

*Mijnheer de Rector Magnificus,
'Hoe heeft het zover kunnen komen?'*

1. INLEIDING: TOESLAGENAFFAIRE, VERTROUWENS- CRISIS EN LEGITIMITEIT VAN OVERHEIDSOPTREDEN

‘Hoe heeft het zover kunnen komen’¹ dat het ‘ongekend onrecht’² van de kinderopvangtoeslagenaffaire zich jarenlang heeft voltrokken onder het toeziend oog van het parlement, de regering, de Belastingdienst en de rechter? Het gaat hier om belangrijke overheidsactoren die een cruciale rol spelen in de organisatie en het functioneren van de Nederlandse democratische rechtsstaat. Zij moeten zelf rechtmatig en behoorlijk optreden én hebben ten aanzien van elkaar controlerende taken in een systeem van *checks and balances*, van macht en tegenmacht.

Na het aftreden van de regering omwille van de toeslagenaffaire kwam Herman Tjeenk Willink in zijn eindverslag als informateur in 2021 tot de volgende vaststelling:

‘Het functioneren van de overheid zelf heeft de democratische rechtsorde aangetast. De overheid was een bedrijf dat goed “gemanaged” moest

1 ‘Toeslagenaffaire onder de loep: hoe kon het zó mis gaan?’, rtlnieuws.nl, 15 november 2020, ‘Gedupeerde ouder “Esther” weet nog wél heel goed te reconstrueren wat er fout ging in de toeslagenaffaire’, volkskrant.nl, 3 december 2020.

2 Commissie Kinderopvangtoeslag 2020.

worden met de burger als klant en kostenpost. Niet alleen Kamer en kabinet moeten zich die gevolgen aantrekken (...) maar ook instituties, zoals de Hoge Colleges van Staat, moeten zich afvragen of ze voldoende tegenwicht tegen de aantasting van de democratische rechtsorde hebben geboden.³

Verwondert het u in het licht van het voorgaande dat eind vorig jaar slechts 21% van de Nederlanders vanaf 15 jaar vertrouwen bleek te hebben in politici en maar 25% in de door hen rechtstreeks verkozen Tweede Kamer?⁴ Het vertrouwen in rechters, politie en gezondheidszorg bleek – gelukkig – met bijna 80% aanzienlijk hoger te zijn.⁵ Desondanks moet de terugval de voorbije jaren van het publieke vertrouwen in politieke instituties, zoals de Tweede Kamer en de regering,⁶ ons zorgen baren gelet op hun cruciale rol in de democratische rechtsstaat.

Het is zinvol vertrouwen te benaderen als een relationeel concept,⁷ in dit geval in de relatie tussen burger en overheid. In de democratische rechtsstaat vergt het vertrouwen van de burger in de overheid ook een overheid die zélf uitgaat van vertrouwen in de burger.⁸ Met betrekking tot deze wederzijdse vertrouwensrelatie tussen burger en overheid waarschuwde

3 'Eindverslag informateur Tjeenk Willink', tweedekamer.nl, 30 april 2021, Bijlage bij: *Kamerstukken II* 2020/21, 35788, nr. 24; zie ook Tjeenk Willink 2021.

4 'Onderzoek Sociale samenhang en welzijn van het CBS', cbs.nl, 9 mei 2023.

5 'Onderzoek Sociale samenhang en welzijn van het CBS', cbs.nl, 9 mei 2023.

6 'Nederlanders hebben onverminderd vertrouwen in de rechtsstaat (Staat van het Recht I)', ioresearch.nl, 9 september 2023: een terugval van 52% in 2018 naar 29% in 2023 voor de Tweede Kamer en van 46% in 2018 naar 25% in 2023 voor de regering.

7 Zie Robbins 2016, p. 972-986.

8 'Eindverslag informateur Tjeenk Willink', tweedekamer.nl, *Kamerstukken II* 2020/21, 35788, nr. 24, p. 3 en 7.

toenmalig Nationale ombudsman Alex Brenninkmeijer zo'n tien jaar geleden al:

'Met een uitdijend woud van soms tegenstrijdige regels wil de overheid grip krijgen op zo'n beetje alles. Wantrouwen is daarbij het uitgangspunt. Terwijl de meeste mensen deugen. (...) De goede verbinding tussen overheid en burger raakt zoek.'⁹

Doet al het voorgaande u wat als jurist, als student, als burger, als mens? Mij in elk geval wel, zeker met de verstrekkende gevolgen die publieke gezagsuitoefening op ons leven kan hebben en zeker ook nu, meer dan ooit, met de enorme maatschappelijke uitdagingen waar we samen voor staan.

In een rechtsstaat is er geen betrouwbaar overheidsoptreden mogelijk als burgers er niet op kunnen vertrouwen dat belangrijke rechtsstatelijke waarden zoals legaliteit, behoorlijk bestuur, rechtsbescherming en menselijke waardigheid steeds vooropstaan. In deze oratie zal ik daarom dieper ingaan op de wortels van de huidige vertrouwenscrisis tussen burger en overheid, een crisis die voor een deel verklaard kan worden door evoluties in de voorbije decennia in de organisatie en het functioneren van de overheid. Ik geloof daarbij dat vanuit het vakgebied van mijn leerstoel, het staatsrecht, een pad naar oplossingen met enkele relatief eenvoudige wegwijzers voorhanden is. Vooraleer we samen op pad gaan en daar hopelijk allen werk van kunnen maken, moeten we eerst en vooral het bos door de bomen proberen te zien.

9 'Ombudsman: De overheid wantrouwt haar burgers', trouw.nl, 25 april 2013.

Vooraleer we het woud van de complexe overheid induiken, is het nuttig om eerst nog even stil te staan bij de functies die het staatsrecht kan vervullen.

Aan het staatsrecht worden traditioneel drie functies toegedicht:¹⁰ 1° de constituerende functie (het instellen van overheidsambten), 2° de attribuerende functie (het toekennen van bevoegdheden aan die ambten), en 3° de regulerende of waarborgende functie (de bescherming van burgers tegen machtsuitoefening door de overheid door het normeren van publiek gezag). Met betrekking tot deze laatste functie is uit de toeslagenaffaire op pijnlijke wijze gebleken dat de bescherming van burgers tegen ingrijpend overheidsoptreden geen automatisch gegeven is.

Geregeld wordt het staatsrecht ook nog een vierde functie toebedeeld: de legitimerende functie, namelijk het bijdragen aan de aanvaarding en het vertrouwen van burgers in de uitoefening van overheidsgezag; het bijdragen aan de legitimiteit van de overheid dus.¹¹ In zijn handboek *Constitutioneel recht* gaf Tijn Kortmann aan dat legitimatie geen juridisch, maar eerder een psychologisch verschijnsel is; het staatsrecht heeft, aldus Kortmann, geen legitimerende *functie* maar enkel een legitimerend *effect*, onder meer door de positivering van bepaalde ‘waarden’ in het recht.¹² Zelf treed ik graag Hansko Broeksteeg bij waar hij in 2020 in een preadvies aangeeft dat legitimeren misschien niet gaat om een zuiver *juridische*

¹⁰ Kortmann 2016, p. 8.

¹¹ Zie o.a. de preadviezen van M.C. Burkens, H. Daudt, A.M. Donner, R.A.V. van Haersolte, H.Th.J.F. van Maarseveen, G.H. Scholten en K.G. de Vries voor de interdisciplinaire staatsrechtconferentie van 1974 in Burkens & Van Maarseveen 1974; Van der Pot e.a. 2006, p. 52 e.v.

¹² Kortmann 2016, p. V.

functie van het staatsrecht, maar zeker wel een *maatschappelijk relevante functie*.¹³ De inhoud van het recht, het staatsrecht, en de uitwerking ervan in de organisatie en werking van de overheid hebben immers een belangrijke invloed op het vertrouwen van burgers in dat recht en in de machtsuitoefening door de overheid die op dat recht is gebaseerd én die door dat recht wordt begrensd. De legitimerende functie van het staatsrecht hangt dus ook nauw samen met de regulerende functie.¹⁴

Maar door allerlei ontwikkelingen staat de legitimiteit van overheidsoptreden onder druk. Dit doet de vraag rijzen of het staatsrecht erin slaagt om in de complexe rechtsorde ook haar legitimerende functie afdoende te verwezenlijken door bij te dragen aan de vertrouwensrelatie tussen burgers en overheid. De huidige vertrouwenscrisis is problematisch gezien de grote maatschappelijke uitdagingen waar we voor staan, zoals de klimaatcrisis¹⁵ en de groeiende vermogensongelijkheid.¹⁶ Daarnaast is er afdoende legitimering nodig voor de machtsuitoefening door de overheid, die zeer ingrijpend kan zijn voor de individuele rechtspositie van de burger. De overheid bepaalt bijvoorbeeld wie toegang krijgt tot het land en kan een burger letterlijk van diens vrijheid beroven. De overheid kent u een kinderopvangtoeslag toe of kan onrechtmatig ontvangen toeslagen terugvorderen, zelfs als kinderen daardoor in een pleeggezin geplaatst dreigen te worden.¹⁷

13 Broeksteeg 2022, p. 7.

14 Broeksteeg 2022, p. 8.

15 Ripple e.a. 2020.

16 Van Bavel 2016; 'Groeierende vermogensongelijkheid versterkt door coronacrisis: "Bal ligt bij politiek"', [eenvandaag.avrotros.nl](https://www.avrotros.nl), 17 april 2021.

17 Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), 'Uithuisplaatsingen onder gedupeerden toeslagenaffaire', [cbs.nl](https://www.cbs.nl), 18 oktober 2021; Binnenlands Bestuur, 'Minstens duizend uithuisplaatsingen bij toeslagenouders', [binnenlandsbestuur.nl](https://www.binnenlandsbestuur.nl), 19 oktober 2021.