

**FORUM****KLASSIEKERS DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT #17: ROBERT ALEXY EN PROPORTIONALITEIT IN NEDERLAND****INGRID LEIJTEN - 17.08.2021**

Bij rechtsstatelijke klassiekers kun je aan van alles denken, zoals ook de eerdere bijdragen in deze reeks laten zien. Ik had hier kunnen schrijven over het inspirerende leven en werk van Ruth Bader Ginsburg, of over de woordkunst van Rabindranath Tagore als onderdeel van Martha Nussbaum's pleidooi voor meer empathie in het politieke denken. Het lijkt weinig origineel om in plaats daarvan te kiezen voor een constitutioneelrechtelijk boek. En toch ga ik het hier hebben over *Theorie der Grundrechte* van Robert Alexy, uit 1985 (vertaald als [A Theory of Constitutional Rights](#) door Julian Rivers in 2002). Niet alleen omdat dit boek veel invloed heeft gehad op mijn denken over grondrechten en rechtsstaat, maar omdat dit voor velen geldt. En tegelijkertijd omdat de Nederlandse discussie, zo blijkt althans in tijden van crises en affaires, nog wel zou kunnen profiteren van een nadere bestudering. Maar daar kom ik zo op.

Theorie der Grundrechte is Alexy's *Habilitationsschrift*. Een soort tweede proefschrift dat in veel gevallen slechts door een handjevol mensen wordt gelezen, al gold dat in dit geval dus niet. Net als Ronald Dworkin, maakt Alexy een onderscheid tussen *Regeln und Prinzipien* – wij zouden zeggen regels en beginselen. Recht heeft doorgaans de vorm van regels, die in een bepaalde situatie óf gelden, óf niet van toepassing zijn. Bij grondrechten is dat anders; die zijn in eerste instantie als *Prinzipien* op te vatten. Als zodanig zijn het optimalisatievereisten, of, dat klinkt mooier, *Optimierungsgebote* (of *optimization requirements*). Dit houdt in dat grondrechten, met inachtneming van de juridische en feitelijke mogelijkheden daartoe, *zoveel mogelijk* moeten worden gerealiseerd. Inderdaad, het gaat hier om eisen van proportionaliteit: beperkingen van grondrechten moeten niet alleen geschikt en noodzakelijk (feitelijke criteria), maar ook proportioneel *stricto sensu* (een juridisch criterium) zijn. Dit laatste komt ook terug in Alexy's 'afwegingswet', die geldt waar beginselen botsen: des te vergaander de beperking (of niet-ervulling) van het ene beginsel is, des te groter moet het belang van het vervullen van het andere beginsel zijn. Grondrechten worden slechts een 'regel' in de omstandigheden van het concrete geval, waarbij die regel verwijst naar de voorwaarden op basis waarvan het ene beginsel voorgaat op het andere. Zo kan de conclusie zijn dat een demonstratie die een risico voor de volksgezondheid vormt, onder bepaalde voorwaarden toch is toegestaan.

De combinatie ‘grondrechten en proportionaliteit’ is allang niet nieuw meer. Wat Alexy’s theorie (nog steeds) doet opvallen, is zijn gebruik van wiskundige formules. Want hoe weeg je beginselen nu precies tegen elkaar af en ga je objectief na of een beperking van een grondrecht proportioneel en daarmee gerechtvaardigd was? Eind 2019 nam ik deel aan een workshop waar ook Alexy acte de présence gaf. Hij kalkte het bord in het werkgroepzaaltje vol met formules, die hij naar eigen zeggen de avond ervoor na het diner en de nodige wijn nog weer verder had verfijnd. Rechtswetenschappers die behoren tot zijn ‘school’, onder wie inmiddels vele hoogleraren, penden ijverig mee. Ondergetekende deed dat ook, zichzelf wijsmakende dat ze al die formules na afloop nog eens heel goed zou bestuderen.

Proportionaliteitstoetsing is inderdaad alomtegenwoordig, maar waar velen het ‘de beste’ optie vinden (zoals democratie wel de *least bad* regeringsvorm wordt geacht), volgt dit volgens Alexy noodzakelijkerwijs uit het feit dat grondrechten beginselen zijn. Bij zijn theorie hoort een zeer ruime uitleg van grondrechten. *Prima facie* rechten moeten alles omvatten wat onder de betreffende norm kan worden geschaard en mogen het gebruik ervan niet bij voorbaat beperken. Dat wat uiteindelijk wordt beschermd, is vanwege de compromissen waartoe ons samenleven noodzaakt, (veel) beperkter.

Nog even los van Alexy’s ingewikkelde formules, vormt dit denken wat mij betreft een centraal onderdeel van een democratische rechtsstaat waarin grondrechten een effectieve en moderne rol vervullen. Het gaat daarbij niet enkel om de bescherming van een beperkte lijst omliggende vrijheden, maar over een breder spectrum aan fundamentele belangen die in verband staan met grondwettelijk en verdragsrechtelijk verankerde rechten en *zoveel mogelijk* gewaarborgd dienen te worden. En die steeds de mogelijkheid bieden (via de rechter) een rechtvaardiging voor het doen en laten van de overheid te verlangen. Dit geldt bij uitingen en waar het gaat om de persoonlijke levenssfeer, maar ook voor fundamentele belangen die verband houden met wonen of klimaat. Een afweging, met behulp van formules of als metafoor, door de rechter of – liever nog, in eerste instantie – door democratisch gelegitimeerde organen, zorgt ervoor dat maatregelen niet alleen aan het legaliteitsvereiste voldoen, maar ook een materiële waarborg bieden.

Nu naar Nederland. Wij kennen geen proportionaliteitstraditie. Onze grondrechtelijke beperkingssystematiek sluit aan bij het primaat van de wetgever en focust op procedurele competentievoorschriften die schril afsteken bij de uitgebreide proportionaliteitsoverwegingen die bijvoorbeeld de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) kenmerken. De coronamaatregelen werden in Nederland in eerste instantie bekritiseerd vanwege een ontbrekende wettelijke basis, terwijl verwijzingen naar proportionaliteit nog steeds maar lastig een goede plek in het juridische debat daarover vinden. Denk bijvoorbeeld aan uitspraken van de kortgedingrechter in zaken over de

[mondkapjesplicht](#) en de [avondklok](#), waarin de rechter het nodig achtte om in te gaan op de proportionaliteit, terwijl de juridische vraag daar niet over ging. Een gebrek aan ‘evenredigheidsbewustzijn’ bij wetgever, bestuur en bestuursrechter, mag bovendien als een van de oorzaken van de toeslagenaffaire worden aangemerkt.

Over die toeslagenaffaire gesproken: wat ik opvallend – maar niet per se verrassend – vind, is dat het 132 pagina’s tellende [eindverslag](#) van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, de termen ‘grondrecht’, ‘mensenrecht’ en ‘fundamenteel recht’ überhaupt niet bevat. Geconcludeerd wordt dat de grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden nu met de belangen van mensen te weinig rekening is gehouden. Een directe link met grondrechten, met het zoveel mogelijk beschermen van individuele rechten zoals vastgelegd in de Grondwet en in verdragen, ligt hier blijkbaar niet voor de hand – of werd door de betrokken actoren niet gelegd. In het licht van Alexy’s theorie is dit niet alleen bevreemdend, maar ook een gemis. Zouden grondrechten en de bijbehorende eis van proportionaliteit niet een centrale rol moeten spelen, ook bij het voorkomen van een nieuwe (toeslagen)affaire?

Maar er gloort hoop. Op 7 juli jl. verscheen de [conclusie](#) over het evenredigheidsbeginsel die staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel hebben genomen op verzoek van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Zij bepleiten dat de bestuursrechtelijke toetsing van evenredigheid moet aansluiten bij de drietraps-toets uit het EU-recht en de rechtspraak van het EHRM: geschiktheid, noodzakelijkheid, en proportionaliteit in enge zin. De indringendheid van de toetsing zou bovendien moeten afhangen van het gewicht van de aan de orde zijnde belangen en de vraag *in hoeverre* de maatregel grondrechten aantast. Hiermee lijkt het momentum voor proportionaliteit en een grondrechtendenken dat daarvan niet los kan worden gezien, ook in Nederland nu dan eindelijk daar te zijn.

Robert Alexy’s *Theorie der Grundrechte* is niet alleen vertaald in het Engels, maar ook in het Spaans, Koreaans, Portugees, Pools en Italiaans. Door de jaren heen ben ik heel wat promovendi uit Azië en Zuid-Amerika tegengekomen die druk bezig waren het werk van Alexy te bestuderen en ‘mee naar huis’ te nemen. Ik wil niet beweren dat onze promovendi hetzelfde zouden moeten doen, of dat het hoog tijd is voor een Nederlandse vertaling. Een Staat die zichzelf op de borst klopt vanwege zijn openheid ten aanzien van internationaal recht en internationale grondrechtenbescherming (uit Straatsburg) in het bijzonder, zou ook zo in staat moeten zijn te profiteren van het werk van Alexy en de voorbeelden daarvan uit de praktijk. Uiteindelijk vind ik Alexy’s gedetailleerde formules lastig te koppelen aan de weerbarstige realiteit, maar de uitgangspunten die eraan ten grondslag liggen, zijn moeilijk te betwisten. En een beter moment om daarmee in Nederland echt aan de slag te gaan, lijkt er niet te zijn.

