

Commentaar

Export van de rechtsstaat

Ronald Janse*

Op 18 december 2006 neemt de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties een resolutie aan over de 'rule of law at the national and international levels' (A/res/61/39). De resolutie stelt vast dat vele organen, afdelingen, lichamen en fondsen binnen de VN bezig zijn met de bevordering van de rechtsstaat op internationaal en nationaal niveau. De secretaris-generaal wordt verzocht een inventarisatie van al deze activiteiten te maken en een rapport op te stellen over hoe deze activiteiten beter gestroomlijnd en ge-coördineerd kunnen worden. Verder wordt hem verzocht een speciale 'rechtsstaat coördinatie en assistentie eenheid' op te richten, een idee dat afkomstig is uit zijn rapport *In larger freedom: Towards development, security and the rule of law* uit 2005 (A/59/2005, para. 137) en dat vervolgens omarmd is tijdens de Wereldtop in hetzelfde jaar. Vlak voor de aanvaarding van de resolutie, op 14 december 2006, verschijnt van de secretaris-generaal het rapport *Uniting our strengths: Enhancing UN support for the rule of law* (A/61/636-S/2006/980). Daarin wordt onder meer de oprichting aangekondigd van de 'Rule of Law Coordination and Resource Group' binnen het secretariaat. De bevordering van de rechtsstaat op nationaal en internationaal niveau staat dus hoog op de agenda van de VN.

De VN is niet uniek. De versterking en bevordering van de rechtsstaat op nationaal niveau – ik laat de internationale rechtsstaat verder buiten beschouwing – is een verschijnsel dat omstreeks twintig jaar geleden begonnen is en dat inmiddels is uitgegroeid tot een miljardenindustrie waarin meer dan vijfhonderd staten, internationale organisaties, gouvernementele en non-gouvernementele organisaties, beroepsorganisaties en private fondsen een rol spelen als donoren. Om wat voorbeelden van donoren te noemen: Canada, Japan, Raad voor Europa, Open Society, American Bar Association, Commonwealth, Wereldbank, American Peace Institute, International

* Universitair hoofddocent rechtstheorie, Universiteit Utrecht.

Development Law Organisation.

Want voor de goede orde: bij rechtsstaatbevordering op nationaal niveau moet men niet denken aan maatregelen die gericht zijn op westerse staten, hoezeer versterking van de rechtsstaat daar wellicht ook nodig is. Het gaat om export van de rechtsstaat naar staten en gebieden waarin de rechtsstaat tot voor kort afwezig was of nog steeds is. Naar ontwikkelingslanden, post-communistische staten en post-conflictgebieden, zoals de gangbare aanduidingen luiden. Daaronder valt zo ongeveer de hele wereld, met uitzondering van West-Europa, Noord-Amerika, Australië, Nieuw-Zeeland en Japan.

Niet minder indrukwekkend dan het aantal donoren en ontvangende landen is de diversiteit van activiteiten en programma's die onder de noemer van rechtsstaatbevordering worden uitgevoerd. Het opleiden van rechters; de bouw van gevangenissen en gerechtsgebouwen; de oprichting van beroepsorganisaties voor rechters en advocaten; het vervaardigen van nieuwe wetten, constituties en hele stelsels van bijvoorbeeld straf(proces)recht; het aanmoedigen van staten om internationale verdragen te ratificeren en implementeren; het vervaardigen van educatief materiaal over recht dat gebruikt wordt in het lager en middelbaar onderwijs; het faciliteren van een radioprogramma waarin gewone burgers hun problemen kunnen voorleggen aan een juridisch expert; het faciliteren van verkiezingen; hulp verlenen bij het verstrekken van leningen; maatregelen tegen mensensmokkel, drugs-handel en witwaspraktijken; de oprichting van 'small claims courts', rechtsbijstandsfaciliteiten en informele geschillenbeslechtsmechanismen; en ga zo maar door.

Vanwaar deze geweldige en kostbare inspanningen om de rechtsstaat te exporteren naar andere landen? Daarop geven donoren verschillende antwoorden. Om de meest voorkomende te noemen: de bevordering van respect voor mensenrechten; armoedebestrijding; strijd tegen het terrorisme, grensoverschrijdende criminaliteit en milieuvervuiling; de bevordering van democratie; de bevordering van naleving van het internationale recht. De rechtsstaat geldt op het ogenblik in brede kring als een magische toverdrank die alle wereldproblemen kan oplossen, schrijft Rachel Kleinfeld Belton zonder veel overdrijving in haar bijdrage aan de door Thomas Carothers geredigeerde bundel *Promoting the Rule of Law Abroad; In Search of Knowledge* (2006), een van de eerste boeken waarin getracht wordt de contouren, paradigma's en problemen van de *rule of law-beweging* van de afgelopen twee decennia in kaart te brengen. Dezelfde conclusie kan men trekken na lezing van de twee andere recent verschenen overzichtsboeken: *The New Law and Economic Development; A Critical Appraisal* (2006) van David M. Trubek en Alvaro Santos en *Can Might make Rights? Building the Rule of Law after Military Operations* (2006) van Jane Stromseth e.a.

Het is natuurlijk buitengewoon lastig om te beoordelen of de export van de

rechtsstaat inderdaad leidt tot de gewenste effecten en het zal ongetwijfeld nog jaren, zo niet decennia duren voordat hierover empirisch gefundeerde conclusies getrokken worden. Men zou verwachten dat donoren nu wel al een antwoord kunnen geven op een voor de hand liggende voorvraag: waaruit bestaat de rechtsstaat eigenlijk die geëxporteerd wordt? Hierover heerst echter veel verwarring, blijkt onder meer uit academische studies zoals de zojuist genoemde publicatie van Kleinfeld Belton en uit rapporten uit de kring van donoren, zoals het boeiende *Rule of Law Reform in Post-Conflict Countries; Operational Initiatives and Lessons Learnt* dat Kirsti Samuels in 2006 publiceerde in opdracht van de Wereldbank (maar dat niet als officiële publicatie van deze organisatie geldt). Donoren hanteren een 'know-it-when-I-see-it'-benadering, ook wel een olifant-in-de-kamerbenadering genoemd: er kan geen misverstand bestaan over wat de rechtsstaat is. Dat veel donoren moeten toegeven dat zij nauwelijks meten en weten of hun geldverslindende projecten leiden tot een merkbare totstandkoming of versterking van de rechtsstaat heeft voornamelijk niet geleid tot een sterke drang tot conceptualisering.

Er spelen hier ten minste twee moeilijkheden. De eerste zou men misschien het beste dogmatisch kunnen noemen: de rechtsstaat is een stelsel van waarden, instellingen en regels die in behoorlijke mate verschillen per land en rechtssysteem. Dat de term *rule of law* hier zonder enige toelichting vertaald wordt met rechtsstaat, bijvoorbeeld, kan natuurlijk eigenlijk niet door de beugel, omdat de eerste term in de *common law* traditie wortelt en de tweede in de *civil law* traditie en omdat dit nogal wat uitmaakt, zoals helder uitgelegd wordt door Rainer Grote in zijn bijdrage 'Rule of law, Rechtsstaat and Etat de droit' aan de door Chr. Starck geredigeerde bundel *Constitutionalism, Universalism and Democracy; A Comparative Analysis* (1999) en door J.A. van Schagen in zijn bijdrage aan de door Leonard Besselink en Henk Kummeling geredigeerde bundel *Grenzen aan grenzenloosheid* (1998). Om iets te noemen dat voor rechtsstaatbevordering niet zonder belang is: terwijl de term rechtsstaat in Nederland betrekking heeft op de verticale verhouding tussen burgers en overheid, heeft de term *rule of law* in de Verenigde Staten tevens betrekking op de horizontale verhouding tussen burgers onderling: de *rule of law* is niet alleen een zaak van strafrecht, staatsrecht en bestuursrecht, maar evenzeer van verbintenissenrecht. Vanwege deze verschillen kunnen gemakkelijk communicatiestoornissen ontstaan tussen donoren onderling of tussen donoren en ontvangende landen en kunnen in het kader van rechtsstaatbevordering stukken wetgeving of praktijken worden geëxporteerd die gedoemd zijn te mislukken, omdat het ontvangende land een rechtssysteem of bestaand rechtssysteem heeft dat vreemd is aan dat wat de donor exporteert. Er zijn tal van anekdotes die aangeven dat dit laatste regelmatig voorkomt.

Een deel van de moeilijkheden die voortkomen uit per land en rechtsstelsel verschillende noties van rechtsstaat en *rule of law* kan worden opgelost wanneer men beseft dat vele wegen naar Rome leiden. Dat wil zeggen: de rechtsstaat of *rule of law* is een ideaal dat bestaat uit bepaalde waarden (rechtszekerheid bijvoorbeeld) en heel algemene regels (verbod op terugwerkende kracht) en instellingen (onafhankelijke en onpartijdige rechter, of misschien beter want neutraler gezegd: geschillenbeslechters), waarmee tal van verschillende specifieke regels en instellingen verenigbaar zijn. Donoren moeten beseffen dat de specifieke rechtsstaat waarmee zij vertrouwd zijn niet per se geschikt is om de rechtsstaat te bevorderen in andere landen en zij moeten openstaan voor de mogelijkheid dat het ideaal van de rechtsstaat op andere wijze verwezenlijkt kan worden.

Daarmee stuiten we op de tweede moeilijkheid: wat houdt dat ideaal eigenlijk in? Dit is een kwestie van rechtstheorie en zoals de lezer van dit tijdschrift bekend is, zijn er verschillende opvattingen. Deze kunnen handzaam worden onderverdeeld in brede/materiële/dikke concepties en smalle/formele/dunne concepties, zoals bijvoorbeeld Brian Tamanaha heeft gedaan in hoofdstuk 7 en 8 van zijn *On the Rule of Law; History, Politics, Theory* (2004). In hoofdzaak komt het verschil erop neer dat het in de tweede variant niet uitmaakt wat de inhoud is van de regels van het recht die de betrekkingen tussen burgers en tussen burgers en overheid beheersen. Anders gezegd: in de tweede variant is respect voor mensenrechten niet vereist. Of dit in alle scherpheid kan worden volgehouden, valt zeer te betwijfelen, zoals bijvoorbeeld N.W. Barber heeft laten zien in zijn 2004 in *Ratio Juris* (vol. 17, nr. 4, 474-88) verschenen artikel 'Must legalistic conceptions of the rule of law have a social dimension?' Maar dit terzijde.

Binnen beide categorieën kunnen verdere onderscheidingen worden aangebracht. Zo verdedigt Joseph Raz in zijn beroemde artikel 'The rule of law and its virtue' een formele conceptie van de rechtsstaat, waarvan formele democratie geen onderdeel uitmaakt (een formele conceptie van de rechtsstaat kan een formele conceptie van democratie omvatten: de regels van het recht die de betrekkingen beheersen, zijn afkomstig van gekozen volksvertegenwoordigers). Ronald Dworkin's 'rights conception of the rule of law' behoort tot de dikste concepties, omdat de rechtsstaat gelijk wordt gesteld met materiele rechtvaardigheid, dat wil zeggen met respect voor klassieke en sociale grondrechten en met een materiële conceptie van de democratie (Dworkin, *A Matter of Principle*, 1985, p. 11-2).

Welke conceptie dient ten grondslag te liggen aan (de academische bestudering van) rechtsstaatbevordering: die van Raz of die van Dworkin? Onder rechtstheoretici is zoals gezegd geen consensus over welke conceptie de voorkeur verdient en het heeft weinig zin op consensus te wachten: terecht heeft Jeremy Waldron de rechtsstaat niet zo lang geleden een 'essentially

contested concept' genoemd ('Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)', in: *Law and Philosophy*, 2002, 21, p. 137-64). Men kan hooguit een voorkeur uitspreken. Die van mij gaat uit naar de conceptie van Raz. Om het geheugen even op te frissen: de betekenis van het ideaal van de rechtsstaat is volgens Raz dat de regels van het recht het gedrag van burgers en overheid beheersen. Daartoe moeten de regels van het recht zodanig zijn dat zij het gedrag van burgers en overheid kunnen beheersen. Dit betekent onder meer het volgende: rechtsregels zijn helder, hebben geen terugwerkende kracht, worden niet te vaak veranderd en worden vervaardigd op een wijze die bij algemene, heldere en stabiele regels is voorzien; er is een onafhankelijke en onpartijdige rechter; er is een eerlijk proces, hetgeen onder meer betekent dat rechtspraak toegankelijk is voor rechtszoekenden.

Deze formele conceptie van de rechtsstaat is misschien niet geschikt voor de analyse van volwassen rechtsstaten als de Nederlandse, omdat het ideaal van de rechtsstaat daar inmiddels zozeer vervlochten is met respect voor klassieke en sociale grondrechten en met democratie dat het onnodig gekunsteld is deze elementen uit de conceptie van de rechtsstaat te weren. Een conceptie als die van Dworkin of die van de metafoor van het huis van de rechtsstaat is wellicht adequater, ook al verliest de conceptie van de rechtsstaat daarmee de scherpe contouren die Raz eraan geeft en wordt de rechtsstaat een vrijwel onontwarbare kluwen van allerlei principiële meningsverschillen over de reikwijdte en betekenis van idealen van democratie en mensenrechten. Anderzijds: men kan de zaken op eenvoudige wijze relatief helder en overzichtelijk houden door te spreken van de (sociaal)liberale democratische rechtsstaat.

Hoe dat ook zij, voor rechtsstaatbevordering in andere landen is de formele conceptie van Raz geschikt. Deze conceptie is per definitie de grootste gemeenschappelijke deler: iedereen kan het erover eens zijn dat het ideaal van de rechtsstaat ten minste inhoudt wat Raz erover zegt. Dit vergemakkelijkt het gesprek tussen donoren onderling en tussen donoren en ontvangende staten. Het verkleint de kans dat export van de rechtsstaat door ontvangende landen al te zeer als westers kolonialisme of imperialisme wordt gezien. Want hoezeer voorstanders van mensenrechten en democratie ook wijzen op mensenrechtenverdragen die vrijwel universeel zijn geratificeerd, afgezien van allerlei juridische problemen, zoals voorbehouden, blijkt uit (nu pas) op gang gekomen empirisch onderzoek wat iedereen al wist: ratificatie van mensenrechtenverdragen leidt lang niet altijd tot feitelijk respect voor mensenrechtenverdragen en werkt soms zelfs averechts (voor een bespreking van dit onderzoek, zie Eric Neumayer, 'Do international human rights treaties improve respect for human rights?', in: *Journal of Conflict Resolution*, vol. 49, no. 6, 2005, p. 925-53). Bovendien kan men met een formele conceptie helder de vraag opwerpen wat het conceptuele en historische

verband is tussen rechtsstatelijkheid enerzijds en democratie en mensenrechten anderzijds. Randall Peerenboom, bijvoorbeeld, betoogt dat Singapore een betrekkelijk goed functionerende rechtsstaat (formeel opgevat) is zonder dat sprake is van veel respect voor mensenrechten en democratie ('Let one hundred flowers bloom, one hundred schools contend: debating the rule of law in China', in: *Michigan Journal of International Law*, 2002, p. 477-544). *Last but not least*: het ontwerpen van doelgerichte programma's ter bevordering van de rechtsstaat, het ontwerpen en uitvoeren van methodes om de effectiviteit van deze programma's te meten en het aanpassen van de programma's in het licht van de resultaten van onderzoek naar de effectiviteit zijn al lastig genoeg bij een smalle conceptie van de rechtsstaat.

Heeft een pleidooi voor een formele conceptie van rechtsstatelijkheid zin buiten de academische gemeenschap die zich bezighoudt met de bestudering van rechtsstaatbevordering? Nee. Vrijwel alle organisaties (de Wereldbank is een van de weinige uitzonderingen) die actief zijn op het gebied van rechtsstaatbevordering zijn vanwege hun mandaat of missie (VN, Open Society enz.) of achterban (Nederland enz.) gehouden mensenrechten en democratie mede als uitgangspunt van hun programma's te hanteren. Een formele conceptie is niet aan de orde, want deze is niet alleen in theorie verenigbaar met een despotisch bewind. De tegenwerping dat men rechtsstaatbevordering dan zou moeten laten samengaan met programma's ter bevordering van een democratisch bewind en respect voor mensenrechten, zal weinig indruk maken, al was het maar omdat dit een te ingewikkelde boodschap is om te verkopen. Men kan hooguit hopen dat de elementen van de formele conceptie van de rechtsstaat heel duidelijk tot uitgangspunt van beleid worden gemaakt en dat dit beleid goed doordacht en geëvalueerd wordt. Want met het zicht op de effectiviteit van rechtsstaatbevordering is het beroerd gesteld. Toen een collega bij een vertegenwoordiger van de Open Society informeerde naar evaluaties van de effecten van de rechtsstaatprogramma's van deze organisatie, kreeg hij als antwoord: 'We do not have such assessments, but it would be a very good idea indeed to carry them out.'