

Overheid zonder recht, recht zonder overheid.

## Over democratie en rechtsstaat

Prof. Dr. Frank Van Dun

Lezing Werkgroep "Greenfields" van Cassandra, Democratie.nu en WorkForAll.org  
10 Februari 2009

### Inhoud

Rechtsstaat of politiestaat?.....	2
De rechtsstatelijke fictie.....	3
Scheiding der machten: wetgevende en uitvoerende macht.....	3
Scheiding der machten: politieke en rechterlijke macht.....	4
Het legaliteitsbeginsel.....	4
Het vertegenwoordigingsbeginsel.....	4
Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke vertegenwoordiging.....	4
Grondrechten: van natuurlijke rechten naar mensenrechten.....	5
"Rule of law" en rechtsstaat: reconstructie.....	5
Geen territorialiteitsbeginsel, wel een personaliteitsbeginsel.....	7
Democratie.....	8
Rousseau: volkssoevereiniteit en de paradox van de vrijheid.....	8
Politieke referenda.....	8
Democratie als dekmantel voor minderheidsbeslissingen.....	10
Conclusie.....	11

'Rechtsstaat' en 'democratie' zijn nog altijd de twee belangrijkste pijlers voor het legitimeren van het staatsoptreden in de westerse wereld. Daarbij wordt vooral verwezen naar het in het verleden verworven prestige van de idee van de democratische rechtsstaat die echter nooit ten volle gerealiseerd is en al heel lang geen rol van betekenis meer speelt in de beperking en normering van de staatsmacht.

Zijn democratie en rechtsstaat hoe dan ook verenigbaar? Zo ja, hoe? Zo nee, welke factoren staan dan hun verenigbaarheid in de weg? Dat zijn de vragen die ik vanavond wil behandelen. Ik zal mij daarbij beperken tot structurele kenmerken van democratie en rechtsstaat en niet ingaan op de psychologische, sociologische, economische en, in het algemeen, culturele processen waartoe die kenmerken veelal aanleiding geven.

Enige jaren geleden liet een collega mij de tekst van een interview zien met een politicoloog met naambekendheid in Nederland. De strekking van het artikel was dat Nederland weliswaar een rechtsstaat is maar al lang geen democratie meer. Dat was een halve waarheid. Niet lang daarvoor had ik samen met een andere collega een avondlezing gehouden waarin hij het thema *Overheid zonder recht* en ik *Recht zonder overheid* behandelde. Wat mijn collega duidelijk kon aantonen—hij was een staatsrechtjurist—was dat Nederland in elk geval geen rechtsstaat is. Of het een democratie is, daarover liet hij zich niet uit. Voor de politicoloog was Nederland misschien wel een rechtsstaat maar geen democratie; voor de staatsrechtjurist misschien wel een democratie maar geen rechtsstaat.

Nederland is noch een rechtsstaat noch een democratie, zoveel is zeker—en het zijn de specialisten die het ons vertellen. Maar ook België is geen van beide: rechtsstaat noch democratie. De “officiële” opinie luidt uiteraard anders; zij vindt nog altijd weerklank in het onderwijs en in de pers, waar men de overvloed van overtuigende tegenbewijzen steevast minimaliseert of wegwuift met doodoeners als “in elke mand zijn er wel een paar rotte appels” en “de instellingen moeten zich aanpassen, zij moeten evolueren met de tijd.” Bovendien kan men zich altijd verschuilen achter de schoolboekdefinities van begrippen als rechtsstaat en democratie die tegelijkertijd geruststellend klinken en vaag genoeg zijn om de illusie te wekken dat zij de geldende praktijken en instellingen dekken.

## **Rechtsstaat of politiestaat?**

Laat ons beginnen met het begrip rechtsstaat, of liever, met het daaraan tegengestelde begrip politiestaat. De rechtsstaat is, zo stelt Van Dale, een staat of staatsvorm die het recht als het hoogste gezag handhaaft, in tegenstelling tot een politiestaat of machtsstaat, in tegenstelling dus tot een beleids- of bestuursstaat. In deze context is het woord ‘politie’ immers de vertaling van het Franse woord *police* en het Engelse woord *polity*. ‘Politie’ staat voor *politiek* in de zin van beleid en bestuur: een politiek is een beleid, een wijze van besturen. Een politiestaat is dus een staat die het bestuur als hoogste gezag handhaaft; een staat die zijn onderdanen verplicht tot gehoorzaamheid aan zijn beleids- en bestuursvoorschriften. Die verplichting wordt ook “hard gemaakt” middels een ingewikkeld systeem van sancties, pressiemiddelen en dwangmiddelen. Denk maar aan de voorwaarden voor het verlenen en intrekken van vergunningen, privileges, immuniteiten, fiscale voordelen en bijzondere lasten, confiscaties, verbeurdverklaringen, boetes, gevangenisstraffen, in sommige landen lijfstraffen, en allerhande alternatieve straffen (meestal als gemeenschapsdiensten voorgestelde vormen van dwangarbeid, maar ook meldingsplicht, elektronische enkelbanden en dergelijke). Zelfs als voor een aantal zaken een veroordeling door een rechter vereist is vooraleer een straf kan worden opgelegd, dan nog zijn er tal van zaken die administratief afgehandeld worden—zaken waarin de betrokken overheidsdienst of administratie onderzoekt, vervolgt, oordeelt, veroordeelt en sancties oplegt.

De regelzucht die een politiestaat kenmerkt brengt met zich mee dat er een omvangrijk bureaucratisch staatsapparaat is dat voortdurend regels opstelt, wijzigt, opheft, de naleving ervan controleert, de effecten ervan evalueert, en dergelijke. Soms gaat de regelzucht zover dat, bij gebrek aan voldoende deskundigheid en personeel binnen de overheid, verschillende aspecten van de regelgeving en de toepassing en evaluatie ervan uitbesteed moeten worden aan derden, groeperingen, verenigingen, universiteiten, bedrijven, studiebureaus, advocatenkantoren, en dergelijke. Dat houdt dan vaak ook financiële steun aan die niet-gouvernementele organisaties in en, in omgekeerde zin, controle van hun boeken en werkingsmodaliteiten. Voor wat hoort wat. Het resultaat is een voortschrijdende vervaging van de grenzen tussen private en publieke organisatie, een overheid die haar doelstellingen zowel via publiekrechtelijke als quasi-privaatrechtelijke kanalen kan trachten te halen.

In een politiestaat vervaagt het verschil tussen echte misdaad (die schending van natuurlijke rechten impliceert) en overtreding van regels (die alleen maar ongehoorzaamheid aan de overheid of gebrek aan kennis van haar regelgeving impliceert). In een politiestaat is er geen rechtsgelijkheid van betekenis. Besturen betekent onder meer de bevolking opdelen in allerhande klassen voor bestuursdoeleinden van fiscale, economische, sociale, of andere aard, en voor ieder van die klassen aparte regels uitvaardigen. Bovendien is er een fundamentele

rechtsongelijkheid in het feit dat de overheid zichzelf machtigt dingen te doen die zij als misdadig beschouwt als andere mensen ze doen. Er ontstaat aldus een discrepantie enerzijds tussen wat rechtmatig en wat legaal is en anderzijds tussen wat onrechtmatig en illegaal is. Anders gezegd, rechtskwesties geraken ondergesneeuwd onder een massa legaliteitskwesties. Juristen, kenners van het onderscheid tussen recht en onrecht moeten de plaats ruimen voor legisten, kenners van wetteksten, reglementen, en daarop gebaseerde beslissingen en vonnissen.

## **De rechtsstatelijke fictie**

Wie een staat als België beschouwt zal het niet moeilijk hebben vast te stellen dat België geen rechtsstaat maar een politiestaat, machtsstaat, beleids- en bestuursstaat is. De enige en uiterst zwakke referentie naar “recht” is het feit dat het omvangrijke politieke of beleidsapparaat min of meer geregeld is in wetten, die evenwel zelf niet veel meer met recht te maken hebben. Zij hebben vooral betrekking op de organisatie van het bestuursapparaat zelf, zijn werkings- en uitvoeringsmodaliteiten en procedures. Overigens hebben dezelfde “private” organisaties, de politieke partijen van enerzijds de parlementaire meerderheid, anderzijds de regeringscoalitie, zowel in het bestuursapparaat als in de wettelijke regeling ervan een doorslaggevend gewicht. Zij, en dus meestal de weinige individuen die in elke partij “de partijtop” uitmaken (en in vele gevallen ook in de regering zitten), zijn de facto de regisseurs van het parlementaire ritueel—bijvoorbeeld wanneer zij, al dan niet bij de onderhandelingen over de regeringsvorming, vastleggen in welke gevallen de parlementaire vertegenwoordigers van de partij de partijlijn moeten volgen en in welke gevallen zij volgens hun geweten mogen stemmen. Zij hebben uiteraard ook heel wat mogelijkheden om via de samenstelling van de verkiezingslijsten te bepalen wie wel en wie niet in het parlement komt.

Naar staatsvorm is België een politiestaat; de regeringsvorm kan het best als “particratie” worden gedeut. Een rechtsstaat is België zeker niet. We hoeven de krant maar te lezen of naar de berichtgeving en oeverloze politieke praatprogramma’s op radio en televisie te luisteren om te weten dat het al overheid is wat de klok slaat. Wie ‘overheid’ zegt, zegt uiteraard meteen ook ‘onderheid’, dat wil zeggen onderdanen. En dat is nu wat er in een rechtsstaat niet is en niet mag zijn. De idee van een rechtsstaat is in oorsprong en in wezen de idee van de rechtmatige ordening van menselijke aangelegenheden waarin de staat als organisatie ter vrijwaring van de rechtsorde geen overheidsmacht, enkel een rechtbeschermende functie heeft.

Het is evident dat de bewering dat België een rechtsstaat is alleen verkoopbaar is aan mensen die zich om de tuin laten leiden door ficties en drogredenen.

- *Fictie*: België is een rechtsstaat want het Belgische staatsbestel respecteert de beginselen van de *scheiding der machten*, het *legaliteitsbeginsel*, het *vertegenwoordigingsbeginsel*, en andere criteria die in de literatuur aangehaald worden als kenmerken van een rechtsstaat.
- *Fictie*: België is een *democratische* rechtsstaat, waarin de burgers (als “soevereine” kiezers) het hoogste staatsgezag uitoefenen en als zodanig onderworpen zijn aan wetten (en alle gevolgen die daaruit voortvloeien) waartoe zij zelf machtiging hebben verleend. Zij zijn dus de hoogste “overheid” in de staat en tegelijkertijd de laagste “onderdanen”—kortom: zij regeren zichzelf.
- *Drogreden*: De notie van recht waar de oude rechtsstaatidee naar verwees is voorbijgestreefd. De rechtsidee omvat nu veel meer rechten dan vroeger—zie bijvoorbeeld de lange lijst van mensenrechten in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens—die ook allemaal door de staat beschermd dienen te worden. Omdat wij nu eenmaal veel meer grondrechten hebben dan vroeger moet de staat over meer bevoegdheden beschikken om die rechten effectief te beschermen.

Laten we deze punten even nader bekijken.

### ***Scheiding der machten: wetgevende en uitvoerende macht***

Er is geen scheiding der machten in België, behalve dan in een louter formele zin, namelijk in de zin dat de staatsmachten (traditioneel: wetgeving, uitvoering, rechtsspraak) intern en in hun onderlinge verhoudingen en interacties grondwettelijk, wettelijk en naar “staatsrechtelijke gewoonte” als onderdelen van een enkele organisatie, “de staat”, aan regels onderworpen zijn. Die regels leggen onder meer de bevoegdheidssferen van de verschillende “organen van de staat” vast, de wijze waarop die hun personeel werven en aanstellen, eventuele functionele onverenigbaarheden, en termijnen. Dergelijke regelingen treft men in alle min of meer complexe organisaties aan. Met een staatsrechtelijk, laat staan politiek beginsel hebben zij niets te maken.

Het waarlijk politieke en staatsrechtelijke beginsel van de scheiding der machten wordt geschonden in een bestel waarin de wetgevende macht en de uitvoerende macht geheel of grotendeels onder controle staan van dezelfde personen, c.q. dezelfde partijen. Waar de parlementaire meerderheidspartijen ook [bijna altijd] de regeringspartijen zijn, is er van een scheiding van wetgevende en uitvoerende macht geen sprake. Dat wordt er niet beter op wanneer zij gebruik maken van kaderwetten, delegerende wetten, zelfs volmachtwetten die in feite

niet meer zijn dan formele machtigingen, die het parlement aan de regering verleent om de ene of de andere materie te regelen.

### ***Scheiding der machten: politieke en rechterlijke macht***

Er is evenmin een scheiding van machten in een bestel waarin de rechtsspraak een staatsmonopolie is, de rechters en procureurs staatsambtenaren zijn (zij het met een bijzonder statuut), die rechters en procureurs ertoe gehouden zijn de wetten en reglementen toe te passen en na te leven die hun politieke meerderen hun voorschrijven.

De zogeheten “onafhankelijkheid” van de rechterlijke macht beperkt zich tot het feit dat haar leden, in het bijzonder de rechters, bepaalde privileges en immuniteiten genieten die andere ambtenaren niet hebben en geen inmenging van hogerhand hoeven te dulden in zaken die in gerechtelijke behandeling zijn. Dergelijke inmenging kan namelijk voor politiek schandaal zorgen—maar dat is veel meer een “culturele” dan een “juridische” sanctie.

Daarnaast zijn er soms mogelijkheden om beroep aan te tekenen tegen wetten en reglementen bij “hogere politieke rechtbanken” (arbitragehof, Europees Hof), politieke instellingen die een regering of coalitie van regeringen in staat stellen delen van haar beleid op te dringen aan latere regeringen of coalities van regeringen, voor zover die er niet in slagen wijzigingen aan te brengen in de statuten van die hogere rechtbanken of in de regels over de naleving waarvan zij geacht worden te waken.

### ***Het legaliteitsbeginsel***

Het legaliteitsbeginsel, voor zover dat een substantiële norm is, eist dat overheidshandelingen een basis in een “formele” wet hebben. Het veronderstelt een werkelijke scheiding der machten. Is die er niet dat houdt het niet veel meer in dan dat de meerderheid die zowel de wetgevende als de uitvoerende macht controleert zelf voorziet in een wettelijke basis voor haar bestuur en beleid.

### ***Het vertegenwoordigingsbeginsel***

Het vertegenwoordigingsbeginsel ten slotte is volledig uitgehold door de combinatie van wetgevende en uitvoerende macht in een systeem waarin de meerderheid het geheel bindt en de vertegenwoordigers dus collectief grondwettelijk bekleed zijn niet alleen met volmacht (plena potestas) maar ook met volheid van bevoegdheid (plenitudo potestatis).

Volmacht betekent dat de vertegenwoordigers gemachtigd zijn de vertegenwoordigden (“het Volk” dus) te verplichten tegenover de derde (de “Koning”, de “regering”).

Volheid van bevoegdheid betekent dat de vertegenwoordigers gemachtigd zijn de vertegenwoordigden op om het even welk gebied tegenover de derde te verplichten.

Die machtiging wordt overigens niet door de vertegenwoordigden zelf afgeleverd; zij geldt “de jure”, namelijk krachtens de grondwettelijke regeling van de staatsbevoegdheden. De vertegenwoordigden hebben slechts een louter passieve rol. Zij worden vertegenwoordigd—dat is alles.

Bovendien is de volksvertegenwoordiging een collectief waarin een meerderheid beslist voor alle vertegenwoordigers en dus voor alle burgers.

### ***Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke vertegenwoordiging***

Dat alles is een karikatuur, om niet te zeggen verbastering, van het vertegenwoordigingsbeginsel. De vertegenwoordigingsrelatie, die in wezen privaatrechtelijk is, veronderstelt drie partijen: A wordt vertegenwoordigd door B tegenover C. In de relatie tussen A en B is A de principaal, B de agent van A. De derde, C, is gewoon een andere partij, niet gerechtigd A te verplichten zonder de uitdrukkelijke instemming van A.

In de publiekrechtelijk uitgeholde vertegenwoordiging kan een meerderheid van de zogeheten vertegenwoordigers (parlementsleden) alle vertegenwoordigden (burgers) en tevens alle niet-vertegenwoordigde ingezetenen van het land eenzijdig verplichtingen opleggen. Anders gezegd, zij “vertegenwoordigen” de burgers en andere onderdanen tegenover zichzelf. Kortom, zij komen in de plaats van de burgers. Zij, niet de burgers, zijn de soevereine heersers over alles en allen die zich in het machtsgebied van de staat bevinden. (“Diplomatieke immuniteiten” laten we hier terzijde.)

### ***Grondrechten: van natuurlijke rechten naar mensenrechten***

De klassieke notie van de rechtsstaat had haar wortels in de natuurrechtelijke traditie. Die stelde dat mensen als mensen rechten hadden waarvan de naleving een coherente orde van samenleven waarborgde. De bescherming

van die rechten door de staat hield dan ook de erkenning in van de soevereiniteit van de rechtsorde. De moderne mensenrechten vormen echter een allegaartje van pseudo-rechten die in feite conflicterende aanspraken zijn op schaarse middelen en dus ook een of ander rantsoeringsmechanisme vereisen opdat op elk moment zou kunnen uitgemaakt worden welke aanspraken wel en welke niet gehonoreerd zullen worden en wie daarvoor de prijs zal betalen. Aangezien het om zogeheten “rechten” gaat, die onder de zogeheten “bescherming” van de staat vallen, moet dat rantsoeneringsmechanisme wel het politieke staatsapparaat zijn. Kortom, de wending van natuurlijke grondrechten naar “mensenrechten” eist een overeenkomstige wending van rechtsstaat naar politiestaat.

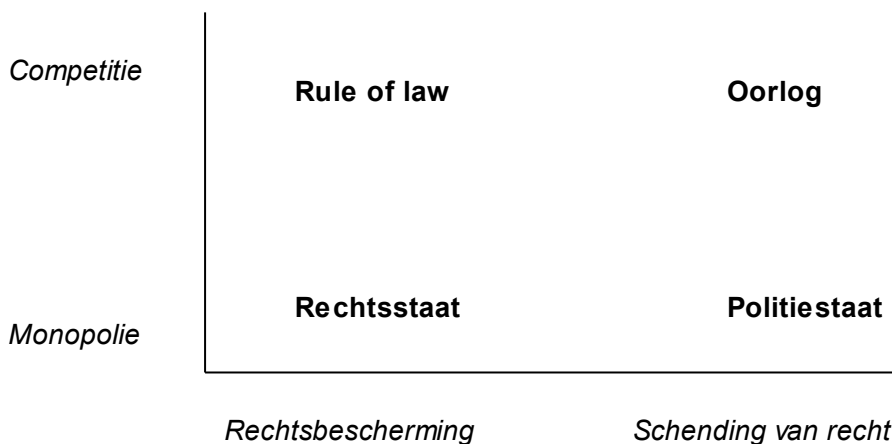
**“Rule of law” en rechtsstaat: reconstructie**

Als we een notie willen hebben van de mate waarin de huidige praktijken een verloochening van de hierboven genoemde beginselen inhouden, dan moeten we de idee van de rechtsstaat herconstrueren op grond van die beginselen—niet die beginselen zo interpreteren dat zij de huidige praktijken min of meer beschrijven.

De basis van waaruit we moeten vertrekken is de zogeheten “rule of law”, oftewel “de soevereiniteit van de rechtsorde”. Dat wil zeggen dat de staat geen autoriteit heeft inzake de rechten en rechtsverplichtingen van mensen in zijn machtsgebied. De rechtsorde verwijst immers naar de orde van natuurlijke personen met hun natuurlijke rechten—dat zijn rechten die zij precies als natuurlijke personen hebben, geen gunsten die hun al dan niet bij algemene regelgeving worden toegestaan door hun politieke meesters. Er is, kort gezegd, een strikte *scheiding van staat en samenleving*.

De ideeën van “rule of law” en rechtsstaat zijn tot op zekere hoogte gelijklopend maar niet identiek. Zij bieden verschillende oplossingen voor het fundamentele probleem van de politiek, namelijk het gebruik en de beheersing van het geweld als dwangmiddel in het intermenselijke verkeer. Het volgende diagram kan een en ander verduidelijken:

**Aanbod van geweld**



**Overwegend gebruik van geweld**

Zoals men ziet gaat het in deze typologie om geweld als dwangmiddel, niet om enige andere activiteit zoals bijvoorbeeld onderhandeling, bemiddeling, arbitrage, rechtspraak; evenmin om onderwijs, voedselvoorziening, financiële diensten, en dergelijke. Geen van die dingen is op enige essentiële wijze politiek van aard. Daarentegen is de problematiek van de beheersing van geweld als dwangmiddel al sedert Plato het kernvraagstuk van de Westerse politieke wijsbegeerte.

De idee van de “rule of law” impliceert meteen de onafhankelijkheid van de rechterlijke functie, die dus geen “rechterlijke staatsmacht” meer is. Dat geldt ook voor de idee van de rechtsstaat als politiek-wijsgerig type—wat ook de historische connotatie van het woord ‘rechtsstaat’ in de Europese context mag suggereren. Hoogstens mag de rechtsstaat de uitvoering van de vonnissen waarborgen. De keuze van rechters is evenwel een zaak van de partijen, niet van enige overheid. Het is een vrije keuze.

Algemener, voor zover rechtshandhaving aan de orde is, dus het gebruik van machtsmiddelen om de rechtsorde te handhaven, impliceert de rechtsstaatidee dat de uitvoerende macht niet willekeurig mag optreden

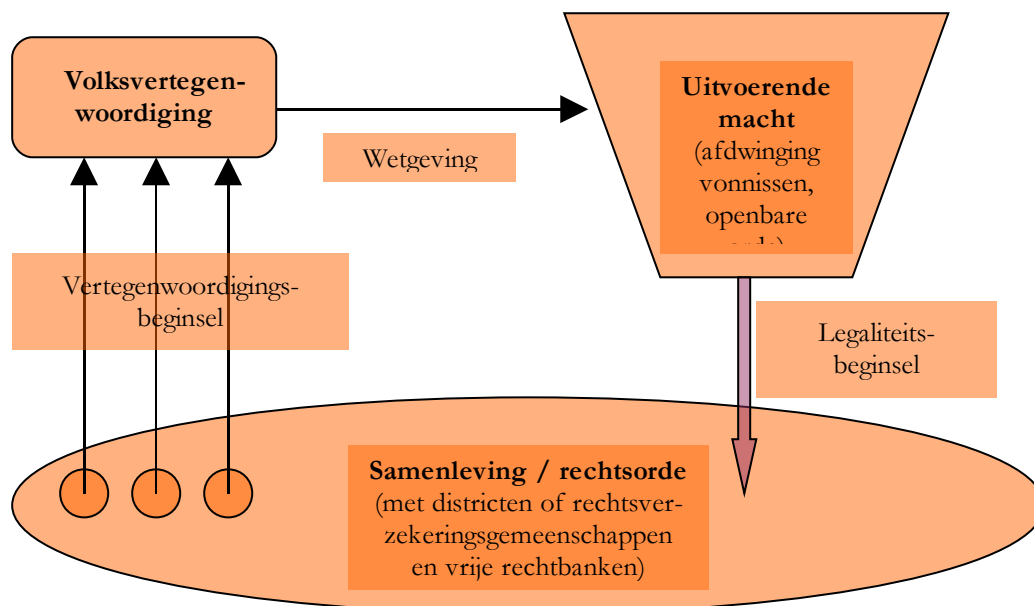
maar alleen volgens regels die bij wet zijn vastgelegd. Dat is het *legaliteitsbeginsel*. Wie maakt de wetten die de uitvoerende macht binden? De volksvertegenwoordigers! Dat is het *vertegenwoordigingsbeginsel*. Die volksvertegenwoordigers hebben in een rechtsstaat evenmin als de uitvoerende macht enige bevoegdheid in te grijpen in de rechtsorde. Anders gezegd: zij kunnen enkel en alleen wetten maken die de uitvoerende macht binden, geen wetten die de mensen binden die zij vertegenwoordigen. De rol van de volksvertegenwoordigers bestaat er immers in erop toe zien dat de uitvoerende macht geen bedreiging gaat vormen voor de rechtsorde, dus voor de natuurlijke rechten van mensen. Doordat zij slechts voor korte tijd verkozen worden, kunnen zij immers ook op korte tijd teruggefloten en vervangen worden door meer betrouwbare en competentere anderen.

In de Europese context veronderstelde het oorspronkelijke beginsel van de vertegenwoordiging een *districtenstelsel*: een vertegenwoordiger per district. Dat was zinvol omdat de volksvertegenwoordiging geen heerschappelijke rol had, maar het voor iedereen gelijke rechtsbelang diende te bewaken. Geen groepsbelangen, zelfs geen districtsbelangen zoals de disproportionele aanwending van nationaal belastinggeld in het ene of het andere district. De vorming van “nationale” partijen is dan ook vrijwel uitgesloten. Bijgevolg is ook de onderhandelingspositie van de uitvoerende macht tegenover de volksvertegenwoordigers heel beperkt. Er zijn immers geen vaste georganiseerde “stemblokken” die zij tegen elkaar kan uitspelen.

Onder die regeling van bevoegdheden is de *scheiding der machten* meteen ook automatisch gewaarborgd. De volksvertegenwoordigers hebben geen gezag over de rechters, noch door directe inmenging noch door wetgeving die de “burgers” bindt en die rechters “moeten” toepassen. Indien zij zich als wetgevende macht partij willen stellen in een zaak tegen een privaatrechtelijke persoon dan kunnen zij dat doen onder dezelfde voorwaarden die voor iedereen gelden. Zij zijn dan echter ook maar een partij als een ander. De volksvertegenwoordigers hebben wel gezag over de uitvoerende macht, maar die macht is hoe dan ook beperkt tot rechtshandhaving.

Het districtenstelsel maakt ook dat toetreding tot en uittreding uit een staat van een district tot een eenvoudige operatie. Er zijn nauwelijks of geen problemen van boedelscheiding, als de uitvoerende macht alleen voor rechtshandhaving dien in te staan. In feite komt her erop neer dat een district een overeenkomst heeft met een georganiseerde “uitvoerende macht” voor rechtshandhaving tegen een bepaalde door het district te betalen som, onder voorwaarde dat een vertegenwoordiger van het district zitting krijgt in de het vertegenwoordigende orgaan dat die uitvoerende macht aan regels bindt.

Overigens is de term ‘district’ vrijwel alleen in de Europese context van belang. Hij heeft een onnodige, op geen enkele logische grond steunende, territoriale connotatie. Elders dan in Europa zou men op soortgelijke historische gronden veeleer over stammen spreken, of over clans die niets meer hoeven te zijn dan persoonlijke *rechtsverzekeringsmaatschappijen* zonder enige territoriale connotatie. Er is geen reden waarom lidmaatschap in een clan niet een vrije keuze zou zijn van iedere volwassene voor zich—zoals wij dat kennen in onze mutualiteiten.



De belastingheffing verdwijnt dan uit het perspectief en maakt plaats voor lidgeld.

*Geen territorialiteitsbeginsel, wel een personaliteitsbeginsel*

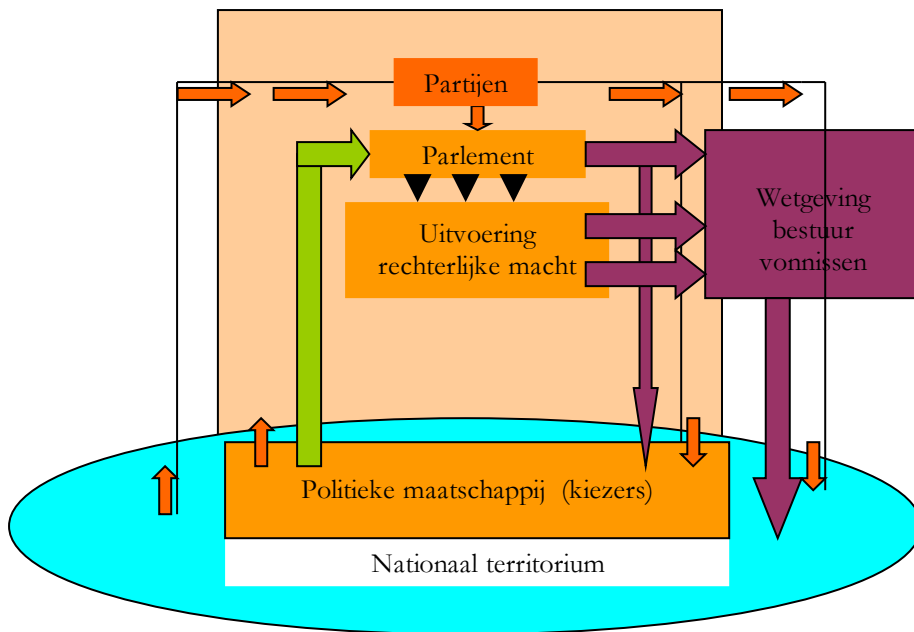
Dit brengt ons bij het *personaliteitsbeginsel* dat wel verenigbaar is met de “rule of law” gedachte maar niet met het nu vigerende staatsbegrip. Dat staatsbegrip is onlosmakelijk verbonden met het zogeheten territorialiteitsbeginsel. Ik zeg “zogeheten” omdat het helemaal geen beginsel is maar een consequentie van het historisch doorslaggevende militaire aspect van de Europese staatsvorming, namelijk de militaire controle over belastingwingebieden.

In de gangbare politieke staatspraktijk is het personaliteitsbeginsel volledig geabsorbeerd in het vertegenwoordigingsbeginsel via de doctrine “Een man, een stem”. Maar dat vertegenwoordigingsbeginsel is zelf geënt op de fictie van een territoriale staat, niet op het fundamentele rechtsbeginsel van de persoonlijke zelfbeschikking.

Laten we dit onderdeel afsluiten met een plaatje van de basisstructuur van een rechtstaat of een soevereine rechtsorde, rekening houdend met de hierboven genoemde beginselen en hun correcte interpretatie.

In een rechtstaat geldt meestal een territoriale monopolieregeling: de “samenleving” is territoriaal afgebakend; er is slechts een volksvertegenwoordiging en slechts een uitvoerend orgaan voor dat territorium. De verhoudingen tussen samenleving, de wetgevende macht en de uitvoerende macht is er “grondwettelijk” geregeld. In het opzet van de “rule of law” vervallen de territoriale en monopolistische voorwaarden. De overeenkomstige verhoudingen berusten op contracten, waarbij individueel keuzerecht geldt voor het lidmaatschap van een rechtsverzekeringsgemeenschap en de vrije keuze van een rechter de algemene regel is.

Ter vergelijking, de structuur van een typische politiestaat naar Westers model ziet er uit als in de volgende figuur. Merk op dat in dit schema de zogeheten “scheiding der machten” nog alleen vormelijk, louter nominaal een rol speelt. Het legaliteitsbeginsel betekent hier niet meer dan dat alle wetgeving, bestuur en afdwingbare vonnissen bij of krachtens een parlementaire of grondwettelijke regeling tot stand komt. In alle gevallen is de politiek, meestal in de vorm van een participatie, die het gehele systeem stuurt en coördineert.



## Democratie

Waarom oordeelde de Nederlandse politicoloog die ik eerder vernoemde dat Nederland geen democratie is? Voor zover ik mij herinner kwam zijn argumentatie hierop neer. Veel beslissingen met ingrijpende gevolgen voor individuen, groepen, bedrijven en andere organisaties worden genomen door instanties die nauwelijks of niet op democratische wijze verantwoording dienen af te leggen, noch aan de betrokkenen zelf noch aan hun democratisch verkozen vertegenwoordigers. Die instanties beschikken vaak over de bevoegdheid om naar eigen inzicht te oordelen over de “gepaste” behandeling van concrete gevallen of over de mogelijkheid om hun beslissingen derwijze te motiveren dat zij voor buitenstaanders nauwelijks of niet aanvechtbaar zijn. Zij hebben immers toegang tot informatie, al dan niet gebaseerd op vaststellingen die zij zelf doen, die voor buitenstaanders niet gemakkelijk toegankelijk is; zij leveren de experts en ervaringsdeskundigen inzake de materie onder hun bevoegdheid; zij kennen alle procedure trucs; en meer van dat. Dat alles hoort nu eenmaal bij een politiestaat.

### *Rousseau: volkssoevereiniteit en de paradox van de vrijheid*

Overigens kan men met Jean-Jacques Rousseau aan elke “representatieve democratie” tegenwerpen dat daarin het volk slechts vrij is op het moment waarop het zijn meesters kiest, waarna het onmiddellijk terugkeert in zijn gebruikelijke staat van slavernij. Wij moeten hierbij in gedachten houden dat Rousseau een onderscheid maakt tussen “democratie”, dat wil zeggen regering door het volk, en “volkssoevereiniteit”, dat wil zeggen dat het volk zelf de wetten stemt terwijl de regering niet meer is dan een uitvoerend orgaan. Wij moeten ook bedenken dat voor hem die volkssoevereiniteit alleen mogelijk is een staat waarin burgers geen andere focus van loyaleiteit hebben dan de staat zelf—een staat dus die geen deelgroepen of partijen kent van welke aard dan ook. Volgens Rousseau mag er zelfs geen politiek debat of politieke discussie zijn, aangezien die als splijtzwammen kunnen werken. Is aan de voorwaarde van homogeniteit niet voldaan dan dreigt het gevaar van demagogie, tweedracht, partijvorming, en tirannie van de toevallige meerderheid.

Aangezien zo’n volstrekt homogene staat menselijkerwijs vrijwel zeker een onmogelijkheid is, zag Rousseau geen andere oplossing dan de mensen zoals zij zijn om te vormen tot burgers. Dat wil zeggen dat de staat en alleen de staat voor de integrale opvoeding van de kinderen op zijn grondgebied zou dienen te zorgen—met andere woorden, de staat zou zijn eigen “burgerlijke religie” moeten vestigen en alle andere religieuze en ideologische uitingen onderdrukken door een systeem van censuur. Als en alleen als dat lukt, geldt dat alle burgers zich een voor een volledig vereenzelvigen met hun staat en dus met elke andere burger. Alle burgers vormen een pot nat. Zij leven dan onder wetten die zijzelf gestemd hebben en zijn dus “vrij”. Bovendien zijn zij allen, precies als burgers van dezelfde staat, volstrekt elkaars “gelijken”. Het is dus alsof zij allemaal computers zijn met een identiek besturingsprogramma en waarop dezelfde programma’s draaien. Dat is nodig opdat de staat in overeenstemming met de fundamentele rechtseis zou zijn, dus met de eis van vrijheid onder gelijken. Een staat die niet aan die eis voldoet is nooit meer dan geïnstitutionaliseerd onrecht. Tot daar Rousseau.

De analyse van Rousseau toont aan dat volkssoevereiniteit alleen verenigbaar is met de rechtsidee als dat volk niet uit mensen bestaat maar uit door de staat zelf gemaakte “burgers”. De prijs van ons burgerschap en de daarbij horende burgerzin is dus de verloochening van onze menselijke natuur. De existentiële vooronderstelling van de volkssovereine rechtsstaat is de wil van mensen om burger te worden. Als we aannemen dat die wil er is dan hebben we meteen ook een verklaring van Rousseau’s *paradox van de vrijheid*: wie bij of krachtens de wet gedwongen wordt tot gehoorzaamheid aan de algemene wil van de staat, wordt gedwongen vrij te zijn. De wet maakt vrij. Dat betekent echter: de wet onderdrukt de menselijke natuur en bevrijdt aldus de burger. In elk individu dat formeel burger van een staat is vechten twee impulsen, de wil om mens te zijn en de wil om burger te zijn. Politieke vrijheid is alleen mogelijk als de burgerlijke wil het haalt.

Men zou voor minder anarchist worden. Rousseau stelt ons immers voor de keuze: ofwel burger worden en ons mens-zijn verloochenen om ons te socialiseren in de politieke maatschappij (de staat), ofwel onze menselijkheid cultiveren en ons dus afkeren van de politieke maatschappij om onze onderlinge betrekkingen te humaniseren.

### *Politieke referenda*

De meeste mensen denken bij ‘democratie’ alleen aan politieke meerderheidsbeslissingen. De standaardvergoelijking die daarbij geleverd wordt is dat het beter is dat de meerderheid beslist dan dat de minderheid beslist. Dat zal wel zo zijn als wij het hebben over meerderheden dicht bij 100%. Voor meerderheden in de buurt van 50% is dat echter onzin. Bovendien is het zelfs voor ruime meerderheden bedenkelijk. Bij het woord ‘beter’ moeten wij altijd vragen voor wie en voor welk doel iets beter is dan iets anders.

Bij collectieve politieke beslissingen moeten wij ook weten wie beslissingsrecht, c.q. stemrecht heeft, en wie de beslissingen ondergaan, hetzij doordat zij erdoor gebonden zijn, hetzij doordat zij in hun rechtmatige belangen getroffen worden door de uitvoering ervan. Zij zijn de relevante belanghebbenden. We moeten dus onderscheid maken tussen

- a) de stemgerechtigden (S),
- b) de getroffenenen (b),

en tussen

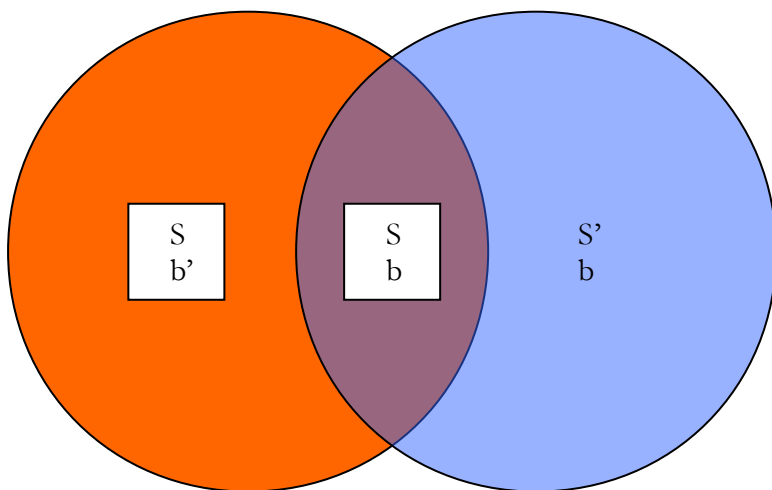
- c) de stemgerechtigden die ook door de beslissing getroffen worden (Sb),
- d) de stemgerechtigden die niet getroffen worden (Sb'),
- e) de getroffenenen die niet stemgerechtigd zijn (S'b),

om op een zinvolle manier iets over het democratisch karakter van een collectief politiek beslissingsproces te kunnen zeggen. Intuïtief geldt dat alle stemgerechtigden ook betrokkenen moeten zijn en, omgekeerd, dat alle betrokkenen stemgerechtigd moeten zijn.

De volgende formule ligt dan voor de hand:

$$DEM = \frac{Sb - Sb' - S'b}{S + b}$$

De formule geeft ons de verhouding tussen de twee relevante groepen, stemgerechtigde kiezers (S) en mensen met een rechtmatig belang (b) bij de beslissing:



DEM = 1 (maximum) als SB' = S'b = 0 (stemgerechtigd als en alleen als belang)  
 DEM = 0 (minimum) als Sb = 0 (stemrecht en belang sluiten elkaar uit)

Het is evident dat DEM bijna altijd ver onder de democratische maximumwaarde zal liggen bij collectieve politieke beslissingen. Zelfs bij rechtstreekse referenda zullen de stemgerechtigden vaak mensen zijn die geen rechtmatig belang bij de beslissing hebben en zal de beslissing wettelijke of feitelijke gevolgen hebben voor mensen zonder stemrecht. De enige officiële procedure die enigszins in de buurt van “democratie” komt is de burgerrechtelijke procedure voor de gewone rechtbanken: daar geldt de eis dat al wie, en alleen wie een rechtmatig belang bij de procedure heeft zich partij mag stellen, en dus mag deelnemen aan de argumentatie op grond waarvan de uitspraak gemotiveerd zal worden.

Noteer ook dat tirannie van de meerderheid niet uit te sluiten valt, zelfs als DEM = 1. Dat twee mensen een rechtmatig belang bij een beslissing hebben sluit niet uit dat hun belangen tegenstrijdig zijn. Evenmin zegt een hoge graad van democratie (DEM dicht bij 1) iets over de aard van de beslissingen die binnen de bevoegdheidssfeer van het collectieve, politieke beslissingsproces vallen. DEM = 1 is verenigbaar met een totalitaire maatschappij, zoals de “legitieme staat” van Rousseau, waarin niet meer respect voor enige privé-sfeer bestaat dan wat de meerderheid toestaat.

Of er enige privé-sfeer is, hangt immers louter van de genomen collectieve beslissingen van het soevereine, stemgerechtigde volk. Zoals Rousseau zelf het stelde: het kan niet anders dan dat de publieke autoriteit, en alleen zij, beslist over de grenzen tussen “publiek” en “privaat”. De meeste grondwetten geven de wetgevende macht de volheid van bevoegdheid om in te grijpen in wat de burgers aanbelangt—zij beperken vrijwel alleen de onderlinge bevoegdheden van de verschillende staatsorganen of staatsmachten ten opzichte van elkaar.

Zelfs als men bij het woord ‘democratie’ aan meerderheidsbeslissingen denkt is het evident dat een politiek bestel als het Belgische geen “democratie” is. Alleen de volksvertegenwoordigers nemen deel aan “referenda” waarin de meerderheid beslist. Voor de algemene verkiezingen van “politieke vertegenwoordigers” is het doorgaans zo dat de verkiezingsuitslag wel een “grootste partij” oplevert maar daarmee is niets gezegd over de politieke meerderheid: die wordt door de partijen bij de vorming van coalities samengesteld. Niet alleen is het Volk dus niet “soverein” (omdat het weliswaar kiesrecht heeft maar geen stemrecht, dus geen beslissingsrecht), het heeft ook geen democratisch kiesrecht. Er is geen garantie dat de meerderheidspartijen de meerderheid van de kiezers vertegenwoordigen. Er is immers geen rechtstreeks verband tussen de keuze van de kiezers en de na afloop van de verkiezingen te vormen politieke meerderheid.

Overigens is niet alleen het stemrecht maar ook de kandidaatstelling bij wet geregeld. Hetzelfde geldt voor de institutionele interpretatie van de verkiezingsuitslag. De partij die de meeste stemmen behaalt, heeft niet noodzakelijk de meeste zetels in de vergadering waarvoor vertegenwoordigers dienen te worden aangeduid. De burgers mogen de kaarten schudden in een spel over de spelregels waarvan zij geen zeggenschap hebben. Daarna mogen zij niet meer meespelen.

### ***Democratie als dekmantel voor minderheidsbeslissingen***

In een “democratische politiestaat” waarin twee of meer partijen naar de macht dingen evolueren de verhoudingen doorgaans vrij snel naar een evenwicht, een toestand waarin op enkele uitzonderingen na alle partijen ongeveer even groot zijn. In zo’n toestand is het gemakkelijk voor kleine groepen (of kleine partijen) om zwaar door te wegen op wetgeving en bestuur. Zij kunnen bij de verkiezingen of anders bij de coalitievorming of bij stemmingen in het parlement een grote rol spelen. De grondoorzaak van deze situatie is dat het gaat om collectieve politieke beslissingen, waarin een meerderheid van vertegenwoordigers (hooguit enkele tientallen mensen) niet alleen alle andere vertegenwoordigers maar ook alle burgers en ingezetenen kan binden. Dat betekent dat, in het extreemste geval, een enkel individu de gelegenheid heeft zijn wil of voorkeur aan de gehele bevolking op te dringen. Meestal zal het niet gaan om een individu maar om een relatief kleine groep, die “op de wip zit”—de zogeheten “swing voters”.

In een aantal gevallen hebben de partijen zelfs een goed idee wie deel uitmaakt van die “beslissende” of doorslaggevende groep. Er gaat veel geld om in het “politiek marktonderzoek” dat partijen verrichten, onder meer om *swing voters* te identificeren. Daarbij geldt dan het idee dat het lonend kan zijn die *swing voters* te lokken met beloftes om een stemming of verkiezing te kunnen winnen. Omgekeerd, individuen en groepen kunnen ervaren dat het loont zichzelf als *swing voter* te profileren om zo de partijen ertoe te verleiden aantrekkelijke toezeggingen te doen in ruil voor hun stem. “Politieke deals” en andere vormen van “omkoping” zijn schering en inslag in het politieke bedrijf, en wel des te meer naarmate de inzet hoger is. Een en ander is zo goed als onvermijdelijk in een systeem waarin winst altijd de bevoegdheid impliceert vrijwel zonder beperking over vermogen en inkomen van talloze anderen te kunnen beschikken.

Bij getrapte verkiezingen of stemmingen speelt dit verschijnsel van de *swing voters* op elk niveau: in de lokale partijafdelingen, in het partijbureau, wanneer over het programma, de partijlijn of de samenstelling van de verkiezingslijsten wordt gestemd. Dat is een van de redenen waarom Rousseau een absolute tegenstander was, niet alleen van “democratie” maar ook van “democratische politiek”; waarom hij erop aandrong dat de burgers over wetsvoorstellen zouden stemmen zonder voorbereiding of debat. Alleen zo zou men strategisch gedrag kunnen voorkomen.

De rol van de oppositie in een parlementair systeem is weinig relevant. Zij kan uiteraard felle kritiek leveren maar het komt nagenoeg nooit voor dat zij, als zij dan toch “aan de macht komt”, meer doet dan alleen maar wat aan het beleid sleutelen. Voor het ontmantelen van de politiestaat heeft zij geen oog. Waarom zou zij? Om het met Benjamin Constant te zeggen: zij heeft er geen belang bij de machtsmiddelen te verminderen die zij zo vurig hoopt ooit zelf te kunnen aanwenden.

## **Conclusie**

Rechtsstaat en democratie zijn moeilijk met elkaar te verzoenen. Verkiezing van vertegenwoordigers in een rechtsstaat houdt geen machtiging tot heerschappij in; in een politiestaat is dat wel het geval. Zodra democratische verkiezingen echter belangrijker worden geacht dan de functie die men via verkiezingen poogt in te vullen wordt het zo goed als onmogelijk de demagogie en andere manipulaties van ambitieuze politici te stoppen. Dan gaat men volkssoevereiniteit en democratie met elkaar verwarren en krijgen de “volksvertegenwoordigers” vrij spel om de grenzen van hun “publiekrechtelijke bevoegdheden” zover op te schuiven dat er van een soevereine rechtsorde, dus van een vrije samenleving, niets overblijft.