

Ronald Janse

Paardenmiddel of placebo?

Over de export van de rechtsstaat

De rechtsstaat wordt wel gezien als oplossing voor alle problemen. Daarom werken ruim vijfhonderd landen, organisaties en private fondsen aan een wereldwijde rechtsstaatindustrie. Het is echter niet duidelijk of de rechtsstaat inderdaad een heilzame werking heeft, blijkt uit vijf recente studies.

Een resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 14 december 2006 stelde vast dat binnen de VN vele organen, afdelingen, lichamen en fondsen bezig zijn met het bevorderen van de rechtsstaat op internationaal en nationaal niveau. De secretaris-generaal werd verzocht een inventarisatie van al deze activiteiten te maken en te rapporteren over een betere stroomlijning en coördinatie daarvan. Verder kreeg hij het verzoek een speciale 'rechtsstaatcoördinatie- en assistentie-eenheid' op te richten, een idee uit zijn eigen rapport *In Larger Freedom. Towards Development, Security and the Rule of Law* (2005), dat omarmd was tijdens de Wereldtop in hetzelfde jaar. De Algemene Vergadering zelf besloot het versterken van de rechtsstaat op nationaal en internationaal niveau tot jaarlijks terugkerend agendapunt te maken.

We zijn inmiddels ruim een jaar verder. De rechtsstaateenheid binnen het VN-secretariaat is in volle werking. Onlangs kwam de Algemene Vergadering bijeen om voor de eerste keer rechtsstaatbevorderende maatregelen te bespreken.

De VN is hierin niet uniek. Het versterken en bevorderen van de rechtsstaat op nationaal niveau - de internationale rechtsstaat blijft hier buiten beschouwing - is omstreeks twintig jaar geleden begonnen. Jaarlijks worden er wereldwijd miljarden dollars geïnvesteerd. Uit de onlangs door de International Development Law Organization gepresenteerde *International Rule of Law Assistance Directory* (zie www.idlo.int), blijkt dat ruim vijfhonderd landen, internationale organisaties, (non-)gouvernementele organisaties, beroepsorganisaties en private fondsen een rol spelen als donor in de rechtsstaatindustrie. Om er enkele te noemen: Canada, Nederland, Japan, de Raad van Europa, de Open Society Institute (Soros Foundation), de American Bar Association, de International Bar Association, de Commonwealth, de Wereldbank, het American Peace Institute en de Europese Unie.

Voor de goede orde: bij het versterken van de rechtsstaat moeten we niet denken aan op westerse landen gerichte maatregelen. Natuurlijk verdient de rechtsstaat ook hier permanent onderhoud, zeker gelet op de - om het voorzichtig uit te drukken - soms twijfelachtige wetten en maatregelen die de afgelopen jaren genomen zijn in het kader van de strijd tegen het terrorisme. De laatste tijd horen we vertegenwoordigers van donoren vaak en graag verklaren dat we de rechtsstaat in het Westen niet als een zorgeloze verworvenheid mogen beschouwen en dat we ook hier hard moeten werken aan het behoud ervan. Zo formuleert het onlangs gepresenteerde, kapitaalkrachtige en energieke World Justice Project - waarin de American Bar Association een prominente rol speelt - zijn doelstelling als 'de bevordering van de rechtsstaat in de Verenigde Staten en het buitenland'.

Maar dat zijn plichtplegingen. De waarheid is dat het bij rechtsstaatbevordering gaat om het exporteren van de rechtsstaatedachte naar landen en gebieden waarin die tot voor kort afwezig was of nog steeds is: ontwikkelingslanden, postcommunistische staten en zogeheten postconflictgebieden. Daar valt dus zo ongeveer de hele wereld onder, behalve West-Europa, Noord-Amerika, Australië, Nieuw-Zeeland en Japan.

Niet minder indrukwekkend dan het aantal donoren en ontvangende landen is de diversiteit van onder de noemer van 'rechtsstaatbevordering' opgezette activiteiten en programma's: het opleiden van rechters, het bouwen van gevangenissen en gerechtshoeven, het oprichten van beroepsorganisaties voor rechters en advocaten, het vervaardigen van nieuwe wetten, constituties en stelsels van bijvoorbeeld straf(proces)recht, het aanmoedigen van staten om internationale verdragen te ratificeren en te implementeren, het vervaardigen van educatief materiaal voor het lager en middelbaar onderwijs, het oprichten en in de lucht houden van een radioprogramma waarin burgers hun problemen kunnen voorleggen aan een juridisch expert, het organiseren van verkiezingen, het verlenen van hulp bij het verstrekken van leningen, het nemen van maatregelen tegen mensensmokkel, drugshandel en witwaspraktijken, het oprichten van rechtsbijstandfaciliteiten en informele geschillenbeslechtingsmechanismen, en ga zo maar door.

'DE RECHTSSTAAT IS EEN TOT OP HET BOT CONTROVERSIEEL BEGRIP.'

Vanwaar deze geweldige en kostbare inspanningen om de rechtsstaat te exporteren naar andere landen? Daarop geven verschillende donoren verschillende antwoorden. De meest genoemde zijn: de bevordering van economische ontwikkeling, mensenrechten en democratie, armoedebestrijding en het herstel van vrede na een periode van gewelddadige conflicten. 'Er is tegenwoordig geen debat over buitenlands beleid mogelijk zonder dat iemand de rechtsstaat naar voren schuift als oplossing voor de problemen in

de wereld', schrijft Thomas Carothers zonder te overdrijven in zijn studie *Promoting the Rule of Law Abroad*.

Maar niet alleen is het nog de vraag of er inderdaad een relatie bestaat tussen de rechtsstaat en al deze lovenswaardige doeleinden, ook is er sprake van een conceptuele kwestie, want wat is de rechtsstaat nu eigenlijk?

Hierover zijn de meningen verdeeld. Er zijn ten minste twee moeilijkheden. De eerste is dat donoren en ontvangende landen een deels verschillend begrip hebben van de rechtsstaat. Het Nederlandse woord 'rechtsstaat' (evenals het Franse 'état de droit' en het Duitse 'Rechtsstaat') kan niet zonder meer gelijk worden gesteld met de Angelsaksische term 'rule of law' uit de common law-traditie.

Een voorbeeld. In de continentale traditie heeft de term 'rechtsstaat' betrekking op de (verticale) verhouding tussen burgers en overheid. Hij staat voor de begrenzing en inperking van overheidsmacht. Een bachelorstudent Nederlands recht komt de rechtsstaat dan ook tegen bij vakken als staats-, bestuurs- en strafrecht. Bij goederen- en verbintenissenrecht gebeurt dit in veel mindere mate want deze vallen onder het privaatrecht en dat betreft de (horizontale) betrekkingen tussen burgers, bedrijven en overheden (bijvoorbeeld als partij bij een koopovereenkomst) onderling.

In Groot-Brittannië en de Verenigde Staten is dat anders. Daar betreft de *rule of law* alle verhoudingen, zowel horizontale als verticale. In de Angelsaksische traditie is het dan ook volkomen vanzelfsprekend dat onder de noemer 'rechtsstaatbevordering' veel energie wordt gestoken in initiatieven en hervormingen op het terrein van het privaatrecht. Dergelijke interpretatieverschillen kunnen gemakkelijk tot communicatiestoornissen leiden tussen donoren onderling of tussen donoren en ontvangende landen. Ook kunnen zo stukken wetgeving worden geëxporteerd die gedoemd zijn te mislukken omdat het ontvangende land een heel ander rechtssysteem heeft, dat daarop niet aansluit. Carothers, oprichter en directeur van het Democracy and Rule of Law Project van de Carnegie Endowment in New York, geeft een aantal anekdoten waaruit blijkt dat dergelijke problemen regelmatig voorkomen. *Can Might Make Rights?* van hoogleraar recht Jane Stromseth en coauteurs besteedt hier eveneens aandacht aan.

Een deel van deze moeilijkheden kan worden opgelost wanneer men beseft dat vele wegen naar Rome leiden. Dat wil zeggen: de rechtsstaat is een ideaal dat bestaat uit bepaalde waarden (zoals rechtszekerheid), algemene regels (verbod op terugwerkende kracht) en instituties (onafhankelijke en onpartijdige rechter, of misschien beter, want neutraler: geschillenbeslechter), waarmee tal van verschillende specifieke regels en instellingen verenigbaar zijn. Donoren moeten beseffen dat de specifieke rechtsstaat waarmee zij vertrouwd zijn niet per se geschikt is om de *rule of law* te bevorderen in andere landen. Met andere woorden: zij dienen open te staan voor de mogelijkheid dat het ideaal van de rechtsstaat ook op een andere wijze verwezenlijkt kan worden.

'DONOREN MOETEN BESEFFEN DAT DE RECHTSSTAAT WAARMEE ZIJ VERTROUWD ZIJN NIET PER SE GESCHIKT IS VOOR ANDERE LANDEN.'

Daarmee stuiten we op de tweede moeilijkheid: wat houdt dat rechtsstatelijke ideaal nu precies in? Dit is onder rechtstheoretici een omstrede kwestie. Jeremy Waldron, als rechtsfilosoof verbonden aan de prestigieuze New York University School of Law, noemde de rechtsstaat onlangs een 'essentially contested concept', een tot op het bot controversieel begrip.

De kern van deze controverse is de strijd tussen de materiële (ruime) en de formele (beperkte) variant van de rechtsstaat, zoals rechtstheoreticus Brian Tamanaha laat zien in zijn standaardwerk *On the Rule of Law. History, Politics, Theory* uit 2004. Het verschil is dat het in de eerste variant niet uitmaakt wat de inhoud is van de rechtsregels die de relaties tussen burgers onderling en tussen burgers en overheid beheersen. Met andere woorden: in de formele rechtsstaat is een democratisch staatsbestel en respect voor mensenrechten niet vereist.

Het bekendste voorbeeld van een formele conceptie van de rechtsstaat komt van de grote rechtsfilosoof Joseph Raz, die stelt dat het ideaal van de rechtsstaat eenvoudigweg betekent dat de regels van het recht het gedrag van burgers en overheid beheersen. Daartoe moeten die regels zodanig zijn dat zij het gedrag van burgers en overheid *kunnen* beheersen. Dit brengt onder meer het volgende met zich mee: de regels zijn helder, hebben geen terugwerkende kracht, worden niet te vaak veranderd en worden vervaardigd op een wijze die helder en stabiel moet zijn. Verder is er een onafhankelijke en onpartijdige rechter en een eerlijk proces, wat onder meer betekent dat de rechtspraak toegankelijk is voor hen die recht zoeken.

Het doet er in de beperkte opvatting van de rechtsstaat dus niet toe of de regels afkomstig zijn van een gekozen volksvertegenwoordiging of van een autocratisch bewind. Evenmin is van belang of de vrijheid van meningsuiting, van godsdienst en andere mensenrechten wettelijk zijn vastgelegd. Een rechtsstaat kan in een liberale democratie bestaan maar dat hoeft niet. Singapore, Hong Kong, Oman, Koeweit, Bahrein en de Verenigde Arabische Emiraten worden regelmatig genoemd als voorbeelden van ondemocratische, onliberale rechtsstaten. Dat dit laatste een contradictio in terminis is volgens de aanhangers van de ruime, materiële conceptie van de rechtsstaat, onder wie de vermaarde rechtsfilosoof Ronald Dworkin, behoeft geen betoog.

'ER ZIJN GENOEG VOORBEELDEN VAN LANDEN DIE WEL EEN RECHTSSTAAT ZIJN,
MAAR NIET OF NAUWELIJKS EEN DEMOCRATIE.'

Het vraagstuk van de conceptualisering van de rechtsstaat stond centraal tijdens een bijeenkomst in het voorjaar van 2007 in het ministerie van Buitenlandse Zaken. Onder leiding van het The Hague Institute for the Internationalisation of Law (HiiL) kwam daar het internationale netwerk op het gebied van rechtsstaatbevordering bijeen. Praktijkbeoefenaars en academici bleken op dit punt tegenover elkaar te staan.

De eersten konden nauwelijks geduld opbrengen voor de kwestie van conceptualisering. Hun weigerachtigheid om veel energie te steken in een heldere conceptualisering wordt ook geconstateerd in *Rule of Law Reform in Post-Conflict Countries* van Kirsti Samuels en in de bijdrage van Rachel Kleinfeld aan Carothers' *Promoting the Rule of Law Abroad*. Het is met de rechtsstaat zoals het volgens een bekende uitspraak van het Amerikaanse federale Hooggerechtshof is met pornografie: 'You know it when you see it.'

Als we de praktijkbeoefenaars beluisteren en kijken naar de lijstjes met kernpunten die in omloop zijn op websites en in verklaringen van vertegenwoordigers van organisaties en landen, kunnen we evenwel de conclusie trekken dat het vrijwel steeds gaat om een materiële conceptie van de rechtsstaat. Democratie en klassieke mensenrechten maken daarvan onveranderlijk deel uit en dikwijls ook sociale en culturele rechten.

Een van de weinige organisaties die een betrekkelijk formele conceptie van de rechtsstaat hanteert, is de Wereldbank. Dit is eenvoudig te verklaren. De VN, Raad van Europa, Open Society Institute en vrijwel alle andere op het terrein van de rechtsstaatbevordering werkzame organisaties zijn vanwege hun mandaat, missie en achterban gehouden mensenrechten en democratie hoog in het vaandel te voeren. Een uitzondering daarop vormt de Wereldbank. Het mandaat van deze instelling laat bemoeienis met politieke aangelegenheden niet toe, zoals Alvaro Santos, gelieerd aan de University of Texas School of Law, op heldere wijze laat zien in zijn bijdrage aan de bundel *The New Law and Economic Development*.

Academici hebben uiteraard wél belangstelling voor conceptualisering. Zij geven doorgaans juist de voorkeur aan een formele interpretatie van het begrip 'rechtsstaat'. Ook dit ligt voor de hand. Er is, zo benadrukken vrijwel alle auteurs van de hier genoemde boeken, dringend behoefte aan meer kennis over het nog jonge fenomeen van rechtsstaatbevordering. Ondanks enkele veelbelovende aanzetten bestaat er voornamelijk geen goede index om het rechtsstatelijkheidsgehalte van landen te meten. Ook ontbreekt een methode om de effectiviteit van projecten op het gebied van rechtsstaatbevordering te meten en om op basis van de resultaten doordachte suggesties voor verbetering en aanpassing te doen. Er is nagenoeg geen afstemming tussen donoren met het oog op het leren van elkaars successen en mislukkingen. Over de vraag of er een juiste volgorde is waarin elementen van rechtsstatelijkheid moeten worden bevorderd, tast men in het duister. Bovendien is er nog veel onduidelijkheid over de vraag of, en zo ja in hoeverre, de veronderstelde causale verbanden tussen rechtsstatelijkheid enerzijds en economische ontwikkeling, armoedebestrijding, respect voor mensenrechten en democratie anderzijds ook daadwerkelijk bestaan.

'HET IS MET DE RECHTSSTAAT ZOALS HET VOLGENS HET AMERIKAANSE
HOOGGERECHTSHOF IS MET PORNOGRAFIE: "YOU KNOW IT WHEN YOU SEE IT."'

Over de legitimiteit van rechtsstaatbevordering is weinig geschreven, enkele voor de hand liggende maar nauwelijks doordachte verwijten over hedendaags kolonialisme of imperialisme ten spijt. Voor het verwerven van kennis over deze zaken is een formele conceptie van de rechtsstaat op zijn minst hanteerbaarder dan een materiële, die immers staat voor zo ongeveer alles wat het juridische en politieke leven de moeite waard maakt.

Omdat de formele variant minder variabelen omvat, kunnen op basis daarvan gemakkelijker meetinstrumenten en evaluatietechnieken worden ontwikkeld. Bovendien is zij per definitie de grootste gemene deler van concepties van rechtsstatelijkheid, zodat zij een eenduidige definitie van de rechtsstaat mogelijk maakt en spraakverwarring onder academici helpt voorkomen. In de causaliteitskwestie is de formele conceptie zelfs de enig mogelijke: het is lastig het verband tussen de rechtsstaat en democratie te onderzoeken als een rechtsstaat per definitie democratisch zou zijn.

De veronderstelde causale verbanden tussen rechtsstatelijkheid en economische ontwikkeling, mensenrechten, democratie en postconflictstaatsvorming zijn zonder twijfel het boeiendste en belangrijkste aspect van rechtsstaatbevordering. Dit laatste is namelijk geen doel op zichzelf, maar een middel tot verdere doeleinden. De bestaansreden van rechtsstaatbevordering is niet de rechtsstaat. Dit is overigens vreemd. De rechtsstaat, juist in zijn minimale, formele gedaante, vertegenwoordigt immers een belangrijk goed: voorspelbaarheid en zekerheid in de betrekkingen tussen overheid en burger en tussen burgers onderling. Jan Michiel Otto, hoogleraar-directeur van het in de rechtsstaatbevordering gespecialiseerde Van Vollenhoven Instituut van de Universiteit Leiden, heeft dit een aantal jaren geleden terecht beklemtoond in zijn inaugurale rede *Reële rechtszekerheid in ontwikkelingslanden*.

Dat de rechtsstaat een positieve bijdrage levert aan economische ontwikkeling, wellicht zelfs als voorwaarde daarvoor moet worden beschouwd, is zowel in de theorie als in het empirisch onderzoek

omstreden. Vooraanstaand expert op het gebied van de rechtsstaatbevordering Randall Peerenboom heeft dit al laten zien in zijn analyse van de bestaande literatuur in *China's Long March Towards the Rule of Law*. Het blijkt opnieuw uit de bijdragen van Frank Upham, Stephen Golub en Santos aan respectievelijk *Promoting the Rule of Law Abroad* en *The New Law and Economic Development*.

Peerenboom betoogde dat er in ieder geval een positieve correlatie en wellicht een oorzakelijk verband bestaat tussen de rechtsstaat en economische groei, maar dat dit verband er slechts is vanaf een zeker niveau van economische ontwikkeling. Arme landen hebben geen geld voor een duur rechtsstelsel en kunnen een bescheiden economische ontwikkeling doormaken in een meer informele context. Upham, gespecialiseerd in Japans en Chinees recht, bestrijdt deze 'rechtsstaatorthodoxie' onder verwijzing naar Japan en China, die een stormachtige economische groei hebben doorgemaakt of daarmee bezig zijn zonder te kunnen bogen op een sterk ontwikkeld rechtsstelsel, laat staan dat ze aan de vereisten van de rechtsstaat voldoen. Peerenboom meent echter dat Aziatische rechtsstelsels veel ontwikkelder zijn dan men doorgaans aanneemt en dat ook het Chinese rechtssysteem de afgelopen vijftientig jaar opmerkelijk verbeterd is, met name als het gaat om privaatrecht. Kortom, voor heldere en eenduidige conclusies lijkt het nog te vroeg, behalve dan dat organisaties als de Wereldbank niet te snel moeten uitgaan van de heilzame werking van de rechtsstaat op economische groei.

Over het verband tussen de rechtsstaat en democratie of mensenrechten is voorsnog weinig bekend. Zoals gezegd, zijn er genoeg voorbeelden van landen die wel een rechtsstaat zijn, maar niet of nauwelijks een democratie. Het ene kan zonder het andere bestaan. Of de totstandkoming of versterking van de rechtsstaat ook leidt tot een ontwikkeling naar een democratisch bestel is onduidelijk.

Over de mensenrechten weten we iets meer. Sommige mensenrechten zijn noodzakelijk verbonden met de rechtsstaat, óók met de formele variant. Een rechtsstaat houdt immers onder meer in dat burgers hun geschillen met elkaar of met de overheid kunnen voorleggen aan een onpartijdige en onafhankelijke rechter, en dat de procespartijen onder meer de gelegenheid krijgen tot hoor en wederhoor.

Een rechtsstaat kan niet bestaan zonder het mensenrecht op een eerlijk proces, zoals vastgelegd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Men zou kunnen verdedigen dat de rechtsstaat, beperkt opgevat, ook andere mensenrechten impliceert, zoals een zekere mate van meningsvrijheid. Hoe dat ook zij, duidelijk is dat mensenrechtenbescherming praktisch gebaat is bij een rechtsstaat. Al was het maar omdat een beroep op de mensenrechten doorgaans verzet tegen de overheid impliceert. En een dergelijk verzet heeft slechts kans van slagen wanneer deze rechten zijn opgenomen in helder geformuleerde wetten die niet vaak of gemakkelijk gewijzigd kunnen worden en wanneer er een rechter is die onpartijdig en onafhankelijk over geschillen met de overheid kan beslissen.

Ten slotte is er het verband tussen de rechtsstaat en het creëren van een veilige, stabiele samenleving in zogenaamde postconflictgebieden. Het probleem waarvoor de internationale gemeenschap zich hier gesteld ziet, is adembenemend, zoals denktankadviseur Kirsti Samuels laat zien met ontluisterende cijfers in *Rule of Law Reform in Post-Conflict Countries*. Oud-minister en hoogleraar internationale organisaties Joris Voorhoeve doet hetzelfde in het WRR-rapport *From War to the Rule of Law*. Hij geeft aan dat van landen en gebieden die een burgeroorlog achter de rug hebben, na tien jaar slechts één op de drie erin blijkt te zijn geslaagd een duurzame vrede tot stand te brengen. De rest is teruggevallen in een toestand van burgeroorlog en grootschalige conflicten. Voorhoeve en de auteurs van *Can Might Make Rights?* brengen op heldere wijze in kaart welke maatregelen buitenstaanders achtereenvolgens kunnen nemen in postconflictsituaties. De kracht van Voorhoeve daarbij is dat hij zich baseert op een nuchtere en systematische analyse van de successen en mislukkingen uit het verleden.

'DE BESTAANSREDEN VAN RECHTSSTAATBEVORDERING IS NIET DE RECHTSSTAAT.'

De rechtsstaat geldt in alle studies als het gewenste eindstation. Dat is niet verrassend, aangezien ze alle de rechtsstaat ruim opvatten als een democratie waarin mensenrechten gewaarborgd worden. Het boeiende van *Can Might Make Rights?* en *From War to the Rule of Law* is vooral gelegen in het zichtbaar maken van de duizelingwekkende complexiteit van verwezenlijking van de ambitie om de rechtsstaat, ruim opgevat, tot stand te brengen in een postconflictsituatie. Voor een eerste kennismaking met rechtsstaatbevordering en een overzicht van de stand van zaken van de academische bestudering van dit nieuwe fenomeen, zijn *Promoting the Rule of Law Abroad* en *The New Law and Economic Development* geschikter.

Ronald Janse is universitair hoofddocent rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht.

Besproken boeken:

CAN MIGHT MAKE RIGHTS? - BUILDING THE RULE OF LAW AFTER MILITARY INTERVENTIONS

door **Jane Stromseth, David Wippman en Rosa Brooks**

Cambridge University Press. Cambridge 2006.

416 pag., € 31,30

FROM WAR TO THE RULE OF LAW - PEACE BUILDING AFTER VIOLENT CONFLICTS

door **Joris Voorhoeve**

Amsterdam University Press. Amsterdam 2007.

208 pag., € 34,50

PROMOTING THE RULE OF LAW ABROAD. IN SEARCH OF KNOWLEDGE

door **Thomas Carothers (red.)**

Carnegie Endowment for International Peace. Washington D.C. 2006.

300 pag., € 21,95

RULE OF LAW REFORM IN POST-CONFLICT COUNTRIES - CONFLICT PREVENTION AND RECONSTRUCTION (Paper 37)

door **Kirsti Samuels**

World Bank 2006. Beschikbaar via: www.worldbank.org

THE NEW LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT. A CRITICAL APPRAISAL

door **David M. Trubek en Alvaro Santos**

Cambridge University Press. Cambridge 2006.

318 pag., € 34,80

Literatuur:

- **R. Peerenboom**. *China's Long March Towards the Rule of Law*. Taylor & Francis. Londen 2002.
- **R. Peerenboom** (red.). *Asian Discourses of the Rule of Law. Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and the U.S.A.* Taylor & Francis. Londen 2004.
- **B.Z. Tamanaha**. *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge University Press. Cambridge 2004.