

De staat van de rechtsstaat

Mechelen, 7 mei 2019

1. Inleiding

De Amerikaanse president Trump schreef in een tweet: "The opinion of this so-called judge, which essentially takes law-enforcement away from our country, is ridiculous and will be overturned."¹ Dit was naar aanleiding van het presidentieel decreet over immigratie. Silvio Berlusconi betitelde rechters als de kanker van de democratie. De Filippijnse president Duterte gaat nog verder: hij laat drugsdealers vermoorden. In Polen werd eerst het Constitutionele Hof ontkracht en later werden gepoogd de rechterlijke macht tandeloos te maken. **Afbeelding 1** Die is nu aan de beurt om te worden bezet door vrienden van de zittende politieke partij. Ik noem ook nog even Hongarije: mensen vastzetten zonder vorm van proces. Mijn voormalige collega András Baka die kritiek had op de regering was al in 2012 afgezet. Hij had er in Florence in de bus met me over gesproken. Dat was in het voorjaar van 2011. Ik nam dat toen niet erg serieus. Maar binnen een jaar gebeurde het. Guantanamo Bay was en is natuurlijk ook geen fraai voorbeeld van respect voor de rule of law. In Frankrijk gingen op zondag 11 januari 2015, miljoenen mensen de straat op, van Parijs tot Brussel **Afbeelding 2** tot Lyon tot Amsterdam, van Perpignan tot Bayeux. Men kwam op voor de rechtsstaat. Jazeker, want de fundamentele gedachte achter de rechtsstaat is de vrijheid van ons allen, de vrijheid van meningsuiting, van vereniging en vergadering, van godsdienst en levensovertuiging, maar ook de vrijheid van leven en van beweging. In Parijs werd, ook al was alle aandacht gericht op de persvrijheid, op de meest absolute wijze de vrijheid van leven aan 17 mensen ontnomen. Moord in koelen

¹ CNN, 4th February 2017.

bloede, ofwel omdat de betrokkenen hun vrijheid van meningsuiting hadden gebruikt ofwel omdat ze jood waren of in joodse omgeving verkeerden. De recente gebeurtenissen in Christchurch in Nieuw Zeeland en in Pittsburgh en in Sri Lanka hebben gemeen dat ze zijn gericht tegen aanhangers van drie grote godsdiensten in de wereld: moslims, joden en christenen.

Ik noem ook nog Venezuela, waar de vrijheid van meningsuiting nauwelijks meer bestaat. En in Turkije werden rechters massaal ontslagen.

Dit alles heeft te maken met de rechtsstaat. Het woord rechtsstaat is gelukkig de laatste jaren vaker dan voorheen in het publieke debat naar voren gekomen. In het Engels wordt gesproken over de rule of law. Rechtsstaat en rule of law zijn niet hetzelfde, maar de begrippen overlappen elkaar deels. Ik laat dat academisch debat terzijde.

Misschien is het zelfs treffender te herinneren aan de woorden van Huub van der Lubbe van de popgroep De Dijk als hij zingt over een geliefde die afscheid heeft genomen: Je weet pas wat je mist als ze er niet meer is.

2. De begrippen recht en rechtsstaat

Er wordt wel eens wat meewarig en kleinerend over het recht en de juristen gesproken. Een minister denkt een mooi plan te hebben, bijv. over het afnemen van dubbele paspoorten, en vervolgens komen de juristen met twijfels of negatieve reacties. Juristen opperen bezwaren, zijn dwarsliggers en denken –in de ogen van sommige beleidsmakers- onvoldoende mee. *Een bekende leider van een grote Nederlandse politieke partij schijnt nog niet zo lang geleden te hebben gezegd dat juristen positief moeten meedenken. Nu is er op zichzelf geen bezwaar tegen positief meedenken. Maar ik vrees dat daarmee ook wordt bedoeld bezwaren te laten varen en rechtsstatelijke eisen niet al te nauw te nemen.* Gesuggereerd lijkt wel eens te worden dat recht en rechtsstaat speeltjes van juristen zijn.

Zoals de een paar jaar afgetreden Oostenrijkse bondskanselier zei: “Juridische meningen worden door juristen beantwoord. Politiek zeg ik: we blijven hierbij”.² Dat ging toen kennelijk over het sluiten van de grenzen voor vervolgden omdat het maximum zou zijn bereikt. Men beseft niet hoe belangrijk het voor een samenleving is dat er regels zijn die voor iedereen gelden. Die regels kunnen zich tegen ons keren, maar kunnen ons ook beschermen. Dit laatste wordt dan uit het oog verloren. Het recht is –de uitlating wordt toegeschreven aan Blaise Pascal **Afbeelding 3** - de grammatica van de samenleving. Zoals een taal alleen kan worden gesproken en vervolgens door de ander begrepen, als er basisregels zijn die worden nageleefd, zo geldt dat ook voor het recht. Een ander meer Nederlands beeld is dat van de basaltblokken die de dijken beschermen tegen instorting. Je ziet ze, voor zover ze onder water liggen niet, maar ze zijn wel nodig. Anders gebeuren er rampen, zoals we dat in 1953 in Zeeland zagen gebeuren.

Het recht geeft stabiliteit, beschermt ons tegen schokken. Het recht leert dat partijen overeenkomsten moeten nakomen, dat eigendom gerespecteerd moet worden, dat je geen geweld gaat gebruiken als je het met je tegenstander niet eens bent. Noodweer mag wel, maar het moet wel in proportie blijven. Je mag niet iemand die jou een klap geeft, met een mes doodsteken. Het recht staat niet stil. *Fraai voorbeeld vind ik nog altijd de casus van de Zutphense waterleiding. De Zutphense bewoonster van het pand waar water lekte op een collectie leder, was niet van zins de hoofdwaterraan die zich in haar bovenwoning bevond dicht te draaien om de overstroming te stoppen. Zij beriep zich op het ontbreken van een rechtsplicht om daaraan mee te werken. Ze kreeg in 1910 gelijk, ook van de Hoge Raad. Zij was eigenares van de woning en er was geen geschreven rechtsregel die haar verplichtte tot het dichtdraaien van de kraan.*³ *Maar enige jaren later, toen er weer een conflict was waarvoor het*

² NRC februari 2016.

³ Hoge Raad 10 juni 1910, W 9038.

geschreven recht geen oplossing bood bepaalde de Hoge Raad, in het beroemdste onlangs herdachte arrest uit de twintigste eeuw, dat ook onrechtmatig is het handelen in strijd met wat betamelijk is in het maatschappelijk verkeer.⁴ Toen ging het om een conflict tussen twee drukkers, Cohen en Lindenbaum, van wie de eerste volgens de tweede door bedrijfsspionage oneerlijke concurrentie bedreef. Het recht was inmiddels geëvolueerd en bood een oplossing. Het recht geeft dus stabiliteit maar is niet onwrikbaar. Toen in de jaren tachtig de computer stevig kwam opzetten, hebben zowel rechters als de wetgever antwoorden geboden op zich nieuw aandienende problemen, bijv. door computerfraude ook strafbaar te achten of te maken. Ik noem ook het begrip overeenkomst. Eeuwenoude rechtspraak leert dat overeenkomsten moeten worden nageleefd. De samenleving zou in chaos vervallen als dit uitgangspunt niet meer zou worden gerespecteerd. Dat geldt ook voor internationale overeenkomsten tussen staten. Je spreekt iets af met een ander en je vertrouwt erop dat die ander zich daaraan houdt. Als hij dat niet doet, ga je naar de rechter. Dat is in internationaal verband tussen staten wat moeilijker, maar ook dan zijn er mogelijkheden, in het bijzonder in Den Haag. Gevaarlijk zijn ook uitlatingen die de laatste tijd in het verband van de vluchtelingencrisis wel zijn gedaan, dat we ons niets of weinig moeten aantrekken van de overeenkomsten van Schengen. Dat is gevaarlijk, omdat dit zal leiden tot minder respect voor ook andere internationale overeenkomsten en voor je het weet de verhoudingen tussen staten terugvallen in pure machtsrelaties. Relatief kleine landen als België en Nederland zullen daarvan zeker veel last ondervinden. In dat verband zijn we dan ook als samenlevingen bedreigde minderheden. Het recht moet sterk zijn. Als het recht niet sterk is, zegeviert het recht van de sterkste. Dat kan de sterkste in fysiek en militair opzicht zijn, maar ook de sterkste in economisch perspectief bezien. De bedreigde zal dan het onderspit delven. Deze laatste heeft het recht dus meer nodig dan de eerste.

⁴ Hoge Raad 31 januari 1919, NJ 1919, 161.

Maar soms wisselen de rollen. Uiteindelijk heeft de samenleving als geheel baat bij sterk recht. Niet het recht van de sterkste moet heersen, maar het recht moet sterk zijn.

3. Verhouding rechtsstaat tot democratie

Ik behoef vanavond voor dit gezelschap niet uiteen te zetten dat democratie geen garantie biedt voor bescherming door het recht. In 2015 promoveerde de jonge jurist Bastiaan Rijpkema op “De grenzen van democratische tolerantie”. **Afbeelding 4** Zijn boek heeft de ondertitel “Weerbare democratie”.⁵ Dat gaat over het vraagstuk of en in hoeverre de democratie fundamenteel ondemocratische en anti-rechtsstatelijke bewegingen mag bestrijden. U weet dat in de jaren dertig van de vorige eeuw Hitler langs democratische weg aan de macht kwam. Democratie is dus geen garantie voor behoorlijk recht. En soms moet je als democratische rechtsstaat je verzetten tegen lieden die via democratische weg aan de macht komen om vervolgens een loopje te nemen met de democratische rechtsstaat. We hebben in Nederland de mogelijkheid om dat soort partijen te verbieden. De democratische rechtsstaat verplicht niet tot zelfmoord. En misschien had de PVV wel verboden moeten worden, omdat zij de vrijheid van godsdienst overboord wil zetten. Nu lijkt het daarvoor te laat te zijn. En ik geef de Nederlandse regering gelijk dat zij heeft voorkomen dat Turkse ministers in Nederland kwamen preken voor een partij die na het referendum, indien dit met een “ja” eindigt, rechtsstatelijke verworvenheden zal gaan afschaffen. Natuurlijk, aldus beperkten de Nederlandse regering en de burgemeester van Rotterdam de vrijheid van meningsuiting. Maar ook die kent grenzen. Er mag niet van onze landen worden verlangd dat wij een forum bieden aan lieden die de democratische rechtsstaat omver gaan werpen, ook al is dit ver van ons vandaan.

⁵ Bastiaan Rijpkema, De grenzen van democratische tolerantie, diss. Leiden, Nieuw Amsterdam 2015.

4. De vier elementen van de rechtsstaat

Als we spreken over de rechtsstaat pleeg ik vier elementen te onderscheiden: gebondenheid van allen aan de wet, de scheiding van de machten in de staat, de erkenning van fundamentele mensenrechten en de onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak. Over elk van die vier elementen wil ik iets opmerken.

Gebondenheid van allen aan het recht

In de rechtsstaat is iedereen in gelijke mate gebonden aan het recht. Het mag niet zo zijn dat de een wel bepaalde voordelen geniet en de ander die in een vergelijkbare positie verkeert, niet daarvan profiteert, dat de een wel bepaalde door de overheid opgelegde lasten draagt en de ander niet. Dat is een belangrijke verworvenheid. Iedereen is onderworpen aan de wet en iedereen mag genieten van de wet. Niemand is uitgesloten. Dat doet me even denken aan de uitlating van een Afrikaanse priester tijdens een mis die ik een aantal jaren geleden bijwoonde in het Franse Villers. Hij spreidde zijn uit een wit kazuifel stekende zwarte handen uit en zei: “Nous ne sommes pas l’église de l’exclusion, nous sommes l’église des exclus”. Insluiting, geen uitsluiting van mensen.

U weet wellicht dat ook in Nederland pas laat is erkend dat aanhangers van alle godsdiensten gelijke rechten hebben. Pas in 1796 ten tijde van de Bataafse Republiek, konden joden lid worden van gilden. En het duurde nog lang totdat joden en katholieken in hogere overheidsfuncties werden benoemd. Dat waren slechts stappen op weg naar volledige emancipatie. En het algemeen kiesrecht voor mannen kwam in Nederland pas in 1917 in de plaats van het censuskiesrecht dat was gebaseerd op inkomen en vermogen. Pas bij de Tweede Kamerverkiezingen van 1922 konden voor het eerst vrouwen in Nederland gebruikmaken van het actieve kiesrecht.

Heel direct kwam de betekenis van de gelijkheid van allen naar voren in de strijd tegen achterstelling van zwarten in de Verenigde Staten. Kijkt u naar de film *Loving* uit 2016 over het huwelijk tussen een blanke man en een zwarte vrouw uit Virginia. **Afbeelding 5** Ze wonen in Virginia maar mogen daar niet trouwen. Dat doen ze in 1958 in Washington. Ze leven samen in Virginia totdat er een inval komt in hun huis en wordt ontdekt dat ze samen in bed liggen. Ze worden gearresteerd. Uiteindelijk verklaart het Amerikaanse Hooggerechtshof die desbetreffende wetgeving van Virginia ongrondwettig.

Het Hooggerechtshof had eerder geoordeeld dat voor de destijds in het zuiden van de VS bestaande raciale segregatie in het publieke onderwijs geen plaats was. Zwarte studenten moesten voortaan worden toegelaten op het witte Central High. Zij mochten dus niet op grond van hun huidskleur worden uitgesloten. Arkansas ging met gouverneur Faubus aan het hoofd dwarsliggen en weigerde gevolg te geven aan de beslissing van het Hooggerechtshof. President Eisenhower begreep dat van de 'rule of law' weinig zou overblijven als het bestuur voortaan zelf zou kunnen bepalen welke rechterlijke beslissingen het zou naleven en welke niet. In 1957 besloot hij federale troepen naar Arkansas te sturen. Hij zond de 101st Airborne Division, die de Amerikanen zich herinnerden als de helden van WOII. Op 24 september 1957 vertrokken 52 vliegtuigen met 1000 soldaten aan boord naar Little Rock in Arkansas. Hun optreden verzekerde uiteindelijk dat zonder serieuze incidenten de negen zwarte studenten voortaan Central High konden bezoeken.⁶

Op deze wijze, dat wil dus zeggen door toepassing van de Amerikaanse constitutie waarin de burgerrechten zijn neergelegd door het Supreme Court en door de hoogste uitvoerende autoriteit, werd het zegevieren van het recht afgedwongen. Het recht vervulde daar dus zijn rol als beschermer van bedreigden.

⁶ Zie S. Breyer 2011, p. 59.

Het evenwicht tussen de machten in de staat

Daarmee zijn we meteen beland bij een tweede element van de rechtsstaat: het evenwicht tussen de staatsmachten, tussen de wetgevende, de besturende en de rechterlijke macht. Dat heet de trias politica. Er zijn helaas vele landen in de wereld waar alle macht geconcentreerd is één hand. Ik wijs u op China, zeker het China ten tijde van Mao, op Rusland ten tijde van Stalin, op het Irak van Saddam Hussein, op het huidige Noord-Korea, op Cuba en Venezuela. En helaas zijn er nog vele andere historische en actuele voorbeelden. De boodschap is: concentreer nooit te veel macht in één persoon of in één institutie. Dat is een algemeen denkbeeld dat wat betreft de instituties van de staat halverwege de achttiende eeuw scherp door Montesquieu naar voren is gebracht. **Afbeelding 6** “Il faut que le pouvoir arrête le pouvoir”: de macht behoort de macht tot staan te brengen. In de moderne staatsorganisatie betekent dit dat de wetgever de hoofdlijnen van de inrichting van staat en samenleving vaststelt. Dat het bestuur op basis van die hoofdlijnen gaat besturen en dat de rechter op basis van de wet conflicten gaat oplossen en sancties gaat opleggen. Wie het niet eens is met de wetgever, kan daarvan bij verkiezingen blijk geven. Wie het niet eens is met bestuurlijke maatregelen kan zich tot de rechter wenden. En wie het oordeel van de rechter niet aanvaardt kan zich tot een hogere rechter wenden. Zo ontstaat er een zeker evenwicht tussen de machten in de staat. Het komt erop neer dat in een rechtsstaat niemand het laatste woord heeft. Politici horen dit niet graag. Die spreken graag over het primaat van de politiek. Die uitdrukking beschouw ik als een misvatting van de idee van de rechtsstaat.

Het gaat bij dit evenwicht tussen de machten in de staat, zoals ook bij de andere elementen van de rechtsstaat, uiteindelijk om de vrijheid van ons allen. De staat is er niet voor zichzelf, ook al zou je dat soms denken als je wordt geconfronteerd met hooghartige

overheidsdienaren. Nee de staat is er, in de woorden van de grote denker Spinoza, voor de vrijheid van alle burgers.⁷ Het was in strijd met dit uitgangspunt dat een fractieleider van een grote partij in de Nederlandse Tweede Kamer toen de Senaat een door de regering en de Tweede Kamer aanvaarde inbreuk op de vrije artskenkeuze niet accepteerde, zei dat de regering dan toch buiten de wetgever om een maatregel kon afkondigen die de weigering van de Eerste Kamer onderuit zou halen. Dat is ondermijning van de trias-gedachte. Dan komt er teveel macht bij de regering terecht.

Evenzeer is er spanning tussen deze gedachte en de beweging om bestraffing van belangrijke wetsovertredingen over te hevelen naar het bestuur. Het staat nergens dat dit is verboden, maar het is uitholling van de rechterlijke functie. Terecht heeft de Nederlandse Raad van State in een advies van een paar jaar geleden die beweging gekapitteld.⁸ Zij leidt voor de bedreigde burger tot een verslechtering van diens positie. Hij wordt direct geconfronteerd met de boete die niet door een rechter maar door het bestuur is opgelegd. Die kunnen hoog oplopen, bijv. in de fiscale sfeer, maar ook in het wegverkeer.

Soms, tijdens een enkel pessimistisch moment vraag ik me wel eens af of onze bestuurders en politici wel echt zijn doordrongen van de gedachte dat macht en tegenmacht essentieel zijn voor de vrijheid van ons allemaal? Gelukkig is het nog niet zo erg als in Turkije waar de president kennelijk geen tegenspraak duldt van de pers. Waar de president blijkens een column van Carolien Roelants in NRC Handelsblad van een paar jaar geleden op de vrijlating door het Constitutionele Hof van hoofdredacteur Dündar en bureauchef Gül van de krant Cumhuriyet zou hebben gereageerd met: “Ik hoef dit niet te accepteren, dat wil ik duidelijk maken. Ik gehoorzaam noch eerbiedig dit besluit”. Nu ken ik het Turkse constitutionele recht niet,

⁷ Zie diens tekst op zijn monument op de Zwanenburgwal in Amsterdam.

⁸ Advies van 13 juli 2015, Stcrt. 2015, nr. 30280 en Kamerstukken II 2015/2016, 34300-VI, nr. 72.

maar ik vrees dat als dit de waarheid is, dit land ver is afgezakt. Gelukkig zie ik dit in Nederland en België niet gebeuren.

De erkenning van fundamentele mensenrechten

Na de Tweede Wereldoorlog is het debat over onvervreemdbare rechten van burgers op gang gekomen. Daar gaat het bij uitstek om bescherming van bedreigden. Wie niet wordt bedreigd, wie niet behoort tot een groepering die wordt aangevallen, tot een categorie die in het verdomhoekje zit, tot een achtergestelde groep, die heeft weinig te vrezen van de staat en zijn medeburgers en bedrijven en instellingen. Maar wie daartoe wel behoort, heeft behoefte aan bescherming tegen inbreuken, tegen aanvallen. De notie van de mensenrechten bestond al geruime tijd. Maar toen, na die verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog, was het besef komen opzetten dat ook in internationaal verband moest worden opgekomen voor zaken als vrijheid van godsdienst, van meningsuiting, van vereniging en vergadering enz. *In het Handvest van de Verenigde Naties kreeg die gedachte gestalte en ook in Europees verband werd daaraan uitdrukking gegeven via het Europees Mensenrechtenverdrag.* In Europa werd er nog een schepje bovenop gedaan door een speciaal internationaal hof te scheppen dat moest toezien op naleving van die fundamentele rechten. Dat werd het in Straatsburg gevestigde Europees Mensenrechtenhof.

Afbeelding 7 Uitgangspunt van de idee van de mensenrechten is dat elke burger waardigheid bezit, dat elke burger aanspraak mag maken en recht heeft op een behoorlijke behandeling, op een eerlijk proces, op vrijheid van beweging en van uitdrukking, op onaantastbaarheid van zijn woning, enz. Voor bedreigden is de erkenning van ieders gelijkheid van groot belang. Men mag niet discrimineren. Er mag geen uitzondering worden gemaakt omdat men zwart is, jood, katholiek, moslim is of omdat men atheïst is. De Nederlandse Grondwet opent daarmee: “Allen die zich in Nederland bevinden,

worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan." Bedreigde groepen kunnen daarin steun vinden. Zo werd de positie van vluchtelingen in het bed, bad en brooddebat door de rechter versterkt: je hebt ook als niet erkende vluchteling recht op een minimale, decente behandeling. Als minderheid kun je ook aanspraak maken op een behoorlijke bejegening. Je hoeft je niet alles te laten weggeven. Ik kom daarop nog terug. Je mag ook je mening uiten en je godsdienst belijden. Je mag niet willekeurig worden opgesloten. *In 2015 vierden we het 800-jarig bestaan van de Britse Magna Carta waarin de zg. Habeas corpus-clausule was opgenomen.*⁹ **Afbeelding 8** *Die hield in dat je niet zo maar mag worden opgesloten en dat je je tot een rechter moet kunnen wenden als je wordt gearresteerd. Het is een oeroud grondrecht waarop menig bedreigde zich heeft beroepen. Ook in uw Grondwet staat dat in artikel 12 verwoord.*

Maar helaas moet ik ook zeggen dat je soms ontstellende dingen leest en hoort: een meisje dat in een MBO-klas zegt dat als ze een kalasnikov had ze alle joden zou doodschieten¹⁰. En over leraren die hun kettinkje met de davidsster maar thuis laten. Hoe ver zijn we gekomen. En waar zijn de politieke leiders die zich ferm hiertegen keren. Ik ben niet de man van de confrontatie, maar van de dialoog. Dat sluit evenwel niet uit dat je soms moet zeggen: en hier is geen compromis mogelijk. Je moet dus niet zeggen dat homo's en anderen die het zwaar te verduren hebben in opvangcentra maar geïsoleerd moeten worden, je moet dus niet zoals in Italië bij het bezoek van Iraniërs geschiedde je cultuurschatten achter een houten bekisting plaatsen omdat een Iraanse bezoeker zich daaraan zou kunnen storen, je moet dus niet zoals de prefect in Lille de verkoop van alcohol verbieden na de aanslag op theater Le Bataclan in Parijs. Je moet overigens dus wel als je als vrouw op bezoek gaat in een

⁹ Sebastiaan Roeling, 800 Jaar Magna Carta, Bergschenhoek 2015.

¹⁰ NRC 2 februari 2016.

Islamitisch land een hoofddoekje dragen. Dat is op gepaste wijze gastvrijheid genieten. Maar het is ongepast gastvrijheid te bieden door je eigen culturele waarden op te geven, zoals in Rome gebeurde.

In één opzicht was ook de reactie op de gebeurtenissen in Parijs van januari 2015 teleurstellend. Terecht keerde men zich tegen de aanval op de vrijheid van meningsuiting. Maar in de schaduw bleef staan dat bij de supermarkt in Parijs mensen waren gedood, alleen omdat ze joods waren. Het is dus niet zo dat als we democratisch zouden besluiten de fundamentele rechten van burgers overboord te zetten, dit maar moet worden geaccepteerd. Nee, onze democratische rechtsstaat houdt in dat we waarden moeten koesteren, waarden die met die fundamentele rechten gestalte krijgen. De democratische rechtsstaat moet zo nodig strijdbaar zijn. We moeten niet achterover leunen en dit type uitlatingen als van het MBO-meisje of van de hooligans die “joden aan het gas” roepen laten passeren.

Soms botsen fundamentele rechten met elkaar. Dat deed zich bijv. voor toen vrouwen betoogden dat de uitsluiting van vrouwen bij de uitoefening van het passief kiesrecht, dus het recht om in een vertegenwoordigend lichaam te worden gekozen, strijdig was met een bepaling in het internationaal Vrouwenverdrag. De Hoge Raad onderschreef die stelling.¹¹ Vrouwen moesten dus wel worden toegelaten. Als gevolg van dit zg. SGP-arrest stelde Lilian Janse zich beschikbaar als lijsttrekker van de SGP Vlissingen voor de gemeenteraadsverkiezingen van 2014. Zij was moedig, want wist heel goed dat haar handelen door haar omgeving niet steeds zou worden toegejuicht. Een mooi voorbeeld van hoe het recht kan helpen bij het gestalte geven aan fundamentele rechten van burgers. Maar een ander aspect speelde hier ook een rol. De SGP beriep zich op de vrijheid van godsdienst. En die hield naar hun mening in dat zij de vrijheid moesten hebben op grond van hun geloof te kiezen voor

¹¹ Hoge Raad 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549.

uitsluitend mannen als hun vertegenwoordigers. De Hoge Raad achtte evenwel het passief kiesrecht van zwaarder gewicht dan de inbreuk die daarmee op de godsdienstvrijheid werd gemaakt. Dergelijke botsingen doen zich ook voor als het gaat om beledigende uitlatingen. Enerzijds kan men aanspraak maken op de vrijheid van meningsuiting. Anderzijds kunnen meningsuitingen anderen kwetsen. Zo kunnen door die uitingen bedreigde groepen betogen dat zij gediscrimineerd worden, dat de uitlatingen oproepen tot haat. Dan wordt vaak in strafrechtelijke procedures de rechter tussenbeide geroepen om enerzijds de vrijheid van meningsuiting en van godsdienst en van levensbeschouwing te waarborgen, maar anderzijds ook om te voorkomen dat de bedreigden zich onveilig voelen. Dat leidt vaak tot moeilijk balanceren. De Hoge Raad heeft zich de laatste tijd genuanceerd hierover uitgelaten.¹² Niet alle uitlatingen die onverdraagzaamheid zouden kunnen bevorderen zijn volgens deze uitspraak zonder meer strafbaar. Maar bij de beoordeling of een uitlating van een politicus wegens de gekozen bewoordingen of de context strafbaar is, moet niet alleen het belang van een vrij publiek debat worden betrokken. Ook de verantwoordelijkheid van de politicus om de democratische rechtsstaat te behoeden en dus niet aan te zetten tot onverdraagzaamheid moet onder ogen worden gezien. Per geval zal de rechter moeten bezien hoe deze weging uitpakt. Enerzijds wordt de vrijheid van meningsuiting overeind gehouden, maar anderzijds wordt de bescherming van bedreigde groepen niet veronachtzaamd. Het ging hier om uitlatingen over homoseksuelen van de lijsttrekker van een nog niet in de gemeenteraad vertegenwoordigde partij via de lokale televisie. Hij zei dingen als: “We hebben te maken met hele agressieve homofiele groepen hier. Zoals die homofielen bij de politie. Weet je, kijk dat, dat moet gewoon weg” en/of “Kijk het zijn die mensen met die seksuele afwijkingen die moeten gewoon eigenlijk bestreden worden door de hetero’s, vind ik.”

¹² Hoge Raad 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583.

Onafhankelijke en onpartijdige rechters

Daarmee zijn we terecht gekomen bij een vierde element van de rechtsstaatgedachte: de instelling van onafhankelijke en onpartijdige rechters tot wie je je in geval van conflict kunt wenden of die te hulp worden geroepen als men de wet overtreedt. Je kunt wel rechten en vrijheden erkennen, maar als je die niet kunt afdwingen, ben je nog geen steek opgeschoten. Het ligt voor de hand: als je het niet met elkaar eens kunt worden of als iemand zich niet aan de afspraken houdt, wend je je tot een derde. Van die derde verwachten we wel dat hij niet de ene partij boven de andere bevoordeelt, dat hij niet nauwe banden onderhoudt met een van de partijen, kortom dat hij onpartijdig en onafhankelijk is. Leest u in dit verband ook het spannende boek *Fortisgate* van Wim van den Eynde.¹³ De ondertitel van het boek van Helmut Ortner, *Moordenaar in toga, Roland Freisler, rechter in dienst van Hitler*, brengt al meteen tot uitdrukking hoe fundamenteel fout de instelling van deze nazi-rechter was.¹⁴ Een paar jaar geleden las ik de geromantiseerde biografie van Georges Picquart **Afbeelding 9**, het hoofd van de afdeling Statistique van het Franse leger (de militaire inlichtingendienst) aan het eind van de 19e eeuw.¹⁵ Hij was nauw betrokken bij de Dreyfus-affaire. Robert Harris beschrijft daarin hoe bewijsmateriaal dat Dreyfus belast aan het einde van een zitting tersluiks aan de president van het militaire gerecht wordt gegeven zonder dat de verdediging daarvan kennis draagt. De president accepteert dat. Daarmee werd het recht op een eerlijk proces van de bedreigde Alfred Dreyfus verkracht. Dat was maar één element van de affaire Dreyfus.

Rechters hebben de opdracht degenen die zich tot hen wenden recht te doen. Recht doen is niet een kwestie van techniek. Natuurlijk, er

¹³ Wim van den Eynde, *Fortisgate*, Van Halewyck, Kalmthout 2016

¹⁴ Helmut Ortner, *Moordenaar in toga*, Just Publishers 2014.

¹⁵ Robert Harris, *De officier, De Bezige Bij*, Amsterdam 2014. Zie ook Christian Vigouroux, *Georges Picquart, dreyfusard, proscrit, ministre*, Dalloz, Paris 2009.

zit ook een ambachtelijke kant aan het rechtersambt. De rechter behoort de wet en de jurisprudentie te kennen, het systeem niet te veronachtzamen. Dat is voor een stabiele samenleving hoogst noodzakelijk. Maar hij is er juist ook om vorm te geven aan het recht als mensen menen onrecht te zijn, als ze worden bedreigd door machthebbers of door medeburgers bij de uitoefening van hun rechten. Dan moet de rechter in alle onpartijdigheid en onafhankelijkheid recht doen. De Franse magistraat Éric de Montgolfier schreef een boek onder de titel “Le devoir de déplaire”, de plicht te mishagen.¹⁶ **Afbeelding 10** Daarmee bedoelde hij te zeggen dat rechters de plicht hebben ook als dat de overheid of grote groepen medeburgers niet bevalt, rechtvaardigheid te betrachten. Dat betekent dat een rechter moet vrijspreken, als zijn rechtsoordeel hem dat gebiedt, ook al vindt iedereen dat barbertje moet hangen, en omgekeerd dat hij moet veroordelen ook al eist de samenleving vrijspraak. De rechter is geen marionet van de regering of van spraakmakende groepen in de samenleving. De Hoge Raad heeft een paar jaar geleden de staat verantwoordelijk gehouden voor de verwijdering van twee Bosniërs uit de enclave Srebrenica op een moment dat duidelijk was dat dit tot hun dood zou leiden. Zo was vastgesteld. Dat leidt tot schadevergoeding door de staat. Die beslissing viel natuurlijk niet goed bij de staat, inclusief de krijgsmacht. Toch moet je als rechter niet aarzelen dit te doen als gemeten naar de maatstaven van het recht die aansprakelijkheid bestaat. Ik legde dit kort daarna op een conferentie van vooraanstaande juristen in Berlijn uit. Daarop volgde de reactie van een Spaanse advocaat die me zei: jullie hebben wel echt onafhankelijke rechters. Het was een compliment voor iets wat normaal is.

¹⁶ Éric de Montgolfier, *Le devoir de déplaire*, Michel Lafon, Neuilly sur Seine 2006.

Slotopmerkingen

De rechtsstaat behoort niet alleen een papieren verschijnsel te zijn, zij behoort in het dagelijks leven gestalte te krijgen. Wetgevers, bestuurders en rechters dienen daaraan een bijdrage te leveren. Maar dat geldt ook voor burgers. Ook zijn behoren niet te discrimineren, sollicitanten uit bedreigde groepen eerlijke kansen te geven, zich niet onnodig kwetsend uit te laten over bedreigde groepen en andere medeburgers. Het doet me denken aan een uitlating van de enkele jaren geleden overleden Amerikaanse opperrechter Antonio Scalia:

“Elke bananenrepubliek (...) heeft een grondwet waarin individuele rechten zijn opgesomd; ... ‘Zonder scheiding der machten betekent zo’n document niks: *‘words on paper’*. ‘Het voormalige Evil Empire (de Sovjet-Unie) had letterlijk een veel betere grondwet, maar dat verhoedde niet dat alle macht in één hand terecht kwam en dan is het *“game over”*’, zo ging hij verder.

Kortom je hebt weinig aan al die mooie uitgangspunten waaronder de leer van het machtsevenwicht, als je niet innerlijk bent overtuigd van de betekenis ervan en bereid bent daarnaar te handelen en dat ook daadwerkelijk doet.

Het is vaak balanceren in de rechtsstaat. Enerzijds daadkrachtig optreden tegen terrorisme, anderzijds iedereen insluiten in de samenleving, enerzijds niet discrimineren, anderzijds ruimte geven aan afwijkende opvattingen ook al bevallen die je niet. De rechter wordt daarmee vaak geconfronteerd. Hij moet beslissen of in het concrete geval een discriminerende uitlating wel of niet is toegelaten, of een belediging van een vreemd staatshoofd nog net wel door de beugel kan. De rechter moet ook oog hebben voor de veiligheid. Hij is niet eenzijdig gericht op één enkel belang. Essentie van zijn taak is afwegen, afwegen van belangen, rangorde aanbrenge in waarden.

Zoals Aharon Barak, de voormalige president van het Israëlische Hooggerechtshof in zijn boek « The judge in a democracy” zei over de taak van de rechter: “bridging the gap between law and society”, een brug slaan tussen recht en samenleving.¹⁷

¹⁷ Aharon Barak, *The judge in a democracy*, Princeton University Press, Princeton and Oxford 2006 p. XVII.

