

Rutte en de rechtsstaat

Hoe zijn we hier beland, waar moeten we naartoe?

Ingrid Leijten¹

Hoe is door de kabinetten-Rutte omgegaan met de rechtsstaat? Deze bijdrage maakt een korte reconstructie op basis van de literatuur, met als doel iets te kunnen zeggen over waar we het in de toekomst (meer) over moeten hebben, als we het hebben over rechtsstatelijkheid. Daarbij staat de verwevenheid van (sociale) grondrechten met de andere aspecten van de rechtsstaat centraal, evenals het besef dat in een weerbare rechtsstaat naast formele ook voldoende stevige materiële kaders moeten bestaan, of kunnen worden gecreëerd.

1. Inleiding

Een staatscommissie onderzoekt momenteel het functioneren van de Nederlandse rechtsstaat. Zij kijkt naar de verschillende staatsmachten en de wisselwerking daartussen, en stelt daarbij de bescherming van de burger centraal.² Hoe kan de rechtsstaat worden versterkt en de bescherming van de burger worden verbeterd? De instelling en taak van de Staatscommissie rechtsstaat zijn te begrijpen tegen de achtergrond van de kinderopvangtoeslagenaffaire en de harde conclusies die de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (PoK) trok in haar rapport *Ongekend onrecht*.³ Voortvarend is de staatscommissie op zoek gegaan naar concrete verbeterpunten die de rechtsstatelijke cultuur in Nederland kunnen bevorderen. Niet alleen vraagt zij experts naar hun inzichten en suggesties, ook organiseert zij locatiegesprekken en open bijeenkomsten om de input van burgers te garanderen.

Begin 2011 stelde Hirsch Ballin in zijn *NJB*-essay 'De rechtsstaat: wachten op een nieuwe dageraad?' de vraag of over de rechtsstaat de nacht gevallen is, 'nu instituties zoals de onafhankelijke rechtspraak en de gebondenheid van het bestuur aan grondrechten ter discussie worden gesteld'.⁴ Hij merkt op dat de vanzelfsprekendheid van de rechtsstaat Nederland plaats lijkt te maken voor de veronachtzaming daarvan: 'omwille van politieke doelstellingen worden "grenzen opgezocht" en op rechterlijke uitspraken volgen commentaren als "gekker moet het niet worden"'.⁵ Dit terwijl 'rechtsstaat' niet enkel begrepen moet worden in termen van handhaving van het recht door de overheid. De basisgedachte van de democratische rechtsstaat is dat democratische besluiten worden genomen binnen de kaders van het recht, dat de overheid zich aan dat recht wil houden.

Tussen het essay van Hirsch Ballin en de werkzaamheden van de Staatscommissie rechtsstaat liggen vier kabinetten-Rutte. Van 14 oktober 2010 tot 7 juli 2023

De basisgedachte van de democratische rechtsstaat is dat democratische besluiten worden genomen binnen de kaders van het recht, dat de overheid zich aan dat recht wil houden

stond de Nederlandse regering onder leiding van Mark Rutte; sinds die laatste datum kennen we (wederom) een demissionair kabinet dat zijn naam draagt, en waarvan we dit keer weten dat het het laatste gaat zijn. Voor deze special werd mij gevraagd iets te schrijven over het onderwerp 'zoeken naar de grenzen van de rechtsstaat door de kabinetten-Rutte'. Ik zal niet proberen een overzicht te geven van alles wat er in de laatste bijna dertien jaren 'fout' is gegaan in rechtsstatelijk opzicht. Wel is het inte-

Auteur

1. Prof. dr. A.E.M. Leijten is hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht aan Tilburg University. De auteur bedankt de redacteuren van dit thema-nummer voor hun waardevolle commentaar.

Noten

2. Zie de website van de staatscommissie, staatscommissierechtsstaat.nl, laatst geraadpleegd op 9 november 2023.
3. Zie Parlementaire ondervragingscommissie

Kinderopvangtoeslag (PoK), *Ongekend onrecht*, 17 december 2020, Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2, via tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf, laatst geraadpleegd op 9 november 2023.

4. E.M.H. Hirsch Ballin, 'De rechtsstaat: wachten op een nieuwe dageraad?', *NJB* 2011/29, afl. 2, p. 71-73 (71).

5. *Ibid.*

ressant een kleine reconstructie te maken en de vraag te stellen hoe we op dit punt zijn beland. Waarbij ik 'dit punt' opvat als de huidige, hoopgevende situatie waarin door onder meer de staatscommissie 'de rechtsstaat' grondig onder de loep wordt genomen, er daadwerkelijke en oprechte aandacht is voor de versterking ervan, en de burger en zijn relatie met de overheid daarbij niet meer weg te denken zijn. Een positieve insteek dus, tevens om zo iets te kunnen zeggen over wat we in de huidige zoektocht naar verbetering, niet over het hoofd mogen zien.

Voordat ik terugblik op de kabinetten-Rutte, zal ik eerst iets zeggen over de begrippen 'rechtsstaat' en 'rule of law'. De inhoud daarvan is namelijk wat diffuus. Ik zal daarbij de nadruk leggen op die rechtsstatelijke aspecten die (ook) verband houden met de bescherming van grondrechten, en hoe 'weerbaarheid' daarbij kan worden opgevat (paragraaf 2). In de daaropvolgende paragraaf (3) werp ik dan een blik op de kabinetten-Rutte, maar wel op een indirecte manier, namelijk aan de hand van een scan van de rechtswetenschappelijke literatuur en wat daarin door de jaren heen is opgemerkt over de spanning tussen het kabinetsbeleid en de rechtsstaat. Het 'opzoeken van de grenzen van de rechtsstaat' wat ik daarbij op als het – soms willens en wetens – negeren, of in elk geval niet serieus nemen van rechtsstatelijkheid. Dit vul ik in paragraaf 4 aan met enkele kwesties die in mijn literatuurselectie niet of weinig naar boven kwamen, maar juist wel tot de kern van een de burger centraal stellende opvatting van de rechtsstaat zouden moeten behoren. In paragraaf 5 volgen enkele afsluitende opmerkingen.

2. De weerbare rechtsstaat en de rol van grondrechten

In zijn al aangehaalde essay uit 2011, identificeert Hirsch Ballin drie manieren waarop 'rechtsstaat' in de politieke en maatschappelijk discussie wordt gebruikt. De eerste is als trefwoord voor de overheid die het recht handhaaft.⁶ In een functionerende rechtsstaat waarin burgers vertrouwen op het recht en in de overheid, moet het niet naleven van dat recht ook consequenties hebben. Van belang zijn daarbij wel eisen als proportionaliteit en subsidiariteit. Een tweede betekenisveld sluit beter aan bij de gedachte dat de rechtsstaat nu juist inhoudt dat de overheid zelf aan het recht is gebonden. Grondrechten stellen in dit licht paal en perk aan de wil van de meerderheid.⁷ Ook wanneer een rechter niet de mogelijkheid heeft wetgeving of beleid langs de meetlat van (bepaalde) grondrechten te leggen, dwingen grondrechten tot het beschermen van de fundamentele belangen van minderheden, door daar bij de uitoefening van bevoegdheden rekening mee te houden. Een derde manier waarop 'rechtsstaat' kan worden gebruikt is onder verwijzing naar de vertrouwenwekkende rol van de rechter en de mogelijkheid van rechtelijke controle, ook in hoger beroep.⁸ Dat de rechter niet is gekozen, en politieke ambtsdragers wel, doet daar niet aan af. Die laatsten zijn immers gekozen binnen de kaders van de democratische rechtsstaat, waardoor democratische macht per definitie beperkt is, en er een rol is weggelegd voor de rechter om te controleren of binnen de grenzen van het recht wordt gehandeld.

Een betere vertaling van 'rechtsstaat' dan 'rule of law' lijkt er niet te zijn, hoewel dat laatste, internationaal

gebruikte begrip soms anders wordt uitgelegd dan rechtsstaat.⁹ Een belangrijke uitwerking van het begrip *rule of law*, die ook een grote praktische betekenis toekomt, is afkomstig van de Venetiëcommissie. In 2016 presenteerde deze commissie, in navolging van haar 'Report on the Rule of Law' (2011),¹⁰ 'The Rule of Law Checklist'.¹¹ Daarin staan de volgende elementen centraal: 1) legaliteit; 2) rechtszekerheid; 3) het voorkomen van misbruik van bevoegdheden; 4) rechtsgelijkheid en non-discriminatie; en 5) toegang tot de rechter. In eerste instantie gaat het dus om procedurele elementen als zorgen dat bevoegdheden in de wet zijn vastgelegd, dat wetgevingsprocedures transparant, inclusief en democratisch zijn, en dat wetgeving ook daadwerkelijk wordt geïmplementeerd. Wettelijke regels moeten toegankelijk en haar effecten voorzienbaar zijn; van terugwerkende kracht mag geen sprake zijn. Toch blijft het daar niet bij: van belang is ook dat overheidsbesluiten worden gemotiveerd, dat deze non-discriminatoire zijn en gelijkheid bewerkstelligen. Ook los daarvan wordt de link gelegd met mensenrechten: niet alleen met specifieke rechten als het recht op een eerlijk proces en vrijheid van meningsuiting, maar ook door te erkennen dat 'the Rule of Law can only be fully realised in an environment that protects human rights'.¹²

Heerschappij van het recht, met andere woorden, betekent niet dat dat recht elke denkbare inhoud kan hebben

Heerschappij van het recht, met andere woorden, betekent niet dat dat recht elke denkbare inhoud kan hebben. In termen van de *rule of law* hebben we het dan over een 'dikke' opvatting daarvan, die kan worden afgezet tegen een 'dunne' opvatting die wel alleen formele eisen omvat. Ook binnen de 'substantive versions', aldus het overzicht dat Tamanaha geeft in zijn boek *On the rule of law*, zijn minder en meer omvattende benaderingen te vinden, waarbij de eerste vooral zien op het garanderen van klassieke vrijheidsrechten, terwijl de laatste ook materiële rechtvaardigheid en een verzorgingsstaat ('social welfare rights') inhouden.¹³ Van belang is dan dat een rechtsstaat bijdraagt aan materiële gelijkheid, en de voorwaarden creëert die burgers in staat stellen in elk geval een menswaardig bestaan te leiden.

Het 'los' behandelen van de 'beginselen van de democratische rechtsstaat', te weten het legaliteitsbeginsel, machtenscheiding, grondrechten en de onafhankelijke rechter (evenals het democratiebeginsel), zoals we in ons staatsrecht onderwijs wel doen, doet de verwevenheid van grondrechten met de overige rechtsstatelijke waarborgen wel eens tekort. Een dikke, materiële opvatting van de *rule of law* die automatisch een meer formele (dunne) omvat, kan die samenhang wellicht verduidelijken. Het is geen 'aparte' taak om grondrechtenbescher-

ming te bieden, in die zin dat enkel achteraf (door de rechter) moet worden gecontroleerd of de vrijheden van de burger voldoende ongeschonden zijn gebleven. Juist ook waar het gaat om instituties en procedures, waar wetgeving tot stand komt die vervolgens wordt uitgevoerd, zijn klassieke en sociale grondrechten aan de orde, en maken dat van een rechtsstaat kan worden gesproken. Wil die rechtsstaat weerbaar zijn, dan betekent dat naar mijn idee ook dat niet enkel eisen van legaliteit en andere formele waarborgen stevig (grondwettelijk) verankerd moeten zijn, maar dat dit ook moet gelden voor meer materiële uitgangspunten die zodoende de speelruimte voor wetgever en uitvoering beperken. Of, positiever geformuleerd, die de manier waarop gestalte wordt gegeven aan de rechtsstaat, door een overheid die zich aan dat ideaal steeds wil committeren, ook inhoudelijk sturen. Waar dergelijke (grondwettelijke) kaders ontbreken, of traditionele kaders tekortschieten, moet het niet (praktisch) onmogelijk zijn deze aan te passen.

3. Rutte en rechtsstaat in de literatuur

In de inleiding maakte ik al duidelijk geen uitgebreid overzicht te zullen geven van het opzoeken van de grenzen van de rechtsstaat door de kabinetten-Rutte. Om toch enigszins te kunnen reconstrueren hoe 'we hier zijn beland', is in plaats daarvan gebruik gemaakt van een scan van de rechtswetenschappelijke literatuur waarin daarover iets wordt gezegd. Een zoekopdracht op Legal Intelligence aan de hand van de gecombineerde trefwoorden 'kabinet-Rutte', 'rechtsstaat' en 'grondrechten', toespitst op artikelen, geeft ongeveer 110 treffers.¹⁴ Natuurlijk 'vangt' deze oppervlakkige selectie lang niet alles, en een enkele aanvulling zal te vinden zijn in paragraaf 4.

Aan de hand van de bekeken literatuur kan niettemin een beeld worden ontwaard van de (juridische) terreinen waarop sprake was van schuring met de rechtsstaat en de alertheid van de rechtswetenschap hierop. Ik heb op basis van de literatuurscan vier thema's geïdentificeerd, die ik met een aantal voorbeelden zal toelichten. Doel is daarbij bovendien te laten zien dat bij de verschillende aan de orde komende rechtsstatelijke aspecten, steeds een link met grondrechten kan worden gelegd.

Toegang tot de rechter; strafrecht

Een eerste categorie betreft het strafrecht en (in bredere zin) de toegang tot de rechter, waarbij met name bezuinigingslagen in de eerste kabinetten-Rutte voor rechtsstatelijke spanning zorgden. 'Het bezuinigingsmes van het kabinet-Rutte snijdt diep in het vlees van de publieke sector', aldus de openingszin van een uit 2011 daterende bijdrage met de titel 'Versperde toegang'.¹⁵ Daarin wordt

ingezoomd op de rechtsbijstand en plannen voor kostendeckende griffierechten. Giessen & Coenraad merken in dit kader elders op:

'Ook binnen de civiele rechtspleging zoekt de huidige regering de randen van wat mensenrechtelijk mogelijk is wat al te nadrukkelijk op. Onze rechtsstaat wordt hopelijk geen "linkse hobby"'.¹⁶

Tegelijkertijd leidt een aanvaarde motie in de Eerste Kamer – in overeenstemming met het voorstel daartoe van de Staatscommissie Grondwet – in 2014 tot een voorstel om het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen, iets wat uiteindelijk in 2022 is gebeurd. Tegen de achtergrond van dat voorstel, en dat voor een algemene bepaling in de Grondwet, pleitte Bovend'Eert in 2015 voor aandacht voor het rechtsstatelijke beginsel van machtscheiding in tijden waarin het opleggen van hoge bestuurlijke boetes aan terrein wint.¹⁷

Naast bezuinigen die in de kern het grondrecht op toegang tot de rechter betreffen, staat zeker in de eerste jaren ook 'veiligheid' hoog op de agenda, wat op het terrein van het strafrecht tot uiting komt in voorstellen voor aanscherping van de tbs, aandacht voor veiligheid op straat en strengere straffen.¹⁸ Bijvoorbeeld in het kader van de Wet langdurig toezicht, die in 2017 in werking trad, bestonden vraagtekens bij de verenigbaarheid met de rechtsstaat, en in het bijzonder het legaliteitsbeginsel uit artikel 1 Sr en artikel 7 EVRM, al zag de wetgever die niet.¹⁹ Overigens ligt ook de (straf)rechtspraak zelf de afgelopen dertien jaar niet zelden onder vuur, iets wat niet losstaat van een (populistisch) politiek klimaat waarin respect voor en bescherming van die rechtspraak geen automatisme is. Inderdaad, ook partijen die 'vrijheid' en 'grondrechten' hoog in het vaandel hebben staan, miskennen tot op de dag van vandaag dat dat respect en die bescherming daarvoor broodnodig zijn.

Ook partijen die 'vrijheid' en 'grondrechten' hoog in het vaandel hebben staan, miskennen tot op de dag van vandaag dat respect voor en bescherming van die rechtspraak daarvoor broodnodig zijn

6. Ibid.

7. Ibid., p. 72.

8. Ibid., p. 73.

9. Vgl. bijvoorbeeld B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004.

10. Report Rule of Law, aangenomen door de Venetiëcommissie tijdens haar 86e plenaire bijeenkomst (Venetië, 25-26 maart

2011), CDL-AD(2011)003rev-e, zie [venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e), laatst geraadpleegd op 9 maart 2023.

11. Rule of Law Checklist, aangenomen door de Venetiëcommissie tijdens haar 106e plenaire bijeenkomst (Venetië, 11-12 maart 2016), CDL-AD(2016)007-e.

12. Ibid, p. 13.

13. Tamanaha 2004, p. 112 e.v.

14. De gevonden bijdragen dateren van 2010 tot heden. Bijdragen tot en met oktober 2023 zijn bekeken.

15. R. den Ouden, 'Versperde toegang', *NFTF* 2011/724.

16. I. Giesen & L.M. Coenraad, 'De toegankelijkheid van de rechtspleging', *NJB* 2011/785, afl. 15.

17. P.P.T. Bovend'Eert, 'Herstel het domein van de rechter in de rechtsstaat', *NJB* 2015/2059, afl. 41, p. 2877-2880.

18. T. Spronken, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2011/782, afl. 15.

19. J.M.J.W. Dreessen, 'De Wet langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking', *AA* 2016, p. 393-397 (396).

Spanning met specifieke grondrechten

Natuurlijk werd er ook geschreven over rechtsstatelijke spanningen die direct verband hielden met de verenigbaarheid van voornemens of voorstellen met specifieke (materiële) grondrechtsnormen.

‘Veiligheid en repressie’ vertaalde zich ook in het aanpakken van jihadisme, bijvoorbeeld met het voorstel tot ontneming van het Nederlanderschap wegens jihadistische activiteiten, waarbij naast een gebrek aan procedurele waarborgen ook strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel en internationaal recht werden opgemerkt.²⁰ In het verlengde hiervan kan worden gedacht aan (voorgenomen) regelingen die buitenlandfinanciering van geloofsgemeenschappen moesten belemmeren, ‘een grondrecht-gevoelige kwestie’ die niet los van de vrijheid van godsdienst en bijbehorende beperkingseisen kan worden gezien.²¹ Datzelfde geldt voor de discussie over het boerka-verbod, waarbij ook de link wordt gelegd met het gelijkheidsbeginsel.²² In hun ‘Bloemlezing van een grondrecht onder vuur’, staan Theissen & Ten Napel in 2012 meer algemeen stil bij de kwetsbaarheid van het recht op godsdienstvrijheid. Naast het boerkaverbod illustreren zij hun zorg onder verwijzing naar de duiding van de islam in het gedoogakkoord uit 2010, de SGP-casus, weigerambtenaren, ritueel slachten en mannenbesnijdenis. Volgens de auteurs wordt ‘[d]e vrijheid van godsdienst [...] de laatste jaren vaak ervaren als een obstakel om bepaalde maatschappelijke problemen “op te lossen”, terwijl het “juist de functie van een grondrecht [is] een obstakel te vormen voor (ongerechtvaardigd) overheidsoptreden’.²³ Ook afgezien van wat dit precies betekent voor de specifieke casusposities, is het benadrukken van deze rechtsstatelijke waarborg blijkbaar noodzakelijk.

Discussie is er ook over de grondwettigheid van ontwikkelingen met betrekking tot het onderwijs, of het nu gaat om samenwerkingsscholen²⁴ of – meer recent – de nadere eisen die aan (burgerschapsonderwijs op) scholen worden gesteld.²⁵ Ook in het debat over aanpassing van artikel 2:20 BW om in het belang van de openbare orde bepaalde rechtspersonen te kunnen verbieden, worden de rechtsstaat en de verenigingsvrijheid erbij gehaald.²⁶ Bijdragen waarin kritisch wordt stilgestaan bij de beperking van grondrechten ten tijde van de coronapandemie komen in mijn beperkte selectie niet terug, maar zijn er natuurlijk ook geweest. Ook daarbij geldt: over de precieze manier waarop grondrechten moeten worden geïnterpreteerd, valt doorgaans te twisten. De wetgever, en ook het kabinet, komt daarbij een zekere ruimte toe. Maar dát beperkingseisen in acht worden genomen, en gezaghebbend advies niet zomaar in de wind mag worden

Dát beperkingseisen in acht worden genomen, en gezaghebbend advies niet zomaar in de wind mag worden geslagen, mag in een rechtsstaat te allen tijde worden verwacht

geslagen, mag in een rechtsstaat te allen tijde worden verwacht.

Legaliteit

Legaliteit lijkt op het eerste gezicht een zuiver formele eis, maar ook hierbij is de link met grondrechten evident. Denk bijvoorbeeld aan de coronapandemie. In zijn bijdrage over parlementaire betrokkenheid bij de Coronawet beargumenteert Bovend'Eert dat de aanvankelijk in het wetsvoorstel opgenomen delegatiebepaling zonder vetorecht van het parlement aan democratisch-rechtsstatelijke beginselen voldoet.²⁷ Problematisch was natuurlijk wel, dat die wet uiteindelijk pas in december 2020 werd aangenomen, en tot die tijd een afdoende formeelwettelijke basis voor (mogelijke) beperkingen van grondrechten in het kader van de pandemie ontbrak. Terwijl dat nu juist de kern is van de grondrechtelijke waarborg zoals die in onze Grondwet is vervat. Maar er komen meer ‘incidenten’ naar boven die verband houden met legaliteit. Zo leidden al gemaakte afspraken met zorgverleners en verzekeraars er in 2014 toe, dat de regering voornemens was een wetsvoorstel over vrije artsenkeuze dat het niet had gehaald, dan maar om te vormen tot een algemene maatregel van bestuur. Maar ‘[d]e kern van de rechtsstaat is natuurlijk – en dat leek men even vergeten te zijn – dat zonder wettelijke basis de regering helemaal niet bevoegd is om bindende “afspraken” te maken, en dat ook de partners bij die “afspraken” er niet op mogen vertrouwen dat zij de regering aan die arrangementen kunnen houden zonder dat er een wet is totstandgekomen’.²⁸ Broekers-Knol, die die gang van zaken ongrondwettig noemde, kwam in 2021 als Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid met een ‘aanwijzing’ aan een aantal gemeenten om alle maatregelen te treffen om locaties gereed te maken voor de opvang en begeleiding van asielzoekers. Deze aanwijzingen bleken uiteindelijk – zoals eerder wel was gesuggereerd – geen grondslag in Nederlandse wet- en regelgeving te hebben.²⁹ De wens om door te kunnen pakken is soms begrijpelijk, en leeft ook bij burgers, terwijl dat soms moeizame, inefficiënte en langdurige parlementaire wetgevingsproces er nu juist voor moet zorgen dat de (fundamentele) belangen van alle (minderheids)groepen in het besluitvormingsproces worden betrokken.³⁰ In dit kader moeten we ook de literatuur bezien waarin meer algemeen vraagtekens worden geplaatst bij vergaande delegatie.³¹

Institutioneel

Tot slot valt iets te zeggen over de rechtsstatelijke kaders, waaraan doorgaand – en dus ook tijdens de kabinetten-Rutte – wordt gesleuteld. Daarbij is niet steeds sprake van *spanning* met de rechtsstaat, al mogen voorstellen tot aanpassing van de artikelen 93 en 94 Grondwet en de doorwerking van internationaal recht wel onder die noemer worden geschaard. Ook reconstrueert de literatuur hoe het kabinet-Rutte I naliet serieus werk te maken van de (meeste) voorstellen van de Staatscommissie Grondwet uit 2010, die – ook over de band van grondrechten – voor een versterking van de rechtsstaat hadden kunnen zorgen.³² Zo zouden de voorstellen niet ‘constitutioneel rijp’ genoeg zijn geweest; een criterium dat zo echter ook in de weg kan staan aan een weerbare Nederlandse rechtsstaat.

Als rode draad door de periode-Rutte loopt dan nog de opnemings in de Grondwet van een algemene bepaling die uiteindelijk is komen te luiden:

‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.’

Over die bepaling is veel gezegd en geschreven. In het licht van deze bijdrage kan worden herhaald dat ‘rechtsstaat’ die ‘grondrechten’ natuurlijk al omvat.

Net als grondrechten en de rechtsstaat, zijn ook democratie en rechtsstaat niet los verkrijgbaar

Net als grondrechten en de rechtsstaat, zijn ook democratie en rechtsstaat niet los verkrijgbaar.³³ Discussie over het kiesstelsel neemt toe naar aanleiding van het rapport van de Staatscommissie parlementair stelsel uit 2018. Naast op thema's als representatie en het kiesrecht, wordt daarin ook ingegaan op constitutionele toetsing en de invoering van een constitutioneel hof. En via dat voorstel komen we weer bij de toeslagenaffaire, die eraan heeft bijgedragen dat deze voorstellen de afgelopen jaren veel bijval hebben gekregen. Daar had wellicht ook de eerste opinie over Nederland van de hierboven al genoemde Venetiëcommissie iets mee te maken. In haar bespiegelingen op de toeslagenaffaire merkt zij weliswaar op dat constitutionele toetsing niet vereist is volgens de *rule of law*-checklist – en ook geen *quick fix* kan zijn –, maar dat we daar in Nederland toch maar eens serieus over na moeten gaan denken.³⁴

20. G.R. de Groot & O. Vonk, ‘De ontneeming van het Nederlanderschap wegens jihadistische activiteiten’, *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2015 (6), p. 34-53.

21. Vgl. bijvoorbeeld A.J. Overbeeke & G. van der Schyff, ‘Overheidsfinanciering voor geloofsgemeenschappen in de Straatsburgse jurisprudentie’, *NTKR* 2018-1, p. 43-71.

22. H. Post, ‘Soevereiniteit in eigen kring plooit pluriforme samenleving’, *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2011, p. 52-71.

23. F.H.K. Theissen & H.-M.T.D. ten Napel, ‘Oprecht geloven in vrijheid. Bloemlezing van een grondrecht onder vuur’, *AA* 2012, p. 182-187 (187).

24. E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Waarborgen’, *SC* 2017/13.

25. P.J.J. Zootjens, ‘Onderwijsvrijheid en democratische rechtsstaat. Geen tegenstel-

ling’, *NJB* 2022/527, afl. 9, p. 624-634.

26. G. Boogaard, H.-M.T.D. ten Napel, L.F.M. Verhey & W.J.M. Voermans, ‘Kroniek van het Nederlands en Europees constitutioneel recht’, *NJB* 2019/2164, afl. 35, p. 2611-2620, 2627; J. van der Hoeven, ‘Een vernieuwde wet voor het verbieden van rechtspersonen’, *AA* 2021, p. 1123-1127.

27. P.P.T. Bovend'Eert, ‘Parlementaire betrokkenheid in de tijdelijke Coronawet. Niet voor herhaling vatbaar’, *NJB* 2020/2641, afl. 39, p. 2990-2994.

28. R. de Lange, ‘Kwartaalsignaal constitutioneel recht’, *AAK* 134 2015, p.7738-7741 (7739).

29. N. Jak & L.J.M. Timmermans, ‘Bestuurlijke organisatie’, *NTB* 2022/74, p. 168-177, 176-177.

30. Verwey-Jonker Instituut, *Democratisch bewustzijn. Over de ontvankelijkheid voor*

4. Wat ontbreekt?

De (beperkte) literatuurscan bevestigt dat ‘rechtsstaat’ een veelomvattend begrip is. Zorgen in het kader daarvan beslaan vele terreinen, van de toegang tot de rechter tot de vraag of delegatie problematisch is en of het boerkaverbod door de beugel kan; op een of andere manier hebben die allemaal (ook) met grondrechten te maken. Ook valt te zien dat gedurende de regeerperioden van de kabinetten-Rutte, die zorgen nooit helemaal weg waren. Dat kan natuurlijk evengoed gelden voor eerdere (of toekomstige) kabinetten, en bovendien is nadrukkelijke aandacht voor rechtsstatelijke waarborgen in aanloop naar verkiezingen en in tijden van formaties (die een aanzienlijk deel van de bekeken periode besloegen) sowieso belangrijk. De pieken in de literatuur met de trefwoorden ‘kabinet-Rutte’, ‘rechtsstaat’ en ‘grondrechten’ in 2011, 2021 en 2022 zijn mede hierdoor te verklaren.³⁵ Maar ook door respectievelijk een regering die tijdens de nasleep van de financiële en economische crisis stevig bezuinigde, en verwachtingen ten aanzien van een nieuw kabinet nadat het oude in januari 2021 was gevallen vanwege de toeslagenaffaire.

Natuurlijk ontbreken er in mijn literatuurselectie ook dingen. Zo speelt het ‘opzoeken van de grenzen van de rechtsstaat’ vaker bij het thema migratie dan het besprokene in paragraaf 2 doet vermoeden. Onderdeel van het asielakkoord uit 2022 was bijvoorbeeld de nareismaatregel, die inhield dat gezinsleden van iemand die een asielvergunning heeft (een statushouder) zes maanden langer zouden moeten wachten voordat zij naar Nederland mogen komen. Meteen was duidelijk dat dit in strijd was met de Vreemdelingenwet 2000 en met de Europese Gezinsherenigingsrichtlijn, wat verschillende rechtbanken bevestigden. Niettemin ging de Staatssecretaris van J&V in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak die eveneens oordeelde dat de nareismaatregel niet mag worden toegepast.³⁶ Je zou dit rechtsstatelijk kop-in-het-zand-steken kunnen noemen.³⁷ Eenzelfde oordeel kan het voorstel van staatssecretaris Van der Burg van afgelopen voorjaar om niet langer geld uit te trekken voor de bed-bad-brood-regeling voor uitgeprocedeerde asielzoekers ten deel vallen.³⁸

illiberaal en antidemocratisch gedachte-

goed en de weerbaarheid daartegen, 29 april 2022, te raadplegen via www.verwey-jonker.nl/publicatie/democratisch-bewustzijn-in-nederland-2/, laatst geraadpleegd op 9 november 2023.

31. L.F.M. Verhey & C.S. Aal, ‘Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbezinning’, *Regel/Maat* 2017, p. 241-268.

32. J.H. Gerards & M. Claes, ‘Bescherming van fundamentele rechten post-Lissabon. De interactie tussen het EU-Handvest van de grondrechten, het EVRM en de Grondwet’, *SEW* 2012, p. 270-279 (271); R. van den Dikkenberg, ‘Deskundigen: Grondwet is aan “algehele revisie” toe’, *SC* 2013/43-44.

33. E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De rechtsstaat: wachten op een nieuwe dageraad?’, *NJB*

2011/29, afl. 2, p. 71-73 (73).

34. Venetië-commissie, *Netherlands – Opinion on the legal protection of citizens*, CDL-AD(2021)031, 18 oktober 2021.

35. Het gaat dan om respectievelijk zestien, dertien en negentien treffers.

36. ABRvS 8 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:506 ECLI:NL:RVS:2023:507 en ECLI:NL:RVS:2023:508.

37. Zie ook: A.E.M. Leijten, *Grondrechten, grondvertrouwen en de relationele constitutie* (oratie Tilburg), 2023, p. 26, via research.tilburguniversity.edu/en/publications/grondrechten-grondvertrouwen-en-de-relationele-constitutie, laatst geraadpleegd op 9 november 2023.

38. Vgl. ‘Ministerie schrapt geld voor ‘bed-bad-broodregeling’’, *NOS.nl*, 9 mei 2023.

Dit is – welbekend – in strijd met internationale mensenrechtennormen.³⁹ In dit geval zag deze staatssecretaris snel van zijn plan af.

Twee hoofdthema's de afgelopen jaren waren toch wel de coronacrisis en de toeslagenaffaire. Hoezeer het kabinet daarin ook een centrale rol speelde, deze kwesties laten tevens zien dat rechtsstatelijke tekortkomingen zich niet beperken tot het handelen (of nalaten) van het kabinet. De wetgever had sneller voor een wettelijke basis voor coronamaatregelen moeten zorgen, en streng toeslagenbeleid volgde natuurlijk op harde wetgeving. 'It takes two [or three] to tango', geldt natuurlijk ook voor een terughoudende rechter die nalaat vervolgens in te grijpen. Veel van de meer recente gevonden bijdragen gaan over het versterken van de rechtsstaat om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen.⁴⁰ Duidelijke oproepen dat wat later die affaire zou worden al eerder de kop in te drukken kwam ik in de literatuur niet tegen, wat in lijn is met de erkenning van 'de rechtswetenschap' dat ook wij het beter hadden moeten doen. De rechtsstaat verlangt niet alleen duidelijke wetgeving, waar de uitvoering zich aan houdt en die de rechter enkel 'toepast', maar ook dat dat recht procedurele en materiële waarborgen biedt voor de burger. Waar vermeende rechtszekerheid burgers van hun zekerheden berooft, is in elk geval met de rechtsstatelijke *praktijk* iets mis. Maar misschien ook wel met hoe we 'rechtsstaat' opvatten, erover denken.

De toon van de kabinetten-Rutte werd in de eerste jaren gezet, toen werd ingezet op versobering en repressie, strenge regels en ook decentralisaties. Als hierbij al veel aandacht werd geschonken aan de burger, was het bijbehorende burgerbeeld er een van een burger die in de gaten moest worden gehouden, en waarvan zelfredzaam-

De bescherming van de burger en zijn relatie met de overheid krijgen bij uitstek vorm in de context van de actieve overheid, de overheid die regelt en zorgt, of zou moeten zorgen

heid mocht worden verwacht. Op het onlangs georganiseerde symposium met de titel 'De terugkeer van de burger in de rechtsstaat' werd meermaals de vraag opgeworpen of die burger dan ooit weg was, of er überhaupt wel was geweest. De burger, en de relatie tussen de overheid en de burger, worden in de literatuur wel degelijk heren der in verband gebracht met de rechtsstaat, maar lang lijkt dit niet veel te hebben gebaat.

En dat brengt mij bij het thema dat mijns inziens te vaak over het hoofd wordt gezien, in de literatuur, maar ook in de publieke en politieke discussies over de rechtsstaat: de sociale rechtsstaat.⁴¹ De bescherming van de

burger en zijn relatie met de overheid krijgen bij uitstek vorm in de context van de actieve overheid, de overheid die regelt en zorgt, of zou moeten zorgen. De toeslagenaffaire gaat niet alleen over harde wetgeving, een loyaal bestuur en een terughoudende rechter. Onderliggende vragen evenals uiteindelijke consequenties betreffen eerst en vooral de ondersteuning die de overheid biedt of had moeten bieden, bij het betaalbaar houden van de kinderopvang en het waken voor de bestaanszekerheid van de getroffen en hun recht op wonen en gezondheid, en niet in de laatste plaats de bescherming van kinderen. Het beschermen van (sociale) grondrechten dus, dat ook als het gaat om het voldoen aan eisen van legaliteit, rechtszekerheid, gelijkheid, machtscheiding en toegang tot de rechter, steeds een centrale rol moet spelen.

'Het besef dat wij niet alleen een democratische maar ook een sociale rechtsstaat zijn, wil in ons land niet echt van de grond komen', aldus Vonk in een bijdrage uit 2023 die ook tussen mijn zoekresultaten belandde.⁴² Waar zou dit aan kunnen liggen? Ten eerste lijkt het opzoeken van de 'grenzen van de rechtsstaat' in onze beleving met name aan de orde te zijn als de overheid te ver gaat, haar bevoegdheden te buiten gaat en vrijheden van de burger beknot. Niets doen of te weinig doen als het gaat om het voorzien in een (realistisch) bestaansminimum, toegang tot wonen of gezondheidszorg, of complexe (toeslagen) regelgeving maken waar de burger in verstrikt raakt, past minder evident in dit beeld. Terwijl een – weliswaar veelomvattende – opvatting van de rechtsstaat ook gaat over het verbeteren van de levens van burgers.⁴³ Ten tweede, en in lijn hiermee, gaat de sociale rechtsstaat niet enkel over 'toetsing' aan sociale grondrechten als randvoorwaarden voor rechtsstatelijk handelen. Het is evident en begrijpelijk dat de formulering van die rechten aan duidelijkheid te wensen overlaat. Maar hoe dan ook verlangt een weerbare rechtsstaat een solide sociaal vangnet. Uiteindelijk 'maatwerk bieden' is daarbij niet genoeg; ook het (grondwettelijke) stelsel, de algemene regels en het beleid dat daaruit voortvloeit, dienen hier rekenschap van te geven.⁴⁴ Idealiter is constitutionele toetsing aan sociale grondrechten ook onderdeel van dat stelsel. Maar óók als het ooit zover komt, kunnen wetgever en uitvoering niet achteroverleunen tot de rechter hen op de vingers tikt, maar blijven zij verantwoordelijk voor het optuigen en bestendigen van een ook op dit vlak weerbare, sociale rechtsstaat.

5. Tot slot

De rechtsstaat gaat niet alleen over het staatsrecht, aldus Kummeling, voorzitter van de Staatscommissie rechtsstaat. Niets is minder waar, al was het maar omdat het vaak niet dat staatsrecht is dat de burger rechtstreeks raakt, maar wel de regels en het beleid op andere rechtsterreinen. Daarbij betekent rechtsstatelijkheid niet eerst en vooral handhaving van dat recht – iets waarvan zeker de eerste kabinetten Rutte niet helemaal doordrongen leken –, maar ook bescherming van de burger door een overheid die zich gebonden weet aan dat recht, met behulp van grondrechten en de rechter. Zelfs tegen de achtergrond van deze ruime opvatting, die de verschillende rechtsstatelijke beginselen omvat, mag het

vorenstaande worden begrepen als een oproep tot een nog bredere blik, of althans, een inhaalslag voor ons begrip van de rechtsstaat als een sociale rechtsstaat, iets wat naar voren zou moeten komen in wetgeving, rechtspraak, en beleid.

De literatuurselectie die ik heb gebruikt voor mijn korte reconstructie van Rutte en de rechtsstaat is tot op zekere hoogte *random*. Mijn selectie van de daarin naar voren gekomen thema's geeft evenmin al het gevondene weer. Het doel was hier ook niet een diagnose te stellen, dat hebben we met elkaar intussen immers wel gedaan, getuige ook de instelling van de Staatscommissie rechtsstaat. Veel meer wilde ik stilstaan bij de verweving van grondrechten en de overige aspecten van de rechtsstaat, waardoor de sociale rechtsstaat in het logische verlengde van de democratische rechtsstaat komt te liggen. Waar door de kabinetten Rutte hier en daar de grenzen van de democratische rechtsstaat werden opgezocht, wordt zelfs

in de literatuur die daarop wijst over de sociale rechtsstaat nauwelijks gesproken.

Een dubbel hiaat, zou je kunnen zeggen, maar die conclusie past niet bij de positieve insteek van deze bijdrage. De Staatscommissie rechtsstaat is zichtbaar bezig een waardevolle bijdrage te leveren; bestaanszekerheid staat hoog op de verkiezingsagenda en in de verkiezingsprogramma's blijven sociale grondrechten niet langer onbesproken. Deze bijdrage werd afgerond rond de viering van 175 jaar Grondwet (van 1848). Die oude, maar ook sobere Grondwet mag echter geen excuus vormen voor een beperkt begrip van wat de rechtsstaat verlangt. De rechtsstaat is niet het staatsrecht, maar het is niettemin te hopen dat ook als het gaat om dat staatsrecht het volgende kabinet (niet-Rutte), daarin gesteund door de bevindingen van de staatscommissie, de nodige aanpassingen agendeert. Om zodoende onze rechtsstaat ook via die route zo weerbaar mogelijk te maken. ●

39. Zie bijvoorbeeld ECSR 1 juli 2014, *CEC/the Netherlands*, Complaint No. 90/2013.

40. Bijvoorbeeld S.E. Zijlstra, 'Lessen uit de toeslagenaffaire', *NTB* 2021/60, p. 125-136.

41. Zie natuurlijk wel bijvoorbeeld E.M.H.

Hirsch Ballin, *Waakzaam burgerschap. Vertrouwen in democratie en rechtsstaat herwinnen*, Amsterdam: Querido Facto, 2022.

42. G.J. Vonk, 'De verzorgingsstaat als dystopie moet worden bestreden met zwaarder geschut dan maatwerk', *Recht der*

Werkelijkheid 2023, p. 101-106, 104.

Sociale aspecten komen eveneens aan bod in M. Vols, 'Over nabuurschap en nabuurhaat in het recht', *NJB* 2015/2107, p. 2926-2934 evenals in enkele bijdragen over het fiscale- en socialezekerheidsstelsel.

43. Tamanaha 2004, p. 113.

44. G.J. Vonk, 'De verzorgingsstaat als dystopie moet worden bestreden met zwaarder geschut dan maatwerk', *Recht der Werkelijkheid* 2023, p. 101-106 (104).