

'De kernbeginselen van onze Grondwet': de algemene bepaling in historisch-constitutioneel perspectief

Citation for published version (APA):

Stremmer, M. (2023). 'De kernbeginselen van onze Grondwet': de algemene bepaling in historisch-constitutioneel perspectief. In J. H. Gerards, J. Goossens, & E. Y. van Vugt (Eds.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023* (pp. 141-174). Boom Juridisch. <https://www.boomportaal.nl/boek/9789462128262#147>

Document status and date:

Published: 01/01/2023

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 25 Apr. 2024

‘DE KERNBEGINSELEN VAN ONZE GRONDWET’: DE ALGEMENE BEPALING IN HISTORISCH-CONSTITUTIO- NEEL PERSPECTIEF

*M. Stremler**

1 INLEIDING

De Nederlandse constitutionele ontwikkeling sinds 1814 vindt plaats op basis van een grondwet waaraan geen grootse idealen ten grondslag liggen en waarvan de verdere ontwikkeling vooral is bepaald door praktische overwegingen.¹ Bekend is de verzuchting van Van Hogendorp, die aan de wieg stond van de Grondwet van 1814, dat ‘de leer der theorieën ons ongelukkig heeft gemaakt’ en dat ‘wij moeten terugkeren tot de ondervinding.’² De auteurs van de Grondwet van 1814 keerden zich met nadruk af van de revolutiegrondwet van 1798, de Staatsregeling voor het Bataafsche volk, die, geïnspireerd door de ideeën van de Verlichting en de Franse Revolutie, juist wel uitgesproken ideologisch was. Ook de vele grondwetwijzigingen na 1814 steunden nauwelijks op een veelomvattende visie, met als relatieve uitzondering de grondwetsherziening van 1848.³ De consequentie van deze pragmatische instelling is dat onze huidige Grondwet weinig samenhang vertoont en over de beginselen van ons constitutionele bestel grotendeels zwijgt.

Tegen deze achtergrond is het op zijn minst opmerkelijk dat de Grondwet in 2022 is verrijkt met een bepaling die volgens de regering ‘de kernbeginselen van onze Grondwet’, ja zelfs ‘de grondvesten van onze staat’ benoemt.⁴ De bepaling, aangeduid als ‘algemene bepaling’ en als ongenummerd artikel geplaatst helemaal aan het begin van de Grondwet, luidt: ‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.’ De grondwetgever lijkt zich hiermee voor het eerst sinds 1814 expliciet te hebben gecommitteerd aan een abstract normatief ideaal. Dat roept de vraag op hoe we het toevoegen van de algemene bepaling aan onze Grondwet moeten begrijpen. Gaat het naast een ‘stijl-

* Mr. dr. Maarten Stremler is universitair docent constitutioneel recht aan de Universiteit Maastricht.

1 Zie ook Couwenberg 1977, p. 69-71.

2 Colenbrander 1908, p. 81.

3 Zie ook Burkens 1976.

4 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 516, nr. 3 (memorie van toelichting, hierna: MvT), p. 7 en 2.

M. STREMLER

breuk' ook om een *inhoudelijke* breuk in onze constitutionele geschiedenis? Brengt de bepaling wijzigingen aan in ons constitutionele bestel, zowel in positiefrechtelijke zin als wat betreft de legitimatie ervan? Of is de bepaling toch eigenlijk niets meer dan een verduidelijking van wat we al lang wisten?

Om deze vragen te beantwoorden plaatst dit hoofdstuk de algemene bepaling in historisch-constitutioneel perspectief.⁵ Voor zover de bepaling vastlegt dat Nederland een grondrechten-respecterende democratische rechtsstaat is en moet zijn, geldt dat dit niet pas sinds 2022 het geval is.⁶ Wat we precies onder dit ideaal moeten verstaan, laat zich echter niet zomaar aflezen aan de Grondwet. Juist haar sobere karakter maakt dat we de juridische betekenis van de Grondwet – net overigens als haar maatschappelijke en politieke betekenis – slechts kunnen vatten vanuit haar historische context, dat wil zeggen vanuit de wisselwerking tussen tekst en praktijk door de tijd heen. Die praktijk wordt niet alleen bepaald door zich ontwikkelende politieke en maatschappelijke machtsverhoudingen, maar ook door politieke ideeën die het machtsstreven begeleiden en de macht legitimeren. Deze ideeën bepalen niet zonder meer de inhoud van het positieve recht, maar wanneer zij breed worden gedeeld door de voornaamste constitutionele actoren (zoals de regering en de beide Kamers, maar ook de Raad van State – als adviseur en rechter – en de Hoge Raad, net als gezaghebbende staatsrechtsgeleerden) vormen ze wel de 'horizon' waarbinnen de meer concrete grondwetsinterpretatie plaatsvindt.⁷ De overgang van 'politiek gekleurde interpretatie' naar 'objectief geldend recht' is, anders dan de rechtspositivisten bezweren, een geleidelijke.⁸

Uitgaande van dit perspectief schetst dit hoofdstuk op hoofdlijnen de constitutionele ontwikkeling van waaruit de algemene bepaling dient te worden begrepen, eerst voor wat betreft de democratie (paragraaf 2) en vervolgens voor wat betreft de rechtsstaat inclusief de grondrechten (paragraaf 3), met daarbij aandacht voor hun samenhang en 'bekroning' in de algemene bepaling. Dit hoofdstuk bespreekt ook beknopt de 'waarborgfunctie' van de Grondwet, zoals verwoord door de algemene bepaling, om te laten zien dat ook deze functie geen constante is, maar onderhevig is aan verandering en historisch bepaald (paragraaf 4). Ter afsluiting reflecteert dit hoofdstuk kort op de algemene bepaling als uitdrukking van een historisch gegroeide consensus rondom de legitimatie van het staatsgezag, waarbij zal blijken dat deze legitimatie inherente spanningen kent die mogelijkheden

5 Zie over deze benaderingswijze Passchier & Stremmer 2023.

6 De algemene bepaling laat zich lezen als beschrijving, maar is uiteraard normatief bedoeld. Vandaar ook dat niet is gekozen voor een preambule. Zie MvT, met name p. 7-8, en paragraaf 4.

7 Zie ook Couwenberg 1986, p. 190-193.

8 Zie voor de problematiek Boogaard 2018a. Boogaard verruimt de 'constitutionele canon' aanzienlijk, maar gaat – mijns inziens onterecht – nog steeds uit van een strikt onderscheid.

bieden voor voortgaande politieke strijd (paragraaf 5). Het gekozen perspectief impliceert dat dit hoofdstuk niet nadrukkelijk ingaat op de achtergrond en totstandkoming van de algemene bepaling, op de maatschappelijke en politieke potentie ervan, en op vergelijkbare bepalingen in andere grondwetten.⁹

2 DEMOCRATIE

Democratie, ruim opgevat als ‘volksinvloed op de staatsmacht’, heeft zich als politiek idee en constitutionele praktijk in Nederland ontwikkeld in de loop van meer dan twee eeuwen, in reactie op alternatieve vormen van besluitvorming en bestuur.¹⁰ De term zelf, vaak gebruikt als politiek strijdmiddel om bepaalde ontwikkelingen af te keuren of juist aan te prijzen, heeft daarbij wezenlijke betekenisveranderingen ondergaan.¹¹

Anders dan in andere continentaal Europese landen, zoals Frankrijk en Pruisen, heeft de centralisering van politieke en militaire macht sinds het einde van de Middeleeuwen in de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden niet geleid tot een vorstenabsolutisme.¹² De Unie van Utrecht (1579) vestigde een confederaal politiek verband waarin de voornaamste macht in handen lag van de regentenklasse in de steden. De Staten-Generaal, het belangrijkste orgaan van de Republiek, handelde slechts in naam van de zeven soevereine provincies. Weliswaar werd halverwege de achttiende eeuw het stadhouderschap algemeen en erfelijk – Willem IV van Oranje-Nassau werd stadhouder over alle gewesten en de functie zou bij zijn overlijden overgaan op zijn oudste zoon – maar het stadhouderschap heeft zich nooit ontwikkeld tot een sterke monarchie.

Desalniettemin groeide eind achttiende eeuw het verzet tegen stadhouder Willem V. Terwijl de regenten de toenemende macht van de stadhouder hekelden, ontstond onder invloed van Verlichtingsideeën ook een nieuwe volksbeweging – de patriottenbeweging – die zich niet alleen keerde tegen het stadhouderlijke stelsel, maar breder een democratisering van het openbaar bestuur voorstond. Het verbond tussen beide groepen was geen lang leven beschoren, vooral ook omdat de patriotten radicaliseerden en de regenten vreesden voor de toenemende politieke participatie van de burgers, waardoor ze meer zouden verliezen dan winnen. Stadhouder Willem V wist zich nog enige tijd te

9 Zie daarvoor onder meer Stremmer 2018, Goossens 2020, Goossens & Kuijvenhoven 2022, Oomen 2022 en Zoethout 2022.

10 Zie ook Tans 2018.

11 Zie ook Te Velde 2012.

12 Voor een beknopte beschrijving, zie Leenknecht e.a. 2010, p. 47-85.

M. STREMLER

handhaven, tot de Bataafse Revolutie van 1795. Met hulp van het Franse leger riepen de patriotten in dit jaar de Bataafse Republiek uit.

De Bataafse Revolutie bracht fundamentele constitutionele vernieuwingen. Niet alleen vestigden de patriotten de eenheidsstaat, ook introduceerden zij het radicaaldemocratische idee van volkssoevereiniteit.¹³ De Staatsregeling van 1798 lokaliseerde het ‘Opbergerzag’, dat ‘één, ondeelbaar [en] onvervreemdbaar’ is en ‘bron van alle openbaare Magten’, in ‘de gantsche Maatschappij’, dat wil zeggen het Bataafse volk.¹⁴ Deze soevereiniteit van het volk kreeg praktisch gestalte door ‘Volksregeering bij Vertegenwoordiging’ en openbaarde zich in de wet als ‘de wil van het geheele maatschappelijk Lichaam.’¹⁵ De Staatsregeling, die werd aanvaard bij volksstemming, accepteerde de historisch gegroeide machtsverhoudingen dus niet als gegeven, maar eiste volledige democratisering van de politieke macht, zodat de ene mens niet langer zou heersen over de andere mens. Weliswaar sloot de Staatsregeling grote groepen burgers uit van stemrecht, maar dat doet niet af aan de principiële gedachte: de menselijke gelijkheid eist zelfwetgeving door het volk; staatsmacht die stoelt op een andere basis is illegitiem.¹⁶

In 1813 komt er een einde aan de Bataafs-Franse Tijd en aanvaardt de zoon van Willem V, Willem Frederik, als Willem I de ‘soevereiniteit’ over de Verenigde Nederlanden, maar ‘alleen onder waarborging eener vrije constitutie, welke uw vrijheid tegen volgende mogelijke misbruiken verzekert.’¹⁷ Die constitutie komt er het volgende jaar. De Grondwet van 1814 vestigt een constitutionele monarchie; de ‘denkbeelden van volkssoevereiniteit zijn geheel ter zijde gesteld.’¹⁸ Dat de soevereiniteit volgens de Grondwet is opgedragen aan Willem I wil niet zeggen dat vanaf nu alle macht bij de vorst ligt. Ook al is de vorst bekleed met ‘de volheid van de executive magt’, hij deelt de wetgevende macht met de Staten-Generaal.¹⁹ Voor zover het hierbij echter al gaat om ‘democratie’ – tot laat in de negentiende eeuw vermeed men het gebruik van deze term, die door de Bataafse Revolutie besmet was geraakt – deze beperkte ‘volksinvloed’ was vooral bedoeld als matiging van de monarchie, die dus haar eigen legitimiteit kende, en stelde in de praktijk weinig voor.²⁰

13 Zie ook Rutjes 2012.

14 Artikel IX Staatsregeling 1798.

15 Artikel X en V Staatsregeling 1798.

16 De belangrijkste intellectuele wegbereider van dit gelijkheidsstreven was uiteraard Rousseau; zie zijn *Du contrat social* (1762).

17 Colenbrander 1908, p. 26.

18 Van Hogendorp 1866, p. 85.

19 Colenbrander 1909, p. 74.

20 Zie ook Te Velde 2012.

Vanaf 1848 ontwikkelt zich de parlementaire democratie. De grondwetsherziening van dat jaar kwam tot stand in reactie op revolutionaire bewegingen elders in Europa. De gewijzigde Grondwet beperkt de macht van de Koning aanzienlijk, ten gunste van de Staten-Generaal, met name door invoering van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid.²¹ Voor de liberaal Thorbecke, onder wiens leiding de herziening tot stand is gekomen, stond het vast dat ‘om Nederland en de grondwettige monarchie te kunnen behouden, onze instellingen boven alles eene andere en oneindig grootere medewerking der burgerij, dan tot dusver, eischen.’²² Het gezag van de Tweede Kamer nam toe doordat de leden voortaan rechtstreeks werden gekozen – in plaats van door de Provinciale Staten, die op hun beurt werden gekozen door de standen – op basis van het censuskiesrecht.²³ Dit betekent niet dat Kamerleden zich moesten laten leiden door de belangen of de wil van hun kiezers: ze stemden ‘zonder last of ruggespraak’, op basis van eigen kennis en inzicht, na uitwisseling van argumenten in het parlementaire debat en met het oog op het algemene belang.²⁴

Dit parlementaire ideaal wordt eind negentiende eeuw ingehaald door de opkomst van politieke partijen.²⁵ De fractievorming binnen het parlement en de partijvorming daarbuiten werden met name aangedreven door de confessionele en socialistische emancipatiebewegingen. Maatschappelijke groepen organiseerden zich steeds nadrukkelijker rondom politieke beginselen en belangen en Kamerleden voelden zich steeds sterker gebonden aan hun kiezers. De nieuwe gedachte dat het parlement ‘eene getrouwe afspiegeling van de staatkundige meeningen der kiezers’ dient te zijn, leidde niet alleen tot een roep om uitbreiding van het kiesrecht, maar ook tot pleidooien voor invoering van een stelsel van evenredige vertegenwoordiging (in plaats van het districtenstelsel dat sinds 1848 werd gehanteerd).²⁶ De grondwetswijzigingen van 1917 en 1922 realiseerden beide wensen. De invoering van het stelsel van evenredige vertegenwoordiging paste bij de maatschappelijke en politieke diversiteit in Nederland en de nieuwe realiteit van de partijdemocratie.

Dat de Grondwet politieke partijen (nog steeds) niet noemt, wil niet zeggen dat de grondwetgever hun bestaan afwees; veeleer wenste hij ruimte te geven aan politieke partijen zonder hen allerlei beperkingen op te leggen.²⁷ Wel ontstond zo een spanning met de oorspronkelijke opvatting van parlementaire democratie. Door de partijvorming ver-

21 Art. 53 Gw 1848.

22 Grondwetscommissie 1848, p. 198.

23 Alleen mannen van boven de 23 jaar die een bepaald bedrag aan belasting betaalden, kregen stemrecht.

24 Art. 82 Gw 1848. Zie ook reeds art. 62 Gw 1814.

25 Zie ook Daalder 1995, p. 179-208.

26 De omschrijving is van Buys: Buys 1883, p. 419.

27 Zie Nehmelman 2013, p. 135-140.

M. STREMLER

schuift de werkelijke politieke macht van het parlement naar de partijen, die door hun beginselverklaringen en programma's en hun partij- en fractiediscipline steeds meer invloed krijgen op het stemgedrag van de vertegenwoordigers. Het 'vrije mandaat' van de Kamerleden wordt daardoor in de praktijk danig gerelativeerd. In het extreme geval dreigt de Staten-Generaal te worden gereduceerd tot een politiek instrument dat slechts nog beslissingen afstempelt die buiten het parlement zijn genomen en die meer de uitkomst zijn van machtsverhoudingen dan van rationele discussie.²⁸

Met de ontzuiling verliest ook de dominante positie van politieke partijen aan vanzelfsprekendheid. Onvrede met zowel de parlementaire democratie als de partijdemocratie bracht in de jaren zestig van de vorige eeuw een beweging voor democratische vernieuwing op gang die pleitte voor meer en rechtstreekse invloed van burgers op bestuur en beleid.²⁹ In plaats van rationeel debat of inhoudelijke vertegenwoordiging komt de wil van de individuele kiezers op de voorgrond staan.³⁰ De meeste voorstellen om meer directe kiezersinvloed te realiseren – zoals een gekozen minister-president, een gekozen burgemeester en een bindend referendum – hebben het weliswaar niet gehaald, maar zijn nog steeds niet helemaal van de politieke agenda verdwenen. Met name ideeën over referenda – waarmee op nationaal niveau ervaring is opgedaan in 2005, 2016 en 2017 – blijven steeds weer terugkomen.³¹ Steun voor vormen van directe democratie is in ons land dus zeker niet geheel afwezig, al stuiten concrete voorstellen vaak af op het argument dat ons politieke stelsel gebaseerd is op de vertegenwoordigende democratie.³²

Uit het voorgaande volgt dat de democratie in de loop van meer dan twee eeuwen uitgegroeid is tot een wezenlijk aspect van ons constitutionele bestel, maar ook dat achter deze term verschillende idealen schuilgaan, die met elkaar kunnen botsen en die in de Nederlandse praktijk in wisselende mate zijn gerealiseerd. Dit roept de vraag op wat nu precies de betekenis is van de democratie zoals genoemd in de algemene bepaling: *welke* democratie 'waarborgt' de Grondwet eigenlijk?³³

Bij de beantwoording van deze vraag doen zich meerdere mogelijkheden voor. Zo kunnen we de democratie uit de algemene bepaling zien als een abstractie van meer concrete bepalingen uit de Grondwet: de notie is eigenlijk niets meer dan een samenvatting van be-

28 Zie ook Couwenberg 1977, p. 48-53.

29 Zie ook Daalder 1995, p. 251-272.

30 Zie ook Boogaard 2018b, p. 246-249.

31 Zie recent Staatscommissie 2018, p. 135-155.

32 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2018/19, 34 430, nr. 10, p. 21.

33 Zie ook Boogaard 2018b.

paalde grondwetsbepalingen.³⁴ De regering wijst erop dat de democratie ‘is af te leiden uit de Grondwet in zijn geheel’ en noemt de democratie één van ‘de grondvesten waarop onze Grondwet berust’.³⁵ Dat in Nederland ‘wordt uitgegaan van het democratieprincipe’ blijkt volgens de regering onder meer uit de grondwettelijke bepalingen over de verhouding tussen de Staten-Generaal en de regering alsmede uit de grondwettelijke grondrechten die politieke participatie mogelijk maken, waaronder niet alleen het actieve en passieve kiesrecht, maar ook de grondrechten betreffende de vrijheden van meningsuiting, vereniging, vergadering en betoging.³⁶ Wat de achterliggende democratieopvatting is, blijft goeddeels onbesproken. Een strikte identificatie van de democratie met de huidige regels (en eventueel de praktijk van die regels) werkt uiteraard conserverend; de algemene bepaling dient dan om het huidige bestel vast te leggen.³⁷

We kunnen de democratie uit de algemene bepaling echter ook opvatten als een zelfstandige notie, met een autonome betekenis die losstaat van de overige grondwetsbepalingen. De regering heeft er nadrukkelijk voor gekozen om in de algemene bepaling geen uitwerking te geven aan de democratie, bijvoorbeeld door essentiële kenmerken op te sommen.³⁸ Daarmee beoogt ze ‘de ruimte voor verschillende invullingen [van de democratie] nadrukkelijk open te laten en [...] onderwerp te laten blijven [...] van politieke besluitvorming’.³⁹ Weliswaar is Nederland een democratie, maar het huidige Nederlandse constitutionele bestel is zeker niet de enige adequate uitwerking van dit ideaal; ‘kennismaking [met] het bestel van vele andere constitutionele democratieën bevestigt het tegendeel’.⁴⁰ De algemene bepaling biedt zo gezien ruim baan voor nieuwe democratieontwikkelingen, al blijft het onduidelijk wat we nu precies onder democratie moeten verstaan, zodat ook niet vaststaat wat meer concreet ‘de marges’ zijn ‘waarbinnen de alternatieven voor de invulling van het constitutionele bestel toelaatbaar zijn’.⁴¹

Wat naar positief grondwettelijk recht de betekenis is van de democratie, zoals genoemd in de algemene bepaling, laat zich dus niet makkelijk vaststellen. De tekst van de Grondwet en de bedoeling van de grondwetgever (blijkend onder meer uit de – onweersproken – opvatting van de regering) bieden hier geen uitgewerkt antwoord. Ook in het verleden

34 MvT, p. 3.

35 MvT, p. 3.

36 MvT, p. 5.

37 Zie ook *Kamerstukken II 2015/16*, 34 516, nr. 4 (advies Afdeling advisering Raad van State en nader rapport, hierna A&NR), p. 7-8.

38 MvT, p. 7.

39 MvT, p. 8.

40 MvT, p. 8.

41 MvT, p. 8. Zie ook A&NR, p. 7-8.

M. STREMLER

heeft de grondwetgever zich nooit echt principieel uitgesproken over de democratie.⁴² Tegelijk staat vast dat de grondwetgever met de algemene bepaling geen nieuwe democratie-opvatting heeft willen introduceren.⁴³ Om de democratie uit de algemene bepaling te duiden, is het daarom vooral zinvol om deze notie te plaatsen in historisch-constitutioneel perspectief – in het perspectief dus dat hiervoor is geschetst. De democratie die de Grondwet ‘waarborgt’ krijgt dan zowel negatieve als positieve contouren.

De Grondwet ‘bekent’ zich *niet* tot democratie in de zin van volkssoevereiniteit. Sinds het einde van het Bataafse experiment is van deze notie in Nederland nauwelijks meer vernomen, en al helemaal niet in positieve zin. Met name vanuit antirevolutionaire hoek is de gedachte aan volkssoevereiniteit krachtig bestreden, maar ook een liberaal als Thorbecke stond er gereserveerd tegenover.⁴⁴ Waar in ons land het hoogste gezag ligt en wat dus de ultieme bron van legitimiteit is, is na de Bataafse Revolutie altijd in het midden gelaten.⁴⁵ Vanaf 1814 betekent democratie in ons land ‘getemde’ democratie: geen almacht van het volk, maar ‘volksinvloed’ met respect voor burgerlijke vrijheden en de rechten van minderheden.⁴⁶

Het democratiseringsproces zoals dat sinds 1848 op gang is gekomen heeft geleid tot de neerslag in onze Grondwet en grondwetsgeschiedenis van twee verschillende varianten van de democratiegedachte.⁴⁷ De *parlementaire democratie*, die zich kenmerkt door de vrijheid en zelfstandigheid van de volksvertegenwoordigers, spreekt nog steeds uit artikel 50 (de vertegenwoordigingsbepaling) en artikel 67 derde lid (het lastverbod), maar ook uit de grondwettelijke instrumenten op basis waarvan het parlement zelfstandig tot oordeelsvorming kan komen, zoals de ministeriële verantwoordelijkheid, het inlichtingenrecht, het enquêterecht en de parlementaire immuniteit. Daarnaast biedt de Grondwet ruimte voor de *partijendemocratie*. Politieke partijen komen in de Grondwet niet voor, maar worden er ook niet door beperkt, en het algemeen kiesrecht (artikel 4) en het evenredigheidsstelsel (gebaseerd op artikel 53 eerste lid) maken politieke vertegenwoordiging van diverse maatschappelijke groepen mogelijk. Ook het feit dat de grondwetgever in 1983 het verbod van ruggespraak schrapte, bevestigt de acceptatie van de partijendemocratie.

42 Zie ook Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 2.

43 De regering stelt dat het ‘nadrukkelijk niet de bedoeling [is] dat met de algemene bepaling verandering wordt aangebracht in het genuanceerde samenstel van regels die ons constitutionele stelsel vormen.’ MvT, p. 8.

44 Zie de kritiek van Van Houten 1872.

45 Dat dit niet noodzakelijk komt door het koningschap bewijst België, dat de monarchie combineert met soevereiniteit van de natie (art. 25 Grondwet van België 1831).

46 Zie ook Te Velde 2012.

47 Zie ook Boogaard 2018a, p. 17-21 en Boogaard 2018b.

cratie.⁴⁸ Beide democratievarianten staan in onze Grondwet naast elkaar en zijn tot op zekere hoogte nog steeds realiteit.

Daarnaast sluit ons constitutionele bestel, zoals het historisch gegroeid is, ook vormen van *directe democratie* niet volledig uit.⁴⁹ Wel is de vertegenwoordigende democratie – in de zin van de parlementaire democratie en de partijdemocratie – veel steviger geworteld, en staat de directe democratie in een lastige verhouding tot de vertegenwoordigende democratie.⁵⁰ De Grondwet heeft referenda nooit expliciet verboden en leidende constitutionele actoren achten niet-bindende referenda zonder meer grondwettig (wat uiteraard iets anders is dan wenselijk).⁵¹ De discussie gaat vooral over de grondwettigheid van bindende referenda, waar de tekst van de Grondwet strikt genomen geen uitsluitel over geeft, zodat politieke overtuigingen, mede in het licht van onze constitutionele geschiedenis, de doorslag geven.⁵² Ook de ‘deconstitutionalisering’ van de benoeming van de commissaris van de Koning en burgemeester, expliciet ingegeven door de wens om de weg vrij te maken voor invoering van een direct gekozen burgemeester, laat zien dat er grondwettelijk ruimte is voor (beperkte) vormen van directe democratie.⁵³

3 RECHTSSTAAT

Net als de democratie is de rechtsstaat, breed geïnterpreteerd als ‘binding van de staatsmacht aan het recht’, meerduidelijk en hebben ideaal en praktijk in de loop van de tijd fundamentele veranderingen ondergaan.⁵⁴ De term ‘rechtsstaat’ is afkomstig uit de negentiende-eeuwse Duitse constitutionele doctrine en wint in Nederland pas in de loop van de twintigste eeuw aan populariteit.⁵⁵ De achterliggende overtuiging – de staatsmacht dient principieel te worden beperkt en het recht is daartoe het geëigende middel – is uiteraard al ouder en vormt een wezenlijk element van de burgerlijke revoluties die plaatsvonden aan het einde van de achttiende eeuw.

Eén belangrijk middel ter beperking van de staatsmacht zijn grondrechten.⁵⁶ Spoedig na het uitroepen van de Bataafse Republiek in 1795 kondigden de patriotten een ‘Verklaring

48 *Kamerstukken II* 1976/77, 14 224, nr. 3, p. 6.

49 Minder overtuigend want gebaseerd op over-interpretatie: Boogaard 2018b, p. 246-249.

50 Zie ook Van Vugt 2021, p. 325-329.

51 De Wet raadgevend referendum die was ingevoerd in 2015 werd drie jaar daarna alweer ingetrokken.

52 Zie ook Van Vugt 2022, p. 147-152.

53 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 239, nr. 3.

54 Zie ook Schlössels e.a. 2022, p. 7-11

55 Zie ook Böhlingk & Logemann 1966, p. 44 en Van den Berge 2014.

56 Voor een historisch overzicht, zie Burkens 1989, p. 1-26.

M. STREMLER

van de rechten van de mens en van de burger' af, met daarin een lange lijst rechten, gericht op de vrijheid en gelijkheid van burgers, waaronder de vrijheid van meningsuiting, van godsdienst, van eigendom, en gelijkheid voor de wet. De Staatsregeling van 1798 bevatte vergelijkbare rechten. In plaats van bijzondere privileges die zijn voorbehouden aan leden van specifieke instanties en standen gaat het hier om algemene rechten die burgers geldend kunnen maken jegens het staatsgezag. De nieuwe grondrechten roepen een staatsvrije sfeer in het leven waarbinnen eenieder in eigen verantwoordelijkheid zijn of haar leven kan leiden.

De Grondwet van 1814 garandeert beduidend minder grondrechten; ze geeft slechts een aantal justitiële en godsdienstige waarborgen en brengt het onderwijs en de armenzorg onder de aandacht van de regering. In 1815 wordt het grondrechtenbestand aanzienlijk uitgebreid, met onder meer gelijkheid voor de wet, de vrijheid van drukpers en het recht van eigendom. De grondwetsherziening van 1848 vult deze rechten aan met het recht van vereniging en vergadering, de vrijheid van onderwijs en het briefgeheim. Afgezien van de financiële gelijkstelling van bijzonder en openbaar onderwijs, zijn de grondrechten tussen 1848 en de Grondwetsherziening van 1983 in de kern gelijk gebleven, al konden ze wel door steeds meer burgers daadwerkelijk worden uitgeoefend.

De negentiende-eeuwse liberale grondrechtenopvatting abstraheert van de middelen en mogelijkheden die nodig zijn om grondrechten daadwerkelijk te effectueren.⁵⁷ Bovendien heeft deze opvatting weinig oog voor de eventuele negatieve externe gevolgen van hun uitoefening. Onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen en kritiek krijgen grondrechten vanaf begin twintigste eeuw een meer sociale dimensie.⁵⁸ Zo 'vermaatschappelijkt' het eigendomsrecht door allerlei wetgeving op sociaal, economisch, ruimtelijk, milieu- en ander gebied. Grondrechten werken na de Tweede Wereldoorlog bovendien op indirecte wijze door in het privaatrechtelijke verkeer, doordat de rechter bij de interpretatie van open begrippen zoals 'goede trouw', 'goede zeden' en 'openbare orde' steeds vaker rekening houdt met de grondrechtelijke belangen van partijen.⁵⁹ Het groeiende besef dat de staat een eigen taak heeft om de vrijheid en gelijkheid van burgers te realiseren, leidt niet alleen tot een correctie op de individualistische oriëntatie van grondrechten, maar ook tot een nieuwe categorie grondrechten: sociale grondrechten.⁶⁰ Deze rechten – in 1983 opgenomen in de Grondwet – hebben een programmatisch karakter en verplichten

57 Zie ook Burkens 1989, p. 29-31.

58 Zie ook Couwenberg 1984, p. 85-89.

59 Zie ook Burkens 1989, p.167-170. Bij de grondwetsherziening van 1983 heeft de grondwetgever deze 'horizontale werking' van grondrechten in beginsel aanvaard, maar de uitwerking ervan grotendeels overgelaten aan de rechter. Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 15-16.

60 Zie Burkens 1989, p. 71-90 en Heringa 1989.

de staat bij te dragen aan de verwerkelijking van de sociale, economische en culturele voorwaarden voor een menswaardig bestaan.⁶¹ In feite was een stelsel van sociale zekerheid in ons land echter al veel eerder tot stand gekomen; de Grondwet was daarvoor nodig noch een belemmering.

De ontwikkeling waarbij de staat steeds nadrukkelijker zorg draagt voor het welzijn van burgers en bijgevolg ook steeds dieper ingrijpt in het sociale en economische leven, wordt wel geduid als de overgang van een 'liberale rechtsstaat' naar een 'sociale rechtsstaat'.⁶² Politiek gezien gaat het hierbij om een ideologisch compromis tussen liberale, sociaal-democratische en christendemocratische wensen.⁶³ Grondrechten hebben hun exclusief liberale richting verloren en hebben een gemengd karakter aangenomen. Ook het onderscheid tussen vrijheidsrechten en sociale rechten is relatief.⁶⁴

Naast grondrechten, die in hun liberale uitleg een scheiding *tussen* staat en samenleving bewerkstelligen, richt het rechtsstatelijke ideaal zich ook op spreiding van macht *binnen* de staat.⁶⁵ De Staatsregeling voerde in die zin een door Montesquieu geïnspireerde functionele en organisatorische machtenscheiding door, met een tamelijk strikte scheiding tussen wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht, waarbij de wetgevende macht de hoogste staatsmacht was.⁶⁶ De belangrijkste rechtvaardiging van deze scheiding was de bescherming van de burgerlijke vrijheid.⁶⁷ Institutionele vermenging van de drie functies zou volgens de patriotten onherroepelijk leiden tot machtsmisbruik en onderdrukking.

Ook de Grondwet van 1814/1815 zet in op beperking van de staatsmacht door deze macht te verdelen over meerdere instellingen, maar kent een centrale positie toe aan de Koning.⁶⁸ Ministers zijn adviseur van de Koning en zijn alleen aan hem verantwoordig schuldig. De Koning is naast hoofd van de uitvoerende macht ook medewetgever.⁶⁹ De totstandkoming van wetten vereist medewerking van zowel de Koning als de Staten-Generaal, maar de Koning kan ook zelfstandig algemene maatregelen van bestuur vaststellen.

61 Zie art. 18 (rechtsbijstand), 19 (werkgelegenheid), 20 (bestaanszekerheid), 21 (milieubescherming), 22 (volksgezondheid en woongelegenheid) en 23 (onderwijs) Gw 1983.

62 Zie Hirsch Ballin 1991a.

63 Zie Couwenberg 1984, p. 75-78 en 81-82.

64 Zie ook Vlemminx 2002.

65 Zie ook Oosterhagen 2000.

66 Voor Montesquieu, zie zijn *De l'esprit des lois* (1748).

67 Zie ook Rutjes 2012, p. 164-183.

68 Aanvankelijk: 'de soevereine vorst'.

69 Dat de Koning hoofd van de uitvoerende macht is, noemt de Grondwet van 1814/1815 niet met zoveel woorden, maar kan worden afgeleid uit de bepalingen die hem 'het opperbestuur' over bepaalde zaken opdragen.

M. STREMLER

De strijd om de relatieve macht van parlement, Koning en ministers beheerst de gehele negentiende eeuw.⁷⁰ Het parlement volgde aanvankelijk slaafs de Koning en nam in 1818 zelfs de Blanketwet aan die hem de macht gaf min of meer zelfstandig te regeren. De macht van het parlement neemt evenwel gestaag toe en de ministers verzelfstandigen zich van de Koning, die zijn macht uiteindelijk grotendeels verliest. Het parlement ontwikkelt zich echter niet tot hoogste staatsmacht.⁷¹ Weliswaar heeft de Staten-Generaal een zelfstandige en onafhankelijke positie in het politieke bestel, maar ook de regering (tot 1983 in de Grondwet aangeduid als ‘de Kroon’) behoudt ‘een eigen recht’.⁷² Zo zijn ministers geen lid van het parlement, blijven ze vrij door het parlement aangenomen moties naast zich neer te leggen (behalve moties van wantrouwen) en kunnen de Kamers hen niet dwingen een contraseign te zetten. Dit ‘dualisme’ kan worden gezien als een nawerking van de monarchale traditie.⁷³

De opkomst van politieke partijen heeft dit dualisme echter sterk gerelativeerd, zodanig dat zelfs gesproken wordt van ‘monisme’.⁷⁴ Bepalend in de relatie tussen parlement en regering zijn sinds het midden van de twintigste eeuw vooral partijpolitieke factoren. De eigenlijke tegenstelling is niet meer die tussen beide staatsinstellingen, maar tussen de ‘coalitie’ (de parlementaire meerderheid en het kabinet) en de ‘oppositie’ (de parlementaire minderheid). Binnen de coalitie vindt allerlei overleg en afstemming plaats – over de institutionele grens van parlement en regering heen – zodanig dat coalitiefracties en kabinet een hechte politieke eenheid vormen. Het regeerakkoord, waaraan fracties zich binden, is een nadrukkelijke bevestiging van dit monisme.

Al kent Nederland dus geen strikte scheiding tussen de wetgevende en uitvoerende macht, de Grondwet van 1814/1815 schiep wel al duidelijke garanties voor onafhankelijke rechtspraak.⁷⁵ Ze bevestigt de gelijkheid voor de wet, bepaalt dat niemand van de rechter kan worden afgehouden, eist openbare zittingen en schrijft voor dat alle vonnissen een motivering bevatten. Hogere rechters worden voor het leven benoemd en kunnen alleen worden afgezet bij rechterlijk vonnis. De Grondwet legt ook de eenheid van rechtspraak vast, door te bepalen dat overal in het land in naam van de Koning recht zal worden gesproken. Wel had de Koning begin negentiende eeuw, op basis van het Conflictenbesluit, de mogelijkheid om op het privaatrecht gebaseerde geschillen tussen een burger en de uitvoerende

70 Voor een beknopte beschrijving, zie Leenknecht e.a. 2010, p. 133-158.

71 Zie ook Koole 2021, p. 136-145.

72 Zie Donner 1948, p. 337-362.

73 Zie ook Aerts 2016, p. 56.

74 Zie ook Koole 2021, p. 145-160.

75 Zie ook Bovend'Eert 2022, p. 1-26.

macht (het bestuur) naar zich toe te trekken. Pas begin twintigste eeuw besliste de Hoge Raad dat de (burgerlijke) rechter zonder meer bevoegd is in dergelijke geschillen.⁷⁶

Lange tijd heerste bovendien de overtuiging dat naast de democratische verantwoording van het bestuur aan de volksvertegenwoordiging er geen plaats was voor rechterlijke toetsing van bestuurshandelen op basis van het publiekrecht. ‘Administratief beroep’, dat wil zeggen beroep op een hoger bestuursorgaan tegen een besluit van een lager bestuursorgaan, zou volstaan.⁷⁷ Pas in de loop van de twintigste eeuw is ‘administratieve rechtspraak’ (bestuursrechtspraak) ontwikkeld.⁷⁸ Tegen veel overheidsbesluiten staat inmiddels de gang naar de bestuursrechter open, al blijft het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming ingewikkeld. Daarbij is de inhoudelijke toetsing door de bestuursrechter in de loop van de tijd indringender geworden, mede door de ontwikkeling en codificatie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het idee van een ‘rechtsvrije ruimte’ voor besluitvorming behoort inmiddels tot het verleden.⁷⁹

Grondrechten en machtsverdeling tussen de verschillende staatsmachten dienen de bescherming van de burgerlijke vrijheid. Het scharnierpunt tussen beide vormt het legaliteitsbeginsel: de eis dat de overheid handelt op basis van de wet en binnen de grenzen van de wet.⁸⁰ Enerzijds brengt het legaliteitsbeginsel ‘een grondrecht op vrijheid behoudens beperking bij wettelijk voorschrift’ tot uitdrukking.⁸¹ Inherent aan vrijheidsrechten is dat alles is toegestaan wat niet door de wet is verboden. Anderzijds is de wet, het product van de wetgever, het juridische kader voor de uitvoerende macht. De rechterlijke macht – zelf ook gebonden aan de wet – controleert naleving van dit kader.

De Staatsregeling van 1798 en de Grondwet van 1814/1815 noemen het legaliteitsbeginsel niet, maar veronderstellen het; de wet is het uitgangspunt.⁸² Wezenlijk voor de wet is haar algemene karakter: de wet bestaat uit algemene, voor herhaling vatbare regels.⁸³ Eind negentiende eeuw speelt het legaliteitsbeginsel vooral in de strijd om de zelfstandige wetgevende bevoegdheid van de regering (de Koning). De Hoge Raad ontkende deze bevoegdheid; de grondwetgever bood er vervolgens slechts beperkt ruimte voor (namelijk alleen

76 Hoge Raad, 31 december 1915, *Guldemon/Noordwijkerhout* (ECLI:NL:HR:1915:AG1773).

77 Zie Struycken 1910.

78 Zie uitgebreid Van der Hoeven 1989.

79 Zie ook Burkens e.a. 2022, p. 163-165 en p. 184-187.

80 Zie Van Ommeren 1996 en Voermans 2011.

81 Hirsch Ballin 1991b, p. 164.

82 De Wet algemene bepalingen van 1829 geeft uitdrukking aan het streven om de wet, met uitsluiting van concurrerende rechtsbronnen zoals de gewoonte, tot basis van alle rechtsbetrekkingen te maken. Zie daarover Jansen 2008.

83 Zie Böhling & Logemann 1966.

M. STREMLER

zonder zelfstandige strafbaarstelling).⁸⁴ In de twintigste eeuw heeft de Hoge Raad het legaliteitsbeginsel verder uitgewerkt, onder meer door duidelijk te maken dat het wetsvereiste ook geldt ten aanzien van lagere regelgeving en dwingend feitelijk handelen.⁸⁵

De beschreven uitbreiding van de staatstaak heeft het legaliteitsbeginsel niet ongemoeid gelaten. Wetgeving is niet alleen in omvang enorm toegenomen, maar ook qua aard veranderd: de wet is niet langer slechts een waarborg tegen willekeurige vrijheidsbeperkingen, maar vooral ook instrument voor beleid.⁸⁶ De uitbouw van de verzorgingsstaat heeft geleid tot een zogenaamde terugtred van de formele wetgever (regering en parlement samen).⁸⁷ Door vergaande delegatie van regelgevende bevoegdheden (via ‘kaderwetgeving’) aan de regering, ministers of naar elders, treedt de uitvoerende macht steeds meer op als de eigenlijke ‘wet-gever’. Het gevolg is niet alleen een machtsverschuiving van het parlement naar de uitvoerende macht, maar ook een verlies aan directe democratische legitimatie van veel regelgeving.⁸⁸ Formeel geldt nog steeds de ‘heerschappij der wet’, maar in de praktijk heeft de formele wet veel van haar eigen normatieve gehalte verloren.⁸⁹

Wat moeten we nu, gelet op het voorgaande, verstaan onder de rechtsstaat die de Grondwet waarborgt, aldus de algemene bepaling? Net als in het geval van de democratie biedt de Grondwet geen definitie of omschrijving. De algemene bepaling noemt de grondrechten afzonderlijk, maar de enige reden hiervoor lijkt te zijn dat andere grondwetten en verdragen dat ook doen.⁹⁰ Bovendien laat de regering het in het midden in hoeverre de rechtsstaat vooral begrepen moet worden vanuit de huidige Grondwet dan wel als meer abstracte notie, die ook een (heel) andere invulling kan krijgen.⁹¹ De geschetste ontwikkelingsgeschiedenis van de rechtsstaat, die slechts uitging van het ideaal dat het recht machtsmisbruik door de staat voorkomt, biedt daarentegen wel houvast voor een nadere bepaling. Het rechtsstatelijke ideaal is in Nederland immers uitgewerkt op een wijze waarin, ondanks alle historische veranderingen, zeker ook continuïteit en stabiliteit zijn vast te stellen.

Tot de rechtsstaat behoren, bezien vanuit historisch-constitutioneel perspectief, *grondrechten, machtsverdeling binnen de staat, een onafhankelijke rechterlijke macht en het lega-*

84 Hoge Raad, 13 januari 1879, *Meerenberg* (ECLI:NL:HR:1879:1) en artikel 56 Gw 1887.

85 Hoge Raad, 10 juni 1919, *Rogge* (ECLI:NL:HR:1919:66) en Hoge Raad, 22 juni 1973, *Fluoridering* (ECLI:NL:HR:1973:AD2208).

86 Zie reeds Böhntling 1958 en Koopmans 1970; meer recent: Hirsch Ballin 2019.

87 Voor de uitdrukking, zie reeds Struycken 1910, p. 23. Zie ook Van Wijk 1959.

88 Zie ook De Jong & Kummeling 2009.

89 Zie reeds Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985.

90 Zie MvT, p. 7.

91 Zie MvT, p. 6 en 9.

liteitsbeginsel.⁹² De uitwerking van deze elementen kan variëren, maar in hun basis dienen ze gerespecteerd te worden. De staat behoort een zekere mate van vrijheid en gelijkheid te garanderen voor burgers. Hoe de staatsmacht precies is verdeeld, is minder belangrijk dan *dat* ze is verdeeld. De rechter dient los van andere staatsmachten te kunnen oordelen. En burgers moeten ervan op aan kunnen dat overheidsoptreden blijft binnen de kaders van de wet.

Nederland is dus een rechtsstaat doordat – en voor zover – de staatsmacht verdeeld is over meerdere instellingen en deze staatsmacht nader is gebonden aan het recht door grondrechten, het wetsvereiste en rechtmatigheidscontrole door een onafhankelijke rechter. Deze vier elementen waren in aanleg reeds aanwezig in de Grondwet van 1814/1815.⁹³ Ze maken onderdeel uit van de ‘klassieke’, negentiende-eeuwse rechtsstaat. Ze bepalen daarvan echter niet het specifieke karakter: dat die rechtsstaat een *liberale* rechtsstaat is, komt door de specifieke gerichtheid van de vier elementen op het garanderen van burgerlijke rechten en vrijheden.

Op basis van de liberale rechtsstaat is in de loop van de twintigste eeuw de *sociale* rechtsstaat tot ontwikkeling gekomen, die de liberale rechtsstaat niet heeft vervangen, maar wel uitdrukking geeft aan het feit dat de staat als het object van het rechtsstatelijke ideaal een sociale oriëntatie heeft gekregen.⁹⁴ In vergelijking met de liberale rechtsstaat volgen uit de sociale rechtsstaat minder specifieke eisen. De sociale grondrechten in het bijzonder vragen om overheidsinterventie, maar het is niet op voorhand vast te stellen wanneer de overheid voldoende presteert en ook niet in hoeverre het ‘terugdraaien’ van overheidsprestaties acceptabel is.⁹⁵ Bovendien kunnen sociale grondrechten op gespannen voet staan met vrijheidsrechten.⁹⁶ In de praktijk leidt de politieke strijd en het heersende rechtsgevoel veelal tot een zeker evenwicht tussen liberale en sociale benaderingen.

De algemene bepaling laat echter het sociale aspect van de rechtsstaat onbenoemd.⁹⁷ Er moet evenwel worden aangenomen dat dit aspect, ondanks zijn relatieve onbepaaldheid,

92 Dit zijn ook precies de elementen die de regering noemt als ‘een viertal kenmerkende vereisten’ waaraan moet worden voldaan ‘om van een rechtsstaat te kunnen spreken’ (MvT, p. 6), al lijkt de regering ruimte te willen laten voor eventuele andere invullingen (zie MvT, p. 8).

93 Ook al kon dit niet verhinderen dat koning Willem I zich in de praktijk gedroeg als ‘verlicht despoot’ (Daalder 1995, p. 164).

94 Zie ook Hirsch Ballin 2019.

95 Zie ook Houwerzijl & Vlemminx 2018.

96 Denk slechts aan de ingrijpende vrijheidsbeperkingen in het belang van de volksgezondheid tijdens de corona-periode. Zie daarover Stremmer 2020.

97 Ook de MvT rept er met geen woord over.

M. STREMLER

wel degelijk behoort tot de rechtsstaat zoals de Grondwet die waarborgt.⁹⁸ De grondrechten in de Grondwet omvatten niet voor niets sociale grondrechten.⁹⁹

Vervolgens kwalificeert de algemene bepaling zelf ook de rechtsstaat: de Grondwet waarborgt ‘de democratische rechtsstaat’.¹⁰⁰ Deze verbinding van de rechtsstaat met de democratie werkt twee kanten op. Enerzijds gaat het om een duiding van de rechtsstaat die in de loop van de twintigste eeuw steeds dominanter is geworden. De rechtsstaat behelst niet slechts een beperking van de staatsmacht, maar draagt door het legaliteitsbeginsel, dat parlementaire betrokkenheid bij wetgeving vereist, ook bij aan de (democratische) legitimatie van die macht.¹⁰¹ Anderzijds dient de verbinding van de rechtsstaat met de democratie vooral ook als kwalificatie van de democratie: de democratie is geen ongelimiteerde beslissingsmacht van de politieke meerderheid, maar politieke participatie door burgers ‘beperkt door het recht, zodat ook rechten van minderheden gegarandeerd zijn’.¹⁰² De rechtsstaat – waarvan de uitwerking zelf onderwerp is van democratische besluitvorming – stelt institutionele en grondrechtelijke grenzen aan ‘de politiek’, al valt er over de inhoud van die grenzen dus te discussiëren.

4 WAARBORGEN

Afgaande op de tekst legt de algemene bepaling niet vast dat Nederland een democratische rechtsstaat ‘is’ (wat juridisch betekent: ‘moet zijn’), maar dat ‘de Grondwet’ de democratische rechtsstaat ‘waarborgt’ (en dus ook: ‘moet waarborgen’).¹⁰³ De bepaling geeft daarmee aan dat de Grondwet een bepaalde functie dient, namelijk het waarborgen van de democratische rechtsstaat.¹⁰⁴ De Grondwet is niet slechts een bijzondere, ‘hogere’ wet,

98 Zie ook Hirsch Ballin e.a. 2021, p. 45-53.

99 De grondwetgever benadrukte bij de introductie van sociale grondrechten hun samenhang met de klassieke grondrechten. Zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 873, nr. 3, p. 4-6.

100 Het oorspronkelijke regeringsvoorstel sprak van ‘de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten’, maar ook de regering benadrukte toen al hun samenhang. Zie MvT, p. 2-3. De definitieve formulering is het resultaat van een amendement door de Tweede Kamer, ingegeven door de gedachte dat de democratie en de rechtsstaat ‘onverbrekelijk met elkaar [zijn] verbonden’ en dat de democratische rechtsstaat ‘meer [is] dan de som der delen’. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34 516, nr. 10.

101 Dit is ook de zin van het uitbreiden van het wetsvereiste naar ‘begunstigend’ overheidsoptreden, bijvoorbeeld in de vorm van subsidiëring – overheidsoptreden dus dat niet zonder meer inbreuk maakt op burgerlijke rechten en vrijheden. Zie Voermans 2011, p. 75-78. De precieze reikwijdte van het legaliteitsbeginsel blijft in de doctrine evenwel omstreden, zie Voermans 2011, p. 7-10.

102 MvT, p. 2.

103 De formulering gebruikt de gebiedende tegenwoordige tijd (*praesens imperativus*). Zie daarover Ruiter 1987, p. 51-53.

104 De Staatscommissie Grondwet had als eerste lid voor een algemene bepaling voorgesteld: ‘Nederland is een democratische rechtsstaat’ (Staatscommissie 2010, p. 40). Ook de verschillende varianten die de regering heeft onderzocht beginnen zo (zie bijlage bij *Kamerstukken I*, 2013/14, 31 570, I herdruk). Het uiteindelijke

maar een inhoudelijke verankering van ons constitutionele bestel. *Hoe* de Grondwet de democratische rechtsstaat waarborgt, en wat in dit verband de toegevoegde waarde is van de algemene bepaling, is echter niet op voorhand duidelijk.

Een eerste vraag die zich hier voordoet, is waar de Grondwet eigenlijk vandaan komt. Immers, de Grondwet dankt zijn ontstaan en voortbestaan – net als zijn inhoud – niet aan zichzelf. De Bataven konden op deze vraag voor wat betreft de Staatsregeling een duidelijk antwoord geven: de eerste grondwet van ons land ging terug op de grondwetgevende macht van het volk.¹⁰⁵ Ze konden daarbij steunen op het door Sieyès geïntroduceerde onderscheid tussen enerzijds de oorspronkelijke, constituerende macht (*pouvoir constituant*), dat wil zeggen de macht op basis waarvan het volk een grondwet vaststelt, en anderzijds de afgeleide, geconstitueerde macht (*pouvoir constitué*), dat wil zeggen de macht van alle op de grondwet gebaseerde staatsinstellingen.¹⁰⁶ Alle staatsmacht is door de grondwet genormeerde macht en ontleent zijn uiteindelijke legitimatie aan het volk.¹⁰⁷

Na de Bataafs-Franse tijd is dit onderscheid in Nederland op de achtergrond geraakt, vooral ook doordat men de notie van volkssoevereiniteit blijvend heeft afgewezen en de vraag naar het ultieme gezag uit de weg is gegaan.¹⁰⁸ De Grondwet van 1814 kwam op buiten-grondwettige wijze tot stand (dat wil zeggen, niet op basis van een voorgaande grondwet) en ook de ‘grondwetsherziening’ van 1815 voldeed niet aan de procedurele vereisten uit de Grondwet van 1814.¹⁰⁹ In feite ging het in beide gevallen om een ‘versluiserd octrooi’ van de vorst, waarbij Willem I probeerde de schijn van volksinstemming op te houden.¹¹⁰ Latere grondwetswijzigingen zijn wel tot stand gekomen op basis van de grondwetsherzieningsprocedure, dus door de grondwettelijke ‘grondwetsherziener’.¹¹¹

Dit betekent dat de grondwetsherziener, het enige (samengestelde) ambt dat de Grondwet kan wijzigen, niet duidelijk gebonden is aan een boven-grondwettelijke macht (zoals het

regeringsvoorstel is ingegeven door de wens om (ook) nadrukkelijk de ‘waarborgfunctie’ van de Grondwet ten aanzien van de democratische rechtsstaat te benoemen (zie MvT en *Kamerstukken II* 2013/14, 31 570, nr. 24).

105 Zie ook Van der Tang 1998, p. 121-141.

106 Zie zijn *Qu'est-ce que le Tiers-État?* (1789).

107 Eenzelfde gedachte ligt ten grondslag aan de Amerikaanse grondwet van 1789, die is vastgesteld namens ‘We the people’.

108 Zie ook Couwenberg 1977, p. 69-71.

109 Zie Eftymiou 2019.

110 Van der Tang 1998, p. 181-183

111 Sinds 1848 zijn dat de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk, met advisering door de Raad van State en – formeel – raadpleging van het volk (zie thans art. 137-142 Gw). Deze volksraadpleging is in de praktijk een fictie, omdat tijdens verkiezingen grondwetswijzigingen nauwelijks een rol spelen. Zie Van Gennip 2021, p. 64-68 en de bijdrage van Van Vugt en Van Gennip in deze bundel.

M. STREMLER

volk).¹¹² De afwezigheid van een nadrukkelijke scheiding tussen de geconstitueerde en constituerende macht ondersteunt de gedachte dat de macht van de grondwetsherziener ongelimiteerd is.¹¹³ Het feit dat we in Nederland de grondwetsherziener aanduiden als ‘grondwetgever’ wijst ook in deze richting.¹¹⁴ Vanuit dit perspectief bezien kan de Grondwet weliswaar de democratische rechtsstaat ‘waarborgen’, in de zin dat de *huidige* Grondwet als ‘hoger’ recht democratische en rechtsstatelijke eisen stelt, maar zonder dat dit *noodzakelijk* het geval is. Als de grondwetsherziener inhoudelijk ongebonden is, kan hij immers ook heel andere idealen dan de democratische rechtsstaat in de Grondwet opnemen en uitwerken.¹¹⁵

Hier komt bij dat sinds 1814/1815 allerlei buiten-grondwettelijke (‘informele’) constitutionele verandering heeft plaatsgevonden, waardoor het grondwettelijke recht is aangevuld, verfijnd en gewijzigd.¹¹⁶ De legitimatie daarvan moet worden gezocht in de – veelal stilzwijgende – acceptatie door de leidende constitutionele actoren.¹¹⁷ Ook zij zijn, net als de grondwetsherziener, niet uitdrukkelijk gebonden aan een boven-grondwettelijke macht. In theorie is het dus heel wel mogelijk dat zij het ‘spoor’ van de democratische rechtsstaat – hoe diep inmiddels ook ingesleten – verlaten.¹¹⁸ Bepalend hier is echter niet het grondwettelijke recht, maar zijn de feitelijke machtsverhoudingen en dominante overtuigingen.¹¹⁹

Een andere vraag is in hoeverre de grondwetsherziener *zichzelf* kan binden, en zo ja, of hij dit heeft gedaan met het vaststellen van de algemene bepaling. De bepaling kan immers zo worden gelezen dat ze (primair) is gericht tot de grondwetsherziener.¹²⁰ De algemene bepaling zou dan voor de toekomst een inhoudelijke beperking opleggen aan de grondwetsherziener: toekomstige grondwetswijzigingen mogen niet zover gaan dat de Grondwet de democratische rechtsstaat *niet* meer waarborgt.¹²¹

112 Zie ook Passchier 2020, p. 161.

113 Zie bijvoorbeeld Oud 1970, p. 1-23, volgens wie de grondwetgever ‘soverein’ is.

114 Zie ook Hoogers 2007, p. 107.

115 Voor een betoog voor het tegendeel, zie Passchier 2020, die zich niet alleen baseert op het positieve recht, maar op de gehele Nederlandse ‘constitutionele context’.

116 Zie Passchier 2018.

117 Vergelijk Van der Hoeven 1958, die in dit verband spreekt van ‘sovereiniteit-dragende instellingen’.

118 Vergelijk Van Leeuwen 2013.

119 In die geest uiteindelijk ook Passchier 2020, p. 172.

120 Zie ook MvT, p. 9 en A&NR, p. 4.

121 Vergelijk de ‘basic structure doctrine’ uit onder meer India. Zie daarover Passchier & Stremmer 2016, p. 344-346.

Hoewel de regering een positief antwoord op deze vraag suggereert, luidt het antwoord toch ontkennend.¹²² De regering geeft zelf aan dat de algemene bepaling geen ‘hogere regeling’ is dan de andere bepalingen uit de Grondwet en dus ook geen ‘sterkere grondwetsrang’ heeft.¹²³ De algemene bepaling is bijgevolg niet ‘minder vatbaar’ voor intrekking of wijziging door de grondwetsherziener dan andere grondwetsbepalingen.¹²⁴ Ze is dus zeker niet bedoeld als ‘eewigheidsclausule’, dat wil zeggen als grondwetsbepaling die de grondwetsherziener nooit zou kunnen wijzigen of schrappen en op basis waarvan voorgestelde grondwetswijzigingen als ongrondwettig kunnen worden gekwalificeerd.¹²⁵ De grondwetsherziener kan de hele Grondwet herzien, inclusief de algemene bepaling. Maar zolang de Grondwet de algemene bepaling bevat, vervult de bepaling wel een ‘signaalfunctie’ en vormt ze een ‘argumentatiedrempel’: de grondwetsherziener kan ondemocratische en onrechtsstatelijke grondwetswijzigingen slechts doorvoeren op straffe van inconsistentie (want in tegenspraak met de algemene bepaling).¹²⁶

Hoewel de algemene bepaling de grondwetsherziener zelf dus niet bindt, bindt ze als onderdeel van de Grondwet in beginsel wel alle andere, ‘lagere’ staatsmachten.¹²⁷ Eigen aan de Grondwet is immers dat ze de gehele overheid normeert.¹²⁸ Om in dit opzicht een zinvolle functie te kunnen vervullen, moet de bepaling worden gelezen als een explicatie van rechtsbeginselen: de grondrechten, de democratie en de rechtsstaat. Weliswaar staat dat er zo niet letterlijk en is de totstandkomingsgeschiedenis van de algemene bepaling op dit punt verwarrend, maar deze interpretatie lijkt niet al te ver gezocht.¹²⁹ Door het noemen van ‘de grondrechten’ en ‘de democratische rechtsstaat’ incorporeert de algemene bepaling deze normatieve noties in het positieve recht. Als rechtsbeginselen zijn ze bindend voor de

122 Zie MvT, p. 8 en A&NR, p. 4-5.

123 MvT, p. 8.

124 MvT, p. 8.

125 Over eeuwigheidsclausules, zie Passchier & Stremmer 2016, p. 343-344. De algemene bepaling lijkt sterk op de tweede zin van artikel 2 van de Noorse grondwet: ‘Denne Grunnlov skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.’ In tegenstelling tot de Nederlandse Grondwet bepaalt de Noorse grondwet (in artikel 121) dat voorgestelde grondwetswijzigingen niet in strijd mogen zijn met de ‘beginselen’ en ‘geest’ van de grondwet.

126 Zie ook Stremmer 2018, p. 216-217.

127 Zie ook Stremmer 2018, p. 211. De vraag in hoeverre de algemene bepaling ook niet-staatelijke entiteiten bindt (en in die zin ‘horizontale werking’ heeft), is bij de totstandkoming niet gesteld, laat staan beantwoord.

128 Vergelijk het Duitse beginsel van de *Vorrang der Verfassung*. In Nederland is dit beginsel een uitwerking van het (ongeschreven) legaliteitsbeginsel. Op persoonlijk vlak komt de binding aan de Grondwet tot uitdrukking in de eed of belofte van trouw aan de Grondwet die de Koning, Kamerleden, ministers, staatssecretarissen, rechters en ambtenaren afleggen. Ze committeren zich daarmee aan ‘het dienen van Nederland als democratische rechtsstaat’ (*Kamerstukken II 2022/23*, 29 362, nr. 320, p. 3).

129 Dat het gaat om een ‘algemene bepaling’ bevestigt dat we te maken hebben met een overkoepelende in plaats van een opzichzelfstaande norm.

M. STREMLER

wetgever, het bestuur en de rechter.¹³⁰ Meer concreet houdt dit in dat de algemene bepaling een ‘interpretatiekader’ biedt voor de overige bepalingen van de Grondwet en in het verlengde daarvan ook voor de rest van het nationale recht.¹³¹ Open begrippen dienen zo veel als mogelijk grondwetsconform en dus ook conform de beginselen van de algemene bepaling te worden geïnterpreteerd.

De algemene bepaling kan ook fungeren als toetsingsstandaard.¹³² De formele wetgever moet erop toezien dat formele wetten niet in strijd zijn met de democratische rechtsstaat zoals genoemd in de algemene bepaling.¹³³ Vooralsnog doet hij dit zelf, geadviseerd door de Raad van State.¹³⁴ Mocht het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet (gedeeltelijk) worden opgeheven, dan krijgt de rechter (mogelijk) de bevoegdheid om formele wetten te toetsen aan de algemene bepaling.¹³⁵ Hoe die toetsing in de praktijk zal uitpakken, is uiteraard niet op voorhand vast te stellen.¹³⁶ Weliswaar zal de rechter waarschijnlijk terughoudend zijn in het buiten toepassing laten van wetsbepalingen vanwege strijd met de algemene bepaling, maar tegelijk kan de bepaling als meest omvattende inhoudelijk grondwettelijke norm onvermoede mogelijkheden bieden. De rechter kan nu wel al overige wet- en regelgeving en besluiten toetsen aan de algemene bepaling. Ook hier geldt dat de potentie van de bepaling zal moeten blijken in de praktijk.¹³⁷

Uit het voorgaande volgt dat de waarborgfunctie van de Grondwet relatief is: weliswaar stelt de huidige Grondwet democratische en rechtsstatelijke eisen (hetgeen de algemene bepaling bevestigt), maar de Grondwet zou juridisch gezien ook een (heel) andere inhoud kunnen krijgen. De waarborgfunctie van de Grondwet is echter in nog een ander opzicht relatief. Tot nog toe zijn we ervan uitgegaan dat de Grondwet de ‘hoogste’ regeling in ons land is, met voorrang op al het ‘lagere’ recht. Zo is de Grondwet sinds 1814 ook lange tijd gezien, al was de ‘heerschappij der Grondwet’ zeker niet altijd praktijk.¹³⁸ Vanaf het mid-

130 Volgens de regering maakt de algemene bepaling duidelijk ‘dat de kernbeginselen van onze Grondwet zich uitstrekken over de verschillende onderdelen van de overheid’. MvT, p. 7.

131 MvT, p. 9. Zie uitgebreider Stremmer 2018, p. 212-214.

132 Zie uitgebreider Stremmer 2018, p. 214-217. Sceptisch: Zoethout 2022, p. 94.

133 Zie ook *Handelingen I*, 2017/18, 20, item 7, p. 16.

134 Bij deze toetsing vormt de democratische rechtsstaat nu al (impliciet) het inhoudelijke kader, zie BZK 2021 en AaRvS 2022.

135 De Staatscommissie parlementair stelsel adviseerde bij invoering van constitutionele toetsing de algemene bepaling deel uit te laten maken van het toetsingskader. Zie Staatscommissie 2018, p. 203. Het kabinet lijkt hierin mee te gaan. Zie *Kamerstukken II*, 2021/22, 35 925 VII, nr. 169, p. 9-10. Zie ook Hoogers 2022, p. 278-279.

136 Zie ook de bijdragen van Leijten en Loven en van Schutgens aan deze bundel.

137 De regering merkt daarover op: ‘in de rechtspraak zal de rechter [...] bij deze toetsing veeleer in eerste instantie uitkomen bij andere grondwettelijke bepalingen, met name bij de concreet beschermde grondrechten die in de Grondwet zijn opgenomen’ (MvT, p. 9).

138 Zie Sillen 2020.

den van de vorige eeuw hebben internationalisering en Europeanisering de normerende – en daarmee ook: ‘waarborgende’ – werking van de Grondwet echter danig gerelativeerd. Zowel op institutioneel als grondrechtelijk vlak is de Grondwet al lang niet meer de alles-beslissende rechtsbron.¹³⁹

Sinds de jaren ’50 van de vorige eeuw bepaalt de Grondwet dat eenieder verbindende verdragsbepalingen rechtstreeks werken (artikel 93) en voorgaan op strijdige nationale voorschriften, inclusief grondwettelijke voorschriften (artikel 94). Deze grondwettelijke ‘zelf-relativering’ brengt gezien de vele verdragen waarbij Nederland partij is inhoudelijke eisen met zich voor de vormgeving van ons constitutionele bestel, eisen waaraan dus ook de Grondwet moet voldoen. Met name van belang zijn hier de internationale mensenrechtenverdragen, en in het bijzonder het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Terwijl de regering aanvankelijk veronderstelde dat het EVRM voor Nederland geen gevolgen zou hebben (het verdrag is in werking getreden in 1953), dicteert de dynamische interpretatie van het verdrag door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inmiddels voor een groot deel de precieze uitleg en toepassing van grondrechten in ons land.¹⁴⁰

Daarnaast stelt ook de Europese Unie (EU) steeds specifiekere eisen aan de constitutionele inrichting van de lidstaten.¹⁴¹ De doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsordes volgt volgens het Hof van Justitie uit het Unierecht zelf en is dus niet afhankelijk van het nationale constitutionele recht, een claim die Nederlandse rechters onvoorwaardelijk accepteren.¹⁴² Het EU-verdrag baseert de Unie op een aantal waarden, waaronder de democratie, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waarbij deze laatste waarde is uitgewerkt in het Handvest van de grondrechten.¹⁴³ Voor het afdwingen van naleving van de waarde van de rechtsstaat hebben de EU-instellingen de laatste jaren nieuwe juridische en politieke instrumenten ontwikkeld, naast de bestaande verdragsrechtelijke instrumenten.¹⁴⁴ Daarbij heeft deze waarde steeds meer inhoud gekregen, ook door de ont-

139 Een bijzondere beperking is gelegen in het Statuut voor het Koninkrijk (in werking sinds 1954), dat hiërarchisch boven de Grondwet staat (zie artikel 5 lid 2 Statuut). Zie nader Hoogers 2009, p. 17-23. Over inhoudelijke eisen die uit het Statuut volgen, zie Passchier 2020, p. 166-167.

140 Zie Gerards 2020. De Straatsburgse jurisprudentie heeft ook institutionele implicaties, denk slechts aan de herstructurering van de Raad van State naar aanleiding van de arresten *Bentham*, *Procola* en *Kleyn* (zie daarover Breunese 2011).

141 Zie Stremmer 2021.

142 Zie in het bijzonder Hoge Raad, 2 november 2004, *Rusttijden* (ECLI:NL:HR:2004:AR1797).

143 Artikel 2 VEU.

144 Onder meer het ‘EU-kader voor het versterken van de rechtsstaat’, het ‘rechtsstaatmechanisme’ en het ‘conditionaliteitsregime’. Zie https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law_nl.

M. STREMLER

wikkeling door het Hof van Justitie van eisen ten aanzien van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.¹⁴⁵

Bovenop de ‘harde’, juridisch bindende eisen die volgen uit het internationale recht en het Unierecht, neemt ook de ‘zachte’ constitutionele ‘sturing’ door diverse Europese gremia toe. Zo brengt de Europese Commissie elk jaar een ‘verslag over de rechtsstaat’ uit, met daarin een hoofdstuk over de Nederlandse rechtsstaat, en benchmarkt de Europese Commissie middels een ‘EU-scorebord voor justitie’ de rechtspraak in de lidstaten.¹⁴⁶ Ook vanuit de Raad van Europa ontvangt Nederland staatsrechtelijke aanbevelingen. Zo adviseerde de Venetië-commissie naar aanleiding van de toelagenaffaire om invoering van constitutionele toetsing te onderzoeken, raadde een onderzoekscommissie in het kader van het Europees Handvest inzake Lokale Autonomie aan om burgemeesters voortaan direct te laten verkiezen, en roept de Groep van Staten tegen Corruptie (GRECO) ons land al jarenlang op om haar aanbevelingen inzake de bevordering van integriteit in het openbaar bestuur te implementeren.¹⁴⁷ Weliswaar is al dit ‘advies’ juridisch niet bindend, maar het is aannemelijk dat hier wel degelijk invloed vanuit gaat op de Nederlandse constitutionele actoren.

De Nederlandse Grondwet waarborgt de democratische rechtsstaat dus binnen de zich ontwikkelende kaders van het internationale recht en het Unierecht en de ‘zachte’ constitutionele ‘sturing’ daaromheen. Zowel de Raad van Europa als de EU zijn gecommitted aan de trits van democratie, rechtsstaat en mensenrechten, maar de precieze uitwerking daarvan hoeft zeker niet volledig te stroken met de Nederlandse tradities en praktijken.¹⁴⁸ De Grondwet staat niet op zichzelf, maar maakt deel uit van een ‘samengestelde Europese constitutie’ en beweegt daar inhoudelijk in mee, zonder dat spanningen en fricties zijn uitgesloten.¹⁴⁹ Dat is een belangrijke relativisering van het waarborgkarakter van de Grondwet.

145 Zie Stremmer 2021, met name p. 391-397.

146 Zie https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_nl en https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_nl.

147 Zie Venetië-commissie 2021, p. 25-26; Monitoring Committee 2021, p. 45-46 en GRECO 2018.

148 De nadruk vanuit de EU op rechterlijke onafhankelijkheid staat bijvoorbeeld op gespannen voet met de huidige voordrachtsprocedure voor leden van de Hoge Raad. Zie Europese Commissie 2022, p. 3-4.

149 Besselink 2007.

5 SLOT

De toevoeging van de algemene bepaling aan onze Grondwet is bedoeld als ‘codificatie’, niet als ‘modificatie’.¹⁵⁰ Volgens de regering ‘expliciteert’ de bepaling de beginselen die reeds aan onze Grondwet ten grondslag liggen en ‘codificeert’ ze de bestaande waarborgfunctie van de Grondwet ten aanzien van deze beginselen.¹⁵¹ De grondwetswijziging waarmee de algemene bepaling is geïntroduceerd lijkt in dit opzicht op eerdere grondwetswijzigingen, die zelden grote constitutionele veranderingen bewerkstelligden maar vooral gegroeide juridische en politieke praktijken bezegelden.¹⁵² De toegevoegde waarde van de algemene bepaling in positiefrechtelijke zin is op het eerste gezicht dus beperkt. Wel is hiervoor betoogd dat de bepaling kan worden aangegrepen als interpretatiekader en toetsingsstandaard, juist omdat de democratische rechtsstaat de meest omvattende inhoudelijke norm van onze Grondwet is. Dat de algemene bepaling in de toekomst juridisch ‘tot leven komt’, is in elk geval niet uitgesloten.

De algemene bepaling legt een politiek breed gedragen constitutionele overtuiging vast: Nederland is een democratische rechtsstaat en moet dat ook blijven. Tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel heeft geen enkele politieke partij dit betwist, al werd wel gesteld dat de praktijk niet altijd aan dit ideaal beantwoordt.¹⁵³ De democratische rechtsstaat – en daarmee de bestaande constitutionele orde – wordt in ons land nauwelijks principieel ter discussie gesteld; voor zover debat al betrekking heeft op constitutionele kwesties, bestaat de inzet vooral uit bescheiden ‘correcties’. Zodoende zijn heel wat alternatieven uitgesloten: voor het omvormen van ons constitutionele bestel naar een absolute monarchie, socialistische eenpartijstaat, militaire dictatuur of totalitair kalifaat – om slechts enkele alternatieven te noemen – is thans politiek noch juridisch ruimte.

Tegelijk laat de algemene bepaling de democratische rechtsstaat onbepaald (afgezien van het noemen van de grondrechten). De eigenlijke discussie begint daarom op het moment dat gevraagd wordt naar de meer concrete eisen die uit het ideaal van de democratische rechtsstaat zouden volgen. Dit hoofdstuk heeft dit ideaal geduid vanuit historisch-constitutioneel perspectief en laten zien dat de Grondwet de parlementaire democratie en de partijdemocratie ‘waarborgt’ (zonder categorische uitsluiting van de directe democratie) alsmede de liberale-sociale-democratische rechtsstaat. Duidelijk is dat het hierbij gaat

150 Voor dit onderscheid zie Koopmans 1970.

151 MvT, p. 1-3.

152 Zie ook Van Leeuwen 2013, p. 12.

153 Voor de behandeling in eerste lezing zie *Handelingen II*, 2016/17, nr. 66, item 15 en nr. 81, item 7 en *Handelingen I*, 2017/18, nr. 20, item 5 en 7. Voor de behandeling in tweede lezing zie *Handelingen II*, 2021/22, nr. 66, item 2 en *Handelingen I*, 2021/22, nr. 35, items 3 en 9.

M. STREMLER

om een amalgaam. De algemene bepaling dekt tegenstellingen en spanningen toe die inherent zijn aan dit historisch gegroeide compromis en die uitnodigen tot voortgaande politieke strijd.

Een liberale duiding van de rechtsstaat minimaliseert de positieve verplichtingen voor de overheid; een sociale insteek ziet het verzekeren van bestaansvoorwaarden als constitutionele opdracht. De vertegenwoordigende democratie vraagt om afstand tot de kiezers; de directe democratie vereist hun rechtstreekse betrokkenheid. Een gerichtheid op de democratie los van de rechtsstaat tendeeert naar meerderheidsalmacht ('populisme'); beklemtoning van hun verbondenheid maakt de democratie tot 'werkplaats van de rechtsstaat'.¹⁵⁴ De 'democratische rechtsstaat' suggereert een primaat van het recht; het alternatief van de 'rechtsstatelijke democratie' stelt de politiek centraal.¹⁵⁵ De democratie als hoofdregel biedt ruimte voor de monarchie als uitzondering; de democratie als exclusieve legitimiteitsmaatstaf sluit het erfelijke koningschap uit.¹⁵⁶ Enzovoorts. Accentverschillen kunnen in hun uitwerking tot heel verschillende wensen en posities leiden. De algemene bepaling bevestigt het bestaan van een minimale constitutionele consensus, maar de grondrechten en de democratische rechtsstaat bieden nog volop ruimte voor verschillende interpretaties en concurrerende visies. De politieke strijd daarover gaat onverminderd voort.

LITERATUURLIJST

AaRvS 2022

Afdeling advisering van de Raad van State, 'Beoordelingskader van de Afdeling advisering van de Raad van State', 2022, beschikbaar op https://www.raadvanstate.nl/publish/library/32/beoordelingskader_afdeling_advisering_van_de_raad_van_state.pdf.

Aerts 2016

Remieg Aerts, 'Het ingesleten pad. Over de betekenis van de Grondwet van 1815' in André Alen e.a. (red.), *De Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden van 1815. Staatkundige en historische beschouwingen uit België en Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 45-56.

Van den Berge 2014

L. van den Berge, "Der Staat soll Rechtsstaat seyn". Loeff, Struycken en de Duitse staatsfilosofie, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2014, afl. 2, p. 80-88.

¹⁵⁴ Hirsch Ballin 2022, p. 79.

¹⁵⁵ Van der Sluis 2019, p. 138.

¹⁵⁶ Zie ook Roos 2005, p. 91-93.

Besselink 2007

L.F.M. Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

Böhtlingk & Logemann 1966

F.R. Böhtlingk & J.H.A. Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland*, Alphen aan den Rijn: N. Samson 1966.

Böhtlingk 1958

F.R. Böhtlingk, *De rechtsstaat Nederland*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1958.

Boogaard 2018a

G. Boogaard, ‘Democratie en de Nederlandse Grondwet. Een proeve van systematische grondwetsinterpretatie’ in N.S. Efthymiou e.a. (red.), *Democratie: nieuwe ontwikkelingen. Preadviezen Staatsrechtconferentie 2018*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2018, p. 3-24.

Boogaard 2018b

G. Boogaard, ‘De Grondwet waarborgt de “gemengde democratie”. Over de zoektocht naar de gecodificeerde democratie’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2018, afl. 6, p. 240-250.

Bovend’Eert & Kummeling 2017

P.P.T. Bovend’Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Bovend’Eert 2022

P.P.T. Bovend’Eert, *Rechter, rechterlijke organisatie en rechtspraak in de democratische rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Breunese 2011

H.M.B. Breunese, ‘De herstructurering van de Raad van State’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011, afl. 1, p. 51-58.

Burkens 1976

M.C. Burkens, ‘Op weg naar een algehele grondwetsherziening’, *Beleid & Maatschappij* 1976, afl. 12, p. 319-326.

Burkens 1989

M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

M. STREMLER

Burkens e.a. 2022

M.C. Burkens e.a., *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Buys 1883

J.T. Buys, *De Grondwet. Toelichting en kritiek. Eerste deel*, Arnhem: P. Gouda Quint 1883.

BZK 2021

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 'Handreiking Constitutionele Toetsing. Praktische handvatten voor wet- en regelgeving', 2021, beschikbaar op <https://www.kcbr.nl/sites/default/files/2022-02/220215%2073295%20-%20BZK%20-%20Handreiking%20Constitutionele%20Toetsing%20TG%20%28bewerkt%29.pdf>.

Colenbrander 1908

H.T. Colenbrander, *Ontstaan der Grondwet. Eerste Deel. 1814*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1908, beschikbaar op <https://resources.huygens.knaw.nl/retroboeken/grondwet>.

Colenbrander 1909

H.T. Colenbrander, *Ontstaan der Grondwet. Tweede Deel. 1815*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1909, beschikbaar op <https://resources.huygens.knaw.nl/retroboeken/grondwet>.

Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985

Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving. Eindrapport van de commissie Wetgevingsvraagstukken*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985.

Couwenberg 1977

S.W. Couwenberg, *Westers staatsrecht als emancipatieproces. Ontwikkeling van de constitutionele emancipatiefunctie in de democratische rechtsstaat*, Alphen aan den Rijn: Samson 1977.

Couwenberg 1984

S.W. Couwenberg, *Constitutionele ontwikkelingsmodellen. Modern constitutioneel recht en emancipatie van de mens 3*, Assen: Van Gorcum 1984.

Couwenberg 1986

S.W. Couwenberg, 'Oorsprong en doel van het constitutionele recht', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1986, afl. 3, p. 188-217.

Daalder 1995

H. Daalder, *Van oude en nieuwe regenten. Politiek in Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker 1995.

Donner 1948

A.M. Donner, ‘Grondwetsstudie in Nederland 1848-1948’ in J. Valkhoff (red.), *Grondwet en maatschappij in Nederland, 1848-1948*, Den Haag: De Kern 1948, p. 327-362.

Efthymiou 2019

N.S. Efthymiou, ‘De Grondwet van 1814 en de Grondwet van 1815’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2019, afl. 1, p. 24-50.

Europese Commissie 2022

Europese Commissie, ‘Verslag over de rechtsstaat 2022. Landenhoofdstuk over Nederland’, SWD(2022) 519 final, 2022, beschikbaar op https://commission.europa.eu/document/download/2169a7db-d38d-4500-a9c9-283550757d64_nl?filename=45_1_193999_coun_chap_netherlands_nl.pdf.

Van Gennip 2021

T.E.J.H. van Gennip, *De Grondwetsherzieningsprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Gerards 2020

J.H. Gerards (red.), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2020.

Goossens 2020

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: Wolf Legal Publishers 2020, p. 35-56.

Goossens & Kuijvenhoven 2022

J. Goossens & M. Kuijvenhoven, ‘De invoering van een algemene bepaling of preambule bij de Nederlandse Grondwet in rechtsvergelijkend perspectief’, *Ars Aequi* mei 2022, p. 412-419.

GRECO 2018

GRECO, ‘Fifth Evaluation Round. Preventing corruption and promoting integrity in central governments (top executive functions) and law enforcement agencies. Evaluation Re-

M. STREMLER

port. Netherlands', GrecoEval5Rep(2018)2, beschikbaar op <https://rm.coe.int/fifth-evaluation-round-preventing-corruption-and-promoting-integrity-i/1680931c9d>.

Grondwetscommissie 1848

Grondwetscommissie 1848, 'Verslag der Commissie aan den Koning' in *Handelingen van de regering en de Staten-Generaal over de herziening der Grondwet. 1847-1848. Eerste deel*, 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1848, p. 197-224, beschikbaar op <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=nyp.33433066581855&view=1up&seq=9>.

Heringa 1989

A.W. Heringa, *Sociale grondrechten: hun plaats in de gereedschapskist van de rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Hirsch Ballin 1991a

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De mens in de sociale rechtsstaat' in E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat en beleid. Een keuze uit het werk van E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 71-84.

Hirsch Ballin 1991b

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Het grondrecht op vrijheid en de wet' in E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat en beleid. Een keuze uit het werk van E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 163-208.

Hirsch Ballin 2019

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De rol van de wetgever: Vijftig jaar verder' in A.M. Keppel & T.G.J. van Arnhem (red.), *De wetsfiguur. Preadviezen van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving*, Tilburg: Wolf Legal Publishers 2019, p. 13-43.

Hirsch Ballin 2022

E. Hirsch Ballin, *Waakzaam burgerschap. Vertrouwen in democratie en rechtsstaat herwinnen*, Amsterdam: Querido Facto.

Hirsch Ballin e.a. 2021

E.M.H. Hirsch Ballin e.a., 'De toekomst van de sociale zekerheid: de menselijke maat in een solidaire samenleving – Inleidende beschouwing' in E.M.H. Hirsch Ballin e.a. (red.), *De toekomst van de sociale zekerheid: de menselijke maat in een solidaire samenleving*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 17-55.

Van der Hoeven 1958

J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht. Enkele opmerkingen over betekenis en functie van de grondwet in het geheel der constitutionele verhoudingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958.

Van der Hoeven 1989

J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht. Ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

Van Hogendorp 1866

Gijsbert Karel van Hogendorp, *Brieven en gedenkschriften van Gijsbert Karel van Hogendorp. Deel 2*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1866, beschikbaar op <https://resolver.kb.nl/resolve?urn=MMSFUBA02:000012649>.

Hoogers 2007

H.G. Hoogers, ‘De herziening herzien: over de (on)vanzelfsprekendheid van het wijzigen van hoofdstuk 8 van de Grondwet’, *RegelMaat* 2007, afl. 3, p. 99-114.

Hoogers 2009

H.G. Hoogers, *De normenhiërarchie van het Koninkrijk der Nederlanden. Een bijdrage aan het constitutioneel Koninkrijksrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.

Hoogers 2022

H.G. Hoogers, ‘Kroniek van een aangekondigde revolutie: de hoofdlijnenbrief inzake constitutionele toetsing’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2022, afl. 4, p. 274-294.

Van Houten 1872

S. van Houten, *De staatsleer van Mr. J.R. Thorbecke*, Groningen: J.B. Wolters 1872, beschikbaar op https://www.dbnl.org/arch/hout025staa01_01/pag/hout025staa01_01.pdf.

Houwerzijl & Vlemminx 2018

M. Houwerzijl & F.M.C. Vlemminx, ‘Artikel 20 – Bestaanszekerheid’ in E.M.H. Hirsch Ballin & G.J. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, 2018, beschikbaar op <https://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet>.

Jansen 2008

C.J.H. Jansen, ‘Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (1829)’, *Ars Aequi* januari 2008, p. 22-29.

M. STREMLER

De Jong & Kummeling 2009

M.A.D.W. de Jong & H.R.B.M. Kummeling, 'De teloorgang van de Tweede Kamer als medewetgever' in P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan prof.mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Wolters Kluwer 2009, p. 67-97.

Koole 2021

R. Koole, *Twee pijlers. Het wankel evenwicht in de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus 2021.

Koopmans 1970

T. Koopmans, 'De rol van de wetgever' in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 221-235.

Leenknecht e.a. 2010

Gert-Jan Leenknecht e.a., *Opstand en Eenwording. Een institutionele geschiedenis van het Nederlandse openbaar bestuur*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.

Van Leeuwen 2013

K. van Leeuwen, *Uit het spoor van Thorbecke. Grondwetsherziening en staatsvernieuwing in naoorlogs Nederland (1945-1983)*, Amsterdam: Boom 2013.

Monitoring Committee 2021

Monitoring Committee, 'Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in the Netherlands', CG(2021)41-05prov, beschikbaar op <https://rm.coe.int/cg-2021-41-05-en-monitoring-of-the-application-of-the-european-charter/1680a42001>.

Nehmelman 2013

R. Nehmelman, 'De regulering van politieke partijen in Nederland', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2013, afl. 2, p. 130-150.

Van Ommeren 1996

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Oomen 2022

B. Oomen, 'Algemene bepaling' in Afshin Ellian & Bastiaan Rijpkema, *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Amsterdam: Boom 2022, p. 81-90.

Oosterhagen 2000

M.T. Oosterhagen, *Machtenscheiding. Een onderzoek naar de rol van machtenscheidings-theorieën in oudere Nederlandse constituties (1798-1848)*, Gouda: Quint 2000.

Oud 1970

P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden. II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970.

Passchier 2018

R. Passchier, ‘Formal and Informal Constitutional Change in the Netherlands’ in G.F. Ferrari e.a. (red.), *The Dutch Constitution beyond 200 Years. Tradition and Innovation in a Multilevel Legal Order*, Den Haag: Eleven Publishers 2018, p. 153-168.

Passchier 2020

R. Passchier, ‘Inconstitutionele grondwetsherzieningen: grenzen aan de bevoegdheid van de Grondwetgever’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2020, afl. 2, p. 152-178.

Passchier & Stremler 2016

R. Passchier & M. Stremler, ‘Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision’, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 2016, afl. 2, p. 337-362.

Passchier & Stremler 2023

R. Passchier & M. Stremler, ‘Sitting at the Same Table: A Cross-Disciplinary “Constitutional-Institutionalist” Approach to the Study of Constitutions’, *International Journal of Law in Context* 2023, p. 1-16.

Roos 2005

D.A. Roos (red.), *De Koning in het Nederlandse staatsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.

Ruiter 1987

D.W.P. Ruiter, *Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, Assen/Maastricht: Van Gorcum 1987.

Rutjes 2012

M. Rutjes, *Door gelijkheid gegrepen. Democratie, burgerschap en staat in Nederland 1795-1801*, Nijmegen: Vantilt 2012.

M. STREMLER

Schlössels e.a. 2022

R.J.N. Schlössels e.a., 'Inleiding – naar een weerbare rechtsstaat' in R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 1-19.

Sillen 2020

J.J.J. Sillen, 'De relatieve betekenis van de Grondwet voor de wetgever. Een beschouwing over de Nederlandse juridische grondwetscultuur in de twintigste eeuw', *RegelMaat* 2020, afl. 6, p. 400-411.

Van der Sluis 2019

M. van der Sluis, 'Europese over-constitutionalisering als Nederlands constitutioneel probleem' in L.F.M. Besselink (red.), *De Economische Constitutie. Beginselen van de Democratische Rechtsstaat tussen Globalisering en Europeanisering*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2019, p. 127-142.

Staatscommissie 2010

Staatscommissie Grondwet, 'Rapport Staatscommissie Grondwet', bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 31 570, nr. 17.

Staatscommissie 2018

Staatscommissie parlementair stelsel, 'Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans', bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 34 430, nr. 9.

Stremmer 2018

M. Stremmer, 'De voorgestelde algemene bepaling als fundamentele constitutionele norm', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2018, afl. 3, p. 204-220.

Stremmer 2020

M. Stremmer, 'Grondrecht als vrijblijvende suggestie? Grondwet en coronacrisis' in A.W. Heringa & J. Schinkelshoek (red.), *Coronacratie. Rechtsstaat en democratie, een eerste balans*, Den Haag: Montesquieu Instituut, p. 51-62.

Stremmer 2021

M. Stremmer, *Constitutional Oversight of the Member States by the European Union*, diss. Tilburg, 2021.

Struycken 1910

A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter. Beschouwingen over de moderne rechtstaatsgedachte naar aanleiding van de aanhangige ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Gouda: Quint 1910.

Van der Tang 1998

G.F.M. van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, Gouda: Quint 1998.

Tans 2018

O. Tans, ‘Vertegenwoordigende democratie in Nederland: een genealogie in vogelvlucht’ in Huub Spoormans (red.), *Democratie ontrafeld. Inzichten in hedendaags onbehagen*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 59-90.

Van Vugt 2021

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

Van Vugt 2022

E.Y. van Vugt, ‘De hypercomplexe samenleving, directe democratie en de Nederlandse Grondwet’ in J. Goossens e.a. (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022, p. 131-168.

Te Velde 2012

H. te Velde, ‘De domesticatie van democratie in Nederland. Democratie als strijdbegrip van de negentiende eeuw tot 1945’, *BMGN - Low Countries Historical Review* 2012, afl. 2, p. 3-27.

Venetië-commissie 2021

Venetië-commissie, ‘The Netherlands. Opinion on the legal protection of citizens’, CDL-AD(2021)031, beschikbaar op [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2021\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2021)031-e).

Vlemminx 2002

F.M.C. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2002.

M. STREMLER

Voermans 2011

W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel' in M.J. Borgers & C.H. Sieburgh (red.), *Controverses rondom legaliteit en legitimatie. Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging*, Deventer: Kluwer 2011, p. 1-101.

Van Wijk 1959

H.D. van Wijk, *Voortgaande terugred*, Alphen aan den Rijn: Samson 1959.

Zoethout 2022

Carla Zoethout, 'Algemene bepaling' in Afshin Ellian & Bastiaan Rijpkema, *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Amsterdam: Boom 2022, p. 91-98.