

Mensenrechten

De staat van de democratische rechtsstaat

Barbara Oomen¹

Menselijke waardigheid wordt geborgd middels mensenrechten. Zo hebben mensen, zeker in een pandemie, het recht op toegang tot gezondheidszorg. Zozeer, dat dit kan leiden tot inperking van andere rechten door de overheid. Van de bewegingsvrijheid, bijvoorbeeld, middels reisrestricties of een avondklok. Maar ook van het eigendomsrecht van winkeliers, op het moment dat de overheid gelast tot winkelsluiting; van het recht op familielevens van mensen in een verzorgingstehuis, of het recht op onderwijs van een scholier die alleen nog maar online onderwijs krijgt. Al deze rechten moet de overheid, in een democratische rechtsstaat, respecteren, beschermen en verwezenlijken.

Deze bijdrage gaat over mensenrechten in de context van de staat van de democratische rechtsstaat in Nederland, de wijze waarop de pandemie dit zowel zichtbaar maakte als versterkte en de gevolgen voor de maatschappij en de beleidsimplicaties. Daarbij is er aandacht voor zowel wet als werkelijkheid, voor de kloof tussen deze twee en de wijze waarop deze te dichten. Dit met als hoofdboodschap dat juist de rechtsstatelijke inbedding van de coronamaatregelen sterk te wensen overliet, terwijl de democratische rechtsstaat cruciaal is voor het formuleren van een menswaardig, breed gedragen antwoord op een crisis als de coronapandemie en het borgen van de mensenrechten waar het om gaat.

De stand van zaken

Eerst maar de wet. Hoewel dit niet formeel is vastgelegd in de Grondwet, geldt Nederland als democratische rechtsstaat.² Hoewel dit begrip vele invullingen kent ligt het fundament vast: de overheid garandeert de grondrechten van burgers, is zelf ook aan het recht gebonden, en weet zich binnen een stelsel van machtenscheiding gecontroleerd door een stelsel van onafhankelijke instituties, waaronder de rechter. Democratisch duidt op het feit dat gekozen volksvertegenwoordigers de overheid controleren.³ Daarmee doet een democratische rechtsstaat veel meer dan het oorspronkelijke doel, het beschermen van burgers tegen willekeurige machtsuitoefening. Hij borgt de inherente waardigheid en de gelijke behandeling van ieder mens, beschermt minderheden tegen de 'tirannie van de meerderheid', vormt een stelsel van macht en tegenmacht, legitimeert staatsmacht en zorgt voor de beslechting van geschillen met woorden in plaats van met wapens.

Ook onze grondrechten staan grotendeels niet in de Grondwet, maar eerder in gewone wetten, of juist in internationale verdragen. Daar vinden zij hun oorsprong in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens uit 1948, maar zijn inmiddels uitgewerkt in een uitgebreid stelsel van bindende verdragen met allerlei vormen van toezicht binnen het VN-systeem. Neem gezondheidszorg: art. 22 van de Grondwet bepaalt weliswaar dat de overheid maatregelen treft om de volksgezondheid te bevorderen, maar ook niet meer dan dat. Het *recht* op een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijke gezondheid is vastgelegd in art. 12 van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele

¹ Hoogleraar mensenrechten aan het University College Roosevelt van de Universiteit Utrecht.

² Na de verkiezingen van maart 2021 komt een voorstel om de tekst 'De grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat' in de Grondwet te verankeren in tweede lezing (wetsvoorstel) Verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een algemene bepaling (TK 35786). De menselijke waardigheid wordt wel expliciet genoemd in art. 2 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

³ Heringa and Kiiver 2016: 36; Heringa et al. 2018: 21; Mak 2020: 336.

Rechten, net als de hieraan gekoppelde verplichtingen van de staat, zoals het voorkomen, behandelen en bestrijden van epidemieën en het ervoor zorgen dat zieken bijstand en verzorging krijgen.⁴ De Wereldgezondheidsorganisatie is zelfs opgericht om dit recht, voor iedereen, te verwezenlijken.⁵

Cruciaal voor de grondrechtenbescherming in Nederland is het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Deze verdragsrechten, zoals het recht op leven, op een eerlijk proces en op familieleven, staan 'boven de Grondwet', en zijn inmiddels voorzien van uitgebreide jurisprudentie van het Europees Hof in Straatsburg die op vrijwel ieder rechtsgebied in Nederland leidend is. Dit ook omdat de rechter in Nederland wetten niet mag toetsen aan de Grondwet, maar wel aan een verdrag als het EVRM.⁶ Van belang, juist in het kader van de COVID-19-maatregelen, is de beperkingssystematiek van verdragsrechten: onder welke voorwaarden vrijheidsrechten beperkt mogen worden. Een inperking van de bewegingsvrijheid, bijvoorbeeld, mag alleen bij wet (omdat een wet langs het democratisch gekozen parlement moet), en dan nog enkel als dit noodzakelijk is voor bijvoorbeeld de veiligheid, de bescherming van de gezondheid of de bescherming van rechten van anderen.⁷ Binnen dit meerlagige rechtsstatelijk raamwerk is de overheid dus niet alleen verplicht om bepaalde grondrechten (zoals het recht op gezondheidszorg) te realiseren, maar ze mag deze andere grondrechten hiervoor alleen inperken onder stringente voorwaarden (bij wet, voor een specifiek doel, waarbij de inperking noodzakelijk, proportioneel en in de tijd beperkt moet zijn).

Tot zover de wet. Al voor de uitbraak van COVID-19 uitten veel wetenschappers, beleidsmakers, adviesorganen en (oud-)politici hun zorg over de staat van de democratische rechtsstaat. Terugkerende thema's betroffen de uitholling van de democratie maar ook het niet-naleven van grondrechten.⁸ Dit niet-naleven van grondrechten leidde ook tot rechtszaken als Urgenda en het stikstofarrest, die weer leidden tot beschuldigingen van rechterlijk activisme.⁹ Dit terwijl wetenschappers elders zorg uitspraken over te weinig rechterlijke onafhankelijkheid, en een gebrek aan middelen. Daarbij speelde ook een gebrek aan constitutioneel bewustzijn, en een relatief weinig relevante Grondwet.¹⁰ Al met al was de bestuurlijke en wetenschappelijke diagnose van de staat van de democratische rechtsstaat, nog voor de pandemie, vaak die van geërodeerde instituties, een trias politica uit balans, met te weinig aandacht voor het belang van de burger en diens rechten.¹¹

De pandemie als stresstest voor mensenrechten binnen de democratische rechtsstaat

Net zoals met veel andere maatschappelijke ontwikkelingen bracht COVID-19 deze structurele verwaarlozing en onbalans in het 'huis van de rechtsstaat' aan het licht, maar het versterkte deze ook. Daarbij ging het om alle aspecten van die rechtsstaat: het democratisch gehalte, het respect voor grondrechten, het legaliteitsbeginsel (de gebondenheid van de overheid aan het recht) en het stelsel van macht en tegenmacht.

Eerst de democratie. De bestrijding van de pandemie (en daarmee de verwezenlijking van het recht op gezondheidszorg

4 Daarnaast ook in VN-Verdragen als art. 24 van het Kinderrechtenverdrag, en art. 25 van het VN-Verdrag Handicap.

5 Art. 1 Constitutie Wereldgezondheidsorganisatie, uitgewerkt in de Internationale Gezondheidsregeling 2005.

6 Het toetsingsverbod van art. 120, in combinatie met art. 94 Grondwet.

7 Art. 2 4e Protocol bij het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden.

8 ROB 2020; Tonkens 2017; Koole 2018; Bovens 2006. Internationaal: de rapporten in het kader van de Universal Periodic Review, de VN-Verdragscomités die toezien op het IVBPR, het IVESCR, het Kinderrechtenverdrag, het Vrouwenverdrag en bijvoorbeeld het ECRI. Nationaal: de jaarverslagen van het College voor de Rechten van de Mens.

9 Loth en Van Gestel 2015.

10 Barkhuysen et al. 2009; Oomen 2009.

11 Tjeenk Willink 2018; Staatscommissie-Parlementair Stelsel 2018; Brenninkmeijer 2015.

en zelfs het recht op leven) vroeg om langtijds ongekende inperking van andere grondrechten.¹² Deze, op zich legitieme, uitoefening van overheidsmacht kan via het uitroepen van een noodtoestand (waarmee de overheid grotere bevoegdheden krijgt) of via een beroep op de reguliere uitzonderingsgronden in grondrechten als de bewegingsvrijheid, de godsdienstvrijheid en het recht op onderwijs. In beide gevallen is, binnen een democratische rechtsstaat, toestemming van volksvertegenwoordigers cruciaal.¹³ De Nederlandse overheid regelde de inperking van grondrechten (school- en winkelsluiting, afstand houden) echter in noodverordeningen aangenomen door de niet-democratisch verkozen veiligheidsraden.¹⁴ Pas in eind 2020 kregen de COVID-maatregelen definitief een wettelijke basis, waarmee dus het democratisch gekozen parlement ze voorzag van goedkeuring. Dit alles getuigde van weinig oog voor de lokale en nationale democratie.¹⁵

Dan de vele inperkingen van grondrechten zelf. Het voert te ver om hier de beperkingssystematiek per grondrecht, in de Grondwet en in verdragen te bespreken, maar belangrijk zijn steeds het doel van de beperking, de proportionaliteit, de weging tussen algemeen en individueel belang en de noodzaak in een democratische samenleving. Dit alles liet regelmatig te wensen over waarbij de legitimatiegrond ‘nood breekt wet’, te vinden in veel noodverordeningen, simpelweg onvoldoende was.¹⁶ Zo betwijfelde Hendriks de proportionaliteit van de inperkingen van het recht op een eerlijk proces en de verplichting tot thuiswerken.¹⁷ De verregaande inperking van het bezoekerrecht in verpleeghuizen streed met het recht op familieleven.¹⁸ Ook met betrekking tot de godsdienstvrijheid, het recht op onderwijs en het recht op privacy rezen vragen over de juridische grondslag en toelaatbaarheid van de beperkingen.¹⁹

In veel van het overheidshandelen in reactie op deze stresstest ontbrak dus een ‘rechtsstatelijke reflex’, een besef dat juist waar het gaat om verregaande inperking van grondrechten de correcte juridische basis hiervoor cruciaal is. Daarbij is de overheid gebonden aan de grondrechten, maar ook aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het ontbreken van vooringenomenheid, het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.²⁰ Op het moment dat de burger niet goed duidelijk wordt waarom voor bepaalde mensen, sectoren, gemeenten andere regels gelden dan voor andere, schendt dit het legaliteitsbeginsel maar leidt dit ook tot een gebrek aan vertrouwen.

De trias politica ziet eigenlijk op drie belangen: effectief overheidshandelen (de uitvoerende macht), democratische controle daarop (de wetgevende macht) en borging van grondrechten (de rechterlijke macht). Waar de nadruk tijdens de pandemie op het eerste belang lag, raakten de laatste twee teveel op de achtergrond. Dit is wellicht begrijpelijk, maar past niet bij een democratische rechtsstaat en raakt uiteindelijk ook aan de effectiviteit van dat overheidshandelen – wie zich niet vertegenwoordigd voelt, of ongelijk behandeld, respecteert de wet vaak ook minder.²¹ Daarbij waren het, tijdens de pandemie, niet enkel de coronamaatregelen die bestaande zorgen over de democratische rechtsstaat verscherpten.

12 Raad van State 2020.

13 Schlossels 2020.

14 Dit met als basis de Wet Publieke Gezondheid, art. 172-177 Gemeentewet en art. 39 (1) Wet Veiligheidsregio's.

15 Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 van 28 oktober 2020. Zie: Boogaard et al. 2020: 2398.

16 Roozendaal en Van de Sande 2020: 879, 938-947.

17 Hendriks 2020.

18 De Vries en Kofferman 2020.

19 De Jong 2020; Hendriks en Van Sasse van Ysselst 2020.

20 Niet limitatief. Zie boek 3 van de Algemene Wet Bestuursrecht en Damen en De Graaf 2019.

21 Hertogh 2006.

Zaken als ongelijke behandeling en institutioneel racisme leidden tot de Black Lives Matter-demonstraties in juni 2020, en het schenden van de onschuldpresumptie en het gebrek aan effectieve controle op de fraudebestrijding door de Belastingdienst tot de Toeslagenaffaire in december van dat jaar.

Opgaven voor de komende jaren

Het versterken van mensenrechten binnen de democratische rechtsstaat. De noodzaak hiertoe stond al voor de pandemie op de agenda, maar werd met het uitbreken ervan duidelijker dan ooit. Een democratische rechtsstaat is dé manier om in verschil samen te leven, en de waardigheid van ieder mens centraal te laten staan in het overheidshandelen.²² De opgaven spitsen zich daarbij toe op alle elementen van de democratische rechtsstaat, met de burger centraal. Waar het gaat om grondrechten, is het van belang dat alle overheidsorganen deze expliciet meewegen in besluitvorming. Dit vraagt deels het simpelweg in acht nemen van (grond)wettelijke en verdragsverplichtingen. Maar daarnaast ook om structurele versterking, zoals het opheffen van het toetsingsverbod – als ook de rechter wetten (achteraf) mag toetsen aan de Grondwet zullen regering en parlement die opdracht (vooraf) ook serieuzer nemen. Ook vraagt versterking van de rechtsstaat versterking van macht en tegenmacht. Daarbij zijn toegang tot het recht en grotere kennis van de democratische rechtsstaat essentiële voorwaarden.²³

Vaak is de democratische rechtsstaat vergeleken met een huis.²⁴ De pandemiebestrijding vond deels niet plaats binnen dat huis, maar in een tijdelijk tentenkamp daarbuiten. Dat is niet alleen incorrect, maar ook jammer, omdat juist dat huis, over de jaren, opgebouwd is om ruimte te bieden aan de meest ingewikkelde maatschappelijke vraagstukken en een thuis te bieden voor iedereen. Dit met de onvervreembare en ondeelbare rechten van iedereen in Nederland, de menselijke waardigheid en de gelijke behandeling als uitgangspunt. Laat een beleidsprioriteit dan ook zijn om die democratische rechtstaat steviger te funderen, waar nodig te verbouwen, op te knappen en mooi op te poetsen – daar heeft iedere burger, net als de overheid, baat bij.

22 Deze bijdrage is geheel toegespitst op Nederland maar het moge duidelijk zijn dat juist mensenrechtenverdragen en de opdracht in art. 90 Grondwet in combinatie met de wijze waarop de pandemie de rest van de wereld trof, ook de aandacht van de Nederlandse overheid vragen.

23 Overigens bestaat er veel recente literatuur vol concrete voorstellen op dit gebied. Naast het rapport van de Staatscommissie Parlementair Stelsel en het essay van Tjeenk Willink (noot 11) valt de denken aan Omtzigt 2021; Koole 2021; Voermans 2021.

24 Witteveen 2014.

Literatuur

- Barkhuysen, Tom, Michiel van Emmerik en Wim Voermans (2009) *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd: anker- of verdwijnpunt*, Deventer: Kluwer.
- Boogaard, Geerten, Michiel van Emmerik, Geert-Jan Geertjes en Luc Verhey (2020) 'Kroniek van het constitutioneel recht', *Nederlands Juristenblad* 35: 2398.
- Bovens, Mark (2006) 'De diplomademocratie: Over de spanning tussen meritocratie en democratie', *B en M: tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij* 33, no. 4: 205-218.
- Brenninkmeijer, Alex (2015) 'Stresstest rechtsstaat Nederland', *Nederlands Juristenblad* 24.
- Damen, Leo en Kars de Graaf (2019) *Bestuursrecht 1 Systeem; bevoegdheid; bevoegdheidsuitoefening; handhaving*, Amsterdam: Boom.
- Hendriks, Aart (2020) 'Nood breekt wet in tijden van corona', *Nederlands Juristenblad* 14: 880, 948-955.
- Hendriks, Aart en Paul van Sasse van Ysselt (2020) 'Gezondheidsrechtelijke aspecten van corona', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 3, no.11: 262-281.
- Heringa, Aalt Willem en Philipp Kiiver (2016) *Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law*, 4th edition, Mortsel: Intersentia.
- Heringa, Aalt Willem, Jakob van der Velde, Luc Verhey en Wytze van der Woude (2018) *Staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.
- Hertogh, Marc L.M. (2006) *Rechtsvervreemding: tussen rechtsstaat en rechtsgevoel*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Jong, Rian de (2020) 'Onder druk wordt alles vloeibaar. Over noodverordeningen en het wetsvoorstel. Tijdelijke wet maatregelen COVID-19 in relatie tot de persoonlijke levenssfeer', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 4, no.24: 364-382.
- Koole, Ruud (2018) 'Gouvernementalisering: De veranderende verhouding tussen regering en parlement in Nederland', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 317: 317-341.
- Koole, Ruud (2021) *Twee Pijlers: het wankele evenwicht in de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus.
- Loth, Marc en Rob van Gestel (2015) 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *Nederlands Juristenblad* 37: 2598-2605.
- Mak, Elaine (2020) 'Rechterlijke macht: balanceren in de dynamiek van politiek, samenleving en professie', blz. 331-364 in Erwin Muller, Henk Kummeling en Remco Nehmelman (red.) *Instituten van de staat*, Deventer: Wolters Kluwer.
- Omtzigt, Pieter (2021) *Een nieuw sociaal contract*, Amsterdam: Prometheus.
- Oomen, Barbara (2009) 'Constitutioneel Bewustzijn in Nederland: van burgerschap, burgerzin en de onzichtbare Grondwet', *Recht der Werkelijkheid* 2: 55-79.
- Raad van State (2020) *Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voorgenomen) crisismaatregelen*, Kamerstukken II 2020/21, 25295, nr. 312.
- ROB (2020) *Akkoord?! Besturen met akkoorden als evenwichtskunst*, Den Haag: Raad voor het Openbaar Bestuur.
- Roosendaal, Bart en Stefan van de Sande (2020) 'COVID-19 in het publiekrecht: een overzicht', *Nederlands Juristenblad* 14: 938-947.
- Schlossels, Raymond (2020) 'De noodzaak van noodwetgeving', *Gemeentestem* 142: 699.
- Staatscommissie-Parlementair Stelsel (2018) *Lage Drempels, Hoge Dijken: Democratie en Rechtsstaat in Balans*. Eindrapport van de Staatscommissie Parlementair Stelsel (9024426693), Amsterdam: Boom.
- Tjeenk Willink, Herman (2018) *Groter denken, kleiner doen*, Amsterdam: Prometheus.
- Tonkens, Evelien (2017) 'Het democratisch tekort van de decentralisaties', blz. 61-75 in T.S. Domein (red.) *De decentralisaties in het sociaal domein: wie houdt niet van kakelbont? Essays over de relatie tussen burger en bestuur*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken.
- Voermans, Wim (2021) *Het land moet bestuurd worden*, Amsterdam: Prometheus.
- Vries, Karin de en Nelleke Kofferman (2020) 'Achter gesloten deuren: de bezoekregeling verpleeghuizen en het EVRM', *Nederlands Juristenblad* 27: 1717, 1936-1942.
- Witteveen, Willem J. (2014) *De wet als kunstwerk: een andere filosofie van het recht: hoe de filosofen onze wetgevers de maat nemen*, Amsterdam: Boom.