

Sociale grondrechten in de democratische rechtsstaat

Gespreksnotitie rondetafelgesprek over de sociale grondrechten, d.d. 5 maart 2025

Prof. dr. Ingrid Leijten, hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht, Tilburg University

Op tafel liggen vragen met betrekking tot de rol en functie van sociale grondrechten in de Nederlandse democratische rechtsstaat, en de betekenis van het mogelijk maken van rechterlijke toetsing aan de sociale grondrechten uit de Grondwet in dit kader. Ik ben van mening dat invoering van constitutionele toetsing door aanpassing of schrapping van artikel 120 Grondwet een goed idee is. Als daartoe wordt overgegaan, pleit ik ervoor dat die toetsing ook de sociale grondrechten omvat. De (vermeende) risico's die aan toetsing aan sociale grondrechten kleven hangen voor een deel samen met een aantal hardnekkige misverstanden die bestaan over grondrechten en de rol van rechterlijke toetsing. Wat mij betreft moeten we die misverstanden aanpakken. Waar zorgen daarentegen terecht zijn, is daar met behulp van investeringen in de rechtsstaat (o.m. als het gaat om onderzoek, training, dialoog) heel wel een antwoord op te vinden. Willen we echt inzetten op versterking van de democratische rechtsstaat, dan moet serieus worden overwogen deze weg te kiezen en toetsing aan sociale grondrechten mogelijk te maken.

In mijn toelichting op dit standpunt hieronder, neem ik de door de commissie gestelde vragen mee.

Misverstanden

Sociale grondrechten verschillen fundamenteel van klassieke grondrechten Het is ook weer opgemerkt naar aanleiding van de Contourennota constitutionele toetsing van 21 februari jl.: het beeld dat wordt geschetst van klassieke en sociale grondrechten en de verschillen daartussen heeft weinig van doen met de (juridische) realiteit.¹ Weliswaar zijn klassieke vrijheidsrechten historisch bedoeld om een overheidsvrije sfeer te garanderen, en verlangen sociale grondrechten een overheid die actief bescherming biedt; dit onderscheid vormt maar een deel van het verhaal. Klassieke vrijheidsrechten kennen positieve verplichtingen; door de veelheid aan (ruim opgevatte) grondrechten is botsing en beperking daarvan aan de orde van de dag en is het 'resultaat' dat die rechten beogen veel minder duidelijk dan vaak wordt voorgesteld. Omgekeerd kennen ook sociale grondrechten negatieve verplichtingen, zoals behoud van een bepaald niveau aan sociale bescherming, en valt de 'inspanning' die zij verlangen voldoende te concretiseren.²

Constitutionele toetsing verschuift de macht van de politiek naar de rechter Voor grondrechtenbescherming (en waar we het überhaupt hebben over de rechtsstaat) kijken we vaak naar de rechter. Het mogelijk maken van constitutionele toetsing versterkt wellicht het beeld dat het 'aan de rechter' is om te bepalen hoe die bescherming eruit moet zien. Dit beeld doet echter geen recht aan de primaire rol van de wetgever (en het bestuur) als het gaat om de bescherming van grondrechten. Dit geldt voor sociale grondrechten op wonen, gezondheidszorg en een gezond leefmilieu, maar ook voor een goede vormgeving en toepassing van een recht op bijvoorbeeld betoging of meningsuiting. Juist waar verschillende rechten op complexe wijzen botsen (bijvoorbeeld tijdens de pandemie, in de klimaatcrisis) is het bovendien niet aan de orde 'te wachten' op een rechterlijk oordeel om de grondrechtenbescherming te realiseren. Ook de (toekomstige) mogelijkheid van toetsing doet aan de centrale rol van democratische besluitvorming niet af (een uitgangspunt – het 'primaat van de wetgever' – waarvan bovendien onze hele Grondwet doordeesemt is). Rechterlijke (constitutionele) toetsing zorgt al decennialang voor wetenschappelijke discussie over het belang van dialoog en *collaboration* tussen de verschillende overheids machten.³ Ook waar het gaat om de bescherming van sociale grondrechten, of andere 'politiek gevoelige' thema's als bijvoorbeeld klimaatverandering. Een nadere blik op de rechtspraak laat daarbij vaak zien dat het niet zozeer de rechter is die zijn afweging *in plaats van* die van de wetgever stelt, maar slechts

¹ Vgl. Jasper Krommendijk, 'Contourennota (deel 1): hoe mythes over sociale grondrechten een goede discussie over de opheffing van het toetsingsverbod bemoeilijken', *nederlandrechtsstaat.nl*, 25 februari 2025 (met veel verwijzingen naar rechtspraak).

² Zie nader onder 'De potentie van toetsing' (p. 2).

³ Recent bijv. Aileen Kavanagh, *The Collaborative Constitution*, Cambridge University Press 2023.

ingrijpt waar die laatste zijn keuzes niet of nauwelijks heeft gerechtvaardigd in het licht van de aan de orde zijnde fundamentele rechten.⁴

Risico's

De indruk bestaat dat de rechter 'op de stoel van de wetgever' gaat zitten Zoals besproken, is het beeld dat toetsing aan sociale grondrechten verlangt dat de rechter 'politieke keuzes' maakt, hardnekkig. Een risico van het mogelijk maken van toetsing aan sociale grondrechten is wat mij betreft niet zozeer dat dit echt gebeurt, maar wel dat dit zo wordt gepercipieerd. In een tijdgewricht waarin (niet alleen in Nederland) partijen baat lijken te hebben bij het in twijfel trekken van de rechter en diens uitspraken, is dit gevaar des te groter. Enig rechtsstatelijk bewustzijn is noodzakelijk om de taak van de rechter ten opzichte van de democratisch gelegitimeerde organen op waarde te kunnen schatten. Om te kunnen zien dat rechterlijke controle nodig is in een systeem van *checks and balances*, maar ook vooral als stok achter de deur dient en de bal wel degelijk bij de politiek laat liggen. In plaats van ons neer te leggen bij een vertekende voorstelling van zaken, is versterking van dat bewustzijn wat mij betreft dan ook waar we op in moeten zetten.

De potentie van toetsing aan sociale grondrechten wordt niet goed benut Een terugkerende vraag is of de formulering van sociale grondrechten momenteel voldoende houvast biedt voor rechterlijke toetsing. Het is waar dat de formulering van deze rechten 'vager' is dan die van klassieke rechten, die (voor de ingevoerde lezer) heldere beperkingseisen bevatten. Het is goed nieuws dat het kabinet voornemens is die eisen aan te vullen met inhoudelijke beperkingseisen, die de rechter houvast bieden bij de toetsing. Maar ook bij de sociale grondrechten is een dergelijke verduidelijking mogelijk. Uit onderzoek blijkt dat bij toetsing aan sociale grondrechten vaak wordt gewerkt met een toets van 'redelijkheid' (waar de drietrap van proportionaliteit soms minder werkbaar is) en met minimum(kern)verplichtingen. Redelijkheid verlangt dan dat de overheid een inhoudelijke rechtvaardiging (motivering) in termen van sociale grondrechten biedt voor gemaakte keuzes. Ook minimumverplichtingen worden niet zozeer door de rechter gekwantificeerd, maar verlangt dat keuzes rationeel onderbouwd zijn, en dat bescherming van de meest kwetsbaren, non-discriminatie en procedurele waarborgen steeds wordt gegarandeerd.⁵ Voldoet wetgeving niet aan dergelijke 'randvoorwaarden', dan kan de rechter ingrijpen.

Het is zaak rechtsvergelijkende ervaringen met toetsing aan sociale grondrechten nader te (laten) onderzoeken, te zorgen voor training en uiteindelijk de ontwikkeling van een Nederlandse vorm van toepassing aan sociale grondrechten. Rechtswetenschappers zullen hier ook zeker hun steentje aan bij willen dragen. Ook moet geïnvesteerd worden in het op peil houden van de dialoog en samenwerking tussen de verschillende overheids machten, net als dus een voldoende rechtsstatelijk besef. Tot slot mogen investeringen in de rechtsbijstand en sociale advocatuur niet ontbreken, om ervoor te zorgen dat de gang naar de rechter juist ook voor de meest kwetsbaren een mogelijkheid is.

Versterking van de democratische rechtsstaat

De keuze constitutionele toetsing te beperken tot een 'limitatieve lijst' van klassieke grondrechten is op het eerste gezicht een heel veilige. Zij is ook begrijpelijk in het licht van de uitdaging die de grondwetsherzieningsprocedure ons stelt. Toch valt zij niet heel goed te rijmen met de breed gedeelde wens om de rechtsbescherming – en de rechtsstaat als zodanig – te versterken. Waar veel energie wordt gestoken in het overtuigen van de meerwaarde van een constitutioneel hof, zou vanuit het oogpunt van rechtsbescherming een focus op passende toetsing aan sociale grondrechten meer in de rede liggen. In de toeslagenaffaire ging het in de kern om een gebrek aan minimum sociale bescherming. Maar ook wijdverbreide onzekerheid en ontevredenheid zijn vaak niet los te zien van een gebrek aan bestaanszekerheid. Dit zorgt voor wantrouwen in de overheid, voor 'afhaken', of simpelweg voor een gebrek aan tijd voor daadwerkelijke (politieke) participatie. Ook op deze manier hangen sociale en klassieke rechten samen: wonen, gezondheid, werk en een gezond leefmilieu zijn van fundamenteel belang voor het kunnen gebruikmaken van politieke en vrijheidsrechten.

De toetsing beperken tot klassieke grondrechten kan zelfs een risico vormen. Waar toetsing aan sociale grondrechten als zodanig niet mogelijk is, zoals bijvoorbeeld bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), wordt de

⁴ Dit geldt ook voor spraakmakende zaken als *Urgenda* of (EHRM) *KlimaSeniorinnen*.

⁵ Zie bijv. Ingrid Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press 2018 (met o.m. een studie naar het Duitse recht op een *Existenzminimum*).

toetsing aan klassieke grondrechten toenemend gebruikt om alsnog sociale bescherming te bieden.⁶ Dat is op zich logisch gezien de overlap tussen de categorieën rechten, maar waar de grondwetgever het onderscheid tussen toetsing aan klassieke grondrechten (toegestaan, want 'eenduidig') en aan sociale grondrechten (verboden, want 'politiek') nog eens heeft benadrukt, misschien nog wel minder goed uit te leggen.

Ja, toetsing aan de sociale grondrechten in de Grondwet zal onzekerheid met zich brengen. Al was het maar omdat criteria voor die toetsing niet op dag een uitgekristalliseerd zullen zijn. Maar als die toetsing daadwerkelijk kan bijdragen aan een wetgevingsproces dat zich beter richt op het rechtvaardigen van keuzes (op basis van feiten en data) in termen van sociale rechten, én ermee wordt voorzien in een rechterlijk vangnet waar dit wordt nagelaten en de fundamentele belangen van de burger worden geschaad, mag dit geen reden geen reden zijn er bij voorbaat vanaf te zien.

⁶ Leijten 2018.