

Beschouwing

Inleiding: innoveren in de rechtsstaat

Ons land ziet zich geconfronteerd met grote opgaven. Vele maatschappelijke vraagstukken vragen om een concrete en voortvarende aanpak: klimaat en natuur, woningmarkt, nationale en internationale veiligheid, sociale cohesie en bestaanszekerheid, maar ook de moeilijk te regisseren digitalisering van de samenleving.

Daarnaast baart de slagkracht van de overheid zorgen, net als het soms moeizaam functioneren van de parlementaire democratie als gevolg van maatschappelijke en politieke versnippering, en de rechtspositie van burgers die soms vermalen raakten tussen de molenstenen van beleid, wetgeving en uitvoering, en daartegen onvoldoende beschermd werden door de rechtspraak. Een goed functionerende rechtsstaat moet de randvoorwaarden en richtingwijzers verschaffen om al deze opgaven het hoofd te bieden. Maar dat gaat, zoals is gebleken, niet vanzelf. Te meer niet, omdat de democratische rechtsstaat weliswaar functioneert, maar ook zelf onder druk staat, intern en extern. Daarom is blijvende aandacht, versterking én doorontwikkeling nodig om de rechtsstaat weerbaar en vitaal te houden. Naast grote zorgvuldigheid en een gevoel van urgentie van alle actoren, vraagt dat om meer responsiviteit en een doorontwikkeling van fundamentele elementen binnen die rechtsstaat. Innovatie dus. De algemene beschouwing bij het jaarverslag over 2023 beoogt aan het denken over deze doorontwikkeling een bijdrage te leveren en richt zich in het bijzonder op digitalisering, de maatschappelijke functie van de Grondwet en de rechtsstatelijke cultuur. De Raad doet voor deze doorontwikkeling enkele aanbevelingen.

Innoveren in de rechtsstaat

Nederland kent een lange democratische traditie en een robuuste rechtsstaat. Deze is vrijwel altijd in staat gebleken om vreedzaam samenleven in essentie te verzekeren en te bevorderen, ook in moeizame economische en sociale omstandigheden. Ook nu, na een periode van veel fouten en ongelukken waardoor burgers in de knel kwamen, is nog steeds sprake van een rechtsstaat die tegen een stootje kan en misschien niet optimaal, maar wel voldoende functioneert. Ook het op verzoek van het parlement uitgebrachte oordeel van de Venetië-commissie, de rechtsstaat-experts van de Raad van Europa, laat daarover geen twijfel bestaan.¹ Men kan met recht beweren dat de rechtsstaat in het gedrang kwam door de wijze waarop het fraudebeleid (in het bijzonder rond de kinderopvangtoeslagen) vorm en uitvoering kreeg, inclusief de gebrekkige rechtsbescherming door de bestuursrechtspraak. Maar tot op zekere hoogte zou ook kunnen worden gesteld dat juist in deze kwestie de rechtsstaat zich veerkrachtig toonde: media en Kamerleden brachten veel aan het licht, de Nationale ombudsman sloeg alarm, de Afdeling bestuursrechtspraak corrigeerde haar

eerdere jurisprudentie, een commissie uit de Tweede Kamer deed verslag, de regering kondigde verregaande compensatie- en herstelmaatregelen aan, een andere werkgroep uit de Tweede Kamer onderzocht hoe het parlement zich verhoudt tot de uitvoering van door het parlement gesanctioneerde wetgeving en beleid en de betrokken instituties onderzochten hun eigen feilen en functioneren.

Hoewel niet kan worden uitgesloten dat zo'n affaire ooit weer kan gebeuren door een opeenstapeling van gebreken in de keten van beleid, wetgeving, uitvoering en rechtsbescherming,² zijn alertheid en zelfreflectie van relevante instituties binnen de rechtsstaat toegenomen. Dit zou reden kunnen zijn voor enig vertrouwen.

Maar daarmee kan niet worden volstaan. De uitdagingen stapelen zich immers op. Maatschappelijke opgaven die vaak al eerder hadden kunnen en moeten worden aangepakt, nemen toe. De overheid loopt al langere tijd op haar tandvlees, wordt overvraagd en maakt mede daardoor fouten.³ Daarnaast raakt de samenleving in toenemende mate gefragmentariseerd en gepolariseerd. Veel burgers haken af⁴ en maatschappelijk ongenoegen uit zich in verschillende zorgwekkende vormen, zoals structureel wantrouwen, extreme tegenstellingen tussen bevolkingsgroepen en tussen politieke groeperingen, en zelfs complotdenken.⁵

Deze en andere ontwikkelingen hebben geleid tot fundamentele discussies over de weerbaarheid van onze democratische rechtsstaat. Er is meer aandacht gekomen voor antidemocratische tendensen en desinformatie die de rechtsstaat en de samenleving ondermijnen. Uitvloeisel van deze aandacht vormen onder meer de voorbereidingen voor een Wet op de politieke partijen, inclusief een partijverbod.

Urgentie wordt ook gevoeld voor de noodzaak om de democratische rechtsstaat in tijden van nood en crisis optimaal te laten functioneren. De ervaringen tijdens de COVID-19-pandemie lieten zien dat dit niet vanzelfsprekend is. Ook de ernstige geopolitieke ontwikkelingen, met een oorlog op Europese bodem en geweldsontsporingen in het Midden-Oosten, vragen om het op orde brengen en moderniseren van ons stelsel van staatsnood- en crisiswetgeving. Hiermee is inmiddels een begin gemaakt.

Disfunctioneren van de rechtsstaat ligt op de loer als de kwetsbare vertrouwensrelaties tussen overheid en burger en tussen burgers onderling niet verbeteren. Datzelfde risico doet zich voor als bij velen de onzekerheid over maatschappelijke transitie en de eigen toekomst zich vertaalt in wantrouwen of verzet tegenover minderheden, migranten, onwelgevallige media of onafhankelijke rechters. Dit bedreigt ook het bereiken van onvermijdelijke langetermijndoelen zoals klimaatneutraliteit en -bestendigheid. Tegen deze achtergrond is zelfs de genoemde lange democratische traditie geen voldoende zekerstelling om de verleiding van meer autocratische en technocratische vormen van bestuur zonder meer te weerstaan.⁶

Een andere ontwikkeling die de rechtsstaat kan ondermijnen, is de neiging binnen het overheidsbestuur om de waarden van de democratische rechtsstaat niet zozeer als minimumwaarborg te beschouwen (waarvoor zij om goede redenen zijn bedoeld), maar als een streefmaximum dat zich moet verhouden tot andere bestuurlijke doeleinden zoals slagkracht en snelheid van handelen. Dat vergroot de kans dat door de rechtsstatelijke bodem wordt gezakt, zoals in het recente verleden in enkele gevallen is gebeurd.

De democratische rechtsstaat is echter geen á la carte-menu waar naar eigen believen uit kan worden besteld, al naar gelang dat voor de korte termijn goed uitkomt. En het is ook geen systeem dat als vanzelf, als een perpetuum mobile, functioneert. Integendeel. Voor een goed functionerende rechtsstaat is verantwoordelijkheid onontbeerlijk: van wetgevers en bestuurders, ambtenaren, uitvoeringsinstanties, rechters, adviesorganen, bedrijven, media, vakbonden, maatschappelijke organisaties, wetenschap en individuele of georganiseerde burgers. Zonder uitzondering kunnen zij en moeten zij inspanningen leveren om aan de rechtsstaat inhoud te blijven geven, ieder op hun eigen manier en binnen hun eigen mogelijkheden. In de lopende kabinetsformatie is gebleken dat deze notie relevant genoeg wordt bevonden om nadrukkelijk aan de orde te stellen.

In eerdere jaarverslagen heeft de Raad van State al gewezen op de noodzaak om de rechtsstaat te onderhouden en waar mogelijk te versterken, zowel in een evenwichtige verhouding tussen de staatsmachten als in de verbinding tussen overheid en burger.⁷ Juist in deze laatste verbinding is het afgelopen decennium het nodige misgegaan. Daarin zal met voorrang moeten worden geïnvesteerd. Naar verwachting zal de Staatscommissie rechtsstaat op korte termijn daartoe voorstellen doen.

Onderhoud en versterking van de dijken van de rechtsstaat hebben dus prioriteit, maar het is eveneens wenselijk om te bezien hoe de rechtsstaat zich in de toekomst verder kan ontwikkelen en waar nodig vernieuwen. Doorontwikkeling kan plaatsvinden door een veel gerichtere aandacht voor de uitvoering van overheidsbeleid en wetgeving en participatie van burgers in beleids- en besluitvorming. Maar ook door verstandige ontwikkeling en toepassing van digitale technologie, een zekere modernisering van de Grondwet door meer nadruk te leggen op de maatschappelijke functie van ons belangrijkste constitutionele rechtsbron en te onderzoeken of de belangrijkste beginselen en rechten voldoende verankering in de Grondwet hebben gevonden. Daarnaast kan een rechtsstatelijke cultuur op alle fronten worden versterkt.

Uitgangspunten voor rechtsstatelijke innovatie

Vertrouwen als kern

De democratische rechtsstaat vormt de belangrijkste randvoorwaarde en borg voor een vreedzame samenleving. Het belang daarvan kan niet genoeg worden benadrukt. Kernelementen zijn het legaliteitsbeginsel, het verbod op willekeur, de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, het waarborgen van grondrechten en de bescherming bij de uitoefening daarvan, de scheiding en spreiding van de machten en de (toegang tot een) onafhankelijke en onpartijdige rechter. Het democratisch element wordt in ieder geval gevormd door vrije en periodieke verkiezingen en betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging bij besluitvorming die plichten en rechten van burgers raken. Gezamenlijk legitimeren, normeren en limiteren deze elementen (of zo men wil: waarden), het overheidsoptreden en vormen zij het ankerpunt daarvoor. Zij vormen ook de toetssteen

van het algemeen belang. Daartoe hoort in ieder geval ook de gepaste aandacht voor en bescherming van maatschappelijke minderheden en individuele burgers. De waardigheid van elk individueel mens vereist dat. Ook moet worden beseft dat meerderheden en meerderheidsopvattingen niet per definitie vanzelfsprekend zijn en dat zij kunnen veranderen. Wie nu tot de meerderheidsgroep behoort, kan morgen in de minderheid zijn en omgedraaid. Een stabiele rechtsstaat draagt bij aan een balans tussen de verschillende maatschappelijke groeperingen en aan een open samenleving. Hij is ook voorwaardelijk voor een vrije markt (en dus een goed ondernemingsklimaat), die gebaat is bij rechtszekerheid en rechtsbescherming, gelijkheid van concurrenten, informatievrijheid.¹

Iedereen heeft daarom baat bij een optimaal functioneren van de rechtsstaat en de waarden die daarvan deel uitmaken. Deze zijn gelijkwaardig aan elkaar. Dit raakt ook een wezenskenmerk, namelijk wederkerigheid in vertrouwen.² Burgers spreken vertrouwen uit in overheden door deze democratisch te legitimeren en door de democratisch gelegitimeerde regels ook daadwerkelijk na te leven, zelfs als die tegen het directe eigenbelang in gaan. Dat geldt niet alleen voor individuele burgers maar indirect ook voor bedrijven. Zonder dit vertrouwen kunnen overheden niet overtuigend functioneren en zou de rechtsstaat 'leeg' zijn. Van burgers en bedrijven mag in de rechtsstaat dat vertrouwen worden gevraagd, maar ook een duidelijke eigen bijdrage, door vormen van actief burgerschap en medeverantwoordelijkheid voor het eerbiedigen van mensenrechten en voor een duurzame toekomst.

Overheden hebben hiertegenover de dure plicht om niet alleen dit vertrouwen waar te maken, maar wederkerig ook zelf vertrouwen te schenken: beleid moet echt werken en burgers moeten worden geëerbiedigd en beschermd in de uitoefening van hun (grond)rechten, onder meer door hen te ondersteunen in hun sociale behoeften en hen daadwerkelijk te betrekken in de machtsuitoefening en de besluitvorming. Juist deze symbiose is essentieel. Dat dit niet voor zichzelf spreekt en veel inzet en energie vraagt in alle overheidsverbanden, zeker ook op Europees niveau, is zonneklaar. De democratische rechtsstaat is nooit af en vraagt als een fraaie tuin voortdurend onderhoud en ordening.

Voor dat onderhoud gelden enkele belangrijke voorwaarden, zoals het bestaan van stabiele instituties die onder alle omstandigheden goed functioneren, vooral als de nood van burgers en overheid hoog is. Goed functioneren betekent ook toegankelijk zijn voor burgers. In de rechtsbescherming moet de toegang van minder draagkrachtige burgers tot de rechter verzekerd zijn. Op de kwaliteit van de rechtsstatelijke instituties en hun belangrijke werk mag niet worden beknipt. Dat impliceert ook dat financiële voorzieningen voor een goed functionerende rechtsstaat voorafgaan aan reguliere afwegingen binnen de rijksbegroting. Een andere voorwaarde is dat de nationale soevereiniteit (ook in territoriale zin) voldoende en herkenbaar wordt gewaarborgd in de context van een robuuste internationale (VN, NAVO, Raad van Europa, mensenrechtenverdragen) en deels supranationale (Europese Unie) rechtsorde waarvan wij actief deel uitmaken en zonder welke onze nationale integriteit, veiligheid en economische toekomst niet kan worden verzekerd.

Ten slotte is voor het onderhoud van de rechtsstaat de aanwezigheid van een breed gedragen rechtsstatelijke cultuur onontbeerlijk (zie hierna paragraaf 5).

Maar onderhoud alleen is niet voldoende. Een vitale rechtsstaat vraagt meer: meebewegen met de tijd, ruimte scheppen voor nieuwe afwegingen en adequate bescherming bieden tegen toekomstige mogelijke inbreuken.

Drie uitgangspunten voor innovatie

Vernieuwing en verandering in de rechtsstaat behoren vanzelfsprekend plaats te vinden binnen de hiervoor geschetste randvoorwaarden. Innovaties in de (toepassing van) institutionele waarborgen, rechtsbescherming, kennis, vaardigheden en rechtsstatelijke cultuur vergen geen structuurwijzigingen of aanpassing van de instituties. Integendeel. Zulke wijzigingen kunnen contraproductief werken, omdat de discussies daarover afleiden van de maatschappelijke opgaven die aangepakt moeten worden. Raadzaam is om daarbij de volgende drie uitgangspunten te hanteren.

Een eerste uitgangspunt is: *vernieuwing waar het daadwerkelijk knelt*. Dit geldt voor zowel het functioneren van de wetgever, de rechtspraak en de uitvoering als hun onderlinge wisselwerking. De in 2023 ingestelde Staatscommissie rechtsstaat buigt zich onder meer hierover.³ Ook kan gewezen worden op het recent verschenen rapport van de Staatscommissie Demografische Ontwikkelingen 2050, waarin handvatten worden geboden voor de realisatie van meerdere sociale grondrechten (zoals op wonen, zorg, onderwijs), of in ieder geval de randvoorwaarden daarvoor.⁴ Van belang is hierbij dat de waarden die aan de rechtsstaat ten grondslag liggen en tot uiting komen in de verschillende elementen daarvan, ten opzichte van elkaar gelijkwaardig zijn. Er is dus geen waardenhiërarchie, net zomin als er een vanzelfsprekende rangvolgorde is in de grondrechten, al kennen deze wel een nummervolgorde in de Grondwet. Anders gezegd: bij vernieuwing met het oog op verbetering moet niet het ene belang ten koste gaan van het andere. Het gaat er juist om de democratische rechtsstaat als geheel verder te brengen en toekomstbestendig te maken. Dat betekent niet dat alles tegelijk moet, laat staan kan, maar wel dat alle kernwaarden van de rechtsstaat een voldoende waardering verdienen; ook die waarden die op de korte termijn misschien minder goed uitkomen.

Een tweede uitgangspunt kan zijn: *niet per se meer, maar vooral beter*. De overheid heeft al te zeer te lijden onder te hoge verwachtingen en te geringe prestaties; de rechtsstaat zelf moet ook niet nog eens worden overvraagd. Het is verstandig om ervoor te waken dat de betekenis van de rechtsstaat en de werkingssfeer daarvan verschuiven naar andere doeleinden dan waarvoor de rechtsstaat bedoeld is. Niet elk overheidsoptreden kan worden verdedigd met een beroep op de rechtsstaat. Dat is zelfs risicovol. Het leidt niet alleen tot begripsinflatie, maar ook tot 'legitimering' van overheidsoptreden dat juist inbreuk maakt op de beginselen die men zegt te beschermen. Denk aan de aanvankelijke pogingen om maatschappelijke organisaties financiële transparantieplichtingen op te leggen en hun financiering uit zogenoemde onvrije landen te beperken,⁵ en de – dit jaar ingetrokken – initiatiefwetsvoorstellen voor een verbod van minaretten⁶ en van bepaalde islamitische uitingen.⁷ Daarnaast is het van belang dat blijvend onderscheid wordt gemaakt tussen de rechtsstaat en de rechtsorde. De rechtsstaat heeft primair betrekking op het 'gedrag' van de overheid. De rechtsorde heeft mede betrekking op de relaties tussen burgers onderling en daarmee op hun gedrag waarvoor zij een grote eigen verantwoordelijkheid dragen. Zo draagt politieoptreden om voetbalwedstrijden in goede banen te leiden en *crowd control* toe te passen bij aan de rechtsorde, maar niet per se aan de rechtsstaat.

Het uitgangspunt 'niet per se meer, maar vooral beter' moet overigens ook enigszins worden gerelativeerd waar het betreft de verwezenlijking van de sociale dimensie van grondrechten en de verantwoordelijkheid van de overheid daarin. Beter overheidsoptreden betekent hier in veel gevallen ook méér: het recht stelt immers publiek-morele opdrachten aan de overheid die niet zelden een vertaling hebben gekregen in constitutionele regels. In de zogeheten sociale grondrechten – zoals bijvoorbeeld de bevordering van voldoende werkgelegenheid,

een goed leefmilieu of voldoende woongelegenheden – kunnen deze opdrachten worden gelezen. Het recht formuleert hier wat tot het algemeen belang behoort dat de overheid moet behartigen, ongeacht wat een kabinet of een Kamermeerderheid daar precies van vindt. Verwaarlozen kan niet omdat aan de inspanningsverplichting van de overheid richtinggevende beginselen ten grondslag liggen. Dit geldt ook en in nog dwingender zin voor de overheidstaken die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens uit mensenrechten afleidt, de zogenoemde positieve verplichtingen.⁸ Dit werkt ook door in de wetgeving en de nationale rechtspraak; voor deze laatste kan worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad waarin uit het recht op leven en het recht op persoonlijke levenssfeer werd afgeleid dat de staat verplicht is om klimaatinspanningen te leveren en met resultaten te komen.⁹ Een derde uitgangspunt tenslotte ziet op de toepassing en aanwending van nieuwe technologieën: *maak verstandig gebruik van (slimme) technologische mogelijkheden*. Verstandig betekent in dit geval dat de toepassing erop moet zijn toegesneden om publieke (rechtsstatelijke) waarden te realiseren en dus het algemeen belang te dienen. Vaak is nu nog een technisch-economische benadering leidend, waarbij efficiency en (een beperkte vorm van) veiligheid leidend zijn. Dat zijn weliswaar publieke waarden, maar daarvan zijn er meer.¹⁰ Ten eerste de in de grondrechten verankerde waarden zoals non-discriminatie en privacy, die ook wezenlijk zijn voor (het gevoel van) veiligheid van burgers. En ten tweede de procesmatige publieke waarden, dat wil zeggen de waarde van een zorgvuldige procesgang waarin transparantie en verantwoording (*accountability*) belangrijk zijn. Daarmee moet rekening worden gehouden.

Een goed voorbeeld op dit vlak is de ontwikkeling van de 'slimme steden' (*smart cities*).¹¹ In deze steden worden technologieën in de openbare ruimte ingezet om publieke taken uit te voeren. Meters, camera's en sensoren worden gebruikt om bijvoorbeeld luchtvervuiling en biodiversiteit te meten, gewelddadig gedrag op straat te signaleren, verkeersbewegingen te analyseren en drukte in uitgaansgebieden te monitoren. Soms gaat het ook om het sturen van bepaald gedrag of het voorspellen van risico's. Gemeentebesturen zien hierin veel voordelen en kansen. Voorwaarde is echter wel dat de inzet van zulke technologieën niet plaatsvindt omdat het kan, maar omdat dat verstandig is en verstandig gebeurt. Zo zal het bestuur bij de besluitvorming moeten expliciteren en verantwoorden welke publieke waarden en grondrechtelijke belangen in het geding zijn, hoe deze worden gewogen, hoe verzekerd wordt dat mensen voldoende autonomie behouden en dat de grenzen die aan grondrechtenbeperking worden gesteld, in acht worden genomen. Dat draagt bij aan betrouwbaar en rechtvaardig bestuur. Maar gebeurt dat niet, onjuist of onvoldoende, dan verwordt overheidsbestuur (in dit geval van de 'slimme stad') al snel tot een 'algocratie': bestuur dat is gebaseerd op algoritmes en data. Niet alleen kunnen daardoor burgers in de knel komen, zoals op het terrein van uitkeringen en toeslagen inmiddels meermalen is gebleken, maar ook verdwijnt de (morele) autonomie van de mens naar de achtergrond. Het zijn dan immers steeds meer de bedrijven en overheden die voor mensen hun (morele) grenzen bepalen en bewaken. Dat is op den duur funest voor zowel de menselijke waardigheid als het democratisch proces. Een 'slimme' overheid moet dus ook altijd een verstandige overheid blijven.

Eerste aanzetten tot versterking en innovatie

Een vitale rechtsstaat vraagt permanent om innovatie. Gelukkig wordt ook nu al niet volstaan met alleen maar onderhoud van de rechtsstaat, deels in reactie op de toeslagenaffaire. De afgelopen jaren hebben parlement en regering tal van debatten gevoerd en maatregelen

besproken om de rechtsstaat te versterken. Dit leidde onder meer tot de instelling van diverse staatscommissies en coördinatoren, alsmede parlementair onderzoek naar uitvoering, dienstverlening en fraudebeleid. Breed worden zo de verschillende aspecten van de sociale en democratische rechtsstaat onder de loep genomen.

Van groot belang voor de versterking van de rechtsstaat is verder de permanente dialoog tussen de staatsmachten en de instituties die daarin een rol spelen. Eerder nam de Raad van State het initiatief voor 'rechtsstaatgesprekken' tussen rechters, adviseurs, bewindslieden, Kamerleden, bestuurders van uitvoeringsorganisaties en medeoverheden, wetenschappers en journalisten. Zulke gesprekken leiden over en weer tot meer inzicht en begrip en daardoor wellicht tot een gedragen beeld van de rechtsstaat en de zorgvuldige omgang daarmee.¹² Ook andere instituties hebben dergelijke initiatieven genomen. Het is goed als deze dialoog wordt voortgezet en waar mogelijk geïntensiveerd.

Innovaties zijn bovendien zichtbaar in de inzet van digitale technologieën en goed denkbaar wat betreft de Grondwet en de rechtsstatelijke cultuur. Op deze innovaties wordt in de volgende paragrafen ingegaan.

Verstandige doorontwikkeling en toepassing van digitale technologieën

Kansen en risico's

De razendsnelle ontwikkeling en samenkomst van veel technologieën heeft geleid tot een nieuwe fase in de digitale samenleving. Overheden, bedrijven en organisaties verzamelen, verwerken en combineren steeds meer gegevens over ons en ons doen en laten.¹ Met de komst van Big Data is ook kunstmatige intelligentie in een stroomversnelling geraakt. Slimme algoritmes zoeken als cruciale bouwstenen voor het functioneren van andere digitale technologieën², patronen en verbanden. Ze kunnen zelfs voorspellingen doen over menselijk handelen.

De potentiële voordelen van deze technologieën voor zowel burgers en economie als de rechtsstaat zijn talrijk en groot. Te denken valt bijvoorbeeld aan toepassingen op het terrein van de geneeskunde, mobiliteit, klimaat, efficiënte uitvoering van wetgeving en beleid, (rechts)handhaving en onderzoek. Deze toepassingen kunnen bijdragen aan de verwezenlijking van grondrechten. Tegelijkertijd brengen nieuwe technologische ontwikkelingen ook nieuwe uitdagingen en risico's voor de waarden van de rechtsstaat met zich mee. Het recht om niet gediscrimineerd te worden, het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de plicht van de overheid om transparant te zijn en zich te verantwoorden voor genomen besluiten, kunnen onder druk komen te staan. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid merkte al enige jaren geleden op dat burgers steeds transparanter worden voor de overheid, terwijl de profielen, algoritmes en methoden die overheidsorganisaties gebruiken, nauwelijks inzichtelijk en navolgbaar zijn voor burgers.³ Schrijnende voorbeelden van wat er mis kan gaan, zijn de toepassing van het Systeem Risico Indicatie (Syri) waarmee de overheid fraude bestreed op het vlak van uitkeringen⁴ en de toepassing van algoritmes in het kader van de kinderopvangtoeslagen.

De aantasting van publieke waarden wordt mede in de hand gewerkt door het grote vertrouwen in technologie. Aan algoritmes wordt veel autoriteit toegekend, omdat deze worden beschouwd als objectief, in tegenstelling tot de mens die vooroordelen heeft en over een beperkt blikveld beschikt. Maar algoritmes worden door mensen vormgegeven en gevoed met per definitie beperkte datasets. Daarmee zijn ook algoritmische uitkomsten niet (geheel) neutraal.

Niettemin is het onmiskenbaar zo dat algoritmes de taken van de overheid kunnen faciliteren en conclusies kunnen trekken die van grote waarde zijn. Zo kunnen ze helpen bij het onderzoeken van de leefbaarheid van wijken, bij het berekenen van belastingen of bij het opsporen van fraude.

Essentieel is daarom een zo goed mogelijke samenwerking tussen mens en machine. Data en berekeningen moeten naast, en niet in plaats van, menselijke ervaring, intuïtie, overleg en informele processen bestaan, waarbij de mens het laatste woord heeft en verantwoording kan afleggen. Het kritisch vermogen van professionals en hun inzicht in softwarematige gegevens en voorspellingen zullen verder moeten worden gestimuleerd. Zo kan worden voorkomen dat zij een onevenredig groot gewicht toekennen aan de uitkomst van het algoritme en invulling kunnen geven aan het wettelijk recht op een menselijk oordeel bij besluiten.

Cruciaal is verder dat de overheid aan de publieke waarden transparantie en accountability inhoud geeft door inzicht te bieden in welke data worden vergaard, hoe het algoritme werkt, waar het wordt ingezet en voor welk doel. Transparantie bevordert het kritisch nadenken over de gemaakte keuzes en het gebruik. Onderzoek laat immers zien dat de inzet van voorspellende algoritmes soms onbedoeld bestaande sociale ongelijkheid kan vergroten⁵, bijvoorbeeld als een algoritme om criminaliteit te voorspellen, alleen in bepaalde stadswijken wordt ingezet. Wanneer daar intensievere controles plaatsvinden en de opbrengsten daarvan weer in het systeem worden ingevoerd, zal de focus op deze wijken alleen maar toenemen zonder dat er daadwerkelijk sprake hoeft te zijn van een toename aan criminaliteit.

Kritisch nadenken over het gebruik en de inzet van technologische oplossingen betekent ook het soms afzien daarvan. Niet alles wat technologisch mogelijk wordt, is immers maatschappelijk wenselijk. Juist de overheid – wetgever én bestuursorganen – draagt een grote verantwoordelijkheid in de afweging van wat kan en niet kan. Zo staat het recht op privacy bijvoorbeeld niet per se tegenover veiligheid, maar kan daaraan juist bijdragen. In de rechtsstaat moet permanent worden gezocht naar een juiste balans. De wetgever moet ‘aan de voorkant’ waarborgen dat digitalisering op een adequate en verantwoorde wijze wordt gereguleerd en burgers tegen ongewenste gevolgen worden beschermd. Het is vervolgens aan de rechter om daadwerkelijke ongewenste gevolgen te signaleren en te corrigeren. Mocht dat nodig zijn, dan kan de wetgever daarna de regels aanpassen.

Wetgeving en rechtspraak

In de afgelopen jaren zijn verschillende belangrijke innovatieve stappen gezet, deels op nationaal vlak en deels op het niveau van de Europese Unie en de Raad van Europa. De Tweede Kamer heeft een vaste commissie voor Digitale Zaken ingesteld en de Eerste Kamer een werkgroep artificiële intelligentie binnen de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid. Zo kan worden bijgedragen aan een goed begrip en betere sturing van de medewetgever van digitale transitie. Het gaat daarbij om digitalisering als onderwerp van regelgeving maar ook

als instrument van overheidshandelen. Binnen de rijksoverheid is een Impact Assessment voor mensenrechten bij de inzet van algoritmes ontwikkeld (IAMA) en een werkagenda Waardengedreven Digitaliseren opgesteld.⁶

De Raad van State heeft eerder al in een gezamenlijke publicatie van de beide Afdelingen advisering en bestuursrechtspraak over digitalisering aanbevelingen gedaan voor wet- en regelgeving en voor de bestuursrechtspraak.⁷ Van groot belang is dat burgers in de gelegenheid zijn om kennis te nemen van de gegevens die de overheid over hen bewaart of gebruikt en dat zij deze tijdig en eenvoudig kunnen corrigeren. Onnodige gegevens moeten zij uit overheidssystemen kunnen laten verwijderen. Ook heeft de Raad van State een recht op informatie aanbevolen dat behelst dat in een besluit staat of gebruik wordt gemaakt van algoritmen en hoe daarover informatie kan worden verkregen. Besluiten moeten immers controleerbaar en navolgbaar zijn. De wijze van geautomatiseerde uitvoering kan even bepalend zijn als de inhoud van de wet zelf. Dit betekent ook dat de overheid de kennis in huis moet hebben om zicht te houden op overheidssystemen die door private partijen worden uitgevoerd. De wetgever moet digitale techniek al in een vroeg stadium in zijn overwegingen betrekken. Wat voor alle wetgeving geldt, geldt ook voor digitaliseringsregels: een verantwoorde uitvoering begint met zorgvuldige invoering. Het verdient ook aanbeveling om in hoofdstuk 4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een nieuwe titel op te nemen over algoritmische besluitvorming. Het bestuursprocesrecht kan ook meer op deze vormen van besluitvorming worden toegesneden.

Het handelen van bestuursorganen tegenover burgers en bedrijven wordt genormeerd door het geschreven bestuursrecht en diverse ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij algoritmische besluitvorming zijn zorgvuldigheid, motivering, gelijkheid en evenredigheid belangrijk. Hiernaast zou het wenselijk zijn om een recht op toegang en zinvol contact met de overheid als een nieuw beginsel van behoorlijk bestuur te ontwikkelen.⁸ In verschillende uitspraken heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een toetsingskader uiteengezet voor een informatieplicht bij het gebruik van rekenmodellen.⁹ Zo'n kader wordt inmiddels ook elders gehanteerd.¹⁰ Of algoritmische besluitvorming in de Awb wordt verankerd, staat overigens nog te bezien. Vooralsnog meent de regering dat dit thema nog onvoldoende is uitgekristalliseerd om wetgevend op te treden, maar reflectie wordt gestimuleerd. Daarbij wordt ook op vergelijkbare ontwikkelingen in Frankrijk en België gewezen.¹¹ Het zou dienstbaar zijn als ook in ons land op korte termijn helderheid wordt verkregen.

Voor wetgeving om de rechtsstaat ook in dit digitale tijdperk overeind te houden, zijn de verordeningen die in het kader van de Europese Unie zijn overeengekomen van groot belang, zoals de Wet digitale diensten, de Wet digitale markten en meest recent de AI-verordening om AI-innovaties te reguleren. De AI-verordening is het eerste uitgebreide rechtskader voor artificiële intelligentie ter wereld. Zij gaat uit van een op risico gebaseerde aanpak: systemen en toepassingen die een onaanvaardbaar risico meebrengen, worden verboden. Dit geldt bijvoorbeeld voor *social scoring* door overheden of bedrijven, bepaalde toepassingen voor voorspellend politieonderzoek (*predictive policing*) of emotieherkenning op de werkplek. AI-systemen die niet als onaanvaardbaar maar wel als hoog risico worden aangemerkt, moeten voldoen aan strenge eisen; dit geldt bijvoorbeeld voor AI-toepassingen in kritieke infrastructuur, zoals water, gas, elektriciteit en medische hulpmiddelen. Het overgrote deel van de AI-systemen of -toepassingen beslaat de categorie minimaal risico, waarvoor geen bijzondere verplichtingen bestaan.

Ook de Raad van Europa werkt aan het opstellen van regels: een kaderverdrag over AI, mensenrechten, democratie en rechtsstaat.¹² Daarnaast zijn er diverse internationale

richtsnoeren en rapporten uitgebracht die onderling veel overlap vertonen.¹³ Een aantal principes wordt in vrijwel alle rapporten genoemd: privacybescherming, fairness (inclusief non-discriminatie en rechtvaardigheid), accountability en transparantie.¹⁴ Tot slot kennen sommige grote bedrijven dergelijke principes en ethical boards om op de naleving daarvan toe te zien. Gegeven de aard van de principes en het karakter van zelfbinding lenen de meeste zich niet voor rechtstreekse toetsing door de rechter, maar ze dragen wel bij aan een verstandige inzet van technologische toepassingen of juist het afzien daarvan.

Een actieve houding

Evident is dat veel relevante instituties binnen de rechtsstaat lang, vaak te lang, terughoudend zijn geweest om zich intensief met de digitale ontwikkelingen te bemoeien. Deels gebeurde dit omdat men twijfelde aan de eigen kennis daarover, deels om de zich op volle snelheid voltrekkende technologische vernieuwingen niet te blokkeren of te vertragen, en deels omdat er wellicht een te groot vertrouwen bestond in technologie als drijfkracht voor de toekomst. Gelet op hiervoor beschreven ontwikkelingen, is die fase inmiddels voorbij. Met het oog op het algemeen belang en de daarbij relevante publieke waarden als non-discriminatie, privacy, zorgvuldigheid, transparantie en verantwoording, bestaat er een breed gedragen inzicht dat het geboden is wenselijke ontwikkelingen van kaders te voorzien en onwenselijke ontwikkelingen bij te sturen of te begrenzen. Voor de materiële legitimatie en acceptatie van de democratische rechtsstaat is dit van het grootste belang. De rechtsstaat is immers niet op het verleden, maar op een duurzame toekomst gericht en moet ook zo zijn ingericht. Van de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht mag op dit punt een actieve houding worden gevraagd, in interactie met burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en internationale respectievelijk Europese gremia.

Een maatschappelijke functie van de Grondwet

Karakter, functies en dynamiek van de Grondwet

Ook op een ander vlak kan een doorontwikkeling van de rechtsstaat worden onderzocht, namelijk de doorleefde betekenis en maatschappelijke werking van de Grondwet. Tot het geheel van onze constitutie behoren ook de verdragen die ons aan de internationale rechtsorde verbinden, de ongeschreven algemene rechtsbeginselen, zoals rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, de supranationale ordening van de Europese Unie en het Statuut van het Koninkrijk, maar de Grondwet is toch te beschouwen als het ankerpunt van de Nederlandse democratische rechtsstaat. De Grondwet constitueert, attribueert, reguleert en legitimeert en is daarmee het staatkundig-juridisch basisdocument van ons land.

Van oudsher zijn alleen de hoofdelementen van het staatsbestel en de grondrechten van de burgers in de Grondwet opgenomen, wat overigens niet wil zeggen dat Grondwet niet zou kunnen worden gewijzigd of aangevuld, in tegenstelling wat daarover wel eens wordt

beweerd.

2023 was voor de Grondwet een bijzonder jaar. Het was 175 jaar geleden dat een fundamentele grondwetsherziening het licht zag die het fundament legde voor het parlementaire stelsel en het bestuurlijk bestel in ons land, en tevens nieuwe grondrechten introduceerde: 'de Grondwet van Thorbecke' van 1848. Maar in 2023 was het ook veertig jaar geleden dat een algehele herziening van de Grondwet tot stand kwam: de Grondwet van 1983. In 2023 vond bovendien een voorlopige afronding plaats van een geheel aan herzieningen die in de jaren daarvoor werden behandeld: in 2022 kwam het opnemen van een algemene bepaling voorafgaand aan artikel 1 Grondwet tot stand, werd artikel 13 Grondwet gemoderniseerd door het vervangen van het telefoon- en telegraafgeheim door het telecommunicatiegeheim en werd het recht op een eerlijk proces in artikel 17 Grondwet opgenomen. Ook werd artikel 55 Grondwet gewijzigd waardoor niet-ingezetenen die Nederlander zijn hun stem kunnen uitbrengen voor de samenstelling van de Eerste Kamer, en kwam een wijziging van artikel 137 Grondwet tot stand waarin is verduidelijkt dat een grondwetsherzieningsvoorstel van rechtswege vervalt als de nieuwgekozen Tweede Kamer niet in tweede lezing heeft beslist over dat voorstel. In 2023 werd tot slot artikel 1 Grondwet gewijzigd door het opnemen van de non-discriminatiegronden handicap en seksuele gerichtheid.

Deze opsomming alleen al toont aan dat aanpassingen van de Grondwet niet zeldzaam zijn en dat het parlement grote betrokkenheid toont: meerdere van de tot stand gekomen wijzigingen en aanvullingen gebeurde op initiatief of aandringen vanuit één van de Kamers der Staten-Generaal. En ook nu is het denken over verdere aanpassingen niet gestold. Er zijn op dit moment diverse regerings- en initiatiefvoorstellen in voorbereiding en verschillende voorstellen zijn onderwerp van parlementaire behandeling. Voor al deze en toekomstige voorstellen geldt als randvoorwaarde dat zij zélf geen afbreuk mogen doen aan de grondrechten en de democratische rechtsstaat. Ook zonder dat in de kabinetsformatie hierover verklaringen worden afgegeven, is dit, en behoort dit te zijn, een vanzelfsprekend uitgangspunt. De algemene bepaling zegt dit ook met zoveel woorden: "De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat". Deze bepaling beoogt een normatief en interpretatief kader te bieden, waarbinnen de Grondwet gelezen en begrepen moet worden. Hoewel de algemene bepaling niet onveranderbaar is en zelfs kan worden ingetrokken – zij is niet door een 'eeuwigheidsclausule' van de wijzigingsprocedure van artikel 137 Grondwet uitgezonderd – werpt de inhoud van de bepaling wel een drempel op om dat te doen.

Naar een meer maatschappelijke functie

Minstens zo belangrijk is dat de algemene bepaling niet zozeer ergens voor helpt, maar vooral ergens voor staat. Dat is van waarde, zeker in een tijd waarin in buiten- en soms ook in binnenland de democratische rechtsstaat onder druk lijkt te staan en vaak moeilijk wordt begrepen. De algemene bepaling wordt dan ook vaak aangehaald, zelfs nog voordat deze in werking was getreden.¹

De totstandkoming van de algemene bepaling en de vele verwijzingen drukken uit dat er behoefte bestaat aan een (bescheiden) juridisch-normatieve versterking van de grondwettelijke waarborgen. Maar ook aan een gezaghebbende benadrukking en explicitering van de basisbeginselen van ons staatsbestel. Ook andere wijzigingen, zoals de toevoeging van enkele non-discriminatiegronden aan artikel 1 Grondwet, tonen deze behoefte aan

explicitering aan, al betekent dit niet per se dat daardoor juridisch een betere of zwaardere bescherming tegen discriminatie is geboden.

Bovenstaande ontwikkelingen tonen aan dat de Grondwet een brede en positief te duiden betekenis heeft gekregen in de publieke en politieke aandacht. Aan de Grondwet lijkt een grotere maatschappelijke functie te worden toegedicht dan vroeger. Dat duidt op een zekere heroriëntatie op het denken over de Grondwet dat lang bepalend was. In dat denken wordt het karakter van de Grondwet doorgaand getypeerd als sober.² De functies van de Grondwet worden aangeduid als institutioneel-organisatorisch, waarborgend en – voornamelijk gericht op de grondrechtbepalingen – juridisch-normatief. Uit deze opvatting vloeit een constitutionele praktijk voort waarin de Grondwet alleen wordt gewijzigd als daarover breed gedragen en duurzame overeenstemming bestaat en de wijziging past in het normatieve kader van de Grondwet. Dat laatste betekent dat een voorgestelde wijziging concreet iets moet regelen in of toevoegen aan de juridische werkelijkheid.³

De Grondwet heeft in zekere zin een paradoxaal karakter: stabiliteit is noodzaak, maar veranderlijkheid is niet uitgesloten. De Grondwet moet dus te wijzigen zijn, maar met mate. Deze ogenschijnlijk tegengestelde eisen komen tot uitdrukking in de relatief zware wijzigingsprocedure. Fundamentele institutionele herzieningen of een gemoderniseerde grondrechtencatalogus komen hierdoor niet snel tot stand. Ruimte voor enige explicitering of aanscherping van grondrechten blijkt wel degelijk te bestaan, gelet op de tot stand gekomen herzieningen in 2022 en 2023. Maar daarmee kan nog niet van een nieuwe 'constitutionele politiek' worden gesproken.

De niet-juridische functie van de Grondwet, dat wil zeggen de meer maatschappelijke functie, is lang onderbelicht gebleven.⁴ De Grondwet ontbreekt het aan een zeker symbolisch-inspirerend karakter, wat vermoedelijk voortvloeit uit de Nederlandse historie. Deze kenmerkt zich door een mate van warsheid van grote constitutionele debatten en de daarmee samenhangende diepgevoelde noodzaak tot het sluiten van compromissen. Het ontbreken van een discours over de Grondwet werd lange tijd niet als een gemis ervaren, maar daarin is de laatste jaren verandering gekomen. Een herwaardering voor de Grondwet tekent zich voorzichtig af. Hier zijn enkele redenen voor aan te wijzen.

In de eerste plaats is het maatschappelijk besef sterker geworden dat het recht de overheidsmacht moet beperken en burgers moet beschermen tegen onrechtvaardige uitoefening van die macht. In de tweede plaats zijn de waarden die aan de Grondwet en de daarin opgenomen bepalingen ten grondslag liggen, een manifestere rol gaan spelen in het politieke en publieke debat: democratie en rechtsstaat en hun onderlinge verhouding, de beginselen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, rechtseenheid, evenredigheid en proportionaliteit. Het debat gaat niet alleen over het belang van deze beginselen, maar ook over de inherente spanning die in de praktijk van wetgeving en bestuur tussen deze beginselen bestaat en zal blijven bestaan.

In een veranderend denkraam ligt minder nadruk op het van oudsher sobere karakter van de Grondwet en meer op de maatschappelijke, normatieve en symbolische functies.⁵ Dat gaat gelijk op met de grotere aandacht voor de constitutie als complex van fundamentele geschreven en ongeschreven rechtsnormen voor de grondslagen van de staat als georganiseerd politiek-juridisch verband. Het sobere karakter hoeft niet langer een doorslaggevend argument te zijn om een onderwerp al dan niet in de Grondwet op te nemen.⁶ Zo bestaat er meer ruimte voor grondwetswijzigingen van modificerende of symbolische aard. De grondwetgever kan met een wijziging of aanvulling een maatschappelijke ontwikkeling in gang zetten of stimuleren (modificatie), ook als daarover

geen brede en duurzame overeenstemming bestaat. Bij zulke voorstellen, waarvan de constitutionele rijpheid nog niet is uitgekristalliseerd, ligt een zware motiveringseis wel in de rede. Vooraf moet ook duidelijk zijn welke consequenties een beoogde grondwetswijziging heeft voor geldende wetgeving, voor burgers en voor de rechtspraak.⁷

Constitutionele toetsing

Een goed voorbeeld van de veranderende opvattingen over de betekenis van de Grondwet in relatie tot de hierboven beschreven maatschappelijke ontwikkelingen is het voornemen om een vorm van rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet in te voeren. Dit in aanvulling op de rechterlijke toetsing die nu al plaatsvindt van lagere regelgeving aan de Grondwet, Europees recht en (mensenrechten)verdragen en van formele wetgeving eveneens aan Europees recht en (mensenrechten)verdragen. Lang heeft de opvatting gedomineerd dat het alleen aan de wetgever (regering en parlement) zelf is om een oordeel over de grondwettigheid van wetten te geven.

Een mogelijke invoering van rechterlijke constitutionele toetsing ontslaat de medewetgevers natuurlijk niet van de verplichting om zelf ervoor te waken dat wetsvoorstellen in strijd komen met regels van constitutioneel recht. De regering wijst er terecht op dat invoering van rechterlijke constitutionele toetsing hand in hand zou moeten gaan met versterkte constitutionele toetsing in de fase waarin de wet tot stand komt. Dit zou overigens ook zonder invoering van de rechterlijke toetsing zinvol zijn. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft in de afgelopen jaren meer en scherper ingezet op een constitutionele analyse van wetsvoorstellen, waarin toetsing vooraf aan de Grondwet een prominente plek inneemt. Een versterkte aandacht in het parlement voor de advisering op dit punt is aan te bevelen. De voorgenomen instelling van een tijdelijke commissie grondrechten en constitutionele toetsing in de Tweede Kamer⁸ kan daaraan wellicht bijdragen.

Over de invoering van constitutionele toetsing bestaat nog geen duidelijkheid; noch over de reikwijdte daarvan, noch over de vorm. De hoofdvragen zijn: wat wordt er getoetst, welke rechter toetst aan welke onderdelen en wat zijn de exacte rechtsgevolgen?⁹ Bij de rechtspraak bestaat een duidelijke voorkeur voor een 'gespreide toetsing' (toetsing door elke rechter aan wie een kwestie is voorgelegd) van wetten aan de klassieke grondrechten, waarbij de mogelijkheid dat ook wordt getoetst aan sociale grondrechten niet op voorhand moet worden uitgesloten.¹⁰ Grondwetsherzieningsvoorstellen hiervoor zijn echter nog niet ingediend.

Invoering van constitutionele toetsing roept overigens ook andere vragen op. Zoals de vraag of constitutionele toetsing zich ook zal uitstrekken tot algemene en deels ongeschreven rechtsbeginselen. De reden waarom deze toetsing nu nog is uitgesloten is immers dezelfde als die voor het toetsingsverbod aan de Grondwet geldt: toetsing daaraan wordt vooralsnog in strijd geacht met het primaat van de wetgever.¹¹ Maar toetsing aan algemene rechtsbeginselen zou een grotere en mogelijk noodzakelijke¹² rechtsbescherming kunnen bieden aan burgers, wanneer een wet met een gebonden bevoegdheid wordt toegepast en die toepassing in een concreet geval te streng uitvalt.¹³ In de rechtspraak, literatuur en wetgeving bestaat in het huidige tijdsgewricht veel aandacht voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.¹⁴ Bij de vormgeving van de constitutionele toetsing zal daarom de betekenis van algemene rechtsbeginselen moeten worden meegewogen.

Een andere vraag is hoe de toetsing door de bestuursrechter eruit zou moeten zien. De

bestuursrechter zou bij invoering van constitutionele toetsing via exceptieve toetsing (toetsing van de achterliggende regel waarop het bestreden besluit berust) wetten in formele zin met gebonden bevoegdheden kunnen toetsen. Hierdoor wordt het als onwenselijk beschouwde onderscheid tussen wetten in formele zin en andere algemeen verbindende voorschriften opgeheven. Ook worden pleidooien gehouden om in het kader van een effectieve rechtsbescherming zelfstandig beroep in te kunnen stellen tegen algemene regels, waardoor mogelijke onregelmatigheden in de regelgeving direct op zaak-overstijgend niveau door de bestuursrechter aan de orde kunnen worden gesteld.¹⁵

Mogelijke uitbreidingen van de constitutionele toetsing moeten worden gezien en gewogen tegen de achtergrond van het discours over maatwerk en responsiviteit in het bestuursrecht dat de afgelopen jaren een grote vlucht heeft genomen. In het kader van de responsieve rechtsstaat zal naast de aandacht voor het individuele geval ook ruimte moeten bestaan voor de rechtsvormende taak van de bestuursrechtspraak. Zonder oog voor het collectief belang schiet maatwerk immers zijn doel voorbij.¹⁶ Deze spanning, ook wel aangeduid als maatwerkparadox, vraagt zowel van de wetgever als van de bestuursrechter een bezonnen oordeel. Het is daarom wenselijk als fundamenteel wordt nagedacht over de mogelijke meerwaarde van een grondwettelijke inbedding van grondslagen en beginselen van het bestuursrecht.¹⁷

De vraag of innovatie van de Grondwet is vereist, kan juist ook aan de orde komen wanneer de toetsbaarheid van grondrechten in de Grondwet nader wordt gezien. De vraag is bijvoorbeeld of de zogeheten beperkingssystematiek van grondrechten niet zou moeten worden herzien als constitutionele toetsing in enige vorm mogelijk zal worden. Deze beperkingssystematiek gaat er nu voornamelijk van uit dat het stellen van beperkingen in de uitoefening van grondrechten slechts kan plaatsvinden bij of krachtens een wet in formele zin. Criteria daarvoor geeft de Grondwet nauwelijks, op enkele doelcriteria en vormvoorschriften na. Voorstelbaar zou zijn dat meer inhoudelijke criteria, die bij de totstandkoming van de Grondwet 1983 wel aan de orde werden gesteld, in enige vorm constitutionele verankering krijgen. Het gaat dan om kwaliteitseisen zoals een precieze formulering van de grondrechtenbeperkende wet, zodat duidelijk is welk concreet grondrecht beoogd wordt en wat de omvang van de beperking kan zijn, en de evenredigheid van de grondrechtenbeperking. Een volgende vraag die zal moeten worden gezien is die naar de concrete toetsbaarheid door de rechter van de zorgplichten van de overheid die in de sociale grondrechten zijn opgenomen.¹⁸

Toekomstbestendig?

Nu de Grondwet centraler in de maatschappelijke, juridische en politieke belangstelling is komen te staan, dringt zich nadrukkelijker dan voorheen de vraag op of de Grondwet meer in het algemeen nog voldoende actueel is om duurzaam als rechtsstatelijk en maatschappelijk ankerpunt te kunnen dienen. Deze vraag wordt mede gesteld onder verwijzing naar andere constitutionele rechtsbronnen zoals het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, mensenrechtenverdragen en grondwettelijke regelingen van andere landen.¹⁹ Zo komen daarin bijvoorbeeld voor het recht op een behoorlijk bestuur, het proportionaliteitsvereiste, het evenredigheidsbeginsel inzake delicten en straffen, de vrijheid en pluriformiteit van media, de vrijheid van kunsten en wetenschappen en expliciete bepalingen over klimaatzorg. Al eerder werd verwezen naar normerende regelgeving op Europees niveau over de ontwikkeling en het gebruik van AI en andere digitale technologieën, waarbij internationale grondrechten een wezenlijke rol spelen.

Tegen de achtergrond van deze internationale ontwikkelingen zou opnieuw kunnen worden verkend of verdere modernisering en uitbreiding van de grondrechtencatalogus in de Grondwet aangewezen is. Ook zou nader kunnen worden bezien of het niet wenselijk is om belangrijke staatsrechtelijke beginselen en conventies, zoals bijvoorbeeld de vertrouwensregel, expliciet in de Grondwet te verankeren. Zulke brede verkenningen passen in het streven naar een modern grondwetsherzieningsbeleid, waarin op een meer integrale wijze invulling wordt gegeven aan de noodzaak tot duurzame vormgeving van de rechtsstaat.

Een rechtsstatelijke cultuur

De rechtsstaat is pas echt betekenisvol en weerbaar als die wordt gekend, gedragen, onderhouden en waar nodig wordt doorontwikkeld. Daarvoor is een rechtsstatelijke cultuur onontbeerlijk. Eerder heeft de Raad van State al gewezen op het belang van een dergelijke cultuur.¹ De Grondwet treedt in onze democratische rechtsstaat niet sterk op de voorgrond. Het 'constitutionele leven' speelt zich vaak af buiten de Grondwet om, onder meer omdat rechterlijke toetsing veelal gebeurt aan internationale en Europeesrechtelijke mensenrechtenbepalingen. In het publieke debat was er mede daardoor van oudsher weinig aandacht voor het eigen constitutionele erfgoed.

Nu dit erfgoed de afgelopen jaren meer in de nationale belangstelling is komen te staan, kan dit het debat verrijken en bijdragen aan een sterkere rechtsstatelijke cultuur. In het bijzonder kan dit ook het geval zijn als de maatschappelijke functie van de Grondwet meer op de voorgrond komt te staan. Zoals de Adviesraad Internationale Vraagstukken enkele jaren geleden al terecht constateerde, worden werking en versterking van de rechtsstaat telkens bepaald door een wisselwerking van de institutionele inrichting van de staat en de politieke en juridische cultuur van het land.² In het verlengde hiervan stelde de Staatscommissie parlementair stelsel in 2018 vast dat voor alle burgers voldoende kennis van de democratische rechtsstaat en het functioneren daarvan van cruciaal belang is voor de kwaliteit van hun burgerschap.³ Ook de Raad voor het Openbaar Bestuur bepleit een sterkere rechtsstatelijke cultuur, waaraan een rechtsstaatagenda zou kunnen bijdragen.⁴

De Venetië-commissie wees in haar oordeel over de rechtsbescherming van burgers in Nederland erop dat de rule of law niet alleen geschraagd wordt door instituties en formele waarborgen, maar ook door de politieke en juridische cultuur binnen de samenleving. Zoals de Venetië-commissie terecht stelde, vereist dit een politieke cultuur met een hoge graad van bewustzijn van de rule of law met inbegrip van de betekenis daarvan voor politieke besluiten en zelfbeheersing wanneer politieke wensen daarmee in strijd zijn. Evenals een juridische cultuur waarin de rule of law geaccepteerd is als kader en als begrenzing van democratische beslissingen en beleid.⁵ Dit laatste is met name relevant omdat ons constitutioneel bestel voor het bestaan en behoud van die cultuur weinig waarborgen bevat en de nodige ruimte biedt voor pragmatisme. De waarden en normen van de rechtsstaat kunnen dan gemakkelijk op de achtergrond raken.⁶

Een betekenisvol gevolg van de toeslagenaffaire is dat het politieke en publieke gesprek over Grondwet en rechtsstaat sindsdien pregnanter wordt gevoerd dan daarvoor. De instelling van de Staatscommissie rechtsstaat is hiervan ook het directe gevolg geweest. Ook het besef

dat een grotere kennis van de inrichting en de werking van de democratische rechtsstaat bij alle betrokkenen wenselijk is, lijkt te zijn doorgedrongen. Veel mensen vinden dat de Grondwet meer aandacht verdient, terwijl de kennis tegelijkertijd achterblijft bij zowel theoretisch als praktisch opgeleiden.⁷ Een cultuur van 'constitutionele geletterdheid' vraagt daarom nog veel inzet. In het bijzonder kan gewezen worden op de noodzaak van goed en grondig burgerschapsonderwijs op alle onderwijsniveaus en voldoende kennis en inzicht bij allen die binnen de verschillende staatsmachten besluiten nemen, daarop invloed uitoefenen of daarover berichten.

Als het komt tot een vorm van constitutionele rechterlijke toetsing, zal de invoering daarvan vermoedelijk de zichtbaarheid van de Grondwet en de betekenis van een rechtsstatelijke cultuur versterken. Een expliciet politiek debat over de constitutionele en rechtsstatelijke aspecten van voorgestelde wetgeving, mede aan de hand van het beoordelingskader van de Afdeling advisering, kan daaraan eveneens bijdragen. Beide kunnen het vertrouwen van de burger in een goed functioneren van de rechtsstaat vergroten.

In een sterke rechtsstatelijke cultuur is het verder van belang dat de rol en taak van de verschillende instituties binnen de rechtsstaat worden begrepen en gerespecteerd, zowel door andere instituties als door burgers. Dat geldt ook voor de kaders waarbinnen de bestuursrechter kan en mag optreden. De bestuursrechter kan in individuele gevallen rechtsbescherming aan burgers bieden, maar moet zich daarbij houden aan de grenzen van het recht.

In uitspraken geeft de Afdeling bestuursrechtspraak steeds vaker aan wanneer zij bij de toepassing van het recht op (wettelijke) regelingen stuit die onvoorziene of onbedoelde nadelige gevolgen voor burgers hebben. In een aparte overweging onder de titel 'terugkoppeling' wordt hiervan in de uitspraken melding gemaakt.⁸ Door deze terugkoppeling kunnen signalen over de werking van de wet in concrete gevallen worden doorgegeven aan de wetgever en wordt de positie van zowel rechter als wetgever verduidelijkt. Deze werkwijze van terugkoppeling is door de Afdeling bestuursrechtspraak ontwikkeld naar aanleiding van de toeslagenaffaire. Ook dit is een belangrijke innovatie.⁹

Een sterke rechtsstatelijke cultuur vraagt niet alleen om zorgvuldige omgang, respect en begrip van de belangrijkste institutionele spelers, maar zoals aangegeven ook om structurele aandacht en kennisvorming bij burgers, in veel publieke sectoren zoals onderwijs en bij professionals, managers, bestuurders en volksvertegenwoordigers. Behalve kennis zijn ook vaardigheden van belang om responsiviteit, procedurele rechtvaardigheid en eerlijke behandeling te bewerkstelligen. Als daaraan gerichte zorg wordt besteed, biedt dat goede mogelijkheden om kernvormen van sociale onvrede (overdreven wantrouwen, sterke polarisering, complotdenken) te duiden en tegen te gaan.¹⁰

Slot

In een snel veranderende en turbulente wereld is de democratische rechtsstaat nog steeds de ultieme randvoorwaarde en waarborg voor vreedzame (co-)existentie en voorspoed. Dat spreekt niet vanzelf.

De democratische rechtsstaat functioneert weliswaar, maar staat niettemin onder druk, zowel intern als extern door geopolitieke bedreigingen. Verleidingen van autocratische en technocratische tendensen en algocratie vormen een niet te onderschatten risico. Het is enerzijds zaak om de voedingsbodem voor deze verleidingen weg te nemen en anderzijds om de rechtsstaat niet alleen te onderhouden, maar ook te versterken en door te ontwikkelen. Drie kernvoorwaarden zijn belangrijk: stabiele instituties waarvoor toereikende middelen beschikbaar zijn, het waarborgen van de nationale soevereiniteit in de context van een robuuste internationale rechtsorde, en een cultuur waarin de democratische rechtsstaat wordt begrepen, gedragen en uitgedragen. De weerbaarheid van de democratische rechtsstaat kan op verschillende gebieden worden verbeterd, onder meer door wetgeving met betrekking tot politieke partijen en door het moderniseren en toekomstbestendig maken van het staatsnood- en crisisrecht. Innovatie of doorontwikkeling van de rechtsstaat is eveneens nodig. Daarvoor kunnen drie uitgangspunten worden geïdentificeerd: vernieuwing waar het knelt, niet meer maar beter, en niet alleen slim maar ook verstandig. Doorontwikkeling kan plaatsvinden bij digitale technologieën, in de maatschappelijke functie en toekomstbestendigheid van de Grondwet en in een sterkere rechtsstatelijke cultuur. In dit kader doet de Raad van State enkele gerichte aanbevelingen.

Voor het verstandig en niet alleen maar slim gebruik van AI en andere digitale technologieën is het wenselijk om regulering en toezicht te ontwikkelen. Daarbij is het van groot belang dat burgers in de gelegenheid zijn om kennis te nemen van de gegevens die de overheid over hen bewaart of gebruikt en dat zij deze tijdig en eenvoudig kunnen corrigeren. Onnodige gegevens moeten zij uit overheidssystemen kunnen laten verwijderen. Ook verdient een recht op informatie aanbeveling, wat behelst dat in een besluit staat of gebruik wordt gemaakt van algoritmen en hoe daarover informatie kan worden verkregen. Verder verdient aanbeveling om in hoofdstuk 4 van de Awb een nieuwe titel op te nemen over algoritmische besluitvorming. Het bestuursprocesrecht kan ook meer op deze vormen van besluitvorming worden toegesneden. Hiernaast zou het wenselijk zijn om een recht op toegang en zinvol contact met de overheid als een nieuw beginsel van behoorlijk bestuur te ontwikkelen. Bovendien betekent verstandig gebruik van digitale technologieën ook het gebruikmaken ervan om bestaande systemen en (toegang tot) rechtsstatelijke arrangementen te verbeteren. De aannames en veronderstellingen die voorafgaan aan de inzet van voortschrijdende digitale technologieën moeten publiekelijk doordacht en besproken worden, tegen de achtergrond van de ultieme menselijke beslissingsmacht en verantwoordelijkheid.

Een (her)bezinning op de maatschappelijke functie van de Grondwet vereist een breder debat dan nu het geval is. Het is aan te bevelen dat een verkenning plaatsvindt naar het functioneren van grondrechten in het tijdperk van digitale ontwikkelingen en grote veranderingen op onder meer het gebied van klimaat. Een nadere doordenking van de huidige in de Grondwet opgenomen grondrechtencatalogus inclusief de mogelijke uitbreiding en de huidige beperkingssystematiek is daarbij nuttig, mede tegen de achtergrond van de mogelijke invoering van een vorm van constitutionele rechterlijke toetsing. Ook kan worden verkend of, en zo ja, hoe belangrijke ongeschreven staatsrechtelijke beginselen en conventies, zoals de vertrouwensregel, hun vertaling kunnen vinden in de Grondwet. Tot slot is op dit onderdeel een versterkte aandacht in het parlement voor de constitutionele aspecten van wet- en regelgeving aan te bevelen, mede aan de hand van de daartoe strekkende beoordeling van de Afdeling advisering.

Het zorgdragen voor een sterke, gedragen én uitgedragen rechtsstatelijke cultuur vraagt de inspanningen van velen. Het verdient aanbeveling als regering en parlement hieraan nadrukkelijk prioriteit geven en daarbij zowel de rechtspraak als andere voor de rechtsstaat relevante instituties en sectoren betrekken. Expliciet politiek debat over de constitutionele en rechtsstatelijke aspecten van wetsvoorstellen, kan daaraan bijdragen, evenals het voortzetten van de zogenoemde 'rechtsstaatdialogen'. Een sterke rechtsstatelijke cultuur vraagt niet alleen om zorgvuldige omgang, respect en begrip van de belangrijkste institutionele spelers, maar ook om structurele aandacht en kennisvorming bij burgers en in veel publieke sectoren. Behalve kennis zijn ook vaardigheden van belang om responsiviteit, procedurele rechtvaardigheid en eerlijke behandeling te bewerkstelligen.