

De waarden van de rechtsstaat

Inleiding

Kan de rechtsstaat het bindende kader zijn van een multi-culturele samenleving? Zo ja, hoe kan de rechtsstaat zeer uiteenlopende waardestelsels met elkaar verenigen, verbinden of verzoenen? Een derde vraag: zijn het recht en de rechtsstaat alléén voldoende in staat om als laatste bindmiddel in een samenleving te fungeren?

Deze drie vragen probeer ik in deze bijdrage te beantwoorden. Bij mijn beantwoording begin ik meteen mijn verbazing te uiten over deze – tegenwoordig vaak gestelde – vragen, vooral de eerste. Want de rechtsstaat is immers nooit bedoeld geweest om als laatste bindmiddel in een uiterst heterogene samenleving te fungeren. In oorsprong is de rechtsstaat in haar historische wording en ontwikkeling een antwoord op een feodaal stelsel van machtsuitoefening. In de rechtsstaat wilden de burgers van een natiestaat de ongecontroleerde macht van machthebbers, wereldlijke heersers en religieus gelegitimeerde vorstenhuizen, aan banden leggen. De rechtsstaat bindt de macht aan maat en regel. Ze is bij uitstek een verticale aanwezigheid van de regeling van overheidsmacht, van machtsuitoefening en burgerbescherming. De rechtsstaat probeert willekeur van welke vorm dan ook tegen te gaan. Rawls definieerde in het begin van zijn *A Theory of Justice* de samenleving als ‘a cooperative venture to meet the arbitrariness’, hetgeen ik nog steeds een van de beste beschrijvingen vind van zowel een samenleving als het voornaamste streven daarin: een in samenwerking verrichte hachelijke onderneming om de willekeur van het lot, van

geboorteplek, van toebedeelde talenten enigszins te verminderen.¹

Dat de rechtsstaat ruim twee eeuwen na zijn verschijnen op het historische toneel ook nog vele andere eisen aan de inrichting van de samenleving met zich heeft meegebracht, zoals gelijke kansen, een democratisch gekozen parlement en een uitgewerkt stelsel van mensenrechten voor iedereen, mag niet verhelen dat de oorsprong van de rechtsstaat-idee de controle op machtsuitoefening betekent.

In de multiculturele of, ruimer geformuleerd, de pluriforme samenleving, zoals we die heden ten dage kennen, gaat het óók om de horizontale verhoudingen tussen verschillende groepen, met ieder hun eigen voor- en afkeuren, met hun typerende normen en gedragswijzen en gaat het ten slotte ook om de horizontale verhoudingen tussen een veelheid van afzonderlijke individuen. Niet voor niets staat het probleem van de horizontale werking van grondrechten in het middelpunt van de staatsrechtelijke belangstelling.

Als de rechtsstaat wordt gezien als een bindend kader in een pluriforme samenleving, biedt die rechtsstaat dan eigenlijk niet een verticale oplossing voor een horizontaal probleem? Als dat zo is, dan is de vanzelfsprekendheid waarmee men naar de rechtsstaat wijst als laatste reddingsboei voor een geïndividualiseerde samenleving, ineens minder vanzelfsprekend. Toch blijf ik de door mij aan het begin van deze bijdrage gestelde eerste vraag positief beantwoorden. Om dit antwoord te beargumenteren, ga ik eerst iets dieper in op de pluriformiteit in de samenleving en zal vervolgens de waarden van de rechtsstaat in hun kern benoemen. Aan het slot van mijn betoog volgt dan het antwoord op mijn derde vraag: kan de rechtsstaat het alleen?

Heterogeen, pluriform en gedifferentieerd

Met de begrippen multicultureel en pluriform wordt vaak losjes omgesprongen. Onze samenleving is qua bevolkings-samenstelling van relatief homogeen heterogeen geworden. Zo is er sprake van meer heterogeniteit in afkomst en herkomst. Deze heterogeniteit slaat vooral op uiterlijke kenmerken: kaaskoppen versus niet-witte gezichten. Pluriformiteit echter slaat vooral op de veelheid van waarde-stelsels. Tegenover pluriform staat logisch uniform, zodat de nieuwe tegenstelling er een is van cultureel monisme versus een cultureel pluralisme. Daarnaast is een moderne samenleving in haar sociale opbouw ook nog eens sterk gedifferentieerd geraakt in zeer veel uiteenlopende sociale instituties. Deze differentiatie heeft geleid tot een behoorlijke graad van sociale complexiteit, die weer logisch gesteld wordt tegenover een simpele, ongedifferentieerde sociale structuur.

De onzekerheid waarin vele mensen tegenwoordig verkeren en die hen vaak doet verlangen naar simpele oplossingen hangt samen met de combinatie van deze drie ontwikkelingen van moderniteit, hetgeen veel eist van burgers. Bovendien, als ik mij nu beperk tot de pluriformiteit van waarden, tot slechts één van de hoofdkenmerken van een moderne samenleving, dan moet ik daar ook weer de nodige aanvullende onderscheidingen aanbrengen. Er zijn tenminste drie soorten pluriformiteit van waarden:

- (a) religieuze waardestelsels (de vele varianten van christendom, islam en andere godsdienstige overtuigingen);
- (b) levensovertuigingen en mensopvattingen en opvattingen over de (beste) inrichting van een samenleving;
- (c) politieke overtuigingen over de inrichting van de staat en tevens over de manieren waarop in de staat met verschillen in godsdienst en levensovertuiging en in politieke opvattingen moet worden omgegaan.

Verschillende godsdiensten worden het nooit met elkaar eens, hoewel enkele fundamentele waarden zoals naastenliefde en respect voor de medemens in bijna alle stelsels als basiswaarden worden geformuleerd en geëerbiedigd. Ook politieke waardestelsels worden het niet gauw met elkaar eens, maar ze hebben geleerd ondanks deze verschillen van opvatting met elkaar om te gaan en samen te werken binnen een politiek bestel. De extreme varianten ervan, zoals het fascisme en bepaalde groepen van de politieke islam, weigeren samenwerking en tolerantie. Steeds komt dan de grensvraag op 'moeten we tolerant zijn tegenover intolerantie?' en 'mag een democratie anti-democratische partijen verbieden?'. Deze vraag was aan de orde in de jaren dertig en werd ook nadrukkelijk aan de orde gesteld door de staatsrechtsgeleerde G. van den Bergh.² De vraag zelf komt steeds weer terug, naargelang het politieke klimaat verandert.

In de hedendaagse discussies over liberalisme en communitarisme gaat het vooral om de erkenning van religieuze en levensbeschouwelijke waarden en de consequenties van deze erkenning voor de waarden van en in het politieke bestel. Kan de staat neutraal blijven ten aanzien van 'waarden en normen' zoals liberalen bepleiten of moet de staat eerst eigen (religieuze) groepswaarden erkennen en dan de consequenties aanvaarden voor de inrichting van de staat, zoals communitaristen bepleiten?³

De pluriformiteit van waarden wordt verder gecompliceerd door de grote gedifferentieerdheid van de moderne samenleving. Verschillende sociale instituties vertegenwoordigen en bevorderen zelf ook uiteenlopende waarden, zoals bijvoorbeeld in de gezondheidszorg een universele verplichting bestaat om zieken en stervenden te helpen, ook indien deze niet dezelfde politieke doeleinden onderschrijven of zelfs tot de vijand behoren. In de sport heersen kans en kracht, in het onderwijs belangeloze uitwisseling en overdracht van kennis en van waardeoriën-

taties. In de markt telt alleen het eigen voordeel. Naarmate burgers in meer dan één institutie verkeren, zullen ze leren om te gaan met telkens per institutie wisselende waarden. De Amerikaanse socioloog Tipton heeft dit de *'mixed moral meanings'* van een moderne samenleving genoemd: burgers moeten flexibel weten om te gaan met steeds veranderende morele waarden.⁴ Ze kunnen en doen dat ook.

Het onoverzichtelijke palet van waarden wordt versterkt door de individuele keuzen uit al deze waarden en waardestelsels. Naarmate de samenleving meer geïndividualiseerd wordt, zullen er steeds meer door een individu gekozen unieke combinaties van waarden zichtbaar worden, die soms tegenstrijdig zijn met elkaar (E O-jongeren versus de gay-scene), soms zelfs innerlijk tegenstrijdig (de milieu-activist die per vliegtuig de wereld rondreist). Zolang individuen daarmee kunnen leven geeft deze radicale, postmoderne pluriformiteit van waarden geen grote problemen. Problemen treden op wanneer er voor dergelijke unieke combinaties van waarden en hun expressie geen tolerantie meer bestaat.

Op grond van bovenstaande summiere opsomming van de veelheid van waardestelsels kan men stellen dat de kans op botsingen tussen waarden groter wordt naarmate er een grotere diversiteit in waarden ontstaat. Deze botsingen zijn niet erg, maar het veronderstelt wel bepaalde maatschappelijke condities om dergelijke botsingen niet te laten uitmonden in gewelddadige of anderszins destructieve conflicten. Tolerantie en respect voor elkaars mening worden zo een noodzaak voor een moderne samenleving. Wel doet de vraag zich voor of er, gegeven deze blijvende pluriformiteit van waarden, misschien basiswaarden zijn waarover in een samenleving wel overeenstemming dient te (blijven) bestaan. Welke waarden zouden dat kunnen zijn? Zijn dat inhoudelijke of vooral procedurele waarden? Het geniale antwoord op deze vragen ligt besloten in de rechtsstaat, waarvan de waarden zowel inhoudelijk als procedureel van aard zijn.

De rechtsstaat biedt een kader om met de vele en veelsoortige waardeopvattingen om te gaan. Deze opvattingen worden in principe beschermd. Wel dient men hierbij de uitgangspunten van de rechtsstaat te respecteren. Dit vormt een minimale consensus, die ik een 'verplichtende consensus' zou willen noemen, dat wil zeggen dat de rechtsstaat zowel (groepen van) burgers verplicht tot een *commitment*, een toewijding, tot de waarden van de rechtsstaat, alsook de staat en zijn vertegenwoordigers verplicht om dit kader voor de vrije waardeontwikkeling in stand te houden. Deze verplichtende consensus is normatief van aard, niet louter descriptief: het gaat er uiteindelijk niet om na te gaan hoeveel leden van een samenleving de facto deze waarden van harte onderschrijven of aanvaarden, zoals Hertogh betoogt in zijn studie naar *De levende Rechtsstaat*.⁵ Empirische consensus is mooi, maar de afwezigheid van deze consensus betekent nog niet dat de waarden van de rechtsstaat ophouden te bestaan of niet meer hoeven te worden geëerbiedigd.

Op de rechtsstaat wordt vaak een beroep gedaan. Handelingen die niet stroken met de strenge eisen die een rechtsstaat stelt, worden afgekeurd, onder verwijzing naar het blijvende belang van die rechtsstaat. De rechtsstaat fungeert zo als een symbolische laatste grens waar niemand overheen mag gaan.

Toch wekt die mooie rechtsstaatgedachte ook misverstanden. Zo is het befaamde artikel 1 van de Grondwet niet primair geschreven om burgers te verbieden elkaar te discrimineren. Het dient vooral als gebod aan de overheid om niet te discrimineren bij de aanvaarding en uitvoering van wetten en evenmin bij de toedeling van overheidsposities (art. 3 Grondwet). De rechtsstaat of de *rule of law* richt zich vooral op de overheid. De democratisch tot stand gekomen macht van de overheid en van overheidsfunctionarissen is immers niet onbeperkt. De regels en beginselen van de

rechtsstaat hebben tot doel de willekeur in het overheids-handelen te beperken en dat handelen te binden aan maat en regel. Bepaalde bevoegdheden zijn ook aan tijd gebonden: hoe goed een regering ook is, na vier jaar moet, volgens de regels van een democratische rechtsstaat, opnieuw een mandaat van de burgers gevraagd worden.

Een ander misverstand over de rechtsstaat blijkt uit de frequente klacht dat allerhande onduidbare zaken en handelingen 'toch niet mogen gebeuren' in een rechtsstaat. Een moord op en bedreigingen van politici, corruptie in het ambtelijke apparaat, onbevoegde inbreuken in de privacy van burgers en dergelijke, horen inderdaad niet te geschieden, maar de rechtsstaat biedt op zich geen garantie dat dergelijke ontoelaatbare zaken nooit plaatsvinden. Incidentele gevallen hoeven de rechtsstaat niet te ondermijnen. Slechts wanneer dergelijke ontoelaatbare gedragingen een systematisch karakter dragen en in een toenemende frequentie worden gesignaleerd, moeten de signalen van de bewaking van de rechtsstaat op rood springen.

Als wantoestanden, zoals hier bedoeld, in de openbaarheid worden gebracht, is de standaardreactie meestal dat dringend om nieuwe rechtsregels wordt gevraagd om in de toekomst dergelijke misstanden te voorkomen. De constructie van de rechtsstaat zelf, vooral de eis dat alle overheidshandelen aan regels is gebonden, heeft ervoor gezorgd dat steeds maar weer nieuwe en andere regels werden en worden gecreëerd, tot het huidige overstelpende en indrukwekkend rationalistische regelsysteem van een moderne samenleving. De rechtsstaat is nooit af. De door de semantische onbepaaldheid van begrippen en regels noodzakelijke juridische interpretaties geven nieuwe impulsen aan verdere regelgeving, geven nieuwe ruimte of perken andere ruimten juist in. Om een voorbeeld te geven: volgens de huidige jurisprudentie mag men nu wel homoseksuelen beledigen en uitschelden als honden, als men dat maar doet op basis van een geloofsovertuiging. Omgekeerd mogen geloofsovertuigingen niet gelijkelijk

beschimpt worden door niet-gelovigen. Deze subtiele discrepantie en ongelijkheid in de interpretatie van enkele grondwetsartikelen zullen, voorspelbaar, weer tot nieuwe regels over godsdienst- en uitingsvrijheid aanleiding geven. Juridisering leidt tot verdere juridisering. Deze eenvoudige wetmatigheid is thans in talloze sectoren van de samenleving te constateren, van gezondheidszorg tot het transportwezen, van intellectuele eigendom tot het roken en drinken in sportkantines, van basisonderwijs tot het hogere hotelwezen.

De vraag dringt zich dus steeds vaker op of aan deze groei of wildgroei van rechtsregels geen halt kan worden toegeroepen. Met andere woorden: heeft de rechtsstaat niet geleid tot een zodanige groei van rechtsregels dat de waarden, die de rechtsstaat juist tracht te beschermen, nu zelf in het gedrang gaan komen? Loopt de rechtsstaat niet vast? Kan men door de bomen van de regels het bos van de rechtsstaat nog wel zien? Paradoxaal gesteld: zijn er niet te veel regels en is er niet te weinig rechtshandhaving?

Alvorens deze vraag te beantwoorden is het nuttig eerst de waarden die de rechtsstaat zegt te beschermen nader te omschrijven. De grondwaarde, waar de rechtsstaat voor staat, is de reductie van willekeur in het gedrag tussen burgers onderling (bescherming door het dwingende recht) en in het verkeer tussen burgers en overheden (rechtsbescherming tegen de overheid). Het gaat in het bijzonder om de inperking van willekeur van het overheidshandelen. Deze willekeurbeperving beschermt belangrijke andere waarden zoals individuele vrijheid en persoonlijke autonomie. Individuen moeten, om vrij te zijn, de gevolgen van het eigen handelen en dat van anderen redelijk kunnen voorzien. Bescherming van eigendom, van lijf en leden, van persoonlijke integriteit staat geheel in het teken van individuele vrijheid. Daarnaast garanderen de klassieke vrijheidsrechten, individueel en collectief, de vrije ontwikkeling van de geest, en maken het mogelijk dat er een grote pluriformiteit ontstaat in levensovertuigingen, die niet

noodzakelijk met elkaar overeen hoeven te stemmen. De rechtsstaat biedt een neutraal kader om het op een beschaafde manier met elkaar oneens te zijn. Individuele vrijheid wordt derhalve niet steeds bedreigd of ingeperkt door rechtsregels, maar erdoor mogelijk gemaakt. Pas als er sprake is van willekeurige vrijheidsbeperking of willekeur in de toepassing van democratisch afgesproken regels is vrijheid in het geding. Niet stadslucht alleen, maar de rechtsstaat maakt vrij.

Een tweede belangrijke waarde, die door de rechtsstaat mogelijk wordt gemaakt, is het vertrouwen tussen burgers onderling en de voorspelbaarheid van het gedrag van medeburgers en, meer in het bijzonder, de voorspelbaarheid van het overheidshandelen. Dat je erop mag vertrouwen, dat medeburgers zich aan de regels houden, is niet uitsluitend een eigen voordeel. Dit vertrouwen is een collectief goed, dat veel coördinatieproblemen en *prisoner's dilemmas* helpt oplossen. Dit geldt niet uitsluitend voor verkeersregels, waar de noodzaak om te kunnen vertrouwen op het normconforme gedrag van medeburgers het duidelijkst spreekt. Het geldt evenzeer voor de regels van het belastingrecht, van milieubescherming en van het strafrecht en van vele andere rechtsgebieden.

Dit collectieve vertrouwen, dat de rechtsstaat mogelijk maakt, vormt tevens de grond van de gehoorzaamheidsplicht van de burgers jegens de staat en, a fortiori, van de overheidsdienaren ten opzichte van de hun opgelegde verplichtingen. De rechtsfilosoof Fuller noemde dit in zijn *The Morality of Law* 'the bond of reciprocity' tussen burger en staat.⁶ 'Dit zijn de regels', zegt de overheid, 'en we verwachten dat jij, burger, die volgt. Als je dat doet, kun je er verzekerd van zijn, dat wij deze regels – en geen andere – toepassen op je gedrag'. Het legaliteitsbeginsel van de rechtsstaat is de hoeder van het vertrouwen tussen mensen en tussen burger en ambtenaar.

De derde beschermde waarde is de gelijkheid, hoe moeilijk dit begrip in al zijn associaties en connotaties ook is te

interpreteren. Gelijkheid ligt ten grondslag aan de eis tot algemeenheid van wetten. De wet is in principe voor iedereen geschreven. Een caféhouder die om twee uur 's nachts moet sluiten, mag er zeker van zijn, dat alle concurrenten dat ook moeten doen (de regel) en ook doen (uitvoering en toezicht). Geen uitzonderingen, en geen wetten die slechts voor één persoon of één ad hoc situatie geschreven worden (het surveillance-wetje, dat een 24 uur-bewaking in de cel van Van der G. mogelijk maakte, was derhalve een rechtsstatelijk randgeval).

De gelijkheid die de rechtsstaat garandeert is formele rechtsgelijkheid en is niet identiek aan de materiële gelijkheid die in een sociale verzorgingsstaat wordt nagestreefd. Slechts wanneer sociale ongelijkheid een gelijke toegang tot het recht en de rechtsbescherming door de rechter systematisch belemmert, valt een inhoudelijke zorgplicht tot de taak van een rechtsstaat te rekenen.

Worden de waarden van de rechtsstaat in het nauw gebracht?

Worden deze drie fundamentele waarden van de rechtsstaat, namelijk vrijheid, gelijkheid en vertrouwen, nu door de juridische evolutie van die rechtsstaat zelf in het nauw gebracht? Enkele ontwikkelingen, die uitvoeriger beschreven en geanalyseerd worden in het WRR-rapport *De Toekomst van de nationale rechtsstaat*, zijn hier van belang.⁷ Het zijn: de tekorten in bestuurlijke en strafrechtelijke rechtshandhaving, het teveel aan regels en de behoefte aan een beredeneerde sanering in de regelgeving en, *last but not least*, de internationale rechtsvorming en regelgeving.

De tekorten in bestuurlijke rechtshandhaving, vooral verschillende vormen van gedoogbeleid, zijn al veelvuldig en uitvoerig besproken. Door verschillende ongelukken en rampen is het toezicht op de naleving van regels verscherpt. Dit heeft het zicht op de oorspronkelijke vorm

van gedogen, namelijk een bewuste, maar tijdelijke, niet-naleving van enkele bestuurlijke regels en voorschriften, aan het zicht onttrokken. In de ingewikkelde bestuurspraktijk kan men niet werken zonder een flinke dosis discretionaire bevoegdheid, waarbij regels al of niet worden toegepast met inachtneming van de bijzonderheden van het geval of rekening houdend met de context van een situatie. Deze bestuursvrijheid kan niet worden gemist. Een *zero tolerance*, op welk gebied dan ook, wordt al snel onuitvoerbaar of komt in strijd met het gezond verstand. Het gaat er dus vooral om na te gaan om welke reden niet-naleving door overheidsinstanties wordt geduld. Gedogen uit capaciteitsoverwegingen, uit cliëntelisme of verstrengeling met andere (particuliere) belangen of uit een zekere gemakzucht in het toezicht moet worden bestreden, maar een paniecreactie om, naar aanleiding van een ramp, alle regels verschrikkelijk aan te scherpen, leidt slechts tot nieuwe teleurstellingen. Het zelfvertrouwen van en het burgervertrouwen in vaardige bestuurders die met hun bestuursvrijheid weten om te gaan, zullen het in de toekomstige rechtsstaat moeten kunnen winnen van de angst voor fraude, voor willekeur en voor onbehoorlijke toepassingen van bestuurlijke bevoegdheden. Als dit vertrouwen in het openbaar bestuur is verminderd – en dat kan per groep burgers enorm verschillen – dan ligt hier een prioriteit voor het openbaar bestuur. Zonder vertrouwen geen rechtsstaat.

Het vertrouwen in de strafrechtelijke rechtshandhaving wordt nog veel sterker op de proef gesteld. Het komt voor dat zeer ernstige misdrijven, in tamelijk grote frequenties, niet (meer) worden vervolgd. Onveiligheid wordt op veel terreinen gevoeld en ervaren (zowel op straat, in de buurt, in het openbaar vervoer, in de bedrijfsuitvoering in winkels en supermarkten en meer). Een vergroting van een vage, ongespecificeerde angst en ongerustheid van een deel van de bevolking voor de last en onlusten van een ander deel van de bevolking, tast de hierboven genoemde

'bond of reciprocity' aan. Als je weet of vermoedt dat medeburgers zich niet meer aan de wet houden, dan gaat het collectieve goed van het rechtsstatelijk vertrouwen verloren.

Bovendien betekent een groot tekort in strafrechtelijke rechtshandhaving dat er een willekeur ontstaat in wie wel en wie niet, wat wel en wat niet (meer) wordt opgespoord, vervolgd en gestraft. De grondwaarde van een rechtsstaat, reductie van willekeur, komt hier in het gedrang. Verbeterde opsporing, onder andere door een veel effectievere organisatie van de politie, die zelf veel gaten laat zitten, is hier een acute noodzaak. Niet strenger, maar eerder en vaker en vooral effectiever straffen van wetsovertreders, kan aan een noodzakelijk herstel van vertrouwen in justitie bijdragen.

De vraag die vaak gesteld wordt, is of de tekorten in de rechtshandhaving niet het rechtstreekse gevolg zijn van een teveel aan regels. Je kunt ze ook allemaal niet meer handhaven, zo lijkt het. Hier past echter een helder onderscheid in het verlies van vertrouwen in de rechtsstaat door onvoldoende zorg voor de naleving van de commune strafrechtelijke regels (diefstal en geweldgebruik worden nog steeds afgekeurd) en de ergernissen om de ingewikkelde regels van het enorm geëxplodeerde rechtssysteem. Er is sprake van een teveel aan rechtsbescherming op bepaalde terreinen, maar tegelijkertijd toch van een tekort aan bescherming op andere terreinen. Dit vraagt om een sanering, waarbij gezond verstand een soort toetssteen kan zijn om aan te geven wanneer regels echt noodzakelijk blijven (onder andere vanwege de coördinatie van handelingen en de regeling van het onderling vertrouwen) en wanneer regels voornamelijk het product zijn geworden van excessief gerationaliseerde regelverfijning, van niet-nuttige juridisering. Het verminderen van regels is niet het sterke punt van juristen, maar de voordelen van een juridisch jubeljaar, eens in de zeven jaar, waarin verplichtingen worden weggedaan, zijn niet te versmaden.

De territoriaal gebonden rechtsstaat is al lange tijd verstrengeld geraakt in een golf van internationalisering, internationale rechtsvorming en Europese regelgeving. Het veilige land van de klassieke rechtsstaat bestaat niet meer. De vrije zee trekt, maar kent tegelijkertijd gevaarlijke stromingen, waar internationale politieke machtsverhoudingen sterker zijn dan nationale rechtsvormen en idealen. Enerzijds heeft de Europese rechtsvorming, bijvoorbeeld door het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens enorm bijgedragen aan een erkenning van rechtsstatelijke normen en bescherming van mensenrechten, anderzijds dreigt de nationale rechtsstaat de greep op eigen bevoegdheden kwijt te raken. Is dat erg? Nee, de grondwet geeft juist de opdracht bij te dragen aan de totstandkoming van een internationale rechtsorde, waar recht heerst boven blote machtsuitoefening. De gedachte komt dan als vanzelf op of het verdwijnen van de nationale rechtsstaat ten gunste van een internationale rechtsorde mogelijk is. Kunnen nationale staten, net als burgers eerder in de geschiedenis, elkaar gaan vertrouwen in het strenge verband van een bovennationale rechtsstaat? Dit is een vraag voor de lange toekomst. De urgentie ligt heden ten dage echter eerder bij het sterk vasthouden aan de waarden van de nationaal en territoriaal opererende rechtsstaat dan bij het toekomstvisioen van een 'rechtsstaat zonder land'.

De rechtsstaat is niet statisch, maar dynamisch

De regels van de rechtsstaat zijn niet voor eens en altijd gegeven. Door de open interpretaties van de regels, begrippen en beginselen ontstaat er een ingewikkeld netwerk van zich ontwikkelende normen. Dat is gunstig, want juist hierdoor kan de rechtsstaat zich telkens aanpassen aan veranderende omstandigheden. Het recht is een instrument van behoud en verandering.

Uit de diversiteit van waarden, levensovertuigingen, meningen en gedragingen komen botsingen voort, van velerlei aard, die vaak op soepele wijze door de samenleving worden opgevangen. De samenleving moet echter wel alert zijn of er voldoende conflictbeslechtende en mediërende mechanismen ontwikkeld zijn en voorhanden zijn.

Een aantal botsingen krijgt een principiële karakter. Hedendaagse voorbeelden zijn: het dragen van hoofddoekjes als rechter of politieagent, gezichtssluiers op scholen, de vrijheid om met overheidssubsidie een school te stichten op een (afwijkende) religieuze grondslag, gemengd zwemmen, de positie van vrouwen en kinderen in bepaalde etnische immigrantengroepen. Ze lijken op vroegere principiële botsingen, die in hun tijd even heftig werden bediscussieerd als in de huidige. Voorbeelden hiervan zijn het processieverbod boven de grote rivieren, de strijd om erkenning van crematie, de wettelijke erkenning van gewetensbezwaren tegen de militaire dienstplicht, de vrijstelling van de inentingsverplichting van kinderen, gewetensbezwaren tegen verplichte verzekering, het verbod van openlijke verkoop van voorbehoedmiddelen en recentelijker de voorstellen voor en bezwaren tegen de wettelijke regeling van abortus en euthanasie. In al deze gevallen is een al of niet tijdelijke oplossing gevonden, waarbij met de gevoelens van (religieuze) minderheden rekening werd gehouden.

Principiële botsingen kunnen voor de rechter worden gebracht. Vaak zal door een van de partijen, waaronder de overheid, een beroep worden gedaan op een van de grondrechten. Die grondrechten moeten dan door de rechter worden geïnterpreteerd, soms herzien. De onafhankelijkheid van de rechter is derhalve niet alleen een vereiste van de rechtsstaat, maar dient tevens de pluriformiteit en de dynamiek van opvattingen over waarden. Wel wordt het dan de vraag of de samenleving voldoende kan vertrouwen op de conflictbeslechtende taak van de rechter in dergelij-

ke principiële kwesties of dat nadere sturing en bijsturing door de wetgever en grondwetgever nodig en noodzakelijk zal blijken te zijn.

Pluriformiteit is zo echter een blijvend gegeven. Ze kan als een groot goed worden gezien, mits aan enkele maatschappelijke voorwaarden wordt voldaan, zoals:

1) het gedrag, dat op basis van diverse waarden worden geuit, blijft onderhevig aan juridische maatstaven, die voor uiterlijk gedrag zijn gesteld. Indien bepaalde waarden in hun gedragsuitingen met de normen en de waarden van de rechtsstaat in strijd komen, dan gelden de normen van de rechtsstaat. Het standaardvoorbeeld hiervan is eerwraak of vrouwenbesnijdenis, zoals ook de heersende leer van de Hoge Raad aangeeft;

2) er dient voldoende tolerantie en respect te zijn voor andermans waarden in de samenleving om het subtiele, maar uiteindelijk kwetsbare bouwwerk van de democratische rechtsstaat recht overeind te houden. Waar dit respect ontbreekt, zullen in de gedragsfeer mechanismen moeten worden ontwikkeld om het onderlinge vertrouwen als een van de belangrijke waarden van de rechtsstaat, weer te bevorderen. Deze laatste conditie is uitstekend toe te lichten aan de vrijheid van meningsuiting: de meeste dingen kunnen gezegd worden, maar je moet niet alles op een onbeschaamde manier willen kunnen zegen. Overheidsdienaren en andere gezagsdragers, waaronder leden van het parlement, hebben naar mijn mening in deze een zwaardere verplichting in het naleven van deze regels van respect.

De waarden van de rechtsstaat en de 'kleine deugden'

Met mijn verwijzingen naar tolerantie en respect heb ik eigenlijk ook de derde van mijn beginvragen impliciet beantwoord: het recht en de rechtsstaat kunnen nooit alléén de bindende factor zijn in een pluriforme samenleving. De

rechtsstaat garandeert pluriformiteit, maar creëert die niet uit zichzelf en verplicht er ook niet toe. De samenlevingsvorm van een rechtsstaat, die tot bloeiende, nieuwe en tot behoud van oude, waardevolle verschijnselen leidt, moet zelf onderhouden worden. Het recht en de rechtsstaat hebben eerder een neiging tot polarisering van meningen, tot het aanscherpen van conflicten dan tot het de-polariseren van tegenstellingen en tot het de-escaleren van conflicten.

Om de juiste verhouding te vinden tussen scherp en zacht, tussen slim en wijs, tussen recht hebben en soms je recht niet willen krijgen, zijn deugden nodig, liefst de ontwikkeling van vele, kleine, alledaagse deugden. Niet hobbesiaans eigenbelang, niet kantiaanse morele wetten en een categorische imperatief vormen de beste leidraad voor een samenleving, maar de ontwikkeling en bloei van aristotelische deugden, en dan nog niet de heroïeke deugden van heldendom en absolute rechtvaardigheid, van zedingsdrift en bekeerzucht, maar veeleer de afkeer van wreedheid en het toebrengen van leed. Liever een sceptisch humanisme dan een megalomane dadendrang. Als men de grote waarden van de rechtsstaat, zoals vrijheid, gelijkheid, coöperatie en vertrouwen, voor de lange duur veilig stellen, dan moet de samenleving de kleine deugden koesteren en bevorderen. Deugden als waarheidsgetrouwheid, empathie en sympathie voor anderen, het corrigeren van andermans en het (willen) laten corrigeren van eigen oordelen, flexibiliteit, responsiviteit en verantwoordelijkheidszin, een zeker pragmatisme en het kunnen omgaan met onzekerheid en ambiguïteit. Men kan hierbij ook denken aan de door Gordon beschreven en uit het literaire werk van Primo Levi opgediepte *ordinary virtues*, zoals onder andere het goed waarnemen van dingen, een zorgvuldig taalgebruik, een gevoel voor maat, een 'trial-and-error'-houding, voldoende common sense en humor.⁸

Naarmate al deze kleine deugden beoefend worden in het dagelijkse leven, aangeleerd en geoefend op onze scho-

len en in andere onderwijsinstellingen, zullen de grote abstracte waarden van de rechtsstaat een lang leven beschoren zijn. Waar de rechtsstaat wordt afgebroken – en dit geschiedt soms in onze directe waardesfeer van een westerse samenleving, in de eerste en grootste westerse democratie, wanneer personen rechteloos jaren worden gevangen gehouden zonder formele aanklacht en zonder recht op bijstand van een advocaat en zelfs zonder een openbaar proces – daar zullen de daaraan ten grondslag liggende kleine deugden al eerder verbrokken zijn geweest.

NOTEN:

- 1 J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass. 1971.
- 2 G. van den Bergh, *De democratische staat en de niet-democratische partijen*, (oratie Universiteit van Amsterdam), Amsterdam 1936.
- 3 Zie hierover uitvoeriger: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Waarden, normen en de last van het gedrag* (Den Haag, 2003), vooral hoofdstuk 5.
- 4 S.M. Tipton, 'Social differentiation and moral pluralism' in: R. Madsen, W.M. Sullivan, A. Swindler and S.M. Tipton (red.) *Meaning and Modernity, Religion, Polity and Self* (Berkeley, 2002), p. 15 – 41.
- 5 M. Hertogh, *De levende rechtsstaat*, Utrecht, 2002.
- 6 L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven 1964.
- 7 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag 2002.
- 8 R.S.C. Gordon, *Primo Levi's Ordinary Virtues, from testimony to ethics*, Oxford 2001.