

CONSTITUTIONELE POLITIEK 2.0

Jerfi Uzman *

DOI | 10.54195/NTM.18628

‘Heeft Geert Wilders als de prins in Doornroosje, per ongeluk de Grondwet wakker gekust?’ Zo opende *NRC Handelsblad* op 28 december, een van de laatste redactioneel commentaren van 2023. Prins Geert, het is een beeld dat nog even moet wennen, al valt niet uit te sluiten dat de man, met zijn zuidelijke tongval, al eens als prins carnaval dienst heeft gedaan. Wat daar ook van zij: onder de kop ‘De PVV in een kabinet maakt constitutioneel besef opeens nodig’, signaleerde het commentaar dat de Grondwet momenteel *hot* is. ‘In een land dat nóóit over z’n Grondwet nadacht, werd ‘constitutioneel besef’ bij blikseminslag ingeprent’, aldus de krant.

Feit is dat de Grondwet de afgelopen decennia op weinig warme belangstelling kon rekenen. Dat gold voor burgers, journalisten en politici, maar eigenlijk ook voor de meeste juristen. Zelfs advocaten en rechters liepen graag met een boogje om de Grondwet heen. Toen de Universiteit Leiden ooit, in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken, de grondwet evalueerde en daarvan verslag deed, viel vooral de voetnoot op waarin de Grondwet door een geïnterviewde *stakeholder* ‘irrelevant’ werd genoemd.¹ Een *Verfassungskultur*, zoals de Duitsers die bijvoorbeeld kennen, waarin het *Grundgesetz* een centrale plaats in het politieke én het maatschappelijke leven inneemt, die kennen wij in Nederland dus niet echt.² Pogingen om het inspirerende *We the People* van de Amerikaanse Grondwet naar Nederland te transplanteren lopen doorgaans spaak op de veelbezongen Hollandse nuchterheid. ‘M’n grootje’ laat kinderboekenschrijfster Janneke Schotveld haar Dappere Ridster in zo’n geval zeggen, en dat vat het wel aardig samen. De grondwet speelt in de samenleving, de rechtspraak én in ‘s lands vergaderzaal, nu eenmaal maar een beperkte rol.

Constitutionele politiek

Zo was het niet altijd. Toegegeven, de Grondwet van 1814 was nog niet echt bedoeld als document dat daadwerkelijk richting kon geven aan het overheidsbeleid. Het was in hoge mate een verzameling pragmatische compromissen, die bovendien nogal wat ruimte overliet aan de Koning om het land naar eigen inzicht vorm te geven. Dat begon een halve eeuw later echter stevig te veranderen. In het nationale geheugen wordt de Grondwet vandaag de dag vooral geassocieerd met Thorbecke, die in 1814 zo stel ik mij voor, nog een sjekkie draaiende puber

■ Prof. mr. J. Uzman is als hoogleraar staatsrecht verbonden aan de Universiteit van Amsterdam. Hij is tevens redacteur van dit tijdschrift.

1 T. Barkhuysen e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd; anker- of verdwijnpunt?*, Deventer: Kluwer 2009, p. 74.

2 Vgl. P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlijn: Duncker & Humblot 1998.

op het pleintje voor het Amsterdamse Athenaeum Illustre moet zijn geweest. Veel meer dan de geestelijk vader van die eerste Grondwet, Van Hogendorp, is het echter Thorbecke die nu als de grondlegger van ons huidige constitutionele bestel wordt beschouwd. Hij dankt die bekendheid vooral aan het feit dat hij met zijn hervormingen de Grondwet wakker kuste, en redde van het moeras aan irrelevantie waarin ze die eerste decennia van haar bestaan dreigde te verzakken.

Van deze Thorbecke is het beroemde zinnetje dat de Grondwet ‘niet loutere vorm’ maar ‘eene nationale kracht [moet] wezen’.³ Voor Thorbecke was de Grondwet niet zozeer *een*, als wel *hét* richtsnoer voor, en het begin- en het eindpunt van het politieke leven. Zij was ‘dat waarop al het andere rust’, de ‘grondslag’, ja zelfs het ‘levensbeginsel’ van de overheid.⁴ Nadat de Grondwet halverwege de negentiende eeuw, een belangrijk strijddocument⁵ was geweest, vormde zij in de jaren daarna het middelpunt van wat historicus Henk te Velde weleens het tijdperk van de ‘constitutionele politiek’ heeft genoemd.⁶ Goede politiek was in die tijd vooral: uitvoering geven aan de Grondwet.⁷ Politieke debatten in de negentiende eeuw, draaiden dan ook niet om concurrerende visies op het algemeen belang, niet om de belangen van dieren, arbeiders of agrariërs, en al zeker niet om de wensen van de kiezer, maar om een ideeënstrijd over wat grondwettelijk als het landsbelang moest worden beschouwd.⁸ Politici moesten zich volgens Kamerleden zoals de Amsterdamse hoogleraar Jeronimo de Bosch Kemper, niet naar de ‘volkswaan’ richten, maar ‘naar de beginselen onzer Grondwet’.⁹ Niet alleen de liberalen van Thorbecke dachten er zo over: het was gemeengoed.¹⁰

Daarbij moet wel bedacht worden dat overheidsbeleid in die tijd een aanzienlijk beperktere strekking had dan vandaag de dag. De Grondwet bevatte maar weinig inhoudelijke richtingwijzers voor de politieke praktijk. Sociale grondrechten als indicaties van het algemeen belang, zoals volksgezondheid, een leefbaar milieu, of sociale zekerheid, waren in de Grondwet nog niet te vinden. Dat paste bij het tijdsbeeld, waarin de staatstaak nog zeer beperkt werd opgevat. Pas wanneer de twintigste eeuw in het vizier komt, krijgt de Nederlandse overheid er een sociale dimensie bij. Bescherming van de burger op sociaaleconomisch, medisch en welzijnsterrein begint centraal te staan.¹¹ En daarmee ook een expansie van de overheidstaak. Op de terreinen waar de wetgever wél regelgevend optrad: het onderwijs, de inrichting van het decentraal bestuur,

3 J.R. Thorbecke, *Aanteekening op de grondwet* (deel I), Amsterdam: Johannes Müller, 1839, p. viii.

4 J.R. Thorbecke, *Parlementaire redevoeringen* (deel I), Deventer: Ter Gunne 1856, p. 8; J.R. Thorbecke, *Historische schetsen* (tweede druk), 's-Gravenhage: Nijhoff 1872, p. 174.

5 Vgl. D.J. Elzinga, ‘De betekenis van de Nederlandse Grondwet in de 19^{de} eeuw’, in: N.C.F. van Sas e.a. (red.), *De eeuw van de Grondwet. Grondwet en politiek in Nederland 1798-1917*, Deventer: Kluwer 1998, p. 80-95, 85.

6 H. te Velde, ‘Constitutionele politiek’, in: van Sas e.a. 1998 (*supra* noot 5), p. 146-181; H. te Velde, *Van regentenmentaliteit tot populisme*, Amsterdam: Bert Bakker 2010, p. 60.

7 E. Tanja, *Goede politiek. De parlementaire cultuur van de Tweede Kamer, 1866-1940* (diss. Nijmegen), Boom: Amsterdam 2011, p. 87.

8 Vgl. G.J. Geertjes, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk* (diss. Leiden), Zutphen: Paris 2021, p. 198.

9 Te Velde 1998 (*supra* noot 6), p. 155.

10 Te Velde 1998 (*supra* noot 6), p. 157.

11 M.A.P. Bovens, *De digitale rechtsstaat – Beschouwingen over informatiemaatschappij en rechtsstaat*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 5.

het kiesrecht, en bijvoorbeeld het herstel van de bisschoppelijke hiërarchie, gold de Grondwet als leidraad voor de discussie.¹²

Twintigste eeuw: naar democratische politiek

De negentiende-eeuwse constitutionele politiek is geen lang leven beschoren geweest. Ze werd verdrongen door wat we tegenwoordig de partijdemocratie noemen. Langzaamaan werd niet de grondwet beslissend voor het politieke debat, maar het aantal kiezers dat politieke partijen bij verkiezingen achter zich wisten te krijgen.¹³ Politiek werd een kwestie van belangenbehartiging: partijen formuleerden een visie op het algemeen belang, en probeerden die visie vervolgens in Kamer en kabinet te realiseren. Daarmee loste de democratie, rechtsstaat en constitutie af als belangrijkste toetssteen van staatsgezag. Sterker nog, bij die opbouw van de democratische en sociale welvaartsstaat werd de Grondwet in toenemende mate als sta-in-de-weg beschouwd, als een belemmering voor de verwezenlijking van de democratisch gearticuleerde idealen. Tekenend is een citaat van de bekende Amsterdamse hoogleraar Teun Struycken uit 1914, die signaleerde dat de Grondwet de boot had gemist: waar het zwaartepunt in de samenleving geleidelijk was verplaatst naar vraagstukken van sociale rechtvaardigheid, drukte de Grondwet zichzelf in de berm van de procedurele spelregeltjes.¹⁴

En daarmee was het lange tijd gedaan met de Grondwet. Voor politici, journalisten en burgers was de Grondwet vooral een enigszins oppervlakkig ornament geworden. Voor nogal wat staatsrechtgeleerden was de Grondwet natuurlijk meer, maar dan toch vooral een set randvoorwaarden waarmee het politieke bedrijf gefaciliteerd werd, geen inhoudelijke indicatie van wat overheidsbeleid vergde.¹⁵ Misschien wel de mooiste illustratie daarvan betreft de formulering van de grondrechten in de Grondwet. Die bevatten, ook vandaag de dag, nog nauwelijks inhoudelijke maatstaven voor wetgever, bestuur en rechter. Op belangrijke terreinen laat de Grondwet de essentialia van de grondrechtenbescherming over aan het vrije inzicht van de formele wetgever: regering en parlement. Eisen van proportionaliteit, subsidiariteit: men treft ze in de Grondwet niet aan.

Constitutionele politiek 2.0

Toch is dat niet het hele verhaal. Want hoewel de Grondwet als document nog altijd in de berm geparkeerd lijkt te staan, hebben de grondrechten – een kernelement van de moderne constitutie –

12 C.W. van Leeuwen, *Uit het spoor van Thorbecke. Grondwetsherziening en staatsvernieuwing in Nederland, 1883-1983* (diss. Nijmegen), Amsterdam: Boom 2013, p. 30.

13 Vgl. C.W. van Leeuwen, '30 jaar Grondwet 1983 – Teleurstellingen rond een oude dame', in: M.L. Haimé (red.), *De grondwetsherziening van 1983: 30 jaar oud of 30 jaar jong?*, Den Haag: Ministerie van BZK, p. 4-13, 7.

14 A.A.H. Struycken, *De Grondwet. Haar karakter en waarde*, Arnhem: S. Gouda Quint 1914, p. 51.

15 Een mogelijke uitzondering betreft E.M.H. Hirsch Ballin. Zie voor een mooie schets van de wat jongere geschiedenis van het denken over het staatsrecht, de recente Maastrichtse oratie van J. Sillen, *Law for whom?*, Den Haag: Boom juridisch 2023. Die oratie kan in samenhang worden gelezen met zijn eerdere constitutioneel-historische onderzoek: C.J.H. Jansen & J. Sillen, *De wetenschappelijke beoefening van het staatsrecht in Nederland tot 1983 – Methoden en inspiratie*, Den Haag: Boom juridisch 2022.

in de naoorlogse periode een stormachtige bloei doorgemaakt. De mensenrechtenverdragen en het EU-recht, dat met het Handvest van de grondrechten inmiddels een duidelijke grondrechtelijke component herbergt, hebben duidelijke sporen getrokken in het constitutionele landschap. Zodanig zelfs, dat juridisch gewaarborgde grondrechten in vrijwel elke moderne maatschappelijke discussie een rol spelen. Het tijdperk van de constitutionele politiek is, met andere woorden, terug. Recent onderzoek laat zien hoe de ontwikkeling van bijvoorbeeld het EVRM naadloos aansluit bij de behoefte om de gegroeide rol van het overheidsbestuur in goede banen te leiden.¹⁶ Hoewel het dan niet om de Grondwet gaat, hebben discussies over het klimaat, vluchtelingenvraagstukken, de bescherming van de volksgezondheid (denk aan de coronacrisis), maar ook het armoedebeleid, de gaswinning in Groningen en de toeslagenaffaire, een duidelijke grondrechtelijke dimensie gekregen. De artikelen in dit tijdschrift getuigen daar geregeld van.¹⁷ De weerslag daarvan is misschien het meest zichtbaar in de rechtspraak, maar ook in het wetgevingsproces vinden we grondrechtelijke discussies terug.

Het lijkt dus niet gek om te zeggen dat het tijdperk van de constitutionele politiek bezig is aan een *revival*.¹⁸ In een andere gedaante misschien: minder gefocust op de Grondwet als document en meer op constitutionele *waarden* zoals neergelegd in de mensenrechtenverdragen, minder op het staatkundige en meer op de sociale kant van het overheidsbeleid. En: meer in de rechtszaal, en zeker niet exclusief in het parlement. Maar toch: het lijkt toch niet overdreven om te stellen dat het idee dat het politieke bedrijf zich laat leiden door constitutionele waarden terug van weggeweest is: zowel in negatieve zin (grondrechten markeren de grenzen van het debat), als in positieve zin (grondrechten als positieve verplichtingen, als agenda voor overheidsbeleid).

De verkiezingen van 2023

En zo keren we weer terug bij de afgelopen verkiezingen en het daaropvolgende formatieproces. Sinds de avond van de verkiezingsuitslag gaat de aandacht vooral uit naar de *negatieve* dimensie. De Grondwet staat in de publieke opinie nu centraal als de algemeen geaccepteerde benedengrens

16 W. Hommes, *Co-creating European human rights. How the Netherlands received and shaped the European Convention on Human Rights, 1945- 2022* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam 2023.

17 Zie o.a. het verderop in deze editie afgedrukte artikel van W.J. Westerhof, 'Mensenrechten op het goudschaaltje? Afweging van het recht op leven en het recht op eerbiediging van het privéleven tijdens de Nederlandse en Belgische coronacrisis', *NTM/NJCM-Bull.* 2024, p. 13-32. Voorts, bij wijze van volstrekt willekeurige greep: M. Duin & F. Tan, 'Waar bescherming van mensenrechten en milieu samenkomt. Het recht op een schoon, gezond en duurzaam leefmilieu', *NTM/NJCM-Bull.* 2023, p. 7-27; M. Vols, 'Het recht op huisvesting en de Nederlandse Grondwet. Een analyse van artikel 22 lid 2 Grondwet: het recht op voldoende woongelegenheid', *NTM/NJCM-Bull.* 2022, p. 147-167; K. de Vries & A.E.M. Leijten, 'Over proportionaliteit gesproken. De opinie van de Venetiëcommissie over de toeslagenaffaire, en waarom we het ook over grondrechten moeten hebben', *NTM/NJCM-Bull.* 2022, p. 63-77; A. Peijnenburg, 'Migratiedeals gezien door de lens van het IVESCR', *NTM/NJCM-Bull.* 2021, p. 285-300; L. van der Meulen, 'Gemeenten in nood: een mensenrechtenperspectief op toegankelijkheid van maatschappelijke ondersteuning in Nederlandse krimp gemeenten', *NTM/NJCM-Bull.* 2021, p. 151-169.

18 Voor een deel is die overigens al een tijdje gaande: ze valt ongeveer samen met de toenemende invloed van het EVRM in de Nederlandse rechtspraak vanaf eind jaren '70. Zie daarover Hommes 2023 (*supra* noot 16); J. Uzman, 'Changing Tides: The Rise (and Fall?) of Judicial Constitutional Review in the Netherlands', in: G. Franco Ferrari e.a. (red.), *The Dutch Constitution beyond 200 Years: Tradition and Innovation in a Multilevel Legal Order*, Den Haag: Eleven International Publishing 2018, p. 257-271, 277.

van de kabinetsformatie. Dat blijkt onder meer uit de brieven van de onderhandelaars van NSC, BBB en VVD, en ja, zelfs die van de PVV aan verkenner Plasterk.¹⁹ Het is die dimensie die centraal staat in het aangehaalde NRC-commentaar.

Maar de verkiezings*campagne* van 2023, meer nog dan de daaropvolgende formatie, illustreerde dat de constitutionele politiek dieper gaat dan dat. Ze had, tenminste tot 23 november, onmiskenbaar ook een *positieve* dimensie. Grondrechten, deze keer toch vooral weer die van de Grondwet zélf, figureerden veelvuldig in de partijprogramma's van links tot rechts. Het meest zichtbaar was dat bij NSC het geval. Het gaat niet te ver om te zeggen dat die partij toch vooral op een platform van staatsrechtelijke hervormingen was gelanceerd. In het verkiezingsprogramma van Omtzigt c.s. komt de Grondwet maar liefst tien keer voor. Thema's als de woningnood en armoedebeleid worden in de sleutel geplaatst van de grondwettelijke plichten tot het bevorderen van de volkshuisvesting en de bestaanszekerheid van de artikelen 20 en 22 Grondwet. Discussies over het onderwijs gaan in hoge mate over de toekomst van artikel 23 Grondwet, en als het om fijnstof en PFAS draait: wist u eigenlijk wel dat de Grondwet pal staat voor de volksgezondheid? Zelfs als het om internationale kwesties gaat, van de oorlog in Oekraïne tot internationale samenwerking bij de oplossing van klimaat- en vluchtelingenvraagstukken, hanteert men bij NSC de Grondwet als startpunt: die zet in artikel 90 de bevordering van de internationale rechtsorde voorop.

Zo veelvuldig als bij NSC komt de Grondwet in de meeste andere partijprogramma's niet voor.²⁰ Toch treft men ook bij andere partijen een ongekend aantal verwijzingen aan. Zo wordt de woningnood ook bij veel andere partijen in de sleutel van artikel 22 Grondwet geplaatst. Eén vaste constante betreft bovendien, de onderwijsvrijheid van artikel 23. Een reeks partijen wil daaraan sleutelen, terwijl daartegen voornamelijk vanuit christelijk-conservatieve hoek bezwaar bestaat.²¹ Een ander veelbesproken thema is constitutionele toetsing: ook op dat punt is sprake van nogal wat uitgesproken dadendrang. Waar NSC en de meeste progressieve partijen, maar ook bijvoorbeeld BBB, CU, Denk en (nu ook) CDA, rechterlijke toetsing in één of andere vorm bepleiten, is de radicaal-rechtse hoek daar mordicus op tegen.²² Bij de VVD hult men zich intussen wijselijk in stilzwijgen. In het beleidsjargon van de bestuurderspartij valt het woord 'toetsen' liefst 29 keer, maar nooit in combinatie met 'constitutionele' of artikel 120 Grondwet.

Verder valt vooral op dat veel partijen de Grondwet zien als een agenda voor de modernisering van Nederland. Een beetje zoals ze in 1840-1848 fungeerde als strijddocument. GroenLinks/PvdA en de Partij voor de Dieren zien de Grondwet het liefst verrijkt met rechten voor de natuur en voor dieren. De eerste stelt bovendien een recht op behoorlijk bestuur voor. Bij het CDA ziet men graag digitale grondrechten in de Grondwet, zoals het recht op transparantie en het

19 De brieven zijn opgenomen als bijlagen bij het eindverslag van de verkenner, d.d. 12 december 2023: *Kamerstukken II* 2023/24, 36471 nr. 4.

20 Met uitzondering van CU: maar liefst 20 keer.

21 Voor 'modernisering': VVD, D66, SP, PvdD (aanpassing om identiteitsverklaringen in het onderwijs tegen te kunnen gaan), GL-PvdA (idem, plus afschaffing leerplichtonthefing en vergoeding voor leerlingenvervoer op basis van geloofsovertuiging), Volt (afschaffing financiering onderwijs op religieuze grondslag). Tegen wijziging: BBB, CDA, SGP, CU, Denk, FvD.

22 Voor zijn: GL-PvdA; NSC; D66; BBB; CDA; SP; Denk; PvdD. Expliciet tegen zijn: FvD en JA21. PVV en VVD zwijgen op dit punt. Deze bijdrage werd op een zondag geschreven. Op die dag was het niet mogelijk om het SGP-partijprogramma te downloaden. Maar als eerdere rendementen enige garantie mogen bieden, dan lijkt ook de SGP fel gekant tegen rechterlijke toetsing.

recht op eigenaarschap van data. En de ChristenUnie vraagt, ongetwijfeld geïnspireerd door de kinderopvangtoeslagaffaire, om vastlegging van het genadebeginsel in de Grondwet: een recht op (gebruikmaking van) hardheidsclausules en discretionaire bevoegdheden. Aan de verre rechterzijde van het politieke spectrum, wil men vooral schrappen: de artikelen 93 en 94 Grondwet moeten wat betreft Forum en JA21 op de schop, want nationale wetgeving moet voorrang krijgen boven internationaal en Europees recht. Bij Forum wil men, via de Grondwet, zelfs aansturen op een dualistische, in plaats van de heersende monistische traditie van doorwerking van internationaal recht. En bij de BBB ziet men het Huis van Thorbecke graag weer ingeruild voor de Republiek der Zeven Provinciën, want de overheid moet vooral decentraal zijn en daarom moet de gedeelde soevereiniteit van Rijk én provincies in de Grondwet.

Constitutionele innovatie

Dit lijstje is allesbehalve uitputtend. Daarvoor is dit toch al véél te lijvige redactioneel niet de plaats. Maar één ding is duidelijk: de Grondwet was al voor de opzienbarende verkiezingsuitslag van 2023 op de weg terug. Daarbij lijkt het niet om een ééndagsvlieg te gaan. Een voorzichtige indicatie daarvoor is dat er de afgelopen jaren alweer meer aan constitutionele innovatie in de Grondwet werd gedaan. Na decennia van relatieve rust op het herzieningsvlak, met vooral technische wijzigingen – van een grondwettelijke vervangingsregeling voor zieke en zwangere Kamerleden (2005) tot de staatsrechtelijke positie van de BES-eilanden (2017)²³ – beleefden we in 2022 opeens de introductie van maar liefst vijf grondwetsherzieningen. Veelbesproken waren in dat verband de introductie van een nieuwe algemene bepaling aan de Grondwet, die voor eens (en hopelijk ook voor altijd) duidelijk maakt dat de Grondwet tot nader order de democratische rechtsstaat waarborgt, en *eindelijk* de opname van een recht op een eerlijk proces voor de rechter.

Dat hernieuwde grondwettelijke *ethos* brengt echter verantwoordelijkheden met zich. Uit de, hierna in dit blad opgenomen lezing van Paul van Sasse van Yssel, blijkt al wel dat de grondwetgever nog altijd worstelt met zijn rol. Die nieuwe grondwetscultuur past immers niet naadloos bij de relatieve constitutionele achteloosheid van de afgelopen decennia. Wil men in Nederland echt iets maken van die constitutionele politiek 2.0, dan zal er ook meer aandacht moeten komen voor de Grondwet: voor het document zelf, haar geschiedenis, haar relatie met internationale mensenrechten, en voor het potentieel van de Grondwet in kwesties van beleidsvorming. Constitutionele innovatie is dan ook geen overbodige luxe. Deze zomer was er op verschillende symposia aandacht voor de Grondwet.²⁴ De redactie wilde daar niet bij achterblijven en vroeg een aantal auteurs om hun bijdrage te bewerken voor publicatie in dit tijdschrift. Het leverde een minispecial op over de Grondwet.

Maar daarmee is het verhaal natuurlijk niet uit. Want de bijdragen in dit nummer zijn vast niet de laatste stukken die in dit tijdschrift over onze nationale grondrechten zijn verschenen.

23 Een mogelijke uitzondering betreft wel de deconstitutionalisering van de benoemde burgemeester van 2018, maar die herziening was toch vooral bedoeld om de greep van de Grondwet te verminderen.

24 Studiemiddag 'De Grondwet in een midlifecrisis', d.d. 28 juni 2023, van het Nijmeegse onderzoekscentrum Staat en Recht, resp. symposium van het Utrechtse Montaignecentrum, 'Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023', d.d. 1 juni 2023.

Wat de toon van die stukken zal zijn, dat is nog ongewis. Veel hangt af van de uitkomst van het formatieproces in Den Haag. Linksom of rechtsom: het worden interessante tijden.