

Inhoudsopgave

1	Inleiding / 7
1.1	Inleiding / 7
1.2	De legitimerende functie van het staatsrecht / 7
1.3	Pluriformiteit en eenheid / 9
1.4	Vraagstelling en keuze van onderwerpen / 9
2	Politieke partijen / 11
2.1	Inleiding / 11
2.2	De politieke partij als civielrechtelijke vereniging / 11
2.3	De politieke partij als publiekrechtelijke entiteit / 14
2.4	Wat regelt de wet nu? / 15
2.5	Een wet op de politieke partijen? / 17
2.6	Politieke partijen tussen eenheid en pluriformiteit / 20
3	Burgerschapsvorming / 23
3.1	Inleiding / 23
3.2	De overheid en de inhoud van het onderwijs / 24
3.3	Burgerschapsvorming in de wet / 25
3.4	De uitwerking van burgerschapsvorming / 26
3.5	Problemen van burgerschapsvorming? / 27
3.6	De Wet verduidelijking van de burgerschapsopdracht / 28
3.7	De inhoud van burgerschapsvorming als politieke speelbal / 31
3.8	Burgerschapsvorming tussen eenheid en pluriformiteit / 33
4	Decentralisatie: pluriforme gemeenten? / 35
4.1	Inleiding / 35
4.2	Tendensen van centralisatie en decentralisatie / 36
4.3	Inhoudelijk: recente decentralisaties / 38
4.4	Bestuurlijk: differentiatie op grond van de (Gemeente)wet / 39
4.5	Bestuurlijk: differentiatie tussen gemeenten / 42
4.6	Gemeenten tussen eenheid en pluriformiteit / 43
5	Subsidiariteit en soevereiniteit in eigen kring als bouwstenen van het staatsrecht / 45
5.1	Inleiding / 45
5.2	Subsidiariteit / 45
5.3	Soevereiniteit in eigen kring / 46
5.4	Intermezzo: grondrechten / 48
5.5	Politieke partijen / 50
5.6	Burgerschapsvorming / 51

5.7 Gemeenten / 52

5.8 Tot slot / 53

6 Stellingen / 55

Jaarrede Christen Juristen Vereniging 2021 –
Mr. dr. T. van Kooten / 57

Literatuurlijst preadvies / 61

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Inleiding

Als in de juridische literatuur is beschreven wat het staatsrecht nu eigenlijk inhoudt, dan valt op dat zo'n beschrijving vaak aansluit bij de functies van dit rechtsgebied. Zo geeft Kortmann als omschrijving: het staatsrecht 'is het primair recht dat overheidsambten instelt, daaraan bevoegdheden toekent en hun onderlinge betrekkingen alsmede die tot de onderdanen regelt'.¹ Kortmanns beschrijving geeft derhalve meteen de functies van dit rechtsgebied weer: de constituerende functie (het staatsrecht stelt ambten in), de attribuerende functie (het staatsrecht verleent bevoegdheden aan deze ambten) en de regulerende functie (het staatsrecht matigt de uitoefening van de bevoegdheden door de ambten).

1.2 De legitimerende functie van het staatsrecht

Over een mogelijke vierde functie van het staatsrecht, de legitimerende, bestaat meer discussie. Het betreft dan de idee dat het staatsrecht aan de aanvaarding van overheidsgezag zou moeten bijdragen. De overheid stelt het recht vast, de onderdanen moeten deze overheid en dit recht aanvaarden. Het gaat dan, preciezer geformuleerd, om hun bereidheid tot aanvaarding van machtsuitoefening en rechtschepping door de overheid. Kortmann is daarover kritisch. Hij stelt dat legitimatie geen juridisch, maar veeleer een psychologisch verschijnsel is. Immers, zo stelt hij, al wordt de machtsuitoefening met het oog op legitimatie aan het recht onderworpen, dan betekent dat nog niet dat die legitimatie plaatsvindt.² Kortmann meent zelfs: 'Overheid en recht "gelden" slechts, indien en voor zover men erin gelooft, zo zou men kunnen zeggen'.

Het staatsrecht kan, niettemin, wel een bijdrage leveren aan de aanvaarding, door de onderdanen, van de uitoefening van overheidsmacht, door de overheid. Misschien is dat geen juridische functie van het staatsrecht, maar nochtans maatschappelijk wel relevant. Want de inhoud van het staatsrecht beïnvloedt de wijze waarop de onderdanen vertrouwen hebben in het recht en in de handelingen van de overheid op grond van dat recht. Dat kan op verschillende manieren. Zo kan het staatsrecht gericht zijn op doelmatige besluitvorming, waardoor de burger op zijn minst de indruk krijgt dat de overheid geen geld verkwist. Dat kan ook door de spreiding van overheidsmacht over verschillende ambten en daarmee over meerdere ambtsdragers, zodat de overheid niet één gezicht heeft en daarmee minder dreigend of willekeurig overkomt – maar misschien wel weer verkokerd

1. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, bew. door P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, C.N.J. Kortmann & B.P. Vermeulen, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 8.
2. Kortmann 2016, p. 20-21.

en bureaucratisch. Dat kan verder door verkiezingen, inspraak en transparantie, waardoor de burger inzage en zeggenschap in het overheidsbestuur krijgt. En dat kan door aanvaarding van bepaalde juridische waarden, zoals rechtsbeginselen, dan wel ideologische waarden, zoals de volkssoevereiniteit, de staatssoevereiniteit of de godsovereiniteit. De legitimiteit van de overheid hangt ook af van de erkenning en eerbiediging van grondrechten, zowel de nationale (Grondwet) als de internationale (Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest), enzovoort.). Deze grondrechten betreffen niet alleen de klassieke grondrechten, zoals de vrijheden van godsdienst, van meningsuiting of van vereniging, maar ook grondrechten die actieve inspanning van de overheid vergen. Het gaat dan niet alleen om het recht op vrije en geheime verkiezingen, op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter, maar bijvoorbeeld ook om de demonstratievrijheid, waarvoor niet zelden overheidsbegeleiding nodig is.

Het Nederlandse staatsrecht kent geen expliciete grondslag voor een legitimatie van de overheid. Een uitwerking van soevereiniteit is er niet; een andere legitimerende ideologie evenmin.³ Impliciet zijn er wel elementen die onderdeel zijn van de democratische rechtsstaat, die kunnen zorgen voor legitimiteit. Ik noemde al een aantal van deze elementen: kiesrecht, het parlementaire stelsel, de onafhankelijke rechter, grondrechten, openbaarheid van bestuur. Deze elementen zijn dan ook het referentiekader van de grondwetgever en de wetgever. Zij ontberen echter een metajuridisch kader, op grond waarvan zij de staat inrichten. De Duitse wetgever heeft dat kader wel, omdat het *Grundgesetz* (GG) een aantal beginselen benoemt, bijvoorbeeld de menselijke waardigheid⁴ en de notie dat alle staatsmacht van het volk uitgaat.⁵ De articulatie van deze beginselen is niet alleen belangrijk voor de wetgever, maar ook voor de rechter. Het *Bundesverfassungsgericht* toetst aan deze beginselen en geeft daaraan een juridische invulling. In ieder geval dragen zij expliciet bij aan de aanvaarding ofwel de legitimatie van overheidsgezag.

Deze legitimatie is voorts afhankelijk van matiging van overheidsgezag. In dat opzicht houdt de eerder genoemde regulerende functie van het staatsrecht (die wel juridisch is) nauw verband met de legitimatie van de overheid. Niet voor niets hebben grote filosofen als Hobbes, Rousseau, Locke en Montesquieu zich beziggehouden met de beperking van de overheidsmacht. Dat gaat verder dan een trias politica; het betreft dan ook bijvoorbeeld het leerstuk van het constitutionalisme en de ontwikkeling van de rechtsstaat. De rechtsstaat stelt juridische grenzen aan het optreden van de overheid jegens de burger. Zij moet zich zodanig met de samenleving bemoeien dat de materiële voorwaarden voor een menswaardig bestaan worden vervuld.⁶ De rechtsstaat is daarmee gericht tegen een totalitaire, allesomvattende staat. Zij maakt het voor burgers mogelijk om hun eigen leven in te richten, maar ook om de samenleving met door hen gewenste activiteiten mede vorm te geven.

3. Kortmann 2016, p. 22-23.

4. Art. 1 GG.

5. Art. 20 GG.

6. Kortmann 2016, p. 50.

1.3 Pluriformiteit en eenheid

Burgers hebben echter verschillende ideeën over de vraag hoe dat moet: welke sociale verbanden zijn daarvoor nodig, op welke grondslag en met welk doel. Burgers hebben, met andere woorden, een verschillende opvatting over het *bonum commune*: over de voorwaarden die nodig zijn om de gemeenschap (en zijn individuen als onderdeel daarvan) te laten floreren en het algemeen welzijn te versterken. Het is om die reden dat de rechtsstaat de pluriformiteit van de samenleving mede vorm wil geven. Anders gezegd: omdat burgers van opvatting verschillen over de vraag hoe de samenleving in te richten, is de rechtsstaat voorwaardenscheppend om deze burgers die eigen opvattingen te doen verwezenlijken. Daarvoor zijn de grondrechten van belang: zij laten minderheidsopvattingen toe (zowel van meningen, godsdienst als demonstratie) en zij geven de burger de vrijheid zijn eigen verenigingen en onderwijs te organiseren.

Anderzijds is de staat er om regels te stellen, die uit de aard der zaak algemeen van aard zijn. De rechtsstaat veronderstelt het legaliteitsbeginsel, op grond waarvan de overheid alleen handelt op grond van een voorafgegane algemene regel. Dat voorkomt willekeur. *Einzelfallgesetzgebung* is rechtsstatelijk gezien uit den boze, althans op zijn minst dubieus. De belangrijkste regels (de wet in formele zin) worden bovendien democratisch vastgesteld: door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk. Hoewel in een democratie met minderheden rekening wordt gehouden, geschiedt deze vaststelling, uitzonderingen zoals grondwetsherziening daargelaten, met een 'gewone' meerderheidsregel. De rechtsstaat wil, met andere woorden, ook eenheid bewerkstelligen.

1.4 Vraagstelling en keuze van onderwerpen

Daarover gaat dit preadvies: de overheid heeft de juridische verplichting om een balans te zoeken tussen eenheid en pluriformiteit in regeling en bestuur en daarmee in de vormgeving van de samenleving. De vragen die centraal staan in dit preadvies luiden: Is er een trend te bespeuren van eenheid naar pluriformiteit, of andersom? Welke aspecten moet de overheid meenemen in haar weging van de balans tussen eenheid en pluriformiteit? Aan de hand van welke criteria valt dan te bepalen of meer eenheid of pluriformiteit gewenst is? En kunnen in dat verband 'oude' beginselen van maatschappelijke ordening als *subsidiariteit* en *sovereiniteit in eigen kring* nog steeds dienen als bouwstenen van het staatsrecht?

Het is ondoenlijk om deze vragen in een beknopt preadvies in hun volledige omvang te kunnen behandelen. Ik bespreek daarom drie actuele staatsrechtelijke onderwerpen. Zij betreffen drie deelreinen van het staatsrecht. In het politieke staatsrecht betreft het de regulering van politieke partijen. Zij zijn juridisch gewone verenigingen, maar de wetgever wil een Wet op de politieke partijen tot stand brengen (hoofdstuk 2). Op het grensvlak van grondrechten en onderwijsrecht woedt momenteel de discussie over burgerschapsvorming: in hoeverre zijn scholen vrij in de vormgeving daarvan (hoofdstuk 3)? Het gemeenterecht, ten slotte, regelt de organisatie van deze decentrale overheidslichamen. Zij is een voortdurende bron van staatkundige discussie en (zij het beperkt) vernieuwing. Zijn op dit gebied uniformerende of juist differentiërende tendensen waarneembaar (hoofdstuk 4)?

Ik ben mij ervan bewust dat politieke partijen en (bijzondere) scholen privaatrechtelijke organisaties zijn en gemeenten daarentegen publiekrechtelijke openbare lichamen. Zij zijn moeilijk direct vergelijkbaar. Niettemin geldt ook voor gemeenten dat het vraagstuk van eenheid en pluriformiteit actueel is. De privaatrechtelijke of publiekrechtelijke organisatievorm is daarvoor minder relevant.

Ten slotte ga ik, zoals gezegd, na of voor de regeling van deze onderwerpen de beginselen van subsidiariteit en soevereiniteit in eigen kring behulpzaam kunnen zijn (hoofdstuk 5). Ik sluit af met enkele stellingen.

De tekst van dit preadvies is eind september 2021 afgesloten; ontwikkelingen van na die datum konden slechts beperkt worden meegenomen.

Hoofdstuk 2

Politieke partijen

2.1 Inleiding

Politieke partijen zijn, vanuit juridisch oogpunt, verenigingen in de zin van artikel 2:26 Burgerlijk Wetboek (BW).⁷ Dat betekent dat politieke partijen voornamelijk door het burgerlijk recht worden geregeld. Publiekrechtelijke bepalingen met betrekking tot politieke partijen zijn er weinig. Slechts de Wet financiering politieke partijen richt zich specifiek op deze partijen; enkele andere wetten, zoals de Kieswet, bevatten bepalingen over 'politieke groeperingen'.

Politieke partijen zijn derhalve privaatrechtelijke maatschappelijke verbanden, met leden, gericht op bepaalde doelen. Deze doelen zijn primair de vaststelling van kandidatenlijsten voor de verkiezingen van volksvertegenwoordigende ambten en de vaststelling van inhoudelijke programma's ten behoeve van verkiezingen. Politieke partijen maken uitdrukkelijk geen deel uit van de overheid. Voor deze partijen geldt, net zoals voor (andere) verenigingen, dat zij in beginsel vrij zijn hun interne organisatie en besluitvorming vorm te geven. Zo wordt ook recht gedaan aan de vrijheid van vereniging, zoals verankerd in artikel 8 Grondwet (Gw) en artikel 11 EVRM.

Toch zijn politieke partijen niet altijd op één lijn te stellen met 'reguliere' verenigingen, al was het maar omdat politieke partijen een bijzonder doel hebben: het op democratische wijze verwerven van invloed in het overheidsbestuur. Om die reden zijn politieke partijen, zoals gezegd, wel enigszins gereguleerd: hun subsidie (vanwege het Rijk), giften en schulden zijn geregeld in de Wet financiering politieke partijen (Wfpp). Hier is ook relevant dat voorheen grote bevolkingsgroepen lid waren van politieke partijen en nu nog slechts zo'n 2% van de bevolking lid is. Betekent het voorgaande nu dat politieke partijen nadere regulering behoeven in een Wet op de politieke partijen (Wpp)? Dat zou een uniformerende tendens zijn. In dit hoofdstuk komen de juridische ontwikkelingen met betrekking tot politieke partijen aan bod, alsmede de vraag in hoeverre deze ontwikkelingen uniformerend zouden moeten zijn.

2.2 De politieke partij als civielrechtelijke vereniging

Er is geen wettelijke bepaling die voorschrijft dat politieke partijen een vereniging moeten zijn, of die een andere rechtsvorm van politieke partijen uitsluit. Toch hebben, sinds de Tweede Wereldoorlog, alle landelijk⁸ opererende politieke partijen

7. J.L.W. Broeksteeg, 'Verenigingsrecht en politieke partijen', in: J.L.W. Broeksteeg & R.B.J. Tinnevelt, *Politieke partijen als anomalie van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 47-68.

8. Wellicht bestaan er lokale partijen die een andere rechtsvorm kennen, zoals de stichting.