Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

'Herijking van de rechtsstaat' en het Nederlandse recht

Willem Konijnenbelt[1]

1. Inleiding

'Welke rechtswaarborgen biedt het Nederlandse recht in verband met de herijking van de rechtsstaat?', dat was de kwestie die mij werd voorgelegd. Laat ons zien waar het meer precies om gaat.

Bij 'herijking' moeten we denken aan de betekenis van dat woord in het politieke jargon; daar is het een softisme, eufemisme zo men wil, voor vermindering van overheidsuitgaven of verhoging van bijdragen die van burgers worden verlangd voor bepaalde overheidsdiensten. 'Herijking van de rechtsstaat' ziet dus op het verminderen van overheidsprestaties[2] of van de toegankelijkheid daarvan die kenmerkend zijn voor de rechtsstaat. In het huidige economische klimaat – het onderwerp is klaarblijkelijk ingegeven door de actualiteit – moeten we dan vooral denken aan zaken als het verminderen van overheidsinspanningen in de sfeer van de sociale grondrechten of van positieve verplichtingen die voortvloeien uit klassieke grondrechten, verhogen van de toegangsdrempel tot bepaalde voorzieningen (onderwijs: verhoging inschrijvingsgelden, verlaging studiebeurzen e.d.; rechtspraak: verhoging griffierecht of vergroting kans op kostenveroordeling door in het ongelijk gestelde partij, grotere afstand tot gerechten, verkorting van termijnen e.d.; gezondheidszorg: bijvoorbeeld hoogte eigen risico of eigen bijdrage, e.t.q.).

Het 'Nederlandse recht' is in dit verband het nationale recht dat grenzen stelt aan de mogelijkheden tot vermindering van genoemde overheidsprestaties. Waar de materie normaliter zal zijn geregeld bij of krachtens de wet, moet het dan gaan om recht van hogere rang dan de wet; dus de Grondwet of het Statuut, eventueel rechtsbeginselen waaraan (zelfs) de wetgever is gebonden.

---

1 Emeritus hoogleraar staat- en bestuursrecht Universiteit van Amsterdam, oud-staatsraad.
De auteur is Marloes van Loon en Jan Koreneef, medewerkers van de bibliotheek van de Nederlandse Raad van State, alsmede Peter van der Harst, documentalist bij de Raad, veel dank verschuldigd voor het vele materiaal dat zij hem op verzoek hebben verschaft.

2 'Overheidsprestaties' is de aanduiding die ik kortheidshalve gebruik voor prestaties van de overheid zelf maar ook voor prestaties waarvan 'de overheid' (de wet bijvoorbeeld) verlangt dat ze door een particulier worden geleverd, bijv. door een woningbouwcorporatie of door een ziektekostenverzekeraar. Voor termen als 'overheidsinspanningen' en dergelijke geldt hetzelfde.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> Het Statuut speelt in dit verband geen zelfstandige rol van betekenis.[3] Het draagt in artikel 43 de 'landen' van het Koninkrijk (Nederland en de Caraïbische landen Aruba, Curaçao en Sint Maarten) op zorg te dragen voor de verwezenlijking van de fundamentele rechten en vrijheden, de rechtszekerheid en de deugdelijkheid van bestuur, en verklaart dat het waarborgen hiervan 'aangelegenheid van het Koninkrijk' is. De artikelen 48 e.v. voorzien in dit verband in enkele toezichtachtige mechanismen.

Natuurlijk is de overheid ook gebonden aan allerhande internationaal recht en EU-recht. Dat zal hier in eerste instantie echter buiten beschouwing blijven; maar natuurlijk komt het wel aan de orde voor zover het gaat om de vraag wanneer een verdragsbepaling als zelfwerkend of eenieder verbindend moet worden beschouwd en het antwoord daarop voor de nationale rechtspraktijk van belang is; en dat is niet zelden het geval.

De vraag is echter niet alleen welk relevant 'hoger' recht in dit verband *bestaat* maar ook *in hoeverre het effectief grenzen stelt* aan de mogelijkheden tot herijking, tot vermindering.

Tegen de achtergrond van het vorenstaande zal de aandacht hier – evenals in het Belgische preadvies van collega Vanneste[4] – met name uitgaan naar de sociale grondrechten.[5]

De werking daarvan wordt in een aantal stappen onderzocht. Allereerst ga ik na hoe de sociale grondrechten in de Nederlandse Grondwet zijn terechtgekomen en welk effect ervan werd verwacht. Dan is het woord aan de doctrine: welke opvattingen komen we daar tegen over karakter en functie van deze rechten, en meer in het bijzonder: welke mogelijkheden zien de rechtsgeleerde schrijvers om er in rechte aanspraken aan te ontlenen? Daarna over naar de rechtspraktijk: welk beeld rijst op uit de jurisprudentie; allereerst die van onze nationale rechters, maar vervolgens ook die van internationale rechters. Hierna wordt bezien in hoeverre en op welke wijze de werking van het hogere recht met betrekking tot sociale grondrechten gestalte krijgt in het proces van wetgeving, met name in de adviezen van de Raad van State.[6] En tot besluit, niet heel erg verrassend, een nabeschouwing.

---

3 In dezelfde zin Kortmann 2006, blz. 383.

4 Dat is geen toeval: de preadviseurs hebben een lichte vorm van afstemming beproefd.

5 De term 'sociale grondrechten' gebruik ik – in navolging van vele anderen, bijv. Burkens 1989, *passim* en Van der Pot 2006, blz. 445 e.v. – in dit opstel in ruime zin: die omvat mede wat wel, meer specifiek, wordt aangeduid met economische en culturele rechten bijvoorbeeld. Vergelijk bijv. het Internationale Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten ('Ecosoc' of IVESCR) uit 1966. Ook het recht op een schoon milieu vat ik eronder.

6 Nog een terminologische verduidelijking. Ook 'Raad van State' is hier kortschrift: tot 1 september 2010 (inwerkingtreding van de Wet herstructurering Raad van State) werden de wetgevingsadviezen uitgebracht door de 'volle Raad', sinds die datum door de Afdeling advisering van de Raad. Beide modaliteiten van de Nederlandse adviesinstantie worden in de tekst aangeduid als 'Raad van State'.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

2. Werking van sociale grondrechten: geschiedenis

1. De introductie van sociale grondrechten in de Nederlandse Grondwet

Vóór de grondwetsherziening van 1983 kende ons nationale recht amper sociale grondrechten. Helemaal afwezig waren ze echter ook weer niet: bepalingen als 'Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der Regering', 'In elke gemeente wordt van Overheidswege voldoend openbaar algemeen vormend onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal scholen' (art. 208 Gw oud, eerste lid en vierde lid, eerste volzin) en 'Het armbestuur is een onderwerp van aanhoudende zorg der Regering, en wordt door de wet geregeld' (art. 209, eerste volzin) legden de overheid al verplichtingen op met betrekking tot onderwijs en armenzorg, en waren daarmee sociale grondrechtenbepalingen van een respectabele leeftijd: het eerste lid van de genoemde bepalingen oud gaan terug op de artikelen 140 en 141 van de Grondwet 1814.[7] In 1917 zou de Grondwet worden uitgebreid met ruimere verplichtingen op het gebied van het onderwijs, zoals de gelijke bekostiging van bijzonder en het openbaar algemeen vormend lager onderwijs (destijds art. 192, achtste lid).

De Nederlandse Juristenvereniging buigt zich in 1953 over het onderwerp. Preadviseur C.H.F. Polak vindt opneming daarvan in de Grondwet niet wenselijk want niet doelmatig: ze kunnen geen effect sorteren. J.J. Loeff, de andere preadviseur, voert vooral morele argumenten aan vóór het tegenovergestelde standpunt, maar hij weet de vergadering niet te overtuigen.

De NJV was wellicht op het thema gekomen dankzij een initiatief van het Tweede Kamerlid M. van der Goes van Naters, die bij de behandeling van de voorstellen voor de grondwetherziening van 1948, nodig geworden in verband met de nieuwe staatkundige band met Indonesië, had gepleit voor het opnemen van sociale grondrechten in de Grondwet,[8] of ook dankzij een brochure van C.P.M. Romme uit 1945.[9] Gevolg van Van der Goes' interventie was dat de staatscommissie-Van Schaik, die in 1950 werd ingesteld om een 'herziening van de grondwet' voor te bereiden,[10] onder meer als opdracht kreeg zich te buigen over wenselijkheid om ook te voorzien in grondwettelijke sociale grondrechten. De meerderheid van de commissie stelde in haar rapport uit 1953 een nieuw hoofdstuk 10 voor, met de artikelen 209 (vrijheid van arbeid en van verbruik als voorwerp van zorg voor de overheid), 209a (werkgelegenheid en medezeggenschap, alsmede een bijstandsvoorziening 'ten behoeve van hen, die buiten hun schuld niet in staat of in de gelegenheid zijn door arbeid in hun levensonderhoud te voorzien') en 209b (voorzien in sociale noden) – steeds in termen als 'de aanhoudende zorg van de Overheid is erop gericht dat...'. Een grote minderheid, waaronder A.M. Donner, die we straks opnieuw zullen tegenkomen, was echter tegen. Op zichzelf werd de strekking van de voorgestelde bepalingen

---

7 De Burgerlijke en Staatkundige Grondregels, opgenomen in de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798, bevatte al enkele (wat wij thans noemen) sociale grondrechten.

8 En deze auteurs waren wellicht geïnspireerd door de beroemde *Four Freedoms speech* van Franklin D. Roosevelt uit 1941.

9 *Nieuwe Grondwetsartikelen. Een bijdrage tot herstel en vernieuwing* (z.j.)

10 En waarvan De Goes van Naters deel uitmaakte.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

wel onderschreven, maar deze minderheid vond de inhoud meer iets voor een preambule dan voor het lichaam van de Grondwet, omdat noch in bevoegdheden noch in concrete verplichtingen werd voorzien. Het kabinet besloot uiteindelijk om vooralsnog geen ingrijpende grondwetsherziening aan te snijden. Met de voorstellen van de Staatscommissie is dus niets gedaan.

Het gebrek aan overeenstemming over grondwetsbepalingen over sociale grondrechten zal er debet aan zijn geweest dat de Proeve van een nieuwe Grondwet, uit 1966 – opgesteld omdat de Tweede Kamer bij de partiële herziening van 1963 had laten merken dat het nu wel genoeg was geweest met geknutsel op onderdelen, er moest nu maar eens een geheel nieuwe Grondwet worden ontworpen – volstond met één, nogal bleke bepaling op het domein van de sociale grondrechten, artikel 69:

> 'De wet stelt regels vast omtrent de maatschappelijke rechten van de ingezetenen.'

Dit voorstel riep uit diverse hoeken divergerende commentaren op. Van doorslaggevend belang zou blijken de reactie van de Sociaal-Economische Raad (SER), van juli 1969.

Inmiddels was medio 1967 de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet ingesteld, de commissie-Cals/Donner. In haar eerste rapport, van juli 1968, hield de commissie zich op de vlakte met betrekking tot het onderwerp sociale grondrechten; men wilde het advies van de SER afwachten. In haar eindrapport, maart 1971, waarin een complete tekst voor een nieuwe Grondwet werd gepresenteerd, bleek dat de commissie – ook haar tweede voorzitter, de eerdergenoemde A.M. Donner – de visie van de SER grotendeels had overgenomen. De meerderheid van de commissie stelde voor om de nieuwe Grondwet te openen met een hoofdstuk over de klassieke grondrechten, maar in een afzonderlijk hoofdstuk VI zouden vijf artikelen inzake sociale grondrechten moeten worden opgenomen.[11] Daarmee werd de insteek van de Proeve – de Grondwet als bij uitstek juridisch document – verlaten en werd ook de politieke betekenis van de Grondwet verdisconteerd.

Het kabinet reageerde niet aanstonds met concrete wetsvoorstellen maar bracht in 1974 een Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid uit. Met betrekking tot 'ons' onderwerp nam de nota het standpunt van de minderheid van de staatscommissie over: wel een aantal sociale grondrechten in de Grondwet opnemen, maar in hetzelfde hoofdstuk als de klassieke grondrechten. Dat standpunt bleek door een Kamermeerderheid te worden gedeeld.[12] En zo is het ook geschied. Om strategische redenen werd het nieuwe grondrechtenhoofdstuk weliswaar verdeeld over twee

---

11 Een ruime minderheid, waaronder de eerste voorzitter, J.M.L.Th. Cals, meende echter dat klassieke en sociale grondrechten zo nauw samenhangen dat ze bijeen zouden moeten worden geplaatst in één hoofdstuk.

12 En toen was het klimaat eindelijk ook rijp voor de ratificatie van het Europees Sociaal Handvest en het IVESCR; zie boven.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

wetsvoorstellen,[13] maar uiteindelijk kent de Nederlandse Grondwet sinds de herziening van 1983 één (eerste) hoofdstuk 'Grondrechten'.[14]

De thans (eind 2012) geldende artikelen inzake sociale grondrechten, die teruggaan op wetsvoorstel 13 873, luiden:

Artikel 18

1. *Ieder kan zich in rechte en in administratief beroep doen bijstaan.*
2. *De wet stelt regels omtrent het verlenen van rechtsbijstand aan minder draagkrachtigen.*

Artikel 19

1. *Bevordering van voldoende werkgelegenheid is voorwerp van zorg der overheid.*
2. *De wet stelt regels omtrent de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij, alsmede omtrent medezeggenschap.*
3. *Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.*

Artikel 20

1. *De bestaanszekerheid der bevolking en spreiding van welvaart zijn voorwerp van zorg der overheid.*
2. *De wet stelt regels omtrent de aanspraken op sociale zekerheid.*
3. *Nederlanders hier te lande die niet in het bestaan kunnen voorzien, hebben een bij de wet te regelen recht op bijstand van overheidswege.*

Artikel 21

De zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu.

Artikel 22

1. *De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid.*
2. *Bevordering van voldoende woongelegenheid is voorwerp van zorg der overheid.*
3. *Zij schept voorwaarden voor maatschappelijke en culturele ontplooiing en voor vrijetijdsbesteding.*

---

13 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872 (klassieke grondrechten) en 13 873 (sociale grondrechten).

14 De *Proeve* en de daarover uitgebrachte adviezen, de rapporten van de staatscommissie-Cals/Donner, de *Nota grondwetsherzieningsbeleid* en de parlementaire behandeling daarvan alsmede alle stukken die betrekking hebben op de grondwetsherziening 1983 zijn te vinden in de reeks *Naar een nieuwe grondwet?* (Den Haag, 1966-1990; hierna ook *Nng*). De Proeve t/m het eindrapport van de staatscommissie zijn uitgegeven door het ministerie van Binnenlandse Zaken, het vervolg door de Staatsuitgeverij. Gelukkig heeft men ervoor gezorgd dat de (fraaie) omslagen van de boekwerken duidelijk maken dat het om één reeks gaat.
De geschiedenis van de totstandkoming van de sociale grondrechten is uitvoeriger beschreven door Heringa 1988, hs. 1, par. 1, alsmede door Burkens 1989, par. 4.2-4.4. Zie ook Burkens 1988, blz. 51.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Men ziet dat is gekozen voor een (beperkt)[15] aantal specifieke 'rechten', niet voor een algemene bepaling zoals die uit de Proeve of artikel 23 van de Belgische Grondwet[16] of artikel 23, eerste lid, van de Grondwet van de Duitse Bondsrepubliek.[17]

Ook andere Grondwetsbepalingen kennen wel 'sociale' elementen, zoals diverse onderdelen van het onderwijsartikel, 23,[18] het tweede en het derde lid van artikel 10, inzake bescherming van de persoonlijke levenssfeer.[19] Verder zullen we hierna zien dat uit op het oog puur klassieke grondrechten ook verplichtingen voor de overheid kunnen voortvloeien om te bewerkstelligen dat van de betrokken vrijheden ook daadwerkelijk kan worden genoten. Vooralsnog echter verder over de sociale grondrechten in enge zin.

Omgekeerd komen we bij de bepalingen inzake sociale grondrechten ook klassieke vrijheidsrechten tegen: art. 18, eerste lid (recht om zich in rechte en in administratief beroep te doen bijstaan), en art. 19, derde lid (vrijheid van arbeidskeuze).[20]

> Ten behoeve van de Belgische lezers vermeld ik dat *administratief beroep* naar Nederlands recht betekent: beroep tegen een bestuursbesluit of een bestuurshandeling bij een ander bestuursorgaan, dat een zeker gezag heeft over het orgaan welks besluit of handeling wordt aangevochten. Veelal gaat het om beroep op gedeputeerde staten ('bestendige deputatie') van de provincie of op een minister. Het Belgische 'georganiseerd bestuurlijk beroep' komt er het dichtste bij.
>
> De rechtsfiguur van het administratieve beroep, tot het midden van de jaren '70 van de vorige eeuw een veel voorkomende vorm van rechtsbescherming in Nederland, is bezig in onbruik te raken. In plaats daarvan is de gebruikelijke voorfase van beroep bij de bestuursrechter geworden de *bezwaarschriftprocedure*, dat wil zeggen dat men aan het bestuurorgaan welks besluit in het geding is, verzoekt zijn besluit te 'heroverwegen'. Dikwijls wordt daarbij een onafhankelijke adviescommissie ingeschakeld.

Bij lezing van de tekst van de geciteerde artikelen 18 tot en met 22 valt op dat er verschillende formuleringen zijn gebruikt voor het aanduiden van de consequenties die ze hebben voor de overheid. We komen tegen:

– *de wet stelt regels:* artikel 18, tweede lid (rechtsbijstand aan minder draagkrachtigen); artikel 19, tweede lid (rechtspositie van 'hen die arbeid verrichten', hun

---

15 Het regeringsvoorstel kende na wat nu art. 22 is nog een bepaling, inzake voorzieningen voor ontwikkeling, vorming en opleiding. Dat heeft de eindstreep niet gehaald.

16 Zie preadvies Vanneste, pt. 5. Die bepaling noemt overigens zelf wel vier afzonderlijke onderwerpen, en is in zoverre niet goed te vergelijken met het weinigzeggende art. 69 van de Proeve.

17 '1. Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.'

18 Met name het eerste lid ('Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg er regering'), het vierde (in elke gemeente voldoende openbaar onderwijs) en het zevende (gelijke bekostiging van bijzonder en openbaar algemeen vormend lager onderwijs).

19 '2. De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.
3. De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens.'

20 In dezelfde zin o.m. Fleuren 2008, blz. 620.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

bescherming daarbij en medezeggenschap); artikel 20, derde lid (aanspraken op sociale zekerheid);
- *voorwerp van zorg der overheid/zorg van de overheid is gericht op:* artikel 19, eerste lid (bevordering van voldoende werkgelegenheid); artikel 20, eerste lid (bestaanszekerheid en spreiding van welvaart); artikel 21 (bewoonbaarheid van het land en bescherming en verbetering leefmilieu); artikel 22, tweede lid (bevordering voldoende werkgelegenheid);
- *de overheid treft maatregelen:* artikel 22, eerste lid (bevordering volksgezondheid);
- *de overheid schept voorwaarden:* artikel 22, derde lid (maatschappelijke en culturele ontplooiing en vrijetijdsbesteding).

Maakt dat verschil in de dwingendheid van de plicht van de overheid?

Op het eerste gezicht is de eerste formule, 'de wet stelt regels', de meest dwingende: ze vergt een specifieke actie, te weten een wet in formele zin. Die mag overigens, gegeven de delegatieterminologie van de Grondwet, de nodige delegatiebepalingen bevatten; daarbij maakt het voor de Grondwet geen verschil of de bevoegdheid tot het stellen van uitvoeringsregels wordt toegekend aan een orgaan van de centrale overheid (Kroon/algemene maatregel van bestuur of minister/ministeriële regeling), aan een decentrale overheid (verordening) of aan een zelfstandig bestuursorgaan. Maar de inhoud van de gevergde regeling(en) is geheel onbepaald.

Bij de derde en de vierde formule staat ook vast dát de overheid iets moet doen. Maar welke overheid, dat blijft in het midden, en welke 'middelen' of welke 'voorwaarden' eveneens.

Wat de derde formule betreft, zie ik geen inhoudelijk verschil tussen de twee varianten (voorwerp van zorg/zorg is gericht op). Maar verschil met de voorgaande formules is wel dat geen enkele echte overheidsactiviteit wordt verlangd als het erop aankomt: als de overheid constateert dat particuliere activiteiten voldoende resultaat boeken op de betreffende gebieden kan ze de armen over elkaar houden – overigens een nogal hypothetische situatie.

Nach Wortlaut schept de formule 'stelt regels' dus in zekere zin de meest duidelijke verplichting: er moet *een* wet zijn; maar daarmee houdt de duidelijkheid dan ook op. Nu er op elk van de betrokken domeinen wetten gelden, zou strijd met de letter van de Grondwet pas optreden als de laatste wet op een bepaald domein wordt ingetrokken zonder dat ze wordt vervangen door een andere. Ook dat lijkt me een hypothetische situatie. Worden 'maatregelen' of 'voorwaarden' verlangd, dan is *enige* activiteit dus hoe dan ook vereist; maar noch over de hoedanigheid noch over de inhoud ervan staat iets vast. In zoverre is de instructie aan de overheid dus hogelijk onbepaald. De zorgformule ten slotte vergt als minimum alleen waakzaamheid, en er hoeft alleen iets verdergaands te worden verricht als de overheid constateert/meent dat dat nodig is. Al met al zijn de verschillen in dwingendheid van de instructies, de handelingsgeboden, buitengewoon subtiel en per saldo weinig interessant zo te zien.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

2. De werking van sociale grondrechten volgens de parlementaire stukken

Met welke verwachting werden deze sociale grondrechten eigenlijk in de Grondwet opgenomen? Daartoe zullen we nagaan of de toelichting op artikel 69 van de *Proeve*, het SER-advies over de *Proeve* (de 'verwekker' van de artikelen in zeker opzicht), het rapport van de Staatscommissie of de parlementaire geschiedenis daarover iets van belang te melden hebben.

Voor de ontwerpers van de *Proeve* is doorslaggevend dat 'De ontwikkelingen van de opvattingen over de staat en de staatstaak en ook de feitelijke ontwikkeling van het staatsbestel, hebben geleid tot het inzicht dat de sociale grondrechten evenals de vrijheidsrechten tot de grondslagen van de samenleving behoren en dat het vrijheidsideaal de aanvulling van het gelijkheidsideaal nodig heeft om materiële betekenis te krijgen. Waar de vrijheidsrechten een pregnante plaats hebben gekregen, [nl. in hoofdstuk 1 van de Proeve, WK] kan een verwijzing naar de sociale rechten van de mens niet worden gemist.'[21] Even verderop: 'Vastlegging van de in de sociale grondrechten beoogde materie in de vorm van instructienormen, kan slechts zinvol geschieden – de inhoud van het Europees sociaal handvest bevestigt dit – door een gedetailleerde regeling van de overheidstaak (...).'[22] Voor hen ging het er dus om dat er in het licht van hedendaagse opvattingen over staat en staatstaak sprake zou zijn van een lacune, want van een eenzijdige voorstelling van zaken, als de sociale grondrechten zelfs niet zouden worden genoemd. Maar een instructienorm is het voorgestelde artikel niet, er werd geen enkel rechtsgevolg mee beoogd, geen enkele rechtswerking.[23]

In feite redeneert het SER-*advies* niet veel anders: 'De bezwaren die in de toelichting op de Proeve worden uiteengezet tegen opneming van de sociale rechten in de grondwet wegen naar 's Raads mening niet op tegen de motieven die vóór opneming pleiten, *motieven welke niet zozeer juridisch van aard zijn (...), maar veeleer van algemene, maatschappelijke aard.* De Raad erkent dat de grondwet een juridisch staatsdocument is – de opstellers van de Proeve zien de grondwet kennelijk uitsluitend als zodanig – maar meent dat dit niet behoeft te verhinderen dat zij tevens de weerslag is en mag zijn van wat algemeen als belangrijk voor de juridische vormgeving wordt gevoeld, ook al vloeien er niet direct subjectieve rechten uit voort. *Behalve juridisch document is de grondwet maatschappelijk handvest. Niet alle bepalingen hoeven juridische gevolgen te hebben.*' Daarom wenst de SER voor de sociale grondrechten een plaats in te ruimen 'die meer dan artikel 69 in overeenstemming is met het belang van deze rechten in de huidige maatschappij.'[24] De Raad kent dus aan de Grondwet een ruimere functie toe dan de opstellers van de Proeve eigenlijk voor ogen stond, en daarbij past het pleidooi voor enkele wat meer uitgewerkte bepalingen (per saldo werden zes artikelen voorgesteld). Maar de SER constateert uitdrukkelijk dat het niet gaat om

---

21 *Proeve*, blz. 139.
22 *Proeve*, blz. 139-140.
23 In de toelichting op de hoofdstukken 5 en 8 wordt gesteld dat men streeft naar een grondwet met uitsluitend rechtsregels. Artikel 69 vormt dus een uitzondering.
24 *Naar een nieuwe grondwet?*, deel 3, blz. 175. De cursiveringen heb ik aangebracht.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

rechtswerking;[25] het gaat om de (wat wel wordt genoemd) symboolfunctie van de bepalingen. Dit komt dicht in de buurt van de opvatting van de minderheid van de staatscommissie-Van Schaik, die wel enkele grondrechten zou willen vermelden in een eventuele preambule maar niet in het lichaam van de Grondwet.

De *commissie-Cals/Donner* redeneert een beetje heen en weer. Ze heeft kennelijk sympathie voor het opnemen van sociale grondrechten ongeveer op dezelfde gronden die de SER aanvoerde, maar speculeert vervolgens als volgt over de rechtswerking van de Grondwetsbepalingen:

> '(...) hebben sociale grondrechten niet primair de strekking een relatie te vestigen tussen burger en overheid, van waaruit – zoals dit bij klassieke grondrechten het geval is – de vraag naar eventuele derdenwerking kan worden gesteld. Sociale grondrechten hebben de strekking de menselijke ontplooiingsmogelijkheden te verzekeren; zij plaatsen de mens in nieuwe of veranderde rechtsverhoudingen. Dit kunnen rechtsverhoudingen zijn tussen burger en overheid, maar evenzeer rechtsverhoudingen tussen de burgers onderling. In zoverre kan men bij sociale grondrechten spreken van een zekere derdenwerking. Wèl kan het zijn, dat een bepaald sociaal grondrecht slechts aan de overheid een rechtsplicht oplegt. (...) Al naar gelang van het onderwerp van de onderscheidene sociale grondrechten zal de beoogde rechtswerking verschillen. In sommige gevallen zal worden beoogd door middel van het sociale grondrecht een recht te vestigen, dat de burger onmiddellijk geldend kan maken; in andere gevallen zal het zinvoller zijn de wetgever op te dragen een regeling te treffen; in weer andere gevallen zal aan de doelstelling van de sociale grondrechten het best kunnen worden beantwoord door de overheid te verplichten haar zorgen over een bepaald terrein uit te strekken.'[26]

Bezien wij vervolgens de voorgestelde artikelen, dan vinden we twee rechtstreeks in te roepen rechten: het recht op vrije arbeidskeus (art. 80, eerste lid) en gelijke bevoegdheden en gelijke bekostiging voor het bijzonder onderwijs mits wordt voldaan aan wettelijke eisen (art. 83, derde en vierde lid). Het eerste is echter een klassiek vrijheidsrecht, geen sociaal grondrecht. Wat het tweede betreft, daarvan is de bekostiging overgenomen uit de bestaande onderwijsbepaling, en de gelijke bevoegdheden hebben uiteindelijk de nieuwe Grondwet niet gehaald. Al met al een tamelijk pover resultaat op het vlak van de voorgespiegelde rechtswerking.

De *memorie van toelichting op wetsvoorstel 13 873* kent ook een paragraaf 'rechtswerking' van de voorgestelde sociale grondrechten. Daarin wordt allereerst uitgelegd dat 'overheid' niet per se de centrale overheid hoeft te betekenen, en dat de in de artikelen vervatte opdrachten tot regeling of tot het nemen van maatregelen

---

25 Ja toch een pietsie: door opneming van de sociale grondrechten in de Grondwet 'wordt de betrokken reeds bestaande wetgeving (...) op een bijzondere wijze tegen eventuele intrekking beschermd' (*Nng* 3, blz. 175, kort na het eerdere citaat). Dat geldt alleen als de grondrechtsbepaling de formule 'de wet stelt regels' hanteert, en zoals we boven zagen wordt dan alleen intrekking-zonder-meer van álle wetgeving over het betrokken onderwerp verboden, een *casus* amper *dabilis*.

26 *Eindrapport*, blz. 216.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

noodzakelijkerwijs ruime beleidsmarges inhouden. 'De ruime beleidsmarge, die deze bepalingen inhouden (...), maakt dat zij zich niet of nauwelijks tot toetsingscriterium lenen. Het moet wel een zeer uitzonderlijk geval zijn, wil de rechter tot de slotsom kunnen komen, dat het hem voorgelegde besluit van een lager lichaam[27] onverbindend is wegens strijd met een der bepalingen inzake sociale grondrechten. Wij achten dan ook de mogelijkheid dat zulk een geval zich zal voordoen, vrijwel een theoretische.'[28] Na nog wat uitweidingen over de onvermijdelijkheid van de ruime beleidsmarges volgt dan enigszins verrassend: 'Uit de formulering van de bepalingen inzake sociale grondrechten blijkt, dat zij het rechtskarakter allesbehalve ontberen.'[29] Waaruit bestaat dan dat rechtskarakter? De toelichting noemt vier punten:

a. bestaande wetgeving wordt op bijzondere wijze tegen intrekking beschermd (vergelijk het SER-rapport);
b. de sociale grondrechten scheppen een plicht voor de overheid zodanige voorzieningen te scheppen dat de maatschappelijke werkelijkheid zoveel mogelijk in overeenstemming is met hetgeen de sociale grondrechten beogen aan de burger te verzekeren;
c. zij stimuleren tot het in het leven roepen van nieuwe voorzieningen, waaruit rechten voor de burger kunnen voortvloeien; en
d. de bepalingen vormen een uitgangspunt voor de gedachtewisseling tussen vertegenwoordigende lichamen en maatschappelijke groeperingen, en de regering.[30]

   Tijdens de parlementaire behandeling werd daaraan nog toegevoegd:

e. De sociale grondrechten verplichten de overheid zich te richten op de verbetering van de menselijke ontplooiingsmogelijkheden in de samenleving. (...) Er zullen weliswaar prioriteiten gesteld moeten worden, doch de opneming van de sociale grondrechten in de Grondwet zal te meer onderstrepen, dat de overheidsorganen hun afweging van prioriteiten behoorlijk moeten motiveren.[31]

Daarmee is bij het tot stand brengen van de grondwetsherziening 1983 de verwachting geuit dat de nieuwe sociale grondrechten via één of meer van de vijf genoemde mechanismen hun heilzame invloed in de praktijk zouden kunnen uitoefenen.

Maar welke opvattingen vinden we daarover in de Nederlandse literatuur?

3. Werking van sociale grondrechten volgens de Nederlandse doctrine

De commentaren in de rechtsgeleerde literatuur hebben zich natuurlijk rekenschap gegeven van de hiervóór geschetste historische gegevens. Maar de auteurs hebben

---

27 De wet in formele zin kan immers niet worden getoetst aan de Grondwet (WK).
28 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 873, nr. 3 (memorie van toelichting), blz. 7; *Nng* 15, blz. 258-259.
29 T.z.p.
30 T.a.p., blz. 7-8 resp. 258-259.
31 *Kamerstukken I* 1976/77, 13 872-13 873, nr. 55b (M.v.A.-I), blz. 27, 31; *Nng* 16, blz. 64, 68. Zie ook Kroes 1998, blz. 64.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

zich ook zelfstandig een opinie gevormd; daarbij hebben zij zich veelal rekenschap gegeven van wat de praktijk te zien gaf. Zodoende spelen overigens niet alleen de in de Grondwet te vinden sociale grondrechten een rol maar ook die welke zijn opgenomen in door Nederlands geratificeerde verdragen. De belangrijkste daarvan voor ons onderwerp zijn de twee die reeds eerder ter sprake kwamen: het Europees Sociaal Handvest (ESH), dat Nederland in 1978 ratificeerde, en het Internationale Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten ('Ecosoc' of IVESCR) uit 1966, dat ook eind 1978 werd geratificeerd, kort na het ESH.[32]

Uit de literatuur destilleer ik een aantal opinies.

1. Karakter en functie van sociale grondrechten

Algemeen wordt onderstreept dat de Grondwetsartikelen 18 tot en met 22 – voor zover ze niet een onthoudingsplicht inhouden en in zoverre voornamelijk een 'klassiek' karakter hebben[33] – instructienormen voor de overheid inhouden, die burgers geen rechtstreekse, afdwingbare rechten verschaffen.[34] Er zijn echter diverse pogingen ondernomen er toch iets substantieels uit af te leiden.

> Verschillende auteurs merken op dat het niet exclusief om overheidsplichten hoeft te gaan. Burkens stelt de 'meervoudigheid' van de functies van grondrechten voorop.[35] Hij noemt onder meer als functie het beschermen van bepaalde maatschappelijke instituties in hun bestaan en functioneringsmogelijkheden; even verderop wordt dit 'het functioneren op meso-niveau' genoemd. Vergelijk in dit verband ook Hirsch Ballin 1989, alsook Kortmann 2006, blz. 404, die opmerkt: 'Vanuit de klassieke rechtsstaatsgedachte bezien, verdient dat [nl. dat maatschappelijke verbanden de zorg voor maatschappelijke voorzieningen op zich nemen] ook de voorkeur.'

Allereerst wijs ik dan op de poging van Vlemminx[36] om een aantal redeneerstappen te onderscheiden. Hij wijst om te beginnen in verschillende Grondwetsartikelen 'objectiveerbare elementen' aan, algemene gezichtspunten waarmee deugdelijk rekening moet worden gehouden: voldoende werkgelegenheid (art. 19-1o, bestaanszekerheid (art. 20-1), bewoonbaarheid (art. 21), voldoende woongelegenheid (art. 22-1). Zo'n kern biedt aanknopingspunten om te beoordelen of de overheid zich 'in redelijkheid van haar taak kwijt'. De redenering volgt dan de volgende stappen:

---

32 Natuurlijk is er op internationaal niveau nog veel meer, zoals op het gebied van de kinderrechten en de rechten van vreemdelingen. Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat voor Nederlandse overheidsinstanties geldt 'uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie tot stand brengen' (art. 51, eerste lid, Handvest), bevat ook diverse sociale grondrechten alsmede klassieke die bron kunnen vormen van 'positieve verplichtingen'. Om redenen van zelfbeperking moet ik dat alles buiten beschouwing laten.

33 Art.18, eerste lid (mogelijkheid tot bijstand in rechte c.a.), art. 19, derde lid (vrije arbeidskeuze).

34 ESH en IVESCR kennen behalve instructienormen ook enkele afdwingbare rechten. Daar kom ik nog op terug.

35 Burkens 1989, par. 2.5.

36 Vlemminx 1990, blz. 224v.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

1°. de normen leggen de overheid een taak op;

2°. de normen laten de overheid bij de taakuitoefening grote beleidsvrijheid;

3°. de grootte van deze beleidsvrijheid is in sterke mate afhankelijk van feiten en omstandigheden.

Voor de vraag of de overheid een norm overtreedt, zijn onder meer de volgende factoren van belang:

4°. de mate waarin de overheid zich gezien de feiten en omstandigheden aan taken en verwaarlozing schuldig maakt;

5°. de ernst en de omvang van de door deze taakverwaarlozing veroorzaakte 'maatschappelijke schade'.

Maar is daarmee per saldo heel veel meer gezegd dan dat sociale grondrechten die prestaties van overheidswege vergen, de overheid veel beleidsvrijheid laten, zoals reeds bij de wetsgeschiedenis bleek[37] en zoals menig auteur ook opmerkt?[38]

Van Hoof heeft, grotendeels in navolging van de Noor Asbjørn Eide,[39] de verplichtingen die voor de overheid voortvloeien uit sociale grondrechten uiteengelegd in *obligations to respect* (onthoudingsplicht), *obligations to ensure* (verzekeringsplicht, *obligations to promote* (beleidsplicht) en *obligations to protect* (beschermingsplicht) – maar waartoe dat zijns inziens moet leiden is me eerlijk gezegd niet duidelijk geworden.[40]

Vlemminx wordt in zijn *Nieuw profiel* wat concreter.[41] De onthoudingsplicht is die welke we traditioneel vooral kennen van de klassieke grondrechten: geen overheidsinmenging (behoudens voorziene beperkingsmogelijkheden); zie artikel 18, eerste lid, en artikel 19, derde lid, van de Grondwet. De verzekeringsplicht duidt op wat we kennen als 'positieve verplichtingen' die kunnen voortvloeien uit klassieke grondrechten, waarvan in de nationale rechtspraak een klassiek voorbeeld is HR 25 juni 1982, NJ 1983, 296 m.n. Alkema, AB 1983, 37 m.n. Van der Burg (Gedetineerdenvereniging De Schans: gevangenisdirecteur moest aan gedetineerden vergaderruimte beschikbaar stellen);[42] daarbij moet doorgaans op korte termijn worden gehandeld en is er slechts een beperkte mate van beleidsvrijheid. De beleidsplicht daarentegen laat de overheid én een lange termijn én veel beleidsruimte. De beschermingsplicht ten slotte wil dat maatregelen worden genomen om te bewerkstelligen dat derden, particulieren, een grondrecht niet mogen aantasten; derdenwerking via wetgeving, daar komt het ongeveer op neer.

---

37 Boven, hs. 1, par. 2; *Kamerstukken II* 1975/76, 13 873, nr. 3 (memorie van toelichting), blz. 7; *Nng* 15, blz. 258-259.

38 Bijv. Burkens 1989, blz. 81-82; Bergamin 1995, par. 4.4.3.2; Vlemminx 2002, blz. 18; Fleuren 2008.

39 Eide 1983. De typologie is met name aan de hand van het IVESCR ontwikkeld.

40 Van Hoof 1884 en Van Hoof 1995. *Promote* en *protect* zijn de twee deelcategorieën die Van Hoof onderscheidt binnen wat Eide *fulfil* noemde. De hier gebruikte vertalingen zijn ontleend aan Vlemminx 2002, blz. 58.

41 Vlemminx 2002, blz. 57v. en hs. 4 e.v.

42 Een klassiek EHRM-arrest in dit verband is dat in de zaak-Öneryıldız 30 november 2004, nr. 48939/99, AB 2005, 53 m.n. Woltjer, waarbij uit het recht op leven (art. 2 EVRM handhavingsplichten op het gebied van het milieurecht en het ruimtelijkeordeningsrecht worden afgeleid). Zie verder recent Gerards 2011, hs. 4.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Intussen laat ook deze benadering ons veelal zitten met de beleidsvrijheid van de overheid: het hart van de sociale grondrechten wordt toch wel gevormd door bepalingen welke een zorgplicht, een beleidsplicht, in het leven roepen. Burkens heeft daarom twee benaderingen beproefd. In een bundel die is verschenen bij gelegenheid van het 15-jarig bestaan van de nieuwe Grondwet schrijft hij dat grondrechten meer zijn dan (gewone) rechts*regels*, zij kunnen worden opgevat als rechts*beginselen*, die 'als het ware het "geweten" van positief recht' zijn.[43] Op het slot van dit punt en en in de slotbeschouwing kom ik erop terug.

In de tweede plaats schrijft hij, elders, dat de sociale grondrechten in zoverre meer inhouden dan alleen instructienormen voor de overheid, dat ze in elk geval verplichten tot 'het verzekeren van de instandhouding van een gerekend naar de omstandigheden bevredigend voorzieningenstelsel'. [44] Daar wordt echter meteen aan toegevoegd dat de vraag wát bevredigend moet worden geacht, bij uitstek een politieke kwestie is, aangezien daarbij vele belangen moeten worden afgewogen en er prioriteiten moeten worden gesteld, vooral als de beschikbare geldmiddelen schaars zijn.

> In een geschrift uit dezelfde periode[45] stelt Heringa voorop dat de rechter op zichzelf niet hoeft te aarzelen om, als hij meent dat hoger recht daartoe dwingt, de overheid te dwingen om bepaalde sociale voorzieningen toe te kennen ook als hij daarbij 'de wetgever met allerlei budgettaire consequenties opzadelt, waarvan niet omstreden is dat zij pittig zijn.' Maar al snel voegt hij daaraan toe dat dan toch ook rijst 'de vraag aan juristen: is er nog een mogelijkheid om de schade binnen redelijke proporties te houden'.[46] Hij wijst dan op de mogelijkheid om de betrokken aanspraken in elk geval niet ook met terugwerkende kracht toe te kennen.

Verwant met de minimumbenadering van Burkens is die van het *standstill*-effect dat een sociaal grondrecht onder omstandigheden zou kunnen hebben, in België een bekende benadering.[47] In *Beginselen van de democratische rechtsstaat* wordt de mogelijkheid geopperd dat de rechter uit artikel 13, tweede lid, in verband met artikel 14 IVESCR zou kunnen concluderen dat als een bepaalde onderwijsvorm eenmaal gratis is, later niet kan worden besloten om alsnog schoolgeld te gaan heffen.[48] Betten en Van Dijk zijn stelliger. Uit het genoemde tweede lid van artikel 13 leiden zij af:

> 'Door een verlaging van de in Nederland thans geldende standaard via de invoering van schoolgeld respectievelijk de verhoging van het collegegeld schendt Nederland

43 Burkens 1988, blz. 59. Zie, meer recent, ook Meuwissen 2009, par. 5, 'Beginselen en mensenrechten'.
44 Burkens 1984, blz. 93. Idem Burkens 1989, blz. 89.
45 Heringa 1988, blz. 309, onder het veelzeggende opschrift 'De rechter en de portemonnee van de overheid'.
46 Blz. 311.
47 Bijv. Maes 2003, hs. 2. Zie verder het preadvies van Vanneste, pt. 15-17.
48 Burkens e.a. 2006, blz. 340.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> zijn plicht tot geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs, ook al blijft het onderwijs waarschijnlijk goedkoper dan voor vele andere verdragsstaten geldt.'[49]

Besselink constateert echter dat de Nederlandse rechter nog nooit een *standstill*-redenering heeft toegepast.[50] Voor zover mij bekend geldt die constatering, inmiddels tien jaar oud, nog steeds: de benadering heeft hier geen voet aan de grond gekregen.

Tot slot wordt door sommige auteurs aan de sociale grondrechten potentieel *argumentatieve waarde* toegekend: telkens als een (wettelijke) maatregel aan de orde is die betrekking heeft op een sociaalgrondwettelijke zorgplicht, behoort in de toelichting deugdelijke aandacht te worden besteed aan het grondrechtelijke aspect van de materie. Daarvoor kan steun worden gevonden in de parlementaire geschiedenis, zoals we zagen.

Daarbij grijpen sommigen terug op de grondrechtenleer van Robert Alexy.[51] Bij Burkens[52] wordt niet direct duidelijk wat de functie van Alexy's theorie is voor zijn opvattingen; De Langen ontleent aan hem de mogelijkheid om grondrechtsnormen (in analytische zin) te zien als ofwel subjectieve rechten ofwel 'objectieve normen', waarden die ten grondslag liggen aan overheidsbeleid.[53]

Bergamin gaat in zijn dissertatie uitvoerig in op wat 'argumentatieve werking' zou kunnen betekenen.[54] Hij onderscheidt drie typen argumentatieve werking van rechtsnormen: als maatstaf, als element bij belangenafweging, en als bron voor rechtsvorming; dit laatste met name in verband met het EVRM, vanwege de 'levend-instrumentleer' van het Straatsburgse Hof. Het onderwerp van zijn proefschrift brengt overigens mee dat hij vooral de maatstafwerking verder bespreekt, die aan de orde is bij 'subjectieve rechten' welke uit grondrechtsbepalingen kunnen voortvloeien. Wel heeft hij aandacht voor de rol van 'niet-subjectiefrechtelijke grondrechten' in het 'discours tussen bestuur en wetgever'; maar hij besluit met 'Voor de inhoud van dat stelsel [van sociale zekerheid] in een bepaald tijdvak is eerder de

---

49 Betten & Van Dijk 1986, blz. 267. De *term* 'standstill' gebruiken zij niet.
50 Besselink 2002, blz. 99.
51 Alexy 1985.
52 Burkens 1989, blz. 27-28.
53 R. de Langen, in het door hem bewerkte hoofdstuk over sociale grondrechten bij Van der Pot 2006. Hij grijpt daarbij terug op Alexy 1990. Bij het begrip 'objectieve normen' als ingevuld door Alexy bedenke men dat de auteur een analysestelsel wil ontwikkelen voor het positieve recht van de Bondsrepubliek, en dat die, in het bijzonder met betrekking tot de grondrechten, het begrip 'menselijke waardigheid' hoog in het constitutionele vaandel heeft staan. Ter illustratie citeer ik art. 1, eerste en tweede lid, en 20, eerste lid, van het Duitse *Grundgesetz*:
Artikel 1 – 1. Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.
2. Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräusserlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.
Artikel 20 – 1. Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.
54 Bergamin 1995, par. 2.1 en *passim*.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

uitkomst van het politieke krachtenspel doorslaggevend dan de interpretatie van de grondwet.'[55]

In het boek *Beginselen van de democratische rechtsstaat* is sprake van de 'interpretatieve waarde' van sociale grondrechten, hier echter voor de rechter. Als voorbeeld wordt gewezen op HR 7 mei 1993, AB 440 m.n. Loenen (Antilliaanse onderwijzeressen), waar de rechter het gelijkheidsbeginsel van art. 26 Bupo[56] 'inkleurde' met behulp van artikel 7 IVESCR, een niet zelfwerkende bepaling over gelijke beloning. Daar hoeft men op het eerste gezicht niet erg van onder de indruk te zijn: ongelijke beloning van gehuwden en ongehuwden is ook zonder specifieke verdragsbepaling naar huidige opvatting in strijd met het gelijkheidsgebod van artikel 26 Bupo, dat trouwens ook uitdrukkelijk rept van 'bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals (...) status'. Maar waar art. 7 IVESCR in de procedure was aangevoerd, kon het geen kwaad dat ook een plaatsje in het betoog te geven.

> Is hiermee gezegd dat gelijkheidsbeginsel/discriminatieverbod (of andere EVRM-rechten), al of niet in schakeling[57] met een sociaal grondrecht, geen serieus wapen bieden tegen 'herijking van de rechtsstaat' in de zin van het verminderen van rechten op overheidsprestaties of het verzwaren van de toegang tot essentiële overheidsvoorzieningen? Als iedereen door een herijkingsmaatregel maar gelijkelijk wordt getroffen, is er toch hoe dan ook sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel of van een discriminatieverbod? Daarop kom ik later terug; zie de slotbeschouwing.

2. De rechter en de sociale grondrechten in de literatuur

Bij het vorige punt moesten wij voornamelijk constateren dat de sociale grondrechten, algemeen gesproken, *niet* in staat lijken heel veel invloed uit te oefenen. Laat ons thans meer concreet de vraag bezien in hoeverre de rechter desgevraagd toch bescherming kan bieden als een sociaal grondrecht voor hem wordt ingeroepen – het onderwerp dook hiervoor al even op.

Hier moeten we onderscheid maken tussen de in de Grondwet opgenomen sociale grondrechten en in internationale verdragen te vinden rechten, met name in het ESH en in het IVESCR. De algemene constatering (opvatting) is dat de verdragsrechten bepaald een sterker wapen zijn in handen van de rechter dan de Grondwetsbepalingen inzake sociale rechten. Dat heeft natuurlijk allereerst te maken met de artikelen 120 en 94 van de Grondwet: artikel 120 verbiedt de rechter, wetten (te weten wetten in formele zin) te toetsen aan de Grondwet,[58] artikelen 94 bepaalt dat 'wettelijke voor-

---

55 Bergamin 1995, blz. 194.

56 Deze afkorting gebruik ik voor het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, dat ook wel wordt aangeduid met 'IVBPR'.

57 De term is ontleend aan Alkema 1981.

58 Bij de Tweede Kamer is weliswaar al enige tijd aanhangig de tweede lezing van een initiatiefvoorstel-Halsema tot wijziging van art. 120, waarbij toetsing van de wet aan een aantal grondrechtsbepalingen in de Grondwet wel mogelijk wordt gemaakt (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 334, nr. 2), maar de kans dat dat voorstel het zal halen lijkt nihil. Ook na aanvaarding van het voorstel zou toetsing aan andere dan strikt klassieke grondrechten trouwens uitgesloten blijven.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

schriften' (wetten in formele zin inbegrepen) 'geen toepassing' vinden 'indien die toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen'. Wetten in formele zin kunnen dus niet worden getoetst aan de Grondwet maar wel aan zelfwerkende verdragsbepalingen. En in de tweede plaats zijn diverse verdragsbepalingen veel concreter geformuleerd dan de betrokken Grondwetsbepalingen.

> Dit laatste schrijft Vlemminx op het conto van de tijdgeest: De Grondwetsbepalingen werden ontworpen en in eerste lezing aangenomen in de jaren zeventig van de vorige eeuw, een periode van sterke economische groei; in die tijd kon men menen dat het met de, heel algemeen geformuleerde, sociale grondrechten wel min of meer vanzelf zou goedkomen.[59]

De rechterlijke *toetsing aan de Grondwet* heeft met betrekking tot de sociale grondrechten inderdaad vrijwel niets opgeleverd. Vlemminx constateert in 2002, na te hebben herinnerd aan de uitspraak in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel sociale grondrechten dat het 'wel een zeer uitzonderlijk geval [moet] zijn, wil de rechter tot de slotsom komen dat het hem voorgelegde besluit [...] onverbindend is wegens strijd met een der bepalingen inzake sociale grondrechten. Wij achten dan ook de mogelijkheid dat zulk een geval zich zal voordoen, vrijwel een theoretische'. En inderdaad zijn er anno 2011 nauwelijks rechterlijke uitspraken bekend waarin wordt vastgesteld dat een prestatieplicht inzake een sociaal grondrecht is geschonden.

Vlemminx vond slechts een voorlopigevoorzieningsuitspraak van de voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, waarbij een gemeentebestuur werd bevolen een bepaalde leerling in te schrijven bij een gemeentelijke openbare school voor speciaal onderwijs,[60] en een rechtbankvonnis waarbij een gemeente bevolen werd een gemeentewoning te verhuren aan een moeder en haar drie kinderen.[61]

De sociale *verdragsrechten*, zoals die opgenomen in het ESH en het IVESCR, worden alom voor de rechterlijke toetsing van groter belang geacht, zoals wij zagen. Tegen die achtergrond valt op dat het aantal voorbeelden van rechterlijke bescherming van zulke grondrechten dat in de rechtsgeleerde literatuur wordt gegeven, buitengewoon bescheiden is. Het aantal artikelen van genoemde verdragen waaraan een zelfwerkend ('een ieder verbindend', in de woorden van art. 94 Grondwet) karakter wordt toegekend is trouwens ook bescheiden; zo noemen Betten en Van Dijk 'bijvoorbeeld' het recht op vrijheid van vakvereniging (art. 5 ESH, art. 8 IVESCR), het

---

59 Vlemminx 1996, blz. 1201.

60 Het ging om een lichamelijk gehandicapte leerplichtige leerling die door alle voor hem geschikte scholen in de omgeving was geweigerd. De voorzitter beriep zich, samengevat, op het systeem van de onderwijswetgeving zoals die onder meer tot uitdrukking komt in art. 23 van de Grondwet (Vz. AR 10 mei 1989, AB 481 m.n. Van der Net, geweigerde leerling mytylschool).

61 Rb. Utrecht 18 juni 1991, NJ 1992, 370 (woningzoekende).

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

recht op collectieve onderhandelingen (art. 6 ESH, vierde lid, art. 8 IVESCR) en het stakingsrecht (art. 8 IVESCR).[62]

De genoemde jurisprudentie betreft met name gevallen waarin de rechter een sociaal verdragsrecht *over de band van een meer klassiek grondrecht* als het gelijkheidsbeginsel (art. 26 Bupo) of, bij het EHRM en in het voetspoor daarvan ook wel de Hoge Raad, artikel 2 EVRM (recht op leven) en artikel 8 (respect voor privéleven en familie- en gezinsleven). Men zie bijvoorbeeld het hiervóór reeds genoemde arrest inzake de Antilliaanse onderwijzeressen (HR 1993)[63] en het ook reeds genoemde arrest EHRM uit 2004 inzake Öneryıldız.

Het is dan ook niet onbegrijpelijk dat Betten en Van Dijk voor de doorwerking van de hier aan de orde zijnde verdragsbepalingen per saldo vooral leunen op de rol van de internationale toezichtsprocedures – die overigens juist met betrekking tot het ESH en het IVESCR huns inziens nog wel enige verbetering en versterking kunnen gebruiken...[64]

Maar zitten de rechters echt met zo (betrekkelijk) lege handen? Volgens sommige commentatoren, van wie vooral Vlemminx verdient genoemd te worden, hoeft dat niet het geval te zijn. Zie punt 2 van het volgende hoofdstuk. Maar nu eerst de rechterlijke praktijk zelf.

4. Sociale grondrechten in de jurisprudentie van de rechter

Vooreerst gaat het hier om de jurisprudentie van de Nederlandse, de nationale rechter. Maar we zullen zien dat er aanleiding is om vervolgens een neusje verder te kijken.

1. Nederlandse jurisprudentie

In het voorgaande zijn we al enkele voorbeelden tegengekomen van gerechtelijke uitspraken waarbij het beroep op een sociaal grondrecht slaagde, zij het dat soms eigenlijk een verdragsrecht te hulp moest worden geroepen ('geschakeld worden') waarvan het eenieder verbindende karakter betrekkelijk evident is.

Nu lijkt reeds het aantal gevallen waarin een Nederlands algemeen verbindend voorschrift door de rechter buiten toepassing wordt gelaten wegens strijd met een klassiek grondrecht in feite tamelijk beperkt te zijn; men zie het betoog van Sillen

---

62 Betten & van Dijk 1986, blz. 273. Bij Heringa, die in zijn proefschrift nogal wat aandacht besteedt aan de twee genoemde verdragen, vond ik geen enkele bepaling daarvan gekwalificeerd als zelfwerkend, zij het dat hij zonder commentaar wijst op een uitspraak van het Amsterdamse Ambtenarengerecht waarin art. 7 IVESCR (billijke en gunstige arbeidsvoorwaarden) eenieder verbindend werd geoordeeld (blz. 243); hij volstaat met op te merken: 'De algemene lijn is dat ECRM [d.w.z. het EVRM] en het IVBPR [Bupo] een ieder verbindende bepalingen bevatten in [...] en dat het SSH en het IVESCR geen een ieder verbindende bepalingen bevatten' (blz. 244). (Verwijzingen naar Heringa 1989.)

63 Vergelijkbaar is CRvB 7 december 1988, AB 1989, 10 m.n. Smits (weduwnaarspensioen).

64 Betten & Van Dijk 266, blz. 274v.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

over het zijns inziens geringe belang van het voorstel om rechterlijke toetsing van de wet aan grondwetsbepalingen inzake klassieke grondrechten mogelijk te maken.[65]

Ik heb vervolgens een bescheiden poging ondernomen om na te gaan hoe sociale grondrechten 'werken' in de rechterlijke praktijk. Daartoe heb ik de AB[66,67] van de laatste ruim twintig jaren (meer precies: 1990 tot medio 2012) doorgenomen op gevallen waarin de artikelen 18-22 Grondwet, het ESH of het IVESCR aan de orde waren. Misschien geen representatieve, maar wel een illustratieve steekproef. Dat leverde de volgende bevindingen op.

Vindplaats in AB (JB)	**Uitspraak**	**Betrokken bepalingen uit Grondwet, ESH of IVESCR (Iv.)**
AB 1990, 338	HR 20 april 1990 (Hoogewaard/ZWO)	7 Iv.
AB 1990, 500	KB[287] 10 mei 1990 (bestemmingsplan Pernis)	21, 22 Gw
AB 1993, 440	HR 2 mei 2003, n. Loenen (Antilliaanse onderwijzeressen)	7 Iv.
AB 1993, 594	AGRS[288] 17 augustus 1993 (Interaction injecties)	22 Gw
AB 1994, 15	AR[289] 31 augustus 1993 (bejaarde verkeersvliegers)	19(3) Gw, 1 ESH
AB 1995, 180	ABRvS[290] 5 juli 1994 n. Holtmaat (gediscrimineerde fulltimer)	20(3) Gw, 12(1) Iv.
AB 1995, 438	ABRvS 28 februari 1995 n. Holtmaat (man & vader II)	14(4), 13 ESH, 2(2), 11(1) Iv.
AB 1998, 15	CRvB[291] 12 augustus 1997 (eigen bijdrage intramurale zorg)	15 Iv.
AB 1999, 352	CRvB 4 november 1998 (nieuwe Ziekenfondsgrenzen)	2 Iv.
AB 2002, 272	ABRvS 27 maart 2002 n. Michiels (fa. Bosman)	21 Gw
JB 2007/232	CRvB 11 oktober 2007 (WWB-uitkering asielzoeker)	13 ESH, 6, 11, 13 Iv.
AB 2011, 242	CRvB 14 maart 2001 n. Bröring (Afstemmingsverordening)	13 ESH, 11, 12 Iv.

65 Sillen 2010.

66 Voor de Belgische lezers: 'AB' is de aanduiding voor het jurisprudentietijdschrift *Nederlandse jurisprudentie – Administratiefrechtelijke beslissingen*, het klassieke (maar niet enige) tijdschrift waarin staatsrechtelijke en algemeen-bestuursrechtelijke gerechtelijke uitspraken worden gepubliceerd.

67 Ook heb ik één uitspraak vermeld die is gepubliceerd in de JB, Jurisprudentie bestuursrecht, concurrent van de AB. Dat is vooral gebeurd omdat deze uitspraak uitvoerig wordt besproken in een noot in de AB onder een EHRM-arrest.

68 Destijds werden bestemmingsplangeschillen nog beslist door de Kroon, gehoord de Afdeling geschillen van de Raad van State.

69 Afdeling geschillen van de Raad van State.

70 Afdeling rechtspraak van de Raad van State.

71 Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, die in 1994 de oude afdelingen geschillen en rechtspraak verving.

72 Centrale Raad van Beroep.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

In vijf gevallen werden een of meer Grondwetsbepalingen inzake sociale grondrechten ingeroepen, in zes gevallen ESH-artikelen en in zeven gevallen een of meer artikelen van het IVSCR. Slechts bij een van de vermelde uitspraken werd daarmee min of meer succes geboekt, te weten bij het arrest inzake de Antilliaanse onderwijzeressen uit 1993, dat we eerder tegenkwamen; maar in feite was het de strijd met het discriminatieverbod van artikel 26 die daar de doorslag gaf.

De beroepen op een Grondwetsartikel hadden in het algemeen niet veel om het lijf en konden tamelijk gemakkelijk worden afgedaan.

> Een van de daarop betrekking hebbende uitspraken is toch wel een beetje bijzonder: ABRvS 27 maart 2002. Daar oordeelde de Afdeling, zoals ze al eerder had gedaan, dat de milieuwetgeving voldoende 'dekkend' (mijn term) was om te maken dat voor een zelfstandig beroep op artikel 21 Grondwet geen plaats was; maar ze voegde daaraan toe: 'Niet is gebleken van bijzondere omstandigheden die ertoe moeten leiden dat de bestreden besluiten – in aanvulling op de toetsing aan de Wet milieubeheer – voor rechtstreekse toetsing aan artikel 21 van de Grondwet in aanmerking komen.' Kortom, zo'n toets is niet *per se* uitgesloten.

Alle aangehaalde bepalingen van het ESH en het IVESCR werden niet eenieder verbindend geoordeeld, zodat er niet aan kon worden getoetst (art. 94 Grondwet). Vaak zonder veel omhaal van woorden en dikwijls onder verwijzing naar eerdere uitspraken van gelijke strekking. In haar noten betreurt Holtmaat deze kortafheid. Zonder direct te suggereren dat het in de betrokken gevallen tot een duidelijk andere uitkomst zou hebben geleid, breekt ze er een lans voor dat de rechter zich er steeds (althans, zou ik zeggen, als het argument tenminste een begin van serieusheid heeft) zelfstandig rekenschap van geeft of een ingeroepen bepaling, wellicht met steun van een andere, onder de omstandigheden van het geval toch niet kan worden beschouwd als wel eenieder verbindend, wel zelfwerkend, en dat hij zich daarover gemotiveerd uitlaat in zijn uitspraak;[73] dat geeft de appellanten inzicht in de gedachtegang van de rechter en zo kunnen ontwikkelingen toch eerder een kans krijgen.

Tot slot wijs ik nog op de vermelde CRvB-uitspraak uit 1998 inzake de eigen bijdrage voor intramurale zorg. Daar hadden appellanten geprobeerd de Antilliaanse-onderwijzeressenbenadering van HR 1993 toe te passen: inkleuring van artikel 26 Bupo door artikel 15 IVESCR (deelname aan cultuur en wetenschap), maar de Centrale Raad vond – met recht – dat artikel 15 een veel minder concrete inhoud heeft dan artikel 7, dat bij de Antilliaanse verpleegsters aan de orde was. Wie de uitspraak leest, kan zich trouwens moeilijk aan de indruk onttrekken dat de appellant artikel 15 er met de haren had bijgesleept, we vinden geen enkel argument waaruit zou

---

73 Uiteindelijk zijn rechters wel eens 'omgegaan' in een dergelijke kwestie. Het klassieke voorbeeld is CRvB 14 mei 1987, AB 543 m.n. Hennekens, uitkering vrouwelijk vervolgingsslachtoffer: daar verliet de Centrale Raad zijn eerdere jurisprudentie, waarin hij het discriminatieverbod van art. 26 Bupo niet als eenieder verbindend had willen aanmerken, ten gunste van de erkenning van dat karakter.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

blijken dat de geringe hoogte van zijn uitkering hem nou net zou treffen in zijn mogelijkheden om aan de cultuur deel te nemen.

Al met al wijst de jurisprudentie van de Nederlandse nationale rechters er niet op dat de sociale grondrechten – of het nu om de nationaalrechtelijk beschermde gaat dan wel om in verdragen vastgelegde – héél veel houvast geven in gerechtelijke procedures.

Maar – *es gibt auch noch Richter in* Straßburg – buiten Nederland zijn er ook nog rechters die soms een nuttige duit in het zakje doen.

2. Ontwikkelingen in de Straatsburgse jurisprudentie

Het is vooral Frank Vlemminx[74] die er hier te lande met de nodige volhardendheid op wijst dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het 'levend instrument'-karakter van het EVRM de laatste tijd verrijkt met uitdrukkelijk aan andere verdragen ontleende noties over wat 'thans algemeen aanvaarde opvattingen' zijn, en dat de vraag of die verdragen zich lenen voor rechtstreekse toepassing, ja zelfs de vraag of het land dat in een bepaald geval aan de jurisdictie van het Hof is onderworpen of dat verdrag wel heeft geratificeerd, niet doorslaggevend is. Het laatst deed hij dat in een uitvoerige noot onder EHRM 12 november 2008, nr. 34503/97, AB 2009, 297 (Demir en Baykara t. Turkije).

In dat arrest formuleert het Hof een algemene regel, waarvan ik de vertaling overneem uit de kop boven het arrest in de AB:

> Bij de interpretatie van het EVRM kan en moet het Hof rekening houden met andere elementen van internationaal recht dan het EVRM, met de uitleg van zulke elementen door bevoegde organen en met de praktijk van de Europese staten waarin hun gezamenlijke waarden tot uitdrukking komen.
>
> Het is niet noodzakelijk dat de lidstaat in kwestie alle internationale normen die op het geval van toepassing zijn, heeft geratificeerd. Het is voldoende dat de relevante internationale normen betrekking hebben op een continue ontwikkeling van de normen en beginselen in het internationale recht of in het nationale recht van de meerderheid van de lidstaten.[75]

Meer concreet gaat het in het arrest om inspiratie die wordt geput uit artikel 2 van het IAO-verdrag 87 (vrijheid van vereniging voor werkgevers en werknemers) en de artikelen 5 (vrijheid van organisatie) en 6 (recht op collectief onderhandelen) van

---

74 Zie ook Vlemminx 2006 en 2008. In Vlemminx 2002 komt het thema nog niet uitdrukkelijk aan de orde; wel wordt daar met nadruk gewezen op de steeds verdergaande reikwijdte van met name art. 8 EVRM, en allengs ook van de art. 2 en 3 (blz. 43-45).

75 Dit zijn de overwegingen 85 en 86, die een soort samenvatting vormen van de daaraan voorafgaande overwegingen, welke talloze verwijzingen bevatten naar eerdere uitspraken.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

het ESH. Het Comité van onafhankelijke deskundigen van de Raad van Europa had aanbevolen het recht om zich in een vakvereniging te organiseren ook van toepassing te achten op ambtenaren. 'The Court can only subscribe to this interpretation by a particular well-qualified committee'. Hieruit blijkt dat naast de tekst van verdragen, ook aanbevelingen van deskundigencomités en dergelijke – die zowel bij het IVESCR als bij het ESH een grote rol spelen[76] – volgens het Hof van belang zijn.

In het NJB-artikel uit 2008 beschrijft de auteur hoe bijvoorbeeld de inhoud van artikel 5 ESH de vakverenigingsvrijheid van artikel 11 EVRM kan beïnvloeden, hoe de vrijheid van arbeidskeus uit artikel 1 ESH kan raken aan het onderwerp gezins- en familieleven van artikel 8 EVRM, hoe het recht op sociale zekerheid van artikel 12 EHS een rol kan spelen bij de eigendomsbescherming onder artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Deze ontwikkelingen 'reiken de Nederlandse rechter moderne internationale instrumenten aan om moderne complexe problemen [in de sfeer van de sociale grondrechten] op te lossen.'[77]

Ik concludeer hieruit dat de Nederlandse rechters – die het EVRM zelf ook toepassen – wellicht toch meer met sociale grondrechten zouden kunnen doen dan ze tot nog toe gewoon zijn.

5. Sociale grondrechten in de wetgevingsprocedure

Tot zover over de rechter. Het is tijd om aandacht te geven aan de meest prominente bron van nieuw (nationaal) recht: de wet, en de wijze waarop de wetten tot stand komen. Wordt daarbij voldoende aandacht geschonken aan de sociale grondrechten?

De meeste auteurs blijken niet hoog op te geven over de praktijk van de 'argumentatieve functie' van de sociale grondrechten, die in de parlementaire geschiedenis van het wetsvoorstel sociale grondrechten was genoemd als een van de functies van deze rechten.

Gerbranda en Kroes 1993 besteden in hun rapport over de werking van de grondrechten gedurende de eerste tien jaren van de nieuwe Grondwet ruime aandacht aan de 'Grote efficiency-operatie' van de jaren tachtig van de vorige eeuw, de herijking van toen zou je kunnen zeggen. Zij constateren dat daarbij niets van aandacht voor de sociale grondrechten valt te ontdekken.[78] Volgens Vlemminx moet van de operatie Martktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit van tien jaar later hetzelfde worden gezegd, en geldt dat ook voor het rapport van de Adviescommissie arbeidsongeschiktheid uit 2001.[79]

---

76 De punten 11 en volgende van Vlemminx' noot laten zien, aan de hand van een commentaar op CRvB 11 oktober 2007, JB 232, hoe belangrijk de 'General Comments' van het IVESCR-comité kunnen zijn.
77 Slotwoorden van Vlemminx 2008 (blz. 1578).
78 Gerbranda & Kroes 1993, blz. 333/334.
79 Vlemminx 2002, blz. 21/22.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Kroes komt in haar proefschrift van 1998 tot vergelijkbare vaststellingen.[80] Heringa had in 1988 ook al die indruk.[81]

Burkens en Besselink kiezen een meer normatieve invalshoek. Burkens – in zijn bijdrage aan de CZW-bundel – ziet in de artikelen 18 e.v. Grondwet vooral een opdracht aan de wetgever om werk te maken van het daarin vervatte 'programma'.[82] In zijn eerdere opstel in de Steenbeekbundel legt hij sterk de nadruk op het politieke proces en de afwegingen die daarbij moeten plaatsvinden, mede tegen de achtergrond van de actuele financiële mogelijkheden.[83] Besselink schrijft:

> 'Voor regelgevers zou de normatieve rol van sociale grondrechten veel sterker kunnen zijn [dan voor rechters]. Weliswaar volgt uit de sociale grondrechtenbepalingen geenszins dat de overheid een taak aan zichzelf heeft te houden, maar zij draagt wel op dat de taak überhaupt behartigd wordt. (...) Daarom moet de overheid zijn eigen regelgeving en beleid durven ijken op sociale grondrechten, de zorgbepalingen en de taakstellingen die in de Grondwet besloten liggen. (...) Wat in het algemeen belang is, wat er moet gebeuren en wie dat moet doen, is voorwerp van permanente politieke en maatschappelijke discussie. (...) De sociale grondrechten duiden de openbare belangen aan die de overheid bij zijn activiteiten in het oog moet houden.'[84]

Het beeld dat hieruit oprijst, is dat de vraag welke voorzieningen de overheid moet bieden (of laten bieden), op welk niveau en tegen welke prijs, altijd een zaak van politieke afweging zal moeten zijn tegen de achtergrond van de dan aanwezige behoeften en mogelijkheden (Burkens en Vlemminx spreken wel van 'feiten en omstandigheden', zo zagen we eerder), maar dat de in de sociale grondrechten besloten liggende taakopdrachten daarbij feitelijk niet uit het oog mogen worden verloren.

De kans daarop is natuurlijk het grootst als ook verzekerd kan worden dat ze uitdrukkelijk een rol spelen in de beleids- en de wetgevingsdebatten daar waar het domein van de sociale grondrechten aan de orde is. Gegeven de aard van de politieke actoren zie ik maar één serieuze[85] mogelijkheid: dat is, dat de Raad van State er bij zijn advisering standaard op let.

Of is dat nu al redelijk het geval? Mij ontbraken de middelen om dat echt systematisch uit te zoeken, maar ik heb een aantal recente adviezen doorgenomen (zie ook het dankwoord in noot 1), over onderwerpen waarbij het debat (mede) in termen van

---

80 Kroes 1998, blz. 136v en 277v. Overigens constateert zij dat de parlementaire debatten dan wel niet (onder meer) in termen van sociale grondrechten mogen zijn gevoerd, maar dat allerhande relevante belangen wel serieus zij bezien.

81 Heringa 1988, blz. 315

82 Burkens 1988, blz. 60/61.

83 Burkens 1984, 93v.

84 Besselink 2002, blz. 106.

85 Een m.i. niet-serieuze mogelijkheid zou zijn, in de *Aanwijzingen voor de regelgeving* te bepalen dat in de toelichting bij elk wetsvoorstel en bij elke maatregel van bestuur een paragraaf over 'effect van het voorgestelde op de sociale grondrechten' of iets dergelijks op te nemen. Het zou onderwerp *zoveel* zijn, vaak niet relevant en zou dreigen om, zoals elk verplicht nummer, veelal op volstrekt niet-serieuze wijze te worden afgedaan.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

sociale grondrechten zou kunnen worden gevoerd. De adviezen dateren van nadat ik had opgehouden aan de adviseringswerkzaamheden deel te nemen. Het betreft een kleine twintig adviezen. Vanwege de gebrekkige wijze van selectie en het geringe aantal bestudeerde adviezen (nog geen 1% van het aantal adviezen dat de laatste vijf jaar is uitgebracht) wordt met het onderstaande geen enkele representativiteit gesuggereerd, het gaat slechts om een indruk.

Een eerste groep adviezen had betrekking op de *toegang tot de rechter*: zaken als verhoging van griffierechten en mogelijkheden tot het verkrijgen van rechtsbijstand, kosteloos of met eigen bijdrage. In de vijf adviezen die ik daarover zag, kon worden vastgesteld dat de potentiële problemen fundamenteel werden benaderd, met aandacht voor bepalingen als artikel 18 Grondwet, artikel 6 EVRM en soms de nodige arresten van het Straatsburgse hof.

Een tweede groep betrof vier adviezen over verhoging van leges en andere bijdragen voor overheidsvoorzieningen als naturalisatie, het wijzigen van een naam en het deelnemen aan een inburgeringsprogramma. Hier werd driemaal geredeneerd in termen van toegang tot overheidsvoorzieningen, zij het niet altijd in die precieze termen; tweemaal werd gerefereerd aan het Vluchtelingenverdrag. In één geval, waarbij een verhoging van tarieven voor naamswijziging en naamsvaststelling aan de orde was, was deze benadering echter nergens te bekennen.

In de derde plaats een aantal wijzigingen van socialeverzekeringswetten. Daar is het beeld enigszins gemengd. Bij een wijziging van de Wet werk en bijstand, gericht op een 'meer activerende werking' van het stelsel van de wet, meer concreet: een iets straffere verplichting tot het aanvaarden van werk op straffe van verlies van uitkering, werd gewezen op de consequenties van een IAO-verdrag; aan de vrije arbeidskeus als voorgestaan door artikel 6, eerste lid, ESH en door artikel 1 IVESCR werd echter niet gerefereerd.[86] Bij de Wet vereenvoudiging regelingen SZW[87] werd wel gewezen op de verhouding tot de eigendomsbescherming van artikel 1, Eerste Protocol bij het EVRM; maar bovendien op het Handvest grondvesten van de EU, doch uitvoering van EU-regelingen was helemaal niet aan de orde... Sociale grondrechten in meer algemene zin kwamen zelfs niet impliciet ter sprake.

In het advies bij de Miljoenennota 2012 – financiële beschouwingen bij de algemene begrotingswetten – ten slotte is een fraaie beschouwing te vinden over waar secuur op moet worden gelet bij bezuinigingen in de sfeer van sociale voorzieningen. In het digitale jaarverslag van de Raad over 2011 wordt er uitdrukkelijk naar verwezen.

Hoe kan de indruk over de wijze van adviseren door de Raad van State op 'ons' terrein nu worden samengevat? Mij dunkt aldus: veelal worden de bij de wetgeving betrokken instanties herinnerd aan de waarden, de uitgangspunten waar de sociale

86 In strikt technische zin hoefde niet op art. 19, derde lid, van de Grondwet te worden gewezen, aangezien daar het recht op vrije arbeidskeuze wordt erkend 'behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld' – hier was nu juist een wettelijke beperking aan de orde.

87 D.w.z. Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

grondrechten (in ruime zin) voor staan; maar er komen ook gevallen voor waarin de advisering blijft steken in een betrekkelijk enge benadering terwijl er reden zou kunnen zijn om meer algemene zin te herinneren aan de invalshoek van de sociale grondrechten – zonder dat daarmee elke bezuiniging zonder meer zou hoeven te worden gekapitteld.

6. Herijken van de sociale rechtsstaat achter de dijken

Dit alles overziende, moet ik constateren dat wie de sociale grondrechten – de nationale én de internationale – 'van betrekkelijke waarde' noemt,[88] geen ongelijk heeft. Bij de herijking van de rechtsstaat valt van 'het recht', in het bijzonder van de sociale rechtsstaat, niet heel veel bescherming te verwachten.

Op onderdelen zou de bescherming *door de nationale rechter* misschien iets meer kunnen opleveren dan ze thans doet, als deze zich wat meer gelegen laat liggen aan de oproepen van auteurs als Holtmaat (serieuzer en meer uitdrukkelijk ingaan op een beroep op sociale-grondrechtenverdragen, ook als de betrokken verdragsbepalingen traditioneel als niet eenieder verbindend worden beschouwd) en Vlemminx (bezien of er geen reden is een op zichzelf niet zelfwerkend sociaal verdragsrecht in te lezen in een bepaling van het EVRM of een van de bijbehorende protocollen). Maar hoe men het ook wendt of keert, de rechter zal slechts bij uitzondering een beroep op een sociaal grondrecht kunnen honoreren, direct, of indirect over de band van het gelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld.

De sociale rechtsstaat wil nogal wat, en ook buiten de sfeer van het sociale, het economische en het culturele is de overheidstaak naar algemene hedendaagse opvatting heel ruim. Al de daaruit voortvloeiende taken verdienen de nodige aandacht, energie en geldmiddelen. Zelfs in rijke tijden moeten prioriteiten worden gesteld, en het is de natuurlijke roeping van 'de politiek' om dat te doen. Daar hebben we een democratie voor. In tijden van krapte, wanneer 'herijking' nodig is, ligt dit principieel niet anders. Het gaat er dus om dat 'de politiek' (wetgever, regering, lagere overheden) haar prioriteiten op zorgvuldige wijze stelt en zich bezint op het gewicht dat ze aan *alle* betrokken belangen wil toekennen.

Maria Schreuder-Vlasblom schreef daarover, en meer in het bijzonder over de sociale grondrechten – het ging daar over artikel 20 Gw, bestaanszekerheid – ruim een decennium geleden het volgende:

> 'Zodra blijkt van verontrustende gaten in de sociale voorzieningen en van relevante armoede komen zowel maatschappelijke sectoren als bestuur en parlement vrij prompt in het geweer (armoedenota, *Kamerstukken II* 1986/97, 24 515 en vervolg). Dat blijkt ook uit de voor schrijnende WJG-gevallen[89] uit de grond gestampte kwijtscheldingsregeling.

88 Zie Besselink 2002.
89 Wet jong gehandicapten.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> Waarom is dat zo? Uit enkel volstrekt tijdgebonden pragmatisme dat voor de schone schijn in pakkende, doch geheel vrijblijvend bedoelde bewoordingen is vermeld? Ik denk het niet. Ik denk dat er achterliggende ethische overtuigingen zijn die we, uit angst voor niet overziene repercussies niet anders dan zeer vrijblijvend durven op te schrijven. Als bepaalde groepen in onze samenleving structureel onder het – huidige – bijstandsminimum zouden zakken, zou de wetgever zich dan genoopt voelen iets te doen? De discussie over de armoedenota wijst daar wel op. Dat dit alles niet of nauwelijks plaats vond onder het plechtig inroepen van de sociale rechtsbeginselen, lijkt me niet zo belangrijk. De impuls is belangrijk, want die zegt iets over ons ethisch denken. (...)
>
> Ik denk dus niet dat aan het hele sociale element van onze wetgeving in het geheel geen ethische uitgangspunten ten grondslag liggen (...).'[90]

Daarmee ben ik het van harte eens. Er is traditioneel veel gekrakeel over en geschimp op het functioneren van onze overheidsinstellingen. Maar naar mijn waarneming functioneren die instellingen in hoofdzaak op zeer gewetensvolle wijze; dat geldt ook voor de beide Kamers van de Staten-Generaal. De wezenlijke vraag is niet of sociale grondrechten worden *genoemd*, maar of op de onderliggende *waarden en beginselen* voldoende acht wordt geslagen. En ik denk dat het daaraan zelden ontbreekt.

Dit neemt niet weg dat de overheid ten aanzien van de sociale grondrechten bepaalde – beter: veelal nogal onbepaalde – verplichtingen op zich heeft genomen. Onbepaalde, want tevoren niet bepaal*bare* (zie Vlasblom), en van de actuele 'feiten en omstandigheden' afhankelijke, verplichtingen, maar toch: *verplichtingen*. Daarom zou het goed zijn als de Raad van State het zich een plicht zou rekenen, de sociale grondrechten stelselmatig in het oog te houden en eraan te herinneren als daar reden voor is. Slechts in een heel enkel geval zal dat materieel verschil maken; normaliter worden de daarachter liggende belangen reeds 'spontaan' niet gauw echt over het hoofd gezien. Maar voor die enkele gevallen zijn de sociale grondrechten ook bedoeld, denk ik. Nu de Raad sinds enige tijd over een wel-bewerktuigd 'Constitutioneel Beraad' (bij de Raad houden ze van hoofdletters) beschikt,[91] dat én de Afdeling advisering én de Afdeling bestuursrechtspraak ten dienste staat, moet hij daartoe ook alleszins in staat zijn.

Ik eindig dus in mineur en in majeur tegelijk. In mineur, omdat de sociale grondrechten, omdat het recht in algemene zin, slechts van betrekkelijke betekenis bleek te zijn als het gaat om de herijking van de rechtsstaat. In majeur, omdat er zowel bij de rechtspraak als bij de wetgeving toch nog een *beetje* verbetering mogelijk lijkt, maar vooral omdat die herijking eerst en vooral een politieke aangelegenheid is en dat vooral ook moet blijven, en omdat ik over de kwaliteit van het politieke bedrijf achter de dijken redelijk optimistisch ben.

---

90 Noot onder ABRvS 20 januari 2000, AB 160. Het citaat op blz. 809.
91 Zie Jaarverslag 2011, blz. 33.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Verkort aangehaalde literatuur

Alexy 1985
Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985.

Alexy 1990
Robert Alexy, 'Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen', *Der Staat* 1990, blz. 49.

Alkema 1996
E.A. Alkema, *Schakelbepalingen* (oratie UvA), 1981.

Bergamin 1995
R.J.B. Bergamin, *Rechten tegen de overheid. Het begrip publieke subjectieve rechten* (proefschrift UvA.), 1995.

Besselink 2002
Leonard F.M. Besselink, 'De publieke taak en de sociale grondrechten; de betrekkelijke waarde van de sociale grondrechten', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen, C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak* (preadviezen Staatsrechtconferentie 2002), 2003, blz. 95.

Betten & Van Dijk 1986
L. Betten, P. van Dijk, 'Lente-zwaluw of dode mus?', in: J.B.J.M. ten Berge, G.J.A. van Hoof, A.Ph. Jaspers, A.H.J. Swart, *Recht als norm en als aspiratie. Opstellen over recht en samenleving ter gelegenheid van het 350-jarig bestaan van de Utrechtse juridische faculteit*, 1986, blz. 266.

Burkens 1984
M.C.B. Burkens, 'Normen met een onbestemd rechtskarakter', in: M.C.B. Burkens, R. Crince Le Roy (red.), *Burger en overheid* (Steenbeekbundel), 1984, blz. 85.

Burkens 1988
M.C.B. Burkens, 'Grondrechten als rechtsnormen en rechtsbeginselen', in: *Gegeven de Grondwet* (CZW-bundel), 1988, blz. 51.

Burkens 1989
M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands recht*, 1989.

Burkens e.a. 2006
M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, 6e dr. 2006.

Eide 1983
A. Eide, *Right to food as Human Right* (Interim Report U.N.), 1983.

Fleuren 2008
Joseph Fleuren, 'Toetsing van wetgeving aan de sociale grondrechten van hoofdstuk 1 Grondwet', *Ars Aequi* 2008, blz. 620.

Gerards 2011
Janneke H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, 2011.

Gerbranda & Kroes 1993
Tj. Gerbranda, M. Kroes, *Grondrechten evaluatieonderzoek, Eindrapport*, 1993.

Heringa 1988
A.W. Heringa, 'Effectuering van sociale grondrechten', *NJCM-Bulletin* 1988, blz. 301.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Heringa 1989
A.W. Heringa, *Sociale grondrechten. Hun plaats in de gereedschapskist van de rechter* (proefschrift Leiden), 1989.

Hirsch Ballin 1989
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Werking en verwerkelijking van grondrechten', in: L. Heyde, J. Leijten, Th. Mertens, B.P. Vermeulen (red.), *Begrensde vrijheid* (Scheltensbundel), 1989, blz. 128.

Van Hoof 1984
G.J.H. van Hoof, 'The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights', in: P. Alston, K. Tomasevski (red.), *The Right to Food*, 1984, blz. 97.

Van Hoof 1995
G.J.H. van Hoof, 'Sociale grondrechten: effecten in de praktijk? Behoefte aan een nieuwe benadering', in: J.B.J.M. ten Berge, P.J.J. van Buuren, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkensbundel), 1995, blz. 35.

Koekkoek/Konijnenbelt 1982
A.K. Koekkoek, Willem Konijnenbelt, 'Het raam van hoofdstuk 1 van de Grondwet', in: A.K. Koekkoek, Willem Konijnenbelt, F.C. Crijns, *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet* (Jeukensbundel), 1982, blz. 1.

Kortmann 1989
C.A.J.M. Kortmann, 'Grondwet in de nieuwe Grondwet, vijf jaren toepassing in wet en rechtspraak', in: L. Heyde, J. Leijten, Th. Mertens, B.P. Vermeulen (red.), *Begrensde vrijheid* (Scheltensbundel), 1989, blz. 230.

Kortmann 2008
C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, 6e dr. 2008.

Kroes 1998
M. Kroes, *Werking en doorwerking van grondrechten* (prft. Leiden), 1998.

Maes 2003
Gunther Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten* (proefschrift Antwerpen), 2003.

Meuwissen 2009
D.H.M. Meuwissen, 'Reflecties rond de verhouding tussen nationaal en internationaal recht, in: T. Barkhuysen, M. van Emmerik, P.J. Loof (red.), *Geschakeld recht* (Alkemabundel), 2009, blz. 363.

Van der Pot 1966
Handboek van het Nederlandse staatsrecht, 15e dr. 2006, bewerkt door D.J. Elzinga en R. de Lange.

Sillen 2010
J.J.J. Sillen, 'Tegen het toetsingsrecht', *Nederlands Juristenblad* 2010, blz. 2231.

Vlemminx 1990
F.M.C. Vlemminx, 'Diffuse werking in het publiekrecht', in: *Recht doen door wetgeving* (Hirsch Ballinbundel), 1990, blz. 213.

Vlemminx 1996
F.M.C. Vlemminx, 'Het juridisch tekort van de sociale grondrechten in de Grondwet, *Nederlands Juristenblad* 1996, blz. 1201.

Dit artikel uit Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Vlemminx 2002

F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten*, 3e dr. 2002.

Vlemminx 2006

F.M.C. Vlemminx, 'The Netherlands and the ICESCR: Why didst thou promise such a beautiful day?', in: A.P.M. Coomans (red.), *Justiciability of Economic and Social Rights*, 2006, blz. 43

Vlemminx 2008

F.M.C. Vlemminx, 'De januskop van Nederland en de convergentie van mensenrechten onder het EVRM', *Nederlands Juristenblad* 2008, blz. 1572.