



De Grondwet van 1848 tot nu

Ontwikkelingsgeschiedenis, cruciale
leerstukken en toekomstperspectief

In 2023 is de grondwetsherziening van 1983 40 jaar oud, maar bestaat ook de grondwetswijziging van 1848 175 jaar. Die Grondwet legde de basis voor de parlementaire democratie.

De Grondwet van 1848 tot nu gaat over 40 jaar en 175 jaar Grondwet en is aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties gepresenteerd op een symposium op 2 november 2023. In deze bundel behandelen verschillende wetenschappers de ontwikkeling van de Grondwet sinds 1848 en 1983. Zij kijken naar de effectiviteit en functionaliteit van de Grondwet in het licht van de uitdagingen van het verleden en die van de toekomst. Is de Grondwet op het door hen beschouwde punt toekomstbestendig of verdient zij verdere aanpassing, en zo ja hoe?

Als de historische grondwettelijke ontwikkeling één ding leert, dan is het wel dat ondanks de functie om principes en regels te bestendigen, de Grondwet vooral ook 'actueel' moest en moet zijn om de fundamentele waarden van democratie, rechtsstaat en goed bestuur te kunnen blijven beschermen en bevorderen. Om die reden is ook een aantal aanbevelingen die in deze bundel zijn geformuleerd op een rijtje gezet.

Met bijdragen van: Paul Bovend'Eert, Bert van den Braak, Kathalijne Buitenweg, Monica Claes, Annelien de Dijn, Janneke Gerards, Lisanne Groen, Joris Gijsenbergh, Toon Kerkhoff, Alexander van Kessel, Karin van Leeuwen, Ingrid Leijten, Leontine Loeber, Solke Munneke, Klaartje Peters, Joost Sillen, Maarten Stremmer, Ashley Terlouw, Gerrit Voerman en Antonia Waltermann.



 MONTESQUIEU INSTITUUT
VAN WETENSCHAP NAAR SAMENLEVING

www.montesquieu-instituut.nl

Boomjuridisch

De Grondwet van 1848 tot nu

De Grondwet van 1848 tot nu

Ontwikkelingsgeschiedenis, cruciale leerstukken en toekomstperspectief

Redactie: Aalt Willem Heringa, Ronald Kroeze en Kutsal Yesilkagit

Met bijdragen van: Paul Bovend'Eert, Bert van den Braak, Kathalijne Buitenweg, Monica Claes, Annelien de Dijn, Janneke Gerards, Lianne Groen, Joris Gijsenbergh, Toon Kerkhoff, Alexander van Kessel, Karin van Leeuwen, Ingrid Leijten, Leontine Loeber, Solke Munneke, Klaartje Peters, Joost Sillen, Maarten Stremmer, Ashley Terlouw, Gerrit Voerman en Antonia Waltermann

Deel 23 van de Montesquieu-reeks

Boom juridisch

Den Haag

2023

Het Montesquieu Instituut is het kenniscentrum parlementaire democratie. Een multidisciplinair onderzoeksinstituut voor vergelijkende parlementaire geschiedenis en constitutionele ontwikkeling in de Europese Unie. Het Montesquieu Instituut heeft als doel bij te dragen aan de verbetering van de (Europese) parlementaire democratie. Het werkt samen met andere wetenschappelijke instellingen in Nederland en in Europa om wetenschappelijke kennis aan te laten sluiten bij het maatschappelijk belang. Het Montesquieu Instituut doet dit door periodieke uitgaves zoals bundels, policy papers, de digitale nieuwsbrief de Hofvijver evenals publieke en toegankelijke evenementen.

Partners van het Montesquieu Instituut zijn:

- de Universiteit Leiden, Faculteit Governance and Global Affairs, Den Haag;
- het Centrum voor Parlementaire Geschiedenis, Radboud Universiteit, Nijmegen;
- de sectie Staatsrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Maastricht University, Maastricht;
- het Documentatiecentrum Nederlandse Politieke Partijen, Rijksuniversiteit Groningen, Groningen;
- Stichting PDC, Den Haag.

Montesquieu Instituut
p/a Lange Voorhout 86-32
2514 EJ Den Haag
070-363 01 05
www.montesquieu-instituut.nl

Illustratie omslag: Arend van Dam (www.arendvandam.com)

© 2023 Montesquieu Instituut, Den Haag | Boom juridisch

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veele-
voudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige
wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande
schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van veelevoudigheden uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet
of de reprorechtregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan
Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het veelevoudigen en open-
baar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale)
leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgevers-
organisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without
written permission from the publisher.*

ISBN 978-94-6212-870-5
ISBN 978-94-0011-357-2 (e-book)
NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoudsopgave

1	Inleiding	11
	<i>Aalt Willem Heringa, Ronald Kroeze en Kutsal Yesilkagit</i>	
I	ALGEMEEN	19
2	De waardering van de Grondwet: een historische verkenning	21
	<i>Karin van Leeuwen</i>	
2.1	Inleiding	21
2.2	1848: de ‘heerschappij der wet’	23
2.3	1887: ‘richtsnoer’ voor democratische politiek	26
2.4	1953: inbedding in een internationaal kader	28
2.5	1983/2022: de herwaardering van de Grondwet	29
2.6	Besluit: 1848 – 1948 – 2048?	30
3	Je kunt niet aan de gang blijven	33
	<i>Bert van den Braak</i>	
3.1	Inleiding	33
3.2	Belangrijke wijzigingen die het niet haalden	34
3.3	Correctief referendum	35
3.4	De Eerste Kamer	36
3.5	Procedure grondwetsherziening	38
3.6	Revolutionaire volksvertegenwoordigers	40
3.7	Gekozen formateur	41
3.8	Toetsingsverbod	41
3.9	Europese Unie	42
3.10	Beperkte niet-gerealiseerde wijzigingen	43
II	PARLEMENTAIR STELSEL	47
4	De vertrouwensregel in de schaduw van de Grondwet	49
	<i>Paul Bovend'Eert</i>	
4.1	Inleiding	49
4.2	Machtenscheiding en checks and balances 1814-1848	50
4.3	Grondwetsherziening van 1848	52
4.4	1866-1868	53
4.5	Rechtskarakter van de vertrouwensregel	54

4.6	Verdere ontwikkelingen	55
4.7	Geen codificatie bij de grondwetsherziening van 1983	57
4.8	Inhoud van de vertrouwensregel	58
4.9	Recente ontwikkelingen	59
4.10	Slot: Codificatie van de vertrouwensregel	62
5	De ‘zwakke’ stee in het staatsbestel?	65
	<i>Alexander van Kessel</i>	
5.1	Inleiding	65
5.2	Staatsrecht en kabinetsformatie	65
5.3	Conventies, praktijken en ongeschreven staatsrecht	67
5.4	Grijs gebied – vóór en na 2012	71
5.5	Aanvullende regels?	74
6	Meer dan 175 jaar vragen: het parlementaire inlichtingenrecht	79
	<i>Solke Munneke</i>	
6.1	Introductie van het parlementaire inlichtingenrecht in de Grondwet van 1848	79
6.2	Het parlementaire inlichtingenrecht in de aanloop naar 1983 en 1987	84
6.3	Op zoek naar een nieuwe bestuurscultuur	86
6.4	Waar staan we nu en waar gaan we naartoe?	90
III	DEMOCRATISERING, KIESSTELSEL EN POLITIEKE PARTIJEN	93
7	Het Nederlandse volk: eenheid en lappendeken	95
	<i>Kathalijne Buitenweg</i>	
7.1	Inleiding	95
7.2	Het Volk	96
7.3	De Kiezer	98
7.4	De vertegenwoordigde	100
7.5	De burger	104
7.6	Tot slot	106
8	De Grondwet en het kiesrecht; een voltooid ontwikkeling of niet?	109
	<i>Leontine Loeber</i>	
8.1	Inleiding	109
8.2	Historische ontwikkeling kiesrecht en kiesstelsel	110
8.3	Overig	118
8.4	Discussiepunten	119
8.5	Conclusies	121

9	De politieke partijen: wel in de wet, niet in de Grondwet?	123
	<i>Joris Gijsenbergh en Gerrit Voerman</i>	
9.1	Inleiding	123
9.2	Europees perspectief	124
9.3	Nederlandse debatten over constitutionele codificatie	127
9.4	Conclusie	134
IV	BESTUURLIJKE ORGANISATIE	137
10	Decentralisatie: de Grondwet en de Nederlandse praktijk	139
	<i>Klaartje Peters</i>	
10.1	Inleiding	139
10.2	De Grondwet van 1848	140
10.3	De grondwetswijziging van 1983	142
10.4	Heden: de betekenis van artikel 124 in de praktijk	143
10.5	Tot slot	149
	Literatuur	150
11	Grondwet, bestuurlijke organisatie van de Rijksoverheid en waarden van goed bestuur	151
	<i>Toon Kerkhoff</i>	
11.1	Inleiding	151
11.2	Grondwet, publieke waarden en de interne (re)organisatie van de Rijksoverheid	153
11.3	Grondwet, publieke waarden en grondrechten	157
11.4	Concluderende opmerkingen: de Grondwet als gedeelde publieke moraliteit?	160
V	INTERNATIONALISERING/EUROPEANISERING	163
12	De Grondwet tussen Nederland en Europa	165
	<i>Joost Sillen en Maarten Stremmer</i>	
12.1	Inleiding	165
12.2	De grondwetsherzieningen van 1953 en 1956	165
12.3	De ontwikkelingen na 1956	169
12.4	Gevolgen voor het Nederlandse staatsrecht	173
12.5	Europeanisering en de functie van de Grondwet	176

13	Soevereiniteit in de context van europeanisering en globalisering	179
	<i>A.M. Waltermann</i>	
13.1	Inleiding	179
13.2	Soevereiniteit in de context van globalisering en europeanisering	180
13.3	De betekenis van soevereiniteit	182
13.4	De mogelijkheid en wenselijkheid van overdracht	185
13.5	Conclusies en blik naar de toekomst	187
VI	GRONDRECHTEN	189
14	175 Jaar grondrechten in de Grondwet	191
	<i>Janneke Gerards</i>	
14.1	Inleiding	191
14.2	Van klassiek naar modern ...	193
14.3	... maar toch verouderd	198
14.4	De grondrechtencatalogus als ondergeschoven kindje	202
14.5	Conclusie en vooruitblik	204
	Literatuur	205
15	Grondrechten als basis van de vrijheid	209
	<i>Annelien de Dijn</i>	
15.1	Inleiding	209
15.2	'Klassieke' versus sociale grondrechten	210
15.3	Democratische en individuele rechten	212
15.4	De plaats van democratische rechten in de Nederlandse Grondwet	216
	Literatuur	219
16	Het gelijkheidsbeginsel van artikel 1: vliegwiel of symbool?	221
	<i>Ashley Terlouw</i>	
16.1	Introductie	221
16.2	In steen gebeitelde eeuwigheidswaarde of levend instrument	222
16.3	Wel of geen expliciete gronden?	225
16.4	Weinig effectief symbool of vliegwiel?	228
16.5	Toekomst van art. 1 Grondwet	231

VII	RECHTSSTAAT	233
17	'De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat'	235
	<i>Lisanne Groen</i>	
17.1	Inleiding	235
17.2	Een nieuw fenomeen?	235
17.3	Aanloop naar de huidige algemene bepaling	239
17.4	Inhoud en functie van de algemene bepaling	243
17.5	Een subtiel, maar niet verwaarloosbaar verschil?	245
18	De rol en plaats van de rechter in de Grondwet	251
	<i>Ingrid Leijten</i>	
18.1	Inleiding	251
18.2	Rechter, rechtspraak, rechterlijke macht	252
18.3	Het recht op een eerlijk proces	258
18.4	Het toetsingsverbod	259
18.5	Blik op de toekomst	262
VIII	EVALUATIES	265
19	De Nederlandse Grondwet in vergelijkend perspectief: achterblijver, voortrekkers of geluksvogel?	267
	<i>Monica Claes</i>	
19.1	Inleiding	267
19.2	Een sobere Grondwet in een sobere grondwetscultuur	268
19.3	De Nederlandse Grondwet in vergelijkend perspectief: de Nederlandse paradox	270
19.4	Het 'gemeenschappelijk Europees constitutioneel erfgoed'	272
19.5	Nederland en het Europees constitutioneel erfgoed	275
19.6	Conclusie	277
20	Slot: Doet de Grondwet wat zij moet doen en is zij toekomstbestendig?	279
	<i>Aalt Willem Heringa, Ronald Kroeze en Kutsal Yesilkagit</i>	
	Voorstellen en suggesties	285
	Personalia	289
	Montesquieu Reeks	293

1

Inleiding

Aalt Willem Heringa, Ronald Kroeze en Kutsal Yesilkagit

‘een leesbaar en herkenbaar document waarop elke burger recht heeft, een eigentijds, hecht fundament voor onze democratie’¹

Zo omschreef minister-president Ruud Lubbers, gestoken in een donker driedelig pak, de herziene Grondwet tijdens de officiële presentatie ervan in de rolzaal van het Binnenhof op 17 februari 1983. Twintig jaar was aan deze grootschalige herziening van de Grondwet gewerkt. De presentatie van ‘dit hoogste rechtsdocument’² was respectvol maar niet uitbundig, als je op de berichtgeving afgaat. Veel aandacht ging uit naar het nieuwe artikel 1 dat het non-discriminatiebeginsel vastlegde en toen voluit luidde:

‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.’

In 2023 is de grondwetsherziening van 1983 veertig jaar oud, maar bestaat ook, en dat is zeker niet minder belangrijk, de grondwetswijziging van 1848 175 jaar. Die Grondwet regelde onder andere de ministeriële verantwoordelijkheid, gaf de Kamer extra middelen zoals het recht van enquête en bepaalde dat leden van de Tweede Kamer rechtstreeks werden gekozen. Daarmee werd de basis gelegd voor de parlementaire democratie. De Grondwet was voorbereid door een commissie onder leiding van de liberale hervormer J.R. Thorbecke en op vrijdag 3 november 1848 plechtig afgekondigd in de belangrijkste steden van het land.³ Vaak waren de festiviteiten de avond tevoren al begonnen. In Den Haag werd ‘menige feestdronk’ verricht, het paleis van Koning Willem II verlicht en in de Nederduitsche schouwburg ‘een dichtstuk voorgedragen, ’t welk met groote toejuiching is ontvangen, en waarna het vaderlandsche lied Wilhelmus van Nassouwen door de aanwezigen met geestdrift is aangeheven. Alles is in de beste orde afgelopen’.⁴

1 Zoals geciteerd in *Algemeen Dagblad*, 18 februari 1983.

2 *Nieuwsblad van het Noorden*, 18 februari 1983.

3 Het betrof de steden met een rechtbank zoals was bepaald per Koninklijk Besluit van 14 oktober, zie Remieg Aerts, *Thorbecke wil het. Biografie van een staatsman* (Amsterdam 2018), noot 202, p. 796.

4 *Oprechte Haarlemsche Courant*, 6 november 1848.

Om 40 jaar en 175 jaar Grondwet te vieren, maar ook de tussenliggende en recente herzieningen van de Grondwet voor het voetlicht te brengen, heeft de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden het Montesquieu Instituut (MI) gevraagd om ter gelegenheid daarvan een bundel te doen samenstellen. Deze bundel is aan de minister gepresenteerd op een symposium op 2 november, dat wil zeggen een dag voor de dag waarop de Grondwet van 1848 175 jaar geleden werd afgekondigd.

De Nederlandse Grondwet kent vele ontstaansdata, naast 1848 is 1814 een belangrijk moment omdat, na een periode van Franse overheersing, de Nederlandse onafhankelijkheid met een nieuwe Grondwet werd onderbouwd. Een jaar later was een wijziging nodig, omdat de Noordelijke en Zuidelijke Nederlanden werden samengevoegd. De Grondwet van 1815 regelde tevens het koningschap en de invoer van het tweekamerstelsel. De Grondwet van 1815 is uitgebreid gevierd in 2015. In deze bundel staan de grondwetten van 1848 en 1983 centraal, uiteraard met aandacht voor de herzieningen die na 1848 en na 1983 tot en met het heden hebben plaatsgevonden. Belangrijke momenten zijn de wijzigingen van 1917 en 1922 die het algemeen kiesrecht en het stelsel van evenredige vertegenwoordiging mogelijk maakten, de herziening van 1938 met betrekking tot het (bestuurlijk) ordeningsrecht, die van 1953/1956 aangaande de internationalisering en in het voetspoor ervan de europeanisering van de grondwettelijke regels en beginselen, en, tot slot, de wijzigingen van 2022/2023 aangaande de invoering van rechtsstatelijke elementen door middel van uitbreiding van artikel 1, de introductie van het recht op een eerlijk proces en het toevoegen van een algemeen openingsartikel dat luidt:

‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.’

Bij deze laatste herzieningen werd dus vooral het in 1983 ingevoerde hoofdstuk 1 inzake de grondrechten aangevuld.

In deze bundel behandelen verschillende wetenschappers op een aantal hoofdonderwerpen de ontwikkeling van de Grondwet. Zij doen dat door te kijken naar de effectiviteit en functionaliteit van de Grondwet in het licht van de uitdagingen van het verleden en die van de toekomst. Is de Grondwet op het door hen beschouwde punt toekomstbestendig of verdient zij verdere aanpassing en zo ja hoe?

Noodzakelijkerwijs hebben we ons moeten beperken en komt niet ieder artikel of elk door de Grondwet bestreken of (ten onrechte) verwaarloosde aspect aan de orde. We hebben ons gericht op een aantal hoofdelementen van de Grondwet en daarbinnen op een aantal geselecteerde aspecten. En dan vooral op die hoofdelementen en aspecten die

tot terugkerende discussies leidden en die waardevol zijn vanuit de functies die aan de Grondwet kunnen worden toegeschreven. Op welke wijze heeft de Grondwet door de tijd heen vorm gegeven aan de uitdrukking van soevereiniteit van de staat en van het volk? Hoe werden de basiselementen van het constitutionele bestel, de bevoegdheden van actoren en de rechten van burgers verankerd? En op welke wijze kwam de bestendinging van de constitutionele stabiliteit erin voor, de ‘nationale identiteit’ of de maatschappelijke verworvenheden? Dit zijn de vragen die in deze bundel aan de orde komen.

In het eerste, algemene deel van deze bundel geven twee auteurs een overzicht van de belangrijkste momenten in de ontwikkeling van de Grondwet. Zo neemt Karin van Leeuwen de lezer in de eerste bijdrage mee op een reis door de geschiedenis van de Nederlandse Grondwet. Beginnend in 1848, een tijdperk waarin de ‘heerschappij der wet’ het fundament van de Grondwet vormde, worden achtereenvolgens de jaren verkend waarin de Grondwet fundamentele herzieningen heeft ondergaan. De auteur betoogt dat door de tijd heen de Grondwet zich heeft ontwikkeld tot een krachtig instrument voor rechtsbescherming en burgerschap en gaandeweg de Nederlandse constitutionele identiteit heeft versterkt.

Daar waar in de eerste bijdrage aan het algemene deel door de tijd heen de verschillende aanpassingen in de Grondwet zijn besproken, bespreekt in de volgende bijdrage Bert van den Braak de voorstellen die het niet of na een grote vertraging pas hebben gehaald. De Grondwet is bij uitstek een politiek document, zo leert het hoofdstuk de lezer, waarbij partijpolitieke belangen en institutionele competitie tussen de beide Kamers veelal de doorslag gaven bij het al dan niet aannemen van wijzigingsvoorstellen.

In het tweede deel van de bundel bespreken de verschillende auteurs de bepalingen in de Grondwet die handelen over ons parlementair stelsel. Paul Bovend’Eert opent dit deel met wellicht de allerbelangrijkste spelregel van het stelsel, die niet gecodificeerd is in de Grondwet: de vertrouwensregel. De auteur geeft een heldere inkijk in de politieke overwegingen die door de jaren heen hebben verhinderd dat de vertrouwensregel werd opgenomen in de Grondwet, iets wat hij zelf een gemiste kans noemt.

Ook over de formatie van een nieuw kabinet, een ander belangrijk onderdeel van ons parlementair stelsel, zwijgt de Grondwet vooral. Het ingewikkelde proces waarbij voor – als het goed gaat – vier jaar een nieuwe regering wordt gevormd, vermeldt de Grondwet niet meer dan dat de ministers worden benoemd en ontslagen door het staatshoofd. De auteur, Alexander van Kessel, meent dat de praktijk van de kabinetsformatie niet zozeer codificatie van formatieregels behoeft, maar eerder baat zal hebben bij een

verduidelijking en het inzichtelijker maken van de bestaande, vaak op conventies en tradities gebaseerde, regels, opdat iedere formatie recht kan doen aan de politieke context van het moment.

Solke Munneke analyseert het parlementaire inlichtingenrecht. Dat kreeg bij de invoer ervan in 1848 nog weinig aandacht, maar heeft zich ontwikkeld tot een ‘parlementair wapen ten behoeve van de parlementaire controle’. Hij laat tevens zien dat er altijd vragen zijn geweest over de precieze reikwijdte van dit recht. Vaak is er onvrede over het gebrekkig informeren van de Kamer door de regering. Hij is voorstander van een ruim geformuleerd individueel inlichtingenrecht, maar bepleit wel een aanpassing ten behoeve van een verstandiger gebruik.

Het staatsbestel wordt bevolkt door burgers, kiezers en politieke partijen. Over deze ‘inwoners’ en wat de Grondwet over hen te zeggen heeft, gaan de drie bijdragen van het derde deel van de bundel (‘Democratie, kiesstelsel en politieke partijen’). In de eerste van deze drie bijdragen bespreekt Kathalijne Buitenweg de ontwikkeling van politieke representatie en de uitdagingen waarmee deze ontwikkeling gepaard ging. Centraal in haar bijdrage staat artikel 50 van de Grondwet, dat stelt dat de Staten-Generaal ‘het gehele Nederlandse volk’ vertegenwoordigt. Buitenweg laat zien hoe de ontwikkeling van louter vertegenwoordiging naar meer burgerparticipatie in Nederland is verlopen.

In haar bijdrage gaat Leontine Loeber in op de regels die het mogelijk maken dat burgers kunnen participeren in de democratie. Ze behandelt in lijn met het hoofdthema van deze bundel hoe het kiesrecht en het kiesstelsel in de Grondwet gedurende de afgelopen 175 jaar zijn geregeld. Loeber bespreekt de dynamiek en de veranderlijkheid van de opvattingen en inzichten over het verkiezingsproces en de weerslag die dit heeft op de plaats hiervan in de Grondwet. De ontwikkelingen en de daarbij behorende debatten omtrent de relatie tussen kiezer en gekozene, het kiesrecht en de fragmentatie van het parlement, om er maar eens een paar te noemen, maken dat met grote regelmaat fundamentele vragen over verkiezingen opkomen die vrijwel altijd in een constitutioneel licht worden besproken.

In de bijdrage van Joris Gijsenbergh en Gerrit Voerman staat het ontbreken van politieke partijen in de Grondwet centraal. Hun bijdrage bevat een analyse van de belangrijkste parlementaire debatten die handelden over de vraag over de opname van politieke partijen en plaatst deze kwestie in een Europees vergelijkend perspectief. De discussie over de vraag of politieke partijen wel of niet moeten worden opgenomen in de Grond-

wet stuit, zo laten de auteurs zien, op fundamenteel tegengestelde opvattingen over de functie en reikwijdte van de Grondwet.

De Grondwet heeft daarentegen wel veel te zeggen over de bestuurlijke organisatie van ons land. In haar bijdrage in deel vier van de bundel gaat Klaartje Peters in op de discrepantie tussen de gedecentraliseerde eenheidsstaat zoals de grondwetgever van 1848 voor ogen stond en het feitelijke functioneren van het decentraal bestuur vandaag de dag. Peters stelt dat de in de Grondwet vervatte waarborgen voor autonomie van het lokaal bestuur onvoldoende tot uiting komen in de praktijk.

Schrijvend over de bestuurlijke organisatie van de Rijksoverheid stelt de bestuurskundige Toon Kerkhoff in zijn bijdrage dat de Grondwet zich niet beperkt tot de formele organisatie van de Rijksoverheid, maar zich ook uitstrekt over de morele basis ervan. Deze morele basis zelf is echter veeleer te vinden in de aanvullende wetten en regelingen, terwijl de Grondwet de hoofdlijnen schetst. De tweedeling vindt mogelijk zijn oorsprong in het gegeven dat de moeilijk veranderbare Grondwet niet geschikt is om de grotere bestuurlijke reorganisaties die van tijd tot tijd nodig zijn van richting en inhoud te voorzien.

In deel vijf staan bijdragen die handelen over de relatie die de Grondwet onderhoudt met internationale en Europese verdragen en regelgeving. Joost Sillen en Maarten Stremler gaan in hun bijdrage dieper in op de reeds door Van Leeuwen aangestipte internationalisering van de Grondwet tijdens de herzieningen van 1953 en 1956. Zij laten zien dat sinds internationale wetten en regels hun intrede hebben gedaan in de nationale rechtsorde, de Nederlandse constitutie gaandeweg in toenemende mate uit normen is gaan bestaan die hun oorsprong buiten Nederland hebben.

In de tweede bijdrage van dit deel gaat Antonia Waltermann nader in op het soevereiniteitsbegrip. De vraag die de auteur van belang acht is niet zozeer of Nederland zijn soevereiniteit verliest, maar welke rol de Grondwet dient te spelen bij de wenselijkheid en mogelijkheid van overdracht van soevereiniteit naar Europa en de internationale rechtsorde. Waltermann besluit met de observatie dat ofschoon de Grondwet in haar huidige vorm al voldoende is uitgerust om soevereiniteitsoverdracht te reguleren, het wenselijk kan zijn om hieromtrent bepalingen in de Grondwet op te nemen.

De bundel wordt vervolgd met een deel dat gaat over de grondrechten. Janneke Gerards trapt af met beschouwingen over de plaats van een grondrechtencatalogus in de Grondwet. Aan de hand van een historisch overzicht van (debatten over) de opname van de

klassieke en sociale grondrechten neemt zij de lezer aan de hand en loodst de lezer door de belangrijkste debatten hierover en de terugkerende argumenten. Dit laat onverlet dat de grondwettelijke grondrechten van weinig praktische waarde zijn en qua moderniteit, duidelijkheid en materiële criteria overvleugeld worden door de Europese grondrechtenverdragen.

In haar daaropvolgende bijdrage verbindt Annelien de Dijn de grondrechten aan het begrip vrijheid. Zij stelt dat om individuele vrijheden te kunnen borgen de grondrechten een stevige borging nodig hebben. In het licht hiervan komt De Dijn tot de conclusie dat de grondrechten een (te) bescheiden rol in de Grondwet hebben gekregen. Zij toont zich in de conclusie daarom ook een voorstander van een verdere uitbreiding van de grondrechten in de Grondwet.

Ashley Terlouw richt zich in haar bijdrage specifiek op het gelijkheidsbeginsel zoals dat is vervat in artikel 1. Ze gaat achtereenvolgens in op de vragen of dit beginsel in steen gebeiteld is of dat het dient mee te groeien met opvattingen die in de maatschappij over gelijkheid leven. Vervolgens gaat zij in op de vraag of specifieke discriminatiegronden moeten worden benoemd of dat kan worden volstaan met een generieke bepaling dat discriminatie op welke grond dan ook niet is toegestaan. Tot slot behandelt zij de vraag hoe we nu naar dit beginsel moeten kijken, nu er in de praktijk sprake is van zoveel discriminatie. Ze besluit met een opdracht aan de overheid om niettegenstaande de niet eenduidige antwoorden op deze vragen een actieve houding aan te nemen bij de bestrijding van discriminatie.

Deel zeven van de bundel verlegt de aandacht naar het brede(re) begrip van de rechtsstaat. Lianne Groen beschrijft hoe in 2022 de algemene bepaling in de Grondwet zorgde voor het waarborgen van de grondrechten en de democratische rechtsstaat. De opname van de algemene bepaling in de preambule van de Grondwet kent een lange geschiedenis, maar kreeg vleugels met de Nationale Conventie die in 2006 begon. De betekenis van de algemene bepaling moet niet worden onderschat, is de boodschap van de auteur. De democratische rechtsstaat en alle (on)geschreven normen die hier samen gestalte aan geven winnen door de algemene bepaling aan extra kracht en bevorderen het maken van democratisch-rechtsstatelijk deugdelijke wetgeving.

De centrale rol van de rechter binnen de rechtsstaat en diens plaats binnen Grondwet wordt ter hand genomen door Ingrid Leijten. De bescheiden plaats die de rechter in de eerste versies van de Grondwet inneemt, maakt plaats voor een omvangrijkere bespreking in de herziening van 1983 waarin een heel hoofdstuk aan de rechtsspraak is gewijd.

Ze schrijft de bescheiden rol van de rechterlijke macht in de Grondwet toe aan de vanzelfsprekendheid van de plaats en rol van de rechter in het staatsbestel. Niettemin acht zij het van belang vanuit het gezichtsveld van een balans tussen de rechter en de andere twee staatsmachten, dat de grondwetgever er zorg voor draagt de centrale rol van de rechter inhoudelijk te verankeren. Het mogelijk maken van de constitutionele toetsing zou in dit licht positief bekeken moeten worden, aldus Leijten.

Monica Claes analyseert de Nederlandse Grondwet vanuit een vergelijkend perspectief vanuit de vraag: hoe doet de Nederlandse Grondwet het in vergelijking met andere constituties? Zij laat zien dat de Nederlandse Grondwet op een aantal specifieke punten afwijkt van de Europese constitutionele traditie. Nederland heeft een sobere Grondwet en een evenzo sobere bijbehorende grondwetcultuur. Er wordt sterk vertrouwd op de wetgever en een grondrechtenbescherming die leunt op de minimumbescherming die het EVRM biedt. Dat de Nederlandse democratische rechtsstaat goed heeft gefunctioneerd, is omdat die sobere Grondwet is verankerd in een stabiele politieke en maatschappelijke context. Maar als die maatschappelijke stabiliteit afneemt door polarisatie, populisme en groeiend wantrouwen? Dan mag de grondwettelijke bescherming die de Grondwet biedt wel wat steviger worden ingericht, volgens Claes.

In het slothoofdstuk trekken de redacteurs van de bundel enkele conclusies over de effectiviteit van de Grondwet. Bovenal wordt er naar de toekomst gekeken. Want als de historische grondwettelijke ontwikkeling één ding leert, dan is het wel dat ondanks de functie van de Grondwet om principes en regels te bestendigen, de Grondwet vooral ook ‘actueel’ moest en moet zijn om de fundamentele waarden van democratie, rechtsstaat en goed bestuur te kunnen blijven beschermen en bevorderen. Om die reden is ook een aantal aanbevelingen die in deze bundel zijn geformuleerd op een rijtje gezet.

I ALGEMEEN

2

De waardering van de Grondwet: een historische verkenning

Karin van Leeuwen

2.1 Inleiding

‘Het is heden een eeuw geleden, dat de veranderingen, die de Grondwetsherziening van 1848 in ons constitutioneel bestel bracht, plechtig zijn afgekondigd. Er is alle reden om met onze gedachten bij deze gebeurtenis te verwijlen. Want deze Grondwetsherziening betekende een fundamentele wijziging in dat bestel; zij betekende met name een fundamentele wijziging van de positie van de Staten-Generaal in dat systeem. Een verandering in de wijze van samenstelling èn, daarmee samenhangend, een verandering van functie.’¹

Op 3 november 1948 herdacht de Eerste Kamer plechtig dat precies honderd jaar geleden de grondwetsherziening van 1848 was afgekondigd. De rede van Kamervoorzitter Roelof Kranenburg stond daarbij volledig in het teken van de betekenis die deze herziening had gehad voor de ontwikkeling van de democratie in Nederland. Met de invoering van direct kiesrecht en van ministeriële verantwoordelijkheid had de grondwetsherziening van 1848 volgens Kranenburg een belangrijk fundament gelegd voor het democratisch systeem dat zich in de decennia daarna had ontwikkeld. Minister-president Willem Drees – een partijgenoot van de voorzitter – beaamde dat er in 1848 weliswaar nog geen sprake was van democratie, maar dat de grondwetsherziening in dit opzicht toch ‘een grote en beslissende stap vooruit’ had gezet. Drees vervolgde: ‘Ook 1948 zelf zal in komende tijden bekendstaan als het jaar van een diep-ingrijpende Grondwetsherziening.’ Doelend op de herziening die de grondslag had willen scheppen voor nieuwe verhoudingen in het Koninkrijk wenste de minister-president tot slot ‘dat wat in 1948 uit strijd en nood geboren is, ten slotte voor de volkeren, die er bij betrokken zijn, een ontwikkeling moge inleiden, even vruchtbaar en zegenrijk als die zich na de herziening van 1848 in Nederland heeft voltrokken.’²

¹ *Handelingen I 1948-49*, p. 43.

² *Handelingen I 1948/49*, p. 43-45; zie voor meer wetenschappelijke reflecties ook J. Valkhoff (red.), *Grondwet en maatschappij in Nederland 1848-1948*, Den Haag 1948 en J.V. Rijpperda Wierdsma, *De grondwet in onzen tijd*, Leiden 1948.

Fast forward naar 1998. Terwijl 1848 opnieuw in het centrum van de belangstelling stond, onder meer in een tweetal door de overheid uitgegeven herdenkingsbundels, bleef het over 1948 oorverdovend stil. In wat er wel geschreven werd over de Grondwet is daarnaast een opmerkelijke kentering te bespeuren. Stond 1848 voor Drees en Kranenburg nog in het teken van democratie, in 1998 is het zwaartepunt verschoven naar een herdenking van de rechtsstatelijke betekenis van ‘de Grondwet van Thorbecke’. De Grondwet werd nu gevierd als waarborg van grondrechten, meer dan als het document dat met directe verkiezingen en ministeriële verantwoordelijkheid de basisregels voor de democratie bepaalde. 1848 – en niet 1798 – bleef ook in 1998 het voornaamste ijkpunt in de Nederlandse grondwetsgeschiedenis, maar ondertussen bleek die waardering wel sterk van karakter veranderd.³

Voor een document dat recent nog eens als ‘irrelevant’ werd aangeduid, en doorgaans toch niet erg bekend is bij het brede publiek, is de Nederlandse Grondwet zeker in de afgelopen jaren opmerkelijk vaak herdacht.⁴ Zo werd in 2014 met een heus Grondwet-festival stilgestaan bij de tweehonderdste verjaardag van de huidige Grondwet in 1814. Van officiële zijde werd flink uitpakket om hulde te bewijzen aan de Grondwet, met een grondwetstrijd en publieksevenementen in en rond Den Haag. In 2017 startte een maar liefst twee jaar durend ‘feest van de democratie’ rondom de invoering van het algemeen kiesrecht in 1917-1919. Op kleinere schaal werd in 2008 de grootscheepse herziening van 1983 al luister bijgezet. En nu, anno 2023, staat 1848 weer in de belangstelling.

Deze veelheid aan herdenkingen roept de vraag op wat er tijdens deze vieringen nu precies wordt herdacht en – het verschil tussen de herdenkingen van 1948 en 1998 indachtig – hoe die herdenkingen zich verhouden tot de historische momenten die hierin hoegenaamd centraal staan. Duidelijk is dat de waardering voor deze ‘constitutionele momenten’ veranderlijk is, en dus niet één op één de tijd weerspiegelt waarin de Grondwet vorm kreeg. Integendeel, de waardering van (en voor) de Grondwet is evenzeer bepaald door de tijd die sindsdien verstreken is, tijd waarin nieuwe politieke agenda’s maar ook nieuwe ideeën over de rol en betekenis van de Grondwet hun eigen sporen achterlieten in de manier waarop wij de belangrijkste onderwerpen uit onze Grondwet begrijpen en waarderen.⁵

3 N.C.F. van Sas en H. te Velde (red.), *De eeuw van de grondwet. Grondwet en politiek in Nederland, 1798-1917*, Deventer: Kluwer 1998.

4 Janneke Gerards, ‘The Irrelevance of the Netherlands Constitution, and the Impossibility of Changing It’, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* 77(2), 2016, p. 207-33.

5 Deze bijdrage bouwt daarmee voort op onderzoek dat eerder is gepubliceerd in Karin van Leeuwen, *Uit het spoor van Thorbecke. Grondwetsherziening en staatsvernieuwing in naoorlogs Nederland*, Amsterdam:

In de hiernavolgende historische verkenning vormt die tweede laag – van veranderende ideeën over de rol en betekenis van de Grondwet – het uitgangspunt voor een korte introductie van de verschillende ‘constitutionele momenten’ die de ruggengraat van deze bundel vormen. De chronologie volgt daarbij niet zozeer de belangrijkste constitutionele hervormingen (zoals in de rest van deze bundel), maar de voornaamste verschuivingen in de *waardering* van de Grondwet, een term die uitdrukt dat het niet alleen gaat om de functionele betekenis van de Grondwet in het staatsrechtelijke bestel, maar ook de daarmee verweven, bredere betekenis die vaak aan de Grondwet wordt toegekend, als verzamelplaats van onderliggende waarden.⁶ Door de veranderlijkheid van die waardering centraal te stellen, wil deze bijdrage een kader scheppen voor de evaluaties van de huidige Grondwet die verderop in deze bundel volgen.

2.2 1848: de ‘heerschappij der wet’

Over het belang van 1848 als constitutioneel moment is al veel geschreven.⁷ Ten onrechte leeft in het Nederlandse collectieve geheugen – nog onderstreept door de in het onderwijs alomtegenwoordige Canon van Nederland – de indruk dat het hier het geboortjaar van de Grondwet betreft. Tegelijkertijd kan het belang van de grondwetsherziening die in 1848 plaatsvond maar moeilijk worden onderschat, ook vanuit het oogpunt van de waardering van de Grondwet. De benadering van de Grondwet die J.R. Thorbecke en zijn medehervormers in 1848 realiseerden, heeft in het denken over de Grondwet diepe sporen achtergelaten, juist omdat deze herziening de Grondwet zo nadrukkelijk in het middelpunt van het politieke leven plaatste. Voor alles vestigde 1848 namelijk het principe van de ‘heerschappij der wet’: de gedachte dat al het handelen van de staat, van Koning tot dijkgraaf en koloniaal ambtenaar, uiteindelijk tot de (Grond)wet moest zijn terug te voeren.

Hoewel tot stand gekomen onder druk van de snelle revolutionaire omwentelingen in omliggende landen die in Den Haag ook Koning Willem II de zenuwen bezorgden, was de grondwetsherziening van 1848 in veel opzichten minder revolutionair dan soms gesuggereerd.⁸ Zo was het principe van de heerschappij der wet goed beschouwd ook al aanwezig in de allereerste Nederlandse Grondwet, die vijftig jaar eerder het licht zag als de Staatsregeling van 1798.⁹ Naar het model van de Amerikaanse revolutionaire

Boom 2013; en Karin van Leeuwen, ‘Tussen afschaffing en versterking. Historische tradities en de toekomst van een tweehonderdjarige grondwet’, *TvCR* (2), 2014, p. 96-116.

6 J. van der Hoeven, *De waarde van de grondwet*, Zwolle 1962.

7 Zie noot 1 en 2 en bijv. het themanummer van *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* in 2023.

8 Adriejan van Veen, ‘De “on-Nederlandse” grondwet’, in: Lex Heerma van Voss e.a. (red.), *Wereldgeschiedenis van Nederland* (p. 397-402), Ambo Anthos Amsterdam 2018.

9 Joost Rosendaal, *Staatsregeling voor het Bataafsche Volk 1798. De eerste grondwet van Nederland*, Nijmegen: Vantilt 2005.

grondwet verving deze Staatsregeling de ongeschreven ‘constitutie’ van de Republiek der Verenigde Nederlanden door een geschreven document dat, berustend op de verlichte principes van vrijheid, gelijkheid en broederschap, een einde beoogde te maken aan de intransparantie en rechtsongelijkheid die in de Republiek heerste. De lange lijst bepalingen – de Staatsregeling telde maar liefst 918 artikelen – voorzag weliswaar in een gedetailleerde regeling van de staatsmacht en een uitvoerige catalogus van burgerrechten, maar ontbeerde draagvlak. Voortgekomen uit een staatsgreep die een einde moest maken aan de schier eindeloze discussie over het ideale staatsbestel werd de Staatsregeling al in 1801 weer vervangen door een nieuwe constitutie, en opnieuw in 1806, tot in 1810 de inlijving bij het napoleontische Frankrijk een einde maakte aan de zelfstandigheid van de Nederlandse staat.

De Grondwet die in 1814 de terugkeer van Nederland op de Europese kaart markeerde, vormde in rechtsstatelijk opzicht een stap terug. Samen met de gewijzigde versie die in 1815 de basis legde voor de samenvoeging met de Zuidelijke Nederlanden, vormde de Grondwet van 1814 in zekere zin een compromis tussen vormen en instellingen uit de tijd van de Republiek en nieuwe elementen zoals de eenheidsstaat en de monarchie. Opmerkelijk is dat daarbij het idee van een grondwet als de basis voor een moderne staat intussen kennelijk al zodanig in het Nederlandse (en Europese) denken over staatsvorming was geworteld, dat juist deze vorm werd gekozen om de monarchie aan de Nederlandse bevolking te ‘verkopen’.¹⁰ Tegelijkertijd hield Willem I, door de Grondwet bij zijn aankomst als het ware aan het Nederlandse volk te schenken, zelf het laatste woord over de naleving ervan. In die zin was er in de eerste decennia van het Koninkrijk geen sprake van een ‘heerschappij der wet’: de Grondwet vormde geen strak kader voor de uitoefening van staatsmacht, maar schiep hooguit het vertrekpunt voor discussies hierover in het parlement en daarbuiten.

De grondwetsherziening van 1848 markeerde hierin een belangrijke kentering. In de woorden van Thorbecke moest de Grondwet voortaan als ‘beginsel van orde’ de machtsuitoefening op basis van gewoonten en tradities beteugelen en zo een vrij politiek, maatschappelijk en economisch leven bevorderen.¹¹ De veelomvattende herziening zette dit principe kracht bij door de belangrijkste uitgangspunten voor het nationale maar ook provinciale en lokale bestuur systematisch in de Grondwet op te nemen en op andere terreinen – bijvoorbeeld het koloniale bestuur – ten minste wettelijke regeling

¹⁰ Wim Voermans, *Onze constitutie. De geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*, Prometheus 2023, p. 55.

¹¹ *Verslag der commissie, bij besluit van 17 Maart jl. benoemd tot voordragt van een volledig ontwerp van Grondwetsherziening*, Den Haag 1848, p. 3.

te eisen en zo eigenhandig optreden van de Koning buiten de orde te plaatsen. Aldus vormde de grondwetsherziening van 1848 de basis van wat historici zijn gaan aanduiden als een periode van ‘constitutionele politiek’: het parlementaire en maatschappelijke debat gold voortaan de vraag of nieuw beleid in overeenstemming was met de Grondwet als cruciale maatstaf.¹² Deze benadering van de Grondwet werd vervolgens verder bevestigd in de rechtspraak – bijvoorbeeld het beroemde Meerenberg-arrest uit 1879 – en door de staatsrechtwetenschap die zich in navolging van Thorbecke afwendde van abstracte principes en in plaats daarvan de Grondwet en concrete wetgeving ging bestuderen.¹³

Natuurlijk betekende de grondwetsherziening van 1848 ook in andere opzichten een terugkeer naar de ideeën van 1798. Al zouden de hervormers van 1848 nooit deze term gebruiken, zij legden toch een belangrijke basis voor democratisering, zowel door de uitbreiding van de grondrechten met onder meer de openbaarheid van bestuur en het recht van vereniging en vergadering, als door de introductie van rechtstreekse verkiezingen voor de Tweede Kamer en de invoering van ministeriële verantwoordelijkheid. Aanvankelijk betrokken deze hervormingen slechts een selecte groep burgers bij het staatsbestuur. De geleidelijke uitbreiding van het kiesrecht in 1887, 1917 en uiteindelijk 1919 droeg uiteindelijk echter belangrijk bij aan het succesverhaal van 1848. Toen zij eenmaal toegang hadden gekregen tot de besluitvorming, omarmden nieuwe, confessionele en socialistische politieke stromingen immers juist de parlementaire democratie als de voornaamste erfenis van de liberale grondwetsherziening van 1848.

Minder enthousiast waren deze nieuwe politieke stromingen echter over het liberale model van de nachtwakersstaat, dat sprak uit het idee van de Grondwet als ‘beginsel van orde’. Al aan het eind van de negentiende eeuw bleek het principe dat de Grondwet het uitgangspunt moet zijn van elke staatsinmenging en dat daarbuiten de burger vrij gelaten moest worden te botsen met politieke meerderheden die via wetgeving schrijnende kwesties als kinderarbeid wilden aanpakken. Zij beschouwden de constitutionele ‘dwangbuis’, door de speciale eisen voor grondwetsherziening voorzien van een zwaar slot, in toenemende mate als een knellend kader, dat de door democratisering steeds beter gearticuleerde volkswil dreigde te onderdrukken.¹⁴ Deze zorgen kwamen aan de oppervlakte tijdens een staatsrechtgeleerde discussie die in 1914 plaatsvond over de

12 H. te Velde, ‘Constitutionele politiek’, in: N.C.F. van Sas en H. te Velde (red.), *De eeuw van de grondwet. Grondwet en politiek in Nederland, 1798-1917*, Deventer: Kluwer 1998, p. 146-181.

13 C.J.H. Jansen en Joost Sillen, *De wetenschappelijke beoefening van het staatsrecht in Nederland tot 1983. Methoden en Inspiratie*. Den Haag: Boom juridisch 2022.

14 De term komt van H. Verkouteren, *Grondwetsherziening*, Baarn: Hollandia 1912, p. 3031; zie voor een uitvoeriger discussie Van Leeuwen, ‘Tussen afschaffing en versterking’, *TvCR* (2), 2014, p. 96-116.

mogelijke afschaffing van het verschil tussen wet en Grondwet bij wijze van ‘viering’ van honderd jaar Grondwet. Zoals ook de geleerden constateerden, lag de oplossing van dit vraagstuk niet zozeer in afschaffing van de Grondwet, maar in een verandering van de waardering ervan. De kiem voor die nieuwe waardering was al gelegd tijdens de grondwetsherziening van 1887.

2.3 1887: ‘richtsnoer’ voor democratische politiek

Anders dan de liberalen uit 1848 zagen de nieuwe, confessionele en socialistische politieke stromingen die zich eind negentiende eeuw steeds nadrukkelijker meldden de Grondwet niet als het vertrekpunt van al het overheidshandelen, maar eerder als de verankering van de instituties waarbinnen de politieke besluitvorming plaatsvond. Geleerden zoals de antirevolutionaire Alexander de Savornin Lohman onderstreepten de betrekkelijkheid van de Grondwet.¹⁵ Voor het confessionele deel van de bevolking viel of stond het staatsgezag niet met de Grondwet, maar vloeide dit kort gezegd voort uit een onderliggend Godsbesef, terwijl de staat voor (parlementaire) socialisten eerder een instrument tot sociale hervorming vormde, als uitdrukking van de volkswil. Deze meer instrumentele waardering van de Grondwet liet ook een wat lossere omgang toe.

Een eerste teken van deze wat lossere omgang vormt de grondwetsherziening van 1887. Hoewel voor deze herziening de hele Grondwet kritisch werd doorgelopen, was het hoofddoel duidelijk een verruiming van het kiesrecht. Daarnaast wilden confessionelen graag af van de voorkeurspositie die openbaar onderwijs genoot ten opzichte van bijzonder (confessioneel) onderwijs. Pogingen om dit via wetgeving op te lossen waren tot dan toe steeds gestuit op een muur van verzet, dat zich onder meer beriep op de Grondwet. Voor het aanpassen van het grondwetsartikel ontbrak echter de vereiste tweederde-meerderheid. Als toenadering tot de confessionelen – wiens steun nodig was voor de kiesrecht hervorming – besloot het parlement uiteindelijk met een gewone meerderheid om het bestaande grondwetsartikel op een andere wijze uit te leggen en zo subsidiëring van bijzonder onderwijs toch toe te staan.¹⁶

De oplossing van 1887 betekende geen radicaal einde van de ‘constitutionele politiek’ van 1848, zo blijkt wel uit de klachten over grondwettelijke scherpelijperij die in 1914 nog hoog op de staatsrechtelijke agenda stonden. Tekenend hiervoor is ook dat de confessio-

¹⁵ Aldus Rijpperda Wierdsma, *De grondwet in onzen tijd*, 15.

¹⁶ Een voorbode vormde de discussie in de commissie-J. Heemskerk Azn (1883-1884): notulen 9 augustus 1883, in: Karin van Leeuwen, Marijke van Faassen en Mariëtte Scherer (red.), *Over de Grondwet gesproken. Een selectie uit de documenten van staatscommissies voor grondwetsherziening 1883-1983*, Hilversum: Verloren 2020, p. 29-32.

nelen ondanks de handreiking van 1887 toch bleven strijden voor herziening van het onderwijsartikel zelf. Deze herziening ging samen met de invoering van het algemeen kiesrecht als de 'Pacifictie' van 1917 de geschiedenisboeken in. Toch luidde 1887 een andere omgang met de Grondwet in. Of overheidsingrijpen al dan niet in overeenstemming met de Grondwet was, werd voortaan niet meer zozeer bepaald door de agenda die hiervoor in 1848 in de Grondwet was vastgelegd, maar vooral door de vraag of hiervoor een democratische meerderheid te vinden was. Meer dan als inhoudelijke kader diende de Grondwet daarbij als verankering van de procedures voor democratische besluitvorming.

De nieuwe waardering van de Grondwet ging gelijk op met het groeiende vertrouwen in de democratie. Zeker na de invoering van het algemeen kiesrecht in 1917/1919, die hele nieuwe kiezersgroepen het stemrecht gaf en zo de liberale stem in het parlement inperkte, werden beroepen op de Grondwet als belemmering voor de geleidelijke uitbreiding van het staatsingrijpen zeldzamer. Ondertussen legden de grondwetsherzieningen van 1922 en 1938 nieuwe verworvenheden vast. Artikelen over openbare lichamen met regelgevende bevoegdheid breidden de democratische gedachte uit tot onder meer het overleg tussen werkgevers en werknemers, terwijl het parlement meer zeggenschap kreeg in buitenlandse betrekkingen. Ook werden er in 1922 stappen gezet richting zelfbestuur in de overzeese gebiedsdelen, al bleef de mate van democratisering hier nog zeer beperkt.

De waardering van de Grondwet als fundament van democratie stond ook centraal in de lof die Drees en Kranenburg in 1948 met vele anderen op de Grondwet zongen. Vanzelfsprekend klonk in die waardering de ervaring door van de afwezigheid van democratie en rechtsstaat tijdens de Tweede Wereldoorlog. Dat in 1945 zonder veel discussie de vooroorlogse Grondwet weer was hersteld, tekende het vertrouwen in zowel de Grondwet als de democratie. Dat er tegelijkertijd een levendig debat bestond over verbetering van die democratische procedures en over het vastleggen van nieuwe verworvenheden in de Grondwet, zoals de grondrechten die dankzij internationale verdragen alomtegenwoordig waren, doet niets aan dit vertrouwen af. Anders dan in verschillende Europese buurlanden, waar de stabiliserende rol van nieuwe grondwetten na 1945 sterker werd aangezet door bijvoorbeeld de invoering van constitutionele hoven, bleef de Grondwet in Nederland vooral op de achtergrond aanwezig, als richtsnoer van democratische politiek.

2.4 1953: inbedding in een internationaal kader

Ondanks de levendige debatten over grondwetsherziening onderging de Grondwet begin jaren vijftig weinig verandering. Althans, voor grootscheepse plannen voor wijziging van het democratisch bestel, bijvoorbeeld door afschaffing van de Eerste Kamer, ontbraken de noodzakelijke meerderheden. Ook een modernisering van de grondrechtencatalogus, bijvoorbeeld door toevoeging van sociaal-economische rechten, slaagde niet.¹⁷ Aanpassingen bleven uiteindelijk bescheiden, met onder andere een uitbreiding van het aantal Kamerleden. De grote stelselwijziging die wel plaatsvond in 1948 – de herijking van de verhoudingen met Indonesië, Suriname en de Antillen – gebeurde onder grote druk van buitenaf. Achteraf gezien was deze hervorming, die parallel aan de voorbereiding van het Statuut voor het Koninkrijk de overzeese gebiedsdelen op zelfstandigheid moest voorbereiden, *too little, too late*, zeker voor het inmiddels onafhankelijke Indonesië dat zich van de achterlopende Nederlandse Grondwet weinig aantrok.

De hervormingen van de koninkrijksstructuur en de debatten over het democratisch bestel hadden maar weinig impact op de waardering van de Grondwet, die nog altijd vooral als richtsnoer gold. Tegelijkertijd legde een andere aanpassing de kiem voor een verschuiving die vooral op de wat langere termijn zichtbaar werd. Want terwijl in omliggende landen de prominente plaats van grondrechten en de opkomst van constitutionele hoven de rol van grondwetten bij de bescherming van de burger versterkten, werd deze taak in de Nederlandse rechtsorde toenemend toebedeeld aan nieuwe internationale kaders, zoals het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (1950). Aanpassingen in de Grondwet in 1953 en 1956 verzekerden dat ‘ieder verbindende bepalingen’ uit internationale verdragen in Nederland ook door individuele burgers konden worden ingeroepen.

Aanvankelijk maakten Nederlandse rechters, evenals overigens de burgers, weinig aanstalten om deze mogelijkheid ook actief te benutten tegenover de overheid: pas in de jaren tachtig zou een meer actieve rechtspraak op basis van mensenrechten op gang komen. Voor de waardering van de Grondwet betekende het bestaan van de verdragen echter dat deze een weinig prominente rol bleef spelen waar het ging om grondrechtenbescherming. Terwijl de grondrechten in de Grondwet hun betekenis hielden als richtsnoer in politieke debatten en als juridische maatstaf in de verhouding van burgers tot

17 Zie Van Leeuwen, *Uit het spoor van Thorbecke*, p. 37-74.

lagere overheden, vormden de verdragen een reden om van modernisering of uitbreiding van de grondrechtencatalogus af te zien.¹⁸

Toen het in 1983 tijdens de algehele herziening van de Grondwet toch tot die modernisering en uitbreiding van de grondrechtencatalogus kwam, bleef het toetsingsrecht uit. Daarmee bleef de taakverdeling tussen de Grondwet als richtsnoer voor politieke besluitvorming en de internationale verdragen als voornaamste bescherming van burgerrechten in grote lijnen gehandhaafd. Toch luidde de herziening van 1983 wel een grotere nadruk op rechtsbescherming in, die in de jaren daarna verder gestalte kreeg.

2.5 1983/2022: de herwaardering van de Grondwet

De grondwetsherziening van 1983 gaf de Grondwet letterlijk een nieuw gezicht. Waar tot 1983 artikel 1 het grondgebied van de Nederlandse staat beschreef, maakte deze nu plaats voor een gemoderniseerd artikel over gelijke behandeling: de non-discriminatiebepaling.¹⁹ Na dit nieuwe vlaggenschip volgde een reeks grondrechten, met nieuwe bepalingen over onder meer het betogingsrecht en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, en op het gebied van werkgelegenheid, bestaanszekerheid, milieu en volksgezondheid – de laatste overigens opzettelijk niet geformuleerd als juridisch afdwingbaar ‘recht’ maar als opdracht voor de overheid. Tegelijkertijd schrapte de herziening van 1983 veel bepalingen waarvan de juridische noodzaak inmiddels betwijfeld kon worden, zoals over het Koninklijk Huis, het processierecht en over de besturen van waterschappen en veenpolders. Wat overbleef, was een kortere Grondwet in moderne, maar wel sterk juridisch getoonzette taal.

Kritiek op deze ‘facelift’ van de Grondwet was alomtegenwoordig, en is begrijpelijk gezien de grote ambities voor hervorming van het staatsbestel waarmee de grondwetsherziening eind jaren zestig was ingezet.²⁰ Pogingen om de Grondwet net als in 1848 als breekijzer te gebruiken voor nieuwe vormen van democratie, bijvoorbeeld door de invoering van een gekozen minister-president, waren gestrand. Achter het nieuwe gezicht gingen dan ook nog veel bekende gelaatstrekken schuil. Een radicaal afscheid van de waardering van de Grondwet als richtsnoer was 1983 ook niet.

18 Zie voor een radicale uitwas hiervan Werkgroep-Proeve, notulen plenair 9 maart 1964 in Van Leeuwen, Van Faassen en Scherer (red.), *Over de Grondwet gesproken*, p. 122-124.

19 Karin van Leeuwen, ‘1983. Artikel 1, typisch Nederlands baken van gelijkheid?’, in: Heerma van Voss e.a. (red.), *Wereldgeschiedenis van Nederland*, Ambo/Anthos, 2018, (p. 696-701).

20 A.W. Heringa en T. Zwart, ‘Facelift van een oude dame? De grondwet van 1983’, *Nederlands Juristenblad* 172(8), 1983, p. 233-47.

Niettemin was de kortere, door het grondrechtenhoofdstuk gemarkeerde Grondwet van 1983 op langere termijn toch aanzet voor een meer rechtsstatelijke waardering van de Grondwet. Het voorlopig eindpunt van die ontwikkeling vormt de herziening van 2022, met de toevoeging van een nieuwe algemene bepaling die verklaart dat de Grondwet de grondrechten en democratische rechtsstaat waarborgt, en met de aanscherping van enkele grondrechten zoals het recht op een eerlijk proces. Met het expliciet opnemen van deze waarborgen in de Grondwet, en een doorlopende discussie over de invoering van constitutionele toetsing, lijkt de Grondwet weer nadrukkelijker zelf een rol te gaan spelen in de rechtsbescherming van de burger, een rol die lange tijd vooral aan internationale kaders werd overgelaten. Dat met deze voorzichtige nieuwe ‘heerschappij der wet’ de bewegingsruimte voor de parlementaire democratie die gedurende het grootste deel van de twintigste eeuw ver boven de grondwettelijke kaders uitstak weer wat wordt ingeperkt, lijkt, gezien de in het buitenland steeds zichtbaarder bedreigingen van de democratie, een bewuste keuze.

Het naar voren schuiven van de nationale Grondwet als baken van rechtsbescherming sluit bovendien aan bij een trend om de Grondwet weer nadrukkelijker te gebruiken in de verbinding tussen overheid en burger. Zo moet sinds 2021 het burgerschapsonderwijs expliciet aandacht besteden aan ‘de basiswaarden van onze democratische rechtsstaat, zoals verankerd in de Grondwet’.²¹ Ook de uitbundige viering van tweehonderd jaar Grondwet in 2014 en de flankerende initiatieven om de Grondwet toegankelijker te maken voor burgers passen in deze ambities rondom het versterken van de Nederlandse constitutionele identiteit.

2.6 Besluit: 1848 – 1948 – 2048?

Na de ‘heerschappij der wet’ als belangrijkste kenmerk van de waardering van de Grondwet rond 1848, en het richtsnoer dat rond 1887 het licht zag, vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw geflankeerd door internationale kaders, ontbreekt vooralsnog een eenduidig kenmerk voor de recente herwaardering van de Grondwet. Helder moge zijn dat deze niet simpelweg als een terugkeer naar de waardering van 1848 gezien moet worden: van een werkelijk ‘constitutionele politiek’ lijkt in de toch vooral door peilingen en publieke opinie gedreven Haagse politiek althans weinig sprake.²² Tegelijkertijd lijkt de rol van de Grondwet in burgerschapsvorming en nationale identiteit nog vooral een voornemen, en geen *fait accompli*.

21 ‘Wet van 23 juni 2021 tot wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met verduidelijking van de burgerschapsopdracht aan scholen in het funderend onderwijs’, *Stb.* 2021, 320.

22 Maar zie voor een poging de Grondwet weer op de agenda te zetten de Thorbeckelezing van Pieter Omtzigt (14 april 2023).

Helder is wel dat voor een succesvolle herwaardering van vooral de rechtsstatelijke betekenis van de Grondwet zowel sterke (nationale) juridische kaders als een bijpassende collectieve waardering van deze kaders nodig zijn. Oftewel, anders dan in 1948 zou '1848' ook weer herdacht en gewaardeerd moeten worden in termen van de beheersing van de macht door het recht, om maar iets te noemen. Tegelijkertijd: om de waardering voor de Grondwet ook echt een 'collectieve' te doen zijn is het wellicht raadzaam om niet alleen steeds weer 1848 te vieren, maar ook eens stil te staan bij 1948, en met die grondwetsherziening als aanzet 'met onze gedachten te verwijlen' bij de minder roemrijke aspecten van de Grondwet van 1848. Ook op dat nog nauwelijks ontgonnen terrein kan een meer gelaagde waardering van de Grondwet, zoals in deze bijdrage voorgesteld, ruimte scheppen voor scherpere evaluaties van de huidige Grondwet.

3

Je kunt niet aan de gang blijven

Grondwetsvoorstellen die het niet haalden

Bert van den Braak

3.1 Inleiding

De Grondwet van 1815 is vele malen gewijzigd; soms beperkt, soms ingrijpender. Veel wijzigingen kwamen zonder politieke strijd tot stand en voor alle wijzigingen gold uiteraard dat bij de tweede lezing in beide Kamers een tweederdemeerderheid werd bereikt.

Waar er sprake was van politieke strijd bleef resultaat in veel gevallen uit of was er sprake van vertraging. Dat laatste gold bijvoorbeeld voor het ‘Negenmannen-voorstel’ uit 1844,¹ waarvan je kunt stellen dat het in 1848 alsnog werd gerealiseerd. Later was dat bijvoorbeeld het geval bij het opheffen van het processieverbod, dat in 1921 werd voorgesteld en pas in 1983 werd gerealiseerd. Voor de deconstitucionalisering van de benoeming van burgemeester en commissaris van de Koning(in) gold eveneens dat dit al in 1921 werd voorgesteld en de wijziging zelfs pas honderd jaar later tot stand kwam. Met enige vertraging werd verder de invoering van het instituut staatssecretaris gerealiseerd. In 1937 behaalde een wetsvoorstel daarover bij de tweede lezing niet de vereiste meerderheid. In 1948 kwam de wijziging alsnog tot stand. Tabel 3.1 geeft een volledig beeld.

Tabel 3.1 Aanvankelijk verworpen, later tot stand gekomen

voorstel	afgewezen in	gerealiseerd in
Rechtstreekse verkiezing Tweede Kamer	1845	1848
Ministeriële verantwoordelijkheid	1845	1848
Recht van amendement	1845	1848
Openbare vergaderingen Eerste Kamer	1845	1848
Financiële gelijkstelling bijzonder onderwijs	1887	1917
Algemeen mannenkiesrecht	1903	1917
Verkiezbaarheid vrouwen	1903	1917

¹ Voorstel van J.R. Thorbecke en acht anderen Tweede Kamerleden tot herziening van de Grondwet.

voorstel	afgewezen in	gerealiseerd in
Verkiezing Eerste Kamer om de vier jaar	1921	1983
Opheffing processieverbod	1921	1983
Schrappen financiële band kerkgenootschappen	1921	1972
Gelijke rechten vrouwen	1921	1983
Deconstitutionalisering benoemingen	1921	2018
Instituut staatssecretaris	1937	1948
Uitbreiding aantal leden Eerste en Tweede Kamer	1952	1956
Voorkomen parlementair vacuüm	1956	1983
Verlaging leeftijd passief kiesrecht	1971	1972
Mogelijke vervroeging Prinsjesdag	1972	1983
Herziening bepalingen over de verdediging	1981	1995
Individueel parlementair inlichtingenrecht	1982	1986
Tijdelijke vervanging volksvertegenwoordigers	1999	2005

Verdergaande voorstellen (grondwetkamer, afschaffing van de Eerste Kamer, correctief referendum, gekozen formateur, constitutionele toetsing) haalden nooit de eindstreep, soms ondanks meerdere pogingen. Daarnaast waren er voorstellen met een beperktere strekking, die bijvoorbeeld als overbodig werden beschouwd, zoals het vastleggen in de Grondwet van de Nederlandse taal. We zullen de voorstellen die het niet haalden, voor zover ze het parlement bereikten, op gegroepeerde wijze de revue laten passeren.

3.2 Belangrijke wijzigingen die het niet haalden

In 1848 werd het staatsbestel ingrijpend gewijzigd, met onder meer rechtstreekse verkiezing van de Tweede Kamer, indirecte verkiezing van de Eerste Kamer, politieke ministeriële verantwoordelijkheid, het recht van amendement en het parlementaire recht op inlichtingen. Nadien waren er wel belangrijke aanpassingen, zoals de uitbreiding van het kiesrecht in 1887 en het invoeren van algemeen mannenkiesrecht en evenredige vertegenwoordiging (1917) en de vastlegging van het vrouwenkiesrecht (1922), maar daarbij bleef het in belangrijke mate, omdat andere voorstellen het niet haalden.

Voor veel voorstellen tot fundamentele wijziging van het staatsbestel gold dat ze te omstreden waren om de vereiste tweederdemeerderheid in beide Kamers te behalen. Enkele pogingen werden al in een vroegtijdig stadium gestaakt, maar soms sneuvelde een voorstel pas op de valreep. Dat was bijvoorbeeld het geval bij het correctief referendum in 1999.

3.3 Correctief referendum

Het correctief referendum stond tussen 1900 en nu meerdere keren op de parlementaire agenda. Voorstellen over invoering van het referendum hadden soms een samenhang met afschaffing van de Eerste Kamer. De eerste keer dat het onderwerp referendum werd geagendeerd, was in 1903 toen SDAP-fractievoorzitter P.J. Troelstra c.s. met een voorstel daarover kwam. Het referendum was onderdeel van een initiatiefvoorstel dat ook invoering van algemeen kiesrecht, het mogelijk maken van vrouwenkiesrecht en invoering van de evenredige vertegenwoordiging ten doel had. De volksstemming (in de vorm van een correctief wetgevingsreferendum) moest dienen als vervanging voor de Eerste Kamer. De SDAP achtte die Kamer ondemocratisch en nutteloos. Het initiatiefwetsvoorstel Troelstra bleef evenwel onafgedaan.

In 1920 stelde een door het kabinet-Ruys de Beerenbrouck I benoemde staatscommissie voor om in twee gevallen referenda uit te schrijven. Dat diende te gebeuren bij een beslissing over de staatsvorm als er geen troonopvolger meer zou zijn en bij herziening van de Grondwet. Dat laatste echter alleen als in de eerste lezing wel een gewone, maar geen meerderheid van twee derde van de stemmen was behaald. Voor het aannemen van een herzieningsvoorstel zou in het referendum eveneens een drempel gelden van twee derde der stemmen.

Hoewel er parlementaire steun voor de gedachte was, bleek er verschil van mening over de vraag of voor aanneming een gewone of versterkte meerderheid moest worden verlangd. Een gewone meerderheid werd in ieder geval wenselijk gevonden bij een eventuele keuze van de staatsvorm, omdat anders als uitkomst een impasse denkbaar was. De verdeeldheid op dit punt leidde tot verwerping van amendementen en mede tot verwerping van het wetsvoorstel.

Succes had evenmin H.P. Marchant (VDB), die via amendering poogde een facultatief wetgevend referendum in te voeren. De kiezers zouden daarmee het recht krijgen een beslissing van de Staten-Generaal over wetgeving terug te draaien. Een deel van de sociaaldemocraten voelde evenwel niet voor een tweede 'drempel', naast de Eerste Kamer. Andere partijen betwisten de behoefte van kiezers aan een correctief referendum. Dat alles leidde tot verwerping van het amendement met 71 tegen 14 stemmen.

Hoewel enkele commissies zich positief uitspraken over het correctief referendum, duurde het tot 1996 voor er door het kabinet-Kok I opnieuw een voorstel over werd ingediend. Het behaalde bij de eerste lezing een ruime meerderheid, maar in de Eerste Kamer stemden vijf VVD-senatoren tegen. De VVD bond zich in het regeerakkoord

van Paars II aan invoering en gaf bij de tweede lezing in de Tweede Kamer steun aan het voorstel. Van de vijf VVD-tegenstemmers in de Senaat bleef er in mei 1999 nog één over, Hans Wiegel. Zijn stem, en de verandering van een voorstem in een tegenstem van senator Martin Batenburg, maakten dat er net geen tweederdemeerderheid was en het wetsvoorstel sneuvelde.

Een daarna door het kabinet-Kok II ingediend identiek voorstel werd in 2004 opnieuw in tweede lezing verworpen, nadat bij de formatie van het kabinet-Balkenende II was afgesproken dat het niet zou worden verdedigd.²

In 2005 volgde een derde poging in de vorm van een initiatiefwetsvoorstel van GroenLinks en PvdA (en later ook D66). Na aanvaarding in eerste lezing in beide Kamers trokken de partijen die met het initiatief waren gekomen echter hun steun in. Het was daarna SP'er Ronald van Raak die het voorstel voor de tweede lezing indiende en verdedigde. Daarbij had hij geen succes, want alleen SP, PVV, Partij voor de Dieren, 50PLUS en FVD stemden voor.

Nadat de Staatscommissie parlementair stelsel in 2018 positief adviseerde over het correctief referendum ondernam Ronald van Raak in 2019 een vierde poging. Na succesvolle afronding van de eerste lezing nam Renske Leijten in 2021 de verdediging in tweede lezing over. Succes bleef echter opnieuw uit, omdat er met 87 tegen 55 stemmen geen tweederdemeerderheid was. Kort daarna kwam Leijten met een nieuw wetsvoorstel. Dat kreeg een meerderheid in de Tweede Kamer (circa zestig leden stemden tegen) en ligt nu bij de Eerste Kamer.

3.4 De Eerste Kamer

Het bestaan en de positie van de Eerste Kamer kwam bij diverse grondwetsherzieningen ter sprake. In 1887, 1917, 1922 en 1983 veranderde daarin ook daadwerkelijk iets. Het voortbestaan kwam slechts sporadisch aan de orde.

Een in 1903 ingediend initiatiefvoorstel met VDB-fractievoorzitter H.L. Drucker als eerste ondertekenaar kwam grotendeels overeen met dat van Troelstra uit datzelfde jaar. Anders dan het SDAP-voorstel gingen Drucker c.s. echter niet uit van vervanging van de Eerste Kamer door het referendum, maar van hervorming. De Eerste Kamer diende voortaan rechtstreeks te worden gekozen op basis van evenredige vertegenwoordiging, maar met handhaving van provinciegewijze verkiezingen. Door de rechtstreekse verkie-

² *Kamerstukken II 2001/02, 28515, nr. 4.* Voor stemden in 2004 PvdA, GroenLinks, SP, D66, LPF en Lazrak.

zing zou ontbinding van de Eerste Kamer reële betekenis krijgen. De zittingsduur bleef gehandhaafd op negen jaar, net als de vernieuwing van een derde deel van de leden om de drie jaar. De kring van verkiesbaren diende te worden uitgebreid, bijvoorbeeld met raadsleden van grotere gemeenten en Statenleden. Het voorstel bleef, net als dat van Troelstra, onafgedaan.³

De positie (en het bestaan) van de Eerste Kamer kwam bij de behandeling van de voorstellen tot grondwetswijziging in 1921 voor het eerst ook plenair aan de orde. VDB-fractievoorzitter Marchant diende een amendement in om de overbodig geachte Eerste Kamer af te schaffen. Hij ontkende dat er een direct verband bestond met zijn eerder vermelde voorstel om een (facultatief) correctief referendum in te voeren, maar velen zagen dat verband wel. Het amendement over afschaffing van de Eerste Kamer kreeg geen meerderheid (46 tegen 38 stemmen).

Eveneens in 1921 kwam het kabinet-Ruijs de Beerenbrouck I met een wetsvoorstel om wijzigingen aan te brengen in het kiesstelsel voor de Eerste Kamer en ten aanzien van de ontbinding. Bij dat laatste stelde het voor de mogelijkheid te openen een ontbinding van de Eerste Kamer te laten samengaan met ontbinding van Provinciale Staten. Ontbinding zonder dat de kiezers van het 'kiescollege' van de Eerste Kamer zich konden uitspreken, werd niet zinvol gevonden. Verder wilde het kabinet de zittingsduur terugbrengen van negen naar vier jaar, waarbij alle Statenleden tegelijkertijd op basis van evenredige vertegenwoordiging de Eerste Kamerleden zouden kiezen.

Het wetsvoorstel sneuvelde in de Eerste Kamer, omdat een meerderheid zowel de mogelijke ontbinding van Provinciale Staten als het loslaten van het provinciale verband bij de verkiezing afwees. De verwerping was voor Troelstra reden om direct een initiatiefvoorstel in te dienen over afschaffing van de Eerste Kamer. Gezien de uitslag van de stemming over het amendement-Marchant leek de propagandistische betekenis daarvan voorop te staan. Het voorstel bleek ook kansloos.

Het kabinet kwam kort voor de verkiezingen van 1922 nog wel met een nieuw wetsvoorstel over invoering van evenredige vertegenwoordiging bij de Eerste Kamerverkiezingen. Dat haalde het wel (na de verkiezingen ook in tweede lezing).

³ Kamerleden van de rechterzijde lieten weten geen behoefte te hebben aan behandeling, omdat zij sociale hervormingen prioriteit wilden geven (*Kamerstukken II 1904/05, Voorlopig Verslag, 32, nr. 1*).

Het duurde daarna tot de jaren zeventig voor er concrete voorstellen kwamen over de positie van de Eerste Kamer. Bij de behandeling van de Nota Grondwetsherziening van het kabinet-Den Uyl dienden Klaas de Vries (PvdA) en Erik Jurgens (PPR) een motie in over afschaffing van de Senaat. Het kabinet had de aanbeveling van de staatscommissie-Cals/Donner overgenomen om tot rechtstreekse verkiezing over te gaan (naast gelijktijdige verkiezing om de vier jaar). De motie-De Vries/Jurgens kreeg echter geen meerderheid. Dat in tegenstelling tot een motie-De Kwaadsteniet c.s., die uitsprak dat er niets mocht worden gewijzigd in de positie van de Eerste Kamer.⁴

Daarmee waren feitelijk verdere voorstellen ten aanzien van de grondwettelijke positie van de Eerste Kamer kansloos. Dat weerhield PvdA'ers Ed van Thijn en Schelto Patijn er niet van om in 1979 bij de behandeling van het wetsvoorstel over inrichting van de Staten-Generaal met een motie te komen, waarin werd voorgesteld het vetorecht van de Eerste Kamer te vervangen door een facultatief terugzendrecht. De Eerste Kamer zou drie maanden krijgen om te besluiten tot aanneming of terugzending aan de Tweede Kamer. Die Kamer kreeg dan het laatste woord. De motie werd met ruime meerderheid verworpen.

De herzieningsoperatie leverde in 1983 alleen de gelijktijdige verkiezing van alle senatoren voor vier jaar op. 38 jaar later werd een voorstel ingediend om terug te keren naar het kiesstelsel van voor 1983, met een zittingsduur van zes jaar en verkiezing van de helft van de leden om de drie jaar.

3.5 Procedure grondwetsherziening

De herziening van de grondwettelijke procedure over verandering van de Grondwet leidde in 1848 nauwelijks tot discussie. Slechts enkele leden vonden de drempel wel erg hoog.⁵ De ontbonden en herkozen Eerste Kamer kon als laatste met een derde van de stemmen (toen 14 van de 39 leden) een wijziging tegenhouden. De vrees dat een conservatieve meerderheid de democratische verworvenheden zou terugdraaien, gaf de doorslag bij die drempel. Overigens had de commissie-Thorbecke aanvankelijk verkiezing van een tijdelijke grondwetgevende Kamer voorgesteld. Na voltooiing van haar werkzaamheden diende een nieuwe Tweede Kamer te worden gekozen. Dat was als al te omslachtig afgewezen.

⁴ Motie-De Vries c.s. (12944, nr. 19) en motie-De Kwaadsteniet c.s. (12944, nr. 22).

⁵ Bij de eerste lezing stemde alleen E.P. de Monchy tegen. Bij de tweede lezing sloten H. Nienhuis, C.J.A. baron van Nagell en Ch. Nepveu zich bij hem aan.

Pas in 1921 werd fundamenteel gedebatteerd over de herzieningsprocedure. Het kabinet-Ruijs de Beerenbrouck stelde, in navolging van de staatscommissie, voor om de tweede lezing facultatief te vervangen door een grondwetsreferendum. Als bij de eerste lezing wel een gewone meerderheid, maar geen tweederdemeerderheid was behaald, dan zou de wijziging aan de kiezers worden voorgelegd. Een deel van de Tweede Kamer wilde dat alle voorgestelde herzieningen aan een referendum zouden worden onderworpen. Naast de verdeeldheid over de verlangde meerderheid (gewone of twee derde) leidde dit bezwaar tot verwerping van het voorstel.

Vanaf 1922 werd na aanneming van voorstellen tot herziening van de Grondwet in eerste lezing steeds tot ontbinding op termijn overgegaan. Na enige tijd kwam daarom de vraag op of daarmee wel recht werd gedaan aan de mogelijkheid voor kiezers om zich over de herziening uit te spreken. Bovendien werden steeds meer vraagtekens gezet bij de macht van een minderheid van de Eerste Kamer om een wijziging tegen te houden. Daarvoor volstond immers een derde (plus één) van de Eerste Kamerleden (tot 1956 zeventien van de vijftig leden).

In 1946 stelde het kabinet-Schermerhorn daarom verkiezing van een afzonderlijke Grondwetskamer voor, ter vervanging van de bestaande behandeling in tweede lezing. In die Kamer zou een drievijfde meerderheid nodig zijn voor aanvaarding van wijzigingen. De gedachte was dat bij de verkiezing van de Grondwetskamer alleen de grondwetsherziening centraal zou staan. De ontbinding van beide Kamers kon dan vervallen. In de Tweede Kamer behaalde dit voorstel in de tweede lezing echter niet de vereiste tweederdemeerderheid (de verhouding was 57 tegen 36 stemmen). Voldoende steun was er evenmin voor een vrijwel overeenkomstig voorstel voor een Grondwetskamer van het kabinet-Drees II (alleen met lagere drempel voor aanvaarding). Ingediend in oktober 1951 werd het al in februari 1952 ingetrokken.

Het kabinet-Den Uyl zag in zijn Nota grondwetsherziening uit 1974 af van verandering in de procedure voor grondwetsherziening. Bij de behandeling van de grondwetsvoorstellen in de periode 1976-1981 kwam het onderwerp nauwelijks ter sprake.

Nadat in 1999 wel de ontbinding van de Eerste Kamer na de eerste lezing was geschrapt, herleefde de discussie pas in 2006. De door minister Alexander Pechtold ingestelde Nationale Conventie stelde toen voor om alle in eerste lezing aangenomen herzieningsvoorstellen in een referendum aan de bevolking voor te leggen. Daaruit kwam geen concreet wetsvoorstel.

Dat kwam er pas in 2020. Op basis van het advies van de Staatscommissie parlementair stelsel stelde minister Kajsa Ollongren voor om de tweede lezing voortaan in de Verenigde Vergadering te laten plaatsvinden. Dat voorstel in eerste lezing is aanhangig bij de Eerste Kamer, nadat de Tweede Kamer het in december 2020 aannam. Alleen PvdA en SGP stemden in de Tweede Kamer tegen.

3.6 Revolutionaire volksvertegenwoordigers

Op staatkundig gebied waren er nog enkele ingrijpende voorstellen die het niet haalden. In 1934 stelde het kabinet-Colijn II een staatscommissie-Koolen in, die advies moest uitbrengen over eventuele maatregelen tegen revolutionaire volksvertegenwoordigers. Zij beval aan de mogelijkheid te openen om leden van de Kamers, Provinciale Staten of gemeenteraden van hun lidmaatschap te laten vervallen indien zij via dat lidmaatschap aanzetten tot omverwerping van de bestaande rechtsorde met onwettige middelen. Tevens diende ontzetting uit kiesrecht mogelijk te worden. Bij het eventueel vervallen van het lidmaatschap van de Staten-Generaal diende de Kamervoorzitter het initiatief te nemen. De Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State moest daarna beslissen.

Het advies van de staatscommissie werd betrokken bij het advies van een nieuwe staatscommissie, die een algehele grondwetsherziening moest voorbereiden. Anders dan de staatscommissie-Koolen voorstelde, vond de nieuwe commissie in meerderheid dat de gehele Raad van State over de vervallenverklaring diende te beslissen. Een minderheid (SDAP, VDB) wees de vervallenverklaring af.

Het kabinet nam het meerderheidsadvies over, maar legde de beslissing over de vervallenverklaring bij het vertegenwoordigde lichaam zelf. Die moet een beslissing dan wel met twee derde van de stemmen nemen. Bij het vervallen van het lidmaatschap van gemeenteraden werd voorgesteld beroep mogelijk te maken bij Gedeputeerde Staten en in laatste instantie bij de Kroon. Via een amendement-De Geer werd de beslissing over vervallenverklaring in handen gelegd van een afzonderlijk in te stellen college (deels benoemd, deels via parlementaire voordracht).

De wijziging werd in eerste lezing aanvaard (in de Tweede Kamer 60 tegen 36 stemmen en in de Eerste Kamer 30 tegen 13 stemmen), maar de uitslag in de Tweede Kamer was de voorbode voor verwerping na de tweede lezing. Naast SDAP en VDB stemden onder meer communisten, CDU en SGP tegen. In juni 1937 was er bij de tweede lezing met een stem-

verhouding van 60 tegen 37 stemmen geen tweederdemeerderheid. Ook de sinds 1937 in de Tweede Kamer vertegenwoordigde NSB stemde tegen.⁶

Twee voorstellen die in een tegelijkertijd aanhangig gemaakt verzamelontwerp waren opgenomen, haalden evenmin het *Staatsblad*. Het ging om opnemings van de bepaling dat iemand die tot een vrijheidsstraf van meer dan één jaar was veroordeeld, zou worden uitgesloten van verkiesbaarheid en over de mogelijkheid om de parlementaire immuniteit op te heffen bij opruiing of schending van geheimen. Met 58 tegen 39 stemmen was er in de Tweede Kamer bij de tweede lezing geen tweederdemeerderheid. Geen van de wijzigingen uit 1936/1937 werd nadien opnieuw voorgesteld.

3.7 Gekozen formateur

In 1971 sneuvelde een initiatiefwetsvoorstel van Ed van Thijn (PvdA), Anneke Goudsmit (D'66) en Hans Wiebenga (PSP) over de verkiezing van de kabinetsformateur. Die verkiezing diende gelijktijdig plaats te vinden met de Tweede Kamerverkiezingen. Toen bij de plenaire behandeling bleek dat er geen meerderheid was, trokken de voorstellers hun voorstel in.

Resultaat van de behandeling was wel het door de Tweede Kamer aannemen van de motie-Kolfschoten over een voordracht van de formateur. In het reglement van orde van de Tweede Kamer werd de mogelijkheid geopend daarover direct na aantreden van de Kamer in nieuwe samenstelling in het openbaar hoofdelijk te stemmen. Die bepaling werd echter alleen op 12 mei 1971 toegepast. Toen er geen meerderheid bleek te zijn voor het voordragen van Den Uyl als formateur werd teruggekeerd naar de bestaande procedure.

Voorstellen tot grondwetsherziening bleven nadien uit, maar in 2012 zorgde een reglementswijziging er alsnog voor dat de Tweede Kamer de formatie naar zich toetrok.

3.8 Toetsingsverbod

Het vraagstuk van het verbod van toetsing van wetten aan de Grondwet en de invoering van constitutionele toetsing kwam feitelijk pas in 2002 op de agenda toen Groen-Links-fractievoorzitter Femke Halsema een initiatiefwetsvoorstel indiende over de mogelijkheid voor rechters om wetten aan de klassieke grondrechten te toetsen.⁷

6 P.J. Oud, *Het Jongste Verleden*, deel V 1933-1937, p. 440 e.v.

7 Zie: www.denederlandsegrondwet.nl/id/vlytfszh9kyh/correctief_referendum_1996_1999.

De Nationale Conventie uit 2005 was nog iets verdergegaan door instelling van een constitutioneel hof te bepleiten.

Het wetsvoorstel van Halsema verwierf in beide Kamers in eerste lezing een meerderheid, waarna de indiener nog voor de Kamerontbinding van 2010 een voorstel voor de tweede lezing indiende. Zij verliet echter in januari 2011 de Tweede Kamer.

Pas kort voor de vervroegde verkiezingen van september 2012 werd de verdediging overgenomen door Jolanda Sap. Toen ook zij kort daarna vertrok, nam Liesbeth van Tongeren de verdediging over. In 2015 ving de plenaire behandeling aan, maar die bleef beperkt tot de eerste termijn van de Kamer.

Na de Tweede Kamerverkiezingen van 2017 kwam de vraag op of verdere afhandeling nog wel paste binnen de systematiek van de Grondwet. Inmiddels hadden na voltooiing van de eerste lezing in 2010, 2012 en 2017 verkiezingen plaatsgevonden. Zelfs de fictie dat kiezers zich konden uitspreken, was verdwenen. De indruk ontstond bovendien dat de verdediger een geschikt moment afwachtte voor voortzetting van de behandeling. De Tweede Kamer laakte dat lange uitstel en onder die druk trok Kathalijne Buitenweg het tweedelezingsvoorstel in.⁸

Van iets andere aard was een voorstel van VVD-Tweede Kamerlid Joost Taverne. Hij stelde in 2012 voor de procedure voor het toetsen van nationale wetten aan internationaal recht aan te passen. De Staten-Generaal dienden volgens de indiener daarin een grotere zeggenschap te krijgen, waardoor de rol van de rechter kleiner kon worden. In maart 2017 bleek tijdens de behandeling in de Tweede Kamer dat er onvoldoende steun was, waarop de indiener het wetsvoorstel introk.

3.9 Europese Unie

Zowel de procedure voor totstandkoming of wijziging van EU-verdragen als het verankeren van het Nederlandse EU-lidmaatschap waren voor Tweede Kamerleden reden om met initiatiefwetsvoorstellen te komen. In 2006 stelden Mat Herben (LPF) en Kees van der Staaij (SGP) voor bij goedkeuring van EU-verdragen of wijzigen daarvan een tweededermeerderheid te verlangen. Hetzelfde moest gaan gelden bij besluiten over toetreding van lidstaten. Een poging van D66 om dat laatste onderdeel te schrappen, haalde het niet en in 2015 nam de Tweede Kamer het wetsvoorstel aan. De in 2016 in de Eerste Kamer aange-

⁸ Brief van K. Buitenweg (*Kamerstukken II* [2018/2019], 32334, nr. 12) en brief vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van 27 september 2018 (*Kamerstukken II* [2018/2019], 32334, nr. 13).

vangen behandeling werd in 2017 opgeschort in afwachting van het rapport van de Staatscommissie parlementaire stelsel. Toen dat er was, wees een meerderheid het voorstel af.

Een meerderheid was er evenmin voor het voorstel van de D66-leden Kees Verhoeven en Rob Jetten om het Nederlandse EU-lidmaatschap in de Grondwet vast te leggen en te bepalen dat de betrokkenheid van de Staten-Generaal bij besluitvorming van de EU over wetgeving en verdragen wettelijk moest worden geregeld. De Tweede Kamer verwierp het voorstel in februari 2021.

3.10 Beperktere niet-gerealiseerde wijzigingen

Van de vele voorstellen die in 1921 sneuvelen tijdens de behandeling van de grondwetsherziening kan nog worden genoemd een amendement-Marchant om spreekrecht te verlenen aan afgevaardigden uit de Volksraad van Nederlands-Indië. De staatscommissie had die mogelijkheid voorgesteld, maar een meerderheid van de Tweede Kamer wees dat af.

Bij de eveneens voor de minister teleurstellend verlopen grondwetsherziening van 1952 verwierp de Eerste Kamer een wetsvoorstel over vastlegging van de rechtsorde van het Koninkrijk door een opsomming van de verschillende rijksdelen. De bij amendement opgenomen bepaling dat de verandering in de positie van Nederlands Nieuw-Guinea in principe niet door een verdrag, maar slechts via wetgeving mocht wijzigen, stuitte op grote bezwaren. Bepalend was dat de PvdA in de Eerste Kamer, anders dan in de Tweede Kamer, tegen stemde. Alleen de KVP-fractie stemde in de Eerste Kamer uiteindelijk overigens vóór.

In de periode 1959-1972 haalden wetsvoorstellen over het Nederlanderschap en de grondrechten niet eens parlementaire behandeling. Voor beide voorstellen gold dat ze als ‘onrijp’ werden beschouwd. Bij de algehele herziening in de periode 1975-1982 waren afwijzing van voorstellen over wijziging van de onderwijsbepalingen en over de mogelijkheid van een vierde bestuurslaag van betekenis. Over dat laatste nam de Eerste Kamer (!) een motie-Wiebenga (VVD) aan, waarin werd aangedrongen op intrekking van een aanhangig wetsvoorstel.⁹ Hoewel minister Wiegel die uitspraak moeilijk te verenigen vond met het politieke primaat van de Tweede Kamer, handelde hij er na enige tijd wel naar.

Bij de wijziging van artikel 23 (onderwijs) ging het om een zekere verruiming van de delegatiebepaling ten aanzien van onderwijsregels, waarbij volgens de ministers Van

⁹ *Kamerstukken I* [2009/2010], 13992, nr. 11c.

Kemenade en De Gaay Fortman werd aangesloten op de gegroeide praktijk. Vrees voor aantasting van de vrijheid van onderwijs was in 1976 voor een meerderheid reden om het wetsvoorstel af te wijzen.

Naast het parlementaire minderheidsrecht op enquête sneuvelde in 1981 ook tweemaal een voorstel over het voorzitterschap van de Verenigde Vergadering. De Tweede Kamer vond op grond van het politieke primaat dat het voorzitterschap aan de Tweede Kamer-voorzitter toekwam en amendeerde het wetsvoorstel (in eerste lezing) over de Staten-Generaal. De Eerste Kamer blokkeerde dat. Dat deed het opnieuw toen het kabinet in een nieuw wetsvoorstel voorstelde de keuze van de voorzitter aan de Verenigde Vergadering te laten.

Na de grondwetsherziening van 1983 strandden enkele herzieningen.¹⁰ Het kabinet-Lubbers I ondernam in 1985 tevergeefs een nieuwe poging om tot verduidelijking van de delegatiebepaling te komen. Omdat er geen parlementaire overeenstemming kon worden gevonden over de exacte formulering, trok het kabinet het wetsvoorstel in. Teruggenomen werden ook voorstellen over de afhandeling van verzoekschriften, de regeling van de positie van zelfstandige bestuursorganen en het verminderen van het aantal parlementsleden.

Pogingen van Kamerleden om de Grondwet aan te passen, waren als regel weinig succesvol. Dat gold bijvoorbeeld in 1985 voor een voorstel van Vincent van der Burg (CDA) en Piet Stoffelen (PvdA) om alsnog een minderheidsrecht op parlementaire enquête in te voeren, nadat in 1981 een voorstel van het kabinet-Van Agt/Wiegel door de Eerste Kamer was verworpen. In de Tweede Kamer bleef een meerderheid voorstander van het minderheidsrecht, maar de Eerste Kamer verwierp in 1986 het initiatiefvoorstel, met name door tegenstand van het CDA.

Voorstellen over verlenen van kiesrecht aan niet-Nederlandse ingezetenen bij de Provinciale Statenverkiezingen (PvdA, GroenLinks, D66), over de overheidstaak ten aanzien van veiligheid (CDA) en over de zorgplicht voor het welzijn van dieren (GroenLinks) werden na verloop van tijd ingetrokken zonder dat het tot plenaire behandeling was gekomen.

¹⁰ Voor een volledig overzicht van gestrande herzieningsvoorstellen na 1983, zie: www.denederlandsegrondwet.nl/id/vlyqk9zvxpvt/gestrande_grondwetswijzigingen_in_het.

In 1995 stelden de Tweede Kamerleden Alis Koekkoek (CDA) en Eimert van Middelkoop (GPV) voor een bepaling in de Grondwet op te nemen over de Nederlandse taal. De bevordering van het gebruik daarvan moest onderwerp van zorg van de overheid worden. De indianers vreesden dat door de internationalisering het gebruik van het Nederlands steeds meer onder druk zou komen te staan. Een meerderheid van de Tweede Kamer zag echter geen noodzaak voor de bepalingen en verwierp het voorstel in mei 1997.

Een tweede poging om bepalingen over de taal op te nemen, kwam er in 2010 op initiatief van het kabinet-Balkenende IV, toen nog slechts steunend op CDA en ChristenUnie. Het diende een eerstelezingsvoorstel in om Nederlands als officiële taal vast te leggen en om burgers het recht te geven om door de overheid in het Nederlands te worden benaderd. Tevens diende regeling van de Friese taal te worden vastgelegd. Vanwege twijfels over de maatschappelijke behoefte, trok minister Ollongren het voorstel in 2018 in.

Over de functie van onze Grondwet kan verschillend worden gedacht. Is die vooral symbolisch of meer juridisch, moet zij slechts minimumeisen bevatten of zaken juist helder en eenduidig regelen? In 1983 werd de tekst ontdaan van overbodige regelingen, maar kregen wel de grondrechten, inclusief de sociale, een duidelijkere (en prominentere) plaats. Dat heeft iets tweeslachtigs: een sobere, maar tegelijk in letterlijke zin ‘waarde(n) volle’ Grondwet.

Dat er nadien terughoudendheid was ten aanzien van bepalingen over dierenwelzijn en de taal is niettemin begrijpelijk. Voor ingrijpende wijzigingen (referendum, herzieningsprocedure) was het draagvlak domweg te klein. Uiteraard is het steeds mogelijk dat, ondanks eerdere mislukte pogingen, een herziening na lange tijd toch tot stand komt. Je kunt het opnieuw proberen!

En de Grondwet werd, ondanks verwerpingen en ingetrokken voorstellen, toch geregeld herzien. Na 1983 waren er zelfs zeventien wijzigingen, al waren die geen van alle controverseel. In beide lezingen was er steeds ruime steun. Dat feit roept dan wel de vraag op waarom niet direct bij de eerste lezing een tweederdemeerderheid wordt verlangd, waarna – als die meerderheid er is – de betekenisloze fictieve ‘stemming’ door de kiesgerechtigden achterwege kan blijven. Maar ook dat vergt uiteraard een vrij fundamentele wijziging van de herzieningsprocedure.

II PARLEMENTAIR STELSEL

4

De vertrouwensregel in de schaduw van de Grondwet

Paul Bovend'Eert

4.1 Inleiding

In een moderne parlementaire democratie nemen regering en parlement in het kader van de machtenscheiding een zelfstandige en onafhankelijke positie ten opzichte van elkaar in, maar de scheiding tussen deze twee staatsmachten is niet absoluut. Machtenscheiding betekent in de hedendaagse constitutionele verhoudingen zowel scheiding als verdeling, beperking en balanceren van bevoegdheden over de diverse overheidsambten van deze staatsmachten, teneinde een machtsevenwicht in de staat te bevorderen, waarin de organen van regering en parlement elkaar over en weer controleren en tot samenwerking komen.¹ Terwijl de rechterlijke macht, de derde staatsmacht, een betrekkelijke afgescheiden positie inneemt ten opzichte van de twee andere staatsmachten, wordt de verhouding tussen regering en parlement gekenmerkt door een uitgebreid stelsel van *checks and balances*, waarin sprake is van gedeelde bevoegdheden en controlemechanismen. Bij gedeelde bevoegdheden valt onder meer te denken aan de vaststelling van wetten en van de rijksbegroting door regering en Staten-Generaal gezamenlijk (art. 81 en 105 Grondwet). Andere *checks and balances* in de verhouding tussen regering en Staten-Generaal zijn de ministeriële verantwoordelijkheid (art. 42 Grondwet), de vertrouwensregel van het parlementaire stelsel, de parlamentsontbinding (art. 64 Grondwet) en de regeringsvorming.

Deze vier *checks and balances* vormen tezamen de wezenskenmerken van een hedendaagse parlementaire democratie. De ministeriële verantwoordelijkheid verzekert dat het parlement democratische controle uitoefent op het openbaar bestuur. De vertrouwensregel maakt de regering afhankelijk van de steun van een meerderheid in het parlement. Verliest de regering het vertrouwen van de meerderheid, dan dient zij op te stappen. De parlamentsontbinding geeft de regering een politiek machtsmiddel om bij een conflict met het parlement vervroegde verkiezingen uit te schrijven. De regeringsvorming ten slotte is zo ingericht, dat na verkiezingen een nieuw kabinet wordt gevormd dat kan rekenen op de steun van een parlementaire meerderheid.

In veel moderne parlementaire democratieën in Europa zijn deze vier wezenskenmerken stevig verankerd in de grondwet van het land. Een grondwet behoort nu eenmaal

¹ Vgl. *Kamerstukken II 2015/16*, 34516, nr. 3, p. 6.

de basiselementen van het staatsbestel te regelen. In Nederland is de vertrouwensregel echter niet in de Grondwet opgenomen.² Zij is, zoals bekend, als een ongeschreven rechtsregel tot ontwikkeling gekomen, maar is in de loop der jaren bij opeenvolgende grondwetsherzieningen nimmer gecodificeerd. Daarmee wijkt het Nederlandse constitutionele recht sterk af van het constitutionele recht in landen zoals de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk en België en veel andere Europese landen, waar de grondwet deze kernregel van het parlementaire stelsel in verschillende bewoordingen vastlegt.

Hoewel de Nederlandse vertrouwensregel als zodanig niet zijn grondslag vindt in een specifieke grondwetsbepaling, is zijn totstandkoming nadrukkelijk het gevolg geweest van bepaalde grondwetsherzieningen en wordt de inhoud en vormgeving ervan bepaald door de inrichting van ons staatsbestel in de Grondwet.

In het navolgende wordt met name vanuit dat perspectief van de grondwetsherzieningen en de Grondwet aandacht besteed aan de vertrouwensregel. Daarbij worden de volgende vraagpunten besproken. Hoe heeft de vertrouwensregel zich in de loop der jaren ontwikkeld in de schaduw van de opeenvolgende grondwetsherzieningen? Welke vraagstukken rond de inhoud en reikwijdte van de vertrouwensregel zijn daarbij opgekomen? Om welke reden of redenen is de vertrouwensregel nooit gecodificeerd? En ten slotte: is codificatie van de vertrouwensregel gewenst, en zo ja, hoe dient deze regel te worden vormgegeven?³

4.2 Machtenscheiding en checks and balances 1814-1848

Hiervoor bleek dat de vertrouwensregel in een parlementaire democratie geplaatst kan worden in de sleutel van de machtenscheiding en *checks and balances*, waarin regering en parlement twee zelfstandige staatsmachten zijn die elkaar over en weer controleren.

In de Grondwet van 1814 en van 1815 werd in die zin een eerste fundament gelegd voor de totstandkoming van de vertrouwensregel, dat daarin de machtenscheiding werd verankerd en een verdeling van bevoegdheden tussen regering en parlement een regeling vond. Van een uitgewerkt systeem van *checks and balances* kon echter nog geen sprake zijn.

2 Hetzelfde geldt voor de procedure van regeringsvorming. Zie hierna de bijdrage van Alexander van Kessel.

3 Ik beperk me in het navolgende tot de werking van de vertrouwensregel in de Tweede Kamer. De Eerste Kamer blijft buiten beschouwing.

De periode 1814-1848 kenmerkte zich door een sterk overwicht van de Koning, zowel binnen de regering als in verhouding tot de Staten-Generaal. Koning Willem I voerde tijdens zijn regeringsperiode (1814-1840) een autoritair, persoonlijk bewind. De ministers, door Willem I aangeduid als ‘secretarissen van staat’, waren aan hem ondergeschikt. In alle zaken van enig belang besliste de Koning zelf.⁴

De Staten-Generaal vormden weliswaar met de Koning de wetgevende macht, maar de wetgevingsbevoegdheden van de Tweede Kamer waren nog beperkt. De Tweede Kamer miste in deze jaren het voor een parlement zo wezenlijke amendementsrecht in de wetsprocedure. Niet alleen op het terrein van de wetgeving, maar ook in de uitoefening van de controlefunctie had de Tweede Kamer aanvankelijk niet veel in de melk te brokkelen. Koning Willem I verzette zich met succes tegen het in de grondwetscommissie van 1815 naar voren gebrachte voorstel om het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid als complement van de koninklijke onschendbaarheid in de Grondwet te verankeren.⁵ Hij wilde zelf regeren en daarom ook zelf de verantwoordelijkheid voor het beleid dragen. Een functie bij de regeringsvorming had de Tweede Kamer ten tijde van de regeerperiode van Willem I in het geheel niet. De Koning benoemde en ontsloeg zijn ministers ‘naar welgevallen’. Willem I beschouwde zijn ministers als gehoorzame dienaren en maakte van zijn bevoegdheid tot benoeming en ontslag ruim gebruik.⁶ Het budgetrecht van het parlement was in het toenmalige systeem van tienjaarlijkse begrotingen voor vaste uitgaven heel beperkt.⁷

Het is duidelijk dat de beperkte bevoegdheden van het parlement en het ontbreken van ministeriële verantwoordelijkheid in de grondwetten van 1814 en 1815 in de weg stonden aan de ontwikkeling van een parlementair stelsel. De grondwetsherziening van 1840 bracht een belangrijke kentering in de verhoudingen binnen de regering. Deze herziening betekende een aanzienlijke versterking van de controlefunctie van de Tweede Kamer. Zij bracht de invoering van het contraseign en van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid. De invoering van het contraseign betekende een fundamentele wijziging in de verhouding tussen Koning en ministers en tussen regering en Staten-Generaal. De Koning kon niet langer zelfstandig, zonder medewerking van ministers, besluiten. De minister werd naast de Koning staatsrechtelijk gelijkwaardig

4 P.J. Oud, *Het Constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, deel I (2^e druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 252 e.v.

5 Oud 1967, p. 254.

6 R. Kranenburg, *Het Nederlandsche staatsrecht*, eerste deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1928, p. 143.

7 Zie ook uitgebreid P.P.T. Bovend'Eert, ‘De centrale positie van de Tweede Kamer’, in: Remieg Aerts e.a. (red.), *In dit Huis. Twee eeuwen Tweede Kamer*, Amsterdam: Boom 2015, p. 91 e.v.

lid van de regering. Zijn contraseign van koninklijke besluiten maakte hem verantwoordelijk jegens de Kamers der Staten-Generaal. De grondwetsherziening van 1840 introduceerde daarnaast tweemaaljaarlijkse begrotingen. De Tweede Kamer was aldus beter in staat om financieel toezicht uit te oefenen. Tweemaal zagen ministers aanleiding ontslag te vragen vanwege verwerping van financiële voorstellen. Het parlementaire stelsel wierp zijn schaduw vooruit.⁸

4.3 Grondwetsherziening van 1848

De grondwetsherziening van 1848 heeft, zoals bekend, de belangrijkste staatsrechtelijke en staatkundige hervormingen in de geschiedenis van het Koninkrijk der Nederlanden gebracht. Tot de voornaamste hervormingen van 1848 behoorden, kort samengevat, de herziening van het kiesstelsel voor de Tweede Kamer (rechtstreekse verkiezingen met censuskiesrecht) en de invoering van indirecte verkiezingen voor de Eerste Kamer. Daarnaast werd in de wetsprocedure voor de Tweede Kamer het amendementsrecht ingevoerd en werd het beginsel van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid in combinatie met een inlichtingenplicht van ministers jegens de Kamers vastgelegd in de Grondwet. Er kwamen jaarlijkse begrotingen, de Tweede Kamer kreeg recht van enquête, en er werd een parlementair ontbindingsrecht ingevoerd dat ten doel had conflicten tussen regering en volksvertegenwoordiging voortaan door de kiezer te laten beslechten. De Grondwet van 1848 voorzag bovendien in een versterking van de zelfstandige positie van de Staten-Generaal, onder meer door de verankering van de parlementaire immuniteit en het autonome geloofsbrievenonderzoek.

De grondwetsherziening van 1848 heeft aldus de weg geopend naar de vorming van de parlementaire democratie. Men zou kunnen zeggen dat de totstandkoming van de ongeschreven vertrouwensregel van het parlementaire stelsel een direct gevolg was van deze grondwetsherziening.

Na de grondwetsherziening voltrok zich geleidelijk een belangrijke hervorming van de staatsrechtelijke verhoudingen binnen de regering en tussen regering en parlement. Na 1848 traden voor het eerst 'homogene' kabinetten op. Nieuw was ook dat kabinetten werden gevormd die konden rekenen op steun van een parlementaire meerderheid in de Tweede Kamer. Oud kwalificeerde het eerste kabinet-Thorbecke (1849-1853) als het eerste voorbeeld van een parlementair kabinet.⁹

8 Oud 1967, p. 264.

9 Oud 1967, p. 268.

De grondwetsherziening van 1848 gaf nieuw elan aan het functioneren van het parlement. De nieuwe verhoudingen kwamen ook tot uitdrukking in de gewijzigde werkwijze van de Tweede Kamer. Vanaf 1848 vergaderde de Tweede Kamer veel meer en veel langer. De jaarlijkse zitting van de Kamers der Staten-Generaal beperkte zich niet meer tot enkele maanden, maar liep door tot kort voor de opening van de nieuwe zitting in september van het volgende jaar.¹⁰

4.4 1866-1868

In de jaren vijftig en zestig van de negentiende eeuw werd vervolgens de constitutionele strijd beslist tussen Koning en Staten-Generaal over de vraag of een kabinet aan het bewind kon blijven indien de Kamer het vertrouwen in het kabinet verloor.

Op 27 september 1866 nam de Tweede Kamer voor het eerst in haar geschiedenis een motie van wantrouwen aan. Zij was zeer ontstemd over de overstap van minister Mijer naar de functie van Gouverneur-Generaal van Nederlands-Indië, nadat hij kort daarvoor nog als formateur van het kabinet was opgetreden. De beroemde motie-Keuchenius, gericht tegen deze handelwijze, luidde als volgt: 'De Kamer, de gedragslijn van het Kabinet ten opzichte van de uittreding van den Minister van Koloniën, Mr. P. Mijer, afkeurende, gaat over tot de orde van dag.'¹¹

De regering reageerde op deze motie van afkeuring met Kamerontbinding. Daarbij kreeg de Kamer te horen dat zij inbreuk maakte op het prerogatief van de Koning, om overeenkomstig artikel 72 van de Grondwet 1848 ministers te benoemen en hen 'naar welgevallen' te ontslaan. Koning Willem III riep de kiezers zelfs in een proclamatie op zijn regering te steunen tegen deze opstandige Kamer.

Na de ontbindingsverkiezingen bleef het kabinet aan, maar kort daarna, in 1867, brak opnieuw een conflict uit tussen kabinet en Kamermeerderheid, ditmaal over een aangelegenheid van buitenlands beleid (de kwestie Luxemburg). De Tweede Kamer verwierp de begroting van Buitenlandse Zaken, waarna het kabinet ontslag aanbood. De Koning weigerde het ontslag te aanvaarden en ontbond de Tweede Kamer.

Deze keer bleef de Tweede Kamer zich na de ontbindingsverkiezingen verzetten tegen de regering. De Kamer nam de motie-Blussé aan, 'dat geen landsbelang de jongste ontbinding van de Kamer heeft gevorderd'. De regering legde deze motie in eerste instantie

10 S.J. Fockema Andreae en H. Hardenberg, *500 jaren Staten-Generaal*, Assen: van Gorcum 1964, p. 210 e.v.

11 Oud 1967, p. 272.

naast zich neer, maar zag vervolgens dat de Kamer opnieuw de begroting van Buitenlandse Zaken verwierp. En daarmee werd het kabinet voor een voldongen feit geplaatst. Een ontslag van het kabinet zou slechts voorkomen kunnen worden door opnieuw de Kamer te ontbinden. Tot een tweede Kamerontbinding kwam het echter niet in dit ernstige constitutionele geschil tussen regering en Kamermeerderheid. Na enige aarzeling bood het kabinet zijn ontslag aan en ging de Koning over tot de vorming van een nieuw kabinet. Daarmee was uiteindelijk het pleit beslecht ten gunste van de Tweede Kamer.

De vertrouwensregel ontwikkelde zich geleidelijk na de grondwetsherziening van 1848. Het is niet goed mogelijk een exacte geboortedatum van de vertrouwensregel aan te wijzen. De gebeurtenissen van 1866 en 1868 markeren vooral ook de verhouding tussen de vertrouwensregel en de bevoegdheid van de regering om de Kamer te ontbinden. In die jaren is vast komen te staan dat de regering het verlies van het vertrouwen van een Kamermeerderheid niet kan ontwijken door, middels Kamerontbinding, herhaaldelijk een kiezersuitspraak uit te lokken. De regering mag de Kamer niet meer dan één keer ontbinden bij een politiek geschil met een Kamermeerderheid.

4.5 Rechtskarakter van de vertrouwensregel

Wat het rechtskarakter van de vertrouwensregel was, bleef, bij gebrek aan een specifieke grondwettelijke grondslag, lang in het ongewisse. In dit verband was van belang dat de Grondwet, zoals hiervoor bleek, sinds 1815 bepaalde dat de Koning ministers benoemde, en hen ontsloeg 'naar welgevallen'. Uit deze bepaling werd destijds van regeringszijde afgeleid dat het voldoende was indien ministers het vertrouwen van de Koning hadden. Benoeming en ontslag van bewindslieden vormden in deze visie het prerogatief van de (constitutionele) Koning, waaraan de volksvertegenwoordiging geen afbreuk mocht doen. In deze gedachtegang stond de Grondwet ook na 1848 in de weg aan de totstandkoming van de vertrouwensregel.

Aannemelijk is echter dat dit 'naar welgevallen ontslaan' helemaal niet bedoelde uit te sluiten dat het parlement zeggenschap zou kunnen verwerven over het ontslag van ministers. De ministers waren immers vanaf 1815 niet meer dan ondergeschikte ambtenaren van de Koning, die hem assistentie verleenden bij zijn beleid. De Koning kon hen, anders dan bij gewone ambtenaren, naar welgevallen (d.w.z. willekeurig) ontslaan. Dat was de strekking van deze grondwetsbepaling. Dat het parlement na 1848 ministers door het opzeggen van vertrouwen tot heengaan verplichtte, was derhalve niet als een

afwijking van het grondwettelijk systeem te beschouwen.¹² De betreffende grondwetsbepaling had helemaal niet ten doel om de vestiging van het parlementair stelsel tegen te gaan.¹³

In de negentiende eeuw zag men de opgekomen vertrouwensregel van het parlementaire stelsel vooral als een nieuwe staatkundige praktijk, een nieuw politiek systeem dat overigens volgens Buijs wel degelijk verplichtingen met zich meebracht.¹⁴ Later, vanaf het begin van de twintigste eeuw is men in het staatsrecht de vertrouwensregel van het parlementaire stelsel als een staatsrechtelijke ongeschreven rechtsregel (of: gewoonterecht) gaan beschouwen, het een en ander min of meer in de geest van de Britse *conventions*.¹⁵ Sinds die tijd werd het bestaansrecht van de ongeschreven vertrouwensregel onomstreden.

Van belang is nog op te merken dat de vertrouwensregel niet als een uitwerking van de ministeriële verantwoordelijkheid (art. 42 Grondwet) tot ontwikkeling is gekomen. De vertrouwensregel is een afzonderlijke ongeschreven rechtsregel, die losstaat van de geschreven grondwettelijke regel dat ministers verantwoording schuldig zijn jegens het parlement.

4.6 Verdere ontwikkelingen

De vestiging van de vertrouwensregel in de periode na 1848 bracht een niet te onderschatten verdere versterking van de positie van de Tweede Kamer. De vertrouwensregel bood de Kamer immers een machtsmiddel om de totstandkoming of wijziging van wetgeving (of de rijksbegroting) af te dwingen. Ook diende de vertrouwensregel als sanctie op de ministeriële verantwoordelijkheid. Daarnaast had de vertrouwensregel niet alleen betrekking op de ontslagaanvraag van ministers, maar raakte die ook indirect de regeringsvorming. Vanaf 1868 stond vast dat geen kabinet meer gevormd kon worden zonder het vertrouwen en de steun van een parlementaire meerderheid. Diverse grondwetsherzieningen

12 Zie hierover J.T. Buijs, *De Grondwet. Toelichting en kritiek*, eerste deel, Arnhem: P. Gouda Quint 1883, p. 355 e.v.

13 Buijs 1883, p. 353. Zie anders D.J. Elzinga en C. Wisse, *De parlementaire fracties, Nederlands parlamentsrecht*, Groningen: Wolters Noordhoff 1988, die verdedigen dat ongeschreven rechtsregels kunnen afwijken (derogeren) van de Grondwet, en de vertrouwensregel als voorbeeld hiervan noemen. Volgens mij is het principieel onaanvaardbaar aan te nemen dat ongeschreven regels kunnen afwijken van de Grondwet.

14 Buijs 1883, p. 370 en 488.

15 Vgl. o.a. A.A.H. Struycken, *Het staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden*, eerste deel: Arnhem: S. Gouda Quint 1915, p. 172 e.v. Zie over *conventions* uitgebreid G.J. Geertjes, *Staatsrecht en Conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk* (diss. Leiden; E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek, nr. 372), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021.

en staatkundige ontwikkelingen na 1848 hebben vervolgens een belangrijke uitwerking gehad op de vertrouwensregel en deze ongeschreven rechtsregel nader vormgegeven.

De grondwetsherziening van 1887 leidde tot een belangrijke aanpassing van het kiesstelsel voor de Tweede Kamer. Niet langer werd de Kamer om de twee jaar voor de helft vernieuwd, maar er vonden voortaan elke vier jaar algehele verkiezingen voor de Kamer plaats, zodat vaste parlementaire periodes van vier jaar ontstonden, hetgeen eveneens een versterking van de positie van het parlement betekende.

Daarnaast kenmerkte de periode na 1887 zich door de opkomst van landelijke politieke partijen en tot partij- en fractievorming in de Tweede Kamer. Het parlementaire stelsel evolueerde in die zin, dat kabinetten voortaan in overeenstemming met de opvattingen van een parlementaire meerderheid regeerden, die samengesteld was uit gekozen leden van politieke partijen, verenigd in Kamerfracties, die een vaste regeringscoalitie vormden.¹⁶

De invoering van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging bij de grondwetsherziening van 1917 en de totstandkoming van algemeen kiesrecht versterkten deze nieuwe ontwikkelingen in het parlementaire stelsel en de vertrouwensregel. Het een en ander betekende intussen niet dat vaste regeringscoalities in het parlement vanzelfsprekend tot meer regeringsstabiliteit leidden. Het interbellum (1918-1940) kende onverkort een parlementaire meerderheid voor de confessionele partijen, maar tot regeringsstabiliteit leidde dit niet. De periode kenmerkte zich door ernstige politieke conflicten en crises. In 1939 nam de Tweede Kamer zelfs aanstonds een motie van wantrouwen aan tegen het na verkiezingen gevormde kabinet-Colijn dat zich voor het eerst presenteerde aan de Kamer. De betreffende motie-Deckers luidde als volg: 'De Kamer, overwegende dat de kabinetsformatie niet heeft geleid tot het optreden van een Kabinet dat de nodige waarborgen biedt voor een deugdelijke behartiging van 's lands belang in gemeen overleg met de Staten-generaal, keurt het optreden van dit kabinet af en gaat over tot de orde van de dag.'

Ook na de Tweede Wereldoorlog wisselden meer stabiele en instabiele regeringsperiodes elkaar af. De Tweede Kamer bracht in deze periode van de parlementaire geschiedenis geen ministers of kabinetten meer ten val door moties van wantrouwen aan te nemen of begrotingen te verwerpen, zoals daarvoor gangbaar was. Breuken in regeringscoalities

¹⁶ R. Koole, 'Gouvernementalisering. De veranderende verhouding tussen regering en parlement in Nederland', *TvCR* 2018, p. 317 e.v.

ontstonden op andere wijze, bijvoorbeeld door onaanvaardbaar verklaarde moties of amendementen. In de werking van de vertrouwensregel namen niet zelden de politieke leiders die in het kabinet zitting hadden, het voortouw.¹⁷ Een monistische verhouding tussen regering en parlementaire meerderheid op basis van uitgebreide regeerakkoorden bepaalt tegenwoordig het beeld in politiek Den Haag.

4.7 Geen codificatie bij de grondwetsherziening van 1983

In 1983 kwam een geheel nieuwe Grondwet tot stand. Bij deze grondwetsherziening vond een ingrijpende modernisering van de tekst van de Grondwet plaats, onder meer door een apart eerste hoofdstuk gewijd aan grondrechten in de Grondwet op te nemen, het sterk monarchale karakter aan de oorspronkelijke Grondwet te ontnemen, en nogal wat onderwerpen te deconstitutionaliseren (aan de wetgever overlaten). Ingrijpende staatkundige vernieuwingen bleven echter achterwege.

De algehele grondwetsherziening vormde een uitgelezen kans om de vertrouwensregel als fundamentele regel van het parlementaire stelsel in de Grondwet te codificeren. Maar de regering zag ervan af en de Tweede Kamer drong er niet op aan. De regering zag als bezwaar tegen codificatie dat op verschillende wijzen kan blijken dat een minister of kabinet niet langer door een meerderheid wordt gesteund. Als men ertoe zou overgaan de vertrouwensregel in de Grondwet op te nemen, zou de vraag rijzen of ook niet bepaald zou moeten worden op welke wijzen het vertrouwen verloren kan gaan. Een dergelijke vastlegging zou echter volgens de regering afbreuk doen aan de nodige souplesse die in de verhouding tussen regering en parlement nodig is. Codificatie zou in die verhouding verstarrend werken. De vertrouwensregel was bovendien voldoende verankerd in het staatsrechtelijk bewustzijn, zodat hij er niet uit zou verdwijnen.¹⁸

Zelden is bij een grondwetsherziening zo'n zwakke argumentatie gebruikt om de opname van een rechtsregel in de Grondwet af te wijzen. Kortmann uitte terecht kritiek op het uitblijven van een grondwettelijke regeling van de vertrouwensregel. Hij wees erop dat men zeer wel de vertrouwensregel grondwettelijk kan formuleren zonder aan te geven op welke wijze de afwezigheid van vertrouwen blijkt. De Grondwet bevat vele open normen en begrippen.¹⁹

¹⁷ Koole 2018, p. 333.

¹⁸ *Kamerstukken II 1980/81, 16035, nr. 11, p. 2*; C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen van 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 174.

¹⁹ Kortmann 1987, p. 175.

Een blik over de grenzen leert dat moderne grondwetten, zoals de grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland (art. 67), de grondwet van België (art. 96) en de Franse Constitutie (art. 49) onverkort een nader afgebakende vertrouwensregel bevatten. De grondwetgever van deze landen heeft deze fundamentele regel van het staatsbestel in de grondwet verankerd. In sommige landen is de vertrouwensregel in een nader afgebakende, specifieke vorm in de grondwet geformuleerd, bijvoorbeeld door, zoals in Duitsland en België, een constructieve motie van wantrouwen in de grondwet op te nemen.²⁰

Een meer open formulering van de vertrouwensregel komt ook voor. Deze treffen we bijvoorbeeld aan in de Staatsregelingen van Aruba (1986), Curaçao (2010) en Sint Maarten (2010). Art. II.2 lid 2 Arubaanse Staatsregeling luidt in dit verband als volgt: 'Indien een minister het vertrouwen van de Staten (Arubaans parlement PB) niet langer heeft, stelt hij zijn ambt ter beschikking.'²¹

De grondwetgever van 1983 is op het punt van de codificatie van de vertrouwensregel in gebreke gebleven. De Grondwet heeft een belangrijke attribuerende en regulerende functie. Zij dient de belangrijkste bevoegdheden van de staatsinstellingen en hun onderlinge betrekkingen op hoofdzaken te regelen. Het is tegen deze achtergrond eigenlijk als een onvergeeflijke blunder te beschouwen dat de grondwetgever van 1983 heeft nagelaten om de vertrouwensregel, nu eenmaal de belangrijkste rechtsregel betreffende de verhouding tussen regering en parlement, in de Grondwet vast te leggen, juist op een moment dat een algehele grondwetsherziening daartoe een gelegenheid bij uitstek bood.

4.8 Inhoud van de vertrouwensregel

Het is opvallend dat de regering bij de grondwetsherziening van 1983 weigerde de vertrouwensregel op te nemen in de Grondwet, maar wel daarvan een sluitende omschrijving gaf in de toelichtende stukken bij de bepalingen inzake de ministers. Volgens de regering wordt als hoofdregel van het parlementaire stelsel gezien '... dat een minister of staatssecretaris die niet langer geacht kan worden het vertrouwen te hebben van een parlementaire meerderheid, niet kan aanblijven.'²²

²⁰ Zie bijv. art. 67 *Grundgesetz*, dat voorschrijft dat de Bondsdag een motie van wantrouwen tegen de zittende Bondskanselier aanneemt en daarbij tevens een opvolger kiest.

²¹ Zie ook art. 29 lid 2 Staatsregeling Curaçao en art. 33 lid 2 Staatsregeling Sint Maarten, sinds de staatkundige hervorming van 2010.

²² *Kamerstukken II 1980/81, 16035, nr. 11, p. 2.*

Daarnaast gaf de regering in deze toelichting nog enige duidelijkheid over de inhoud en reikwijdte van de vertrouwensregel, het een en ander overeenkomstig gangbare opvattingen. De regering betoogde dat sprake is van een zogeheten negatieve vertrouwensregel. Niet hoeft te blijken dat de minister het vertrouwen heeft van een parlementaire meerderheid, maar daarentegen moet blijken dat hij dit niet langer heeft. Dit laatste kan op verschillende manieren het geval zijn, zo merkte de regering op, waarbij genoemd werden de motie van wantrouwen, de verwerping van een voor de minister vitaal wetsvoorstel, de weigering van de Kamer mee te gaan met een beleidsvoornemen waaraan de minister zijn lot verbonden heeft, de aanvaarding van een motie die door de minister onaanvaardbaar is verklaard.²³

Uit de beschouwingen van de regering komt duidelijk naar voren dat niet alleen de Kamer, maar ook de minister of het kabinet de vertrouwensregel kan activeren door een bepaald besluit van de Kamer als onaanvaardbaar (uiting van wantrouwen) te beschouwen en daaraan consequenties te verbinden.²⁴

De beschouwingen van de regering over de inhoud en reikwijdte van de vertrouwensregel sluiten aan bij de in de loop der jaren gegroeide toepassingspraktijk, waarin op verschillende manieren een vertrouwensbreuk in de samenwerking tussen regering en (meerderheid van) de Kamer kan blijken. In die zin ligt het voor de hand te pleiten voor een open formulering van de vertrouwensregel naar Caribisch voorbeeld. Zo'n open geformuleerde vertrouwensregel biedt voldoende flexibiliteit om aan een gedifferentieerde werking van de vertrouwensregel in de praktijk tegemoet te komen.

4.9 Recente ontwikkelingen

Na 1983 zijn diverse vraagstukken met betrekking tot de werking van de vertrouwensregel opgekomen. Ter toelichting enkele voorbeelden hiervan.

In 2006 ontstond de nodige ophef over een motie van wantrouwen gericht tegen de (demonstrante) minister van Vreemdelingenzaken en integratie Verdonk. De betreffende motie-Dijsselbloem c.s. keurde de handelwijze van de minister over een generaal pardon voor asielzoekers af, maar de indiener liet na aan te geven dat de motie gericht

²³ *Kamerstukken II* 1980/81, 16035, nr. 11, p. 2.

²⁴ De vraag of niet alleen de Tweede Kamer, maar ook de Eerste Kamer het vertrouwen kan opzeggen, kwam eveneens ter sprake. Zie *Kamerstukken II* 1978/79, 14222, nr. 6, p. 9, p. 14, nr. 7, p. 25-26.

was op het aftreden van de minister. Deze gaf derhalve geen gevolg aan de motie, zij het dat haar portefeuille enigszins werd gewijzigd.²⁵ Een vreemde gang van zaken!

In 2021 verraste politiek Den Haag tijdens de kabinetsformatie met een nieuwe benadering van de vertrouwensregel, door plotsklaps een onderscheid te maken tussen de rechtsgevolgen van het aannemen van een motie van wantrouwen en van een motie van afkeuring.

In het voorjaar werd minister-president Mark Rutte geconfronteerd met de indiening van zowel een motie van wantrouwen als een motie van afkeuring in de 'Omtzigt-functie-elders-affaire', waarbij ook nog het merkwaardige feit zich voordeed dat de motie van afkeuring eigenlijk niet gericht was tegen premier Rutte, maar tegen fractievoorzitter Rutte. Want in die laatste hoedanigheid had hij 'het probleem-Omtzigt' besproken.

De motie van wantrouwen werd uiteindelijk in het desbetreffende Tweede Kamerdebat door een meerderheid verworpen, maar de motie van afkeuring kreeg wel de steun van een parlementaire meerderheid. De demissionaire premier bleef na het aannemen van de motie van afkeuring als zwaar aangeschoten wild zitten.

In september 2021 werden twee andere demissionaire bewindslieden op dezelfde wijze voor het blok gezet. In het Afghanistan-debat werden moties van wantrouwen en afkeuring ingediend tegen demissionair minister Sigrid Kaag van Buitenlandse Zaken en demissionair minister Ank Bijleveld van Defensie. De Kamer verwierp de motie van wantrouwen, maar nam de motie van afkeuring wel aan. En vervolgens verbonden de twee bewindspersonen elk hun eigen consequenties aan de motie. Ank Bijleveld bleef aanvankelijk zitten en Sigrid Kaag verzocht de Koning haar onmiddellijk ontslag te verlenen, omdat, zo stelde zij, een minister in een democratie hoort af te treden als het beleid wordt afgekeurd. Een dag later volgde Bijleveld het voorbeeld van Kaag.²⁶

In deze affaires is de indruk gewekt dat er in het Nederlandse parlementaire stelsel twee opties zijn, als er een ernstig politiek conflict ontstaat tussen een minister of staatssecretaris (of het hele kabinet) en de Kamer. Ten eerste kan de Kamer een motie van wantrouwen aannemen. Ten tweede kan zij een motie van afkeuring aannemen. Bij

25 *Kamerstukken II 2006/07, 19637, nr. 1113; P.P.T. Bovend'Eert en H.R.B.M. Kummeling, Het Nederlandse parlement*, Deventer: Kluwer 2017, p. 437.

26 Carla van Baalen, Paul Bovend'Eert, Alexander van Kessel en Mark van Twist, *Het vertrouwen zoek. De kabinetsformatie 2021/22 geëvalueerd*, Nijmegen: Uitgeverij VanTilt 2023, p. 125 e.v.

een motie van wantrouwen moet de bewindspersoon (of het kabinet) opstappen. Bij een motie van afkeuring is die verplichting erop zichzelf niet, maar kan betrokkene in het aannemen van de motie zelf aanleiding vinden om uit eigen beweging op te stappen.

Dit nieuwe onderscheid is nogal gekunsteld en sluit allerm minst aan op de van oudsher bestaande gangbare toepassing van de vertrouwensregel in de Nederlandse verhoudingen. Het maken van een onderscheid tussen deze twee moties is in de nationale politiek tot de opvallende gebeurtenissen van 2021 nooit voorgekomen. Het kwam als het ware in 2021 uit de lucht vallen. De motie van afkeuring is altijd hetzelfde geweest als (een ander woord voor) de motie van wantrouwen. De hiervoor besproken beroemde motie-Keuchenius (1866) en motie-Deckers (1939) waren naar de bewoordingen moties van afkeuring, gericht op het aftreden van het kabinet. De Kamer heeft van oudsher niet de term ‘wantrouwen’ gebruikt, maar de term ‘afkeuring’ om tot uitdrukking te brengen dat het vertrouwen in de minister of het kabinet werd opgezegd, en de consequentie hiervan was dat de Kamer van oordeel was dat de minister of het kabinet moest opstappen.²⁷

De handelwijze in 2021 is in dat opzicht inconsistent en verwarrend. Zij verdient geen navolging. Als de Kamer in een ernstig politiek conflict terecht komt met een minister, het beleid van een minister scherp veroordeelt, concludeert dat dat beleid onverantwoordelijk is, en dat tot uitdrukking brengt in een motie van afkeuring, dan hoort de Kamer daaraan de consequentie te verbinden dat zij daarmee uitspreekt dat de minister moet opstappen. In het parlementaire stelsel moet duidelijk zijn dat bij een scherpe afkeuring van het beleid van een minister de samenwerking met het parlement niet meer mogelijk is en de minister moet opstappen. Het onderscheid tussen een motie van afkeuring en een motie van wantrouwen doet afbreuk aan een eenduidige toepassing van de vertrouwensregel en vertroebelt de werking van het parlementaire stelsel. Het introduceren van allerlei moties met verschillende gradaties van gebrek aan vertrouwen in een minister of kabinet leidt slechts tot onduidelijkheden over de rechtsgevolgen die aan het aannemen van dergelijke moties verbonden zijn. Zo concludeerde premier Rutte dat hij na het aannemen van een motie van afkeuring niet hoefde op te stappen, terwijl minister Kaag en na enige aarzeling minister Bijsterveld vonden dat zij niet langer als bewindspersoon konden functioneren.

²⁷ Zie ook J.Th.J. van den Berg, *Zinloze moties*, 24 september 2021, www.parlement.com/id/vlmf9l2ep1xq/zinloze_moties.

Om te voorkomen dat de Kamer en het kabinet deze of andere onduidelijkheden over de werking van de vertrouwensregel creëren, is het raadzaam om in het verlengde van een (open) formulering van de vertrouwensregel in de Grondwet in het Reglement van Orde van de Tweede Kamer enkele regels te stellen over vorm en inhoud van een motie van wantrouwen die het beleid afkeurt en gericht is op het aftreden van ministers/staatssecretarissen of kabinet. Dan is op voorhand klip en klaar wanneer het opstappen van bewindspersonen aan de orde is. Voor het onderscheid tussen een motie van wantrouwen en van afkeuring is dan geen ruimte meer.

Het lijkt daarbij geen overbodige gedachte te overwegen om in het Reglement van Orde naar buitenlands voorbeeld een afkoelingsperiode op te nemen van 24 uur of 48 uur tussen het moment van indiening van een motie van wantrouwen en de stemming over de motie. Een moment van bezinning kan geen kwaad als men in het parlement overweegt om een minister of kabinet ten val te brengen.

Ten slotte moet nog opgemerkt worden dat de Tweede Kamer de laatste jaren, sinds het optreden van het eerste kabinet-Rutte (2010), overspoeld wordt door moties van wantrouwen. In de periode vanaf 2010 zijn inmiddels (peildatum 1 juli 2023) bijna honderd moties van wantrouwen tegen ministers of het kabinet ingediend, terwijl van oudsher het indienen van zo'n motie een bijzondere gebeurtenis was in het parlement. Vooral de PVV grossiert erin, maar ook andere fracties maken zich schuldig aan *overkill* in het uitspreken van wantrouwen. Geen van deze moties van wantrouwen is overigens aangenomen. Van het indienen van een motie van wantrouwen kijkt inmiddels niemand meer op. De overdaad aan moties van wantrouwen doet zonder twijfel afbreuk aan de betekenis van dit politieke machtsmiddel van de Kamer. Tegen deze achtergrond kan het raadzaam zijn in het Reglement van Orde enige minimumeisen te stellen aan de indiening van een motie van wantrouwen (ondersteuning van de motie door een substantieel aantal leden).

4.10 Slot: Codificatie van de vertrouwensregel

De grondwetgever heeft nog altijd iets recht te zetten na het teleurstellende verloop van de grondwetsherziening van 1983. In een moderne grondwet van een parlementaire democratie mag een van de meest fundamentele regels van die parlementaire democratie niet worden gemist. De Grondwet behoort de belangrijkste bevoegdheden van de staatsinstellingen en hun onderlinge verhoudingen adequaat te regelen. De vertrouwensregel is onderdeel daarvan. Een grondwettelijke vertrouwensregel met een open formulering is daarbij zeer wel mogelijk, zo leert de praktijk van de Staatsregelingen in het Caribisch gebied.

Van belang is daarnaast dat het parlement consistent de vertrouwensregel toepast. De laatste jaren is dat in verschillende opzichten niet het geval geweest. Naast een grondwettelijke regeling verdient het aanbeveling om in het Reglement van Orde van de Tweede Kamer nadere regels vast te stellen over vorm en inhoud van de motie van wantrouwen, zodat over de strekking ervan geen misverstand kan ontstaan. Het is daarbij wenselijk dat de Tweede Kamer afstand neemt van het in 2021 gemaakte onderscheid tussen de motie van wantrouwen en de motie van afkeuring.

Het wordt, kortom, tijd dat de vertrouwensregel van het parlementaire stelsel uit de schaduw van de Grondwet treedt.

5

De ‘zwakke’ stee in het staatsbestel?

Over conventies en regels in de kabinetsformatie¹

Alexander van Kessel

5.1 Inleiding

‘Het verloop der kabinetsformaties is een zwakke stee geworden in ons staatsbestel’, zo schreef minister-president Willem Drees in december 1956 aan de Eerste Kamer.² Drees’ vierde kabinet was kort daarvoor benoemd, na een formatie van 122 dagen. Alom werd gemeend dat het wel erg lang had geduurd³ – er zou nu om gegrinnikt worden. De ergerissen over kabinetsformaties – niet alleen de lange duur ervan, maar ook de ondoorzichtigheid, het soms ogenschijnlijk ontbreken van een relatie tussen de uitkomst met de verkiezingsuitslag – zijn sindsdien niet minder geworden, integendeel.⁴ De oordelen over de formatie van 2021/2022 vormen wel het toppunt van het ongenoegen.⁵ Het is echter de vraag of andere of aanvullende regels, al dan niet (grond)wettelijk, soelaas bieden.

5.2 Staatsrecht en kabinetsformatie

De Grondwet heeft een geringe betekenis voor het proces dat leidt tot het aantreden van een nieuw kabinet. Het regelt eigenlijk alleen de afloop van de kabinetsformatie, als de kandidaat-bewindslieden moeten worden benoemd. Het voornaamste is het huidige artikel 43, dat bepaalt dat de ‘minister-president en de overige ministers [...] bij koninklijk besluit [worden] benoemd en ontslagen’.⁶ Van 1814 tot 1983 was dat benoemen en ontslaan volgens de Grondwet een zaak voor de Koning, zelfs ‘naar welgevallen’. Dit grondwets-

1 De auteur maakte deel uit van de commissies die de kabinetsformaties van 2012, 2017 en 2021/2022 evalueerden, maar schreef deze bijdrage op persoonlijke titel.

2 *Kamerstukken I 1956/57*, 4500, nr. 32a.

3 F.J.F.M. Duynstee, *De kabinetsformaties 1946-1965*, Deventer 1966, p. 86-159; Anneke Visser, *Alleen bij uiterste noodzaak? De rooms-rode samenwerking en het einde van de brede basis 1948-1958*, Amsterdam 1986, p. 204-262; Johan van Merriënboer en Jacco Pekelder, ‘Brede basis in een noodwoning. Verkiezingen, formatie en samenstelling van het kabinet-Drees IV’, in: Jan Willem Brouwer en Peter van der Heiden (red.), *Het einde van de rooms-rode coalitie. Het kabinet-Drees IV en het kabinet-Beel II 1956-1959*, Den Haag 2004, p. 11-32.

4 Carla van Baalen, *Een rituele dans in de Tweede Kamer? Klagen over kabinetsformaties, 1946-2002* (oratie), Den Haag 2003.

5 Voor een aantal kwalificaties zie: Carla van Baalen, Alexander van Kessel, Paul Bovend’Eert en Mark van Twist, *Het vertrouwen zoek. De kabinetsformatie 2021/22 geëvalueerd*, Nijmegen 2023, p. 14.

6 Ook de artikelen 44, 46, 48 en 49 Grondwet hebben betrekking op de afronding van de kabinetsformatie en de start van het kabinet.

artikel geeft dan ook nauwelijks een waarheidsgetrouw beeld van de (ontwikkeling van de) formatieprocedure in die periode.

Dat neemt niet weg dat incidenteel specifieke andere grondwetsartikelen een rol spelen tijdens formaties – ook in de recente afleveringen. Zo ontstond tijdens en na afloop van de kabinetsformatie van 2012 een discussie over de mate waarin de Koning geïnformeerd moest worden over de voortgang van de formatie. Het was de eerste keer dat de ‘regie’ over de formatie lag bij de Kamer en niet bij de Koning. Onwennigheid speelde een rol – en ook een zekere verkramptheid bij partijen die de procedureverandering hadden bepleit. Zij meenden dat elke indruk moest worden vermeden dat de Koning toch nog invloed zou kunnen uitoefenen op het proces. Het leidde tot een excuus van de pas aangetreden Kamervoorzitter Van Miltenburg, die op een van haar eerste werkdagen geen bezwaar had gezien in een bezoek van de net aangewezen informateurs aan koningin Beatrix. Na afloop van de formatie van 2012 moest worden vastgesteld dat de koningin wel erg karig was geïnformeerd over de totstandkoming van het kabinet. Zeker in het licht van haar functioneren als staatshoofd en vanuit haar positie als onderdeel van de regering (artikel 42 lid 1 Grondwet) was het gepast geweest om de koningin meer te informeren.⁷ Dat is nadien ook gebeurd, zonder dat dat tot nieuwe controverse heeft geleid.

Tijdens de formatie van 2021/2022 speelde een discussie over de interpretatie van artikel 57 derde lid Grondwet. Deze grondwetsbepaling voorziet in de tijdelijke uitzondering ten aanzien van de onverenigbaarheid van een positie in het kabinet en het lidmaatschap een van beide Kamers.⁸ Aanleiding was de benoeming van drie leden van de in maart 2021 verkozen nieuwe Tweede Kamer (Yesilgöz, Wiersma en Van Weyenberg) tot staatssecretaris in het demissionaire kabinet-Rutte III, waarbij zij (aanvankelijk) hun Kamerzetel bleven bezetten. Zowel uit de hoek van de politiek als van de wetenschap kwam kritiek op deze handelwijze, die in strijd zou zijn met het formele staatsrecht. Gewezen werd daarbij op artikel 57 Grondwet in combinatie met de artikelen X1 en X3 Kieswet. Nadat een deel van de Tweede Kamer deze kritiek had overgenomen en de Raad van State een advies had uitgebracht waaruit grote scepsis sprak over de handelwijze (overigens zonder deze ronduit af te wijzen), traden de drie pasbenoemde staatssecre-

7 Paul Bovend'Eert, Carla van Baalen en Alexander van Kessel, *Zonder koningin. Het officiële evaluatierapport over de formatie van 2012*, Amsterdam 2015, p. 83-99.

8 Wim Voermans, *Onze constitutie. De geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*, Amsterdam 2023, p. 442-444.

tarissen alsnog terug als lid van de Tweede Kamer. Voorjaar 2023 stelde de minister van Binnenlandse Zaken een adviescollege in dat de werking van artikel 57 gaat onderzoeken.⁹

Het ligt voor de hand dat het adviescollege teruggrijpt op de intentie en aanleiding tot de uitzonderingsbepaling in artikel 57. Uitgaande van het principe van de machtscheiding is het vanzelfsprekend dat een regeringsfunctie behoort tot de voornaamste incompatibiliteiten vanuit het perspectief van het lidmaatschap van een van beide Kamers der Staten-Generaal. Dat is in 1938 ook zo in de Grondwet opgenomen.¹⁰ Met het oog op de formatieperiode werd een uitzonderingsclausule opgenomen: na de verkiezingen kon het Kamerlidmaatschap drie maanden gecombineerd worden met een (demissionair) ministerschap. Toen tijdens de formaties van 1972/73 en 1977 bleek dat deze gelimiteerde periode politieke consequenties had, omdat het nieuwe kabinet niet binnen dezelfde termijn tot stand was gebracht,¹¹ is bij de grondwetsherziening van 1983 elke beperking in de tijd opgeheven.

De grondwetgever zal daarbij niet bedacht hebben dat deze uitzonderingsgrond ingezet zou worden om pas benoemde Kamerleden te benoemen in het demissionaire kabinet. Vanuit het perspectief van de regering was de stap in de zomer van 2021 overigens wel te begrijpen: het zag ernaar uit dat de formatie nog wel even zou duren, waardoor invulling van de vacatures door ingevoerde politici wenselijk was. De aanvoerders van de coalitie (meer bijzonder: VVD en D66) hadden er om principiële redenen echter beter aan gedaan buiten de Kamer(s) te werven. Hoe minder dubbelfuncties – hoe tijdelijk ook – hoe beter.

5.3 Conventies, praktijken en ongeschreven staatsrecht

Bepalender voor het verloop van formaties dan de Grondwet zijn gegroeide praktijken, waarvan sommige de status van ‘conventie’ hebben gekregen. Het gaat dan, in de definitie van staatsrechtsgeleerde en lid van de Raad van State Luc Verhey, om ‘informele regels

9 *Stcrt.* nr. 11214, 2 mei 2023. Het advies wordt in 2024 verwacht.

10 Daarvoor kwam een combinatie nog sporadisch voor. Goeman Borgesius en Lely bleven in 1897 ook na hun benoeming tot minister in het kabinet-Pierson aan als Tweede Kamerlid.

11 Toen tijdens de kabinetsformatie die volgde op de verkiezingen van november 1972 de termijn van drie maanden verstreek, zag demissionair minister-president Biesheuvel zich gedwongen zijn Kamerzetel op te geven. Als gevolg daarvan werd Aantjes voorzitter van de ARP-fractie en namens zijn partij onderhandelaar tijdens de kabinetsformatie. Omdat Aantjes voorstander was van regeringssamenwerking met de PvdA, terwijl Biesheuvel voortzetting van een centrumrechts kabinet had bepleit, had de wissel wijziging van de politieke opstelling van de ARP tot gevolg. Toen tijdens de formatie van 1977 de termijn verstreek, gaf CDA-leider Van Agt zijn ministerschap op en bleef hij lid van de Tweede Kamer.

die het gedrag reguleren van onze instituties', die een 'ordenende werking' hebben en politieke minderheden beschermen.¹² Ze zijn niet formeel maar wel praktisch bindend, omdat alle betrokkenen ze kennen en respecteren.

Verhey ziet de zogeheten 'parlementarisering' van de kabinetsformatie als een van die sturende conventies: de ontwikkeling vanaf 1848 waarbij de rol van de Koning schoksgewijs werd teruggedrongen ten gunste van de gekozen politici.¹³ Het beteugelen van de tot dan doorgaans absolute macht van de erfelijke vorst was overigens sowieso een van de voornaamste redenen voor diverse staten in de westerse wereld om aan het begin van de negentiende eeuw een grondwet op te stellen.¹⁴

Na de grondwetsherziening van 1848 bleef van eerdergenoemd 'naar welgevallen' benoemen en ontslaan van ministers door de Koning steeds minder over – ondanks de nogal autocratische inborst van Willem III en de eigenzinnigheid van zijn dochter Wilhelmina. Onder koningin-regentes Emma, eind negentiende eeuw, ontstond de gewoonte dat de Koning voorafgaand aan het verstrekken van een formatieopdracht adviezen inwon bij de voornaamste politieke leiders. Die politieke consultaties werden onder koningin Wilhelmina steeds ruimer, en na de Tweede Wereldoorlog sondeerde koningin Juliana aan het begin van de kabinetsformatie steevast de voorzitters van alle in de Tweede Kamer vertegenwoordigde fracties alvorens een (in)formateur aan te wijzen. Niets van dit alles stond in de Grondwet, maar volgde vooral uit de tussen 1866 en 1868 na herhaaldelijke conflicten tussen het conservatieve kabinet en de liberale Kamermeerderheid gevestigde 'vertrouwensregel', de regel van ongeschreven staatsrecht die bepaalt dat een (lid van het) kabinet moet aftreden indien het niet (meer) het vertrouwen heeft van een parlementaire meerderheid.

Deze vertrouwensregel werd leidend voor de kabinetsvorming. Dat bleek te meer bij de val van het vijfde kabinet-Colijn, in juli 1939. Nadat enkele pogingen om langs reguliere parlementaire weg een nieuw kabinet te formeren waren mislukt, dacht demissionair minister-president Colijn op basis van een persoonlijke opdracht van koningin Wilhelmina zonder inmenging van de Kamerfracties een kabinet te kunnen formeren.

12 L.F.M. Verhey, *De constitutionele conventie: een blinde vlek in ons staatsrecht* (oratie), Leiden 2014, p. 7-8.

13 Gemakshalve zij hier verwezen naar het overzichtsartikel van Carla van Baalen, 'De parlementarisering van de kabinetsformatie', in: Bart-Jan van Ettehoven e.a. (red.), *Rechtsorde en bestuur. Liber amicorum aangeboden aan Piet Hein Donner*, Den Haag 2018, p. 47-61.

14 Zie bijv. Remieg Aerts, 'Nationale beginselen? Een transnationale geschiedenis van politiek en grondwet', in: *Denkend aan Nederland. Over geschiedenis, nationaliteit en politiek*, Amsterdam 2022, p. 238-246.

Een motie van afkeuring van de voorzitter van de grootste Kamerfractie (de motie-Deckers) kreeg hierop een grote meerderheid en leidde direct bij zijn eerste optreden tot het aftreden van het kabinet.

Een van de conventies die een rol spelen in de kabinetsformatie bepaalt dat het kabinet aan de vooravond van Tweede Kamerverkiezingen of op de verkiezingsdag zelf zijn ontslag aanbiedt aan de Koning. Dat ontslag wordt vervolgens door de Koning in beraad gehouden, waarna het kabinet demissionair aanblijft totdat een nieuw kabinet benoemd kan worden. Deze conventie vindt haar oorsprong in de Kamerverkiezingen van 1922, toen de katholieke minister-president Ruijs de Beerenbrouck naar aanleiding van de voor de coalitiepartijen gunstige uitslag indiening van het ontslag van zijn kabinet aanvankelijk overbodig vond. De ‘rechtse’ coalitie zou op basis van de verkiezingsuitslag gewoon verder kunnen. Onder druk van koningin Wilhelmina en de protestants-christelijke coalitiegenoten ARP en CHU – die meenden dat de politieke verhoudingen door de verkiezingen wel degelijk gewijzigd waren – keerde Ruijs op zijn schreden terug en volgde alsnog een kabinetsformatie. Die leidde overigens tot het tweede kabinet-Ruijs, dat dezelfde coalitiesamenstelling had als het eerste.

Naar aanleiding van de kabinetswisselingen in de parlementaire periode 1963-1967 heeft zich de gewoonte ontwikkeld dat na een kabinetscrisis de Tweede Kamer wordt ontbonden en vervroegde verkiezingen worden uitgeschreven. Vooral binnen kringen van D’66 (opgericht in oktober 1966, direct na de Nacht van Schmelzer) en in delen van de PvdA werd gemeend dat na zo’n crisis om het oordeel van de kiezer gevraagd moest worden.¹⁵ Zo gebeurt het sindsdien: na de kabinetscrises van 1972, 1982, 1989, najaar 2002, 2006, 2010, 2012 en 2023 volgden vervroegde verkiezingen. In 1977, 2002 en 2021 was vervroeging van de verkiezingen niet opportuun, omdat het kabinet vlak voor de geplande verkiezingsdatum viel. Op dit automatisme is recent ook wel kritiek gekomen: de kiezer stemt immers voor de samenstelling van de Tweede Kamer, niet voor een kabinetssamenstelling. Daaruit volgt dat het legitiem is dat op basis van dezelfde verkiezingsuitslag verschillende coalities worden samengesteld.¹⁶ Daar valt in formele zin veel voor te zeggen, maar miskent enigszins de wens om na een politieke breuk het oordeel van de kiezer te vragen, die weer past bij de sinds de jaren zestig toegenomen mondigheid van de burger.

¹⁵ Voermans, *Onze constitutie*, p. 383-384.

¹⁶ Joop van den Berg, *Humeurig volk, verkrampde politiek en hoe het anders kan*, Amsterdam 2022, p. 128; Wilfred Scholten, ‘Remkes: verkiezingen zijn niet automatisch nodig’, Trouw.nl, 9 juli 2023 (www.trouw.nl/politiek/remkes-verkiezingen-zijn-niet-automatisch-nodig-b64bbbd8).

Een andere conventie die de kabinetsformatie stuurt, is het algemeen aanvaarde gebruik dat aan het begin alle in de Kamer gekozen partijen worden gehoord.¹⁷ Tussen 1946 en 2012 leidde deze conventie tot het uitbrengen van een advies van de voorzitters van alle fracties aan de Koning aan het begin van de formatie. Na 2012 werden alle gekozen fractievoorzitters betrokken bij de aanwijzing van de verkenner(s), vervolgens mochten ze een voor een aan deze verkenner(s) hun visie op de verkiezingsuitslag en de formatie geven. Ook partijen die vanwege hun opvattingen of politieke positie geen enkele kans maakten of maken op regeringsdeelname, zoals voorheen de communisten en later de centrumdemocraten, mochten voor 2012 en mogen ook sindsdien hun opvattingen kenbaar maken. Op deze manier is in zekere zin sprake van een gelijk speelveld aan het begin, waarbij uiteraard de ene fractie meer invloed kan uitoefenen op de kabinetsvorming dan de andere.

Een belangrijke sturende praktijk is de vanzelfsprekendheid dat de partij die bij de verkiezingen de meeste stemmen heeft behaald het initiatief krijgt. Zowel de RKSP als haar naoorlogse opvolger, de KVP, stond dit informele voorrecht om strategische redenen wel eens af aan een beoogde coalitiepartner, maar ook dan was zij als de grootste fractie richtinggevend. Na de verkiezingen van 1971 verspeelde de PvdA het recht op initiatief door vast te houden aan de samenwerking met twee (kleinere) progressieve fracties. Het ontbreken van een Kamermeerderheid voor deze progressieve samenwerking (die al een 'schaduwkabinet' hadden geformeerd) gaf het initiatief aan de nummer twee, de KVP, die senator Piet Steenkamp naar voren schoof als eerste informateur. In 1982 bleek de 'regel' dat de grootste fractie het initiatiefrecht heeft gevestigd, toen verkiezingswinnaar PvdA in staat werd gesteld een informateur uit eigen gelederen (Van Kemenade) een poging te laten wagen terwijl de algemene verwachting was dat dit vanwege de politieke verhoudingen een kansloze missie was. Na enkele weken erkende Van Kemenade de onmogelijkheid om te komen tot een kabinet met de PvdA, en viel het initiatief alsnog toe aan het CDA – de een-na-grootste fractie.¹⁸

Het heeft er alle schijn van dat het krijgen en houden van het initiatief in de kabinetsformatie om redenen van machtsvorming van steeds groter belang is geworden. Tijdens de formatie van 1994 weigerde Wim Kok, leider van de grootste fractie, te aanvaarden dat de VVD de kans kreeg om de volgende informateur aan te wijzen, zoals uit het verslag van informateur Tjeenk Willink volgde. Dat had mogelijk kunnen leiden tot een

¹⁷ Verhey, *De constitutionele conventie*, p. 8.

¹⁸ Peter van Griensven, 'Eenheid, daadkracht, no-nonsense. De formatie van het kabinet-Lubbers I (1982)', in: Carla van Baalen en Alexander van Kessel (red.), *Kabinetsformaties 1977-2012*, Amsterdam 2016, p. 134-141.

kabinet zonder de PvdA. De blokkade van Kok leidde – samen met adviezen van de vaste raadgevers van de Koning – tot de benoeming van de PvdA-leider zelf als de volgende informateur.¹⁹

In de aanloop naar de formatie van 2017 werd het gebruik door sommigen als een probleem gezien toen het er op basis van de peilingen even naar uitzag dat de PVV van Geert Wilders kans maakte de grootste partij te worden. Een partij met opvattingen die in strijd waren met onder andere het internationaal recht en het grondwettelijke non-discriminatiebeginsel zou niet van dit voorrecht gebruik moeten mogen maken, zo klonk het bezorgd.²⁰ Ook in dergelijke gevallen zou het gebruik echter gehonoreerd moeten worden; afwijking ervan zou in strijd zijn met democratische uitgangspunten. In de loop van de formatiegesprekken had vervolgens moeten blijken of er daadwerkelijk een meerderheidskabinet met en onder leiding van de PVV te vormen was geweest – en hadden potentiële coalitiepartners hom of kuit moeten geven. Het kwam er, als bekend, overigens niet van: Ruttes VVD werd weer de grootste.

Aan het begin van de formatie van 2021 werd het gebruik op een andere manier een probleem, omdat de aanvoerder van de grootste fractie en tevens demissionair minister-president beschadigd raakte, maar er onder verwijzing naar de verkiezingsuitslag niet over piekerde terug te stappen. Zijn partij steunde hem in die vastberadenheid; andere middenpartijen moesten zich daarbij neerleggen. Hierdoor was er op geen enkel moment tijdens die lange formatie uitzicht op kabinetsvorming buiten de VVD (en Rutte) om. Dat gebeurde ook niet; het leverde een herbevestiging op van het gebruik dat de grootste partij het initiatief krijgt en houdt.

5.4 Grijs gebied – vóór en na 2012

De door Drees benoemde ‘zwakke stee’ is vooral het gevolg van het in 1917 gevestigde evenredigheidsstelsel, dat steevast leidt tot een volksvertegenwoordiging die is samengesteld uit minderheden, waaruit een meerderheid moet worden gevonden die het nieuwe kabinet vormt en ondersteunt. Dat vraagt om een periode van omschakeling. Voor deze transitieperiode beschikt de politiek, als hierboven geschetst, nauwelijks over formele regels. De kabinetsformatie is staatsrechtelijk grotendeels ‘grijs’ gebied, waarbinnen het parlementaire stelsel niet functioneert zoals gebruikelijk. Daarbij is – zie hierboven – tijdens de kabinetsvorming een persoonlijke combinatie van posities

19 Alexander van Kessel, “Een gewoon parlementair meerderheidskabinet”. De formatie van het kabinet-Kok I (1994), in: Van Baalen en Van Kessel (red.), *Kabinetsformaties*, p. 246-250.

20 Hans Goslinga, ‘Houd Wilders ver van het Torentje’, *Trouw*, 11 februari 2017.

(Kamerlid en bewindspersoon) in het in beginsel duale staatsbestel mogelijk. Binnen dat grijze gebied bestaat blijkbaar nog een ‘donkergrijs’ gedeelte: dat van de periode tussen de Kamerverkiezingen en de installatie van de nieuwe Tweede Kamer. In die (tegenwoordig dertien) dagen kunnen logischerwijs nog geen vergaderingen plaatsvinden van de Kamer in nieuwe samenstelling. Dat vacuüm is vooral een rol gaan spelen in de kabinetsformatie sinds de procedurewijziging van voorjaar 2012, toen de Tweede Kamer via een wijziging van haar eigen Reglement van Orde de ‘regie’ in de formatie naar zich toe trok.

Aangetekend moet echter worden dat dit staatsrechtelijke knelpunt er ook voor 2012 was. Bij aanvang van de formatie consulteerde de Koning de lijsttrekkers van de hoogstwaarschijnlijk in de Kamer verkozen partijen, en verstreekte op basis van die adviezen een opdracht tot (in)formatie.²¹ Op dat moment waren die lijstaanvoeders evenmin beëdigd als lid van de nieuwe Kamer.²² Dat die adviezen in een enkel geval terecht een voorlopige status hadden, bleek in 1959, toen de lijstaanvoerder van het Gereformeerd Politiek Verbond (GPV) L.P. Laning op Paleis Soestdijk advies uitbracht aan koningin Juliana. Het GPV leek op basis van de eerste tellingen (voor het eerst) een Kamerzetel te hebben behaald, maar bij het vaststellen van de definitieve uitslag door de Kiesraad bleek de partij een aantal stemmen te kort te komen. Het advies van Laning – dat overigens niet van belang was voor de benoeming van de eerste informateur²³ – werd geacht niet te zijn uitgebracht.

Het formele probleem van de nog niet beëdigde Tweede Kamer verhinderde voor 2012 dus niet dat de formatie twee of drie dagen na de verkiezingen een aanvang nam met de benoeming van een (in)formateur op basis van adviezen van nog niet beëdigde Kamerleden.²⁴ Hoewel ingebracht kan worden dat het probleem vóór 2012 niet speelde omdat

21 Dat gold ook voor de voorzitter van de Tweede Kamer, die voor 2012 als een van de vaste adviseurs van de Koning direct na de verkiezingen door hem werd geraadpleegd. Het betrof de voorzitter van de ‘oude’ Kamer, die niet noodzakelijkerwijs dezelfde hoefde te zijn als de voorzitter van de nieuwe. Zo bracht na de Kamerverkiezingen van november 2006 Frans Weisglas advies uit aan koningin Beatrix, terwijl hij niet zou terugkeren in de nieuw te installeren Tweede Kamer. Het advies van de vaste adviseurs was overigens doorgaans van relatief politiek gewicht; richtinggevend waren in de meeste gevallen de raadgevingen van de gekozen lijsttrekkers.

22 Uiteraard waren sommigen op dat moment wel Kamerlid, maar dan op basis van het mandaat van de vorige Kamerverkiezingen.

23 Dat werd demissionair minister-president Louis Beel, prominent lid van de KVP – de grootste partij in de nieuwe Tweede Kamer.

24 Zie ook de opinie van Bert van den Braak op: www.parlement.com/id/vm3z9exfxrb/lessen_uit_de_formatie_geschiedenis. Al wordt in dit betoog wel uit het oog verloren dat sinds 2012 voor de aanwijzing van de eerste informateur een beëdigde nieuwe Kamer noodzakelijk is (zie Reglement van Orde TK, hoofdstuk 11.1).

de eerste (in)formateur benoemd werd door de Koning, en niet aangewezen werd door de Tweede Kamer, was de procedure materieel uiteraard wel vergelijkbaar.²⁵

Het staatsrechtelijk vacuüm van de (in 2012 en 2017 acht, in 2021 dertien) dagen tussen de verkiezing en de installatie van de nieuwe Kamer werd door de toenmalige betrokkenen – onder wie in ieder geval Kamervoorzitter Gerdi Verbeet en Griffier Jacqueline Biesheuvel-Vermeijden – opgelost met een tamelijk ingenieuze procedure. De voorzitter van de ‘vertrekkende’ Kamer belegt de dag na de verkiezingen een bijeenkomst met alle lijststaanvoerdere van de op basis van de voorlopige uitslag in de Kamer verkozen partijen. In dit overleg wordt, op voorstel van de leider van de grootste fractie (in de nieuwe Kamer), een verkenner aangewezen. Dit gezelschap lijsttrekkers fungeert daarbij feitelijk als *pars pro toto* voor de nieuwe, nog niet beëdigde Tweede Kamer. Formeel-staatsrechtelijk heeft dit gremium geen status, politiek-materieel uiteraard wel: het gezelschap vertegenwoordigt (hoogstwaarschijnlijk – met een zeer kleine slag om de arm vanwege de nog vast te stellen definitieve verkiezingsuitslag) alle 150 zetels in de enkele dagen later te installeren Kamer. De door deze kandidaat-fractievoorzitters aangewezen verkenner be vraagt vervolgens één voor één diezelfde politieke leiders over hun visie op de verkiezingsuitslag en de formatie. Op die eerste ronde volgen verdiepende gesprekken met een select aantal fractievoorzitters, op basis waarvan de verkenner aan de Kamer een voorstel formuleert voor het vervolg van de formatie. Dat voorstel wordt voorgelegd aan de nieuw gekozen Tweede Kamer, die erover debatteert en bij meerderheid besluit over een opdracht tot informatie.

In een aantal opzichten sluit de nieuwe procedure aan bij de gang van zaken voor 2012. Zo kreeg sinds eind jaren tachtig de eerste (door de Koning benoemde) informateur eveneens een *verkennende* opdracht; vaak werd gesproken van een ‘verkenner’ of ‘pre-informateur’.²⁶ In kort tijdsbestek – doorgaans anderhalve week – consulteerde deze informateur nog eens alle fractievoorzitters (die op dat moment nog steeds niet beëdigd waren als Kamerlid). Dat was in zekere zin een doublure met de consultatieronde van de

25 In de kabinetsformaties na verkiezingen tussen 1946 en 2012 is het niet voorgekomen dat de benoeming van de eerste (in)formateur in strijd was met de adviezen van de fractievoorzitters. De meest bekende koninklijke ‘controversiële’ benoemingen vonden plaats tijdens latere fases van het formatieproces. Zie bijv. de benoeming van Wim Kok tot informateur op 6 juli 1994 en de benoemingen van Lubbers en Tjeenk Willink (tweede opdracht) tijdens de formatie van 2010.

26 Een dergelijke oriënterende opdracht werd verstrekt aan het begin van de formaties van 1989 (Jan de Koning), 1994 (Herman Tjeenk Willink), 1998 (Klaas de Vries), 2003 (Piet Hein Donner), 2006 (Rein Jan Hoekstra) en 2010 (Uri Rosenthal). In deze opsomming ontbreekt de formatie van 2002. Donner kreeg toen een ruimere opdracht, maar feitelijk had zijn informatie de eerste zeven dagen eveneens een verkennend karakter. Zie: Carla van Baalen en Alexander van Kessel (red.), *Kabinetsformaties 1977-2012*, Amsterdam 2016, p. 198-200, 227-230, 272-275, 326-329, 352-356, 409-421 en 452-457.

Koning, maar moet vooral gezien worden tegen de achtergrond van het streven om de vorst zo min mogelijk kwetsbaar te maken voor verwijten van politieke partijdigheid. Het aanwijzen van een informateur met een beperkte, verkennende opdracht was voor het onschendbare, bovenpartijdige staatshoofd immers aanmerkelijk minder risicovol dan het direct benoemen van een informateur die onderhandelingen voor een concrete coalitie ging begeleiden. Nadat deze verkennende informateur in een eerste gespreksronde alle fractievoorzitters had bevroegd, hield deze vervolggesprekken met de aanvoerders van de partijen die in beeld waren om een eerste poging tot coalitievorming te wagen. Nadat de bereidheid bij de betreffende partijen was vastgesteld, benoemde de Koning een volgende informateur (of meerdere informateurs) die de coalitiebesprekingen begeleidde(n).²⁷ De doelstelling van de verkenners na 2012 was dus feitelijk dezelfde als van de verkennende informateur vóór de procedurewijziging: in korte tijd op basis van inventariserende gesprekken komen tot een voorstel voor een eerste te onderzoeken coalitie.

5.5 Aanvullende regels?

Is het behulpzaam om het formatieproces verder te reglementeren dan nu het geval is, en zo ja: hoe dan? Is het zinvol om (aanvullende) regels op te nemen in het Reglement van Orde, in een wet of zelfs in de Grondwet?

Tijdens het enerverende debat over de gestrande poging tot verkenning op 1 april 2021 werd Kamerbreed een motie aangenomen die opriep tot nadere reglementering van de aanvangsfase van de formatie in het eigen Reglement van Orde (RvO).²⁸ Tijdens de evaluatie van de formatie-2021 bleek echter dat het animo daarvoor bij sommige fractievoorzitters behoorlijk was afgenomen ofwel dat de concrete gedachten daarover aanzienlijk uiteenliepen.²⁹ Tijdens de evaluaties van de twee voorgaande formaties (2012 en 2017) bestond evenmin veel enthousiasme voor aanvullende regels. Overwegend prefererden de meeste politici een zo groot mogelijke flexibiliteit en zo weinig mogelijk potentieel knellende regels.

Daar is ook veel voor te zeggen. Regels moeten kaders stellen, maar de totstandkoming van een nieuw kabinet niet in de weg staan of onnodig ophouden. Het doel van een kabinetsformatie is immers het zorgvuldig, maar toch zo kortdaat mogelijk komen tot

27 Toen de eerste verkennende informateur tijdens de formatie van 2010 (Rosenthal) geen duidelijke eerste coalitioptie kon presenteren, werd een volgende verkennende informateur benoemd (Tjeenk Willink), die uiteindelijk 'Paars Plus' selecteerde als eerste te beproeven variant.

28 *Kamerstukken II 2021/22*, 35788, nr. 16 (motie-Segers c.s.).

29 Van Baalen e.a., *Het vertrouwen zoek*, p. 57-58.

een nieuw kabinet – zodat het parlementaire stelsel zijn gebruikelijke werking kan krijgen. Daarbij moeten alle betrokkenen zich kunnen beroepen op een (her)kenbare procedure. Het is bijvoorbeeld van belang dat alle fracties (ook de kleine of radicale) aan het begin gehoord worden. In een goed functionerende democratie geldt immers niet alleen dat met meerderheid wordt besloten, maar ook dat rekening wordt gehouden met minderheden. Het uiteindelijk gevormde kabinet moet door alle partijen gezien kunnen worden als de onvermijdelijke uitkomst van het proces, zelfs al zouden velen graag een ander resultaat hebben gezien.

Het is niet onverstandig de procedure van tijd tot tijd te evalueren, hetgeen kan leiden tot het besluit de formele regels aan te passen. Zo kan het vermelden van termijnen of deadlines in de opdracht aan de (in)formateur(s), zoals is opgenomen in het voorstel van de Kamerleden Omtzigt, Dassen en Eerdmans tot aanpassing van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer (RvOTK), de Kamer meer kansen (geen garanties!) op een grotere controle over de formatie geven. Omtzigt c.s. zagen overigens af van het voorstel om de procedure te gieten in een ‘formatiewet’, vooral om praktische redenen: het zou veel tijd kosten om zo’n wet parlementair aanvaard te krijgen.³⁰ Dat neemt niet weg dat er argumenten zijn om de procedure van de kabinetsformatie toch te beleggen in een formele wet. Het RvOTK, waarin de regels nu zijn vastgelegd, bindt alleen de (leden van de) Tweede Kamer zelf. Voor een proces waarbij ook andere instituties (de Koning, de Eerste Kamer) zijn betrokken is dat nogal beperkt. Bovendien heeft een interne procedure van de Tweede Kamer onvermijdelijk monistische trekken: door de regie over de formatie naar zich toe te trekken, wordt de Kamer (nog) meer dan voorheen verantwoordelijk voor het eindresultaat.³¹

Terecht merken sommige auteurs op dat het niet zal meevallen om een sluitende wettelijke regeling te maken voor ‘alle grilligheden die zich in het formatieproces kunnen voordoen’.³² De politieke realiteit stelt regelmatig voor verrassingen, waarop het moeilijk

30 Zie het ingrijpend aangepaste voorstel van Omtzigt, Eerdmans en Dassen tot wijziging van het Reglement van Orde in verband met het invoeren van de mogelijkheid dat vijftig leden kunnen verzoeken de (in)formateur(s) uit te nodigen inlichtingen te verschaffen over de kabinetsformatie: *Kamerstukken II 2022/23*, 35980, nr. 5 (Nota van wijziging).

31 Alexander van Kessel, ‘Stresstest voor het formeren nieuwe stijl. Procedurele en andere kanttekeningen bij de kabinetsformatie 2021-22’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 13, 2022, p. 181-183. Tijdens het debat over de herziening van het RvOTK in het voorjaar van 2012 bepleitte SGP-fractievoorzitter Van der Staaij ook al het beleggen van de procedure in een formele wet. Zie ook: Th.C. de Graaf, ‘De smalle marges van de kabinetsformatie’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 10, 2019, p. 238 en 234.

32 Geert Jan Hamilton, Peter van Lieshout en Gerard van Pijkeren, ‘Naar een voortvarende aanpak van de kabinetsformatie’ (Montesquieu Instituut, online-publicatie van 11 juli 2022, zie www.montesquieu-instituut.nl/id/vlujixiotht/nieuws/naar_een_voortvarende_aanpak_van_de).

anticiperen is. Aan de vooravond van het Kamerdebat van 10 juli 2023 dreigden PvdA en GroenLinks een motie van wantrouwen in te dienen tegen (toen al demissionair) minister-president Rutte. Er zijn geen regels die voorzien in de situatie waarin deze motie ook daadwerkelijk zou zijn aangenomen en Rutte per direct was opgestapt. Als formateur is hij de grondlegger van het kabinet (zie art. 48 Grondwet), het lijkt dan ook voor de hand te liggen in dat geval een (beperkte) formatieprocedure op te starten om een opvolger aan te wijzen. Uit die procedure zou in ieder geval moeten blijken of de in de coalitie bedachte oplossing op voldoende steun in de Kamer kan rekenen.

Iets soortgelijks speelde in 2009, toen geruchten gingen dat minister-president Balkenende in beeld was om de (eerste) vaste voorzitter van de Europese Raad te worden. Kon Balkenende eenvoudigweg vervangen worden door een partijgenoot? Verder dan speculaties kwam het niet – uiteindelijk werd de Belgische minister-president Herman Van Rompuy benoemd (de Belgen hadden er blijkbaar minder problemen mee) – waardoor het vraagstuk niet verder doordacht hoefde te worden.³³ Ook in dit soort (tot nu toe theoretische) gevallen zal overigens de vertrouwensregel leidend zijn.

Het bezwaar tegen een wetgevingstraject geldt uiteraard a fortiori voor het opnemen van nieuwe of het aanpassen van oude bepalingen over de kabinetsformatie in de Grondwet. Daar is een tweederdemeerderheid voor nodig; dat bevordert de gewenste flexibiliteit niet. Nadere grondwetsbepalingen over de kabinetsformatie lijken ook niet noodzakelijk. De kabinetsformatie heeft zich sinds 1848 in een richting ontwikkeld die (een meerderheid in) de Tweede Kamer de regie toebedeelt. Dat geldt niet alleen in de formatie, overigens. Ook de bevoegdheden en beleidsruimte van een demissionair kabinet (zoals het wel of niet controversieel verklaren van voorstellen) worden feitelijk bepaald door een Kamermeerderheid, en dat past bij een parlementaire democratie.

De regels omtrent de kabinetsformatie moeten politici kaders geven, maar vooral ook de ruimte laten om te handelen naar de politieke context van het moment – en die is iedere formatie anders. De opmerkelijke gebeurtenissen tijdens de formatie van 2021 geven weliswaar aanleiding om de formele regels van de kabinetsformatie te herbeziën,³⁴ maar pleiten vooral ook voor het koesteren en navolgen van de geldende conventies. Die laten zich, meer abstract, als volgt samenvatten: bij aanvang van het traject krijgt de grootste partij het initiatief maar wordt tevens iedereen gehoord, de Kamer beslist bij

33 Zie bijv.: 'Coalitievrienden willen Balkenende hier als baas, niet van heel Europa', *Algemeen Dagblad*, 28 oktober 2009; Hans Goslinga, 'Wisseling van MP kan niet buiten de kiezers om', *Trouw*, 19 september 2009.

34 Van Baalen e.a., *Het vertrouwen zoek*, p. 190-194.

meerderheid over elke procedurele stap in de formatie, en na afloop van elke stap wordt publiekelijk verantwoording afgelegd. Voor een ordentelijk verloop van de formatie is het wel wenselijk dat deze uitgangspunten bekend zijn. Allereerst bij de betrokken politici – zeker als er, zoals rond de verkiezingen van november 2023, nogal wat personele wisselingen zijn. Het is echter zinnig dat ook het publiek geïnformeerd is over de voornaamste gedragsregels tijdens de kabinetsformatie en de fundamentele democratische gedachten daarachter. Dat vergroot het begrip voor de dilemma's en paradoxen die de formatie soms zo ingewikkeld maken. Het kenbaar maken van die conventies kan, maar hoeft niet noodzakelijkerwijs via bepalingen in de Grondwet. Misschien is die formatiewet zo gek nog niet.

6

Meer dan 175 jaar vragen: het parlementaire inlichtingenrecht

Solke Munneke

6.1 Introductie van het parlementaire inlichtingenrecht in de Grondwet van 1848

Het parlementaire inlichtingenrecht verschijnt voor het eerst met zoveel woorden in de Grondwet van 1848 ten tonele. Het kan bij de wijziging van de Grondwet in de beide Kamers van de Staten-Generaal dan maar op weinig belangstelling rekenen. Men maakt zich drukker over de woeste plannen om voortaan de Tweede Kamer rechtstreeks te kiezen.

Ook de toelichting van de regering bij de voorgestelde bepaling is summier. Het inlichtingenrecht wordt niet als afzonderlijk artikel vastgelegd, maar opgenomen als nieuwe alinea in het al bestaande artikel 93 (Grondwet-1840) dat bepaalt dat de ministers zitting in de beide Kamers van de Staten-Generaal hebben met raadgevende stem, tenzij zij als Kamerlid zijn gekozen. De memorie van toelichting motiveert de uitbreiding als volgt: ‘Het is gebleken dat de bepaling der Grondwet: “dat de hoofden der ministeriële departementen zitting in de beide kamers hebben,” niet voldoende was, om dat dagelijksch overleg tusschen de Kamers en het ministerie daar te stellen, ’t welk in eenen constitutionnelen regeringsvorm noodzakelijk is.’¹ Daarom wordt naast het inlichtingenrecht ook nog expliciet vastgelegd dat de ministers door elk van beide Kamers kunnen worden uitgenodigd ‘om daartoe in de vergadering tegenwoordig te zijn’. De gedachte is dat enerzijds ministers de bevoegdheid hebben om zich met alle zaken in de Staten-Generaal te bemoeien en daar het regeringsstandpunt in te brengen en te verdedigen, maar dat als keerzijde de Kamers aan hen inlichtingen kunnen vragen, die zij in beginsel verplicht zijn te geven.

Drie zaken vallen aldus meteen op. Als eerste: Het artikel expliciteert wat ook vóór 1848 al als de normale constitutionele norm had te gelden (‘het is gebleken dat ... niet voldoende was’). Als tweede: gemopper over de parlementaire informatievoorziening is geen nieuw fenomeen in het Nederlandse bestel; ook de bepaling in 1848 was al een

¹ *Handelingen over de herziening der Grondwet 1848*, 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1848, deel 1, p. 346.

reactie op een te terughoudende opstelling van de regering. En als derde: het inlichtingenrecht is een onderdeel, en in zekere zin ook een formalisering, van iets groters en wezenlijkers, namelijk het voortdurende (politieke) debat over en weer tussen de ministers en de Kamer(s) en hun afzonderlijke leden. Parlementaire controle en parlementaire betrokkenheid kunnen alleen bestaan als Kamerleden ruimhartig worden geïnformeerd en over alle relevante informatie voor die constitutionele taken beschikken.

Over de precieze afbakening van het recht maakt men zich ogenschijnlijk in 1848 niet al te druk: er worden geen vragen over gesteld of woorden van toelichting aan gewijd. Zoals gezegd lag de aandacht vooral bij andere elementen van de nieuwe Grondwet, en het debat richtte zich ook vooral, zoals bij een Grondwet wellicht ook te verwachten is, op de hoofdelementen van het stelsel, en minder op de details. Van een juridisering van het parlementaire inlichtingenrecht was in het debat over de nieuwe bepaling geenszins sprake. Wel was van het begin af aan in de tekst vastgelegd dat de verplichting tot het verstrekken van inlichtingen alleen geldt als het geven van die inlichtingen 'niet strijdig kan worden geoordeeld met het belang en de zekerheid van het Rijk, de koloniën en overzeesche bezittingen', maar ook daarover was in het parlement weinig debat.

Het idee voor het expliciet vastleggen van dit parlementaire inlichtingenrecht komt uit de koker van Thorbecke c.s. In de eerste, nog beperkte voorstellen tot grondwetsherziening die in 1848 door de regering worden gedaan, ontbreekt de bepaling nog. Zij komt echter, vrijwel gelijklopend, wel al voor in het voorstel van negen Tweede Kamerleden (de Negenmannen) in 1844, en ook in het ontwerp voor een gewijzigde Grondwet dat de staatscommissie-Thorbecke in 1848 heeft gepresenteerd. Voor een nadere toelichting op de betekenis en reikwijdte van dit parlementaire inlichtingenrecht moeten we dus bij Thorbecke terecht.

Dat levert echter vooral teleurstelling op. De toelichting van de staatscommissie-Thorbecke luidt namelijk als volgt: 'De pligt van de hoofden der departementen van algemeen bestuur, om aan de Kamers de verlangde inlichtingen te geven, is aan hunne betrekking tot de vertegenwoordiging zóó nauw verbonden, dat het voorschrift zich zelf rechtvaardigt.'² Dat helpt ons dus niet verder, en we eindigen vooral met het ongemakkelijke gevoel dat we zojuist kennelijk een vrij domme vraag hebben gesteld.

Gelukkig blijkt uit de toelichting die de Negenmannen vier jaar eerder gaven bij een vrijwel vergelijkbare bepaling dat er toch meer achter zit. De toelichting is daar een

² *Handelingen over de herziening der Grondwet 1848*, deel 1, p. 213.

stuk uitvoeriger, al bestaat deze vooral uit vragen. ‘De pligt, in de 2^{de} alinea van het voorgestelde artikel beschreven, schijnt van de gansche betrekking der ministers tot de Vertegenwoordiging zoo onafscheidelijk, dat hij geen bijzondere vermelding in de Grondwet behoeft. Wie is bevoegd, zoo de vertegenwoordiging het niet is, over de Landszaken licht te vragen? Hoe toch zal zij, indien de ministers het haar mogen onthouden, hare taak volbrengen? Wat beteekent de ministeriële verantwoordelijkheid, zoo de ministers op de vragen, hetzij door de Kamer hetzij door de leden gedaan, antwoord kunnen weigeren?’³

We kunnen eruit afleiden dat het inlichtingenrecht moet worden gezien in relatie tot de taken van de beide Kamers van de Staten-Generaal en de onderlinge samenwerking met de regering. Dat maakt het recht uit de aard der zaak zeer ruim, zo niet vrijwel onbegrensd, maar impliceert uiteraard ook dat door het geven van die inlichtingen essentiële staatsbelangen niet geschaad mogen worden. Allerlei taken en bevoegdheden, elders in de Grondwet vastgelegd, vooronderstellen dat informatie die daarvoor nodig is, wordt uitgewisseld, en dat gestelde vragen worden beantwoord. Sinds 1848 betreft dat ook de parlementaire controle langs de lijnen van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid, maar het inlichtingenrecht is daartoe dus niet beperkt. Ook het proces van wetgeving veronderstelt de uitwisseling van informatie, evenals soms andere grondwettelijke taken en bevoegdheden. Het inlichtingenrecht is daarmee van oudsher een *onzelfstandig* recht dat vooral functioneel, en in samenhang met andere grondwetsbepalingen moet worden gelezen, en dat het element van informatieverstrekking expliciteert dat door die andere bepalingen wordt verondersteld. Het zijn aanvankelijk dus primair ook die andere artikelen die dat inlichtingenrecht binnen hun eigen context afbakenen. Dat verklaart ook de losse formulering van het artikel.

Met andere woorden: het inlichtingenrecht werd in 1848 niet als een nieuw parlementair recht ‘ingevoerd’. Het werd al voorondersteld in tal van andere bepalingen en nu slechts geëxpliciteerd. Als gevolg van de nieuwe verhoudingen tussen ministers en Staten-Generaal, werd de reikwijdte van deze plicht bovendien uitgebreid.

Dat het inlichtingenrecht ook voordien al als norm bestond, in ieder geval in de ogen van de Kamers, blijkt ook uit een verwijzing in de toelichting van de Negenmannen naar een aantal koninklijke besluiten (KB’s) waarin aan die veronderstelde inlichtingplicht leek te worden gemorrelt: ‘Intusschen bleek uit de ondervinding, b.v. uit de

3 *Handelingen omtrent het voorstel van negen leden der Tweede Kamer van de Staten-Generaal, tot herziening der Grondwet in 1845 [...].* ’s Gravenhage 1846, p. 75.

koninklijke besluiten van 8 Junij 1820, 20 Januarij 1830 en 17 maart 1841, hoe nodig het uitdrukkelijke gebod is.⁴ Want ook vóór 1848 vroeg het parlement de regering soms om inlichtingen of informatie. Dat gebeurde dan bijvoorbeeld op grond van de medewetgevende bevoegdheid, of op basis van het in de Grondwet vastgelegde petitierecht. Zo waagde de Tweede Kamer het in 1820 om, bij monde van Gijsbert Karel van Hogendorp, de regering te verzoeken om het ontwerp van het Burgerlijk Wetboek, dat tot dan toe slechts ‘in verschillende stukjes en brokjes’ aan de Kamer was gezonden, in één keer als geheel te mogen ontvangen, omdat een zinvolle beoordeling van het wetsvoorstel anders niet mogelijk was. De Koning meende echter dat de Kamer met een dergelijk verzoek aan de ministers haar boekje ver te buiten ging, en legde dat, tegen het zere been van vooral de Kamerleden uit de Zuidelijke Nederlanden, vast in een KB, het hierboven genoemde KB van 8 juni 1820. De druk vanuit de Kamer bleef echter bestaan. Zij past ook bij het emancipatiestreven van de Kamer in deze decennia en de zoektocht naar een nieuwe machtsbalans tussen regering en Staten-Generaal. Het leidde tot een iets welwillender houding van de Koning in de KB’s van 1830 en 1841, en uiteindelijk dus tot codificatie van het inlichtingenrecht in de Grondwet van 1848.⁵

Zoals zojuist opgemerkt, werd daarbij ook de verschoningsgrond ‘strijd met het belang en de zekerheid van het Rijk, de koloniën en overzeesche bezittingen’ in de Grondwet vastgelegd. De formulering daarvan kon niet op veel enthousiasme van Thorbecke rekenen. Sterker nog, in zijn *Bijdrage tot de herziening der Grondwet* uit 1848 verzet hij zich er hevig tegen. In vergelijking met het voorstel dat de staatscommissie-Thorbecke had gedaan, legt het uiteindelijke grondwetsartikel in de ogen van Thorbecke veel te veel macht bij de regering om inlichtingen te weigeren. Thorbeckes idee was geweest om slechts in twee specifiek omschreven gevallen uitzonderingen op de inlichtingenplicht toe te staan, en dan nog slechts door het geven van inlichtingen *uit te stellen*. In alle andere gevallen zouden ministers de door Kamerleden gevraagde inlichtingen gewoon moeten geven, tenzij de Kamer tot uitstel zou hebben besloten.

In de uiteindelijke grondwetsbepaling was de verwijzing naar die twee specifieke gevallen echter geschrapt en was de uitzonderingsgrond in veel bredere termen beschreven. Thorbecke mopperde: ‘Volgens het ministeriële ontwerp daarentegen zijn de ministers in *alle* gevallen meester, verlangde inlichtingen niet alleen uit te stellen, maar onbepaald te weigeren. Zij behoeven slechts het belang en de zekerheid van het Rijk,

4 *Handelingen omtrent het voorstel van negen leden der Tweede Kamer van de Staten-Generaal, tot herziening der Grondwet in 1845* [...]. 's Gravenhage 1846, p. 75.

5 Zie voor een uitgebreidere bespreking: S.A.J. Munneke, *Inlichtingenplichten en verschoningsgronden in het staatsrecht* (diss Groningen), Kluwer 2006, p. 54-59.

de koloniën en overzeesche bezittingen voor te wenden.’ Iets verderop doet hij er nog een schepje bovenop: ‘Over het algemeen legt artikel 88 [het inlichtingenrecht, SAJM] op de ministers eene verbindtenis, die het van hen afhangt door het uitspreken van twee woorden krachteloos te maken; en zoodra het geven van inlichtingen enkel op den goeden wil der ministers aankomt, kunnen zij niet alleen verantwoording, maar openbaarheid, en zelfs kennisneming der Vertegenwoordiging, drie hoofdeischen der hedendaagsche regering, willekeurig verijdelen.’⁶

Het zijn woorden die vandaag de dag geschreven hadden kunnen zijn. Ze doen in ieder geval sterk denken aan de kritiek die er vandaag de dag vanuit de Kamer⁷ en de wetenschap⁸ klinkt op de manier waarop het kabinet ‘al te gemakkelijk’ omgaat met uitzonderingen op het parlementaire inlichtingenrecht (daarover meer in par. 6.3).

Thorbecke zag een andere beperkingssystematiek voor zich. Niet de minister zelf, maar de Kamer zou in laatste instantie moeten beslissen. Dat kon ook omdat het inlichtingenrecht niet als een individueel recht was geformuleerd. Weliswaar hoorde bij de normale constitutionele omgangsvormen dat ook vragen van individuele Kamerleden in beginsel beantwoord zouden worden, maar als dergelijke vragen tot moeilijkheden zouden leiden, zou het laatste woord bij de Kamer liggen. ‘Het spreekt voor ’t overige van zelf, dat de minister zich ten aanzien van ongepaste of ontijdige vragen van een of meer leden, des needs, zal beroepen op de vergadering; het zijn de inlichtingen door deze verlangd, die hij, volgens het ontwerp der Commissie, gehouden is te geven.’⁹

Het pleidooi van Thorbecke in diens *Bijdrage* mocht echter niet baten,¹⁰ de absoluut en ruim geformuleerde verschoningsgrond kwam in de Grondwet, en staat er tot de dag van vandaag in. De vraag of de Kamer als orgaan bij de discussie over de precieze

6 J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der Grondwet*, 1848, p. 53-54.

7 Een enkel voorbeeld: Het Kamerlid Van Haga in het Kamerdebat over een deelrapport van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid naar de coronamaatregelen: ‘We hebben artikel 68 van de Grondwet. Op basis daarvan moet ons informatie verstrekt worden. De OMT-opnames worden niet verstrekt, met als excuus dat het belang van de Staat zich daartegen verzet. Daarvan zegt het Adviescollege Openbaarheid en Informatiehuishouding: dat mag je helemaal niet als grond gebruiken. De minister overtreedt dus de wet.’ Zie ook de discussie naar aanleiding van de – unaniem aangenomen – motie-Omtzigt, waarin de regering verzocht werd te bevestigen dat op grond van art. 68 een individueel Kamerlid specifieke documenten binnen een redelijke termijn moet kunnen ontvangen, tenzij het belang van de Staat zich hiertegen verzet. De motie werd door de minister ontraden (*Kamerstukken II 2019/20*, 28362, nr. 25).

8 Zie bijv.: P.P.T. Bovend’Eert, H.R.B.M. Kummeling, S.A.J. Munneke en W. Voermans, *Wetenschappelijk factsheet: De reikwijdte van artikel 68 Grondwet*, Den Haag 2020.

9 J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der Grondwet*, 1848, p. 54.

10 Aldus ook D.J. Elzinga, R. de Lange en H.G. Hoogers, *Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 144, voetnoot 11, die erop wijzen dat de *Bijdrage* vrijwel gelijktijdig met

reikwijdte van het inlichtingenrecht en over de betekenis van de verschoningsgrond 'strijd met het belang van de staat' nog steeds een doorslaggevende rol zou kunnen spelen, lijkt bovendien niet zo gemakkelijk meer bevestigend te kunnen worden beantwoord. Dat heeft alles te maken met een wijzing die in 1983 werd voorzien, maar uiteindelijk pas in 1987 in de Grondwet werd opgenomen: de expliciete vastlegging van het *individuele* karakter van het inlichtingenrecht. Ook dat was een reactie op een discussie in de daaraan voorafgaande jaren.

6.2 Het parlementaire inlichtingenrecht in de aanloop naar 1983 en 1987

Na de expliciete vastlegging van het parlementaire inlichtingenrecht in de Grondwet van 1848 ging het artikel meer en meer een zelfstandig leven leiden. Dat blijkt onder andere uit het feit dat de aandacht uitging naar de vraag hoe dit inlichtingenrecht het beste praktisch kon worden geoperationaliseerd. Een zekere stroomlijning was gewenst en zelfs noodzakelijk. De aandacht verschoof daarmee als vanzelf naar de Reglementen van Orde van beide Kamers.

Een van de vragen die centraal stonden, was de vraag in hoeverre ter uitwerking van de grondwettelijke bepaling *individuele* inlichtingenrechten in de Reglementen van Orde konden worden geformuleerd. Uiteraard, een intern werkend Reglement van Orde kan geen verplichtingen aan ministers opleggen die niet uit de Grondwet zelf voortvloeien, maar zo duidelijk was de tekst van de Grondwet niet. Weliswaar werd door velen, onder wie Thorbecke, aangenomen dat het hier een recht van de Kamer als geheel betrof, maar met zoveel woorden stond dat niet in het artikel. Ministers waren verplicht *de gevraagde* inlichtingen te geven, zonder dat expliciet werd vermeld wie om die inlichtingen dan moest vragen. Bovendien was in de redenering van Thorbecke het beroep op de Kamer vooral een laatste redmiddel geweest, wat toch tot op zekere hoogte een individueel recht op inlichtingen impliceerde. In de Reglementen van Orde verschenen dan ook individueel geformuleerde vormen van het inlichtingenrecht, zoals het individuele mondelinge vragenrecht en het recht om schriftelijk vragen te stellen. Nog in 1966 stelde de regering zich evenwel op het standpunt dat voor deze individuele inlichtingenrechten geen grondwettelijke basis bestond en een grondwettelijke plicht tot antwoorden voor bewindspersonen dan ook niet bestond.¹¹ Sterker nog, in de Proeve voor een nieuwe Grondwet uit 1966 werd zelfs voorgesteld uitdrukkelijk in de Grondwet vast te leggen (art. 50) dat de ministers en staatssecretarissen de Kamers slechts 'de *door deze*

het begin van de openbare Kamerbehandeling verscheen. Zie voor de historische en politieke context vooral Remieg Aerts, *Thorbecke wil het*, Prometheus 2020.

11 *Kamerstukken II 1965/66*, 8525, nr. 1 (Nota inzake de antwoordplicht).

verlangde inlichtingen' zouden moeten geven waarvan het verstrekken niet in strijd met het belang van de staat zou zijn. Het voorstel werd in 1971 overgenomen door de staatscommissie-Cals-Donner, die eveneens meende dat een antwoordplicht ten aanzien van vragen van individuele Kamerleden te ver zou gaan.¹²

De regering nam bij de grondwetsherziening van 1983 het voorstel van de staatscommissie-Cals-Donner echter niet over; zij achtte dit 'minder geschikt'. Met een beroep op de ruime staatkundige praktijk meende zij namelijk dat het inlichtingenrecht zich intussen zodanig had ontwikkeld, dat daarin ook 'een zeker recht van een Kamer minderheid op informatie opgesloten kan worden geacht'.¹³ Een heel heldere positie was dat niet, want onduidelijk bleef hoe groot die minderheid dan precies moest zijn of wat onder 'een zeker recht' moest worden verstaan, maar een duidelijk signaal was het wel.

Ten aanzien van het individuele inlichtingenrecht zoals dat in de Reglementen van Orde van beide Kamers voorkwam, merkte de regering weliswaar op dat zij meende dat daarbij geen sprake was van 'directe toepasselijkheid' van de grondwettelijke bepaling, maar '[w]el kan men zeggen dat de grondwettelijke inlichtingenplicht indirect haar invloed doet gelden op de wijze waarop het individuele vragenrecht functioneert. (...) Men mag in ieder geval wel stellen dat de regering naar ongeschreven staatsrecht in beginsel verplicht is de door een individueel kamerlid gevraagde inlichting te verstrekken'.¹⁴ Van daaruit was het natuurlijk nog maar een kleine stap naar codificatie van dit individuele inlichtingenrecht. Een amendement van het lid Faber c.s. stelde dan ook voor om 'de verlangde inlichtingen' te vervangen door 'de door een of meer leden verlangde inlichtingen'. De toelichting was beknopt maar helder: 'Dit amendement beoogt te voorkomen dat de antwoordplicht van bewindslieden afhankelijk gesteld kan worden van de instemming van een kamermeerderheid'.¹⁵ En zo kwam het individuele inlichtingenrecht in het voorstel terecht.

Een ander amendement Faber c.s. gooide echter roet in het eten. In hetzelfde wetsvoorstel was namelijk ook een bepaling over het recht van enquête opgenomen, en dit andere amendement Faber c.s. stelde – vanuit een vergelijkbaar motief – voor dat ook een Kamer minderheid van een vijfde van het grondwettelijk aantal leden van de Kamer de Kamer tot het houden van een parlementaire enquête kon verplichten.¹⁶ Hoewel de

12 Staatscommissie-Cals/Donner, *Eindrapport*, 's-Gravenhage 1971, p. 138.

13 *Kamerstukken II* 1976/77, 14225 (R 1051), nr. 3, p. 4 (Naar een nieuwe Grondwet IIIa, p. 285).

14 *Kamerstukken II* 1976/77, 14225 (R 1051), nr. 3, p. 4 (Naar een nieuwe Grondwet IIIa, p. 285).

15 *Kamerstukken II* 1979/80, 14225 (R 1051), nr. 13 (Naar een nieuwe Grondwet IIIa, p. 331).

16 *Kamerstukken II* 1979/80, 14225 (R 1051), nr. 16 (Naar een nieuwe Grondwet IIIa, p. 334).

regering van dat minderheidsrecht van enquête geen voorstander was,¹⁷ was het voor haar geen reden het voorstel in te trekken, temeer nu het hier de eigen bevoegdheden van de Staten-Generaal betrof. En inderdaad haalde het geamendeerde wetsvoorstel de eerste lezing, al was het parlementaire enthousiasme in de Eerste Kamer niet huizenhoog geweest. De tweede lezing echter bleek een brug te ver, en zo sneuvelde, in het zicht van de finish, alsnog de codificatie van het individuele inlichtingenrecht. Pas vier jaar later, in 1987, werd het alsnog in de Grondwet vastgelegd en kwam de bepaling te luiden zoals wij haar thans kennen.

6.3 Op zoek naar een nieuwe bestuurscultuur

De vastlegging van het individuele inlichtingenrecht bleek echter geenszins het einde van de discussie. Al in 1976 in de aanloop naar de grondwetsherziening had de regering geschreven: ‘De bepaling legt het belangrijke beginsel vast dat er voor de regering tegenover de Staten-Generaal een verplichting tot het verstrekken van inlichtingen bestaat. De reikwijdte van deze verplichting is in de bepaling echter niet precies afgebakend. Die afbakening vindt in de staatkundige praktijk plaats. De bepaling laat ontwikkelingen in de richting van een aanscherping van de rechten die de kamers aan de bepaling ontleen open.’¹⁸

Die afbakening in de staatkundige praktijk ging echter niet zonder slag of stoot. Met name in de afgelopen twintig jaar hebben zich forse debatten over de parlementaire informatievoorziening voorgedaan tussen het kabinet en (vooral) de Tweede Kamer. Voor een deel werd dat veroorzaakt door de weinig precieze wijze waarop het inlichtingenrecht is geformuleerd, voor een deel hing het ook samen met veranderingen in het politieke landschap (versplintering), de toenemende moeilijkheid van coalitievorming (en dus de bescherming van zittende coalities), en het daaruit voortvloeiende gevoel bij in ieder geval oppositiepartijen dat de Kamers over grote vraagstukken of over gemaakte fouten niet tijdig, volledig en adequaat werden geïnformeerd.

Daar kwam bij dat het individuele inlichtingenrecht, juist door zijn individuele karakter, ook een duidelijke politieke betekenis had gekregen. Het was een machtsmiddel bij uitstek geworden van een kritische minderheid (de oppositie), of zelfs van individuele Kamerleden, om via een grondwettelijk verankerd juridisch recht druk uit te oefenen op een politieke meerderheid, en deze indringend en in het licht van de openbaarheid

17 Minister Wiegel bij de Eerste-Kamerbehandeling: ‘Mijnheer de Voorzitter! Wij waren – dat is bekend – geen voorstander van het amendement.’ (*Handelingen I*, 2 december 1980, p. 204, Naar een nieuwe Grondwet, deel IIIb, p. 259).

18 *Kamerstukken II 1976/77, 14225 (R 1051)*, nr. 3, p. 4 (Naar een nieuwe Grondwet IIIa, p. 285).

te bevragen. Een individueel recht hield in dat een coalitiemeerderheid het stellen van een kritische vraag, en de daarmee gegenereerde aandacht, niet kon verhinderen. Het aantal vragen aan ministers en staatssecretarissen, met name vanuit de oppositie, nam in de loop der tijd dan ook sterk toe.¹⁹ Dat werd verder gevoed door de media, die vaak als aangever fungeerden voor kritisch geformuleerde vragen over actuele misstanden. De juridische vraag of de minister ook daadwerkelijk zeggenschap over het probleem in kwestie had, was daarbij vaak van ondergeschikt belang. Naast een institutioneel middel, gericht op de goede vervulling van de grondwettelijke taken van de Kamer, werd het vragenrecht daarmee voor individuele Kamerleden, en met name voor minderheden, een politiek profileringsmiddel bij uitstek. Voor sommige Kamerleden leken de vragen soms nog belangrijker dan de door de minister gegeven antwoorden. Maar het had ook als gevolg dat de parlementaire controle in de Kamer, die door de nauwe coalitieverbanden soms wel wat te denken gaf, daadwerkelijk werd versterkt. Ontwikkelingen als de opname van een dertigledendebat in het Reglement van Orde van de Tweede Kamer (RvOTK) passen in deze trend.

Maar met het toenemen van het aantal (kritische) vragen, leek er ook iets van een tegenbeweging aan de kant van de bewindspersonen te ontstaan. Er werd geklaagd over het zeer grote aantal vragen, dat vaak sterk door berichten in de krant was ingegeven, en de werkdruk die dat in ambtelijke capaciteit en geld opleverde. En er leek soms wat terughoudender antwoord te worden gegeven. Het gevolg daarvan was weer dat het wantrouwen in de juistheid en volledigheid van de informatievoorziening aan de Kamer verder toenam.²⁰ Dat leidde vervolgens tot de wens tot een zekere formalisering, precisering en juridisering van het inlichtingenrecht. De indruk bestaat dat aan de kant van Kamerleden vaker dan voorheen de kritische vragen gepaard gaan met een expliciete verwijzing naar de grondwettelijke antwoordplicht van artikel 68. Omgekeerd trachtte het kabinet een beperktere interpretatie van het inlichtingenrecht op papier vast te leggen. Dit kan aan de hand van enkele recente kwesties goed worden geïllustreerd.

In 2002 kwam het kabinet met een eerste brief over de uitleg van artikel 68 Grondwet.²¹ De aanleiding daarvoor vormden vragen uit de Tweede Kamer over de verhouding van het inlichtingenrecht tot de Wet openbaarheid van bestuur. Ook vroeg de Tweede Kamer zich af of het voor de wijze van beantwoording uitmaakt of een vraag door een enkel

19 Een schat aan informatie over de empirische kant van het inlichtingenrecht in een veel breder perspectief biedt: Guido Enthoven, *Hoe vertellen we het de Kamer? Een empirisch onderzoek naar de informatierelatie tussen regering en parlement* (diss Tilburg), Delft: Eburon 2011.

20 Zie daarover Wim Voermans, *Het land moet bestuurd worden*, Amsterdam: Prometheus 2021.

21 *Kamerstukken II* 2001/02, 28362, nr. 2.

Kamerlid, een fractie of een Kamermeerderheid werd gesteld. Aan de hand van concrete voorbeelden uit de staatsrechtelijke praktijk, en gebaseerd op de wetsgeschiedenis, schreef het kabinet een afgewogen en informatieve notitie, die door de Tweede Kamer werd overgenomen. In de notitie gaf het kabinet een beknopte karakteristiek van de inlichtingenplicht, gebaseerd op de grondwetsgeschiedenis en de praktijk. Het gaat om een *passieve* inlichtingenplicht, dat wil zeggen dat aan het geven van inlichtingen een verzoek om informatie ten grondslag moeten liggen. Het corresponderende inlichtingenrecht is *individueel* van karakter. Het ziet niet alleen op inlichtingen over bepaalde zaken, maar omvat ook de *documenten* zelf die op die zaak betrekking hebben. De gevraagde inlichtingen worden in principe in het *openbaar* verstrekt. En *afdwingen* van de gevraagde informatie is in de staatsrechtelijke praktijk niet mogelijk.

Deze notitie uit 2002 is nog steeds leidend voor de uitleg van het inlichtingenrecht. Toch bleek zij niet het laatste woord te zijn; in het recente verleden leek het kabinet een aantal malen – meer of minder expliciet – terug te komen op de positie die het er zelf in had ingenomen. Zo leek het kabinet in 2019²² af te willen dingen op het individuele karakter van het inlichtingenrecht, ondanks de sinds 1987 toch volkomen heldere tekst van de grondwetbepaling.²³ Het kabinet stelde dat weliswaar een individueel recht op inlichtingen bestaat, maar dat alleen de *Kamer* het recht heeft om ook de vorm van die inlichtingen te bepalen. Effectief zou dat erop neerkomen dat een individueel Kamerlid geen eigen recht heeft op *documenten*, als de minister meent met mondelinge informatie te kunnen volstaan. Dat standpunt week af van de lijn uit de notitie van 2002 en verzwakte het in 1987 gecodificeerde individuele inlichtingenrecht.²⁴ Het zou bovendien tot de wonderbaarlijke conclusie kunnen leiden dat documenten niet via artikel 68 Grondwet zouden kunnen worden verkregen, maar wel met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) (nu: Wet open overheid (Woo)), als een rechter zou oordelen dat er geen belangen aan de orde waren die zich tegen openbaarmaking verzetten. En dat terwijl in zowel 2002 als 2008²⁵ de regering had uitgesproken dat het inlichtingenrecht het sterkere recht is, en *ten minste* datgene omvat dat op grond van de WOB/Woo kan worden verkregen, en hoogstwaarschijnlijk meer. De door het kabinet geformuleerde regel was dus veel te algemeen geformuleerd. Een en ander leidde tot grote ergernis en dat was niet de enige keer.

22 *Kamerstukken II* 2019/20, 28362, nr. 23 (brief van 18 november 2019).

23 Daarover: S.A.J. Munneke, 'Artikel 68 Gw: informeren en escaleren', *Denederlandsegrondwet.nl* (16 maart 2020).

24 Zie daarover de op verzoek van de Tweede Kamer geschreven wetenschappelijke factsheet van P.P.T. Bovend'Eert, H.R.B.M. Kummeling, S.A.J. Munneke en W. Voermans, *Wetenschappelijk factsheet: De reikwijdte van artikel 68 Grondwet*, Den Haag 2020.

25 *Kamerstukken II* 2015/16, 28362, nr. 8 (brief van 25 april 2016).

In de toeslagenaffaire kwam het vervolgens tot een uitbarsting. De Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (POK) leverde forse kritiek op het kabinetsbeleid, en ook op de te terughoudende uitleg en toepassing die het kabinet aan het grondwettelijke inlichtingenrecht had gegeven.²⁶ Als gevolg daarvan was effectieve parlementaire controle onmogelijk gemaakt, ondanks alle pogingen daartoe van individuele Kamerleden als Leijten (SP) en Omtzigt (CDA). Hun veelvuldig gebruik van het individuele inlichtingenrecht leek door het kabinet vooral als hinderlijk te zijn ervaren. Ook de Afdeling advisering van de Raad van State had forse kritiek. In haar ongevraagd advies over de ministeriële verantwoordelijkheid schreef zij: ‘Uit het vorige hoofdstuk komt naar voren dat de informatieverstrekking door bewindslieden aan het parlement soms ernstig te wensen overlaat. Dat is in een parlementaire democratie niet aanvaardbaar. De informatievoorziening moet dus beter.’²⁷

Het kabinet ging in de reactie op het rapport van de POK diep door het stof en beloofde beterschap.²⁸ Bij monde van minister-president Rutte werd een heuse nieuwe bestuurscultuur aangekondigd. Voor wat betreft het inlichtingenrecht kondigde het kabinet aan dat voortaan niet langer een beroep zou worden gedaan op de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen in interne stukken om informatie aan de Kamer te onthouden. Wel hechtte het kabinet – terecht – aan een veilige omgeving voor ambtenaren om in vrijheid van gedachten te kunnen wisselen en opties voor beleid te kunnen bespreken.²⁹ Het kabinet kondigde verder aan voortaan bij alle beslissingen ook de daaraan ten grondslag liggende beslisnota’s openbaar te maken, waarmee inzicht zou kunnen worden verkregen in de afwegingen die aan een bepaalde beslissing of een bepaald voorstel ten grondslag lagen. Ook werd een forse investering aangekondigd in de verbetering van de archivering van overheidsstukken en de informatiehuishouding. Op dat punt zijn inderdaad verbeteringen zichtbaar. De tegenwoordig gepubliceerde beslisnota’s zijn daarvan een tastbaar resultaat.

Met betrekking tot de uitleg van het inlichtingenrecht was de verbetering echter minder duidelijk. Dat bleek nog onlangs toen het kabinet de stelling innam dat onder

26 Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend Onrecht, Kamerstukken II 2020/21*, 35510 nr. 1.

27 Raad van State, Afdeling advisering, *Ongevraagd advies over de ministeriële verantwoordelijkheid*, p. 50.

28 *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 4.

29 Dat argument was in deze context betrekkelijk nieuw, maar vergelijkbare vragen hadden al gespeeld in debatten over de omvang van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid (voor ambtenaren) en bijv. ook ten aanzien van de zogeheten oekaze-Kok over de (daarin zeer beperkte) mogelijkheid voor Kamerleden om rechtstreeks contact met ambtenaren te hebben. De discussie speelde verder in het kader van de weigeringsgrond ‘persoonlijke beleidsopvattingen in document voor intern beraad’ uit art. 11 van de toenmalige WOB.

andere concepten van stukken *categorisch* onder de verschoningsgrond ‘strijd met het belang van de staat’ moesten worden begrepen, en dus niet aan de Kamer verstrekt hoefden te worden.³⁰ Hetzelfde standpunt nam het kabinet in ten aanzien van vertrouwelijke contacten met Kamerleden, waaronder app-verkeer.³¹

Opnieuw vroeg de Kamer om een wetenschappelijke factsheet.³² Daarin werd vervolgens aangegeven dat een dergelijke uitleg geen grond vindt in de wetsgeschiedenis, die steeds de terughoudendheid met de inlichtingenweigerings als uitgangspunt heeft genomen, en een belangenafweging in het concrete geval veronderstelt. Het past ook slecht in de beloofde nieuwe bestuurscultuur, en lijkt bovendien op gespannen voet te staan met het door het kabinet elders aangekondigde beleid inzake het actief informeren van de Kamers.³³ De werkgroep informatieafspraken uit de Tweede Kamer kwam in een eigen rapport, *Grip op Informatie*, tot min of meer vergelijkbare conclusies en stellingnames.³⁴ Het is duidelijk dat het laatste woord over dit onderwerp nog niet is gezegd.

6.4 Waar staan we nu en waar gaan we naartoe?

Het parlementaire inlichtingenrecht heeft zich ontwikkeld van een algemeen, onzelfstandig recht tot een geducht parlementair wapen ten behoeve van de parlementaire controle. Dat is met name het gevolg van het *individuele* karakter ervan, dat voorkomt dat coalitiebelangen op het punt van de informatievoorziening de parlementaire controle afzwakken. Tegelijkertijd heeft het veelvuldige gebruik ervan ook geleid tot het nodige geruzie over de precieze uitleg en reikwijdte van dit recht. Maar dat is niet nieuw; al bij de introductie van het inlichtingenrecht werd, zoals we zagen, gemopperd over de terughoudende en weinig royale opstelling van de regering met betrekking tot het informeren van de Staten-Generaal.

Intussen rijst wel de vraag of meer duidelijkheid over de precieze betekenis van artikel 68 Grondwet, en met name ook over de uitzonderingen op de inlichtingenplicht nodig is, en zo ja, hoe die dan vorm zou moeten krijgen. De Afdeling advisering van de Raad van State zag weinig in een verdere juridisering van het inlichtingenrecht: ‘Er lijkt sprake van verschillende werelden die niet of te weinig met elkaar in verbinding

30 Notitie *Verstreking ambtelijke concepten van documenten aan het parlement*, notitie t.b.v. SGO, 21 december 2022.

31 *Kamerstukken II 2022/23*, 28362, nr. 63.

32 Paul Bovend'Eert, Hansko Broeksteeg, Solke Munneke en Joost Sillen, *De reikwijdte van de inlichtingenplicht van artikel 68 van de Grondwet (wetenschappelijke factsheet)*, 2023.

33 *Beleidslijn actieve openbaarmaking nota's 2022*.

34 Tweede Kamer der Staten-Generaal, Werkgroep Informatieafspraken, *Grip op informatie*, 6 juni 2023.

staan. Dat vertaalt zich in de praktijk vooral in juridische discussies over de precieze reikwijdte van artikel 68 van de Grondwet en de mogelijke uitzonderingen op het daarin neergelegde parlementaire inlichtingenrecht. Die discussie is uiteraard belangrijk en zal, ook in relatie tot de WOB, verder moeten worden gevoerd. Het risico van een te zeer daarop gerichte discussie is echter dat de relatie tussen het parlement en bewindslieden gejuridiseerd raakt zonder dat echte oplossingen dichterbij worden gebracht. Daarom is vooral van belang dat in de relatie tussen Kamerleden, bewindslieden en ambtenaren meer begrip en ontspanning wordt gebracht zodat artikel 68 van de Grondwet in de praktijk beter en effectiever gaat werken.³⁵ Mij lijkt dat die twee zaken elkaar niet uitsluiten. De discussie over de precieze betekenis van artikel 68 Grondwet moet niet als iets negatiefs worden beschouwd. Zij is de aanscherping in de staatsrechtelijke praktijk van een nogal open geformuleerd inlichtingenrecht. Elk debat daarover dwingt tot een nadere standpuntbepaling en tot reflectie op de grondslagen van het parlementaire stelsel en de taken van regering, ministers en Kamers daarin. Dat dat met horten en stoten gaat is onvermijdelijk, maar er wordt wel terreinwinst geboekt. Op den duur zou dat moeten leiden tot een nauwkeuriger geformuleerd parlementair inlichtingenrecht, waarin de karakteristieken die het kabinet al in 2002 op papier zette, ook in de tekst van de bepaling scherper tot uitdrukking komen. Winst zou in de eerste plaats te boeken zijn door de nu nogal betekenisloze verschoningsgrond ‘strijd met het belang van de staat’ aan te scherpen en te verduidelijken, wellicht zelfs in nadere regelgeving. De politieke kant van het individuele inlichtingenrecht vormt zowel de kracht als de zwakte ervan. Mij lijkt dat op dat individuele karakter niet zou moeten worden ingeleverd bij eventuele toekomstige wijzigingen. Een situatie waarin ten aanzien van discussie over individuele vragen de Kamer ook grondwettelijk het laatste woord zou hebben, lijkt dan ook geen wenselijke stap: het zou een meerderheidscoalitie te veel macht in handen geven. Beter zou het zijn om een ruim geformuleerd individueel inlichtingenrecht procedureel wat in te kaderen, zodat ‘verstandiger’ met een zekere schaarse ruimte voor het stellen van vragen wordt omgegaan. Eigenlijk precies zoals Thorbecke het in 1848 al had voorzien!

35 Raad van State, Afdeling advisering, *Ongevraagd advies over de ministeriële verantwoordelijkheid*, p. 51.

III DEMOCRATISERING, KIESSTELSEL EN POLITIEKE PARTIJEN

Het Nederlandse volk: eenheid en lappendeken

Kathelijne Buitenweg

7.1 Inleiding

Artikel 50 is een van de belangrijkste artikelen van onze Grondwet, en tevens het oudste. Op een aanpassing naar de moderne Nederlandse spelling na is de tekst sinds 1814 ongewijzigd gebleven: ‘De Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk.’¹ Toch is de betekenis die aan het artikel wordt gegeven in de loop der tijd aanzienlijk veranderd. In deze bijdrage staat de representatie van ‘het gehele Nederlandse volk’ centraal. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen de diverse vormen waarin het volk zich kan manifesteren binnen een grondwet, namelijk als grondwetgevende macht, als kiezer, als vertegenwoordigde en als burger.

Het begint met de intentie van de opstellers van de Grondwet om via artikel 50 de eenheid van het Nederlandse volk te benadrukken en de volksvertegenwoordiging op te dragen om het algemeen belang te dienen. Vervolgens beschrijf ik kort de zeggenschap die burgers via het kiesrecht hebben verworven over de samenstelling van het parlement, waardoor artikel 50 mede een bevestiging is geworden van onze vertegenwoordigende democratie. Daarna ligt de focus op de essentie van politieke vertegenwoordiging: wie worden er nu eigenlijk vertegenwoordigd en wat is de rol van politieke partijen daarin? Tot slot is het woord aan de burger. De Nederlandse Grondwet van de negentiende eeuw was primair gericht op het mogelijk maken van ordentelijk en effectief bestuur over de bevolking, waarbij de nadruk lag op het bestuur zelf.² Dit roept de vraag op of het niet tijd is om de Grondwet te herzien om burgerparticipatie verder te stimuleren. Daarnaast lijkt het ook hoog tijd om de opdracht om te handelen in het algemeen belang, in plaats van deelbelangen, verder op te poetsen.

1 E. van Vugt, *De Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandsche volk: Een onderzoek naar de veranderingen in de betekenis van artikel 50 Grondwet tussen 1814 en 1983*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 17.

2 H. te Velde, ‘De keerzijde van de Grondwet van 1848’, *SED* (5), 2022 (geraadpleegd op www.wbs.nl/publicaties/sd-20225).

7.2 Het Volk

7.2.1 Oervolk

Met de woorden ‘We the People’ verankerden de Founding Fathers van de Verenigde Staten de volkssoevereiniteit stevig in hun grondwet. Geen God of koning, maar het volk zelf werd daarmee tot bron van gezag verklaard.³ Ook in andere landen, waaronder Frankrijk en Duitsland, is een ‘oervolk’ ten tonele gevoerd als *pouvoir constituant*.

Nederland is een van de weinige landen waar de Grondwet de soevereiniteitsvraag onbeantwoord laat, en dit is een bewuste keuze geweest. In de Staatsregeling van de Bataafse Republiek (1798) was het principe van volkssoevereiniteit nog wel opgenomen. Daarin werd gesteld dat ‘[d]e oppermagt berust in de gezamenlijke leden der Maatschappij, Burgers genoemd’.⁴ Maar de turbulente tijd waarin deze regeling tot stand kwam, was geen experiment waar men naar terugverlangde. Zelfs in latere jaren, zoals tijdens de grondwetsherziening van 1848, bleef men huiverig voor een stelsel waarin de legitimiteit van de geformuleerde rechtsorde ontspringt uit de verzameling burgers.⁵ Er bestond echter ook geen consensus over een alternatieve basis, zoals de gratie Gods. ‘De theorieën hebben ons ongelukkig gemaakt’, zo zou Van Hogendorp, een van de belangrijkste opstellers van de Grondwet van 1814, hebben verzucht.⁶ Daarom werd gekozen voor een pragmatische stilte. Hoewel de aangezochte koning soevereiniteit werd toegekend, was dit alleen onder de voorwaarden die in de Grondwet werden gesteld. Er vond geen grondwetgevende conventie plaats en er ontbraken ronkende teksten als ‘wij, het Nederlandsch Volk’. De Grondwet van 1814 ontleende zijn rechtskracht simpelweg aan de instemming van een vergadering van 600 notabelen.⁷

7.2.2 Eenheid

Het volk kreeg wel een plaats in de Grondwet als onderwerp van vertegenwoordiging, in wat wij nu kennen als artikel 50: ‘De Staten-Generaal vertegenwoordigen het geheele Nederlandsche volk.’ Gezien de beperkte macht van de Staten-Generaal destijds, betekende dit niet dat hiermee alsnog de soevereiniteit tot handelen bij het volk werd gelegd.

3 M. Duchateau en J. van Rossem, ‘Soevereiniteit: nog steeds een nuttig concept?’, *Historisch Tijdschrift Groniek* (178), 2008, p. 40.

4 Staatsregeling voor het Bataafsche volk, artikel II, 1798.

5 J. van Rossem, *Soevereiniteit en pluralisme* (Subreëks Grondslagen van de EU; thesis fully internal (DIV), Rijksuniversiteit Groningen), Kluwer 2014, p. 111.

6 E. Bos, ‘Balanceren tussen volkssoevereiniteit en theocratie’, *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* (3), 2011, p. 33.

7 Wel wordt tot op de dag van vandaag in de aanhef bij wetgeving gerefereerd aan de gratie Gods. Deze aanhef luidt momenteel als volgt: ‘Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz., enz., enz.’

Het doel van dit artikel was van een andere aard. Het diende om Nederland te bevestigen als unitaire staat en vervolgens het parlement te lanceren als vertegenwoordigend lichaam.

Eeuwenlang functioneerde Nederland als een federatie van zeven provincies. Hoewel er een zekere mate van 'nationaal bewustzijn' bestond, lag het bestuurlijk zwaartepunt bij de afzonderlijke Provinciale Staten. Onder Frans bewind werd de lappendeken tot eenheid gesmeed, wat veel effectiever bleek. Na de nederlaag van Napoleon besloot men dan ook om niet terug te keren naar de situatie van vóór 1795, maar om Nederland vorm te geven als eenheidsstaat. Artikel 50 Grondwet rechtvaardigt deze keuze, doordat het 'in het helderst daglicht' verklaart 'dat het Nederlandsche volk één volk is'.⁸ De eenheid van het volk werd verder versterkt door zijn vertegenwoordiging in één orgaan, de Staten-Generaal. Want het is zoals de zeventiende-eeuwse Engelse filosoof Thomas Hobbes liet zien in zijn befaamde boek *Leviathan*: een veelheid aan mensen wordt tot eenheid gesmeed wanneer zij wordt vertegenwoordigd door één entiteit.⁹

Meer dan twee eeuwen later is het verbindende streven dat artikel 50 behelst wat naar de achtergrond verdwenen. De eenheidsstaat is aanvaard en de taken van de volksvertegenwoordiging zijn sterk veranderd. Artikel 50 wordt onverminderd van belang geacht, maar nu meer als grondwettelijke bevestiging van de vertegenwoordigende democratie (zie par. 7.3.1) en vanwege de opdracht die het bevat voor de volksvertegenwoordigers (zie par. 7.2.3).

7.2.3 Algemeen belang

Artikel 50 draagt het parlement op om het 'geheele Nederlandsche volk' te vertegenwoordigen. In de tijd dat de tekst voor het eerst werd opgenomen in de Grondwet, werden de leden van de Tweede Kamer nog getraptd gekozen door de Provinciale Staten.¹⁰ Daarmee was het niet denkbeeldig dat zij provinciale deelbelangen zouden dienen ten koste van de eenheidsstaat. Of dat zij vooral de zaak van de elite zouden bepleiten ten nadele van de grote groep niet-kiesgerechtigden. Artikel 50 vraagt van volksvertegenwoordigers om niet een specifieke achterban te bedienen, maar het algemeen belang van het 'gehele Nederlandse volk'. Ook voor Johan Rudolph Thorbecke school daarin de wezenlijke betekenis van deze bepaling: een volksvertegenwoordiger kan dan gekozen zijn door enkelen,

8 J. Allart, *Verbaal der Vergadering van Aanzienlijken in Amsterdam den 29en Maart MDCCCXIV*, 's-Gravenhage: Johannes Allart 1814, p. 64. Zie ook E. van Vugt, p. 47.

9 J. van Rossem, p. 26.

10 De Tweede Kamer bestond uit 110 leden, die getraptd werden gekozen. De Eerste Kamer bestond uit 40 tot 60 leden, die werden benoemd door de Koning.

maar hij vertegenwoordigt allen.¹¹ Dit komt overeen met de opvatting van de Brits-Ierse filosoof en politicus Edmund Burke: *'You choose a member, indeed; but when you have chosen him he is not member of Bristol, but he is a member of Parliament.'*¹²

De opdracht om het algemeen belang te dienen wordt ondersteund door het lastverbod dat in de Grondwet van 1848 als volgt was geformuleerd: 'De leden stemmen, elk volgens eed en geweten, zonder last van of ruggespraak met hen, die benoemen.'¹³ Het verbod, tegenwoordig vastgelegd in artikel 67, derde lid, maakt duidelijk dat een vertegenwoordiger geen spreekbuis is van de kiezer en creëert afstand tussen kiezers en gekozenen.

7.3 De Kiezer

7.3.1 Kiesrecht

Het idee van representatie was lange tijd niet gekoppeld aan het kiesrecht. De Nederlandse bevolking werd vertegenwoordigd door de Staten-Generaal, zonder dat zij zeggenschap had over de samenstelling van dit orgaan. Er werd niet dóór, maar vóór het volk geregeerd. In 1848 begon hier langzaam verandering in te komen tegen de achtergrond van sociale en politieke onrust. Er werd gezocht naar manieren om het gezag van de Tweede Kamer te versterken en daarmee ook een daadkrachtiger optreden van de regering mogelijk te maken. Directe verkiezingen werden gezien als een goed middel voor dit doel. Ook Thorbecke, die aanvankelijk tegen dit idee was geweest, raakte hiervan overtuigd. Als gevolg werd bij de grondwetsherziening van 1848 bepaald dat de Tweede Kamer voortaan rechtstreeks gekozen zou worden,¹⁴ zij het dat het aantal kiesgerechtigden in eerste instantie beperkt was.

Het kiesrecht werd aanvankelijk alleen toegekend aan mannen die voldoende vermogend waren.¹⁵ Men veronderstelde dat zij een zekere mate van onafhankelijkheid hadden en daarmee het best in de positie waren om kandidaten te selecteren die zouden

11 E. van Vugt, p. 84.

12 J. Loots, *Voor het volk, van het volk Van districtenstelsel naar evenredige vertegenwoordiging*, Wereldbibliotheek 2004, p. 21.

13 In 1983 werd de tekst overigens enigszins aangepast, omdat het verbod op ruggespraak zou kunnen suggereren dat Kamerleden zelfs niet mogen overleggen met anderen. Het huidige art. 67 lid 3 verduidelijkt sindsdien dat leden gerust mogen overleggen met hun partij, fractie of achterban, maar dat zij zich niet mogen laten sturen.

14 Ook de wijze van samenstelling van de Eerste Kamer veranderde. Voortaan werden de leden daarvan via getrapte verkiezingen gekozen door de Provinciale Staten.

15 In 1850 hadden slechts 80.000 mannen stemrecht, wat overeenkwam met 2,6% van de bevolking.

doen wat goed was voor de gehele Nederlandse bevolking.¹⁶ In de loop der tijd vond er geleidelijk een uitbreiding van het kiesrecht plaats. Zo kregen mannen stemrecht als zij over bepaalde ‘kenteekenen van geschiktheid en maatschappelijke welstand’ beschikten, waaronder het hebben van een opleiding. De grootste verandering vond echter plaats in 1917, toen de Grondwet werd gewijzigd om onder meer het algemeen mannenkiesrecht in te voeren en de grondwettelijke belemmeringen voor het algemeen vrouwenkiesrecht weg te nemen. Sinds 1919 hebben alle Nederlanders boven de kiesgerechtigde leeftijd stemrecht.¹⁷ Daarmee kwam een einde aan de bevoogdende representatieopvatting van vertegenwoordiging vóór het volk, en werd het ideaal gehuldigd van een volksvertegenwoordiging ván het volk.

Door deze veranderingen in het kiesrecht, in combinatie met de toegenomen bevoegdheden van de Staten-Generaal, heeft artikel 50 van de Grondwet een aanvullende betekenis gekregen. Het vormt de constitutionele bevestiging dat Nederland een vertegenwoordigende democratie is: via zijn vertegenwoordigers heeft de bevolking de volle zeggenschap over het staatsbestel. Misschien is deze ontwikkeling voldoende om de kwestie van de volkssoevereiniteit maar verder te laten rusten.

7.3.2 Kiesstelsel

In 1917 werd niet alleen het stemrecht, maar ook het kiesstelsel ingrijpend gewijzigd. Voorheen vonden de verkiezingen voor de Tweede Kamer plaats in districten, waarbij afgevaardigden pas waren gekozen als zij een absolute meerderheid behaalden: de ‘winner-takes-all’. De eerste decennia waarin deze verkiezingen plaatsvonden bestonden er nog geen politieke partijen. Kandidaten voerden voornamelijk persoonlijke campagnes, soms ondersteund door lokale kiesverenigingen. Eenmaal verkozen werkten ze losjes samen in Kamerclubs van gelijkgezinden, zonder gebonden te zijn aan een specifiek politiek programma. Het waren Kamerleden met een persoonlijk mandaat, die ‘elk zelfstandig het gehele Nederlandse volk vertegenwoordigden’.¹⁸

Met het toenemen van het aantal kiesgerechtigden, nam ook de coördinatie door de kiesverenigingen toe. Op de belangrijkste maatschappelijke scheidslijnen die zich het eind negentiende eeuw manifesteerden, groeiden zij uit tot massapartijen. Zij ontwikkelden eigen visies op het algemeen belang van Nederland, waarin een brede belangen-

16 Een andere voorwaarde was dat zij ten minste 23 jaar waren en in het bezit van burgerlijke en burger-schapsrechten.

17 In 1917 lag de kiesgerechtigde leeftijd op 23 jaar. In 1963 is die leeftijd verlaagd naar 21 jaar, en in 1972 naar 18 jaar. De rechter mag in bijzondere gevallen iemand het kiesrecht ontnemen.

18 E. van Vugt, p. 209.

afweging plaatsvond vanuit een specifiek ideologisch gedachtegoed. Maar in de Tweede Kamer kwam deze verscheidenheid nog onvoldoende tot zijn recht. In de praktijk bleken daar vooral veel liberalen te zitten. Als gevolg streefden calvinisten, katholieken en socialisten naar erkenning van partijdigheid bij de representatie en naar een naar ‘waarheid’ samengestelde Tweede Kamer die de veelheid aan meningen beter zou weer- spiegelen, kortom: naar evenredige vertegenwoordiging.¹⁹

Uiteindelijk is het besluit om over te gaan naar evenredige vertegenwoordiging tamelijk geruisloos verlopen in de slipstream van het algemeen kiesrecht, zo concludeert historicus Jasper Loots. Het enthousiasme van de socialisten als vocale voorstanders was getaand toen zij zich realiseerden dat zij na de invoering van het algemeen kiesrecht juist meer baat zouden hebben bij een absoluut meerderheidsstelsel, terwijl voormalige tegenstanders nu het stelsel van evenredige vertegenwoordiging omarmden als een noodzakelijke correctie op het algemeen kiesrecht. Evenredige vertegenwoordiging zou kunnen helpen om te voorkomen dat de stem van minderheden helemaal zou worden gesmoord. Het is vanuit die gedachte dat in Nederland, in tegenstelling tot veel andere landen, nooit gekozen is voor een kiesdrempel.²⁰

7.4 De vertegenwoordigde

7.4.1 *Bijzondere belangen*

Met de invoering van het stelsel van evenredige vertegenwoordiging werden politieke partijen verantwoordelijk voor het opstellen van kandidatenlijsten, en daarmee voor de rekrutering van volksvertegenwoordigers en bestuurders. Het heeft hun rol aanzienlijk versterkt. Ook de verwachting over hoe politici zich moesten gedragen veranderde. ‘Tegenover onpartijdigheid, zakelijkheid en distantie kwamen partijdigheid, emoties en lotsverbondenheid te staan.’²¹ De Franse politicoloog Bernard Manin spreekt over een overgang van parlementarisme (waarin vertrouwen werd gegeven aan onafhankelijke volksvertegenwoordigers) naar een partijdemocratie (waarin vertrouwen werd belegd in politieke partijen).²²

Deze veranderingen hebben de vertegenwoordigende opgave van Kamerleden gelaagder gemaakt. Ze vertegenwoordigen de eenheid van de Nederlandse bevolking, maar zijn nu ook de representanten van een politieke partij, van een politieke fractie en een

¹⁹ J. Loots, p. 23.

²⁰ Er is wel een regel die stelt dat alleen partijen met ten minste één zetel kans maken op een restzetel.

²¹ J. Loots, p. 209.

²² B. Manin, *The principles of representative government*, Cambridge University Press 1997, p. 195.

eigen kiezersgroep. Dit kan wel eens leiden tot het idee dat volksvertegenwoordigers ieder slechts een deel van het volk vertegenwoordigen en de Staten-Generaal alleen als optelsom het gehele Nederlandse volk: de Staten-Generaal als lappendeken. We zien dat terug in campagneslogans die uitgaan van particuliere belangenbehartiging, zoals ‘Handen af van ons Pensioen’²³ of in partijomschrijvingen als ‘De stem van en voor het platteland’.²⁴

In principe hoeft het verwoorden van bijzondere belangen niet strijdig te zijn aan de opdracht die artikel 50 van de Grondwet meegeeft aan de volksvertegenwoordiging, omdat een goede afweging over wat in het algemeen belang is vereist dat alle verschillende perspectieven in beeld zijn. Het is daarom begrijpelijk dat ondergesneeuwde belangen soms extra in het licht worden gezet. Maar uiteindelijk moeten alle partijen bereid zijn om een brede belangenafweging te maken die verder gaat dan het simpelweg uitruilen van afzonderlijke deelbelangen. Om deze opdracht uit artikel 50 Grondwet sterker te benadrukken, lijkt het verstandig om een oude eed nieuw leven in te blazen.

Op dit moment leggen Kamerleden bij hun aantreden alleen de zuiveringseed af. Daarin verklaren zij dat zij geen geschenken of gunsten hebben ontvangen om benoemd te worden, en dat zij ook geen giften of beloften zullen accepteren om iets te doen of na te laten bij de uitoefening van hun ambt.²⁵ Samen met de regels over stemonthouding en openbaarmaking van nevenfuncties brengt dit al tot uitdrukking dat het (stem)gedrag van Kamerleden niet beïnvloed mag worden door specifieke belangen. Maar het vereiste om op te komen voor het algemeen belang gaat een stap verder en verdient expliciete aandacht.

In de Grondwet van 1814 bevatte de eed die volksvertegenwoordigers aflegden bij de aanvaarding van hun ambt deze verwijzing nog wel: ‘Ik zweer, (belove) dat ik eerst en boven al de grondwet der Vereenigde Nederlanden zal onderhouden en handhaven; dat ik wijders de onafhankelijkheid van den Staat, de vrijheid en de welvaart van deszelfs Ingezetenen, met alle mijne krachten, bevorderen zal, zonder aanzien van provinciale of van eenige andere dan algemeene belangen.’ Door het opnieuw introduceren van een moderne variant van deze eed zullen parlementariërs zich committeren om zich in te zetten voor wat rechtvaardig is voor de gehele Nederlandse bevolking, al zullen de opvattingen over wat rechtvaardig is verschillen.

23 Poster van de Europese campagne van 50PLUS.

24 Campagneslogan BBB.

25 Art. 60 Grondwet.

De nieuwe eed biedt daarnaast de kans om te benadrukken dat Kamerleden ook een verantwoordelijkheid hebben ten opzichte van toekomstige generaties. Veel beslissingen die vandaag de dag genomen worden, zullen een aanzienlijke impact hebben op het leven van onze kinderen en daaropvolgende generaties. Een verwijzing naar toekomstige generaties in de eed kan het bewustzijn vergroten van de verantwoordelijkheid om bij besluitvorming niet alleen naar de korte termijn te kijken, maar ook naar de langetermijneffecten. In zekere zin wordt daarmee de toekomstige bevolking onder de reikwijdte van artikel 50 geïnterpreteerd.

7.4.2 *Afspiegeling*

Het stelsel van evenredige vertegenwoordiging dat werd ingevoerd met de grondwetswijziging van 1917 leidde tot een groter palet aan verschillende stemmen uit de samenleving in de Staten-Generaal dan eerst, maar alsnog vormt het geen perfecte afspiegeling. En dat kan ook niet anders.

Kiezers zijn oneindig divers en uniek in hun geschiedenis, belangen en toekomstdromen. Een parlement kan daarmee nooit een exacte weergave zijn van de gehele bevolking. Dat is ook niet het doel van politieke vertegenwoordiging. Politiek draait om het creëren van verbinding.²⁶ In een permanente wisselwerking met kiezers geven vertegenwoordigers vorm aan een visie, en mobiliseren daarmee een electoraat dat zich mede door de gedeelde herkenning in de boodschap tot een meer coherente groep vormt.²⁷

Decennialang weerspiegelde de samenstelling van de Tweede Kamer voornamelijk de verzuilde samenleving. Politieke vertegenwoordiging vond plaats langs de scheidslijnen die ook in andere maatschappelijke domeinen, zoals het onderwijs, de media en de vakverenigingen, domineerden. Mensen met verschillende achtergronden voelden zich met elkaar verbonden door gedeelde waarden en een gezamenlijk verhaal, en zagen deze vertegenwoordigd in het parlement. Daarbij bleef overigens ook de regionale diversiteit van Nederland zichtbaar, omdat de indeling naar zuilen een regionaal patroon kende: ‘de rooms-katholieken in het zuiden, de orthodox-protestanten in de Biblebelt, de liberalen in de handelssteden en de socialisten in de fabriekssteden en -gebieden’.²⁸

26 Hannah Arendt, *The Human Condition*, The University of Chicago Press 1958, p. 15.

27 Michael Saward, *The Representative Claim*, Oxford University Press 2010, p. 16. Zie ook Remieg Aerts, ‘Een goede vertegenwoordiging is een functionele vertegenwoordiging’, *De Hofvijver*, Montesquieu Instituut, nr. 133, 2022.

28 J. Loots, p. 62.

Inmiddels zijn de traditionele zuilen versplinterd. Individualisering en ontkerkelijking hebben geleid tot een sterk afgenomen binding met politieke partijen en een toenemende volatiliteit in het stemgedrag. Het is een enorme uitdaging geworden om met een onderscheidende visie een brede groep aan te spreken en te mobiliseren.²⁹

De maatschappelijke uitdagingen waar we voor staan zijn enorm, van het in goede banen leiden van de digitale revolutie, het tegengaan van de groeiende sociale ongelijkheid tot het beperken van klimaatverandering en verlies aan biodiversiteit. Maar waar ten tijde van het opbouwen van de welvaartsstaat er vertrouwen was dat we de toekomst zelf vorm konden geven, linksom of rechtsom, wordt de handelingsruimte van partijen nu als beperkt ervaren. Dit komt mede door de globalisering, Europese regelgeving en door beleidskeuzes uit het verleden, waaronder het vermarkten van overheidsvoorzieningen. Het heeft de inhoudelijke verschillen tussen partijen verkleind.

Partijen die wel een systeemverandering nastreven, worden vaak als onrealistisch beschouwd en sommigen slaan een weg in waarmee ze de democratische rechtsstaat zelf dreigen te ondermijnen.

Verkiezingen draaien daarmee nu vaak meer om het in vervoering brengen van kiezers via mediagenieke optredens door beeldbepalende leiders, dan dat sprake is van ideologische verbinding. Deze nieuwe fase wordt door Bernard Manin getypeerd als een toeschouwerdemocratie.³⁰

Mede als gevolg van de gebrekkige ideologische representatie, groeit de vraag naar meer *descriptive* representatie. Regionale of etnische afkomst, gender, leeftijd en opleiding zijn daarbij variabelen die maatgevend zijn voor de mate van representativiteit van de Staten-Generaal. Deze diversificatie is op zichzelf waardevol. Een parlement waarvan de leden zeer uiteenlopende achtergronden hebben, is herkenbaar voor een grotere groep burgers, en is daarbij waarschijnlijk beter in staat om de verschillende perspectieven van 'het gehele Nederlandse volk' in het oog te houden. Maar het kan geen vervanging zijn voor politieke representatie waarbij een bepaald wereldbeeld het kompas vormt voor de veelheid van handelingen van volksvertegenwoordigers, en waarop ze zowel kunnen worden gekozen als afgerekend. Zolang we een representatieve democratie hebben, zullen politieke partijen dan ook de belangrijkste dragers daarvan blijven.

29 K. Deschouwer, 'Politieke partijen in ontwikkeling: kansen en bedreigingen', in: S. de Lange, M. Leyenaar en P. de Jong (red.), *Politieke partijen: overbodig of nodig*, Raad voor het Openbaar Bestuur 2014, p. 24.

30 B. Manin, p. 219.

Deze conclusie mag politieke partijen hoopvol in de oren klinken, maar laat geen ruimte voor genoegzaamheid. Want het is ook evident dat hun intermediaire rol tussen kiezers en gekozenen aan kracht heeft verloren. Er ligt dan ook een serieuze opdracht voor iedereen die de vertegenwoordigende democratie overeind wil houden om het aansprekend vermogen van partijen te versterken. Dit zal voor een groot deel door de partijen zelf moeten worden gedaan: door meer werk te maken van een duidelijke en integrale ideologische visie over wat in het algemeen belang is, en door een democratische manier van politiek bedrijven. Om in de *toeschouwerdemocratie* overeind te blijven, proberen partijen hun merk zo aantrekkelijk mogelijk te verkopen en ongewisse interne partijdiscussies te vermijden. Het draagt het gevaar in zich van weinig tegenspraak, het uitblijven van programmatische vernieuwing en een opportunistische en oppervlakkige band met de kiezer.

Ook de overheid heeft een rol in het versterken van politieke partijen, bijvoorbeeld door het verstrekken van meer subsidies aan niet-campagneonderdelen van politieke partijen, waaronder wetenschappelijke bureaus. Ook kan worden overwogen om een kiesdrempel te introduceren waardoor gepassioneerde minderheden zich eerder binnen dan buiten bestaande partijen zullen manifesteren en de brede belangenweging zichtbaar binnen partijen plaatsvinden. In lijn hiermee is het ook de vraag of het verlagen van voorkeursstemmen, zoals voorgesteld door de Staatscommissie parlementair stelsel, niet vooral de politieke personendemocratie versterkt ten koste van de ideeënstrijd.

Tot slot vergt een vertegenwoordigende democratie niet alleen politieke partijen die vanuit een bepaald wereldbeeld naar het algemeen belang kijken, maar ook kiezers en actieve leden die zich hierop engageren. Daarover gaat de laatste paragraaf.

7.5 De burger

7.5.1 Actiefburgerschap

‘Als een methode om macht te delegeren, meerderheden te vormen en bindende besluiten mogelijk te maken is de democratie een praktische procedure. Als samenlevingsvorm toont zij haar morele kant. Zij veronderstelt een sociaal bewustzijn, het besef dat je met andersdenkenden een en dezelfde maatschappelijke ruimte deelt en daarom zelden volledig je zin zult krijgen’, zo stelt publicist Marcel ten Hooven.³¹ Het versterken van de democratie vraagt dan ook om het stimuleren van democratisch burgerschap. Ook de Staatscommissie parlementair stelsel houdt een pleidooi voor het vergroten van de

³¹ M. van Hooven, *De ontmanteling van de democratie Hoe de kunst van het samenleven verstoord raakt – en wat eraan te doen*, De Arbeiderspers 2018, p. 217.

kennis en vaardigheden op het gebied van burgerschap, al beperkt deze het tot het voortgezet onderwijs. Maar democratisch burgerschap kan op zoveel meer terreinen worden bevorderd. Denk aan het investeren in jongerenorganisaties, waarin zij zelf activiteiten en projecten bedenken en deze uitvoeren ('scholen van burgerschap' worden ze ook wel genoemd). Of aan het vergemakkelijken van burgercollectieven waarin mensen mede-eigenaar zijn van bijvoorbeeld een energievoorziening en dus gezamenlijk besluiten moeten nemen.

De afgelopen jaren is veel geëxperimenteerd met burgerfora als werkvorm waarbij burgers worden uitgenodigd om via kennisdeling en dialoog mee te beslissen over zaken die anders besloten zouden worden door een (gemeentelijke) volksvertegenwoordiging of bestuur. Naast het vergroten van draagvlak, leidt dit vaak ook tot meer begrip voor de complexiteit van dilemma's en het exploreren van een algemeen belang. Daarom hoeven deze vormen de representatieve democratie niet te ondermijnen.³² Integendeel zelfs. Zoals de Raad voor het Openbaar Bestuur al opmerkte in 2014: 'vormen van deliberatieve democratie die een vruchtbare link hebben met zowel de politiek als de samenleving, zijn niet zozeer een aanvulling op, als wel een versterking van de representatieve democratie'.³³ Voorwaarde is wel dat ook de belangen en perspectieven van burgers die hier niet aan deelnemen voldoende worden meegewogen.

7.5.2 Referenda

In een cultuur van medezeggenschap, medeverantwoordelijkheid en gemeenschapszin kan ook een referendum van toegevoegde waarde zijn. Over de wenselijkheid van referenda op nationaal niveau wordt in Den Haag al meer dan honderd jaar gesproken. Een eerste wetsvoorstel daartoe werd al in 1903 ingediend door de sociaaldemocratische partij van Pieter Jelles Troelstra. In de afgelopen decennia zijn daarna veel andere voorstellen gedaan om referenda duurzaam in ons politieke stelsel te verankeren, maar geen daarvan heeft het gehaald.³⁴ Ook verschillende staatscommissies hebben zich over het onderwerp gebogen. Daar kwam als algemene lijn uit dat het belangrijk en noodzakelijk is om bur-

32 T. de Moor, 'De prosociale burger als copiloot' (essay), Publiek Denken 2020, geraadpleegd op <https://publiekdenken.nl>.

33 S. de Lange, M. Leyenaar en P. de Jong, *Politieke partijen: overbodig of nodig*, Raad voor het Openbaar Bestuur 2014, p. 17.

34 Wel zijn enkele niet-bindende referenda gehouden: een raadplegend referendum over de Europese Grondwet en twee raadgevende referenda over het EU-associatieakkoord met Oekraïne en over de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

gers voldoende bij het overheidsbeleid te betrekken, mogelijk ook door middel van referenda, maar dat het primaat bij het vertegenwoordigend stelsel moet blijven.³⁵

Vanuit dat perspectief zou een bindend correctief referendum het meest passend zijn.³⁶ Hierbij is als eerste de wetgever aan zet om een wetsvoorstel te ontwerpen, te bespreken en vast te stellen. Onder bepaalde voorwaarden kan vervolgens een referendum worden gehouden, waarbij de wet alsnog kan worden verworpen. Daarna is het opnieuw aan de wetgever om na te denken over het vervolg. Deze dynamiek zou niet alleen in lijn zijn met ons representatieve stelsel, maar ook met de eisen die een democratische rechtsstaat stelt. Want de wetgever houdt daarmee de verantwoordelijkheid om bij het nadenken over het vervolg niet louter de wil van de meerderheid te volgen, maar oog te houden voor zaken als de positie van minderheden, mensenrechten en de internationale rechtsorde – kortom, zaken die het algemeen belang aangaan.

7.6 Tot slot

In de Nederlandse Grondwet is de volkssoevereiniteit nooit expliciet als bron van gezag erkend. Het is een opvallend feit, maar ook een gegeven dat door de jaren heen minder relevant is geworden voor de verhoudingen. Want door de historische veranderingen waarin de Staten-Generaal medewetgever en controleur van de regering is geworden, in combinatie met de invoering van het algemeen kiesrecht, kan artikel 50 van de Grondwet, dat aanvankelijk was bedoeld om de eenheid van het volk tot uitdrukking te brengen en het parlement tot taak te geven om in het algemeen belang te handelen, nu worden beschouwd als de constitutionele bevestiging dat Nederland een vertegenwoordigende democratie is. Voor het volk en van het volk.

De afgelopen eeuwen is de dynamiek in ons vertegenwoordigend bestel sterk veranderd. Van een systeem waarin parlementariërs als enkeling opereerden, via een stelsel waarin partijen domineerden, naar de moderne tijd waarin personen weer meer voorop staan en partijen zoekend zijn naar het versterken van hun band met de kiezer. Het versterken van hun rol is cruciaal. Want een vitale vertegenwoordigende democratie is gebaat bij politieke partijen die met elkaar concurreren op onderscheidende ideologische visie op het algemeen belang, omdat daarmee een brede belangenafweging voorop blijft staan

35 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over het Voorstel van wet van het lid Van Raak houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot opneming van bepalingen inzake het correctief referendum, 18 september 2019.

36 Op dit moment ligt een voorstel daartoe voor in de Eerste Kamer. Het betreft een initiatiefwet van het Kamerlid Leijten (SP), dat in februari 2023 in eerste lezing is aangenomen door de Tweede Kamer.

in plaats van een kale uitruil van deelbelangen. Om partijen en die brede belangenafweging te versterken zijn grote inspanningen nodig, vooral van de kant van partijen zelf en hun manier van politiek bedrijven, maar ook van de overheid. Het vergt daarnaast investeringen in democratisch burgerschap, in burgerparticipatie en een cultuur van gemeenschapszin. Ook het introduceren van de mogelijkheid van een correctief, bindend referendum past daarbij. Om de verantwoordelijkheid van de leden voor de Staten-Generaal voor het algemeen belang, en niet slechts het particuliere belang van de eigen kiezers, te benadrukken verdient het daarnaast aanbeveling om een aloude eed nieuw leven in te blazen.

8

De Grondwet en het kiesrecht; een voltooide ontwikkeling of niet?

Leontine Loeber

8.1 Inleiding

Verkiezingen leveren een fundamentele bijdrage aan het bestaan van een democratisch bestuur. Door middel van verkiezingen kiezen burgers hun vertegenwoordigers en kunnen zij deze verantwoordelijk houden voor de keuzes die deze vertegenwoordigers maken. Hiervoor is wel vereist dat er sprake is van daadwerkelijke keuze voor kiezers tussen kandidaten, partijen of beleid. Daar waar het verkiezingsproces competitief is en kandidaten of partijen dwingt om verantwoording af te leggen over wat ze gedaan hebben en van plan zijn te gaan doen, zorgen verkiezingen ervoor dat er gediscussieerd wordt over de belangrijke vraagstukken in een samenleving. Daarmee dragen verkiezingen ook bij aan politieke vorming van burgers en zorgen ze ervoor dat regeringen moeten reageren op de wil van het volk. Verkiezingen en daarmee het kiesrecht zijn dus een hoeksteen van een democratie.

Vanwege het grote belang van het kiesrecht en de vertaling daarvan in een kiesstelsel voor het functioneren van de democratische rechtsstaat moeten de hoofdnormen hiervan in de Grondwet worden vastgelegd. Het gaat daarbij ten eerste om de vraag wie mag deelnemen aan de verkiezingen, wie heeft het actief en passief kiesrecht, en ten tweede om de vraag op welke wijze de stemmen worden omgezet in zetels, het kiesstelsel. Daarbij is relevant dat juist vastleggen van deze onderwerpen in de Grondwet de aangewezen manier is om te voorkomen dat ze al te gemakkelijk door de heersende meerderheid, dan wel het zittende bestuur gewijzigd kunnen worden. Immers, daarmee zou een heersende meerderheid zijn macht kunnen consolideren, door bijvoorbeeld bepaalde groepen kiezers uit te sluiten van het stemrecht, dan wel het stelsel zo aan te passen dat het voor andere kandidaten dan wel partijen onmogelijk wordt om gekozen te worden. Het nadeel hiervan is wel dat het wijzigen van het kiesrecht en het kiesstelsel daarmee nagenoeg onmogelijk is geworden. Het zijn immers de leden van de huidige Kamers, gekozen op grond van de geldende bepalingen, die in twee lezingen met uiteindelijk een tweederdemeerderheid moeten instemmen met deze wijzigingen. Zoals weleens werd verzocht: 'Over het Kiesstelsel praten met de Tweede Kamer is alsof je praat met de

kalkoen over het Kerstdiner. Het gaat over henzelf en de vraag of Kamerleden wel of niet herkozen worden.¹

In deze bijdrage wordt daarom allereerst gekeken welke normen de Grondwet op deze twee punten, het kiesrecht en het kiesstelsel bevat en hoe deze in de afgelopen 175 jaar zijn gewijzigd. Vanwege de omvang van deze bijdrage beperkt dit overzicht zich met name tot de verkiezingen van de Eerste en Tweede Kamer. Daarna volgt een korte bespreking van enkele andere onderwerpen die in de Grondwet zijn opgenomen die het kiesrecht betreffen. De belangrijkste vraag die vervolgens aan de orde komt is uiteraard of de Grondwet op dit punt als ‘af’ moet worden beschouwd of niet. Uit het stuk zal blijken dat het antwoord op die vraag in de ogen van de auteur negatief moet worden beantwoord. Hierbij wordt gewezen op de kwestie van het besluiten over geschillen over het verkiezingsproces en met name de vaststelling van de uitslag, de vraag wat de grondwettelijke grenzen zijn van de evenredige vertegenwoordiging in het licht van de steeds weer opkomende roep om meer verbinding tussen kiezer en gekozene,² maar ook om een kiesdrempel en de afbakening van het kiesrecht tot Nederlanders boven de 18 jaar.³ De bijdrage sluit daarom af met de conclusie dat ondanks de lange ontwikkeling van dit onderwerp niet verwacht kan worden dat hier sprake is van een ‘rustig bezit’.

8.2 Historische ontwikkeling kiesrecht en kiesstelsel

8.2.1 De Grondwet van 1848

Voor 1848 kende Nederland geen directe verkiezingen, maar slechts indirecte. In 1844 werd een voorstel ingediend door negen Kamerleden om directe verkiezingen in te voeren. Dit voorstel werd door de Kamer afgewezen, onder meer op grond van het argument dat burgers die van staatszaken weinig weet hadden en ook daarin niet geïnteresseerd waren, toch kiesrecht zouden krijgen. Ook pasten directe verkiezingen volgens enkele Kamerleden niet bij de zeden of het karakter van de Nederlandse natie, met name omdat het zou betekenen dat de Koning zich zou moeten voegen naar de meerderheid van de vertegenwoordiging en dus de wil van het volk.⁴ De instelling van de commissie onder leiding van Thorbecke, voorstander van direct kiesrecht, in 1848 zorgde echter voor een doorbraak op dit punt. Tegenstanders wezen op de ongeschiktheid van de kiezers tot het doen van

1 J. van Pelt, ‘Onder ambtenaren. Verhalen van verandering’, 2013, p. 66.

2 Zie bijv. het rapport van de Staatscommissie parlementair stelsel, ‘Lage drempels, Hoge dijken’, p. 108-122.

3 Zie bijv. K. Jacobs, ‘Naar een verdere uitbreiding van het actief stemrecht’, in: R. Andeweg en M. Leyenaar, *Alle stemmen tellen! Een eeuw algemeen kiesrecht*, 2018, p. 213-220.

4 F. de Beaufort, P. van den Berg, R. de Jong, H. van der Kolk en P. van Schie, ‘Tussen geschiktheid en grondrecht, de ontwikkeling van het Nederlandse kiesrecht vanaf 1795’, 2018, p. 113-115.

goede keuzes en op de ongeïnteresseerdheid van veel kiezers, met als risico omkoping, bedrog of lage opkomsten. Desondanks stelde de regering voor om het algemeen kiesrecht in te voeren, met een census, die ervoor moest zorgen dat alleen diegenen kiesrecht zouden krijgen die een zodanige welstand genoten dat ze belang hadden bij het handhaven van de maatschappelijke orde. Onder druk van de publieke opinie en de Koning werd het voorstel binnen een dag in de Kamer behandeld en aangenomen. De tekst van artikel 76 luidde:

‘De leden der Tweede Kamer worden in de kiesdistricten, waarin het Rijk verdeeld wordt, gekozen door de meerderjarige ingezetenen, Nederlanders, in het volle genot der burgerlijke en burgerschapsregten, en betalende in de directe belastingen eene som, die, overeenkomstig met de plaatselijke gesteldheid, doch niet beneden het bedrag van f 20, noch boven dat van f 160, in de kieswet zal worden vereischt.’

Het kiesstelsel dat werd ingevoerd bestond dus uit kiesdistricten, waarbij een kandidaat de absolute meerderheid van de geldige stemmen in het district moest behalen. Wanneer geen van de kandidaten daarin slaagde, volgde een herstemming tussen de twee kandidaten met de meeste stemmen. De invulling van de districten werd overgelaten aan de Kieswet. Wel regelde de Grondwet dat per 45.000 inwoners er één Kamerlid moest zijn.

De tekst van de Grondwet van 1848 sloot niet expliciet uit dat vrouwen ook het kiesrecht zouden kunnen uitoefenen. Voor 1848 was er zelfs sprake van een vorm van vrouwenkiesrecht, namelijk dat van weduwen, wiens huishoudens kwalificeerden voor het kiesrecht. Zij konden dit echter niet zelf uitoefenen, maar moesten dit overdragen aan een meerderjarige zoon. Het feit dat de Grondwet de mogelijkheid van vrouwenkiesrecht in het midden liet, leidde er toe dat Aletta Jacobs in 1883 een poging deed om in Amsterdam als kiezer geregistreerd te worden voor de gemeenteraad. De gemeente wees dit verzoek af en stelde dat de geest van de wet duidelijk was; het kiesrecht behoorde alleen aan mannen toe. Aletta Jacobs ging in beroep en toen dat afgewezen werd, in cassatie bij de Hoge Raad. Die wees arrest op 18 mei 1883. In het arrest staat: ‘dat de rechtbank dienaangaande terecht heeft beslist dat het ten eenenmale onaannemelijk is, dat het in de bedoeling van den Nederlandschen wetgever bij de herziening der Grondwet in 1848 zoude hebben gelegen om, in afwijking van destijds bestaande toestanden en geldende beginselen van Staatsrecht, het stemrecht aan vrouwen toe te kennen; Dat toch, ware deze uitbreiding van het kiesrecht door den wetgever beoogd, dit allergewichtigst

beginsel ongetwijfeld in duidelijke en ondubbelzinnige termen in de Grondwet en dienvolgens in de Kieswet van 1850 zoude zijn uitgesproken, wat echter niet is geschied.⁵

Met betrekking tot de Eerste Kamer regelde de Grondwet dat deze bestond uit 39 leden die werden gekozen door de Provinciale Staten, waarbij de Grondwet zelf bepaalde hoeveel leden per provincie werden gekozen. Daarnaast stelde de Grondwet eisen aan het passief kiesrecht, een Eerste Kamerlid moest behoren tot de ‘hoogst aangeslagenen in de rijks-directe belastingen’.

8.2.2 *Grondwet van 1887*

In 1887 werd, in navolging van het bovengenoemde arrest, expliciet in de Grondwet vastgelegd dat het kiesrecht uitsluitend toekwam aan mannelijke meerderjarige ingezetenen. Daarnaast werd de hoogte van de census niet langer in de Grondwet zelf geregeld, maar in de Kieswet. Hetzelfde gold voor de leeftijd van meerderjarigheid, hoewel de Grondwet daarbij wel een minimumleeftijd vastlegde van 23. Het artikel kwam te luiden:

‘De leden der Tweede Kamer worden regtstreeks gekozen door de mannelijke ingezetenen, tevens Nederlanders, die de door de kieswet te bepalen kenteekenen van geschiktheid en maatschappelijken welstand bezitten en den door die wet te bepalen leeftijd, welke niet beneden drie en twintig jaren mag zijn, hebben bereikt.’

Naast de mogelijkheden die dit artikel bood om bij wet het kiesrecht uit te breiden, werden voor het eerst ook uitsluitingsgronden voor het kiesrecht in de Grondwet opgenomen. Allereerst werden bedeeden of degenen die onderstand ontvingen van de gemeente uitgesloten. Daarnaast werd de mogelijkheid geopend dat de rechter bij rechterlijke uitspraak het verlies van het kiesrecht kon uitspreken. Personen die in de gevangenis of hechtenis verbleven, waren automatisch uitgesloten, net als personen die onder curatele stonden. Ten slotte kon in de Kieswet het kiesrecht van militairen beneden de rang van officier tijdelijk worden opgeschort gedurende de tijd dat deze militairen onder de wapens verbleven.

Met betrekking tot het kiesstelsel veranderde deze Grondwet minder; de verkiezing via districten bleef gehandhaafd. Wel werd in de Grondwet vastgelegd dat er voortaan sprake zou zijn van honderd Kamerleden. De vastlegging van dit aantal gebeurde naar aanleiding van de discussies die steeds losbarstten bij het invoegen van nieuwe zetels omdat de bevolking sneller groeide dan verwacht; moesten voor nieuw te kie-

5 <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:HR:1883:1>.

zen Kamerleden districten in het leven worden geroepen, of werden deze toegevoegd aan bestaande districten? Dit laatste kon omdat de Kieswet ook de mogelijkheid van meervoudige districten kende. Vanwege de mogelijkheid van kieswetgeografie, ook wel gerrymandering genoemd, was het maken van districten en het verdelen van zetels daarover een politiek gevoelige kwestie. Vanaf 1896 werd daarom in de Kieswet geregeld dat voortaan alleen gebruik werd gemaakt van enkelvoudige districten.

Voor de Eerste Kamer veranderde slechts de omvang, deze ging van 39 naar 50 leden. Daarnaast verviel de eis voor het passief kiesrecht die betrekking had op de hoogte van de belasting die een lid moest betalen.

8.2.3 *De grondwetten van 1917 en 1922*

De Grondwet van 1917 bracht op beide terreinen, het kiesrecht en het kiesstelsel, een grote verandering. In 1913 trad het kabinet-Cort van der Linden aan. Dit kabinet stelde zich als voornaamste taak de invoering van het algemeen kiesrecht. In 1915 werd hierover in het parlement gesproken en bleek dat algemeen mannenkiesrecht nagenoeg op unanieme instemming zou kunnen rekenen. Wel was hiervoor een koppeling nodig met de financiële gelijkstelling van het openbaar en bijzonder lager onderwijs. In ruil voor deze gelijkstelling toonden de christelijke partijen zich bereid mee te werken aan de invoering van het algemeen kiesrecht. Artikel 80 van de Grondwet van 1887 werd zo gewijzigd, dat het zinsdeel, dat het bepalen van de kentekenen van geschiktheid en maatschappelijke welstand opdroeg aan de wetgever, kwam te vervallen. Daarnaast opende het nieuwe artikel 80 de mogelijkheid om vrouwen bij wet het actief kiesrecht toe te kennen.

Op het punt van het kiesstelsel was de verandering nog radicaler. Het enkelvoudige districtenstelsel werd vervangen door een stelsel van evenredige vertegenwoordiging, waarbij de zetels voortaan werden verdeeld op basis van het aantal stemmen dat een partij in het hele land had gehaald. Cort van der Linden motiveerde de noodzaak van de invoering van evenredige vertegenwoordiging als volgt:

‘De partijen en hare fractiën zijn niet meer groepeerings van kiezers die de leiding aavaarden van bekende staatslieden: het zijn geworden groepeerings van kiezers die zelve de richting van het staatsbeleid bepalen.’ Daarom moeten ‘de verschillende schakeeringen van het politieke en rechtsbewustzijn van het volk, welke zich in de partijen consolideeren, in het parlement in dezelfde relatieve kracht tot uiting komen, die zij in het volk zelf kunnen ontwikkelen.’⁶

6 *Kamerstukken II 1915/16*, 226, nr. 4, p. 23.

Hoewel tegenstanders van het nieuwe stelsel wezen op de gevaren van almachtige partijbesturen die in plaats van de kiezers zouden bepalen wie er in de Tweede Kamer kwam door middel van de samenstelling van de kandidatenlijsten, was voor de liberalen aanpassing ondenkbaar. Dit zou immers het zorgvuldige compromis tussen onderwijsvrijheid, invoering van het algemeen mannenkiesrecht en aanpassing van het kiesstelsel in gevaar brengen. Het stelsel van evenredige vertegenwoordiging werd daarom ingevoerd.

Voor de Eerste Kamer vond in 1917 een deconstitutionalisering plaats van de verdeling van zetels over de provincies. In het nieuwe artikel werd, naast de omvang van 50 leden, slechts geregeld dat de leden worden verkozen door de Staten der provinciën op de wijze bij de wet te bepalen.

Op 3 juli 1918 werden de eerste verkiezingen op basis van deze wijzigingen gehouden. Na de verkiezingen trad het christelijk kabinet-Ruijs de Beerenbrouck aan. Dit kabinet gaf aan geen noodzaak te zien om gebruik te maken van de door de Grondwet geboden mogelijkheid om het kiesrecht ook aan vrouwen toe te kennen. De linksliberalen onder leiding van Marchant besloten daarop met een initiatiefwetsvoorstel te komen. Dit wetsvoorstel werd op 10 juli 1919 door de Eerste Kamer aangenomen. Bij de grondwetsherziening van 1922 werd daarom ook het algemeen kiesrecht voor vrouwen grondwettelijk verankerd.

Met betrekking tot de Eerste Kamer werd voorgesteld om ook voor deze Kamer het stelsel van evenredige vertegenwoordiging in te voeren, met behoud van de indirecte verkiezing. De Eerste Kamer zou niet langer per provincie worden gekozen, maar de stemmen van alle Statenleden zouden voortaan bij elkaar worden geteld. De Tweede Kamer ging hiermee akkoord, maar de Eerste Kamer had bezwaren tegen het loslaten van de directe band met de provincies. Daarnaast waren veel leden bevreesd dat de Tweede en Eerste Kamer dan te veel op elkaar zouden gaan lijken. De Eerste Kamer verwierp daarom dit voorstel. Uiteindelijk werd in de Grondwet slechts toegevoegd dat de verkiezing voortaan op den grondslag van evenredige vertegenwoordiging moest plaatsvinden.

8.2.4 *Grondwet van 1938*

Nadat het beginsel van evenredige vertegenwoordiging in de Grondwet was opgenomen, rees al snel de vraag hoe dit begrip precies moest worden uitgelegd. In 1934 wilde de regering een einde maken aan de aanzienlijke hoeveelheid kleine partijen in de Tweede Kamer. Van de veertien partijen die bij de verkiezingen van 1933 zetels haalden, waren er

zes met slechts één zetel. De regering stelde daarom voor om een kiesdrempel in te voeren, die inhield dat alleen partijen die ten minste drie maal de kiesdeler hadden gehaald, werden toegelaten tot de Tweede Kamer. De Tweede Kamer achtte dit echter in strijd met de grondwettelijke bepaling over de evenredige vertegenwoordiging. Bij de grondwetsherziening van 1938 werd vervolgens de zinsnede 'binnen door de wet te stellen grenzen' aan artikel 53 toegevoegd om, zoals de regering toelichtte: 'den gewonen wetgever iets meer armslag te geven bij de uitwerking van het evenredig kiesrecht, in dien zin, dat hij niet verplicht zal zijn, de wiskundige evenredigheid zoo dicht mogelijk te benaderen'.⁷ Het uitgangspunt bleef evenwel een zo evenredig mogelijke verdeling van zetels naar aanleiding van de uitgebrachte stemmen. In latere discussies is dit bevestigd, waarbij weliswaar werd gesteld dat de bewoordingen 'binnen door de wet te stellen grenzen' een stelsel van een gering aantal kiesdistricten mogelijk zouden maken, maar dat een stelsel waarin per kiesdistrict slecht drie à vier zetels te verdelen waren, ongrondwettig zou zijn. Ook een verdeling van twaalf à dertien zetels per kiesdistrict was niet in overeenstemming met de Grondwet, aldus de regering destijds.⁸

8.2.5 *Grondwetten van 1956, 1963 en 1972*

De Grondwet van 1956 bracht voor het kiesrecht en het kiesstelsel geen verandering, behalve dan dat de omvang van de Tweede en Eerste Kamer veranderde. De Tweede Kamer bestond voortaan uit 150 leden, de Eerste Kamer uit 75 leden. De voornaamste motivering hiervoor was de uitbreiding van het takenpakket van de overheid, die met name na de Tweede Wereldoorlog in gang was gezet. Zoals de regering zelf opmerkte, betrof het hier wel een betrekkelijk willekeurig gekozen ledenaantal.⁹

Ook de grondwetten van 1963 en 1972 bevatten geen grote inhoudelijke wijzigingen. Wel werd de groep kiesgerechtigden steeds verder uitgebreid, door een verlaging van de minimumleeftijd voor het verkrijgen van kiesrecht, in 1963 naar 21 jaar en in 1972 naar 18 jaar.

8.2.6 *Grondwet van 1983*

In 1983 was wel sprake van een aantal significante wijzigingen. De eerste was het vastleggen van het actief en passief kiesrecht als grondrecht. Tot 1983 stond het actief en passief kiesrecht niet in het hoofdstuk over de grondrechten. Weliswaar waren deze rechten gewaarborgd via andere bepalingen, waaronder de artikelen 54-56, 129 en 130, maar

7 *Kamerstukken II 1935/36*, 477, p. 8.

8 *Kamerstukken II 1978/79*, 14223, nr. 6, p. 3.

9 *Kamerstukken II 1978/79*, 14222, nr. 7, p. 19.

desondanks meende de regering, in navolging van het advies van de staatscommissie-Cals-Donner dat opname in de grondrechtencatalogus wenselijk was.¹⁰ Om die reden werd artikel 4 in de Grondwet opgenomen, dat luidt: ‘Iedere Nederlander heeft gelijkelijk recht de leden van algemeen vertegenwoordigende organen te verkiezen alsmede tot lid van deze organen te worden verkozen, behoudens bij de wet gestelde beperkingen en uitzonderingen.’

De formulering van het kiesrecht is dat van een klassiek grondrecht. Het is echter van een wat andere aard dan andere klassieke grondrechten, in de zin dat voor de uitoefening van dit grondrecht het niet afdoende is dat de overheid zich onthoudt van optreden. Voor het kiesrecht is juist noodzakelijk dat de overheid met enige regelmaat verkiezingen organiseert. Opvallend is dat dit wellicht duidelijker blijkt uit de vergelijkbare verdragsbepaling van artikel 3 Eerste Protocol EVRM, dat immers de verdragsluitende partijen verplicht om met redelijke tussenpozen vrije en geheime verkiezingen te organiseren. Deze norm moet ingelezen worden in artikel 4 Grondwet, wil dit artikel daadwerkelijk van betekenis zijn.

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel blijkt dat de reikwijdte van de term ‘algemeen vertegenwoordigende organen’ bepaald wordt aan de hand van de aard en omvang van het takenpakket van het orgaan. Het gaat hierbij om organen die een ‘algemeen veld van belangenbehartiging’ bestrijken.¹¹ Om die reden vallen de beide Kamers van de Staten-Generaal, de Provinciale Staten en de gemeenteraden wel onder dit artikel, maar de waterschappen niet.¹²

Uit de term ‘gelijkelijk’ volgt dat de stem van iedere kiezer evenveel gewicht dient te hebben. Dit wordt ook wel het principe van ‘one man, one vote, one value’ genoemd. De opname van het kiesrecht als grondrecht kan worden geduid als een vastlegging van een basiselement van het constitutioneel bestel.

In 1983 werd tevens in de Grondwet vastgelegd dat verkiezingen bij geheime stemming worden gehouden. Uit de totstandkoming blijkt dat dit recht van een kiezer om in het geheim te stemmen niet alleen geldt ten opzichte van de overheid, maar ook ten opzichte van anderen. Het stemgeheim zorgt ervoor dat iedere kiezer vrij is om te stem-

¹⁰ *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 26.

¹¹ *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 4, p. 87.

¹² *Kamerstukken II 1976/77*, 13872, nr. 7, p. 22.

men wat hij wil. Het gaat om een recht; er vloeit geen verplichting uit voort voor kiezers om hun stem ook daadwerkelijk geheim te houden.¹³

De herziening leidde ook tot de uitbreiding van het kiesrecht op twee punten. Allereerst kreeg de wetgever de mogelijkheid het kiesrecht voor de verkiezingen van de Tweede Kamer (en daarmee het Europees Parlement) toe te kennen aan Nederlanders die buiten Nederland wonen. Voor gemeenteraadsverkiezingen werd juist geregeld dat niet-Nederlandse ingezetenen mee mogen stemmen (art. 130). Daarnaast werden de beperkingsgronden sterk teruggebracht. Hierbij bleven alleen strafrechtelijke uitsluiting en uitsluiting van personen die onder curatele waren gesteld over. De voornaamste reden die hiervoor gegeven werd, was het grondrechtelijk karakter van het kiesrecht. Daarbij past een terughoudend gebruik van uitsluitingsgronden.¹⁴ Het belang van het kiesrecht voor het functioneren van de staatsinstellingen rechtvaardigde volgens de regering wel het handhaven van deze twee uitsluitingsgronden.¹⁵ Nieuw ten opzichte van de eerdere regeling was dat voor uitsluiting van het kiesrecht voortaan altijd een rechterlijke uitspraak vereist was. De laatste uitsluitingsgrond, die van onder curatele gestelden, werd overigens bij de grondwetsherziening van 2008 geschrapt. De aanleiding hiervoor was een uitspraak van 29 oktober 2003 van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State,¹⁶ waarin deze oordeelde dat de categoriale uitsluiting van personen die wegens wilsonbekwaamheid onder curatele waren gesteld weliswaar niet in strijd was met artikel 25 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten (IVBPR), maar dat in een concreet geval deze uitsluiting wel onredelijk kon zijn.¹⁷ Sindsdien is alleen nog de strafrechtelijke uitsluiting opgenomen in de Grondwet.

8.2.7 De Grondwetten van 2017 en 2022

In 2017 en 2022 werden geen wijzigingen aangebracht in het kiesrecht of het kiesstelsel voor de Tweede Kamer. Wel werden de bepalingen voor de Eerste Kamer aangepast. De herziening van de Grondwet in 2017 regelde dat voor de verkiezing van de leden van de Eerste Kamer naast de Provinciale Staten voortaan ook leden van de kiescolleges van de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba meestemmen. Daarmee is het kiesrecht voor de Eerste Kamer uitgebreid naar de inwoners van deze openbare lichamen. In 2022 volgde een nog verdergaande wijziging, waarbij ook voor de Eerste Kamer het vereiste van het ingezetenschap in Nederland voor het kiesrecht werd losgelaten. Niet-

¹³ Zie ECLI:NL:RBDHA:2014:5657.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1976/77, 14223, nr. 3, p. 10.

¹⁵ *Kamerstukken II* 1978/79, 14223, nr. 6, p. 9; *Kamerstukken II* 1979/80, 14233, nr. 9, p. 5-8.

¹⁶ ABRvS 29 oktober 2003, AB 2003/463.

¹⁷ Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30471, nr. 3, p. 2.

ingezeten Nederlanders kunnen sindsdien stemmen voor het kiescollege voor niet-ingezet Nederlanders. Ook dit kiescollege stemt mee voor de samenstelling van de Eerste Kamer.

8.3 Overig

8.3.1 *Geschillen over verkiezingen (art. 58)*

In 1815 is artikel 94 in de Grondwet opgenomen, dat sindsdien niet meer gewijzigd is qua inhoud. Het artikel, nu artikel 58, bepaalt dat elke Kamer de geloofsbrieven van haar nieuwbenoemde leden onderzoekt en geschillen beslist die zien op de geloofsbrieven of de verkiezing zelf. Uit dit artikel volgt dat het parlement als enige bevoegd is om een oordeel te geven over geschillen die zien op het verloop van de stemming en de vaststelling van de uitslag. Toetsing hiervan door een rechter of een andere onafhankelijke instantie is niet mogelijk. Achtergrond van het artikel is dat besluiten over het verkiezingsproces te politiek zijn om aan een rechter over te laten. Echter, naar aanleiding van de Muge-mangango-uitspraak van het EHRM, waarin het Hof uiteenzet dat onderdeel van de verplichting van artikel 3 Eerste Protocol EVRM is dat verkiezingsgeschillen moeten worden beslecht door een instantie waarvan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid voldoende geborgd is, lijkt het tijd om dit artikel te heroverwegen.¹⁸ Dat is ook in lijn met aanbevelingen die zijn gedaan door waarnemingsmissies van de Organisatie voor Veiligheid en Samenwerking in Europa (OVSE).¹⁹ Hierbij rijst uiteraard wel de vraag wat een geschikt orgaan zou zijn om in dergelijke, potentieel zeer politiek gevoelige zaken, te beslissen en hoe de onafhankelijkheid van zo'n orgaan geborgd moet worden. In veel andere landen is hiervoor het constitutioneel hof aangewezen, maar dat heeft Nederland (vooralsnog) niet. Een andere mogelijkheid zou zijn om deze zaken, net als de kieswetzaken waartegen wel beroep openstaat, neer te leggen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Ook zou gedacht kunnen worden aan een specifiek in te richten rechterlijke instantie hiervoor, met bijvoorbeeld leden van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak.

Los van de vraag welk orgaan geschikt zou zijn, is ook de praktische invulling hiervan een aandachtspunt. De termijnen in het verkiezingsproces zijn vaak kort en het is onwenselijk dat een rechterlijk oordeel over de geldigheid van de uitslag lang op zich laat wachten. Dat kan immers leiden tot een afnemend vertrouwen van de kiezers in de integriteit van het proces. Een dergelijke deadline was een van de redenen waarom het

¹⁸ <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203885>.

¹⁹ www.osce.org/odihr/elections/netherlands/493360.

Hooggerichtshof van de Verenigde Staten in de zaak *Bush v. Gore* in 2000 besloot tot het stoppen van de hertellingen in Florida.²⁰ Een andere relevante vraag is wat de bevoegdheid van de aangewezen rechter zou moeten zijn. In het Verenigd Koninkrijk kan een rechter de verkiezing ongeldig verklaren, met als gevolg dat deze opnieuw gehouden moet worden. In een districtenstelsel is dat uitvoerbaar, gelet op het beperkte karakter van een dergelijke herstemming. Ook heeft dit beperkte gevolgen voor de samenstelling van het parlement als geheel. In een stelsel van evenredige vertegenwoordiging met feitelijk één district, zoals Nederland, is dit echter veel lastiger.

8.3.2 *Delegatie (art. 59)*

Artikel 59 bepaalt dat alles, wat verder het kiesrecht en de verkiezingen betreft, bij de wet wordt geregeld. Hoewel de tekst delegatie door de wetgever niet uitsluit, blijkt uit de parlementaire geschiedenis van dit artikel en de uitwerking daarvan dat hiervan terughoudend gebruik moet worden gemaakt. Zo overwoog de regering bij de herziening van de Kieswet in 1989:

‘Voor de Kieswet geldt hierbij nog de bijzonderheid dat deze wet in al zijn onderdelen vorm geeft aan het fundamentele grondwettelijke recht van de burgers om de leden van algemeen vertegenwoordigende organen te kiezen en als lid daarvan te worden gekozen. Het belang van dit recht brengt een vrij grote mate van detaillering van de verschillende regelingen in de wet zelf mee. Dit wordt blijkens het eindverslag door de aan het woord zijnde leden ook onderkend. Voor regeling in het Kiesbesluit en bij ministeriële regeling blijven dan alleen punten over die als detailpunten van administratieve en procedurele aard zijn te beschouwen.’²¹

Deze lijn is sindsdien gehandhaafd en is zichtbaar in de mate van detaillering van de Kieswet.

8.4 **Discussiepunten**

Mede gelet op het belang van het kiesrecht en de verkiezingen voor de democratische rechtsstaat, zal over dit onderwerp altijd gediscussieerd worden, door de samenleving en dus ook door de (Grond)wetgever. In Nederland gaat het, naast het hierboven genoemde punt van de rechterlijke toetsing van onder meer de uitslag met name over twee punten.

²⁰ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

²¹ *Kamerstukken II 1988/89*, 20264, nr. 18, p. 2.

8.4.1 *Band kiezer-gekozene*

Het stelsel van evenredige vertegenwoordiging met één landelijk district heeft als grootste pluspunt de vertegenwoordiging van minderheden in het parlement. Ook kleine groepen kunnen in dit stelsel zetels halen. Het heeft echter ook twee belangrijke nadelen waarover de laatste jaren meer gesproken wordt. Het eerste probleem is dat het stelsel niet leidt tot een voelbare band tussen kiezer en gekozone, zoals wel aan de orde in een stelsel met districten. Een ander nadeel waar veel op gewezen wordt, is de ‘versplintering’ van het parlement. Het gaat te ver om in deze bijdrage uitvoerig in te gaan op deze onderwerpen en de voorgestelde maatregelen, waaronder de steeds vaker genoemde kiesdrempel.²² Wel is hierbij van belang dat de grondwettelijke grenzen van het begrip evenredige vertegenwoordiging in het oog worden gehouden. Het staat buiten kijf dat dit beginsel geen evenredigheid in wiskundige zin betekent. Die evenredigheid wordt nimmer gehaald. Ook nu zijn partijen in het parlement oververtegenwoordigd, omdat er altijd partijen deelnemen die wel stemmen halen, maar geen zetels. Ook het systeem van restzetelverdeling leidt tot een inbreuk op de absolute evenredigheid. In de jaren zeventig van de vorige eeuw zijn discussies gevoerd over verkiezingen in gesloten districten op grond van evenredige vertegenwoordiging, dus zonder compensatie op basis van de in het gehele land uitgebrachte stemmen.²³ Een dergelijk stelsel werd over het algemeen grondwettig geacht. De vraag wanneer bijvoorbeeld een kiesdrempel daarmee ongrondwettig zou zijn, is niet glashelder.²⁴ Wel is hierbij de jurisprudentie van het EHRM relevant. Zo oordeelde het Hof eerder dat een kiesdrempel van 10% excessief is.²⁵ Daarnaast is het natuurlijk maar de vraag of een kiesdrempel daadwerkelijk effectief is in het tegengaan van versplintering, nu dit niet voorkomt dat Kamerleden zich na de verkiezingen afsplitsen van een partij. Om aan dat laatste iets te kunnen doen, is zeker aanpassing van de Grondwet nodig.²⁶

8.4.2 *Uitbreiding kiesrecht voor jongeren*

Daarnaast zijn er ook in de ontwikkeling van het kiesrecht zaken die mogelijk (weer) op tafel zullen komen. Het meest genoemde, recente, voorbeeld is de verlaging van de kiesgerechtigde leeftijd naar 16 jaar.²⁷ Voorstanders van de verlaging van de kiesgerechtigde leeftijd wijzen op de volgende voordelen. Ten eerste zou verlaging van de leeftijd

22 Zie hierover o.m.: <https://stukroodvlees.nl/blindstaren-op-een-hogere-kiesdrempel>.

23 *Kamerstukken II* 1978/79, 14223, nr. 6, p. 3-4.

24 Zie hierover o.m.: P.P.T. Bovend'Eert en H.R.B.M. Kummeling, ‘Van Raalte’s Het Nederlandse parlement’, 2000, p. 74, C.A.J.M. Kortmann, ‘De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987’, 1987, p. 202 en J.A. van Schagen en H.R.B.M. Kummeling, ‘Proeve van een nieuw kiesstelsel’, 1998.

25 EHRM 8 juli 2008, nr. 10226/03 (*Yumak en Sadak v. Turkije*).

26 Dit omdat de Grondwet uitgaat van individueel gekozen volksvertegenwoordigers en niet van zetels die aan partijen toebehoren.

27 Zie bijv. het advies ‘Jong geleerd, oud gedaan’, van de Raad voor het Openbaar Bestuur van 2019 en het concept-partijprogramma van Volt: <https://static1.squarespace.com/static/5f82f878bf19dc36c8f0foc9/>

opkomstverhogend kunnen werken. Onderzoek in andere landen waarbij een verlaging heeft plaatsgevonden, zoals Oostenrijk, wijzen echter uit dat dit effect niet optreedt.²⁸ Ook uit onderzoek in Nederland blijkt dat jongeren zelf niet erg enthousiast zijn over dit idee.²⁹

Daarnaast zou een leeftijd van 16 jaar het voordeel hebben dat de jongeren dan kiesrecht krijgen als ze nog op school zitten en het daarmee gekoppeld zou kunnen worden aan het burgerschapsonderwijs. Ten slotte wordt als argument genoemd dat een verlaging noodzakelijk is, omdat het huidige beleid grote gevolgen heeft voor de toekomst van jongeren, maar deze niet mogen meestemmen en meebeslissen daarover. Hoewel dit laatste correct is, is in de ogen van de auteur de leeftijd van 16 jaar dan wel arbitrair. Er kunnen immers ook jongeren zijn van 12 jaar die al zodanig interesse hebben in de politiek dat zij graag willen stemmen en het huidige beleid heeft ook voor kinderen grote gevolgen, niet alleen in de toekomst, maar ook nu al. Een enkele auteur pleit daarom ook wel voor het toekennen van het stemrecht aan alle kinderen, waarbij de ouders dit kunnen uitoefenen tot de leeftijd dat het kind het zelf wil en kan. Een op het eerste oog elegante oplossing, die echter wel tot gevolg heeft dat mensen met kinderen er een aantal jaren een extra stem bij krijgen. Kortom, ook op dit punt zal de grondwetgever zich goed moeten bezinnen op de eventuele gevolgen van een aanpassing.

8.5 Conclusies

De wijzigingen van de Grondwet die zien op het kiesrecht zien voor het grootste deel op de vraag wie geschikt is en daarmee in staat moet zijn om mee te werken aan de samenstelling van de volksvertegenwoordiging en wie daar niet toe behoren. Hierbij speelden twee criteria: een persoon moest belang hebben bij maatschappelijke rust en orde of men moest geschikt zijn voor het maken van de juiste keuzes. Het eerste criterium zie je met name terug in de wijzigingen tot 1917, waarbij de census op grond van materiële gronden hiervoor als toetssteen werd gebruikt. Na 1917 speelde deze vraag geen rol meer en ging het met name om de vraag op welke leeftijd een persoon ‘volwassen’ genoeg was om mee te kunnen stemmen. De laatste jaren, vanaf 1983, ging de discussie spelen of ingezetenschap een noodzakelijk vereiste moest zijn voor kiesrecht. Met de laatste wijziging uit 2022, waarbij ook voor de Eerste Kamer dit vereiste niet meer in de Grondwet staat, heeft de grondwetgever dit beslecht. De ontwikkeling van het algemeen kiesrecht is daarmee

t/64f6f8f6920ec900d43e53de/1693907196688/ConceptVerkiezingsprogramma_VoltNederland.pdf, p. 109.

28 Zie K. Jacobs, ‘Naar een verdere uitbreiding van het actief stemrecht’, in: R. Andeweg en M. Leyenaar, *Alle stemmen tellen! Een eeuw algemeen kiesrecht*, 2018, p. 213-220.

29 www.ioresearch.nl/actueel/jongeren-staat-niet-te-springen-om-te-stemmen.

een geleidelijke geweest. Een verdere uitbreiding door een verlaging van de kiesgerechtigde leeftijd, zoals hierboven besproken, zou in dat opzicht, ondanks de kritische vragen die hierbij te stellen zijn, wel passen bij de ontwikkelingen van de afgelopen 175 jaar, van een kiesrecht op basis van geschiktheid, naar een grondrecht.³⁰

Daar waar het gaat om het kiesstelsel is de verandering veel minder geleidelijk gegaan dan bij het toekennen van het kiesrecht. Voor de Tweede Kamer was er tot 1917 sprake van een districtenstelsel, daarna van een stelsel van evenredige vertegenwoordiging. Sindsdien is er op dat punt nauwelijks meer discussie geweest bij grondwetsherzieningen; de discussies die hebben plaatsgevonden over het kiesstelsel zagen, zoals hiervoor genoemd, met name op de vraag of er aanpassingen mogelijk waren binnen deze grondwettelijke eis, en zo ja welke. De Eerste Kamer wordt sinds de grondwetsherziening van 1848 getraptd gekozen. Hoewel enige malen bepleit is om te komen tot directe verkiezing van de Eerste Kamer, is hiervoor tot nu toe geen voorstel tot wijziging van de Grondwet voor ingediend. Wel is nog een voorstel tot wijziging van de Grondwet aanhangig in eerste lezing, waarbij teruggekeerd wordt naar de wijze van verkiezing die tot 1983 werd gebruikt. Hierbij wordt elke drie jaar de helft van de leden van de Eerste Kamer voor zes jaar gekozen.

In de ogen van de auteur is er één prangende kwestie waar de grondwetgever zich in ieder geval op korte termijn over zal moeten buigen en dat is de hierboven beschreven kwestie van het toetsen van het verloop van het verkiezingsproces. Het verleggen van deze bevoegdheid van het parlement naar een onafhankelijke instantie zal niet in een achternamiddag gebeuren, gelet op de vele vragen die hierbij rijzen. De gevolgen van de invoering van een dergelijke toetsing en de invloed die dit kan hebben op het vertrouwen van kiezers in de uitslag en daarmee de legitimiteit van het parlement moeten daarbij niet worden onderschat of gebagatelliseerd. Kortom, ondanks de lange ontwikkeling van dit onderwerp is geenszins te verwachten dat het kiesrecht en de verkiezingen een rustig bezit zullen worden.

30 F. de Beaufort, P. van den Berg, R. de Jong, H. van der Kolk en P. van Schie, 'Tussen geschiktheid en grondrecht, de ontwikkeling van het Nederlandse kiesrecht vanaf 1795', 2018, p. 349-350.

9

De politieke partijen: wel in de wet, niet in de Grondwet?

Joris Gijsenbergh en Gerrit Voerman

9.1 Inleiding

Nederland is een representatieve democratie. Dat is weliswaar niet letterlijk in de Grondwet opgenomen, maar in artikel 50 staat wel dat de Staten-Generaal het gehele Nederlandse volk vertegenwoordigen. Deze bepaling diende in 1814 om aan te geven dat Nederland een eenheidsstaat was geworden (na de eraan voorafgaande statenbond, de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden) en de Staten-Generaal een nationale volksvertegenwoordiging. Daarnaast kan het artikel al geruime tijd tevens worden opgevat als ‘de grondwettelijke bevestiging van de vertegenwoordigende democratie’.¹ De Nederlandse constitutie legt het politiek-institutionele kader daarvan vast (vrijheid van meningsuiting en van vereniging en vergadering, democratische spelregels, de functies van en de onderlinge verhoudingen tussen parlement en regering).² Opmerkelijk genoeg zwijgt onze Grondwet echter over de politieke partijen, terwijl die als intermediair tussen samenleving en staat in een parlementaire, representatieve democratie onmisbaar zijn.³ Partijen brengen immers belangen, preferenties, opvattingen en dergelijke vanuit de maatschappij in het politieke domein (door een verkiezingsprogramma en een kandidatenlijst op te stellen, en electorale steun hiervoor te mobiliseren) en zij controleren namens hun achterban in het parlement de uitvoerende macht. Hun afwezigheid in de Nederlandse Grondwet is des te opmerkelijker gezien het feit dat in de meeste landen in Europa wel bepalingen ten aanzien van de partijen in de constitutie zijn opgenomen. Die vermelding werd vaak gevolgd door een specifieke partijwet, die het functioneren van de partijen (in uiteenlopende mate) reguleert. In Nederland is door het kabinet-Rutte IV (van

1 Gert-Jan Leenknecht, ‘Artikel 50 – Vertegenwoordiging. Wetenschappelijk commentaar’, zie www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/inleiding-hoofdstuk-3-staten-generaal/artikel-50-vertegenwoordiging (geraadpleegd 8 augustus 2023). Zie verder Eva van Vugt, ‘Artikel 50: volksvertegenwoordiging’, in: Afshin Ellian en Bastiaan Rijkema (red.), *Een nieuw commentaar op de grondwet*, Amsterdam 2022, p. 295-309. Van direct-democratische elementen is in de Nederlandse Grondwet geen sprake: referenda, volksinitiatieven of de rechtstreekse verkiezing van de burgemeesters bijvoorbeeld komen er niet in voor, net zomin overigens als het begrip volkssoevereiniteit.

2 Zie in meer algemene zin Anika Gauja, *Political Parties and Elections. Legislating for Representative Democracy*, Farnham 2010, p. 23.

3 Eric Barendt, *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford 1998, p. 149.

VVD, CDA, D66 en ChristenUnie) een dergelijke wet voorbereid, maar dus zonder dat hun positie constitutioneel is gemarkeerd.⁴

In deze bijdrage staat het in het oog springende ontbreken van de politieke partij in de Nederlandse Grondwet centraal. Eerst wordt kort ingegaan op het Europese patroon van de grondwettelijke vermelding van de partijen. Vervolgens komt uitgebreider aan de orde waarom zij tot nu toe niet in de Nederlandse constitutie zijn opgenomen. Daartoe worden de relevante (parlementaire) debatten over grondwetswijzigingen geanalyseerd, waarbij ook gesproken is over hun constitutionele erkenning, en weergegeven welke argumenten daarvoor en daartegen werden aangevoerd. In het slot wordt ingegaan op de vraag of opname in de Grondwet wenselijk is.

9.2 Europees perspectief

Met name in Europese landen met een gevestigde democratie komt de politieke partij niet in de constitutie voor.⁵ Toen in de loop van de negentiende eeuw her en der in Europa grondwetten werden opgesteld, bestonden partijen veelal nog niet of vervulden zij nog niet zo'n prominente rol in het politieke en electorale proces als tegenwoordig.⁶ Nadat partijen als private, uit de samenleving voortgekomen verenigingen van individuen op het politieke toneel verschenen, werd regulering vaak niet gepast gevonden. Politieke partijen werden immers geacht de uitvoerende macht te controleren – de overheid zou zich dan ook ten aanzien van hun functioneren terughoudend dienen op te stellen.⁷ Met andere woorden: hun cruciale rol in het proces van politieke wilsvorming bracht met zich mee dat partijen zo autonoom mogelijk behoorden te zijn.

Pleitbezorgers van regulering benadrukken daarentegen dat juist vanwege deze essentiële, onmisbare representatieve en controlerende functies van partijen in moderne democratieën, hun constitutionalisering geboden is. Dit tweede perspectief heeft na de Tweede Wereldoorlog in Europa steeds meer veld gewonnen. In de periode 1940-2010 hebben de meeste Europese landen in hun grondwet een (directe of indirecte) bepaling opgenomen over de politieke partij (zie tabel 9.1). Volgens de politicologe Ingrid van

4 Zie Gerrit Voerman, Gohar Karapetian en Sam Maasbommel (red.), *Wie regelt, beperkt? De ontwerp-Wet op de politieke partijen en de traditie van het non-interventionisme*, Den Haag 2023.

5 Deze paragraaf is deels gebaseerd op Gerrit Voerman, Gerhard Hoogers en Sebastiaan van Leunen, *Van Denemarken tot Duitsland. Regulering van politieke partijen in een aantal Westerse landen*, Groningen 2020, p. 6-10; zie: pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/127416935/2020_rapport_van_denemarken_tot_duitsland.pdf.

6 Ingrid van Biezen, 'The Constitutionalization of Political Parties in Post-war Europe', in: Ingrid van Biezen en Hans-Martien ten Napel (red.), *Regulating Political Parties. European Democracies in Comparative Perspective*, Leiden 2014, p. 93-117, op p. 93.

7 Gauja, *Political Parties and Elections*, p. 23-25.

Biezen gebeurde dat vooral na de vestiging of het herstel van de democratie of van de nationale onafhankelijkheid. ‘The constitutional codification of political parties ... is usually a product of a (re)constitutive moment, which often occurs in a context of institutional flux.’⁸ Het gaat dan vaak om betrekkelijk jonge democratieën, die vaak zijn ontstaan na een periode van conflict of (fascistische of communistische) dictatuur. In Oostenrijk werden partijen in 1945 in de grondwet opgenomen, in Italië twee jaar later, en in de Bondsrepubliek Duitsland in 1949. In de jaren zeventig volgden Griekenland, Portugal en Spanje, nadat de dictaturen plaats hadden gemaakt voor democratieën, en aan het begin van de jaren negentig landen in Midden- en Oost-Europa, na de val van het communisme.

Twee derde van de constitutionele codificaties in Europa betrof de structuur en het functioneren van de partijorganisatie.⁹ Het in 1949 in werking getreden Duitse *Grundgesetz* diende vaak als voorbeeld. Het kent een relatief uitvoerige regulering van de politieke partij in het bekende artikel 21, waarvan lid 1 luidt: ‘*Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Ihre Gründung ist frei. Ihre innere Ordnung muß demokratischen Grundsätzen entsprechen. Sie müssen über die Herkunft und Verwendung ihrer Mittel sowie über ihr Vermögen öffentlich Rechenschaft geben.*’¹⁰ Doel van de vermelding in de grondwet was vaak ook een wettelijke basis te geven aan de overheidssubsidie voor politieke partijen, die in de jaren zestig van de vorige eeuw op gang kwam.¹¹

Anno 2023 kan worden geconstateerd dat in Europa het traditionele liberale beginsel van non-regulering van de politieke partij vrijwel is verdwenen.¹² Slechts een klein aantal landen houdt nog aan dit uitgangspunt vast – niet toevallig alle geconsolideerde democratieën: naast het Verenigd Koninkrijk, dat geen grondwet kent, gaat het om België, Denemarken, Ierland en Nederland (zie tabel 9.1). Het is opmerkelijk dat in Nederland – zoals hierboven al aangeduid – naar verwachting over enige tijd wel een Wet op

8 Van Biezen, ‘The Constitutionalization of Political Parties’, p. 100. Zie ook Lauri Karvonen, ‘Legislation on Political Parties: A Global Comparison’, in: *Party Politics* 13(4), 2007, p. 437-455, op p. 442-443.

9 Idem, p. 105. Art. 21 regelde ook het verbod van partijen.

10 ‘Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschlands. Art. 21’, zie www.gesetze-im-internet.de/gg/art_21.html (geraadpleegd 19 juni 2023).

11 Van Biezen, ‘The Constitutionalization of Political Parties’, p. 99.

12 Fernando Casal Bértoa, Daniela R. Piccio en Ekaterina R. Rashkova, ‘Party Laws in Comparative Perspective’, in: Van Biezen en Ten Napel (red.), *Regulating Political Parties*, p. 119-147, op p. 119. Zij halen als voorbeeld de richtlijnen aan die zijn opgesteld door de European Commission for Democracy Through Law (de zogeheten ‘Venice Commission’) van de Raad van Europa. Deze aanbevelingen ‘offer a clear indication of the degree to which greater intervention in political parties’ affairs is currently being sought’. Zie ook Ingrid van Biezen en Gabriela Borz, *The Place of Political Parties in National Constitutions. A European Overview*. Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties, nr. 1, Leiden 2009; zie: www.partylaw.leidenuniv.nl/uploads/wp0109.pdf (geraadpleegd 9 september 2019).

de politieke partijen zal zijn aangenomen (die verder gaat dan alleen de subsidiëring van partijen en de regulering van hun financiën), maar dat de partijen niet in de Grondwet worden vermeld. Die figuur is eerder voorgekomen in Bulgarije, Finland, Litouwen, Polen en Portugal, maar daar volgde binnen een paar jaar alsnog hun constitutionele codificatie (afgezien van Finland, waar de grondwettelijke vermelding dertig jaar op zich liet wachten). Gezien het feit dat hierover in Nederland momenteel geen debat wordt gevoerd, lijkt de kans klein dat dat hier ook zal gebeuren.

Tabel 9.1 Grondwettelijke vermelding van politieke partij en introductie partijwetgeving in Europa, 1940-2010

Land	Grondwettelijke vermelding	Introductie partijwetgeving
IJsland	1944	-
Oostenrijk	1945	1975
Italië	1947	-
Duitsland	1949	1967
Frankrijk	1958	-
Cyprus	1960	2011
Malta	1964	-
Zweden	1974	-
Griekenland	1975	-
Portugal	1976	1974
Spanje	1978	1978
Noorwegen	1984	2005
Hongarije	1989	1989
Kroatië	1990	1993
Servië	1990	2009
Bulgarije	1991	1990
Letland	1991	2006
Roemenië	1991	1996
Slovenië	1991	1994
Tsjechië	1992	1993
Estland	1992	1994
Litouwen	1992	1990
Polen	1992	1990
Slowakije	1992	1993
Oekraïne	1996	2001
Finland	1999	1969

Land	Grondwettelijke vermelding	Introductie partijwetgeving
Zwitserland	1999	-
Luxemburg	2008*	-
Verenigd Koninkrijk	**	1998
België	-	-
Denemarken	-	-
Ierland	-	-
Nederland	-	-

* De politieke partij werd niet in 2007 voor het eerst in de grondwet van Luxemburg vermeld, zoals in de bron is vermeld, maar in 2008, met de invoering van artikel 32.bis. Zie ook legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2008/03/31/n1/jo (geraadpleegd 26 november 2019).

** Het Verenigd Koninkrijk kent geen grondwet zoals alle andere landen die in deze tabel zijn opgenomen.

Bron: Daniela Romée Piccio, *Party Regulation in Europe. Country Reports*. Working Paper Series on the Legal Regulation of political Parties, nr. 18 (Leiden, 2012), 92; www.partylaw.leidenuniv.nl/uploads/wp1812.pdf (geraadpleegd 9 september 2019).

9.3 Nederlandse debatten over constitutionele codificatie

Op het eerste gezicht lijkt de internationale trend van constitutionele codificatie geheel voorbij te zijn gegaan aan Nederland. Onze Grondwet kent immers zoals vermeld nog altijd geen bepaling over politieke partijen. Toch hebben meerdere kabinetten, Kameralleden en staatscommissies in de afgelopen eeuw wel degelijk overwogen om daar verandering in te brengen. Hun pogingen stuitten echter telkens op principiële tegenstand. De Nederlandse traditie van non-interventionisme ten aanzien van politieke partijen bleek te sterk.¹³

In de (lange) negentiende eeuw kwam constitutionele codificatie van politieke partijen nog niet ter sprake. Politieke partijen kwamen tegen het einde van de negentiende eeuw op. Toen waren zij nog zo nieuw, dat grondwettelijke verankering niet voor de hand lag. Bovendien werden deze organisaties gewantrouwd. Partijcritici wilden voorkomen dat partijleiders ‘een constitutioneel gewaarborgde autocratische macht’ zouden verkrijgen.¹⁴ Toch konden zij de partijvorming niet stoppen. Sterker nog, de grondwetsherzie-

13 Deze paragraaf is deels gebaseerd op Joris Gijsenbergh en Ronald Tinnevelt, ‘Politieke partijen’ in: Ellian en Rijpkema (red.), *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, p. 27-47, een publicatie in het kader van het Programma Fonds Staatsman Thorbecke-project ‘Politieke partijen tussen vrijheid en gebondenheid’. In tegenstelling tot die bijdrage legt deze paragraaf meer nadruk op parlementaire debatten tussen 1848 en het heden (in plaats van de staatscommissies tot aan 1971).

14 Pieter Cort van der Linden tijdens het Eerste Kamerdebat over de grondwetsherziening van 1917, geciteerd in Jasper Loots, *Voor het volk, van het volk. Van districtenstelsel naar evenredige vertegenwoordiging*, Amsterdam 2004, p. 123-144. Zie ook Remieg Aerts, *Thorbecke wil het. Biografie van een staatsman*, Amsterdam 2018, p. 394-396.

ningen van 1848 en 1917 hebben onbedoeld bijgedragen aan de opkomst van politieke partijen, door de invoering van respectievelijk het recht op vereniging en vergadering en het evenredige kiesstelsel.¹⁵

Toen de politieke partijen na de introductie van het algemeen kiesrecht en de evenredige vertegenwoordiging op de voorgrond verschenen, rees de vraag of (grond)wettelijke regulering geboden was. Dit begon medio jaren dertig van de vorige eeuw, toen politici en publicisten de democratie wilden beschermen tegen extremistische partijen. In de aanloop naar de grondwetsherziening van 1938 stelde minister van Binnenlandse Zaken Jacob de Wilde (Anti-Revolutionaire Partij, ARP) indirecte maatregelen voor. Zijn hoofddoelwit waren individuele revolutionaire volksvertegenwoordigers. Hij stelde voor dat zij permanent geschorst konden worden als zij zich schuldig maakten aan opruiende Kamertoespraken of strafbare feiten buiten de vergaderzaal. Via een omweg probeerde hij ook hun politieke partij te raken, door hun zetel vacant te laten. Al snel bleek echter dat hier geen twee derde Kamermeerderheid voor te vinden was. Om toch de democratie te kunnen beschermen, vroegen de Sociaal-Democratische Arbeiderspartij (SDAP) en – in mindere mate – de Rooms-Katholieke Staatspartij (RKSP) om expliciete partijwetten, zowel binnen als buiten de Kamer.¹⁶ In het publieke debat liep de sociaaldemocratische jurist George van den Bergh voorop. In 1936 pleitte hij voor partijverboden en een wet op de staatkundige verenigingen. Hij opperde voorzichtig om dit te voorzien van een grondwettelijke basis: ‘Zo men wil, kan men de grondslagen dezer wet in een nieuw lid van artikel 9 van de Grondwet neerleggen, maar bepaald nodig is dit niet.’¹⁷ Ook Van den Berghs voorstel was kansloos. Er bestond geen consensus over de manier om de democratie te beschermen, vanwege principiële onenigheid over de essentie van die democratie.¹⁸

Na de Tweede Wereldoorlog kwam het debat over de grondwettelijke verankering van de politieke partijen pas echt op gang, vooral in de jaren veertig, vijftig en zestig. Deels

15 Ruud Koole en Gerrit Voerman, ‘De partijorganisatie in de “eeuw van de massa”’, in: Rudy Andeweg en Monique Leyenaar (red.), *Alle stemmen tellen! Een eeuw algemeen kiesrecht*, Amsterdam 2018, p. 93-115, op p. 94-101.

16 *Handelingen II 1934/35, 1826-1827; Handelingen II 1936/37, Kamerstukken II, 105, nr. 1, 17-18, 20*; Carel Goseling e.a., *Een onderzoek omtrent wijziging van ons staatsbestel. Rapport, uitgebracht aan het bestuur der R.K. Staatspartij, door een commissie uit den raad van studie en documentatie dier partij*, Den Haag 1936, p. 49; vgl. J.A.O. Eskes, *Repressie van politieke bewegingen in Nederland. Een juridisch-historische studie over het Nederlandse publiekrechtelijke verenigingsrecht gedurende het tijdvak 1798-1988*, Zwolle 1988, p. 245-246.

17 George van den Bergh, ‘De democratische Staat en de niet-democratische partijen’, rede uitgesproken bij de aanvaarding van het hoogleraarsambt aan de Universiteit van Amsterdam op 28 september 1936 door mr. G. van den Bergh, Amsterdam 1936, p. 29.

18 Joris Gijsenbergh, ‘Democratie en gezag: extremismebestrijding in Nederland, 1917-1940’ (diss. Nijmegen; n.g.), 2017, p. 116-122 en 126-136.

kwam dat door de aanhoudende roep om een weerbare democratie. Voorkomen moest worden dat een totalitaire politieke partij, zoals de *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* (NSDAP) in Duitsland, de Nationaal-Socialistische Beweging (NSB) of de Communistische Partij van Nederland (CPN), opnieuw de macht kon overnemen. Daarnaast bestond er na de Duitse bezetting een grote behoefte aan staatkundige vernieuwing. Daarbij ontleenden sommigen inspiratie aan buitenlandse grondwettelijke bepalingen over politieke partijen.

Het Nederlandse debat vond voornamelijk plaats in verschillende staatscommissies, maar de grondwettelijke erkenning van politieke partijen was ook daarbuiten onderwerp van gesprek.¹⁹ Sterker nog, deze kwestie werd geagendeerd door de wetenschappelijke bureaus van de Katholieke Volkspartij (KVP) en Partij van de Arbeid (PvdA). Al in 1948 overwoog het katholieke Centrum voor Staatkundige Vorming de constitutionele verankering van politieke partijen om te zorgen dat partijen hun taken vervulden én om misbruik tegen te gaan. Het debat werd nog verder aangezwengeld door de Wiardi Beckmanstichting van de PvdA, die in 1950 wettelijke partijregulering bepleitte.²⁰ In de Tweede Kamer sloot vooral PvdA-fractievoorzitter Marinus van der Goes van Naters zich herhaaldelijk aan bij de roep om een grondwetsherziening. Hij vond dat Nederland het Italiaanse voorbeeld moest volgen:

‘Nu is er in onze Grondwet nog geen erkenning van de politieke partijen opgenomen, misschien zal dat het geval zijn bij de komende Grondwetsherziening. Het nadeel van die grondwettelijke traditie is, dat de politieke partijen tot nu toe in onze wetgeving vrijwel worden genegeerd. Dat is niet goed; de politieke partijen moeten haar [sic] rechten en plichten hebben. [...] Er zijn andere landen, die de democratische tradities eigenlijk opnieuw hebben moeten beginnen, omdat die een jaar of dertig onderdrukt zijn geweest. Het is daarom interessant te zien, hoe men b.v. in Italië tracht opnieuw die democratie op te bouwen.’²¹

Vervolgens vroeg Van der Goes’ partijgenoot, minister-president Willem Drees, de staatscommissie-Van Schaik om te reflecteren op de grondwettelijke erkenning van het partijwezen. Die commissie noemde het in 1954 ‘een anomalie, dat de Grondwet thans

19 Vgl. Remco Nehmelman, ‘Regels voor de partij. Het moeizame leerstuk van de regulering van politieke partijen’, in: Hansko Broeksteeg en Ronald Tinnevelt (red.), *Politieke partijen als anomalie van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer 2015, p. 31-45, op p. 41-43.

20 A.A.M. Struycken e.a., *Wettelijke regeling der politieke partijen. Ontwerprapport van de Commissie-Struycken, ingesteld door het Centrum voor Staatkundige Vorming*, Den Haag 1948, p. 4 en 10; R. Kranenburg, *Een statuut voor politieke partijen. Rapport van de Dr Wiardi Beckman-Stichting*, Amsterdam 1950.

21 *Handelingen II 1950/51*, 1762.

in geen enkele bepaling gewag maakt van deze partijen'.²² Voorstanders van dergelijke constitutionele codificatie, zowel binnen als buiten de staatscommissie, betoogden dat de Grondwet een realistisch en compleet beeld moest geven van de bestaande staatsinrichting. Dat betekende dat een artikel over politieke partijen absoluut onmisbaar was, vanwege hun cruciale electorale en bestuurlijke functies. In de ogen van de voorstanders waren politieke partijen belangrijk, maar soms ook gevaarlijk (in het geval van totalitaire partijen). Dat maakte het noodzakelijk om hun rechten én plichten vast te leggen. Op die manier kon de status van politieke partijen verankerd worden, en daarmee konden tegelijkertijd excessen bestreden worden. PvdA-Kamerlid Johan Scheps vertolkte deze partijopvatting in 1955: 'Juist omdat wij, Mijnheer de Voorzitter, de politieke partijen als middel stellen om het staatkundige leven vorm en inhoud te geven, juist omdat wij de politieke partijen zien in het nationale licht, menen wij, dat de Nederlandse wetgever deze partijen als waardevol heeft te erkennen.'²³

Ondanks het gloedvolle betoog van de staatscommissie-Van Schaik en haar medestanders kwamen politieke partijen niet in de Grondwet van 1956. Het kabinet-Drees III (van PvdA, KVP, ARP en Christelijk-Historische Unie, CHU) beperkte zich tot een gedeeltelijke grondwetsherziening, bij gebrek aan consensus over grootschalige hervormingen.²⁴ Premier Drees noemde de constitutionele codificatie van politieke partijen niet tijdens het Kamerdebat, maar ook deze kwestie was omstreden. Dat bleek uit de discussies in de staatscommissie-Teulings/Donner, die in deze jaren grondwettelijke erkenning én wettelijke regulering van politieke partijen afwees. Vooral partijwetten waren volgens de meeste commissieleden in strijd met de functie van politieke partijen en de staat. Dat maakte grondwettelijke erkenning in het beste geval onnodig en in het slechtste geval risicovol. Co-voorzitter Jan Donner (ARP) waarschuwde dat grondwettelijke verankering de deur kon openen voor onwenselijke wetgeving: 'Het geven van reliëf aan de partijen door erkenning zou kunnen dwingen in de richting van een regeling. De Overheid zij echter uiterst voorzichtig tegenover levende, uit het volk voortkomende instituten en sture deze niet in een onwenselijke richting.'²⁵ In de Kamer stemde Hendrik Tilanus, leider van de CHU, daar volmondig mee in. De PvdA- en KVP-fracties

22 Staatscommissie-Van Schaik, *Eindrapport van de staatscommissie tot herziening van de Grondwet*, Den Haag 1954, p. 8 en 55-56.

23 *Handelingen II 1955/56*, 2321. Zie ook Gijsenbergh en Tinnevelt, 'Politieke partijen'.

24 *Handelingen II 1954/55*, 86, 120; Karin van Leeuwen, *Uit het spoor van Thorbecke. Grondwetsherziening en staatsvernieuwing in Nederland, 1883-1983*, Amsterdam 2013, p. 71-72.

25 Notulen van staatscommissie-Teulings/Donner, subcommissie politieke partijen, vergadering van 10 maart 1954, p. 4. Zie ook staatscommissie-Teulings/Donner, *Eindrapport van de staatscommissie van advies inzake het kiesstelsel en wettelijke regeling der politieke partijen*, Den Haag 1958, p. 48-51. Zowel het rapport als de notulen zijn te raadplegen op resources.knaw.nl/grondwetscommissies/onderzoeksgids/gids/commissie/2990764568.

reageerden juist teleurgesteld op het uitblijven van de beloofde brede grondwetsherziening, maar lieten de kwestie van partijregulering voorlopig rusten.²⁶

Ook tijdens het hernieuwde debat over de grondwetsherziening in de jaren zestig hield de Kamer zich op de vlakte. Het initiatief lag bij het kabinet en twee nieuwe commissies: de Werkgroep-Proeve en de staatscommissie-Cals/Donner. Beide commissies bespraken uit zichzelf de (constitutionele) codificatie van politieke partijen. Daarbij hielden zij rekening met het publieke debat, waarin onvrede heerste over het functioneren van politieke partijen. Een lid van de Werkgroep constateerde in 1964 'dat er reeds sluimerende verwachtingen zijn, voorbeeldshalve werd o.a. grondwettelijke erkenning van politieke organisaties genoemd.'²⁷ De meeste leden van de Werkgroep en de staatscommissie-Cals/Donner deelden dit verlangen echter niet. Vooral de jurist André Donner (ARP) sprak zich uit tegen de wettelijke regulering en grondwettelijke verankering van politieke partijen, in navolging van zijn vader die de staatscommissie-Teulings/Donner had voorgezeten.²⁸

Na de publicatie van het kritische eindrapport van de staatscommissie-Cals/Donner in 1971 kreeg de grondwettelijke erkenning van de politieke partijen minder aandacht. Wel kwam er een proces van niet-constitutionele 'sluipende codificatie' van de partijen op gang die hen slechts impliciet raakte, zoals de invoering van indirecte subsidies.²⁹ Toch verdween de grondwettelijke vermelding van de politieke partijen niet geheel van de parlementaire agenda. Opnieuw voerden tegenstanders de boventoon. Vooral de christendemocraten en de Volkspartij voor Vrijheid en Democratie (VVD) eisten van de regering dat de partijen niet vermeld zouden worden in de Grondwet. Het kabinet-Den Uyl (met bewindspersonen afkomstig uit de PvdA, KVP, ARP, D66 en de Politieke Partij Radikalen, PPR) stelde hen gerust in 1975 in een toelichting op zijn grondwetherzieningsbeleid: 'De visie dat het beeld, dat de Grondwet van onze staatsinrichting geeft, niet reëel is zolang daarin over de politieke partijen wordt gezwegen, kunnen de ondergetekenden niet delen. Aan de Grondwet behoeft niet de eis te worden gesteld, dat zij

26 *Handelingen II 1955/56*, p. 409, 696-697, 700-704; *Handelingen II 1958/59*, p. 65.

27 Notulen van Werkgroep-Proeve, vergadering van 22 april 1964, 2, resources.huygens.knaw.nl/grondwetscommissies/onderzoeksgids/gids/commissie/2215384161. Zie ook Adriaan C. de Ruiter, Damiaan H.M. Meuwissen en Jacob H. Beekhuis, *Over de Proeve*, Den Haag 1966-1969; Van Leeuwen, *Uit het spoor van Thorbecke*, p. 75-85 en 103-114.

28 Werkgroep-Proeve, *Proeve van een nieuwe grondwet*, Den Haag 1966, p. 101; Staatscommissie-Cals/Donner, *Eindrapport van de Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, Den Haag 1971, p. 97.

29 Ruud Koole, *De opkomst van de moderne kaderpartij. Veranderende partijorganisatie in Nederland (1960-1990)*, Utrecht 1992, p. 231; Laurens Dragstra, *Enige opmerkingen over partijfinanciering. De regelgeving voor publieke en private financiering van politieke partijen in Nederland en Duitsland nader bekeken en beoordeeld*, Nijmegen 2008.

een volledig beeld geeft van onze staatsorganisatie.³⁰ Vier jaar later verzekerde ook het kabinet-Van Agt-I (van CDA en VVD): ‘Wij onderschrijven de met name in de beschouwing van de zijde van de V.V.D.-fractie naar voren komende mening, dat de vrijheid van politieke partijvorming zo min mogelijk door regelingen mag worden aangetast of beperkt.’³¹ Op verzoek van de PvdA-fractie gaf de regering een overzicht van buitenlandse grondwettelijke bepalingen, maar waarschuwde zij meteen dat navolging niet paste bij het Nederlandse staatsbestel.³²

De critici van constitutionele codificatie hadden duidelijk heel andere opvattingen over de Grondwet, de staat en de politieke partijen dan de voorstanders. De tegenstanders betoogden dat zowel de constitutie als de overheidsbemoediging zo beknopt mogelijk moesten zijn. Dat hing samen met hun overtuiging dat politieke partijen zo veel mogelijk vrijheid verdienen, omdat zij op de eerste plaats maatschappelijke organisaties met een mobilisatie-, articulatie- en aggregatiefunctie waren. Net als de voorstanders van constitutionele codificatie, spraken de tegenstanders van partijregulering hun waardering uit voor politieke partijen. Zij hadden echter een heel andere partijopvatting.³³

Alleen de PvdA-, D66- en PPR-fracties sputterden nog kort tegen in de jaren zeventig. Toen zij vertegenwoordigd waren in het kabinet-Den Uyl lieten zij de zaak rusten, maar nadat zij eenmaal in de oppositie waren beland, betreurden zij dat constitutionele codificatie onbespreekbaar was geworden. Daarbij hanteerden zij dezelfde argumenten als de voorstanders in de voorgaande decennia. Zo klaagde Laurens Jan Brinkhorst (D66) in 1979: ‘Het is op zichzelf gewenst dat onze Grondwet zo veel mogelijk de realiteit van het staatkundig bestel reflecteert. Daar behoren politieke partijen, als wezenskenmerken van de parlementaire democratie, ook toe.’³⁴ Hij hoopte bovendien dat een grondwettelijke vermelding een afweermiddel vormde tegen mogelijke toekomstige antidemocratische politieke partijen. Deze fracties drongen echter niet lang aan. De PPR en de PvdA krabbelden zelfs snel terug, terwijl D66 de prioriteit gaf aan maatregelen die kiezers *buiten de politieke partijen om* meer invloed gaven op het politieke proces. Daarom legde het drietal zich erbij neer dat de Grondwet van 1983 geen politieke partijen vermeldde.³⁵

30 *Handelingen I 1974/75, Kamerstukken II, 12944, nr. 75a, 6.*

31 *Handelingen II 1978/79, Kamerstukken II, 14222, nr. 7, 7.*

32 *Handelingen II 1978/79, Kamerstukken II, 14222, nr. 7, 9-10.*

33 Van Leeuwen, *Uit het spoor van Thorbecke*; Ruud Koole, ‘Dilemmas of regulating political finance, with special reference to the Dutch case’, in: Van Biezen en Ten Napel (red.), *Regulating political parties*, p. 45-69, op p. 59-60; Commissie Veling, *Het publieke belang van politieke partijen*, Den Haag 2018, p. 18.

34 *Handelingen II 1979/80, 2065.*

35 *Handelingen II 1979/80, 1952, 2065, 2071, 2742*; Joris Gijsenbergh, ‘Van ontploffen tot reguleren. De visie van D66 op partijregulering (1966-2022)’, *Idee*, 43(215), 2022, p. 25-29, op p. 26-28.

Na 1983 ging het debat over staatkundige vernieuwing evenwel door. De nadruk lag daarbij op vergroting van de politieke participatie. Vanaf de jaren negentig kwam er ook nieuwe aandacht voor wettelijke partijregulering. De grondwettelijke verankering van de politieke partijen daarentegen kwam slechts af en toe ter sprake. De kabinetten en nieuwe staatscommissies wilden geen oude koeien uit de sloot halen.³⁶ In 1991 dwong de Tweede Kamer de commissie-De Koning en de commissie-Deetman wel om te reflecteren op de positie van politieke partijen, maar beide commissies grepen terug op het traditionele non-interventionisme. Volgens hen was ‘verbetering van de relatie tussen de kiezers en de politieke partijen geen zaak voor regelgeving door de overheid.’³⁷ Ook de Nationale Conventie stond in 2006 maar kort stil bij de rol van de politieke partijen.³⁸

In 2009 vond het kabinet-Balkenende IV (van CDA, PvdA en ChristenUnie), op advies van de Raad van State, het weer tijd om de grondwettelijke positie van politieke partijen te onderzoeken om op die manier de democratie weerbaarder te maken. De Tweede Kamer wist echter te voorkomen dat de staatscommissie-Thomassen zich over partijregulering boog. De Kamer was niet per definitie tegen partijregulering, maar vond dat dit een aangelegenheid was voor het parlement en het kabinet.³⁹ In 2011 maakte minister Piet Hein Donner (CDA) alweer een einde aan de discussie, door te laten weten dat hij niets voelde voor grondwettelijke verankering, net zoals de Raad voor het Openbaar Bestuur (RoB): ‘De Rob merkt terecht op dat politieke partijen particuliere organisaties zijn die niet tot de Nederlandse Staat behoren. Juist bij de opnemings van politieke partijen in de Grondwet zou een beeld kunnen ontstaan dat dit wel het geval is.’⁴⁰ Donner herhaalde de argumenten van zijn grootvader Jan en vader André, twee van de invloedrijkste critici van constitutionele codificatie in de voorgaande decennia. Ook de in 2017 ingestelde staatscommissie-Remkes vond grondwettelijke verankering – zonder nadere argumentatie – ‘niet direct nodig’ en concentreerde zich op de invoering van een wet op

36 *Handelingen II* 1980/81, 307; *Handelingen II* 1981/82, *Kamerstukken II*, 17100, nr. 45, 2, 5.

37 *Handelingen II* 1992/93, *Kamerstukken II*, 21427, nr. 36-37, 70. Zie ook *Handelingen II* 1990/91, 3614, 3666; *Handelingen II* 1993/94, *Kamerstukken II*, 21427, nr. 101, 11.

38 *Handelingen II* 2004/05, *Kamerstukken II*, 30184, nr. 1; Nationale Conventie, *Hart voor de publieke zaak*, Den Haag 2006, p. 38-39.

39 *Handelingen II* 2007/08, *Kamerstukken II*, 31570, nr. 3; *Handelingen II* 2007/08, *Kamerstukken II*, 31570, nr. 6; *Handelingen II* 2007/08, *Kamerstukken II*, 31570, nr. 9; *Handelingen II* 2007/08, *Kamerstukken II*, 31570, nr. 8; Remco Nehmelman, ‘De regulering van politieke partijen in Nederland’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 4(2), 2013, p. 130-150, op p. 140; Bettie Drexhage en Remco Nehmelman, *De constitutionele positie van politieke partijen in Nederland. Met een toegift over hun constitutionele positie in de Europese Unie. Preadviezen 2010 voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag 2010, p. 45-115, op p. 55.

40 *Handelingen II* 2010/11, *Kamerstukken II*, 32634, nr. 6. Zie ook Raad voor het Openbaar Bestuur, *Democratie vereist partijdigheid. Politieke partijen en formaties in beweging*, Den Haag 2009, p. 9 en 51-52.

de politieke partijen.⁴¹ De kabinetten Rutte III en IV (beide bestaande uit VVD, CDA, D66 en ChristenUnie) namen deze aanbeveling over; de grondwettelijke vermelding van de politieke partijen kwam in het geheel niet ter sprake.⁴²

9.4 Conclusie

Politieke partijen spelen een cruciale rol in de representatieve democratie. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de meeste landen in Europa gedurende de tweede helft van de twintigste eeuw in hun Grondwet een bepaling over de partijen hebben opgenomen, vaak gevolgd door een meer specifieke partijwet. Hoewel in Nederland zo'n partijwet in voorbereiding is, kent ons land geen constitutionele codificatie van politieke partijen.

Er is wel regelmatig over gesproken, vooral op initiatief van sociaaldemocraten en katholieken. Dat debat maakte een golfbeweging door, met piekmomenten in de jaren dertig, (vooral) in de jaren vijftig en (in mindere mate) in de periode rond de eeuwwisseling. Die ontwikkeling vertoont enige parallellen met de internationale trend: in de negentiende eeuw was er nog geen sprake van, maar in de periode na de Tweede Wereldoorlog werd de constitutionele codificatie van de politieke partij in veel landen in Europa onderwerp van gesprek. Deze golfbeweging valt deels samen met de wisselende roep om een weerbare democratie. Daarnaast kwam de behoefte aan grondwettelijke verankering voort uit de opvatting dat politieke partijen waardevolle publieke, semi-staatelijke organisaties zijn, en dat de Grondwet zo compleet mogelijk moet zijn. Volgens de voorstanders moest de Grondwet basiselementen van het constitutionele bestel vastleggen en de bevoegdheden van de actoren in dat bestel verankeren. Politieke partijen behoorden in hun ogen tot die hoofdrolspelers.

Deze gedachtegang stuitte echter telkens op principiële tegenstand. De opvattingen over de functie van de Grondwet, politieke partijen en de staat liepen te veel uiteen. Vooral de ARP en VVD bleven van mening dat de overheidsbemoeyenis beperkt moest zijn. Volgens hen waren politieke partijen primair private, maatschappelijk organisaties die zo veel mogelijk vrijheid verdienen. Bovendien streefden zij naar een beperkte Grondwet. Naast de principiële weerstand valt het uitblijven van een constitutionele verankering te verklaren door de dynamiek van het debat. Bij gebrek aan consensus werden de ambities van verschillende kabinetten getemperd. In de jaren vijftig was er veel animo voor een bepaling, maar het momentum verdween in de aanloop naar de gedeel-

41 Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam 2018, p. 229-231.

42 *Handelingen II 2018/19, Kamerstukken II*, 32752, nr. 54, 3-4; *Handelingen II 2019/20, Kamerstukken II*, 35300-VII, nr. 123.

telijke grondwetsherziening van 1956. In de jaren vijftig en zestig hielden verschillende staatscommissies, onder aanvoering van Jan en André Donner (ARP), de constitutionele codificatie tegen. Ook in de decennia daarna echoden hun tegenargumenten in het parlementaire debat.

Het is opvallend dat er anno 2023 nauwelijks gesproken wordt over grondwettelijke erkenning, terwijl er een voorstel ligt om tot een wettelijke partijregulering te komen. De huidige radiostilte staat in schrill contrast met het debat over constitutionele verankering, dat al zo'n eeuw geleden is begonnen. Een hervatting van dit debat is echter alleszins de moeite waard. Politieke partijen spelen zoals gezegd een grote publieke rol in onze representatieve democratie. Het is dan ook opmerkelijk dat de Grondwet hun bestaan negeert en daarmee een onrealistisch en niet volledig beeld geeft van ons staatkundige werkelijkheid. Heldere regels kunnen de rechtsgelijkheid en de weerbaarheid van de democratie versterken – bijvoorbeeld door de politieke partijen te verplichten om transparant te zijn over hun inkomsten. Tegelijkertijd verdienen de partijen een zo ruim mogelijke vrijheid om zich naar eigen inzicht te organiseren en zo optimaal bij te dragen aan de vrije politieke wilsvorming.⁴³ Een grondwettelijke verankering van partijen zou niet alleen hun plichten (met name transparantie) kunnen markeren, maar ook hun rechten garanderen, en dan in de eerste plaats hun (organisatie)vrijheid. Op die manier zou een constitutionele vermelding kunnen bijdragen aan de waardevolle balans tussen de onafhankelijkheid van politieke partijen en heldere regulering.⁴⁴

43 Advies van de Kiesraad over het voorstel van wet op de politieke partijen (27 maart 2023), www.kiesraad.nl/adviezen-en-publicaties/adviezen/2023/4/3/advies-over-voorstel-van-wet-op-de-politieke-partijen.

44 Voerman, Karapetian en Maasbommel (red.), *Wie regelt, beperkt?*; Gijsenbergh en Tinnevelt, 'Politieke partijen', p. 47.

IV BESTUURLIJKE ORGANISATIE

10

Decentralisatie: de Grondwet en de Nederlandse praktijk

Klaartje Peters

10.1 Inleiding

Generaties studenten staatsrecht en bestuurskunde zijn onderwezen over Nederland als gedecentraliseerde eenheidsstaat, die behalve een nationale overheid ook gemeenten, provincies en waterschappen kent.¹ Dat kan worden afgeleid uit de Grondwet, ook al staat het nergens met zoveel woorden.² In tegenstelling tot federatieve staten kent een eenheidsstaat één soevereine centrale overheid. Maar in Nederland zijn positie en zeggenschap van die lagere bestuurslagen binnen de eenheidsstaat wel grondwettelijk beschermd, vandaar dat we het een *gedecentraliseerde* eenheidsstaat noemen.³

Decentralisatie is dus een belangrijk kenmerk van de Nederlandse staatsvorm. In de bestuurskundige en bestuursrechtelijke literatuur wordt het begrip decentralisatie op twee verschillende manieren gebruikt.⁴ Decentralisatie kan betrekking hebben op de situatie van de (mate van) spreiding van taken en bevoegdheden over de verschillende bestuurslagen. ‘Er is sprake van een zekere mate van decentralisatie in dit land’, zeggen we dan. Ook in het begrip ‘gedecentraliseerde eenheidsstaat’ wordt de term op deze manier gebruikt. Een andere manier waarop het begrip decentralisatie wordt gebruikt, is voor de overdracht of overheveling van taken en bevoegdheden van de hogere bestuurslaag naar de lagere. Decentralisatie is dan een proces of een handeling. Proces en situatie zijn natuurlijk met elkaar verbonden, zoals we in deze bijdrage zullen zien.

De mate van decentralisatie van een staat kan worden afgeleid uit de Grondwet en andere (organieke) wetten en regels. Althans: dat is een deel van de werkelijkheid. Deze bijdrage richt zich daarentegen met name op de vraag hoe de decentralisatie in de praktijk uitpakt, gegeven de institutionele vormgeving van de staat zoals vastgelegd in Grondwet en andere wetgeving. Kernbegrip bij de bespreking is de zeggenschap of feite-

1 In dit hoofdstuk gaat het met name om gemeenten en provincies.

2 Broeksteeg (2021), p. 33.

3 Randeraad (1997) wijst er overigens op dat wij in Nederland vaak denken dat we uniek zijn met de gedecentraliseerde eenheidsstaat – Thorbecke zelf benadrukte graag dat hij zijn Grondwet niet in lijn met bepaalde theorieën had opgesteld – maar dat de inrichting van het lokaal bestuur en de bestuurlijke verhoudingen in belangrijke mate overeenstemden met andere Europese democratieën in die tijd.

4 Peters, Castenmiller, Boogers en Van Dam (2020), p. 8.

lijke autonomie die gemeente- en provinciebesturen anno 2023 hebben. Deze autonomie verwijst naar de vrijheid van decentrale overheden om te besturen zonder inmenging van bovenaf. In de politicologische literatuur wordt die vrijheid veelal geduid aan de hand van zeven dimensies: wettelijke positie, bevoegdheden, (breedte) takenpakket, financieringsbronnen en bestedingsvrijheid, vrijheid van interne organisatie, mate van bemoeienis van bovenaf (toezicht) en toegang tot hogere besluitvorming.⁵ Het politicologische autonomiebegrip is daarmee breder dan het juridische (zoals te vinden in art. 124, eerste lid), omdat die vrijheid voor het volledige takenpakket geldt, dus ook het medebewind.⁶

Maar we beginnen met een korte beschouwing over decentralisatie in de Grondwet, te beginnen met die van 1848. De daarin gelegde basis geldt anno 2023 nog steeds, ook al is er bij de grondwetsherziening in 1983 wel aan de betreffende bepalingen en vooral de ordening ervan gesleuteld.

10.2 De Grondwet van 1848

Ten opzichte van de Grondwet van 1815 betekende Thorbeckes Grondwet van 1848 een ingrijpende herziening van de positie van de decentrale besturen en de verhoudingen met de rijksoverheid. Dit gold met name voor de gemeenten. De diverse vormen van lokaal bestuur werden onder de noemer 'gemeenten' voorzien van een uniforme interne structuur, en de wetgever kreeg zeggenschap over de samenvoeging en splitsing van gemeenten en provincies en over hun omvang en grenzen. De wetgever bepaalde voortaan ook de samenstelling, inrichting en bevoegdheden van de gemeente- en provinciebesturen. Daartegenover stond de belangrijke decentralisatiebepaling dat regeling en bestuur van de huishouding van provincie (art. 131 Grondwet 1848) en gemeente (art. 140 Grondwet 1848) in principe aan de gemeenten en provincies zelf worden overgelaten. Dat was de juridische erkenning van het initiatiefrecht van de decentrale overheden in ons bestel, en bepaald geen loze bepaling: veel van wat met name de gemeenten deden in die tijd, deden ze op eigen initiatief, op belangrijke terreinen als volkshuisvesting, volksgezondheid, onderwijs, enzovoort. Van uitvoering van rijkstaken was nog weinig sprake, het Rijk hield zich nauwelijks bezig met al die taken.

Hier stuiten we op het bekende onderscheid tussen autonomie en medebewind, twee verwante begrippen waaraan niet valt te ontkomen in een hoofdstuk over decentrali-

5 Zie het bekende Europese Local Autonomy Index (LAI)-onderzoek, <http://local-autonomy.andreas-ladner.ch>.

6 Art. 3 EHLA omschrijft autonomie ('self-government') als de vrijheid om 'binnen de grenzen van de wet' een 'substantieel deel van de publieke taken' zelf te mogen regelen.

satie en de gedecentraliseerde eenheidsstaat in Nederland. Al in de Grondwet van 1848 was de autonomie van decentrale overheden zoals gezegd gemarkeerd in de genoemde artikelen 131 en 140. Volgens die artikelen mochten provincies en gemeenten dus ‘hun eigen zaakjes’ regelen, zoals Voermans het uitdrukt in hedendaags Nederlands.⁷ Voor medebewind ligt het iets diffuser. Voor provincies was het medebewind al in 1814 geregeld – artikel 86 verplichtte de provincies tot uitvoeren van ‘wetten en bevelen’ op diverse opgesomde beleidsterreinen, alsmede ‘alle andere zaken tot de algemeene belangen betrekkelijk, welke aan hen, te dien einde, door den Souvereinen Vorst worden toegezonden’ – en dat was overeind gebleven in de Grondwet van 1848 (onder de noemer van ‘mandaat’ in art. 130). Voor gemeenten werd het medebewind pas bij de grondwets-hervorming in 1887 geregeld,⁸ maar het stond al wel in de Gemeentewet van 1851.⁹

Een andere belangrijke hervorming in 1848 was dat de gemeenteraad als het rechtstreeks gekozen orgaan aan het hoofd van de gemeente werd geplaatst (art. 139 lid 1), geheel in lijn met het liberale hervormingsperspectief. Dat was een breuk met de traditie waarbij het plaatselijk bestuur in hoofdzaak bij de stedelijke magistratuur dan wel het plattelandsbestuur berustte. Voor de provincies werd dit niet zo geformuleerd, maar wel geïmpliceerd.¹⁰

In de uitvoering van de vele autonome taken door gemeenten in de tweede helft van de negentiende eeuw ontstonden – logischerwijs – grote verschillen tussen gemeenten. Zo was Amsterdam bijvoorbeeld vooruitstrevend in de sociale woningbouw, terwijl andere gemeenten daar niets aan deden.¹¹ Pas vanaf eind negentiende eeuw begon deze diversiteit de Rijksoverheid te storen,¹² en werden verantwoordelijkheden langzaam maar zeker naar het rijksniveau getild, en veelal weer in medebewind bij gemeenten teruggelegd. Dat mechanisme nam een grote vlucht met de uitbreiding van de verzorgingsstaat in naorlogs Nederland. De nadruk in het gemeentelijk takenpakket kwam zo steeds meer op het medebewind te liggen.

7 Voermans (2023), p. 698.

8 Zie www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/inleiding-hoofdstuk-7-decentralisatie/artikel-124-autonomie-en-medebewind.

9 In art. 126. Enigszins verwarrend is overigens dat medebewind in die tijd ‘zelfbestuur’ wordt genoemd. Bestuur staat hier tegenover wetgeving: het Rijk doet dat laatste, de decentrale overheden vullen dat nader in en voeren het al dan niet naar eigen inzicht uit.

10 W. van der Woude, zie www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/inleiding-hoofdstuk-7-decentralisatie/artikel-125-organen-decentrale-besturen.

11 Broeksteeg (2021), p. 56.

12 Mede veroorzaakt door de politieke ontwikkelingen op landelijk niveau.

10.3 De grondwetswijziging van 1983

Een tweede betekenisvol grondwettelijk moment voor wat betreft decentralisatie is de grondwetswijziging van 1983. De belangrijkste wijziging is de vereenvoudiging en de bundeling van alle bepalingen over de gemeenten, provincies en waterschappen, in het nieuwe hoofdstuk 7. Daarnaast werden diverse bepalingen ten aanzien van de decentrale overheden bewust uit de Grondwet gehaald, onder meer op het gebied van verticaal toezicht. Een dergelijke deconstitutionalisering van het vaak bediscussieerde voorzitterschap van de gemeenteraad kwam er daarentegen niet. Sterker nog: het voorzitterschap werd in de Grondwet van 1983 juist expliciet bij de burgemeester neergelegd, tot ongenoegen van de voorstanders van de gekozen burgemeester. De politieke discussie over deze grondwetswijziging duurde al met al ruim vijftien jaar, en is uitgebreid beschreven door Van Merriënboer.¹³

Inhoudelijk relevant voor dit hoofdstuk over decentralisatie is de totstandkoming van artikel 124, de decentralisatiebepaling in hoofdstuk 7:

1. Voor provincies en gemeenten wordt de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake hun huishouding aan hun besturen overgelaten.
2. Regeling en bestuur kunnen van de besturen van provincies en gemeenten worden gevorderd bij of krachtens de wet.

Voor zowel gemeenten als provincies zijn autonomie en medebewind hier in één artikel bijeengebracht. In het voorafgaande politieke debat was nog uitgebreid gesproken of de formuleringen uit Thorbeckes Grondwet wel gehandhaafd moesten blijven, met name de ouderwets klinkende term ‘huishouding’. De regering had betoogd dat het onderscheid tussen autonomie en medebewind verouderd en ‘geforceerd’ was, en vond dat de decentralisatiegedachte beter gediend was met de formulering dat het gemeentebestuur ‘bevoegd tot regeling en bestuur’ was. Maar de Kamer en zeker ook de VNG vonden het van belang om de term ‘huishouding’ en de consequenties ervan overeind te houden.¹⁴

De regering had natuurlijk een punt: het onderscheid tussen autonome taken en medebewindstaken was inderdaad in toenemende mate moeilijk geworden.¹⁵ Op steeds minder taakgebieden stond het gemeenten en provincies echt vrij zijn om te doen wat ze zelf wilden. Meer nationale en internationale regelgeving op steeds meer beleidsterreinen

¹³ Van Merriënboer (2010).

¹⁴ Dölle en Elzinga (2004), p. 22-24.

¹⁵ Broeksteeg (2021), p. 54-59.

beperkte de mogelijkheden, ook op terreinen waar de decentrale overheden geacht werden hun eigen gang te kunnen gaan. Andersom geldt voor veel medebewindstaken dat de gemeenten en provincies in meer of mindere mate vrijheid hebben om zelf te bepalen hoe ze die verplichte taken vervullen. Het is bovendien in sommige opzichten ook een beetje een semantische discussie: er is sprake van medebewind als de decentrale overheden door een specifieke wet (of algemene maatregel van bestuur, AMvB) worden gedwongen mee te werken aan de uitvoering ervan, maar als die wettelijke verplichting in de Gemeentewet staat – denk aan de uitoefening van allerlei openbare ordebevoegdheden van de burgemeester – dan heet het autonome taakuitoefening.¹⁶

Hoe dan ook: bij de herziening in 1983 bleef het onderscheid tussen de autonome besturing van de eigen gemeentelijke en provinciale huishouding en de uitvoering van rijkstaken overeind en werd het expliciet in één nieuw grondwetsartikel vastgelegd.

10.4 Heden: de betekenis van artikel 124 in de praktijk

Binnen onze gedecentraliseerde eenheidsstaat is in de loop van de tijd de verhouding tussen autonome taakuitoefening en de uitvoering van medebewindstaken door gemeenten en provincies zoals gezegd ingrijpend veranderd. Die verschuiving van autonomie naar medebewind is één van de redenen dat veel wetenschappers en andere beschouwers de gemeenten en provincies weinig daadwerkelijke vrijheid toeschrijven. Hoogleraren als Wim Derksen en Douwe Jan Elzinga spreken al (veel) langer over gemeenten als ‘uitvoeringskantoren’ van de Rijksoverheid.¹⁷ Maar er zijn meer oorzaken – direct en indirect – die de ruimte voor zelfstandig opererende decentrale overheden steeds verder hebben doen krimpen.

10.4.1 Afbakening versus samenwerking tussen bestuurslagen

Sinds de tijd van Thorbecke is de wereld en ook het openbaar bestuur zonder meer complexer geworden. Veel bestuurders en bestuurskundigen zien het daardoor als onvermijdelijk dat veel taken c.q. maatschappelijke opgaven niet meer kunnen worden toebedeeld aan één bestuurslaag.

Dat besef gaat verder dan het afwijzen van de zogenaamde driekringenleer, die ten tijde van Thorbeckes Grondwet opgang deed. De driekringenleer hield in dat iedere

¹⁶ Broeksteeg (2021), p. 54.

¹⁷ Derksen deed dit al herhaaldelijk vanaf eind jaren negentig in lezingen, interviews en publicaties (zie bijv. in een interview in *Binnenlands Bestuur* van 21 januari 2005). Ook Elzinga waarschuwt hiervoor de laatste jaren voortdurend, o.m. in zijn manifest ‘Het roer om. Naar nieuwe verhoudingen in het openbaar en decentraal bestuur’, dat hij in 2021 schreef voor de VNG.

bestuurslaag – Rijk, provincie en gemeente – zijn eigen werkterreinen had, en dat daarbij ook sprake was van een natuurlijke verdeling: ieder onderwerp of belang paste ‘van nature’ het beste bij één van de drie lagen. Daarmee was dus automatisch de verdeling van taken tussen de bestuurslagen geregeld. Maar al vrij snel bleek de driekringenleer onhoudbaar: of een onderwerp bij de ene of de andere bestuurslaag thuishoorde, bleek geen vast gegeven. Al aan het einde van de negentiende eeuw begon de landelijke politiek zich zoals gezegd verantwoordelijk te voelen voor onderwerpen waar lokaal al aan werd gewerkt, en het Rijk haalde in toenemende mate dat soort taken en verantwoordelijkheden naar zich toe. Blijkbaar konden die taken prima door een andere bestuurslaag worden behartigd. Welke bestuurslaag dat moest zijn, was onderhevig aan veranderende inzichten.

Naast veranderend denken over de toedeling van taken bleek in de loop van de tijd ook dat beleidsonderwerpen c.q. opgaven niet altijd door slechts één bestuurslaag konden worden aangepakt. Als dat ooit al kon, dan kan het nu in elk geval niet meer. Er zijn maar weinig terreinen waar een bestuurslaag het zonder discussie en afstemming in zijn eentje af kan. Dat geldt enerzijds voor een paar typisch nationale verantwoordelijkheden, zoals bijvoorbeeld defensiebeleid en monetair beleid, en anderzijds voor zeer lokale aangelegenheden die gemeenten prima zelf af kunnen handelen. Boogaard¹⁸ noemt in dit geval het voorbeeld van de jaarmarkten;¹⁹ er zijn ook minder archaïsche dingen te bedenken, zoals de inrichting van de openbare ruimte en verkeerssituatie in wijken en dorpen (de spreekwoordelijke lantarenpaal of de keuze voor een rotonde in plaats van een voorrangskruising). Op verreweg de meeste beleidsterreinen is er sinds Thorbecke verwevenheid tussen de bestuurslagen ontstaan. Of het nu gaat om woningbouw, natuurbeleid of arbeidsmarktbeleid, overheden hebben elkaar in bepaalde mate nodig om tot samenhangende en effectieve voorzieningen te komen. In welke mate dat het geval is, en een beleidsterrein dus als een gedeelde verantwoordelijkheid moet worden beschouwd, is sterk afhankelijk van de tijd en de tijdsgeest. De visie daarop fluctueert in de tijd.

In 2005 probeerde de commissie-De Grave het tij in zekere zin te keren met haar rapport getiteld ‘Je gaat erover of niet’. Het rapport was bedoeld om iets te doen aan wat in die tijd ‘bestuurlijke drukte’ was gaan heten: een overdaad aan overlegcircuits binnen en tussen bestuurslagen. De commissie adviseerde om het oplossen van problemen in de samenleving centraal te stellen – ‘opgavegericht werken’ zouden we dat nu noemen –

¹⁸ Boogaard (2021).

¹⁹ De enige bevoegdheid sinds Thorbecke die nog in de Gemeentewet (art. 160) is terug te vinden.

en daarbij steeds zo veel mogelijk één verantwoordelijke bestuurslaag aan te wijzen. Terugkijkend kunnen we vaststellen dat dit streven faliekant is mislukt. Of bewust terzijde is geschoven. Het maken van bestuurlijke afspraken tussen de bestuurslagen in onder meer bestuursakkoorden heeft er duidelijk niet toe geleid dat de bestuurslagen uit elkaars vaarwater zijn gebleven. Integendeel: in de loop van de tijd is de wederzijdse behoefte aan interbestuurlijke samenwerking toegenomen. De ‘één overheids-gedachte’ is steeds dominanter geworden in het Nederlandse openbaar bestuur.²⁰ Met name voor de grote maatschappelijke opgaven – klimaatcrisis, energietransitie, woningbouwtekort – wordt interbestuurlijke samenwerking als noodzakelijk gezien. Overheden ervaren *wicked problems* die zij niet in hun eentje kunnen oplossen en waarvoor de benodigde bevoegdheden en middelen over meerdere bestuurslagen zijn verspreid. ‘Maatschappelijke problemen zijn niet op te knippen over bestuurslagen en sectoren’, schrijft de Raad voor het Openbaar Bestuur in 2020.²¹

Zelf denk ik wel eens dat we hierin enigszins zijn doorgeslagen en dat het betoog van de commissie-De Grave voor afbakening en duidelijkheid misschien aan enige herwaardering toe is. Dat meerdere bestuurslagen betrokken moeten zijn, betekent niet automatisch dat je zonder afbakening van verantwoordelijkheden alles samen moet willen doen. Maar dat neemt niet weg dat de trend van groeiende interbestuurlijke samenwerking op steeds meer beleidsterreinen de ruimte voor gemeenten en provincies om ‘hun eigen zaakjes te regelen’ aanzienlijk verder heeft ingeperkt, en met name ook de lokale en provinciale volksvertegenwoordiging als hoogste orgaan in het nauw heeft gedreven. Een nu al klassiek voorbeeld zijn de regionale energiestrategieën (RES), waarbij gemeenteraden en andere decentrale volksvertegenwoordigingen met landelijke ambities en bestuurlijke afspraken op regionaal niveau worden geconfronteerd.²² Het voorbeeld laat zien dat het veelal ligt aan de toegenomen internationale verwevenheid in de wereld, en in bijzonder in Europa, die gevolgen heeft voor de lokale en provinciale autonomie. Met name de Europese Unie is een belangrijke speler die op steeds meer beleidsterreinen invloed heeft op zaken die spelen in provincies en gemeenten. Allerlei voorbeelden dringen zich op: van natuur- en stikstofbeleid tot openbare aanbestedingsregels, op deze en vele andere terreinen bepaalt de Europese Unie wat er in gemeenten en provincie wel en niet kan.

20 ‘Nederland heeft één overheid nodig’ was in 2020 de titel van een invloedrijk rapport van de zgn. Studiegroep interbestuurlijke en financiële verhoudingen.

21 Raad voor het Openbaar Bestuur (2020), p. 14.

22 Boogers (2020).

10.4.2 Decentralisatie als proces: schending van normen

De sterk toegenomen samenwerking tussen bestuurslagen kan tot op bepaalde hoogte als een onvermijdelijke oorzaak voor de beperking van de gemeentelijke en provinciale autonomie worden beschouwd. Er zijn echter ook oorzaken die wel te vermijden zijn. Het gaat dan met name om de manier waarop de Rijksoverheid in de afgelopen jaren taken en verantwoordelijkheden heeft gedecentraliseerd naar provincies en vooral gemeenten. We stuiten hier op wat in de inleiding ‘decentralisatie als proces’ is genoemd: het proces van het overhevelen van taken naar een lagere overheid. Daarbij moet de hogere overheid, in dit geval de Rijksoverheid natuurlijk, zich volgens de wet aan allerlei (zorgvuldigheids) normen houden. Deze ‘procesnormen’ staan als zodanig niet in de Grondwet opgetekend. Maar de uitwerking van het grondwettelijke decentralisatiebeginsel in zowel de Provinciewet en Gemeentewet als ook de Financiële Verhoudingenwet (FVW) – en bovendien ook in Codes interbestuurlijke verhoudingen, bestuursakkoorden, en aanwijzingen voor de regelgeving – is natuurlijk niet iets dat kan worden genegeerd. Bovendien komen vergelijkbare normen ook steeds meer van ‘bovenaf’ naar de Rijksoverheid, zoals bijvoorbeeld het Europees Handvest inzake Lokale Autonomie (EHLA).

De Staatscommissie parlementair stelsel (commissie-Remkes) concludeerde in 2018 in haar eindrapport dat de recente decentralisatieoperaties hebben geleid tot onduidelijkheid bij parlement en burgers over de verdeling van taken en verantwoordelijkheden tussen de nationale overheid en de decentrale overheden. Een uiting hiervan zou zijn ‘de neiging van de nationale politiek om gemeenten bij de uitvoering te weinig financiële en afwegingsruimte te laten en de gemeenten te veel gedetailleerde uitvoeringsvoorschriften op te leggen’.²³ In het kabinetsstandpunt over het rapport van de staatscommissie gaf het kabinet aan de analyse van de staatscommissie in belangrijke mate te delen. Het gaf bovendien opdracht tot nader onderzoek naar twintig jaar decentralisaties en lessen daaruit. Hieronder worden enkele prangende punten daaruit gepresenteerd.²⁴

Met enige regelmaat worden taken naar een schaalniveau (gemeente) gedecentraliseerd dat in bepaalde opzichten (of voor bepaalde categorieën gemeenten) te laag is. De jeugdzorg is hiervan het bekendste voorbeeld. Deze manier van decentraliseren wringt met het subsidiariteitsbeginsel ofwel ‘decentraal wat kan, centraal wat moet’ (art. 4 lid 3 en 4 EHLA; art. 117 lid 2 Gemeentewet; art. 115 lid 2 Provinciewet). Het gevolg is dat de wetgever gemeenten vervolgens tot intergemeentelijke samenwerking voor de betreffende

²³ Staatscommissie parlementair stelsel (2018), p. 319.

²⁴ Peters, Castenmiller, Boogers en Van Dam (2020).

taken verplicht, maar ook dat gemeenten zelf semi-vrijwillig gaan opschalen, al dan niet onder druk van (regionaal opererende) maatschappelijke partners. De regionale bestuurslaag die feitelijk ontstaat, kent geen directe democratische legitimatie, met alle problemen van dien voor de lokale democratie.²⁵ De almaar groeiende regionalisering is ook als knelpunt voor de lokale autonomie genoteerd door de rapporteur van de Raad van Europa bij de monitoring van het EHLA in 2021.²⁶ Gezien het feit dat taakdifferentiatie al vele jaren wordt voorgesteld als mogelijke oplossing voor de verschillen tussen gemeenten, is het opmerkelijk dat er in de voorbereiding van de decentralisaties in het sociaal domein in 2015 weinig voor taakdifferentiatie tussen gemeenten werd gekozen.

Een tweede probleem is de geringe mate van beleidsvrijheid die decentrale overheden bij decentralisaties wordt gegund, zowel vooraf als ook in de eerste jaren na de overdracht. Dat is in strijd met de vereiste van beleidsvrijheid en mogelijkheid voor maatwerk (zoals geformuleerd in art. 4 lid 5 EHLA; art. 116 lid 1 tweede zin Gemeentewet; art. 114 lid 1 tweede zin Provinciewet). De wens om als Rijksoverheid greep te houden op een beleidsterrein, vaak ook ingegeven door een gebrek aan vertrouwen bij de Rijksoverheid – dat wil zeggen de betreffende vakdepartementen, en zeker ook de Tweede Kamer – in een goede taakvervulling door de decentrale overheden, speelt daarbij een belangrijke rol. Ook het simpele feit dat de (vak)departementen over veel meer beleids-capaciteit beschikken speelt ongetwijfeld een rol. Bij de keuze om de beleidsvrijheid te beperken wordt vaak gebruikgemaakt van het begrip stelselverantwoordelijkheid: de verantwoordelijkheid van de rijksoverheid (i.c. bewindspersoon) om in te kunnen grijpen als er in het stelsel iets dreigt te ontsporen. Daarnaast waren toezicht- en verantwoordingsmechanismen tussen Rijk en decentrale overheden op gedecentraliseerde beleidsterreinen de afgelopen jaren vaak niet in overeenstemming met het beginsel dat deze zo veel mogelijk horizontaal moeten zijn ingericht.

En dan zijn er de financiële verhoudingen. De manier waarop die bij veel recente decentralisaties zijn ingevuld, doet onvoldoende recht aan het belangrijke principe van zo veel mogelijk financiële bestedingsvrijheid, zoals onder meer vastgelegd in de art. 16 lid 2 Financiële-verhoudingswet. De keer op keer bevestigde interbestuurlijke afspraak dat de middelen behorend bij een decentralisatie in principe vrij besteedbaar moeten worden overgedragen (via het Gemeentefonds), wordt in de praktijk zeker niet altijd nageleefd door de Rijksoverheid. In plaats daarvan zijn ook nieuwe uitkeringsvormen in het leven geroepen die erop zijn gericht zichtbaar te maken hoeveel middelen voor een taak

²⁵ Peters, De Greef, Boogers en Boogaard (2022).

²⁶ Congress of Local and Regional Authorities (2021), p. 4.

zijn overgedragen en of de decentrale overheden die middelen wel daadwerkelijk aan de betreffende gedecentraliseerde taken besteden. Ook de decentrale overheden zelf dragen aan dat mechanisme bij door intern het overgehevelde budget als strakke richtlijn te hanteren bij het begroten, en zo hun eigen (politieke) beslissingsruimte als het ware vooraf in te perken.

Behalve financiële bestedingsvrijheid is er bij met name de decentralisaties van 2015 een substantieel probleem met de omvang van de financiële middelen die bij de gedecentraliseerde taken horen. Op basis van zowel het EHLA (art. 9 lid 1 en 2), als de Gemeentewet (art. 108 lid 3) en de Provinciewet (art. 105 lid 3) moet de Rijksoverheid zorgen voor voldoende financiële middelen en voorbereidingstijd, iets wat zeker niet altijd is gebeurd. Het meest zichtbaar en actueel is dat bij de Jeugdwet, waar de gemeentelijke tekorten zo hoog zijn oplopen, dat andere gemeentelijke uitgaven zichtbaar in de knel komen en een sluitende meerjarenbegroting voor steeds meer gemeenten onhaalbaar wordt. Dit knelpunt is ook herkend door de rapporteur van de Raad van Europa bij de monitoring van het EHLA in 2021.²⁷ Mogelijk gaat de recent ingevoerde Uitvoerbaarheidstoets Decentrale Overheden (UDO) aan de oplossing hiervan bijdragen. Een opvallende constatering is immers dat voor geen van de decentralisaties in de periode 2004-2020 is voldaan aan het vereiste van een (bestuurlijke en financiële) uitvoeringstoets voor c.q. door de betreffende decentrale overheden, een norm gebaseerd op belangrijke wettelijke bepalingen (zoals art. 2 FVW; art. 114 Gemeentewet; art. 112 Provinciewet).

Tot slot is er op één punt in zekere zin sprake van schending van een grondwettelijke bepaling, in elk geval in indirecte zin. Het betreft dan het zogenoemde 'hoofdschap' van de gemeenteraad en Provinciale Staten, vastgelegd in artikel 125 lid 1 Grondwet. De meeste betrokkenen en onderzoekers zullen beamen dat de recente decentralisaties in het sociaal domein de rol van de gemeenteraden hebben verzwakt. Bevoegdheden zijn toebedeeld aan colleges, waardoor gemeenteraden vanzelf al op afstand staan. De beperkte beleidsvrijheid en de grootschalige (soms verplichte) regionalisering dragen hier nog aan bij. Waar de middelen voor overgedragen taken tekortschieten, treedt bovendien verdringing van andere uitgaven op, waardoor de keuzeruimte voor decentrale volksvertegenwoordigingen wordt ingeperkt en daarmee hun rol wordt verzwakt. Dat is een zorgwekkende constatering.

27 Congress of Local and Regional Authorities (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in the Netherlands*, November 2021, p. 4, www.congress-monitoring.eu/en/9-pays.html.

10.5 Tot slot

Het grondwettelijke decentralisatiebeginsel en de daarin vervatte waarborgen voor de positie van de decentrale overheden in ons staatsbestel is in de decentralisatiepraktijk van de afgelopen vijftien à twintig jaar niet voldoende gebleken voor het op peil houden van de feitelijke autonomie van gemeenten en provincies in ons land. De geconstateerde knelpunten – denk onder meer aan voldoende financieringsbronnen en bestedingsvrijheid, sturing en toezicht van bovenaf en ook de problemen met de (verplichte regionale) schaal waarop de taken worden belegd – laten zien dat de Rijksoverheid in dat opzicht de wettelijke normen en de harde afspraken met de medeoverheden op diverse momenten terzijde heeft geschoven.

Wat zegt een dergelijke constatering over de waarde van de betreffende grondwettelijke bepaling en de wijze waarop het decentralisatiebeginsel in de Grondwet is verwoord? Dat de vrijheid of autonomie van gemeenten en provincies in de praktijk ook wordt ingeperkt door de groeiende trend van interbestuurlijke samenwerking is hierbij een complicerende factor. Hoe moet deze trend worden gewaardeerd, in het licht van de decentralisatiebepaling in de Grondwet? Anders gezegd: is interbestuurlijke samenwerking deel van het probleem of van de oplossing? Dat vergt een meer diepgaande beschouwing van het verschijnsel van interbestuurlijke samenwerking dan in deze bijdrage mogelijk is.

Als bestuurskundige zou ik oplossingen in eerste instantie vooral zoeken in het aanspreken van de landelijke politiek en de regering op het daadwerkelijk nakomen van afspraken en het respecteren van wettelijke normen voor de inrichting en aanpak van decentralisatieoperaties in de toekomst. Maar iedereen die zegt dat dat de afgelopen jaren niet goed heeft gewerkt, heeft natuurlijk gelijk. In het genoemde rapport van het Congres van lokale en regionale overheden van de Raad van Europa in 2021 werd, net als bij eerdere bezoeken aan Nederland, onder meer geadviseerd om de autonomie van de decentrale overheden beter in te bedden in de Grondwet en/of overige wetgeving. De belangrijke vraag is dan natuurlijk: hoe doen we dat op een zinvolle en werkbare manier? Het onderscheid tussen autonomie en medebewind lijkt daarbij niet de beste garantie. We moeten iets met het feit dat er anno 2023 nauwelijks nog autonome taken c.q. taakgebieden voor decentrale overheden resteren, waarbij ze bovendien geen rekening hoeven houden met hogere overheden. Het betekent misschien dat we een andere formulering nodig hebben die beter aansluit bij de bestuurlijke praktijk zoals die zich sinds Thorbecke heeft ontwikkeld, om daarmee de vrijheid van de medeoverheden om zonder inmenging van bovenaf te besturen beter te kunnen garanderen.

Literatuur

- Boogaard, G. (2021). Rap terug naar andere tijden. *Binnenlands bestuur*, 28 mei 2021.
- Boogers, M. (2020). Energie en democratie: democratische invloed op regionale energiestrategieën en andere complexe besluitvormingsprocessen. *Beleid en Maatschappij* 47(2), 210-2015. doi: 10.5553/BenM/138900692020047002011.
- Broeksteeg, J.L.W. (2021). *Gemeenterecht*. Deventer: Wolters Kluwer.
- Congress of Local and Regional Authorities (2021). *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in the Netherlands*, november 2021. www.congress-monitoring.eu/en/9-pays.html.
- Dölle, A.H.M. en D.J. Elzinga (2004). *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*. 3^e druk. Deventer: Kluwer.
- Fleurke, F., R. Hulst en P. de Vries (2021). *Effecten van decentralisatie. Een analyse van zestien bestuurlijke stelsels*. Den Haag: Boom bestuurskunde.
- Merriënboer, J.C.F.J. van (2010). ‘Verpest door een partijdige grondwetgever. De werdegang van het ontwerp-hoofdstuk 7 in het parlement (1966-1982)’, in: *Constitutionele normen en decentralisatie. Een evaluatie van Hoofdstuk 7 Grondwet* (p. 9-24). Nijmegen/Groningen: Radboud Universiteit en Rijksuniversiteit Groningen.
- Peters, K. (2021). ‘De verantwoordelijkheid van de rijksoverheid voor de positie van gemeenteraden’, in: *Impuls voor een sterke lokale democratie? Reflecties na vier jaar Democratie in Actie*. Essaybundel. Den Haag: ministerie van BZK 2021.
- Peters, K., R. de Greef, M. Boogers en G. Boogaard (2022). *Regionale samenwerking en gemeenteraden. Een samenvattend onderzoek naar de legitimiteit, effectiviteit en doelmatigheid van regionale samenwerkingsverbanden*. Den Haag: Stichting Decentraalbesteding.nl.
- Peters, K., P. Castenmiller, M. Boogers en M. van Dam (m.m.v. Han Warmelink) (2020). *Beginselen versus praktijken. Toetsing van decentralisatieprocessen, met aanbevelingen voor versterking*. Den Haag: Stichting Decentraalbesteding.nl.
- Raad voor het Openbaar Bestuur (2020). *Samenwerken, samen betalen? Over de bekostiging van opgaven in maatschappelijke netwerken*. Essaybundel. Den Haag.
- Randeraad, N. (1997). Thorbecke en de maakbaarheid van het binnenlands bestuur, *Bestuurswetenschappen* 6, 344-359.
- Staatscommissie parlementair stelsel (2018). *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*. Den Haag.
- Voermans, W. (2023). *Onze constitutie. De geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*. Amsterdam: Prometheus.
- Willemsse, R. (2001). *Het bestaansrecht van de Nederlandse gemeente*. Delft: Eburon.
- Woude, W. van der (jaartal onbekend). *Hoofdstuk 7 – Decentralisatie*. Wetenschappelijk commentaar. www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/inleiding-hoofdstuk-7-decentralisatie.

Grondwet, bestuurlijke organisatie van de Rijksoverheid en waarden van goed bestuur

Toon Kerkhoff

11.1 Inleiding

Besprekingen van de Grondwet en grondwetsherziening in relatie tot de bestuurlijke organisatie gaan meestal over veranderingen ten aanzien van staatsrecht en staatsinrichting, zoals ministeriële verantwoordelijkheid of het functioneren van het Huis van Thorbecke en de onderlinge verhoudingen tussen gemeente, provincie, Rijk en waterschappen (zie ook de vorige bijdrage in deze bundel, door Klaartje Peters).¹ In dit hoofdstuk is er echter aandacht voor iets anders. De Grondwet wordt hier namelijk geïnterpreteerd als een verzameling van publieke waarden, die in belangrijke mate aan de basis (zouden moeten) liggen van de bestuurlijke organisatie van de Rijksoverheid. De Grondwet moet – zo wordt betoogd – niet alleen als een opsomming van regels en (verhoudingen tussen) bestuurlijke instituties en organen worden gezien, maar vooral ook als een (geabstraheerde) collectie van normatieve publieke sentimenten over hoe het hoort. Een dergelijke interpretatie van de Grondwet komt voort uit het gegeven dat grondwetten (en dus niet alleen de Nederlandse) veelal hand in hand lopen met de ontwikkeling van ‘premoderne’ of pre-bureaucratische staten naar ‘moderne’ liberale democratieën op basis van een *rechtsstaat*. Dat is in de kern een historische ontwikkeling naar waarden van goed bestuur, zoals participatie, eerlijkheid, rechtvaardigheid, gelijkheid of openbaarheid,² hoewel het uiteraard in verschillende grondwetten wel voortdurend zoeken blijft en er ook in de tijd en tussen landen vanzelfsprekend genoeg verschillen zijn te bemerken.³

Het is geen grote stap om de grondwet als verzameling (veelal impliciete en abstracte) publieke waarden te beschouwen. De grondwet (en zeker ook de Nederlandse) is immers een van de belangrijkste bouwstenen voor de rechten en plichten van burgers, de struc-

1 Vgl. Hans Engels en Rien Fraanje, *De bestuurlijke organisatie van Nederland: historie, grondslagen, werking en debat*, Mastermonografieën Staats- en Bestuursrecht, Deventer: Kluwer business 2013, p. 63-85; Frits van der Meer, Jos Raadschelders en Toon Kerkhoff, ‘Van nachtwakerstaat naar waarborgstaat: proliferatie en vervlechting van het Nederlandse openbaar bestuur in de lange twintigste eeuw (1880-2005)’, in: Pieter Wagenaar, Toon Kerkhoff en Mark Rutgers (red.), *Duizend jaar openbaar bestuur in Nederland: van patrimoniaal bestuur naar waarborgstaat*, Bussum: Coutinho 2011, p. 229-233.

2 Toon Kerkhoff e.a., *A History of Dutch Corruption and Public Morality (1648-1940)*, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing 2020.

3 Zie voor een vergelijkende geschiedenis Wim Voermans, *Het verhaal van de Grondwet. Zoeken naar wij*, Amsterdam: Prometheus 2019.

tuur van de regering en het bestuur, evenals de verdeling van bevoegdheden tussen verschillende overheidsorganen. Het document biedt ook uniformiteit, regels, stabiliteit en legitimiteit voor de staat. Dat past bij de meest gangbare definitie van publieke waarden, zoals gegeven door Barry Bozeman. Voor Bozeman bieden publieke waarden immers 'die normatieve consensus over (a) de (voor)rechten en voordelen waarop burgers wel en niet recht zouden moeten hebben; (b) de verplichtingen van burgers ten opzichte van de samenleving, de staat en elkaar; en (c) de principes waarop bestuur en beleid moeten worden gebaseerd'.⁴

De Nederlandse Grondwet is dus vooral ook te beschouwen als de *morele basis* van de Nederlandse bestuurlijke organisatie. De waarden die hierin vervat zijn, verdienen nadere explicitering, omdat zij leidend kunnen en zouden moeten zijn voor de legitimiteit en het functioneren van de Rijksoverheid als zodanig en voor het werk en vakmanschap van (individuele) ambtenaren en politici in het bijzonder. Het vinden van publieke waarden in de Grondwet vereist wel wat zoek- en interpreterwerk. Zij worden veelal niet direct geformuleerd, maar zijn eerder 'op de achtergrond' en impliciet aanwezig. Desalniettemin zijn, zoals in het onderstaande wordt besproken, publieke waarden als rechtmatigheid, rechtvaardigheid, gelijkheid of transparantie wel degelijk ingebouwd in verschillende artikelen van de Grondwet. Zij zijn enerzijds te vinden in artikelen ten aanzien van de *formele organisatie van de Rijksoverheid*, zoals beschreven in hoofdstuk 2, 3 en 4 van de Grondwet (dit komt aan bod in par. 11.2 van dit hoofdstuk). Anderzijds zijn zij vervat in de *grondrechten* zoals benoemd in hoofdstuk 1 van de Grondwet (dit komt aan bod in par. 11.3 van dit hoofdstuk). Gezien de beschikbare ruimte wordt alleen op hoofdlijnen aandacht gegeven aan enkele voorname zaken. Dit hoofdstuk is geenszins een uitputtende analyse. Waar mogelijk worden in de beschrijving bovendien de gangbare ijkpunten van grondwetsherziening aangehouden zoals die ook de andere hoofdstukken van deze bundel richting geven. Zoals wij zullen zien, zijn voor de thematiek van dit hoofdstuk echter vooral de Grondwet van 1848, de *Proeve van een nieuwe Grondwet* uit 1966 en de wijzigingen van 1983 relevant. De structuur van de bestuurlijke organisatie van de Rijksoverheid, inclusief haar leidende waarden, zijn namelijk juist op deze momenten neergezet en elders of nadien niet of nauwelijks wezenlijk gewijzigd.

4 'Those [values] providing normative consensus about (a) the rights, benefits, and prerogatives to which citizens should (and should not) be entitled; (b) the obligations of citizens to society, the state, and one another; and (c) the principles on which governments and policies should be based', zie Barry Bozeman, *Public Values and Public Interest. Counterbalancing Economic Individualism*, Washington, DC: Georgetown University Press 2007, p. 13.

11.2 Grondwet, publieke waarden en de interne (re)organisatie van de Rijksoverheid

De hoofdstukken 2, 3 en 4 van de Grondwet gaan over de formele organisatie (zoals de regering of het parlement), maar bieden ook zicht op enkele belangrijke publieke waarden die ten grondslag liggen aan die bestuurlijke organisatie. Veelal zien wij in grondwetsherziening en de waarden die hierbij een rol spelen een beweging naar modernisering en democratisering. Op andere momenten zien wij echter ook onopgeloste normatieve problemen die in de Grondwet (immers een behoorlijk statisch document) haast lijken te zijn ingebakken.

Met betrekking tot de *regering* (Grondwet hoofdstuk 2) werden in de eerste plaats uiteraard voorname wijzigingen doorgevoerd in functie en rol van de koning in 1840 (strafrechtelijke ministeriële verantwoording) en 1848 (politieke ministeriële verantwoording in art. 42).⁵ Wijzigingen in 1983 formaliseerden de symboolfunctie van de koning nog verder door aan artikel 42 expliciet toe te voegen dat de koning *niet* het hoofd van de regering is, maar slechts een lid daarvan. Hoewel informele invloed nog wel degelijk bestond,⁶ werd met dit artikel een definitief einde gemaakt aan diens formele politieke invloed. Als gevolg van een wijziging van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer (RvOTK) in 2010 werd bovendien een einde gemaakt aan de bevoegdheid van de koning om op te treden in de kabinetsformatie. Het inperken van de rol van de vorst ten gunste van parlement en (destijds een deel van de) bevolking gaat over belangrijke (nieuwe en hernieuwde) waarden zoals volkssoevereiniteit, gelijkheid en rechtmatigheid en het beëindigen van (vorstelijk) nepotisme en autocratie.

Andere organen van de regering (en navenante waarden) werden eveneens beïnvloed door de Grondwet en de grondwetsherziening. Dat gold bijvoorbeeld voor de rol van minister-president. In 1922 kwam er een vaste voorzitter voor de ministerraad die in 1937 een ministerie van Algemene Zaken kreeg. Na 1945 werd die voorzitter minister-president genoemd. In de wijzigingen van 1983 werd vervolgens formeel onderscheid gemaakt tussen de minister-president als grondwettelijk voorzitter van de ministerraad.⁷ Het is ook een steeds belangrijker positie geworden, naar *primus inter pares* (eerste onder gelijken) en regeringsleider en dus vertegenwoordiger van de regering in het buitenland. Het toont de inbreng van hiërarchie als waarde in een anderszins horizontaal en collegiaal orgaan. Anderzijds is juist het gebrek aan onderlinge formele hiërarchie

5 Voermans, 'Onze Constitutie', p. 329-329.

6 Voermans, p. 330-331.

7 Van der Meer, Raadschelders en Kerkhoff, 'Van nachtwakerstaat naar waarborgstaat', p. 234.

tussen de overige ministers in de ministerraad een punt van zorg. De Grondwet laat dit namelijk goeddeels open en maakt zo de weg vrij voor politisering ten koste van eenheid van regeringsbeleid. Het zorgt ook voor veel ambtelijk vooroverleg (formeel en informeel) om plooiën glad te strijken en dat leidt niet geheel onterecht weer tot kritiek van achterkamertjespolitiek of ‘regentenmentaliteit’.⁸ Vanzelfsprekend gaat dit ook over waarden, zoals (voornamelijk) openheid/openbaarheid versus geslotenheid van bestuur.

Ministers kregen ook anderszins te maken met een andere bestuurlijke organisatie als gevolg van grondwetsherziening. Van IJsselmuiden vertelt ons bijvoorbeeld dat de interne organisatie van de ministerraad zeker tussen ca. 1820 en 1848 vooral het toneel van strijd was tussen Thorbecke en Koning Willem III, die fundamenteel tegenover elkaar stonden. Die strijd werd uiteraard beslecht in het voordeel van Thorbecke naarmate de koning als gevolg van 1840 en 1848 steeds meer aan de zijlijn kwam te staan.⁹ Deze strijd was, zoals gezegd, onderdeel van de beweging naar een liberale rechtsstaat en is uiteindelijk terug te voeren op een botsing tussen oude en nieuwe of hernieuwde fundamentele publieke waarden. Een bijkomend punt van zorg betreft de suboptimale positie van de staatssecretarissen in de regering. Het blijft vooral een lastig punt dat zij het veld moeten ruimen als de minister vertrekt (en dat dit andersom niet het geval is). Dit lijkt een gevolg van de vroeger sterke persoonlijke verbinding met de minister, die tot 1970 de eigen staatssecretaris kon kiezen. Maar het is wat tegenstrijdig dat de positie van staatssecretaris enerzijds zo afhankelijk is van de minister, maar anderzijds wel volledig en zelfstandig politiek verantwoording verschuldigd is aan het parlement. Ook hier lijkt een fundamentele waardenvraag vooralsnog onopgelost. Van Max Weber leren wij immers onder andere dat een van de grootste stappen naar moderne bureaucratieën het begin van onpersoonlijk bestuur is geweest (oftewel de scheiding van persoon en functie). Het is de vraag of die scheiding volledig intact blijft met het wegsturen op politieke gronden van anderszins goed functionerende staatssecretarissen.

Het is te verwachten dat er ook een duidelijke link zou zijn tussen grondwetsherziening en het opzetten van ministeries met ministers aan het hoofd (zie art. 44 Grondwet). Enerzijds klopt dit. Vooral als gevolg van 1848 – en de ministeriële verantwoordelijkheid in het bijzonder – was er een voortdurend komen en gaan van ministers die tussentijds

8 Voermans, ‘Onze Constitutie’, p. 400-401; Hans Daalder, *Van oude en nieuwe regenten: politiek in Nederland*, Amsterdam: Bakker 1995; Henk te Velde, *Van regentenmentaliteit tot populisme. Politieke tradities in Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker 2010.

9 Pieter van IJsselmuiden, *Binnenlandse Zaken en het ontstaan van de moderne overheidsbureaucratie in Nederland, 1813-1940*, Kampen: Kok 1988, p. 110-111.

vervangen werden. Dat hield pas op vanaf 1905 toen collegiaal bestuur werd ingevoerd in de ministerraad.¹⁰ De functie van ministeries of departementen was vooral sinds 1843 onderwerp van discussie, omdat in dat jaar enkele klassieke departementen ontstonden onder leiding van één minister.¹¹ De discussie werd echter feller naarmate Thorbeckes ministerie van Binnenlandse Zaken één enorm ‘moederdepartement’ werd met allerlei verschillende afdelingen als de centrale spil in de bestuurlijke organisatie van het Rijk. Thorbecke had geen trek in kleinere departementen en weigerde het ministerie op te splitsen. Dat hield hij lang vol, totdat in 1877 als eerste *Waterstaat, Handel en Nijverheid* moest worden opgericht. Het aantal taken om uit te voeren alsmede de complexiteit werd simpelweg te groot.¹²

Het is, daarnaast, evident dat de Grondwet een heikel punt laat zien van een relatief gebrek aan centrale sturing van de ministeries. Bij het langzame en onvermijdelijke uiteenvallen van het grote moederdepartement van Thorbecke is aan die centrale sturing weinig aandacht besteed. Dit ligt vervolgens aan de wortel van het probleem van verkokering, waarbij ministeries naast elkaar werken en soms ook (zelfs) in onderlinge competitie zijn. Het is maar helemaal de vraag of dat probleem goed wordt opgelost door interdepartementale samenwerking en de vorming van de Algemene Bestuursdienst (ABD) voor het hoogste ambtelijke kader.¹³ Topambtelijk personeelsbeleid en roulatie binnen de ABD heeft volgens sommigen immers juist bijgedragen tot tekorten aan deskundig en kritisch personeel in de uitvoering.¹⁴ Ook bij het probleem van verkokering zijn zodoende belangrijke publieke waarden in het geding, zoals transparantie (wie doet eigenlijk wat en waarom?), efficiëntie (is bureaupolitiek wel zo doelmatig?) en effectiviteit (goed beleid lijkt niet gebaat bij verkokering). Dat zijn waardenproblemen die zodoende haast verankerd zitten in de Grondwet of – op zijn minst – door de Grondwet niet kunnen worden opgelost.

Tegelijkertijd is de link tussen grondwetsherziening en de organisatie van ministeries ook weer niet zo sterk als men wellicht zou vermoeden. In weerwil van zijn eigen Grondwet benoemde Thorbecke bijvoorbeeld rijksambtenaren die loyaal waren aan zijn economische politiek van liberalisering en de ‘organieke wetten’ in het bijzonder (zoals de

10 Van IJsselmuiden, *Binnenlandse Zaken*, p. 109-110.

11 Henk Boels, ‘Van statenbond naar eenheidsstaat: de groei van een natie (1795-1880),’ in: Pieter Wagenaar, Toon Kerkhoff en Mark Rutgers (red.), *Duizend Jaar openbaar bestuur in Nederland: van patrimoniaal bestuur naar waarborgstaat*, Bussum: Coutinho 2011, p. 177-178.

12 Van der Meer, Raadschelders en Kerkhoff, ‘Van nachtwakerstaat naar waarborgstaat’, p. 237-240.

13 Voermans, ‘Onze Constitutie’, p. 398-399.

14 Zeger van der Wal, *Ambtelijke helden gezocht. Hoe een nieuwe generatie publieke leiders onze overheid weer uit het slop gaat trekken*, Den Haag: Boom bestuurskunde 2023, p. 13-14.

Gemeentewet, de Provinciale Wet, de Kieswet en de Wet op het recht van enquête).¹⁵ Dat leidde tot specifieke persoonlijke rekrutering van ‘de juiste mensen’ ten behoeve van de interne reorganisatie van Binnenlands Zaken. Voor Thorbecke moest de herziening van 1848 leiden tot een ander personeelsbeleid, omdat het nieuwe systeem nu eenmaal ook nieuwe mensen nodig had. Als gevolg deed hij aan persoonlijke benoemingen in het overheidsapparaat.¹⁶ Het laat een (weliswaar tijdelijke) tegenstrijdigheid zien rondom 1848. Enerzijds was de nieuwe Grondwet gebaseerd op belangrijke (liberale) waarden als gelijkheid, rechtvaardigheid en pluriformiteit. Anderzijds vond Thorbecke persoonlijke politieke ambtelijke benoemingen (i.e. patronage) kennelijk toch een geoorloofd middel.

Een ander voorbeeld van een gebrekkige link tussen grondwetsherziening en de organisatie van ministeries was dat verzelfstandiging van departementen en de langzame uitholling van Binnenlandse Zaken vanaf het eind van de negentiende eeuw uiteindelijk veel meer te maken had met de noodzakelijke uitbreiding van de staatszorg dan met de Grondwet.¹⁷ Bovendien werden de interne bestuurlijke organisatie én haar onderliggende kernwaarden van goed bestuur ook vooral geregeld in andere stukken dan de Grondwet, zoals de Ambtenarenwet (1929) en het daaruit volgende Algemeen Rijksambtenarenreglement (1931).

Grondwetsherziening heeft sinds 1814 uiteraard ook gevolgen gehad voor de instelling, functie en vormgeving van het *Nederlandse parlement* (Grondwet hoofdstuk 3). Ook al is artikel 50 ongewijzigd sinds 1814,¹⁸ sinds 1848 zijn uiteraard verschillende elementen toegevoegd inzake de interne organisatie en het functioneren van de beide Kamers. Het is uiteraard te veel om hier allemaal te bespreken.¹⁹ Het voornaamste hete hangijzer met betrekking tot de parlementaire organisatie van het Rijk is echter zonder meer de Eerste Kamer en dit wordt in of door de Grondwet niet opgelost. Met het einde van de unie tussen Noord en Zuid in 1830/1840 is de Eerste Kamer (in 1815 een wens van de Zuiderlingen) blijven bestaan. Hoewel er wel discussie is geweest over het voortbestaan en de functie van de Eerste Kamer bij het grondwetsontwerp van 1848²⁰ is het destijds niet opgelost. Zodoende is er tot op heden debat over nut, noodzaak én het (on)democratisch functioneren van de Eerste Kamer, ook al heeft de Tweede Kamer formeel het primaat. Sinds 1848 is de Eerste Kamer steeds meer van *chambre de réflexion* geworden

15 Van IJsselmuiden, *Binnenlandse Zaken*, p. 116-118.

16 Van IJsselmuiden, p. 191-193.

17 Van IJsselmuiden, p. 251.

18 Art. 50 stelt: ‘De Staten-Generaal vertegenwoordigen het geheele Nederlansche volk’. Zie Voermans, ‘Onze Constitutie’, p. 414-415.

19 Zie Voermans, ‘Onze Constitutie’, voor een gedetailleerd overzicht.

20 Boels, ‘Van Statenbond Naar Eenheidsstaat’, p. 169.

tot een gepolitiseerd netwerk- en ‘polderinstituut’. De rol van de Eerste Kamer zoals bepaald in de Grondwet is bovendien zelfverkozen. Als haar leden veel meer macht naar zich toe zouden willen trekken, dan kan dat. Het is de vraag of dat een goed idee zou zijn.²¹ Naarmate de Eerste Kamer – vanuit de basis zoals geregeld in de Grondwet – meer te maken krijgt met lobbyen en (de schijn van) belangenverstrengeling, wordt haast automatisch schade toegebracht aan publieke waarden als afstandelijkheid, neutraliteit, rechtmatigheid en representativiteit.²² Ook hier laat de Grondwet dus ruimte voor verbetering.

Bij *Hoge Colleges van Staat* en colleges van advies (Grondwet hoofdstuk 4) gaat het, tot slot, over het domein van advies en controle. Vanzelfsprekend is dit een belangrijk onderdeel van de interne bestuurlijke organisatie van het Rijk. Het gaat dan over de Raad van State, de Algemene Rekenkamer, de Nationale Ombudsman en de vaste colleges van advies. Wat hier vooral opvalt – naast het gegeven dat het niet eenvoudig is om bestaande oude instituties, zoals de Raad van State, een nieuwe invulling te geven²³ – is dat deze hoge colleges dankzij de Grondwet in een wat paradoxale positie verkeren. Enerzijds worden zij immers geacht onafhankelijk en gevraagd en ongevraagd advies te geven. Anderzijds zijn die adviezen in essentie vrijblijvend. Regering of indieners van initiatiefvoorstellen zijn niet verplicht hier iets mee te doen.²⁴ Dat duidt op een spanning tussen waarden, zoals tussen onafhankelijkheid enerzijds en het politieke primaat anderzijds of tussen controle op de macht en loyale volgzzaamheid. Nog een andere omissie lijkt het ontbreken van een grondwettelijke voorziening voor tijdelijke of ad hoc adviescolleges te zijn, zoals staatscommissies. Er wordt door heel veel commissies (intern en extern) geadviseerd aangaande publiek beleid. Hiervoor kan men alleen in algemene zin naar de Kaderwet Adviescolleges kijken, maar dat geeft niet dezelfde mate van autoriteit en legitimiteit als wanneer deze in de Grondwet zouden zijn geregeld.²⁵

11.3 Grondwet, publieke waarden en grondrechten

Volgens Wim Voermans zegt de Grondwet iets over ‘wij’, over gemeenschap, over gedeelde cultuur. Het gaat volgens hem over verheven idealen en principes en wie dat moet doen en

21 Voermans, ‘Onze Constitutie’, p. 416-418.

22 Toon Kerkhoff en Arco Timmermans, ‘De draaideur: van impasse naar uitweg’, *Res Publica* 60(3), 2018.

23 Boels, ‘Van statenbond naar eenheidsstaat’, p. 170-171.

24 Voermans, ‘Onze Constitutie’, p. 506ff.

25 Toon Kerkhoff, ‘Een onderbelicht fenomeen. Over staatscommissies’, in: *Groot onderhoud of kruimelwerk. ongevraagd commentaar op de aanbevelingen van de Staatscommissie Parlementair Stelsel*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 21-37; Toon Kerkhoff en Joshua Martina, ‘Advies aan de Regering: Staatscommissies in Nederland tussen 1814 en 1970’, *Beleid & Maatschappij* 42(2), 2015, p. 79-101.

hoe dat moet gebeuren.²⁶ Dit is enerzijds een plausibele link tussen Grondwet en waarden van goed bestuur. Wij zien die relatie ook vrij direct in aandacht voor democratie of verkiezingen (met bijv. participatie, inspraak of volkssoevereiniteit als kernwaarden), maar ook indirect in het verwerpen van nepotisme, het belang van openbaarheid of het hebben van gedepersonaliseerd bestuur in de vele grondwettelijke bepalingen over de inrichting van de bestuurlijke organisatie. Anderzijds is het probleem echter dat dit alles vaak erg (te) impliciet blijft. De Grondwet heeft het nauwelijks expliciet over hoe publieke functionarissen geacht worden zich te gedragen. Daar zijn – zeker recentelijk – andere documenten voor, zoals de Code Goed Bestuur of het Reglement van ministers.²⁷

En toch heeft zeker hoofdstuk 1 van de Grondwet over de zogenaamde grondrechten wel op zijn minst de potentie om te dienen als morele leidraad voor het werk van ambtenaren en politici binnen de Rijksoverheid. Die grondrechten vertonen niet voor niets sterke gelijkenis met publieke waarden zoals gedefinieerd door Barry Bozeman (zie eerder). De Grondwet heeft met die grondrechten veelal impliciete en indirecte, maar zeker niet minder belangrijke implicaties voor bestuurlijk handelen. Het gaat immers in essentie over de juiste verhoudingen tussen overheid en burgers op basis van kernwaarden en dat zou gevolgen moeten hebben voor handelen, bijvoorbeeld als van politici of ambtenaren wordt verwacht zo transparant, efficiënt of rechtvaardig mogelijk te zijn. Er zijn immers ‘klassieke grondrechten’ (of noem deze publieke waarden...) die de burger beschermen tegen de overheid, zoals vrijheid van meningsuiting of bescherming tegen willekeur door middel van rechtsgelijkheid. Daarnaast zijn er ook ‘sociale grondrechten’ die de overheid verplichten om voor de burger en diens leefomgeving te zorgen.

Deze grondrechten waren eerst verspreid over het hele document, maar werden als gevolg van de *Proeve van een nieuwe Grondwet* van 1966 en formeel in de grondwetsherziening van 1983 samengebracht in één hoofdstuk. Van Leeuwen beschrijft mooi hoe de *Proeve* uiteindelijk niet had doorgepakkt met de grondrechten en dat ook de staatscommissie-Cals/Donner (1967/1971) dit tevergeefs probeerde in het licht van de roep om verdere democratisering van de jaren zestig. Een voorbeeld was uitbreiding van de persvrijheid en meer openbaarheid van overheidsdocumenten ter betere bescherming van de mondige burger.²⁸ Verankering van nieuwe en/of bijgewerkte grondrechten in

26 Voermans, *Het verhaal van de Grondwet*, p. 223.

27 Zie een overzicht van regelingen in Toon Kerkhoff, ‘I-Woord moet niet te snel vallen. Over ambtelijke integriteit’, in: A.W. Heringa en J. Schinkelshoek (red.), *Een beetje integer bestaat niet. Integriteit binnen het openbaar bestuur*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

28 Van Leeuwen, *Uit het spoor van Thorbecke: grondwetsherziening en staatsvernieuwing in naoorlogs Nederland (1945-1983)*, p. 127-131.

één hoofdstuk kwam pas formeel in 1983 als ‘meest zichtbare vernieuwing van 1983’, al was het ook toen kennelijk vooral een compromis ‘dat op sommige punten de oorspronkelijke inzet voorbijstreefde, maar op andere punten weer moest inleveren’.²⁹ Sommige zaken waren wel echt beter geregeld, zoals de rechtsbescherming van de burger in een nieuw artikel 1, maar het was voortdurend balans zoeken tussen partijpolitieke en technisch-juridische overwegingen.³⁰ Ondanks relatief beperkte wijzigingen is het van belang te benadrukken dat beide herzieningen (de *Proeve* en die van 1983) de Grondwet veel meer dan daarvoor wel degelijk beschouwden als *normatief* document.³¹

De grondrechten in hoofdstuk 1 van de Grondwet bevatten in essentie belangrijke publieke waarden voor het goed functioneren van de overheid en goed gedrag van haar functionarissen, zowel intern als extern naar de burger toe.³² Belangrijke waarden die hierin te ontdekken zijn, zijn gelijkheid (vgl. art. 1 en 3), individuele vrijheid (vgl. art. 6 tot en met 9), privacy (art. 10), bestaanszekerheid (art. 20) of volksgezondheid en woon-gelegenheid (art. 22). Grondwet en grondwetsherziening zijn historische producten van maatschappelijke en politiek-bestuurlijke ontwikkelingen. In nieuwe grondwetten zitten in principe steeds nieuwe ideeën en principes vervat waar bestuur op gestoeld zou moeten zijn, dat wil zeggen zowel instituties als moraal. Dat zien wij ook vanaf 1848 met de liberale constitutie als ‘bevrijdingsinstrument voor het heruitvinden van de natie als constitutionele monarchie’³³ met zaken als rechtstreekse verkiezingen van de Tweede Kamer en politieke ministeriële verantwoordelijkheid.

Constituties kunnen zodoende dienstdoen als ‘bindmiddel voor kersverse natiestaten, ze bevorderen het nationale bewustzijn en maken daarmee identiteitsgebonden, sociale mobiliteit mogelijk’.³⁴ De ontwikkeling van de grondrechten in de geschiedenis van de Grondwet laat deze zoektocht naar bindmiddel duidelijk zien. Het is, zo schrijft Van Leeuwen, een geschiedenis van steeds meer individuele vrijheid van de burger en steeds meer nadruk op burgerrechten. Discussies in de jaren zestig en zeventig (zie staatscommissie-Cals/Donner) over democratie en democratisering gingen over grondrechten, deels als gevolg van ‘zorgen over groei van het overheidsingrijpen in het leven van de burger’. Het gevolg was gaandeweg meer controle op overheidsinmenging door parlement en meer invloed van de burger op de politiek, bijvoorbeeld door meer aandacht te

29 Van Leeuwen, p. 132 en 150-157.

30 Van Leeuwen, p. 168.

31 Van Leeuwen, p. 92.

32 Voor een beschouwing van publieke waarden, zie Mark Rutgers, *Het pantheon van de publieke waarden*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

33 Voermans, *Het verhaal van de Grondwet*, p. 177.

34 Voermans, p. 181.

hebben voor openbaarheid van bestuur.³⁵ In toenemende mate was de vrijheidssfeer van de individuele mens van belang, waar de overheid dus niet in mocht treden³⁶ en waar dit wel gebeurde, moest de positie van de burger worden versterkt. Vanzelfsprekend gaat het hier dus (wederom) over belangrijke publieke waarden.

Een van de grote problemen met betrekking tot de Grondwet in het algemeen en grondrechten en publieke waarden in het bijzonder is echter hun kennelijk beperkte beleving onder burgers. Nederlanders kennen hun Grondwet slecht.³⁷ Het blijkt voor veel mensen lastig om uit taaie en abstracte tekst concrete waarden en handelingswijzen te halen. Een mogelijk nog groter probleem is bovendien dat internalisering van de Grondwet en haar fundamentele waarden en grondrechten ook onder politici en ambtenaren wel lijkt te ontbreken. Dat zien wij bijvoorbeeld in de meest recente geschiedenis met schandalen en – op zijn zachtst gezegd – matig beleid. Los van inherent lastige politieke besluiten, worden grondrechten zoals benoemd in de Grondwet immers niet zelden met voeten getreden. Denk bijvoorbeeld aan ongelijkheid en discriminatie in de behandeling van groepen burgers (bijv. Toeslagenaffaire, gebrekkige compensatie in Gronings gasdossier, enz.), gebrekkige bescherming van het milieu als basiswaarde (bijv. Stikstofdossier) en ondermaatse voorzieningen in de gezondheidszorg (bijv. problemen in de Geestelijke Gezondheidszorg en de jeugdzorg), om maar enkele zaken te noemen. Dat zijn natuurlijk lastige dossiers met tal van oorzaken, maar het wijst zeker ook op beperkte verinnerlijking van de Grondwet en de hierin (kennelijk te impliciet) vervatte rechten en publieke waarden bij ambtenaren en politici in de bestuurlijke organisatie.

11.4 Concluderende opmerkingen: de Grondwet als gedeelde publieke moraliteit?

Grondwet en grondwetsherziening hebben ontegenzeggelijk directe impact gehad op de interne bestuurlijke organisatie van het rijksniveau én haar onderliggende publieke waarden. In dit hoofdstuk is dit belicht door op hoofdlijnen te kijken naar interne bestuurlijke (re)organisatie enerzijds (Grondwet hoofdstuk 2, 3 en 4) en de grondrechten anderzijds (Grondwet hoofdstuk 1). Over beide zaken zijn enkele concluderende opmerkingen te maken.

Met betrekking tot het eerste moet geconstateerd worden dat veel zaken niet in de Grondwet maar in aanvullende wetten en regelingen staan, zoals het Reglement van

35 Van Leeuwen, *Uit het spoor van Thorbecke*, p. 175-176.

36 Van Leeuwen, p. 127.

37 Voermans, *Het verhaal van de Grondwet*, p. 367.

ministers, de Ambtenarenwet of de Kaderwet Adviescolleges. De Grondwet is voor de interne organisatie, zo bezien, echt een document op hoofdlijnen. Bovendien lijkt zij soms zelfs juist een belemmering te zijn om de interne organisatie fundamenteel te wijzigen, met alle vervelende gevolgen van dien, zoals verkokering, een suboptimale positie van de staatssecretaris of voortdurende discussies over de rol van de Eerste Kamer en het Koninklijk Huis. Fraanje en Engels wijzen er dan ook op dat het aanbrengen van veranderingen in de organisatie van het Rijk altijd lastig was (en is) als gevolg van een moeilijk te veranderen Grondwet. Enerzijds is het goed dat wijziging van de Grondwet (zie Grondwet hoofdstuk 8) niet al te makkelijk kan.³⁸ Anderzijds staat dat echter soms fundamentele hervorming kennelijk in de weg. De vermeende onhoudbaarheid van de verzorgingsstaat leidde vanaf de jaren tachtig bijvoorbeeld weliswaar tot pogingen tot hervorming en reorganisatie van de Rijksdienst,³⁹ maar dat had deels vanwege een rigide Grondwet weinig succes.⁴⁰ Van Leeuwen voert in deze treffend de Groningse hoogleraar s'Jacob op, die de Grondwet ooit als 'brandkast' omschreef, waarin politieke afspraken waren opgeborgen die niet te makkelijk er weer uit konden worden gehaald.⁴¹ De geschiedenis van grondwetswijziging lijkt er dan ook vooral een te zijn van gefaalde plannen tot fundamentele hervormingen en in plaats daarvan het omzeilen van de Grondwet door zaken op andere plekken te regelen. Het is een *rigid constitution*, waar herziening niet eenvoudig is als gevolg van een centrale spanning tussen stabiliteit en continuïteit enerzijds en flexibiliteit en differentiatie anderzijds.⁴² De Nederlandse Grondwet is niet erg toegankelijk en is ook geen levend document vanwege gebrek aan rechterlijke toetsing aan de Grondwet.⁴³ De heikele punten met betrekking tot de bestuurlijke organisatie die hierboven zijn aangehaald, zoals de positie van de Eerste Kamer of ministeriële verkokering, moeten dan ook vooral in dit licht worden bezien.

Met betrekking tot het tweede kan geconcludeerd worden dat de Grondwet (en het hoofdstuk over de grondrechten in het bijzonder) weliswaar de vindplaats is van enkele fundamentele waarden van goed bestuur, maar dat dit veelal te impliciet gebeurt. Dat kan een van de redenen zijn voor de kennelijk gebrekkige constitutionele verbeelding, verinnerlijking en beleving van de Grondwet, waar mensen als Voermans op wijzen.

38 Engels en Fraanje, *De bestuurlijke organisatie*, p. 40.

39 Vooral het aantreden van het eerste kabinet-Lubbers (1982-1986) betekende een kantelpunt in de discussie over het functioneren van de Rijksdienst. De overtuiging dat het sturend vermogen van de overheid versterkt moest worden, werd losgelaten. In plaats daarvan kwam de nadruk te liggen op flexibilisering, afslanking, kostenbesparing en dus marktwerking.

40 Engels en Fraanje, p. 33-35 en 40.

41 Karin van Leeuwen, *Uit Het Spoor van Thorbecke: Grondwetsherziening En Staatsvernieuwing in Naoorlogs Nederland (1945-1983)*, p. 55-56.

42 Voermans, 'Onze Constitutie', p. 741-742.

43 Voermans, *Het verhaal van de Grondwet*, p. 367.

Het geringe gebruik en de geringe kennis van de Grondwet, alsmede het nauwelijks expliciet opnemen van publieke waarden wijst bovendien niet op de Grondwet als element van gedeelde cultuur. Tegelijkertijd heeft de Grondwet echter wel potentie om veel meer een uitdrukking te zijn van een gemeenschappelijke identiteit. Een betere verinnerlijking van en identificatie met de Grondwet is hard nodig voor een geaccepteerd, legitiem en effectief rechts- en bestuursstelsel.⁴⁴

Impliciete internalisering is niet voldoende; explicitering en concretisering is het devies. In de Grondwet zelf zal dat niet of heel langzaam gaan, maar mogelijk wel als een bijlage door middel van degelijke exegese. Aan de Grondwet en haar waarden zou meer expliciet en meer concreet aandacht kunnen en moeten worden gegeven, te beginnen op de middelbare school en daarna totdat en gedurende de tijd dat mensen in het openbaar bestuur werken in de vorm van nadere training.⁴⁵ De Grondwet moet continu actief en expliciet worden overdragen naar huidige en volgende generaties om op die manier in ieder geval deels crises en fundamentele schendingen van grondrechten in te perken. Zo kan de Grondwet beter voldoen aan de eis om als moreel bindmiddel te dienen voor openbaar bestuur en maatschappij. Verinnerlijking van de Grondwet en haar publieke waarden moet daarnaast ook vooral gebeuren doordat publieke functionarissen met kennis van die waarden het goede voorbeeld geven in het maken, uitvoeren en evalueren en verbeteren van beleid. En dat is nu juist iets wat in verschillende dossiers in recente jaren (zoals Stikstof of Jeugdzorg, zie eerder) niet of te weinig gebeurd lijkt te zijn.

⁴⁴ Voermans, p. 327.

⁴⁵ Vgl. over training en opleiding van publieke functionarissen Toon Kerkhoff en Denis Moschopoulos (red.), *The Education and Training of Public Servants. Histories of Systems and Practices from the Nineteenth Century to the Present*, Palgrave Macmillan 2023.

**V INTERNATIONALISERING/
EUROPEANISERING**

12

De Grondwet tussen Nederland en Europa

Joost Sillen en Maarten Stremmer

12.1 Inleiding

De Nederlandse Grondwet staat bekend om haar openheid richting ‘de wereld’, en terecht. Sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw bevat onze Grondwet een aantal bepalingen die de Nederlandse rechtsorde uitdrukkelijk openstellen voor de internationale rechtsorde. Het proces van internationalisering en europeanisering, waardoor nationaal en ander, niet-nationaal recht met elkaar vervlochten raken, is sindsdien alleen maar toegenomen. Zo is onze mensenrechtenbescherming inmiddels grotendeels gebaseerd op het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en op tal van beleidsterreinen zijn de voornaamste regels in ons land inmiddels afkomstig van de Europese Unie (EU).

In deze bijdrage beschrijven we hoe de Grondwet deze internationalisering en europeanisering mogelijk heeft gemaakt (par. 12.2), hoe dit proces zich vervolgens gedeeltelijk buiten de Grondwet om heeft voltrokken (par. 12.3) en heeft geleid tot pleidooien voor het versterken van onze ‘eigen’ Grondwet (par. 12.4). Wij sluiten af met enkele opmerkingen over de functie van de Grondwet: dient ze verdergaande internationalisering, en in het bijzonder europeanisering, te faciliteren of juist te normeren of zelfs af te remmen (par.12. 5)?

12.2 De grondwetsherzieningen van 1953 en 1956

12.2.1 Voorafgaand

De Grondwet van 1814 rekende tot ‘de macht des Konings’ onder meer ‘het opperbestuur over de koloniën’, de bevoegdheid om oorlog en vrede te verklaren en het ‘bestuur der buitenlandsche betrekkingen’, waaronder de bevoegdheid om verdragen te sluiten en te bekrachtigen.¹ In de loop van de negentiende eeuw gingen deze bevoegdheden feitelijk over op de regering, met name door de invoering van het contraseign in 1840 en de politieke ministeriële verantwoordelijkheid in 1848. Tegelijk verwierf het parlement stapsgewijs een sterkere positie ten opzichte van de regering, mede dankzij het ontstaan van

¹ Art. 36, 37 en 38 Grondwet 1814.

de vertrouwensregel. De Grondwet erkende deze nieuwe rol van het parlement door voor steeds meer soorten verdragen parlementaire goedkeuring te eisen.²

Kort na de Eerste Wereldoorlog sloot Nederland zich aan bij de net opgerichte Volkenbond, een organisatie ter bevordering van de internationale samenwerking en ter verzekering van vrede en veiligheid onder de volken. De ‘Volkenbondsgesest’ beïnvloedde de grondwetswijziging van 1922.³ Het artikel dat de Koning – als personificatie van de regering – de bevoegdheid gaf om oorlog te verklaren, werd voortaan geopend met de zin: ‘De Koning tracht geschillen met vreemde Mogendheden op te lossen door rechtspraak en andere vreedzame middelen.’⁴ Naast deze inhoudelijke beperking van de bevoegdheid om oorlog te verklaren – vreedzame geschilbeslechting had immers voorrang – gold voortaan ook een procedurele beperking: volgens de Grondwet kon de Koning het land slechts in oorlog verklaren als hij daarvoor de toestemming van de Staten-Generaal had verkregen.⁵

12.2.2 De grondwetsherziening van 1953

Ook de herziening van de Grondwet in 1953 volgde na een ingrijpende verandering van de internationale verhoudingen.⁶ De Tweede Wereldoorlog en de onafhankelijkheid van Indonesië noopten tot een herbezinning op de plaats van ons land in de wereld. Nederland was in 1945 medeoprichter van de Verenigde Naties (VN), in 1949 van de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie (NAVO) en de Raad van Europa en in 1951 van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS), de voorloper van de EU.

De herziening voegde aan de bepaling dat de Koning het opperbestuur der buitenlandse betrekkingen heeft, toe: ‘Hij bevordert de ontwikkeling der internationale rechtsorde.’⁷ Daarmee werd tot uitdrukking gebracht dat de regering (‘de Koning’) niet alleen

2 Vgl. art. 57 Grondwet 1848, art. 59 Grondwet 1887 en art. 58 Grondwet 1922.

3 Zie ook F.J.A. Huart, *Grondwetsherziening 1917 en 1922*, Arnhem: Gouda Quint 1925, p. 44-72.

4 Art. 57 Grondwet 1922.

5 Idem. Daarvoor hoefden de Staten-Generaal daarover slechts te worden geïnformeerd, zie art. 58 Grondwet 1887.

6 Zie ook F.J.F.M. Duynstee, *Grondwetsherziening 1953: De nieuwe bepalingen omtrent de buitenlandse betrekkingen in de Grondwet*, Deventer: Kluwer 1954. De herziening was inhoudelijk voorbereid door een ministeriële commissie en een staatscommissie; zie Commissie-Van Eysinga, ‘Eindrapport van de commissie nopens de samenwerking tussen regering en Staten-Generaal inzake het buitenlands beleid’, 9 juli 1951, beschikbaar op https://resources.huygens.knaw.nl/watermarker/pdf/cc/scans/1950a.cie_van_eyzinga/verslag/plenair/data/1951-07-09/1951-07-09.pdf en Commissie-Van Schaik, ‘Interimrapport van de Staatscommissie tot herziening van de Grondwet’, 11 juli 1951, beschikbaar op https://resources.huygens.knaw.nl/watermarker/pdf/cc/scans/1950a.cie_van_schaik/verslag/plenair/data/1951-07-11/1951-07-11.pdf.

7 Art. 58 Grondwet 1953.

geen aanvalsoorlog mocht beginnen en internationale geschillen vreedzaam diende te beslechten, maar meer algemeen ‘van ganser harte’ bereid moest zijn om de internationale rechtsorde ‘in volle omvang zoveel mogelijk te bevorderen’.⁸

Daarnaast was goedkeuring door de Staten-Generaal voortaan niet alleen vereist voor formele ‘verdragen’, maar in beginsel voor alle internationale ‘overeenkomsten’ (een ruimere categorie), met enkele uitzonderingen.⁹ Bovendien werd de mogelijkheid van stilzwijgende goedkeuring van dergelijke overeenkomsten geïntroduceerd (naast de uitdrukkelijke goedkeuring door middel van een wet).¹⁰ De nieuwe regeling beoogde een evenwicht te scheppen tussen enerzijds ‘een zo groot mogelijke medezeggenschap van de volksvertegenwoordiging’ en anderzijds ‘de eisen van de praktijk’, die vroegen om ‘een snel en efficiënt optreden van Nederland in de internationale samenleving’.¹¹

De meeste discussie had de vraag opgeleverd, wat de juridische gevolgen in de Nederlandse rechtsorde zouden moeten zijn van internationale overeenkomsten.¹² De gewijzigde Grondwet bepaalde dat dergelijke overeenkomsten ‘een ieder verbinden’, op voorwaarde dat ze zijn bekendgemaakt.¹³ Daarmee verwierp de grondwetsherziener de ‘dualistische’ opvatting dat internationale overeenkomsten pas gelden binnen de nationale rechtsorde na omzetting middels een wet; dergelijke overeenkomsten gelden daarentegen *als zodanig* in de nationale rechtsorde (‘monisme’).¹⁴ Daarnaast bepaalde de gewijzigde Grondwet dat wettelijke voorschriften – waaronder ook de Grondwet – buiten toepassing gelaten moeten worden, indien hun toepassing in strijd zou zijn met internationale overeenkomsten.¹⁵ De regering had opname van deze voorrangregel aanvankelijk afgeraden, omdat volgens haar het vraagstuk in hoeverre bij latere wet kon worden afgeweken van een eerdere internationale overeenkomst ‘nog niet rijp [was] voor een uitspraak door de grondwetgever’.¹⁶ De Tweede Kamer was verdeeld; voorstan-

8 *Kamerstukken II 1951/52*, 2374, nr. 3 (memorie van toelichting, hierna MvT 1953), p. 3. De bepaling over vreedzame geschilbeslechting uit art. 57 Grondwet 1922 kwam hiermee te vervallen.

9 Art. 60 en 62 Grondwet 1953.

10 Goedkeuring werd geacht te zijn verleend als niet binnen dertig dagen na kennisgeving van de overeenkomst aan de Staten-Generaal door één van beide Kamers, of door een vijfde van het aantal leden van een Kamer, de wens tot uitdrukkelijke goedkeuring werd uitgesproken. Zie art. 1 Grondwet 1953.

11 MvT 1953, p. 2.

12 Zie Duynstee (voetnoot 6), bij art. 65 en 66, tweede zin.

13 Art. 66 Grondwet 1953.

14 Dit monistische standpunt vond steun in bepaalde jurisprudentie, zie met name Hoge Raad 29 november 1920, ECLI:NL:HR:1920:2422 (*Grenstractaat Aken*).

15 Art. 65 Grondwet 1953.

16 MvT 1953, p. 3. De commissie-Van Eysinga en commissie-Van Schaik (zie voetnoot 6) waren voorstander van de voorrangregel, maar hadden dit standpunt slechts summier onderbouwd. Zie ook Karin van Leeuwen, ‘On Democratic Concerns and Legal Traditions: The Dutch 1953 and 1956 Constitutional Reforms “Towards” Europe’, *Contemporary European History* 2012, p. 357-374.

ders van de voorrangsregel wezen onder meer op het belang van internationale rechtszekerheid, tegenstanders stelden dat het oordeel over de verenigbaarheid van wetgeving met internationale overeenkomsten aan de wetgever toekwam en niet aan de rechter. De voorrangsregel werd toegevoegd aan het voorstel tot grondwetswijziging door een amendement van het Kamerlid Serrarens, dat met een kleine meerderheid werd aangenomen.¹⁷

Vervolgens sprak de Grondwet nu ook uit, dat overheidsbevoegdheden konden worden opgedragen aan volkenrechtelijke organisaties.¹⁸ Deze mogelijkheid lag reeds besloten in de bevoegdheid om verdragen te sluiten, zodat de nieuwe bepaling strikt genomen onnodig was. Toch achtte de regering een expliciete grondwettelijke basis wenselijk, ‘teneinde het nodige reliëf te geven’ aan internationale rechtsvormen waarvan, ‘gezien het toenemende streven naar internationale bindingen en integratie’, viel te voorzien dat ze in de toekomst ‘veelvuldig toepassing’ zouden vinden.¹⁹ De regering accepteerde in dit verband nadrukkelijk de komst van supranationale organisaties, zoals de EGKS, ‘die diep in de nationale sfeer ingrijpende bevoegdheden zullen verkrijgen.’²⁰

De beoogde oprichting van een Europees leger in het kader van de Europese Defensiegemeenschap (EDG) riep de vraag op of de nieuwe bepaling ook de bevoegdheid omvatte om bij overeenkomst af te wijken van grondwettelijke voorschriften.²¹ In reactie hierop breidde de regering het voorstel tot grondwetswijziging uit met een artikel dat bepaalde dat ‘in het belang van de internationale rechtsorde’, bij internationale overeenkomst kan worden afgeweken van de Grondwet, op voorwaarde dat de Staten-Generaal deze overeenkomst heeft goedgekeurd bij wet met een tweederdemeerderheid van de uitgebrachte stemmen.²² Aanpassing van de Grondwet zou volgens de regering in dergelijke gevallen ‘uit praktisch oogpunt ontoelaatbaar’ zijn.²³ De Tweede Kamer vond het inhoudelijke criterium te algemeen en maakte hier de eis van dat de ontwikkeling van de internationale rechtsorde grondwetsafwijking vordert.²⁴ Om duidelijk te maken dat alleen de wetgever mag nagaan of een overeenkomst afwijkt van de Grondwet, en om te

17 *Kamerstukken II 1951/52*, 2374, nr. 17 en 32.

18 Art. 67 Grondwet 1953.

19 MvT 1953, p. 8.

20 *Idem*.

21 *Kamerstukken II 1951/52*, 2374, nr. 7 (nota van wijzigingen, hierna NvW 1953), p. 1. Met name het ter beschikking stellen van troepen aan een niet-Nederlandse krijgsmacht zou wringen met bepaalde bepalingen uit de Grondwet; zie *Kamerstukken II 1952/53*, 2911, nr. 8 (memorie van antwoord), p. 3-4.

22 Zie NvW 1953, p. 1 en art. 63 Grondwet 1953.

23 NvW 1953, p. 1.

24 *Kamerstukken II 1951/52*, 2374, nr. 33 (amendement Bruins Slot c.s.). Voor de definitieve bepaling, zie art. 63 Grondwet 1953.

voorkomen dat de rechter internationale overeenkomsten buiten toepassing zou laten vanwege vermeende strijd met de Grondwet, werd er tevens een artikel toegevoegd dat bepaalt dat de rechter niet treedt 'in beoordeling van de grondwettigheid van overeenkomsten'.²⁵

12.2.3 *De grondwetsherziening van 1956*

De herziening van de Grondwet in 1956 was 'technisch' van aard en ingegeven door de wens om een aantal gebreken te herstellen van de grondwetsherziening van drie jaar eerder, mede gelet op de parlementaire discussie destijds in tweede lezing en ervaringen uit de praktijk.²⁶ Naast redactionele wijzigingen leverde dit vooral een aanscherping op van de bepalingen over de verbindendheid en voorrang van internationale overeenkomsten. De bepalingen uit 1953 kenden deze eigenschappen toe aan alle 'overeenkomsten'; de herziening van 1956 beperkte dit tot bepalingen van overeenkomsten die 'self-executing' zijn, dat wil zeggen bepalingen die geen nadere uitwerking door de wetgever of het bestuur behoeven.²⁷ Alleen die bepalingen zijn eenieder verbindend en kunnen dus door de rechter worden toegepast, en hebben voorrang op daarmee strijdig nationaal recht.²⁸ De regering beoogde met deze wijziging duidelijk te maken dat de rechter niet de 'oneigenlijke taak' zou hebben om zelf – met voorbijgaan van de wetgever – onuitgewerkte internationale verplichtingen 'ter hand te nemen'.²⁹

12.3 **De ontwikkelingen na 1956**

12.3.1 *Het EVRM en andere mensenrechtenverdragen*

Na de Tweede Wereldoorlog werd de Nederlandse rechtsorde aldus uitdrukkelijk opengesteld voor het verdragsrecht. Het was de bloeiperiode van het internationale recht. De gedachte won veld dat blijvende vrede op het Europese continent alleen door nauwe internationale samenwerking kon worden verzekerd.

25 Art. 60, derde zin, Grondwet 1953.

26 *Kamerstukken II 1955/56*, 4133, nr. 3 (memorie van toelichting, hierna MvT 1956), p. 3. De herziening was inhoudelijk voorbereid door een ministeriële commissie, zie Commissie-Kranenburg, 'Rapport van de Commissie van Advies inzake nadere Grondwetswijziging betreffende de Buitenlandse Betrekkingen', 18 april 1955, beschikbaar op <https://resources.huygens.knaw.nl/watermarker/pdf/cc/scans/1954.cie-kranenburg/verslag/plenair/data/1955-04-18/1955-04-18.pdf>.

27 MvT 1956, p. 5.

28 Art. 65 en 66 Grondwet 1956. Het eerstgenoemde artikel bepaalt dat 'bepalingen van overeenkomsten, welke naar [hun] inhoud een ieder kunnen verbinden', daadwerkelijk 'verbindende kracht hebben' nadat deze overeenkomsten zijn bekendgemaakt; in dat geval is sprake van 'een ieder verbindende bepalingen van overeenkomsten' (waarover het laatstgenoemde artikel spreekt).

29 Idem.

Een mijlpaal in deze ontwikkeling was de totstandkoming van het EVRM, dat voor Nederland in 1954 in werking trad. De regering vermoedde dat het verdrag in de rechtspraak geen belangrijke rol zou gaan spelen, omdat een beschaafd land als het onze nu eenmaal geen mensenrechten schendt.³⁰ In de rechtspraak werd die verwachting bewaarheid.³¹ Tot eind jaren zeventig kwam het zelden voor dat de Nederlandse rechter een schending van het EVRM aannam.³² Pas in de jaren tachtig, toen de maatschappelijke aandacht voor mensenrechten toenam en de rechter indringender aan het EVRM ging toetsen,³³ kwam daarin verandering.³⁴ Deze veranderende houding ging hand in hand met een veranderende opstelling van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), het internationale gerechtshof dat het EVRM op bindende wijze uitlegt. Het Hof oordeelde dat het verdrag ‘a living instrument’ is dat moet worden uitgelegd in het licht van ‘present-day conditions’.³⁵ Allengs groeide het EVRM uit tot de belangrijkste juridische waarborg voor de grondrechtenbescherming in Nederland. Het verdrag was bijvoorbeeld de motor achter het verdwijnen van het onderscheid tussen kinderen die binnen en buiten het huwelijk werden geboren,³⁶ de afschaffing van het Kroonberoep bij bestuursrechtelijke geschillen³⁷ en bood belangrijke waarborgen bij straffend bestuur, een fenomeen dat in de jaren tachtig opkwam.³⁸

In dezelfde periode nam het aantal mensenrechtenverdragen waarbij Nederland partij is, snel toe. Nederland ging bovendien andersoortige verdragen aan. In plaats van verdragen die de burger een aanspraak geven op overheidsonthouding (klassieke grondrechten), verbond Nederland zich ook aan verdragen die de overheid tot handelen

30 Zie Y.S. Klerk en L. van Poelgeest, ‘Ratificatie à contre-coeur: de reserves van de Nederlandse regering jegens het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het individueel klachtrecht’, *RM Themis* 1991, p. 220-246.

31 B.E.P. Myjer, *Bij een vijftigste verjaardag. Aantekeningen over het ‘Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’ en de Nederlandse strafrechtspleging* (oratie, Amsterdam VU), Nijmegen: WLP 2001, geeft enkele smakelijke anekdotes over het beperkte belang dat het EVRM in die tijd in de rechtspraak had.

32 Zie P. van Dijk, ‘De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens’, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 183-184.

33 Een bekend voorbeeld van een zeer terughoudende toetsing aan het EVRM is Hoge Raad 9 januari 1962, ECLI:NL:HR:1962:22 (*Processieverbod Geertruidenberg*).

34 Zie E.A. Alkema, ‘De betekenis van het EVRM voor de Nederlandse constitutie’, in: *40 jaar Europese Conventie voor de Rechten van de Mens* (Staatsrechtconferentie 1990), Leiden: Stichting NJCM-boekerij 1990, p. 10-11.

35 EHRM 25 april 1978, ECLI:CE:ECHR:1978:0425JUD000585672 (*Tyrrer/VK*), par. 31.

36 EHRM 13 juni 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374 (*Marckx/België*). Het arrest leidde o.m. tot de Wet van 27 oktober 1982, *Stb.* 608.

37 EHRM 23 oktober 1985, ECLI:CE:ECHR:1985:1023JUD000884880 (*Bentham/Nederland*). Het arrest leidde tot de Tijdelijke wet Kroongeschillen, *Stb.* 1987, 317.

38 EHRM 21 februari 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:1023JUD000854479 (*Öztürk/Turkije*). Zie ook J.J.J. Sillen, ‘Straffend bestuur, de rechter en de Grondwet’, *RM Themis* 2014, p. 26-38.

verplichten (sociale grondrechten).³⁹ Een mijlpaal op dit gebied was de ratificatie van het Europees Sociaal Handvest in 1980, dat reeds in de jaren zestig was ondertekend.⁴⁰ Nog steeds vindt het stakingsrecht in Nederland zijn grondslag in dit verdrag. Veel sociale grondrechtenverdragen leidden echter een sluimerend bestaan, omdat de rechter de daarin opgenomen bepalingen doorgaans niet ‘eenieder verbindend’ achtte, zodat hij eraan geen toepassing kon geven.⁴¹ In 2014 kwam daarin voorzichtig verandering. De Hoge Raad bepaalde toen dat ook verdragsbepalingen die, eenvoudig gezegd, de overheid verplichten een bepaald doel te bereiken, onder omstandigheden door de rechter kunnen worden toegepast.⁴² Daardoor namen de mogelijkheden toe om overheids-handelen én -nalaten door de rechter te laten beoordelen.

De Nederlandse rechter gaat overigens terughoudend te werk bij de toetsing van nationale wet- en regelgeving aan verdragen, en houdt daarbij rekening met zijn rol ten opzichte van de andere staatsmachten.⁴³ Pas als verdragsconforme uitleg niet mogelijk is, zal hij de nationale regel buiten toepassing laten, en slechts in uitzonderlijke gevallen zal hij zelf in het rechtstekort voorzien.⁴⁴ Helemaal uitzonderlijk is dat hij wetgeving vanwege strijd met verdragsrecht onverbindend verklaart.⁴⁵

12.3.2 De EU

De openstelling van de nationale rechtsorde voor internationaal recht in de jaren vijftig van de vorige eeuw was mede ingegeven door de wens om Europese integratie mogelijk te maken, onder meer in het kader van de net opgerichte EGKS.⁴⁶ De vanzelfsprekende gedachte hierbij was dat de doorwerking van het gemeenschapsrecht werd geregeld door de Grondwet. Het Hof van Justitie besliste in 1963 dat de nieuwe rechtsorde die het gemeenschapsrecht vormt deel uitmaakt van de rechtsorde van de lidstaten (‘interne werking’ heeft ofwel ‘monisme’) en dat particulieren zich bij de rechter direct kunnen beroepen op het gemeenschapsrecht voor zover bepalingen ‘duidelijk en onvoorwaardelijk’ zijn (de zogeheten ‘rechtstreekse/directe werking’).⁴⁷ Een jaar later volgde het leer-

39 Deze grondrechten worden in 1983 ook voor het eerst in de Grondwet opgenomen.

40 *Trb.* 1962, 3, *Trb.* 1963, 90. Goedkeuring (veel later, met name vanwege art. 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest) bij Rijkswet van 2 november 1978, *Stb.* 639. Ratificatie: *Trb.* 1980, 65.

41 Hoge Raad 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*Spoorwegstaking*).

42 Hoge Raad 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Rookverbod*).

43 Zie A.W. Heringa e.a., *Staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 486-493.

44 Zie voor dat laatste bijv. Centrale Raad van Beroep 7 december 1988, ECLI:NL:CRVB:1988:AN0183 (*Weduwnaarpensioen*).

45 Zie bijv. Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (*SyRI*).

46 Zie ook Van Leeuwen (voetnoot 16).

47 Hof van Justitie 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend en Loos*). Beide leerstukken waren geïnspireerd op de Nederlandse regeling van de doorwerking van internationaal recht. Zie Van Leeuwen (voetnoot 16).

stuk van de voorrang van het gemeenschapsrecht.⁴⁸ De claim van het Hof dat het recht van – inmiddels – de EU vanuit zichzelf doorwerkt en niet krachtens de Grondwet, heeft in ons land – anders dan in veel andere lidstaten – geen weerstand ondervonden.⁴⁹ Dat is ook niet verwonderlijk, omdat ‘onder de streep’ doorwerking krachtens de Grondwet tot dezelfde resultaten zou hebben geleid. Als gevolg hiervan is de Grondwet weliswaar van toepassing bij de totstandkoming van EU-verdragen (al stelt ze daaraan geen inhoudelijke eisen), maar niet bij de doorwerking van die verdragen en van al het recht dat daarop is gebaseerd.⁵⁰ Leerstukken over nationale constitutionele identiteit en grondwettelijke grenzen aan Europese integratie zijn in ons land nooit ontwikkeld.⁵¹

Inmiddels is de EU niet alleen uitgebreid tot 27 landen, op basis van de achtereenvolgende verdragswijzigingen is de samenwerking tussen de lidstaten in de loop van de jaren ook sterk verbreed en verdiept. Van een supranationale organisatie gericht op het tot stand brengen van een gemeenschappelijke markt is de EU uitgegroeid tot een ‘een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen’,⁵² waarbij de EU-wetgever actief is op haast alle mogelijke beleidsterreinen.⁵³ Veel Nederlandse wet- en regelgeving is inhoudelijk bepaald door EU-recht. Daardoor is de juridische speelruimte van Nederlandse ambten aanzienlijk beperkt. Tegelijk hebben veel van deze ambten, waaronder ministers, de rechter, het parlement en toezichthouders, in toenemende mate EU-bevoegdheden.⁵⁴ Tegenover een verkleining van hun nationale bevoegdheden staat dus een uitbreiding van hun rol en inbreng binnen de EU.

48 Hof van Justitie 15 juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*).

49 Voor een bespreking van de literatuur en jurisprudentie, zie Michiel Duchateau, ‘Doorwerking van Europees recht en de plaats van de Nederlandse Grondwet’, in: Sascha Hardt e.a. (red.), *Bevrijdende & begrenzende soevereiniteit*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 125-145.

50 Zie met name Hoge Raad 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1797 (*Rusttijden*), r.o. 3.6. De verzwaarde procedure bij goedkeuring van verdragen die afwijken van de Grondwet (thans art. 91 lid 3 Grondwet) is, afgezien van het EDG-verdrag, overigens nooit toegepast ten aanzien van EU-verdragen.

51 Zie Monica Claes en Maarten Stremmer, ‘The Netherlands: A Political Commitment to Europe in a Pragmatic Constitutional Culture’, in: Alberto Nicòtina e.a. (red.), *EU Law and National Constitutions: The Constitutional Dynamics of Multi-Level Governance*, Abingdon: Routledge (te verschijnen in 2024).

52 Art. 3 lid 2 Verdrag betreffende de Europese Unie.

53 Voor de verdragsrechtelijke bevoegdheidsverdeling, zie art. 2-6 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

54 Zie Aalt Willem Heringa, *Europees Nederlands staatsrecht. Het Nederlandse staatsrecht beïnvloed door internationaal en Europees recht*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

12.4 Gevolgen voor het Nederlandse staatsrecht

12.4.1 De Nederlandse constitutie

Beide hiervoor geschetste ontwikkelingen – de toegenomen rol en invloed van zowel mensenrechtenverdragen als de EU – hebben ertoe geleid dat het Nederlandse constitutionele recht thans veel meer omvat dan de Grondwet, het Statuut, organieke wetten en enkele door de rechter of door regering en parlement erkende ongeschreven regels. In toenemende mate bestaat de Nederlandse constitutie uit normen die niet van Nederlandse herkomst zijn, maar die hun grondslag vinden in verdragen, die weliswaar zijn goedgekeurd door de Nederlandse wetgever, maar daarna een eigen leven zijn gaan leiden, onder meer als gevolg van beslissingen van ambten die krachtens die verdragen zijn ingesteld, zoals het EHRM en het Hof van Justitie van de EU. In de literatuur wordt daarom wel gesproken van een ‘samengestelde constitutie’ of van ‘vervlochten constituties’.⁵⁵ Wij bespreken enkele van de meest tastbare gevolgen daarvan voor het Nederlandse staatsrecht en reacties daarop.

12.4.2 Het EVRM en de Nederlandse Grondwet

Na een voorzichtige start heeft het EVRM zich ontwikkeld tot de voor Nederland belangrijkste grondrechtencatalogus.⁵⁶ Dat heeft diverse oorzaken. Ten eerste komt dat doordat het Straatsburgse Hof het verdrag door uitleg bij de tijd houdt. De nationale rechter kan daardoor aan de jurisprudentie van het mensenrechtenhof steeds actuele gezichtspunten ontleen voor de beslissing van aan hem voorgelegde zaken. In zijn uitleg van het verdrag gaat de nationale rechter in beginsel niet verder dan het Straatsburgse Hof, hoewel noch het verdrag, noch de Grondwet hem tot die terughoudendheid uitdrukkelijk verplicht.⁵⁷ Dit neemt niet weg dat de Nederlandse rechter soms gevraagd wordt het EVRM toe te passen in gevallen die nog niet door het Straatsburgse Hof beoordeeld zijn. Hij oriënteert zich dan op de gezichtspunten van het Hof in andersoortige zaken, hetgeen toch kan leiden tot verrassende uitspraken, zoals in de bekende klimaatzaak van Urgenda.⁵⁸

55 Zie F.H. van der Burg en W.J.M. Voermans, *Unierecht in de Nederlandse rechtsorde*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 12-15.

56 De grondrechtencatalogus van het de EU, het Handvest (bindend sinds 2009), heeft vooralsnog slechts beperkt impact gehad; zie J. Krommendijk en H. de Waele, ‘Tien jaar bindend EU-Handvest van de Grondrechten in Nederland: nog een wereld te winnen?’, *SEW* 2020, p. 127-131.

57 Hoge Raad 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, r.o. 3.9; Hoge Raad 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, r.o. 3.3.3. In de literatuur spreekt men van het ‘spiegelbeginsel’. Zie J.H. Gerards, ‘Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2010, p. 224-255.

58 Hoge Raad 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*). Zie ook J.H. Gerards, ‘Spiegel of lachspiegel? Over het EVRM en het Urgenda-arrest’, 5 februari 2020, <https://blog.montaignecentre.com/nl/spiegel-of-lachspiegel-over-het-evrm-en-het-urgenda-arrest>.

Een tweede oorzaak voor het grote belang van het EVRM voor de grondrechtenbescherming in Nederland is gelegen in het feit dat de EVRM-rechten veel duidelijker dan de Nederlandse grondrechten een inhoudelijke toetsingsnorm bieden voor het overheids-handelen. Het EVRM vereist bijvoorbeeld dat grondrechtenbeperkingen steeds voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit,⁵⁹ terwijl de Nederlandse Grondwet zulke beperkingen niet in het algemeen stelt en slechts het ambt noemt dat tot beperking bevoegd is. Het belang van het EVRM voor de rechtspraak neemt daardoor toe.

Tot slot biedt het EVRM de Nederlandse rechter de mogelijkheid om wetten aan grondrechten te toetsen ondanks het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Die bepaling verbiedt de rechter om wetten te toetsen aan de Grondwet en legt dus de eindverantwoordelijkheid voor de grondrechtenbescherming bij de wetgever. Verdragstoetsing ondergraaft die bevoegdhedenverdeling, nu de rechter de wet wel buiten toepassing mag laten als haar toepassing onverenigbaar is met EVRM-rechten. De praktische gevolgen hiervan zijn overigens beperkt, nu het (als gezegd) zelden voorkomt dat de Nederlandse rechter een wet buiten toepassing laat omdat haar toepassing onverenigbaar is met een verdrag.⁶⁰

De conclusie is daarmee dat op het gebied van de grondrechtenbescherming in Nederland de Grondwet sterk aan betekenis heeft ingeboet: niet de Grondwet maar het EVRM speelt een centrale rol. In toenemende mate wordt dat als onwenselijk ervaren. Vanaf de millenniumwisseling zijn er daarom diverse voorstellen gedaan om de positie van de Grondwet te versterken. Zo is inmiddels diverse malen voorgesteld om het toetsingsverbod (gedeeltelijk) te schrappen en ook voor grondrechten uit de Nederlandse Grondwet te eisen dat beperkingen daarvan moeten voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.⁶¹ De discussie daarover is recent nieuw leven ingeblazen door het kabinet-Rutte IV.⁶² In dezelfde periode zagen echter ook andersoortige initiatieven het daglicht. Zo stelde het Kamerlid Taverne (VVD) voor de Grondwet zo te wijzigen, dat zij de rechter niet alleen verbiedt wetten aan de Grondwet te toetsen, maar hem ook ver-

59 EHRM 26 april 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874 (*Sunday Times/VK*).

60 Zie J.J.J. Sillen, 'Tegen het toetsingsrecht', *NJB* 2010, p. 2744-2745 voor een overzicht over periode 2000-2009.

61 *Kamerstukken II* 2001/02, 28331, nr. 1 e.v. (voorstel-Halsema); Staatscommissie Grondwet, *Rapport van de Staatscommissie Grondwet*, 2010, p. 43-49 en 53-56, Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Eindrapport van de Staatscommissie parlementair stelsel*, Den Haag: Boom 2018, p. 195-215.

62 *Kamerstukken I* 2021/22, 34430, AE (hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing) en *Kamerstukken II* 2022/23, 35786, nr. 8 en 9 (over de grondwettelijke beperkingssystematiek).

biedt wetten aan verdragen te toetsen.⁶³ Tot op heden heeft geen van deze initiatieven de eindstreep gehaald.

12.4.3 De EU en de Nederlandse Grondwet

Ook de steeds toenemende bevoegdheden van de Europese Unie hebben geleid tot een afname van de betekenis van de Nederlandse Grondwet. Met name vanaf de millennium-wisseling leidde dat tot soms scherpe kritiek. Deze was voor het eerste duidelijk te horen in 2005, na de verwerping van de Europese Grondwet door de Nederlandse kiezer in een raadplegend referendum. Het besef daalde in dat ‘de kiezer’ in het verleden wellicht te weinig was meegenomen in het voortschrijdende Europees project. Daarop maakten de Kamerleden Herben (LPF) en Van der Staaij (SGP) in 2006 een grondwetswijzigingsvoorstel aanhangig dat moest regelen dat goedkeuring van nieuwe EU-verdragen voortaan steeds een tweederdemeerderheid behoeft in beide Kamers van het Nederlandse parlement.⁶⁴ Het voorstel werd uiteindelijk in 2019 door de Eerste Kamer verworpen. De Brexit – en de nadelige gevolgen daarvan voor de Britse economie – hadden de eurosceptici de wind uit de zeilen genomen.⁶⁵ Een tegenbeweging kwam op gang die juist constitutionele barrières voor een Nexit wilde opwerpen. De Kamerleden Jetten en Verhoeven (beiden D66) dienden met dit doel een voorstel in dat (onder meer) grondwettelijk zou verankeren dat Nederland lid is van de EU.⁶⁶ Ook dat voorstel werd echter in eerste lezing verworpen, ditmaal door de Tweede Kamer.

De laatste jaren zijn de gevolgen van de verdergaande Europese integratie – en daarmee de afname van de betekenis van de Nederlandse Grondwet – in Nederland onder meer tastbaar geworden op de beleidsterreinen klimaat en milieu. Op deze terreinen heeft de EU-wetgever (waarvan Nederlandse ambten deel uitmaken) regels vastgesteld die – nu blijkt dat ons land de gestelde doelen niet haalt – de Nederlandse ambten met handen en voeten binden.⁶⁷ De Grondwet wekt nog steeds de suggestie dat we in Nederland volledig autonoom bepalen welke regels hier gelden, maar dat beeld strookt dus allang niet meer met de werkelijkheid.

63 *Kamerstukken I* 2011/12, 33359 (R 1986), nr. 2. Het voorstel is later ingetrokken (*Kamerstukken I* 2016/17, 33359 (R1986), nr. 9).

64 *Kamerstukken II* 2006/07, 30874 (R 1818), nr. 1 e.v.

65 Het referendum daarover werd gehouden in 2016. Het uittreden van het Verenigd Koninkrijk kreeg uiteindelijk zijn beslag op 31 december 2020.

66 *Kamerstukken II* 2018/19, 35202 (R 2126), nr. 1 e.v.

67 Zie met name Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ECLI:NL:RVS:2019:1604 (PAS).

Deze ontwikkeling doet tevens de vraag rijzen of het Nederlandse parlement voldoende op de hoogte is van wat er in EU-verband speelt om daarop tijdig te kunnen inspelen. Ook op dat gebied zijn de nodige wetgevingsinitiatieven ontplooid. Zo is er het initiatiefvoorstel van de Kamerleden Maij en Mulder (beiden CDA) dat de informatievoorziening aan het parlement wil verbeteren.⁶⁸ Naar aanleiding van het rapport van de Staatscommissie parlementair stelsel (2018)⁶⁹ heeft de regering thans eveneens een voorstel voor een zogenaamde Europawet in voorbereiding.⁷⁰

12.5 Europeanisering en de functie van de Grondwet

Welke functie hoort de Grondwet te hebben met betrekking tot europeanisering?⁷¹ Vanaf de jaren vijftig waren velen van opvatting dat de Grondwet de ontwikkeling van een Europese rechtsorde moest faciliteren. Naarmate deze rechtsorde groeide en langzaam de Nederlandse Grondwet relativeerde, ontstond op de zeer Europa-vriendelijke benadering van de Nederlandse Grondwet in toenemende mate kritiek.⁷² De opvatting won veld dat de Grondwet de europeanisering ten minste moest normeren – procedureel en eventueel ook inhoudelijk – en misschien zelfs moest afremmen. De vraag welke rol de Grondwet in dit verband hoort te hebben, is daarmee in hoge mate afhankelijk van de politieke waardering van het Europese project, die op haar beurt mede afhankelijk is van de aard van dat Europese project zelf.

In dat opzicht kunnen verschillende scenario's voor de toekomst worden onderscheiden. In de loop van de jaren is de nadruk steeds meer komen te liggen op 'Europa' als waardengemeenschap. Dat gold uiteraard eigenlijk altijd al voor de Raad van Europa, waarvan grondrechtenbescherming de *raison d'être* is, maar geldt zeker ook voor de EU, die zich na de millenniumwisseling inzette om rechtsstatelijk verval in haar jongste lidstaten te keren. Deze waardengemeenschap gaat gepaard met een toenemende 'Europese' invloed op het constitutionele recht van de lidstaten, zelfs op het institutionele constitutionele recht.⁷³ Indien deze ontwikkeling zich voortzet, zal het belang van de

68 *Kamerstukken II* 2016/17, 34695, nr. 1 e.v. Ook het eerdergenoemde grondwetswijzigingsvoorstel Jetten/Verhoeven bevatte een bepaling over de informatievoorziening aan het parlement met betrekking tot EU-aangelegenheden.

69 Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Eindrapport van de Staatscommissie parlementair stelsel*, Den Haag: Boom 2018, p. 337.

70 *Kamerstukken II* 2012/22, 21112, nr. 3432 (hoofdlijnenbrief Europawet). Een conceptwetsvoorstel is op het moment van schrijven ter internetconsultatie aangeboden, zie www.internetconsultatie.nl/wet_eu_informatievoorziening_staten_generaal/b1.

71 Zie ook M.L. van Emmerik, 'De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde', *RM Themis* 2008, p. 146-162.

72 Zie ook A.G. Harryman en J. van der Harst, *Verloren consensus. Europa in het Nederlandse parlementair-politieke debat, 1945-2013*, Amsterdam: Boom 2013.

73 Zie M. Stremmer, *Constitutional Oversight of the Member States by the European Union* (diss. Tilburg), 2021.

Grondwet alleen maar afnemen, wat op zijn beurt ongetwijfeld zal leiden tot pleidooien om de Grondwet juist te versterken.

De Brexit heeft evenwel duidelijk gemaakt dat het ideaal van een 'ever closer Union', met alsmaar verdergaande integratie, geen historische noodzakelijkheid is. De uitbreiding van de EU naar de westelijke Balkan en eventueel Oekraïne zouden de EU bovendien nog diverser maken, hetgeen een nadruk op gedeelde democratisch-rechtsstatelijke waarden mogelijk minder vanzelfsprekend maakt. De opkomst van het populisme in Europa – waaronder in Nederland – heeft daarnaast laten zien dat de politieke wind kan draaien; bij een meer nationaalgerichte politiek past geen EU die al te zeer ingrijpt in de nationale constitutionele structuren. Op de langere termijn zou dit alles de invloed van 'Europa' op het nationale staatsrecht kunnen doen afnemen, waarmee de roep om krachtige normering van de europeanisering in de Nederlandse Grondwet juist aan actualiteit zal inboeten.

13

Soevereiniteit in de context van europeanisering en globalisering

A.M. Waltermann¹

13.1 Inleiding

Na de Tweede Wereldoorlog werden de eerste stappen van europeanisering gezet die onder meer hebben geleid tot de Europese Unie (EU) en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) van vandaag. Naast deze europeanisering hebben ook processen van globalisering plaatsgevonden – al is het lastiger om daar een begindatum aan te koppelen. De europeanisering, en in mindere mate de globalisering, hebben ertoe geleid dat tal van bevoegdheden zijn overgedragen van het nationale niveau naar supra- en internationale niveaus. Daarbij komt regelmatig de vraag op of dit alles niet een verlies of beperking van nationale soevereiniteit betekent.

In deze bijdrage wordt de invloed van europeanisering en globalisering op het Nederlandse staatsrecht nader belicht. De nadruk ligt hierbij op soevereiniteit en de rol van dit begrip in de recente, dat wil zeggen naoorlogse, Nederlandse context. Hierbij staat de vraag centraal die ten grondslag ligt aan de in 2014 door de Tweede Kamer aangenomen motie-Omtzigt/Segers:² wanneer is er sprake van een overdracht van soevereiniteit en welke waarborgen zijn wenselijk en noodzakelijk bij een dergelijke overdracht?

In deze bijdrage beschrijf ik eerst de rol die het soevereiniteitsbegrip in Nederland speelt en laat ik zien dat dit voornamelijk gebeurt in de context van internationalisering en europeanisering (par. 13.2). Hierna ga ik in op de betekenis van soevereiniteit en beargumenteer ik dat de relevante vraag in de context van internationalisering/europeanisering niet is of Nederland zijn soevereiniteit verliest of beperkt, maar of een overdracht van bevoegdheden naar internationaal/Europees niveau mogelijk en wenselijk is (par. 13.3). De rol van de Grondwet in het bepalen van de mogelijkheid en wenselijkheid van een dergelijke overdracht komt in paragraaf 13.4 aan orde. Ik sluit af met een conclusie en een blik naar de toekomst (par. 13.5).

1 Mijn dank gaat uit naar Maarten Stremler en Aalt-Willem Heringa voor hun commentaar op eerdere versies van deze bijdrage.

2 *Kamerstukken II* 2013/14, 33848, nr. 13.

13.2 Soevereiniteit in de context van globalisering en europeanisering

Anders dan veel grondwetten ter wereld noemt de Nederlandse Grondwet van vandaag het begrip soevereiniteit niet. De eerste Grondwet (1814) sprak nog van ‘de Soevereine Vorst’, wat in 1815 ‘de Koning’ werd, waarmee de expliciete verwijzing naar soevereiniteit verdween. In 1948 werd een hoofdstuk opgenomen over de overgang naar een nieuwe rechtsorde vanwege de dekolonisatie. Hoewel de overdracht van soevereiniteit aan Indonesië hier deel van uitmaakte, werd het soevereiniteitsbegrip ook hier niet genoemd. Het is dan ook niet verrassend dat de Raad van State in 1983 opmerkte dat de Grondwet het soevereiniteitsbegrip als zodanig niet kent, alhoewel het begrip soms doorklinkt als het gaat om de verdediging van de onafhankelijkheid van de staat, bijvoorbeeld in de bepalingen aangaande de krijgsmacht en de dienstplicht (die toen nog met een actieve opkomstplicht was verbonden).³ Nederlandse handboeken staatsrecht gebruiken het begrip nauwelijks, tenzij in rechtsvergelijkend perspectief of met betrekking tot internationaal recht.

Dat soevereiniteit niet als zodanig in de Grondwet genoemd wordt, betekent echter niet dat soevereiniteit helemaal geen rol speelt in Nederland. Discussies omtrent soevereiniteit komt men voornamelijk tegen in de context van europeanisering en globalisering. In het bijzonder de overdracht van bevoegdheden die traditioneel werden beschouwd als onderdeel van de nationale soevereiniteit – oftewel de kern van staatsmacht – leidt tot discussie onder politici, academici en ook burgers. Artikel 92 van de huidige Grondwet maakt een dergelijke overdracht van bevoegdheden nadrukkelijk mogelijk; genoemd wordt een overdracht van bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak aan volkenrechtelijke organisaties. Dit gebeurt bij of krachtens verdrag en dat vereist voorafgaande goedkeuring van de Staten-Generaal. Ondanks of juist vanwege deze grondwettelijke mogelijkheid ontstaan discussies waarin het soevereiniteitsbegrip wordt gebezigd.

Een greep uit de recente geschiedenis: in 1989 werd met betrekking tot het Schengenakkoord gezegd dat men zich kan ‘afvragen of niet de soevereiniteit wordt aangetast’,⁴ en volgens Bernlef, Fortuyn en Faber zou het Verdrag van Maastricht (1992) vergaande gevolgen voor de nationale soevereiniteit hebben.⁵ In 2008 oordeelde Brinkhorst bij zijn oratie dat de soevereiniteit van Nederland geraakt werd door het overdragen van

3 *Kamerstukken II* 1983/84, 17980, A-B.

4 ‘Soevereiniteit’, *De waarheid* 5 december 1989, p. 1. Geraadpleegd op Delpher op 24 juli 2023, <https://resolver.kb.nl/resolve?urn=ddd:010472860:mpeg21:p001>.

5 ‘Bekende Nederlanders willen over ‘Maastricht’ referendum’, *Algemeen Dagblad* 18 juni 1992. Geraadpleegd op Delpher op 24 juli 2023, <https://resolver.kb.nl/resolve?urn=KBPERS01:003548015:mpeg21:p00003>.

bevoegdheden ten aanzien van de eigen munt en de buitengrenzen aan de EU.⁶ In 2012 zei Verheijen (VVD) dat soevereiniteit ‘geen worst’ is ‘waar je elke dag een klein plakje van af kunt snijden’, maar dat bevoegdheden met Europa gedeeld worden.⁷ Een burgerinitiatief in 2014 riep ertoe op om geen bevoegdheden meer aan de EU over te dragen zonder referendum.⁸ In 2017 schreef Eijsbouts dat nationale en Europese soevereiniteit elkaar aanvullen.⁹ D66-lijsttrekker Kaag zei in 2020 dat Nederland soevereiniteit moet opofferen aan Europa.¹⁰ In 2023 stelde Van Houwelingen (FvD) in een wetsvoorstel dat het Nederlandse volk als ‘daadwerkelijke soevereine macht’ in een referendum gevraagd zou moeten worden of het überhaupt onderdeel van de EU wil zijn.¹¹

Het soevereiniteitsbegrip speelt niet alleen als het gaat om een overdracht van bevoegdheden aan de EU. Ook bijvoorbeeld het plaatsen van Amerikaanse kruisraketten op Nederlands grondgebied in het kader van de NAVO heeft tot een dergelijke discussie geleid.¹² In zijn jaarverslag van 2021 vat de Raad van State samen dat internationalisering aanleiding kan geven ‘tot ongerustheid over de eigen, nationale positie. Want als die samenwerking op steeds meer gebieden moet worden gezocht, wat blijft er dan voor een staat nog over om helemaal zélf te beslissen? Niet zelden wordt internationale samenwerking vanuit dit perspectief als bedreigend ervaren voor de nationale soevereiniteit en de mogelijkheden voor staten hun burgers te beschermen tegen de buitenwereld’.¹³

Discussies omtrent soevereiniteit spelen dus vooral wanneer het gaat om een (her)verdeling van feitelijke of juridische handelingsmogelijkheden. Tegelijkertijd constateert de Raad van State heel terecht dat zorgen over een bedreiging, verlies of beperking van nationale soevereiniteit niet het enige perspectief op deze vraagstukken is: ‘Een verschuiving van bevoegdheden naar de EU betekent niet dat aan de nationale soevereiniteit afbreuk wordt gedaan, maar dat zij niet langer louter binnen een nationale machtsstructuur wordt uitgeoefend. [...] De internationale rechtsorde staat niet

6 L.J. Brinkhorst, *Europese Unie en nationale soevereiniteit* (oratie, Universiteit Leiden), 2008. Geraadpleegd op 24 juli 2023, <https://hdl.handle.net/1887/19623>.

7 ‘VVD: We delen bevoegdheden met Europa’, *Trouw* 12 december 2012.

8 *Kamerstukken II 2014/15*, 33848, nr. 1.

9 ‘Nationale en Europese soevereiniteit vullen elkaar juist aan’, *de Volkskrant* 22 december 2017.

10 ‘Kaag: Nederland moet soevereiniteit opofferen aan Europa’, *De Telegraaf* 5 september 2020.

11 *Kamerstukken II 2022/23*, 36346, nr. 3.

12 ‘Plaatsing van Amerikaanse kruisraketten en ons constitutionele bestel – Soevereiniteitsoverdracht strijdig met grondwet’, *NRC Handelsblad* 23 september 1985. Geraadpleegd op Delpher op 24 juli 2023, <https://resolver.kb.nl/resolve?urn=KBNRCOI:000029909:mpeg21:p007>.

13 Raad van State, *Een gedeelde rechtsorde en soevereiniteit* (jaarverslag 2021), geraadpleegd 24 juli 2023, www.raadvanstate.nl/jaarverslag2021/beschouwing/een-gedeelde-rechtsorde.

op gespannen voet met de nationale soevereiniteit, maar geeft juist uitdrukking aan de uitoefening daarvan. Door internationale samenwerking kunnen de belangen van burgers doorgaans béter worden behartigd dan zonder die samenwerking het geval zou zijn.¹⁴

De vraag is dus enerzijds wanneer daadwerkelijk sprake is van een overdracht van soevereiniteit en anderzijds welke waarborgen wenselijk en noodzakelijk zijn bij een dergelijke overdracht. Dit is wat de Tweede Kamer in 2014 aan de Raad van State vroeg toen de motie-Omtzigt/Segers werd aangenomen.¹⁵

13.3 De betekenis van soevereiniteit

De Raad van State gaf in zijn antwoord op de vraag van de Tweede Kamer aan dat er een verschil gemaakt moet worden tussen soevereiniteit en soevereine bevoegdheden, en dat een overdracht of beperking van soevereine bevoegdheden niet ook een overdracht of beperking van soevereiniteit met zich brengt: 'In de motie worden zowel de overdracht van soevereiniteit als die van bevoegdheden genoemd. Hoewel beide begrippen doelen op een overdracht van beschikkingsmacht, is er toch sprake van een meer dan gradueel verschil. [...] In beide kaders [volkenrechtelijk en staatsrechtelijk] wordt de soevereiniteit van staten als een en ondeelbaar beschouwd: een staat is soeverein of hij is dat niet. Dit sluit niet uit dat soevereine bevoegdheden verdeeld kunnen zijn; binnen een staatsverband, zoals bij federale staten, of in internationaal verband, zoals bij de Europese Unie. Een dergelijke verdeling van bevoegdheden impliceert echter geen verlies van soevereiniteit en zal veelal juist een bevestiging of versterking daarvan opleveren. Gelijkstelling van verlies van soevereiniteit aan iedere beperking van beschikkingsmacht om eigen aangelegenheden autonoom te regelen en daarover te beslissen, zou betekenen dat er geen soevereine staten (meer) zijn. Geen enkele staat handelt immers volstrekt autonoom in zijn verhouding tot andere staten of organisaties.'¹⁶

Het maken van dit verschil is terecht, al roept het argument waarop de Raad van State zich hier beroept vragen op. De Raad van State stelt dat als men ervan uit zou gaan dat iedere beperking van beschikkingsmacht ook een verlies of beperking van soevereiniteit zou betekenen, hieruit zou volgen dat er geen soevereine staten (meer) bestaan. Impliciet wordt verondersteld dat soevereine staten (nog steeds) bestaan, waaruit volgt

14 Raad van State, *Een gedeelde rechtsorde en soevereiniteit* (jaarverslag 2021), geraadpleegd 24 juli 2023, www.raadvanstate.nl/jaarverslag2021/beschouwing/een-gedeelde-rechtsorde.

15 *Kamerstukken II* 2013/14, 33848, nr. 13.

16 *Kamerstukken II* 2013/14, 33848, nr. 15, p. 4.

dat de gelijkstelling van beperkingen van beschikkingsmacht en een verlies van soevereiniteit onjuist is.

Maar klopt deze veronderstelling wel? Er wordt in het algemeen van uitgegaan dat staten nog steeds soeverein zijn, ondanks een gebrek aan volstreekte autonomie. Aangezien de betekenis van het woord soevereiniteit wordt bepaald door taalgebruik en men spreekt van 'soevereine staten', zijn er dus soevereine staten.¹⁷ Het zou ook mogelijk zijn om het soevereiniteitsbegrip een striktere invulling te geven door te stellen dat alleen maar staten die volstrekt autonoom zijn ook soeverein zijn, maar dit is niet hoe het soevereiniteitsbegrip op dit moment gebruikt wordt.

Ook zou het mogelijk zijn om ervan uit te gaan dat een staat min of meer soeverein kan zijn, wat wil zeggen dat soevereiniteit gradueel is. Dit zou betekenen dat het overdragen van bevoegdheden of het aangaan van internationale verplichtingen een beperking van soevereiniteit met zich brengt, maar geen verlies. De grondwetscommissies Van Eysinga (eindrapport 1951¹⁸) en Van Schaik (eindrapport 1954¹⁹), die zich met de samenwerking tussen regering en Staten-Generaal inzake buitenlands beleid (Van Eysinga) en met een algehele grondwetherziening (Van Schaik) bezighielden, deelden deze visie op soevereiniteit. Zo schreef de commissie-Van Schaik in haar interim-rapport (1950) het volgende: 'Elk verdrag beperkt de soevereiniteit van de Staat zover de inhoud van het verdrag strekt. Even goed als onder de werking van het tegenwoordige artikel 60 der Grondwet als onder het door de Commissie ontworpen kunnen bij verdrag internationale organen in het leven geroepen worden met elke bevoegdheid – rechterlijke, bestuurlijke, wetgevende, dan wel politionele – die de verdragstaten eraan wensen toe te kennen. Vooral de laatst verlopen eeuw wordt gekenmerkt door een aldoor groeiend aantal internationale organen met soms van de nationale regeringen onafhankelijke bevoegdheden. Teneinde een grotere mate van soevereiniteitsoverdracht aan zodanige organen mogelijk te maken is Grondwetswijziging niet nodig.'²⁰

17 Hoe een woord als soevereiniteit in het algemeen wordt gebruikt, bepaalt wat het woord betekent: de betekenis is geconstrueerd of geconstitueerd door taalgebruik. Uitgebreid over de relatie tussen taal en betekenis (in een juridische context) J.C. Hage, *Foundations and Building Blocks of Law*, Den Haag: Eleven 2018.

18 Commissie-Van Eysinga, 'Eindrapport van de commissie nopens de samenwerking tussen regering en Staten-Generaal inzake het buitenlands beleid', 1951, beschikbaar op https://resources.huygens.knaw.nl/watermarker/pdf/cc/scans/1950b_cie_van_eyzinga/verslag/plenair/data/1951-07-09/1951-07-09.pdf.

19 Commissie-Van Schaik, 'Eindrapport van de Staatscommissie ingesteld bij Koninklijk Besluit van 17-4-1950', 1954, beschikbaar op <https://resources.huygens.knaw.nl/grondwetscommissies/onderzoeksgids/gids/commissie/1933872063>.

20 Commissie-Van Schaik, 'Interim-rapport van de Staatscommissie tot herziening van de Grondwet', 1951, beschikbaar op https://resources.huygens.knaw.nl/watermarker/pdf/cc/scans/1950a_cie_van_schaik/verslag/plenair/data/1951-07-11/1951-07-11.pdf.

In 1983 deelde de Raad van State nog de zienswijze dat ‘in beginsel het sluiten van elk internationaal verdrag gepaard gaat met verlies van nationale soevereiniteit’.²¹ Tegenwoordig kijkt de Raad van State hier anders naar; het soevereiniteitsbegrip dat de Raad van State hanteert, is dus veranderd. Echter, door een andere betekenis aan het woord te geven, verandert de werkelijkheid niet. Van belang is niet (alleen) het woord, maar ook het fenomeen dat door het woord wordt aangewezen.

De mate van autonomie en de hoeveelheid van bevoegdheden die bij de nationale staat liggen veranderen niet door de invulling van het woord soevereiniteit te veranderen. Sterker nog: als men één en dezelfde situatie – de Nederlandse staat heeft een veelheid aan internationale verdragen gesloten en hiermee plichten op zich genomen en bevoegdheden overgedragen, waardoor de handelingsmogelijkheden van de Nederlandse staat juridisch zijn veranderd – tegelijkertijd als een verlies van soevereiniteit, een beperking van soevereiniteit en een uitdrukking van soevereiniteit kan beschrijven, dan is het woord soevereiniteit te breed of onvoldoende scherp gedefinieerd om de werkelijkheid op een heldere manier te beschrijven.

Welk fenomeen probeert men met het woord soevereiniteit aan te duiden? Het is duidelijk dat in de context van europeanisering en globalisering op het fenomeen van een verschuiving van beschikkingsmacht en handelingsmogelijkheden geduid wordt als men het over soevereiniteit heeft. Vertaald in juridische termen gaat het dus om de mogelijkheid en wenselijkheid van een overdracht van bevoegdheden van nationaal naar Europees of internationaal niveau. Antwoord op de vraag welke bevoegdheden het beste op welk niveau uitgeoefend kunnen worden en waarom een overdracht wel of niet mogelijk²² en wenselijk zou zijn, is niet alleen politiek van belang, maar ook staatsrechtelijk waardevol.

De vraag naar de mogelijkheid en wenselijkheid van een overdracht van bevoegdheden is dus van groot belang. Dit moet ter discussie gesteld (kunnen) worden, en idealiter op een zo helder en transparant mogelijke manier. Een gelijkstelling van een overdracht van soevereiniteit en een overdracht van ‘soevereine bevoegdheden’ komt deze discussie niet ten goede: geen onderscheid maken tussen beide leidt tot een al te brede en onnauwkeurige invulling van het begrip soevereiniteit. Een vage definitie leidt er

²¹ *Kamerstukken II* 1983/84, 17980, A-B.

²² Ik zal in de volgende alinea voornamelijk ingaan op de wenselijkheid van overdracht, maar wat betreft de mogelijkheid: men zou kunnen zeggen dat een overdracht niet *mogelijk* is wanneer de bevoegdheid voor zo een overdracht ontbreekt. M.i. is dit de juiste interpretatie, maar een alternatief is dat bij gebrek aan bevoegdheid tot overdracht de overdracht desondanks mogelijk, maar onrechtmatig is.

bovendien toe dat soevereiniteit vooral een emotionele lading krijgt, ook tegenover de burger, in plaats van dat het de inhoudelijke discussie bevordert. Het onderscheid tussen soevereiniteit en soevereine bevoegdheden maakt het mogelijk om de emotioneel beladen discussie of Nederland wel of niet nog soeverein is, haar soevereiniteit deelt, verliest, of al heeft verloren in te ruilen voor een discussie over welke bevoegdheden op welk niveau thuishoren, waarom een overdracht van bevoegdheden wel of niet wenselijk zou zijn, welke voorwaarden hieraan verbonden kunnen worden, enzovoort.²³ Een dergelijke discussie zou de democratische overwegingen ten goede komen.

Een goede manier om invulling te geven aan het soevereiniteitsbegrip is dan ook om soevereiniteit als een status te beschouwen die een staat heeft, onafhankelijk van de bevoegdheden die de staat wel of niet heeft overgedragen.²⁴ Deze invulling betekent dat bevoegdheden – binnen de door de Grondwet gestelde grenzen – kunnen worden overgedragen aan niet-nationale organen zonder dat de staat er minder soeverein door wordt. Dit dekt in grote lijnen ook hoe het begrip op dit moment gebruikt wordt en legt voor elke overdracht van bevoegdheden de nadruk op de vraag of deze overdracht juridisch en politiek mogelijk en wenselijk is.

13.4 De mogelijkheid en wenselijkheid van overdracht

De vraag naar de *politieke* mogelijkheid en wenselijkheid van welke overdracht dan ook is vanuit staatsrechtelijk perspectief niet te beantwoorden – dit antwoord is aan de politiek, zoals uit de vraag al blijkt. De vraag naar de *juridische* mogelijkheid en wenselijkheid is echter wel staatsrechtelijk van aard: welke doelen kent de Grondwet en welke grenzen stelt de Grondwet?²⁵

Zoals boven al genoemd, kent de Grondwet met artikel 92 een bepaling die expliciet regelt dat een op- of overdracht van bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak aan volkenrechtelijke organisaties mogelijk is.²⁶ Artikel 91 geeft aan dat hiervoor

23 Uitgebreid daarover A.M. Waltermann, *Reconstructing sovereignty*, Springer 2019.

24 Uitgebreid daarover A.M. Waltermann, *Reconstructing sovereignty*, Springer 2019; specifiek voor de Nederlandse context A.M. Waltermann, 'Nationale soevereiniteit als een status', in: Hardt, Heringa en Waltermann (red.), *Bevrijdende en begrenzendende soevereiniteit*, Den Haag: Boom juridisch 2018. Deze invulling van het soevereiniteitsbegrip verklaart ook waarom soevereiniteit in hedendaagse discussies betwist is: in het verleden waren de status en de bevoegdheden vaak op hetzelfde niveau (namelijk dat van de staat) te vinden. Deze invulling heeft wel als gevolg dat men vraagtekens kan zetten bij het belang van soevereiniteit in de hedendaagse wereld.

25 Hier maak ik een scherp onderscheid tussen recht en politiek. De grens tussen de twee is echter niet altijd zo scherp te trekken.

26 Ik zal in het vervolg alleen over een overdracht praten. Men zou onderscheid kunnen maken tussen de delegatie van bestaande bevoegdheden en de creatie van nieuwe bevoegdheden. Ik bedoel hier allebei.

voorafgaande goedkeuring van de Staten-Generaal nodig is (tenzij anders door de wet bepaald – ook de manier van goedkeuring en of dit stilzwijgend kan gebeuren, worden door de wet bepaald, hetgeen wil zeggen dat ook hier de wetgever bepaalt). Regering en Staten-Generaal zijn bij het tot stand brengen van verdragen aan de Grondwet gebonden, maar er bestaat wel de mogelijkheid om verdragsbepalingen die van de Grondwet afwijken (of afwijking noodzakelijk maken) desondanks goed te keuren, mits er een tweederdemeerderheid voor is (art. 91 lid 3).

Naast deze bepalingen waarin het expliciet gaat om het sluiten en goedkeuren van verdragen en de overdracht van bevoegdheden kent de Grondwet een aantal bepalingen waaruit de positie van Nederland vis-à-vis internationalisering blijkt: zo geeft artikel 90 Grondwet aan de regering de opdracht om de ontwikkeling van de internationale rechtsorde te bevorderen. En zoals elders in deze bundel door Sillen en Stremmer beschreven, neemt de Nederlandse Grondwet een monistisch standpunt in, wat wil zeggen dat de nationale en internationale rechtsorde als een eenheid worden beschouwd. Met name de mogelijkheid van de rechter om normen die uit internationale bronnen afkomstig zijn te gebruiken bij toetsing van onder meer wetten en regeringsbeleid geeft hieraan uitdrukking.

Sillen en Stremmer²⁷ laten zien dat de openheid en internationale gerichtheid van de Grondwet ook als gevolg heeft gehad dat de Grondwet aan betekenis heeft verloren op het vlak van bijvoorbeeld de mensenrechtenbescherming. Dit neemt niet weg dat de Grondwet richtingwijzend is (of dient te zijn) wat betreft het aangaan van verdragen: de regering en Staten-Generaal zijn gebonden aan de Grondwet. Zo de Grondwet een plicht kent om een bepaald recht of een bepaald belang – zoals de meningsvrijheid of de spreiding van welvaart – te beschermen of te realiseren, en het overdragen van de bepaalde bevoegdheden naar een internationaal orgaan hieraan beter zou bijdragen, dan zou men kunnen stellen dat de Grondwet voor overdracht pleit. Hiervoor is echter vereist dat het internationale orgaan inderdaad beter in staat is om het betreffende recht of het betreffende belang te beschermen of te realiseren. Als dat niet het geval is, of als overdracht juist negatieve gevolgen zou hebben voor de door de Grondwet beschermde rechten en belangen, pleit de Grondwet juist tegen een overdracht.

De wenselijkheid van een overdracht van bevoegdheden wordt dus bepaald door twee factoren: ten eerste de in de Grondwet genoemde rechten, belangen en waarden; en ten tweede de geschiktheid van nationale of internationale organen om deze rechten,

27 Zie hun bijdrage 'De Grondwet tussen Nederland en Europa' in deze bundel.

belangen en waarden te waarborgen, te beschermen en te realiseren. Hiermee stelt de Grondwet tegelijk ook grenzen aan de overdracht van bevoegdheden aan internationale organisaties: regering en Staten-Generaal moeten deze afweging maken, aangezien zij gebonden zijn aan de Grondwet tijdens het aangaan van verdragen.²⁸

Terwijl artikel 90 geïnterpreteerd kan worden als bevestiging van de stelling dat het primaat met betrekking tot internationaal beleid en het afsluiten van verdragen bij de regering ligt,²⁹ is er toch een belangrijke rol voor de (direct en indirect) verkozen volksvertegenwoordiging: de Staten-Generaal heeft door het vereiste van goedkeuring zowel de rol als ook de juridische ruimte om de grondwettelijke grenzen van internationalisering en europeanisering te bewaken. Dit geldt ook in het geval van stilzwijgende goedkeuring: waar dit het geval is heeft de Staten-Generaal binnen dertig dagen de mogelijkheid om aan te geven dat het verdrag aan uitdrukkelijke goedkeuring onderworpen zal zijn. De geschiedenis laat echter zien dat deze grondwettelijke opdracht en mogelijkheid in de praktijk niet altijd makkelijk waar te nemen is: zo is het vaak moeilijk om vooraf te bepalen welk invloed het sluiten van een verdrag en het overdragen van bevoegdheden aan een internationale organisatie op lange termijn zullen hebben. Desalniettemin geeft de Grondwet dus handvatten bij de mogelijkheid en wenselijkheid van een overdracht van bevoegdheden naar andere niveaus.

13.5 Conclusies en blik naar de toekomst

In de context van globalisering en europeanisering speelt soevereiniteit een grote rol: raakt Nederland zijn soevereiniteit kwijt of wordt deze beperkt door een overdracht van bevoegdheden van nationaal naar internationaal niveau? Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de invulling van het soevereiniteitsbegrip en daarvoor geeft de Nederlandse Grondwet weinig handvatten. Een goede manier om soevereiniteit te begrijpen is om het als een status te beschouwen die een staat heeft, onafhankelijk van welke bevoegdheden de staat aan andere niveaus heeft overgedragen. Deze invulling brengt met zich dat er geen sprake is van een verlies of beperking van soevereiniteit wanneer een staat bevoegdheden overdraagt aan een internationale organisatie – en het richt de focus op de staatsrechtelijk en politiek belangrijke vragen of, wanneer en waarom een overdracht van bevoegdheden wel of niet mogelijk en wenselijk is. Deze vragen vereisen een heldere visie op de rechten, belangen en waarden die door de Grondwet genoemd worden,

28 Zij kunnen wel afwijken van de Grondwet, maar ook dit alleen binnen de door de Grondwet gestelde grenzen, dat wil zeggen, met een tweederdemeerderheid, zie art. 91 lid 3.

29 Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door Elzinga en de Lange (15^e druk), Kluwer 2006, p. 690-691.

en op de geschiktheid van internationale organen om deze rechten, belangen en waarden te waarborgen, te beschermen en te realiseren.

De Grondwet geeft aan de regering de opdracht om de internationale rechtsorde te bevorderen en aan de Staten-Generaal de opdracht om aan verdragen wel of geen goedkeuring te verlenen en zo de grenzen van wenselijkheid te bewaken. Deze taken zijn niet makkelijk, maar helderheid omtrent de vragen die van belang zijn biedt meer kans op een goede uitvoering hiervan dan het bij een beroep op soevereiniteit te laten, zonder nadere invulling van dit begrip. Dat deze taken goed uitgevoerd worden, zal in toekomst niet minder belangrijk worden: de groeiende complexiteit van de (internationale) samenleving en vraagstukken zoals klimaatverandering die over staatsgrenzen heen spelen, onderstrepen het toenemende belang van de fundamentele vragen over de rol van de staat en internationale organisaties, hoe de belangen van burgers het beste gewaarborgd kunnen worden, hoe de uitoefening van bevoegdheden gelegitimeerd is, en meer.

De Grondwet van vandaag geeft al de opdracht deze taken uit te voeren. Het is dan ook niet strikt noodzakelijk om de Grondwet hieromtrent te herzien. Als Staten-Generaal en regering meer helderheid omtrent soevereiniteit en hun al bestaande grondwettelijke taken in de context van europeanisering en globalisering wensen, is een explicitering hiervan uiteraard mogelijk: dit zou betekenen het in de Grondwet opnemen dat (1) een over- en opdracht van bevoegdheden aan internationale organisaties getoetst dient te worden aan de vraag of die overdracht bijdraagt aan de rechten, belangen en waarden die de Grondwet beoogt te dienen en te beschermen, en (2) zo een overdracht de Nederlandse soevereiniteit niet vermindert. Hoe dan ook, met of zonder expliciete opname in de Grondwet: de discussie omtrent de mogelijkheid en wenselijkheid van een overdracht van bevoegdheden raakt fundamentele vragen en de Nederlandse Grondwet biedt de ruimte voor de volksvertegenwoordiging – in de vorm van zowel regering als Staten-Generaal – om deze discussies te voeren. Het is aan hen om deze ruimte te benutten; idealiter op een zo concreet en helder mogelijke manier.

VI GRONDRECHTEN

14

175 Jaar grondrechten in de Grondwet

Janneke Gerards

14.1 Inleiding

Wat is een grondwet zonder grondrechten? Natuurlijk is zo'n grondwet nog steeds een basisdocument, waarin belangrijke regels zijn vastgelegd over bevoegdheden en verantwoordelijkheden, over instituties en hun onderlinge verhoudingen, over budgetten en over procedures. In de praktijk zijn dergelijke documenten er ook wel. Het bekendste voorbeeld is misschien wel de Amerikaanse grondwet uit 1789, waarin geen grondrecht te vinden is. Toch is zo'n document wat kaal, hoe mooi en rijk het Amerikaanse document verder ook is. Doordat er nauwelijks inhoudelijke normen in staan, ontbreekt namelijk een indicatie van waar al die instituties, bevoegdheden en procedures toe dienen. Juist het garanderen van materiële waarden – zoals vrijheid, gelijkwaardigheid, autonomie en menselijke waardigheid – is tegelijkertijd een belangrijke functie van de instituties, bevoegdheden en procedures die in een grondwet worden vastgelegd.¹

De meeste grondwetten zijn aangenomen en soms gewijzigd na 'constitutionele momenten' (of 'exogene schokken') waarbij dergelijke waarden ernstig werden bedreigd of zelfs aangetast.² Op zo'n moment ontstaat er behoefte om ze extra te beschermen en ze bovendien zichtbaar tot uitdrukking te brengen. Voor veel grondwetten blijkt dat uit hun preambules of algemene bepalingen, waarin bepaalde kernwaarden worden benadrukt.³

In niet onbelangrijke mate wordt dit soort materiële waarden daarnaast in hun concretere vorm – dus als grondrechten – in grondwetten vastgelegd.⁴ Grondrechten zijn in wezen specificaties van waarden zoals die van menselijke waardigheid, persoonlijke autonomie, vrijheid, gelijkwaardigheid, democratie, pluralisme en tolerantie. Door het

1 Dat blijkt ook voor de VS wel uit de *Federalist Papers*, die als een soort uitgebreide memorie van toelichting en achtergronddocumentatie bij de Amerikaanse grondwet kunnen worden gelezen.

2 De notie van 'constitutional moments' is oorspronkelijk gemunt door de Amerikaanse staatsrecht-wetenschapper Ackerman (1991), maar is later door anderen overgenomen en wordt vaak wat breder gehanteerd; zie bijv. Burnham 1999.

3 Zie nader hierover Cliteur en Voermans 2008, p. 10 en 18 e.v. Zie uitgebreider Voermans, Stremmer en Cliteur 2017, hfst. 5.

4 In vrijwel alle grondwetten ter wereld zijn grondrechten vastgelegd; zie bijvoorbeeld de data op www.constituteproject.org.

in een Grondwet uitdrukkelijk opnemen van vrijheidsrechten, zoals de uitingsvrijheid, de godsdienstvrijheid en de demonstratievrijheid, van gelijkheidsrechten, van aan de persoon gerelateerde rechten zoals privacy en integriteit en van procedurele en democratische rechten zoals het recht op een eerlijk proces of het kiesrecht, wordt de betekenis van die grondrechten uitdrukkelijk erkend. Met die erkenning wordt bovendien duidelijk gemaakt dat alle overheidsorganen de kernwaarden en hun concrete manifestaties moeten dienen en beschermen. Daarmee laat het vastleggen van grondrechten in een grondwet zien dat de uitoefening van de toegekende bevoegdheden niet vrij en vrijblijvend is. De kernwaarden – en de grondrechten als uitdrukking daarvan – dienen als richtsnoer en vormen tegelijkertijd een begrenzing van overheidshandelen.

Een grondwet zonder grondrechten is dan ook al snel een normatief wat leeg document, dat niet heel veel richting biedt. Dat is allicht een van de verklaringen waarom in de Verenigde Staten al snel een ‘Bill of Rights’ werd toegevoegd aan de Amerikaanse grondwet. Ook vrijwel alle andere grondwetten bevatten grondrechtenbepalingen, of ze nu oud en traditioneel zijn, zoals de Nederlandse, of modern en vernieuwend, zoals de Chileense ontwerpgrondwet uit 2022.⁵

Toch is er niet zoiets als één blauwdruk van een grondrechtencatalogus. De geschiedenis en de constitutionele en rechtscultuur van ieder land komen tot uitdrukking in de manier waarop de grondrechten in de nationale Grondwet zijn verwerkt.⁶ Frankrijk kent nog steeds zijn revolutionaire *Déclaration des Droits de l’Homme* als apart grondrechtendocument,⁷ in Noorwegen komt het traditionele belang van de vrijheidsrechten tot uitdrukking in twee wetten over persvrijheid en uitingsvrijheid die constitutionele status hebben,⁸ Duitsland heeft zijn beroemde openingsbepaling die het belang van menselijke waardigheid benadrukt en tot onschendbare norm verheft,⁹ enzovoort.

Ook Nederland heeft een bijzondere, eigen grondrechtencatalogus in de Grondwet, die onze constitutionele, politieke en maatschappelijke geschiedenis weerspiegelt. Door de jaren heen is er aan de grondrechtenbepalingen het nodige gesleuteld. Sommige grond-

5 Zie de al genoemde site www.constituteproject.org en zie <https://constitutionnet.org>. Zie voor een Engelse tekstversie van de Chileense conceptgrondwet <https://constituteproject.org/constitution/Chile.2022D?lang=en>. De conceptgrondwet van 2022 werd verworpen in een referendum, maar er wordt inmiddels gewerkt aan een nieuwe versie; zie García Pino, Henríquez Viñas en Salazar Pizarro 2023.

6 Zie daarover nader bijv. Heringa 2023.

7 De Franse grondwet van 1958 zelf verwijst hiernaar in de preambule; de grondwet bevat wel een aparte bepaling over non-discriminatie.

8 Zie nader Cameron en Bull 2014, p. 261 en 265.

9 Zie art. 1 lid 1 van de Duitse grondwet.

rechtenbepalingen zijn geherformuleerd en verduidelijkt of zijn van plaats veranderd in de Grondwet. Er is verder nagedacht over de vraag wie in laatste instantie bevoegd is om de uitoefening van grondrechten te reguleren en ook dat is in de tekst tot uitdrukking gebracht. Verder is de lijst van erkende grondrechten door de tijd een paar keer uitgebreid, meest recent in 2022. Hoewel veel mensen de Nederlandse Grondwet zien als rigide en statisch, is er – kijkend naar 175 jaar ontwikkeling – op dit punt dus nogal wat beweging en dynamiek te zien.¹⁰

Toch blijken de meeste juristen niet veel op te hebben met de grondrechten zoals ze vastliggen in onze Grondwet. Vraag een willekeurige jurist in welke bepaling de godsdienstvrijheid is vastgelegd, en het antwoord zal vermoedelijk luiden: in artikel 9 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Bijna geen enkele jurist komt uit zichzelf met artikel 6 Grondwet op de proppen. Waar het gaat om de grondrechten is onze Grondwet een soort Calimero, overvleugeld door het bij ons veel bekendere EVRM en in toenemende mate ook door het EU-Grondrechtenhandvest.

Hoe kan het dat onze grondwettelijke grondrechtencatalogus zo relatief weinig gebruikt wordt, en zo relatief onbekend en onbemind is? En valt daar iets aan te doen? Die vragen komen in deze bijdrage aan de orde. Ter beantwoording ervan stap ik eerst met zevenmijlslaarzen door de geschiedenis om te laten zien hoe onze grondrechtencatalogus zich in de loop van de tijd heeft ontwikkeld (par. 14.2). Daarna leg ik uit waarom veel mensen vinden dat de Grondwet op het punt van het grondrechtenhoofdstuk – ondanks een aantal recente vernieuwingen en aanvullingen – verouderd en incompleet is (par. 14.3). In paragraaf 14.4 ga ik in op de vraag hoe het kan dat de Grondwet in Nederland zo overvleugeld is geraakt door de Europese grondrechtenverdragen. Ik sluit af met een korte uiteenzetting over de vraag welke stappen in de toekomst gezet kunnen worden om de catalogus meer waarde te geven.

14.2 Van klassiek naar modern ...

14.2.1 De grondrechtenbepalingen in de Grondwet van 1848

Al in de Grondwet van 1848 – waar voor deze bundel het beginpunt van de ontwikkelingen ligt – waren heel wat grondrechten vastgelegd, zij het dat ze verspreid door de tekst

¹⁰ Zie over die dynamiek en de mate waarin daarvan sprake is ook Gerards, Goossens en Van Vugt 2023.

waren opgenomen.¹¹ Het ging destijds vooral om vrijheids-, politieke en procedurele grondrechten en een beperkt aantal gelijkheidsrechten. Beschermd werden in hoofdstuk 1 bijvoorbeeld de gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen voor ingezetenen en vreemdelingen (art. 3), de gelijke benoembaarheid van Nederlanders in openbare functies (art. 4), de vrijheid van drukpers (art. 8), het petitierecht (art. 9) en het recht van vereniging en vergadering (art. 10). Hoofdstuk 5 legde beperkingen op aan onteigening en beschermde daarmee deels het eigendomsrecht (art. 147), en bevatte bepalingen over het huisrecht (art. 153) en het briefgeheim (art. 154). Bepaalde aspecten van een eerlijk proces, zoals een motiveringsplicht bij vonnissen en de openbaarheid van zittingen, waren vastgelegd in artikel 156. Hoofdstuk 6 was helemaal gewijd aan de godsdienstvrijheid, die werd erkend in artikel 164. Discriminatie op grond van godsdienst werd verboden in artikel 166 en het recht op openbare uitoefening van de godsdienst werd nader beschermd in artikel 167. Artikel 194 garandeerde onder meer de vrijheid van onderwijs, terwijl artikel 195 betrekking had op het 'armbestuur'.

Al deze bepalingen geven uitdrukking aan wat vaak 'klassieke' grondrechten worden genoemd.¹² Het zijn negatief geformuleerde bepalingen, die duidelijk maken waar de grenzen liggen aan de uitoefening van taken en bevoegdheden door overheidsorganen en die het handelen van de overheid sturen. Toch was de Grondwet van 1848 al in dat opzicht modern. In artikel 194 stond namelijk niet alleen de onderwijsvrijheid als negatief grondrecht geformuleerd, maar werd ook vermeld dat het onderwijs 'voorwerp van aanhoudende zorg' moest vormen.¹³ Ook artikel 195 bevat deze formulering, maar dan ten aanzien van het armbestuur; de strekking was dat ook de bestaanszekerheid en armoedebestrijding een overheidstaak zijn.¹⁴ De formulering 'voorwerp van aanhoudende zorg' is bij de meeste mensen vooral bekend uit de Grondwet van 1983 en lijkt eerder een positieve inspanningsverplichting te omvatten dan een onthoudingsplicht. Niettemin zal het voor veel mensen een verrassing zijn dat die modern aandoende clause al zo lang in de Grondwet staat.

14.2.2 *De schoolstrijd en de wijzigingen van 1917*

De uitgebreide lijst van grondrechten in de Grondwet van 1848 is goed tijdbestendig gebleken, net als de formulering ervan, maar af en toe vond er toch modernisering plaats.

11 Zie voor de tekst bijv. www.denederlandsegrondwet.nl/id/vi7aaw43p5mk/grondwet_van_1848_ministeriele.

12 Zie over klassieke grondrechten bijv. Den Heijer, Hins en Nieuwenhuis 2021, par. 2.3.1.

13 Overigens was zelfs toen die formulering al niet nieuw: die kwam al voor in de Grondwet van 1815. Zie www.denederlandsegrondwet.nl/id/vi7aawbnwbzs/artikel_194_onderwijs.

14 www.denederlandsegrondwet.nl/id/vi7aawbooazt/artikel_195_armbestuur_en_opvoeding_der.

Een belangrijke wijziging werd doorgevoerd in 1917, naar aanleiding van de schoolstrijd die in de negentiende eeuw hevig woedde tussen liberalen (die vonden dat onderwijs levensbeschouwelijk neutraal moest zijn en, voor zover er al ruimte was voor bijzondere scholen, deze in ieder geval niet door de overheid moesten worden gefinancierd) en confessionelen (die juist vonden dat het onderwijs nauw verbonden kon en moest zijn met de kerk en ten minste op gelijke voet met het openbare onderwijs moest worden gefinancierd).¹⁵ De schoolstrijd werd uiteindelijk beslecht door de ‘pacificatie’ van 1917.¹⁶ Op dat moment werd er een nieuwe bepaling in de Grondwet opgenomen, toen artikel 192, waarin onder meer een recht stond om bijzondere scholen op te richten, net als een recht op vrije schoolkeuze voor de ouders en een recht op gelijke bekostiging voor openbare en bijzondere scholen door de overheid.¹⁷ De grondwetswijziging van 1917 is daarmee belangrijk voor het specifieke grondrecht op onderwijs en voor de godsdienstvrijheid. De achtergrond van de bepaling verklaart bovendien waarom deze grondrechtbepaling zoveel uitgebreider, gedetailleerder en langer is dan alle andere grondrechtenbepalingen uit de huidige Grondwet: het ging om een moeizaam bereikt compromis dat op een zo hoog mogelijk niveau moest worden vastgelegd. Dit maakt de bepaling ook in de huidige Grondwet nog steeds uniek.

Een tweede belangrijke wijziging die in 1917 werd doorgevoerd, betrof een aanpassing van het kiesstelsel, waarbij het actief en passief kiesrecht vergaand werden uitgebreid. Weliswaar werd het kiesrecht nog niet aan vrouwen toegekend, maar dat werd wel grondwettelijk mogelijk gemaakt.¹⁸

14.2.3 De grondwetswijzigingen van 1983

Het volgende belangrijke moment waarop de grondrechten uit de Grondwet onderhanden werden genomen is 1983. In wezen draaide de hele wijzigingsoperatie die toen plaatsvond – de grootste in de 175 jaar van het bestaan van de Grondwet van 1848 – om de modernisering van de grondrechtencatalogus.¹⁹ Over de aanpassingen is lang nagedacht door verschillende (staats)commissies en er is uitvoerig over geschreven.²⁰ Er bleek behoefte te bestaan aan een Grondwet waarin de grondrechten niet meer her en der ver-

¹⁵ Zie o.m. Postma 1995, p. 28.

¹⁶ Mentink en Vermeulen 2011, p. 17.

¹⁷ Zie veel uitgebreider Philipsen 2017, p. 47 e.v.

¹⁸ Zie art. 80 van de Grondwet van 1917.

¹⁹ Zie uitgebreid MvT, *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3.

²⁰ Staatscommissie-Van Schaik 1954; Werkgroep-Proeve 1963; staatscommissie-Cals/Donner 1969. Zie later ook bijv. Burkens 1989; Kortmann 1987.

spread stonden, maar bondig samen waren gebracht in een enkel hoofdstuk.²¹ Het belang van de grondrechten kwam tot uitdrukking in het feit dat de vernieuwde Grondwet met dit hoofdstuk opende. De catalogus zelf werd wat herordend en veel formuleringen werden aangepast. En passant werden daarbij wat inhoudelijke vernieuwingen doorgevoerd, zoals een herformulering van het discriminatieverbod en het gelijkheidsbeginsel naar de tekst van deze bepaling zoals die gold tot 2023.

Een tweede belangrijke wijziging was de uitbreiding van de grondrechtencatalogus met een aantal sociale grondrechten. Daar bestond destijds veel discussie over, maar in meerderheid vond men toch dat die grondrechten een plaats verdienden.²² Tegelijkertijd werd benadrukt dat de sociale grondrechten van duidelijk andere aard waren dan de klassieke, negatieve afweerrechten.²³ Net als voor het onderwijs en het ‘armbestuur’ al was vastgelegd in 1848, zouden ook andere onderwerpen, zoals huisvesting, zorg, vrije tijd en duurzaamheid, ‘voorwerp van voortdurende zorg’ voor de overheid moeten zijn.²⁴ Het ging dus om inspanningsverplichtingen die een richtsnoer konden vormen voor het overheidshandelen, maar die niet als subjectieve rechten afdwingbaar zouden zijn voor burgers bij een rechter.²⁵ Om het verschil te markeren met de klassieke grondrechten werden ze aan het einde van het nieuwe grondrechtenhoofdstuk ingevoegd,

-
- 21 De staatscommissie-Van Schaik stelde al voor om de grondrechten samen te bundelen in één hoofdstuk (‘Van de rechtswaarborgen’), zij het dat dit in haar voorstel nog het zevende hoofdstuk zou zijn en godsdienstvrijheid en onderwijsvrijheid volgens haar in afzonderlijke hoofdstukken zouden moeten worden vastgelegd. Ook wees zij op het probleem dat bij bundeling van grondrechtbepalingen de verbinding tussen de grondrechten en andere bepalingen verloren zou kunnen gaan (staatscommissie-Van Schaik 1954, p. 21-22). In de Proeve (1963) en door de staatscommissie-Cals/Donner (1969) werd voorgesteld om de grondrechten niet alleen te bundelen, maar ook naar voren te verplaatsen en op te nemen in het eerste hoofdstuk. Voor de Proeve lag hieraan de wens ten grondslag om aan de grondrechten ‘meer reliëf’ en een ‘duidelijk accent’ te geven (Proeve 1966, p. 46 en 52). Aanvankelijk was nog wel het idee om de sociale grondrechten een eigen plaats te geven, namelijk niet in hoofdstuk 1, maar in hoofdstuk 6 van de Grondwet (staatscommissie-Cals/Donner 1971).
- 22 Ook hier geldt dat de staatscommissie-Van Schaik in 1954 al met een eerste voorstel hiervoor kwam; zie het tiende hoofdstuk van de door haar voorgestelde grondwetstekst. Dit voorstel werd omarmd in de Proeve (1966, p. 44) en door de staatscommissie-Cals/Donner (1969, p. 29; 1971, p. 212). De staatscommissie-Cals/Donner bespreekt ook de gevoerde discussies hierover (1971, p. 213 e.v.).
- 23 Zie vooral de staatscommissie-Cals/Donner 1969, p. 35. Zij benadrukte dit verschil overigens vooral in het kader van de vraag of rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de grondrechten mogelijk moest zijn; dat was volgens een meerderheid van de commissie wel het geval voor de klassieke grondrechten, maar niet voor de sociale grondrechten. Volgens een minderheid van de commissie zou zelfs helemaal geen toetsingsmogelijkheid moeten worden ingevoerd (p. 35 e.v.). De voorstellen van deze staatscommissie voor herziening van hoofdstuk 1 waren op het uitgangspunt van de meerderheid afgestemd. Zo had het latere voorstel om de sociale grondrechten in een afzonderlijk (niet voor toetsing vatbaar) hoofdstuk op te nemen hiermee sterk te maken; zie staatscommissie-Cals/Donner 1971, p. 216-217.
- 24 Er werd voor gekozen om deze klassieke formulering te handhaven; zie bijv. staatscommissie-Cals/Donner 1971, p. 220.
- 25 Zie staatscommissie-Cals/Donner 1971, p. 219.

waarbij het – in formulering onveranderd gebleven – artikel 23 (dat al zo'n inspanningsverplichting bevatte) de overgang markeerde.²⁶

Een andere belangrijke ontwikkeling was dat er in de aanloop naar de grondwetswijziging van 1983 veel werd nagedacht en gesproken over algemene leerstukken van grondrechten. Vraagstukken over horizontale werking en uitleg van grondrechten werden daarbij uitdrukkelijk behandeld, net als vragen over de beperking van grondrechten.²⁷ Alleen de discussies over beperking en regulering van grondrechten kregen uiteindelijk een plaats in de tekst. Daarbij was het uitgangspunt dat de Grondwet leidend moest zijn voor de wetgever.²⁸ Die duidelijkheid werd verschaft door de bekende delegateterminologie te introduceren.²⁹ Is het mogelijk om de bevoegdheid om grondrechten te beperken te delegeren aan een lagere regelgever, dan komt dat tot uitdrukking in de formulering 'bij of krachtens de wet' of in een vorm van het werkwoord 'regelen' of van 'regels stellen'. Worden die bewoordingen niet gehanteerd, zoals in de formulering 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' of 'bij wet', dan is alleen de formele wetgever bevoegd om de uitoefening van grondrechten te reguleren. Daarbij werd in een aantal bepalingen, zoals die over de demonstratievrijheid en de godsdienstvrijheid, de vrijheid van de wetgever wel aan banden gelegd door een limitatief aantal omstandigheden of doelen voor beperking te formuleren.³⁰ Van eenheid in de formulering van de grondrechtenbepalingen is verder geen sprake. Voor veel bepalingen, zoals de vrijheid van drukpers, werd de formulering behouden zoals die in 1848 al in de Grondwet stond.³¹ In andere gevallen werden minimale procedurevoorschriften opgenomen, zoals in de bepalingen over het huisrecht (art. 12), het brief-, telefoon- en telegraafgeheim (art. 13), en onteigening (art. 14).

26 Zie over de gemaakte keuze om de sociale grondrechten een eigen plaats te geven om ze te onderscheiden van de klassieke grondrechten uitgebreid staatscommissie-Cals/Donner 1971, p. 216. Overigens werd in eerdere tekstvoorstellen art. 23 niet op dezelfde manier gehandhaafd; zie bijv. art. 7 van het voorstel van de staatscommissie-Cals/Donner (1969, p. 66-69).

27 Zie bijv. Werkgroep-Proeve 1963, p. 53-54 (waarin werd ingegaan op het verschil tussen algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten) en zie vooral staatscommissie-Cals/Donner 1969, p. 42 e.v.

28 Zij het dat in de Proeve en door (een meerderheid van) de staatscommissie-Cals/Donner werd aangenomen dat rechterlijke toetsing aan hoofdstuk 1 (de grondrechten) wel mogelijk moest worden (Werkgroep-Proeve 1963, p. 55 en art. 78 lid 2 van de voorgestelde Grondwet; staatscommissie-Cals/Donner 1969, p. 41).

29 Het voorstel daartoe werd al gedaan door de staatscommissie-Van Schaik in 1954: p. 24-25. Het werd overgenomen in de Proeve (1963) en door de staatscommissie-Cals/Donner (1969, p. 47).

30 Binnen de staatscommissie-Cals/Donner was er discussie over de vraag of er niet ook materiële richtsnoeren moesten worden opgenomen om de wetgever aan banden te leggen, bijvoorbeeld waar het gaat om uitzendvergunningen, maar dit voorstel is uiteindelijk niet overgenomen (1969, p. 75-76).

31 Met name de staatscommissie-Cals/Donner had voorgesteld om deze bepalingen te moderniseren; zie voor de uitingsvrijheid bijv. staatscommissie-Cals/Donner 1969, p. 69-76.

Al deze wijzigingen leidden tot een significante aanpassing van het grondrechtenhoofdstuk. Weliswaar betroffen veel van de wijzigingen relatief kleine verduidelijkingen en herschikkingen en werd de inhoud van de grondrechtenbepalingen niet wezenlijk veranderd, maar dat er op een aantal punten een verschuiving plaatsvond van ‘klassiek’ naar ‘modern’ kan zeker worden gezegd.

14.2.4 *De grondwetswijzigingen van 2022-2023*

Ook na 1983 zijn juristen en politici blijven pleiten voor nieuwe en soms verdergaande aanpassingen van het grondrechtenhoofdstuk. De verklaringen daarvoor komen hierna, in paragraaf 3, nog verder aan bod. Toch zijn in de veertig jaar na 1983 nauwelijks significante wijzigingen van het grondrechtenhoofdstuk doorgevoerd, althans tot 2022/2023. In dat jaar vond een vernieuwingsslag plaats, waarbij een grondrechtenbepaling werd toegevoegd (het recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter, art. 17 lid 2 Grondwet) en twee grondrechtenbepalingen werden gemoderniseerd (het discriminatieverbod van art. 1 Grondwet en het communicatiegeheim van art. 13 Grondwet).³² Daarnaast werd een algemene bepaling toegevoegd: ‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat’, die sinds 2022 de Grondwet opent.³³ Ook hier gaat het tegelijkertijd om relatief bescheiden aanpassingen, van beperkte omvang en met een beperkte praktische betekenis; de inhoud en formuleringen van de Grondwet van 1848 zijn ook in het grondrechtenhoofdstuk van de Grondwet van 2023 nog overal herkenbaar. Continuïteit is het toverwoord.

14.3 ... maar toch verouderd

In paragraaf 2 is gebleken dat vooral in de recentere geschiedenis, in 1983 en 2022/2023, pogingen zijn ondernomen om het grondrechtenhoofdstuk van de Grondwet ‘bij de tijd’ te brengen. Toch blijft de klacht terugkomen dat de grondwettelijke grondrechten-catalogus verouderd is. Dat heeft allicht te maken met het feit dat geen van beide wijzigingsrondes heeft geleid tot wezenlijke inhoudelijke veranderingen. Er leven daarvoor nog steeds politiek-normatieve en juridisch-conceptuele wensen om tot verdergaande aanpassingen te komen.³⁴

14.3.1 *Politiek-normatieve wensen*

In de eerste plaats is met enige regelmaat gezegd en geschreven dat de catalogus niet (meer) de huidige consensus over grondrechten representeert en dat die moet worden

32 Zie over deze wijzigingen nader de verschillende bijdragen in Gerards, Goossens en Van Vugt 2023. Zie over art. 17 lid 1 verder o.m. Julicher 2018.

33 Zie daarover o.m. Stremmler 2013, Goossens 2020 en Gerards 2013a.

34 Zie nader ook Julicher 2020, p. 9 (met verdere bronverwijzingen).

aangepast aan de opvattingen van de huidige tijd.³⁵ Gesteld is wel dat de grondrechten-catalogus onvolledig is, in die zin dat belangrijke grondrechten ontbreken.³⁶ Voor een klein deel is dat in 2022 ondervangen door het toevoegen van een recht op een eerlijk proces en door het aanpassen van de formulering van artikel 1 Grondwet aan hedendaagse opvattingen over discriminatie. De verlanglijst is echter veel langer. Een deel van de staatscommissie-Thomassen wees er in 2010 bijvoorbeeld op dat een recht op leven zou moeten worden toegevoegd, niet in het minst vanwege het fundamentele karakter van dat recht.³⁷ Eerder werd al bepleit dat een recht op veiligheid een plek moest krijgen (deels in reactie op de aanslagen van 11 september 2001)³⁸ en dat dierenrechten zouden moeten worden opgenomen.³⁹ Recenter zijn pleidooien gehouden voor het afzonderlijk beschermen van rechten van klokkenluiders, van een recht op openbaarheid van bestuur of van een recht op behoorlijk bestuur.⁴⁰ Ook die wensen reflecteren actuele en moderne discussies over de vraag welke rechten de overheid zou moeten beschermen en waar de grenzen van dat overheidshandelen liggen.

Een andere discussie heeft te maken met de manier waarop de huidige grondwetsbepalingen een eerder bestaande consensus representeren, terwijl die consensus nu niet meer op dezelfde manier lijkt te bestaan. Het bekendste voorbeeld daarvan is artikel 23 Grondwet. In paragraaf 14.2.2 bleek al dat die bepaling uitdrukking geeft aan een zwaarbevochten compromis dat in 1917 werd bereikt. In de afgelopen jaren is de bepaling steeds opnieuw ter discussie gesteld, omdat de balans die destijds werd gevonden tussen confessioneel en openbaar onderwijs misschien niet meer past bij de balans zoals we die nu willen zien.⁴¹ Sommigen willen graag vasthouden aan het klassieke artikel 23, anderen zouden er liefst zo snel mogelijk van af willen.⁴² De coronacrisis heeft ook laten zien dat de bijzondere positie van religieuze groeperingen en gebouwen lang niet altijd op instemming kon rekenen. Met name werd het vreemd en moeilijk te rechtvaardigen gevonden dat bijvoorbeeld concerten of samenkomsten van verenigingen volledig konden worden verboden, terwijl gelovigen nog net zo gemakkelijk als voor-

35 Zie nader Julicher 2020, p. 9-10 en de daar genoemde bronnen.

36 Zie o.m. staatscommissie-Thomassen, p. 57-59 en zie nader Nieuwenhuis 2011.

37 Staatscommissie-Thomassen, p. 65. Zie verder Peters e.a. 2009.

38 Zie nader bijv. Rimanque 2002; ROB 2005, p. 16; Gerards 2015; zie ook het in 2001 ingediende initiatiefvoorstel-Rietkerk tot opnemning van een bepaling over veiligheid in de Grondwet (*Kamerstukken II* 2001/02, 28036, nr. 1-3), dat na indiening overigens een stille dood is gestorven.

39 Zie nader bijv. Vink 2020. Eerder was er al een initiatiefvoorstel Halsema-Van Gent over dit onderwerp (*Kamerstukken II* 2006/07, 30900, nr. 1-5), maar dit heeft niet geleid tot een grondwetswijziging.

40 Zie voor het recht op behoorlijk bestuur Julicher 2019a.

41 In 2006 is wel een aanpassing van art. 23 Grondwet doorgevoerd om de zogenaamde 'samenwerkings-school' expliciet mogelijk te maken.

42 Bijv. Stevenson en Honingh 2021, p. 42-49; Hirsch Ballin 2021; Onderwijsraad 2020; Onderwijsraad 2019; Zoontjens 2019; Barkhuysen 2019.

heen in hun kerkgebouwen bij elkaar konden komen en hun psalmen of liederen konden zingen.⁴³

Op een vergelijkbare manier zijn de in 1983 toegevoegde bepalingen over sociale grondrechten al lange tijd controversieel. Hoewel nogal wat mensen blijven vasthouden aan het uitgangspunt dat dit alleen maar inspanningsverplichtingen zijn die door de wetgever moeten worden uitgewerkt,⁴⁴ zijn anderen van mening dat deze grondrechten al te vrijblijvend en voorwaardelijk zijn geformuleerd.⁴⁵ In het licht van veranderende opvattingen over de taak van de overheid om het leven en welzijn van mensen te faciliteren, zou het beter kunnen passen om duidelijkere en beter afdwingbare (minimum) verplichtingen te definiëren op het terrein van ‘opgaves’ zoals duurzaamheid en milieubescherming, huisvesting en zorg.⁴⁶

Ook op deze punten zijn er dus wensen van vernieuwing en aanpassing om de Grondwet in overeenstemming te brengen met hedendaagse eisen en ideeën, al bestaat er over al deze onderwerpen discussie.

14.3.2 *Juridisch-conceptuele wensen*

Een terugkerende klacht over de grondwettelijke grondrechtencatalogus betreft de bewoordingen ervan. Inmiddels is wel de formulering van artikel 13 Grondwet, dat het communicatiegeheim betreft, aangepast, onder meer door de sterk verouderde verwijzing naar technologieën als de telegraaf te schrappen.⁴⁷ Daardoor werd één van de wensen van de Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk (commissie-Franken) ingewilligd, zij het pas 22 jaar nadat die werd uitgesproken.⁴⁸ Veel van de andere tekortkomingen van de grondwettelijke formulering van grondrechten zijn echter nog steeds niet geadresseerd. Zo is zowel vanuit de commissie-Franken als vanuit de staatscommissie-Thomassen en door diverse wetenschappers gewezen op de verouderde formulering van de uitings-

43 Zie over deze discussie bijv. Vleugel 2021.

44 Kritisch over de plaats van sociale grondrechten in de Grondwet was altijd Tijn Kortmann; zie bijv. Kortmann 2008. Overigens heeft Paul van Sasse laten zien dat de gewenste wettelijke uitwerking maar in beperkte mate heeft plaatsgevonden; zie Van Sasse van Ysselt 2016.

45 Al in 1993 werd bij een evaluatie geconcludeerd dat de grondwettelijke bescherming van de sociale grondrechten weinig betekenis had; zie Gerbranda en Kroes 1993. Uit een volgende evaluatie in 2009 bleek dit opnieuw; zie Barkhuysen, Van Emmerik, Voermans e.a. 2009, p. 60-61.

46 Er worden inmiddels diverse pogingen ondernomen om de sociale grondrechten meer handen en voeten te geven. Zie o.m. Van Sasse van Ysselt 2016, p. 293. Zelfs de Raad voor de rechtspraak lijkt inmiddels positiever te staan tegenover rechterlijke toetsbaarheid van deze rechten; zie Rvdr 2022. Zie ook Leijten en Loven 2023, p. 113-116; Krommendijk 2022.

47 *Stb.* 2022, 334.

48 Nader hierover Jansen 2023; Koops en Passchier 2021; Julicher 2019b. Zie verder commissie-Franken 2000; Staatscommissie Grondwet 2010.

vrijheid.⁴⁹ Het klinkt heel mooi en klassiek om de ‘vrijheid van drukpers’ te beschermen ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ en om pal te staan voor een volledig verbod van voorafgaande beperkingen. In een tijd waarin door digitale ontwikkelingen nauwelijks meer onderscheid kan worden gemaakt tussen wat ‘voorafgaat’ aan een ‘publicatie’ en wat daarna volgt, is zo’n strikt censuurverbod echter nauwelijks meer waar te maken.⁵⁰ Ook op andere punten biedt artikel 7 Grondwet nauwelijks sturing en duidelijkheid – denk aan de uitzondering voor handelsreclame of aan het altijd al vage onderscheid tussen ‘openbaren’ en ‘verspreiden’ dat rechters uit arren moede hebben gemaakt ter verduidelijking van de tekst.⁵¹ Soortgelijke problemen zijn voor andere bepalingen vastgesteld.⁵² Allemaal hebben ze dus behoefte aan herformulering en vernieuwing.⁵³

Een tweede juridisch-conceptueel punt is inmiddels overbekend. Weliswaar heeft de grondwetgever in 1983 duidelijk gemaakt welke wetgevers welke aspecten van grondrechten mogen beperken en reguleren, en hier en daar is bepaald met het oog waarop die beperking en regulering mag plaatsvinden, maar daarbij houdt het voor wat betreft de richting die de Grondwet biedt wel op. Er staan geen materiële handvatten in de grondrechtencatalogus, in die zin dat bijvoorbeeld niet wordt vereist dat beperkende maatregelen een geschikt middel vormen om maatschappelijk zwaarwegende belangen te dienen of dat wordt nagegaan of de gekozen maatregel het minst belastende instrument is.⁵⁴ Evenmin wordt vereist dat bij maatregelen die grondrechten aantasten deugdelijk wordt onderzocht welke verschillende belangen precies op het spel staan en hoe die tegen elkaar moeten worden afgewogen. Een kernrechtbepaling, zoals die bijvoorbeeld wel in het Duitse *Grundgesetz* is vastgelegd, ontbreekt ook al.⁵⁵ Natuurlijk gelden deze vereisten als ongeschreven normen en beginselen en kunnen ze op die manier de wetgever en het bestuur sturen, en natuurlijk staan deze vereisten grotendeels in de Europese verdragen. Het is dus geen ramp dat onze Grondwet zich tot overwegend institutionele en formele vereisten beperkt. Tegelijkertijd verhoudt de situatie zich wat ongemakkelijk tot de functie van de Grondwet om het overheidshandelen te machtigen, te sturen én te beperken. Basisnormen over hoe de Nederlandse instituties zich hebben te gedragen bij het respecteren en beschermen van de materiële rechtsstatelijke kern-

49 Zie vanuit de wetenschap o.m. Julicher 2019c.

50 Julicher 2019c. Zie ook al Dommering 2003.

51 Zie uitgebreid Vermeulen (online, Nederlandsrechtsstaat.nl).

52 Rondom de coronacrisis, dus tussen 2020-2022, zijn er bijvoorbeeld veel vragen opgekomen rondom het recht op respect voor de lichamelijke integriteit. Daarnaast was er veel te doen rondom het communicatiegeheim zoals dat tot 2022 was vastgelegd in art. 13 Grondwet. Zie daarover nader, met talrijke bronverwijzingen, Julicher 2019b.

53 Zie ook bijv. Custers 2019.

54 Zie kritisch daarover o.m. Leijten en Loven 2023; Vetzo 2022; Gerards 2016.

55 Art. 19 lid 2 van de Duitse grondwet; zie nader daarover o.m. Leijten 2018.

waarden – in de vorm van de grondrechten – ontbreken. Dat verklaart de diepgevoelde wens van veel staatsrechtwetenschappers om dit soort materiële vereisten nu toch maar eens toe te voegen.⁵⁶

14.4 De grondrechtencatalogus als ondergeschoven kindje

14.4.1 Voorkeur voor verdragsbepalingen

Het is een bekend gegeven dat de grondrechten uit de Grondwet in de rechtspraak geen rol van betekenis spelen. Advocaten roepen de grondwettelijke bepalingen hoogst zelden in en beperken zich meestal tot het EVRM of het EU-Grondrechtenhandvest of – als dat toevallig meerwaarde heeft – tot een van de VN-mensenrechtenverdragen.⁵⁷ Rechters voelen zich zelden genoodzaakt of geprikkeld om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen en ook de Grondwet in hun overwegingen te betrekken. Wetgevingsjuristen schrijven in de grondrechtenparagrafen van memories van toelichting ijverig over de verhouding van hun wet tot de Europese grondrechteninstrumenten, maar laten de Grondwet in veel gevallen buiten beschouwing. Ook in debatten in de Tweede Kamer speelt de Grondwet niet altijd een rol, maar ligt het EVRM op ieders lippen. Het is dus niet onredelijk om te stellen dat de grondwettelijke grondrechtencatalogus een ondergeschoven kindje is.⁵⁸ Het is welbekend dat het EVRM voor Nederland fungeert als een soort ‘quasi-grondwet’ en in de afgelopen jaren is ook het EU-Grondrechtenhandvest door steeds meer juristen enthousiast omarmd.⁵⁹

Helemáál waar is het overigens niet dat de Grondwet stelselmatig wordt overvleugeld door de Europese grondrechtenverdragen. De recente ervaringen tijdens de coronapandemie hebben laten zien dat de Grondwet wel degelijk meerwaarde kan hebben. Het recht op lichamelijke integriteit wordt er bijvoorbeeld duidelijker in beschermd dan in het EVRM. Ook is er terecht op gewezen dat de vrij strenge delegatietermnologie een belangrijk houvast bood waar het ging om de vraag wie nu eigenlijk bevoegd was om bepaalde vrijheidsbeperkende maatregelen op te leggen: de gemeenten, de veiligheidsregio's of toch de formele wetgever. Opeens werd in gerechtelijke procedures dan ook de

56 Zie Julicher 2019b; zie daarnaast Staatscommissie Grondwet 2010, p. 54 en bijv. C. Zoethout, ‘Goed plan om alle rechters aan de Grondwet te laten toetsen. Maar wel eerst de grondrechten herformuleren’, *NJB* 2022, nr. 26, p. 2072-2073.

57 In een al eerder onderzoek concludeerde ik op basis van een onderzoek van 144 grondrechtuitspraken dat er maar drie zaken waren waarin de Grondwet werd ingeroepen en niet ook een EVRM-bepaling; zie Gerards 2012, p. 29.

58 Zie eerder al Nieuwenhuis en Dragstra 2008.

59 Zie voor deze kwalificatie o.m. Gerards en Claes 2012.

Grondwet ingeroepen, wat tot een bescheiden opleving van de belangstelling voor dit document heeft geleid.

Daarnaast speelt de Grondwet een rol in zaken waarin grondrechten worden beschermd op een andere of verdergaande manier dan in de Europese verdragen. In kwesties met betrekking tot onderwijs speelt artikel 23 Grondwet stelselmatig een belangrijke rol en artikel 2 Eerste Protocol EVRM wat minder. Ook in specifieke zaken over de uitingsvrijheid, met name zaken over voorafgaande beperkingen, wordt artikel 7 Grondwet nog wel eens ingeroepen omdat het verdergaande bescherming biedt dan artikel 10 EVRM.⁶⁰ Maar toch: gaat het bijvoorbeeld over academische vrijheid, dan biedt artikel 11 EU-Grondrechtenhandvest duidelijker aanknopingspunten, en gaat het over disciplinaire uitsluiting van leerlingen of om thuisonderwijs om religieuze redenen, dan blijkt de EHRM-rechtspraak toch wel weer interessant.

14.4.2 Verklaringen voor de beperkte rol van de grondwettelijke grondrechtencatalogus

De vraag hoe het kan dat de Grondwet zo'n beperkte rol speelt in de juridische werkelijkheid is al vaak gesteld. Het antwoord daarop luidt vaak dat dit te maken heeft met het verbod van toetsing van formele wetgeving aan de grondwettelijke grondrechten. Dat maakt dat rechters noodzakelijkerwijze moeten grijpen naar artikelen 93 en 94 Grondwet als zij van oordeel zijn dat een formele wet in strijd is met een grondrecht, en dat ze dan dus moeten toetsen aan het EVRM of een VN-verdrag. Tegelijkertijd is dat een al te gemakkelijke verklaring. Rechters toetsen eigenlijk maar zelden expliciet formele wetgeving aan grondrechtenbepalingen.⁶¹ Veel vaker toetsen ze lagere regelgeving en vooral besluiten die uit die wetgeving voortvloeien. Artikel 120 Grondwet staat niet in de weg aan het opzijzetten van zo'n lagere regeling of bestuursbesluit wegens strijd met een grondrecht dat in de Grondwet is vastgelegd. Ook kan artikel 120 Grondwet het gebrek aan belangstelling van wetgevings- en beleidsjuristen voor de Grondwet niet verklaren: zij zouden de Grondwet juist hoog moeten houden.

Een belangrijker verklaring voor de beperkte praktische betekenis van de Grondwet ligt dan ook elders. Het EHRM, en inmiddels ook het HvJ EU, doen een veelheid van uitspraken over allerhande grondrechtenkwesties, waarbij ze handzame en overtuigende criteria, toetsen en factoren ontwikkelen die ook voor nationale juristen goed bruikbaar zijn.⁶² Soortgelijke criteria zijn er voor de grondwettelijke grondrechten niet of

⁶⁰ Hof Den Haag 29 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:3545, NJ 2017/55.

⁶¹ Gerards 2012, p. 31.

⁶² Gerards 2012, p. 32 e.v. Zie ook Gerards 2013b, p. 27; daar blijkt dat er ook de nodige ruimte is voor nationale rechters om de EHRM-criteria op de eigen nationale en procedurele context toe te snijden.

nauwelijks. Juristen lijken met de concrete stappenplannen en specifieke vereisten van de Europese rechters bovendien beter uit de voeten te kunnen dan met de – toch altijd wat vage en ingewikkelde – Nederlandse leerstukken als die van algemene en bijzondere beperkingen, de redelijke grondwetsuitleg of het door de grondwetgever voorgestelde spectrum van verticale naar horizontale werking.⁶³ Die leerstukken worden op universiteiten nog wel gedoceerd, maar ook de universitaire docenten lijken liever te grijpen naar de bekende beperkingscriteria van het EVRM of de leer van de positieve verplichtingen. Net beginnende juristen hebben daardoor al een beter beeld van wat het EVRM inhoudt dan wat ze aan kunnen vangen met de grondwettelijke grondrechten.⁶⁴ Die zijn mooi als symbool, maar niet hándig. Het is dan ook niet gek dat de Europese grondrechtenbepalingen een hoofdrol zijn gaan spelen en dat de Grondwet voor de praktijk nauwelijks iets te betekenen heeft.

14.5 Conclusie en vooruitblik

Net als de Grondwet zelf is de grondrechtencatalogus mooi en eerbiedwaardig. Al 175 jaar lang liggen er belangrijke basisnormen vast in de Grondwet, die bovendien met enige regelmaat zijn aangevuld en herzien. Tegelijkertijd is er ook hier de typische paradox van de Grondwet: de tekst is mooi en de status is hoog, maar de praktische betekenis is beperkt. De grondrechtencatalogus volgt niet gemakkelijk de maatschappelijke consensus over welke grondrechten moeten worden erkend, beschermd en gerespecteerd. Mondjesmaat worden er nieuwe grondrechtenbepalingen toegevoegd, maar de lijst van onvervulde wensen is lang. Formulerings van grondrechten zijn verouderd, materiële criteria voor regulering en bescherming ontbreken, en de Europese grondrechtenverdragen – die wél al die voordelen hebben van moderniteit, duidelijkheid en materiële criteria – hebben in de loop van de tijd steeds meer aan populariteit gewonnen. Daardoor dreigt de Grondwet weg te zakken in het moeras van praktische irrelevantie.

Toch is dat niet het hele verhaal. Hoewel vaak wordt getwijfeld aan de symbolische betekenis van de Grondwet, is die er voor de grondrechten zeker. Weliswaar weten juristen vaak beter de EVRM-bepalingen te benoemen dan die uit de Grondwet, vrijwel iedereen – inclusief niet-juristen – weten dat artikel 1 gaat over discriminatie. Ook weet de gemiddelde inwoner van Nederland dát onze grondrechten door de Grondwet worden beschermd. De ervaringen tijdens de coronapandemie hebben bovendien laten zien dat we de Grondwet weten te vinden als het nodig is en dat die Grondwet meerwaarde heeft. Daarmee heeft de grondwettelijke grondrechtencatalogus wel degelijk de waarde en

⁶³ Zie over die leerstukken o.m. Burkens 1989.

⁶⁴ Gerards 2013b, p. 31.

functie die grondrechten in de meeste grondwetten hebben: ze laten duidelijk zien wat in een staat belangrijk wordt gevonden en waarnaar de overheid zich in haar handelen naar moet richten. Zonder grondrechtencatalogus zou de Grondwet een kale bedoening zijn en zou al te gemakkelijk het beeld kunnen rijzen dat overheidsorganen, inclusief de wetgever, mogen doen wat hen op een bepaald moment goedgeunkt.

Precies deze functie en betekenis van de grondrechten en de Grondwet maken tegelijkertijd dat de klachten over beperkingen van de grondrechtencatalogus serieus moeten worden genomen. Het is hoog tijd voor verdere modernisering van verouderde bepalingen en voor toevoeging van een aantal nieuwe. Als de dynamiek van het afgelopen jaar op dit punt wordt voortgezet, is de Grondwet goed voorbereid voor de toekomst.

Literatuur

- B. Ackerman, *We the People: Foundations*, Cambridge: MA The Belknap Press of Harvard University Press 1991.
- T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, W.J.M. Voermans e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd: anker- of verdwijnpunt?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.
- T. Barkhuysen, 'Artikel 23 Grondwet: struikelblok voor democratisch, rechtsstatelijk en inclusief onderwijs?', *NJB* 2019 (17), p. 1227.
- M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.
- W.D. Burnham, 'Constitutional Moments and Punctuated Equilibria: A Political Scientist Confronts Bruce Ackerman's *We the People*', *Yale Law Journal*, 1999 (108), p. 2237-2277.
- I. Cameron en T. Bull, 'Sweden', in: J.H. Gerards en J.W.L. Fleuren (red.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case-law. A Comparative Analysis*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 261-295.
- P.B. Cliteur en W.J.M. Voermans, *Preambles*, Deventer: Kluwer 2008.
- Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk, *Rapport*, Den Haag 2000.
- B.H.M. Custers, 'Nieuwe digitale (grond)rechten', *NJB* 2019 (44), p. 3288-3295.
- E.J. Dommering, 'Grensoverschrijdende censuur: Het EVRM en de oude en nieuwe media', *Auteurs & Media* 2003.
- G. García Pino, M. Henríquez Viñas en S. Salazar Pizarro, 'Third Time's a Charm? Chile Embarks on a New Constitution-making Process', *ConstitutionNet* 3 februari 2023, <https://constitutionnet.org/news/third-times-charm-chile-embarks-new-constitution-making-process>.
- J.H. Gerards, 'Oordelen over grondrechten – rechtsvinding door de drie hoogste rechters in Nederland', in: H. den Tonkelaar en L. de Groot (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-51.

- J.H. Gerards, 'Een algemene bepaling in de Grondwet?', in: *De Grondwetsherziening van 1983: 30 jaar oud of 30 jaar jong?*, Den Haag: Ministerie van BZK 2013a, p. 14-25.
- J.H. Gerards, 'Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Rechtstreeks* 2013b (3), p. 17-39.
- J.H. Gerards, 'Veiligheid, grondrechten en de rechter', Rechtspraaklezing 2015, *Rechtstreeks* 2015 (speciaal nummer).
- J.H. Gerards, 'The Irrelevance of the Netherlands Constitution, and the Impossibility of Changing it', *Revue Interdisciplinaire d'études Juridiques* 2016 (77), p. 209-233.
- J.H. Gerards en M.C. Claes, 'Bescherming van fundamentele rechten post-Lissabon. De interactie tussen het EU Handvest voor de grondrechten, het EVRM en de Grondwet', *SEW – Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht* 2012, p. 270-279.
- J.H. Gerards, J. Goossens en E.Y. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom juridisch 2023.
- Tj. Gerbranda en M.M. Kroes, *Grondrechtenevaluatieonderzoek: Eindrapport*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1993.
- J. Goossens, 'Invoering van een algemene bepaling of preambule bij de Nederlandse Grondwet. Looking back and going forward', in: N.S. Efthymiou, P.W.A. Huisman en L. van Kalken (red.), *De vele facetten van het staatsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. dr. R. de Lange*, Nijmegen: Wolf 2020, p. 35-56.
- M. den Heijer, A.W. Hins en A.J. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken Grondrechten* (5^e druk), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021.
- A.W. Heringa, *Constitutions Compared. An Introduction to Comparative Constitutional Law* (6^e druk), Den Haag: Eleven Publishing 2023.
- E. Hirsch Ballin, 'Anders denken over artikel 23 Grondwet', in: C. Hermans (red.), *Vrijheid voor onderwijs: Een uitnodiging tot wisseling van perspectief*, Eindhoven: Damon 2021, p. 86-100.
- R.H.T. Jansen, 'De modernisering van artikel 13 Grondwet. Een techniekonafhankelijke bescherming van het communicatiegeheim', in: J.H. Gerards, J. Goossens en E. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 177-204.
- M.M. Julicher, 'Het recht op een eerlijk proces in het EVRM, het Handvest en ... de Grondwet!', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2018, p. 36-57.
- M.M. Julicher, 'Hoe behoorlijk is de Grondwet?', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2019a, p. 441-449.
- M.M. Julicher, 'De wijziging van het communicatiegeheim in de Grondwet: een gemiste kans?', *NTM/NJCM-Bulletin* 2019b (2), p. 129-158.
- M.M. Julicher, 'Red het censuurverbod: schaf het af!', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2019c, p. 184-210.
- M.M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?* (diss. Utrecht), 2020.

- E.J. Koops en R. Passchier, 'Artikel 13 – Vertrouwelijke communicatie', in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G. Leenknegt (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 326-332.
- C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987.
- C.A.J.M. Kortmann, *Wegwerprecht, oude dame of frisse juf? 25 jaar Grondwet 1983*, Den Haag: BZK 2008.
- J. Krommendijk, 'Meer rechtsbescherming, maar niet teveel. De jammerlijke uitsluiting van constitutionele toetsing aan sociale grondrechten', *NJB* 2022 (26), p. 2070-2071.
- A. Nieuwenhuis en L. Dragstra, 'Van minimum, tekort en meerwaarde. Een vergelijking tussen de grondwettelijke bescherming van grondrechten en de bescherming op grond van het EVRM', *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2008, p. 11-74.
- A.E.M. Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.
- A.E.M. Leijten en C.M.S. Loven, 'Rechterlijke toetsing aan de grondwettelijke grondrechtenbepalingen: daadwerkelijke meerwaarde verlangt meer dan het afschaffen van het toetsingsverbod', in: J.H. Gerards, J. Goossens en E. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 97-122.
- Mentink, D. en Vermeulen, B.P. (2011), *Artikel 23 Grondwet. De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu 2011.
- A.J. Nieuwenhuis, 'Uitbreiding van de nationale grondrechtencanon? Over de opname van nieuwe grondrechten in de Grondwet', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011, p. 254-264.
- Onderwijsraad, *Onderwijsvrijheid én overheidszorg. Spanning in artikel 23*, Den Haag: Onderwijsraad 2019.
- Onderwijsraad, *Grenzen stellen, ruimte laten. Artikel 23 Grondwet in het licht van de democratische rechtsstaat*, Den Haag 2020.
- J.A. Peters e.a., *Het recht op leven in de Nederlandse Grondwet. Een verkennend onderzoek*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2009.
- Philipsen, S., *De vrijheid van schoolstichting. Over de reikwijdte van de vrijheid van stichting in het basis- en voortgezet onderwijs* (diss. Rotterdam), 2017.
- Postma, A., *Handboek van het Nederlandse Onderwijsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- K. Rimanque (red.), *Het recht op veiligheid*, Antwerpen: ICM en Maklu 2002.
- Raad voor het Openbaar Bestuur, *Tussen oorlog en vrede. Kader voor een balans tussen vrijheidsrechten en veiligheid*, Den Haag 2005.

- Raad voor de rechtspraak, *Zienswijze van de Rechtspraak op rechterlijke constitutionele toetsing*, 27 mei 2022, via www.nederlandsegrondrechten.nl/images/pdf/Raad_voor_de_Rechtspraak_-_Constitutionele_toetsing.pdf.
- P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Realisering van grondwettelijke sociale grondrechten; wetgever, ubi est?', *RegelMaat* 2016 (31), p. 281-294.
- Ontwerp-Grondwet behorende bij het eindrapport van de Staatscommissie tot herziening van de Grondwet (Staatscommissie-Van Schaik), ingesteld bij K.B. van 17 april 1950, januari 1954, NL-HaNA, BiZA/Wetgeving, 2.04.62, inv. nr. 114.
- Staatscommissie-Cals/Donner, *Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken/Staatsuitgeverij 1969.
- Staatscommissie-Cals/Donner, *Eindrapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken/Staatsuitgeverij 1971.
- Staatscommissie Grondwet, *Rapport, Kamerstukken II 2010/11, 31570, nr. 17* (bijlage).
- M. Stremler, "De kernbeginselen van onze Grondwet": De algemene bepaling in historisch-constitutioneel perspectief', in: J.H. Gerards, J. Goossens en E. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 143-176.
- L. Stevenson en M. Honingh, 'Hoe verder met artikel 23? Regulering in de laatmoderniteit', *Liberale Reflecties* december 2021, p. 42-49.
- M. Vetzo, 'Constitutionele toetsing anno 2022: tussen dikastocratie en toeslagenschandaal', *Ars Aequi* 2022, p. 912-919.
- J. Vink, *The Open Society and Its Animals*, Cham: Palgrave MacMillan 2020.
- J. Vleugel, 'Coronamaatregelen en godsdienstige bijeenkomsten?', *NJB* 2021, p. 594-600.
- W.J.M. Voermans, M. Stremler en P. Cliteur, *Constitutional Preambles. A Comparative Analysis*, Edward Elgar 2017.
- B.P. Vermeulen, 'Artikel 7 – Vrijheid van meningsuiting', in: *Nederland Rechtsstaat*, online, www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/inleiding-bij-hoofdstuk-1-grondrechten/artikel-7-grondwet-vrijheid-van-meningsuiting/#het-verband-tussen-het-openbarings-en-het-verspreidingsrecht en www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/inleiding-bij-hoofdstuk-1-grondrechten/artikel-7-grondwet-vrijheid-van-meningsuiting/#uitzondering-voor-handelsreclame-artikel-7-vierde-lid-grondwet.
- Werkgroep 'Proeve van een nieuwe Grondwet', *Proeve van een nieuwe Grondwet*, plenair verslag 1963, NL-HaNA, BiZa/Grondwetszaken, 5068.5283, inv. nr. 31.
- P.J.J. Zoontjens, *Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

15

Grondrechten als basis van de vrijheid

Annelien de Dijn

15.1 Inleiding

Sinds de herziening van 1983 staan in de Nederlandse constitutie de grondrechten voorop. Terwijl oudere versies van de constitutie nog begonnen met een hoofdstuk waarin ‘het Rijk en zijn inwoners’ werden beschreven (‘Het Koninkrijk der Nederlanden omvat het grondgebied in Europa, benevens de koloniën en bezittingen in andere werelddelen’), bestaat het eerste hoofdstuk van de Grondwet van 1983 uit een opsomming van 23 grondrechten, beginnend met het recht op gelijke behandeling (art. 1) en eindigend met het recht op vrijheid van onderwijs (art. 23).¹

Door de grondrechten tekstueel voorop te stellen, wilde de wetgever een stevig basis geven aan de vrijheid van Nederlandse burgers en inwoners. In hun memorie van toelichting bij het voorstel om een verandering in de Grondwet in overweging te nemen, stelden minister-president J.M. den Uyl, minister W.F. de Gaay Fortman en staatssecretaris H.J. Zeevalking dat ‘de grondrechten een bijzonder belangrijke plaats in ons rechtsbestel toekomt,’ want ‘grondrechten hebben tot doel bij te dragen aan de ontplooiing van elk individu naar eigen geaardheid door hem in een aantal facetten van zijn persoonlijk leven te beschermen, zoals zijn intimiteit, zijn uitingsmogelijkheden, zijn deelname aan het openbare leven.’ Doel was dus ‘de bescherming van de vrijheidssfeer van de burger’.²

Maar wat wordt precies bedoeld met de ‘vrijheid van de burger’? En op welke manier beschermen grondrechten deze vrijheid? Het antwoord op deze vragen is complexer dan men op het eerste gezicht zou denken. In het debat over grondrechten wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen de zogenaamd ‘klassieke’ grondrechten en sociale rechten. De eerste zouden bijdragen tot de bescherming van de negatieve, de tweede tot de positieve vrijheid van de burgers. Maar er is nog een ander onderscheid te maken: tussen democratische rechten en individuele rechten, dat op zijn beurt samenhangt met het verschil tussen collectieve, democratische vrijheid en de individuele vrijheid.

¹ Ernst Hirsch Ballin, ‘Hoofdstuk 1 Grondrechten’, in: Gert-Jan Leenknecht en Ernst Hirsch Ballin (red.), *Nederland Rechtsstaat: Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse grondwet* (webeditie).

² *Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3.*

Ik zal betogen dat dit onderscheid in wezen fundamenteeler van aard is dan het onderscheid tussen klassieke en sociale rechten, en dat de democratische grondrechten bovendien speciale bescherming verdienen.

15.2 'Klassieke' versus sociale grondrechten

In het debat over de aard en functie van grondrechten wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen de zogenaamd 'klassieke' grondrechten en de sociale rechten.³ Klassieke rechten zouden de overheid opdragen iets niet te doen (onthoudingsplicht); zij beschermen de burger tegen overmatige inmenging van de overheid in de privé sfeer. Daarmee zouden zij bijdragen aan wat de Britse filosoof Isaiah Berlin heeft omschreven als de 'negatieve' vrijheid van de burger: de vrijheid als afwezigheid van belemmeringen, *freedom from*. Voorbeelden van dergelijke klassieke rechten zijn de vrijheid van godsdienst, van meningsuiting en van vereniging.

Deze rechten zouden klassiek zijn, omdat ze al in de achttiende en negentiende eeuw werden geproclameerd; de Franse Verklaring van de Rechten van de Mens en de Burger (1789) en de Amerikaanse *Bill of Rights* (1791) zouden de eerste staatsrechtelijke formuleringen van deze rechten zijn. In de Nederlandse context wordt de Bataafse Verklaring van de Rechten van de Mens en de Burger uit 1795 gezien als de eerste poging om deze rechten een staatsrechtelijke grondslag te geven.

Sociale rechten daarentegen zouden een andere rol van de overheid vereisen. Om de sociale rechten van burgers te garanderen, zoals bijvoorbeeld het recht op werk of het recht op huisvesting, zou de overheid zich niet eenvoudigweg moeten onthouden van bepaalde interventies, maar zich juist actief moeten opstellen. De overheid zou daarmee een zorgplicht krijgen in plaats van een onthoudingsplicht. Door het recht op werk, of het recht op huisvesting als een grondwettelijk recht te identificeren, zou het 'bevorderen van de werkgelegenheid' of het 'bevorderen van voldoende woongelegenheid' tot de kerntaken van de overheid worden gemaakt. Sociale rechten zouden ook veel jonger zijn dan de klassieke grondrechten. Over het algemeen wordt aangenomen dat deze rechten pas na de Tweede Wereldoorlog staatsrechtelijke verankering kregen. Zij worden daarom ook vaak tweede-generatierchten genoemd.⁴

3 Voor dit onderscheid in commentaren op de Nederlandse Grondwet, zie bijv. A.K. Koekoek en W. Konijnenbelt, 'Het raam van hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet', in: A.K. Koekoek e.a. (red.), *Grondrechten, Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet (Jeukens-bundel)*, Nijmegen 1982, p. 4-7; C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer 1987, p. 40-41.

4 Bijv. Karel Vasak, 'Human Rights: A Thirty-Year Struggle', 30 *UNESCO Courier* november 1977, p. 29-32.

Net zoals de klassieke burgerrechten zouden de sociale rechten bijdragen aan de bescherming van de vrijheid van de burger, maar dan wel van een heel ander soort vrijheid: niet de negatieve vrijheid, maar de positieve vrijheid. Deze vorm van vrijheid, door Berlin ook omschreven als de *freedom to*, behelst de vrijheid om iets te doen, en met name om jezelf maximaal te ontplooiën. Aan dit soort vrijheid zou overheidsinterventie juist bijdragen doordat de staat de voorwaarden helpt creëren waarbinnen je jezelf kan ontplooiën, bijvoorbeeld door iedereen gelijke toegang te geven tot werk van een bepaalde kwaliteit (*decent work*).

Op het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten – en het daarmee samenhangende onderscheid tussen negatieve en positieve vrijheid – is echter ook veel kritiek geformuleerd.⁵ Het idee dat beide typen rechten om een totaal andere rol van de overheid vragen, lijkt bij nader inzien moeilijk houdbaar. Zo wijzen verschillende auteurs erop dat niet alleen de bescherming van sociale rechten, maar ook van de meeste klassieke rechten een actieve rol van de overheid kan vragen. Het recht op bezit, bijvoorbeeld – één van de klassieke grondrechten – biedt burgers niet alleen bescherming tegen onrechtmatige onteigening door de overheid, maar leidt ook tot de opbouw van een heel justitieel apparaat om eigenaars te beschermen tegen andere burgers.

Omgekeerd is het ook zo dat de bescherming van sociale rechten net zo goed een afwezigheid van staatsdwang kan impliceren. Als we ervan uitgaan dat het uitoefenen van werk van een bepaalde kwaliteit belangrijk is voor de menselijke ontplooiing, dan volgt daaruit dat je, om dit recht te beschermen, in eerste instantie zelf in alle vrijheid je beroep moet kunnen kiezen. De afwezigheid van staatsdwang is dus van cruciaal belang voor de uitoefening van dit recht.

Vanuit theoretisch perspectief is het onderscheid tussen klassieke en sociale rechten dus moeilijk hard te maken. Daarnaast is deze typologie ook vanuit historisch oogpunt betwistbaar. Het idee dat beide typen rechten op andere momenten in de tijd zouden zijn ontstaan – en meer bepaald dat de uitvinding van de zogenaamd klassieke vrijheidsrechten vooraf zou zijn gegaan aan de strijd voor sociale rechten – is een mythe eerder dan realiteit.⁶ Sociale rechten zijn geen tweedegeneratierechten, zo hebben historici aangetoond, maar ontstonden gelijktijdig met claims op burgerlijke en politieke

5 Zie bijv. Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford 2008; Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton 1996.

6 Steven Jensen en Charles Walton, 'Not "Second-Generation Rights": Rethinking the History of Social Rights', in: Steven Jensen en Charles Walton (red.), *Social Rights and the Politics of Obligation in History*, Cambridge 2022, p. 1-26.

rechten. Tijdens de Franse Revolutie werd niet alleen het recht op bezit of gewetensvrijheid grondwettelijk verklaard. Ook verklaarde artikel 21 van de Verklaring van de Rechten van de Mens en de Burger, in 1793 uitgevaardigd door de Jacobijnse Conventie, dat *'la société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler'*.⁷ De Bataafse Staatsregeling van 1798 bevatte eveneens sociale rechten. Zo verklaarde artikel 47 dat burgers recht hebben op werk, of, in afwezigheid daarvan, op publieke bijstand: 'De Maatschappij, bedoelende in alles de welvaart van al haare Leden, verschafft arbeid aan den Nijveren, onderstand aan den Onvermogenen', hoewel daar wel zuinigjes aan werd toegevoegd dat 'Moedwillige lediggangers' werden uitgesloten van de bijstand.⁸

Kortom, bij het veel gemaakte onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten kunnen zowel op inhoudelijke als op historische gronden allerlei kanttekeningen gemaakt worden. Toch wil dat niet zeggen dat alle grondrechten dezelfde functie hebben. Grondrechten zoals het stemrecht of het demonstratierecht spelen een cruciale rol bij de bescherming van de democratische vrijheid van de burgers. Daarmee verschillen zij fundamenteel van andere grondrechten, zoals de vrijheid van godsdienst of de onaantastbaarheid van het lichaam, die de individuele vrijheden van burgers beschermen. Naast het onderscheid tussen klassieke en sociale rechten is dus ook een ander, meer fundamenteel onderscheid te maken: tussen collectieve, democratische rechten en individuele rechten.

15.3 Democratische en individuele rechten

In de artikelen 4 tot en met 9 van de Nederlandse Grondwet wordt een aantal rechten opgesomd die we kunnen omschrijven als democratische rechten (art. 4: kiesrecht, art. 5: petitierecht, art. 7: vrijheid van drukpers, art. 8: vrijheid van vereniging, art. 9: vrijheid van vergadering en betoging). Typerend voor democratische rechten is dat zij de burgers rechten geven niet *tegenover* de staat, maar *over* de staat. Zij geven burgers het vermogen controle uit te oefenen over degenen die aan de knoppen van de macht zitten, en beschermen zo de democratische vrijheid: de vrijheid om te leven onder wetten en regels die je mee vorm hebt kunnen geven.⁹

7 'Constitution du 24 juin 1793', oline geraadpleegd op www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793.

8 'Staatsregeling van 1798: eerste Grondwet met democratisch bestel', online geraadpleegd op www.denederlandsegrondwet.nl/id/vi42bzpswzn/staatsregeling_van_1798_eerste_grondwet.

9 Voor het begrip 'democratische vrijheid' en het onderscheid met 'individuele vrijheid', zie Annelien de Dijn, *Freedom: An Unruly History*, Boston 2020.

Zo laat het kiesrecht burgers toe controle uit te oefenen over de volksvertegenwoordigers die in hun naam de macht uitoefenen. Het petitierecht geeft burgers de mogelijkheid de overheid te interpellieren over bepaalde issues en zo hun stem rechtstreeks te laten horen. De vrijheid van vereniging, alsook die van vergadering en betoging, geeft burgers het recht zich te organiseren om hun ideeën en belangen in de publieke ruimte te laten weerklinken, en op die manier impact uit te oefenen op het beleid. De vrijheid van drukpers, ten slotte, laat burgers en in het bijzonder journalisten toe om misstanden aan te kaarten, en zodoende de overheid te controleren.

Daarnaast is ook typerend voor deze rechten dat zij collectief worden uitgeoefend. Dat is evident in het geval van artikelen 8 en 9 (vrijheid van vereniging, vergadering en betoging); deze rechten zijn onmogelijk uit te oefenen tenzij samen met anderen. Maar ook artikelen 4, 5 en 7 zijn in wezen collectieve rechten. Om het stemrecht, het petitierecht of de vrijheid van drukpers effectief te maken, moeten deze rechten door grote groepen mensen, of zelfs door de gehele Nederlandse bevolking worden uitgeoefend. Als slechts een kleine minderheid van de Nederlanders zou gaan stemmen, zou de uitslag van die stembusgang weinig waarde hebben. Net zo heeft een petitie die slechts door één persoon wordt ondertekend weinig betekenis. Het petitierecht komt met andere woorden wel toe aan individuele burgers, maar als dit recht niet collectief wordt uitgeoefend, heeft het weinig betekenis. De vrijheid van drukpers ten slotte heeft tot doel om burgers te informeren over misstanden en daarmee ook tot collectieve actie te mobiliseren.

Daarmee verschillen de democratische, collectieve rechten op fundamentele wijze van andere rechten, zoals het recht op godsdienstvrijheid of het bestaansrecht. Deze rechten – of ze nu klassiek of sociaal zijn – geven individuele burgers de mogelijkheid om bepaalde claims te leggen op de overheid. Zij stipuleren dat het individu recht heeft op een bepaalde behandeling door de overheid. Zo beschermen zij de individuele vrijheid van burgers: de vrijheid om je leven vorm te geven zonder dwang door anderen, zij het door de overheid of door andere machtige entiteiten zoals grote bedrijven. Zij bakenen een privésfeer af waarbinnen de individuele burger kan doen en laten wat hem goeddunkt.

Individuele rechten geven echter, in tegenstelling tot democratische rechten, geen controle over die overheid. Ook een inwoner van een dictatuur of absolute monarchie kan genieten van godsdienstvrijheid of het bestaansrecht, ook al heeft hij niet de mogelijkheid om controle uit te oefenen over het beleid. Om van individuele vrijheid te genieten is het niet belangrijk om mee vorm te geven aan de wetten en regels waaronder je leeft,

maar wel om de dwang die van overheidswege of door andere actoren wordt uitgeoefend, zo beperkt mogelijk te houden.

Het onderscheid tussen collectieve, democratische rechten en individuele rechten – en het daarmee samenhangende onderscheid tussen democratische en individuele vrijheid – is niet alleen belangrijk om tot een meer accurate typologie van grondrechten te komen. Door beide typen rechten van elkaar te onderscheiden kunnen we ook duidelijk maken dat democratische grondrechten fundamenteeler van aard zijn dan de individuele rechten, en dus een speciale status verdienen. Democratische grondrechten, en de collectieve vrijheid die zij beschermen, zijn namelijk van cruciaal belang voor de bescherming van individuele rechten en vrijheden, terwijl het omgekeerde niet het geval is.

Democratische rechten beschermen de individuele vrijheden op twee manieren. Zij laten burgers allereerst toe om zich te organiseren om de uitoefening van bepaalde bestaande individuele grondrechten af te dwingen, mocht de overheid hierin verstek laten gaan. Tijdens de coronapandemie bijvoorbeeld namen overheden in de hele wereld maatregelen die de individuele vrijheden van burgers op ingrijpende wijze inperkten. Om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan werd zelfs de vrijheid om te gaan en te staan waar je wilt ingeperkt door een thuiswerkverplichting, door een avondklok en andere vormen van lockdown. Maar in landen zoals Nederland, waar burgers gebruik konden maken van democratische grondrechten zoals het stemrecht of het demonstratierecht, waren deze inperkingen veel minder ingrijpend, en werden zij ook veel eerder teruggedroefd, dan in landen zoals China, waar burgers dergelijke rechten niet kunnen uitoefenen. Zo werden in Nederland in januari 2022 de hardste maatregelen reeds afgeschaald, terwijl China nog tot een volledig jaar langer, tot december 2022, een zero-covidbeleid hanteerde dat gepaard ging met draconische maatregelen in de vorm van quarantaines en lockdowns.¹⁰

Maar democratische rechten spelen niet alleen een belangrijke rol in de bescherming van bestaande vrijheden. Burgers, en in het bijzonder minderheidsgroepen, kunnen hun democratische rechten óók gebruiken om *nieuwe* vrijheidsclaims te introduceren in het publieke debat. Doorheen de twintigste eeuw eisten sociale bewegingen zoals de arbeidersbeweging en de vrouwenrechtenbeweging via democratisch activisme nieuwe

10 Bijv. B. Yan, X. Zhang, L. Wu, H. Zhu en B. Chen, 'Why Do Countries Respond Differently to COVID-19? A Comparative Study of Sweden, China, France, and Japan', *The American Review of Public Administration*, 50, 2020, p. 762-769.

rechten en vrijheden op, zoals het recht op werk of non-discriminatie op basis van geslacht.

Ook in de 21ste eeuw maakten gemarginaliseerde groepen gebruik van hun democratische rechten om de invoering van nieuwe vrijheden te bepleiten. Zo werden tot voor kort homo's en lesbiennes op allerlei manieren gediscrimineerd. Mensen met een relatie met iemand van hetzelfde geslacht mochten bijvoorbeeld tot 2001 nergens ter wereld met elkaar in het huwelijksbootje stappen, ondanks dat het EVRM het recht om te huwen al in 1950 tot een fundamenteel mensenrecht had verklaard.

In Nederland en andere landen kwam er pas een einde aan deze discriminatie door democratisch activisme. In de jaren negentig radicaliseerde de homobeweging ten gevolge van de AIDS-crisis. Het gebrek aan politieke steun om deze gezondheidscrisis aan te pakken, zorgde ervoor dat de LHBTQ-beweging in toenemende mate politiek actief werd. Naast de eis voor een betere respons ten aanzien van de AIDS-crisis, ontstond ook een roep om de openstelling van het huwelijk voor partners van gelijk geslacht. Het belang daarvan was duidelijk geworden door schrijnende gevallen, waarbij levenslange partners niet werden toegelaten aan elkaars ziekbed, omdat ze voor de wet vreemden waren voor elkaar.

Uiteindelijk leidde dit activisme niet alleen in steeds meer landen tot de openstelling van het huwelijk voor mensen van gelijk geslacht, maar ook tot een bredere aanvaarding van LHBTQ-rechten meer algemeen. Belangrijk daarbij te noteren is dat bottom-up activisme een veel grotere rol speelde in deze mentaliteitsverandering dan elite-opinies of de impact van de media, zo blijkt uit onderzoek in de Amerikaanse context.¹¹

Kortom, om de individuele vrijheden van burgers te bewaren en uit te breiden is collectieve vrijheid nodig. Daarom verdienen democratische grondrechten speciale bescherming. In tegenstelling tot individuele rechten, die tegen elkaar afgewogen dienen te worden, zouden de democratische rechten als absoluut moeten worden beschouwd. Dat wil niet zeggen dat ze op geen enkele manier ingeperkt mogen worden. Maar de enige legitieme grond waarop de democratische rechten ingeperkt zouden mogen worden, is ter bescherming van de democratie. Het recht op de vrijheid van drukpers bijvoorbeeld

11 Jeremiah J. Garretson, *The Path to Gay Rights : How Activism and Coming Out Changed Public Opinion*, New York 2018.

mag in principe niet inperkt worden, tenzij het gebruikt wordt om de democratische rechten van minderheidsgroepen te ondermijnen.¹²

15.4 De plaats van democratische rechten in de Nederlandse Grondwet

Hoe zit het nu met de Nederlandse Grondwet, als we deze vanuit het hierboven geschetste perspectief bekijken? Zoals eerder gezegd, opent de Grondwet sinds de herziening van 1983 met een hoofdstuk over de grondrechten. Als we dit hoofdstuk van dichterbij bekijken, valt dadelijk op dat vooral de individuele vrijheden goed beschermd zijn. Zo verankert de Grondwet het recht op gelijke behandeling (art. 1), op godsdienstvrijheid (art. 6), op lichamelijke integriteit (art. 11), op werkgelegenheid (art. 19), op bestaanszekerheid (art. 20), en dies meer. Al deze rechten geven individuele burgers claims ten aanzien van de overheid, die deze rechten moet beschermen tegen inbreuken.

De democratische rechten daarentegen hebben een veel bescheidener plaats gekregen in de herziene Grondwet. Van de 23 artikelen geven slechts vijf recht op democratische controle of contestatie. Ook hebben de democratische rechten geen aparte plaats gekregen in de Grondwet, ze staan tekstueel verweven doorheen de andere rechten, wat hun bijzondere status versluiert. Zo worden de eerste twee democratische rechten (art. 4: kiesrecht en art. 5: petitieright) gevolgd door art. 6: vrijheid van godsdienst en levensovertuiging – een typisch individueel recht. Daarna volgen nog drie rechten die burgers in staat stellen het beleid te controleren en te contesteren (art. 7: vrijheid van drukpers, art. 8: vrijheid van vereniging, art. 9: vrijheid van vergadering en betoging), waarna opnieuw wordt vervolgd met het opsommen van individuele rechten.

Dat wil niet zeggen dat de grondwetsherziening helemaal geen terreinwinst opleverde op het vlak van de democratische rechten. De invoering van het algemeen stemrecht was mogelijk gemaakt met de grondwetsherziening van 1917, maar pas in 1983 werd het stemrecht ook erkend als een grondrecht van elke burger. Ook werden de meeste uitsluitingsgronden die tot dan toe in de Grondwet waren opgenomen, afgeschaft. Tot 1983 werden gedetineerden, personen die wilsonbekwaam waren verklaard en de beschikking of het beheer over hun goederen hadden verloren, en personen die van de ouderlijke macht of de voogdij over hun kinderen waren ontzet, in het algemeen uitgesloten van het kiesrecht. Verder kon de wetgever het tijdelijke of blijvende verlies van het kiesrecht verbinden aan een veroordeling tot een vrijheidsstraf van meer dan een jaar, aan een veroordeling wegens bedelarij of landloperij en aan herhaalde veroordelingen wegens openbare dronkenschap. Na de herziening van 1983 konden enkel personen

¹² Ballin, 'Hoofdstuk 1: Grondrechten'.

worden uitgesloten die veroordeeld zijn tot een hechtenis van minstens een jaar en als bijkomende straf ontzetting van het kiesrecht hebben opgelegd gekregen.¹³

Ook werd in 1983 het demonstratierecht toegevoegd aan de Grondwet, naast het recht op vereniging en vergadering. Dat ging wel gepaard met enige aarzeling van de staatscommissie die de herziening voorbereidde, omdat zij vreesde ‘hierin door kwaadwillige elementen een aanknopingspunt zou kunnen worden gezien om zich van de straat meester te maken’.¹⁴ Maar niettemin verklaarde een meerderheid in de commissie zich uiteindelijk vóór, en dat advies werd ook overgenomen door het kabinet. Ook werden de gronden waarop het recht op betoging ingeperkt mocht worden nauwkeurig omschreven, dat kon enkel ‘ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden’ – en dus niet op basis van het vagere criterium ‘bescherming van de openbare orde’.¹⁵

Maar verder bleven de democratische rechten in 1983 grotendeels onveranderd ten aanzien van oudere versies van de Grondwet. Dat is des te opmerkelijker, gezien de politieke en sociale context waarin de grondwetsherziening plaatsvond. In de jaren zestig groeide de onvrede met de ‘regenteske’ politieke cultuur van de naoorlogse periode. Tijdens de verkiezingen van 1967 behaalde de destijds nieuwe politieke partij Democraten ’66 spectaculaire winst (van nul naar zeven zetels) door te pleiten voor democratische hervormingen, zoals een gekozen minister-president en de invoering van een districtenstelsel. Andere partijen zoals de PvdA begonnen eveneens te pleiten voor hervormingen die burgers meer rechtstreekse controle zouden geven over het beleid. Na de vorming van het kabinet-Den Uyl in 1973 werd daarom besloten tot een grondwetsherziening. Doel van deze herziening was ‘het meer rechtstreeks betrekken van de kiezer bij het staatkundig gebeuren’, zoals de *Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid* stelde.¹⁶

Om dat doel te realiseren stelde de *Nota* enkele substantiële wijzigingen aan het politieke stelsel voor, zoals een districtenstelsel met twaalf à vijftien kiesgebieden, een gekozen kabinetsformateur, directe verkiezingen voor de Eerste Kamer, en de mogelijkheid provincies en gemeenten door gewesten te vervangen. Maar van deze hervormingsvoorstellen kwam niet veel in huis. De evenredige vertegenwoordiging,

13 Gert-Jan Leenknecht, ‘Artikel 4: Kiesrecht’, in: Gert-Jan Leenknecht en Ernst Hirsch Ballin (red.), *Nederland Rechtsstaat: wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse grondwet* (webeditie), 2017.

14 Gert-Jan Leenknecht, ‘Artikel 9 – Recht tot vergadering en betoging’, in: Gert-Jan Leenknecht en Ernst Hirsch Ballin (red.), *Nederland Rechtsstaat: Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet* (webeditie), 2017.

15 Idem.

16 *Kamerstukken II 1973/74, 12944, nr. 2.*

ingevoerd in 1917, bleef na de herziening van 1983 in de Grondwet staan, alsook de indirecte verkiezing van de Eerste Kamer. Ook bleef het staatshoofd en niet de kiezers de kabinetsformateur aanwijzen.¹⁷

Van het oorspronkelijke doel van de herziening – ‘het meer rechtstreeks betrekken van de kiezer bij het staatkundig gebeuren’ – kwam dus niet zoveel in huis. Dat heeft deels te maken met conjuncturele factoren. Zo werd het progressieve kabinet-Den Uyl, dat de grondwetsherziening in gang zette, in 1977 opgevolgd door een kabinet van meer rechtse signatuur onder leiding van Dries van Agt. Maar ook structurele factoren speelden een rol. Niet alleen in Nederland, maar ook in andere Europese landen strandde de hervormingsbeweging van de jaren zestig en zeventig op de economische malaise die werd veroorzaakt door de oliecrisis van 1973. De opkomst van de zogenaamde ‘nieuw-linkse’ bewegingen, die onder meer pleitten voor meer burgerparticipatie, leidde in veel Europese landen tot dramatische en soms zelfs gewelddadige confrontaties met de gevestigde politieke orde. Maar op langere termijn boekten deze bewegingen weinig tot geen resultaat. Zoals Philipp Gassert in zijn overzicht van mei 1968 concludeert: *‘Established politics remained surprisingly untouched by the theatrical scenes that played themselves out in the boulevards and lecture halls of Western Europe.’*¹⁸

Vanuit het perspectief van de democratische vrijheid kan de grondwetsherziening van 1983 dus tot op zekere hoogte omschreven worden als een gemiste kans. De introductie van hoofdstuk 1 van de Grondwet gaf vooral een stevige basis aan de individuele vrijheden van Nederlandse burgers en ingezetenen, maar maakte minder ruimte voor democratische rechten. Dat helpt misschien mede verklaren waarom vandaag, veertig jaar na de herziening, het thema democratische vernieuwing opnieuw hoog op de politieke agenda staat. Recente ontwikkelingen, zoals de toeslagenaffaire en de coronacrisis, hebben de roep om een meer effectieve democratische controle over de overheid opnieuw doen herleven. Dit heeft al geresulteerd in de toevoeging van een nieuwe bepaling, het zogenaamde nulde artikel, dat luidt: ‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.’ Met de toevoeging van dit artikel wilde de regering het normatieve commitment van de Grondwet aan de democratie verduidelijken. Opmerkelijk is ook dat de toevoeging van deze algemene bepaling de eerste vermelding van het begrip ‘democratie’ in de Nederlandse Grondwet betekende.¹⁹ Tegelijk laat deze alge-

17 Ballin, ‘Hoofdstuk 1: Grondrechten’.

18 Philipp Gassert, ‘Narratives of Democratization: 1968 in Postwar Europe’, in: M. Klimke en J. Scharloth (red.), *1968 in Europe. A History of Protest and Activism, 1957-1977*, Basingstoke 2008, p. 307-324.

19 *Handelingen II 2021/22*, nr. 66.

mene bepaling in het ongewisse *hoe* de Grondwet de democratische rechtsstaat moet waarborgen.

Het is dan ook hoog tijd om het debat over de plaats van democratische grondrechten in de constitutie opnieuw aan te gaan. Zo zou het relatief beperkt aantal democratische rechten dat nu in hoofdstuk 1 van de Grondwet is opgenomen, verder kunnen worden uitgebreid. Men zou hierbij bijvoorbeeld kunnen denken aan een opname van het recht niet alleen op een gelijke stem, maar ook op eerlijke en vrije verkiezingen. Verder zou overwogen kunnen worden in hoofdstuk 1 van de Grondwet een expliciet onderscheid te maken tussen democratische en individuele rechten. En ten slotte zou ook de beperkingsgrond van de democratische rechten herzien kunnen worden, met inachtneming van het principe dat deze enkel ingeperkt mogen worden ter bescherming van de democratie zelf.

Literatuur

- Annelien de Dijn, *Freedom: An Unruly History*, Boston 2020.
- Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford 2008.
- Jeremiah J. Garretson, *The Path to Gay Rights : How Activism and Coming Out Changed Public Opinion*, New York 2018.
- Philipp Gassert, 'Narratives of Democratization: 1968 in Postwar Europe', in: M. Klimke en J. Scharloth (red.), *1968 in Europe. A History of Protest and Activism, 1957-1977*, Basingstoke 2008, p. 307-324.
- Steven Jensen en Charles Walton, 'Not "Second-Generation Rights": Rethinking the History of Social Rights', in: Steven Jensen en Charles Walton (red.), *Social Rights and the Politics of Obligation in History*, Cambridge 2022, p. 1-26.
- A.K. Koekkoek en W. Konijnenbelt, 'Het raam van hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet', in: A.K. Koekkoek e.a. (red.), *Grondrechten, Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet (Jeukens-bundel)*, Nijmegen 1982, p. 4-7.
- C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer 1987, p. 40-41.
- Gert-Jan Leenknecht en Ernst Hirsch Ballin (red.), *Nederland Rechtsstaat: Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet*, webeditie.
- Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton 1996.
- Karel Vasak, 'Human Rights: A Thirty-Year Struggle', 30 *UNESCO Courier* november 1977, p. 29-32.
- B. Yan, X. Zhang, L. Wu, H. Zhu en B. Chen, 'Why Do Countries Respond Differently to COVID-19? A Comparative Study of Sweden, China, France, and Japan', *The American Review of Public Administration*, 50 (2020), p. 762-769.

16

Het gelijkheidsbeginsel van artikel 1: vliegwielen of symbolen?

Ashley Terlouw

Like the eagle in the sky, which maintains its stability only when it is moving, so too is the law stable only when it is moving.¹

16.1 Inleiding

Dagelijks berichten de media over discriminatie. Zwarte Piet, de toeslagenaffaire, de excuses voor het slavernijverleden, het kan niemand ontgaan dat discriminatie ook in Nederland een probleem is. En dat terwijl het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie in artikel 1 van onze Grondwet staan. Het lijkt alsof die prominente plaats in de Grondwet in de praktijk geen enkele betekenis heeft. Dat we er goede sier mee maken, maar intussen niet kunnen voorkomen dat discriminatie in Nederland op alle terreinen van het maatschappelijk leven voorkomt. Mark vindt makkelijker een baan dan Mohammed, Sandra krijgt voor hetzelfde werk minder betaald dan haar collega Steef en als Arend en Adam gearmd op straat lopen, is het risico groot dat ze worden uitgescholden of zelfs gemolesteerd. In deze bijdrage wil ik een antwoord proberen te vinden op drie vragen over artikel 1 Grondwet.

De eerste vraag gaat over de flexibiliteit van artikel 1 Grondwet: Heeft artikel 1 Grondwet in steen gebeitelde eeuwigheidswaarde of is het een levend instrument dat mee groeit en moet groeien met de maatschappelijke opvattingen over het gelijkheidsbeginsel, het verbod van discriminatie, de groepen die door de bepaling worden beschermd en de rol van de overheid (par. 16.2)?

De tweede vraag heeft betrekking op de in artikel 1 Grondwet expliciet genoemde identiteitskenmerken, in het juridisch jargon 'gronden': Is het van belang om in artikel 1 Grondwet specifieke gronden (identiteitskenmerken) expliciet te benoemen of kan worden volstaan met de bepaling dat discriminatie op welke grond dan ook is verboden (par. 16.3)?

¹ Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press 2006, p. 11.

De derde vraag ziet op het probleem waarmee ik dit artikel begon, er is zoveel ongelijkheid en discriminatie, wat hebben we eigenlijk aan artikel 1 Grondwet? Hoe effectief is artikel 1 Grondwet in de praktijk (par. 16.4)?

Er is een samenhang tussen deze vragen. Immers, als artikel 1 Grondwet een levend instrument is, dan is er ruimte voor het aanvullen of schrappen van gronden en als er ruimte is voor aanpassing van artikel 1 Grondwet, dan heeft het zin om na te denken of een aanpassing de bepaling effectiever kan maken. In de afsluitende paragraaf zal ik enkele woorden besteden aan de toekomst van artikel 1 Grondwet. Ik bespeur in de loop van de tijd een verandering van opvatting over de rol van de Grondwet. Aanvankelijk was er voornamelijk aandacht voor codificatie en stonden de klassieke vrijheidsrechten centraal. Tegenwoordig is er meer aandacht voor de opdracht die de Grondwet aan de overheid geeft tot handelen; voor de positieve verplichtingen en de zorgplichten van de overheid. Die toegenomen aandacht voor het handelen van de overheid zien we ook als het gaat om artikel 1 Grondwet. Aanvankelijk stond de formele gelijkheid centraal, de gelijkheid voor de wet.² Steeds meer zijn we ons gaan realiseren dat formele gelijkheid nog niet tot materiële gelijkheid leidt (gelijkheid in resultaat). Dit heeft ook tot meer aandacht geleid voor de opdracht die met artikel 1 Grondwet aan de overheid is gegeven om niet alleen zelf niet te discrimineren, maar om daarnaast actief gelijke behandeling te bevorderen en discriminatie te bestrijden.

16.2 In steen gebeitelde eeuwigheidswaarde of levend instrument

Het gelijkheidsbeginsel was al te vinden in een voorloper van de Grondwet.³ De Staatsregeling voor de Bataafse Republiek van 1798 bepaalde hieromtrent het volgende: ‘Alle Leden der Maatschappij hebben, zonder onderscheiding van geboorte, bezitting, stand, of rang, eene gelijke aanspraak op derzelve voordeelen.’⁴ Geen van deze vier discriminatiegronden is terug te vinden in de huidige Grondwet. In 1801 werd het aantal ‘verboden’ gronden zelfs teruggebracht naar twee: ‘rang’ en ‘geboorte’. Maar elders in die oude grondwetten waren wel verwijzingen naar andere gronden te vinden. De Staatsregeling

2 M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat* (8^e druk), Deventer: Wolters Kluwer, p. 23-24.

3 Uitvoerig over de totstandkomingsgeschiedenis van art. 1 Grondwet, Janneke Gerards, ‘De nieuwe discriminatiegronden van artikel 1 Grondwet – lijnen in het debat’, in: Janneke Gerards, Jurgen Goossens en Eva van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023*. Boom juridisch 2023. Zie ook Aleidus Woltjer, *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid* (diss. Utrecht), Boom juridisch 2002, hfst. 6, par. 2 en hfst. 8, par. 2.2.

4 De Staatsregeling voor het Bataafsche Volk werd geproclameerd in *den Hage den 23 Maart 1798* en is in werking getreden op 4 mei 1798. Zie voor een kort overzicht van de voorlopers van de huidige bepaling ook Loof en Jägers, *nederlandrechtsstaat.nl*, par. 2.

van 1798 bepaalde bijvoorbeeld in artikel 20: ‘Uit lidmaatschap Kerkelijk Leerstelsel volgen geen burgerlijke voordeelen of nadeelen.’

In 1815 werd ‘Alle Leden der Maatschappij’ veranderd in ‘Allen die zich op het grondgebied van het Rijk bevinden, hetzij ingezetenen of vreemdelingen’ en er werden geen gronden meer genoemd. Volstaan werd met de toevoeging ‘hebben gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen’. In mijn ogen was dit een belangrijke wijziging, omdat hiermee werd uitgedrukt dat ook vreemdelingen die zich in Nederland bevinden recht hebben op gelijke behandeling. Deze tekst heeft tot 1983 in de Grondwet gestaan, soms in artikel 4 en soms in artikel 3. Het had een minder prominente plaats dan tegenwoordig.

De gronden die in de Staatsregeling werden genoemd, waren dus heel andere gronden dan de huidige zeven en bovendien waren zij niet vervat in het discriminatieverbod, maar in het gelijkheidsbeginsel. De regeling bevatte ook nog niet de bepaling ‘of op welke grond dan ook’. In het discriminatieverbod dat bij de grondwetherziening van 1983 in artikel 1 werd opgenomen – en dat wel een niet-limitatief karakter had – werden ‘verdachte’ gronden in de tweede zin genoemd.⁵ Deze gronden moesten worden beschouwd als een explicitering van vormen van discriminatie die bijzonder ernstig werden geacht. Overigens was Nederland daarbij eerder volgend dan initiërend. VN-verdragen en het EVRM hebben onmiskenbaar als inspiratiebron gediend.⁶ In die verdragen en in de wijzigingen van artikel 1 Grondwet zien we uiteraard ook de maatschappelijke verandering van opvattingen weerspiegeld. De emancipatiebeweging van de jaren zestig, de ontkerkelijking en de andere opvattingen over de rol van de overheid, de ontwikkeling van nachtwakersstaat naar verzorgingsstaat.

Van 1993 tot 2023 luidde de tekst van artikel 1 Grondwet: ‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.’⁷ Deze tekst staat in steen gebeiteld in een bank voor het gebouw van de Tweede Kamer. Dat laat zien hoe belangrijk artikel 1 Grondwet wordt gevonden, maar miskent dat ook artikel 1 Grondwet aan ontwikkeling onderhevig is. Immers, nadat in 2006 achtereenvolgens Fortuyn en Wilders vruchteloos hadden gepleit voor het schrap-

5 Wetsvoorstel 13872.

6 *Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3 (MvT)*, p. 25. Zie ook Janneke Gerards op cit. noot 1, Aleidus Woltjer op cit. noot 1, p. 290 en *Tweede Rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, Den Haag, 1967, p. 48-50.

7 *Handelingen II 1976/77, nr. 35*, p. 2155. Het op deze manier gewijzigde artikel werd zonder stemming aangenomen; zie *Handelingen II 1976/77, nr. 39*, p. 2427.

pen van artikel 1 uit de Grondwet,⁸ nam de waardering voor artikel 1 Grondwet gelukkig weer toe. In 2023 werden aan artikel 1 Grondwet de gronden handicap en seksuele gerichtheid toegevoegd. De steenhouders moeten opnieuw aan de slag of is het handiger er een digitale projectie van te maken, die kan meegroeien met de ontwikkelingen?

Deze toegevoegde expliciete gronden werden al beschermd door de grote hoeveelheid formele wetgeving waarin artikel 1 Grondwet voor horizontale verhoudingen (dat wil zeggen tussen burgers onderling) is uitgewerkt. Voor deze twee gronden waren dat respectievelijk de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) van 1 september 1994 en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte (WGBH/CZ) van 1 december 2003. Daarmee zijn overigens niet alle door horizontale gelijke behandelingswetgeving bestreken gronden nu ook in de Grondwet te vinden. Niet opgenomen zijn bijvoorbeeld leeftijd, dat wel wordt beschermd door de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGBL) van 1 mei 2004, en nationaliteit en burgerlijke staat die door de AWGB worden beschermd.

Wijziging van de Grondwet is ingewikkeld, maar mogelijk. Het recht is een levend instrument.⁹ Ook artikel 1 Grondwet is een levend instrument en de Grondwet is geregeld aan onze hedendaagse normen aangepast. Dat hebben de ontwikkelingen van de laatste 175 jaar laten zien.

En de discussie is nog niet verstomd. Op 26 april 2022 heeft de Parlementaire Assemblée van de Raad van Europa een resolutie aangenomen met de aanbeveling om de grond van sociale afkomst en eventueel ook de grond sociaal-economische status als expliciet beschermde gronden in de nationale wetgevingen van de lidstaten op te nemen.¹⁰ De Nationaal coördinator tegen discriminatie en racisme stelde onlangs voor de grond ras in artikel 1 Grondwet te vervangen door de grond 'etniciteit' en om de grond leeftijd aan artikel 1 Grondwet toe te voegen.¹¹ En een interessante motie met een verzoek aan de regering om uit te zoeken 'hoe opleidingsniveau als discriminatiegrond kan worden

8 Fortuyn vond dat non-discriminatie strijdig was met de vrijheid van meningsuiting. En Wilders vond dat het gelijkheidsdenken het onmogelijk zou maken om integratieproblemen te benoemen. Verkiezingsprogramma Klare Wijn Partij voor de Vrijheid 2006, *Trouw* 21 maart 2006. Zie ook *NRC* 22 maart 2006 en 'Artikel 1 afschaffen is geen goed idee', *bdkennemerland.nl*.

9 Vgl. EHRM 25 april 1978, 5856/72 (*Tyrrer/VK*).

10 Parlementaire Assemblée Tackling discrimination based on social origin (Resolution 2432) 2022 en rapportnr. 15499. Rapporteur Ms Selin Sayek Böke. Draft resolution adopted unanimously by the committee. Eerder schreef ik hierover in Ashley Terlouw, 'Klassisme. Discriminatie op grond van sociale status. Toevoeging van de gronden sociale afkomst en/of sociaaleconomische status aan de Nederlandse anti-discriminatiewetgeving?' *NTM* 47(4), 2022, p. 403-422.

11 <https://wbs.nl/publicaties/haal-het-woord-ras-uit-de-grondwet>.

toegevoegd aan de Algemene wet gelijke behandeling' werd ingediend bij begrotingsbehandelingen OCW door de Kamerleden Habtamu de Hoop (PvdA) en Kauthar Bouchallikh (GroenLinks).¹² En als deze grond eenmaal aan de AWGB zou zijn toegevoegd, dan komt ongetwijfeld de vraag op of het aan artikel 1 Grondwet moet worden toegevoegd.

Als de Grondwet niet zou meebewegen met de tijd, zou deze verworden tot een relik waar we met verbijstering naar kijken, net zoals onze studenten met verbijstering kijken naar de galerij van portretten van oud-hoogleraren in onze faculteit: allemaal witte mannen. Toch is het ook van belang dat de Grondwet stabiliteit en onverwoestbaarheid uitstraalt en vaste waarden waaraan niet kan worden getornd. Gelukkig doet hij dat ook, want de kern van de Grondwet is onveranderd gebleven. Die kern is dat ook de overheid gebonden is aan het recht, de *rule of law*, het grondbeginsel van onze democratische rechtsstaat.

Artikel 1 Grondwet en de horizontale uitwerking daarvan zullen dus onderwerp van discussie blijven. Ik juich die discussie toe zolang artikel 1 standvastig op zijn plaats blijft als eerste artikel van onze Grondwet en het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie blijft waarborgen.

16.3 Wel of geen expliciete gronden?

De meeste discussie over de inhoud van artikel 1 Grondwet heeft, zoals blijkt uit het bovenstaande, betrekking gehad op de vraag welke gronden expliciet moesten worden benoemd en recent is ook aan de orde gekomen of niet beter alle gronden uit artikel 1 Grondwet kunnen worden geschrapt. Discriminatie is volgens de tekst van artikel 1 Grondwet immers al 'op welke grond dan ook' verboden. Waarom moeten bepaalde gronden dan ook nog eens expliciet worden benoemd?

De initiatiefnemers van de jongste wijziging van artikel 1 Grondwet zagen het belang van het expliciet noemen van handicap en seksuele gerichtheid vooral in het vergroten van de (her)kenbaarheid en beschermwaardigheid: 'Toevoeging van deze gronden aan artikel 1 Grondwet geeft een sterk signaal af, enerzijds als bevestiging en verankering van hetgeen reeds bereikt is op het vlak van participatie van mensen met een functionele beperking en de gelijke behandeling tussen hetero's en homo's, anderzijds deze zaken te bewaken, en voorts aan te sporen deze verder te verbeteren.'¹³ Als argument

¹² Motie van de leden De Hoop en Bouchallikh, *Kamerstukken II*, 36200, VIII, nr. 91.

¹³ *Kamerstukken II*, 32411, nr. 3.

voerden zij daarnaast aan dat het toevoegen van deze gronden zou passen in een internationale ontwikkeling. De toenmalige Commissie gelijke behandeling (CGB) wilde zelfs nog meer gronden toevoegen, namelijk ook de in horizontale wetgeving opgenomen gronden nationaliteit, burgerlijke staat en leeftijd, met name met het oog op consistentie van wetgeving. Een ander argument van de CGB was dat in de juridische praktijk meer rechtsbescherming wordt geboden aan gronden die in artikel 1 Grondwet zijn opgenomen.¹⁴ De Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden Artikel 1 Grondwet verwierp deze argumenten. Het laatste zou niet zijn aangetoond en het eerste vond deze commissie niet van belang vanwege de slechts subsidiaire betekenis van artikel 1 Grondwet.¹⁵ De Grondwet gaat volgens de Commissie rechtsgevolgen schuil achter andere bepalingen, zowel nationale als internationale. Ook Loenen wilde de status quo handhaven. Bij de indertijd in artikel 1 Grondwet expliciet opgenomen gronden ging het volgens haar 'om vormen van onderscheid waarvan de geschiedenis heeft laten zien of nog steeds blijkt dat zij vaak leiden tot ernstige en stelselmatige vormen van uitsluiting en benadeling'.¹⁶ De lijst uitbreiden vond zij onwenselijk, met name omdat het aantal gronden potentieel onbegrensd is en inhoudelijk gezien niet op een bevredigende manier is af te bakenen.

Ganty en Sanchez, die in opdracht van ECRE de voor- en nadelen van expliciete en impliciete gronden in kaart hebben gebracht, geven kort samengevat de volgende argumenten waarom het waardevol is om een aantal gronden expliciet te benoemen:¹⁷ het belang van de symbolische boodschap dat de specifiek genoemde groep behoefte heeft aan bescherming; het risico dat niet expliciet genoemde gronden niet worden meegenomen bij juridische interpretatie, beleid en besluitvorming; de uitvoerige documentatie van uitsluiting van bepaalde niet expliciet genoemde groepen, vraagt om het expliciet benoemen van de discriminatiegrond voor de uitsluiting van deze groepen. Als de gronden in de discriminatiewetgeving zijn opgenomen, vormt dit bovendien een goede juridische basis en katalysator voor verdere dataverzameling. Instellingen voor gelijke behandeling en rechterlijke organisaties hoeven dan niet uitvoerig te beargumenteren waarom de niet expliciet genoemde groep bescherming behoeft. Sommige gelijke behandelingsorganisaties hebben alleen maar competentie met betrekking tot expliciet genoemde gronden en het expliciet benoemen vergroot dus de mogelijkheden voor de betreffende groepen om te procederen.

14 CGB-advies 2004/03, 26/02/2004.

15 Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden Artikel 1 Grondwet, 2006.

16 Titia Loenen, 'Wijzigen of handhaven artikel 1 Grondwet: bij twijfel niet inhalen', *NTM* 2016, p. 319-326.

17 Sarah Ganty en Juan Carlos Benito Sanchez, *Expanding the List of Protected Grounds within Anti-Discrimination Law in the EU*, An Equinet report 2021.

Er zijn uiteraard ook argumenten tegen het expliciet benoemen van gronden. Een al in 1990 door van Maarseveen aangevoerd argument is dat de lijst steeds verder groeit en dat dit zou leiden tot ‘vulgarisatie en inflatie van het discriminatiebegrip’. Holtmaat, die naar van Maarseveen verwees, gebruikte dit argument ook ten tijde van de totstandkoming van de WGBH/CZ en de WGBL.¹⁸ Zij waarschuwde voor inflatie van het discriminatiebegrip en erosie van gronden. Toch hield zij wel vast aan de indertijd in artikel 1 Grondwet expliciet genoemde gronden, omdat zij vond dat bepaalde gronden, zoals ras en godsdienstige overtuiging, meer bescherming verdienen dan andere gronden, zoals leeftijd, huwelijkse staat of het type arbeidscontract. Ganty en Sanchez waarschuwden vooral voor fragmentatie en verlies aan coherentie en duidelijkheid bij een te lange lijst van expliciet genoemde gronden en verwijzen daarbij naar de Franse en Belgische wetgeving, met respectievelijk lijsten van 25 en 19 expliciet beschermde gronden.¹⁹

Kortmann stelde voor om de hele Grondwet tot de kern terug te brengen, opdat herhaaldelijk gepriegel aan de Grondwet die deze tot wegwerprecht zou maken, niet meer nodig zou zijn.²⁰ In lijn daarmee stelde Gerards voor om geen enkele grond meer in artikel 1 Grondwet te noemen, onder meer omdat de Grondwet een stabiele factor moet zijn en niet te veel in detail moet treden, maar de essentie moet benoemen en omdat volgens haar bepaalde mensen zich door de huidige formulering niet gerepresenteerd voelen, ‘nu juist ‘hun’ grond er niet bij staat’. ‘Daardoor werkt’, volgens haar, ‘het lijstje eerder uitsluitend dan inkluderend.’²¹ Ook de Raad van State vroeg zich af of het niet meer expliciet benoemen van gronden geen betere optie zou zijn dan uitbreiding.²²

Ook in de discussie over toevoeging van de gronden handicap en seksuele gerichtheid kwam de vraag aan de orde of niet net zo goed geen enkele grond meer zou kunnen worden genoemd. In een brandbrief naar aanleiding van deze discussie schreef een keur aan verontruste organisaties echter dat het ‘ook de komende eeuwen [...] voor wetgever, maatschappij en rechter volstrekt helder [moet] zijn dat discriminatie wegens gods-

18 Rikki Holtmaat, ‘Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! – Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en gelijke behandeling’, *NJB* 20 juni 2003 (nr. 25), p. 1266-1276 en Rikki Holtmaat, ‘Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling’, in: Rikki Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 67-96 en Holtmaat en Terpstra, ‘Leve de pluriformiteit bij de discriminatiebestrijding’, *NTM* 36(2), 2011.

19 Ganty en Sanchez 2021, op cit. noot 18, p. 22 en 26-29.

20 Kortmann, ‘Wegwerprecht, oude dame of frisse juf’, in: *De Grondwet herzien – 25 jaar later 1983-2008*, p. 20.

21 Janneke Gerards, ‘Artikel 1 Grondwet - Goede gronden voor wijziging?’, *NTM* 41(3), 2016, p. 313/314.

22 RvS, Advies bij het wetsvoorstel strekkende tot toevoeging van de gronden handicap en hetero- of homoseksuele gerichtheid als non-discriminatiegrond, *Kamerstukken II* 2011/12, 32411, 5, p. 7.

dienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook verboden is. Juist in tijden dat er veel discussie bestaat over de kernwaarden van onze samenleving, is het van groot belang om zo duidelijk mogelijk te zijn. Het schrappen van de expliciet genoemde non-discriminatiegronden maakt van artikel 1 een tandoos artikel waarbij onduidelijk is wie nog waartegen wordt beschermd.²³

Net als vele vergelijkbare bepalingen in verdragen, in het bijzonder artikel 14 EVRM en artikel 21 EU-Grondrechtenhandvest heeft artikel 1 van de Nederlandse Grondwet met de woorden ‘of op welke grond dan ook’ een open einde. Zo’n niet-limitatieve lijst van discriminatiegronden heeft het voordeel van flexibiliteit en de mogelijkheid om in te springen op nieuwe ontwikkelingen.²⁴ Een nadeel van de tekst ‘of op welke grond dan ook’ is echter dat hij erg vaag is. Ganty en Sanchez stellen daarom voor om de zinsnede ‘op welke grond dan ook’ als volgt nader te specificeren: ‘*an 1) objectively identifiable characteristic 2) whether real or perceived 3) shared by others 4) which serves as a basis for social prejudice and stigma, 5) ingrained in social, political, or institutional practices*’.²⁵ Eerder schreef ik al dat ik dit een interessant voorstel vind.²⁶

Veel van de hierboven genoemde argumenten zijn helaas niet meer dan opinies. Er is voor zover ik weet noch bewijs voor het tandoos worden van artikel 1 Grondwet door uitbreiding van het aantal expliciet genoemde gronden, noch voor het effectiever worden van een grond als deze expliciet in de Grondwet is opgenomen. Misschien moeten we voor eventuele toekomstige wijzigingen van artikel 1 niet denken aan het toevoegen van extra gronden, maar aan het uitwerken van het ‘op welke grond dan ook’, zoals Ganty en Sanchez voorstellen. Gedacht kan ook worden aan het uitwerken van het begrip discriminatie, bijvoorbeeld door uitdrukkelijk op te nemen dat daaronder ook indirecte, institutionele en intersectionele discriminatie vallen.

16.4 Weinig effectief symbool of vliegwiel?

Het is een idee-fixe dat iedereen de wet kent en ook de Grondwet is weinig bekend.²⁷ Maar als er een wettelijke bepaling wordt gekend, zou het toch wel de eerste bepaling van onze

23 Brief 16 maart 2016 van Atria, Centrum Informatie en Documentatie Israël (CIDI), Contactorgaan Moslims en Overheid (CMO), COC Nederland, Humanistisch Verbond, Ieder(in), Vereniging voor Vrouw en Recht ‘ClaraWichmann’, Inspraakorgaan Turken in Nederland (IOT) aan de initiatiefnemers van het wetsvoorstel, geraadpleegd via <https://coc.nl/schrap-geen-discriminatieverboden-uit-de-grondwet>.

24 Ganty en Sanchez 2021, op cit. noot 18, p. 72.

25 Aldus ook Ganty en Sanchez 2021, op cit. noot 19, p. 76.

26 Ashley Terlouw 2022, op cit. noot 9.

27 Volgens een flitspeiling van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van februari 2023 kent 38% van de respondenten de inhoud van de Grondwet (helemaal) niet goed, 33% kent de inhoud niet goed, maar ook niet slecht en een kwart (26%) zegt de inhoud van de Grondwet (heel erg)

Grondwet moeten zijn. Bovendien, zoals gezegd, is artikel 1 Grondwet primair gericht tot de overheid en verondersteld mag worden dat de bepaling ten minste bekend is bij alle overheidsorganisaties.

Ook als een wetsbepaling bekend is, betekent dat nog niet dat hij effectief is.²⁸ De praktijk laat helaas zien dat discriminatie in Nederland op alle terreinen van het maatschappelijk leven veelvuldig voorkomt²⁹ en dat dit niet anders is bij overheidsorganisaties.³⁰ Na de vele schokkende voorbeelden die de afgelopen jaren naar buiten zijn gekomen, kan niet anders dan worden geconstateerd dat de overheid er slecht in slaagt de opdracht van artikel 1 Grondwet te verwezenlijken. Dit geldt zowel voor het bevorderen van gelijkheid als voor het bestrijden van discriminatie.

De gebrekkige effectiviteit van artikel 1 Grondwet heeft verschillende oorzaken. Allereerst staat natuurlijk het toetsingsverbod in de weg aan het toetsen van formele wetten aan artikel 1 Grondwet, maar dat is niet echt een groot probleem, want het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod zijn neergelegd in vele verdragen (formele wetten kunnen daaraan worden getoetst via art. 93 en 94 Grondwet), en in horizontale wetgeving die de burger kan invoeren. Bovendien geldt, zoals gezegd, de Grondwet primair voor de verhouding overheid-burger en niet tussen burgers onderling. Het belangrijkste obstakel voor effectiviteit is echter dat artikel 1 Grondwet en de horizontale antidiscriminatie-wetgeving reactief werken. Dat wil zeggen dat de werking ervan afhankelijk is van het invoeren ervan door een individu. Maar gediscrimineerde individuen vinden vele hobbels op hun weg als zij willen procederen. Het nieuwe artikel 17 lid 1 Grondwet kan die hobbels niet wegnemen. Denk aan bewijsproblemen en het risico van victimisatie.³¹ Bovendien weten burgers lang niet altijd dat zij het slachtoffer zijn van discriminatie. Dat geldt in het bijzonder als discriminatie uit het systeem voortvloeit en een institutionele aard heeft, zoals het geval was bij de toeslagenaffaire, waar met name burgers

goed te kennen (zie <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-3156130ae73c03fc97f119e161336d770c0912a2/pdf>).

28 Anita Böcker, 'Can Non-discrimination Law Change Hearts and Minds?', *Erasmus Law Review* (3), 2020, p. 21-33.

29 Vgl. I. Andriessen e.a., *Ervaren discriminatie in Nederland II*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2020; CBS, *Veiligheidsmonitor 2021* en het onderzoek van de Parlementaire onderzoekscommissie discriminatie Eerste kamer (POC), *Gelijk recht doen. Een parlementair onderzoek naar de mogelijkheden van de wetgever om discriminatie tegen te gaan*, 2022 (zie www.eerstekamer.nl/overig/20220614/hoofdrapport_gelijk_recht_doen_een/f=vltsbvc8s7zo_opgemaakt.pdf).

30 Voor bronnen zie de noten 33, 34 en 35.

31 Zie uitvoeriger over de oorzaken van de gebrekkige effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving Anita Böcker op cit. noot 27; Ashley Terlouw, 'Alle mensen zijn ongelijk maar gelijkwaardig', *Sew. Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht* 70(6), 2022, p. 306-315 en POC 2022, op cit. noot 27.

met een migratieachtergrond als fraudeurs werden aangemerkt³² en recent kwam het bericht naar buiten dat 97 procent van de fraudecontroles door DUO buitenlandse studenten betreft.³³ Ook als iemand met een donkere huidskleur door de KMar uit de rij wordt gehaald voor controle, is het moeilijk voor hem om te weten of dit vanwege zijn huidskleur is of doordat de huidige nadruk op preventie hoe dan ook steeds meer onschuldige burgers treft.³⁴

Artikel 1 Grondwet lijkt daarom niet meer dan een symbolische en subsidiaire functie te hebben. Maar ik onderschat het belang van die functies niet. De Grondwet biedt een normatieve basis en een moreel kompas voor de samenleving. Daarnaast wordt de morele vooruitgang van de samenleving als het goed is zichtbaar en beveiligd door aanpassing van de Grondwet.

Gelijke behandeling kan de overheid op verschillende manieren bevorderen. Wetgeving is er daar slechts een van en anti-discriminatiewetgeving is slechts een vorm van wetgeving. Socialezekerheidswetgeving, de leerplicht en de progressieve belastingwetgeving hebben waarschijnlijk meer bijgedragen aan gelijkheid.

Welke rol artikel 1 Grondwet en de horizontale gelijkebehandelingswetgeving hierbij hebben gespeeld, is niet te zeggen. Ik acht het waarschijnlijker dat deze wetgeving volgend was dan leidend. Toch vind ik het goed om stil te staan bij wat er in de afgelopen 175 jaar op het gebied van gelijkheid is bereikt. Het is onmogelijk om alle verbeteringen in dit korte bestek op te sommen, maar de hoogtepunten zijn bekend.

Dit jaar vieren we dat het 150 jaar geleden is dat de slavernij door Nederland werd afgeschaft. De Grondwet van 175 jaar geleden maakte daar dus geen einde aan. De wettelijke positie van vrouwen is pas verbeterd door invoering van het algemeen kiesrecht in 1919³⁵ en door de afschaffing van de 'Wet handelingsonbekwaamheid' op 14 juni 1956 (getrouwde vrouwen mogen pas sindsdien werken, een bankrekening openen en zonder toestemming van manlief op reis). De positie van homoseksuele mannen en vrouwen is

32 PWC, *Onderzoek effecten FSV Toeslagen*, november 2021 (zie www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/12/03/onderzoek-pwc-effecten-fsv-toeslagen Onderzoek+PwC+-+Effecten+FSV+Toeslagen (2).pdf).

33 Zie brief-over-de-disproportionele-vertegenwoordiging-van-studenten-met-een-migratieachtergrond-in-fraudecontroles-van-duo (2).pdf.

34 Vgl. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173 en over deze uitspraak Ashley Terlouw en Carolus Grütters, 'We staan er gekleurd op', *Nederlands Juristenblad* 98(11), 2023, p. 851-854.

35 Grondwet 1919. Kiesrecht is sindsdien ook niet langer afhankelijk van grondbezit, inkomen en positie.

in 1971 verbeterd met de afschaffing van de strafbaarstelling van homoseksualiteit en in 2001 met de openstelling van het burgerlijk huwelijk voor paren van gelijk geslacht.

Mensen met een beperking hebben sinds de invoering van de WGBH/CZ in 2003 recht op een redelijke aanpassing en er is sinds de invoering van de WGBL in 2004 een wettelijk verbod op leeftijdsdiscriminatie. Voor de effectiviteit van artikel 1 Grondwet is van belang dat de verticale werking voor horizontale verhoudingen in vele wetten is uitgewerkt, waarvan de belangrijkste, de al genoemde AWGB, van 1994 is. Er is ook een rijk palet aan klachtinstanties gekomen. In die zin heeft de Grondwet als vliegwiel gefungeerd.

Dit is echter niet allemaal toe te schrijven aan artikel 1 Grondwet. Internationale verdragen, het EVRM en het recht van de Europese Unie hebben een belangrijke (misschien wel belangrijker) rol gespeeld bij de ontwikkeling van het gelijkebehandelingsrecht en spelen die nog steeds. Veel Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving zou niet tot stand zijn gekomen zonder bijvoorbeeld de VN-verdragen, het rassendiscriminatieverdrag, het CEDAW en het VN-verdrag Handicap. De EU-richtlijnen hebben daarnaast vooral het recht op gelijke behandeling bij de arbeid enorm versterkt.

16.5 Toekomst van art. 1 Grondwet

Op basis van het voorgaande zou ik de drie vragen die ik in de inleiding stelde als volgt willen beantwoorden. Artikel 1 Grondwet leeft en moet ook leven, wil de bepaling effectief zijn. De maatschappij verandert en ook onze morele inzichten veranderen. Als artikel 1 Grondwet zich niet overeenkomstig zou hebben ontwikkeld en blijft ontwikkelen, zou het een versteend fossiel worden. De toevoeging van nieuwe gronden is waardevol, omdat het daarmee een erkenning geeft van die nieuwe moraliteit. Voor mensen die worden gediscrimineerd is het enorm waardevol dat de grond waarop dat gebeurt expliciet door de Grondwet als beschermwaardig wordt erkend, ook als het in de praktijk niet tot meer rechtsbescherming zou leiden. Dat de steeds verdere uitbreiding van het aantal expliciete gronden mogelijk enige inflatoire werking heeft, moet in mijn ogen dan maar op de koop toe worden genomen. Naar mijn mening moet er ruimte zijn voor toekomstige nieuwe expliciete gronden, zoals bijvoorbeeld 'klasse'. Ik ben er niet van overtuigd en heb geen indicaties dat de lange Belgische en Franse lijsten van gronden inflatoire werking hebben. Omgekeerd kan een lange lijst met gronden juist ook bijdragen aan de effectiviteit van de Grondwet. Het toekomstige belang van artikel 1 Grondwet bestaat in mijn ogen namelijk in de positieve verplichting die de bepaling aan de overheid geeft om niet alleen zelf niet te discrimineren, maar ook om gelijke behandeling te bevorderen en discriminatie te

bestrijden.³⁶ In mijn artikel 1-lezing heb ik indertijd een voorstel tot wijziging van artikel 1 Grondwet in die zin gedaan.³⁷ Ik stelde onder andere voor om een lid 3 toe te voegen: ‘Ruimte voor diversiteit is een voorwerp van aanhoudende zorg van de regering.’ Die positieve verplichting zal de overheid ongetwijfeld meer voelen bij de expliciet genoemde gronden dan bij de gronden die vallen onder de zinsnede ‘op welke grond dan ook’. Ook het eerder aangehaalde parlementaire onderzoek van de Eerste Kamer liet toenemende aandacht zien voor wat de wetgever buiten wetgeving om kan doen. Het onderzoek leidde, naast een lijst van gemeenschappelijke kenmerken van succesvolle en niet succesvolle maatregelen, tot een toetsingskader voor de wetgever op basis van zes thema’s: ‘vertrouwen, aandacht, normering en taalgebruik, eenvoud, verantwoordelijkheid en leiderschap en heldere en effectieve (klacht) procedures’.³⁸

De opdracht voor de overheid om actief gelijke behandeling te bevorderen en discriminatie te bestrijden is vooral belangrijk, omdat het individuele klachtrecht tot nu toe slecht werkt. Het nieuwe artikel 17 lid 1 Grondwet, het recht op een eerlijk proces, zal daarin niet meteen verandering brengen. Ik acht het daarnaast van belang om de mogelijkheden voor belangenorganisaties te vergroten (onder meer door subsidies) om algemeen-belangacties te starten ten behoeve van gediscrimineerden³⁹ en in jaarlijkse rapportageplichten voor overheidsinstellingen zoals ze die in het Verenigd Koninkrijk en Ierland kennen.⁴⁰ Dit soort rapportages zouden in mijn ogen niet hoofdzakelijk kwantitatieve gegevens moeten bevatten. In de eerste plaats zouden overheidsorganisaties moeten vermelden welke activiteiten zij ondernemen om discriminatie op de expliciet benoemde gronden tegen te gaan en inclusie te bevorderen. Effectiviteit van artikel 1 Grondwet kan verder worden vergroot door opheffing van het toetsingsverbod⁴¹ en door het College voor de Rechten van de Mens de bevoegdheid te geven om eenzijdig overheidshandelen te toetsen.⁴²

36 Vgl. Holtmaat 2004, op cit. noot 17, p. 13 en noot 39.

37 ‘Gelijk zijn of gelijk worden. De betekenis van artikel 1 grondwet voor Migranten. Artikel 1-lezing 2010’, *Asiel & Migrantenrecht* 25(3), 2010, p. 125-132.

38 POC 2022, op cit. noot 27, p. 94 e.v.

39 De Tweede Kamer heeft op 20 februari de motie-Stoffer aangenomen die de regering vraagt om de representativiteitseisen voor actiegroepen opnieuw te bekijken. De motie suggereert dat niet-representatieve actiegroepen het algemeen belang via een rechtszaak kunnen kapen. Er waren maar liefst 81 Kamerleden voor om deze mogelijkheid te beperken.

40 Vgl. ‘Public Sector Equality and Human Rights Duty’, *ihrec*, in POC 2022, op cit noot 27, p. 79-80.

41 Zie de brief daarover van het College samen met de Staatscommissie en de National Coördinator tegen Discriminatie en Racisme aan de minister van BZK: <https://publicaties.mensenrechten.nl/file/9e889b48-38b4-af34-967e-ec1ea458d755.pdf>.

42 Brief eenzijdig overheidshandelen | Brief | Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme.

VII RECHTSSTAAT

‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat’

Lisanne Groen

17.1 Inleiding

Sinds 2022 kent onze Grondwet een algemene bepaling.¹ Zij is helemaal aan het begin van de Grondwet geplaatst, als ongenummerd artikel, en luidt: ‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.’ Een tamelijk beknopte bepaling dus, waarachter niettemin veel kan schuilgaan.

In dit hoofdstuk bespreek ik eerdere pogingen om tot een algemene, grondwettelijke bepaling te komen, waarvan sommige overigens al dateren van vóór 1848, en die alle strandden. Hoewel de meeste van die pogingen betrekking hadden op een bepaling met een religieuze verwijzing, is bij de grondwetsherziening van 1948 een suggestie gedaan voor een inleidende bepaling ter bescherming van de democratische grondslagen van het staatsbestel (par. 17.2). Vervolgens komen de aanloop naar het opnemen van de algemene bepaling (par. 17.3) en haar inhoud en functie (par. 17.4) aan de orde. Daarna ga ik in op de rol die de bepaling zou kunnen vervullen, in het bijzonder voor de (grond)wetgever en de rechter (par. 17.5). Ligt het in de rede dat de bepaling een ‘subtiel maar niet verwaarloosbaar’ verschil zal maken voor onze Grondwet en democratische rechtsstaat, zoals Ollongren, toenmalig minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: BZK) tijdens de parlementaire behandeling aan de Eerste Kamer schreef?²

17.2 Een nieuw fenomeen?

Sinds 1814 heeft de Nederlandse Grondwet geen algemene bepaling(en) bevat. Eerdere regelingen voorzagen daar wel in. Een bekend voorbeeld is de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk uit 1798.³ Na de preambule volgde een hoofdstuk met acht algemene beginselen waarin de uitgangspunten van de regeling waren neergelegd. Daarbij ging het onder meer om veiligheid van persoon, leven, eer en goederen en de beschaving van verstand en zeden. Burgers hadden gelijke rechten en waren vrij om te handelen, zolang

¹ *Stb.* 2022, 332.

² *Kamerstukken I* 2017/18, 34516, E, p. 2.

³ L.C. Groen, ‘Staatsregeling voor het Bataafsche volk’, in: H. Battjes en B.P. Vermeulen (red.), *Constitutionele klassiekers*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 113-123; Joost Rosendaal, *Staatsregeling voor het Bataafsche Volk. De eerste Grondwet van Nederland*, Nijmegen: Vantilt 2005, p. 41.

dat de rechten van anderen niet schond. De wet was de wil van het volk en werd door dat volk (of zijn vertegenwoordigers) vastgesteld. Verder was opgenomen dat ‘alle de pligten van den Mensch in de Maatschappij [...] hunnen grondslag hebben in deze heilige wet: *Doe eenen ander niet, hetgeen gij niet wenscht dat aan u geschiede. – Doe aan anderen, ten allen tijde, zoo veel goeds, als gij in gelijke omstandigheden, van hun zoudt wenschen te ontvangen*’ en dat de ‘eerbiedige erkentenis van een Albestuurend Opperwezen’ de banden van de maatschappij versterkt – vandaar ook, dat het iedereen ‘ten duursten’ werd aanbevolen.⁴ Ook de opvolgende Staatsregelingen van 1801 en 1805 kenden algemene bepalingen, al sneuvelen helaas de hiervoor weergegeven artikelen.⁵

Hoewel in onze Grondwet dus sinds haar totstandkoming geen algemene bepaling(en) staan, is over de eventuele toevoeging daarvan wel verschillende keren van gedachten gewisseld. Zo kwam het onderwerp ter sprake bij de voorbereiding van de Grondwet van 1815, waarna werd besloten niet te voorzien in algemene bepalingen, maar de relevante artikelen in de reguliere hoofdstukken van de Grondwet op te nemen. Van Hogendorp – die de grondwetscommissie leidde – liet de Koning uitdrukkelijk weten dat hij er tijdens het debat op had toegezien ‘om geen nieuwigheid in te voeren, maar slechts hetgeen wezentlijk bestaat in de Grondwet uit te drukken’.⁶

Ná 1815 werd verschillende keren geopperd om een algemene bepaling (dan wel een preambule) aan de Grondwet toe te voegen. Doorgaans ging het dan om een bepaling waarin op enigerlei wijze een religieuze verwijzing tot uitdrukking zou worden gebracht. Zo pleitte een aantal Kamerleden in 1936 voor de opname van een verwijzing in de Grondwet naar het christendom als grondslag van de samenleving.⁷ Minister De Wilde zag daar niets in: hij was bang dat onder zo’n bepaling te veel verschillende opvattingen zouden kunnen worden geschaard, zodat zij in wezen betekenisloos zou worden. Om zijn woorden kracht bij te zetten, verwees hij naar de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk. ‘Denkt u’, sprak hij, na de hiervoor weergegeven ‘wat-gij-niet-wilt-dat-u-geschiedt’-bepaling te hebben geciteerd, ‘dat deze bepaling in 1798 ook maar eenigen invloed heeft gehad?’ Datzelfde gold wat hem betreft voor de bepaling over het ‘Albestuurend Opperwezen’, waarmee ‘een soort christendom boven de geloofsverdeeldheid’ werd gecreëerd. De Wilde stelde dat niet te veel in de Grondwet zou moe-

4 Art. 6 en 8 van de Staatsregeling.

5 Daar staat tegenover dat de regeling van 1805 opende met de bepaling: ‘Het geluk van een Volk wordt voornamelijk bevorderd door de wijsheid der Wetten, welke het zich geeft.’ Ook mooi.

6 H.T. Colenbrander, *Ontstaan der Grondwet. Tweede Deel. 1815*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1909. Vergadering van 27 juni 1815; brief van G.K. van Hogendorp aan de Koning van 30 juni 1815.

7 *Handelingen I* (bijlagen), 7 april 1936, 150, p. 530.

ten worden geregeld, want als de tijdgeest veranderde, zou dat afbreuk kunnen doen aan haar 'prestige': 'Gebleken is, dat buiten afzonderlijke vermelding in de Grondwet er heel veel goeds kan gebeuren. Men moet altijd oppassen, dat de Grondwet niet wordt een sta-in-den-weg voor den natuurlijken groei van het leven.'⁸

Een iets abstractere variant van een algemene bepaling werd voorgesteld door een aantal leden van de staatscommissie-Van Schaik, ingesteld in 1950 om een grondwetsherziening voor te bereiden.⁹ In een minderheidsnota pleitten zij voor een algemene bepaling 'waarin de gebondenheid van alle staats- en rechtsbestel aan een hogere orde' tot uitdrukking moest worden gebracht.¹⁰ De Grondwet behoorde immers 'grote gedachten' voor het heden en de toekomst tot openbaring te brengen. De meeste commissieleden waren daar echter tegen. Zo'n vijftien jaar later, in het rapport van de werkgroep-Proeve voor een nieuwe Grondwet, werd de bepaling opnieuw aan de orde gesteld.¹¹ De werkgroep toonde zich echter niet enthousiast over het tekstvoorstel in de minderheidsnota bij het rapport van de staatscommissie-Van Schaik. Wanneer een bepaling in de Grondwet zou worden opgenomen waarover door de Nederlandse bevolking verschillend werd gedacht, zou zij discussie kunnen oproepen over het door de overheid te voeren beleid en de uitlegging van andere grondwetsbepalingen. Om die reden werd door de werkgroep helemaal geen inleidend artikel voorgesteld. De werkgroep voegde daaraan toe het als een 'teken van staatkundige wijsheid en bescheidenheid van de wetgever' te beschouwen dat tot dan toe nooit bepalingen met een dergelijke strekking in de Grondwet waren opgenomen: de Grondwet moest in de eerste plaats toch vooral een rechtsregeling zijn.

In het eindrapport van de staatscommissie-Cals/Donner uit 1971 staat dat een inleidende bepaling (in de vorm van een preambule) steeds een tweeslachtig karakter zou hebben, 'of zij nu wordt geformuleerd als verklaring van eerbied jegens of verknochtheid aan bepaalde waarheden en waarden, dan wel als een soort betuiging van nationale eenheid'.¹² Daarom zou opnemning ervan in de Grondwet beter achterwege kunnen

8 *Handelingen I* (bijlagen), 8 april 1936, 150, p. 550-551.

9 KB 17 april 1950, nr. 25; *Stcrt.* 1950, nr. 79.

10 Eindrapport van de Staatscommissie tot herziening van de Grondwet (januari 1954), p. 107. Als tekstvoorstel werd gedaan: Het staatsbestel van het Koninkrijk wordt gedragen door de erkenning van God als Schepper en Bron van het recht. Vgl. voor het debat in de Tweede Kamer: *Handelingen II* 21 februari 1956, p. 696, 700 en 703. Bij de grondwetsherziening van 1963 werd het voorstel van de staatscommissie en de eventuele opname in de Grondwet van een inleidend artikel gememoreerd in *Handelingen II* 23 januari 1963, p. 525, 528 en 538.

11 Ministerie van BZK, *Proeve van een nieuwe Grondwet* (april 1966), p. 38 e.v.

12 Eindrapport van de Staatscommissie van adviezen inzake de grondwet en de Kieswet (maart 1971), p. 22. Eén van de leden pleitte echter voor opnemning in de Grondwet van de vermelding dat wetgeving en

blijven. De eenheid van land en volk zou voorts niet in de Grondwet behoeven te worden vastgelegd, omdat het bestaan van de Grondwet zélf aan de daarin verankerde rechtsorde en die eenheid voldoende uitdrukking zou geven. In 1974 werd eenzelfde soort standpunt door minister De Gaay Fortman ingenomen tijdens de beraadslagingen over de Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid.¹³ Hij stelde geen preambule in de Grondwet te willen opnemen, nu die ‘niets anders [is] dan een verklaring die een religieus, dan wel een levensbeschouwelijk karakter draagt’, en daarover werd in Nederland zeer verschillend gedacht.¹⁴ Niettemin werd een inleidende bepaling met een religieuze verwijzing in aanloop naar de grondwetswijziging van 1983 opnieuw bepleit – en kwam de verwijzing er opnieuw niet.¹⁵

Een heel ander type algemene bepaling werd voorgesteld bij de herziening van de Grondwet van 1948. Hoewel die herziening beperkt van opzet was, vroeg een aantal Kamerleden of niet van de gelegenheid gebruik moest worden gemaakt om in een inleidende, grondwettelijke bepaling ‘de democratische grondslagen van ons Staatsbestel te verankeren en de mogelijkheid tot hun bescherming te verstevigen, opdat niet in naam der democratie en door middel van de vrijheden, die zij biedt, aan haar bestaan te onzent een einde worde gemaakt’. Ondernijning van de democratie zou volgens deze Kamerleden ongrondwettig moeten worden verklaard.¹⁶ De regering stond op zichzelf niet afwijzend tegenover dit idee, maar benadrukte dat het een vraagstuk van principiële aard betrof dat goed zou moeten worden doordacht en besproken – en daarvoor ontbrak het aan tijd. Ook was zij van oordeel dat bestaande regelgeving al veel mogelijkheden bood om aantasting van het democratisch staatsbestuur tegen te gaan, en dat de regering ‘niet [zou] schromen daarvan, waar nodig, met alle kracht gebruik te maken’.¹⁷ Voor zover ik kon nagaan is het voorstel voor de algemene bepaling die nu in de Grondwet is opgenomen, het eerste sinds 1948 waarmee uitdrukkelijk is beoogd (ook) de democratie te beschermen.

bestuur, onder gebruikmaking van de door God gegeven mogelijkheden, de vrije ontplooiing van mens en samenleving bevorderen en daarbij rekening houden met de ontwikkeling van de Nederlandse Staat vanuit het verleden en met de eigen plaats die deze staat in de wereld inneemt.

13 *Kamerstukken II* 1974/75, 12944, nr. 2.

14 *Handelingen II* 11 november 1974, p. 83. Het opnemen van betuigingen van geloof of levens- en wereldbeschouwing in de Grondwet achtte De Gaay Fortman ‘misplaatst’.

15 *Kamerstukken II* 1976/77, 13872, nr. 6, p. 19-20, nr. 7, p. 12; *Handelingen II* 9 december 1976, p. 1985.

16 *Handelingen II* (bijlagen, voorlopig verslag) 1947/48, 775, nr. 7, p. 19. Als tekstvoorstel werd gedaan: De Grondwet kent als Regeringsvorm voor het Koninkrijk geen andere dan die belichaamt een bestuurs- en rechtsorde, die vrije volksinvloed en eerbiediging van de rechten van de menselijke persoon aanvaardt en handhaaft. Handelingen of uitspraken, gericht op aantasting dier bestuurs- of rechtsorde, zijn strijdig met het algemeen belang en de openbare orde.

17 *Handelingen II* (bijlagen, memorie van antwoord) 1947/48, 775, nr. 10, p. 26.

17.3 Aanloop naar de huidige algemene bepaling

Gelet op het voorgaande hoeft het geen verbazing te wekken dat de aanloop naar het opnemen van de huidige algemene bepaling lang is geweest. Die aanloop ving aan met de instelling van de Nationale Conventie op 1 januari 2006 door Pechtold, toenmalig minister voor Bestuurlijke vernieuwing en Koninkrijksrelaties.¹⁸ De Nationale Conventie kreeg als taak om voorstellen te doen voor de inrichting van het nationale politieke bestel die aan het herstel van vertrouwen tussen burgers en de politiek zouden kunnen bijdragen. Zij deed verschillende aanbevelingen, onder andere om de betekenis van de Grondwet voor de samenleving te versterken. Zo wilde zij – naast het bevorderen van een debat over een eventuele preambule – dat in een eerste hoofdstuk van de Grondwet, met als titel ‘Algemene bepalingen’, constitutionele uitgangspunten zouden worden opgenomen. Doel daarvan zou zijn om de beginselen die ten grondslag liggen aan de organisatie van de staat en de verhouding van de staat tot de burgers, zichtbaar te maken. Volgens de Nationale Conventie zou de inhoud van zo’n hoofdstuk een grotere juridische waarde hebben dan een preambule, omdat de bepalingen erin – afhankelijk van de gekozen formuleringen – tot op zekere hoogte afdwingbaar zouden zijn. Hoewel het bepalen van de precieze inhoud van een dergelijk hoofdstuk uiteraard aan de grondwetgever zou zijn, deed de Nationale Conventie wel suggesties. Voor opname in het hoofdstuk met algemene bepalingen leende zich wat haar betreft onder andere het beginsel van de democratische rechtsstaat.¹⁹

De kabinetsreactie op het rapport van de Nationale Conventie liet op zich wachten. Zij verscheen pas op 4 december 2007, ruim een jaar na publicatie van het rapport.²⁰ In de reactie stond dat het kabinet een staatscommissie zou vragen de voor- en nadelen van een preambule in kaart te brengen. Diezelfde staatscommissie zou dan ook kunnen bezien hoe ‘de toegankelijkheid van de Grondwet voor de burgers kan worden vergroot’. Het opnemen van een hoofdstuk ‘Algemene bepalingen’ zou daarvoor een mogelijkheid kunnen zijn. De Raad van State zou om advies worden gevraagd over een ‘coherente agenda’.²¹ Instelling van een staatscommissie was al aangekondigd in het coalitieakkoord *Samen werken, samen leven* (CDA, PvdA en ChristenUnie) van 7 februari 2007.²²

18 *Stcrt.* 2005, 251.

19 Eindrapport *Hart voor de publieke zaak. Aanbevelingen van de Nationale conventie voor de 21^{ste} eeuw* (september 2006), p. 44.

20 *Kamerstukken II* 2007/08, 30184, nr. 14.

21 *Kamerstukken II* 2007/08, 30184, nr. 14, p. 9-10.

22 *Kamerstukken II* 2006/07, 30891, nr. 4, p. 30.

Het advies van de Raad van State over de agenda van de staatscommissie dateert van 14 april 2008.²³ De Raad adviseerde het kabinet de vraag omtrent het toevoegen van een preambule of algemene bepalingen aan de Grondwet gewoon zelf te beantwoorden, en dat niet aan de staatscommissie op te dragen. De argumenten voor en tegen waren genoegzaam bekend, dus het kabinet kon best zelf een keuze maken en de eventuele uitwerking aan de staatscommissie overlaten. Het advies van de Raad werd op dit punt niet gevolgd: de regering gaf de Staatscommissie Grondwet, ingesteld op 8 juli 2009 onder voorzitterschap van Wilhelmina Thomassen,²⁴ de opdracht ook advies uit te brengen over de wenselijkheid van een preambule of algemene bepaling.²⁵

De Staatscommissie Grondwet achtte het opnemen van een algemene bepaling (anders dan opname van een preambule) wenselijk.²⁶ In haar rapport schreef zij dat de Grondwet daardoor aan betekenis voor de burger en aan normativiteit zou kunnen winnen en dat ook haar inzichtelijkheid zou kunnen worden verbeterd.²⁷ De staatscommissie deed het volgende tekstvoorstel:

1. Nederland is een democratische rechtsstaat.
2. De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.
3. Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.

Naar het oordeel van de staatscommissie zou de kern van het Nederlandse constitutionele recht worden gevormd door de democratische rechtsstaat, alleen was die niet met zoveel woorden opgenomen in de Grondwet.²⁸ Een algemene bepaling met een verwijzing naar (aspecten van) de democratische rechtsstaat zou daarom een goede toevoeging zijn, en kunnen fungeren als bepaling in het licht waarvan andere (grond)wettelijke bepalingen zouden moeten worden geïnterpreteerd. De overheid zou bij al haar handelen – wetgevend, besturend en rechtsprekend – aan de algemene bepaling

23 *Kamerstukken II* 2007/08, 31570, nr. 3.

24 *Stcr.* 2009, 10354.

25 *Kamerstukken II* 2007/08, 31570, nr. 3, p. 31-32. Uitbreider: L.F.M. Verhey, 'De staatscommissie Grondwet: een doodgeboren kind?', *NJB* 2010/82.

26 Rapport Staatscommissie Grondwet (november 2010), p. 36-37. Volgens de staatscommissie zou een algemene bepaling, anders dan een preambule, deel uitmaken van het lichaam van de Grondwet en een normatief (en niet louter declaratoir) karakter hebben.

27 Rapport Staatscommissie Grondwet (november 2010), p. 26, 30.

28 Als elementen van de democratische rechtsstaat noemt de staatscommissie: de legaliteitseis, waarborging van grondrechten, machtspreiding, toegang tot een onafhankelijke rechter en actief en passief kiesrecht. Rapport Staatscommissie Grondwet (november 2010), p. 21-22.

zijn gebonden. Volgens de staatscommissie zou de bepaling onder meer van belang zijn in de discussie omtrent toetsing door de rechter van formele wetten aan de Grondwet.²⁹

De reactie van het kabinet op het voorstel van de Staatscommissie Grondwet verscheen op 24 oktober 2011. Het kabinet-Balkenende IV, dat de Staatscommissie Grondwet had ingesteld, was inmiddels gevallen en opgevolgd door het kabinet-Rutte I. Dat kabinet liep niet over van enthousiasme over de voorstellen van de staatscommissie. Het gaf niet alleen te kennen geen voorstander te zijn van toevoeging van een algemene bepaling aan de Grondwet, maar óók de daaraan ten grondslag liggende gedachte – versterking van de betekenis en inzichtelijkheid van de Grondwet voor burgers door haar [...] functie te benadrukken – niet te onderschrijven: ‘Het opnemen van een algemene bepaling zou verdedigbaar zijn als daarmee wordt nagestreefd om de maatschappelijke en educatieve functie te versterken en de Grondwet een meer evocatief, inspirerend en declaratoir karakter en daarmee (deels) een andere functie te geven. Het kabinet ziet daartoe echter geen aanleiding’, zo schreef het. De reactie, ondertekend door Donner, toenmalig minister van BZK, noemt opneming van een algemene bepaling niet verenigbaar met de (institutioneel-organisatorische en waarborg)functie van de Grondwet.³⁰ Zij zou zelfs een anomalie zijn in de grondwetsgeschiedenis. Daarnaast vreesde het kabinet dat de rechter mogelijk een te grote en onvoorspelbare rol zou krijgen bij de uitleg van de Grondwet, vanwege de onbepaaldheid van het voorgestelde artikel.³¹

Tijdens het beleidsdebat over het advies van de Staatscommissie Grondwet in de Eerste Kamer waren sommigen nogal ontstemd over de reactie van het kabinet op de voorstellen van de staatscommissie. Het bracht de leden Engels c.s. ertoe een motie in te dienen waarin de regering werd gevraagd een voorstel te ontwikkelen voor de formulering van een algemene grondwetsbepaling, waarin zou worden uitgedrukt dat Nederland een democratische rechtsstaat is.³² Die motie – hoewel ontraden door minister Spies (BZK) – werd aangenomen. Dat betekende echter niet dat zij meteen ook zonder slag of

29 Rapport Staatscommissie Grondwet (november 2010), p. 39. De staatscommissie benadrukt dat, ook als wetten in formele zin uiteindelijk niet aan de bepaling zouden mogen worden getoetst, zij niettemin van grote betekenis kan zijn, onder andere in verband met de toepassing van art. 93 en 94 Grondwet. Zie kritisch over het tekstvoorstel: J.J.J. Sillen, ‘Een doos van Pandora. Over het voorstel een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen’, *TvCR* 2011/2, p. 130-139.

30 Eerder duidde Donner de Grondwet als ‘gestold verleden en verstilde politieke strijd’. J.P.H. Donner, ‘Grondwet en constitutie in de toekomst’, in: *Donner und Blitz: lezingen en toespraken van Piet Hein Donner*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 241-260 (eerder verschenen in M.C. Burkens e.a. (red.), *Gelet op de Grondwet*, Deventer: Kluwer 1998, p. 9-26).

31 *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 5-6.

32 *Kamerstukken I* 2011/12, 31570, B. Engels noemde het gebrek aan bereidwilligheid om serieus over verstrekkender mogelijkheden tot wijziging van de Grondwet na te denken ‘constitutionele armoede’. *Handelingen I* 7 februari 2012, nr. 18, item 5.

stoot werd uitgevoerd. Op 6 juni 2013 schreef de minister van BZK – Spies was inmiddels opgevolgd door Plasterk – aan de voorzitter van de Eerste Kamer niet voornemens te zijn de motie-Engels c.s. uit te voeren. Hij stelde dat voor een wijziging van de Grondwet traditioneel twee criteria gelden: in de eerste plaats voldoende constitutionele rijpheid en in de tweede plaats een dringende noodzaak tot verankering van de wijziging. Weliswaar achtte het kabinet de democratische rechtsstaat een ‘constitutioneel rijp’ gegeven, maar een dringende noodzaak tot opnemng van een algemene bepaling zag het kabinet niet: de elementen van de democratische rechtsstaat waren immers reeds grotendeels verankerd in de Grondwet.³³ In een debat in de Eerste Kamer naar aanleiding van de brief van 6 juni zegde Plasterk echter alsnog toe een voorstel te zullen ontwikkelen voor een algemene bepaling.³⁴

Dat voorstel bereikte de Eerste Kamer op 17 februari 2014.³⁵ Uitgewerkt waren een beknopte, middellange en extensieve variant van een algemene bepaling. Daaraan vooraf ging de mededeling dat de regering nog steeds niet voornemens was een wetsvoorstel met de gewenste strekking zelf in te dienen, dus dat het initiatief van de Tweede Kamer zou moeten komen. De Eerste Kamer was teleurgesteld. Zij constateerde dat de motie-Engels c.s. weliswaar ‘naar de letter’ was uitgevoerd, maar dat niet ‘naar de geest’ van de motie was gehandeld.³⁶ Nadat een eventuele algemene bepaling op 11 maart 2014, tijdens het debat over de staat van de rechtsstaat, weer ter sprake was gekomen,³⁷ liet minister Plasterk een paar dagen later weten dat hij de wens van de Eerste Kamer opnieuw onder de aandacht van de ministerraad had gebracht. Ditmaal had het kabinet de bereidheid getoond ‘zich over een dergelijke heroverweging te buigen, zonder vooruit te lopen op de uitkomst daarvan’.³⁸

Drie maanden later was de kogel door de kerk. De minister liet de voorzitters van beide Kamers weten dat toch een wetsvoorstel voor het toevoegen van een algemene bepaling aan de Grondwet zou worden ingediend, en wel in het voorjaar van 2015. De algemene bepaling zou de contouren moeten aangeven waarbinnen de Grondwet moest worden gelezen en begrepen en – vanwege haar beknoptheid – aansluiten bij de institutioneel-organisatorische en waarborgfunctie.³⁹ Het voorjaar van 2015 bleek een iets te optimis-

33 *Kamerstukken I 2012/13*, 31570, G.

34 *Handelingen I* 10 september 2013, nr. 36, item 4.

35 *Kamerstukken I 2013/14*, 31570, I.

36 *Kamerstukken I 2013/14*, 31570, J.

37 *Handelingen I* 11 maart 2014, nr. 22, item 5.

38 *Kamerstukken I 2013/14*, 31570, J.

39 *Kamerstukken II 2013/14*, 31570, nr. 24; I, K.

tische inschatting. De regering diende het voorstel bij de Tweede Kamer in op 8 juli 2016 – ruim tien jaar na de instelling van de Nationale Conventie.⁴⁰

17.4 Inhoud en functie van de algemene bepaling

De tekst van de bepaling die de regering voorstelde, luidde: ‘De Grondwet waarborgt de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten.’⁴¹ De toelichting vermeldt dat de ‘kernbeginselen’ waarop de staat is gevestigd – democratie, rechtsstaat en grondrechten – in de loop van de geschiedenis weliswaar steeds essentiëler zijn geworden voor het functioneren van het staatsbestel, maar dat zij niet met zoveel woorden in de Grondwet werden genoemd. Dat gold tevens voor de waarborgfunctie die de Grondwet ten aanzien van die kernbeginselen heeft. Het wetsvoorstel beoogde daarin verandering te brengen, zo staat in de toelichting, zodat de waarborgfunctie uitdrukkelijk normatieve kracht zou krijgen. Dat het artikel helemaal vooraan in de Grondwet was voorzien, maakte volgens de regering duidelijk dat het niet slechts een declaratoir karakter zou hebben: de algemene bepaling zou vooruit moeten wijzen naar de overige bepalingen en een interpretatief kader bieden waarin de Grondwet moest worden begrepen, al was het niet de bedoeling dat de bepaling een andere status kreeg dan de overige grondwetsbepalingen.⁴² Dat de bepaling een stuk korter was dan het artikel dat ooit door de Staatscommissie Grondwet was voorgesteld, had er volgens de regering mee te maken dat was beoogd een ‘optimale balans’ te bereiken tussen het verstevigen van de institutionele, organisatorische en waarborgfunctie van de Grondwet enerzijds, en haar sobere karakter anderzijds.⁴³

De functie van interpretatief kader impliceerde volgens de regering niet dat aan de termen democratie, rechtsstaat en grondrechten een specifieke, vastomlijnde betekenis moest worden gegeven. Juist niet: door de sobere formulering van de algemene bepaling kon de invulling van die termen onderwerp blijven van politieke besluitvorming. Om die reden is ook niet gekozen om de term ‘democratie’ nader te specificeren in bijvoorbeeld ‘parlementaire democratie’ of ‘representatieve democratie’.⁴⁴ De algemene bepaling zou in feite als ondergrens moeten fungeren: het opnemen, intrekken of wijzigen

40 *Kamerstukken II 2015/16*, 34516, nr. 1-3.

41 Bij amendement-Koopmans (*Kamerstukken II 2016/17*, 34516, nr. 10) werd de tekst van de bepaling gewijzigd in: ‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.’ Met name tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer van het voorstel in eerste lezing werd uitgebreid van gedachten gewisseld over de redactie van de bepaling, waarbij ook de door de Staatscommissie Grondwet voorgestelde tekst ter sprake kwam. *Handelingen II* 11 april 2017, nr. 66, item 15; 31 mei 2017, nr. 81, item 7.

42 *Kamerstukken II 2015/16*, 34516, nr. 3, p. 3 en 7; nr. 5, p. 11; *Kamerstukken I 2017/18*, 34516, C, p. 5; *Handelingen I* 20 februari 2018, nr. 20, item 7.

43 *Kamerstukken II 2016/17*, 34516, nr. 6, p. 6.

44 *Kamerstukken II 2016/17*, 34516, nr. 5, p. 7; *Kamerstukken I 2017/18*, 34516, C, p. 3; E, p. 2.

van grondwetsbepalingen zou niet zó ver mogen gaan, dat de Grondwet als gevolg daarvan de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten niet meer zou waarborgen.⁴⁵ Dat neemt niet weg dat enige duiding van de kernbeginselen in de algemene bepaling door de regering wel is gegeven. Als kenmerkende elementen van een rechtsstaat noemde de toelichting het legaliteitsbeginsel, de machtenscheiding, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de grond- en mensenrechten.⁴⁶ Onder ‘grondrechten’ moesten voorts niet alleen de grondrechten in de Grondwet worden begrepen, maar óók de grond- en mensenrechten in bijvoorbeeld het EVRM.⁴⁷

Tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel kwam uitgebreid ter sprake tot wie de bepaling zich eigenlijk richt. Wie is, met andere woorden, de normadressaat? Uit de stukken blijkt dat dit primair de grondwetgever is. Maar ook de wetgever moet ervoor zorgen dat de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten worden gewaarborgd in nieuwe wetgeving, al staat – vanwege het ontbreken van een harde, materiële definitie van die begrippen – niet op voorhand vast hoe in concrete situaties de uitkomst precies moet luiden.⁴⁸ Verder kunnen rechters een rol spelen bij toepassing en interpretatie van de algemene bepaling, hoewel van regeringszijde werd verwacht dat hun rol beperkt zal zijn: de rechter zal bij de toetsing van regelgeving eerder te rade gaan bij concrete bepalingen dan bij de algemene bepaling, en burgers kunnen aan de algemene bepaling geen subjectieve rechten ontleen.⁴⁹ Om die reden verwachtte de regering niet dat een verandering zal optreden in de verhouding tussen rechter en wetgever.⁵⁰ Decentrale overheden en uitvoeringsdiensten moeten overigens eveneens de kernbeginselen van de Grondwet in acht nemen.⁵¹

45 *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 8; *Kamerstukken II* 2016/17, nr. 6, p. 11; *Handelingen II* 11 april 2017, nr. 66, item 15, p. 20; *Kamerstukken I* 2017/18, 34516, C, p. 2; *Handelingen I* 20 februari 2018, nr. 20, item 7, p. 1-2.

46 *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 6; *Kamerstukken I* 2017/18, 34516, C, p. 3-4.

47 Dat de grondrechten in de algemene bepaling worden genoemd, ondanks dat veel ervan in de Grondwet wordt opgesomd én dat grondrechten een kenmerk van de rechtsstaat zijn, had volgens de regering te maken met aansluiting bij de ‘internationale situatie’. *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 7. Een amendement-Özütok (*Kamerstukken II* 2016/17, 34516, nr. 7) om na ‘grondrechten’, ‘mensenrechten’ in de algemene bepaling in te voegen, haalde het niet.

48 Vgl. *Handelingen II* 11 april 2017, nr. 66, item 15, p. 11 en *Handelingen I* 20 februari 2018, nr. 20, item 7, p. 14 e.v., waarin werd ingegaan op de vraag hoe de algemene bepaling een rol zou hebben gespeeld in de debatten over o.m. wetgeving met betrekking tot orgaandonatie, politieke partijen en de samenwerkingschool.

49 *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 9; *Kamerstukken II* 2016/17, 34516, nr. 6, p. 5; *Kamerstukken I* 2017/18, 34516, C, p. 2; *Handelingen I* 20 februari 2018, nr. 20, item 7, p. 7 en 17; *Kamerstukken II* 2021/22, 35786, nr. 6, p. 3.

50 Op die mogelijkheid had de Afdeling advisering gewezen. *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 4, p. 5.

51 *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 7, *Kamerstukken I*, 34516, C, p. 5.

17.5 Een subtiel, maar niet verwaarloosbaar verschil?

De invoering van de algemene bepaling kent een lange voorgeschiedenis. Net als bij eerdere voorstellen speelden opvattingen over de functie van de Grondwet doorgaans een belangrijke rol bij de discussie over de invoering en de redactie van de algemene bepaling: heeft de Grondwet louter een institutioneel-organisatorische en waarborgfunctie, of heeft zij ook een meer maatschappelijke of symbolische functie? Dat de bepaling tamelijk lauw is ontvangen, komt wellicht omdat ze enerzijds in wezen slechts expliciteert wat al uit de Grondwet kon worden afgeleid en te onbepaald lijkt om echt een waarborgfunctie te kunnen vervullen, en anderzijds omdat ze te weinig een ‘klaroenstoot’ is om van symbolische waarde te zijn. In ieder geval riep de bepaling weinig sterke gevoelens op bij ministers en Kamerleden, en ook vanuit de wetenschap klinken geen zeer enthousiaste dan wel enorm verontruste geluiden.

Zo stellen verschillende staatsrechtelijke auteurs dat de algemene bepaling te weinig normatief is om een wezenlijke rol in het staatsbestel te kunnen spelen.⁵² Sommigen zijn positiever en betogen dat de algemene bepaling weliswaar geen vastomlijnde definitie geeft van de termen democratie, rechtsstaat en grondrechten, maar dat tegelijkertijd wel duidelijk is dat zij bijvoorbeeld een absolute monarchie of een militaire dictatuur uitsluit. Daarnaast zou de algemene bepaling een – beperkte, maar niettemin nuttige – rol kunnen hebben als interpretatie-, toetsings- en instructienorm.⁵³ Ook zou zij de Grondwet meer allure en maatschappelijke betekenis kunnen geven.⁵⁴

Ik deel deze laatste verwachtingen en denk dat de algemene bepaling wel degelijk een rol van betekenis zal kunnen vervullen. De regering noemde de grondwetgever als primaire normadressaat van de algemene bepaling, en onderstreepte tevens het belang ervan voor de formele wetgever. Zij zullen bij het opstellen van nieuwe (grond)wetge-

52 Vgl. o.a. M. von Meijenfeldt en R. Molendijk, ‘Een algemene bepaling of preambule voor de Nederlandse Grondwet – gerommel in de marge?’, *RegelMaat* (2), 2016, p. 152-160; M. Adams en G.-J. Leenknecht, ‘Artikel nul: een algemene bepaling over rechtsstaat, democratie en grondrechten in de Grondwet?’, *AA* 2015, p. 207-214; J.H. Gerards, ‘Een algemene bepaling in de Grondwet?’, in: *Symposiumbundel De grondwetsherziening van 1983: 30 jaar oud of 30 jaar jong?*, Den Haag: Ministerie van BZK 2013, p. 15-24; W.J.M. Voermans, ‘Een onberaden voorstel voor artikel nul’, *SC* (37), 2014.

53 M. Stremmer, ‘De voorgestelde algemene bepaling als fundamentele constitutionele norm’, *TvCR* (3), 2018, p. 204-220. Zie ook M. Stremmer, ‘“De kernbeginselen van onze Grondwet”: De algemene bepaling in historisch-constitutioneel perspectief’, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Constitutionele verandering in Nederland. De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 141-174. Goossens ziet potentie, maar plaatst ook kanttekeningen in J. Goossens, ‘Invoering van een algemene bepaling of preambule bij de Nederlandse Grondwet. Looking back and going forward’, in: N. Efthymiou e.a. (red.), *De vele facetten van het staatsrecht. Opstellen aangeboden aan prof.dr. R. de Lange*, Nijmegen: WLP 2020, p. 35-56.

54 C.M. Zoethout, ‘Algemene bepaling’, in: A. Ellian en B. Rijpkema (red.), *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Amsterdam: Boom 2022, p. 91-98.

ving de algemene bepaling in acht moeten nemen. Dat geldt niet slechts als het gaat om de *inhoud* van wetten, maar tevens als het gaat om hun *totstandkomingsprocedure*. Ook die is aan democratisch-rechtsstatelijke eisen gebonden, zoals rechtszekerheid, democratische legitimatie, zorgvuldige voorbereiding en transparantie.⁵⁵ Uiteraard was de (grond)wetgever al vóór de inwerkingtreding van de nieuwe bepaling gehouden om democratisch-rechtsstatelijk verantwoorde regels tot stand te brengen. Daartoe zijn in het wetgevingsproces dan ook verschillende waarborgen ingebouwd. Zo helpt het Beleidskompas – sinds het voorjaar van 2023 de opvolger van het Integraal Afwegingskader – ambtenaren op de departementen om beleid en wetgeving goed voor te bereiden.⁵⁶ Aan wetsvoorstellen moet bijvoorbeeld een adequate probleemanalyse ten grondslag liggen en onderzocht moet worden in hoeverre nieuwe regels uitvoerbaar en handhaafbaar zijn. Daarnaast wordt gezien hoe wetsvoorstellen zich verhouden tot de Grondwet en Europees en verdragsrecht, en dient bij de opstelling ervan voldoende rekening te worden gehouden met ‘het primaat van de wetgever’, dat wil zeggen de gedachte dat de wetgever in formele zin – vanuit overwegingen van democratische legitimatie en het belang van openbare beraadslaging⁵⁷ – betrokken moet zijn bij het vaststellen van de ‘hoofdelementen’ van een regeling (in ieder geval de reikwijdte, de structurele elementen en de voornaamste, duurzame normen⁵⁸). De directie Juridische Zaken en Wetgevingsbeleid van het ministerie van JenV verricht voorts een wetgevingskwaliteitsbeleidstoets (WKB-toets) als wetsvoorstellen complex zijn of een mogelijk grote, maatschappelijke impact hebben.

Ook de Afdeling advisering van de Raad van State vervult een belangrijke rol bij de beoordeling van voorgenomen wetgeving. Aan de hand van haar recent herziene beoordelingskader verricht de Afdeling een beleidsanalyse, een constitutionele en juridische analyse, een uitvoeringsanalyse en een analyse van de gevolgen voor de rechtspraak.⁵⁹ Op die manier beziet zij niet alleen de juridische systematiek en de verenigbaarheid met hoger recht, maar ook de beschreven probleemanalyse, de noodzaak en de verwachte geschiktheid van voorgenomen wetgeving. Het wetsvoorstel, de memorie van toelichting, het advies van de Afdeling en de reactie daarop in de vorm van het

55 G.J.A. Geertjes, ‘De formele wetsprocedure als waarborg: democratische legitimatie, zorgvuldigheid, transparantie’, in: L.C. Groen en A.M. Keppel (red.), *De wetgevingsprocedure anno 2022: klaar voor de toekomst?*, Den Haag: Boom 2023, p. 21-57.

56 www.kcbr.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/beleidskompas.

57 Eindrapport van de commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 42.

58 Aanwijzing 2.19 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

59 www.raadvanstate.nl/overrrvs/advisering/beoordelingskader. Zie ook T.J. van Ernst en R.J.M. van den Tweel, ‘Geschikt, evenredig en uitvoerbaar. Wetgevingsadvisering door de Afdeling advisering van de Raad van State’, *RegelMaat* (1), 2023, p. 58-71.

nader rapport stellen Kamerleden in staat om een goed geïnformeerd debat te voeren en tot een weloverwogen oordeel te komen.

Voorstelbaar is dat de nadruk die, mede naar aanleiding van de Kinderopvangtoeslag-affaire, terecht wordt gelegd op het belang van de kwaliteit van wetgeving, ervoor zorgt dat alle actoren in het wetgevingsproces zich zeer bewust zijn van de noodzaak om wetgeving tot stand te brengen die aan democratisch-rechtsstatelijke eisen voldoet.⁶⁰ Ook de algemene bepaling zal hieraan een bijdrage leveren. Daaruit vloeit weliswaar geen ‘nieuw’ toetsingskader voor wetsvoorstellen voort, maar zij zal de bestaande toetsingskaders wel extra status verlenen, omdat die als het ware in algemene bepaling kunnen worden ingelezen. Op die manier zal de algemene bepaling als belangrijk handvat fungeren om van gedachten te wisselen over hoe wetsvoorstellen moeten worden beoordeeld, gelet op de grondrechten en de democratische rechtsstaat.

Wat betekent dit voor de rechter? Tijdens de parlementaire behandeling van de algemene bepaling werd van regeringszijde bij herhaling benadrukt dat diens rol bij de interpretatie van de algemene bepaling naar alle waarschijnlijkheid beperkt zal zijn. Ik weet niet of die verwachting zal uitkomen, juist in het licht van de verantwoordelijkheid van de (grond)wetgever voor de totstandbrenging van democratisch-rechtsstatelijk verantwoorde wetgeving, die door de algemene bepaling nog wordt versterkt. Wat mij betreft rijst de vraag in hoeverre de algemene bepaling ervoor zal zorgen dat verschillende, hiervoor genoemde elementen van de ex ante toetsing van wetgeving voor de rechter ‘toetsbaarder’ worden als een regeling eenmaal tot stand is gekomen. Ik heb dan bijvoorbeeld het oog op de probleemanalyse die aan het wetsvoorstel ten grondslag ligt, het verrichte onderzoek en het primaat van de wetgever.

Die vraag kan prangender worden bij een eventuele opheffing van het toetsingsverbod. Nu mag alleen lagere regelgeving worden getoetst aan de Grondwet en is toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet verboden.⁶¹ Wanneer eventuele opheffing van het toetsingsverbod ertoe leidt dat wetten in formele zin ook aan de algemene bepaling mogen worden getoetst, zal dat gelden voor zowel hun inhoud als hun totstand-

60 Zie, naast het al genoemde Beleidskompas en Beoordelingskader, in dit verband o.a. *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 4 en het rapport van de werkgroep Versterking functies Tweede Kamer, ‘Kamervoorzitter ontvangt eindrapport over versterking functies Tweede Kamer’.

61 Zowel inhoudelijk als wat betreft de totstandkoming. Art. 120 Grondwet; HR 27 januari 1961 (Prof. Van den Bergh), *NJ* 1963, 248. Echter: (formeel-)wettelijke bepalingen vinden geen toepassing als die niet verenigbaar zijn met eenieder verbindende verdragsbepalingen; art. 94 Grondwet.

komings.⁶² Dat zou tot gevolg kunnen hebben dat de rechter zich in een voorkomend geval een oordeel moet vormen over de vraag hoe de totstandkomingsprocedure van een concrete, formeel-wettelijke regeling zich tot de algemene bepaling verhoudt, bijvoorbeeld naar aanleiding van de stelling dat de eraan ten grondslag liggende probleemstelling op verkeerde veronderstellingen berust of dat onvoldoende onderzoek heeft plaatsgevonden naar de uitvoerbaarheid van de regeling. Hoewel verondersteld kan worden dat de rechter zich in zo'n geval, gelet op de verhouding tussen de staatsmachten, terughoudend zal opstellen, betekent dit niettemin dat hij wel degelijk een rol zal vervullen bij de interpretatie van de algemene bepaling – temeer omdat in dit geval geen concretere bepaling voorhanden lijkt te zijn waaraan hij kan toetsen.

Maar ook als de opheffing van het toetsingsverbod geen doorgang zal vinden (of er niet toe zal leiden dat formele wetten aan de algemene bepaling mogen worden getoetst) zal de rechter een interpretatieve rol hebben te vervullen. Lagere regels mogen immers wél aan de algemene bepaling worden getoetst en ook ten aanzien daarvan kunnen vragen als hiervoor beschreven worden opgeworpen.⁶³ Een verzoek aan de bestuursrechter om exceptieve toetsing van een algemeen verbindend voorschrift kan mede aan de hand van de algemene bepaling worden ingekleed en dat betekent dat de algemene bepaling óók een rol zou kunnen spelen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van deze regels – niet alleen inhoudelijk, maar eveneens als het gaat om de totstandkoming en de afwegingen die daaraan ten grondslag hebben gelegen.⁶⁴

Ik ben dus positief over de algemene bepaling. Natuurlijk, de (grond)wetgever was ook vóór haar inwerkingtreding al gebonden aan grondrechtelijke en democratisch-rechtsstatelijke eisen. En natuurlijk valt of staat de relevantie van de algemene bepaling met de betekenis die er uiteindelijk in de praktijk aan zal worden gegeven. Maar juist het

62 Het is vooralsnog onduidelijk of dat zal gebeuren. Hoewel in de Hoofdlijnenbrief de suggestie is gewekt dat de algemene bepaling deel zou moeten uitmaken van het toetsingskader (*Kamerstukken II 2021/22, 35925 VII, nr. 169, p. 8*), stelde de minister van BZK tijdens een commissiedebat in april 2023 dat alléén toetsing aan klassieke vrijheidsrechten (en dus níet aan de algemene bepaling) is voorzien. *Kamerstukken II 2022/23, 35786, nr. 10, p. 18*.

63 Ten overvloede teken ik aan dat niet alle waarborgen in de formele-wetgevingsprocedure ook gelden voor lagere regelgeving. Zo speelt het Beleidskompas geen rol bij de totstandkoming van decentrale verordeningen (wel bij AMvB's en ministeriële regelingen); worden op rijksniveau ontwerp-AMvB's wel, maar ontwerp-ministeriële regelingen niet voorgelegd aan de directie JZW van het ministerie van JenV en aan de Afdeling advisering van de Raad van State en heeft de volksvertegenwoordiging geen rol bij de totstandkoming van AMvB's en ministeriële regelingen (althans, niet formeel), terwijl decentrale verordeningen wel direct democratisch zijn gelegitimeerd. Al deze variabelen zullen voor de rechter meewegen bij het bepalen van de toetsingsintensiteit.

64 Hierover uitgebreid: L.A. van Heusden, *Rechterlijke toetsing van de rationaliteit van algemeen verbindende voorschriften. Naar een intensievere toetsing?*, Den Haag: Boom juridisch 2022.

feit dat de democratische rechtsstaat met de algemene bepaling expliciet een grondwettelijke norm is geworden en dat ook uitdrukkelijk is bepaald dat de (grond)wetgever de grondrechten en de democratische rechtsstaat moet waarborgen, kan het politieke debat een impuls geven. En als de (grond)wetgever het debat over grondrechten en de democratische rechtsstaat nadrukkelijker voert, kan dat óók het maatschappelijk debat hierover verder aanmoedigen.

Daar komt bij dat ik denk dat de normatieve betekenis van de bepaling niet moet worden onderschat. Normen die weliswaar niet met zoveel woorden in de Grondwet staan maar die wel van groot belang zijn voor het functioneren van de democratische rechtsstaat, kunnen door de algemene bepaling extra status verkrijgen. Zo heeft de algemene bepaling wat mij betreft in ieder geval de potentie om een zinvolle rol te vervullen bij het maken van democratisch-rechtsstatelijk deugdelijke wetgeving, zowel inhoudelijk als procedureel. Die rol kan zij spelen voor de verschillende actoren in het wetgevingsproces, maar óók in de wisselwerking tussen wetgever en rechter. In zoverre lijkt de kwalificatie ‘subtiel maar niet verwaarloosbaar’ van Ollongren me adequaat, en zelfs wat aan de voorzichtige kant.

De rol en plaats van de rechter in de Grondwet

Ingrid Leijten

18.1 Inleiding

De rechter komt in de Nederlandse Grondwet een bescheiden rol toe. Verschillende mogelijke verklaringen schieten daarvoor te binnen. Zo is de functie rechtspraak inherent aan menselijk samenleven en is zij ouder dan bijvoorbeeld wetgeving. Een bepaalde vanzelfsprekendheid kan de reden zijn dat uitgebreide grondwettelijke verankering overbodig werd en wordt geacht. Anderzijds vormt *onafhankelijke* rechtspraak een kernelement van onze rechtsstaat. Gedetailleerde grondwettelijke voorschriften kunnen met dat uitgangspunt op gespannen voet staan. Dat wat met betrekking tot de rechterlijke macht geregeld dient te worden, is vooral van organisatorische aard. Veel daarvan kan de wetgever, met minimale sturing van de grondwetgever, zelf af.

De huidige rol en plaats van de rechter in de Nederlandse Grondwet laten zich natuurlijk ook verklaren door de historische ontwikkeling van die Grondwet. Waar Thorbecke een Grondwet voor ogen had die niet alleen vastlegde wat al was, maar ook een bepaald streven impliceerde, geven de bepalingen met betrekking tot de rechtspraak en rechterlijke macht daar tot op de dag van vandaag weinig blijk van. Illustratief is natuurlijk de nog steeds voortdurende discussie over constitutionele toetsing en het al dan niet aanpassen van artikel 120 Grondwet. Thorbecke was al geen fan van wat we het 'toetsingsverbod' zijn gaan noemen, maar ook nu de wens en de wil hieraan iets te doen de afgelopen jaren sterker zijn geworden, is de benodigde grondwetswijziging nog steeds ver weg.

Het sobere karakter van de Grondwet op het punt van de rechter vormt echter geen reden om in deze bundel af te zien van een bijdrage over de ontwikkeling daarvan sinds 1848. Als het gaat om de rechter, de rechtspraak en rechterlijke macht, zijn verschillende grondwetsbepalingen relevant. Het merendeel daarvan is sinds 1983 te vinden in hoofdstuk 6 van de Grondwet ('Rechtspraak'), welk hoofdstuk in deze bijdrage dan ook tot startpunt zal worden genomen om van daaruit 'terug te kijken' op verschillende grondwettelijke momenten en de betekenis daarvan. Naast de bepalingen uit hoofdstuk 6 passeren daarbij ook enkele artikelen uit de hoofdstukken 1 en 5 de revue. Het gaat dan om het onlangs gewijzigde artikel 17, waaraan inmiddels een (grond)recht op een eerlijk proces is toegevoegd, maar ook artikel 92, waarin de mogelijkheid tot overdracht van rechtsprekende bevoegdheden aan volkenrechtelijke organisaties is vastgelegd.

In de hiernavolgende bespreking zal worden bekeken hoe de constituerende, attribuerende en regulerende functies die doorgaans aan de Grondwet worden gekoppeld verband houden met hetgeen daarin door de jaren heen is opgenomen over de rechter.¹ Waar mogelijk wordt daarbij ook iets gezegd over het juridisch-normatieve en maatschappelijke of symbolische belang van de verschillende bepalingen. In paragraaf 2 wordt in algemene zin stilgestaan bij de ontwikkeling van wat nu grotendeels in hoofdstuk 6 staat. In paragraaf 3 wordt vervolgens aandacht besteed aan de recente wijziging van artikel 17 Grondwet. Ook een nadere bespiegeling op het toetsingsverbod (art. 120 Grondwet) mag in deze bijdrage niet ontbreken; die volgt in paragraaf 4. Mede naar aanleiding van recente ontwikkelingen zullen in paragraaf 5 dan enkele ‘verbetermogelijkheden’ worden geïdentificeerd, of zal althans een blik worden geworpen op de mogelijke versterking van de rechterlijke rechtsbescherming in de Grondwet.

18.2 Rechter, rechtspraak, rechterlijke macht

Geen van de in deze bundel tot uitgangspunt genomen ‘constitutionele momenten’ ging in de kern over de rol en taak van de rechter. Illustratief is de beschrijving die Wim Voermans in zijn recente boek *Onze constitutie* geeft van de belangrijkste wijzigingsmomenten: de term ‘rechter’ komt daarin in het geheel niet voor.² ‘Rechtspraak’ lezen we hier een keer, namelijk als het gaat over de in 1953 in artikel 67 lid 1 Grondwet opgenomen mogelijkheid om bij verdrag bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak op te dragen aan internationale organisaties (nu art. 92 Grondwet). Deze wijziging ging samen met de nieuwe mogelijkheid een verdrag ook stilzwijgend goed te keuren en valt te begrijpen als het zoeken van aansluiting bij de snel ontwikkelende internationale rechtsorde.³ Bij rechtspraak door rechters behorende bij internationale organisaties kan worden gedacht aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU), hoewel de aanvaarding daarvan al besloten ligt in toetreding tot de bijbehorende volkenrechtelijke organisatie (resp. de Raad van Europa en de EU). Juist ook voor andere internationale (semi-)gerechtelijke instanties is de bepaling dan ook relevant.

Bepalingen over de Nederlandse rechter zijn talrijker en grotendeels te vinden in het sinds 1983 bestaande hoofdstuk 6 van de Grondwet, getiteld ‘Rechtspraak’. Dit suggereert dat sprake is van een goed doordacht en samenhangend geheel aan bepalingen, maar een nadere blik laat zien dat dat wel meevalt. Omdat het thema van deze bijdrage

1 Vgl. bijv. C.A.J.M. Kortmann cs., *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 19 e.v.

2 W.J.M. Voermans, *Onze constitutie*, Amsterdam: Prometheus 2023, p. 63 e.v.

3 Zie ook art. 58 lid 2 (oud; 1953): ‘Hij bevordert de ontwikkeling der internationale rechtsorde.’ Tegenwoordig in iets andere bewoordingen in art. 90 te vinden.

raakt aan een aanzienlijk lijstje bepalingen, is het niet mogelijk bij de details en praktische toepassing van elk van die bepalingen stil te staan. In plaats daarvan zal aan de hand van enkele overkoepelende thema's, zoals 'bevoegdheden' en 'onafhankelijkheid', worden gekeken naar wat de Grondwet regelt over de rechter en de rechterlijke macht, en hoe dat zo gekomen is.

De eerste groep bepalingen uit hoofdstuk 6 die kan worden geïdentificeerd, bevat bepalingen die de competentie van de rechter vastleggen. In eerste instantie gaat het daarbij om de berechting door de rechterlijke macht van 'geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen' (art. 112 lid 1 Grondwet) en van 'strafbare feiten' (art. 113 lid 1 Grondwet). De eerste bevoegdheid is al sinds 1815 in de Grondwet te vinden en vormde destijds een trendbreuk met de situatie waarin het bestuur het primaat had bij de beslechting van geschillen tussen burger en overheid. Daarmee hebben we ook de kern van de voortdurende discussie omtrent deze bevoegdheid te pakken: wanneer is niet de 'gewone rechter' aan zet, kan beslechting worden overgelaten aan bijzondere colleges, of daarvan worden afgezien in verband met het politieke karakter van een geschil?⁴ De Hoge Raad heeft in deze discussie gekozen voor Buys' *objectum litis*, waarbij niet het karakter van de achterliggende rechtsverhouding, maar de grondslag van de vordering de doorslag geeft.⁵

Relevant hierbij is dat artikel 112 Grondwet (en haar voorgangers sinds 1887) een tweede lid bevat met een uitzondering.⁶ De formulering die sinds 1983 in de Grondwet staat, biedt de wetgever de mogelijkheid om 'de berechting van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, [op te dragen] hetzij aan de rechterlijke macht, hetzij aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren. De wet regelt de wijze van behandeling en de gevolgen van de beslissingen'. Met de 'rechterlijke macht' verwijst de huidige Grondwet daarbij naar het orgaancomplex en niet (meer) naar de functie rechtspraak; tot die macht behoren tegenwoordig in elk geval de rechtbanken, de gerechtshoven en de Hoge Raad.⁷

4 Zie uitgebreid bijv. het commentaar van G. Boogaard en J. Uzman, 'Artikel 112 Civiele en administratieve rechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G.J. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 1083 e.v.

5 Hoge Raad 31-12-1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773 *Guldmond/Noordwijkerhout* (de leer van Thorbecke was nu juist dat de rechtsverhouding beslissend was).

6 In 1848 kende het betreffende artikel maar één lid: 'Alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortspuitende regten, over schuldvordering en andere burgerlijke regten, behoren bij uitsluiting tot de kennis van de regterlijke magt. Aan haar behoort insgelijks, behoudens uitzonderingen door de wet te bepalen, de beslissing over burgerschapsregten' (art. 148 oud).

7 Zie de Wet RO; het is dus de wetgever die het label 'rechterlijke macht' aan bepaalde organen geeft.

Bij artikel 113 Grondwet verwachten we misschien een vergelijkbaar lange geschiedenis. Toch is de bevoegdheid van de gewone rechter tot de berechting van strafbare feiten pas in 1983 in de Grondwet opgenomen. Daarvoor werd dit vanzelfsprekend geacht, maar zowel de Hoge Raad als de staatscommissie-Cals/Donner drong uiteindelijk toch op codificatie aan.⁸ Het betreft hier vooral een waarborg: een verbod voor de wetgever om deze taak op te dragen aan andere organen dan de rechterlijke macht, al is die volgens sommigen inhoudsloos en zou nader precisering wenselijk zijn.⁹ Het neemt bovendien niet weg dat sanctionering wel aan andere ambten kan worden opgedragen. Lid 2 van artikel 113 Grondwet bepaalt dat tuchtrechtspraak bij de wet geregeld wordt. De wet kan tevens afwijkende regels stellen voor berechting buiten Nederland en voor het oorlogsstrafrecht (lid 4). Vrijheidsontneming, zo volgt uit lid 3, mag volgens de grondwetgever echter alleen door de rechterlijke macht worden opgelegd.¹⁰

In het rijtje van de artikelen 112 en 113 Grondwet past ook het bepaalde in artikel 115 Grondwet: ‘Ten aanzien van de in artikel 112, tweede lid, bedoelde geschillen kan administratief beroep worden ingesteld.’ Ook deze – of een vergelijkbare – bepaling was voor 1983 niet in de Grondwet te vinden. Tegelijkertijd heeft zij alweer sterk aan belang ingeboet. Het gaat hier niet om de mogelijkheid tot geschilbeslechting door de bestuursrechter, maar door het bestuur zelf. En in het bekende *Benthem*-arrest bepaalde het EHRM al in 1985 dat administratief beroep niet voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM – het recht op een eerlijk proces.¹¹ Een bijzondere voorziening is eveneens geregeld in artikel 119 Grondwet over ambtsmisdrijven. De Nederlandse Grondwet kent van oudsher de mogelijkheid dat politieke ambtsdragers vervolgd kunnen worden. Hoewel gesteld in verschillende formuleringen, is daarbij steeds bepaald dat de beslissing tot vervolging in handen is van politieke ambtsdragers (‘bij koninklijk besluit of bij een besluit van de Tweede Kamer’, lezen we sinds 1983), en de Hoge Raad de voor de berechting aangewezen instantie is.¹²

De zojuist besproken grondwettelijke regelingen suggereren dat deze weliswaar zijn geëvolueerd, maar niet wezenlijk zijn veranderd. Het lijkt bovendien alsof de grondwet-

8 Eindrapport staatscommissie-Cals/Donner 1971, p. 262 en 266.

9 J.J.J. Sillen, ‘De constitutionele positie van de strafrechter’, *Ars Aequi* 2023, p. 244-245.

10 Ook in de totstandkomingsgeschiedenis wordt daarbij een link gelegd met de waarborgen uit art. 5 EVRM, zie *Kamerstukken II* 1979/80, 16162, nr. 3.

11 EHRM 23 oktober 1985, *NJ* 1986, 102 m.nt. EAA (*Benthem/Nederland*). Zie over het recht op een eerlijk proces, nader par. 18.3.

12 Voor een uitgebreide toelichting zij bijvoorbeeld verwezen naar het commentaar van G. Boogaard en J. Uzman, ‘Artikel 119 Ambtsmisdrijven’, in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G.J. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 1141-1148.

gever er in 1983 een schepje bovenop deed, door toe te voegen wat in de praktijk weliswaar al zo was, maar toch belangrijk genoeg werd geacht voor opname in de Grondwet. Dit is echter maar een deel van het verhaal. Met betrekking tot de rechter en de rechterlijke macht was in 1983 ook sprake van 'deconstitutionalisering'. Zo kwamen bepalingen over de eenheid van de rechtspraak (art. 163 Grondwet oud) en een opperste gerecht dat eenheid waarborgt (art. 176 Grondwet oud) te vervallen. Ook als het gaat om de rechterlijke organisatie doet de grondwetgever in 1983 eerder een stapje terug, door vooral de wetgever veel bevoegdheden toe te kennen.

Artikel 116 Grondwet constitueert een 'rechterlijke macht', aan te wijzen bij de wet (lid 1). Dit begrip wordt nergens gedefinieerd, maar uit het artikel volgt dat de rechterlijke macht bestaat uit gerechten en leden, die wel en niet met rechtspraak kunnen zijn belast.¹³ Zowel de rechtbanken, als de gerechtshoven en de Hoge Raad worden volgens artikel 2 Wet op de rechterlijke organisatie tot deze gerechten gerekend. De drie hoogste bestuursrechters (de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven), worden daarentegen nog steeds niet aangemerkt als onderdeel van de rechterlijke macht. Dit blijft gekunsteld, zeker nu de hoogste bestuursrechters een belangrijke en in veel gevallen 'uiteindelijke' rechterlijke taak vervullen en voor de tegenmacht die in ons bestel zo wenselijk is, onmisbaar zijn. Ook gezien de wens van de grondwetgever om alle rechterlijke instanties die binnen de rechtsorde een 'duurzame rechterlijke taak' vervullen¹⁴ tot de rechterlijke macht te rekenen, zou de discussie hierover niet mogen verstommen.

Artikel 116 Grondwet waarborgt de institutionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Waar tot 1983 nog grondwettelijk was vastgelegd dat er een wetgevingsplicht was om een algemeen wetboek te regelen,¹⁵ is daarvan overgebleven dat de wet 'de inrichting, samenstelling en bevoegdheid van de rechterlijke macht' regelt. Het idee was om met artikel 116 Grondwet vooral geen barrières op te werpen. Hoewel delegatie volgens de gebruikte terminologie lijkt toegestaan, moet die mogelijkheid heel beperkt worden begrepen. Om onafhankelijkheid daadwerkelijk te garanderen, is immers van belang dat de wetgever en niet de regering de organisatie van de rechterlijke macht regelt. Wat bijvoorbeeld ook niet mogelijk is, is het toekennen van rechtsprekende bevoegdheden

¹³ Bij die laatsten kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de leden van het Openbaar Ministerie.

¹⁴ *Kamerstukken II 1980/81, 16162, nr. 3, p. 2.*

¹⁵ In 1848 bijv.: 'Er is een algemeen wetboek van burgerlijk regt, van koophandel, van strafregt, van burgerlijke regts- en van strafvordering [...]' (art. 146 Grondwet oud).

aan decentrale organen.¹⁶ Zonder dit te beogen, maar door er wel ruimte voor te laten, heeft de wijziging in 1983 tot slot de herstructurering van de rechterlijke macht mogelijk gemaakt.

Naast de institutionele onafhankelijkheid – van andere machten – bestaat er ook zoiets als rechtspositionele onafhankelijkheid van rechters. Hierop ziet artikel 117 Grondwet, dat de benoeming (bij koninklijk besluit en voor het leven), het ontslag, de schorsing en de rechtspositie (bezoldiging) van de leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast en de procureur-generaal regelt. Dat wil zeggen, de wet moet vastleggen bij het bereiken van welke leeftijd rechters worden ontslagen (nu is dat 70 jaar), in welke gevallen en door welk gerecht schorsing of ontslag kan plaatsvinden, en hoe het zit met de bezoldiging. Overigens volgde dit ook uit eerdere formuleringen van wat in 1983 artikel 117 is geworden.

De onafhankelijkheid die onder meer moet worden gegarandeerd door de benoeming voor het leven – dit om politieke inmenging te voorkomen – is iets anders dan onpartijdigheid; dat het belang van de rechter niet samenvalt met dat van een van de partijen. Waar het eerste niet met zoveel woorden in de Grondwet werd genoemd, maar wel wordt verondersteld ('de rechterlijke macht is onafhankelijk of hij is het niet', aldus Boogaard¹⁷), moest ook de eis van onpartijdigheid als 'uitkomst' met name over de band van artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) worden gewaarborgd. Hierin is echter verandering gekomen met de toevoeging van een recht op een eerlijk proces in artikel 17 Grondwet in 2022, waarover zo meer.

Artikel 118 betreft de benoeming en taken van de Hoge Raad. Historisch gezien markeerde dit artikel met name het feit dat Nederland een eenheidsstaat wilde zijn: 'Er bestaat voor het geheele Rijk een opperste gerechtshof', lezen we in artikel 157 van de Grondwet van 1848. Een dergelijke inleiding werd in 1983 niet meer nodig, maar ook niet meer passend – vanwege de verschillende hoogste bestuursrechters – geacht. Onder meer over de benoemingsprocedure blijft discussie bestaan. Enige democratische legitimatie, ook in verband met de taak ambtsmisdrijven te berechten, wordt gezien als de

16 Vgl. nader G. Boogaard, 'Artikel 116 Rechterlijke macht', in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G.J. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 1122.

17 G. Boogaard, 'Artikel 117 Rechtspositie leden rechterlijke macht', in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G.J. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 1125.

achtergrond van de voordracht van drie personen door de Tweede Kamer.¹⁸ Tegelijkertijd bestaat al sinds jaar en dag zorg over partijpolitieke invloeden (de voordracht door de Kamer schept ‘gelegenheid ... voor politieke invloeden’¹⁹), die recentelijk de staatscommissie-Remkes ertoe bewoog een ‘voordrachtscommissie’ voor te stellen.²⁰ Op een daadwerkelijk voorstel met die strekking (een commissie bestaande uit een door de Hoge Raad te benoemen lid, een door de Tweede Kamer te benoemen lid, en een door deze twee leden te benoemen derde lid niet zijnde een Kamerlid of rechter) kwam kritiek, onder meer van de Raad van State; in februari van dit jaar werd het door de regering ingetrokken.²¹

Artikel 121 Grondwet gaat over de openbaarheid van terechtzittingen en de uitspraak en de rechterlijke motivering. De wetgever mag hierop wel uitzonderingen maken. In 1848 was dat laatste nog slechts het geval voor de openbaarheid van de terechtzitting.²² De wijziging in 1983 kan worden gezien als weerslag van wat al door de wetgever was geregeld; het doel was niet de praktijk ingewikkelder te maken. Hoewel ook aspecten van openbaarheid en motivering als onderdeel kunnen worden gezien van een recht op een eerlijk proces, functioneert artikel 121 niet als grondrechtelijke waarborg: zijn normatieve kracht is in concrete gevallen zeer gering.²³

Artikel 120 Grondwet werd hier nog niet besproken, terwijl daar nu juist doorlopend wat over te doen is. Hiervoor is paragraaf 4 gereserveerd. Ook over de laatste twee overgebleven bepalingen uit hoofdstuk 6 kunnen we hier kort zijn. Gratie en amnestie (art. 122 Grondwet) betreffen met name het bestuur en de rechter en om die reden wordt

18 Al is in de praktijk de rol van de Kamer beperkt, zie bijv. P.P.T. Bovend’Eert, ‘Wijziging van de benoemingsprocedure bij de Hoge Raad: goed idee? I. Onnodig, ongepast en ondoordacht’, *RMTthemis* (4), 2020, p. 195-198.

19 C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1957, p. 601.

20 Eindrapport Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie in balans*, Amsterdam: Boom 2018, p. 216.

21 Zie voor het advies van de Raad van State van 7 april 2021, *Stcrt.* 2023, nr. 3777; zie voor kritiek ook Bovend’Eert, *RMTthemis* 2020, die juist pleit voor een betere gebruikmaking van de (beperkte) rol van de Kamer.

22 ‘Alle vonnissen moeten de gronden, waarop zij rusten, en in strafzaken de artikelen der wet, waarop de veroordeling rust, vermelden, en met open deuren worden uitgesproken. De terechtzittingen zijn openbaar, behoudens de uitzonderingen in het belang der openbare orde en zedelijkheid, door de wet vast te stellen’ (art. 156 Grondwet 1848).

23 Volgens Boogaard zou ‘[h]et artikel ... slechts een waarborgfunctie gaan vervullen als de wetgever op het idee komt de openbaarheid van de rechtspleging in zijn geheel af te schaffen’ (G. Boogaard, ‘Inleiding bij Hoofdstuk 6 Rechtspraak’, in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G.J. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 1079).

de plaats ervan in dit hoofdstuk vaak bekritiseerd.²⁴ Datzelfde geldt eigenlijk voor artikel 114 Grondwet, dat het verbod op de doodstraf vastlegt. Eigenlijk is dit een grondrecht, dat bovendien niet alleen werkt tegenover de rechter, maar juist ook bedoeld is voor de wetgever.²⁵ Als we het over grondrechten en de rechter willen hebben, dan moeten we kijken naar het onlangs aangepaste artikel 17 Grondwet.

18.3 Het recht op een eerlijk proces

Bij ‘de grootste grondwetsherziening sinds 1983’ – let wel, dat is ook veertig jaar geleden – is ook ten aanzien van de rol van de rechter in de Grondwet een steen verlegd. Waar sinds 1983 in artikel 17 stond ‘Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent’,²⁶ wordt deze bepaling sinds 2022 voorafgegaan door een lid waarin staat: ‘Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.’ Een duidelijke, normatieve toevoeging dus, in de vorm van een individueel grondrecht waarbij de waarborg bestaat uit eisen ten aanzien van de rechter (onafhankelijk en onpartijdig) en de rechtspraak (een eerlijk proces binnen een redelijke termijn).²⁷

Of gaat het hier toch om een bovenal symbolische toevoeging? Vergelijkbare waarborgen volgen immers uit de artikelen 6 en 13 EVRM en artikel 47 EU-Grondrechtenhandvest, en golden dus ook voor 2022 in Nederland. Natuurlijk heeft het nieuwe artikel 17 ook een symboolfunctie, waarbij het belang van het recht op een eerlijk proces wordt onderstreept en het artikel zo wellicht bijdraagt aan het vertrouwen in de rechtsstaat en de rechter.²⁸ Toch is er ook een juridische functie die meer omvat dan een Nederlandse vertaling van een al geldende fundamenteel-rechtelijke norm. Zo geldt artikel 6 bijvoor-

24 ‘Het is duidelijk dat deze bevoegdheden [gratie of amnestie te verlenen] niet als rechtspraak moeten worden beschouwd’, aldus P.P.T. Bovend’Eert, *Rechter, rechterlijke organisatie en rechtspraak in de democratische rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 2. Zie voor een nadere toelichting met verwijzingen ook G. Boogaard en J.J. But, ‘Artikel 122 Gratie’, in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G.J. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 1173.

25 Dat het beland is in hoofdstuk 6 heeft te maken met het feit dat het pas tijdens de mondelinge behandeling van het grondwetswijzigingsvoorstel van bepalingen inzake justitie bij amendement is ingevoegd. Zie *Kamerstukken II 1980/81, 16162*, nr. 12 (Naar een nieuwe grondwet, VI, p. 109). Ook in Duitsland bijvoorbeeld is ‘de afschaffing van de doodstraf’ geregeld in het hoofdstuk over de rechtspraak (art. 102 *Grundgesetz*).

26 Vanaf 1814: ‘Niemand kan tegen zijn wil worden afgetrokken van den regter, dien de wet hem toekomt’ (art. 101 onder c Grondwet (oud, tussen 1814 en 1983 meermaals omgenummerd)).

27 Het gaat dus om een grondrecht met zowel negatieve aspecten (voor de overheid: om zich niet in procedures te mengen) en positieve verplichtingen (voor de overheid: om een eerlijk proces en toegang tot de rechter daadwerkelijk te realiseren).

28 *Kamerstukken II 2015/16, 34517*, nr. 3, p. 7. Zie ook R.J.G.M. Widdershoven, ‘Recht op een eerlijk proces: verbodige toevoeging of revolutionaire potentie?’, in: J.H. Gerards, J. Goossens en E.Y. van Vugt (red.),

beeld niet in vreemdelingenzaken,²⁹ terwijl artikel 47 EU-Grondrechtenhandvest alleen van toepassing is als EU-recht ten uitvoer wordt gelegd.³⁰

Widdershoven benadrukt bovendien dat artikel 17 lid 1 Grondwet ‘volgens de grondwetgever de legitimatie biedt voor een actievere rechtsvorming door de rechter’.³¹ Zo moet de bepaling worden gezien tegen de achtergrond van de kinderopvangtoeslagenaffaire en de wens meer maatwerk en rechtsbescherming te bieden. Ook kan het nieuwe artikellid zorgen voor meer constitutionele dialoog tussen de Nederlandse rechter en de Europese rechtscolleges over de betekenis van het recht op een eerlijk proces.³² Al met al gaat het om een bepaling die althans de potentie heeft de rechtsbescherming te versterken en de Nederlandse rechter, maar ook de wetgever, de mogelijkheid biedt zich de betekenis van ‘eerlijk proces’ meer toe te eigenen dan tot nog toe het geval is. Daarbij blijft de rechter echter (vooral nog) stuiten op de grenzen van zijn bevoegdheid zoals die volgen uit het toetsingsverbod.³³

18.4 Het toetsingsverbod

De veruit bekendste grondwettelijke bepaling over de rechter legt vast wat de rechter *niet* mag. Het bekende toetsingsverbod (art. 120 Grondwet) houdt in dat ‘de rechter niet in de beoordeling treedt van de grondwettigheid van wetten en verdragen’. Met andere woorden, de rechter beoordeelt niet of wetten in formele zin, die tot stand zijn gekomen volgens de procedure van artikel 81 Grondwet e.v., en dus met bemoeienis van de Staten-Generaal, wel in overeenstemming zijn met de Grondwet. Ook verdragen mogen daaraan niet worden getoetst, en uit de rechtspraak volgt tevens dat ook de wetgevingsprocedure, het Statuut en ongeschreven rechtsbeginselen niet als toetsingsmaatstaf kunnen dienen.³⁴

In 1848 kwam het toetsingsverbod in de Grondwet, maar ook daarvoor was er discussie over de interpretatie van die Grondwet, en over wie daarvoor het meest geëigend zou zijn. ‘De wetten zijn onschendbaar’ was vanaf 1848 te lezen in artikel 115 lid 2 Grondwet. Een formulering die overigens niet zozeer de Grondwet of de rechter centraal stelt,

Constitutionele verandering in Nederland. De grondwetswijzigingen van 2022-2023, Boom juridisch 2023, p. 205-226, p. 207.

29 EHRM 5 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1005JUD003695298 (*Maaouia/Frankrijk*).

30 Art. 51 lid 1 EU-Grondrechtenhandvest.

31 Widdershoven 2023, p. 208, verwijzend naar M.M. Julicher, *De Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?* (diss. Utrecht), 2020, p. 70-72.

32 Widdershoven 2023, p. 208-209.

33 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en ECLI:NL:RVS:2023:852.

34 HR 27 januari 1961, ECLI:NL:PHR:1961:AG2059 (*Prof. Van den Bergh*); HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*).

maar met name het primaat van de wetgever benadrukt. Waar Thorbecke meende dat de Grondwet hiermee ophield 'grondwet' te zijn, omdat de wetgever er feitelijk boven zou komen te staan,³⁵ was minister Donker Curtius van mening dat het verbod er juist toe diende 'de wet boven alle bedenkingen te stellen en haar tegen elke aanranding van de uitvoerende, de rechterlijke macht en de plaatselijke autoriteiten te beschermen'.³⁶ Deze verschillende opvattingen symboliseren tot op de dag van vandaag het debat over constitutionele toetsing in Nederland. Volgens een materieel perspectief van rechtsbescherming zou de Grondwet – via toetsing door de rechter – paal en perk moeten stellen aan wetgeving die daarmee in strijd is. Meer institutioneel gedacht kan worden beargumenteerd dat het toch vooral de verkozen wetgever is die het laatste woord moet hebben als het gaat om de interpretatie van de op punten voor uiteenlopende duiding vatbare Grondwet.³⁷

In 1953 werd bovendien een toetsingsverbod voor verdragen geëxpliciteerd in artikel 60 lid 3 Grondwet (oud): 'De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van overeenkomsten.' Aan die formulering is uiteindelijk in 1983 die van het 'algemene' toetsingsverbod aangepast.³⁸ Wetten waren op dat moment ook niet meer 'onschendbaar', omdat ze ondertussen wel aan verdragen konden worden getoetst via de artikelen 93 en 94 Grondwet.³⁹ De herbevestiging in 1983 betekende overigens niet dat er voorafgaand daaraan geen discussie was gevoerd over het toetsingsverbod. In de Proeve van 1966, evenals in het eindrapport van de staatscommissie-Cals/Donner, werd gepleit voor een beperkte toetsingsmogelijkheid, namelijk aan de grondrechten uit hoofdstuk 1 van de Grondwet.⁴⁰ Ook de commissie-Franken (2000), de Nationale Conventie (2006) en de staatscommissie-Thomassen (Grondwet; 2010) toonden zich voorstander daarvan.⁴¹

Dat ook anno 2023 artikel 120 nog springlevend is, lijkt dan ook vooral te maken te hebben met de obstakels die Grondwet opwerpt voor wijziging ervan. Het voorstel-Halsema uit 2002 werd weliswaar in eerste lezing in 2008 aangenomen, maar uiteindelijk ver-

35 J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot herziening der Grondwet*, Leiden: P.H. van den Heuvel 1848, p. 61.

36 Memorie van toelichting bij Hoofdstuk 3 van het Grondwetsvoorstel van 1848: *Bijlage Handelingen II* 1847/48, XLIX, nr. 7, p. 345.

37 Zie nader G. Boogaard en J. Uzman, 'Artikel 120 Toetsingsverbod', in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G.J. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 1150-1151.

38 Boogaard spreekt in dit kader van '[e]en zwenking van focus die ertoe leidt dat de waarborg van institutionele scheiding van staatsmachten temeer op het bord van de rechtspraak komt'. Boogaard, 'Inleiding bij Hoofdstuk 6 Rechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G.J. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 1081.

39 Voor het eerst opgenomen in de Grondwet in 1953.

40 Proeve van een nieuwe Grondwet 1966; Eindrapport staatscommissie-Cals/Donner 1971.

41 Grondrechten in het digitale tijdperk 2000; Hart voor de publieke zaak, Aanbevelingen van de Nationale conventie voor de 21e eeuw, 2006, p. 45; Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 43-50.

dween het bij gebrek aan voldoende politieke steun naar de achtergrond en werd in 2018 ingetrokken.⁴² Ondertussen had de staatscommissie-Remkes (parlementair stelsel; 2018) zich wel weer uitgesproken vóór toetsing, en wel door een constitutioneel hof.⁴³ De meest recente, serieuze impuls voor wijziging van artikel 120 Grondwet lijkt echter tevens het gevolg te zijn van de kinderopvangtoeslagenaffaire⁴⁴ en de Covid-19-pandemie – beide gevallen waarin grondrechten vergaand werden beperkt en de Grondwet in de politieke en publieke discussie regelmatig werd aangehaald.⁴⁵

Het kabinet-Rutte IV meldde in zijn regeringsakkoord van december 2021 dat constitutionele toetsing ter hand zou worden genomen.⁴⁶ In juli 2022 verscheen – nadat verschillende zienswijzen waren ontvangen⁴⁷ – een hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing van de ministers Bruins Slot (Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties) en Weerwind (rechtsbescherming), met concrete ideeën over hoe constitutionele toetsing eruit zou kunnen zien.⁴⁸ In navolging van eerdere voorstellen wordt in eerste instantie ingezet op gespreide, concrete toetsing achteraf aan klassieke grondrechten. Dit roept niettemin verschillende vragen op, zoals hoe de Nederlandse rechter effectieve grondrechten-toetsing kan garanderen nu in de Nederlandse Grondwet geen inhoudelijke grondrechtenbeperkingseisen zijn opgenomen.⁴⁹ Hoe het ook zij, Commissie- en Kamerdebatten volgden in 2023, en de weg naar een voorstel inclusief voldoende politieke draagkracht leek steeds korter te worden.⁵⁰ De val van het kabinet begin juli 2023 heeft er echter voor gezorgd dat het vervolg weer meer ongewis is.

42 *Kamerstukken II 2001/02, 28331; Kamerstukken II 2018/19, 32334, nr. 12.*

43 Eindrapport Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie in balans*, Amsterdam: Boom 2018, p. 195 e.v.

44 Venetiëcommissie, *Netherlands – Opinion on the legal protection of citizens*, CDL-AD(2021)031, 18 oktober 2021, p. 25-26.

45 Vgl. A.E.M. Leijten, J.J. But e.a., ‘Twitteren over grondrechten in tijden van de pandemie: startpunt voor discussie of stok om mee te slaan?’, *Nederlands Juristenblad* 2022/1074, p. 1372-1379.

46 Coalitieakkoord 2021-2025 (VVD, D66, CDA, CU), *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*, p. 2.

47 Raad voor de rechtspraak, *Zienswijze van de Rechtspraak op rechterlijke constitutionele toetsing*, 27 mei 2022; Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 april 2022 aan de minister voor rechtsbescherming met een zienswijze over de invoering van constitutionele toetsing.

48 Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister voor Rechtsbescherming, Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, 1 juli 2022 (hierna: Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing).

49 Zie, voor een argument voor inhoudelijke beperkingscriteria, A.E.M. Leijten en C.M.S. Loven, ‘Rechterlijke toetsing aan de grondwettelijke grondrechtenbepalingen: daadwerkelijke meerwaarde verlangt meer dan het afschaffen van het toetsingsverbod’, in: J.H. Gerards, J. Goossens en E.Y. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland. De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Boom juridisch 2023, p. 97-122.

50 Vgl. Rondetafelgesprek van de vaste commissie voor binnenlandse zaken over constitutionele toetsing, 14 februari 2023, terug te kijken via www.debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/constitutionele-toetsing; Commissiedebat over constitutionele toetsing van 19 april 2023, terug te kijken via www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2023Ao2735.

18.5 **Blik op de toekomst**

Het vermoeden waarmee deze bijdrage begon, is juist gebleken. De bescheiden rol van de rechter in de Nederlandse Grondwet door de jaren heen, en met name in het kader van de verschillende grondwetsherzieningen, heeft deels te maken met de vanzelfsprekendheid van bepaalde regelingen en waarborgen, zoals dat de gewone rechter de bevoegdheid heeft tot berechting van strafbare feiten, of de ‘onpartijdigheid’ van de rechter. Anderzijds kan onafhankelijkheid worden gezien als reden voor geringe inmenging in de rechterlijke macht en wordt de wetgever met het regelen van meer organisatorische aspecten belast.

Als dit allemaal zo evident is, kan echter wel de vraag worden gesteld waarom in andere landen de grondwettelijke regeling van rechter, rechtspraak en rechterlijke macht anders of uitgebreider is vormgegeven. Zo laat een blik op hoofdstuk 9 van het Duitse *Grundgesetz* meteen zien dat daarin veel meer te vinden is over de verschillende gerechten, waaronder natuurlijk het *Bundesverfassungsgericht*, minder wordt verwezen naar de wetgever en meer inhoudelijke en gedetailleerde waarborgen direct in het *Grundgesetz* zijn opgenomen, bijvoorbeeld over wanneer ontslag mogelijk is of aan welke eisen vrijheidsontneming gebonden is.

De conclusie moet zijn dat ook de specifieke constitutionele cultuur en historie debet zijn aan wat anno 2023 in de Nederlandse Grondwet over de rechter is vastgelegd. Onze Grondwet behoort tot de oudste grondwetten ter wereld; zij bestond al meer dan dertig jaar voordat Thorbecke in 1848 – 175 jaar geleden – het parlementaire stelsel wist te verankeren. Dit mag leiden tot een rijke grondwettelijke historie, maar van enige *path dependency* is zeker ook sprake. De vrij sobere, institutionele meer dan normatieve insteek van de Grondwet is door de jaren heen bewaard gebleven. Ook tijdens de grote herziening in 1983 is de inhoud van de bepalingen over de rechter niet op de schop gegaan. Sterker nog: zoals we zagen, zijn bepaalde aspecten in die herziening uit de Grondwet verdwenen en is de rol van de wetgever bij het nader gestalte geven aan (de waarborgen rondom) de rechterlijke macht benadrukt.

Een ‘vergaarbak’ noemt Voermans het huidige hoofdstuk 6 van de Grondwet. En inderdaad valt ook wel iets af te dingen op de verzameling bepalingen die daarin is opgenomen: moet artikel 115 niet vervallen en zou verplaatsing van een aantal andere bepalingen niet ook een goed idee zijn? Gepleit zou ook kunnen worden voor het toch aanpassen van de benoemingsprocedure van de Hoge Raad – een van de weinige dingen die wel met enig concreet detail in de Grondwet is geregeld. Toch is dit mijns inziens niet hetgeen waarop zou moeten worden ingezet, al was het maar omdat de ‘politieke invloed’ waar sprake van zou (kunnen) zijn, in de praktijk – maar ook in het systeem

zoals dat is vormgegeven – beperkt is. Problematisch is eerder de ‘inhoudelijke niksigheid’⁵¹ waar het bijvoorbeeld gaat om de grondwettelijke regeling van de rechterlijke organisatie; er wordt (te) veel van de wetgever verwacht en de rol van de Raad voor de rechtspraak is niet onbetwist.⁵² Ook het feit dat de hoogste bestuursrechters volgens de huidige Grondwet niet onder de ‘rechterlijke macht’ *hoeven* te worden geschaard, vormt een plooi in het geheel die door de wetgever niet wordt gladgestreken.

Al met al is de vraag of de (intussen) gelijkwaardige positie van de rechter ten opzichte van de andere machten⁵³ voldoende weerklank vindt in de Grondwet. En dan gaat het dus niet slechts om institutionele inkadering, maar ook om meer normatieve inbedding. Voor het ‘normatief momentum’ hoeven we nauwelijks terug in de tijd. Het recht op een eerlijk proces gold dan wel al lang in onze rechtsorde, de expliciete toevoeging ervan – met tot dan toe ontbrekende termen als ‘onafhankelijkheid’ en ‘onpartijdigheid’, maar ook ‘redelijke termijn’ – heeft potentieel meer dan alleen symbolische (meer) waarde. Zeker als zij in context wordt geplaatst: hoewel het voorstel voor deze grondwetswijziging ouder is, heeft de wijziging van artikel 17 Grondwet plaatsgevonden in een tijd waarin de roep om meer rechtsbescherming luid en terecht was. Ontwikkelingen in het bestuursrecht, met betrekking tot het bieden van maatwerk en toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, komen niet uit de lucht vallen, maar zijn het gevolg van of worden in elk geval gesterkt door het gebeurde in de kinderopvangtoeslagenaffaire. Het zou dan ook een gemiste kans zijn het nieuwe artikel 17 Grondwet af te doen als ‘enkel’ vastlegging in de Grondwet van hetgeen volgt uit artikel 6 EVRM, in plaats van als kans om de rol en de plaats van de rechter in ons constitutionele bestel nader uit te werken.

De neiging om bij thema’s als ‘de rechter’ en ‘grondrechten’ sterk te varen op (met name) vingerwijzingen uit Straatsburg en van de EU, zou niet in de weg moeten staan aan grondwettelijke verankering van belangrijke waarborgen. En dan niet alleen ter vastlegging van wat we toch al (zouden moeten) doen, van *wat al is*, maar ook bij wijze van plaatsing van normatieve *goal posts* die toekomstig gedrag en nadere regelgeving inhoudelijk beïnvloeden. Waar het laten van ruimte aan de wetgever an sich te waarderen is, is het effect daarvan in het huidige tijdgewricht onvoldoende gebleken.

51 A.R. Mackor en R.J.B. Schutgens, ‘Artikel 116. Organisatie van de rechterlijke macht’, in: A. Ellian en B. Rijpkema, *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Amsterdam: Boom filosofie 2022, p. 453.

52 Vgl. bijv. P.P.T. Bovend’Eert, ‘Wat is er mis met de rechterlijke organisatie?’, *Ars Aequi* 2016, p. 406-410.

53 Vgl. Bovend’Eert 2022, p. 5 e.v.; zie over het toegenomen belang van de rechterlijke taak in het staatsbestel waar de uitvoering veel macht toekomt, ook A.W. Heringa, *In Courts we Trust. Courts as Defenders of the Rule of Law and Parliamentary Democracy* (afscheidsrede Maastricht University), Den Haag: Eleven 2023, p. 5. e.v.

De belangrijkste opdracht lijkt er dan ook in eerste instantie te liggen voor de grondwetgever om de centrale rol van de rechter nader en ook inhoudelijk te verankeren. Een belangrijke rol is daarbij weggelegd voor het mogelijk maken van constitutionele toetsing. Daarbij moet de mogelijke juridische meerwaarde niet te snel te beperkt worden opgevat en worden gezien in samenhang met de symbolische meerwaarde die hoort bij het toetsen aan de ‘eigen’ Grondwet – toetsing aan de Grondwet kan voor meer ‘eigenaarschap’ van grondrechtenbescherming zorgen, en voor meer invulling van waar het EHRM een *margin of appreciation* laat. Het is natuurlijk waar dat de rechter nu al kan toetsen aan vergelijkbare rechten uit (onder meer) het EVRM, die bovendien expliciete voor inhoudelijke toetsing vatbare beperkingseisen kennen. Dit zou echter vooral een aanmoediging moeten zijn om ook een eis van proportionaliteit of evenredigheid te expliciteren in de Grondwet, in plaats van te blijven vertrouwen op een wetgever die grondrechtenbeperkingen per definitie naar behoren vormgeeft, of met het inlezen van dergelijke eisen te volstaan.⁵⁴

In lijn met de grote roep om meer aandacht voor thema’s als ‘bestaanszekerheid’ en ‘wonen’, verdient ook toetsing aan sociale grondrechten een kans. Helaas wordt in de debatten tot nu toe vooral verwezen naar argumenten als het politieke karakter van die rechten, om dat niet te doen. Gebruikmakend van een terughoudende redelijkheidstoets of een standstill-verplichting, zoals in België, waarbij sociale bescherming in elk geval niet (zonder goede reden) achteruit mag gaan, kan de tegenmacht van de rechter worden versterkt zonder dat de spreiding der machten daarbij in het geding komt. Idealiter worden dit soort verduidelijkingen eveneens opgenomen in de Grondwet, al was het maar om het verwijt dat de rechter activistisch te werk gaat, te kunnen weerleggen.

Rechtspraak is de taak van de onafhankelijke rechter. Te uitgebreide grondwettelijke regulering daarvan is geen goed idee en dat geldt zeker voor een Grondwet die lastig te wijzigen is. Toch mag de indruk dat alles keurig is geregeld in hoofdstuk 6 van de Grondwet, niet verbloemen dat dat hoofdstuk qua consistentie en inhoud tekortschiet. Nu met de uitbreiding van artikel 17 Grondwet daartoe een stap is gezet, is het bovendien zaak het toegenomen belang van de waarborgfunctie van rechterlijke toetsing (nader) constitutioneel te verankeren. Door in ieder geval niet langer te verbieden wat aan rechterlijke rechtsbescherming kan bijdragen (constitutionele toetsing), en de maatstaven die daarbij van belang zijn te expliciteren (in of direct na de grondwettelijke grondrechtenbepalingen), kunnen niet zozeer de rol en de plaats van de rechter *in de Grondwet*, maar de rol en de plaats van die rechter *als zodanig*, worden versterkt.

54 Zie uitgebreid Leijten en Loven 2023.

VIII EVALUATIES

De Nederlandse Grondwet in vergelijkend perspectief: achterblijver, voortrekker of geluksvogel?

Monica Claes

19.1 Inleiding

De Nederlandse Grondwet, en bij uitbreiding, het Nederlandse constitutionele recht, komt in de meeste handboeken vergelijkend constitutioneel recht maar weinig aan bod. Dat heeft veel te maken met de fixatie van een belangrijke stroming in het vergelijkende staatsrecht op Angelsaksische constitutionele systemen, waarin Engelstalige auteurs de boventoon voeren en belangstelling voor de minder grote en bekende stelsels vrij beperkt is.¹ Er zijn maar weinig elementen uit de Nederlandse Grondwet elders gekopieerd, zoals dat wel het geval is met bijvoorbeeld het Duitse of Amerikaanse systeem van constitutionele toetsing, Duits of Canadees federalisme of het Britse parlementair stelsel. Bovendien ontbreekt Nederland om vanzelfsprekende redenen in vergelijkende studies naar federalisme of constitutionele hoven, twee onderwerpen die op veel belangstelling mogen rekenen in vergelijkend constitutioneel recht. Maar hoe doet de Nederlandse Grondwet het in vergelijking met andere?

De Nederlandse Grondwet wijkt op een aantal punten af van de meeste Europese grondwetten² door haar sobere karakter en de sobere constitutionele cultuur waarin zij opereert, het grote vertrouwen dat zij stelt in de wetgever, de afwezigheid van rechterlijke constitutionele toetsing van formele wetten en de openheid naar het internationale en Europese recht. Tegelijk doet Nederland het opvallend goed in de rankings van internationale instanties over prestaties van staten op een aantal cruciale elementen van de democratische rechtsstaat, waar grondwetten toch vooral voor zijn bedoeld. Dit lijkt paradoxaal, en waarom dat zo is, weten we niet echt. Over het verband tussen een Grondwet en het functioneren van de democratische rechtsstaat is maar weinig

1 Zie bijv. Michel Rosenfeld en András Sajó (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP 2012; Tom Ginsberg en Rosalind Dixon, *Comparative Constitutional Law*, Edgar Elgar 2012; Vicky Jackson en Mila Versteeg, *Comparative Constitutional Law*, Routledge 2020.

2 In deze bijdrage beperk ik mij verder tot de grondwetten en constitutionele systemen van de lidstaten van de Europese Unie: in Europees verband is de rechtsvergelijking veel relevanter dan daarbuiten, omdat 'gemeenschappelijke beginselen' over de band van het EVRM en het EU-recht een andere juridische waarde krijgen.

bekend. Wellicht is het meer te danken aan de maatschappelijke, politieke, historische en economische context waarin zij opereert, dan aan de Grondwet zelf, dat Nederland het zo goed doet. Of anders gezegd: het is die context die Nederland heeft toegelaten om te werken met een sobere en minimalistische Grondwet, en vooral te vertrouwen op een gezond rechtsstatelijk klimaat.

Kan Nederland het zich permitteren om te blijven vertrouwen op die cultuur van democratische rechtsstatelijkheid? Of zou de Nederlandse Grondwet beter moeten aansluiten bij de Europese gemeenschappelijke constitutionele traditie, waarin de Grondwet een grotere rol speelt in het functioneren van de democratische rechtsstaat?

Nadat ik in paragraaf 19.2 ben ingegaan op het sobere karakter van onze Grondwet, vergelijk ik in paragraaf 19.3 de Nederlandse Grondwet met andere Europese grondwetten en onderzoek ik op welke punten zij daarvan verschilt. Ik suggereer dat de Nederlandse Grondwet het meest lijkt op die van de Noordse lidstaten, Zweden, Finland en Denemarken, die eveneens werken met oude, sobere grondwetten en geen constitutioneel hof hebben, maar goed presteren op de internationale *rankings*. Dit wordt wel de Noordse paradox genoemd.³ Maar de Nederlandse Grondwet wijkt op minstens twee punten af van die Noordse grondwetten: het verbod van constitutionele toetsing en het grote belang van de minimumstandaarden van internationale en Europese mensenrechten voor de Nederlandse bescherming van grondrechten. In paragraaf 19.4 analyseer ik de normatieve waarde van het Europese gemeenschappelijke constitutionele erfgoed – ‘*the European constitutional heritage*’ of ‘*common constitutional traditions*’: wat is dat erfgoed en welke eisen stelt het aan de Nederlandse Grondwet? Vervolgens bekijk ik in paragraaf 19.5 of afwijkingen van de Europese gemeenschappelijke constitutionele traditie problematisch zijn, en of er redenen zijn om naar die gemeenschappelijke traditie toe te groeien. Ik sluit in paragraaf 19.6 af met de suggestie dat aansluiting bij de Europese traditie van rechterlijke toetsing voor de hand ligt, niet omdat ‘Europa dat wil’, maar omdat de democratische rechtsstaat en de rechten van de burgers daarmee beter beschermd kunnen worden.

19.2 Een sobere Grondwet in een sobere grondwetscultuur

In vergelijking met andere Europese grondwetten, wordt de Nederlandse doorgaans omschreven als sober: de Grondwet is kort en ontbeert een preambule en de daarmee vaak

3 Ran Hirschl, ‘The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial review’, *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 449-469.

samenhangende constitutionele retoriek,⁴ alsmede een uitgesproken constitutionele ideologie, met concepten als ‘sovereiniteit’, ‘volk’ of ‘natie’.⁵ Ook de nieuwe algemene bepaling die verwijst naar de democratische rechtsstaat is, in vergelijking met vergelijkbare bepalingen in andere grondwetten, wel erg kort, sober en wellicht niet erg normerend. Het Nederlandse constitutionele recht ontwikkelt zich bovendien in belangrijke mate buiten de Grondwet om. De Grondwet is onvolledig en moet worden gezien in samenhang met andere constitutionele normen, beginselen en conventies, met internationale verdragen die een (supra-)constitutionele status hebben en met een aantal ‘organieke’ wetten. De Grondwet verwijst een aantal kwesties die elders wel van constitutionele orde zijn door naar de wetgever. Die wetgever krijgt ook bijzonder veel vertrouwen bij de beperking van grondrechten: de beperkingssystematiek is hoogst summier. Waar in andere systemen veel meer nadruk wordt gelegd op de Grondwet als bescherming van grondrechten tegen de wetgever (*‘the majority of the day’*), legt de Nederlandse Grondwet de bescherming van de grondrechten juist grotendeels in handen van diezelfde wetgever. Maar het meest opvallend, in vergelijking met andere constitutionele systemen, zijn de afwezigheid van constitutionele toetsing van formele wetten en de openheid van de Nederlandse rechtsorde naar het internationaal en Europees recht. De combinatie van beide elementen, die ertoe leidt dat, zowel in het wetgevingsproces als in de rechtspraak, het verdragsrecht, en met name het EVRM en EU-recht relevanter zijn dan de Grondwet, is voor veel buitenlandse waarnemers maar moeilijk te bevatten.

Ook wordt vaak gewezen op de sobere Nederlandse constitutionele cultuur. De Grondwet is weinig expliciet over de waarden die zij propageert en over het type samenleving dat ze ambieert. De Grondwet wordt doorgaans gezien als een document dat toch vooral bestemd is voor de overheidsorganen, die zij weinig sturing biedt en nauwelijks iets in de weg legt. De Grondwet speelt dan ook in het publieke debat en het openbare leven nauwelijks een rol.⁶

4 Volgens een recente telling hebben 162 van de 193 geschreven grondwetten die op 29 november 2021 van kracht waren een preambule, zie Jürgen Goossens en Martijn Kuijvenhoven, ‘De invoering van een algemene bepaling of preambule bij de Nederlandse Grondwet in rechtsvergelijkend perspectief’, *Ars Aequi*, 2022, p. 412-419.

5 Leonard Besselink, ‘Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Niederlande’, in: Armin von Bogdandy, Pedro Cruz Villallon en Peter M. Huber (red.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band I, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, 2007, p. 327-330.

6 Zie over die sobere constitutionele cultuur bijv. Joost Sillen, ‘De relatieve betekenis van de Grondwet voor de wetgever. Een beschouwing over de Nederlandse juridische grondwetscultuur in de twintigste eeuw’, *RegelMaat* 35(6), 2020; Maurice Adams en Gerhard van de Schyff, ‘Constitutional Culture in the Netherlands. A Sober Affair’, in: Maurice Adams, Anne Meuwese en Ernst Hisch Ballin (red.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press 2017, p. 358-385.

19.3 De Nederlandse Grondwet in vergelijkend perspectief: de Nederlandse paradox

In vergelijking met andere grondwetten komt de Nederlandse er dus een beetje bekaaid van af: de praktische relevantie van de Grondwet lijkt beperkt in vergelijking met die van de meeste andere grondwetten. Nederland staat hierin echter niet alleen. Een recent grootschalig vergelijkend onderzoek naar grondwetten in de lidstaten van de Europese Unie (EU) plaatst Nederland in de categorie van ‘*political or historical Constitutions*’, gekenmerkt door een groot vertrouwen in de wetgever, geen of een zeer beperkt constitutioneel hof en een grondrechtenbescherming die sterk leunt op het EVRM.⁷ Nederland bevindt zich in deze studie in het gezelschap van de Noordse landen (Zweden, Finland en Denemarken), Luxemburg, Malta en het Verenigd Koninkrijk (dat nog lid was van de EU toen de studie werd uitgevoerd). Deze groep onderscheidt zich van de grondwetten van de grootste groep lidstaten die gekarakteriseerd worden als post-totalitair of post-autoritair, met een uitgebreid systeem van grondrechtenbescherming en een sterk constitutioneel hof.⁸ Een derde categorie, een restcategorie van ‘traditionele of hybride stelsels’ zijn dan de lidstaten die strikte en flexibele elementen combineren (België, Ierland, Oostenrijk en Cyprus).⁹

De Nederlandse Grondwet is dus bijzonder in Europees vergelijkend perspectief, maar bevindt zich in goed gezelschap: het gaat om oude, robuuste liberale democratieën,¹⁰ met een goede reputatie op het vlak van de bescherming van grondrechten.

Binnen deze groep van ‘politieke of historische grondwetten’ neemt Nederland toch weer een bijzondere plek in, als we kijken naar de rol van mensenrechtenverdragen en van rechters. In de Noordse landen¹¹ is lang geleden geaccepteerd dat rechters – alle rechters – parlementaire wetgeving kunnen toetsen aan de Grondwet. Van deze bevoegdheid maken zij echter traditioneel maar spaarzaam gebruik: de primaire verantwoordelijkheid voor de grondwettigheid van wetten blijft bij de wetgever. Het ERVM is in deze

7 Anneli Albi en Samo Bardutzky, *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law. National Reports*, Springer 2019.

8 In het werk van Anneli Albi is deze categorie verder opgedeeld in de ‘oude’ post-autoritaire of post-totalitaire stelsels (Duitsland, Italië, Spanje, Portugal en Griekenland), en de post-communistische systemen (Slovenië, Polen, Tsjechië, Slowakije, Estland, Letland, Litouwen, Roemenië, Bulgarije en Kroatië).

9 In het boek wordt Hongarije om voor de hand liggende redenen apart behandeld.

10 Malta past daarom wellicht minder goed in deze groep, maar dat terzijde.

11 Natuurlijk verschillen ook de Noordse lidstaten van elkaar en is de groep, als we nader kijken, wellicht minder homogeen dan hier voorgesteld, maar voor de discussie hier zoom ik iets minder ver in. Over de verschillen tussen de Noordse landen zie Helle Krunke en Björg Thorarensen, *The Nordic Constitutions. A Comparative and Contextual Study*, Hart Publishing 2020.

lidstaten pas in de jaren negentig van de vorige eeuw in de nationale rechtsorde geïncorporeerd.¹² Tot die tijd was de situatie daar dus omgekeerd aan die in Nederland: de rechter kon wetten wel toetsen aan de grondwet (en deed dat maar spaarzaam), maar niet aan het EVRM; de Nederlandse rechter kan wetten wel toetsen aan het EVRM (en doet dat terughoudend), maar niet aan de Grondwet. Maar gedurende de laatste twee decennia zijn Noordse rechters onder invloed van de incorporatie van het EVRM en de doorwerking van het EU-recht wetten ook iets meer gaan toetsen aan hun grondwet, zij het nog steeds voorzichtig en terughoudend. Het EVRM en het EU-recht werken er dus als katalysator voor toetsing aan de grondwet.¹³ De constitutionele systemen van Denemarken, Zweden en Finland zijn gedurende de afgelopen decennia iets meer geëvolueerd in de richting van de gemeenschappelijke Europese traditie, waarin rechterlijke toetsing van wetgeving wordt gezien als een noodzakelijk onderdeel van democratische rechtsstatelijkheid, maar blijven zich onderscheiden van de meerderheid, omdat de toetsing niet is belegd bij een constitutioneel hof, en het zwaartepunt blijft liggen bij de wetgever.¹⁴

Nederland is daarmee de enige lidstaat van de EU waar de toetsing van wetten aan de Grondwet nog steeds verboden is, en grondrechtenbescherming bijna volledig is gebaseerd op internationaal en Europees recht. Maar als we de lens weer even iets bijstellen en uitzoomen, valt vooral op dat de beschrijving van de Noordse context waarin deze constitutionele systemen opereren ook van toepassing is op Nederland: het zijn rijke landen, gebaseerd op consensusdemocratie, in een context van een sterke mate van sociale stabiliteit, en een voorkeur voor continuïteit en consensus, gekenmerkt door een groot vertrouwen in de wetgever en een afkeer van constitutionele hoven.¹⁵

Als we dan kijken naar de lijstjes die prestaties van staten op het vlak van democratie, rechtsstatelijkheid en bescherming van grondrechten meten, doet Nederland het uitstekend. Nederland doet het steevast goed in de lijstjes van bijvoorbeeld de World Justice Project, Rule of Law Index,¹⁶ Freedom House, Corruption Perceptions Index van Transparency International.¹⁷ En ook op deze lijstjes verkeert Nederland meestal in het

12 In Finland in 1990, in Denemarken in 1992 en in Zweden in 1994.

13 Iris Nguyễn Duy, 'New Trends in Scandinavian Constitutional Review', *Scandinavian Studies in Law*, 2015, p. 11-48.

14 Zo Helle Krunke, 'Global Values, International Organisations and Constitutional Change', in: Xenophon Contiades en Alkmene Fotiadou, *Handbook of Comparative Constitutional Change*, Routledge 2020.

15 Over de Noordse context: Pia Letto-Vanamo, 'The Historical and Legal Cultural Underpinnings of Nordic Courts Courts and Proceedings: Some Nordic Characteristics', in: Laura Ervo, Pia Letto-Vanamo en Anna Nylund, *Rethinking Nordic Courts*, Springer 2021, p. 32.

16 Zie <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Netherlands>.

17 Corruption Perceptions Index van Transparency International: www.transparency.org/en/cpi/2021.

gezelschap van de Noordse landen. Een robuuste, ideologische grondwet, die een sturende en verbindende functie vervult en gehandhaafd wordt door een constitutioneel hof, is blijkbaar geen voorwaarde om goed te scoren op die criteria waar grondwetten toch vooral voor bedoeld zijn, namelijk het beschermen en kanaliseren van het democratische leven van een staat en het beschermen van grondrechten.

Het lijkt erop dat de Nederland het ook zonder een sterke Grondwet, grondwetscultuur en zonder constitutionele toetsing goed doet in vergelijking met andere landen. Over het verband tussen sterke grondwetten en respect voor het constitutionalisme en de waarden van de democratische rechtsstaat is eigenlijk maar weinig bekend,¹⁸ en Nederland is daar, net als de Noordse landen, een goed voorbeeld van. Maar de Noordse lidstaten zijn de afgelopen jaren meer geëvolueerd in de richting van de andere lidstaten, met name door de verdere ontwikkeling van rechterlijke toetsing. Zou Nederland dat ook moeten doen?

19.4 Het ‘gemeenschappelijk Europees constitutioneel erfgoed’

Zowel de Raad van Europa als de EU stelt eisen aan de constitutionele stelsels van de lidstaten.¹⁹ Bij het formuleren van die eisen spelen gemeenschappelijke beginselen en tradities een grote rol, omschreven als ‘*common ground*’, ‘*common constitutional heritage*’ of ‘*common constitutional traditions*’. Het komt erop neer dat van de lidstaten wordt verwacht dat zij zich conformeren aan de gemeenschappelijke standaard, tenzij er goede redenen zijn om dat niet te doen, bijvoorbeeld gelegen in de specifieke historische, politieke of culturele context van een lidstaat, zolang de democratische rechtsstaat maar goed kan functioneren.

Voor de Raad van Europa ligt het voor de hand dat zij toeziet op de lidstaten: het bevorderen van rechtsstatelijkheid, democratie en het respect voor mensenrechten is zijn *raison d'être*. Het belang van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voor de bescherming van grondrechten is bekend. Maar over de band van de grondrechten reikt de invloed van het Straatsburgse Hof verder in de constitutionele systemen van de lidstaten: het EVRM is een ‘*rule of law instrument*’, zoals het Hof het recent formuleerde.²⁰ In zijn rechtspraak maakt het Straatsburgse Hof regelmatig gebruik van het concept

18 Voor de Noordse landen, zie bijv. Malcolm Langford en Johan Karlsson Schaffer, ‘The Nordic Human Rights Paradox: Moving Beyond Exceptionalism’, *University of Oslo Faculty of Law Research Paper No 2013-25* 2015, 2.

19 Strikt gezien eist noch de Raad van Europa, noch de Europese Unie dat de lidstaten grondwetten hebben, maar in de praktijk hebben alle lidstaten er één. De Britse constitutie (bestaande uit beginselen, conventies en een aantal bijzondere wetten) laten we hier terzijde.

20 EHRM, Grote Kamer, *Grzęda t Polen*, Application no. 43572/18, 15 maart 2022, par. 339.

van 'common ground', en de techniek van rechtsvergelijking. Grondwetten en constitutionele systemen moeten dus soms worden aangepast aan het 'common constitutional heritage' om te voldoen aan het EVRM.

Een bijzondere rol is weggelegd voor de Commissie van Venetië.²¹ Deze Commissie, voluit de *European Commission for Democracy through Law*, is het adviesorgaan van de Raad van Europa over constitutionele aangelegenheden en heeft uitdrukkelijk tot doel het 'Europese constitutionele erfgoed' te beschermen en te bevorderen.²² De Commissie is dus voortdurend op zoek naar dat gemeenschappelijke constitutionele erfgoed, op basis van vergelijkend onderzoek, door haar leden en de ondersteunende diensten. Zij verstrekt vooral juridisch advies aan jonge democratieën en staten in transitie, die hun juridische en institutionele structuren in overeenstemming willen brengen met het 'gemeenschappelijk constitutioneel erfgoed'. Die adviezen zijn niet bindend, maar genieten groot gezag.²³ De oude, gevestigde democratieën zijn minder geneigd om de Commissie in te schakelen bij voorgenomen wijzigingen.

Over naar het andere Europa. Tot grofweg de eeuwwisseling had de *Europese Unie* maar weinig belangstelling voor de constitutionele systemen van de lidstaten. Nationale grondwetten speelden een belangrijke rol in de legitimering van EU, maar moesten vooral niet in de weg staan van de effectiviteit van het EU-recht. Gemeenschappelijke constitutionele tradities speelden wel een belangrijke rol bij de bescherming van grondrechten.

Vandaag is dat heel anders: het functioneren van de democratische rechtsstaat in de lidstaten van de EU staat hoog op de agenda van de Europese instellingen en de beginselen van de democratische rechtsstaat zijn nu verheven tot de waarden van de EU in artikel 2 Verdrag betreffende de Europese Unie. Gedurende de afgelopen twee decennia heeft de EU, als gevolg van de problemen met de rechtsstaat in vooral Polen en Hongarije, haar 'rechtsstaatsinstrumentarium' stevig uitgebreid. Het toezicht op het functioneren van de constitutionele systemen van de lidstaten wordt steeds ingrijpender.

21 Op het werk van andere toezichthoudende instanties van de Raad van Europa die het functioneren van de Nederlandse democratische rechtsstaat op een aantal specifieke punten, zoals GRECO, CEPEJ en de Consultative Council of European Judges, monitoren, ga ik hier niet verder in.

22 De term 'common constitutional heritage' – een uitvinding van de Venice Commission zelf – suggereert dat sprake is van diepgewortelde tradities, maar sommige van die tradities, zoals constitutionele hoven, zijn vrij recent.

23 Of dat gezag terecht is, wordt weleens betwist, zie bijv. Maartje De Visser, 'A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform', 63 *Am. J. Comp. L.*, 2015, 963.

Daar zijn goede redenen voor: de mate van integratie en onderlinge afhankelijkheid is zo groot geworden, dat lidstaten de zorg voor democratische rechtsstatelijkheid en grondrechten niet langer kunnen baseren op onderling vertrouwen. Met de toetreding van de jonge democratieën in Centraal- en Oost-Europa en de vaststelling dat de transitie in die lidstaten niet lineair verloopt en er sprake is van ‘*backsliding*’, is de behoefte aan controle toegenomen. Dat heeft ook gevolgen voor de ‘oude’ lidstaten. Een opmerkelijk voorbeeld zijn de Verslagen over de Rechtsstaat die de Commissie sinds 2020 jaarlijks publiceert in het kader van het Europees Rechtsstaatsmechanisme.²⁴ Dit mechanisme biedt een preventief instrument dat erop gericht is de rechtsstaat te bevorderen en eventuele problemen vroegtijdig te signaleren en te voorkomen.

De jaarlijkse Verslagen over de Rechtsstaat bestaan uit een overkoepelend verslag en landenrapporten. Ze geven een beeld van de situatie in elk van de lidstaten met betrekking tot vier onderwerpen: justitieel stelsel, kaders voor corruptiebestrijding, mediavrijheid en -pluralisme, en bredere institutionele kwesties met betrekking tot *checks and balances*. Sinds 2022 formuleert de Commissie ook aanbevelingen aan elk van de lidstaten. In 2023 werd voor het eerst bekeken wat met de aanbevelingen is gedaan. De Verslagen en de daarop gebaseerde aanbevelingen zijn niet bindend, maar volgens de Commissie werd 65% van de aanbevelingen die zij in 2022 deed wel opgevolgd. In sommige gevallen leidde dat tot grondwetswijzigingen of tot aanpassingen van een constitutionele praktijk.

Net als in de Commissie van Venetië en het EHRM speelt rechtsvergelijking een belangrijke rol. De Verslagen zijn gebaseerd op een ‘transparante en objectieve methodologie’, waarbij rekening wordt gehouden met ‘specifieke nationale contexten en tradities’.²⁵ Lidstaten die op punten afwijken van ‘gemeenschappelijke standaarden’ wordt gevraagd om uitleg.

Hoewel grondwetten dus kunnen worden gezien als de ultieme uitdrukking van de soevereiniteit van een volk, natie of staat, kunnen gemeenschappelijke beginselen en tradi-

24 Dit rechtsstaatsmechanisme moeten worden gezien in het bredere kader van het rechtsstaatsinstrumentarium dat sinds het vorige decennium tot ontwikkeling is gekomen, waaronder het *European Justice Scoreboard*. Op deze instrumenten ga ik hier niet verder in.

25 Bij het opstellen van de Verslagen baseert de Commissie haar onafhankelijke oordeel op schriftelijke bijdragen van de lidstaten, schriftelijke bijdragen die zijn ontvangen tijdens de gerichte raadpleging van belanghebbenden en informatie die door internationale organisaties is geproduceerd of tijdens landenbezoeken is ontvangen van nationale autoriteiten en belanghebbenden, zie *European Rule of Law mechanism: Methodology for the preparation of the Annual Rule of Law Report*, annex bij Verslag over de rechtsstaat 2023, Mededeling van de Commissie, 5 juli 2023, COM(2023) 800 final.

ties over de band van het EVRM en het EU-recht en Europese *soft law* aanleiding zijn om de Nederlandse Grondwet, of in bredere zin, het constitutionele systeem, aan te passen.

19.5 Nederland en het Europees constitutioneel erfgoed

Het toezicht door de organen van de Raad van Europa is in Nederland inmiddels gemeengoed en onderdeel van de Nederlandse werking en het onderhoud van de democratische rechtsstaat. Dat is evident voor de grondrechten: de controle door het Straatsburgse Hof is in grote mate bepalend voor de inkleuring van Nederlandse grondrechten en de beperkingen die zij stellen aan de uitoefening van staatsmacht. In Nederland wordt die gedachte zodanig omarmd, dat het EVRM wordt gezien als onderdeel van de bredere Nederlandse constitutie. Op het vlak van de grondrechten vindt Nederland dus als het ware automatisch aansluiting bij gemeenschappelijke standaarden. Dat is opvallend, omdat het EVRM toch bedoeld is om een gemeenschappelijk minimum te bewaken en van een land als Nederland toch verwacht mag worden dat het een hogere standaard ambiëert dan de minimumstandaard. Maar het is een gevolg van de keuze die is gemaakt in de Grondwet om de rechter wel te laten toetsen aan verdragen en niet aan de eigen Grondwet.

Op andere vlakken lijkt Nederland er minder toe genegen de gemeenschappelijke tradities te volgen.²⁶ Nederland heeft de Commissie van Venetië tot vandaag slechts één keer om advies gevraagd,²⁷ niet over een voorgenomen grondwetswijziging, maar over de kindertoeslagenaffaire. De Commissie toonde zich uiteindelijk vrij mild voor Nederland – milder dan de Nederlandse rapporten – en concludeerde dat de rechtsstaat zijn werk had gedaan, zij het dat het wat lang had geduurd. Maar ook in andere goed functionerende democratische rechtsstaten, bijvoorbeeld Noorwegen en Ierland, was het ooit goed fout gegaan in vergelijkbare zaken. De Commissie adviseerde Nederland wel om het constitutionele systeem op het vlak van scheiding van machten en bescherming van burgers nog eens goed tegen het licht te houden en gaf specifieke aanbevelingen mee met betrekking tot elk van de drie staatsmachten. Eén aanbeveling springt in het oog, omdat zij de Grondwet zelf betreft: de Commissie suggereert dat Nederland op basis van een grondige studie zou kunnen overwegen om artikel 120 Grondwet te wijzigen of om andere mechanismen van constitutionele toetsing in te voeren. De Commissie benadrukt dat Nederland de enige lidstaat is die constitutionele toetsing verbiedt, maar

26 Zie bijv. Joop van den Berg, 'Vreemde ogen dwingen', columns op parlement.com, 2021.

27 Op moment van schrijven werkt de Commissie aan een tweede rapport over Nederland, dit keer niet op vraag van Nederland zelf, maar op vraag van de Parlementaire Assemblée van de Raad van Europa, die in het kader van de periodieke review van Nederland heeft gevraagd om advies over de Wet op de rechterlijke organisatie, zie *Ongoing Opinion Request*, 1138/2023, Joint Opinion of the Venice Commission and Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on the Judicial Act and the independence of the judiciary.

geeft tegelijk toe dat het niet verplicht is, dat er veel manieren zijn om de grondwettigheid van wetten te waarborgen, dat toetsing geen waterdichte garantie biedt en niet mag worden gezien als een *quick fix*.

Natuurlijk is de Commissie van Venetië niet de eerste die een herziening van artikel 120 Grondwet suggereert en de meeste Nederlandse waarnemers hebben maar weinig overtuiging nodig. Maar de aanbeveling is ook politiek opgepikt en de voorbereidingen voor de wijziging van artikel 120 Grondwet zijn in gang gezet.²⁸ Zou artikel 120 Grondwet nu dan toch eindelijk worden gewijzigd en komt er een einde aan de Nederlandse uitzonderingspositie?

Laten we dan kijken naar wat de Europese Commissie vindt van het functioneren van de democratische rechtsstaat in Nederland. Het Verslag over de Rechtsstaat van 2022 formuleerde specifieke aanbevelingen met betrekking tot digitalisering van de rechtspraak, de regeling over gewezen bewindspersonen, inclusief draaideurconstructie en afkoelperiode, transparantie met betrekking tot lobbying voor bewindslieden en Kamerleden, en de opvolging van de kindertoeslagenaffaire. In 2023 stelde de Commissie vast dat ‘enige’ voortgang was geboekt op alle punten en spoorde ze Nederland aan om op alle punten verder te gaan. Ze keek nu uit naar het werk van de Staatscommissie Rechtsstaat, dat zou kunnen dienen als basis voor de verdere opvolging van de kindertoeslagenaffaire, en maakte met instemming melding van de voorgenomen aanpassingen aan het systeem van constitutionele toetsing.

Wat betekenen die aanbevelingen in de Verslagen over de Rechtsstaat van de Commissie en het Rapport van de Commissie van Venetië nu voor de Grondwet? De meeste aanbevelingen nopen niet direct tot een herziening van de Grondwet. Zij hebben betrekking op kwesties die niet in de Grondwet zijn geregeld of roepen op om de praktijk in overeenstemming te brengen met hetgeen de Grondwet voorschrijft (zoals de informatieplicht). Natuurlijk zouden de aanbevelingen kunnen worden gezien als een aanleiding om de Grondwet robuuster te maken en een aantal elementen die elders wel in de Grondwet staan in de Grondwet te verankeren. Gedacht kan worden aan de rol van politieke partijen of de positie van bewindslieden en Kamerleden. Maar noodzakelijk is het niet.²⁹

28 De cynicus zou hier kunnen opmerken dat er maar weinig momenten zijn geweest dat die voorbereidingen niet in gang waren, zij het soms alleen formeel.

29 En als die ‘noodzaak’ niet wordt gezien, komt het er niet van.

Op één punt kan nu toch worden gesteld dat het goed zou zijn om de Nederlandse Grondwet aan te passen en dat is, hoe kan het ook anders, het toetsingsverbod. Het is steeds lastiger om uit te leggen dat Nederland ook zonder kan, omdat de rechtsstaatscultuur en rechtsbescherming zo robuust zouden zijn, of omdat grondrechten wel beschermd kunnen worden door aansluiting te vinden bij Europese minimumstandaarden.

19.6 Conclusie

Nederland wijkt op een aantal specifieke punten af van de Europese constitutionele traditie, met zijn sobere Grondwet en bijbehorende grondwetcultuur, het grote vertrouwen in de wetgever, een grondrechtenbescherming die wel erg leunt op de minimumbescherming van het EVRM en het ontbreken van constitutionele toetsing.

Als we kijken naar de prestaties op de lijstjes, is die afwijking van de gemeenschappelijke traditie op zichzelf niet problematisch gebleken. In vergelijking met andere Europese lidstaten doet de Nederlandse democratische rechtsstaat het goed, erg goed zelfs. Welke rol de Grondwet zelf hierin speelt is niet duidelijk: het ligt niet voor de hand aan te nemen dat Nederland het zo goed doet dankzij deze Grondwet. Wel kan men zich afvragen of het niet zo zou kunnen zijn dat Nederland goed presteert, *ondanks* de sobere Grondwet. Is het niet vooral de maatschappelijke, economische en politieke context die het mogelijk heeft gemaakt dat zich in Nederland een cultuur van democratische rechtsstatelijkheid heeft kunnen ontwikkelen die het mogelijk maakte om goed te presteren op de criteria van de Europese en internationale instanties? En dat dit alles is gelukt mede dankzij externe constitutionele waarborgen? Als dat zo is, dan moet men zich afvragen of de Grondwet niet toch zou moeten worden aangepast aan de gewijzigde politieke en maatschappelijke context waarin zij opereert. Zou het niet zo kunnen zijn dat in deze tijden van polarisatie en populisme, van wantrouwen van burgers in de overheid en in elkaar, de Grondwet wel erg weinig bescherming biedt tegen de overheid (inclusief de wetgever)? En omgekeerd, biedt de sobere Grondwet niet erg weinig inspiratie voor bescherming van de burger door de overheid?

De Nederlandse Grondwet steekt zeker niet ongunstig af in vergelijkend perspectief, en het 'Europese constitutionele erfgoed' *verplicht* Nederland niet tot aanpassing van de Grondwet. Maar het zou zomaar kunnen zijn dat de veranderende context waarin de Grondwet opereert toch vraagt om een robuustere Grondwet, die de burger uitdrukkelijker beschermt tegen de overheid en de overheid duidelijker stuurt bij de bescherming van de burger.

Een sterke, robuuste Grondwet is geen doel op zich en is geen voorwaarde voor een goed functionerende democratische rechtsstaat. Maar zonder zo'n Grondwet en in een ander constitutioneel klimaat, zou de afbraak van de democratische rechtsstaat wel eens heel snel kunnen gaan.

Slot: Doet de Grondwet wat zij moet doen en is zij toekomstbestendig?

Aalt Willem Heringa, Ronald Kroeze en Kutsal Yesilkagit

De Grondwet laat zich begrijpen door de historie en de tekst zelf, zo blijkt uit de analyses in deze bundel. De Grondwet werd gevormd door de fundamentele herziening van 1848, maar ook door de voorlopers (zoals 1815) en de vele kleinere en grotere wijzigingen tussen 1848 en 1983 waarbij de erkenning van het kiesrecht en de erkenning van de internationale rechtsorde en Europese eenwording tot de verbeelding spreken. Maar ook de herziening in 1983 en de kleinere herzieningen na 1983, waarmee de uitbreiding van artikel 1, de erkenning van het recht op een eerlijk proces en de toevoeging van een algemene bepaling werden geregeld, maken de Grondwet tot wat zij nu is. Bovendien zijn ook de (vele) gesneefde wijzigingsvoorstellen wezenlijk voor de Nederlandse Grondwet, waarvan de afschaffing van het toetsingsverbod, staatkundige vernieuwingen en de diverse pogingen om het referendum een plaats te geven, in het oog springen. Ze zijn relevant, omdat de debatten erover vaak na zoveel tijd weer oplaaien.

De Grondwet is als een negentiende-eeuwse burgerlijke villa met nieuwe uitbouwsels en inwendige verbouwingen en hier en daar een versiering, maar zonder dat de hoofdstructuur is veranderd. Geen architecturale modernisering en vooruitstrevende vernieuwingen.

In deze bundel zijn verschillende grote grondwettelijke momenten onderscheiden, zoals 1815 die de vestiging van de monarchie en het tweekamerstelsel regelde; 1848 als fundament van de parlementaire democratie; 1917/1922 met de invoer van het algemeen kiesrecht en de evenredige vertegenwoordiging, als uitvloeisel van de pacificatie en uitruil met de subsidiëring van bijzonder onderwijs. Ook de wijziging van 1953/1956 die de internationalisering en in het voetspoor daarvan de europeanisering regelde als uitvloeisel van de naoorlogse ontwikkelingen. Tot slot zijn 1983 en 2022/2023 genoemd. 1983 vanwege de grondrechtencodificatie (met het discriminatieverbod in art. 1) en het doorvoeren van deconstitucionalisering van enkele kwesties; en daarna zijn in 2022/2023 rechtsstatelijke accenten gelegd met het opnemen van het algemene openingsartikel, de aanpassing van artikel 1, en het opnemen in artikel 17 van het recht op een eerlijk proces.

De grote herziening van 1983, de eerste grote integrale herziening van de Grondwet van 1848, werd groots ingezet, maar leidde in een decennium van werk tot een nieuw hoofdstuk 1 over grondrechten, de deconstitutionalisering van een aantal thema's, vereenvoudiging van terminologie (koning, kroon, delegatie) en verder bleef veel bij het oude. Een van de redacteurs kwalificeerde deze wijziging eerder al eens als een facelift van een oude dame. Op het punt van de rechterlijke macht werd de structuur er niet eenvoudiger op: er waren en zijn gerechten die wel tot de rechterlijke macht behoren en andere die daar niet toe behoren (wel bijvoorbeeld de rechtbanken inclusief de bestuursrechtsectoren; maar niet de bestuursrechtelijke beroepscolleges zoals de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven). Die voldoen wel aan alle eisen waar een rechterlijke instantie aan moet voldoen, maar ze behoren niet tot de rechterlijke macht.

Achteraf lijkt de grootste vernieuwing van 1983 het hoofdstuk over grondrechten: al bleef toch ook toen weer veel bij het oude, omdat ten aanzien van de formuleringen van die artikelen de bulk van de bescherming bij de wetgever werd gelegd, terwijl de mensenrechtelijke rechtsbescherming via verdragen, en vooral het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), voortschreed en vooral de rechter involveerde, mede langs de lat van artikel 94 Grondwet. Dus bracht hoofdstuk 1 ook niet echt wat werd verwacht van een nieuw ambitieus bedoeld hoofdstuk in de Grondwet. Tegelijkertijd is de relevantie van het hoofdstuk misschien wel groter dan ooit tevoren als we kijken naar allerlei actuele maatschappelijke en politieke debatten over ongelijke behandeling, racisme en discriminatie, evenals de uitdagingen op het gebied van rechtsstaat en democratie.

De Grondwet lijkt nu dan ook een Grondwet met twee gezichten: enerzijds gericht op techniek en procedurevoorschriften en structuuromschrijvingen; anderzijds (en dat vooral in hoofdstuk 1 en in de recente algemene bepaling) een articulatie van essentiële waarden en grondslagen. Waarbij tegelijkertijd andere waarden, die bepalend zijn voor de structuur en inhoud van ons staatsrechtelijke en politieke bestel, meer impliciet zijn gebleven, zoals de aanduiding van de parlementaire representatieve democratie of het beginsel van soevereiniteit. En waarbij ook cruciale schakels in de parlementaire democratie onbenoemd en onbeschreven zijn gebleven, zoals de vertrouwensbeginsel, de kabinetsformatie en de plaats en rol van politieke partijen. Dit geldt ook ten aanzien van de rechtsstatelijke rol en plaats van de rechter en de rechterlijke macht, en de rol van fundamentele beginselen als het evenredigheidsbeginsel.

De achtergrond van het aangezicht en de inhoud van onze Grondwet ligt natuurlijk in de historische ontwikkeling, de noodzaak om voor grondwetswijzigingen steeds een meerderheid in twee lezingen te hebben en een tweederdemeerderheid in tweede lezing, met de daaruit voortvloeiende nood aan breed draagvlak en consensus. De beelden van hoe een ideale Grondwet eruit dient te zien verschillen dan uiteraard, met als gevolg dat een grondwetswijziging een klein stapje is en geen bredere omschrijving van waarden of beginselen die zich lenen voor politieke inkleuring en verschil van inzicht.

Daarmee heeft de Grondwet het wel tot een respectabele leeftijd gebracht: 175 jaar als we gaan tellen in 1848, maar als we gaan tellen vanaf 1815, al 208 jaren. De Amerikaanse is nog net iets ouder. De Britse deels (in wetgeving) geschreven en deels ongeschreven constitutie gaat nog verder terug, ondanks het feit dat constitutionele momenten steeds meer bij gewone wetgeving worden opgeschreven en herzien.

Is nu de Nederlandse Grondwet een voorbeeld van de wet van de remmende voorsprong of van gezond 'sober' constitutionalisme, stabiliteit en continuïteit? Hoe deze vraag te beantwoorden hangt uiteraard af van wat we van een Grondwet willen en moeten verwachten.

De auteurs hebben daar in hun bijdragen oog voor gehad. Ze gaven aan vanuit welk grondwettelijk functieperspectief zij schreven over de Grondwet en het door hen geanalyseerde thema. Daarbij zien we dat de Grondwet vele functies heeft.

- Deze is de uitdrukking van soevereiniteit (van staat, van volk).
- Deze is de vastlegging en verankering van basiselementen van het constitutionele bestel en bevoegdheden van actoren.
- Deze verwoordt en regelt de bescherming van burgers.
- Deze bestendigt de constitutionele stabiliteit.
- Deze is een symbool van 'nationale identiteit'.
- De Grondwet legt grote maatschappelijke verworvenheden vast.

Het hangt daarbij af van de specifieke functie die de auteur toebedeelt aan de Grondwet of aan een specifiek grondwetsartikel, hoe wordt omgegaan met wat er dient te staan, en hoe en wat er wordt gedeconstitutionaliseerd of niet hoeft te worden opgenomen. In andere woorden, wat aan de politieke actoren (de wetgever veelal) dient te worden gelaten en waar de Grondwet ruimte dient te laten voor ontwikkelingen. Vanuit het perspectief van constitutionele stabiliteit of continuïteit is de keuze al gauw gemaakt tot het niet opnemen van specifieke bepalingen of tot het bewust minder precies maken van belangrijke waarden en beginselen. Dan hoeft je immers de Grondwet niet

aan de lopende band te herzien en kan de fundamentele structuur ongewijzigd blijven. De andere kant van de medaille is natuurlijk dat de Grondwet weinig sturing geeft en minder houvast biedt aan de staatsrechtelijke actoren.

Ten aanzien van de functie van bescherming van burgers ligt het meer voor de hand om de effectiviteit van de geboden waarborgen te preciseren en actualiseren. Waarom zouden burgers vertrouwen hebben in 'hun' Grondwet als deze niet 'hun' rechten (b)lijkt te beschermen? Vertrouwenscrises als de kindertoelagenaffaire doen dat vertrouwen geen goed.

Het wordt al moeilijker bij de meer symbolische en voorbeeldfunctie van de Grondwet door het verwoorden en vastleggen van waarden als soevereiniteit, integriteit, evenredigheid bij overheidsoptreden, rechtsstaat en democratie. Dit geldt ook voor het wezen en de rol van de rechter in onze rechtsstaat en die van politieke partijen. Die waarden zijn niet echt in de Grondwet vastgelegd, met uitzondering sinds kort van de laatste twee beginselen in de nieuwe algemene bepaling. De opname daarvan is voor de Grondwet dan ook nogal een innovatie. Al bestond en bestaat altijd de mogelijkheid om sommige waarden in de Grondwet 'in te lezen', zoals de waarden van de parlementaire democratie en het perspectief van de representatieve vertegenwoordiging, maar ook dat gebeurt weinig, waarbij de afwezigheid van constitutionele toetsing een rol speelt.

Op vele aspecten is er weinig sprake geweest van een rechtsontwikkeling of een voortgaande interpretatie van bepalingen of uitleg in het licht van doelstelling, functie of waarden van de Grondwet. Als gezegd, de afwezigheid van constitutionele toetsing is daar debet aan, al zijn er wel enkele voorbeelden te geven waar rechtspraak grondrechtelijke doctrines ontwikkelde. Maar de grote rechtsontwikkelingen op dat punt gingen onder de vlag van het EVRM en zijn geëntameerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dat heeft te maken met de wijze waarop grondrechtenbepalingen zijn geformuleerd, het toetsingsverbod (art. 120 Grondwet), de impact van artikel 94 Grondwet (inhoudende de opdracht aan de rechter om wetten die in strijd zijn met verdragen buiten toepassing te laten) en de rol en impact van het EU-recht. Soortgelijke ontwikkelingen gingen als het ware buiten de Grondwet om en vonden niet op soortgelijke wijze plaats ten aanzien van de Grondwet. Interpretatieve ontwikkelingen in juridische documenten zoals grondwetten vinden veelal plaats in rechterlijke procedures en door rechterlijke colleges, maar het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet belemmert rechterlijke interpretatie. Ook faciliteert de aard van de formuleringen van veel (grondrechten) artikelen in de Grondwet als technische voorschriften en zonder de explicitering van achterliggende waarden zoals rechtsstaat, scheiding van machten, democratie,

parlementaire controle, integriteit, evenredigheid, een evolutieve interpretatie niet. Daarenboven legt de Grondwet veel taken en dus ook de bepaling van de reikwijdte of beperking van grondrechten bij de wetgever zelf.

De vraag is of hierdoor de Grondwet gedoemd blijft tot hetzelfde bestaan onder de oppervlakte. Met andere woorden, blijft de Nederlandse Grondwet best wel belangrijk, maar niet echt inspirerend of sturend qua waarden, of wordt de rol en impact van de Grondwet geleidelijk aan vergroot door er stapje voor stapje elementen aan toe te voegen, zoals de afgelopen decennia is gebeurd. Het algemene openingsartikel over rechtsstaat en democratie kan een aanzet zijn voor het toenemende belang van de Grondwet. Verder valt te denken aan de toenemende belangstelling voor artikel 1 Grondwet en de invoer van kleinere incrementele toevoegingen en wijzigingen, zoals in deze bundel door de auteurs aangedragen. In de komende jaren wordt het mogelijk duidelijker of de Grondwet die nieuwe grotere rol daadwerkelijk steeds meer krijgt toebedeeld. Een nieuwe jubileumbundel over pakweg 25 jaar kan daar nader op ingaan.

Voorstellen en suggesties

De verhouding tussen de Grondwet en de samenleving is onrustig. Politieke en maatschappelijke ontwikkelingen vragen met regelmatig om een fundamentele herbezinning op de belangrijkste spelregels van onze democratie. De Grondwet is daarmee nooit af. Tegelijkertijd is de Grondwet een 'rigide' document en laat deze zich slechts op schaarse momenten aanpassen. Geen wonder dat de auteurs in deze bundel, ieder vanuit hun eigen expertise, met verschillende voorstellen en suggesties komen. We hebben ze hieronder op een rijtje gezet.

Algemeen

De plaats en de betekenis van de Grondwet over de afgelopen 175 jaar overziend pleit Van Leeuwen voor een herwaardering van de rechtsstatelijke betekenis van de Grondwet. Ze pleit uitdrukkelijk niet voor een herwaardering van de Grondwet in klassiek liberale zin, zoals 'heerschappij der wet' dat was in 1848, maar voor een versterking van de Nederlandse constitutionele identiteit. De Grondwet is drager van de basiswaarden van de democratische rechtsstaat en deze zouden sterker uitgedragen mogen worden in de samenleving.

De pogingen om de Grondwet te wijzigen heeft een kerkhof aan gesneuvelde wijzigingsvoorstellen opgeleverd. De voorstellen die het wel haalden, zijn doorgaans voorstellen geweest waarvoor in beide Kamers ruim draagvlak bestond. De meer controversiële voorstellen haalden vaak niet eens de fase van de parlementaire behandeling. Waarom, zo vraagt Van den Braak zich af, is tweederdemeerderheid in een eerste lezing voor een grondwetsherziening dan niet voldoende?

Parlementair stelsel

De grondwetsherziening van 1983 dreunt nog altijd na in de beschouwing van Bovend'eert. Hij beschouwt het als een gemiste kans dat de vertrouwensregel, een van de belangrijkste regels van de parlementaire democratie, niet is gecodificeerd. De vertrouwensregel dient als bevoegdheid van het parlement vastgelegd te worden in de Grondwet. Tot die tijd, maar vermoedelijk ook na codificatie, is een consistente toepassing van de vertrouwensregel een opdracht die de auteur meegeeft aan de Tweede Kamer.

Een andere gevoelige plek in ons parlementair stelsel waarover de Grondwet zwijgt, is de kabinetsformatie. Het proces waarmee een nieuwe regering wordt gevormd, dient

volgens Van Kessel op formele regels gestoeld te zijn. In tegenstelling tot de vorige auteur vindt Van Kessel een grondwettelijke regeling voor de formatie niet nodig en geeft hij de voorkeur aan het stellen van nadere regels in een kabinetsformatiewet.

Over de uitwisseling van informatie tussen de staatsmachten, een onderwerp dat sinds de toeslagenaffaire sterk aan gevoeligheid heeft gewonnen, laat de Grondwet zich wel uit. Niettemin is Munneke van mening dat artikel 68 Grondwet, waarin het parlementaire inlichtingenrecht is geregeld, een nauwkeurigere formulering vereist. Een eerste aanzet hiertoe zou wat hem betreft de aanscherping van de momenteel abstracte verschoningsgrond 'strijd met het belang van de staat' kunnen vormen.

Democratie, kiesstelsel en politieke partijen

Vertegenwoordiging heeft de afgelopen twee eeuwen grote veranderingen ondergaan. Van een stelsel waarin individuele parlementariërs 'zonder last of ruggenspraak' functioneerden, is de deelname aan het wetgevingsproces onder meer door moderne vormen van burgerparticipatie gevarieerder en toegankelijker geworden. Een correctief wetgevingsreferendum zou volgens Buitenweg hierbij een passend arrangement zijn. Daarnaast, met een verwijzing naar de tijd waarin partijen gezien werden als het instrument van maatschappelijke belangengroepen, pleit zij ook voor de herinvoering van de eed voor de leden van de Staten-Generaal om de verantwoordelijkheid van gekozen politici voor het algemeen belang te onderstrepen.

Om het kiesstelsel te moderniseren loopt Loeber een aantal steeds wederkerende voorstellen na, zoals het vraagstuk van kiesdistricten, kiesdrempel en de (verlaging van de) kiesgerechtigde leeftijd. Over één onderwerp laat zij zich scherper uit en dat is dat de grondwetgever zich naar haar mening dient te buigen over de rechterlijke toetsing van het verloop van het verkiezingsproces. Invoering ervan zou het vertrouwen van de burger in de politiek en de legitimiteit van het parlement verhogen.

Al gauw na 1848 zijn politieke partijen de belangrijkste actoren geworden in de parlementaire democratie. Ofschoon het belang van politieke partijen geen onderwerp van discussie is, is de vraag of de Grondwet bepalingen dient te bevatten over partijen dat nog wel. Althans in Nederland, want ons land is een van de weinige westerse landen waar de Grondwet met geen woord over politieke partijen rept. Dit moet volgens Gijsenbergh en Voerman veranderen en zij pleiten in hun bijdrage daarom dan ook voor de grondwettelijke erkenning van politieke partijen.

Bestuurlijke organisatie

Het Huis van Thorbecke is misschien wel de meest gevleugelde beeldspraak die onlosmakelijk verbonden is met de Grondwet van 1848. De Grondwet schrijft de bestuurlijke inrichting van het land voor en regelt de bestuurlijke verhouding tussen de centrale en lokale overheden, Echter, zo stelt Peters, is de in de praktijk ontstane verhouding ver buiten de constitutionele oevers getreden. De Grondwet is niet langer in staat de relaties tussen de decentrale en centrale overheden, die door moderne ontwikkelingen zoals regionale samenwerkingen sterk zijn veranderd, te accommoderen. De oplossing ziet Peters in een zinvolle(re) en werkbare inbedding van de autonomie van de decentrale overheden. Hiervoor zijn diepgaande beschouwingen nodig en wellicht een verbouwing van Thorbeckes Huis.

Wat betreft de inrichting van het bestuur van de Rijksoverheid houdt de Grondwet zich op de vlakte. Ministers staan aan het hoofd van een ministerie en zijn verantwoording schuldig aan het parlement. Over het morele kompas dat de Grondwet vormt voor het bestuur wordt tot teleurstelling van Kerkhoff in zijn geheel voorbijgegaan. Het overheidsbestuur zou volgens hem gebaat zijn wanneer de publieke waarden en grondrechten die in de Grondwet vervat zijn ook geïnternaliseerd worden door de functionarissen van dat bestuur en pleit voor de explicitering van de grondwettelijke waarden voor het openbaar bestuur.

Internationalisering en europeanisering

De Grondwet is een scharnierpunt tussen de internationale en de nationale rechtsorde. Welke functie de Grondwet hierbij dient te spelen – faciliteren of afremmen van de internationalisering – is een vraag die wordt behandeld in de bijdrage van Sillen en Stremmer. Zij opperen de mogelijkheid dat de Grondwet hierbij een sterkere rol krijgt, bijvoorbeeld door opname van bepalingen die de over- en opdracht van bevoegdheden aan internationale organisaties inhoudelijk normeren. Of dit haalbaar is, is een tweede. Er dient hoe dan ook een expliciete discussie omtrent de mogelijkheid en wenselijkheid van overdracht van soevereiniteit gevoerd te worden.

Waltermann pleit voor meer helderheid omtrent soevereiniteit en de bestaande grondwettelijke taken in de context van europeanisering en globalisering. Het zou volgens de auteur mogelijk moeten zijn om in de Grondwet op te nemen dat (1) een over- en opdracht van bevoegdheden aan internationale organisaties getoetst dient te worden aan de vraag of die overdracht bijdraagt aan de rechten, belangen en waarden die de Grondwet beoogt te dienen en te beschermen, en (2) of zo een overdracht de Nederlandse soevereiniteit niet vermindert.

Grondrechten

De grondrechtencatalogus in de Grondwet is met de toevoeging van de sociale grondrechten tijdens de grondwetsherziening in 1983 flink uitgebreid. De vraag is of hiermee de borging van de burgerlijke vrijheden afdoende is afgedekt. Hoewel de grondrechten vaker via de EVRM-bepalingen worden ingeroepen dan de grondrechten in de Grondwet, acht Gerards de symbolische waarde van de grondwettelijke grondrechten zeer hoog: burgers zien immers zo het belang dat hun overheid hecht aan deze vrijheden. Zij pleit daarom voor een voortdurende modernisering en onderhoud van de Grondwet op dit gebied.

Ditzelfde belang wordt ook onderstreept in de bijdrage van De Dijn. Zij gaat hierin wellicht iets verder dan Gerards, wanneer zij pleit voor de uitbreiding van de grondrechtencatalogus met democratische rechten, zoals het recht op vrije en eerlijke verkiezingen. Dit zou met zich meebrengen dat er een scherper onderscheid zou moeten komen tussen de democratische en vrijheidsrechten in de Grondwet. Tot slot pleit zij ook voor de aanscherping van de beperkingsgrond van democratische rechten.

Als men aan burgers vraagt een artikel uit de Grondwet te noemen, dan is dat vaak het non-discriminatiebeginsel dat neergelegd is in artikel 1 Grondwet. Terlouw richt zich in haar bijdrage op de vraag of de afzonderlijke discriminatiegronden wel of niet moeten worden opgenomen in dit artikel. Deze vraag beantwoordt zij met een ja. Daarnaast betoont zij zich een sterke voorstander van een derde lid aan het artikel waarin de 'ruimte voor diversiteit [...] een voorwerp van aanhoudende zorg van de regering' moet zijn.

Rechtsstaat

De auteurs van de twee bijdragen over het thema rechtsstaat verleggen de aandacht naar de mogelijke opheffing van het toetsingsverbod. Door de opname van (de beginselen van) de democratische rechtsstaat in de algemene bepaling is het toetsingsverbod in een nieuw licht komen te staan. Volgens Groen zou de algemene bepaling de wetgever, alsmede de rechter handvatten kunnen bieden om (grond)rechten aan de hand van de beginselen van de democratische rechtsstaat te interpreteren.

In het licht van de versterking van de rechter ten opzichte van de andere twee machten pleit Leijten voor het mogelijk maken van constitutionele toetsing door de rechter. Ook betoont zij zich voorstander van het opnemen van eisen van proportionaliteit/ evenredigheid als verheldering in de grondrechtenbepalingen. Tot slot is zij van mening dat toetsing aan sociale grondrechten een kans gegeven moet worden, bijvoorbeeld met een redelijkheidstoets of standstill-verplichting.

Personalia

Paul Bovend'Eert is hoogleraar staatsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en Fellow bij het Montesquieu Instituut.

Bert van den Braak is bijzonder hoogleraar parlementaire geschiedenis en parlementair stelsel aan de Universiteit Maastricht, redacteur van de website parlement.com en Fellow bij het Montesquieu Instituut.

Kathalijne Buitenweg is staatsraad bij de Afdeling advisering van de Raad van State en voorzitter van de Raad van Advies van het Montesquieu Instituut. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. Hiervoor was ze onder meer lid van de Tweede Kamer en van het Europees Parlement. Buitenweg promoveerde aan de Universiteit van Amsterdam op een proefschrift over het Europees Parlement.

Monica Claes is hoogleraar Europees en vergelijkend staatsrecht aan de Universiteit Maastricht.

Annelien de Dijn is hoogleraar Moderne Politieke Geschiedenis aan de Universiteit Utrecht. Haar onderzoek richt zich op de geschiedenis van het politieke denken in Europa en de Verenigde Staten van 1700 tot heden, en ze heeft ook een interesse in de oudheid en de Renaissance. Haar meest recente boek *Freedom: An Unruly History* (Harvard University Press 2020) traceert de verschillende betekenissen van vrijheid van Herodotus tot heden en werd door de American Association of Publishers bekroond met de 2021 PROSE Prize in Philosophy.

Janneke Gerards is hoogleraar fundamentele rechten bij de Universiteit Utrecht.

Lisanne Groen is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Haar onderzoek richt zich voornamelijk op de democratische rechtsstaat en de mogelijke versterking daarvan. Hiervoor was zij onder meer werkzaam als universitair docent aan de VU, als jurist bij de directie Bestuursrechtspraak van de Raad van State en als coördinerend specialistisch adviseur bij de directie Advisering van de Raad van State.

Joris Gijzenbergh is historicus en senior onderzoeker bij de Kiesraad. Hij schrijft dit artikel op persoonlijke titel.

Aalt Willem Heringa is emeritus hoogleraar vergelijkend staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht en voorzitter van het bestuur van het Montesquieu Instituut.

Toon Kerkhoff is universitair docent bestuurskunde aan de Universiteit Leiden.

Alexander van Kessel is senior onderzoeker bij het Centrum voor Parlementaire Geschiedenis aan de Radboud Universiteit.

Ronald Kroeze is hoogleraar Parlementaire Geschiedenis aan de Radboud Universiteit en directeur van het Centrum voor Parlementaire geschiedenis alsook bestuurslid (penningmeester) van het Montesquieu Instituut.

Karin van Leeuwen is universitair docent Europese politieke geschiedenis aan de Universiteit Maastricht en publiceerde eerder onder meer *Uit het spoor van Thorbecke. Grondwetsherziening en staatsvernieuwing in naoorlogs Nederland* (Boom 2013) en *Over de grondwet gesproken. 100 jaar constitutionele debatten. Een selectie uit de documenten van staatscommissies voor grondwetsherziening 1883-1983* (Verloren 2020).

Ingrid Leijten is hoogleraar constitutioneel recht aan de Universiteit Tilburg.

Leontine Loeber is afdelingshoofd bij het Ministerie van OCW en doet daarnaast onderzoek naar verkiezingen en het verkiezingsproces. Zij heeft onlangs haar proefschrift over verkiezingsfraude in Nederland en Engeland afgerond aan de University of East Anglia, Norwich, UK.

Solke Munneke is hoogleraar staatsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hij is als Fellow verbonden aan het Montesquieu Instituut. In zijn onderzoek en onderwijs ligt het accent op wetgevingsvraagstukken, vraagstukken met betrekking tot parlementaire controle en het recht met betrekking tot decentrale overheden.

Klaartje Peters is bijzonder hoogleraar Lokaal en regionaal bestuur aan de Universiteit Maastricht en Fellow bij het Montesquieu Instituut.

Joost Sillen is hoogleraar staatsrecht aan de Universiteit Maastricht en bestuurslid van het Montesquieu Instituut.

Maarten Stremmer is universitair docent constitutioneel recht aan de Universiteit Maastricht en Fellow bij het Montesquieu Instituut.

Ashley Terlouw is hoogleraar rechtssociologie aan de Radboud Universiteit.

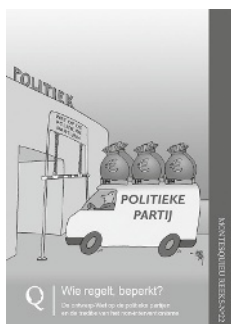
Gerrit Voerman is directeur van het Documentatiecentrum Nederlandse Politieke Partijen en hoogleraar Ontwikkeling en functioneren van het Nederlandse en Europese partijstelsel aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Antonia Waltermann is als universitair docent verbonden aan het departement Grondslagen en Methoden van het Recht van de Universiteit Maastricht.

Kutsal Yesilkagit is hoogleraar International Governance van de Universiteit Leiden en bestuurslid van het Montesquieu Instituut.

Montesquieu Reeks

Onder de vlag van het Montesquieu Instituut verschijnt met enige regelmaat een bundel rondom een bepaald thema. Hierna de laatste vier bundels.



‘Wie regelt, beperkt?’

Vlak voor het kerststreces 2022-2023 ging het ontwerp van de in 2019 aangekondigde Wet op de politieke partijen (Wpp) in consultatie. Het wetsontwerp bundelt bestaande en nieuwe regels over politieke partijen: over interne organisatie, financiering, politieke advertenties, een toezichthouder en het veelbesproken partijverbod. Een keur aan auteurs evalueren in deze bundel de aankomende wet, en plaatsen hem in historische en internationale context. (2023)



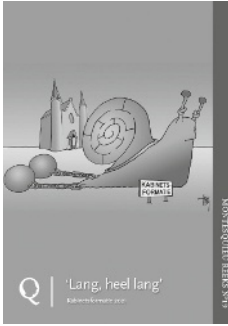
‘Van barricade naar bestuur’

Hoe hebben lokale partijen leiding gegeven aan de formaties na de gemeenteraadsverkiezingen in gemeenten waar zij de grootste werden? Hoe heeft de collegevorming in gemeenteraden zich ontwikkeld over de afgelopen 12 jaar? En hoe verhoudt het politieke klimaat in het lokaal bestuur zich tot het gepolariseerde politieke debat op landelijk niveau? De eenentwintigste Montesquieu-bundel gaat uitgebreid in op deze ontwikkelingen. (2023)



‘Om de lokale democratie’

Is de druk op het lokaal bestuur gegroeid? Hoe heeft de positie van de burgemeester zich de afgelopen jaren ontwikkeld? Is het gemeenteraadswerk zwaarder geworden voor de raadsleden? En wat te zeggen over de financiële tekorten, de versnippering in de raden en de lokale journalistiek? Lees het in de twintigste Montesquieu-bundel. (2022)



'Lang, heel lang'

Geen kabinetsformatie is dezelfde, maar deze was wel erg bijzonder. (2022)

Zie www.montesquieu-instituut.nl/montesquieu_reeks voor eerdere bundels en downloadbare pdf's.