

Democratie vs. rechtsstaat: een ongemakkelijke verhouding

Jamie van der Klaauw, 2 november, 2024, uitgesproken in Amsterdam voor het OBA-festival.

Ten eerste, dank allemaal voor jullie aanwezigheid, en dank aan de organisatie voor de uitnodiging. Ik ben deel van een kleine Rotterdamse enclave hier, maar daarnaast *ben* ik ook Rotterdammer en zo vanzelfsprekend komt men dan toch niet in Amsterdam. In mijn bijdrage hier wil ik specifiek ingaan op een complexe relatie die ten grondslag ligt aan onze politieke werkelijkheid: namelijk die tussen democratie en rechtsstaat. Om daarmee te beginnen moet ik eerst stilstaan bij een eigenaardigheid in de Nederlandse taal wat betreft deze relatie, namelijk dat wij het niet als relatie zien, maar als enkel begrip: de democratische rechtsstaat.

Alsof democratie en rechtsstaat naar hetzelfde ‘element’ of ‘ding’ verwijzen. Deze misvatting wil ik hierbij uit de lucht helpen: democratische rechtsstaat is een samentrekking van twee elementen die juist heel veel spanning met elkaar hebben. De rechtsstaat is er namelijk mede *tegen* de democratie ofwel tegen de mogelijkerwijs exorbitante uitkomsten van de onzekerheid en misschien wel ‘onbeheersbaarheid’ van de democratie. Onder andere deze spanning animeert mijn betoog vandaag. Maar – en hierbij neem ik inspiratie uit denkers als Hegel en Habermas – het is misschien zo gek nog niet als we de democratische rechtsstaat zien als behorende tot ‘hetzelfde’. Dat bedoel ik niet als één ding, maar als desalniettemin onlosmakelijk met elkaar verbonden. Daarbij dus in een complexe relatie staande met spanningen, beperkingen, en is mijn hoofdstelling hier vandaag: verregaande verplichtingen.

Kortom, ik zal proberen om de spanning van de democratie versus de rechtsstaat en vice versa, in één begrip op te nemen waarbij er ook een wederzijdse heroriëntering van democratie en rechtsstaat mogelijk wordt – die juist ook weer recht doet aan de complexiteit van hedendaagse politieke gemeenschappen. Onze gemeenschappen zijn namelijk niet hetzelfde als die van de antieke Oudheid, zoals bijvoorbeeld Griekenland, of zelfs van revolutiejaar 1848 – de zogenaamde Spring of Nations – waarin Nederland niet zelf tot revolutie komt, maar wel belangrijke constitutionele hervormingen invoert die ook vandaag de dag nog doorwerken. Het is juist van belang om stil te staan bij het gelaagde begrip van zowel rechtsstaat als democratie dat in de tussentijd is ontstaan, maar ook moeilijk als zodanig te vatten is.

Een ‘Hegeliaanse’ analyse – geschiedenis van de democratische rechtsstaat

Waarom dan toch ingaan op die historische situaties? Nu wel, niet zozeer om in de geschiedenis een rechte lijn te trekken vanuit het Athene van 500 voor Christus naar nu, als wel om de context van toen en het mogelijke contrast met nu scherper te stellen. Ofwel, om een idee te krijgen van ons hedendaagse begrip, waar dat zich allemaal toe moet verhouden, zouden we filosofisch kunnen zeggen, is het toch van belang even in te gaan op die eerdere situaties, zowel betreffende democratie als rechtsstaat. Want daarmee wordt direct inzichtelijk dat deze begrippen in hele andere contexten opkomen en daarmee ook andere betekenissen hebben dan we er nu soms aan toeschrijven.

Democratie

Het kan bijna niet anders dan dat een politiek filosoof die over democratie nadenkt toch even teruggaat naar wat wordt gezien als het begin of de geboorte van de democratie. Inderdaad, dan moet het gaan over de Antieke Oudheid. Want, hoe zat het ook alweer met die veelgeprezen democratie in het oude Athene? De etymologische of semantische wortels van het begrip democratie zijn bijna tot vervelens toe herhaald nu: democratie is een vorm van heerschappij,

waarbij namelijk het volk – de demos – aan de macht is, of regeert – kratein. Alle Atheense burgers – dit zijn er overigens veel minder dan je zou denken, schattingen zijn dat er dan rond de 40.000 Atheense staatsburgers waren, verspreid over heel Griekenland – hadden het recht om als burger te verschijnen en mee te denken en praten in een volksvergadering. Deze vergadering – ofwel Ekklesia – was dus meer een verzamelplaats van het volk, of eerder van de staatsburgers, om tot gezamenlijke beslissingen te komen. Maar, dit staatsburgerschap was op verschillende manieren beperkt bijvoorbeeld door geboorterechten of eigendom, en dan heb ik nog niet eens over slavernij, dat als de noodzakelijke ‘onderkant’ van de Atheense maatschappij fungeerde, of zelfs de positie van vrouwen.

Het betekende dat gemiddeld zo’n 5000 tot 6000 goeie mannen, burgers, gezamenlijk beslissingen namen over de richting van de Polis, de stad. Vervolgens werd voor de uitvoering van die beslissingen via loting bepaald welke magistraten hiermee aan de slag mochten gaan. Hier wil ik dus even bij stilstaan, want loting zou voor ons zeer ongebruikelijk zijn. Wij kennen dit wellicht van de Belgische of Amerikaanse rechtssystemen – waar burgers geloot worden om deel te nemen aan een rechtsproces – maar, kunt u zich bedenken dat ook u geloot kan worden om als zeg burgemeester of minister op te treden? Hoewel, nu ik dit zo zeg, als ik naar het huidige kabinet kijk, welke ik met stijgende verbazing heb gevolgd de afgelopen maanden, dan lijkt het zeker alsof dit kabinet geloot is. Wat mij betreft is het logisch dat loting als ‘veilig’ selectiemiddel kon worden ingezet, juist omdat het staatsburgerschap zo exclusief was, en slaven en vrouwen bijvoorbeeld geen politieke rechten hadden.

Om de positie van vrouwen te illustreren, zo hadden Plato en Aristoteles – leerling en meester, en wellicht de belangrijkste politieke denkers die we kennen uit het klassieke Athene – een meningsverschil. Plato vond dat vrouwen namelijk gemeengoed waren, om zo de stabiliteit van de polis – de stadstaat – te bevorderen. Van ‘eigen’ vrouwen zou alleen maar polarisatie en geschil komen. Vrouwen moesten dus gedeeld bezit zijn, waar Atheense staatsburgers te pas en te onpas gebruik van konden maken. Zijn leerling Aristoteles was het hier niet mee eens, maar vergis je niet, om exact dezelfde reden: het vermijden van politieke verdeeldheid, waarbij hij dacht dat het, het beste zou zijn als vrouwen wel gescheiden bij hun mannen ondergebracht werden – praktisch als bezit.

In de democratie van het oude Athene kon dus een bepaalde directe democratie behaald worden, door middel van het buitensluiten van grote delen van de bevolking. Ik zei eerder al dat er zo’n 40.000 staatsburgers zouden zijn, waarvan er zo’n 5000 bij een volksvergadering aanwezig waren, die dus bindende beslissingen nam over de gehele bevolking die meer dan 200.000 personen telde. Kortom: het merendeel had geen politieke rechten of stem in het proces. Laat ik dit element nog ingewikkelder maken. Want niet alleen in de randvoorwaarden voor de democratie van Athene zit een spanning voor ons, maar ook al in het Oudgriekse gebruik van 'demos' zelf vinden we een spanning tussen de betekenissen hiervan. Mijn punt hiervoor was niet om te zeggen dat Plato en Aristoteles gek waren. Nee, juist Aristoteles bijvoorbeeld, was zich terdege bewust van de vreemde exclusiviteit van de Atheense politiek. Hij beriep zich vaak op het begrip 'demos' om niet naar de volksvergadering te verwijzen, maar juist diegenen aan te duiden die niet tot de volksvergadering behoorden, als het gepeupel of gewone volk.

Plato en Aristoteles waren het er wel over eens dat democratie ook vooral een slecht idee was. In klassiek aristocratische zin dachten zij dat het grootste deel van de demos niet echt geschikt was voor bestuur of politiek, dus de meeste van hen waren terecht passieve toeschouwer en zij konden dan ook slechts mokken of morren of, inderdaad, als het puntje bij paaltje kwam, relschoppen. De spanning tussen geheel en deel is trouwens ook opgenomen in het Griekse woord ‘demos’ zelf. Het kan naar verschillende betekenissen van ‘volk’ verwijzen.

Ten eerste als datgene wat een niet aanwezige, maar dus ‘afwezige’ totaliteit aanduidt, ofwel dat beslissingen van de Ekklesia waren namens het hele volk, terwijl dus vaak maar een gedeelte echt aanwezig was. Ten tweede als gewone mensen, of de lagere klassen – om dit even anachronistisch te gebruiken – in tegenstelling tot bepaalde elites, dus juist in tegenstelling tot de Ekklesia, als de rest.

Een soortgelijke spanning kennen wij ook in onze huidige democratie nog: als we niet één deel van het volk willen opheffen tot het gehele volk – ofwel precies niet doen, wat Athene wel deed – kan dat gehele volk dan überhaupt nog wel met één stem spreken? Kunnen we inderdaad een algemene volkswil creëren, om het met Rousseau te zeggen, zonder dat deze vervalt in meer totalitaire ideeën over een enkel volk? Tot zover even de democratie, die zo weer zijn intrede doet, maar voor nu even verdwijnt, want het duurt zo’n 2000 jaar voordat de democratie überhaupt weer op het politieke toneel verschijnt.

Rechtsstaat

In de tussentijd zien we met het Romeinse Rijk en de middeleeuwen vooral Keizerrijken en feodale systemen, geen democratie. Hier zien we wel de opbouw van rechtssystemen. Ik wil er niet te veel bij stilstaan, maar bijvoorbeeld het Romeinse recht en het middeleeuwse rechtssysteem dat voornamelijk land reguleert, zijn complexe systemen met hiërarchieën van wetten. Toch hebben we het dan niet over een rechtsstaat. Die komt pas op in een specifiek moment. Ten eerste politiek filosofisch gezien, na de verlichting en de verregaande eis tot rationalisering van menselijke systemen. In de verlichting komt rationaliteit namelijk politiek gezien op als instrument om heerschappij inzichtelijk te maken en te kunnen bekritisieren. Ten tweede, praktisch-historisch gezien, nadat eerste de absolute monarchie opkwam, nadat de metafysica politiek dood was verklaard, en heerschappij noch aan natuurlijke, noch aan goddelijke vereisten hoefde te voldoen.

Om met het tweede punt te beginnen, waar tot de vroegmoderne tijd van Hobbes en Spinoza, heersers nog aan bijvoorbeeld een Christelijke moraal kon worden gehouden, werd in hun tijd met de absolute monarchie de grond van de macht van de heerser niet God of natuur, maar het volk waarover de monarch heerschappij had. Denk bijvoorbeeld aan Spinoza’s concept van soevereiniteit die laat hij namelijk afhangen van de dynamiek van heerser en volk, waarbij hoe meer een heerser zijn heerschappij kan gronden in het volk, en dat volk deze bevelen herkent en als belangrijk ziet, hoe meer absoluut de heerschappij is. Dit plaatst de rationaliteit van de politiek echter vooral aan de kant van de heerser als middel om het volk te bespelen. Daarmee is Spinoza nog niet echt democratisch. Hij geeft eerder de aanzet voor wat denkers aan het einde van de verlichting, bij bijvoorbeeld Kant en Hegel, verder uit zullen werken.

In zekere zin zij het eens met Spinoza, inderdaad, de heerschappij van een monarch is krachtiger als het gegrond is in het volk, maar sterker nog, de manier om dat te gronden is dus via de rationaliteit als openbaarheid: via een gedeeld ‘zelfbegrip’. Waar het volk dus ook zelf onderdeel van wordt, zelf ‘begrip’ kan opbrengen en dat gebruiken ter kritiek. Om dit te koppelen aan de rechtsstaat, die betreft in den beginsel zoets als dat staatsmacht niet langer willekeurig mag worden uitgeoefend, ofwel niet meer naar de private wensen van een despoot of monarch, maar via een bepaald rationeel systeem tot stand moet komen. Het is dan ook niet gek dat het denken over staatsmacht in de verlichting verandert, waarbij dus rationaliteit belangrijk wordt, maar ook meer liberale ideeën als persoonlijke vrijheid opkomen – en die vrijheid, denk bijvoorbeeld aan Montesquieu, moet ook tegen de staat zelf beschermd worden.

Dit staat mij meteen toe om hier ook een onderscheid aan te brengen. In die zin is de rechtsstaat verwant, maar niet hetzelfde als de meer liberale beginselen van bijvoorbeeld ‘rule of

law', zoals in de Anglo-Amerikaanse wereld wel bekend is. Om dat heel kort nu aan te geven: 'rule of law' of eigenlijk 'liberalisme' heeft namelijk slechts een negatieve eis – geen willekeurige inbreuk op de rechten van het individu die ten grondslag liggen aan elk politiek samenlevingsverband. Dat zie je bijvoorbeeld terug in de rol van zoiets als de grondwet, hetgeen dat het meest wordt gekoppeld aan de rechtsstaat. In de liberale Anglo-Amerikaanse wereld is een grondwet cruciaal, zeker in Amerika, voor een meer letterlijke toepassing betreffende onveranderlijke rechten – denk aan de 'originalists' als denkstroming over de rechtsstaat en toepassing van de wet, die soms ook zitting nemen in de Amerikaanse Supreme Court.

In continentaal Europa, met bijvoorbeeld een denker als Kant, krijgt de rechtsstaat toch een andere betekenis. Dat zien we bijvoorbeeld als het gaat om de grondwet, die volgens Kant eigenlijk slechts zelfbeperking is van de staat – als de staat die van zichzelf een bepaald begrip heeft. Dat kan omdat de staat zichzelf als 'republiek' begrijpt, waardoor de verschillende domeinen die al in de 18^e eeuw tot de staat behoren, überhaupt hun eenheid kennen. Denk hierbij aan het voor Kant en ook Hegel belangrijke onderscheid tussen de staat en de burgerlijke samenleving. Waar voorheen, in het feodale systeem, geen aparte economische, laat staan politieke, domeinen bestonden – de heerser had de directe controle over economie en politiek – zien we juist in de 18^{de} eeuw de burgerlijke samenleving opkomen. Dit betreft enerzijds een verzelfstandiging van economisch verkeer, waarbij burgers en corporaties zelf onderling van alles kunnen regelen en zij kregen hierdoor ook ruimte om hun soms compleet tegenovergestelde belangen toch te behartigen. Een groot goed dus, volgens iemand als Hegel, die hier een moment van vrijheid in ziet, waarbij je de ruimte krijgt om je persoonlijkheid te ontwikkelen.

Anderzijds, hoe kan dit systeem van tegengestelde belangen en individuele vrijheid dan toch nog tot een samenlevingsverband horen? Tot de staat, als het ware? Wel, dat is dus via het zelfbegrip van de staat als republiek – waarin de staat door heeft dat de burgerlijke samenleving en burgers in het algemeen ook dragers zijn van, of onderdeel zijn van, de staat en dat de integratie daartussen via rationele principes tot stand moet komen. Want het doel van de staat is de vrijheid en de verzelfstandiging van de economie, alsook bijvoorbeeld de trias politica, de scheiding van de machten, zijn bij hen in dienst van of ter bevordering van de collectieve vrijheid. Daarmee komt een tweede eis van de rechtsstaat in zicht, die dus anders is dan de 'rule of law'. Het gaat niet alleen om de eenheid van dit systeem, maar juist het rationele doel van vrijheidsbevordering.

De rechtsstaat in Europa kent dus juist een positieve verplichting, één tot de vergroting van de collectieve vrijheid. Een normatieve fundering die voor een blijvende dialectiek heeft gezorgd – om het even in Hegels termen te zeggen. Zie bijvoorbeeld het enthousiasme van diezelfde Hegel, zeker in het begin, voor de Franse revolutie. Nergens in Europa werd zo hard afgerekend met een onredelijke geschiedenis in dienst van een redelijke nieuwe samenleving. Deze nieuwe fundering van het recht - gegrond in de rede - is zelf vervolgens ook eerder startschot dan eindhalte voor de ontwikkeling van de rechtsstaat. Zoals ik nu wil gaan bespreken, betekent dit wat mij betreft dat het begrip van de rechtsstaat nog complexer wordt en wellicht inderdaad overgaat in iets dat democratische rechtsstaat kan worden genoemd.

Naar de democratische rechtsstaat

Waar ik tot nu toe de rechtsstaat en de democratie als twee verschillende begrippen of zelfs domeinen heb neergezet, wil ik hier een wat meer Habermasiaanse draai nemen. Dat zal ten eerste zijn om de rechtsstaat te denken in relatie tot de herintrede van de democratie. De Franse revolutie is namelijk niet slechts startschot van een nieuwe rechtsorde op rationele basis, maar ook doet de representatieve democratie zijn intrede. Via Habermas moeten we beide elementen

samennemen en zien als co-origineel – dat wil zeggen als samen, en in verbondenheid, opkomend, waarbij de een geen voorrang boven de ander kan krijgen. Een kip of ei verhaal dus, waar we per definitie niet uit kunnen of moeten willen komen. Ten tweede geeft deze co-originaliteit ook aanleiding voor verdere ontwikkeling van die relatie. Daar zal ik kort op mijn eigen conceptie van politiek ingaan. Wat mij betreft is de democratie eigenlijk een democratiseringsproces, die nauw samenhangt met de uitbouw of eigenlijk ‘meeverandering’ van de rechtsstaat.

Kijken we in deze zin naar de Atheense democratie, dan lijkt deze veeleer op een aristocratie, waarbij een selecte groep van de bevolking het specifieke voorrecht heeft om te beslissen en te besturen – juist datgene waar voorvechters van de democratie tegen strijden.

Afijn, eerst dus kort over Habermas, die ik dus volg wat betreft zijn stelling over de democratie en de rechtsstaat, waarbij hij een rol ziet voor de publieke sfeer, de openbaarheid, om de rationele brug te slaan tussen het volk en het bestuur.

Dit kennen we al van zijn werk *Strukturwandel der Öffentlichkeit* uit 1962. Daarin beschrijft Habermas hoe het publieke debat ontstaat uit de meer en meer gescheiden rakende openbaarheid. Dat wil zeggen, waar er eerder dus vooral een hofcultuur is – adviseurs en raadgevers voor de koning – ontstaat nu het politieke gesprek tussen burgers. Dit leidt er mede toe dat besluiten die genomen worden door de monarch bijvoorbeeld, niet meer zomaar geaccepteerd worden, maar ook vooral besproken worden. Dit is wat betreft Habermas misschien wel de belangrijkste manifestatie van de rede en dus een van de manieren waarop beslissingen rationeel getoetst worden: in het publieke debat.

Het publieke debat is een moderne verworvenheid. Zo’n dertig jaar na *Strukturwandel*, als de Engelse vertaling eindelijk uitkomt en vooral de VS in de ban is van Habermas, publiceert hij een nieuw dubbeldik werk: *Faktizität und Geltung* (1992), voor zover ik weet onvertaald in het Nederlands, maar wat zoiets als ‘feitelijkheid en geldigheid’ moet heten. Ofwel: hoe feitelijke waarheden en normen hierover verbonden kunnen worden in onze politieke en juridische systemen.

Een van de belangrijkste hypothesen is daarbij dus de co-originaliteitsthese. Hij probeert daarin een aantal spanningen op te nemen zoals die tussen het systeem van rechten en het principe van democratie, tussen privé/individuele en publieke/politieke/civiele autonomie, tussen individuele rechten die het persoonlijke waarborgen en volkssoevereiniteit die de uitdrukking is van die publieke autonomie. Co-originaliteit betekent dat een van de beide kanten van deze spanningen niet principieel voorgaan boven de andere. Ze hebben als het ware ‘evenveel prioriteit’ en zijn niet tot elkaar herleidbaar. Of anders gezegd: ze roepen elkaar wederzijds in het leven! Er is één sleutelprincipe welke deze co-originaliteit waarborgt. Dat principe is ook precies de reden en de manier waarop de democratie terug kon komen in de moderne maatschappijen van de vroege 19^e eeuw: namelijk “dat de geadresseerden van het recht tegelijkertijd auteurs van hun rechten zijn”.

De populaire uitleg voor deze herformulering van democratie als representatief is dat de moderne maatschappijen groter en complexer zijn dan Athene 2000 jaar daarvoor. Maar zo overtuigend vind ik dat niet. Zo hebben we al besproken dat daar al bleek dat niet iedereen even gelijk kon meebeslissen of bijdragen aan het heersen. Eerder ben ik dus geneigd om te zeggen dat met dit principe de democratie pas echt op het toneel verschijnt, als een heerschappijvorm waarin er geen wezenlijk onderscheid meer is tussen heerser en onderdaan, want via de democratie wordt dit collectieve zelf-heerschappij.

Volgens Habermas betekent dit dus onder andere dat specifieke basisrechten verankerd worden in het politieke proces zelf. Dat betreft dan ten eerste, politieke basisrechten op

bijvoorbeeld lidmaatschap van een vrijwillige vereniging van burgers onder de wet, de wettelijke bescherming van rechthebbenden, gelijke kansen om deel te nemen aan de processen van politieke wilsvorming en de productie van legitieme wetgeving. Maar, ten tweede ook, basisrechten op levensomstandigheden die sociaal, technologisch en ecologisch gewaarborgd zijn, voor zover dit noodzakelijk is voor burgers om hun burgerrechten uit te oefenen.

Vooraf dit laatste punt is van belang. Kijken we naar de historische ontwikkeling van de rechtsstaat sinds de Franse revolutie, dan zien we inderdaad dat de sociale, technologische en ecologische domeinen steeds meer van belang zijn geworden voor de uitoefening van democratische burgerrechten. Denk aan ongelijkheid, armoede en armoedebestrijding, maar ook online media platformen als X en TikTok en hun rol in de politiek en de mogelijke regulering daarvan, en ten slotte klimaatverandering en de maatregelen daartegen.

Hiermee komen we wat mij betreft ook aan bij de moderne vorm van de democratische rechtsstaat. Die gaat dus veel verder dan gelijk zijn voor de wet, zoals vaak gedacht wordt, of machtsbeperking van de democratie. Dat de democratie bepaalde verplichtingen met zich meebrengt wat betreft de gelijke behandeling van zijn burgers, is op zich niet nieuw, maar was ook al het Oude Athene van belang. Ook de Atheners spraken van gelijke rechten in politieke zin; isonomia voor Plato was gelijkheid voor de wet. De Grieken echter, zien dit toch vooral als politiek recht op zich, toegepast op de Ekklesia, de volksvergadering. Het loten van de magistraten was bijvoorbeeld een mechanisme om de gelijke behandeling van de staatsburgers te garanderen, daarmee werd bijvoorbeeld aan 'isonomia' voldaan.

Ook zien de Grieken in dat er weldegelijk ongelijkheid bestond in wie de volksvergadering toesprak en wie niet. Daarvoor probeerden zij via het begrip 'isegoria' – als het gelijke recht tot spreken – die volksvergadering juist ook van een principiële grond te voorzien. Daarvoor echter wordt voornamelijk een 'graphe paranomon' ingericht, een soort juridische clause waarbij een proces gestart kon worden tegen hen die illegale of problematische wetsvoorstellen deden, waarbij die zelfs geblokkeerd konden worden. Daarbij gold: drie foute voorstellen betekende dat je het recht op voorstellen verloor. Dat dit type politieke gelijkheid bijvoorbeeld ook verregaand in het sociale proces moet worden verankerd is veel nieuwer. Zo zou ik ook de verzorgingsstaat als uitbouw van de rechtsstaat zien. Als in Duitsland kanselier Bismarck in de jaren 1880 de sociale verzekeringswetten uitvaardigt, lijkt dat zowel product als ondersteuning van een gestaag uitbreidende democratisering van politieke en sociale participatie.

In het begin van de jaren 1900 zullen zelfs liberale regeringen in Groot-Brittannië arbeiderscompensatie, ouderdomspensioenen, arbeidsuitwisselingen en verzekeringen voor ziekte, invaliditeit en werkloosheid instellen. Of denk aan de jaren 1930, waarin president Roosevelt de Amerikaanse 'welvaartsstaat' met de 'New Deal'-wetgeving uitbouwt. In Nederland kennen we bijvoorbeeld na de Tweede Wereldoorlog een waanzinnige uitbouw van de rechtsstaat in een verzorgingsstaat die verregaande maatregelen durft te nemen om vooral sociale ongelijkheid aan te pakken. En in dienst van de democratie zoveel mogelijke burgers laat participeren in zowel de legislatieve als executieve macht.

Overigens wil ik hier niet die periode uitroepen tot hoogtepunt van de Nederlandse politiek – noch denk ik dat we terug kunnen naar die tijd, of dat zelfs zouden moeten willen. Want het Nederland van de jaren 50 en 60, is nog verzuimd. En er is een zeer complexe overgangssituatie waarin de facto elite van die zuilen de politieke macht bij zich weet te houden. Desalniettemin hebben vooral de Europese democratische rechtsstaten dus de positieve verplichting om de vrijheid van de staat te vergroten als zodanig begrepen, en daarmee de sociale omstandigheden die ten grondslag liggen aan de gelijke participatie in de democratie garandeert. Het betekent praktisch gezien, dat de moderne democratie verplicht is, in bijvoorbeeld het

sociale domein, een bestaansminimum te garanderen, en een bepaalde politieke gelijkwaardigheid.

Dilemma's van de moderne democratische rechtsstaat

Het principe dat burgerlijke rechten eigenlijk verder strekken dan het politieke proces sec, dus naar de domeinen van economie, technologie en ecologie, brengt ook bepaalde dilemma's met zich mee. Ten eerste is dat een overweging tussen minderheid en meerderheidsbescherming. Waar er dus in klassieke zin, via de rationaliteit, vooral gericht werd op de bescherming van individuen of minderheden tegen de willekeurigheid van staatsmacht, is er in moderne zin een verplichting tot de 'instaat stelling' – bijna letterlijk – van zoveel mogelijk personen tot participatie. Dit staat haaks op elkaar. Denk bijvoorbeeld aan de complexe situatie rondom Corona. Waarin een meerderheid eigenlijk omwille van een zwakkere minderheid veel van zijn vrijheden tijdelijk opgaf. Maar nog altijd met het idee, dat dit de nog grotere meerderheid uiteindelijk diende.

Vandaar dat we ook juist met de Franse filosoof Jacques Rancière deze oorspronkelijke bescherming ook kunnen begrijpen als ingaand tegen de democratische impuls voor gelijkheid. Of meer afgezwakt, tegen een correctie van de mechanismen die ongelijkheid in de eerste plaats hebben voortgebracht. In de woorden van Amerikaanse rechtsfilosoof Samuel Moyn is "bescherming van minderheden lang 'de weg van de wereld' geweest", alleen niet als 'de nu bekende bescherming van de marginale, kwetsbare of zwakke mensen, maar het afschermen van de macht van de elite tegen het volk'. Dat is nu juist een probleem voor de moderne democratische rechtsstaat. Majoritaire politiek, ofwel politiek waar in naam van en voor een meerderheid wordt geregeerd, is de enige optie in een democratie waarin juist vrijheid en meningsverschil onderdeel zijn van de gegarandeerde vrijheden – dat is juist ook te herleiden uit de rechtsstaat.

Hoewel ik Habermas dus volg, ben ik geen 'echte' Habermasiaan. Habermas ziet bijvoorbeeld nog steeds minderheidsbescherming als voornaamste rol voor de rechtsstaat, omdat hij ook zo strikt is voor de democratie, die gekoppeld is aan consensus, dat wij allemaal instemmen met beleid. Ik denk niet dat democratie bij consensus uit kan komen. Democratische politiek draait om andersdenkenden, pluraliteit en wellicht coalitievorming. Op zijn hoogst, en daarmee sluit ik mij aan bij Kant, heeft de democratie dan de verplichting om de besluitvorming inzichtelijk te maken, dat wil zeggen leesbaar en begrijpelijk, ook voor hen die het er niet mee eens zijn, en voor die onenigheid ruimte te laten. Dan is het grote gevaar dat de rechten van minderheden inherent de niet zozeer totaliserende als wel democratiserende krachten binnen een politieke gemeenschap blokkeren, d.w.z. de elites die zichzelf afschermen tegen het volk, en daarmee hun ongelijke sociale positie of politieke privileges willen behouden. Met andere woorden, in hoeverre kunnen we een onderscheid maken tussen het problematisch tot zondebok maken van een kwetsbare minderheid, en een legitieme democratische beslissing?

Een tweede en wellicht nog wel groter dilemma is hoe ver de democratie kan gaan betreffende de basisrechten op levensomstandigheden die bestaan uit sociale, technologische en ecologische aspecten. Zeker de afgelopen jaren hebben we gezien hoe ecologische overwegingen bij de rechter zijn gaan wegen in het beoordelen van beleid. Denk aan de Urgenda-zaak. Na een procedure van enkele jaren, heeft de Hoge Raad in 2020 de stichting Urgenda gelijk gegeven dat de overheid tekortschiet in zijn zorgplicht naar het volk toe. De staat moet de uitstoot van broeikasgassen meer verminderen dan zij oorspronkelijk voor ogen had. Deze rechtszaak werd met gejuich ontvangen, maar tegelijkertijd legt het ook iets bloot van de democratische rechtsstaat.

De uitspraak van de Hoge Raad is namelijk moeilijk afdwingbaar. Zie bijvoorbeeld ook de uitspraak van de rechter in de zaak van de gemeente Westerwolde tegen het COA (het Centraal Orgaan opvang Asielzoekers). Hierbij heeft de rechter een boete opgelegd aan het COA dat er voor elke dag dat het aantal afgesproken totaal aan asielzoekers in Ter Apel van 2000 personen wordt overschreden, er 75.000 euro moet worden betaald aan de staat, die dat weer afdraagt aan de gemeente Westerwolde. Dat was al een verhoging van een eerder besluit, waarbij de limiet van de vorige boete van 1.5 miljoen werd bereikt. Met het geld van die boete had de gemeente Westerwolde overigens bedacht dat het imago en de lokale infrastructuur verbeterd konden worden. Hoe blij we hiermee kunnen zijn weet ik dus niet. Het lijkt op een dubbel of zelfs driedubbel falen van de overheid. In eerste instantie in de zin dat het probleem überhaupt speelt of opkomt. In tweede instantie dat er geen adequate politieke oplossing kan worden gevonden. Ten derde dus dat de impasse niet kan worden doorbroken, ondanks de pogingen via het recht.

Paradoxe verlamming

Dit type impasse dat wij nu zien, welke niet beperkt is tot asiel of klimaat, doet ons wat mij betreft er vooral aan herinneren dat Kant gelijk had over de rechtsstaat. Die is, in de laatste instantie, vooral een herinnering aan een zelfopgelegde norm. Daarin denk ik dus ook dat de roep om een constitutioneel hof ter toetsing van overheidsbeleid een dwaalspoor is. Op zijn minst is dat veel te laat ingrijpen in het politieke proces, op zijn ergst bezien, kan het weleens een verder blokkeren van het democratische proces betekenen. Terwijl, dat kan het einddoel van de rechtsstaat juist niet zijn, zeker niet als we de co-originaliteitstheorie van Habermas wat mij betreft serieus nemen. Dat zou de rechtsstaat zich juist weer moeten oriënteren op de voorwaarden waaronder het democratische proces tot succesvol zelfbestuur kan komen.

In mijn conceptie moet de co-originaliteitstheorie dan ook politiek verder door worden gedacht. Op het moment dat de publieke sfeer op het toneel verschijnt, en de democratische eis is dat het volk zowel auteur als onderdaan van het recht wordt, ontstaat er namelijk iets nieuws: het volk bestuurt zichzelf, en wordt daarmee zowel maatstaf als product van zijn zelfheerschappij. Maar dat is gek! Of om het anders te zeggen: er ontstaat een lus, politiek gaat nu over de zelfvorming van het volk – en dat betekent dat beleid als het ware ontstaat uit zelf-anticipatie: politiek wordt gevoerd met het idee dat het product van die politiek, het volk, het achteraf moet goedkeuren, eigenlijk.

Ergens kan dat dus niet anders, maar het zorgt er wel voor dat beleid geneigd lijkt om meer zekerheid te bieden over welk volk er precies geproduceerd wordt in het proces, of anders gezegd, wel volk er overblijft nadat er beleid is gevoerd, of bepalend wordt. Vandaar ook het vreemde gevaar van meer nationalistische opvattingen die de taak ter vorming van het volk erg direct begrijpen: zoals ‘omvolkings’ theorieën. Ondertussen zien we dat de eerder juist uitgebouwde verzorgingsstaat, verder en verder uitgekleeft wordt. Dat het lastiger en lastiger wordt voor het volk om als democratisch subject op te treden, zoals ik dat filosofisch zou zeggen.

Directer is dat vast te stellen in de politieke situaties in het Westen, bijvoorbeeld in de Verenigde Staten gezien de extreme polarisatie en zwaarder wegende belangen van miljardairs. Of in Nederland, in de bizarre constructie van de huidige coalitie. Die pretendeerden een extraparlamenteair kabinet te vormen om uit een politieke impasse te komen. Vandaag is van dat voornemen niets meer over, noch lukt het uit die impasse te komen, en is er zelfs sprake van zelfsabotage met het blokkeren van de spreidingswet – die praktisch apolitiek is verklaard omdat het gegarandeerd zou werken. Het grootste probleem voor onze hedendaagse samenleving is dus

het onvermogen om nog een collectief politiek subject op te tuigen dat aan zelfbestuur kan doen.

Afsluitende anekdote

Om af te sluiten wil ik dan nog iets zeggen over ons begrip van de politiek. Ik geloof wat dat betreft in het Hegeliaanse principe dat de taak van de filosoof niet kan zijn het voorschrijven van wat moet gebeuren, maar het begrijpelijk maken van wat bestaat – en daar als het ware de zin van de onzin scheiden. Daarmee richt ik mij dus tot het begrip van democratie en rechtsstaat als een onlosmakelijke verbinding, als een democratische rechtsstaat. Dan denk ik onder andere dat wij nog bespookt worden door het Atheense beeld van de democratie. Dat we toch ergens niet anders kunnen dan onze eigen democratie te zien als ‘door de ogen van Athene’. Dus laat ik afsluiten met wat ik een ongemakkelijke doch informatieve anekdote vind over Plato en Socrates.

Plato was namelijk een fameuze hater van de democratie. Die haat kwam onder andere voort uit een traumatisch voorval. Socrates, zijn geliefde leermeester, werd ooit door de Atheense democratie ter dood veroordeeld voor het ‘vergiftigen van de geesten van de jongeren’. De filosofie, bij monde van Plato, presenteert dat voorval als dat de ‘betweterige’ wijsheid van Socrates te veel werd voor de simpele Atheense burgers. U kunt zich dat vast wel voorstellen: daar heb je die armoedzaaier weer, die willekeurig marktlieden op de agora met ogenschijnlijke non-issues van hun werk afhoudt. Maar, dus volgens Plato, wat een schande, dat deze voorname burger, van groot intellect, niet in zijn individuele recht beschermd is tegen de verschrikkelijke wilde uitwassen van de democratie.

Maar is dit het hele verhaal? De Oostenrijkse denker over democratie en rechtsstaat, Hans Kelsen, stelde in zijn boek *Platonic Love* (1942), een controversieel alternatief voor. Volgens hem had de democratie namelijk ‘gelijk’ om Socrates te veroordelen. Anders dan in de populaire filosofische overlevering, was het namelijk zo dat die vergiftiging van de jeugd minder te maken had met zijn filosofie, als wel zijn alliantie met de aristocratie en hun liefdesrelaties met jongen mannen. Daar was juist de bredere ‘burgerij’ helemaal niet zo blij mee, en hun politieke rechten stonden dan ook gedeeltelijk op het spel, wanneer Socrates geregeld pleitte voor ‘verlichte despotie’ zoals in Sparta.

Kelsen begrijpt dit als een gelaagde poging van de pedagogiek of eigenlijk de filosofie om de democratie de das om te doen. Enerzijds ‘pedagogisch’, omdat de liefdesrelaties tussen aristocraten en jonge mannen er vaak als een van ‘opvoeding’ werd gezien, waarbij er een duidelijke en niet te betwijfelen hiërarchie ontstond – een antidemocratisch model. Dit werd dan ook als privilege voor de aristocratie gezien. Anderzijds is het een poging tot een filosofische machtsgreep, vooral door Socrates’ leerling Plato, die zijn alternatief voor de democratie uitwerkt in ‘de staat’. Het model van de pedagogie wordt voltooid in de filosofie, waarbij Plato’s filosoof-koning dus ook de niet te betwijfelen wijsheid tot heersen had.

Niet gek dus dat Kelsen suggereert dat de democratie zich moest verdedigen tegen een ‘aristocratische’ aanval op de politieke rechten van burgers. Waarop ik zou zeggen: juist omwille en via de ondersteuning van, zoiets als een rechtsstaat. Meer dus dan het beperken van democratische macht, gaat dit wat mij betreft om het überhaupt kunnen laten verschijnen van die democratische macht. Een macht die veel te zeldzaam verschijnt.