Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Marc Hertogh, De levende rechtsstaat. Een ander perspectief op recht en openbaar bestuur, Utrecht: Lemma 2002, 135 p.; Sophie van Bijsterveld, The Empty Throne. Democracy and the Rule of Law in Transition, Utrecht: Lemma 2002, 378 p.

Eind 2002 is de discussie over de positie van de rechtsstaat opnieuw leven ingeblazen door het verschijnen van de gedegen studie van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *De toekomst van de nationale rechtsstaat*. Daarin analyseert een projectgroep van de WRR onder leiding van Schuyt de actuele waarden van de rechtsstaat (zie ook Huls in *R&R* 2003/1). Na een turbulent politiek jaar waarin op verschillende manieren rechtsstatelijke aspecten van onze samenleving in het geding waren, variërend van een politieke moord, een corruptieschandaal waarbij overheid en bouwwereld betrokken zijn en controversiële strafrechtelijke kabinetsvoornemens, komen publicaties over de dynamiek in de rechtsstaat goed van pas. Niet enkel de definitie van het begrip rechtsstaat is in het geding. Ook de juridisch-politieke en de rechtstheoretische achtergronden van verwante juridische begrippen zoals de trias politica, de beginselen van behoorlijk bestuur en de constitutionele uitgangspunten van de natie-

staat staan in het licht van de onderzoeksaandacht. De aandacht voor de fundamentele uitgangspunten van de klassieke rechtsstaatgedachte kan geen kwaad, zeker niet als die uitgangspunten, bijvoorbeeld de reikwijdte van artikel 1 van de Grondwet of de legitimiteit van het bestuurlijke handelen, voorwerp zijn geworden van felle discussies tussen verschillende groepen burgers. De schrijvers van het WRR-rapport hebben een intrigerende studie geschreven waarin de rechtsstaatgedachte vanuit een dubbele focus – de Anglo-Amerikaanse en continentale traditie – getransponeerd wordt naar de actualiteit van de Nederlandse verhoudingen en Europese perspectief. De conceptuele structuur van de rechtsstaat is als het ware de minimale voorwaarde en soms ook de buffer om de dynamiek van de juridische werkelijkheid te constitueren. De WRR-commissie Schuyt hanteert daarvoor een gelaagd rechtsstaatbegrip. De vier lagen van het begrip zijn onderscheiden naar: grondidee, rechtsbeginselen, staatsinrichting en wettelijke regelingen en gedrag, regels en rechtsbeslissingen. En hoewel het geen 'essentieel omstreden begrip' is, wordt de betekenis van het concept rechtsstaat gekleurd door subjectiviteit. Door die betekenisvariatie laat het begrip zich mede karakteriseren in termen als 'aspirativiteit' en 'flexibiliteit'. De basiskenmerken van de klassiek liberale rechtsstaat waarover onder juristen vrijwel algemene consensus bestaat worden onderverdeeld in vier elementen, te weten, het legaliteitsbeginsel, de machtenverdeling, de onafhankelijke rechterlijke macht en de grondrechten. De klassiek liberale rechtsstaat wordt in de studie van WRR-commissie Schuyt 'opgevat als de staatsvorm die de overheid aan het recht bindt door de grondrechten te erkennen, voor het overheidsoptreden een grondslag in de wet te verlangen, een machtenscheiding tussen wetgever, bestuur en rechter tot stand te brengen, en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te garanderen', waarbij het democratische element gestalte krijgt via het legaliteitsbeginsel, dat toeziet op de legitimatie van overheidsingrijpen. De WRR-studie biedt talloze aanknopingspunten om het rechtsstatelijke debat meer te laten zijn dan een mijmering bij een verstild monumentaal grachtenpand dat nodig gerenoveerd moet worden, maar waarvan de architect met sabbatical is.

Dit artikel is afkomstig van de website van het Instituut voor Publiek Bestuurlijk Onderzoek van Bronnen in Bestuurswetenschappen bezoeker

Zowel in de hier te bespreken publicaties als in het WRR-rapport staat min of meer de Anglo-Amerikaanse invalshoek met betrekking tot het begrip rechtsstaat centraal. Het concept rechtsstaat wordt in het WRR-rapport weliswaar onderscheiden van het begrip rule of law, maar in de uitwerking tendeert de beschrijving, de waardering en het toepassingsbereik van de rechtsstatelijke waarden en begripsvorming voornamelijk naar de Anglo-Amerikaanse traditie. Het omvangrijke Duitse gedachtegoed over de rechtsstaat wordt grotendeels buiten beschouwing gelaten en het op het Franse recht georiënteerde rechtsstaatbegrip komt niet eens ter sprake.

De Europese-continentale traditie is aldus jammer genoeg te eenzijdig geïnterpreteerd, wellicht dat de focus op dat punt nog bijgesteld kan worden in het voortschrijdende debat.
Twee Tilburgse wetenschappers, de rechtssocioloog Marc Hertogh met zijn studie naar *De levende rechtsstaat* en de publiekrechtjuriste Sophie van Bijsterveld in *The Empty Throne. Democracy and the Rule of Law in Transition* bieden ieder afzonderlijk een interessante kijk op het groeiende debat rond de rechtsstaat. Zowel Hertogh als Van Bijsterveld is op zoek naar nieuwe termen, uitdrukkingen, begrippen, en trachten op ambitieuze wijze de veranderingen in de rechtsstaat en democratie te duiden en in een 'nieuwe' visie te vatten. Beiden hanteren de metafoor van de architectuur ter introductie van hun onderwerp.

Dit artikel is afkomstig van www.rechtstreeks.nl. Het is voor u als bezoeker van de website niet toegestaan de inhoud ervan te verspreiden

Marc Hertogh benadert in zijn boek *De levende rechtsstaat* het concept rechtsstaat vanuit een rechtssociologisch vertrekpunt. Hij kiest voor een afstandelijk toeschouwersperspectief waar de kritiek van het bestuur op de juridische invulling van de rechtsstaat de leidraad is. Hertogh wil daarmee de weg openen om via de acceptatie van de praktijk van het horizontaal besturen in de rechtsstaat de rechtsstaat zelf te veranderen. Zijn keuze is ingegeven door de aanhoudende kritiek van burgers en ambtelijk bestuurlijke kringen op de weerbarstige grenzen van de juridische werkelijkheid in de huidige rechtsstaat. Op een gedramatiseerde wijze introduceert hij de stand van zaken. In een vlotte stijl schetst hij een rechtsstaat die weliswaar rechtsstatelijke waarden in zich draagt zoals juristen dat grosso modo zien, maar die bij nadere beschouwing toch eerder gekenschetst kan worden als een bureaucratische rechtsstaat. Hertogh zet hoog in en ondanks dat hij herhaaldelijk schrijft dat hij geen standpunt wil innemen en dat zijn analyses zouden moeten leiden tot het boekstaven van een nieuw empirisch ideaal van de rechtsstaat, is zijn introductie allesbehalve neutraal. Op pagina 19 schrijft hij, het gedachtegoed van Witteveen en Bovens navolgend, dat de discussie over de gevolgen van het horizontaal bestuur voor de hernieuwde vormgeving van de rechtsstaat een opmerkelijk eenzijdig verloop kent.
'De rechtsstaat', aldus Hertogh, 'is als een herenhuis vol beginselen en argumenten'. 'Maar in het huidige debat over het huis van de rechtsstaat,' zo vervolgt hij,

> 'komen alleen de architecten en niet de (andere) bewoners aan het woord. Die bewoners zijn natuurlijk de burgers, maar ook de vertegenwoordigers van het openbaar bestuur. Zoals bleek, hebben zij hun eigen opvattingen over hoe de meest gewenste definitie van de rechtsstaat zou moeten luiden. Door hun kritiek consequent te bagatelliseren, te dramatiseren en te diskwalificeren worden hun opvattingen echter buiten de discussie gehouden. Rechtswetenschappers, filosofen, juristen en andere juridische architecten vertellen hoe in hun ogen het huis van de rechtsstaat moet worden ingericht, maar burgers en bestuurders – die

uiteindelijk in dat huis moeten gaan wonen – komen hierover nauwelijks aan het woord.'

Deze stelling illustreert Hertogh aan de hand van korte citaten uit tijdschriften zoals *Trema, Binnenlands Bestuur, Nederlands Juristenblad* en het *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht*, waar in 1997 negen à tien juristen reageerden op het rapport *Bestuur in geding* van de werkgroep-Van Kemenade. Dat rapport heeft nogal wat stof doen opwaaien in politiek-bestuurlijk Nederland. Juristen beoordeelden rechtsstatelijke uitgangspunten

Dit artikel is afkomstig van www.renr.nl. Auteursrechten zijn van toepassing op dit artikel. Gebruik voor uw eigen onderzoek

van de natie in de ogen van Hertogh op elitaire wijze, zonder rekening te houden met die 'ambtenaren, burgers en bedrijven'. Hij wil in het voetspoor van de bevindingen van de werkgroep-Van Kemenade opkomen voor de burger en de bestuurder. Zijn boek is dan ook eerder een aanklacht aan het adres van juristen, rechtswetenschappers en filosofen die geen oog zouden hebben voor bestuurlijke 'resultaatsgerichtheid, contextualiteit en omgevingsgerichtheid', en daarvoor in de plaats enkel geïnteresseerd zijn in de 'legaliteit, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid'. Wie wat aandachtiger naar de bronnen van Hertogh kijkt ziet dat het vrijwel steeds niet-juristen zijn die hun wetenschappelijke visie op het concept van de rechtsstaat trachten te verklaren. Dat komt de argumentatieve kracht van het boek niet ten goede, zeker niet omdat daardoor de keuze voor het 'bestuurskundige' standpunt nog krachtiger de beperkte invalshoek toont.

Aanstekelijk in het boek *De levende rechtsstaat* is de introductie van twee rechtssociologische denkwijzen die in de vorige eeuw het denken over het recht onmiskenbaar beïnvloed hebben. Roscoe Pound en Eugen Ehrlich waren bij uitstek de coryfeeën die aan de juridische discipline kritische vragen stelden. Vragen die de vanzelfsprekendheden in de juridische wetenschap bloot legden. Het gedachtegoed van Pound krijgt de nodige aandacht, maar met name Ehrlich die wat onbekender is gebleven volgens Hertogh wordt in de schijnwerpers gezet. Ondanks dat Ehrlich's 'project' wat minder lucide was in het onderscheid tussen rechtssociologie en rechtstheorie, kiest Hertogh voor de introductie van dat denkmodel. Voor het verklaren van belangrijke maatschappelijke verschijnselen en processen is Ehrlich's sociologisch empirische model zijns inziens een goed uitgangspunt. Ehrlich benadrukte dat zijn onderzoek naar waarden, beelden, en waardeoriëntaties in het recht gebaseerd moest zijn op de hantering van alledaagse bronnen (kranten). Onderzoeksinformatie die ook vergaard kon worden door het afnemen van interviews of door op actieve wijze gestalte te geven aan participerende observatie. Die rechtssociologische methodiek brengt de levende rechtsstaat tot voorbij de voordeur, maar heeft als nadeel dat het onderzoeksmateriaal zeer omvangrijk zou moeten zijn, wil men daar gefundeerde conclusies uit kunnen trekken. Hertogh kiest in zijn onderzoek naar het bestaan van de *communicatieve rechtsstaat* onomwonden voor Ehrlich's

methodische aanpak. Maar wie op basis van 'beelden van goed bestuur in personeelsadvertenties' de relatie tussen bureaucratie en rechtsstaat wil doorgronden en dan daar het begrip communicatief bestuur aansprekend op aan wil laten sluiten, dient zeker te zijn dat de onderzoeksgegevens representatief en niet fragmentarisch en al te momentaan zijn. Juist op dat punt slaat de twijfel toe. De deelstudies waarop de aanname van het rechtsstatelijke denkraam in communicatieve zin gebaseerd is, zijn ontoereikend om de falsificatie van de officiële definitie van de rechtsstaat te proclameren. Hertogh schrijft aan het einde van zijn studie:

Dit artikel is in Nederlandse taal geschreven en beschermd door auteursrechten en is juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> 'Interviews, observaties en dossieronderzoek worden hierbij niet ingezet om in de praktijk zoveel mogelijk steun te vinden voor de gangbare invulling van de rechtsstaat, maar zijn juist gespitst op eventuele aanwijzingen die wijzen op alternatieve definities. De rechtsstaat is in dit onderzoek de afhankelijke variabele. Empirisch onderzoek naar de levende rechtsstaat benadrukt bovendien het menselijke gezicht van de rechtsstaat. Veel bestaand onderzoek is alleen geïnteresseerd in de effecten van de officiële rechtsstaat zoals die zijn uitgewerkt in wet- en regelgeving en heeft daarom een wat instrumentalistisch karakter. In de levende rechtsstaat staat daarentegen het sociale proces van bestuurlijke en "ambtelijke rechtsvinding" centraal.' (p. 113-114)

Maar dan mag de jurist mijns inziens wel een breed spectrum aan onderzoeksresultaten verwachten en niet een enkele enquête, een inhoudsanalyse van een onderzoek naar gemeentelijke personeelsadvertenties of een evaluatieonderzoek van een probleembuurt. Het juridische rechtsstatelijke concept is complexer, biedt ruimte voor andere invullingen en is daarmee een dynamisch begrip en wordt daarom nu juist gedefinieerd als een 'gelaagd' begrip.

Sophie van Bijsterveld, die een constitutionalistisch perspectief hanteert, tracht drie fundamentele rechtsbeginselen van die levendige rechtsstaat te analyseren en van een nieuwe interpretatie te voorzien. In haar publicatie komen de pijlers van de rule of law of de rechtsstaat aan de orde. Het rechtsstatelijke grondmotief krijgt voor haar perspectief als zij de beginselen zoals mensenrechten, democratie en de heerschappij van het recht nader analyseert. De huidige klassieke natiestaat die gefundeerd is op nationale constitutionele regels en regelgeving, staat volgens Van Bijsterveld op gespannen voet met de traditionele uitleg van die beginselen. De samenleving vraagt om nieuwe concepten, omdat de context van de klassieke natiestaat ontoereikend zou zijn voor de adaptieve inrichting van de globaliserende statelijke verbanden. Een thema dat de Franse schrijver Jean-Marie Guéhenno in zijn *La Fin de Democratie* al eens in krachtige bewoordingen helder heeft gemaakt.

Van Bijsterveld thematiseert in zes hoofdstukken de overgangssituatie waar de democratie en de rechtsstaat zich volgens haar in bevinden. Vanuit staatsrechtelijke, soms internationaal publiekrechtelijke optiek behandelt zij in de hoofdstukken 'A Shifting Perspective: Accountability and Ministerial Responsibility', de ministeriële verantwoordelijkheid, in 'Of Persons and Policy Processes: The Separation of Powers in a New Light, de machtenscheiding, en in 'Coping with the Will of the People: Responsiveness, Dialogue and Parliamentary Democracy' wordt de parlementaire democratie besproken. In het overmatige hoofdstuk 'The Normative Frame: The Return of Natural Law', is de herleving van het natuurrecht onderwerp van analyse. Het beginsel van de legitimiteit dat aan de orde is in 'Legitimacy' sluit inhoudelijk aan op het natuurrechtelijke hoofdstuk. Het boek wordt afgesloten met een gesynthetiseerde vraagstelling die behandeld wordt in 'A New Constitutionalism?'

Dit artikel van Nederlands Tijdschrift voor Bestuurskunde is gepublicerd door Boom Juridische uitgevers, is beschikbaar op www.boomonline.nl/zoeker

In 'A Silent Revolution: Transparency and the Rule of Law', het tweede hoofdstuk, en 'Of Persons and Policy Processes: The Separation of Powers in a New Light', het vierde hoofdstuk, tracht zij de rechtsstatelijke veranderingen in beeld te brengen. Haar vooral Angelsaksische benadering van de rechtsstaat maakt haar analyse problematisch. Van Bijsterveld maakt niet of nauwelijks onderscheid tussen de concepten 'Rule of Law' en 'Rechtsstaat'. Indien zij nadrukkelijker naar de herkomst van het begrip rechtsstaat had gekeken, was zij op grond van de historiciteit van het begrip en de daarin geïnternaliseerde waarden niet zo snel tot de overtuiging gekomen dat een volgens haar nauwelijks definieerbaar begrip als 'transparency' een 'strong candidate for a redefinition of the rule of law' (p. 63) zou zijn. In de Duitse literatuur wordt bij de hantering van het concept rechtsstaat de nadruk gelegd op grondrechten, machtenscheiding, onafhankelijke rechtspraak, de wetmatigheid van het bestuursoptreden, de voorzienbaarheid van de machtsuitoefening van de overheid en de rechtszekerheid, terwijl met het begrip rule of law meer een accent ligt op de eis dat degenen die overheidsmacht uitoefenen dat in gebondenheid aan het recht doen. Het concept rule of law is verwant aan het rechtsstaatbegrip, maar dient wel in de context van de Angelsaksische rechtsstelsels en de geschiedenis daarvan gelezen te worden. Naast de ontwikkelingslijnen die voortkomen uit de werken van Locke, Montesquieu, Kant, Rousseau, zouden ook Wolff, Mohl, Welcker, von Aretin, Stahl, von Stein, Laband, Heller, Forsthoff en Böckenförde in deze context gelezen moeten worden. Böckenförde formuleert in zijn artikel 'Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriff' uit 1969 onomwonden dat op conceptueel niveau het begrip 'Rechtsstaat', 'eine dem deutschen Sprachraum eigene Wortverbindung und Begriffsprägung (ist), die in anderen Sprachen so keine Entsprechung findet. Auch die Sache, die mit diesem Begriff bezeichnet werden soll, ist eine Hervorbringung des deut-

schen Staatsdenkens', en zo voegt hij er aan toe: 'Die "rule of law" im angelsächsischen Recht ist keine inhaltlich parallele Begriffsbildung, und die französische Rechtssprache kennt überhaupt keine vergleichbare Wort- und Begriffsbildung.' Naast deze conceptuele beperkingen om rule of law en rechtsstaat willekeurig door elkaar te gebruiken, zou het vooral in het kader van de Europese juridische ontwikkeling goed zijn indien nieuwe rechtsstatelijke terminologie zoals Van Bijsterveld die tracht op te sporen gecontrasteerd wordt met de bestaande juridische begrippen. Een dergelijke begripsmatige analyse van bijvoorbeeld 'transparency' en 'the principle of legality' kan met name dienstig zijn om het clichématige van veel gehanteerde begrippen en uitdrukkingen te doorbreken, maar ook om modieus taalgebruik te voorkomen. De verschillen tussen het begrip rule of law en rechtsstaat zijn significant en beïnvloeden de analyse van democratie, rechtsstaat, natiestaat, burgerschap en verwante juridische entiteiten.

Dit artikel is beschikbaar onder de Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivatives License, ten behoeve van de bezoeker

Van Bijsterveld introduceert in *The Empty Throne* begrippen als 'transparency', 'accountability', 'the new separation of powers', 'responsiveness' en 'dialogue' op een nogal achteloze wijze. De veelvuldige herhaling van de bewering dat het begrip 'transparency', volgens haar moeilijk definieerbaar, in de plaats gesteld kan worden van legaliteit werkt averechts en doet de glans van de argumentatie verbleken. Enkel stellen dat het begrip rule of law aan verandering onderhevig is, en dat die transformatie zo aardig omschreven kan worden met het concept 'transparency', is op zichzelf een aantrekkelijke gedachte, zij het dat de onderbouwing daarvan dan niet aan de oppervlakte kan blijven. Wie de analyses bestudeert van de machtenscheiding vraagt zich onwillekeurig af waarom Montesquieu's en Lockes gedachtegoed zonder enige verwijzing naar hun eigen werk beschreven wordt? Van Bijsterveld heeft zich goed gedocumenteerd maar in veel gevallen is de verwijzing naar literatuur zonder exacte paginaverwijzing ontoereikend om haar verwerking van ideeën te traceren. Dat klemt temeer omdat de inzet van de studie de constatering van een breuk in de ontwikkeling van klassieke juridisch-politieke thema's is.

Het poneren van een nieuwe theorie is geen sinecure. Om het met de woorden van Danilo Zolo – schrijver van *Democracy and Complexity* (1992) – te zeggen: het is een 'risky intellectual exercise'. Wat ik mis in de boeken van Hertogh en Van Bijsterveld is een diepgaande problematisering. De mate van complexiteit die bij een thema als de rechtsstaat of democratie hoort, vereist een nauwkeurige theorievorming, niet omdat zoiets salonfähig zou zijn maar omdat de begripsvorming, de theoretische achtergronden, de juridische en politieke consequenties dat vragen. Het op thematisch systematische wijze onderzoeken van concepten die de kern raken van de Europese gedemocratiseerde rechtsstaat is zeker de moeite waard.

Het loont zeer om het WRR-rapport en de twee publicaties in onderlinge samenhang te lezen. De theoretische zoektocht biedt voor juristen veel

Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

aanknopingspunten hun eigen denken te toetsen, eventueel bij te stellen of preciezer te funderen, maar bovenal scherpt het door die confrontatie van visies het juridisch analytische vermogen. Ideeënvorming rond democratie en rechtsstaat waar actuele spanningen ervoor zorgen dat het debat over deze begrippen, denkwijzen en entiteiten levendig gehouden wordt, blijft waardevol; dat maken de studies van Hertogh en Van Bijsterveld weer eens duidelijk. Een brede studie naar de begripsvorming van ideeën rond democratie en rechtsstaat met name vanuit Europees perspectief is meer dan wenselijk. Want dat juridische concepten de samenleving hevig kunnen beroeren, het omgekeerde is uiteraard eveneens het geval, bewijst de dynamiek rond verschillende constitutionele uitgangspunten – soevereiniteit, legaliteit, machtsverhoudingen, harmonisatie, begrotingsdiscipline – in de Europese verhoudingen maar al te goed. Wie nadenkt over de gebruikte metafoor van het grachtenpand dat aan renovatie toe is, kan nog het beste bij Heidegger te rade gaan. Hij sprak meer dan vijftig jaar geleden in een lezing te Darmstadt 'Bauen Wohnen Denken', al over het idee dat men de architectuur als verschijnsel zou moeten onderbrengen onder de dingen waarnaar men vragen stelt en waarover men nadenkt. Het huis van de rechtsstaat 'verbouwen' is een complex proces; dat vraagt in een dynamische samenleving om een grondige reflectie.

B.F. Beljaars (Rotterdam)