderdeel van uitmaakt, belangrijke publieke waarden zoals gelijke behandeling, privacy, autonomie en menselijke waardigheid onder druk komen te staan.<sup>9</sup> Ook leidt de sterkere overheidsmacht tot een disbalans binnen de trias politica. De controlerende macht en de rechtsprekende macht blijken ver achter bij de overheid als uitvoerende macht als het gaat

<sup>6</sup> Ibid., p. 23.

<sup>7</sup> J. Goossens, E.M.H. Hirsch Ballin & E. van Vugt, *Algoritmische beslisregels en geautomatiseerde feitenvaststelling: gevolgen voor de fundamentele uitgangspunten van het Nederlandse constitutionele recht*, Preadvies Staatsrechtconferentie, 2020, p. 4; Passchier, p. 47.

<sup>8</sup> Passchier, p. 48.

<sup>9</sup> L. Kool e.a., *Opwaarderen – Borgen van publieke waarden in de digitale samenleving*, Den Haag: Rathenau Instituut, 2017, p. 8-9; Algemene Rekenkamer, *Aandacht voor algoritmes*, Den Haag: Algemene Rekenkamer, 2021, p. 11.

om de toepassing van digitale technologieën, waaronder AI.<sup>10</sup> Wat kan het christendemocratische antwoord op deze ontwikkelingen zijn?

### Christendemocratische visie op de digitale rechtsstaat

Een christendemocratische visie op de digitale rechtsstaat begint vanuit de visie op de mens als een creatief wezen. ‘Als creatief wezen heeft de mens te maken met een cultuuropdracht: de schepping bebouwen en bewaren’, stellen Havelaar en Dijkman. ‘De mens is niet eigenhandig in staat om alle problemen in de wereld op te lossen, maar kan de aarde wel bewerken en proberen het goede te bewerkstelligen.’<sup>11</sup> Aan de hand van de kernwaarden van het CDA, namelijk publieke gerechtigheid, solidariteit, gespreide verantwoordelijkheid en rentmeesterschap, geef ik bij elke kernwaarde aan hoe deze ten aanzien van de digitale rechtsstaat onder druk staat. Daarnaast wil ik – geredeneerd vanuit deze kernwaarden – oplossingsrichtingen formuleren voor het adequaat functioneren van de digitale rechtsstaat.

#### Publieke gerechtigheid

De term ‘publieke gerechtigheid’ houdt in dat de overheid in haar wetten en beleid het recht handhaaft, rechtvaardig regeert en daarin met name de positie van sociaaleconomisch zwakkeren beschermt.<sup>12</sup> Hierdoor worden mensen en hun maatschappelijke verbanden, zoals vrijwilligersinstellingen, onderwijsorganisaties, vakbeweging of consumentenbond, in staat gesteld om een bijdrage te leveren aan het algemeen belang van de samenleving.<sup>13</sup> In de christendemocratische visie zijn maatschappelijke verbanden van mensen dus zelfstandig, maar niet autonoom. Wanneer de publieke gerechtigheid in het geding is, heeft de overheid als taak om op te treden. Big Tech-bedrijven lijken op steeds meer domeinen op een ‘*state-like-power*’, die net als overheden in staat zijn om ‘het maatschappelijke leven en het individuele gedrag van burgers *eenzijdig* en *dwingend* te sturen’.<sup>14</sup> Wanneer overheden niet meer in staat zijn om Big Tech-bedrijven te reguleren om te voldoen aan wet- en regelgeving, wordt de notie van publieke gerechtigheid bedreigd. Zowel op nationaal als op

<sup>10</sup> Passchier, p. 49.

<sup>11</sup> Havelaar & Dijkman, p. 39.

<sup>12</sup> H.E.S. Woldring, *De christen-democratie – Een kritisch onderzoek naar haar politieke filosofie*, Utrecht: Het Spectrum, 1996, p. 29.

<sup>13</sup> M. Neuteboom, ‘De staatsgemeenschap als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van overheid en samenleving’, in: P.H.J. Dijkman e.a., *Gemeene gratie – Wat de christendemocratie voor Nederland kan betekenen*, Amsterdam: Van Gennep, 2015, p. 87.

<sup>14</sup> Passchier, p. 22.

Europees niveau slaagt de uitvoerende macht er niet in om de macht van Big Tech-bedrijven te beknotten.

De Europese Commissie heeft Google inmiddels een drietal boetes van bij elkaar 8 miljard euro (!) opgelegd voor misbruik van haar machtspositie. Maar omdat Google een torenhoge omzet heeft van 119 miljard euro en bijvoorbeeld in 2018 een winst van 27 miljard euro maakte, doet dit het bedrijf weinig. Om het misbruik van de machtspositie door Big Tech-bedrijven aan te pakken, verdient de handelswijze van de Duitse toezichthouder op mededinging (*Bundeskartellamt*) navolging. Het *Bundeskartellamt* betreft bij het beoordelen van een mogelijk misbruik van een economische machtspositie ook de regels voor de bescherming van persoonsgegevens. Het *Bundeskartellamt* oordeelde ten aanzien van Facebook dat zij data van gebruikers van de eigen websites verzamelt (inclusief Whatsapp en Instagram), maar ook de website van derden die veelal gebruikmaken van een Facebook-‘like’-knop, zonder dat Facebook hiervoor toestemming vraagt of een opt-out aanbiedt.<sup>15</sup> Facebook moet deze handelswijze beëindigen. Tevens mag Facebook niet meer persoonsgegevens gebruiken die verkregen zijn via Whatsapp of Instagram, ook al behoren deze drie diensten tot dezelfde onderneming. Het juridische gevecht over dit besluit van de Duitse toezichthouder op mededinging is nog gaande, maar de lijn verdient navolging omdat deze benadering recht doet aan het feit dat Big Tech-bedrijven juist door het grootschalig verzamelen van persoonsgegevens een enorme machtspositie hebben kunnen opbouwen. Ook is het onwenselijk dat Facebook, Instagram of Whatsapp onderling de persoonsgegevens van gebruikers kunnen uitwisselen.

De beteugeling van de macht van Big Tech-bedrijven mag niet alleen leiden tot een versterking van de positie van de uitvoerende macht ten opzichte van techbedrijven. Vanuit het begrip ‘publieke gerechtigheid’ moet de overheid niet alleen andere maatschappelijke verbanden, waaronder bedrijven, normeren naar het recht, maar moet ook haar eigen handelen voldoen aan de eisen die aan een rechtsstaat gesteld mogen worden. Ook de uitvoerende macht zelf moet zich bij gebruikmaking van Big Data en de toepassing van AI houden aan mensenrechten en zorgen voor voldoende tegenmacht. Inmiddels is het beeld ontstaan van een ‘data-slurpende’ overheid. Juist tegenmachten als het parlement, de rechtspraak en de Autoriteit Persoonsgegevens kunnen de tendens om eindeloze hoeveelheden (persoons)gegevens bij burgers op te

---

**15** S. van der Heul, ‘Duitse Kartelwaakhond “ontvriendt” Facebook’, zie <https://www.dirkzwager.nl/kennis/artikelen/duitse-kartelwaakhond-ontvriendt-facebook/>) en J. Toornstra, ‘Mededinging & Data’, zie <https://www.considerati.com/nl/kennisbank/mededinging-en-data.html>

vragen en te gebruiken kritisch beoordelen en waar nodig een halt toeroepen. De mogelijkheden om data te verzamelen en te analyseren worden versterkt door talloze samenwerkingsverbanden waarin overheidsorganen onderling (persoons)gegevens uitwisselen.<sup>16</sup> De kansen hiervan voor toezicht, handhaving en fraude- en criminaliteitsbestrijding zijn groot, de nadelen voor burgers evenzeer. Kritisch moet beoordeeld en afgewogen worden welke (persoons) gegevens overheidsorganisaties mogen verzamelen, voor welke doelen en van welke burgers.

### **Solidariteit**

Solidariteit staat voor de onderlinge verbondenheid tussen mensen, de betrokkenheid tussen generaties en arm en rijk en de opdracht voor de overheid om te zorgen voor sociale zekerheid. Maar juist het gebruik van algoritmes en AI, kan deze onderlinge verbondenheid tussen burgers ondermijnen. Volgens Lokke Moerel, hoogleraar ICT en Recht aan Tilburg University, bestaat er een vergroot risico op discriminatie. ‘Het probleem is dat je gegevens uit het verleden in het algoritme stopt. Maar vaak zit er in die data al een vooringenomenheid.’<sup>17</sup> Zij verduidelijkt dit aan de hand van een voorbeeld: ‘Als bijvoorbeeld een politieagent bewust of onbewust mensen uit een bepaalde bevolkingsgroep vaker staande houdt, komen hun kenmerken vaker voor in de politiestatistieken. En zo wordt een bepaalde groep buitensporig vaak gecontroleerd maar kunnen criminelen met andere kenmerken onopgemerkt blijven.’ Een ander voorbeeld betreft de Belastingdienst. In het geautomatiseerde risicoselectiesysteem dat bepaalt welke toeslaaanvragen extra controle behoeven, was het hebben van een dubbele nationaliteit één van de selectiecriteria. Hierdoor liepen aanvragers van een toeslag met een tweede nationaliteit meer kans dat hun aanvraag door het algoritme geselecteerd zou worden voor een extra controle.<sup>18</sup> Privacy-experts waren, naar aanleiding van de resultaten van een door NOS gedaan onderzoek, verbaasd over de omvang van het gebruik van algoritmes door overheidsorganen.<sup>19</sup>

**16** Zie het voorstel tot een Wet gegevensverwerking samenwerkingsverbanden, waarin een wettelijke basis wordt gelegd voor gegevensverwerking binnen bepaalde samenwerkingsverbanden van verschillende overheidsorganen.

**17** J. Schellevis & W. de Jong, ‘Overheid gebruikt op grote schaal voorspellende algoritmes, “risico op discriminatie”’, zie <https://nos.nl/artikel/2286848-overheid-gebruikt-op-grote-schaal-voorspellende-algoritmes-risico-op-discriminatie>. Ontleend aan: Passchier, p. 12.

**18** Y. Hofs, ‘Belastingdienst schuldig aan structurele discriminatie van mensen die toeslagen ontvingen’, *De Volkskrant*, 17 juli 2020. Zie ook het essay van Bas Bots in deze bundel.

**19** J. Schellevis & W. de Jong.



Het gebruik van algoritmes door bedrijven en overheden, hoe legitiem dit op zichzelf kan zijn, heeft het risico in zich dat het algoritme of de data die gebruikt worden voor het algoritme, vooroordelen bevat die tot discriminatie kunnen leiden.<sup>20</sup> Ook hier geldt dat de uitvoerende macht tegenmacht behoeft en dat het zich dient te houden aan de regels van het recht. In een baanbrekende uitspraak heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State tegenwicht geboden aan de uitvoerende macht en geoordeeld dat wanneer bestuursorganen gebruikmaken van algoritmes zij verplicht zijn om de ‘gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar te maken op een passende wijze zodat deze keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn’ en daarmee reële rechtsbescherming mogelijk zou worden.<sup>21</sup> Nu dat in de betreffende zaak niet was gebeurd, was de bestreden vergunning naar het oordeel van de rechter onvoldoende gemotiveerd. Overigens zou er veel voor te zeggen zijn dat een Big Tech-bedrijf in beginsel op eenzelfde wijze transparant zou moeten zijn ten aanzien van het gebruik van algoritmes. Ook een Big Tech-bedrijf moet kunnen aantonen dat de wijze waarop zij een algoritme inricht, niet leidt tot aantasting van fundamentele burgerrechten.<sup>22</sup> De gemeente Amsterdam heeft zichzelf beperkingen opgelegd, door van de leveranciers van digitale systemen transparantie te verlangen ten aanzien van de gebruikte gegevens, de gemaakte keuzes en aannames. In navolging van Passchier zou ik ervoor willen pleiten dat dit voorbeeld landelijke navolging zou moeten verdienen door andere bestuursorganen.<sup>23</sup> In ruil voor de levering van een digitaal systeem, moet de leverancier bereid zijn aan burgers informatie over te leggen over het systeem, de inrichting ervan en welke (persoons)gegevens verwerkt worden. Deze transparantie ten aanzien van algoritmes en het gebruik ervan door bestuursorganen kan discriminatie voorkomen, waardoor de onderlinge verbondenheid tussen mensen of groepen van mensen niet onder druk komt te staan.

### **Gespreide verantwoordelijkheid**

‘Gespreide verantwoordelijkheid’ betekent dat verantwoordelijkheden daar worden neergelegd waar ze het beste gedragen kunnen worden. Het is daarmee

<sup>20</sup> Zie onder andere: Algemene Rekenkamer, *Aandacht voor algoritmes*, Den Haag: Algemene Rekenkamer, 2021, p. 11.

<sup>21</sup> Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak, 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.3 en 14.4.

<sup>22</sup> Zie ook: Waag, ‘Het Digitale Stembusakkoord’, zie <https://waag.org/sites/waag/files/2021-03/Stembusakkoord%20V6.pdf>

<sup>23</sup> Passchier, p. 110.

een appèl aan burgers om zelf hun verantwoordelijkheid te nemen voor hun persoonlijke leven en de *civil society*, alsook een dringend appèl op de overheid om ruimte te geven aan mensen en groepen mensen, aan organisaties en instellingen.<sup>24</sup> Deze kernwaarde is verwant met het subsidiariteitsbeginsel, wat inhoudt dat hogere instanties niet iets moeten doen wat door lagere instanties kan worden afgehandeld. Het beginsel van gespreide verantwoordelijkheid staat in zoverre onder druk dat burgers machteloos staan tegenover de grote en invloedrijke Big Tech-bedrijven en een data-slurpende overheid. Daarbij komt dat techbedrijven en bestuursorganen een grote kennisvoorsprong hebben ten opzichte van burgers, dat versterkt wordt door hun klassieke gezag (overheid) of hun monopoliepositie (Big Tech-bedrijven).

Burgers hebben zelf de verantwoordelijkheid om hun persoonlijke leven vorm te geven, dus ook hun digitale persoonlijke leven. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan de digitale diensten waar zij gebruik van maken. Nog veel te vaak hoor je: ‘Ik heb niets te verbergen!’ Slechts 32% van de Nederlanders maakt zich (zeer) veel zorgen over de bescherming van zijn of haar persoonsgegevens.<sup>25</sup> De Nederlandse burger kan zelf kritischer zijn ten aanzien van het gebruik van apps of websites of de eigen verantwoordelijkheid nemen door gebruik te maken van de juiste privacy-instellingen. Het is veelzeggend dat een privacyvriendelijke zoekmachine als DuckDuckGo in Nederland een marktaandeel heeft van slechts 1 procent.

De burger mag dus aangesproken worden op zijn eigen verantwoordelijkheid voor persoonlijke privacy. Met de invoering van de Europese privacywet (Algemene verordening gegevensbescherming) per 25 mei 2018 hebben burgers bovendien meer privacyrechten gekregen en zijn er meer verplichtingen opgelegd aan bedrijven en overheidsinstanties om privacy te waarborgen. Dit heeft ertoe geleid dat burgers in Europa sterker staan tegenover bedrijven en overheden, meer grip hebben op hun persoonsgegevens en ook dat bedrijven en overheden meer aandacht besteden aan hun compliance met de Europese privacywet. Overigens benadrukt de Europese privacywet de eigen verantwoordelijkheid van een bedrijf of overheidsinstantie om hun processen zelf zo privacyvriendelijk mogelijk in te richten. Maar de pogingen om Big Tech-bedrijven te dwingen om te handelen conform de Europese privacywet, hebben voornamelijk weinig resultaat. Juist

**24** G.J. Buijs, ‘Gespreide verantwoordelijkheid: ruim baan voor bevoegdheid en kleinschaligheid’, in: S. van Bijsterveld e.a., *Waardevast – Over de uitgangspunten van het CDA*, Den Haag: Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, 2011, p. 15.

**25** Autoriteit Persoonsgegevens, ‘Nederland maakt zich zorgen over privacy’, zie resultaten\_enquete\_privacyzorgen\_jan\_2019.pdf (autoriteitpersoonsgegevens.nl).

ten aanzien van de Europese vestigingen van Big Tech-bedrijven doemt er een probleem op. Deze zijn vrijwel alle gevestigd in Ierland. Daarmee is de Ierse ‘privacywaakhond’ de belangrijkste toezichthouder, maar deze heeft sinds 25 mei 2018 slechts één boete opgelegd.<sup>26</sup> Om die reden verdient het voorstel van Frederik Zuiderveen Borgesius, hoogleraar ICT en Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen, navolging. Hij bepleit een privacywaakhond op centraal, Europees niveau die kan optreden wanneer de privacywet in grensoverschrijdende, complexe zaken wordt overtreden. Dit is niet strijdig met de waarde van ‘gespreide verantwoordelijkheid’, omdat deze taak het beste belegd kan worden op Europees niveau. Samenwerking en handhavend optreden op Europees niveau is nodig om ervoor te zorgen dat de rechten van burgers worden gewaarborgd en de macht van Big Tech-bedrijven wordt beteugeld.

### Rentmeesterschap

De notie van rentmeesterschap wordt meestal verbonden met zorg voor de aarde en financiële stabiliteit, maar kan ook ingevuld worden met de verantwoordelijkheid die bedrijven hebben om te zorgen voor een veilige, fatsoenlijke en betrouwbare *digital space*. Bij Big Tech-bedrijven kan gedacht worden aan de mogelijkheid van zelfregulering. Deze zelfregulering kan zich uitstrekken tot de waarborging van de privacyrechten van gebruikers en een privacyvriendelijke inrichting van de diensten en de daaraan verbonden gebruikersvoorwaarden. Tegelijkertijd blijft zelfregulering daartoe niet beperkt, gezien de grote impact van Big Tech-bedrijven en hun diensten op het politieke en maatschappelijke debat. Bedrijven als Facebook, Twitter en YouTube doen pogingen om schadelijke content te weren. Zo is Twitter harder gaan optreden tegenover nepnieuws en waarschuwt zij haar gebruikers voor onjuiste informatie.<sup>27</sup> De discussie over deze vormen van zelfregulering door Big Tech-bedrijven is nog gaande, en de wijze waarop deze zelfregulering vorm moet krijgen en tot hoever het moet gaan, moet zich nog uitkristalliseren. Vanuit christendemocratisch perspectief geeft de uitzonderlijke machtspositie van Big Tech-bedrijven ook grote verantwoordelijkheden, die deze bedrijven moeten waarmaken. De grote invloed van deze bedrijven op het maatschappelijke leven en het politieke debat, brengt met zich mee dat zij door de overheid

<sup>26</sup> F. Damen & R. Bouma, ‘De privacywet wordt amper gehandhaafd, is meer geld de oplossing?’, zie <https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2374135-de-privacywet-wordt-amper-gehandhaafd-is-meer-geld-de-oplossing>

<sup>27</sup> Zie bijv. F. Kruin, ‘Twitter plaatst factcheck bij tweets van Trump over briefstemmen’, *NRC Handelsblad*, 27 mei 2020.

of de Europese Unie aangesproken mogen worden op hun rol om publieke waarden, zoals privacy, vrijheid van meningsuiting en menselijke waardigheid te waarborgen.

De notie van rentmeesterschap heeft niet alleen het aspect van ‘beheren’ in zich, maar ook de gedachte van ‘doorgeven’ aan een nieuwe generatie. Een belangrijke rol is weggelegd voor het onderwijs om leerlingen ‘mediawijsheid’ mee te geven. Het is een illusie dat internet een open en veilige plaats is. Juist ook minderjarigen moeten meekrijgen hoe zij hun privacy kunnen beschermen. Deze mediawijsheid moet niet daartoe beperkt blijven, maar moet ook gaan over online omgangsvormen, het bewaken van je schermtijd en het bewustzijn van *fake news*.<sup>28</sup> Mediawijsheid kan ertoe bijdragen dat jongeren een kritische blik ontwikkelen ten opzichte van de inhoud van internet en digitale apps.

### Slot

In dit essay heb ik de contouren geschetst van een christendemocratische visie op de digitale rechtsstaat in het algemeen en op het recht van privacy in het bijzonder. ‘Macht en tegenmacht’: als het gaat om privacy en de bescherming van persoonsgegevens vloeit hieruit vanuit de kernwaarden van publieke gerechtigheid en solidariteit een tweeledige opdracht aan de overheid voort. Er is de opdracht om als overheid zelf de bevoegdheden om gegevens bij burgers en bedrijven op te vragen, te verwerken en te gebruiken – al dan niet met behulp van AI – kritisch tegen het licht te houden. Kernwoord is transparantie: het bieden van inzicht bij de inzet van algoritmes en digitale systemen op grond van helder afgebakende wettelijke bevoegdheden.

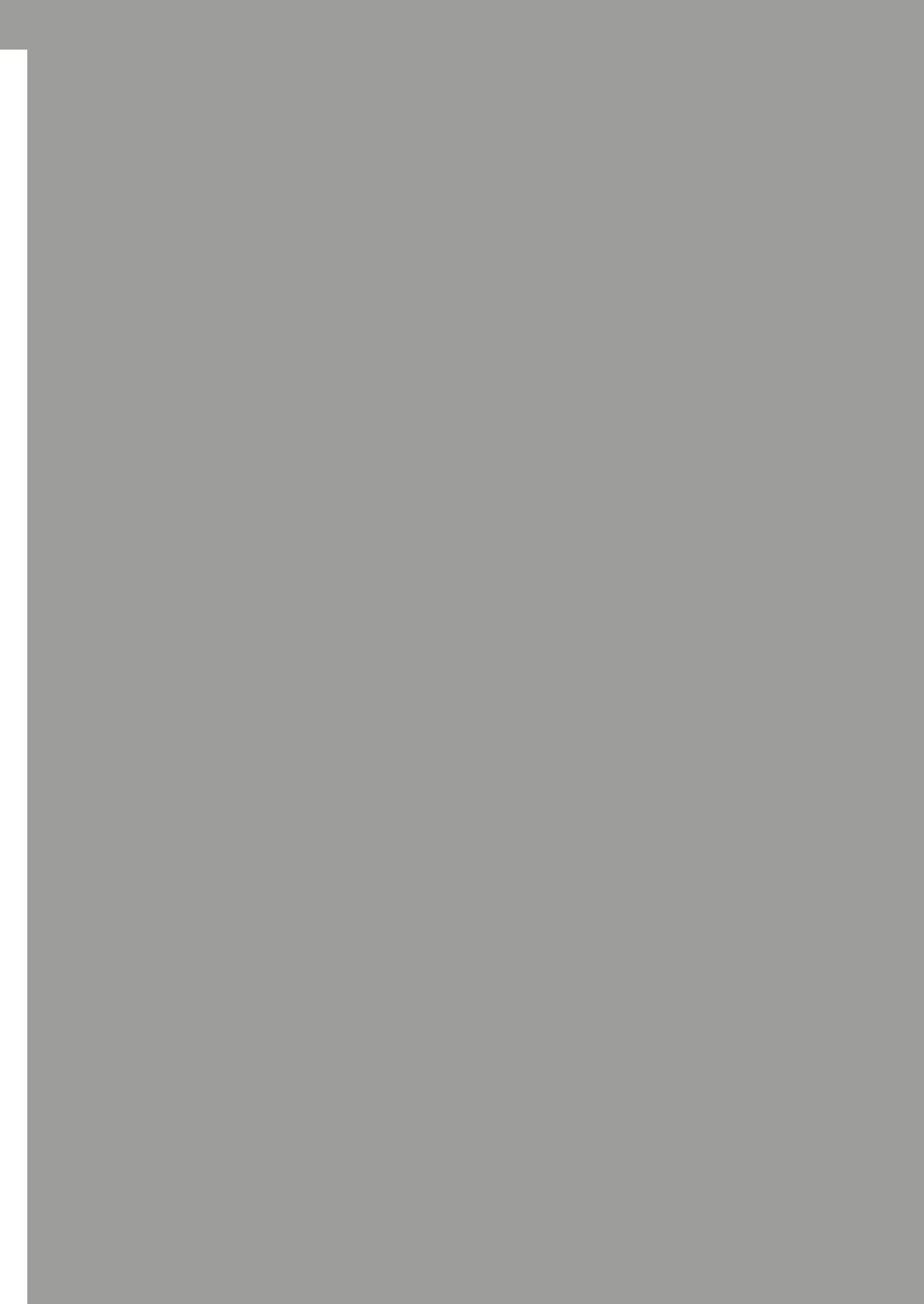
Ten tweede moet de overheid meer tegenwicht bieden aan de grote macht van Big Tech-bedrijven om het gevaar van een ‘digitaal feodalisme’ af te wenden, namelijk een systeem waarin deze bedrijven in staat zijn om gebruikers hun regels op te leggen, zonder dat zij desgewenst gecorrigeerd kunnen worden door wetgeving. Tegelijkertijd verwacht een christendemocratische visie op de digitale rechtsstaat het niet alleen van overheidsregulering. Vanuit de kernwaarden gespreide verantwoordelijkheid en solidariteit ligt er ook een opdracht voor burgers en Big Tech-bedrijven zelf om hun verantwoordelijkheid te nemen, door privacyvriendelijke producten te gebruiken en te lanceren. Daarbij geldt dat de uitzonderlijke machtspositie van Big Tech-bedrijven ook grote verantwoordelijkheden met zich meebrengt, waar zij op aangesproken mogen worden. Als middenpartij kan het CDA vanuit zijn kernwaarden in

---

<sup>28</sup> Zie ook het essay van Emma Cohen de Lara in deze bundel.

.....

de concrete standpuntbepaling recht doen aan de invulling van het recht op privacy.



# **Uitleiding**

## **Van ethos naar praxis van de rechtsstaat**





# Van ethos naar praxis van de rechtsstaat

**Ernst Hirsch Ballin**

Maurits Potappel, Jacob van de Beeten en Carina van Os hebben een uniek boek tot stand gebracht, samen met een groep auteurs die merendeels behoort tot de volgende generatie van christendemocraten. Zij plaatsen het constitutionele concept van de rechtsstaat in een politiek-ethisch perspectief: een ethos dat burgers en gezagsdragers aanzet tot rechtvaardigheid. Rechtsstatelijkheid vereist weliswaar machtscheiding en gebondenheid van de staatsmachten aan het recht, maar daarmee is het niet gedaan. Een staat die zich als rechtsstaat inricht, wordt gedragen door het principe van respect voor ieders persoonlijke waardigheid. Het personalisme van het christelijke sociale denken is weliswaar niet de enige, maar historisch gezien wel een van de meest markante inspiratiebronnen van de rechtsstaat. Deze denktraditie houdt een erkenning in van de intrinsieke beschermwaardigheid en waardigheid die aan iedere mens van nature toekomt.

Dit boek over de relatie tussen het constitutionele concept van de rechtsstaat en het rechtsstatelijke ethos verschijnt niet zomaar, toevalligerwijs, op dit moment. Het is een respons op de pijnlijke ervaring dat ook christendemocraten de waarde van de rechtsstaat hadden verwaarloosd toen het erop aankwam, bijvoorbeeld bij de verharding in het optreden tegen vermeende onregelmatigheden inzake kinderopvangtoeslagen, en de hardleersheid toen werd gevraagd fouten en onbillijkheden te corrigeren. Pieter Omtzigt en de parlementaire onderzoekscommissie onder leiding van Chris van Dam hebben dat ondubbelzinnig aan de orde gesteld. Een politieke anamnese hoe het tot die verharding heeft kunnen komen, moet nog volgen, maar daarop vooruitlopend laten de auteurs van deze bundel zien dat het – genomen naar de maatstaven van christendemocratische politieke principes, zoals die van solidariteit en bescherming van mensen in een zwakkere positie – daartoe in elk geval niet had *mogen* komen.

De rechtsstaat beleeft in de Nederlandse politiek een comeback. Nog maar kort geleden werden rechterlijke uitspraken argwanend bekeken, omdat ze werden beschouwd als hinderlijk voor wat politiek was geaccordeerd. Dat gebeurde bijvoorbeeld in 2007 nadat het Europese Hof voor de Rechten van

de Mens uitspraak had gedaan in de zaak van de Somalische asielzoeker Salah Sheekh tegen Nederland. Anders dan eertijds staand beleid was, moet bij besluiten over asielverzoeken rekening worden gehouden met de risico's die leden van een minderheidsgroep persoonlijk lopen bij terugkeer; dat moet de rechter in beroep effectief toetsen.<sup>1</sup>

Een prominent oppositioneel Tweede Kamerlid vond het maar bedenkelijk dat 'het Europese Hof zich permitteert om in te grijpen op een gebied waarover op Europees niveau geen bindende afspraken tussen lidstaten zijn gemaakt'. Mogelijk was deze opmerking mede ingegeven door verwarring over het verschil tussen het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, dat de uitspraak had gedaan op basis van de EVRM, en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (thans: van de Europese Unie), dat zich bezighoudt met de naleving van het EU-recht. Zijn vervolgvraag stelde desalniettemin de zaak op scherp: 'Zo wordt toch de facto de Nederlandse beleidsvrijheid aangetast?'<sup>2</sup> Nadat de uitspraak van het Hof onherroepelijk was geworden, gaf het kabinet het eigenlijk vanzelfsprekende antwoord: het Nederlandse asielbeleid en de asielpraktijk zullen daarmee in overeenstemming worden gebracht.<sup>3</sup> Beleid moet zich voltrekken binnen de kaders van wet en recht; zo hebben we het ook gewild en constitutioneel verankerd. Deze kleine geschiedenis illustreert hoe belangrijk het is dat politici hun eigen missie verstaan als verbonden met (en niet enkel gebonden door) het normatieve kader van de rechtsstaat.

Daarbij bleef het niet. Het scheelde weinig of de grootste regeringspartij had vorig jaar in haar verkiezingsprogramma voorstellen opgenomen om de rechtstreekse werking van mensenrechtenverdragen in de Nederlandse rechtsorde te beperken. Ook was voorgesteld dat de lidstaten van de Raad van Europa uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens terzijde zouden kunnen stellen.<sup>4</sup> Na interne discussie, waarin aan de principes van de rechtsstaat werd herinnerd, werd van deze voorstellen afgezien. Maar het gaat hier niet om een open flank in slechts enkele partijen ter rechterzijde. Ook in het CDA klonken stemmen die onafhankelijke rechtspraak maar lastig vonden, zij het met minder radicale conclusies.

<sup>1</sup> Europees Hof van de Rechten van de Mens, uitspraak van 11 januari 2007, Application No. 1948/04.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2006-2007, 19637, nr. 1150, p. 2.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2006-2007, 29344 / 30 800 VI, nr. 64.

<sup>4</sup> Zie: [https://www.denederlandsegrondwet.nl/id/vlelgmxl8lwt/nieuws/ledenvergadering\\_vvd\\_past](https://www.denederlandsegrondwet.nl/id/vlelgmxl8lwt/nieuws/ledenvergadering_vvd_past)

De confrontatie met wat er gebeurt als eisen van de rechtsstaat worden verwaarloosd, heeft intussen als een wake-upcall gewerkt. De eerste impulsen kwamen van buiten: bezorgdheid over de ontwikkelingen in Hongarije en Polen, en schendingen van het vluchtelingenrecht aan de zuidflank van Europa. Maar dat werd nog vooral als een probleem van anderen beschouwd. Te gemakkelijk werd aangenomen dat het in Nederland wel goed zit met de rechtsstaat. Verhard overheidsoptreden kan echter ook hier burgers tot wanhoop drijven. In het rapport ‘Ongekend onrecht’ van de al genoemde commissie<sup>5</sup> verkruiden de zelfgenoegzame lofuitingen op ons staatsbestel, omdat ook rechters zich al te terughoudend hadden opgesteld. Dat laatste was een gevolg van tot ideologie verworpen ‘judicial restraint’, terughoudendheid van de rechter om te toetsen of politieke beoordelingen voldoen aan de eisen van het recht, waaronder het in de Algemene wet bestuursrecht (artikel 3:4) neergelegde beginsel dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

De heroriëntatie inzake het ethos van de rechtsstaat in deze bundel vraagt om een vervolg in de politieke praxis. Deze uitleiding is er vooral op gericht dat te stimuleren – anders blijft immers de bezinning op uitgangspunten vruchteloos.

Artikel 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie noemt de rechtsstaat als een der funderende waarden. In de Engelstalige versie van het Verdrag wordt het begrip rechtsstaat vertaald met rule of law. Dat begrip heeft echter een beperktere betekenis: het gaat daar om de onderwerping van eenieder, ook de overheid, aan het recht. Dat is belangrijk en waardevol, maar het continentale begrip rechtsstaat wordt ook geassocieerd met inhoudelijke rechtvaardigheid, zoals in deze bundel geschiedt. In de constitutionele ontwikkelingen van de tweede helft van de twintigste eeuw betekent dit dat de rechtsstaat is verbonden met de rechten van de mens. In recente jurisprudentie van verschillende hoogste rechters (bij ons van de Hoge Raad in de Urgenda-zaak, in Duitsland van het constitutionele gerechtshof) wordt de beschermende werking van de rechten van de mens uitgestrekt tot de leefsituatie van volgende generaties. Dat laatste is vooral van belang voor de klimaatproblematiek.

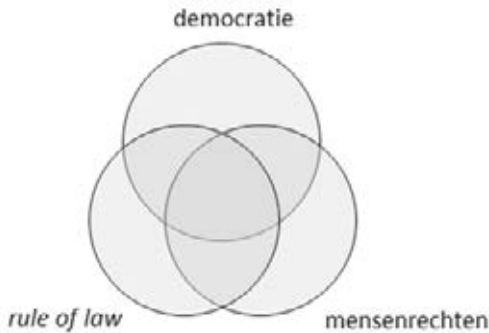
In zijn advies van 2017 over de risico's die de rechtsstaat in een aantal Europese landen (zoals Hongarije, Portugal en Turkije) loopt, heeft de Adviesraad Internationale Vraagstukken een poging gedaan om de betekenis

---

**5** Kamerstukken II 2020/2,1 35510, nr. 2 (Verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag).

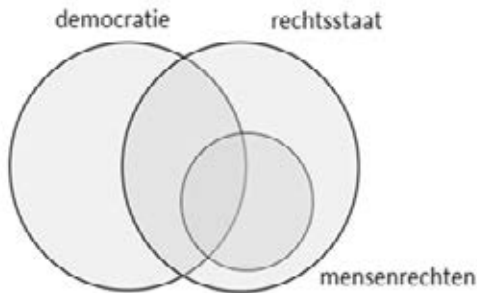
van het begrip rechtsstaat in vergelijking met het Angelsaksische begrip rule of law te verduidelijken. Daarbij heeft de raad gebruikgemaakt van deze schema's:<sup>6</sup>

**Figuur 1: Samenhang democratie, rule of law, mensenrechten**



Waar daarentegen het begrip 'rechtsstaat' wordt gehanteerd, kan het ideaalbeeld als volgt worden weergegeven:

**Figuur 2: Samenhang democratie, rechtsstaat, mensenrechten**



<sup>6</sup> Ontleend aan het advies van de Adviesraad Internationale Vraagstukken, 'De wil van het volk? Erosie van de democratische rechtsstaat in Europa', 2017, p. 18.

In de bundel komen de verschillende facetten van het polyinterpretabele begrip rechtsstaat aan de orde. De verhouding tussen de staatsmachten is zeker een belangrijk facet, zoals de bijdrage van Sophie van Bijsterveld laat zien, maar voor een bijdrage en de realisering van maatschappelijke rechtvaardigheid is het nodig om een verband te leggen met kwesties van sociaaleconomische besturing en informatisering. De laatste twee bijdragen van deze bundel, van de hand van Joyce Esser en Geurt Henk Spruyt, gaan daarop in. Dat is belangrijk, omdat de idealen van de rechtsstaat de politiek normatief uitdagen om zich na de neoliberale golf te herpakken.

In het advies van de AIV was erop gewezen dat het overboord kiepen van de sociale dimensie van de rechtsstaat onder het motto van ‘marktwerking’ en ‘globalisering’ een groot aantal mensen in een sociaaleconomisch precare positie heeft gebracht. Dat heeft de weg geëffend voor – ogenschijnlijk democratische, maar niet-rechtsstatelijke – politieke bewegingen die de wil van het volk zeggen te vertolken. Het antwoord aan hun adres kan niet een cultivering van de rechtsstaat als formeel constitutioneel concept zijn. Wat hier nodig is, is een begrip van de rechtsstaat dat zich verbindt met democratische politiek. Dit betekent dat ‘rechtsstaat’ niet mag worden gereduceerd tot een juridisch hoogstaand normatief concept. Dat klopt misschien wel voor het begrip rule of law van de Angelsaksische rechtstheorie, maar als het hierbij blijft zal de politieke vervreemding er alleen maar door worden vergroot. Politiek inspirerend is het concept van de rechtsstaat alleen als het wordt uitgewerkt als een democratische en sociale rechtsstaat. Een ‘nieuw sociaal contract’ is een metafoer die tot uitdrukking brengt dat zo’n rechtsstaat namens én voor de burgers werkt. Pieter Omtzigt koos deze woorden als boektitel<sup>7</sup>, en internationaal – ook betrokken op de leefsituatie van komende generaties – doet Minouche Shafik (London School of Economics) dat: een veel meer geordend economisch bestel is nodig om hardnekkige ongelijkheden op te heffen.<sup>8</sup> Ook de overgang naar een duurzame agrarische bedrijfsvoering is in zulke termen aan de orde gesteld<sup>9</sup>, namelijk als een nieuw sociaal contract voor duurzame landbouw.

Op het punt van de machtenscheiding is trouwens zeker nog niet alles in kannen en kruiken. Op 29 april 2021 nam de Tweede Kamer een motie aan

**7** P.H. Omtzigt, *Een nieuw sociaal contract*, Amsterdam: Prometheus, 2021.

**8** M. Shafik, *What We Owe Each Other: A New Social Contract*, London: Vintage, 2021.

**9** P.H. Feindt, C. Krämer, A. Früh-Müller, A. Heißenhuber, C. Pahl-Wostl, K.P. Purnhagen, F. Thomas, C. van Bers & V. Wolters, *Ein neuer Gesellschaftsvertrag für eine nachhaltige Landwirtschaft: Wege zu einer integrativen Politik für den Agrarsektor*, Berlin: Springer Open 2019. Dit boek is in Open Access gepubliceerd met medewerking van het Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit.

ingediend door het CDA-Kamerlid Anne Kuik samen met woordvoerders van verscheidene andere fracties, die op dit punt buitengewoon belangrijk is. In deze met ruime meerderheid aanvaarde motie werd overwogen dat ‘anders dan in de meeste andere rechtsstaten, Nederlandse rechters wetten die door de Kamer zijn aangenomen niet kunnen toetsen aan de Nederlandse Grondwet, terwijl daarin de belangrijkste fundamentele rechten van de burger zijn vastgelegd’, en aan de regering gevraagd ‘binnen een jaar wetsvoorstellen in te dienen om artikel 120 van de Grondwet te schrappen en (...) de uitwerking van grondwettelijke toetsing ter hand te nemen.’<sup>10</sup> Hopelijk houdt dit stand, want bij eerdere pogingen heb ik ervaren hoe taai de weerstand is van politici en ambtenaren die bang zijn dat rechters hun de les lezen. Hun eerstvolgende verdedigingslinie zal wel worden dat beter eerst de normatieve zeggingskracht van de bepalingen over grondrechten kan worden versterkt, wat natuurlijk nog jaren zal duren.

Het politieke ethos van de rechtsstaat is verbonden met fundamentele principes zoals dat van de gelijke behandeling en het bieden van bescherming aan mensen in kwetsbare situaties. Dat is ook bij uitstek het onderwerp geworden van de bescherming van rechten van de mens in het huidige tijdsgewricht. Het gaat dan bijvoorbeeld om kinderen, door diepe ongelijkheid kwetsbaar geworden mensen en vluchtelingen. In zijn in 2017 gepubliceerde boek ‘De rafels aan de rechtsstaat’ besteedt Ferdinand Grapperhaus veel aandacht aan sociaaleconomische ongelijkheid als bedreiging voor de werking van de rechtsstaat.<sup>11</sup>

Voor de praktische realisering van de rechtsstaat is ook van belang hoe hij zich verhoudt tot terrorisme en andere vormen van ernstige criminaliteit. In de politieke publiciteit worden zulke misdrijven door nogal wat mensen omschreven als een ‘bedreiging’ van of ‘aanslag’ op de rechtsstaat. Dat vergt wel enige uitleg, omdat het hier uiteraard niet gaat om instanties die zich niet houden aan de constitutionele eisen van het recht. Toch is dit verband wel reëel, want in situaties waarin geweld en dreiging daarmee de overhand krijgen, kan de rechtsstaat zijn aspiraties zeker niet realiseren. De effectieve werking van het recht moet ook worden afgemeten aan zijn impact op de reële machtsverhoudingen in de samenleving, en die worden ernstig verstoord

**10** Kamerstukken II 2020/21, 28362, nr. 47. Vóór stemden de leden van de fracties van de SP, GroenLinks, BIJ1, Volt, DENK, de PvdA, de PvdD, 50PLUS, D66, de ChristenUnie, het CDA, JA21 en BBB.

**11** F.B.J. Grapperhaus, *Rafels aan de rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus, 2017, p. 87; zo ook F.B.J. Grapperhaus, *De weerloze samenleving*, Amsterdam: Prometheus 2021, p. 103.

wanneer bedrijvers van georganiseerde misdaad – dat zijn niet alleen drugshandelaren en terroristen, maar ook in nette pakken geklede fraudeurs, witwassers en milieucriminelen – zich niet aan wet en recht storen.

Bij het bestrijden van terrorisme en georganiseerde criminaliteit wordt nogal eens gepleit voor het inzetten van zo verstrekkende middelen dat ze de beginselen van de rechtsstaat aantasten. Men kan echter de rechtsstaat alleen met blijvend resultaat verdedigen met de middelen die bij diezelfde rechtsstaat passen. Dat is ook goed mogelijk, al kost het op het eerste gezicht meer moeite. Daarom mag de bestrijding van deze de samenleving aantastende vormen van misdaad nooit leiden tot praktijken waarbij vormen van foltering worden toegepast, een loopje wordt genomen met de integriteit van de rechtspleging of op andere manieren disproportioneel wordt ingegrepen in de vrije en democratische samenleving. Met voldoende wettelijke bevoegdheden en moderne hulpmiddelen is het wel degelijk mogelijk zulke vormen van misdaad effectief te bestrijden, zeker wanneer daarbij wordt gelet op de situaties waarin criminaliteit kan gedijen. Voorkomen is ook hier beter.

Een hooggestemd discours over de rechtsstaat mag dus niet in vrijblijvendheid vervliegen. De beschermende werking van het recht in een rechtsstaat is er voor iedereen: niet alleen voor de weerbare groep van burgers met gevestigde belangen, maar juist ook voor degenen die in welk opzicht dan ook recht-zoekend zijn, zoals mensen in preciaire situaties, onder wie mensen die zich door hun seksuele geaardheid onderscheiden, of asielzoekers. De rechtsstaat moet op zo'n manier functioneren dat ongelijkheden die mensen beletten tot hun recht te komen, worden gecompenseerd. Ook dat is een reden om de rechtsstaat consequent op zijn werking als democratische en sociale rechtsstaat te toetsen.

Hoezeer ook de bijdragen aan deze bundel aan het denken zetten, er is een vervolg nodig om te bepalen waar mensen tot handelen moeten worden aangezet, ter verwerkelijking van rechtsstatelijke waarden en beginselen. Dat betreft bijvoorbeeld de sociale rechtsstaat; die krijgt in de bundel de meeste aandacht in de bijdrage van Joyce Esser. Dat is ook nodig, want zonder de solidariteit met de kwetsbaren, die door sociale grondrechten worden beschermd, zou de rechtsstaat een elitair of illusionair project blijven. Van belang is hier dat sociale, economische en culturele grondrechten worden onderkend als een noodzakelijk facet van de sociale rechtsstaat. In internationaal verband zijn daarom ook klachtprocedures ingericht voor het geval van aantasting van deze rechten. De aanvaarding van de desbetreffende protocollen bij deze verdragen door de Nederlandse staat blijft echter nog

steeds uit.<sup>12</sup> De weerstand tegen juridische erkenning van economische en sociale rechten is nog steeds groot. Nieuwe stappen in de internationale rechtsonwikkeling zoals het klachtrecht ingevolge het Facultatief Protocol bij het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten van 2008<sup>13</sup> worden al jaren afgehouden. Ook hier is de argumentatie iel: verwezen wordt naar een nog niet gepubliceerd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 2017 en een algemene evaluatie van de verdragscomités in VN-verband. Hetzelfde doet zich voor bij de facultatieve protocollen bij het Internationaal Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind.<sup>14</sup>

Democratie kan alleen duurzaam zijn als ze is geconstitueerd als een staat die fundamentele rechten erkent, op solidariteit en rechtvaardigheid is gebouwd, en dus een sociale rechtsstaat is. Daarom is er werk aan de winkel. De rechtsstaat is er niet om het werk van politici gemakkelijker te maken, wel waardevoller.

---

<sup>12</sup> Trb. 2010, 15.

<sup>13</sup> Zie o.a. Kamerstukken II 2018/19, 33826, nrs. 27 en 37, en I 2020/21, 33992 (R2034).

<sup>14</sup> Kamerstukken II 2021/22, 35925 XVII, nr. 2, p. 9.





## Over de auteurs

**Christiaan Alting von Geusau** is rector en voorzitter college van bestuur van ITI Catholic University in Trumau, Oostenrijk, alwaar hij tevens bijzonder hoogleraar rechtsfilosofie & onderwijs is. Von Geusau is eveneens president van het International Catholic Legislators Network en werkte tot 2004 als advocaat in Amsterdam en Brussel.

**Ernst Hirsch Ballin** is universiteitshoogleraar aan Tilburg University en was hoogleraar Rechten van de mens aan de Universiteit van Amsterdam. Tevens was hij president van het T.M.C. Asser Instituut voor internationaal en Europees recht te Den Haag. Hij is sinds 2005 lid van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen.

**Jacob van de Beeten** is promovendus aan de London School of Economics, waar hij een proefschrift schrijft over de verbeelding van Integratie in het Europese recht.

**Bas Bots** volgt de master Fiscaal recht en de master Encyclopedie en filosofie van het recht aan de Universiteit Leiden. Hij is sinds september 2020 hoofdredacteur van de *Interruptie*, het ledenblad van het CDJA.

**Sophie van Bijsterveld** is hoogleraar Religie, recht en samenleving aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Van 2007-2019 was zij lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal. Sinds 2020 is zij voorzitter van de redactie van het kwartaaltijdschrift *Christendemocratische Verkenningen* (CDV). Van haar verscheen recent *Religie en democratie in het perspectief van Alexis de Tocqueville*, 2019. Met Hans-Martien ten Napel redigeerde zij *Ideeën voor staat en samenleving geïnspireerd door Alexis de Tocqueville*, 2021.

**Emma Cohen de Lara** is docent Politieke theorieën aan het Amsterdam University College, en onderzoekster bij het Amsterdam Institute for Social Science Research. Ze heeft recentelijk de volgende bundels geredigeerd: *Plato en de Sofisten. Een Spiegel voor onze Tijd*, 2019, *Literature and Character Education in Universities. Exploring Core Texts*, 2021 (met E. Brooks, J.M. Torralba, Á. Sanchez-Ostiz).

**Joyce Esser** studeerde Rechtsgeleerdheid (staats- en bestuursrecht) en wijsbegeerte (ethiek en politieke filosofie) aan de Universiteit Leiden. Momenteel werkt zij aan diezelfde universiteit aan een proefschrift over de rol van de Nederlandse bestuursrecht in constitutioneel en rechtsvergelijkend perspectief.

**Rien Fraanje** is secretaris-directeur van de Raad voor het Openbaar Bestuur. Van 2014 tot en met 2017 was hij verbonden aan het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, waarvan de laatste jaren als directeur. Rien schrijft voor diverse kranten, tijdschriften en websites beschouwingen en essays over democratie, rechtsstaat, literatuur, en kunst en cultuur.

**Hans-Martien ten Napel** is universitair hoofddocent Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. In 2014 ontving hij een Research Fellowship in Legal Studies van het Center of Theological Inquiry in Princeton. In het voorjaar van 2017 verscheen van zijn hand de monografie *Constitutionalism, Democracy and Religious Freedom. To Be Fully Human*.

**Carina van Os** is masterstudent Europees recht aan de Universiteit Leiden en rondt daarnaast de bachelor International Studies af aan dezelfde universiteit in Den Haag.

**Maurits Potappel** studeerde Encyclopedie en filosofie van het recht aan de Universiteit Leiden en studeert Theology en religious studies aan de Vrije Universiteit. Hij is als fellow verbonden aan het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA waar hij onderzoek doet naar de democratische rechtsstaat. Hij bereidt een proefschrift over goddelijk recht voor bij de Theologische Universiteit Kampen.

**Timo Slootweg** is historicus en filosoof. Hij doceert Rechtsfilosofie en ethiek aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden en aan het Leiden University College. Zijn onderzoeksinteresse betreft de theologie en fenomenologie van het recht. In 2016 publiceerde hij *Uit de schaduw van de wet. Inleiding tot de esthetica van het recht*. Hij werkt nu aan een monografie over 'Gerechtigheid en tragedie als methode' die in 2022 zal verschijnen.

**Geurt Henk Spruyt** studeerde rechten en geschiedenis aan de Universiteit Utrecht en is werkzaam als senior jurist Beroep bij de Autoriteit Persoonsgegevens. Hij is als junior fellow verbonden aan het HDC Centre for Religious History aan de Vrije Universiteit in Amsterdam en lid van de redactie van Radix, een wetenschappelijk kwartaaltijdschrift op het gebied van geloof, wetenschap en samenleving. Hij schrijft zijn bijdrage op persoonlijke titel.

**Ariën Voogt** studeerde Natuurkunde en Filosofie en is nu promovendus aan de Protestantse Theologische Universiteit in Amsterdam. Hij maakt deel uit van het Moral Compass Project en doet onderzoek naar Gunnings en Schellings idee van persoonlijkheid in reactie op Spinoza.

.....



## Geloof in de democratische rechtsstaat

De democratische rechtsstaat in Nederland staat terecht in het middelpunt van het publieke debat. In christendemocratisch perspectief is de rechtsstaat nooit alleen een formaliteit. Zij is meer dan een set aan regels, normen, procedures en instituties: zij is een waardengemeenschap waarin gerechtigheid heersen moet. Een goed functionerende rechtsstaat impliceert niet alleen institutionele waarborgen, maar ook een rechtsstatelijk ethos van burgers en een rechtsstatelijke cultuur die de rechtsstaat draagt.

Deze essaybundel, *Geloof in de democratische rechtsstaat*, verkent aan de hand van diverse invalshoeken en onderwerpen het ethos van de democratische rechtsstaat. In het eerste deel wordt de historische grondslag van de rechtsstaat weergegeven aan de hand van het begrip menselijke waardigheid. In het tweede deel volgt een zoektocht naar het rechtsstatelijk ethos vanuit een christendemocratisch perspectief. In het derde deel wordt de toekomst van de rechtsstaat besproken op het gebied van fiscaal recht, bestuursrecht en de digitale rechtsstaat.

Er is werk aan de winkel. De rechtsstaat vraagt niet alleen om woorden, maar ook om daden en het beoefenen van deugden zoals vrijheid, tolerantie en naastenliefde. Want de democratie en de rechtsstaat zijn nooit een "rustig bezit".



**WI**  
Wetenschappelijk  
Instituut