

Over *esprit en lois*

Rick Lawson¹

Dames en heren,

Ik moet u bekennen: ik sta hier met gemengde gevoelens.

Natuurlijk is het een grote eer om hier vandaag te mogen spreken. En hoe vaak komt het nu voor dat ik een minister in het voorprogramma heb staan?! En mocht u de lezing van de minister als het hoofdgerecht van vandaag beschouwen, dan mag ik toch het dessert opdienen – en ook dat is heel bijzonder.

Ik realiseer me dat u – opgewarmd door de *support act* – een feestrede verwacht. Het jubileum van het Montesquieu Instituut biedt daar ook alle aanleiding toe. Maar, en daar komen die gemengde gevoelens vandaan, dat lukt me niet goed

- in een tijd waarin de Russische inval in Oekraïne niet alleen leidt tot een onbeschrijflijke ellende en destructie, maar ook de diplomatieke verhoudingen en de internationale rechtsorde uit het lood slaat;
- in een tijd waarin de Turkse rechter een levenslange gevangenisstraf oplegt aan Mehmet Kavala, terwijl het Europees Hof voor de Rechten van de Mens al in 2019 zijn onmiddellijke vrijlating had gelast, en het Comité van Ministers van de Raad van Europa nog in februari van dit jaar de – zeer ongebruikelijke – stap had gezet om Turkije voor het Hof te dagen omdat het die eerdere uitspraak van het Hof had genegeerd;
- het lukt me niet een feestrede te houden in een tijd waarin ook binnen de Europese Unie de rechtsstatelijk problemen zich opstapelen, bijvoorbeeld in Polen, waar de regering een bindende uitspraak van het Hof van Justitie naast zich neerlegt en tot op de dag van vandaag weigert het nieuwe tuchtrecht voor rechters terug te draaien, ondanks een in oktober 2021 opgelegde dwangsom van 1 miljoen euro *per dag* – de teller staat inmiddels op 196 miljoen euro;
- waartoe een feestrede, tot slot, in een tijd waarin ons eigen land zojuist op de Persvrijheid Index van plaats 6 is gezakt naar plaats 28, tussen Slowakije en Argentinië?

Dit gaat dus geen vrolijk verhaal worden. Toen in de aanloop naar vandaag Sophie Semenowicz mij vroeg naar de strekking van mijn verhaal, zei ik: “we’re all going to die”. U bent dus gewaarschuwd.

In deze benarde omstandigheden lonkt de nostalgie. Graag mijmer ik over onbekommerde tijden. Zoals het eerste jaar van mijn studie Rechtsgeleerdheid. In het allereerste vak dat ik volgde, hield professor Hans Franken ons voor: “power corrupts, and absolute power corrupts absolutely”. Het was de functie van het recht, zo betoogde Franken, om de uitoefening van macht in het gareel te houden. Het waren de juristen – niet alleen zij, maar in elk geval toch de juristen – die de rechtsstaat moesten bewaken, de grenzen die in de Grondwet en de wetgeving waren neergelegd.

Franken bouwde natuurlijk voort op het werk van velen. Onder wie Montesquieu. Ook hem kwam ik tegen in mijn eerste jaar. De docenten van het vak Staatskunde hadden het aangedurfd om een deel van *De l’Esprit des Lois* – in het Frans! – op te nemen. In de passage *De la constitution d’Angleterre* onderscheidde Montesquieu, als ik het destijds tenminste goed heb begrepen, drie staatsmachten. Hij

¹ Prof.dr. R.A. Lawson, Europa Instituut, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.
r.a.lawson@law.leidenuniv.nl

beplette de scheiding van die drie machten – maar dat hoef ik in dit gezelschap natuurlijk helemaal niet uit te leggen. Bij herlezing trof dit ene zinnetje me: “Dans la plupart des royaumes de l’Europe, le gouvernement est modéré”.

“Le gouvernement est modéré”... anno 1748 had die constatering ongetwijfeld wel iets van *wishful thinking* in zich. Maar toch, die gematigdheid, die erkenning dat er grenzen zijn aan de uitoefening van macht, was en is van cruciaal belang. En ze spreekt niet voor zich. In de zomer van 2019, toen in het slepende Brexit-debat de gemoederen in de Britse politiek weer eens hoog opliepen en het kamp van Boris Johnson de ene kunstgreep na de andere toepaste, verzuchtte de Engelse journaliste Gaby Hinsliff:

“It is in weeks like these that you realise how many democratic norms rely on an understanding that those in power will do the decent thing”.

“To do the decent thing”, fatsoenlijk handelen: het klinkt enorm ouderwets, het ruikt naar boenwas en geraniums. Maar naast alle regels en institutionele arrangementen is toch ook het fatsoen, de democratische gezindheid van onze politici van belang voor de instandhouding van rechtsstaat en democratie. Om op Montesquieu te variëren, als dat in dit gezelschap mag: het gaat zowel om *l’Esprit* als om *les Lois*. Om letter én geest.

Aan de trias politica, het systeem van *checks and balances*, werd na de Tweede Wereldoorlog – en vanwege de Tweede Wereldoorlog – een vierde macht toegevoegd. En ja, ik weet dankzij dat eerstejaars vak Staatskunde dat Crinice le Roy daarbij dacht aan de ambtenaren. Maar ik heb het over Europa.

Raad van Europa

De Raad van Europa werd in 1949 opgericht om de drie mensenrechten, democratie en rechtsstaat te beschermen en te bevorderen. De organisatie groeide gestaag en ontwikkelde zich na het einde van de Koude Oorlog tot een pan-Europese organisatie met 47 lidstaten. 800 miljoen burgers, van Reykjavik tot Wadiwostok.

Parel in de kroon was en is ongetwijfeld het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat klachten kan ontvangen van burgers en lidstaten. We zouden het haast vergeten bij alle wapengekletter, maar op 26 januari stond Nederland nog voor het Straatsburgse Hof, tegenover Rusland, in de zaak over het neerhalen van vlucht MH-17.

Van cruciaal belang is dat het Hof bindende uitspraken kan doen, en dat het Comité van Ministers – waarin alle lidstaten vertegenwoordigd zijn – de hand houdt aan de tenuitvoerlegging van de arresten.

In de ruim 60 jaar dat het Hof actief is, heeft het fantastisch werk verricht. Het heeft honderdduizenden zaken behandeld, duizenden arresten gewezen; het heeft al doende de aangesloten landen een spiegel voorgehouden en waar nodig gecorrigeerd; het heeft de rechtsontwikkeling in Europa van talloze impulsen voorzien. Zo kon het, als een bescheiden vierde macht die op een beperkt maar belangrijk terrein bevoegd was, ertoe bijdragen dat “le gouvernement” “modéré” bleef.

Maar we ontkomen niet aan de constatering dat het Hof er niet in is geslaagd de crisis in de rechtsstaat te keren. Acht jaar geleden bekende Viktor Orban zich publiekelijk tot de *illiberal democracy*; eerder al

was Poetin begonnen de rechtsstaat in Rusland te ontmantelen; Erdogan bleef daar niet ver bij achter; na 2016 kon Lech Kaczynski de elders opgedane ervaring in praktijk brengen in Polen.

In elk van die landen kwam de rechterlijke onafhankelijkheid onder druk te staan, de vrije pers, de *civil society*, de oppositie. Tegenspraak verdween. De gematigdheid, waarover Montesquieu in 1748 schreef, verdween.

De Raad van Europa is niet in staat gebleken daar accuraat op te reageren. Men liet het een beetje op z'n beloop. Ook de Russische inval in Georgië (2008) en de annexatie van de Krim (2014) – toch onmiskenbaar grensoverschrijdende handelingen – leidden niet tot een stevige reactie. Zeker, dat veranderde na de Russische inval in Oekraïne op 24 februari. Binnen enkele weken ging de Raad er toe over Rusland uit de organisatie te zetten. Dat was heel kordaat. Maar tegelijkertijd was het toch ook de ultieme erkenning: het is niet gelukt. Het is niet gelukt om de rechtsstaat, democratie en mensenrechten te verankeren in het Russische staatsbestel.

Het is dus ook het Hof niet gelukt. Het Hof, dat door naoorlogse grootheden als René Cassin en Pierre-Henri Teitgen bedoeld was als een alarmbel, een *early warning system* dat een aantasting van democratie en rechtsstaat snel op het spoor zou kunnen komen aan de hand van klachten die het kreeg voorgelegd, dat Hof kon dat tij niet keren. Daarbij speelden drie factoren een rol.

- 1) Het Hof is overbelast. Het krijgt jaarlijks tienduizende klachten, en het mist domweg de capaciteit om al die zaken vlot af te handelen. Er is eindeloos gekeken naar de *efficiency*, maar de grens is al lang geleden bereikt. Het gevolg is dat er grote achterstanden zijn ontstaan; het Hof heeft momenteel een werkvoorraad van 72.750 zaken. Dat maakt het slagvaardig reageren op ontwikkelingen natuurlijk heel lastig. Feit is dat de lidstaten nu al jarenlang de hand op de knip houden. Nu Rusland is vertrokken, zal het budget van de Raad van Europa slinken – Rusland nam 12,5% van de begroting voor z'n rekening. Wat zal dat betekenen voor de slagkracht van het Hof?
- 2) Het Hof zelf heeft niet heel strategisch geprioriteerd. Er is eindeloos gedebatteerd over de vraag of het Hof er nu voor iedere rechtszoekende moet zijn (en dat zijn er in theorie zo'n 800 miljoen), of dat het Hof zich veeleer moet richten op de belangrijkste zaken. Dat laatste roept dan meteen de vraag op wat den wel "de belangrijkste zaken" zijn. Voor het Hof was dat wel duidelijk: toen het eenmaal, voorzichtig, begon met een prioriteitsstelling gaf het voorrang aan zaken over schade aan lijf en leden. Daar valt op zich natuurlijk veel voor te zeggen, maar het gevolg was wél dat zaken die de aantasting van de rechtsstaat betroffen (ik zal maar zeggen: zonder dat er meteen bloed vloeide), op een stapel terecht kwamen. Zodoende kon het tot 2018 duren voordat het Europese Hof zich überhaupt begon te buigen over de Poolse *rule of law* zaken. Het eerste arrest verscheen in 2021, terwijl de *rule of law* in Polen al sinds eind 2015 onder druk staat.
- 3) Tot slot waren de lidstaten te laks. Om te beginnen: voor individuele landen was het eigenlijk wel gemakkelijk om de zorg voor mensenrechten en rechtsstaat te *outsourcen* aan organen als het Europees Hof. Dat bespaart diplomatiek gedoe, bilaterale spanningen. Maar vroeg of laat komt dan het moment dat ook het Hof het niet alleen af kan. Dan heeft het de *backing* nodig van de lidstaten. En daaraan ontbrak het maar al te vaak. Dat is merkwaardig, want de lidstaten hebben, als leden van het Comité van Ministers, de taak om toezicht te houden op de tenuitvoerlegging van Straatsburgse arresten. Dat is de kern van de collectieve verantwoordelijkheid voor de naleving van mensenrechten in het naoorlogse Europa. Maar als de deuren van de vergaderzaal dichtgaan – en dit zeg ik met alle voorzichtigheid die mij als buitenstaander past – blijkt dat veel landen toch niet wezenlijk geïnteresseerd waren in het aanspreken van elkaar op de correcte nakoming van verdragsverplichtingen. En waarom zouden ze ook? Dat geeft maar diplomatiek

gedoe, mogelijk ook bilaterale spanningen. En de lidstaat die nu een ander land aanspreekt op diens nalatigheid, komt bij het volgende agendapunt zélf aan de beurt.

En daar komt dan nog bij dat nogal wat lidstaten al geruime tijd bezig waren om te zagen aan de poten van het Hof. Een fascinerende coalitie: Rusland en Turkije, beiden haast uit de aard der zaken niet bijzonder geïnteresseerd in een sterk Hof, kregen gezelschap van het VK (altijd al wars van te sterke Europese instituties), en destijds ook van de gedoogcoalitie in Nederland. Daardoor is veel schade toegebracht aan het gezag van het Hof.

De vraag is: hoe nu verder? Het meest optimistische scenario lijkt mij dat de Raad van Europa zich herpakt. Het heeft scherp gereageerd op de Russische agressie, het heeft een niet eerder vertoonde daadkracht en eensgezindheid aan de dag gelegd. Nu is het zaak voor de organisatie om vaart te behouden. Ook in de toespraak van Minister Hoekstra (BZ) op de Europa-dag in Maastricht, op 9 mei, klonk die wens door. Hij zei: “Laten we eerlijk zijn: het is eigenlijk voor ons in het Westen een *wake-up in slow motion* geworden. Want signalen waren er de afgelopen jaren genoeg”.

We hebben, in de woorden van de minister, “te maken met een krachtmeting tussen democratie en autocratie. Met een situatie waarin de vraag voorligt, of we accepteren dat mensenrechten verwateren, of dat we vinden dat ze universeel zijn, en altijd moeten gelden. Waarin het aan ons is om te bepalen of we kiezen voor de *rule of law* ... In essentie gaat het erover”, aldus nog steeds de minister, “hoe je vindt dat de 21e eeuw eruit moet zien. Welke waarden in deze eeuw de boventoon moeten voeren”.

Als de Raad van Europa – en zijn lidstaten! – die urgentie weten vast te houden, dan zou dat tot een nieuw elan kunnen leiden. Er wordt nu gesproken over een nieuwe summit, een bijeenkomst van de staatshoofden en regeringsleiders van de inmiddels 46 lidstaten van de Raad van Europa.

Zo’n bijeenkomst heeft natuurlijk alleen maar zin als er ook echt iets wordt afgesproken. Dan moet het gaan om een ruimer budget, na jaren van ‘*zero real growth*’. Maar ook, en vooral, om een hernieuwd *commitment* van de lidstaten. Zij zullen hun verplichtingen als lidstaat van de Raad van Europa serieus moeten nemen, en ook bereid zijn elkaar daarop aan te spreken. Het zal moeten gaan over *esprit* en *lois*, letter en geest.

Europese Unie

Vergeleken met de Raad van Europa is de Europese Unie een nieuwkomer als gaat om de bescherming van mensenrechten in zijn lidstaten. Ere wie ere toekomt: een enorme impuls is daarbij uitgegaan van de Vice-President van de Europese Commissie, Frans Timmermans, en diens kabinet, toen hij in de Commissie-Juncker de rechtsstaat in zijn portefeuille had. Kort nadat de PiS in Polen aan de macht was gekomen en de confrontaties met de rechterlijke macht werden ingezet, zag Timmermans wat er gebeurde en probeerde hij tussenbeide te komen. Dat heeft maar heel beperkt resultaat opgeleverd, maar aan zijn inzet heeft het niet gelegen.

Bij alle discussies die sindsdien woeden over de rechtsstaat in landen als Polen, Hongarije, Roemenië en Malta is het goed om in het achterhoofd te houden dat de Unie eigenlijk geen keuze heeft. Het klassieke beeld wil dat de Unie een op economische integratie gerichte organisatie is; de mensenrechten “enzo” zijn ondergebracht bij de Raad van Europa. Dat is echter een valse tegenstelling. Niet alleen is de agenda van de Unie tegenwoordig heel veel breder. Maar ook leidt de economische integratie in het kader van de Unie tot een diepe verwevenheid van de lidstaten, tot

interdependentie – met als gevolg dat de lidstaten van elkaar op aan moeten kunnen. Men moet elkaar kunnen vertrouwen.

Toch heeft men ook in het kader van de Unie de *rule of law backsliding* maar een beetje op z'n beloop gelaten. Viktor Orban kon toch jaren tamelijk ongestoord z'n gang gaan. En als het aan de toenmalige President van de Europese Commissie, Juncker, had gelegen was een speciaal rechtsstaat-instrument dat bij de toetreding van Roemenië en Bulgarije was gecreëerd – het zogenaamde *Verification and Cooperation Mechanism (VCM)* – al lang weer afgeschaft.

En van zogenaamde gereedschapskist die het Unie-recht biedt, is maar spaarzaam gebruik gemaakt.

- de artikel 7-procedure tegen Polen en Hongarije heeft tot nu toe niets concreets opgeleverd, dat moeten we nu toch wel constateren.
- de Commissie heeft verschillende inbreukprocedures ingesteld, met name tegen Polen, vanwege de ondermijning van de rechterlijke onafhankelijkheid. Maar zeker de Commissie-Von der Leyen is daar toch zeer terughoudend in. Het “Constitutionele Hof” van Polen – dat is gelijkgeschakeld met de *ruling party* – mag zeggen dat hele stukken van het Unierecht bij nader inzien toch niet verenigbaar zijn met de Poolse Constitutie, en dus buiten beschouwing kunnen blijven. Voor de Commissie is dat echter geen aanleiding om in actie te komen.
- hetzelfde beeld in prejudiciële procedures. Herhaaldelijk vragen nationale rechters in bijvoorbeeld Ierland of Nederland aan het Hof van Justitie, of ze nog wel kunnen blijven samenwerken met Poolse rechters, nu de onafhankelijkheid van de Poolse rechterlijke macht zo nadrukkelijk in het geding is. In dat soort zaken probeert het Hof toch nog zoveel mogelijk te behouden over de steeds groter wordende scheuren in de muren.
- en het nieuwste instrument, het conditionaliteitsmechanisme, is nog altijd niet ingezet. Het is ook maar de vraag of de Commissie-Von der Leyen bereid is om het middel in te zetten, nu de Russische agressie om eensgezindheid vraagt.

Hoe moeten we aankijken tegen de rol van Nederland in dit verband? Ik denk niet dat je ons land een gebrek aan betrokkenheid bij deze problematiek kan verwijten. In tegendeel; ons land is buitengewoon actief, zowel in het kader van de Raad van Europa als in de EU. Nederland speelt een actieve rol in de art. 7-procedures, intervenueert geregeld in inbreukzaken en prejudiciële procedures waarin rechtsstatelijke vragen spelen. En ook hier geldt er wie er toe komt: zonder premier Rutte had de Unie nu geen conditionaliteitsmechanisme gehad.

Voor Nederland dreigt eerder het gevaar dat het, bij alle ijver die aan de dag wordt gelegd, geïsoleerd raakt. Dat zou contraproductief zijn. Het is dus zaak om allianties te zoeken: gelijkgezinde landen met wie Nederland samen kan optrekken – en dan liefst niet uit Noord-West Europa. Natuurlijk moeten de zwaargewichten Frankrijk en Duitsland een actievere rol spelen. Maar hoe mooi zou het zijn als bijvoorbeeld Slovenië zich aansluit bij de *coalition of the like-minded*, nu de verkiezingen gunstig zijn uitgepakt. Of anders wellicht Portugal? De zoektocht naar bondgenoten in de krachtmeting tussen democratie en autocratie, om Minister Hoekstra nog één keer aan te halen, moet op hoger niveau en met meer urgentie worden uitgevoerd dan tot nu toe het geval is. Er staat immers veel op het spel.

In dat verband gaf de Poolse rechter Tuleya ons wel stof tot nadenken. Een paar weken geleden stelde Tuleya, zelf voorwerp van allerlei tuchtrechtelijke procedures, een simpele vraag: “wat als in Rusland de rechterlijke macht haar onafhankelijkheid had weten te behouden en de rechtsstaat had standgehouden? Zouden we dan oorlog in Oekraïne hadden gehad?” Daar kan je natuurlijk een hele boom over opzetten. Maar de vraag van Tuleya leidt wel tot een interessante vervolgvraag. Zou het

kunnen zijn dat de bevordering van mensenrechten – een “hoeksteen” van ons buitenlands beleid sinds de dagen van Max van der Stoep – en het ondersteunen van de rechtsstaatsontwikkeling – op de westelijke Balkan, in Zuid-Oost Europa en daarbuiten – niet zozeer de zendingsdrang van de dominee verradt, maar een kwestie is van *nationale veiligheid*?