

De contrafacticiteit van de rechtsstaat in een postnationale rechtsorde

Mireille Hildebrandt

Inleiding: de idee van de rechtsstaat

De idee van de rechtsstaat is wat Gallie noemde een 'essentially contested concept',¹ dat getuigt van wat Hart heeft beschreven als de 'open texture' van juridische begrippen.² Mijn beide promotoren, René Foqué en August 't Hart, spreken van de contrafacticiteit van de grondbegrippen van het recht, waarmee zij de contesteerbaarheid en de openheid van juridische begripsvorming plaatsen tussen de facticiteit van de dingen en de idealiteit van een Platoonse begrippenhemel.³ Daarmee krijgt de betekenisverlening en -verschuiving die eigen is aan een levende taal politieke betekenis. Juist omdat het onmogelijk is om de betekenis van woorden voor eens en altijd vast te schroeven biedt de taal een specifiek soort vrijheid die bovendien steeds opnieuw aanzet tot reflectie op de dingen waarnaar wordt verwezen en de instituties die ermee in het leven worden geroepen. Deze vrijheid is intussen niet onbeperkt; het gaat niet om de *onbepaaldheid* van de taal, die tot anomie ofwel on-zin zou leiden, maar om *onderbepaaldheid* die ruimte biedt om in onderlinge samenspraak de bandbreedte vast te stellen van wat we kunnen bedoelen met een bepaald begrip.⁴ In deze bijdrage wil ik mij nog eens verhouden tot een begrip dat de kern vormt van het oeuvre van René Foqué, zoals ik dat versta, en dat in de meerlagige, genetwerkte rechtsordes van de 21^{ste} eeuw vermorzeld dreigt te worden tussen tandenloze idealiteit en cynische *Realpolitik*.

Lange tijd hebben tegenstanders in het politieke debat elkaar met dezelfde term om de oren geslagen om er hun gelijk mee te halen. De contrafacticiteit van het rechtsstaatsbegrip leent zich daartoe en kan daardoor bijdragen aan een levendig debat over de grenzen aan democratische besluitvorming of de reikwijdte van de mensenrechten in een specifiek geval. Inmiddels wordt de betekenis van de rechtsstaat als institutie langs andere weg op losse schroeven gezet. De spanningsverhouding tussen democratie en rechtsstaat moet volgens sommigen wordt verstaan als een tegenstelling die ten gunste van de democratie en ten koste van de rechtsstaat moet worden opgeheven. In 2010 lezen wij in NRC Handelsblad een opinie van de Leidse rechtsfilosoof en historicus Thierry Baudet:⁵

¹ W.B. GALLIE, "Essentially Contested Concepts," *Proc. Aristotelian Soc'ty* 56 (1956): 167-198.

² H.L.A. HART, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994).

³ R. FOQUÉ AND A.C. 'T HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming* (Arnhem Antwerpen: Gouda Quint Kluwer Rechtswetenschappen, 1990), hoofdstuk 4.

⁴ J.F. GLASTRA VAN LOON, *Norm en Handeling. Bijdrage tot een kentheoretische fundering van de sociale wetenschappen* (Groningen: Wolters-Noordhoff, 1987), [hoofdstuk x](#).

⁵ T. BAUDET, "Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie," *NRC Handelsblad*, November 13, 2010.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in Straatsburg heeft zich de afgelopen jaren ontpopt tot een allesverslindend monster dat zonder enige legitimiteit talloze nationale wetten en regelingen buiten werking stelt. Democratisch tot stand gekomen asiel- en immigratiebeleid, de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst, eventuele grenzen aan de vrijheid van meningsuiting, maar ook regels over huiszoeking en politieverhoor en de inrichting van het openbaar onderwijs: dit alles kan in laatste instantie niet meer door de Tweede Kamer – en daarmee door de Nederlandse bevolking – worden bepaald. Het Hof in Straatsburg beslist. (...) Deze overname van de Nederlandse democratie door Straatsburg is onaanvaardbaar.

Zijn weerzin tegen de bemoeienis van het Hof in Straatsburg hangt samen met de contrafacticiteit van de mensenrechten:

In strijd met de oorspronkelijke gedachte van onze Grondwet is de Nederlandse interpretatie van vage normen als 'recht op leven' en 'discriminatieverbod' tegenwoordig niet meer van de Tweede Kamer afhankelijk – zelfs niet van Nederlandse rechters – maar van de stemverhoudingen van mensen uit landen als Rusland, Roemenië, Turkije, Polen, Bulgarije en Litouwen.

Baudet baseert zijn afkeer van de internationale jurisdictie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens op de idee dat democratie een nationale kwestie is, afhankelijk van een homogeen 'demos' dat zich volgens de regels van de interne soevereiniteit meester maakt van de betekenis van vage normen als mensenrechten. Daarmee is hij ook een voorstander van het toetsingsverbod in de Nederlandse Grondwet. Alleen de parlementaire vertegenwoordiging van het volk kan de grenzen van de macht trekken (door middel van wetgeving) en beslist in laatste instantie zelf over de reikwijdte van die grenzen (dankzij het toetsingsverbod). In feite trekt Baudet de uiterste consequentie van het toetsingsverbod: als de nationale rechter de wet niet mag toetsen aan de Grondwet dan toch zeker niet aan een internationaal verdrag, laat staan dat een internationale rechter de Nederlandse wet aan een internationaal verdrag zou mogen toetsen.

In zijn stellig geformuleerde vlugschriften tegen de meerlagige rechtsorde van alledag lijkt Baudet een verloren strijd aan te gaan. Hij wil terug naar de veilige beslotenheid van het Nederlandse erfgoed en zoekt een vorm van politieke zelfbeschikking die uitgaat van een Nederlandse volksgeest die zich los van de Duitse, Italiaanse, Russische of Turkse volksgeesten over de eigen politieke en juridische toekomst buigt. Het systeem van elkaar wederzijds uitsluitende jurisdicties, gebaseerd op het samenspel van interne en externe soevereiniteit lijkt het vertrekpunt van zijn analyse en juist daar wringt de schoen. De soevereine staat als voorwaarde voor democratie is een problematisch uitgangspunt gezien de permanente reconfiguratie van intra-, inter- en transnationale rechtsordes van interdependente staten die zowel de facto als de jure hun soevereiniteit voortdurend onderbroken zien. In plaats van een nostalgische terugkeer naar vroeger tijden vraagt deze permanente reconfiguratie om een herdenking van de idee van de democratie vanuit een post-nationaal kader, overigens zonder de nationale demos als een relikwie in het museum van achterhaalde staatsvormen bij te zetten. Dat geldt ook voor de rechtsstaat. Ook die wordt geconfronteerd met het verlies en de transitie van de interne en externe soevereiniteit, waardoor de verhouding tussen recht en politiek een bewegend doel lijkt te worden.

De afbakening tussen beide wordt in toenemende mate gebaseerd op rechtelijke uitspraken van hoven die geen aanspraak kunnen maken op een geweldmonopolie binnen hun eigen internationale jurisdictie omdat zij afhankelijk zijn van een veelheid van nationaal gevestigde geweldmonopolies. Dat is zelfs bij de supranationale rechtsorde van de EU niet anders. Dat stelt democratie en rechtsstaat voor grote problemen.

In deze bijdrage wil ik de implicaties van de meervoudig gelaagde rechtsordes voor de rechtsstaat traceren. Ik ga bij het begin beginnen en dat betekent dat ik niet heel ver zal komen binnen het bestek van een hoofdstuk binnen een *Festschrift*. Aan een antwoord op de prangende vragen die deze problematiek oproept komt deze bijdrage niet toe, en het lijkt erop dat die antwoorden ook niet zomaar van achter de tekentafel gegeven kunnen worden. Het gaat erom de gedachten te bepalen, en daarbij is een goed begin is van groot belang. Het vervolg is deels al verwerkt in ander werk en wordt voortgezet in mijn oratie, die zich richt op de rechtsstaat in cyberspace. Ook daarbij ent ik mijn eigen werk graag op het gedachtengoed van mijn beide promotoren, ook al zal mijn lezing daarvan waarschijnlijk afwijken van hun eigen herlezing. Het lot van het gedrukte woord is dat de auteur uiteindelijk de macht over het stuur verliest en toe moet zien hoe anderen ermee aan de haal gaan. Ricoeur heeft dat mooi verwoord. Terwijl het spreken onvermijdelijk onder voogdij van de spreker staat, die zijn taalhandeling met non-verbale middelen begeleidt en de bedoeling van zijn taaluiting persoonlijk kan bewaken, bevrijdt de tekst de betekenis van 'de betutteling van de bedoeling'. De tekst staat niet los van de auteur maar de band tussen de spreker en zijn uiting wordt bij de schrijver 'uitgerekt en gecompliceerd', de betekenis gaat een eigen leven leiden en zal uiteindelijk (moeten) ontsnappen 'aan de horizon waarin de auteur leeft'.⁶ Dat is geen droeve zaak, maar een feestelijke aangelegenheid. Het brengt mee dat teksten, zoals we die vinden in het werk van René Foqué, *die zich niet verliezen in de waan van de dag*, in beginsel hun eigen context kunnen ontstijgen en nieuwe betekenis kunnen genereren in een veranderende wereld. Dat is precies aan de orde wanneer de idee van de rechtsstaat zich moet gaan verhouden tot de postnationale rechtsorde waarbinnen de natiestaat zich een weg moet banen.

Hieronder analyseer ik eerst de gelaagdheid van de mens als bouwer van kunstmatige werelden, zoals die van recht en staat. Daarna ga ik in op de meerlagigheid van de rechtsorde, op de genetwerkte ruimte van het transnationale recht en ten slotte op de meerlagige institutionalisering van de normatieve idee van de rechtsstaat. Ik sluit af met de uitdaging van een contrafactice rechtsstaat in een postnationale orde.

⁶ P. RICOEUR, *Du Texte à l'action. Essais d'herméneutique II* (Parijs: Editions du Seuil, 1986), 188, 187. Zie mijn proefschrift M. HILDEBRANDT, *Straf(begrip) en procesbeginsel. Een onderzoek naar de betekenis van straf en strafbegrip en naar de waarde van het procesbeginsel* (Deventer: Kluwer/Sanders Instituut, 2002), 83.

Stufen

Aan het begin van de vorige eeuw schreef de Duitse bioloog en wijsgerig antropoloog Plessner een diepgravende en nog steeds actuele reflectie over het meerlagige karakter van de mens: *Die Stufen des Organischen und der Mensch*.⁷ Voortbouwend op de fenomenologie, de *Gestalt* psychologie en de derde Kantkritiek ontvouwt hij in zijn boek een complexe maar overtuigende visie op de mate waarin de mens wortelt in het organische en tegelijk uit het paradijs van de onbemiddelde waarneming is geworpen. Net als een plant bestaat de mens bij de gratie van een permanente afstemming op haar omgeving, net als een dier met een centraal zenuwstelsel is zij in staat zich frontaal tot die omgeving te verhouden (bewustzijn van de omgeving), maar daar bovenop is zij zich dankzij de taal ook nog eens bewust van haar eigen bewustzijn. Nietzsche heeft daarover wel eens ernstige dingen gezegd, bijvoorbeeld dat mensen sinds zij een zelfbewustzijn ontwikkelden lijden onder een nieuwe kwetsbaarheid:

Zu den einfachsten Verrichtungen fühlten sie sich ungelenk, sie hatten für diese neue unbekannte Welt ihre alten Führer nicht mehr, die regulierenden unbewusst-sicherführenden Triebe—sie waren auf Denken, Schliessen, Berechnen, Kombinieren von Ursachen und Wirkungen reduziert, diese Unglücklichen, auf ihr 'Bewusstsein', auf ihr ärmlichstes und fehlgreifendstes Organ!⁸

Hoewel Plessner het niet zo dramatisch zou verwoorden, legt Nietzsche hier de vinger op de zwakke plek. Het talige bewustzijn is niet alleen winst maar ook verlies. Plessner formuleert in het verlengde van dat typisch menselijke zelf-bewustzijn drie grondwetten: die van de kunstmatige natuurlijkheid, die van de gemedieerde onmiddellijkheid en die van de utopische positie. Anders dan dieren lijken mensen via de talige interacties met hun soortgenoten voortdurend gedwongen om hun verhouding tot de omgeving en zichzelf te doordenken en zelfs te *bedenken*. De omgeving wordt dan ook een bedachte, gefabriceerde omgeving, vol van kunstmatige instituties zoals bijvoorbeeld universiteiten, het huwelijk, de eigendom, rechtspersoonlijkheid, beloftes, bedrijven, overheden en de rechtsstaat. Doordat wij voortdurend bezig zijn onszelf opnieuw uit te vinden of juist onze identiteit te bewaren zijn wij als het ware van nature gekunsteld, in aanbouw, vol van ambitie, dromen, wensen en mogelijkheden. De taal filtert en produceert de werkelijkheid *waar we in wonen* en werken en zet ons permanent op afstand van de dingen, de ander en van onszelf.⁹ Dat biedt openingen die ontalige organismen niet hebben, zij kunnen niet om de onmiddellijke waarneming heen denken en zijn als het ware vast geklonken aan wat zich hier en nu voordoet. Mensen leven noodgedwongen altijd in een gespleten werkelijkheid, kijken steeds vanuit de taal die ze aangereikt krijgen terug naar zichzelf en die excentrische positionaliteit functioneert als een soort uitkijktoren (Plessner's utopische positie), die de blik verruimt en verdiept. Maar

⁷ H. PLESSNER, *Die Stufen des Organischen und der Mensch. Einleitung in die philosophische Anthropologie* (Berlin: Walter de Gruyter, 1975).

⁸ F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral, Zweite Abhandlung* (1887), Reclam 1998, nr. 16. Zie ook Judith Butler, *Giving an account of oneself*, vol. 1 (New York: Fordham University Press, 2005, 11).

⁹ T. CHEUNG, "The language monopoly: Plessner on apes, humans and expressions," *Language & Communication* 26 (2006): 316-330.

omdat die toren steeds verschuift vallen we nooit samen met onszelf en dat schept niet alleen onzekerheid maar ook vrijheid; het staat ons toe te bedenken wat niet voorhanden is.

Het grootste misverstand dat uit deze beschrijving van de meerlagige mens kan volgen is dat hier sprake is van een vaststaande hiërarchie tussen planten, dieren en mensen. In feite, en Plessner was zich daarvan bewust, lijken sommige dieren toch meer op ons dan we dachten,¹⁰ en is de interactie tussen de onderste, middelste en bovenste laag veel minder hiërarchisch dan wat het rationalistische mensbeeld ons voorschotelt.¹¹ Soms neemt het reptielenbrein de macht over en doen we dingen recht vanuit ons hart, oftewel vanuit hevige angst of lust;¹² soms blijken allerlei heuristieken of strategieën die we als kind hebben ontwikkeld de talige reflectie handig te ontwijken en ons gedrag vanuit een onbemiddelde onkunstmatige en weinig utopische positie aan te sturen.¹³ De psychoanalyse en wat heet 'the new unconscious' lijken het op dat punt eens te zijn: wij zijn meestal niet de baas in eigen huis. We zijn meerlagig, maar de bovenste laag is kwetsbaar, fragiel en onmiskenbaar ge-deeplinkt naar de andere lagen die we ook zijn. Wij zijn geen soeverein die haar gevoelens, gedachten en gedragingen als een veldheer aan kan sturen,¹⁴ maar regelmatig in onderhandeling met ons zelf over wie we nu eigenlijk zijn en welk verhaal we met overtuiging over onszelf willen vertellen.¹⁵ Afvallen is minder een kwestie van het rationeel afwegen van een aantal argumenten voor en tegen dan de beslissing of je het soort persoon wilt zijn die niet van haar eetverslaving afkomt.¹⁶ Die reflectieve beweging keert terug op het niveau van democratie en rechtsstaat. Het gaat daarbij niet om volksvertegenwoordigers die zich richten op de onbewuste drijfveren van hun kiezers en ook niet om een rationele calculatie van het publieke belang. Het spel en tegenspel van democratie en rechtsstaat bouwen eerder voort op de reflectieve dimensie van de mens die zichzelf op basis van haar utopische positie de wet gaat stellen.

Juridische Stufenbau

Mensen, maar ook de rechtsordes die zij creëren zijn meerlagig. Ik bepaal me hier tot de Westerse juridische traditie, die is gegrond op een hiërarchische opvatting van het

¹⁰ S. D. PRESTON, F. B. M. DE WAAL, "Empathy: Its ultimate and proximate bases," *Behavioral and Brain Sciences* 25, no. 1 (2001), 1-20.

¹¹ A. R. DAMASIO, *Looking for Spinoza: joy, sorrow, and the feeling brain* (Orlando, Fla.: Harcourt, 2003).

¹² T. DALGLEISH, "The emotional brain," *Nature Reviews Neuroscience* (5) 7 (2004), 583-589.

¹³ *Bien étonnés de se trouver ensemble*: A. MOOIJ, *Taal en verlangen: Lacans theorie van de psychoanalyse* (Meppel: Boom, 1975); R.R. HASSIN, J.S. ULEMAN, AND J.A. BARGH, *The new unconscious* (New York: Oxford University Press, 2005).

¹⁴ J.F. GLASTRA VAN LOON, "Norm en handeling. Hoe regelen wij ons handelen," *Ars Aequi* (34) 12 (1985), 697.

¹⁵ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre* (Parijs: Seuil, 1990).

¹⁶ CH. TAYLOR, Responsibility for self, in: A. OXENBERG RORTY, *The Identities of Persons* (Berkeley Los Angeles London: University of California Press, 1976), 285.

recht als een systeem dat vooral zekerheid moet bieden en dus geen innerlijke tegenspraak verdraagt. De grote uitdaging bij de receptie van het Romeinse recht in de middeleeuwen was het herformuleren van de grabbelton met casus die ons in het *Corpus Iuris* werd aangereikt tot een geheel van regels die tot voorspelbaarheid en rechtszekerheid zouden leiden: *concordia discordantium*.¹⁷ Geen overbodige luxe in een tijd die gekenmerkt werd door toenemende mobiliteit van mensen en handelswaren, en buitengewoon handig voor vorsten die legitimiteit zochten voor verdere uitbreiding van hun gezag. Met de proliferatie van de boekdrukkunst en de daarmee samenhangende toename van gezaghebbende juridische teksten vanaf het begin van de moderniteit ontstaat een dringende behoefte om die vloed aan teksten te systematiseren ten einde de consistentie van het recht te waarborgen en te verzoenen met de broodnodige rechtsontwikkeling.¹⁸ Naast wetten en rechterlijke uitspraken krijgt de doctrine een zelfstandige rol als rechtsbron, gevolgd door ongeschreven beginselen die de coherentie van het recht bevestigen vanuit haar normatieve grondslagen.

De twintigste eeuw toont de nood aan systematisering van het recht als geheel van gezaghebbende normatieve regels, waarvan op ieder moment duidelijk moet zijn of en waarom ze juridisch geldig zijn. Kelsen's pyramide van rechtsregels en Hart's 'ontdekking' van secundaire regels laten zien hoe groot de behoefte was om de rechtsorde af te grenzen van de morele en politieke orde.¹⁹ Kelsen probeerde het recht te formuleren als een geheel van naar zichzelf verwijzende regels, die – eenmaal vastgesteld – niet meer afhangen van politiek spel of morele voorkeuren. De meerlagigheid van het recht bestaat dan uit hogere en lagere regels, waarbij de lagere altijd een basis moeten vinden in de hogere. Hart beschrijft het Westerse recht als een gebouw dat rust op secundaire regels die de geldigheid van primaire regels bepalen. Hoewel hij die regels uiteindelijk verankerd ziet in een sociale consensus is ook zijn rechtsorde verzekerd van een hiërarchische meerlagigheid, gestoeld op zijn 'secundaire regels'. De geldigheid van de primaire regels hangt immers niet meer af van de vraag of mensen het over de inhoud van die regels eens zijn, maar van de vraag of ze volgens de regels van het spel tot stand zijn gekomen.²⁰ Zelfs Dworkin, die het belang van beginselen benadrukte tegenover regels, meent dat iedere rechtsvraag één juist antwoord heeft.²¹ Ook al is het ons niet echt gegeven dat antwoord te claimen, daarvoor zijn we te beperkt in ons vermogen om alle relevante factoren te achterhalen en op de juiste wijze mee te wegen. Alleen een Hercules kan zoiets. In de cybernetica heten problemen die in theorie wel maar in de praktijk niet oplosbaar zijn intractabel: zelfs als de oplossing van een probleem in beginsel computabel is, maakt het achterhalen van de feiten of de hoeveelheid berekeningen het probleem vaak de facto onoplosbaar. De computer komt dan via vuistregels

¹⁷ *Concordia Discordantium Canonum* is de titel van het *Decretum Gratiani* (1140), de verzameling teksten van canoniek recht van de jurist Gratianus.

¹⁸ E. EISENSTEIN, *The Printing Revolution in Early Modern Europe* (Cambridge New York: Cambridge University Press, 2005).

¹⁹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (Wien: Deuticke, 1960). HART, *The Concept of Law*.

²⁰ Als dat het geval is bieden deze primary rules wat Raz noemt exclusionary reasons, cf. J. RAZ, "Reasons for Action, Decisions and Norms," *Mind* (84) 336 (1975), 481-499.

²¹ R. DWORKIN, *Law's Empire* (Glasgow: Fontana, 1991).

(heuristieken) alsnog tot een aanvaardbare oplossing,²² net zoals de rechter die geen Hercules is maar wel praktische wijsheid heeft ontwikkeld heel goed in staat is om te beslissen in onzekerheid. Desondanks veronderstelt de idee van het enige juiste antwoord dat er steeds een enkele juiste weging is van de relevante argumenten. De metafoor van de weegschaal impliceert dat argumenten ten opzichte van elkaar 'gerankt' kunnen worden en dat wijst op een hiërarchie. Wat Dworkin's positie zo interessant maakt is dat in het geval van beginselen die 'ranking' niet bij voorbaat is gegeven, de afweging kan niet op basis van algemeen geformuleerde voorwaarden worden afgedaan. Het feit echter dat het enig juiste antwoord zich in beginsel laat reconstrueren betekent dat ook hier sprake is van een meerlagigheid die complex en dynamisch, maar in laatste instantie toch piramidaal is.

Schurende lagen: van netwerken en Realpolitik

Het is duidelijk dat deze piramidale structuur onder spanning staat. Binnen de sociale wetenschappen beschreef Castells als eerste voor een breed publiek de aard van de globaliserende samenleving als een netwerksamenleving.²³ Hij kondigde in een omvattende analyse het eind van de natie-staat aan als centrum van macht en gezag, wijzend op de uitdijende invloed van transnationale ondernemingen, de toegenomen mobiliteit van personen, diensten en goederen, kapitaal en arbeid en de onmacht van de staat om daar nog serieus greep op te krijgen. Hoewel de staat zich sinds Castells' profetie aardig overeenind heeft gehouden en op veel vlakken misschien zelfs terrein heeft gewonnen, is ook voor juristen duidelijk dat een al te stringent vertrouwen in een centralistisch rechtssysteem een gepasseerd station is. De idee van een stelsel van soevereine staten met wederzijds uitsluitende jurisdicties (baas in eigen huis) is in de praktijk links en rechts gepasseerd. Wetgeving lijkt steeds meer één van de vele instrumenten te zijn waarmee mensen en dingen gereguleerd kunnen worden, gemakkelijk inwisselbaar voor meer effectieve sturingsmechanismes, van de tucht van de markt tot techno-regulering. De juridische driedeling van nationaal, internationaal en supranationaal recht, alle drie gebaseerd op de interne en externe soevereiniteit van de nationale staat, wordt doorkruist door noties als *governance*, internationale betrekkingen en transnationaal recht.

Governance ziet op een amalgaan van wetgeving, 'codes of practice' en zelf- dan wel co-regulering, waarvan de juridische status onduidelijk is, terwijl niet zeker is of die status er nog toe doet. De idee van de gehoorzaamheid aan de wet lijkt inmiddels een gedateerde notie uit de 19^e eeuwse bevelshuishouding. *Compliance* is het nieuwe toverwoord waarachter zich een mengeling van hard en soft law verschuilt, van technische standaarden tot ethische gedragscodes. Binnen de criminologie viert de notie van *nodal governance* hoogtij: overheden, zelfstandige bestuursorganen, bedrijven, NGOs en publiek-private samenwerkingsverbanden maken onderhandelend

²² A. F. LOBO, G. R. BALIGA, "NP-completeness for all computer science undergraduates: a novel project-based curriculum," *J. Comput. Small Coll.* (21) 6 (2006): 53-63. G. GIGERENZER, "Why Heuristics Work," *Perspectives on Psychological Science* (3) 1 (2008).

²³ M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society* (Oxford: Blackwell Publishers, 1996).

de dienst uit en wie iets gedaan wil krijgen zal zich binnen dat speelveld sterk moeten maken.²⁴ De rechtsstaat lijkt een achterhaald concept van naïeve juristen die niet willen weten hoe het in de echte wereld toegaat.

De studie van de internationale betrekkingen bevestigt dat de internationale rechtsorde geen soeverein kent, maar wel machtige spelers die via een veelheid van allianties en feitelijke doorzettingsmacht de ruimte van het internationale recht bepalen. De Sousa Santos spreekt intussen van transnationaal recht, waarmee hij verwijst naar de ontwikkeling van een nieuwe Lex Mercatoria ten behoeve van het transnationale bedrijfsleven.²⁵ Bedrijven die opereren in een veelheid van landen, continenten, culturen en jurisdicties hebben behoefte aan vlotte geschilbeslechting door onpartijdige experts die beslissen als arbiters in plaats van rechters, op basis van tevoren gemaakte afspraken over rechtsmacht en het toepasselijke recht. Transnationaal recht ziet niet op het recht tussen staten onderling, of op het recht van een supranationale rechtsorde zoals de Europese Unie, maar op een normatieve ordening die zich voor een groot deel onttrekt aan de hiërarchie van Kelsen's piramidale systeem van rechtsregels, aan Hart's geordende toepassing van secundaire regels of aan Dworkin's integere 'empire'. Macht in de zin van feitelijke doorzettingsmacht lijkt hier voorrang te hebben, ook al laat die macht zich in het kader van de broodnodige voorspelbaarheid normeren door de beslissingen van internationale arbitragehoven.

Het gaat hier om feitelijke meerlagigheid, vaak zonder hiërarchie, zonder al te veel spelregels die de verhouding tussen de lagen bepalen, zonder duurzame aandacht voor wat tussen al die schuivende lagen vormalen dreigt te worden: illegale vreemdelingen, armlastige arbeidsmigranten, bevolkingen die zuchten onder een door het vrije westen gesteunde dictator die ten minste de rust weet te bewaren, ondernemers die niet zijn opgewassen tegen internationale corruptie. Ook de gevolgen van financiële crises komen deels voort uit de intra- en transnationale belangenverstrengeling tussen banken, bedrijven, verzekeraars en me name ook de bedrijven die de risico's moeten inschatten voor de aandeelhouders, de pensioenfondsen, de werknemers en – wie had het durven bedenken – de belastingbetaler.²⁶

Rechtsstatelijke Stufenbau

Het ligt voor de hand om sceptisch te staan tegenover een hiërarchische juridische meerlagigheid die inmiddels incongruent is met de huidige economische, politieke en

²⁴ L. JOHNSTON, C. D. SHEARING, *Governing security: explorations in policing and justice* (Routledge, 2003).

²⁵ B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation* (London: Buttersworths, 2002), vgl. F. GALGANO, "The New Lex Mercatoria," *Annual Survey of International & Comparative Law* (2) 1 (August 25, 2010).

²⁶ L. FREEMAN, "Who's Guarding the Gate? Credit-Rating Agency Liability As 'Control Person' in the Subprime Credit Crisis," *Vermont Law Review* (33) 3, 585-619.

maatschappelijke verhoudingen.²⁷ Het is ook niet zo moeilijk om de schurende lagen van de inter- en supranationale rechtsordes vanuit een cynische *Real Politik* te beschrijven, nu deze zich vaak weinig aantrekken van het internationale recht, ofwel de meer kleinsteedse belangenverstrengelingen tussen publieke en private partijen te belichten. Veel interessanter en belangrijker is om de vraag te stellen hoe de institutionele meerlagigheid van *de rechtsstaat als normatieve idee* zich in dit krachtenveld opnieuw kan uitvinden.²⁸

Daartoe is belangrijk om kort stil te staan bij de historische wortels van de institutie van de rechtsstaat. Tegen het einde van de middeleeuwen maakte de overheidsmacht zich los van de persoon van de vorst om zich te hechten aan het ambt van de vorst. Daarmee verkrijgt de overheidsmacht een nieuwe institutionele duurzaamheid, die de overgang van het concrete koningschap naar de meer abstracte idee van de staat mogelijk maakt: *le roi est mort, vive le roi*.²⁹ De idee van de soevereiniteit als abstracte vorm van overheidsmacht impliceert dat terwijl deze macht tijdelijk bezet wordt door een bepaalde vorst, de soevereine staat als institutie niet meer afhankelijk is van de persoonlijke macht van een vorst. Enerzijds determineert die institutie een specifieke verhouding tussen overheid en onderdanen, die sinds Bodin de interne soevereiniteit wordt genoemd.³⁰ Anderzijds bepaalt deze institutie de verhouding tussen staten onderling, kort samen te vatten als de externe soevereiniteit. Na de Vrede van Westfalen (1648) ontwikkelen de verschillende Europese vorstendommen zich daadwerkelijk tot soevereine nationale staten, op basis van wederzijdse exclusiviteit. Jurisdicties sluiten zich van elkaar af, waardoor de interne soevereiniteit zich kan ontpoppen als absolutistische machtsaanspraak van de overheid jegens de onderdanen. De *policie* in oude zin voert in deze naar binnen gekeerde machtsblokken dan ook steeds meer de boventoon. *Policie* - in oude zin - staat enerzijds voor de ongedeelde macht van de overheid om veiligheid en welzijn te waarborgen door het afkondigen van wetten, het uitvoeren van beleid en het rechtspreken in naam van de koning, en anderzijds voor het bestuur die haar wil op kan leggen aan de bevolking.³¹ Als zodanig was deze *policie* een nieuw verschijnsel, een functie van de moderne

²⁷ E.M.H. HIRSCH BALLIN, *Netwerken van rechtsontwikkeling: preadvies voor de vergadering van de Christen Juristen Vereniging op 7 mei 1999* (Utrecht: Lemma, 1999). F. OST AND M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit* (Publications des Fac. St Louis, 2002).

²⁸ Dit is een thematiek die de René Foqué nauw aan het hart ligt, bijvoorbeeld: RENÉ FOQUÉ, "Rechtsstatelijke vernieuwing. Een rechtsfilosofisch essay," in *De lege plek van de macht. Over bestuurlijke vernieuwing en de veranderende rol van de politiek*, in: P. KUYPERS, R. FOQUÉ, P. FRISSEN (red.) (Amsterdam: De Balie, 1993), 18-45. R. FOQUÉ, "Over de kwetsbare historiciteit van het recht," *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 15 (1986): 1-7. RENÉ FOQUÉ, "Het belang van het recht, Ontwikkelingen inde continentale rechtstheorie," in: E. BRUGMANS, J. ELDERS (red.) *Recht en legitimiteit*, (Zwolle: Tjeenk Willink, 1987), 35-97.

²⁹ E.H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1957).

³⁰ S. GOYARD-FABRE, *Jean Bodin et le droit de la république* (Parijs: PUF, 1989). Ook: RENÉ FOQUÉ, "Op de drempel van de moderniteit. De soevereiniteitsleer van Jean Bodin," *Wijdsgerig perspectief* (41) 2 (2000), 3-19.

³¹ J.V. RIJPERDA WIERDSMA, *Politie en Justitie* (Leiden, 1937). M.D. DUBBER, M. VALVERDE, *The New Police Science. The Police Science in Domestic and International Governance* (Stanford: Stanford University Press, 2006). M. HILDEBRANDT, *Vrijheid en straf. Ontstaan en ontwikkeling van straf en strafrecht in het denken van P.W.A. Immink (1908-1965)* (Deventer: Kluwer, 2005).

staat, die het zich dankzij het geweldmonopolie en de geschreven wet kon permitteren zijn onderdanen in steeds meer opzichten en steeds gedetailleerder aan te sturen. Deze *policie* moet niet verward worden met de politie in nieuwe zin, die verwijst naar het korps van geüniformeerde agenten die strafbare feiten opsporen en de openbare orde handhaven. De Europese vorstendommen van de 17^e en 18^e eeuw worden *policiestaten* genoemd omdat bestuur, wetgeving en rechtspraak zich als een ongedeelde doorzettingsmacht konden manifesteren, niet omdat er zoveel blauw op straat was. In Duitsland ontstond de zogenaamde *Polizeiwissenschaft*,³² die geen veredelde politieschool was maar de wetenschap van de staatshuishouding en van het bestuur van de samenleving. De term statistiek vindt zelfs haar oorsprong in deze vroege vorm van beleidswetenschap.

Op het hoogtepunt van de *policie* als kenmerk van de ongedeelde soevereiniteit zou Lodewijk de XIVe hebben uitgeroepen: *l'état c'est moi!* En precies die usurpatie van het statelijk gezag leidt uiteindelijk tot de barsten en breuklijnen die in eerste instantie leiden tot de Franse revolutie, en uiteindelijk resulteren in de interne verdeling van de soevereiniteit zoals we die voorlopig nog kennen. De staat, die zich als een monopolistisch centrum van de macht tegenover de onderdanen opstelde, werd getemd en ingezet als instrument voor de emancipatie van de onderdanen, die zichzelf inmiddels als burgers zien. Niet alleen als *bourgeois*, maar ook als *citoyens*. Zowel in Frankrijk als in Duitsland probeert men dat eerst door de wet boven het recht te stellen: de wet als garantie van rechtszekerheid en als bevestiging van het politieke monopolie van de vorst-als-wetgever zou de willekeur van de vorst in moeten dammen. De formele *Rechtsstaat* en de *État legal* proberen ieder op eigen wijze de overheid aan banden te leggen, maar blijven uiteindelijk steken in de problematiek van de wetgever die rechter in eigen zaak is. Pas met de *Rechtsstaat* in materiële zin en de *État de droit* kan ook de wetgever worden gedwongen zich aan het recht te houden. Niet op basis van zelfbinding (Duitsland) of volkssoevereiniteit (Frankrijk) maar omdat een onafhankelijke instantie daarop toe gaat zien.³³

De historische voorloper van de rechtsstaat is dus de soevereine staat die wat hij zelf als recht erkent of proclameert ook als recht door kan zetten en af kan dwingen. De soevereine staat is daarmee de mogelijksvoorwaarde voor de rechtsstaat zoals we die nu kennen. Die soevereine staat kent twee lagen. De eerste laag is die van het geweldmonopolie, de feitelijke voorwaarde voor de interne soevereiniteit. De tweede laag wordt gevormd door de gerichtheid van de staat op de *res publica*, de publieke zaak. Die gerichtheid is de normatieve voorwaarde voor statelijke soevereiniteit. Het is een misverstand te menen dat soevereiniteit los van de *res publica* kan overleven. Een complete afwending daarvan leidt vroeg of laat tot vormen van willekeur die alle grenzen te buiten gaan en daarmee de soevereiniteit doen imploderen. Despotie, die zich richt op het private belang van de persoon van de vorst, is geen soevereine macht maar de verwording ervan. Het probleem van de soevereine staat is dat de

³² R. VON MOHL, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (Tübingen: Laupp, 1866).

³³ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit* (Parijs: Montchrestien, 1994). R. GROTE, "Rule of Law, Rechtsstaat and 'Etat de droit'," in: CH. STARCK (red.) *Constitutionalism, Universalism and Democracy. A Comparative Analysis* (Baden-Baden: Nomos, 1999), 269-306.

definitiemacht van wat de *res publica* is (een groter paleis of een nieuw kanaal) en wat die vraagt (belasting, dienstplicht en zo meer) in eerste instantie bij een soeverein ligt die eenzijdig zijn wil op kan leggen aan de onderdanen. Het mag niet verbazen als die wil op den duur niet meer begrepen kan worden als gericht op de *res publica*: "Politieke vrijheid is er alleen wanneer geen misbruik wordt gemaakt van de macht, maar de ervaring van alle tijden leert dat iedereen die macht heeft, geneigd is daar misbruik van te maken; zo iemand gaat door tot hij op een grens stuit. Hoe vreemd het ook klinkt, zelfs de deugd heeft behoefte aan grenzen."³⁴ Dat is het moment dat een derde laag moet worden aangelegd, om het verval van de soevereine staat tot een despotie op duurzame wijze te voorkomen: "Machtsmisbruik kan worden voorkomen wanneer de zaken zodanig zijn geregeld dat de macht de macht tot staan brengt. Het is mogelijk dat binnen het kader van een constitutie niemand gedwongen wordt datgene te doen waartoe de wet hem niet verplicht, of datgene niet te doen wat de wet hem toestaat."³⁵ De overheidsmacht wordt intern verdeeld, zodat de burger zich met rugdekking van de staat kan verzetten tegen de staat. Dat vraagt institutionalisering van de trias politica en met name van de politieke onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Daarmee krijgt de burger niet alleen rechten die de soeverein per omgaande in kan trekken als hem dat beter uitkomt – bijvoorbeeld met een eigengereid beroep op de *res publica*. De burger krijgt nu rechten die zij – dankzij de instituties van het geweldmonopolie van de staat en de onafhankelijke rechter – kan doen handhaven, desnoods tegen de staat. De notie van het subjectieve recht staat of valt dan ook met de idee van de rechtsstaat als georganiseerd spel van tegenmachten en met de verankering daarvan in duurzame instituties. Noch een welwillende politiek, noch een hoogstaande moraal kunnen de notie van het subjectieve recht verankeren. Mensenrechten – de lakmoesproef van de rechtsstaat – zijn dan ook afhankelijk van het geweldmonopolie van de jurisdictie waar ze worden ingeroepen, van de manier waarop zij zich verhouden tot de *res publica* van die jurisdictie en van vraag of die verhouding door een onafhankelijke instantie kan worden vastgesteld die haar beslissing bovendien niet alleen *de jure* maar ook *de facto* door kan zetten.

De rechtsstaat kent dus drie lagen: het geïnstitutionaliseerde geweldmonopolie, de geïnstitutionaliseerde gerichtheid op de *res publica* en de geïnstitutionaliseerde interne verdeling van de soevereiniteit die het recht op tegenspraak handen en voeten – en tanden – geeft. De derde laag bouwt voort op de twee vorige lagen en is ervan afhankelijk. Net zoals het zelfbewustzijn van de mens voortbouwt op het organische en daar niet zonder kan. Dat maakt helder waar de schoen wringt in een transnationale rechtsorde, waar zowel de interne als de externe soevereiniteit steeds meer terrein verliezen. We keren terug naar het probleem van Baudet, maar langs de andere kant. Het gaat nu niet om een vermeend gebrek aan democratische legitimiteit van de internationale rechters, maar om het gebrek aan eenduidige doorzettingsmacht. Rechtsstatelijkheid ziet immers niet alleen op het doorzetten van uitgevaardigd recht, maar vooral ook op het organiseren van effectieve tegenspraak van de burger jegens de staat. Zelfs wanneer de staat is gegrond op democratische wetgeving, organiseert de rechtsstaat de mogelijkheid van verzet van individuele burgers jegens dreigende

³⁴ CHARLES DE MONTESQUIEU, *Over de geest van de wetten* (vertaling J. Holierhoek) (Amsterdam: Boom, 2007).

³⁵ Ibid.

almacht van de meerderheid. Het probleem van een transnationale rechtsorde is dan ook niet alleen dat de juridische *Stufenbau* haar coherentie niet meer op een klip en klare hiërarchische orde kan baseren, maar dat zonder abstracte, duurzaam geïnstitutionaliseerde en intern verdeelde soeverein de rechtsstaat zoals we die heden kennen zowel zijn aanspreekpunt als zijn tanden verliest.

Naar een postnationale rechtsstaat?

In het bovenstaande heb ik het gewaagd om Plessner's *Stufenbau*, die betrekking heeft op de reflectieve capaciteiten van individuele mensen, door te trekken naar juridische *Stufenbau* en voort te zetten in de beschrijving van de rechtsstaat. De sprong van (menselijk) organisme naar (rechtsstatelijke) institutie is natuurlijk een hachelijke zaak, maar in dit geval zijn er goede redenen zijn om die sprong te maken. Instituties zijn zowel *afhankelijk van* als *constitutief voor* de derde laag van Plessner's *Stufen*. Zoals hierboven uiteengezet verwijst die derde laag naar het menselijk zelfbewustzijn, dat voortkomt uit de excentrische positie van de altijd weer *vanuit de ander naar zich zelf terugkijkende* mens. In de sociale wetenschappen is dit inzicht door Mead, Parsons en Luhmann benoemd als 'double contingency' (dubbele afhankelijkheid):³⁶ om betekenisvol te handelen moet ik inschatten hoe anderen mijn handelingen verstaan, maar dat geldt omgekeerd evenzeer. Communicatie en interactie vragen daarom van beide kanten een dubbele anticipatie, namelijk op *wat wij verwachten dat anderen van ons verwachten*. Deze wederzijdse dubbele anticipatie is temporeel bepaald en gegrond op een fundamentele en productieve onzekerheid: ik moet steeds opnieuw een voorschot nemen op hoe ik verwacht dat anderen mij zullen verstaan. In andere woorden moeten wij steeds opnieuw het risico nemen dat ons handelen *niet* wordt opgevat zoals wij verwachten dat anderen het zullen lezen. Instituties schieten ons daarbij te hulp. Zij worden bepaald door een geheel van constitutieve en regulatieve regels die het speelveld bepalen waarbinnen handelingen begrijpelijk worden. Die regels bieden enerzijds houvast maar moeten anderzijds permanent bevestigd worden in het spel en tegenspel dat inherent is aan genoemde 'double contingency'. Enerzijds hangen instituties dus af van de excentrische positionaliteit van de mensen die hen 'in leven houden', anderzijds maken instituties de gespletenheid van de zichzelf bewuste mens leefbaar door een vorm van 'Kontingenzbewältigung' te bieden.³⁷ In andere woorden: instituties bieden een manier om de contingentie die eigen is aan menselijke communicatie in te dammen en zo productief te maken. Daardoor worden de gevolgen van het eigen handelen in beginsel redelijk overzichtelijk, zonder dat interpretatiekaders noodzakelijkerwijs dicht worden getimmerd. 'Double contingency' en 'Kontingenzbewältigung' bevestigen aldus de contrafacticiteit van begripsvorming in de natuurlijke taal en tonen daarmee de hechte band tussen taal, norm en handeling.

³⁶ R. VANDERSTRAETEN, "Parsons, Luhmann and the Theorem of Double Contingency," *Journal of Classical Sociology* (2) 1 (2007): 77-92.

³⁷ De term Kontingenzbewältigung is komt voort uit Luhmann's systeemtheorie, zie met name ook H. LÜBBE, "Religion nach der Aufklärung," *Zeitschrift für philosophische Forschung* (33) 2 (1979), 165-183.

Het recht is een van de instituties die het weefsel van wederzijdse contingenties stevigheid verleent; de positiviteit van het moderne recht en de daarmee verbonden rechtszekerheid bieden het recht een vorm van duurzame weerstand die noch de moraal noch de politiek kunnen bieden. Ook de hierboven beschreven institutionalisering van het geweldmonopolie, de gerichtheid op de *res publica* en de interne verdeling van de soevereiniteit zijn geënt op de 'double contingency' van menselijke interacties en verankerd in specifieke vormen van 'Kontingenzbewältigung'. De vraag is nu of democratie en rechtsstaat zich laten denken voorbij de institutionalisering in het kader van de natiestaat als verdwijnpunt van het stelsel van intra-, supra- en internationale rechtsordes. Hier boven is al kort verwezen naar de idee van een transnationale rechtsorde, waarin het transnationale bedrijfsleven allianties sluit met nationale overheden, internationale organisaties en internationale commerciële arbitragehoven om tot een aanvaardbaar niveau van rechtszekerheid te geraken. Net als bij de uitspraken van supra- en internationale gerechtshoven is die nieuwe ordening echter afhankelijk van nationaal geïnstitutionaliseerde geweldsmonopolies. Hetzelfde geldt voor de internationale betrekkingen die bijvoorbeeld het speelveld bepalen van het internationale humanitaire recht (onderdeel van het oorlogsrecht) en de internationale mensenrechten (die vaak directe werking hebben in de jurisdictie van nationale staten), terwijl zij – als het goed is – zich ook door beide vormen van internationaal recht laten bepalen. De 'double contingency' lijkt hier te spelen *tussen instituties* die zoeken naar een vorm van 'Kontingenzbewältigung' die precies op dat bovennationale niveau rechtszekerheid kan bieden.

Persoon, staat en rechtsstaat zijn hiervoor beschreven als gelaagde entiteiten, waarbij opvolgende lagen steeds verankerd zijn in de voorgaande. Het zoeken naar een kader voor de rechtsstatelijke dimensie op trans- en internationaal niveau zou zich best richten op het ontwikkelen van een nieuwe laag, die een nieuw speelveld creëert voor de veelheid van persoonlijke en institutionele actoren die zich vanwege de toenemende interdependentie tot elkaar *moeten* verhouden. De verleiding is groot om daarbij te dicht aan te sluiten bij het begrippenkader van de staat als verzwegen premisse van democratie en rechtsstaat. Dat laatste kan er bijvoorbeeld toe leiden dat de machtsblokken die zich op internationaal niveau door kunnen zetten dankzij het *ontbreken* van een bovennationale soeverein toch als soeverein (en als despoot) worden neergezet. Met name Agamben maakt een denkfout wanneer hij de door hem geschetste transnationale controle samenleving verwacht met een nieuwe vorm van soevereiniteit. Bij zijn analyse van de historische achtergrond van bijvoorbeeld de *homo sacer* vergeet hij te vermelden dat de Romeinsrechtelijke figuur van de *homo sacer* stamt uit het tijdperk van de Romeinse koningen, die zeker geen soevereiniteit belichaamden en juist daarom hun toevlucht moesten nemen tot verbanning en vogelvrij verklaring.³⁸ Het gevaar van de transnationale orde (en wanorde) is dat het ontbreken van een soevereine macht het recht terugbrengt tot een amalgaam van morele en politieke factoren, zoals dat vóór het ontstaan van de soevereine staten onvermijdelijk het geval was. De uitdaging zal liggen in het institutionaliseren van de normatieve idee van de rechtsstaat buiten de orde van de natiestaat en dus buiten de

³⁸ M. HILDEBRANDT, "Governance, Governmentality, Police and Justice: A New Science of Police," *Buffalo Law Review* (2008) 2: 557, 582.

orde van de interne en externe soevereiniteit. Dat betekent niet minder dan dat de eerste laag van de rechtsstaat opnieuw moet worden uitgevonden. Het gaat daarbij bovendien niet alleen om de rechtszekerheid, maar ook om een institutionalisering van de gerichtheid op de rechtvaardigheid (fairness, equality) en de doelmatigheid (in de zin van de *res publica*). Ook de tweede laag moet opnieuw worden verankerd, waarbij de grote uitdaging zal zijn hoe zich een niet-homogene postnationale demos kan constitueren die de zorg voor een zeer complexe *res publica* aan zich kan trekken. Juist op postnationaal niveau mag de democratie zich niet als een meerderheidsdictatuur ontpoppen, die op wereldniveau gaat beslissen over het goede leven van eventuele minderheden. Precies daarom zal ook het rechtsstatelijke systeem van tegenmachten opnieuw geconsolideerd moeten worden, opdat ook de macht van de contingente meerderheid in toom kan worden gehouden.

Zolang de normatieve idee van de rechtsstaat wordt verstaan als gelieerd aan de interne en externe soevereiniteit, die haar historisch gezien constitueerden, kan zij nauwelijks inspiratie bieden voor de rechtsstatelijke dimensie op postnationaal niveau. De vraag is of de contrafacticiteit van de rechtsstaat als institutie in staat is om ruimte te bieden aan onstatelijk denken over astatelijke verankering. De onderzoekende, prudente en tegelijk radicale denkrichtingen die René Foqué ten aanzien van rechtsstatelijkheid heeft ontwikkeld bieden belangrijke aanknopingspunten voor een antwoord op die vraag.