



Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

De grondwetsherziening van 1983:

30 jaar oud of 30 jaar jong?



De grondwetsherziening van 1983:

30 jaar oud of 30 jaar jong?

Voorwoord

Op 13 februari 2013 heeft het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een symposium georganiseerd ter gelegenheid van de 30^e verjaardag van de grondwetsherziening van 1983. Het symposium droeg als thema: “De grondwetsherziening van 1983: 30 jaar oud of 30 jaar jong?”

17 februari 1983 is de dag die we vieren, omdat op die dag de algehele grondwetsherziening is afgekondigd. Maar die dag staat natuurlijk niet op zich. Het traject dat toeliep naar deze dag was er een van vele jaren en meerdere staatscommissies. Al in 1946 kondigde Wilhelmina een Staatscommissie Grondwet aan. Men ging duidelijk niet over een nacht ijs.

Het resultaat was er naar. Een sterk gemoderniseerde grondwet met een gelijk gebleven staatkundig bestel. Zeer markant was het nieuwe eerste hoofdstuk over grondrechten. In dit hoofdstuk werden naast de nieuwe sociale grondrechten ook klassieke vrijheden als de vrijheid van meningsuiting, de onaantastbaarheid van de persoonlijke levenssfeer en het menselijk lichaam, en het non-discriminatiebeginsel opgenomen.

Tijdens deze zeer geslaagde middag keken we zowel terug als vooruit. Hoe liep de herziening van 1983? Zijn we alweer toe aan een nieuwe herziening?

Aan de hand van presentaties van mw. Karin van Leeuwen, mw. Janneke Gerards, dhr. Douwe Jan Elzinga, dhr. Tom Zwart en de inbreng van voormalige bewindspersonen hebben de deelnemers het onderwerp bekeken.

Na afloop van het symposium hebben wij van meerdere deelnemers het verzoek gekregen om de bijdragen van de sprekers te ontvangen. Om deze reden hebben wij besloten om de bijdragen te verzamelen in deze bundel.

Ik wil hierbij dan ook mijn grote dank uitspreken aan de sprekers. Zonder hun inspirerende voordrachten was de dag niet zo geslaagd geweest. Tevens wil ik de sprekers danken voor hun medewerking aan deze bundel. Ik wens u bij het lezen van de bijdragen veel plezier.

Mw. mr. M.L. Haimé
Directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving

30 jaar Grondwet 1983 Teleurstellingen rond de oude dame

Karin van Leeuwen¹

Het is zeer verheugend dat de organisatie voor dit eerste gedeelte van de middag het thema ‘Grondwet 30 jaar oud’ heeft gekozen. Want in mijn bevindingen over de grondwetsherziening van 1983 staat één ding voorop: die herziening gold eigenlijk al als oud toen deze nog niet eens plechtig was afgekondigd. Vooral één metafoor van die veroudering is veel herhaald: die van de grondwetsherziening als facelift van een *oude* dame.² Bij de officiële afkondiging sprak minister-president Ruud Lubbers in iets respectvoller bewoordingen over de ‘renovatie van een kostbaar bezit’.³ De boodschap leek echter nauwelijks anders. We hadden van doen met een oude grondwet, die hooguit een cosmetische operatie had ondergaan.

Nu weet ik niet hoe u op deze operatie terugkijkt, maar in 1983 bestond er behoorlijk wat teleurstelling over deze facelift – vooral in staatsrechtwetenschappelijke kringen. Tijdens de Staatsrechtconferentie van 1981 bijvoorbeeld, die geheel aan de nieuwe grondwet was gewijd, werd deze teleurstelling expliciet aan de orde gesteld door de Groningse hoogleraar André Donner, die zelf nauw bij de grondwetsherziening betrokken was geweest.⁴ Collega’s van Donner spraken en schreven met weemoed over de tijd van Thorbecke, toen een grondwetsherziening nog een grote gebeurtenis was.⁵

Het contrast tussen deze tijd en de uiteindelijke afkondiging van de grondwetsherziening in 1983 was inderdaad groot. 17 februari 1983 – de datum die wij nu herdenken – ging vermoedelijk grotendeels aan de Nederlandse bevolking voorbij. Voor de direct betrokkenen werd de afkondiging gemarkeerd met een borrel op het Binnenhof. Ook was er een feestelijke maaltijd voor de minister en zijn medewerkers, die alles bij elkaar toch bijna twintig jaar aan die grondwetsherziening hadden gewerkt.⁶ In de pers leefde het onderwerp echter nauwelijks. Er verschenen wel wat beelden van de afkondiging in het achtuurjournaal, maar van de ochtendkranten van de volgende dag bracht alleen *De Telegraaf* de grondwetsherziening nog op de voorpagina. En dat was niet meer dan een foto die liet zien hoe Ria Lubbers, de echtgenote van de premier, de inmiddels bejaarde regeringscommissaris voor de grondwetsherziening, David Simons, hielp bij het opspelden van de koninklijke onderscheiding die hem bij deze gelegenheid werd uitgereikt.⁷

¹ Mevrouw dr. C.W. (Karin) van Leeuwen (1981) is universitair docent Moderne Europese Geschiedenis bij de capaciteitsgroep Europese Studies van de Universiteit van Amsterdam. Deze lezing is gebaseerd op het in maart 2013 te verschijnen proefschrift *Uit het spoor van Thorbecke. Grondwetsherziening en staatsvernieuwing in naoorlogs Nederland, 1945-1983* (Amsterdam: Boom 2013). Voor een nadere uitwerking van de argumentatie en verwijzingen naar literatuur verwijs ik graag naar dit boek.

² A.W. Heringa en T. Zwart, ‘Facelift van een oude dame? De grondwet van 1983’, *NJB* 172 (1983) 233-247; zij ontleenden deze term aan een uitspraak van het Eerste Kamerlid C.H.F. Polak: *Handelingen van de Eerste Kamer der Staten-Generaal* (HEK) (16-04-1975) 630.

³ NOS Journaal 17-02-1983.

⁴ A.M. Donner, ‘Inleidende opmerkingen over staatsrecht en politiek’, in: *De grondwetsherziening. Staatsrechtcongres 1981* (Nijmegen 1981) 1-9.

⁵ O.a. H.J.M. Jeukens, ‘De grondwetsherziening’, *Bestuurswetenschappen* 4 (1980) 330-341.

⁶ Nota chef Financieel-economische Zaken aan de afdeling Grondwetszaken 07-12-1982, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, archief afdeling Grondwetszaken, toegangsnr. 5.068.5283, inventarisnr. 2814.

⁷ ‘Helpende hand van mevr. Lubbers’, *De Telegraaf*, 18 februari 1983.

Nu ben ik hier niet gekomen om met een verhaal over teleurstellingen uw – nog altijd bescheiden – feestje te verstoren. Wat ik wil doen is dat ik met u wil proberen te begrijpen waar deze teleurstelling eigenlijk vandaan komt. Dit is één van de vragen die mij tijdens mijn onderzoek eigenlijk voortdurend heeft beziggehouden – al was het maar om mijn onderzoeksonderwerp op verjaardagsfeestjes nog een beetje vrolijk in te kunnen kleden. Inmiddels denk ik echter dat het begrijpen van die teleurstelling niet alleen nuttig is voor verjaardagsfeestjes, maar dat dit ook van groot belang is voor het begrijpen van de grondwet van 1983 – de grondwet die nog altijd in belangrijke mate ook de huidige grondwet is. Hopelijk draagt dit betere begrip dan vervolgens bij aan betere plannen voor de toekomst – maar die plannen laat ik over aan de sprekers uit het tweede deel van de middag.

Ik richt mij dus op de teleurstelling van 1983. Om deze te kunnen begrijpen heb ik mij in mijn onderzoek gericht op de verwachtingen die voorafgaand aan de grondwetsherziening leefden onder de meest betrokkenen bij de grondwetsherziening: de ambtenaren, de politici en de wetenschappers. Wat zij zich voorstelden bij een grondwet was immers cruciaal voor de voorstellen die zij in de discussie zouden inbrengen. Daarbij, zo ontdekte ik al snel, liepen hun verwachtingen echter verre van synchroon.

Eerdere onderzoekers hebben natuurlijk al het nodige geschreven over de verschillende doelen die met de grondwetsherziening van 1983 werden nagestreefd en over de politieke debatten die in het bijzonder rond het nieuwe eerste hoofdstuk van de grondwet werden gevoerd.⁸ Ik merkte echter dat er in dat onderzoek weinig aandacht was voor het feit dat de deelnemers aan die debatten vaak – bewust of onbewust – een ander vertrekpunt hanteerden, een andere opvatting van wat de grondwet moest zijn. In mijn onderzoek heb ik drie vertrekpunten aangewezen die volgens mij een rol speelden in de discussie over de grondwetsherziening van 1983. Deze vertrekpunten – ik gebruik hiervoor de term ‘tradities’ – licht ik nu eerst kort toe. Daarna bespreek ik hoe deze tradities mede leidden tot de teleurstelling die velen in 1983 beleefden.

Drie tradities

Toen Donner begin jaren tachtig de teleurstelling van veel van zijn vakgenoten ter sprake bracht, noemde hij het ‘amusant’ dat, ‘de juristen met veel vijven en zessen tot een constructie waren gekomen die sterk was georiënteerd aan wat de politicologie hen had bijgebracht als de essentie van het democratisch regime, doch dat de politiek dat met een beroep op de democratie had verworpen.’⁹ Nu is dit citaat natuurlijk vooral een verwijzing naar de *politieke* strijd rondom onderwerpen als de invoering van een districtenstelsel en van een gekozen formateur, waarover later meer. Waar het mij nu om gaat is dat Donner

⁸ T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en W.J.M. Voermans, *De Nederlandse grondwet geëvalueerd* (Alphen a/d Rijn 2009); J.J. Pelle, *In de staatsrechtgeleerde wereld. De politieke geschiedenis van hoofdstuk 1 van de Grondwet 1983* (Rotterdam/Deventer 1998).

⁹ Donner, ‘Inleidende opmerkingen’, 3-4.

benadrukt dat deze onderwerpen eigenlijk door relatieve buitenstaanders – politicologen nog wel! – in de discussie over grondwetsherziening waren geïntroduceerd. Ik zou dit nog iets verder door willen trekken en stellen dat de hele manier van denken over de grondwet die achter deze onderwerpen schuilging van relatieve buitenstaanders afkomstig was.

Deze eerste traditie die we in de aanloop naar 1983 tegenkomen was daarbij allerminst een uitvinding van politicologen. In mijn proefschrift beschrijf ik deze traditie als ‘Thorbeckeaans’, maar eigenlijk dateert hij al van de late achttiende eeuw. Binnen deze traditie – en ik geef nu een zeer grove schets – was de grondwet hoofdzakelijk een middel om grote vernieuwingen in het staatsbestel tot stand te brengen – en om deze te behouden. Douwe Jan Elzinga heeft in dit verband wel de term ‘strijddocument’ gebruikt.¹⁰ In de grondwet werd als het ware een blauwdruk van een ideaal staatsbestel vastgelegd, en dat moest vervolgens in praktijk worden omgezet. Bij discussies over de praktijk van het staatsbestel werd ook als eerste teruggegrepen op de grondwet: daar stonden immers de uitgangspunten. Dat gegeven – Thorbecke schreef over de grondwet als ‘beginsel van orde’¹¹ – zorgde er weer voor dat politici en juristen het belangrijk vonden dat de grondwet een zo compleet mogelijk beeld gaf van het staatsbestel. De grondwet was in deze periode van ‘constitutionele politiek’ immers beslissend in discussies over de politieke praktijk.¹²

Deze Thorbeckeaanse opvatting van de grondwet maakte vanaf het einde van de negentiende eeuw geleidelijk plaats voor een andere benadering. Deze verandering toonde zich het eerst in discussies over de politieke praktijk. Langzamerhand was hierin niet de tekst van de grondwet meer beslissend, maar de democratie, oftewel: het aantal kiezers dat een partij steunde.¹³ De consequenties van deze verschuiving voor het denken over de grondwet werden duidelijk toen de Tweede Kamer bij de grondwetsherziening van 1887 in een patstelling belandde. De confessionelen achtten verandering van het onderwijsartikel essentieel: zij dreigden de rest van de grondwetsherziening te blokkeren als dit niet gewijzigd werd. Voor de liberalen en conservatieven was deze gevraagde wijziging echter een brug te ver. Uiteindelijk besloot de Kamer daarom simpelweg het bestaande grondwetsartikel ruimer te interpreteren. Politiek was de zaak daarmee opgelost. Het grote stemmen-aantal dat de confessionelen in de strijd hadden geworpen legitimeerde de nieuwe interpretatie. Dat de grondwet nu ook inhoudelijk gewijzigd kon worden buiten de formele herzieningsprocedure om betekende echter het einde van de positivistische benadering van de grondwet als ‘beginsel van orde’.¹⁴

¹⁰ D.J. Elzinga, ‘De betekenis van de Nederlandse grondwet in de 19e eeuw’, in: N.C.F. van Sas en H. te Velde (red.), *De eeuw van de grondwet. Grondwet en politiek in Nederland, 1798-1917* (Deventer 1998) 80-95, aldaar: 83.

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

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

¹³ Te Velde, ‘Constitutionele politiek’, 168-169.

¹⁴ A.F. de Savornin Lohman, *Onze constitutie* (Utrecht 1901) 45, schreef over een ‘verkrachting’ van de grondwet.

Daarmee was een tweede ‘traditie’ in het denken over de grondwet nog niet direct zichtbaar. Het begin van de twintigste eeuw werd juist gekenmerkt door felle discussies over de waarde van de grondwet. Veel juristen bepleitten om het strakke negentiende-eeuwse keurslijf te verruilen voor een grondwet als ‘richtsnoer’, waardoor ruimere interpretatie mogelijk moest worden.¹⁵ In de jaren twintig ontstond vervolgens iets van consensus rondom de benadering van de Amsterdamse hoogleraar en staatsraad A.A.H. Struycken. Deze omschreef de grondwet onder meer als ‘grondvorm’ en als ‘historisch nationaal document’.¹⁶

Dit betekende overigens niet dat er in de grondwet niets gewijzigd mocht worden. Zo vond het gedachtegoed van Struycken na de Tweede Wereldoorlog veel weerklank in de plannen van de staatscommissie voor algehele grondwetsherziening onder leiding van viceminister-president J.R.H. van Schaik. Deze commissie zag in haar voorstellen enerzijds zoveel mogelijk af van grote hervormingen van het staatsbestel, zolang deze ook binnen de kaders van de grondwet gestalte konden krijgen. Anderzijds deed de commissie wel voorstellen voor bijvoorbeeld de toevoeging van sociale grondrechten. Deze moesten er vooral voor zorgen dat de bevolking zich weer beter in de grondwet kon herkennen en de grondwet inderdaad ‘richtsnoer’ kon blijven.¹⁷

Een derde ‘traditie’ in het denken over de grondwet diende zich in de jaren zestig aan met de *Proeve van een nieuwe grondwet*.¹⁸ Van de voorstellen van de commissie-Van Schaik was nauwelijks iets terechtgekomen. Problematischer was misschien nog wel dat er van een overheersend idee van de grondwet als richtsnoer buiten de commissie erg weinig te merken was. Dit betekende dat de constitutionele haarkloverijen die al aan het begin van de twintigste eeuw veel juristen hadden geëgerd nog altijd veel politieke debatten plaagden. Onder andere bij wetsvoorstellen over de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie of de lagere overheden werd de grondwet regelmatig van stal gehaald als daarmee een politieke stellingname kon worden verstevigd.¹⁹ Zorgen over deze situatie leidden er in de jaren zestig toe dat de liberale minister van Binnenlandse Zaken E.H. Toxopeus zijn juist opgerichte afdeling Grondwetszaken opdracht gaf tot de voorbereiding van de *Proeve*, het door een

¹⁵ J.A. van Hamel, ‘Behoort een verschil tusschen wet en grondwet in stand te worden gehouden? Prae-advies’, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 44 (1914) 163-214, aldaar: 203-207; A.A.H. Struycken, *De grondwet. Haar karakter en waarde* (Arnhem 1914) 42-43. Radicalere suggesties waren onder andere te vinden bij H. Krabbe, ‘De heerschappij der grondwet’, *De Gids* (1906) afl. 4, 371-407; J. Oppenheim, ‘De suprematie der Grondwet’, *Verslagen en mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen, afdeling Letterkunde* (1907) 247-285; en H. Verkouteren, *Grondwetsherziening* (Baarn 1912).

¹⁶ A.A.H. Struycken, *De grondwet. Haar karakter en waarde* (Arnhem 1914) 51-52.

¹⁷ *Eindrapport van de Staatscommissie ingesteld bij Koninklijk Besluit van 17-4-1950* (Den Haag 1954); raadpleegbaar via <http://www.historici.nl/Onderzoek/Projecten/Grondwetscommissies1883-1983/onderzoeksgids>. In de inleiding van het verslag nam de staatscommissie overigens een lang citaat op uit Struyckens *Het staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden: Eindrapport*, 15.

¹⁸ *Proeve van een nieuwe grondwet* (Den Haag 1966).

¹⁹ Senator W.F. de Gaay Fortman sprak in de context van een debat over de gemeentewet over ‘letterknechterij’: HEK 1966-1967 (13-12-1966) 67-70.

ambtelijk-wetenschappelijke werkgroep voorbereide voorstel voor een korte en moderne grondwet.²⁰

Leidraad voor de denktraditie die de *Proeve* inluidde vormt een citaat van de Britse staatsrecht deskundige K.C. Wheare: 'One essential characteristic of the ideally best form of constitution is that it should be as short as possible. The very minimum, and that minimum to be rules of law'.²¹ Het citaat gaf de *Proeve*-werkgroep in de eerste plaats aanleiding tot inkorting van de grondwet. In plaats van steeds weer vernieuwingen van het staatsbestel via de grondwet te moeten vastleggen stelde de *Proeve* voor om zo veel mogelijk knellende kaders voor de modernisering van de staat uit de grondwet weg te breken – te deconstitucionaliseren, zoals dat in de terminologie van die tijd werd genoemd. De werkgroep nam deze opdracht erg serieus: zo verdween als het aan de *Proeve* lag bijvoorbeeld elke vermelding van gemeenten en provincies uit de grondwet. Op die manier – en de huidige minister had misschien graag gewild dat het zo was gegaan – wilde de *Proeve* ruimte bieden voor een eventuele herinrichting van het binnenlands bestuur. Behalve om een korte grondwet vroeg het citaat van Wheare ook om een normatieve grondwet, een grondwet met alleen rechtsregels. Veel nadruk lag er in de *Proeve* dan ook op de grondrechten. De *Proeve* beoogde deze onder meer te versterken door een gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod.

Ik heb u nu een heel kort overzicht gegeven van drie 'tradities' of 'sporen' in het denken over de grondwet – de Thorbeckeaanse traditie van grote vernieuwingen en strakke kaders, de Struyckeaanse traditie van lossere kaders en een meer symbolische grondwetsopvatting, en de nog jonge, pragmatische traditie van de *Proeve*, met een kort en normatief grondwetsideaal. Het gaat hierbij echt om onderstromen in het denken over de grondwet, die in de aanloop naar 1983 elk in verschillende voorstellen tot uiting kwamen. En daar begonnen dan ook de problemen.

Verwachtingen en tradities

Het eerste, Thorbeckeaanse ideaal van vernieuwing beleefde in de jaren zestig een revival. We zagen daarstraks al dat deze revival vooral te danken was aan politicologen. Zij presenterden 'vanaf de tekentafel' grote hervormingen, bijvoorbeeld voor een gekozen minister-president of voor de herinvoering van een districtenstelsel. Zo zorgden zij er eind jaren zestig voor dat de discussie over grondwetsherziening in een stroomversnelling kwam. Van de beoogde vernieuwing kwam echter weinig terecht. Al in de commissie-Cals/Donner, de staatscommissie die vanaf 1967 de algehele herziening moest voorbereiden, bleek het Thorbeckeaanse grondwetsidee van de politicologen te botsen met de ideeën van de meeste aanwezige juristen.

²⁰ Die opdracht kwam voort uit uitspraken van de minister in de Eerste Kamer: HEK 1963-1964 (18-03-1964) 589-590.

²¹ K.C. Wheare, *Modern constitutions* (Londen 1951).

Binnen de staatscommissie was het pleidooi voor hervormingen vooral afkomstig van D'66-politicus Hans Gruijters. Hij en zijn partijgenoten wilden een nieuw kiesstelsel in de grondwet vastleggen om zo 'politieke duidelijkheid' af te dwingen: in concreto een politiek landschap bestaande uit twee blokken. Gruijters stuitte met zijn plannen echter op verzet van commissievoorzitter Donner. Deze voelde er net als veel andere juristen in die commissie weinig voor om de grondwet als een soort breekijzer te gebruiken voor nieuwe politieke verhoudingen.²² Donner bepleitte in plaats daarvan om zoveel mogelijk belemmeringen voor eventuele vernieuwing uit de grondwet te verwijderen, zoals de *Proeve* had gesuggereerd, en de rest aan de politieke praktijk overlaten. Dit was ook de aard van het compromis dat uiteindelijk in het rapport van de staatscommissie belandde. Hierin werd slechts de mogelijkheid geopend dat een formateur gekozen kon worden.²³ Eenmaal omgezet in een wetsvoorstel bleek zelfs dit compromis onvoldoende politieke steun te vinden.²⁴ Voor de meer vernieuwingsgezinde critici was het voorstel tegelijkertijd zo onherkenbaar geworden dat zij zich beklagden over een gebrek aan werkelijke hervormingszin. En daar hebben we dan direct onze eerste groep teleurgestelden.

Ook vanuit de andere denktradities ontstond al snel teleurstelling over de halfslachtige wijze waarop aan de idealen uitvoering werd gegeven. Het Struyckeaanse ideaal vond in 1975 – toen duidelijk werd dat ook de tot compromis afgezwakte vernieuwingsplannen van het kabinet-Den Uyl geen meerderheid vonden – allereerst een tolk in het liberale Eerste Kamerlid Carel Polak. Deze bepleitte letterlijk om de grondwet dan maar gewoon met rust te laten en – Struycken citerend – te eren als 'historisch, nationaal document'.²⁵ Al in de jaren vijftig was de Struyckeaanse benadering van de grondwet echter zo opgevat dat de grondwet, wilde deze door de bevolking blijvend geaccepteerd worden, wel gemoderniseerd moest worden. Dit was ook de overtuiging van het kabinet-Den Uyl, dat de meeste wetsvoorstellen voor de algehele herziening voorbereidde.²⁶

Toch werd ook dit ideaal met de herziening van 1983 niet over de gehele linie uitgevoerd. Weliswaar verdwenen ouderwetse termen als 'opperbestuur' uit de grondwet en werd dankzij de toevoeging van sociale grondrechten de verzorgingsstaat eindelijk in de grondwet geïntroduceerd. Maar op bijvoorbeeld het terrein van het onderwijsartikel lukte het de politiek niet om over de eigen schaduw heen te springen. Anderen vonden dat het hoofdstuk over de Koning nog wel wat verder gemoderniseerd had mogen worden,

²² Zie bijvoorbeeld de discussies in de notulen van de plenaire commissie-Cals/Donner van 27-10-1967, 10-11-1967 en 24-11-1967, te raadplegen via <http://www.historici.nl/Onderzoek/Projecten/Grondwetscommissies1883-1983/onderzoeksgids>.

²³ *Tweede rapport van de Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 26 augustus 1967, nr. 1* (Den Haag 1969) 177-191.

²⁴ *Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal* (HTK) 1970-1971 Bijl. 10993, 'Voorstel van wet van de heer Van Thijn, mejuffrouw Goudsmit en de heer Aarden tot het in overweging nemen van een verandering in de Grondwet, strekkende tot het geven van meer rechtstreekse invloed aan de kiezers op de kabinetsvorming', nr. 2, 'Voorstel van wet'.

²⁵ HEK 1974-1975 (16-04-1975) 630.

²⁶ HEK 1974-1975 (16-04-1975) 633. Zie ook de uitspraken van Den Uyl tijdens de algemene beschouwingen over de grondrechten: HTK 1976-1977 (15-12-1976) 2112.

bijvoorbeeld door de term ‘koninklijk besluit’ te vervangen door ‘regeringsbesluit’. Dat de uiteindelijke tekst toch dicht bij de werkelijkheid stond bleek toen hier vanuit Soestdijk een stokje voor werd gestoken.²⁷ Al met al bleef er zo ook op het terrein van de uiterlijke modernisering genoeg ruimte over voor kritiek op de halfslachtige uitvoering van de plannen.

De derde traditie, gebaseerd op de ideeën achter de *Proeve*, verging het al niet veel beter. De ene pijler van deze traditie, het streven naar een korte grondwet, stond haaks op bijvoorbeeld de introductie van sociale grondrechten in de grondwet. Op andere terreinen werden als gezegd wel veel oude bepalingen uit de grondwet verwijderd. Het streven om daarmee ruimte te scheppen voor vernieuwing had echter weinig succes. Dit bleek vooral op het terrein waar dit streven het langst werd volgehouden: dat van de lagere overheden. Ook al waren de voorstellen niet zo radicaal als die in de *Proeve*, het kabinet-Den Uyl probeerde nog altijd om via een halvering van het aantal grondwetsartikelen – van 28 naar 14 – ruimte te maken voor onder meer gewestvorming en binnengemeentelijke decentralisatie. Een meerderheid in de Tweede Kamer voelde echter helemaal niets voor het open laten van dit soort mogelijkheden. Zo zorgde de Kamer ervoor dat de oude term ‘huishouding’ toch nog in de grondwet bleef staan en ook de mogelijke opening naar een gekozen voorzitter van de gemeenteraad – die hoefde niet per se dezelfde persoon te zijn als de burgemeester – werd vakkundig dichtgetimmerd.²⁸

De tweede pijler onder de *Proeve*-traditie, het streven naar een meer normatieve grondwet, vond evenmin een consequente toepassing. Alleen al de toevoeging van een reeks sociale grondrechten aan de grondwet ging lijnrecht tegen dit streven in. Daarentegen was in de aankleding van de klassieke grondrechten nog wel geprobeerd om het normatieve karakter van de grondwet sterker aan te zetten. Waar het ging om eventuele beperkingen van de werking van deze grondrechten kwam het kabinet tegemoet aan de roep om een meer eenduidige systematiek, die vooral in wetenschappelijke kring veel werd gehoord. Ook op dit punt – het wordt misschien eentonig – ging de grondwetsherziening niet zo ver als de theorie wilde. De politiek besloot namelijk dat ook ten aanzien van de grondrechten het laatste woord uiteindelijk steeds aan de democratische wetgever moest zijn.²⁹ Ruimte voor interpretatie zou dus ook onder de nieuwe systematiek behouden moeten blijven.

²⁷ Minderheidsnota J.P.A. Gruijters in *Zie Eindrapport van de Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 26 augustus 1967, nr 1* (Den Haag 1971) 351-353. Minister van Binnenlandse Zaken W.J. Geertsema had aanvankelijk aangekondigd dezelfde lijn te willen volgen. Vanuit het ministerie van Algemene Zaken bereikte hem vervolgens al snel de waarschuwing dat ‘de Koningin hierin een belangrijke stem heeft.’ Memorandum van de minister-president aan de minister van Binnenlandse Zaken 25-04-1972, Nationaal Archief, archief Algemene Zaken /Kabinet Minister-President, toegangsnr. 2.03.01, inventarisnr. 7935.

²⁸ VVD-woordvoerder Kappeyne van de Coppello verdedigde de laatste bepaling met het argument dat sommige ‘kamerleden in hun politieke waardering sommige grondwettelijke bepalingen als waarborgen nog niet willen missen’: HTK 1978-1979 (27-02-1979) 3689.

²⁹ Het ARP-Tweede Kamerlid A. Veerman zou opmerken dat algemene beperkingen ‘op nogal dogmatische wijze buiten de voordeur [werden] gezet, maar vervolgens via de achterdeur weer binnengelaten’: HTK 1976-1977 (09-12-1976) 1988.

Steeds opnieuw bleek de grondwetsherziening zo een compromis. Een compromis tussen verschillende, in wezen onverenigbare ideeën over de grondwet, die elk op de een of andere manier nog een rol speelden in de vormgeving en de verdediging van de grondwetsherziening. Vaak was dit in de praktijk ook nog eens een compromis tussen politici en juristen, tussen hoogdravende ideeën en praktische bewegingsruimte, tussen politieke haalbaarheid en wetenschappelijke consistentie. En omdat elk van beide kanten hoger had ingezet voelde het eindresultaat voor alle betrokkenen als een teleurstelling.

Teleurstelling als ‘frame’

Was er dan helemaal niemand die in 1983 in tevredenheid op de grondwetsherziening kon terugkijken? Ja, er was nog wel één persoon te vinden, en dat had *De Telegraaf* dan weer goed gezien. Als brein achter de grondwetsherziening werd in 1983 vooral gewezen naar regeringscommissaris Simons. Hij was vanaf 1971 het gezicht van de grondwetsherziening geweest. Vanuit die functie was hij bovendien deels verantwoordelijk voor het gevoel van teleurstelling dat na 1983 zou overheersen. Want hoe veel ideeën en compromissen er ook aan de grondwetsherziening van 1983 ten grondslag liggen, het beeld van een technische en teleurstellende herziening is deels ook het gevolg van een bewuste strategie van deze regeringscommissaris. Met een paar opmerkingen over deze doelbewuste *framing* zal ik mijn verhaal besluiten.

Eerst iets over het begin van het *framen*. Toen hoogleraar Simons in 1971 onder minister Geertsema begon als regeringscommissaris, liet hij zich interviewen door de *Haagse Post*. Hij verklaarde daarbij dat hij zich erg op het werk verheugde, maar dat men zich er niet te veel bij moest voorstellen. De grondwetsherziening zou volgens Simons vooral een technische aangelegenheid zijn. Simons zelf sprak van ‘dokteren aan betrekkelijke kleinigheden’.³⁰

Waarom zei Simons dit? Waarom dit bescheiden *frame* voor een herziening die bedoeld was als de allereerste algehele grondwetsherziening in lange tijd? Misschien is het goed om te bedenken dat Simons in 1971 juist vier jaar staatscommissie-Cals/Donner achter de rug had. In die commissie had niet alleen een botsing plaatsgevonden tussen verschillende ideeën over de grondwet, maar ook tussen verschillende ideeën over het bedrijven van politiek. Terwijl iedereen weet dat grondwetsherzieningen brede compromissen vereisen, leek het debat in de commissie en daarbuiten vaak meer op een politieke loopgravenoorlog. Het lijkt erop dat Simons probeerde weg te sluipen bij deze loopgraven en liever stille diplomatie beoefende.

De tactiek van Simons lijkt – ondanks alle tegenberichten – succesvol te zijn geweest. De noodzaak van deze koers bleek nog eens duidelijk in de periode dat Simons diende in het polarisatie-kabinet Den Uyl. Toen dit kabinet in een Nota grondwetsherzieningsbeleid de voornaamste uitgangspunten voor de herziening presenteerde liep vooral PvdA-

³⁰ A.J. Heerma van Voss, “‘Men heeft eigenlijk niet te klagen’”, *Haagse Post*, 8 december 1971, 16–17.

fractievoorzitter Ed van Thijn zijn partijgenoten flink in de weg. Zijn uitspraak, dat hij het werkelijke doel van zijn partij, een tweepartijstelsel, desnoods ‘punt voor punt wilde uitvechten’, maakte de andere fracties nog wantrouwendere dan ze al waren.³¹ De debatten over de Nota werden door staatssecretaris Jan Glastra van Loon dan ook beschreven als een ‘gesprek tussen doven’.³² Tegen die achtergrond werd een teleurstellende, want vooral technische, grondwetsherziening vanzelf iets om naar uit te zien.

Besluit

Op zoek naar een uitweg uit de collectieve teleurstelling spraken Donner en zijn collega’s rond 1983 de hoop uit dat latere generaties misschien positiever naar de grondwetsherziening zouden kijken dan op het moment zelf gebeurde.³³ Daarmee leken zij op zoek naar een soort echo van het ‘wacht op onze daden’ waarmee Thorbecke in 1848 het startschot voor de wettelijke inkleding van zijn nieuwe grondwetsbepalingen had gegeven. Nu kunnen wij achteraf zeggen dat vooral de nieuwe grondrechten in 1983 inderdaad een flinke kluit boden voor de gewone wetgever. Een nieuw begin van werkelijk ‘constitutionele politiek’ zoals in de tijd van Thorbecke boden zij echter niet.

Wat mij betreft zit de sleutel tot een positievere terugblik op de grondwetsherziening van 1983 dan ook veel meer in het begrip van wat er met die herziening werd beoogd. Hierin bleken verschillende onderstromen aanwezig: denktradities die je zou kunnen verbinden aan Thorbecke, maar ook aan Struycken en aan de *Proeve*. Een eenduidige theoretische of politieke duiding is hier niet uit te destilleren. Maar het alternatief – het pragmatische compromis tussen die verschillende tradities – is voor een soepele omgang met de grondwet, ook in de toekomst, misschien wel een veel dankbaarder uitgangspunt.

³¹ A. van den Cortenberghe, ‘Districten’ ja, ‘gekozen formateur’ nu al nee...’, *Het Vrije Volk*, 13 november 1974.

³² Notulen ministerraad 10-01-1975, Nationaal Archief, archief Ministerraad, toegangsnr. 2.02.05.02, inventarisnr. 1590.

³³ Donner, ‘Inleidende opmerkingen’, 3; ook Jeukens, ‘De grondwetsherziening’; ‘Een nieuwe grondwet’, 201.

Een algemene bepaling in de Grondwet?

*Janneke Gerards*¹

Het karakter van de Grondwet

In Nederland hebben wij een sterke neiging om kritisch te zijn over onze grondwet. Veel mensen vinden de Grondwet niet belangrijk genoeg: ze willen graag dat die een grotere symboolfunctie zou hebben, dat zij samenbindend vermogen zou krijgen, en dat meer mensen in Nederland er voeling mee zouden hebben.² Soms wordt er dan naar de Verenigde Staten verwezen, waar iedereen de constitutie uit het hoofd lijkt te kennen en er grote betekenis aan wordt toegekend. Toch moeten we niet gaan sleutelen aan de Grondwet om die belangrijker of symbolischer te maken. Iedere staat heeft een grondwet die bij het land past, en dat geldt ook voor Nederland.³ Bij het pragmatische, polderende Nederland past geen spannende of zwaar symbolische grondwet. Wij hebben iets nodig dat praktisch en bruikbaar is, dat fundeert, bestendigt en stuurt, maar ook niet meer dan dat.⁴

Als dat het uitgangspunt is, dan voldoet onze huidige grondwet heel behoorlijk.⁵ Niet voor niets constateerde de Staatscommissie Grondwet in 2010 dat de Grondwet geen grote belemmeringen of problemen oplevert en dat er geen dwingende noodzaak is tot wijziging,

¹ Prof. mr. J.H. Gerards is hoogleraar fundamentele rechten bij de Radboud Universiteit Nijmegen.

² Ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van de grondwetwijziging van 1983 noemde toenmalig minister van BZK Guusje ter Horst de Grondwet een 'wat flets' en 'archaïsch' document, iets waarin zij graag verandering wilde brengen (G. ter Horst, 'De Grondwet moet binden, niet scheiden', toespraak ter gelegenheid van het symposium *De onzichtbare Grondwet*, 27 februari 2008, te vinden via <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2008/02/27/toespraak-minister-ter-horst-bij-symposium-de-onzichtbare-grondwet.html> (geraadpleegd 14 maart 2013). De Nationale Conventie, die in 2006 over het onderwerp adviseerde, vond ook al dat de huidige grondwet onvoldoende geschikt was om een samenbindende en instructieve functie voor de samenleving kon vervullen; zij deed talrijke aanbevelingen om het 'maatschappelijke' karakter te versterken, zoals het toevoegen van een preambule; zie Nationale Conventie, *Hart voor de publieke zaak*, september 2006, *Kamerstukken II* 2006/07, 30184, nr. 12 (bijlage). Ook zijn er projecten geweest om de Grondwet dichter bij de mensen te brengen, zoals door de bepalingen te 'hertalen' in eenvoudig, voor iedereen begrijpelijk Nederlands (K. Heij & W. Visser, *De grondwet in eenvoudig Nederlands*, Den Haag: Sdu 2007. Zie voor inbreng in deze discussie verder C. Zoethout, 'Neem de Grondwet eens op de schop', *Trouw* 4 april 2007; B. Oomen, 'Wij moeten nodig eens over onze Grondwet praten', *de Volkskrant* 27 oktober 2007; S. van Bijsterveldt, 'Zorg dat de Grondwet richtinggevend wordt...', *NRC Handelsblad* 6 maart 2008. Zie voor een recenter pleidooi O.J. Tans, 'Een bal voor de burger. De preambule als medium voor deliberatief burgerschap', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011 (2), p. 122-129.

³ Zie over het verschil in constitutionele cultuur in de VS en Nederland bijv. S.Ch. van Bijsterveldt, 'Op weg naar articulatie van constitutionele identiteit', in: *De Grondwet herzien. 25 jaar later*, Den Haag: BZK 2008, p. 69-83, op p. 75.

⁴ Dit is al vele malen benadrukt in de wetenschappelijke literatuur. Zie voor een mooi overzicht H.M. Griffioen, 'Wankelmoedige kolos: een functionele analyse van de Grondwet', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2010 (4), p. 362-375. Zie ook het rapport van de Staatscommissie Grondwet uit 2010; *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 21 e.v.

⁵ Al is er wel kritiek geuit; vooral de juridisch-normatieve functie zou tekort schieten. Zie nader (met bronverwijzingen) T. Barkhuysen e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd: anker- of verdwijnpunt?*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2009, p. 21-24. Ook de Staatscommissie Grondwet heeft benadrukt dat het normatieve karakter van de Grondwet nog wel kan worden versterkt: *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 24-25.

al kan er natuurlijk van alles worden verbeterd.⁶ Wat vooral belangrijk is, is dat onze huidige grondwet een tweetal hoofdpunten uit ons constitutionele bestel goed tot uitdrukking brengt.

Een eerste uitgangspunt is dat het politieke primaat in Nederland is gelegen bij de wetgever. Dat vertrekpunt maakt onze grondwet duidelijk zichtbaar. Bekend is natuurlijk vooral art. 120 Grondwet, dat bepaalt dat de rechter formele wetgeving niet mag beoordelen op verenigbaarheid met de Grondwet. Maar het vertrekpunt blijkt bijvoorbeeld ook uit de formulering van onze grondrechtenbepalingen. Die lenen zich bepaald niet goed voor rechterlijke toetsing, maar zij verschaffen wel de nodige bevoegdheden en aanwijzingen aan de wetgever. Weliswaar kan worden betoogd dat de normatieve steun die de bepalingen bieden aan de wetgever niet zo groot is, maar toch: het is duidelijk dat de wetgever de primaire bevoegdheid heeft om de grondrechten te reguleren en waar nodig te beperken.

Een tweede constitutioneel wezenskenmerk betreft de inbedding van onze grondwet in een breder constitutioneel verband, dat in het bijzonder wordt gevormd door internationale verdragen. We kennen al heel lang een sterk monistisch systeem, dat het Nederland gemakkelijk maakt om te voldoen aan internationaal gemaakte afspraken.⁷ Interessant genoeg zorgen de relevante bepalingen, vooral art. 93 en 94 Grondwet, ervoor dat de harde kantjes van het accent op het primaat van de wetgever wat kunnen worden weggeslepen, waardoor wordt voorzien in de in een rechtsstaat noodzakelijke 'checks and balances'. Waar de wetgever echt tekort is geschoten, kan de rechter immers meestal wel corrigerend optreden, bijvoorbeeld aan de hand van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. De wijze waarop het internationale recht in onze rechtsorde doorwerkt heeft daarnaast een voordeel voor de wetgever zelf. In de EVRM-bepalingen en de EHRM-jurisprudentie, maar ook in andere verdragen, liggen bijvoorbeeld duidelijke richtsnoeren vast waaraan de wetgever bij het vaststellen van regelgeving houvast kan vinden. De normatieve tekortkoming in de hierboven genoemde grondrechtenbepalingen is daardoor minder problematisch.

Anders gezegd: juist doordat we aanvaarden dat de Grondwet slechts een onderdeel vormt van het bredere constitutionele recht, en doordat we accepteren dat ons waarborgkader mede wordt gevormd door verdragen, is ons constitutionele stelsel compleet.⁸ Eventuele

⁶ *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, hoofdstuk 2. Overigens is juist dit punt opgepakt in de kabinetsreactie, die grof gezegd inhield dat, omdat er geen dwingende noodzaak is tot wijziging, die wijziging ook niet plaats moet vinden (*Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20). Toch betekent het ontbreken van een dwingende noodzaak nog niet dat iedere wijziging achterwege moet blijven; zoals hierna wordt toegelicht is een aantal wijzigingen wel degelijk waardevol.

⁷ Zie voor een recente analyse van monisme J.W.A. Fleuren, 'De historische ontwikkeling van de verhouding tussen internationaal en nationaal recht', in: *Zoeken naar hiërarchie*, bijzonder nummer *Ars Aequi* 2012 (7/8), p. 510-519.

⁸ Bijv. J.H. Gerards & M. Claes, 'Bescherming van fundamentele rechten post-Lissabon. De interactie van het EU-Handvest van de grondrechten, het EVRM en de Grondwet', *SEW – Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2012 (7/8), p. 270-279, op p. 271.

lacunes in de Grondwet kunnen daardoor altijd wel worden opgevangen, op een praktische en pragmatische manier.

Toch aanpassingen?

Al met al heeft Nederland dus een heel behoorlijk functionerende grondwet, of in ieder geval een heel behoorlijk functionerend constitutioneel systeem. Toch is het zinnig om af en toe na te denken over de wenselijkheid van aanpassingen. Dat is vooral ook zo omdat we zo'n praktische en concrete grondwet hebben. Een korte grondwet zoals de Amerikaanse hoeft veel minder vaak te worden aangepast. De bepalingen van die constitutie zijn immers zo breed en algemeen geformuleerd dat ze veel ruimte laten voor aanpassingen door middel van grondwetsuitleg. Waar in Nederland bijvoorbeeld echt een grondwetswijziging nodig is om nieuwe grondrechten toe te voegen, kan dat soort nieuwe grondrechten in de Verenigde Staten gemakkelijk worden ingelezen in de bestaande bepalingen.⁹ Dit soort ruime bepalingen heeft de Nederlandse Grondwet niet: de bepalingen zijn allemaal vrij precies en toegespitst. Ontwikkelingen in de samenleving, veranderingen van technologie of ontwikkelingen van internationalisering en Europeanisering vragen dan ook om regelmatige actualisering. Gebeurt dat niet, dan zullen de grondwettelijke bepalingen langzaam verouderen. Uiteindelijk kunnen ze daardoor irrelevant worden en bieden ze geen sturing meer, of worden ze hinderpalen voor wenselijk overheidsoptreden. Natuurlijk moet een grondwet bestendigen en moet zij verhinderen dat iedere politieke waan van de dag tot constitutionele veranderingen leidt. Tegelijkertijd moet worden voorkomen dat de Grondwet bepalingen bevat die niet meer kunnen dienen als bruikbaar fundament voor overheidshandelen.¹⁰ Regelmatig bijstellen van de Grondwet, om die aan te laten sluiten op de actuele omstandigheden, is dan ook zonder meer gewenst.

Als onze huidige Grondwet vanuit dat perspectief wordt bekeken, dan zijn er zeker bepalingen die aanpassing behoeven. Onze grondrechtenbepalingen hebben bijvoorbeeld volstrekt geen pas weten te houden met de huidige technologie.¹¹ De huidige bepalingen kunnen daardoor nog maar weinig sturing bieden aan nationale beleidsvorming of aan de inbreng in politieke discussies op Europees niveau. Een stevig fundament in de Grondwet ontbreekt

⁹ Dat leidt overigens vaak tot (voor buitenstaanders) verrassende consequenties – erg voor de hand liggend om het grondrecht op privacy in te lezen in een bepaling die eigenlijk over eerlijk proces gaat ('substantive due process'), is het bijvoorbeeld zeker niet, laat staan om vervolgens uit dat recht ook weer een recht op abortus af te leiden; zie voor dit laatste de beroemde zaak *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) en zie nader bijv. L. Henkin, 'Privacy and Autonomy', 74 *Columbia Law Review* 1974, p. 1410-1433.

¹⁰ Kortmann heeft dan ook wel aangegeven dat de Grondwet niet zozeer reactief moet zijn en niet alleen maar de werkelijkheid moet weergeven, maar een ideaal moet schetsen (C.A.J.M. Kortmann, 'Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?', in: *De Grondwet herzien. 25 jaar later*, Den Haag: BZK 2008, p. 7-24, op p. 14). Dat kan natuurlijk alleen maar als de Grondwet niet achter de feiten aanloopt.

¹¹ Hierover is zeer veel geschreven. Zie voor een klassieke analyse reeds het rapport van de Commissie-Franken, *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, mei 2000, Kamerstukken II 2000/01, 27460, nr. 1, bijlage en recenter R.E. Leenes, E.J. Koops, P.J.A. de Hert (red.), *Constitutional rights and new technologies. A comparative study*, Den Haag: T.M.C. Asser 2008.

bijvoorbeeld als het gaat om onderwerpen als bescherming van persoonsgegevens of het filteren van websites op de aanwezigheid van kinderporno of ‘hate speech’. Juist nu zo’n fundament in de Grondwet zelf ontbreekt, zoeken we de oplossing vaak in onze ‘bredere’ constitutie: steun wordt gezocht in verdragen en in Europese jurisprudentie, vooral die van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Probleem is alleen dat die steun lang niet altijd wordt geboden. Het EHRM bijvoorbeeld laat veel ruimte voor eigen, nationale keuzes en treedt nauwelijks sturend op.¹² Dat past bij de subsidiaire rol van het Europese mensenrechtenhof, maar het legt ook een verantwoordelijkheid neer bij de Nederlandse (grond)wetgever; de noodzakelijke keuzes moeten immers wel worden gemaakt. De huidige Grondwet biedt daarvoor onvoldoende grondslag.¹³ Daar moet dringend iets aan worden gewijzigd.

Zo kunnen er ook wensen worden uitgesproken over de herziening op andere onderwerpen, bijvoorbeeld waar het gaat om uitbreiding van de grondrechtencatalogus met een aantal voor Nederland belangrijke grondrechten, zoals het recht op een eerlijk proces of het recht op leven.¹⁴ Het hiaat in de Grondwet op dit punt is op zichzelf niet problematisch, omdat het – wederom – kan worden opgevuld met Europese en internationale verdragsbepalingen en jurisprudentie. Toch kan het waardevol zijn om voor Nederland wezenlijke uitgangspunten (zoals ruimte voor zelfbeschikking en het discriminatieverbod op grond van seksuele gerichtheid) neer te leggen in de Grondwet.¹⁵ De internationale verdragen laten immers vrijwel steeds verdergaande nationale bescherming van grondrechten toe, en er is vaak ruimte voor specificatie. Als kan worden vastgesteld dat een bepaald beschermingsniveau in Nederland gemeengoed is, terwijl dat in internationale verdragen ontbreekt of minder concreet is, dan is het wenselijk dat in de Grondwet te vermelden, juist vanwege de funderende en sturende werking van de Grondwet.

Over nut en noodzaak van dit soort grondwetwijzigingen moet een voortdurende discussie plaatsvinden. Bovendien, belangrijker nog, moet die discussie ook echt kunnen leiden tot aanpassingen, in plaats van alleen maar tot rapporten die vervolgens in diepe lades verdwijnen.

¹² Dat geldt zeker voor het terrein van ‘hate speech’, waarbij het EHRM de nodige ruimte laat aan de staten als het gaat om de keuze voor de bestrijding daarvan; waarschijnlijk geldt die ruimte ook als het gaat om de keuze voor bepaalde instrumenten, zoals filteren van websites. Zie voor de ruime *margin of appreciation* die het Hof hierbij toekent bijv. *Le Pen t. Frankrijk*, EHRM 20 april 2010 (ontv.), nr. 18788/09, «EHC» 2010/77.

¹³ Vgl. ook *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 70.

¹⁴ *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 57 e.v.

¹⁵ Daarover nader bijv. J.H. Gerards, ‘Beginselrecht “in de regel”. De juridische meerwaarde van het vastleggen van algemene rechtsbeginselen’, in: R. Schlössels e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 19-38; zie ook *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 25 en 59.

De beperkte meerwaarde van een algemene bepaling in de huidige Grondwet

In het licht van het bovenstaande kan de vraag worden opgeworpen of er in Nederland behoefte bestaat aan het toevoegen van een algemene bepaling aan onze Grondwet. Die vraag moeten we beantwoorden vanuit het praktische karakter van de Grondwet, in die zin dat we moeten bedenken of zo'n algemene bepaling concreet nut heeft binnen ons constitutionele bestel. Daarbij moeten we ons goed realiseren dat een algemene bepaling iets anders is dan een preambule. Een preambule is bij grondwetten vooral een symbolische uiting, een statement over het belang dat in een staat wordt gehecht aan bepaalde onderwerpen.¹⁶ Preambules worden vaak opgesteld als een grondwetswijziging een reactie is op een bijzondere gebeurtenis, meestal een heel ingrijpende, zoals een revolutie of een oorlog.¹⁷ De preambule neemt dan afstand van het gebeurde en benadrukt of herbevestigt de principes waarop de nieuwe constitutionele orde is gebaseerd. Preambules zijn daarmee echte klaoenstoten, en voor nieuwe grondwetten of nieuwe regimes is de behoefte eraan heel goed te begrijpen. Voor een grondwet zoals de Nederlandse is zo'n klaoenstoot echter wat misplaatst. Onze Grondwet bestaat en ontwikkelt zich al bijna 200 jaar en Nederland beoogt al heel lang een democratische rechtsstaat te zijn die de grondrechten respecteert. Bij zo'n gevestigd constitutioneel systeem dat zich kenmerkt door continuïteit past een preambule niet zo goed.¹⁸ Bovendien doet het vreemd aan om een sterk symbolisch iets als een preambule toe te voegen aan onze verder zo praktische Grondwet.¹⁹

Een algemene bepaling daarentegen is niet zozeer een symbolische opsomming van waarden en beginselen, maar een bepaling waar daadwerkelijk rechtswerking vanuit kan gaan.²⁰ Zo'n algemene bepaling kan ook in een gevestigde constitutionele orde goed worden toegevoegd. Tegelijkertijd heeft dat voor de Nederlandse Grondwet alleen nut als de rechtskracht ook werkelijk tot uitdrukking kan komen.

¹⁶ Bij verdragen komen ook vaak preambules voor, maar deze hebben meestal een andere functie; zie daarover P.B. Cliteur & W.J.M. Voermans, *Preambules*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2009, p. 10, vooral voetnoot 3.

¹⁷ Cliteur en Voermans geven bijvoorbeeld aan dat nagenoeg alle landen met een recent dictatoriaal verleden een preambule in de grondwet hebben, waarbij een van de belangrijkste motieven voor het opnemen daarvan is het afrekenen met het recente verleden en het markeren van een nieuw begin: P.B. Cliteur & W.J.M. Voermans, *Preambules*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2009, p. 16 en 45.

¹⁸ Vgl. over dit soort doelstellingen ook P.B. Cliteur & W.J.M. Voermans, *Preambules*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2009, p. 34 en 46.

¹⁹ Voor nadere argumenten, zie *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 37. Zie voor betogen in tegengestelde richting vooral het rapport van de Nationale Conventie, *Hart voor de publieke zaak*, september 2006, *Kamerstukken II* 2006/07, 30184, nr. 12 (bijlage) en O.J. Tans, 'Een bal voor de burger. De preambule als medium voor deliberatief burgerschap', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011 (2), p. 122-129.

²⁰ Vgl. *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 38-39.

Een belangrijke, vaak genoemde functie van een algemene bepaling is dat deze als hulpmiddel kan dienen als er twijfel is over de vraag hoe de Grondwet moet worden uitgelegd.²¹ Dit is echter geen sterk argument voor het toevoegen van een algemene bepaling aan de Nederlandse Grondwet. De vraag is immers of we, naar de huidige stand van zaken, wel zo snel uitlegkwesties tegenkomen waarbij een algemene bepaling werkelijk meerwaarde heeft.²² In ieder geval is er momenteel geen mogelijkheid van rechterlijke toetsing aan de Grondwet, waardoor slechts zelden de vraag opkomt hoe de rechter in twijfelgevallen moet beslissen. Natuurlijk kan een algemene bepaling ook dienen als interpretatief richtsnoer voor de wetgever, maar dan ontbreekt nog steeds een juridische handhavingmogelijkheid. De concrete meerwaarde van zo'n algemene bepaling blijft daardoor beperkt. Uiteindelijk zal dit betekenen dat de algemene bepaling alsnog vooral een symbolisch karakter krijgt, eerder dan een daadwerkelijk rechtskarakter. Als eerder opgemerkt heeft het toevoegen van zo'n symbolische bepaling voor onze Grondwet maar weinig meerwaarde.²³

Nut van een algemene bepaling bij een gewijzigde Grondwet

Toch is daarmee nog niet alles gezegd. Een algemene bepaling kan wel degelijk zinvol worden als we op een aantal andere punten aan de Grondwet gaan sleutelen. Zoals eerder opgemerkt is er daarvoor alle reden: onze Grondwet moet bij de tijd worden gehouden om zijn funderende en sturende functie te kunnen vervullen. Er zijn de afgelopen tijd verschillende voorstellen gepresenteerd die niet alleen urgent zijn, maar die ook kunnen leiden tot meerwaarde van een algemene bepaling. Sterker nog: als de genoemde wijzigingen worden doorgevoerd, kan het invoegen van een algemene bepaling zelfs noodzakelijk worden gevonden.

Eerste functie: rechterlijke toetsing aan grondrechten en de kern van grondrechten

In de eerste plaats is er nut voor een algemene bepaling als de mogelijkheid wordt gecreëerd tot rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet, zoals al zo lang wordt voorgesteld. Dat geldt overigens nog niet als alleen de verklaringwet-Halsema in tweede lezing wordt aangenomen, zonder dat er verder iets aan de Grondwet wijzigt.²⁴ Het is erg onwaarschijnlijk dat de enkele invoering van de mogelijkheid tot gespreide constitutionele toetsing significante veranderingen teweeg zal brengen in de rechtspraktijk. In ieder

²¹ Zie vooral *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II 2010/11*, 31570, nr. 17, bijlage, p. 39.

²² Zie kritisch hierover ook J.J.J. Sillen, 'Een doos van Pandora. Over het voorstel een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011 (2), p. 130-139, op p. 137.

²³ Hoewel de Staatscommissie Grondwet de interpretatieve functie wel als belangrijkste functie noemt (*Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II 2010/11*, 31570, nr. 17, bijlage, p. 39), kan uit haar rapport worden afgeleid dat ook zij vooral meerwaarde in de bepaling ziet als deze een sterker, meer juridisch karakter krijgt.

²⁴ Wet van 25 februari 2009, *Stb.* 2009, 120. De tweede lezing ligt overigens al lang stil; zie voor de voortgang kamerstuknr. 32334.

geval zou het verrassend zijn als daardoor opeens een soort rechterlijke run op de Grondwet zou ontstaan. Rechteren werken al heel lang met de Europese en internationale verdragen. Dat blijken uitstekende rechtsbronnen te zijn, vooral vanwege de uitvoerige rechtspraak die daarover inmiddels bestaat.²⁵ De behoefte aan een extra toetsingsinstrument is daardoor beperkt. Bovendien zijn de huidige grondwetsbepalingen geschreven om als richtsnoer voor de wetgever te dienen. Ze lenen zich slecht voor rechterlijke toetsing en worden daarvoor ook eigenlijk nooit gebruikt.²⁶ Daardoor is de kans klein dat rechteren er plotseling veel meer gebruik van zullen gaan maken, en dat er daardoor behoefte ontstaat aan een algemene bepaling die hen kan helpen en sturen bij hun toetsing.

Dat is anders als een stap verder wordt gegaan en als constitutionele toetsing echt serieus wordt genomen. Het is al vaak betoogd dat de grondrechtenbeperkingssystematiek zou moeten worden aangepast om rechterlijke toetsing aan de grondrechtelijke bepalingen beter mogelijk te maken.²⁷ De Grondwet zou daardoor een aantrekkelijker instrument voor rechterlijke toetsing kunnen worden, zeker als er ook nog nieuwe grondrechten aan de Grondwet worden toegevoegd die niet of minder specifiek in internationale verdragen zijn terug te vinden. Dergelijke wijzigingen kunnen leiden tot een andere dynamiek dan momenteel zichtbaar is, in die zin dat rechteren mogelijk vaker gaan toetsen aan de Grondwet.

²⁵ Zie reeds L. Verhey, 'Het grondwettelijk beschermingssysteem: handhaving of herbezinning?', *NJCM-Bulletin* 2003, afl. 28-3a, p. 216-232, op p. 231; voor een recentere analyse, zie J.H. Gerards, 'Oordelen over grondrechten – rechtsvinding door de drie hoogste rechteren in Nederland', in: H. den Tonkelaar en L. de Groot, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-51.

²⁶ Vgl. G. Van der Schyff, 'De beperkingssystematiek van de Nederlandse grondrechten: kanttekeningen bij het rapport van de Staatscommissie Grondwet', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011, afl. 2, p. 186-194, op p. 187; A.E. Schilder, 'Regeling van de grondrechten', in: *Brieven aan de staatscommissie*, Nijmegen: WLP 2009, p. 39.

²⁷ Vgl. de opdracht van de regering aan de Staatscommissie Grondwet: *Kamerstukken II 2007/08*, 31570, nr. 3, p. 35. De Staatscommissie zelf nam eveneens aan dat het wenselijk is inhoudelijke voorwaarden vast te leggen vanuit het perspectief van vergroting van de toegankelijkheid en normativiteit van de Grondwet: zie *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag november 2010, *Kamerstukken II 2010/11*, 31570, nr. 17, bijlage, par. 6.4. Zie verder bijv. A.E. Schilder, 'Regeling van de grondrechten', in: *Brieven aan de staatscommissie*, Nijmegen: WLP 2009, p. 39, op p. 43; A.J. Nieuwenhuis, 'Uitbreiding van de nationale grondrechtencanon? Over de opname van nieuwe grondrechten in de Grondwet', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011, afl. 3, p. 254-264; R. Nehmelman, 'Een algemene periodieke keuring van de nationale grondrechten. Korte analyse van de grondrechtenparagraaf van de Staatscommissie Grondwet 2009/2010', *RegelMaat* 2011, afl. 26-2, p. 84-98; G. van der Schyff, 'Nederland aan de vooravond van rechterlijke grondwettigheidstoetsing? Een evaluatie van de beperkingssystematiek', in: A. Kristic e.a. (red.), *Functie en betekenis van de Grondwet: Een dialogisch perspectief*, Preadviezen Staatsrechtconferentie 2010, Deventer: Kluwer 2011, p. 53-70, op p. 62; J.H. Gerards, 'Oordelen over grondrechten – rechtsvinding door de drie hoogste rechteren in Nederland', in: H. den Tonkelaar en L. de Groot, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-51, par. 5. Zie ook reeds B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg – Burkens-bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1-34, p. 31; H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse Grondwet niet zou misstaan', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 247 e.v., p. 249; L. Verhey, 'Het grondwettelijk beschermingssysteem: handhaving of herbezinning?', *NJCM-Bulletin* 2003, afl. 28-3a, p. 216-232, op p. 231.

Als voor zo'n aanpassing wordt gekozen, is het waarschijnlijk dat die vorm zal krijgen langs de lijnen die de Staatscommissie Grondwet die in 2010 heeft voorgesteld.²⁸ Haar voorstel was om een evenredigheidsvereiste toe te voegen aan de grondrechtenbepalingen, gecombineerd met een kernrechtbepaling.²⁹ De keuze voor zo'n evenredigheidsvereiste ligt voor de hand; beperkingen van grondrechten zijn immers alleen aanvaardbaar als zij in een redelijke, proportionele, verhouding staan tot de doelen die zij nastreven. Een probleem is echter dat het evenredigheidsvereiste een normatief leeg vereiste is: het verschaft geen inhoudelijke maatstaf om te bepalen wat wel of niet evenredig is.³⁰ Daardoor zou zo'n vereiste de rechter (en overigens ook de wetgever) nogal wat vrijheid bieden bij de beoordeling van de redelijkheid van grondrechtenbeperkingen. Gelet op het funderende en sturende karakter van de Grondwet kan het dan nuttig zijn om enige richting te bieden aan rechter en wetgever. Vastgelegd kan bijvoorbeeld worden dat een beperking van een grondrecht niet meer evenredig mag worden geacht als die beperking de kern van het grondrecht raakt.³¹ In dat geval had de wetgever zo'n beperking evident niet mogen accepteren, en is het redelijk dat de rechter de beperking als ongrondwettig beoordeelt.

Natuurlijk roept dit een nieuwe vraag op, namelijk de vraag hoe de kern van een grondrecht kan worden bepaald. Juist daarbij kan een algemene bepaling nuttig zijn.³² In de algemene bepaling kunnen namelijk basisbeginselen worden geformuleerd die duidelijk maken wat de inhoudelijke kern is van de grondrechten.³³ Zo'n bepaling kan bijvoorbeeld wijzen op de noodzaak van het respecteren van menselijke waardigheid, persoonlijke autonomie en gelijkwaardigheid, rechtszekerheid en democratie.³⁴ Dat geeft een constitutionele rechter een juridisch bindend instrument dat hem kan helpen, en tegelijkertijd kan sturen en beperken, bij de toetsing van wettelijke bepalingen aan grondrechten. Bovendien biedt zo'n

²⁸ Vooral omdat dit voorstel goed aansluit bij de voorstellen die op dit punt al eerder in de rechtswetenschappelijke literatuur naar voren zijn gebracht; zie bijv. B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg – Burkens-bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1-34; H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse Grondwet niet zou misstaan', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 247 e.v.; L. Verhey, 'Het grondwettelijk beschermingssysteem: handhaving of herbezinning?', *NJCM-Bulletin* 2003, afl. 28-3a, p. 216-232.

²⁹ *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 54-56.

³⁰ Zie nader F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem*, Nijmegen: WLP 2012, hst. 1.

³¹ Zie voor een nadere discussie over de meerwaarde van zo'n kernrechtbepaling o.m. A.J. Nieuwenhuis, 'De kernrechtbenadering bij de grondrechten', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2012 (2), p. 138-159.

³² Zonder duidelijk houvast is een kernrechtbepaling aanmerkelijk minder bruikbaar; vgl. A.J. Nieuwenhuis, 'De kernrechtbenadering bij de grondrechten', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2012 (2), p. 138-159 op p. 156 en B.J. Koops, 'Digitale grondrechten en de Staatscommissie: op zoek naar de kern', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011 (2), p. 168-185, op p. 170.

³³ Zie voor een tekstvoorstel *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 40.

³⁴ Over de precieze inrichting van zo'n algemene bepaling is uiteraard veel discussie mogelijk; zie kritisch over het voorstel van de Staatscommissie Grondwet bijv. J.J.J. Sillen, 'Een doos van Pandora. Over het voorstel een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011 (2), p. 130-139.

bepaling ook de wetgever meer houvast, nu hij daardoor beter weet waar de grenzen liggen van zijn eigen handelen.

Tweede functie: verzwaarde goedkeuringsprocedure voor verdragen

Een tweede punt waarbij een algemene bepaling nuttig kan zijn, betreft de doorwerking van internationaal recht. Weliswaar is er grote waarde gelegen in het huidige systeem van doorwerking, maar er zijn ook wel wat problemen te noemen. Allereerst is het natuurlijk een mooi principe om verdragen gemakkelijk in de nationale rechtsorde te laten doorwerken en er veel betekenis aan toe te kennen, maar dan moet wel goed worden nagedacht over de vraag welke verdragen worden gesloten en goedgekeurd. Momenteel gebeurt dat onvoldoende.³⁵ Het parlement let vaak niet goed op wat er nu eigenlijk in goed te keuren verdragen staat. Bovendien wordt de bepaling over de goedkeuring van verdragen die in strijd zijn met de Grondwet zo restrictief uitgelegd dat daarin nauwelijks een waarborg kan worden gevonden. Het kan dan gebeuren dat parlementariërs later moeten concluderen dat een rechter voorrang heeft gegeven aan een door het parlement aanvaard verdrag, terwijl zij die verdragsbepaling toch niet zo heel wenselijk vinden. Soms wordt er dan een verwijt aan de rechter gemaakt, die te activistisch zou zijn, of wordt er kritiek geleverd op het systeem van doorwerking van art. 93 en 94,³⁶ maar de blaam treft dan toch echt het parlement zelf. Gelet daarop is art. 91, derde lid van de Grondwet dringend aan wijziging toe.³⁷ Het parlement zou ertoe moeten worden bewogen om beter te kijken naar de inhoud en de mogelijke consequenties van te sluiten verdragen. Bovendien moet het uitgangspunt worden losgelaten dat alleen strijd met de letterlijke tekst van de Grondwet reden is om hogere eisen te stellen aan de goedkeuring van een verdrag.³⁸ Ook verdragen die niet in

³⁵ Zie het onderzoek 'De constitutionele bepalingen over verdragen die van de Grondwet afwijken en de opdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties', *Kamerstukken II* 2002/03, 27484 (R 1669), nr. 289; vgl. ook *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 115. Vgl. ook H.G. Hoogers, 'De Staatscommissie Grondwet en het staatsrecht van de buitenlandse betrekkingen. Een analyse met kanttekeningen', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011 (4), p. 364-380, op p. 369.

³⁶ Die neiging komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in het initiatiefvoorstel-Taverne, dat is gericht op het terugdringen van de directe werking en voorrang van internationale verdragsbepalingen; zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 359 (R 1986), nrs. 1-3; zie voor een kritische bespreking van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting ook J. Fleuren en J. de Wit, 'Het voorstel-Taverne. Schrapping van de rechterlijke bevoegdheid om wetten aan verdragen te toetsen', *Nederlands Juristenblad* 2012 (40), p. 2812-2818.

³⁷ Strikt genomen is dat niet nodig; zoals de Staatscommissie Grondwet heeft aangegeven kan tot op zekere hoogte worden volstaan met wijziging van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen en met een andere uitleg van art. 91, derde lid, Grondwet (*Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 112 e.v.). Tegelijkertijd geldt wel dat wijziging van de Grondwet hier wenselijk is, juist vanuit het eerdergenoemde perspectief dat de Grondwet sturing zou moeten bieden; zie daarvoor het rapport van de Staatscommissie op p. 118. Zie ook reeds de motie-Jurgens c.s. van 18 december 2001, *Kamerstukken I* 2001/02, 27484, nr. 174. Overigens moet dan wel terdege rekening worden gehouden met de door Hoogers terecht aangedragen bezwaren vanuit het perspectief van het Rijkrecht – zie H.G. Hoogers, 'De Staatscommissie Grondwet en het staatsrecht van de buitenlandse betrekkingen. Een analyse met kanttekeningen', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011 (4), p. 364-380, op p. 369-370.

³⁸ Zie daarvoor *Kamerstukken II* 1999/00, 26800 VI, nr. A, p. 6.

strijd zijn met de letter van de Grondwet, kunnen immers belangrijke effecten hebben voor constitutionele principes waar we in Nederland belang aan hechten.

Als we dit aannemen, dan rijst echter de vraag wat dan de inhoudelijke toetssteen zou moeten zijn voor een verzwaarde goedkeuringsprocedure.³⁹ Net als bij de kern van grondrechten kan ook hier het antwoord zijn: een algemene bepaling. De constitutionele beginselen die daarin worden vastgelegd, zijn de uitgangspunten die in Nederland wezenlijk worden gevonden – respect voor grondrechten, respect voor democratie en rechtsstaat, respect voor grondbeginselen als autonomie en waardigheid. Raakt een verdrag aan dergelijke beginselen, dan is er alle reden voor het parlement om nog eens goed te kijken naar de aanvaardbaarheid van zo'n verdrag, en is er ook alle reden om hogere eisen te stellen aan de goedkeuring daarvan. Ook hier is een algemene bepaling dus nuttig.

Derde functie: voorrang van internationaal recht

Een derde en laatste onderwerp waarbij een algemene bepaling waarde kan hebben, betreft de voorrang van internationaal recht boven nationaal recht. Hoewel hierover veel discussie bestaat, zijn er goede argumenten om de automatische voorrang van internationaal recht boven nationaal recht in uitzonderlijke omstandigheden te blokkeren.⁴⁰ Bij een betere parlementaire goedkeuringsprocedure is dat overigens niet nodig als het gaat om de verdragen als zodanig. Op de conformiteit met de Grondwet daarvan wordt dan immers al bij de ratificatie voldoende toegezien. Er zijn echter steeds meer internationale organisaties die besluiten kunnen nemen die voor Nederland bindend of toch in ieder geval zeer invloedrijk zijn. Natuurlijk verplicht ons lidmaatschap van zulke organisaties ons tot het nakomen van dergelijke internationale verplichtingen, maar hierbij kan in ieder geval in theorie een probleem rijzen. Internationale organisaties voldoen namelijk zelf lang niet altijd aan rechtsstatelijke voorwaarden, terwijl zij wel beslissingen kunnen nemen die op gespannen voet staan met onze constitutionele basiswaarden.⁴¹ Het is moeilijk te aanvaarden dat dergelijke internationale besluiten via art. 94 Grondwet zelfs voorrang krijgen boven onze eigen Grondwet.

Rechters zouden daarom de mogelijkheid moeten krijgen om in uitzonderlijke gevallen de Grondwet voor te laten gaan op besluiten van volkenrechtelijke organisaties.⁴² Natuurlijk komt ook dan weer de vraag op wanneer de rechter dat dan zou mogen. Opnieuw geeft het

³⁹ Binnen de Staatscommissie Grondwet bestond daarover stevige discussie: *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 120.

⁴⁰ Zie voor een samenvatting van de discussie, met talrijke literatuurverwijzingen, J.H. Gerards, 'Artikel 94 herzien – een horror juris?', *RM Themis* 2011 (3), p. 117-120 en J.W.A. Fleuren, 'Artikel 94 en artikel 27 Weens Verdragenverdrag onder voorbehoud?', *RM Themis* 2011 (3), p. 120-123.

⁴¹ Zie Gerards 2011, reeds aangehaald, p. 118 en de in voetnoot 10 van die bijdrage genoemde bronnen.

⁴² Voor een concreet tekstvoorstel en nadere argumenten, zie *Rapport Staatscommissie Grondwet*, reeds aangehaald, p. 130. Verwante voorstellen zijn al eerder gepresenteerd. Zie bijv. M.L. van Emmerik, 'De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde', *RM Themis* 2008, afl. 4, p. 159 en 160 en L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, *Ontwikkelingen in de internationale rechtsorde en Nederlands constitutioneel recht. Een 'neo-monistische' benadering*, Voorstudie Staatscommissie Grondwet, Deventer: Kluwer 2009, p. 93 e.v.

invoegen van een algemene bepaling hier een antwoord.⁴³ In die bepaling kunnen immers de basiswaarden worden vastgelegd die de kern van ons constitutionele bestel vormen en die zelfs moeten kunnen prevaleren boven internationale verplichtingen. Een dergelijke bepaling kan de rechter houvast bieden en hem helpen te bepalen wanneer internationale bepalingen terzijde moeten worden gelaten. Bovendien maakt de verbinding met zo'n algemene bepaling van deze bevoegdheid duidelijk dat het echt moet gaan om zeer uitzonderlijke situaties.

Besluit

Kortom: ook binnen de praktische, sobere en wat pragmatische Nederlandse Grondwet kan het nuttig zijn om een algemene bepaling op te nemen. Zo'n bepaling is waardevol en misschien zelfs noodzakelijk als op de genoemde drie punten gesleuteld wordt aan ons constitutionele systeem. In de eerste plaats is er meerwaarde als we constitutionele toetsing introduceren in combinatie met een wijziging van de grondrechtenbeperkingsystematiek. Een algemene bepaling is daarnaast zinnig als we de rechter de mogelijkheid geven om besluiten van internationale organisaties in uitzonderlijke omstandigheden terzijde te stellen. En ten slotte heeft zo'n bepaling een functie als we een scherpere voorafgaande controle willen invoeren bij de goedkeuring van internationale verdragen. Als tot deze wijzigingen wordt besloten, kan een algemene bepaling zoals de Staatscommissie Grondwet die in 2010 heeft voorgesteld een belangrijk richtsnoer vormen, zowel voor de wetgever als voor de rechter. Voeren we dit soort wijzigingen niet door, dan ontbreekt het nut voor een algemene bepaling. Het is dan onduidelijk waartoe die bepaling zou dienen en wie zou moeten toezien op de handhaving. Symboolwaarde alleen is immers geen goede reden om zo'n bepaling te introduceren.

⁴³ Het hiervoor genoemde tekstvoorstel van de Staatscommissie Grondwet verwijst ook al naar de algemene bepaling; zie *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 130.

Saevis tranquillus in Undis Zeven vuistregels voor de grondwetgever

Douwe Jan Elzinga¹

1. Vooraf

Vandaag – op 13 januari 2013 – vieren we 30 jaar Grondwet 1983. Alle reden voor een feestelijk samenzijn en reden om nog eens terug en vooruit te kijken. Bij voorkeur met tevredenheid over de bereikte resultaten. Maar is er eigenlijk wel voldoende reden tot tevredenheid? Heeft de Grondwet van 1983 ons in constitutioneel opzicht veel verder gebracht? Het is een enigszins vervelend aandachtspunt op een feestelijke dag, maar ik zou toch wel de voorzichtige vraag willen stellen of we met de Grondwet van 1983 niet op de verkeerde weg terecht zijn gekomen.

Ik zou daarbij de volgende vragen willen stellen:

1. Welke problemen heeft de Grondwet van 1983 in het leven geroepen en hoe lossen we die alsnog op?
2. Hoe heeft het kunnen gebeuren dat het rapport van de Staatscommissie-Thomassen zo genadeloos en zonder enige reserve is afgeserveerd?
3. Waarom is de veelgehoorde stelling dat in Nederland een brede consensus bestaat over een terughoudende en sobere grondwet zo hevig onjuist?

Ik zal eerst mijn invalshoek verduidelijken. Vervolgens even terugrijpen op het gebeuren rond en na de Grondwet van 1983 en dan ten slotte mijn analyse en aanbevelingen aan u voorleggen.

2. De gekozen invalshoek: juristenmyopie

André Donner – van de Staatscommissie-Cals-Donner, de vroegere bewerkster van het Handboek Van der Pot, hoogleraar in Groningen en in 1982 mijn promotor naast Marten Burkens – is de man van het *myopiebeeld*. Donner voegde de term *juristenmyopie* toe aan de 12^e druk van het Handboek, aan het slot van hoofdstuk 13.² Alle latere bewerksters van het Handboek, waaronder Prakke en ondergetekende, hebben die passage laten staan omdat het een helder licht werpt op het ingewikkelde karakter van het grondwettelijk recht. Donner schrijft: ‘Ook een democratie moet een rechtsstaat zijn (daarom staatsrecht), maar het ontwikkelt zich tot een myopie van juristen indien deze rechtsstaat wordt ingekrompen tot een rechtersstaat.’ Donner waarschuwde voor een juristenconstitutie, waarbij de juristen-lobby zich meester maakt van het staatsrecht en politiek en democratie in het defensief worden gedrukt. In de ogen van Donner vormt het constitutionele recht een dijk waarbinnen het politieke proces zich zo vrij mogelijk moet kunnen voltrekken. Het staatsrecht is belangrijk, maar toch veel minder belangrijk dan vaak wordt gesuggereerd. Hoofddoel is te voorkomen dat ons land afglijdt naar een ‘magnum latrocinium’: het belangrijkste oogmerk van het constitutionele recht is te voorkomen dat ons land wordt gedomineerd door een roversbende. Alle andere en vooral de meer vergaande pretenties moeten worden gewan-

¹ Prof. mr. dr. D.J. (Douwe Jan) Elzinga is hoogleraar staatsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen

² Van der Pot-Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, 12e druk, 1989, p. 205/206.

trouwd. De grondwet moet – Donner parafraserend – een veilig baken zijn te midden van de soms woeste (politieke) golven: saevis tranquillus in undis. Het constitutionele recht moet een soort *slaperdijk* zijn, met ruime marges voor politiek en samenleving.

Dat laatste beeld van Donner biedt aanknopingspunt. Is het Nederlandse grondwettelijke recht ook echt een soort *slaperdijk*? Op gereede afstand van de politiek, heel af en toe in stelling te brengen als constitutionele kernwaarden in de verdrukking komen. Of is de Nederlandse Grondwet juist meer de onmisbare hoge en stevige winterdijk? Dicht bij het woelige politieke water: sturend, normatief en met pretenties. Of moet misschien de conclusie worden getrokken dat van een constitutionele waterkering overwegend helemaal geen sprake is nu de *lex imperfecta* in het grondwettelijke recht overheerst en de Nederlandse Grondwet over de gehele linie een afnemende zeggingskracht heeft?

3. Juristenconstitutie versus *slaperdijk*constitutie

Hoe moet nu de Grondwet van 1983 worden gekwalificeerd? Heeft ons land ook daadwerkelijk de door André Donner voorgestane *slaperdijk*constitutie? Of moet zijn ‘statement’ enkel als een wenselijkheid worden aangemerkt? Aan de hand van de boven aangeduide, wat oubollige waterstaatkundige begrippen kan het beeld scherper worden als we kijken naar de grondwetten van een aantal andere Europese landen. Bij vergelijking van de grondwetten van de lidstaten van de Europese Unie is er een duidelijke overeenkomst tussen de grondwetten van Duitsland, Griekenland, Spanje, Portugal en Italië. Als je als jurist naar die grondwetten kijkt dan zijn ze veel mooier dan de Nederlandse Grondwet. Er zijn inhoudelijke visies en eenduidige grondwetsconcepten. Deze grondwetten zijn sterk waarden-georiënteerd. Constitutionele rechters kunnen met die grondwetten goed uit de voeten. Politiek en bestuur worden met regelmaat gecorrigeerd. Kortom in die constituties is de *lex perfecta* – in de zin van via de rechter afdwingbaar constitutioneel recht – prominent aanwezig. In vergelijking daarmee is de Nederlandse Grondwet een *allegaartje*, met de *lex imperfecta* als dominerende rode lijn. Toch is er misschien wel reden om de Nederlandse Grondwet hoger aan te slaan dan die van de genoemde landen en dat heeft te maken met het volgende. Duitsland en de genoemde Zuid-Europese landen hebben een nogal rigide grondwet omdat deze landen ernstige problemen hebben gehad met hun democratische systemen. Na ommekomst van de daar functionerende totalitaire stelsels heeft men in het constitutionele recht een hele serie juridische veiligheidskleppen ingebouwd om een nieuw afglijden van de democratie waar mogelijk te voorkomen en te belemmeren. De prijs daarvoor is echter aanzienlijk. De autonomie voor politiek en democratie is in die landen kleiner dan bij ons. Wordt gekeken vanuit het perspectief van democratie, politieke vrijheid en politieke autonomie dan heeft een sobere, terughoudende grondwet veel betere papieren dan die van de genoemde landen. Gezegd kan dan ook worden dat in Duitsland, Spanje, Griekenland, Italië en Portugal, alsmede in een aantal Oost-Europese landen, de grondwet evident een hoge en stevige winterdijk is, met nogal stellige normen betreffende partijverboden, met democratedefinities en vooral met constitutionele rechters die op basis van

deze stellige normen in het politieke proces kunnen ingrijpen.³ Indien dit laatste waarde-
ringsbeeld wordt doorgetrokken, dan is een land als het Verenigd Koninkrijk, waar men
democratie kent, maar daarvoor geen grondwet nodig heeft, helemaal spekkoper. De
Engelse democratie heeft lange wortels, redt zichzelf en heeft geen grondwettelijk recht en
constitutionele rechters nodig om te kunnen blijven functioneren. Nog wat sterker gezegd:
hoe meer een grondwet het karakter krijgt van een constitutionele winterdijk, des te sterker
kan er sprake zijn van constitutionele regressie in de sfeer van de democratie, politieke
vrijheid, politieke autonomie etc. Dat is een nogal boude bewering, maar het bewijs van het
tegendeel is nog veel moeilijker. In ieder geval moet voor deze zogenaamde *winterdijkconsti-
tuties* nog wel de conclusie worden getrokken dat het gekozen concept – met tal van
veiligheidskleppen en waterkeringen – veelal consistent en over de gehele linie is toege-
past. De betreffende grondwetten zitten dan ook – het zij herhaald – juridisch goed in
elkaar. Beoordeeld vanuit de enigszins eenzijdige blik van de jurist – vanuit de juristenmyo-
pie – zijn het fraaie grondwetten, maar bekeken vanuit een minder juridisch georiënteerd
concept van politieke autonomie en democratie zijn er veel beperkingen en minder
wenselijke mogelijkheden voor interventie.

Hoe moeten we nu – doorredenerend op dit beeld – de Nederlandse Grondwet beoordelen?
In dat verband moet meteen en als eerste punt worden opgemerkt dat de vroegere
consistentie en eenheid die de Nederlandse Grondwet bezat door de herziening van 1983 op
onderdelen teniet is gedaan.

4. Vier grondwetten binnen één constitutie

Zonder de wordingsgeschiedenis van de Grondwet van 1983 geheel op te rakelen, kan
worden geconstateerd dat een gevolg van de min of meer integrale herziening is geweest
dat diverse onderdelen van de Grondwet sterker uiteen zijn gaan lopen qua ordening, qua
normatieve kracht en qua verbinding met de constitutionele werkelijkheid. Op basis
daarvan kan onze Grondwet worden ingedeeld in vier duidelijke compartimenten. Die vier
compartimenten kunnen ook uitdrukkelijk verschillend worden gekwalificeerd. Ze hebben
ieder hun eigen constitutionele context en roepen afzonderlijke constitutionele denkwijzen
en grondwetsbeelden op. Een en ander kan als volgt worden geadstrueerd.

Compartiment 1: De bepalingen uit hoofdstuk 1 van de Grondwet – de grondrechten, de
artikelen 1 t/m 23 – in combinatie met de ‘doorwerkingsartikelen’ 93 en 94, dragen sterk het
karakter van een **juristenconstitutie**. Het is het meest normatieve deel van de Grondwet.
Dit hoofdstuk heeft de meeste potentie om te interveniëren in politieke en maatschappelijke
sferen. Voor een belangrijk deel is dit hoofdstuk waarden-georiënteerd; minder sterk

³ Hierbij moet de kanttekening worden gemaakt dat de constitutionele interventies in deze landen *juist*
worden ondernomen om democratie en politieke autonomie veilig te stellen. Het is derhalve een andere,
meer juridische manier om vrijheden te bewerkstelligen en te beschermen en in de genoemde landen
wordt aan deze juridische bescherming op uiteenlopende niveaus en manieren vorm en inhoud gegeven.

dan in andere landen, maar die waarden-oriëntatie is er wel degelijk. Het hoofdstuk genereert veel jurisprudentie met concrete aanwijzingen hoe burgers, samenleving en overheid zich moeten gedragen. Art. 1 heeft belangrijke pretenties voor gelijke behandeling en emancipatie. Art. 22 Grondwet formuleert dat de overheid voorwaarden schept voor vrijetijdsbesteding. Art. 20 lid 1 bevat een gebod tot spreiding van welvaart. Via de artikelen 93-94 Grondwet schuiven dan ook nog het EVRM en andere mensenrechtelijke verdragen de Nederlandse rechtsorde binnen, waardoor normativiteit en strekking van de mensenrechtelijke voorschriften uit de Grondwet een extra impuls krijgen. Omdat het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet niet geldt voor de internationale verdragen kan de formele wetgever op basis van het internationale recht in beginsel door de rechter worden gecorrigeerd. De actuele grondrechtenjurisprudentie bevat talrijke markeringen voor het politieke proces: kiesrechtjurisprudentie, uitspraken over politieke uitingsvrijheid en politieke organisatievrijheid (vergelijk de SGP-kwestie). Door de opname van de sociale grondrechten in 1983 heeft het hoofdstuk tevens een onbegrensd karakter gekregen. Dit leidt tot steeds nieuwe pogingen om nieuwe waarden aan de Grondwet toe te voegen. Waarom wel een grondwettelijke impuls voor vrijetijdsbesteding en niet voor dierenwelzijn, veiligheid of de Nederlandse taal? Dat de sociale grondrechten in hoofdzaak dode letters zijn gebleven, remt deze pogingen tot verbreding niet of nauwelijks af. Dat met nadruk de opheffing van het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet wordt bepleit voor dit deel van de Grondwet laat zien dat het hier gaat om een juristenconstitutie met aanzienlijke interventiemogelijkheden. Weliswaar minder vergaand dan in andere landen, maar het potentieel is aanwezig en functioneert ook in de praktijk. Invoering van constitutionele toetsing aan de grondrechten zou overigens dat profiel nog veel scherper maken.

Compartment 2: De hoofdstukken 2 t/m 5 van de Grondwet over de regering, de Staten-Generaal, de adviesorganen, wetgeving en bestuur hebben alle trekken van een **slaperdijkconstitutie**. De hoofdstukken constitueren en legitimeren de voornaamste staatsinstellingen. De voorschriften hebben overwegend een codificerend karakter en zijn sterk geïnternaliseerd en dus nauwelijks omstreden. De contouren van de bevoegdheidsverdeling en de onderlinge verhoudingen worden geschetst, maar de voorschriften laten bijzonder veel ruimte voor wettelijke en feitelijke invulling. De ministers zijn verantwoordelijk, maar geen woord in de Grondwet over de inhoud van die verantwoordelijkheid. De Koning is onschendbaar, maar de betekenis van die grondwettelijke term is uit de tekst niet af te leiden. De ministers kunnen door het parlement tot politiek ontslag worden gedwongen, maar in de Grondwet geen begin van een voorschrift daarover. Het ontslag bij koninklijk besluit wijst eerder in een andere richting. Politieke partijen kunnen grote invloed uitoefenen, alleen het verbod van last uit art. 67 lid 3 Grondwet stelt hier een duidelijke grens, voor het overige zwijgt de Grondwet in alle talen. De Grondwet bevat in deze hoofdstukken enkele duidelijke en noodzakelijke markeringen, maar deze staan op grote afstand van het dagelijkse politieke proces. Een aantal voorschriften heeft een evidente *restfunctie*. Volksvertegenwoordigers kunnen zich bijvoorbeeld in politieke en morele zin binden aan allerlei personen en groeperingen. Juridisch leveren deze bindingen echter rechtens nietige verbintenissen op. Anders gezegd: indien in rechte de nakoming van deze bindingen wordt gevraagd, stuiten deze af op grondwettelijke markeringen.

Volksvertegenwoordigers die bijvoorbeeld aan hun politieke partij beloven om hun zetel af te staan indien ze het lidmaatschap van partij of fractie verliezen, kunnen daar niet rechtens toe worden gedwongen vanwege het verbod van last. De Grondwet bewerkt op deze manier dat in vrijwilligheid in het politieke proces veel is toegestaan, maar als het erom spant vormt de Grondwet de slaperdijk die niet mag worden overschreden. Het is echter zelden dat de voorschriften uit dit compartiment de rechter bereiken en als dat al een keer het geval is, toont de rechter – zoals bij de genoemde verkiezingsafspraken – de grootst mogelijke terughoudendheid.

Compartiment 3: Hoofdstuk 6 over de rechtspraak is sterk verouderd en heeft daarom nauwelijks een constitutioneel markerende betekenis, terwijl er de afgelopen decennia ingrijpende veranderingen zijn gekomen in de rechterlijke en justitiële organisatie. Dit compartiment kan dan ook met recht worden gekwalificeerd als een **'leerlaufende' constitutie**. Het hoofdstuk bevat slechts een enkele normatieve bepaling. Art. 114 Grondwet verbiedt oplegging van de doodstraf en art. 120 verbiedt de rechter om te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen. Voor het overige zijn er vooral ongeclausuleerde bevoegdheidstoedelingen aan de wetgever. Art. 119 bevat de geheel onwerkbare figuur van het 'forum privilegiatum'.⁴ Hoofdstuk 6 heeft nauwelijks nog raakvlak met de actuele organisatie van de zittende en staande magistratuur en met de bevoegdheidstoedeling aan de verschillende rechterlijke instanties. Ook is er geen 'due process'-voorschrift en nauwelijks een kader voor de onafhankelijkheid van de zittende en de (beperkte) afhankelijkheid van de staande magistratuur. Anders dan voor het openbaar bestuur (zie het volgende punt) bestaat er voor de justitiële organisatie wel een duidelijk organogram. Er functioneren betrekkelijk eenduidige uitgangspunten voor de zittende en de staande magistratuur, de politie, etc., maar deze uitgangspunten worden niet of nauwelijks gevoed door grondwettelijke voorschriften. In dat opzicht is hoofdstuk 6 van de Grondwet vrijwel over de gehele linie 'leerlaufend' geworden.

Compartiment 4: Hoofdstuk 7 over de decentralisatie heeft in constitutioneel opzicht het karakter van een **onbedijkte kwelder**. De bepalingen uit dit hoofdstuk zijn de **'open wetlands'** van onze Grondwet. Het hoofdstuk bevat nauwelijks constitutionele markeringen en het hoofdstuk speelt bij de reeds lang durende herinrichting van het openbaar bestuur dan ook geen enkele rol van betekenis.⁵ Er zijn door 'hineininterpretieren' weliswaar allerlei impliciete uitgangspunten uit dit hoofdstuk te halen, zoals een primaat van het algemeen bestuur tegenover functioneel bestuur. En ook lijkt er een koppeling te zijn tussen het bestaan van een 'open huishouding' en de toepassing van directe verkiezingen, maar letterlijk staat het niet in hoofdstuk 7. Door de Raad van State is wel eens opgemerkt dat bij schrapping van hoofdstuk 7 er in het openbaar bestuur bijzonder weinig zou veranderen. Het openbaar bestuur in de gedecentraliseerde vorm heeft in ons land dan

⁴ Zie voor een uitwerking: D.J.Elzinga, De strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid moet op de helling, in: Rechterlijk activisme, Opstellen aangeboden aan prof mr. J.A. Peters, 2011, p. 77-95.

⁵ Zie hierover vooral: Constitutionele normen en decentralisatie. Een evaluatie van Hoofdstuk 7 van de Grondwet, 2010.

ook nauwelijks een constitutioneel organogram met richtinggevende uitgangspunten. Mede om die reden slagen we er niet in om ordentelijk over het openbaar bestuur te discussiëren en tot adequate hervorming te komen. Over het algemeen weten we in het openbaar bestuur niet waar we vandaan komen en waar we naartoe gaan. En vooral daarom is de hervorming van het openbaar bestuur in de afgelopen decennia te kwalificeren als een drama in vele bedrijven.

5. Divergerende grondwetsbeelden

In ieder democratisch constitutioneel bestel zijn er divergerende grondwetsbeelden, al dan niet door politieke ideologie bepaald. Voor de een is een grondwet een voertuig van verandering, voor de ander een instrument om alles zoveel mogelijk bij het oude te laten. Die verschillen van opvatting structureren het grondwetsdebat en ze kunnen om die reden niet worden gemist. Bijzonder voor Nederland is echter dat de Grondwet zelf die divergentie in grondwetsbeelden sterk vergroot, met een aanzienlijke grondwettelijke spraakverwarring tot gevolg. Met vuur en vlam is verdedigd dat de Grondwet een regeling moet bevatten voor zieke en zwangere Kamerleden en voor de zelfstandige bestuursorganen, met evenveel vuur en vlam wordt betoogd dat in een sobere grondwet er geen richtinggevend constitutioneel kader behoeft te zijn voor de gedecentraliseerde openbare lichamen. Met droge ogen is enerzijds beweerd dat de nieuwe Caribische Nederlanders best een tijdje af kunnen zien van het recht om mee te stemmen voor de Eerste Kamer, terwijl anderzijds de aanpassing van de voordijregeling voor de minderjarige Koning in 1999 belangrijke prioriteit kreeg. In een nieuw art. 78a kreeg de nationale ombudsman in 1999 een grondwettelijk profiel, terwijl nu zonder enige gêne wordt betoogd dat de waterschappen uit de Grondwet moeten verdwijnen. In de gekozen voorbeelden worden uiteraard appels met peren vergeleken, maar ze maken wel duidelijk dat de linkerhand veelal niet weet wat de rechterhand doet.

Ook uit de feitelijke gang van zaken rond en na de grondwetsherziening van 1983 is af te leiden dat de grondwettelijke spraakverwarring in ons land aanzienlijk is. Toen bij de herziening van 1983 uiteindelijk bleek dat hervormingen van het politieke bestel niet haalbaar waren, raakte de Grondwet uit het lood. Aan het eerste hoofdstuk werd veel inhoudelijks toegevoegd, waaronder de sociale grondrechten, terwijl in de overige hoofdstukken nogal selectief werd gedeconstitutionaliseerd. Door deze slechts partiële vernieuwing van hoofdstuk 1 werd de Grondwet van 1972 in stukken getrokken en die compartementalisering kreeg in de periode na 1983 een nog scherper profiel, waardoor er thans binnen onze constitutie vier subgrondwetten functioneren. Na 1983 werden tientallen voorstellen tot herziening ingediend over hoofdzakelijk kleine onderwerpen. Bij de start van het eerste 'paarse' kabinet in 1994 werden maar liefst zeven voorstellen tot herziening in het vooruitzicht gesteld. Ook in andere periodes regende het voorstellen, waaronder initiatiefvoorstellen. De meeste van die voorstellen konden niet rekenen op de noodzakelijke tweederde meerderheid en haalden dus de eindstreep niet. Er is geen enkel onderdeel van de rijksdienst waar zoveel geld is uitgegeven en tijd is besteed aan voorstellen die het niet hebben gehaald. In 2001 werd in een Publicatie van de Staatsrechtkring deze constitutionele versnippering over de hekel gehaald door Henk Kummeling, Tom Zwart en Tijn

Kortmann.⁶ En dat was geheel terecht. Er was geen touw meer aan vast te knopen. Kortmann schreef over nutteloos constitutioneel gepriegel. In een eerdere publicatie hanteerde Kortmann de term ‘wegwerprecht’.⁷ Deze kritiek heeft niet erg geholpen. Ook in de afgelopen tien jaar is deze constitutionele versnippering doorgegaan, vele grondwettelijke aanbouwtjes werden voorgesteld.

Verbrokkeling en versnippering leiden tot de roep om eenheid, integraliteit, synergie, een gemeenschappelijke visie, convergentie, etc. Toen in 2005 weer eens een herzieningsvoorstel was gesneuveld – over de benoemingswijze van burgemeester en CdK - gooide een opvolgend bewindspersoon het over een geheel andere boeg. Minister Pechtold oordeelde dat de samenleving nu aan bod zou moeten komen en daarmee was de Nationale Conventie geboren.⁸ Het woord conventie roept een sfeer op van meeslependheid en bevlogenheid. En dat leken dan ook zo ongeveer de criteria te zijn bij de selectie van de conventieleden. Er is over deze Nationale Conventie veel te melden, maar ik beperk me tot een enkel aspect dat voor ons onderwerp van belang is. De Conventie formuleerde een probleemstelling en zette zich vervolgens aan de oplossing daarvan. Er kwam een bonte rij van voorstellen die voor een belangrijk deel in de Grondwet zou moeten worden opgenomen. Burgerfora en conventies zouden een blijvend fenomeen moeten worden. Volkssoevereiniteit zou de dragende constitutionele grondslag moeten zijn. Nederlanders van 17 jaar gingen voortaan een verplichte publieke stage lopen. De overheidssubsidie aan politieke partijen zou fors verhoogd moeten worden, etc. etc. De Nationale Conventie en het eerdere Burgerforum over het kiesstelsel waren aardige experimenten. Allerlei niet-staatsrechtelijk geschoolde wetenschappers en anderen mochten helemaal leeglopen. Het was toegestaan – het werd zelfs aangemoedigd – om de grootst mogelijke staatsrechtelijke onzin te debiteren.⁹ Voor de naïeve waarnemer leek het alsof ons land in 2006 zich zojuist aan de tirannie van een buitenlandse vorst had ontworsteld en zich opnieuw zou moeten constitueren. Maarten Huygen schreef achteraf in NRC Handelsblad: ‘De Nationale Conventie doet mij denken aan stormachtige taferelen op negentiende eeuwse gravures die terugblikken op de Franse Revolutie. Bepruikte afgevaardigden in hemden met ruche bestoken elkaar in vergadering met ganzenveren en slordig bemeten vellen papier voor het inrichten van een democratie.’ (...). De Nederlandse equivalent ‘hield openbare zittingen in het land. De Conventie opende een internet forum waar de Girondijnen, Montagnards en Jacobijnen van de studeerkamer zich via hun toetsenborden stevig konden weren. Een virtueel pandemonium’.¹⁰ Geen enkel lid van de Conventie bekommerde zich om de vraag wat de invoering van de bonte rij van

⁶ H.R.B.M. Kummeling e.a., De aard van grondwetsherzieningen, Publicatie van de Staatsrechtkring, nr. 19, 2001.

⁷ C.A.J.M. Kortmann, Wegwerprecht, NJB, afl. 5, 30 januari 1998, p. 205-207.

⁸ Alexander Pechtold was Thom de Graaf opgevolgd als minister voor Bestuurlijke Vernieuwing in het kabinet-Balkenende II. Tot de instelling van de Nationale Conventie werd besloten op 22 december 2005; de Conventie ging op 2 februari 2006 aan de slag en publiceerde eind 2006 het Rapport ‘Hart voor de publieke zaak’.

⁹ In het eindrapport van de Nationale Conventie waren de voorstellen nog enigszins staatsrechtelijk gefatsoeneerd, maar in de voorstellen van de diverse werkgroepen was dat beslist niet het geval.

¹⁰ NRC Handelsblad 1 maart 2008.

voorstellen voor gevolg zou hebben voor het karakter van de Nederlandse Grondwet. Met de ene hand werden nieuwe vrijheden gegeven, met de andere hand werden andere weer weggenomen. Men wilde een vernieuwing van het grondwettelijke recht maar bezon zich in het geheel niet op de vraag of hier een goed bij Nederland passend constitutioneel document kon worden vervaardigd. En daardoor ontstond de curieuze situatie dat de kip-zonder-kop constellatie die zich manifesteerde bij de talrijke mini-herzieningsvoorstellen in de periode van 1983 tot 2005 een nog veel sterker profiel kreeg door de werkzaamheid van de Nationale Conventie.

De voorstellen van de Nationale Conventie leidden tot een oorverdovende stilte in politiek Den Haag, maar er kwam wel een vervolg. In het regeerakkoord van het kabinet-Balkenende III stond dat er een staatscommissie moest komen die de voorstellen van de Nationale Conventie zou moeten uitwerken. Er kwamen voorstudies. De Grondwet zou toegankelijk moeten worden voor gewone burgers, meer zichtbaar moeten worden en een sterkere normativiteit moeten krijgen. In de aanloop naar de staatscommissie-Thomassen ontstond veel politieke heisa over de opdracht. Politiek Den Haag bleek eigenlijk heel weinig te voelen voor de door minister Ter Horst geformuleerde opdracht.¹¹ De Raad van State publiceerde een uitzonderlijk lang, maar overtuigend betoog dat de opgestelde opdracht zo toch echt niet kon.¹² De opdracht werd aanzienlijk versmald, maar bij de start van de staatscommissie in 2009 was er bij minister Ter Horst nog de volle overtuiging dat op aangeven van een nieuwe staatscommissie een grote stap kon worden gezet. Er kwam een Eindrapport van de Staatscommissie-Thomassen, met daarin veel minderheidsstandpunten. Het kabinet-Rutte I reageerde bij brief van minister Donner van 24 oktober 2011.¹³ De staatscommissie werd zeer geprezen vanwege de manier waarop ze alles had opgeschreven. Het rapport van de staatscommissie werd door de minister ook belangwekkend genoemd en wel omdat door de voorstellen van de commissie zo helder was geworden waarom deze *niet* zouden moeten worden uitgevoerd. De eindconclusie was dan ook dat – behoudens een herziening van art. 13 Grondwet – alle overige voorstellen van de commissie werden afgewezen. Dat de voorstellen van de staatscommissie zo genadeloos en over vrijwel de gehele linie werden afgeserveerd, moet vooral worden verklaard door de voorafgaande politieke onenigheid over de opdracht en de turbulenties die de Nationale Conventie had doen ontstaan. Binnen haar sterk beperkte opdracht formuleerde de staatscommissie enkele zinnige en adequate voorstellen, maar de ruimte om daarmee te scoren was al verdwenen voordat de commissie ging functioneren.

Uit deze gang van zaken kunnen de volgende conclusies worden getrokken: (1) er is in ons land geen consensus over de Grondwet als een slaperdijkconstitutie; (2) evenmin is er consensus over de wenselijkheid van een winterdijkconstitutie; (3) er is vervolgens geen behoefte aan een nieuwe constituante die het grondwettelijke bestel op geheel andere leest schoeit en ten slotte zijn er (4) overwegende bezwaren tegen grondwettelijke aanbouwtjes

¹¹ Kamerstukken II, 2008/2009, 31 570, nr. 6 en nr. 9.

¹² Advies Raad van State, Kamerstukken II, 2007/2008, 31 570, nr. 3.

¹³ Kamerstukken II, 2011/2012, 31 570, nr. 20.

en de daaruit voortvloeiende constitutionele versnippering. Dit verwarrende beeld heeft tot gevolg dat de omgang met de grondwet in ons land veel moeizamer is dan in vele andere Europese landen. Het gebrek aan rechtseenheid in de Grondwet krijgt steeds scherper vorm en is een zelfstandige bron voor constitutionele onenigheid. Om daarin verandering aan te brengen zou in de eerste plaats moeten worden gestreefd naar meer overeenstemming over de vraag wat wel en niet in de grondwet thuishoort en in de tweede plaats zou een wijziging van de herzieningsproces als breekijzer kunnen functioneren.

6. Zeven vuistregels voor de grondwetgever

Bij het 25-jarig bestaan van de Grondwet 1983 ontwierp Kortmann een Proeve voor een nieuwe grondwet.¹⁴ Deze Proeve bestaat uit slechts 27 artikelen, waarbij alle grondrechten in één artikel zijn ondergebracht. Duk formuleerde in 1998 zijn ‘Tien geboden voor de grondwetgever’.¹⁵ Ook deze ‘Tien geboden’ dwingen tot beknoptheid en rechtseenheid. In het langjarige deconstitutionaliseringsbeleid was de notie van een sobere, kernachtige grondwet eveneens prominent aanwezig. De feitelijke deconstitutionalisering in de afgelopen decennia was echter uiterst selectief en veelal gericht op kleinere onderdelen. Indien slechts op onderdelen wordt gedeconstitutionaliseerd, dan maakt dat de Grondwet alleen maar rommeliger en belandt men van de constitutionele wal in de sloot. Deconstitutionalisering heeft alleen meerwaarde indien dit wordt toegepast op basis van een concept dat geldt voor de gehele Grondwet. Hetzelfde geldt voor de grondwettelijke terminologie. Indien de terminologie op onderdelen wordt gemoderniseerd en niet over de gehele linie, dan krijgen de niet aangepaste delen daardoor een sterk archaisch en vreemdend karakter. Ook indien niet wordt overgegaan tot een algehele vernieuwing van de Grondwet is het van grote betekenis om vaste kaders en patronen aan te houden. Het besluit om voorstellen in te brengen voor wijziging of aanvulling van de Grondwet is terecht geheel overgelaten aan de politieke autonomie van regering en de Tweede Kamer. Er is echter vrijwel geen enkel constitutioneel- of beleidskader dat dient als houvast voor een ordentelijke omgang met de Grondwet. Zoals er aanwijzingen voor de regelgeving bestaan zouden er ook voor de grondwetgever een aantal vuistregels of aanwijzingen moeten functioneren. De minister van BZK en zijn afdeling Constitutionele Zaken zijn belast met de formulering en handhaving van deze vuistregels. Indien er brede politieke consensus ontstaat over deze vuistregels, dan kunnen voorstellen ter herziening van de Grondwet in dat aanvaarde kader worden ingebed. Het belangrijkste kenmerk van deze vuistregels is dat ze een basale waarborg bevatten voor grondwettelijke rechtseenheid en zorgen voor vaste en doorzichtige patronen, voor een vaste grondwettelijke terminologie, voor vergelijkbare niveaus van regelintensiteit en voor een constitutioneel evenwicht tussen de verschillende hoofdstukken van de Grondwet.

¹⁴ C.A.J.M. Kortmann, *Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?*, in: *De Grondwet herzien, 25 jaar later*, Den Haag, 2088, p. 7 – 25.

¹⁵ W. Duk, *Tien geboden voor grondwetgevers*, NJB, af. 5, 30 januari 1998, p. 207 – 208.

Een aantal van deze vuistregels zou als volgt geformuleerd kunnen worden:

Vuistregel 1: *Deconstitutionalisering en constitutionalisering geschieden vanuit een welomlijnd concept en op basis van heldere uitgangspunten.*

Selectieve en ongerichte (de)constitutionalisering schaadt de overtuigingskracht van voorstellen die iets in de Grondwet willen invoegen of willen schrappen. Aannemelijk moet dan worden gemaakt waarom het ene onderdeel wel in de Grondwet mag blijven of wordt opgenomen en het andere onderdeel eruit moet. Indien bijvoorbeeld wordt aangenomen dat de positie van de ongeboren troonopvolger van grondwettelijke orde is, dan kan nauwelijks aannemelijk worden gemaakt dat de benoemingsprocedures van de burgemeester en de CdK moeten worden geschrapt.

Vuistregel 2: *Als verbijzondering van de eerste vuistregel dient voor de grondrechten specifiek te worden vastgesteld op basis van welke criteria een recht in aanmerking komt voor constitutionalisering.*

Nu door de ‘socialisering’ van de klassieke grondrechten het onderscheid tussen de klassieke en de sociale grondrechten wat is vervaagd, is er nauwelijks nog een onderscheidend criterium voor de opname van nieuwe grondrechten. Een belangrijke invalshoek is of via de rechter aan een grondrecht opeisbare rechten kunnen worden ontleend. Wanneer dit niet het geval is, ligt constitutionalisering minder of niet voor de hand. Symboolbepalingen en vage instructienormen ontsieren de Grondwet en leiden tot een inflatie van die grondrechten die wel in rechte opeisbaar zijn.

Vuistregel 3: *Constitutionele clausuleringen voor de wetgever worden alleen opgenomen indien deze van grondwettelijke orde zijn en er worden criteria ontwikkeld voor de wijze waarop die kwalificatie in de Grondwet tot uitdrukking kan worden gebracht.*

Een grondwettelijk profiel kan tot uitdrukking komen in een enkele bevoegdheidsverklaring van de wetgever (‘de vrijheid van meningsuiting wordt door de wet geregeld’). Er kan ook een (kern)recht worden geformuleerd met een beperkingsbevoegdheid van de wetgever (‘er is vrijheid van meningsuiting, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’). Op basis van specifieke argumenten kan de clausulering worden verdiept: ‘er is vrijheid van meningsuiting, niemand heeft voorafgaand verloop nodig om gedrukte stukken te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’. Wanneer wordt nu welke modaliteit gebruikt? Antwoord: men doet maar wat. Om die reden moet in het **grondwetsbeleid** daarvoor een argumentatiekader worden aangeboden. De politieke keuzes die hier uiteindelijk moeten worden gemaakt zijn namelijk van grote betekenis voor de normatieve kracht van de Grondwet. Is de Grondwet vooral een kale machtigingswet? Of is de Grondwet juist een inhoudelijk en richtinggevend document?

Vuistregel 4: *Voor de gehele Grondwet wordt een vaste terminologie gehanteerd, in het bijzonder voor het bevoegdheidsbereik van de wetgever en andere regelgevers*

In de huidige systematiek is niet steeds helder en inzichtelijk om welke reden op het ene punt wordt volstaan met een uitsluitende competentie van de wetgever en in het andere geval ook andere regelgevers actief kunnen zijn om een bepaling uit de Grondwet uit te

werken. Wat zijn de criteria? Op welke gronden valt de keuze de ene keer zo en de andere keer zus uit? Het grondwetsbeleid bevat hiervoor handzame aanwijzingen.

Vuistregel 5: *Bij de constituering van en de bevoegdheidstoedeling aan de nationale en decentrale instellingen en ambten en de centrale adviesorganen moet zoveel mogelijk een gelijk patroon van regelintensiteit worden gehanteerd.*

Het ligt voor de hand om voor deze instellingen en ambten te regelen hoe zij worden gevormd, welke hun belangrijkste bevoegdheden zijn en hoe de onderlinge betrekkingen – voor zover van toepassing – op hoofdlijn zijn geregeld. Worden regels opgenomen met nadere uitwerkingen en detailleringen, dan roept dat voortdurend de vraag op waarom dat op het ene punt wel plaatsvindt en op het andere punt achterwege wordt gelaten. Een min of meer gelijke regelintensiteit in de verschillende hoofdstukken van de Grondwet kan dat voorkomen en versterkt de rechtseenheid. Vanuit dat perspectief bezien bevat bijvoorbeeld het hoofdstuk over de Koning te veel voorschriften over kwesties die voor de andere instellingen en ambten niet worden geregeld. De regels over de erfopvolging kunnen aanmerkelijk worden uitgedund en naar een wettelijke regeling worden overgebracht. Art. 26 Grondwet over de nog niet-geboren erfopvolger kan eveneens in die wet worden opgenomen. Bij art. 40 over de uitkeringen aan de Koning en de leden van het koninklijk huis kan met een bevoegdheidstoekenning aan de gekwalificeerde wetgever worden volstaan.

Vuistregel 6: *Ter vaststelling van de onder vuistregel 5 genoemde regelintensiteit moet de impliciete betekenis van art. 4 Grondwet worden geëxpliciteerd.*

Waar algemeen vertegenwoordigende organen (in de zin van art. 4 Grondwet) worden verkozen, is er sprake van een evidente grondwettelijke orde. De decentrale openbare lichamen die door verkiezingen worden geëgitimeerd vormen – samen met de nationale instellingen – het hart van het Nederlandse politieke stelsel. Hoewel er verschillen zijn tussen het nationale politieke stelsel en het decentrale is het aantal overeenkomsten veel groter. Om die enkele reden is de regeling van deze decentrale onderdelen van het politieke stelsel van een even belangrijke grondwettelijke orde als de normering van het nationale deel van het politieke bestel. In hoofdstuk 7 van de Grondwet dienen dan ook de centrale constitutionele uitgangspunten tot uitdrukking te worden gebracht en wel met een regelintensiteit die overeenkomt met de andere delen van de Grondwet.

Vuistregel 7: *Met een vaste regelmaat wordt door de minister van BZK aan de Kamers een **grondwetsnota** aangeboden waarin wordt aangegeven op welke onderdelen de Grondwet niet voldoet aan het uitgezette en aanvaarde grondwetsbeleid en welke voorstellen daarvoor worden ontwikkeld.*

Door zo te handelen kan in een tijdsbestek van enkele kabinetsperiodes de Grondwet op de hoogte van de tijd worden gebracht, zonder dat daarvoor een integrale herziening nodig is. Door hout kan worden weggenomen en – eventueel per hoofdstuk – kan het evenwicht tussen de diverse onderdelen van de Grondwet worden hersteld. Op die wijze kan in gestructureerd verband worden gebouwd aan een betere Grondwet, waarin algemene rechtseenheid bestaat. In de afgelopen decennia is de Grondwet vooral ingebracht bij kabinetsformaties. Door het politieke gooi- en smijtwerk tijdens het proces van

regeringsvorming ontstaan er juist dan constitutionele ongelukken. Om die reden is het veel beter om regelmatig gestructureerde aandacht aan de Grondwet te besteden en in een politiek rustiger context met de Kamers te spreken over grondwettelijke vraagstukken.

7. Herzie de herzieningsprocedure

Uit de geschetste grondwetsdebatten na 1983 rijst een beeld op van blokkades, patstellingen, mislukte herzieningsvoorstellen en uiterst verwarrend constitutioneel gekrakeel. En van de enkele voorstellen die het wel hebben gehaald, kan bepaald niet worden gezegd dat ze een sieraad in de Grondwet zijn of de Grondwet op een hoger constitutioneel plan hebben gebracht. Eerder is het tegendeel het geval. Resultaat van dat alles is dat het Nederlandse grondwettelijke recht een gammel karakter heeft gekregen, waarbij soberheid over de gehele linie, rechtseenheid, eenduidige terminologie etc. niet worden gemist. Een belangrijke oorzaak hiervan is gelegen in de herzieningsprocedure. Nederland heeft – in vergelijking tot andere Europese landen – één van de meest rigide herzieningsprocedures. Vrijwel overal elders is voorzien in specifieke eisen die moeten zorgen voor een breed draagvlak voor herziening van het grondwettelijke recht. Die zorg voor een breed draagvlak is eigen aan wijzigingen in de constitutie. Echter door de combinatie van de tweederde-eis, het stelsel van de twee lezingen en het Nederlandse tweekamerstelsel is het uiterst moeizaam en vrijwel onmogelijk om gestaag te werken aan de verbetering van het constitutionele recht, met als gevolg dat de betekenis van dat constitutionele recht afneemt. De grondgedachte dat kiezers een oordeel moeten kunnen geven nadat een voorstel in eerste lezing is aangenomen, is niet alleen een fictie gebleken, maar door de grote volatiliteit van het kiezerscorps is er veelal een aanmerkelijke verschuiving van politieke meerderheden en politieke constellaties. En in dat licht is het toekennen van een blokkaderecht aan slechts 26 leden van de Eerste Kamer de meest sterke stimulans om niet aan een herziening van de Grondwet te beginnen. Met het zoeken van een breed maatschappelijk en politiek draagvlak heeft dat alles nauwelijks meer iets van doen. Er is dan ook meer dan voldoende reden voor een hernieuwd debat over de herzieningsprocedure. Het weghalen van de tweede lezing en het invoeren van de eis dat een herzieningsvoorstel bij de eerste behandeling moet kunnen rekenen op de steun van een tweederde meerderheid in beide Kamers zou veel kou uit de lucht kunnen halen en voorwaarden kunnen scheppen voor meer evenwichtige omgang met de Grondwet. De kans dat de Nederlandse Grondwet dan ook echt een veilig en rustig baken kan worden (*‘Saevis tranquillius in undis’*) is onder die omstandigheden vele male groter dan thans het geval is.

Doorwerking van internationaal recht: trekt de Nederlandse politiek zich terug achter de dijken?

Tom Zwart¹

1. Inleiding²

Gedurende de vorige kabinetsperiode hebben diverse politici te kennen gegeven paal en perk te willen stellen aan de doorwerking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde.

Zo hebben de VVD Tweede Kamerleden Stef Blok en Klaas Dijkhoff in een ingezonden brief in de Volkskrant kritiek geuit op het veronderstelde activisme van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: 'EHRM' of 'Hof') en de gevolgen daarvan voor de inrichting van de Nederlandse rechtsorde.³ Het Kabinet leek aanvankelijk een eind mee te gaan in die kritiek,⁴ maar stelde zich na verloop van tijd – waarschijnlijk mede onder druk van de Eerste Kamer⁵ – een stuk verzoenender op.

Daarnaast diende het VVD Tweede Kamerlid Joost Taverne een initiatiefvoorstel tot wijziging van de Grondwet in.⁶ Dat voorstel beoogt veranderingen aan te brengen in de doorwerking en voorrang van een ieder verbindende bepalingen van verdragen van volkenrechtelijke organisaties op grond van de artt. 93 en 94 Grw.

Dit soort standpunten worden nogal eens in verband gebracht met een romantisch verlangen naar de tijd waarin het parlement het nog voor het zeggen had, een terugkeer naar parochiaal denken in termen van nationale soevereiniteit en de angst dat het internationale recht voor een toestroom van vreemdelingen zal zorgen. Zo meende de toenmalige Nederlandse rechter in het EHRM, Egbert Myjer, dat de kritiek op het Hof voor een deel was ingegeven door het toenemende nationalisme.⁷ Daardoor ontstaat het beeld dat Nederlandse politici bezig zijn om zich achter de dijken terug te trekken.

In deze bijdrage wordt getracht de uitspraken en activiteiten van politici die beogen de doorwerking en voorrang van internationaal recht te beperken in hun constitutionele context te plaatsen. Daartoe zal in paragraaf 2 worden stilgestaan bij het huidige stelstel van doorwerking en voorrang van internationaal recht en de wijzigingen die het voorstel Taverne daarin beoogt te brengen. Daarna zal worden ingaan op de steekhoudendheid van de veronderstelde motieven die hij voor dit voorstel heeft, te weten het herstellen van het

¹ Prof. dr. T. (Tom) Zwart is hoogleraar Rechten van de Mens aan de Universiteit Utrecht.

² Graag zeg ik de organisatoren van het symposium dank voor de uitnodiging om een bijdrage aan de discussie te leveren. Mijn dank gaat in het bijzonder uit naar de Directeur CZW, Marilyn Haimé, met wie de zeer goede samenwerking nog verder teruggaat dan 1983.

³ Stef Blok en Klaas Dijkhoff, Leg het Europese Hof aan banden, De Volkskrant, 7 april 2011.

⁴ Zie de Kabinetsnotitie Verantwoordelijk voor Vrijheid, Mensenrechten in het Buitenlands Beleid, p. 18

⁵ Zie het beleidsdebat dat de Eerste Kamer in maart 2012 met de regering voerde over de toekomst, rol en bevoegdheden van het EHRM, Handelingen I, 13 maart 2012, pp. 3-50.

⁶ Voorstel van Rijkswet van het lid Taverne houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot aanpassing van de procedure voor vaststelling van rechtstreekse werking van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, Kamerstukken II, 2011-12, 33 359, nr. 2.

⁷ 'We waarborgen basaal recht', NRC, 28 januari 2011, p. 8.

evenwicht tussen rechter en wetgever bij de doorwerking en voorrang van internationaal recht in paragraaf 3, en het buiten de deur houden van het activisme van het EHRM in paragraaf 4. In paragraaf 5 worden enkele conclusies getrokken.

2. Het stelsel van doorwerking en voorrang en de door Taverne voorgestelde wijzigingen

Art. 93 geeft aan dat een ieder verbindende bepalingen doorwerken in de Nederlandse rechtsorde. Art. 94 bepaalt dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden als ze met die een ieder verbindende bepalingen onverenigbaar zijn. De tekst van beide bepalingen gaat er dus van uit dat de doorwerking en voorrang van een ieder verbindende bepalingen zonder tussenkomst van wetgever, bestuur of rechter plaatsvinden. Als deze actoren zich al over de doorwerking of voorrang van een ieder verbindende bepalingen uitlaten, dan kan dat hooguit gebeuren bij wijze van een declaratoire uitspraak waarin dit effect wordt geconstateerd. Er vindt dus geen bevoegdheidsopdracht plaats, niet aan de wetgever of het bestuur, maar ook niet aan de rechter.

Aangezien het de taak van de rechter is om in voorkomend geval de voorrang tussen twee conflicterende regels te bepalen, zal hij in dit soort kwesties vaak het voortouw moeten nemen, maar dat geeft hem nog niet de bevoegdheid om naar eigen inzicht te beslissen. Zoals Kortmann terecht stelt kan ook de wetgever zich in de goedkeuringswet uitspreken over de doorwerking en voorrang van een ieder verbindende bepalingen.⁸ Gelet op het feit dat beide organen op dit terrein een uitleggende rol hebben, ligt het voor de hand dat zij dat doen met inachtneming van de opvattingen van de ander. Terecht heeft de rechter dan ook regelmatig verwezen naar uitspraken van de wetgever over het een ieder verbindende karakter in de Memorie van Toelichting bij het voorstel voor de goedkeuringswet.⁹

Het initiatief Taverne heeft twee componenten, één ten aanzien van de doorwerking en één ten aanzien van de voorrang van internationaal recht.¹⁰ In de eerste plaats wil Taverne art. 93 Grw. zodanig amenderen dat de wetgever in voorkomend geval doorwerking van een ieder verbindende bepaling in de Nederlandse rechtsorde kan ontzeggen. Daarnaast wenst hij art. 94 Grw. zodanig te wijzigen dat de rechter voortaan bepalingen in wetten in formele zin niet langer buiten toepassing kan laten wegens strijd met een ieder verbindende bepalingen. De rechter kan dit wel blijven doen met andere wettelijke voorschriften. In feite verdeelt Taverne het voortouw ten aanzien van voorrang over wetgever en rechter. Gaat het om de formele wetgever, dan heeft die het laatste woord. Bij alle andere voorschriften is de rechter aan zet.

⁸ C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel Recht, vierde druk, Deventer, 2001, p. 176.

⁹ J.W.A. Fleuren, Een ieder verbindende bepalingen van verdragen, Den Haag, 2004, p. 309.

¹⁰ Kamerstukken II, 2011-12, 33 359, nrs. 2 en 3.

Het doel dat Taverne met de wet nastreeft is de wetgever te stimuleren beter zijn huiswerk te doen bij het beoordelen van de verenigbaarheid van wetsvoorstellen met internationaal recht.¹¹ Kennelijk gaat hij ervan uit dat zijn voorstel de druk op de wetgever zal doen toenemen om op dit punt beter zijn best te doen. In hun kritische analyse van het voorstel in het Nederlands Juristen Blad gaan Fleuren en De Wit ervan uit dat Taverne daarnaast nog twee onuitgesproken motieven heeft, te weten het herstellen van het primaat van de politiek,¹² en het aan banden leggen van de effecten van de evolutieve interpretatie van het EHRM.¹³ Aangenomen dat Taverne zich inderdaad door deze motieven heeft laten leiden, rijst de vraag in hoeverre zij valide zijn. Met andere woorden, is de balans tussen rechter en wetgever op het terrein van doorwerking en voorrang van internationaal recht zodanig verstoord dat beperkingen noodzakelijk zijn? En valt er zoveel af te dingen op de jurisprudentie van het EHRM dat de voorgestelde beperkingen gerechtvaardigd zijn?

3. Is de indruk van verstoring van de balans tussen rechter en wetgever juist?

3.1 De rechter gaat doorgaans prudent om met de doorwerking en voorrang van internationaal recht

De artt. 93 en 94 Grw. zijn zoals bekend in 1953 in de Nederlandse Grondwet opgenomen. Uit het grondige onderzoek dat Joseph Fleuren heeft verricht voor zijn dissertatie blijkt hoe zorgvuldig en terughoudend de rechter over het algemeen met deze bevoegdheid is omgesprongen, vooral in relatie tot formele wetgeving.¹⁴

Zo zoekt de rechter vaak naar een verdragsconforme uitleg of toepassing van de betrokken wet.¹⁵ Bepalingen die betrekking hebben op door de overheid jegens burgers te verrichten prestaties – instructienormen – worden niet als een ieder verbindend beschouwd.¹⁶ Dat geldt ook voor bepalingen die te algemeen geformuleerd zijn of geen precieze norm bevatten.¹⁷ Bepalingen die de partijstaten opdragen passende maatregelen te nemen worden eveneens niet als een ieder verbindend aangemerkt.¹⁸ De rechter verlaat zich vaak ook op het oordeel van de wetgever over de een ieder verbindendheid, zoals tot uitdrukking gebracht in de MvT.¹⁹ De rechter is niet bereid om zelf op grond van het internationale recht stappen te zetten als dat zijn rechtsvormende taak te buiten zou gaan.²⁰

¹¹ Kamerstukken II, 2011-12, 33 359, nr. 3, p.1.

¹² Joseph Fleuren en Joke de Wit, Het Voorstel Taverne, Schrapting van de rechterlijke bevoegdheid om wetten aan verdragen te toetsen, NJB 2012, nr. 40, pp. 2812-2818, p. 2814.

¹³ Idem, p. 2818.

¹⁴ Zie Fleuren, a.w. noot 8.

¹⁵ Idem, pp. 244-245.

¹⁶ Idem, pp. 263 en 308.

¹⁷ Idem, p. 263.

¹⁸ Idem, p. 283.

¹⁹ Idem, p. 309.

²⁰ Deze gedachtelijn werd ingezet in HR 12 mei 1999, BNB 1999/271C.

Uit de uitspraken zelf blijkt niet waarom de rechter doorgaans zo terughoudend is. Maar er zijn twee voor de hand liggende motieven. In eerste plaats kan de rechterlijke terughoudendheid worden verklaard uit het feit dat doorwerking en voorrang rechtstreeks uit de Grondwet voortvloeien en dat aan geen van de nationale autoriteiten daaromtrent beslissende bevoegdheid toekomt. De tweede reden die de rechter tot terughoudendheid aanzet is de onschendbaarheid van de wet van art. 120 Grw. Zeker in de beginjaren zag de rechter art. 94 als een uitzondering op de hoofdregel. Na honderd jaar toetsingsverbod was de animo om wetgeving te gaan toetsen aan het internationale recht niet zo groot. Art. 94 Grw. werd in verbinding gelezen met art. 120 Grw. Daaruit werd een opdracht gedistilleerd aan de rechter om te proberen om het conflict zoveel mogelijk via interpretatie weg te nemen en een uitleg te kiezen die de minste impact heeft.

3.2 Soms gebruikt de rechter het internationale recht als breekijzer

De geschiedenis van de toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht bevat echter ook wel voorbeelden van gevallen waarin de rechter het internationale recht gebruikte om de politiek in beweging te krijgen of te corrigeren. Zo nam de Hoge Raad in het midden van de jaren tachtig in de zogenaamde 'Voorjaarsbeschikkingen' de wetgeving over het ouderlijk gezag na echtscheiding op de schop met behulp van art. 8 EVRM.²¹ Ook de uitspraken van de CRvB over gelijkheid en het kostwinnersbeginsel in de sociale zekerheid, gedaan tijdens de tweede helft van de jaren tachtig op grond van art. 26 IVBPR, behoren tot deze categorie.²² De rechter stond daarbij op de tenen van een bezuinigende overheid, die zelfs dreigde om het IVBPR dan maar op te zeggen. Dat bleek niet mogelijk, maar het signaal was wel afgegeven.

Ook de recente SGP-uitspraak van de Hoge Raad past in deze meer assertieve lijn.²³ In het arrest komt de Hoge Raad tot de conclusie dat art. 7 van het Vrouwenverdrag rechtstreeks werkt. Nu de bepaling de staat oproept om alle passende maatregelen te nemen is dat echter niet het geval. De bepaling richt zich hierdoor tot de regering en de wetgever en niet tot de rechter. Maar de Hoge Raad blijkt niet voor één gat te vangen: hij construeert de rechtstreekse werking door art. 7 Vrouwenverdrag te verbinden met het veronderstelde monopolie dat politieke partijen zouden hebben op de kandidaatstelling. De Kieswet kent echter geen partijen- maar een lijstenstelsel: iedere groep van 30 kiezers kan een kandidatenlijst indienen voor de Tweede Kamer.²⁴ De SGP ontnam vrouwen dus niet het passieve kiesrecht, maar alleen de mogelijkheid om voor deze partij uit te komen bij de verkiezingen. Zoals GroenLinks het passieve kiesrecht niet zou schenden als zij iemand als kandidaat zou weigeren die pleit voor meer broeikasgas.

²¹ HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585-588.

²² CRvB 14 mei 1987, RSV 1987/246, CRvB 5 januari 1988, RSV 1988, 198 t/m 200, CRvB 7 december 1988, RSV 1989/67.

²³ HR 9 april 2010, LJN: BK4549.

²⁴ Art. H 4, lid 1 Kieswet.

Een tweede aanwijzing dat de Hoge Raad in deze zaak nogal resultaatgericht was wordt gevormd door het feit dat geen wettelijk voorschrift buiten toepassing gelaten wordt, zoals art. 94 Grw. voorschrijft. In plaats daarvan wordt de staat een gebod opgelegd, namelijk om maatregelen te nemen die de SGP ertoe zullen brengen om vrouwen te kandideren. Hierdoor wordt een grondwettelijke bepaling die hooguit ruimte laat aan een declaratoire uitspraak als grondslag gebruikt om een rechterlijk bevel jegens de staat uit te vaardigen. Dat is een zeer vergaande ingreep in de bestaande staatsrechtelijke verhoudingen waarvoor iedere grondslag ontbreekt.

Daarnaast zijn er de afgelopen jaren enkele uitspraken gedaan op basis van het EVRM die door politici als een steen des aanstoets werden beschouwd. Zo oordeelde het Hof Den Haag dat krakers een huisrecht kunnen ontleen aan art. 8 EVRM.²⁵ Daarom moeten zij op grond van art. 13 EVRM de gelegenheid krijgen om hun zaak aan de rechter voor te leggen als zij met uitzetting worden bedreigd, voordat de ontruiming wordt geëffectueerd. De Rechtbank Den Haag gaf te kennen dat het ontbreken van een overgangstermijn voor intrekking van de Wet Werk en Inkomen Kunstenaars (WWIK) in strijd is met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.²⁶

Wetenschappers hebben nogal eens de neiging om dit soort uitspraken te vergoelijken of te bagatelliseren door ze af te doen als 'incidenten'; door erop te wijzen dat ze passen in de staande jurisprudentie van het EHRM; of dat het partij zijn bij het EVRM nu eenmaal consequenties heeft. Maar dat soort opmerkingen zijn niet altijd besteed aan politici die geacht worden de Grondwet in acht te nemen en 's rijks financiën in evenwicht te houden. Met name volksvertegenwoordigers hebben nogal eens moeite met rechterlijke uitspraken die de wensen van hun kiezers doorkruisen. Als leden van de wetgevende macht hebben ze in het kader van *checks and balances* het volste recht om die uitspraken te kritiseren en om te trachten ze te redresseren. Wat politici stak was dat de Wet Kraken en Leegstand, die nog maar zeer kort daarvoor door de wetgever was aangenomen om ontruiming te vergemakkelijken, op deze manier werd tenietgedaan. De uitspraak over de WWIK past weliswaar in de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van art. 1 Protocol I, maar die jurisprudentie is zeer omstreden.²⁷ Bovendien werden Nederlandse politici nu voor de eerste maal met de gevolgen van die uitleg geconfronteerd.

²⁵ Hof Den Haag, 8 november 2010, LJN: BO3682.

²⁶ Rb Den Haag, 3 januari 2012, LJN: BU9921; Hof Den Haag, 5 juni 2012 LJN: bw7457.

²⁷ Zie Marc Bossuyt, De uitbreiding van de rechtsmacht van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens tot socialezekerheidsregelgeving: een rechterlijke revolutie?, Rechtskundig Weekblad 2007-2008, pp.842-856.

4. Moet de Nederlandse rechtsorde worden beschermd tegen de jurisprudentie van het EHRM?

Hoewel het EHRM een onmisbare rol vervult in het verhogen van het mensenrechtelijke gehalte van de rechtsordes van de Partij Staten, valt op de kwaliteit van het juridische handwerk van het Hof de laatste tijd wel het nodige af te dingen.²⁸

Zo houdt het Hof zich niet goed aan zijn eigen precedents. In *M.S.S. tegen Griekenland en België*,²⁹ die een bom legde onder het stelsel van afhandeling van asielverzoeken binnen de EU, veroordeelde het Hof Griekenland omdat het een Afghaanse asielzoeker had onderworpen aan onmenselijke en vernederende behandeling. De asielzoeker was eerst onder mensonterende omstandigheden opgevangen in een asielzoekerscentrum en daarna geheel aan zijn lot overgelaten. De man had daarop zijn heil gezocht in België, maar dit land had hem op basis van de Dublinverordening uitgezet naar Griekenland, de lidstaat waarin hij zijn eerste asielverzoek had ingediend. Het EHRM meende dat België zich had moeten realiseren dat de omstandigheden voor asielzoekers in Griekenland dermate slecht waren dat zij strijd opleverden met art. 3 EVRM en veroordeelde dit land daarom eveneens.

Maar België had, toen het overging tot uitzetting van de klager naar Griekenland, vertrouwd op de uitspraak *K.R.S. tegen het VK* die enkele maanden daarvoor door het Hof was gedaan.³⁰ Volgens deze uitspraak konden de partijstaten asielzoekers gerust overdragen aan het land van eerste opvang binnen de EU zonder zich te hoeven afvragen of daar het EVRM wel wordt gerespecteerd. Het Hof meende in *M.S.S.* dat aan deze uitspraak geen precedentwerking toekwam, omdat de omstandigheden in Griekenland in de tussentijdse periode ingrijpend waren verslechterd. Maar rechter Nicolas Bratza wees er in zijn *dissenting opinion* in *M.S.S.* terecht op dat een deel van de documenten waarin op die verslechtering werd gewezen al was meegewogen in de *K.R.S.* zaak. De rest van de informatie was inderdaad pas bekend geworden na *K.R.S.*, maar ook pas nadat de klager al door België was uitgezet naar Griekenland.

Ook de wijze waarop het EHRM in asielzaken het bewijs vergaart laat te wensen over. In de *M.S.S.* zaak beweerde de klager in Griekenland slecht te zijn behandeld, maar volgens het Hof slaagde hij er niet in om deze claims hard te maken. Het Hof nam de beweringen niettemin toch voor waar aan omdat ze strookten met de observaties van de Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen, de Commissaris voor Mensenrechten van de Raad van Europa en een aantal NGO's, waaronder Amnesty International, die zich in de procedure hadden gevoegd. Maar rapporten van Amnesty International en de Hoge Commissaris zijn

²⁸ Zie voor een uitgebreide en gedocumenteerde kritiek op het ambachtelijke werk van het EHRM: Tom Zwart, *More human rights than Court: why the legitimacy of the European Court of Human Rights is in need of repair and how it can be done*, in Tom Zwart, Spyridon Flogaitis en Julie Fraser (red), *The European Court of Human Rights and its discontents: turning criticism into strength*, Cheltenham, 2013 (verschijnt juni 2013).

²⁹ EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09.

³⁰ EHRM 2 december 2008, nr. 32733/08.

niet geschikt voor dit doel, omdat zij geschreven worden om de beleidsdoelen van deze organisaties en niet de gerechtelijke belangen te dienen. Er is uiteraard niets op tegen als organisaties als Amnesty International hun doelstellingen proberen te verwezenlijken, maar de wijze waarop zij hun gegevens verzamelen is niet onderworpen aan regels van bewijsrecht. Daarom kan de gerechtelijke taak niet aan hen worden uitbesteed. Bovendien heeft het EHRM in *Mamatkulov en Askarov tegen Turkije*³¹ aangegeven dat zulke rapporten weliswaar de algemene situatie in het betrokken land beschrijven, maar niet geschikt zijn om de specifieke beweringen van de klager te onderbouwen.

Ook de standaard die het Hof gebruikt bij de interpretatie van het EVRM – de consensusmethode – biedt geen houvast. Deze methode komt erop neer dat er sprake is van een schending als het gedrag van de verweervoerende staat afwijkt van dat van een grote meerderheid van de partijstaten. Zo werd Turkije door het Hof veroordeeld wegens een schending van het recht op privéleven omdat het gehuwde vrouwen niet toestaat om de meisjesnaam te blijven voeren.³² In alle andere partijstaten is dat wel toegestaan. Het Hof past de consensusmethode niet altijd consequent toe.

Zo liet het VK lange tijd niet toe dat personen die geslachtsverandering hebben ondergaan zich onder hun nieuwe geslacht in de burgerlijke stand registreren. Die weigering werd enkele malen bij het Hof aangevochten, maar het VK ontsprong de dans omdat op dit punt een Europese consensus ontbrak. In de *Christine Goodwin tegen het VK* zaak in 2002 werd het VK echter uiteindelijk wel veroordeeld omdat de weigering in strijd was met de consensus.³³ Maar bij gebreke aan een Europese consensus beriep het Hof zich plotseling op een ‘internationale consensus’, gebaseerd op de praktijk in Australië en Nieuw-Zeeland.

In *A, B, en C tegen Ierland* kwam het Hof tot de conclusie dat abortus in de overgrote meerderheid van de partijstaten weliswaar vrij is, maar het Ierse verbod leverde toch geen schending van het EVRM op.³⁴ Dat kwam volgens het Hof omdat er geen consensus is over het begin van het menselijk leven. Maar die verschillen van inzicht tussen de Partij Staten staan kennelijk niet in de weg aan consensus op wetgevingsgebied en die is bepalend voor de consensusmethode. Het is duidelijk dat het EHRM Ierland een ontsnappingsmogelijkheid wilde bieden, omdat het van erkenning van het recht op abortus wel eens een breekpunt zou kunnen maken, maar daaraan werd de consistentie van de consensusmethode ten onrechte ondergeschikt gemaakt.

Overigens staat de kritiek van politici op het EHRM niet op zichzelf. Ook de Hoge Raad neemt soms afstand van de lijn die in Straatsburg wordt uitgezet. Zo deed het college op 12 februari 2013 een opmerkelijke uitspraak over de TBS-problematiek op vordering tot

³¹ EHRM 4 februari 2005, nr. 46827/99 en 46951/99, r.o. 73; zie ook r.o. 6 en 7 van de dissenting opinion van Rechter Bratza en anderen.

³² *Ünal Tekeli tegen Turkije*, EHRM 16 november 2004, nr. 29865/96.

³³ EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95.

³⁴ EHRM 16 december 2010, nr. 25579/05.

cassatie in het belang der wet van de Procureur-Generaal.³⁵ De rechter die TBS oplegt dient in zijn uitspraak aan te geven of al dan niet sprake was van een geweldsdelict. Als deze opleggingsrechter meent dat van een geweldsdelict sprake is, dan mag de TBS na vier jaar nog worden verlengd. De vraag die bij de Hoge Raad voorlag was of de rechter die beslist over de verlenging van TBS kan bepalen of sprake was van een geweldsdelict als de opleggingsrechter dat heeft nagelaten.

Het EHRM bepaalde vorig jaar in het arrest *Van der Velden tegen Nederland* dat deze vrijheid niet toekomt aan de verlengingsrechter.³⁶ Nu de verlengingsrechter daartoe in de *Van der Velden* zaak wel toe was overgegaan, als gevolg waarvan de TBS van de klager ook na vier jaar was verlengd, werd Nederland veroordeeld wegens een schending van art. 5 EVRM. De Hoge Raad daarentegen bepaalde in zijn arrest dat als de opleggingsrechter zich niet duidelijk heeft uitgesproken over de vraag of een geweldsdelict is begaan, deze omissie tot op zekere hoogte door de verlengingsrechter mag worden gerepareerd. Als de verlengingsrechter meent dat in het vonnis van de opleggingsrechter voldoende aanknopingspunten te vinden zijn dat het ging om een geweldsdelict, dan kan de TBS langer dan vier jaar worden verlengd.

De *Van der Velde* uitspraak van het EHRM kwam neer op een verschil van inzicht tussen het EHRM en de Penitentiaire Kamer van het Hof Arnhem over de vraag of het gebruik dat de klager maakte van een gasalarmpistool een geweldsdelict opleverde. Daarmee stelde het EHRM zich op als de *fourth instance* die hij geacht wordt juist niet te zijn. Bovendien had de uitspraak van het EHRM geleid tot nogal wat maatschappelijke onrust en het arrest maakt daaraan een einde. Om die redenen alleen al dient de uitspraak van de Hoge Raad te worden verwelkomd.

Maar de lijn die de Hoge Raad in zijn arrest kiest is precies de benadering waarover het EHRM in *Van der Velden* de staf brak en de vraag is hoe de Hoge Raad deze afwijking van de Straatsburgse lijn kan rechtvaardigen. Daarvoor moeten we terug naar de opmerkingen die President Corstens van de Hoge Raad maakte op 15 februari 2013 tijdens een hoorzitting van de Eerste Kamer over de toekomst van het EHRM.³⁷ Bij die gelegenheid maakte hij duidelijk dat de relatie tussen het EHRM en de nationale rechter op grond van het subsidiariteitsbeginsel geen eenzijdige is. De nationale rechter moet de rechtspraak van het EHRM loyaal maar niet slaafs volgen. De wijze waarop de nationale rechter uitvoering geeft aan de uitspraken van het EHRM wordt als het ware onderdeel van een dialoog tussen beide instanties.

³⁵ HR 12 februari 2013, LJN: BY8434.

³⁶ EHRM 31 juli 2012, nr. 21203/10.

³⁷ Vaststelling begroting Ministerie van Buitenlandse Zaken, Verslag van een expertmeeting, Kamerstukken I, 2011-12, 33000 V L.

Volgens Corstens kan de nationale rechter zelfs afwijken van de lijn om het EHRM op andere gedachten te brengen. Dat is in deze zaak kennelijk gebeurd. Met deze benadering verschaft de Hoge Raad zich de mogelijkheid om de scherpe kantjes van de Straatsburgse jurisprudentie af te halen en zelfs te proberen om het EHRM op andere gedachten te brengen. Als de rechter op grond van het subsidiariteitsbeginsel die bevoegdheid heeft, dan komt die natuurlijk ook aan de wetgever toe.

5. Conclusie

Fleuren en De Wit veronderstellen dat Taverne zijn voorstel heeft ingediend om de balans tussen rechter en wetgever te herstellen en om de Nederlandse rechtsorde te beschermen tegen een in zijn ogen wat al te assertief EHRM. Als die veronderstelling klopt, dan tonen de hierboven beschreven ontwikkelingen op het terrein van doorwerking en voorrang aan dat de bezwaren van Taverne niet uit de lucht zijn gegrepen. Er zijn enkele recente zaken, zoals de SGP-uitspraak, waarin de rechter het internationale recht doelgericht leek in te zetten. Ook bezwaren tegen het opereren van het EHRM snijden hout. Taverne's optreden lijkt dan ook ingegeven door constitutionele bedenkingen en niet door een 'terugtrekking achter de dijken mentaliteit'. Het is het recht en de taak van volksvertegenwoordigers om dit soort constitutionele bedenkingen te articuleren, en een initiatiefwetsvoorstel is daarvoor een geschikt middel.

Op het eerste gezicht is het maar zeer de vraag of Taverne zijn doel met zijn voorstel zal bereiken. Het is niet vanzelfsprekend dat het initiatief in tweede lezing in beide huizen de vereiste tweederde meerderheid zal halen. Bovendien is het effect op het EVRM verwaarloosbaar. Nederland is al partij bij dat verdrag en het hoeft de wetgever dus niet meer te passeren, dat zal hooguit gelden voor nieuwe aanvullende protocollen. Bovendien is het vooral de jurisprudentie van het EHRM en niet de tekst van het EVRM zelf die soms vragen oproept en die wordt door het voorstel niet bestreken.

Maar het zou niet verstandig zijn als men zich door dit soort haalbaarheidsoverwegingen zou laten afleiden. Het belangrijkste oogmerk van Taverne zou namelijk wel eens kunnen zijn om een krachtig signaal af te geven in de richting van de Nederlandse rechter en het EHRM om meer prudentie te betrachten. Het zou niet de eerste keer zijn dat een politicus het initiatief tot wetgeving neemt met als doel het gedrag van de rechter te veranderen.

President Roosevelt deed dit in 1937 toen hij wetgeving aankondigde, de *Judicial Procedures Reform Bill* die bekend zou worden als de *Court Packing Plan*, die zou moeten leiden tot een uitbreiding van het aantal rechters in het Hoogerechtshof. Door een aantal nieuwe rechters te benoemen zou hij de zeer conservatieve koers van het Hoogerechtshof, dat zijn New Deal wetgeving aan de lopende band onverbindend verklaarde, kunnen beïnvloeden. Omdat zijn eigen partij in het Congres niets voor zo'n maatregel voelde, leek deze tot mislukken gedoemd.

Maar Roosevelt gebruikte de dreiging van wetgeving vooral om de rechters in het Hooggerechtshof op een ander koers te brengen: hij schatte in dat ze liever van standpunt zouden veranderen dan hun invloed te laten verwateren door de benoeming van extra rechters.³⁸ Die calculatie bleek te kloppen: één van de rechters stapte over van het kritische kamp binnen het Hof naar de rechters die de New Deal wel toelaatbaar achtten en hielp hen daardoor aan een meerderheid. Daarom wordt wel gesproken over ‘a switch in time saves nine’.

Het initiatief van Taverne bevat ook een suggestie in de richting van zijn medewetgevers, namelijk om zelf te komen tot een intensievere toetsing aan internationaal recht. Om te zorgen dat het initiatief dit effect zal hebben is het verstandig om enkele waarborgen toe te voegen. Zo zou een Toetsingscommissie uit het midden van de Tweede Kamer kunnen worden ingesteld, die wetsvoorstellen op hun constitutionele merites beoordeelt en zich uitspreekt over het een ieder verbindende karakter van verdragsbepalingen. Dit zou in het Reglement van Orde van de Tweede Kamer kunnen worden uitgewerkt. Samenwerking met de Eerste Kamer is hier mogelijk, en er zou zelfs een commissie uit het midden van de Verenigde Vergadering kunnen worden ingesteld. De Britten hebben dergelijke ‘*joint committees*’ op het terrein van het Europese recht en het terrein van grondrechten. Eventueel zou een en ander nog wat meer kunnen worden aangekleed door de Commissie te voorzien van een onafhankelijk secretaris, door wetenschappers te vragen pre-adviezen over wetsvoorstellen te schrijven, of door de Commissie te laten bijstaan door een – onafhankelijk – adviescollege.

³⁸ Jamie L. Carson & Benjamin A. Kleinerman, A Switch in Time Saves Nine: Institutions, Strategic Actors, and FDR’s Court-Packing Plan, 113 (2002) Public Choice 301.



Dit is een uitgave van:

Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties
Postbus 20011 | 2500 EA Den Haag
www.rijksoverheid.nl

ISBN/EAN: 978-90-5414-208-9
Eerste druk

Juli 2013 | B-19847