

# De rechtsstaat: juridische ondergrens of politiek richtsnoer?

Citation for published version (APA):

Pasterkamp, B., & Stremler, M. (2024). De rechtsstaat: juridische ondergrens of politiek richtsnoer? Het rapport van de Staatscommissie rechtsstaat in historisch en Europees perspectief. *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, 15(3), 147-166. [https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/TvCR/2024/3/TvCR\\_1879-6664\\_2024\\_015\\_003\\_001](https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/TvCR/2024/3/TvCR_1879-6664_2024_015_003_001)

## Document status and date:

Published: 01/01/2024

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

## ARTIKELEN

# De rechtsstaat: juridische ondergrens of politiek richtsnoer?

## Het rapport van de Staatscommissie rechtsstaat in historisch en Europees perspectief

*S.J. Pasterkamp & M. Stremmer*

### 1. Inleiding

Afgelopen zomer publiceerde de Staatscommissie rechtsstaat haar eindrapport met daarin tien aanbevelingen om de rechtsstaat in Nederland te versterken.<sup>1</sup> De staatscommissie was door de regering ingesteld om ‘vanuit het burgerperspectief te adviseren over voorstellen of maatregelen ter bevordering van de “rule of law” en de rechtsstatelijke cultuur’.<sup>2</sup> De voornaamste aanleiding voor het instellen van de staatscommissie was de kinderopvangtoeslagaffaire, waarin volgens de Parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag ‘grondbeginselen van de rechtsstaat’ zijn geschonden.<sup>3</sup> Dat was een harde conclusie. De rechtsstaat is in ons land een breed gedragen ideaal. De aanbevelingen uit het rapport verdienen dan ook serieuze politieke, maatschappelijke en academische aandacht.

In dit artikel richten we ons niet specifiek op deze aanbevelingen, maar op de opvatting over de rechtsstaat die daaraan ten grondslag ligt. De uitleg van de rechtsstaat door de staatscommissie verdient volgens ons afzonderlijk aandacht. In de eerste plaats is deze uitleg in ons land niet geheel gangbaar, vooral als we de rechtsstaat en het denken daarover historisch beschouwen. Bovendien ontvangt Nederland steeds vaker advies over de rechtsstaat van Europese instanties, waaronder de Venetië-commissie en de Europese Commissie, die mogelijk andere opvattingen over de rechtsstaat huldigen. De regering had de staatscommissie nadrukkelijk gevraagd om met dergelijk advies rekening te houden.<sup>4</sup> In dit artikel plaatsen we de rechtsstaatoopvatting van de staatscommissie daarom in historisch en Europees perspectief. We laten zodoende zien dat de rechtsstaat geen tijdloos en statisch begrip is, maar een historisch en dynamisch begrip dat invulling krijgt vanuit uiteenlopende en veranderlijke verwachtingen ten aanzien van de staat en het staatsrecht.

De opzet van dit artikel is als volgt. Eerst zetten we een analytisch kader voor de rechtsstaat uiteen, om helder te krijgen waar het de staatscommissie in haar aan-

1 Staatscommissie rechtsstaat 2024.

2 Art. 2 lid 1 Instellingsbesluit staatscommissie rechtsstaat.

3 Parlementaire ondervragingscommissie 2020, p. 7.

4 Art. 2 lid 2 en bijlage Instellingsbesluit staatscommissie rechtsstaat.

bevelingen precies om te doen is (par. 2). Vervolgens schetsen we de historische ontwikkeling in de gedachtevorming over de rechtsstaat in ons land, met een aanduiding van de voornaamste inhoudelijke verschillen die er over de rechtsstaat bestaan (par. 3). In dit kader gaan we ook in op mogelijke kritiek op de rechtsstaatoopvatting van de staatscommissie. Daarna beschrijven we hoe de Nederlandse rechtsstaat inmiddels ook onderwerp is van advisering door Europese instanties (par. 4). Daarbij bezien wij tevens in hoeverre de staatscommissie binnen de Europese context een afwijkende rechtsstaatoopvatting huldigt en in hoeverre dit problematisch is. Tot slot maken we de balans op (par. 5).

## 2. Het gelaagde rechtsstaatbegrip

Het is gebruikelijk om Nederland te typeren als rechtsstaat, maar het is niet zonder meer duidelijk wat hiermee precies wordt bedoeld. Gaat het om een ideaal of om een realiteit? Als het om een ideaal gaat, is dat dan een in het positieve recht vormgegeven ideaal? Of betreft het veeleer een ideaal dat leeft in de hoofden van ambtsdragers, burgers en academici? Om scherp te krijgen waar we het precies over hebben en om begripsverwarring te voorkomen, maken we onderscheid tussen drie lagen binnen het rechtsstaatbegrip.<sup>5</sup>

De eerste laag duiden we aan als de *rechtsstaat als opvatting*. Deze laag betreft de ideeënwereld, dus niet het geldende recht of de feitelijke werkelijkheid. Een rechtsstaatoopvatting is een opvatting over wat de rechtsstaat is (wat de kern of essentie ervan is), waartoe de rechtsstaat dient (wat de doelen of waarden ervan zijn), en wat de rechtsstaat vereist (wat de middelen zijn om die doelen of waarden te bereiken).<sup>6</sup> Een rechtsstaatoopvatting omvat dus een idee van waar het bij de rechtsstaat om draait (bijvoorbeeld juridische beteugeling van de staatsmacht of overheidsbeleid dat gericht is op menselijke waardigheid), gedachten over de zin of strekking van de rechtsstaat (zoals het waarborgen van burgerlijke vrijheid of het betrekken van burgers bij overheidsbesluitvorming), en een operationalisering van dit alles in meer concrete beginselen of elementen (denk aan het beginsel van machtscheiding of aan sociale grondrechten als element van de rechtsstaat).

De tweede laag betreft de *rechtsstaat als geldend recht*. Hierbij gaat het om de wijze waarop het positieve, geldende recht een vertaling is van een bepaalde rechtsstaatoopvatting dan wel uitdrukking geeft aan een dergelijke opvatting. Een rechtsstaatoopvatting kan in het recht zijn verwezenlijkt op verschillende niveaus: op het meest algemene niveau doordat het recht de rechtsstaat expliciet noemt (zoals de algemene bepaling in de Grondwet dat doet), op een tussenniveau dat reikt van algemene

5 Vergelijk WRR 2002, p. 23-26. De WRR onderscheidt vier lagen, maar biedt geen duidelijke criteria voor de afbakening daartussen. De tweede laag ('fundamentele rechtsbeginselen') omvat zowel geldend recht als eigen opvattingen (zoals het beginsel van de dienende overheid). De derde laag ('juridische regelingen') en de vierde laag ('de praktische uitwerking in het rechtssysteem') lopen inhoudelijk in elkaar over, waarbij de vierde laag zowel geldend recht betreft als de toepassing daarvan. De staatscommissie volgt de WRR grotendeels in deze indeling, zie Staatscommissie rechtsstaat 2024, p. 20-21.

6 Vergelijk Van Ommeren 2003, p. 21.

rechtsbeginselen (zoals het beginsel dat bestuursbesluiten moeten berusten op een deugdelijke motivering), tot specifieke regelingen (denk aan de Wet op de rechtsbijstand die het grondrecht op rechtsbijstand uitwerkt), en op het meest specifieke niveau doordat het recht de rechtspositie van een burger bepaalt (bijvoorbeeld door een voorschotbeschikking huurtoeslag). Uit het geldende recht laat zich een bepaalde rechtsstaatopvatting afleiden, terwijl we omgekeerd aan de hand van een bepaalde rechtsstaatopvatting het geldende recht kunnen duiden, beoordelen en doorontwikkelen.

De derde laag van het rechtsstaatsbegrip, ten slotte, is de *rechtsstaat als praktijk*. Deze laag betreft niet het geldende recht, maar de manier waarop het recht dat het rechtsstatelijke ideaal moet verwezenlijken uitpakt in de sociale en politieke werkelijkheid – en dus in het concrete leven van mensen. De rechtsstaat als geldend recht moet worden toegepast, nageleefd en gehandhaafd, en dat dit gebeurt, is niet vanzelfsprekend. Om met de staatscommissie te spreken: fraaie juridische beloften kunnen in de praktijk worden gebroken.<sup>7</sup> Eén van de mogelijke oorzaken daarvan is dat ambtsdragers (en mogelijk ook burgers) het rechtsstatelijke ideaal niet of onvoldoende onderschrijven en uitdragen. De rechtsstaat als praktijk omvat daarom ook wat men wel ‘rechtsstatelijk besef’ of ‘rechtsstatelijke cultuur’ noemt: het bewustzijn en de acceptatie van de waarden en beginselen van de rechtsstaat.<sup>8</sup>

Wat is nu de rechtsstaatopvatting van de staatscommissie? Ofwel, hoe vult de staatscommissie de eerste laag binnen het rechtsstaatsbegrip in? De staatscommissie beschouwt als de kern van de rechtsstaat ‘de bescherming van burgers tegen én door de overheid via het recht’.<sup>9</sup> Daarbij onderscheidt ze drie ‘kanten’ van de rechtsstaat: een beschermende, een democratische en een voorwaardenscheppende kant.<sup>10</sup>

Bij de beschermende kant gaat het om ‘de bescherming van burgers tegen willekeurige machtsuitoefening door de overheid’.<sup>11</sup> Welke waarden de beschermende rechtsstaat precies dient, vermeldt de staatscommissie niet expliciet. Wel noemt ze middelen om deze kant van de rechtsstaat te realiseren, waaronder het legaliteitsvereiste, de spreiding van overheidsmacht, het recht van iedereen op een onafhankelijke rechter en respect voor grondrechten. Bij dit laatste geeft ze aan dat het met name gaat om vrijheidsrechten, wat suggereert dat vrijheid een kernwaarde van de beschermende rechtsstaat is. Verwijzingen naar rechtszekerheid en rechtsgelijkheid duiden daarnaast op het belang voor burgers van voorspelbaarheid en non-discriminatie in het overheidshandelen.<sup>12</sup>

De democratische kant van de rechtsstaat op zijn beurt draait erom dat burgers invloed kunnen hebben ‘op wie de macht heeft en op hoe deze macht wordt gebruikt’.<sup>13</sup> In de opvatting van de staatscommissie lijkt de democratie, net als de beschermende rechtsstaat, uiteindelijk te zijn gericht op het beperken van de over-

7 Zie de titel van het rapport, Staatscommissie rechtsstaat 2024.

8 Zie ook Van Ommeren 2022.

9 Staatscommissie rechtsstaat 2024, p. 17.

10 *Ibid.*, p. 17-19.

11 *Ibid.*, p. 17.

12 *Ibid.*, p. 18.

13 *Ibid.*, p. 17.

heidsmacht. Terwijl de beschermende rechtsstaat dit doet ‘via het recht’, doet de democratie dit ‘via verkiezingen’ (of ruimer door ‘betrokkenheid en invloed van burgers’).<sup>14</sup> De beschermende rechtsstaat normeert de democratie inhoudelijk: meerderheidsbesluiten zijn alleen ‘legitiem’ als ze individuele grondrechten en rechten van minderheden eerbiedigen.<sup>15</sup> De democratische kant van de rechtsstaat vereist volgens de staatscommissie onder meer actief en passief kiesrecht, periodieke en vrije verkiezingen, bescherming van politieke grondrechten en openbaarheid van besluiten en besluitvorming.

De voorwaardenscheppende kant van de rechtsstaat, tot slot, betreft de bescherming van burgers *door* de overheid (in plaats van *tegen* de overheid). De staatscommissie laat onvermeld waartegen de overheid burgers precies moet beschermen. In plaats daarvan stelt ze dat de overheid de voorwaarden moet scheppen ‘waaronder burgers gestalte kunnen geven aan hun leven’.<sup>16</sup> Bij de invulling van deze open formulering hinkt de staatscommissie op twee gedachten. Enerzijds lijkt het haar te doen om wat we samenvattend ‘sociale rechtvaardigheid’ zouden kunnen noemen, als zelfstandige rechtsstatelijke waarde.<sup>17</sup> De voorwaardenscheppende kant van de rechtsstaat vereist volgens de staatscommissie dat de overheid zorgt voor bijvoorbeeld bestaanszekerheid, gezondheidszorg en voldoende werkgelegenheid. Hierbij zou het dan gaan om op zichzelf staande doelen, die met elkaar gemeen hebben dat ze het sociale welzijn van burgers dienen. Juridisch krijgt deze kant invulling door sociale grondrechten en positieve verplichtingen, en de wetgeving die daar uitwerking aan geeft. Anderzijds herhaalt de staatscommissie meermaals dat de voorwaardenscheppende kant van de rechtsstaat tot doel heeft om burgers ‘volwaardig van de rechtsstaat te laten profiteren’ en moet voorkomen dat zij ‘onbedoeld worden uitgesloten van de rechtsstaat’ – waarbij ‘de rechtsstaat’ hier op de beschermende en democratische kant van de rechtsstaat lijkt te slaan (omdat het anders immers gaat om een cirkelredenering).<sup>18</sup> Deze gerichtheid impliceert een instrumentalisering en inhoudelijke beperking van de voorwaardenscheppende kant van de rechtsstaat: bestaanszekerheid, gezondheidszorg, voldoende werkgelegenheid en dergelijke zijn geen rechtsstatelijk doelen op zich, maar middelen die burgers in staat moeten stellen om zich te kunnen weren tegen de overheid. Zijn burgers in dit opzicht voldoende beschermd, dan houdt de verantwoordelijkheid van de overheid op.

Op basis van deze conceptualisering van de rechtsstaat heeft de staatscommissie een ‘knelpuntenanalyse’ uitgevoerd, hetgeen heeft geleid tot tien aanbevelingen, die elk veelal bestaan uit meerdere suggesties.<sup>19</sup> De afzonderlijke aanbevelingen vragen om veranderingen in de tweede en derde laag van het rechtsstaatsbegrip: de rechtsstaat als geldend recht en de rechtsstaat als praktijk. Voorbeelden van aanbevelingen die de rechtsstaat als geldend recht betreffen, zijn het opheffen van het

14 *Ibid.*, p. 18 en 21.

15 *Ibid.*, p. 19.

16 *Ibid.*, p. 21.

17 Vergelijk Van Ommeren 2003, p. 15-16.

18 Staatscommissie rechtsstaat 2024, p. 17 en 19.

19 Voor de aanpak van het onderzoek, zie Staatscommissie rechtsstaat 2023, p. 9-11, en Staatscommissie rechtsstaat 2024, p. 10-16.

verbod voor rechters om formele wetten te toetsen aan de Grondwet, het ‘volledig’ laten toetsen door de bestuursrechter van besluiten aan rechtsbeginselen en het vereenvoudigen van wettelijke regelingen inzake bestaanszekerheid. Aanbevelingen die over de rechtsstaat als praktijk gaan, zijn onder meer het tonen van ‘rechtsstatelijk leiderschap’ door politici en bestuurders, het versterken van het ‘rechtsstatelijk kompas’ binnen de overheid en het verbeteren van overheidscommunicatie. Aanbevelingen zoals het verbeteren van de rechtsbescherming en de bestuurlijke besluitvormings- en bezwaarprocedures vragen om zowel juridische als feitelijke aanpassingen en veranderingen. De burgergerichte focus van staatscommissie maakt dat in vergelijking met gangbare beschouwingen over de rechtsstaat vooral de rechtsstaat als praktijk ruime aandacht krijgt.

Wat verder opvalt, is dat de meeste aanbevelingen zich niet duidelijk laten indelen bij een van de drie kanten die de staatscommissie aan de rechtsstaat onderscheidt. De nadruk ligt in elk geval niet op de democratische kant. Veel aanbevelingen lijken op het eerste gezicht de beschermende kant van de rechtsstaat te betreffen, maar blijken bij nader inzien vooral te zijn ingegeven door de wens om ‘burgers in een kwetsbare positie’ te ondersteunen, zodat het eerder gaat om de voorwaardenscheppende kant.<sup>20</sup> Dat is bijvoorbeeld duidelijk als het gaat om de rechtsbescherming, ten aanzien waarvan de staatscommissie in het bijzonder voorstelt om de vergoedingen voor de sociale advocatuur te verhogen, de eerstelijnsrechtshulp meer te subsidiëren en het griffierecht voor onvermogenen te verlagen. Ook de aanbeveling om de wettelijke regelingen inzake bestaanszekerheid te vereenvoudigen, is specifiek gericht op burgers in een kwetsbare positie. Maar ook bijvoorbeeld de aanbeveling om het toetsingsverbod op te heffen heeft deze achtergrond, voor zover de staatscommissie wil dat rechters in staat worden gesteld om wetten te toetsen aan sociale grondrechten. Gelet op de rechtsstaat als opvatting poogt de staatscommissie met haar aanbevelingen vooral de voorwaardenscheppende kant van de rechtsstaat op de kaart te zetten.<sup>21</sup>

### 3. Van liberale rechtsstaat naar democratische en sociale rechtsstaat

Om de rechtsstaatoopvatting van de staatscommissie te kunnen duiden en beoordelen, is het nodig deze opvatting te bezien in historisch perspectief. De term ‘rechtsstaat’ stamt uit het Duitse constitutionele debat aan het begin van de negentiende eeuw.<sup>22</sup> De rechtsstaat was de theoretische tegenhanger van de absolute staat, die zich naar eigen goeddunken bemoeide met het leven van zijn burgers.<sup>23</sup> Het doel van de rechtsstaat was het waarborgen van de vrijheid van individuen, zodat zij

20 De uitdrukking ‘burgers/mensen in een kwetsbare positie’ komt in het rapport tientallen keren voor.

21 De staatscommissie merkt op dat ‘een groot deel’ van de door haar vastgestelde knelpunten ‘juist op het terrein van de sociale grondrechten zit’. Staatscommissie rechtsstaat 2024, p. 47.

22 Böckenforde 2013.

23 Deze focus op de staat vormt een belangrijk verschil met de Engelse *rule of law*, waarvan de kernidee is dat iedereen – inclusief de overheid – zich aan het recht moet houden. Over de verschillen tussen beide tradities, zie Loughlin 2010, p. 313-341.

zichzelf konden ontplooiden. Daartoe moest de overheid worden gebonden aan het recht. De juridische beperking en begrenzing van de staat vereisten onder andere erkenning van grondrechten (negatief opgevat als afweerrechten tegen de overheid), gelijkheid van burgers voor de wet en rechterlijke onafhankelijkheid. De wet werd daarbij gezien als een algemene norm die tot stand is gekomen met goedkeuring door de volksvertegenwoordiging op basis van rationele discussie. Dit liberale of klassieke rechtsstaatsideaal diende de belangen van de opkomende burgerij. In Nederland werd de term ‘rechtsstaat’ in de negentiende eeuw nauwelijks gebruikt. Wel was het bijbehorende liberale gedachtegoed de gehele eeuw sterk aanwezig in de politiek en vanaf de grondwetsherziening van 1848 zelfs bepalend voor de inrichting van ons constitutionele bestel. De term ‘rechtsstaat’ raakte in ons land pas in zwang vanaf het einde van de negentiende eeuw, zij het haast uitsluitend in discussies over de wenselijkheid van bestuursrechtspraak.<sup>24</sup> Pas na de Tweede Wereldoorlog werd het gangbaar om de term in ruimere zin te gebruiken, om er de liberale, op vrijheid gerichte trekken van ons staatsrecht mee aan te duiden.<sup>25</sup> Meer specifiek ging het hierbij met name om grondrechten, machtenscheiding (inclusief onafhankelijke rechtspraak) en het legaliteitsbeginsel – elementen dus die de staatscommissie rekent tot de beschermende kant van de rechtsstaat.<sup>26</sup> De oorspronkelijke Duitse rechtsstaatoopvatting was gericht op burgerlijke vrijheid, niet op democratie; het censuskiesrecht – beperking van het kiesrecht tot vermogende burgers – vormde er een logische implicatie van.<sup>27</sup> Met het doorzetten in Nederland van de democratische gedachte en de invoering van algemeen kiesrecht werd de rechtsstaat in ons land steeds meer in verband gebracht met de democratie, zodanig dat het gebruik is geworden om te spreken van ‘de democratische rechtsstaat’.<sup>28</sup> Volgens sommigen is de democratie inmiddels zelfs een wezenlijk onderdeel van de rechtsstaat.<sup>29</sup> De democratie krijgt zo vooral een machtsbeperkende strekking, omdat ze moet bijdragen aan het beschermen van burgers tegen de overheid. Dit strookt met de opvatting van de staatscommissie over de democratische kant van de rechtsstaat. Anderen daarentegen benadrukken de zelfstandigheid van beide idealen; terwijl de rechtsstaat als ‘regulerende norm’ de staat beperkt, zet de democratie als ‘motorische kracht’ de staat juist in gang.<sup>30</sup> Zo houdt men zicht op de potentiële spanning tussen beide idealen.<sup>31</sup> De uitbreiding van het kiesrecht zorgde ervoor dat de sociaaleconomisch zwakkeren nadrukkelijker hun stem konden laten horen. In lijn met sociaaldemocratische

24 Zo Buijs 1887, p. 324 en 333. Zie ook Van den Berge 2004. Het gebruik in deze context sluit aan op de verenging van het Duitse rechtsstaatsbegrip in de loop van de negentiende eeuw tot wetmatigheid van bestuur.

25 Herman Dooyeweerd schreef reeds eerder uitgebreid over de rechtsstaat, maar de staatsrechtwetenschap schonk daar weinig aandacht aan. Zie Zwart 1980.

26 Zie Böhtlingk 1958, p. 2-6. Het *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* van Van der Pot, dat voor het eerst verscheen in 1940, besteedt pas vanaf de bewerking door Donner in 1968 aandacht aan de rechtsstaat. Van der Pot 1968, p. 158-166.

27 Böckenforde 2013, p. 148.

28 Zo reeds Donner 1957, p. 11.

29 Bijvoorbeeld Kortmann 2016, p. 52-53, en Bovend’Eert 2019, p. 13-15.

30 Elzinga e.a. 2014, p. 181.

31 Zie ook bijvoorbeeld Burkens e.a. 2017, p. 26-31 en 37-38.

wensen werd het een staatstaak om te zorgen voor sociale zekerheid en om bij te dragen aan sociaal welzijn.<sup>32</sup> De concrete uitwerking hiervan was een ideologisch compromis tussen liberale, sociaaldemocratische en christendemocratische idealen. Juristen zagen in de verzorgingsstaat, zoals die zich vooral ontwikkelde na de Tweede Wereldoorlog, aanvankelijk vooral een bedreiging voor de rechtsstaat en de onderliggende waarden van burgerlijke vrijheid en eigen verantwoordelijkheid.<sup>33</sup> De enorme uitbreiding van de staatsactiviteit ging gepaard met een 'terugtred' van de formele wetgever, omdat deze steeds meer regelgeving moest delegeren aan het bestuur.<sup>34</sup> Daarmee kwam zowel de machtenscheiding als het legaliteitsbeginsel onder druk te staan, evenals de directe democratische legitimatie van veel regelgeving. Het geldende recht en de praktijk voldeden niet langer aan het oorspronkelijke rechtsstatelijke ideaal.

Toch liet de verzorgingsstaat zich niet meer wegdenken. Men legde zich daarom neer bij zijn bestaan of omarmde deze zelfs, waarbij de uitdaging bestond uit het verzoenen van de verzorgingsstaat met de rechtsstaat.<sup>35</sup> Wederom geïnspireerd door de Duitse academische literatuur ontstond zo een nieuwe duiding van de rechtsstaat: de sociale rechtsstaat.<sup>36</sup> Hierbij gaat het om een uitbreiding en verandering van de waarden van de rechtsstaat. Volgens deze visie dient de rechtsstaat hoofdzakelijk het realiseren van sociale rechtvaardigheid. Weliswaar blijft vrijheid wezenlijk voor de rechtsstaat (zodat de klassieke rechtsstatelijke eisen in beginsel blijven gelden), maar vrijheid krijgt een positieve duiding, namelijk als het vermogen van burgers om daadwerkelijk van hun vrijheidsrechten gebruik te maken.<sup>37</sup> De overheid moet daar de voorwaarden voor creëren. Hierdoor wordt ook de rechtsstatelijke waarde van gelijkheid belangrijker, waarbij deze waarde niet langer louter formeel wordt opgevat. De rechtsstaat vereist dat de overheid zorgt voor gelijke kansen, een rechtvaardige verdeling van middelen en ondersteuning van kwetsbare groepen. De belangrijkste juridische middelen om dit rechtsstatelijke ideaal te realiseren zijn de sociale grondrechten, die de wetgever verplichten wetgeving vast te stellen op uiteenlopende sociale en maatschappelijke gebieden. Door een voorwaardenscheppende kant van de rechtsstaat te erkennen en zelfs te benadrukken, sluit de staatscommissie nadrukkelijk aan bij de opvatting van de rechtsstaat als sociale rechtsstaat.<sup>38</sup>

Voor de ontwikkeling van de verzorgingsstaat in ons land is de opvatting van de sociale rechtsstaat overigens niet bepalend of sturend geweest. Deze ontwikkeling vond grotendeels plaats los van constitutionele overwegingen, waarbij de Grondwet deze ontwikkeling ook niet belemmerde. Pas sinds 1983 bevat onze Grondwet

32 Zie uitgebreid Couwenberg 1984, p. 73-155.

33 Polak 1951, p. 3-6; Böhtlingk 1958, p. 6-15; Cluysenaer 1959, p. 3-5.

34 Van Wijk 1959.

35 Donner 1957, p. 11-15; Böhtlingk 1958, p. 15; Cluysenaer 1959, p. 17-18.

36 Donner 1957, p. 8. Zie uit de Duitse literatuur vooral – kritisch – Forsthoff 1976.

37 Vergelijk Hirsch Ballin 1991, p. 77.

38 Zie ook Staatscommissie rechtsstaat 2023, p. 6 en 9, en Staatscommissie rechtsstaat 2024, p. 17.



een reeks aan sociale grondrechten.<sup>39</sup> De wetgever blijkt de sociale grondrechten nauwelijks te betrekken in zijn overwegingen.<sup>40</sup> Eenzelfde terughoudendheid tegenover de sociale rechtsstaat komen we tegen bij de algemene bepaling die in 2022 is toegevoegd aan de Grondwet en die luidt: ‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.’<sup>41</sup> De bepaling noemt wel de democratie en de rechtsstaat, maar niet de sociale rechtsstaat. In de toelichting noemt de regering als elementen van de rechtsstaat het legaliteitsbeginsel, de machtenscheiding, onafhankelijke rechtspraak en de bescherming van grond- en mensenrechten. Een expliciete verwijzing naar sociale grondrechten ontbreekt.<sup>42</sup>

In lijn hiermee benaderen de handboeken staatsrecht de sociale grondrechten eerder beschrijvend als een positiefrechtelijk gegeven dan dat ze er de noodzakelijke uitwerking in zien van de eigen rechtsstaatoopvatting.<sup>43</sup> Voor zover de handboeken al spreken van de sociale rechtsstaat, is dit vooral om achteraf een bepaalde rechtsontwikkeling aan te duiden; het begrip heeft binnen de rechtsdogmatiek nauwelijks een sturende functie.<sup>44</sup>

De opvatting van de rechtsstaat als sociale rechtsstaat brengt niet alleen gewijzigde verwachtingen ten aanzien van de overheid tot uitdrukking, maar impliceert ook een ander karakter van het staatsrecht.<sup>45</sup> In de liberaal-democratische rechtsstaatoopvatting is het staatsrecht, zoals dat met name is vevat in de grondwet, een juridisch kader: het staatsrecht dat het ideaal van de rechtsstaat verwezenlijkt biedt een raamwerk waarbinnen politiek en wetgeving vrij en zelfstandig vorm kunnen krijgen. Grondrechten en andere rechtsstatelijke eisen vormen een juridische ondergrens. De sociale rechtsstaatoopvatting neemt afscheid van dit ‘leeg formalisme’ en transformeert het staatsrecht – en met name het grondrechtendeel van de grondwet – tot politiek richtsnoer.<sup>46</sup> Politiek en wetgeving dienen gericht te zijn op het realiseren en implementeren van rechtsstatelijke waarden, zoals deze met name tot uitdrukking komen in de sociale grondrechten. De democratie wordt ‘werkplaats van de rechtsstaat’.<sup>47</sup>

Critici van de sociale rechtsstaat wijzen erop dat de rechtsstaat zo aan ‘rechtskarakter’ verliest en op een politiek programma gaat lijken.<sup>48</sup> Sociale grondrechten

39 Voor de historische achtergrond, zie Burkens 1989, p. 71-80. Wel bracht de Grondwet al vanaf 1814 het onderwijs en de armenzorg onder de aandacht van de regering, zie art. 140 en 141 Grondwet 1814.

40 Van Sasse van Ysselt 2016.

41 Zie over de betekenis van de algemene bepaling, Stremmer 2023a.

42 De regering noemt bijvoorbeeld wel het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), maar geen verdragen waarin sociale grondrechten centraal staan, zoals het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR) en het Europees Sociaal Handvest (ESH). *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 6.

43 Bijvoorbeeld Elzinga e.a. 2014, p. 453-470. Kortmann rekent nadrukkelijk alleen de vrijheidsrechten tot de rechtsstaat, Kortmann 2016, p. 53 en 397.

44 Zie bijvoorbeeld Heringa e.a. 2022, p. 22. Zie echter ook Burkens e.a. 2017, p. 25-26, en Schlössels & Zijlstra 2024, p. 21-24.

45 Zie Couwenberg 1984, p. 85-89, en meer algemeen Somek 2014, p. 79-133.

46 Hirsch Ballin 2022, p. 20.

47 *Ibid.*, p. 79.

48 Zo Bovend'Eert 2019, p. 234-235. Zie ook Burkens 1989, p. 76-83.

zijn inhoudelijk nogal onbepaald en lenen zich amper als toetsingskader voor de rechter (nog afgezien van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet).<sup>49</sup> De wijze waarop en de mate waarin sociale grondrechten moeten worden uitgewerkt, is vooral een kwestie van politiek. Deze uitwerking vraagt immers om lastige afwegingen tussen botsende belangen en idealen. Terwijl er over de kernwaarden van de liberaal-democratische rechtsstaat in ons land brede consensus bestaat, is de sociale rechtvaardigheid die de sociale rechtsstaat moet verwezenlijken omstreden. Zo vrezen liberalen een paternalistische staatszorg die burgers steeds afhankelijker maakt van de overheid en hen zo van hun vrijheid berooft. De oorspronkelijke rechtsstaatgedachte, gericht op de bescherming van burgers tegen overheidsmacht, zou dan omslaan in haar tegendeel.<sup>50</sup> Door sterk in te zetten op de sociale gerichtheid van de rechtsstaat – zoals de staatscommissie dat doet – ontstaat dus niet alleen het gevaar dat de rechtsstaat aan onderscheidend vermogen en daarmee aan zeggingskracht verliest, maar ook dat de rechtsstaat steeds verder wordt gepolitiseerd.<sup>51</sup>

#### 4. Europees advies inzake de rechtsstaat

Van oudsher was de inrichting van onze rechtsstaat – de ontwikkeling van rechtsstatelijke opvattingen en de vertaling daarvan naar het geldende recht en de praktijk – een autonome nationale kwestie. Ook al liet men zich inspireren door buitenlandse ideeën, de grondwetgever, grondwetsherziener en wetgever gaven zelfstandig vorm aan de rechtsstaat. Na de oprichting van Europese organisaties zoals de Raad van Europa en (de voorlopers van) de Europese Unie (EU) veranderde daar aanvankelijk weinig aan. Inmiddels is de Nederlandse rechtsorde echter steeds sterker ingebed in de Europese rechtsorde en oefent ‘Europa’ steeds meer invloed uit op onze rechtsstaat. Hierbij gaat het in de eerste plaats om juridische eisen die voortvloeien uit, met name, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Unierecht en die deel uitmaken van de rechtsstaat als geldend recht. Daarnaast is de Nederlandse rechtsstaat – zowel wat betreft het geldende recht als de praktijk – steeds vaker onderwerp van advies door Europese instanties, waaronder de Venetië-commissie en de Europese Commissie. Omdat de regering de staatscommissie nadrukkelijk had verzocht om rekening te houden met dergelijk advies, gaan we hier daarop dieper in.<sup>52</sup> We doen dit tegen de achtergrond van de rechtsstaatoopvattingen zoals die blijken uit het Europese recht.

Het EVRM is uitgegroeid tot de belangrijkste waarborg van mensenrechten in ons land. De preambule van het EVRM verwijst naar de ‘rule of law’. Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is de eis van rechtsstatelijkheid inherent aan alle artikelen van het EVRM.<sup>53</sup> Het Straatsburgse Hof brengt met

49 Zie echter Vonk 2023.

50 Zo Kortmann 2016, p. 63-64.

51 Zie ook Stremmer & Pasterkamp 2024.

52 Art. 2 lid 2 en bijlage Instellingsbesluit staatscommissie rechtsstaat.

53 Zie bijvoorbeeld EHRM 11 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1211JUD003648007 (*Lekić t. Slovenie*), r.o. 94.

name het legaliteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechters in verband met de rechtsstaat.<sup>54</sup> Gecombineerd met de gerichtheid van het EVRM en het Hof op ‘de democratische samenleving’ reflecteert dit de liberaal-democratische rechtsstaatsopvatting.<sup>55</sup> Dit strookt ook met de formulering van de mensenrechten in het EVRM als afweerrechten tegen de overheid. Wel heeft het EHRM in de loop van de tijd steeds meer ‘positieve verplichtingen’ uit het EVRM afgeleid, dat wil zeggen verplichtingen voor de verdragspartijen om actief op te treden om zo te garanderen dat burgers hun mensenrechten effectief kunnen uitoefenen. De verdragsrechten kunnen hierdoor een sociale dimensie krijgen.<sup>56</sup> Verdragen die sociale grondrechten bevatten, zoals het Europees Sociaal Handvest (ESH), hebben in Nederland nauwelijks juridisch effect, omdat de rechter de daarin opgenomen bepalingen in beginsel niet ‘eenieder verbindend’ acht.<sup>57</sup>

Het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) benoemt de rechtsstaat als een van de waarden waarop de Unie berust.<sup>58</sup> De rechtsstaat wordt volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie ‘geconcretiseerd’ door bijvoorbeeld de verplichting voor de lidstaten om effectieve rechtsbescherming te bieden.<sup>59</sup> Wanneer het Luxemburgse Hof over de rechtsstaat spreekt, is dit in verreweg de meeste gevallen in het kader van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid.<sup>60</sup> Hoewel het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ook sociale grondrechten bevat, bijvoorbeeld op de gebieden van gezondheidszorg en het milieu, heeft het Hof deze rechten (nog) niet gekoppeld aan de rechtsstaat.<sup>61</sup> De Uniewetgever omschrijft de rechtsstaat in de conditionaliteitsverordening in termen van legaliteit, rechtszekerheid, het verbod van willekeur voor de uitvoerende macht, effectieve rechtsbescherming, scheiding der machten, non-discriminatie en gelijkheid voor de wet.<sup>62</sup> Legaliteit vereist onder andere een democratisch wetgevingsproces.<sup>63</sup> Ook in het Unierecht zien we dus de liberaal-democratische rechtsstaatsopvatting terug.<sup>64</sup>

54 Zie bijvoorbeeld EHRM 11 juli 2023, ECLI:CE:ECHR:2023:0711JUD006136516 (*S.E. t. Servië*), r.o. 82; EHRM 25 juli 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0725JUD006999710 (*Panorama Ltd. en Miličić t. Bosnië en Herzegovina*), r.o. 63 en EHRM 1 december 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1201JUD002637418 (*Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*). Zie ook Spano 2021, p. 212-215.

55 ‘De democratische samenleving’ wordt genoemd in de beperkingsclausules van het EVRM. Over de rechtsstaatsopvatting van het EHRM, zie ook Lautenbach 2014.

56 Zie Leijten 2018.

57 Met als belangrijkste uitzondering het stakingsrecht (art. 6 lid 4 ESH).

58 Art. 2 VEU. Het Verdrag van Amsterdam (in werking getreden in 1999) bepaalde voor het eerst dat de Unie is gegrondvest op onder meer de rechtsstaat, zie art. F lid 1 VEU (Amsterdam).

59 HvJ EU 27 februari 2018, ECLI:EU:C:2018:117 (*Portugese rechters*), r.o. 32.

60 Zie Leloup 2023.

61 Zie art. 35 en 37 Handvest. Omdat de opname van sociale grondrechten in het Handvest omstrede was, worden ze aangeduid als ‘beginselen’, wat is bedoeld om hun juridische effect af te zwakken. Zie art. 51 lid 1 en art. 52 lid 5 Handvest.

62 Art. 2 Verordening (EU) 2020/2092.

63 *Ibid.*

64 Zie ook De Visser 2019. Voor de kritiek dat binnen de EU institutionele overwegingen – zoals de autonomie van het Unierecht – in feite belangrijker zijn dan de rechtsstaat, zie Kochenov 2015.

Naast rechtsstatelijke eisen die voortvloeien uit het Europese recht in brede zin – het EVRM en het Unierecht – en die dus geldend recht zijn in Nederland, krijgt ons land steeds vaker te maken met rechtsstatelijk advies van niet-rechtsprekende instanties die deel uitmaken van de Raad van Europa of de EU. In de eerste plaats gaat het hierbij om de Venetië-commissie, een orgaan van de Raad van Europa bestaande uit onafhankelijke experts, dat adviseert over constitutionele kwesties.<sup>65</sup> Hoewel de adviezen van de Venetië-commissie juridisch niet bindend zijn, worden ze wel als gezaghebbend beschouwd.<sup>66</sup> Het EHRM verwijst in zijn uitspraken regelmatig naar adviezen van de Venetië-commissie.<sup>67</sup>

De Venetië-commissie heeft het rechtsstaatsbegrip uitgewerkt in haar 'Report on the Rule of Law' en de 'Rule of Law Checklist'.<sup>68</sup> Beide rapporten identificeren rechtsstatelijke waarborgen waarover binnen de lidstaten van de Raad van Europa consensus zou bestaan.<sup>69</sup> Om als rechtsstaat te kwalificeren, moet een staat volgens de rapporten de volgende juridische waarborgen hebben gerealiseerd, zowel in het geldende recht als in de praktijk: legaliteit (inclusief een democratisch wetgevingsproces), rechtszekerheid, een verbod op misbruik van bevoegdheden, toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter, en non-discriminatie en gelijkheid voor de wet.<sup>70</sup> Uitwerking van deze waarborgen geschiedt met name aan de hand van juridisch bindende documenten uit het Europese en internationale recht – zoals het EVRM, het EU Grondrechtenhandvest en het IVBPR – en juridisch niet-bindende documenten van gezaghebbende Europese en internationale organisaties, waaronder resoluties en aanbevelingen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, mededelingen van de Europese Commissie en eerdere rapporten en adviezen van de Venetië-commissie zelf.<sup>71</sup> Ook de Venetië-commissie hanteert dus een liberaal-democratische opvatting van de rechtsstaat. Ze beschouwt de rechtsstaat als een juridisch kader op basis waarvan staten objectief kunnen worden beoordeeld. Sociale grondrechten maken geen onderdeel uit van dit kader. De Venetië-commissie laat de voorwaardenscheppende kant van de rechtsstaat – zoals de staatscommissie dat noemt – geheel buiten beschouwing.

De Venetië-commissie heeft twee adviezen uitgebracht aan Nederland, eerst in 2021 naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagenaffaire en vervolgens in 2023 over rechterlijke onafhankelijkheid.<sup>72</sup> De in totaal twintig aanbevelingen uit deze adviezen vallen onder wat de staatscommissie aanduidt als de beschermende en democratische kanten van de rechtsstaat. Zo doet de Venetië-commissie aanbevelingen omtrent wijziging van het toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet, het

65 Zie Vermeulen & Jasiak 2018.

66 Zie De Visser 2015, p. 968-970.

67 Zie bijvoorbeeld EHRM 1 december 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1201JUD002637418 (*Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*); EHRM 7 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD00490718 (*Xero Flor t. Polen*) en EHRM 14 december 2021, ECLI:CE:ECHR:2023:1214JUD004011921 (*M.L. t. Polen*).

68 Venetië-commissie 2011 en Venetië-commissie 2016.

69 De Venetië-commissie spreekt van een 'consensual definition' van de rechtsstaat, zie Venetië-commissie 2011, p. 3, 9, 10 en 14.

70 Venetië-commissie 2011, p. 10-13 en Venetië-commissie 2016, p. 11-28. In vergelijking met de elementen uit de EU-conditionaliteitsverordening ontbreekt de scheiding der machten.

71 Venetië-commissie 2016, p. 34-46.

72 Venetië-commissie 2021 en Venetië-commissie 2023.

parlementaire informatierecht en de benoemingsprocedure van leden van de Raad voor de rechtspraak. Geen van de aanbevelingen van de Venetië-commissie betreffen wat de staatscommissie de voorwaardenscheppende kant van de rechtsstaat noemt. Voor zover het rapport van de staatscommissie juist wel op deze kant ingaat, vormt dit rapport dan ook zeker geen ‘nadere vertaling’ van de aanbevelingen van de Venetië-commissie, zoals de regering daar om had gevraagd.<sup>73</sup>

Ook de Europese Commissie adviseert Nederland over de rechtsstaat. In reactie op rechtstatelijke achteruitgang in met name Hongarije en Polen heeft de EU diverse instrumenten ontwikkeld om de rechtsstaat in alle lidstaten te beschermen en te verbeteren.<sup>74</sup> Zo brengt de Europese Commissie sinds 2020 in het kader van het rechtsstaatmechanisme jaarlijks een rapport uit over de stand van de rechtsstaat in de Unie, met afzonderlijke landenhoofdstukken.<sup>75</sup> Sinds 2022 bevat elk landenhoofdstuk aanbevelingen aan de betreffende lidstaat. De Europese Commissie gaat in het rechtsstaatrapport in op vier gebieden, namelijk het justitieel stelsel, corruptiebestrijding, mediapluriformiteit en andere institutionele kwesties. Corruptiebestrijding en mediapluriformiteit vallen hierbij op, aangezien de Europese Commissie in omschrijvingen van de rechtsstaat doorgaans geen specifieke eisen op deze gebieden formuleert.<sup>76</sup> Een doeltreffend anticorruptiebeleid en vrije en pluralistische media zijn volgens de Europese Commissie voorwaarden voor een ‘klimaat’ waarin de rechtsstaat kan ‘gedijen’.<sup>77</sup> Het toetsingskader dat de Europese Commissie hanteert voor het beoordelen van ontwikkelingen op de genoemde vier gebieden omvat naast Unierechtelijke normen ook EHRM-rechtspraak en soft-law-standaarden van de Raad van Europa, waaronder de ‘Rule of Law Checklist’ van de Venetië-commissie.<sup>78</sup> Sociale grondrechten zijn geen onderdeel van dit toetsingskader. Bij de identificatie van rechtstatelijke tekortkomingen en verbeterpunten in de lidstaten steunt de Europese Commissie op het werk van andere Europese instanties, waaronder de Venetië-commissie.<sup>79</sup>

De aanbevelingen die Nederland tot nog toe van de Europese Commissie heeft gekregen passen bij de beschermende en democratische kanten van de rechtsstaat, zoals de staatscommissie die onderscheidt. Zo zou ons land meer gerechtelijke uitspraken online moeten publiceren, het bestuur van de publieke media moeten versterken en strengere transparantieregels voor lobbyactiviteiten moeten vaststellen. Naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire adviseerde de Europese Commissie Nederland om mogelijke structurele problemen die daarin zijn gebleken aan te pakken. In het meest recente rapport luidt de betreffende aanbeveling dat ons land moet zorgen voor ‘een adequate follow up van de aanbevelingen van

73 Art. 2 lid 2 Instellingsbesluit staatscommissie rechtsstaat. Zie ook Pasterkamp & Stremler 2024.

74 Zie Stremler 2023b.

75 Zie [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/annual-rule-law-cycle\\_nl](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/annual-rule-law-cycle_nl), geraadpleegd op 14 oktober 2024.

76 Zie Europese Commissie 2020, p. 1, en bijvoorbeeld Europese Commissie 2014.

77 Europese Commissie 2020, p. 5.

78 Europese Commissie 2024a, p. 3-4.

79 *Ibid.*, p. 1-2.

de Staatscommissie Rechtsstaat, waarbij de rechtsbescherming van de burgers wordt versterkt'.<sup>80</sup>

De aanbevelingen van de Venetië-commissie en de Europese Commissie zijn juridisch niet-bindend.<sup>81</sup> Nederland zou deze aanbevelingen in theorie kunnen negeren zonder dat daar sancties aan zijn verbonden.<sup>82</sup> Deze formalistische benadering mist echter de impact die het Europese advies heeft en dat de zin ervan vormt. Het negeren van de adviezen kan allereerst schade toebrengen aan de rechtsstatelijke reputatie van Nederland.<sup>83</sup> Bovendien betrekken nationale actoren, met name het parlement en de regering, de inhoud van de adviezen nadrukkelijk in hun overwegingen.<sup>84</sup> Gesteund door het gezag van beide instanties kunnen ze er argumenten aan ontnemen vóór juridische hervormingen die worden aanbevolen of tégen juridische hervormingen die worden afgeraden. Daarnaast leveren veel nationale actoren (zoals gerechten, de Raad voor de rechtspraak en ministeries) inbreng bij de totstandkoming van de adviezen; zij zullen de adviezen dan ook met belangstelling bestuderen. Zo beïnvloedt het Europese advies het nationale debat.

Uit het voorgaande volgt dat de inrichting van onze nationale rechtsstaat steeds meer ook een Europese aangelegenheid is – niet alleen juridisch, doordat uit het Europese recht steeds meer concrete rechtsstatelijke verplichtingen voortvloeien, maar ook politiek, doordat nationale actoren zich steeds vaker moeten verhouden tot Europees advies inzake de nationale rechtsstaat. Daarbij lijkt zich op Europees niveau steeds explicieter een liberaal-democratische opvatting van de rechtsstaat te vestigen, waarin de sociale dimensie (blijkend uit bijvoorbeeld erkenning van sociale grondrechten) ontbreekt.<sup>85</sup> De rechtsstaatopvatting van de staatscommissie – waarin de voorwaardenscheppende kant een prominente rol speelt – verschilt op dit punt wezenlijk van de rechtsstaatopvatting van de Venetië-commissie en de Europese Commissie.

Dit vormt op zich geen probleem. We zouden de Europese rechtsstaatopvatting als een minimumstandaard kunnen zien (zoals dat ook het geval is ten aanzien van de Europese mensenrechtenbescherming), zodat staten hun burgers daarbovenop extra waarborgen kunnen bieden, bijvoorbeeld in de vorm van sociale grondrech-

80 Europese Commissie 2024b, p. 3.

81 De Europese Commissie lijkt van oordeel dat het rechtsstaatmechanisme geen juridische basis in de Verdragen behoeft, omdat de rapporten geen juridisch effect beogen, dan wel dat art. 7 VEU deze basis vormt. Voor kritiek daarop (in de context van het 'kader voor het versterken van de rechtsstaat'), zie bijvoorbeeld Juridische Dienst 2014.

82 Wel gaan er steeds meer stemmen op om de aanbevelingen te koppelen aan Europees geld. Voor Hongarije en Polen heeft de Raad uitkeringen uit het coronaherstelfonds afhankelijk gemaakt van opvolging van bepaalde aanbevelingen. Zie daarover Europees Parlement 2023.

83 Zie ook De Visser 2015, p. 991.

84 Voor de adviezen van de Venetië-commissie, zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2021/22*, 29279, nr. 708 en 717, en *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 809. Het Hoofdlijnenakkoord en het Regeerprogramma vermelden nadrukkelijk dat het nieuwe kabinet zal reageren op de rapporten van de Venetië-commissie. Voor de rapporten van de Europese Commissie, zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II 2022/23*, 28844, nr. 251, *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 801, p. 7 en *Kamerstukken I 2023/24*, 35295, nr. AR.

85 Zie ook Pech 2022, p. 122-127.

ten.<sup>86</sup> Een sociale gerichtheid van de staat wordt door de EU en de Raad van Europa ook niet afgewezen.

Toch kleven er bezwaren aan de ruime rechtsstaatopvatting van de staatscommissie. Eerder al bespraken we het gevaar van politisering van de rechtsstaat op nationaal niveau. Op Europees niveau, waarin de politieke diversiteit nog veel groter is, speelt dit gevaar nog sterker. In de discussies over rechtsstatelijk verval in Hongarije en Polen stelden de regeringen van beide landen onder andere dat ze de rechtsstaat volledig onderschreven, maar dat de Europese Commissie en het Europees Parlement daar onterecht allerlei politieke en ideologische eisen onder schaalden.<sup>87</sup> Als het gaat om bijvoorbeeld eisen over rechterlijke onafhankelijkheid valt lastig vol te houden dat er sprake is van zulke politieke en ideologische eisen, gelet op de brede consensus die hierover bestaat. Ten aanzien van andere eisen is er meer discussie mogelijk. Bij het activeren van de artikel-7-VEU-procedure jegens Hongarije memoreerde het Europees Parlement bijvoorbeeld dat met betrekking tot dit land eerder als was vastgesteld, onder meer, dat de bijstand te laag was, dat de maximumduur van uitkeringen voor werkzoekenden te kort was en dat er onvoldoende huisvesting voor kwetsbare gezinnen was.<sup>88</sup> Dat dergelijke kwesties in verband worden gebracht met de rechtsstaat past bij de rechtsstaatopvatting van de staatscommissie. Zo vervaagt echter wel het onderscheid tussen enerzijds 'gewone' politiek – kwesties waarover politieke meningsverschillen gebruikelijk en legitiem zijn – en anderzijds staatsrecht of constitutioneel recht, als het overkoepelende juridische kader waarover idealiter consensus bestaat. Naarmate de eisen die zouden voortvloeien uit de rechtsstaat toenemen, wordt de rechtsstaat zelf meer onderwerp van politiek. Hierdoor verliest een beroep op de rechtsstaat aan overtuigingskracht. Binnen de Europese context zal het dan alleen nog maar lastiger worden om elkaar rechtsstatelijk de maat te nemen.<sup>89</sup>

## 5. Slot

Het rapport van de staatscommissie is gebaseerd op een brede rechtsstaatopvatting, waarin de overheid niet alleen de vrijheid en formele gelijkheid van burgers moet respecteren, maar ook sociale rechtvaardigheid dient te bevorderen. Volgens de staatscommissie is de rechtsstaat een sociale rechtsstaat. In lijn hiermee doet de staatscommissie diverse voorstellen en aanbevelingen voor aanpassingen in het geldende recht en de praktijk. De nadruk die de staatscommissie legt op de sociale dimensie van de rechtsstaat is te begrijpen vanuit de aanleiding voor het instellen van de commissie: de kinderopvangtoeslagaffaire, die vooral burgers in een kwetsbare positie trof. Hierdoor kwam de focus van de staatscommissie te liggen bij de problemen die deze groep ervaart, vooral in relatie met de overheid. Door de rechtsstaat op te vatten als sociale rechtsstaat – waarbij ook de voorwaardenscheppende kant van de rechtsstaat wordt erkend – krijgen deze problemen prioriteit en

86 Zie ook Staatscommissie rechtsstaat 2024, p. 18.

87 Hongaarse regering 2018 en Poolse regering 2018.

88 Europees Parlement 2018, annex, overweging 74.

89 Vergelijk Conzelmann 2022.

dient zich een oplossingsrichting aan: politiek en overheid moeten zich sterker inzetten voor het realiseren van sociale grondrechten.

De opvatting van de staatscommissie over de rechtsstaat is echter niet algemeen aanvaard binnen de staatsrechtwetenschap, waar de rechtsstaat vooral liberaal-democratisch wordt opgevat. De kritiek is dat de sociale rechtsstaatopvatting de rechtsstaat dreigt te reduceren tot een politiek programma, dat weliswaar richting geeft, maar dat inhoudelijk te onbepaald is om als juridisch kader te kunnen fungeren. Hier komt bij dat politiek gezien lang niet iedereen de sociaaldemocratische strekking van deze opvatting onderschrijft. Door sociaaleconomische kwesties onder de noemer van de rechtsstaat te brengen, hoopt men wellicht dat bepaalde politieke wensen en idealen zullen delen in de ‘magische overtuigingskracht’ van de rechtsstaat.<sup>90</sup> Dit kan echter ook averechts uitpakken, doordat de rechtsstaat aan zeggingskracht verliest en wordt gepolitiseerd. Dit gevaar speelt in het bijzonder binnen de Europese context, waarin staten steeds vaker te maken krijgen met Europese en onderlinge beoordelingen op het gebied van de rechtsstaat. Wanneer we de blik vanuit Nederland naar Europa richten, is het wenselijk om een breed gedeelde rechtsstaatopvatting te hanteren. De liberaal-democratische rechtsstaatopvatting lijkt hiervoor het meest geschikt.

Dit betekent niet dat de aanbevelingen van de staatscommissie geen aandacht verdienen; integendeel. De kinderopvangtoeslagaffaire heeft duidelijk gemaakt dat er veel verbeterd kan worden in het functioneren van de overheid en de staatscommissie doet hiervoor waardevolle suggesties. Een beroep op de rechtsstaat is daarbij echter niet steeds nodig en bovendien soms zelfs onwenselijk, gelet op het genoemde gevaar van politisering van de rechtsstaat. Zoals de staatscommissie zelf al aangaf: de rechtsstaat is niet de oplossing voor alle kwalen van de overheid.<sup>91</sup>

## Literatuurlijst

### Böckenförde 2013

Ernst-Wolfgang Böckenförde, ‘Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs’, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Recht - Staat - Freiheit*, Berlijn: Suhrkamp 2013, p. 143-169.

### Böhtlingk 1958

F.R. Böhtlingk, *De rechtsstaat Nederland*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1958.

### Bovend’Eert 2019

P.P.T. Bovend’Eert, *Inleiding constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

### Buijs 1887

J.T. Buijs, *De Grondwet. Toelichting en kritiek. Tweede deel*, Arnhem: P. Gouda Quint 1887.

<sup>90</sup> Scheltema 1989, p. 12.

<sup>91</sup> Staatscommissie rechtsstaat 2023, p. 8.



S.J. Pasterkamp & M. Stremmer

**Burkens 1989**

M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

**Burkens e.a. 2017**

M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2017.

**Cluysenaer 1959**

J.L.H. Cluysenaer, *Recht in de welvaartsstaat*, Groningen: J.B. Wolters 1959.

**Conzelmann 2022**

Thomas Conzelmann, 'Peer Reviewing the Rule of Law? A New Mechanism to Safeguard EU Values', *European Papers* 7/2 (2022), p. 671-695.

**Couwenberg 1984**

S.W. Couwenberg, *Constitutionele ontwikkelingsmodellen. Modern constitutioneel recht en emancipatie van de mens* 3, Assen: Van Gorcum 1984.

**De Visser 2015**

M.C.B.F. de Visser, 'A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform', *American Journal of Comparative Law* 63/4 (2015), p. 963-1008.

**De Visser 2019**

M.C.B.F. de Visser, 'De invulling van het Europese rechtsstaatsbegrip: reconstructie van een voortdurende queeste', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 10/4 (2019), p. 276-305.

**Donner 1957**

A.M. Donner, 'Over de term "welvaartsstaat"', *Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen*, Amsterdam 1957.

**Elzinga e.a. 2014**

D.J. Elzinga e.a., *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

**Europees Parlement 2018**

Europees Parlement, 'The situation in Hungary', 12 september 2018, P8\_TA(2018)0340.

**Europees Parlement 2023**

Europees Parlement, 'Rule of law-related "super milestones" in the recovery and resilience plans of Hungary and Poland', 2023, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/741581/IPOL\\_BRI\(2023\)741581\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/741581/IPOL_BRI(2023)741581_EN.pdf), geraadpleegd op 14 oktober 2024.

**Europese Commissie 2014**

Europese Commissie, 'Bijlage I: De rechtsstaat als een grondbeginsel van de Unie', 11 maart 2014, COM(2014) 158 final, annex 1.

**Europese Commissie 2020**

Europese Commissie, 'Verslag over de rechtsstaat 2020. De situatie op het gebied van de rechtsstaat in de Europese Unie', 30 september 2020, COM(2020) 580 final.

**Europese Commissie 2024a**

Europese Commissie, 'European Rule of Law mechanism: Methodology for the preparation of the Annual Rule of Law Report', 2024, [https://commission.europa.eu/document/e80a08e9-a5cd-4100-833d-f87548004226\\_en](https://commission.europa.eu/document/e80a08e9-a5cd-4100-833d-f87548004226_en), geraadpleegd op 14 oktober 2024.

**Europese Commissie 2024b**

Europese Commissie, 'Verslag over de rechtsstaat 2024. Landenhoofdstuk over de situatie op het gebied van de rechtsstaat in Nederland', 24 juni 2024, SWD(2024) 819 final.

**Forsthoff 1976**

Ernst Forsthoff, 'Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates', in: Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973*, München: Beck 1976, p. 65-89.

**Heringa 2022**

A.W. Heringa e.a., *Staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

**Hirsch Ballin 1991**

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De mens in de sociale rechtsstaat', in: E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat & beleid. Een keuze uit het werk van mr. E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 71-84.

**Hirsch Ballin 2022**

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

**Hongaarse regering 2018**

Hongaarse regering, 'Information note by the Hungarian government', 13 november 2018, <https://2015-2019.kormany.hu/download/3/61/81000/The%20official%20legal%20arguments%20of%20the%20Hungarian%20government%20in%20the%20Article%207%20procedure%20in%20the%20European%20Council%20refuting%20the%20accusations%20of%20the%20Sargentini-report.pdf>, geraadpleegd op 14 oktober 2024.

**Juridische Dienst 2014**

Juridische Dienst van de Raad van de EU, 'Commission's Communication on a new EU Framework to strengthen the Rule of Law: Compatibility with the Treaties', 27 mei 2014, 10296/14.

**Kochenov 2015**

Dimitry Kochenov, 'EU Law without the Rule of Law: Is the Veneration of Autonomy Worth It?', *Yearbook of European Law* 34/1 (2015), p. 97-126.

**Kortmann 2016**

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

**Lautenbach 2014**

Geranne Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014.

**Leijten 2018**

Ingrid Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

S.J. Pasterkamp & M. Stremler

### Leloup 2023

M. Leloup, 'De rechtsstaatrechtspraak van het Hof van Justitie: Een overzicht', *Sociaal-economische wetgeving SEW: Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2023/2, p. 68-78.

### Loughlin 2010

Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2010.

### Parlementaire ondervragingscommissie 2020

Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht*, 2020, [www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217\\_eindverslag\\_parlementaire\\_ondervragingscommissie\\_kinderopvangtoeslag.pdf](http://www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf), geraadpleegd op 14 oktober 2024.

### Pasterkamp & Stremler 2024

Bas Pasterkamp & Maarten Stremler, 'Staatscommissie rechtsstaat: vertaling van of aanvulling op de Venetië-commissie?', *NederlandRechtsstaat.nl*, 25 juni 2024.

### Pech 2022

Laurent Pech, 'The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law', *Hague Journal on the Rule of Law* 14 (2022), p. 107-138.

### Polak 1951

C.H.F. Polak, *Ordering en rechtsstaat*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951.

### Poolse regering 2018

Poolse regering, 'White Paper on the Reform of the Polish Judiciary', 7 maart 2018, [www.statewatch.org/media/documents/news/2018/mar/pl-judiciary-reform-chancellor-white-paper-3-18.pdf](http://www.statewatch.org/media/documents/news/2018/mar/pl-judiciary-reform-chancellor-white-paper-3-18.pdf), geraadpleegd op 14 oktober 2024.

### Scheltema 1989

M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 11-25.

### Schlössels & Zijlstra 2024

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1. Grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wetgeving, uitvoering, handhaving*, Deventer: Wolters Kluwer 2024.

### Somek 2014

Alexander Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford: Oxford University Press 2014.

### Spano 2021

R.R. Spano, 'The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary', *European Law Journal* 27/1-3 (2021), p. 211-227.

### Staatscommissie rechtsstaat 2023

Staatscommissie rechtsstaat, *Werkprogramma*, 2023, [www.staatscommissierechtsstaat.nl/binaries/staatscommissie-rechtsstaat/documenten/publicaties/2023/08/01/werkprogramma/Werkprogramma+Staatscommissie+rechtsstaat+-+juli+2023.pdf](http://www.staatscommissierechtsstaat.nl/binaries/staatscommissie-rechtsstaat/documenten/publicaties/2023/08/01/werkprogramma/Werkprogramma+Staatscommissie+rechtsstaat+-+juli+2023.pdf), geraadpleegd op 14 oktober 2024.

**Staatscommissie rechtsstaat 2024**

Staatscommissie rechtsstaat, *De gebroken belofte van de rechtsstaat*, 2024, [www.staatscommissierechtsstaat.nl/binaries/staatscommissie-rechtsstaat/documenten/rapporten/2024/06/01/index/Rapport+Staatscommissie+rechtsstaat+-+De+gebroken+belofte+van+de+rechtsstaat.pdf](http://www.staatscommissierechtsstaat.nl/binaries/staatscommissie-rechtsstaat/documenten/rapporten/2024/06/01/index/Rapport+Staatscommissie+rechtsstaat+-+De+gebroken+belofte+van+de+rechtsstaat.pdf), geraadpleegd op 14 oktober 2024.

**Stremler 2023a**

M. Stremler, “De kernbeginselen van onze Grondwet”: de algemene bepaling in historisch-constitutioneel perspectief”, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 141-174.

**Stremler 2023b**

Maarten Stremler, ‘Constitutioneel toezicht door de Europese Unie’, *Nederlands Juristenblad* 2023/34, p. 2963-2969.

**Stremler & Pasterkamp 2024**

M. Stremler & S.J. Pasterkamp, ‘Staatscommissie rechtsstaat: naar een herwaarding van de sociale rechtsstaat?’, *De Hofvijver*, 24 juni 2024.

**Van den Berge 2014**

L. van den Berge, “Der Staat soll Rechtsstaat seyn”. Loeff, Struycken en de Duitse staatsfilosofie’, *RMThemis* 2014/2, p. 80-88.

**Van der Pot 1968**

C.W. Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (bewerkt door A.M. Donner), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1968.

**Van Ommeren 2003**

F.J. van Ommeren, ‘De rechtsstaat als toetsingskader’, in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 7-23.

**Van Ommeren 2022**

F.J. van Ommeren, ‘Op zoek naar rechtsstatelijke cultuur’, *Nederlands Juristenblad* 2022/38, p. 3136-3141.

**Van Sasse van Ysselt 2016**

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, ‘Realisering van grondwettelijke sociale grondrechten; wetgever, ubi est?’, *RegelMaat* 31/4 (2016), p. 281-294.

**Van Wijk 1959**

H.D. van Wijk, *Voortgaande terugtred*, Alphen aan den Rijn: Samson 1959.

**Venetië-commissie 2011**

Venetië-commissie, ‘Report on the Rule of Law’, 4 april 2011, CDL-AD(2011)003rev.

**Venetië-commissie 2016**

Venetië-commissie, ‘Rule of Law Checklist’, 18 maart 2016, CDL-AD(2016)007.

**Venetië-commissie 2021**

Venetië-commissie, ‘The Netherlands. Opinion on the legal protection of citizens’, 18 oktober 2021, CDL-AD(2021)031.

S.J. Pasterkamp & M. Strempler

**Venetië-commissie 2023**

Venetië-commissie, 'Joint opinion of the Venice Commission and Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on the legal safeguards of the independence of the judiciary from the executive power', 11 oktober 2023, CDL-AD(2023)029.

**Vermeulen & Jasiak 2018**

B.P. Vermeulen & A. Jasiak, 'De constitutionele advisering door de Venice Commission', *RegelMaat* 33/4 (2018), p. 205-229.

**Vonk 2023**

G.J. Vonk, 'Constitutionele toetsing aan sociale grondrechten. Een nieuwe dageraad voor het grondrecht van de bestaanszekerheid?', *RegelMaat* 38/4 (2023), p. 283-292.

**WRR 2002**

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, 2002, [www.wrr.nl/binaries/wrr/documenten/rapporten/2002/10/29/de-toekomst-van-de-nationale-rechtsstaat/R063-Toekomst-nationale-rechtsstaat.pdf](http://www.wrr.nl/binaries/wrr/documenten/rapporten/2002/10/29/de-toekomst-van-de-nationale-rechtsstaat/R063-Toekomst-nationale-rechtsstaat.pdf), geraadpleegd op 14 oktober 2024.

**Zwart 1980**

J. Zwart, 'De staatsleer van Herman Dooyeweerd', *Philosophia Reformata* 45/2 (1980), p. 109-139.