

Geachte leden van de Staatscommissie rechtsstaat,

Datum
28 juli 2023

E-mail
A.E.M.Leijten
@tilburguniversity.edu

Als filosofe Martha Nussbaum over haar werk vertelt, haalt ze regelmatig Hans en Grietje aan. Kinderen die hongerig in het bos belanden omdat hun ouders geen tijd en geen eten voor ze hebben. Een ‘complicated social problem’, volgens Nussbaum, dat om institutionele oplossingen vraagt. Welnee, vertelt het sprookje ons, het probleem is een heks! En ‘once you put the witch into the oven, the world is fine again’. Nussbaum’s punt is dat we gewend raken aan een slordige, simpele manier van denken over echte problemen.¹

Complexe sociale problematiek is ook Nederland niet vreemd. Meer dan vijf procent van de Nederlandse bevolking leeft met armoederisico; een op de vier mensen met armoederisico is een kind.² De problemen in de jeugdzorg zijn welbekend; tekorten in zorg, opvang, onderwijs en huisvesting zijn op zijn zachtst gezegd verontrustend. Ook hier zijn we soms geneigd weg te kijken, of de aandacht te richten op een obstakel dat uit de weg moet worden geruimd. Denk aan een onwelwillende coalitiepartij of politiek leider, een wantrouwend bestuur of een te terughoudende rechterlijke toets. Doen we daar wat aan, dan wordt het vast allemaal beter.

De Staatscommissie rechtsstaat heeft als taak gekregen concrete maatregelen voor te stellen voor het functioneren van de drie staatsmachten met als doel de bescherming van de burger effectief beter te maken. In lijn met het verzoek van uw commissie, zal ik mij in deze brief richten op de sociale kanten van de rechtsstaat, in de overtuiging dat de bescherming van de burger alleen echt kan worden versterkt, als ook sociale kwesties als structureel onderdeel van het rechtsstatelijke vraagstuk worden gezien. Ik breek een lans voor een grotere nadruk op de zorgende staat en het (nader) constitutionaliseren van zorg, waarbij ik ‘zorg’ breed opvat. Daarbij ga ik in op constitutioneel bewustzijn, de rol van sociale grondrechten, en de procedures waarmee deze verwezenlijkt dienen te worden.

¹ Bijv. in de podcast *The Good Life: Andrew Leigh in Conversation*, ‘Philosopher Martha Nussbaum on anger, envy, disgust & love’, 28 april 2020.

² Zie, voor recente CBS-cijfers, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2022/48/1-op-de-4-mensen-met-armoederisico-is-een-kind>.

Constitutionalisme van zorg

‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat’, zo luidt sinds bijna een jaar de algemene bepaling waarmee onze Grondwet opent. Hoe we die bepaling ook precies moeten lezen, duidelijk is dat de Grondwet een centrale rol toekomt bij het waarborgen van de rechtstaat. Nu is de Nederlandse Grondwet oud, en ook sober en moeilijk te wijzigen. Nieuwe grondwetsbepalingen moeten constitutioneel ‘rijp’ zijn; voor aspiraties is de Grondwet niet de plek. Zo wordt de toevoeging van de sociale grondrechten in 1983 gezien als weerslag van wat al was – de sociale welvaartsstaat –, en niet als startpunt van nieuw streven. Daar komt bij dat door een gebrek aan constitutionele toetsing, de interpretatie van de Nederlandse Grondwet weinig impulsen krijgt.

Toch lijken het belang en de maatschappelijke rol van de Grondwet de laatste jaren toe te nemen. De Covid-19-pandemie is daar ongetwijfeld mede debet aan. Toen we te maken kregen met vergaande beperkingen van grondrechten die niet een enkeling, maar praktisch een ieder, en wel direct, raakten, waren verwijzingen naar de Grondwet ineens aan de orde van de dag. In de publieke en politieke discussie werd in de Grondwet naar houvast gezocht.³ Tezamen met de roep om meer tegenmacht naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagenaffaire, heeft dit ook de wens om constitutionele toetsing in te voeren weer op de voorgrond doen treden. Als er echt wat op het spel staat, kunnen en willen we niet om de Grondwet heen.

Het karakter van de Nederlandse Grondwet zou aan het bewerkstelligen van een sterkere (sociale) rechtsstaat daarom niet in de weg mogen staan. In dit kader valt inspiratie te halen uit wat in de literatuur wel *constitutionalism of care* wordt genoemd – ik zal het hier hebben over een ‘constitutionalisme van zorg’, en het (nader) ‘constitutionaliseren’ van zorg. Zo bespreekt Neo in een recent artikel hoe het constitutionele recht moet worden overdacht naar aanleiding van de lessen uit de pandemie – die het bestendigen en verdiepen van ongelijkheden tot gevolg had. Het constitutionaliseren van zorg vergt een verschuiving van aandacht van ‘harde’ onderwerpen als het staatsnoodrecht, naar meer ‘softe’ thema’s als gezondheid, bestaanszekerheid en kinderopvang. Ook sociale relaties moeten worden gezien als het onderwerp van constituties, en niet als puur persoonlijk en niet-politiek.⁴

³ Waarbij de Grondwet, althans in de publieke discussie, ook werd gebruikt om wantrouwen aan te wakkeren, zie A.E.M. Leijten en J.J. But e.a., ‘Twitteren over grondrechten in tijden van de pandemie: startpunt voor discussie of stok om mee te slaan?’, *Nederlands Juristenblad* 2022/1074, p. 1372-1379.

⁴ J.L. Neo, ‘Constitutionalizing care: How can we expand our constitutional imaginary after Covid-19?’, *International Journal of Constitutional Law* 2022, p. 1307-1325. Zie ook J. Nedelsky, *Law’s Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford University Press 2011.

Ook in het nieuwe boek van Suk staat *care constitutionalism* centraal.⁵ Van belang is niet alleen dat een overheid zorgt voor haar burgers, maar ook dat het grondwettelijke raamwerk de centrale rol van zorg in de maatschappij erkent en ondersteunt. Bijvoorbeeld door zorgenden een vangnet te bieden, families te beschermen, en (met name) vrouwen zekerheid te bieden gezien de vaak onbetaalde taken die zij geacht worden uit te voeren. Dit is (ook) een kwestie van gelijkheid, waarbij formele rechtsgelijkheid niet volstaat. Voor een constitutionalisme van zorg is bovendien de inrichting van democratische verkiezingen en besluitvormingsprocedures van groot belang. Ik kom daar nog op terug.

Sociale grondrechten

De sociale grondrechten in de Nederlandse Grondwet vormen het eerste aanknopingspunt voor een constitutionalisme van zorg. In de artikelen 19 tot en met 23 Grondwet wordt ook letterlijk gesproken over 'zorg'; 'zorg der overheid', 'zorg der regering', als het gaat om werkgelegenheid, bestaanszekerheid, woongelegenheden, onderwijs en de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu. Maar naast de zorg die de overheid de burger moet bieden, zou zij zich ook moeten bekommeren om relaties. Relaties tussen de overheid en haar burgers, waarbij die laatsten moeten kunnen vertrouwen op een vangnet en een overheid die helpt de mogelijkheden te creëren voor een menswaardig bestaan.⁶ Daarnaast moet aandacht worden besteed aan (zorg)relaties tussen personen onderling, en gewerkt worden aan een goede relatie tussen mens en natuur.

We mogen het belang van sociale grondrechten voor een goed functionerende rechtsstaat niet onderschatten. Toch worden de sociale grondrechten uit de Nederlandse Grondwet stevast afgeschilderd als weinig betekenisvol. Het zou gaan om inspanningsverplichtingen zonder duidelijk na te streven resultaat. Ze zouden gepaard gaan met veel politieke beleidsvrijheid. Dit wordt aangehaald als reden om ingeval van aanpassing van het toetsingsverbod, vooral of vooralsnog niet ook over te gaan tot toetsing aan sociale grondrechten.⁷ Ergens is dit paradoxaal: als het daadwerkelijk om zulke zwak geformuleerde rechten (of zelfs niet eens dat, maar slechts: opdrachten) gaat, die vooral 'een' inspanning vereisen, waarom zouden we dan zo veel te vrezen hebben van rechterlijke toetsing?

Voor een rechter die allerlei concrete aanspraken uit de grondwettelijke sociale grondrechten afleidt, hoeven we niet direct bang te zijn. Daarvoor

⁵ J.C. Suk, *After Misogyny. How the Law Fails Women and What to Do about It*, University of California Press 2023.

⁶ Denk aan de 'capabilities' uit het werk van Amartya Sen en Martha Nussbaum (bijv. *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Harvard University Press 2011).

⁷ Vgl. bijv. de hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister voor Rechtsbescherming van 1 juli 2022, en de discussies die naar aanleiding hiervan zijn gevoerd.

bieden precedentes en inderdaad de formulering van die rechten, te weinig aanknopingspunten. Maar dit betekent niet dat zinvolle toetsing niet mogelijk is. De inspanning die wordt geleverd, kan wel degelijk op het voldoen aan randvoorwaarden worden gecontroleerd. Overheidsbeleid op het terrein van zorg, wonen, sociale zekerheid en milieu moet redelijk en non-discriminatoire zijn, de belangen van de meest kwetsbaren niet uit het oog verliezen en gepaard gaan met voldoende procedurele waarborgen. Dergelijke eisen laten het bestaan van verschillende mogelijke politieke keuzes onverlet.

Rechtsvergelijkende inzichten laten zien hoe dit in zijn werk kan gaan. Helaas wordt daar in Nederland te weinig mee gedaan. De regering laat in lijn hiermee al jaren na het Optionele Protocol bij het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) te ratificeren. Uit zorg om vergaande inmenging van het Comité Economische, Sociale en Culturele Rechten. Dat terwijl dit verdrag, gelezen in samenhang met de *General Comments* waarin de verschillende rechten nader zijn geconcretiseerd, en de vigerende oordelende praktijk van het Comité nu juist een mooi voorbeeld vormen van hoe rechtsbescherming en ruimte voor politiek samen kunnen gaan.⁸

Als het doel – van het werk de staatscommissie, maar ook meer algemeen – is de bescherming van de burger te verbeteren, dan moeten we de focus niet steeds in de eerste plaats richten op de verhouding tussen de staatsmachten, omdat dit regelmatig tot impasse leidt. In plaats daarvan moeten we meer kijken naar wat het samenspel van die machten doet of moet doen voor de relatie tussen burger en overheid, en tussen burgers onderling.⁹

Constitutioneel bewustzijn

Moeten nieuwe (sociale) grondrechten worden toegevoegd aan de Grondwet? De bescherming van het gezin, rechten van kinderen, het recht op leven? Dat heeft wat mij betreft geen absolute prioriteit, en zou zelfs de aandacht kunnen afleiden van wat meteen kan worden verbeterd. Ook zonder de mogelijkheid van rechterlijke constitutionele toetsing achteraf, moet de constitutie steeds een belangrijke toetssteen zijn. Daarbij moet niet worden vergeten dat de Grondwet niet slechts begrenst; niet slechts een stoorfactor is die het politieke spel 'bederft'. De Grondwet biedt nu juist ook handelingsruimte in de vorm van belangrijke opdrachten aan democratisch gelegitimeerde wet- en regelgevers die hen de mogelijkheid

⁸ Zie bijv. M.L.P. Loenen, 'Vijf jaar klachtrecht onder het verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten. Een analyse van de jurisprudentie in het licht van het debat over rechterlijke toetsing aan sociale rechten', *NTM/NJCM-Bulletin* 2019, p. 103-128.

⁹ Het perspectief van een 'cultuur van rechtvaardiging' kan daarbij behulpzaam zijn, zie A.E.M. Leijten en S.E.C. Vonk, 'De idee van een cultuur van rechtvaardiging als inspiratiebron voor ontwikkelingen op het terrein van rechtsbescherming en fundamentele rechten in Nederland' (te verschijnen in bundel over fundamentele rechten en de rechter).

bieden gestalte te geven aan de belangrijkste beginselen van onze rechtsstaat. Juist in een rechtsorde waarin constitutionele toetsing geen centrale rol toekomt, vormt de interpretatieruimte die de Grondwet biedt een uitdaging en een kans voor constitutionele actoren niet zijnde de rechterlijke macht.¹⁰ Niet om beleid door te drukken dat met de Grondwet schuurt, maar om de handschoen op te pakken, en eigenaarschap van fundamentele rechten, beginselen en uitgangspunten te tonen.

Meer concreet betekent dit dat de wetgever bij het maken van wetgeving, het parlement bij het controleren van de macht, en het bestuur in haar uitvoering, sterker en explicieter moeten leunen op de constitutie. Bijvoorbeeld als het gaat om wetgeving die raakt aan sociale thema's, of daar zelfs in de kern over gaat, gebeurt dit lang niet altijd.¹¹ Het contrast met bijvoorbeeld Duitsland is in dit opzicht groot: thema's die daar als uiterst constitutioneel worden gezien, zoals de vraag of een bijstandsuitkering mag worden gekort, hebben hier niet een dergelijke lading. In Nederland doet momenteel een Commissie Sociaal Minimum onderzoek naar dat minimum en hoe het toekomstbestendig kan worden vormgegeven. Natuurlijk is allerlei expertise daarbij noodzakelijk en een bepaalde pragmatische insteek evenzeer, maar ook de rechtsstatelijke en constitutionele dimensies van dit vraagstuk verdienen aandacht. In het tussenrapport over de hoogte van het sociaal minimum van afgelopen juni, ontbreken verwijzingen naar de Grondwet en mensenrechten echter bijna volledig.¹² Terwijl die ook richting kunnen geven en voor inbedding kunnen zorgen.

Een ander voorbeeld betreft ontwikkelingen met betrekking tot de PGB-zorg. In een recente uitspraak van de Centrale Raad van Beroep in een zaak die mede was aangespannen door Bureau Clara Wichmann, werd bevestigd dat het uitsluiten van sociale zekerheid van PGB-zorgverleners die in een particulier huishouden werken, verboden discriminatie is.¹³ Niet veel later werd echter duidelijk dat de overheid de uitspraak beperkt interpreteert: familieleden die PGB-zorg verlenen zitten alsnog zonder vangnet. '[E]en schrijnende, hardvochtige en onmenselijke situatie', aldus experts en betrokkenen.¹⁴ Een constitutionalisme van zorg staat hier haaks op. Een beter bewustzijn van het belang van zorg en de bijbehorende relaties voor het functioneren van onze maatschappij én onze rechtsstaat, zou al een zet in de goede richting kunnen vormen.

¹⁰ Dit heeft ook implicaties voor (en kan omgekeerd nader belicht worden door) rechtswetenschappelijk onderzoek, zie M. de Visser en J.L. Neo, 'What would a pluralist institutional approach to constitutional interpretation look like? Some methodological implications', *International Journal of Constitutional Law* 2023, p. 1884-1913.

¹¹ Zo wordt in de wetgevingsgeschiedenis van de decentralisaties (sociaal domein) van 2015, niet of nauwelijks verwezen naar sociale grond- en mensenrechten.

¹² Tussenrapport Commissie Sociaal Minimum, 'Een zeker bestaan: Naar een toekomstbestendig stelsel van het sociaal minimum', 30 juni 2023.

¹³ CRvB 30 maart 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:481.

¹⁴ 'Overheidsregels met "hardvochtig" effect: geen sociaal vangnet voor zorgverleners', *Nieuwsuur* via NOS.nl, 5 juni 2023.

Procedures

Ik merkte al op dat voor een constitutionalisme van zorg, ook de inrichting van democratische verkiezingen en besluitvormingsprocedures van groot belang is. In tijden waarin veel wordt gediscussieerd over representatie, burgerberaden en referenda, én verkiezingen in aantocht zijn, is het zinvol hier iets meer over te zeggen. Als we constitutionele kaders willen versterken, of daarvan beter gebruik willen maken om de bescherming van de burger effectiever te maken, moeten we niet alleen hebben over (sociale) grondrechten en de (gedeeltelijke) afschaffing van het toetsingsverbod. Ook andere institutionele bepalingen en procedures die relevant zijn voor het uiteindelijk vormgeven van de sociale rechtsstaat, moeten onder de loep worden genomen.

De Staatscommissie-Remkes heeft de aandacht gevestigd op inhoudelijke vertegenwoordiging, en hoe die momenteel tekortschiet.¹⁵ Maar moeten we een vertegenwoordiging willen die vooral op ons lijkt, of precies doet wat wij willen, in plaats van een vertegenwoordiging die er, voor ons allemaal, het beste van maakt? Ik zou zeggen van niet, maar toch kan het geen toeval zijn dat de – door hun relaties gekenmerkte – fundamentele belangen en ervaringen van groepen die zich minder vertegenwoordigd weten, te vaak het onderspit delven. Pariteit bij verkiezingen, in vertegenwoordigende organen en het bestuur, krijgt in Nederland in dit kader te weinig aandacht. Het gaat dan in eerste instantie om een gelijke vertegenwoordiging van mannen en vrouwen – waarbij dat laatste belangrijk is juist ook als het gaat om het serieus nemen van zorg.

Het aantal vrouwen in Provinciale Staten en waterschappen is na de laatste verkiezingen toegenomen, terwijl in de nieuwe provinciebesturen een 'opvallende afname' van vrouwen waarneembaar is.¹⁶ In een klimaat waarin vrouwen in de politiek het bijzonder zwaar te verduren krijgen, waardoor ze stoppen of misschien nooit aan politieke loopbaan beginnen, is dit een thema dat niet alleen in aanloop naar verkiezingen aandacht verdient. Ook zonder pariteit op lijsten en in organen wettelijk te verplichten, kan hieraan door de overheid – wederom gesteund door vergelijkende inzichten – meer worden gedaan.

Evenredige vertegenwoordiging vormt een centraal uitgangspunt van ons democratische bestel. Maar ook in het licht van de zojuist besproken uitdaging, mogen democratische innovaties – als *aanvulling* op het parlementaire systeem – niet te snel als overbodige franje worden afgedaan. Ik begon deze brief met een verwijzing naar het sobere en rigide karakter van onze oude Grondwet. Het romantiseren daarvan doet de complexe maatschappelijke en rechtsstatelijke problematiek die we in

¹⁵ Eindrapport Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie in balans*, Amsterdam: Boom 2018.

¹⁶ 'Steeds meer colleges rond, opvallende afname vrouwelijke gedeputeerden', *Binnenlands Bestuur*, 30 juni 2023.

Nederland wel degelijk kennen tekort. Het feit dat onze Grondwet – en daarmee naast de inhoudelijke waarborgen ook de wetgevingsprocedure en (andere) institutionele uitgangspunten – moeilijk te wijzigen is, wordt gerechtvaardigd door het belang van ‘constitutionele weerbaarheid’. Die weerbaarheid zou echter ook een voldoende mate van responsiviteit in moeten houden, in elk geval waar sociale en andere uitdagingen niet slechts tijdelijk zijn.

Afronding

Ik heb mij in deze brief beperkt tot enkele opmerkingen over de sociale rechtsstaat. Dit wil niet zeggen dat andere uitdagingen niet bestaan, getuige ook de vele belangrijke brieven die uw commissie intussen mocht ontvangen. Ik besef bovendien dat de bovenstaande bespiegelingen nog wat abstract zijn. Niettemin herhaal ik hier mijn belangrijkste punten, waarbij ik probeer enkele meer concrete suggesties te doen.

Uitgaande van grote, onderliggende sociale uitdagingen, kan Nederland baat hebben bij het (nader) constitutionaliseren van zorg. Dit vergt om te beginnen een versterking van de sociale grondrechten; bijvoorbeeld door deze uit te breiden of de rechter eraan te laten toetsen. Ook als dat niet gebeurt, dienen constitutionele actoren deze rechten – en de constitutie in bredere zin – nadrukkelijker tot uitgangspunt te nemen. Dat het daarbij minder gaat om ‘obstakels’ dan om interpretatieruimte die wet- en regelgevers uitnodigt gestalte te geven aan de (sociale) rechtsstaat, mag vaker worden benoemd. Van belang is dat het niet alleen moet gaan om zorg door de overheid, maar ook over bescherming van (zorg)relaties tussen burgers onderling.

Als het gaat om de sociale grondrechten, verdient het aanbeveling na te denken over een manier om die rechten – naar het voorbeeld van de *General Comments* op basis van de IVESCR-rechten – van nadere duiding te voorzien. Bijvoorbeeld door een commissie van experts, eventueel aangevuld met volksvertegenwoordigers. Hoe dan ook moet er meer gebruik worden gemaakt van (rechts)vergelijkende inzichten.

En wat te denken van een burgerberaad over bepaalde sociale vraagstukken? In het bovenstaande heb ik in elk geval geprobeerd duidelijk te maken dat de vertegenwoordiging van de belangen en de ervaringen van zij die zorgen of zorg – in de brede zin van het woord – nodig hebben, cruciaal is. En dat dit geen onderdeel is van een politieke, maar van een rechtsstatelijke agenda. In dit kader mag ook niet achteloos worden gedaan over de hoeveelheid vrouwen in vertegenwoordigende organen en besturen – en over wat hen daaruit weghoudt.

Met hartelijke groeten,

Ingrid Leijten