

Het democratisch immuunsysteem: constitutionele toetsing en partijverboden als medicijn

S. PHILIPSEN*

Op 13 december 2018 presenteerde de staatscommissie parlementair stelsel (hierna ook: staatscommissie) haar eindrapport. In het eindrapport is een afzonderlijk hoofdstuk gewijd aan het thema weerbare democratie. Over dit onderwerp werd in het regeerakkoord al het volgende opgemerkt: 'Onze democratische rechtsstaat moet weerbaarder worden gemaakt tegen radicale antidemocratische krachten'.¹ In de probleemverkenning bleek reeds dat de staatscommissie deze stelling deelt, of in ieder geval voor zichzelf de taak zag weggelegd die juistheid ervan te onderzoeken. Hoewel de staatscommissie het thema weerbare democratie ruim uitlegt, is de nadrukkelijke plaats van dit onderwerp in het eindrapport opmerkelijk omdat dit thema niet zonder meer binnen de taakstelling van de staatscommissie lijkt te vallen. Weerbare democratie raakt nu eenmaal niet onmiddellijk aan het parlementaire stelsel. In de visie van de staatscommissie ligt dat mogelijk anders omdat noties als rechtsstaat, democratie, parlementair stelsel en kiesrecht door de staatscommissie voortdurend in samenhang worden besproken.²

In het kader van de beschouwingen over de wijze waarop de weerbaarheid van de democratie kan worden verhoogd, bespreekt de staatscommissie een vijftal onderwerpen. Op al die onderwerpen doet zij voorstellen om de weerbaarheid te vergroten. Daartoe behoren onder andere het versterken van burgerschapsonderwijs³ en de regulering van microtargeting via social media.⁴ In deze bijdrage zal in het bijzonder op twee aanbevelingen worden ingegaan, te weten: de aanbeveling om een constitutioneel hof in te stellen en de aanbeveling te komen tot een nieuwe regeling omtrent partijverboden. De bespreking van beide aanbevelingen geschiedt daarbij als volgt. In paragraaf 1 wordt eerst ingegaan op de aard en omvang van het door de staatscommissie geconstateerde probleem. Vervolgens wordt in paragraaf 2 het voorstel tot instelling van een constitutioneel hof besproken. Paragraaf 3 gaat in op het voorstel omtrent een nieuwe

arti-
kelen

* Mr. S. Philipsen is universitair docent Staatsrecht aan de Universiteit Utrecht

1 Regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' 2017, p. 5.

2 Zie ter illustratie; Probleemverkenning, p. 9.

3 Zie over de problemen rondom invoering van nieuwe burgerschapsopdrachten voor het onderwijs onder andere Philipsen 2018, p. 73-75.

4 Zie voor de invloed van digitalisering op het verkiezingsproces de preadviezen van Broeksteeg en Landman & Nehmelman in: Efthymiou, Goossens & De Lange 2018, p. 45-90.

regeling voor partijverboden. Tot slot wordt in paragraaf 4 de conclusie op gemaakt.

1. Het probleem

In de probleemverkenning die aan het eindrapport en de tussenrapportage vooraf ging, presenteerde de staatscommissie een aantal sterktes en zwaktes van het politieke systeem in Nederland. In dat kader merkte zij onder andere op dat mogelijke ondermijning van de democratische rechtsstaat een risico is van het huidige stelsel.⁵ En hoewel de staatscommissie erkende dat ook het huidige stelsel reeds een aantal beschermelingen kent, moest volgens haar nog altijd de vraag worden gesteld of de Nederlandse democratische rechtsstaat *extra* bescherming behoeft. ‘Permanent onderhoud’ is volgens de staatscommissie noodzakelijk. Met de staatscommissie moet worden toegegeven dat onderhoud natuurlijk altijd een goede zaak is. Wie tegen onderhoud is, is immers al snel voor verval. Maar waarom onderhoud ook permanent moet zijn en belangrijker wat *permanent* onderhoud betekent, wordt in de probleemverkenning niet duidelijk.

In de tussenrapportage gaat de staatscommissie een stap verder door duidelijker een probleem te definiëren. Zij stelt: ‘Voor elke democratische rechtsstaat geldt dat antidemocratische en anti-rechtsstatelijke (politieke) partijen op enig moment een reële bedreiging kunnen gaan vormen’.⁶ Vervolgens stelt zij dat dit ‘de cruciale vraag [oproept] hoe een democratische rechtsstaat zichzelf daartegen moet verdedigen.’ Hoewel de staatscommissie deze stelling met een zekere stelligheid poneert, is het maar zeer de vraag of zij juist is. Natuurlijk kunnen in iedere democratische rechtsstaat antidemocratische en anti-rechtsstatelijke partijen – of ruimer – groeperingen opkomen. Maar de vraag die staatscommissie met haar stelling opwerpt is of dat soort partijen ook in iedere democratie een *reële* bedreiging voor de rechtsstaat kunnen vormen. Het antwoord op die vraag is waarschijnlijk veel complexer dan de staatscommissie doet voorkomen en in ieder geval is het enkele feit dat overal antidemocratische partijen *kunnen* ontstaan onvoldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat zij ook overal een reële bedreiging voor de rechtsstaat zijn. Anders dan de staatscommissie lijkt te vooronderstellen gaat het ene niet noodzakelijk met het andere samen.⁷

Alvorens de vraag kan worden beantwoord of er aanleiding bestaat bezorgd te zijn over de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat in Nederland zal eerst duidelijk moeten worden welke factoren bijdragen aan het einde van de democratische rechtsstaat. Een kader aan de hand

⁵ Probleemverkenning, p. 18.

⁶ Tussenstand, p. 16.

⁷ Weinig overtuigend is het citaat in het Eindrapport op p. 218: ‘De vraag is echter gewettigd of deze mechanismen sterk genoeg zijn en ook zullen blijven in de nabije toekomst. Er is het nodige dat pleit voor een ontkenkend antwoord: (...) 4. De aanwezigheid van antidemocratische en antirechtsstatelijke krachten binnen het politieke systeem.’

waarvan dat antwoord gevonden kan worden ontbreekt in eindrapport van de staatscommissie. Duidelijk is dat staatsrechtelijke normen en conventies in een dergelijk (beoordelings)kader in ieder geval een belangrijke rol spelen.⁸ De staatscommissie wijst daar op wanneer zij stelt dat de rechtsstaat ook nu al een groot aantal verdedigingsmechanismen kent. Daarbij noemt de staatscommissie in het bijzonder het evenredige kiesstelsel en artikel 2:20 BW.⁹ Een beoordeling van de weerbaarheid van democratieën kan evenwel niet tot dit perspectief worden beperkt. Het vereist in ieder geval ook dat er wordt gekeken naar andere niet staatsrechtelijke, rechtsstatelijke of primair juridische factoren. Zo is waarschijnlijk het welvaartsniveau een belangrijke voorspellende waarde voor de weerbaarheid van de democratie. Geen enkele democratie is ooit teruggevallen in een dictatuur als het bruto binnenlands product groter was dan 8000 dollar per persoon. Daarnaast vormt het aantal personen in een samenleving onder de dertig een factor van belang. De drang tot revolutie is nu eenmaal groter onder jongeren. In algemene zin zal gelden dat naarmate burgers meer te verliezen hebben, zij minder geneigd zullen zijn radicale omwentelingen te steunen. Daarnaast wordt de weerbaarheid van de democratie en haar instituties in grote mate bepaald door het verloop van tijd. Met iedere overwonnen crisis neemt de weerbaarheid op zichzelf reeds toe.¹⁰

In het licht van het voorgaande is het logisch dat radicale ondemocratische en antirechtstatelijke omwentelingen zich bijna altijd voordoen in jonge democratieën. En dat verklaart weer waarom het weerbaarheidsdenken vooral ook in de constitutionele stelsels van jonge democratieën tot ontwikkeling is gekomen.¹¹ Met als meest bekende, en in het weerbaarheidsdiscours meest gebruikte voorbeeld: Duitsland. Ook recente Europese voorbeelden als Hongarije en Polen, die ook door de staatscommissie worden aangehaald, zijn zeker in vergelijking met Nederland jonge democratieën. De Nederlandse democratie verschilt dan ook op een groot aantal punten van deze voorbeelden. De vraag moet daarom op dit punt herhaald; waarom zou de Nederlandse democratie weerbaarder moeten worden? Op zichzelf lijken er op dit moment weinig goede argumenten te bestaan die de conclusie rechtvaardigen dat de democratie in ons land binnen enige en voorzienbare tijd zou kunnen eindigen of serieus onder druk zou kunnen komen te staan. En voor zover die argumenten wel bestaan, noemt de staatscommissie die argumenten niet. Van een urgent probleem lijkt in ieder geval geen sprake. De hiervoor opgesomde indicatoren wijzen juist de andere kant op. En ook ontwikkelingen in andere Europese lidstaten stemmen tot hoop. Zo laat bijvoorbeeld de Griekse democratie zien dat zelfs relatief jonge democratieën tegen een stootje kunnen.

8 Levitsky & Ziblatt 2019, p. 97-117.

9 Probleemverkenning, p. 18.

10 Deze indicatoren zijn ontleend aan: Runciman 2018.

11 Zie ter illustratie bijv. Spanje, in: De Lange, Efthymiou & Van Tienen 2016, p. 71 e.v.

Toegegeven, ook als de hiervoor bedoelde argumenten niet bestaan en ook als de urgentie van het probleem veel minder groot is dan de staatscommissie in haar rapport vaak suggereert, is daarmee niet onmiddellijk gezegd dat de door de staatscommissie voorgestelde maatregelen ter vergroting van de weerbaarheid niet genomen moeten worden. Dat geldt zeker nu sommige van de door de staatscommissie voorgestelde weerbaarheidsmaatregelen ook op andere gronden gerechtvaardigd kunnen worden. De noodzaak tot instelling van een constitutioneel hof kan bijvoorbeeld ook los van het vergroten van de weerbaarheid worden beargumenteerd. De staatscommissie zegt daar zelf over dat ‘ook wanneer de feitelijke bedreigingen niet acuut of urgent worden geacht, het verstandig [is] om voorzorgsmaatregelen te treffen.’¹² Uiteraard is het treffen van maatregelen alleen ‘verstandig’ als de vooronderstelde voordelen zwaarder wegen dan de nadelen.

In het navolgende wordt ten aanzien het voorstel tot instelling van een constitutioneel hof en het voorstel te komen tot een nieuwe regeling van partijverboden uiteengezet hoe zij zich verhouden tot de doelstelling om de weerbaarheid van de Nederlandse democratische rechtsstaat te vergroten. Daarnaast zal telkens worden bezien of er los van deze rechtvaardiging ook andere argumenten bestaan die het voorstel kunnen dragen.

2. Constitutionele toetsing door een constitutioneel hof

Een van de belangrijkste voorstellen die de staatscommissie doet ter vergroting van de weerbaarheid van de Nederlandse democratie, afgemeten naar de ruimte die het voorstel in het eindrapport inneemt, is het voorstel een constitutioneel hof in te stellen. Dat constitutionele hof moet bij uitsluiting van andere rechterlijke instanties bevoegd worden tot constitutionele toetsing van wetten in formele zin. Die toetsingsbevoegdheid heeft in het bijzonder betrekking op de grondrechten uit hoofdstuk 1 Grondwet. Door instelling van een constitutioneel hof wordt toetsing aan de Grondwet door andere rechterlijke instanties dan het constitutioneel hof uitgesloten.¹³ Daarnaast moet de toetsingsbevoegdheid van het constitutionele hof volgens de staatscommissie beperkt blijven tot het moment nadat de wetten in het Staatsblad gepubliceerd zijn. De ex ante constitutionele toetsing die nu reeds op verschillende momenten in het wetgevingsproces plaatsvindt, kan volgens de staatscommissie ongewijzigd blijven.¹⁴ Daarnaast kan de toetsingsbevoegdheid in de voorstellen van de staatscommissie door individuele rechtszoekenden niet rechtstreeks worden ingeroepen. Het constitutionele hof kan uitsluitend middels een prejudiciële procedure worden geëntameerd.

¹² Tussenstand, p. 16.

¹³ Eindrapport, p. 206.

¹⁴ Zie Van Sasse van Ysselt 2016, p. 1480-1485; Vermeulen & Van Roosmalen 2012, p. 212-224.

Met het voorstel om een vorm van ex post constitutionele toetsing van wetten in formele zin mogelijk te maken treedt de staatscommissie in de voetsporen van eerdere (staats)commissies die gelijksoortige voorstellen deden.¹⁵ Tot nu toe haalden geen van de voorstellen om artikel 120 Grondwet (gedeeltelijk) af te schaffen het Staatsblad. Hetzelfde geldt voor het initiatiefvoorstel Halsema/Van Tongeren dat bij uitblijven van voldoende politieke steun door de initiatiefnemers uiteindelijk werd ingetrokken.¹⁶ In het licht van deze geschiedenis getuigt het van moed en vasthoudendheid dat de staatscommissie de handschoen wederom opneemt. Het belangrijkste verschil tussen het voorstel van de staatscommissie en eerdere voorstellen om constitutionele toetsing van wetten in formele zin mogelijk te maken, is gelegen in het voorstel de toetsingsbevoegdheid aan een afzonderlijk constitutioneel hof op te dragen. Bij de beoordeling van het voorstel van de staatscommissie om een constitutioneel hof in te voeren kan onderscheid worden gemaakt tussen het voorstel om de reikwijdte van het toetsingsverbod te beperken en het voorstel om de toetsingsbevoegdheid aan een afzonderlijk hof toe te kennen. Beide voorstellen kunnen als afzonderlijke onderdelen worden beoordeeld.

Over de idee dat wetten in formele zin getoetst moeten kunnen worden aan de Grondwet is in het verleden al veel geschreven. De verschillende argumenten voor en tegen constitutionele toetsing hoeven op deze plaats niet herhaald. Wanneer die argumenten op de Nederlandse rechtsorde worden toegepast lijken er weinig overtuigende redenen te bestaan om artikel 120 Grondwet, althans voor zover het gaat om toetsing aan hoofdstuk 1 van de Grondwet, te handhaven. Die conclusie wordt niet zozeer ingegeven door het feit dat er geen goede redenen zouden kunnen bestaan om de Grondwet uit te zonderen van de algemene regel dat de rechter toeziet om de integriteit van de hiërarchie van normen,¹⁷ maar vooral door de omstandigheid dat die argumenten in de Nederlandse rechtsorde voor zover het gaat om toetsing aan grondrechten door artikel 94 Grondwet sterk aan kracht hebben ingeboet. De staatscommissie kent aan artikel 94 Grondwet dan ook een nadrukkelijke plaats toe in haar pleidooi voor constitutionele toetsing.

Ten aanzien van de belangrijkste door de staatscommissie aangevoerde doelstelling van de invoering van constitutionele toetsing – het vergroten van de weerbaarheid van de democratie – geldt dat het openstellen van constitutionele toetsing van wetten in formele zin zonder meer bijdraagt aan het vergroten van de weerbaarheid. Daarbij moet echter wel worden aangetekend dat de toegevoegde waarde van constitutionele toetsing niet moet worden overschat. Zo stelt de staatscommissie in haar eindrapport dat er door de afwezigheid van constitutionele toetsing van wetten in

15 Zie bijv. Eindrapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 47; Eindrapport commissie grondrechten in het digitale tijdperk 2001, p. 49.

16 *Kamerstukken II 2018/19*, 32334, nr. 12; Zie uitvoerig over de geschiedenis rondom het afschaffen van het toetsingsverbod: Van Sasse van Ysselt 2019, p. 452-458.

17 Die argumenten bestaan nadrukkelijk wel zie bijv. Waldron 2006, p. 1348-1406; Zie ook De Boer 2018, p. 57 e.v.

formele zin een lacune in de rechtsbescherming bestaat. Die lacune zou er in het bijzonder uit bestaan dat de Grondwet soms bescherming biedt die verder gaat dan de bescherming die aan verdragsrechten kan worden ontleend. Daarbij dacht de staatscommissie aan de strenge competentievoorschriften die in artikel 6 tot en met 9 Grondwet worden gesteld en het absoluut beschermde censuurverbod dat o.a. in artikel 7 Grondwet is terug te vinden. Ten aanzien van de competentievoorschriften is de Grondwet zonder meer strenger dan internationaalrechtelijke normen. Daarmee is evenwel niet gezegd dat het openstellen van toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet op dit punt tot meer rechtsbescherming zal leiden.¹⁸ Dat is alleen het geval wanneer de wet in formele zin de beperkingsbevoegdheid delegeert zonder dat de Grondwet daartoe een grondslag biedt. In alle andere gevallen waarin lagere regelgevers zonder daartoe gematigd zijn door de wetgever grondrechten beperken kan de rechter ook nu al toetsen. Daarnaast is, anders dan de staatscommissie aanneemt, lang niet zeker dat het openstellen van toetsing van wetten in formele zin ook ten aanzien van inhoudelijke normen zoals het censuurverbod tot meer bescherming leidt dan het internationale recht nu biedt. Gezien de staat van het EVRM in onze nationale rechtsorde is het niet onaannemelijk dat de rechter het beschermingsbereik van bijvoorbeeld artikel 10 EVRM en 7 Grondwet zo veel mogelijk zal laten overlappen.

De staatscommissie kent ook buiten de concrete rechtsbescherming een grote heilzame werking toe aan constitutionele toetsing. Zo kan constitutionele toetsing volgens de staatscommissie een middel zijn om de afnemende aandacht voor de wetgevingskwaliteit in het wetgevingsproces te compenseren. Waar die afnemende aandacht en kwaliteit uit zouden blijken wordt verder niet duidelijk. Ook niet waarom constitutionele toetsing in de vorm waarin de staatscommissie die voorstelt, daarin veranderingen zou kunnen brengen. Er bestaan immers geen aanwijzingen dat de grondrechten door de wetgever in formele zin op grote schaal worden geschonden.¹⁹ Ook is constitutionele toetsing volgens de staatscommissie een remedie tegen het veranderende karakter van wetgeving. Steeds vaker wordt de wet alleen kaderstellend toegepast en wordt de uitwerking en concrete normstelling overgelaten aan lagere regelgevers. De vraag is evenwel hoe constitutionele toetsing van wetten in formele zin aan de grondrechten uit hoofdstuk 1 van de Grondwet hiertegen zou kunnen helpen. Veel gedelegeerde regelgeving kan ook nu al door de rechter aan de Grondwet worden getoetst. Dat geldt in het bijzonder als de concrete normstelling niet reeds uit de formele wet voortvloeit.

De staatscommissie stelt niet alleen voor constitutionele toetsing van wetten in formele zin mogelijk te maken, maar stelt eveneens voor de

¹⁸ Zie op dit punt: Van Houten 1995, p. 451-468.

¹⁹ In deze zin ook: Sillen 2010, p. 2742-2748.

constitutionele toetsing te concentreren bij een speciaal daartoe op te richten constitutioneel hof. Dat laatste voorstel is om een aantal redenen opmerkelijk. Ten eerste valt te betwijfelen of bij het uitblijven van voldoende politieke steun voor de invoering van een constitutionele toetsingsbevoegdheid voor wetten in formele zin, de instelling van een tot constitutionele toetsing bevoegd constitutioneel hof wel op voldoende steun kan rekenen. Zo mogelijk belangrijker is dat de instelling van een constitutioneel hof op gespannen voet kan staan met de wens van de staatscommissie de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat te vergroten. En ook voor het overige bestaan er weinig overtuigende argumenten om tot de instelling van een afzonderlijk constitutioneel hof over te gaan.

Constitutionele hoven kwamen in zwang na de Tweede Wereldoorlog. Voor de instelling van een afzonderlijk tot constitutionele toetsing bevoegd hof waren grofweg twee argumenten. Het eerste argument was gelegen in een gebrekkig vertrouwen in de kwaliteit van de rechterlijke macht.²⁰ Niet alleen in Duitsland maar ook in Spanje speelde dit argument een rol bij het besluit een afzonderlijk constitutioneel hof in te stellen. Een tweede argument werd gevonden in de wens om juist de suprematie van de wetgever te onderkennen door het constitutionele hof als een aparte staatsmacht te situeren. In die opvatting lijkt constitutionele ‘rechtspraak’ meer op wetgeving dan op rechtspraak.²¹ Om die reden zou een pleidooi voor constitutionele toetsing ter vergroting van de weerbaarheid, zich dus veel beter op decentrale toetsing kunnen concentreren. Het is in het kader van de door de staatscommissie gepropageerde wens de weerbaarheid te vergroten opvallend dat de staatscommissie stelt dat zij eraan hecht dat ‘de wetgever verantwoordelijk blijft voor het tot stand brengen van nieuwe wetgeving of het aanpassen dan wel intrekken van bestaande wetgeving.’²² Daarnaast zijn afzonderlijke hoven met een beperkt aantal rechters naar aard veel kwetsbaarder. Ter illustratie zij gewezen op de recente spanningen in Polen.²³

Niet alleen vanuit het perspectief van het vergroten van de weerbaarheid zijn er geen overtuigende argumenten die pleiten voor de instelling van een afzonderlijk constitutioneel hof. Ook daarbuiten bestaan die argumenten niet. Het toekennen van de toetsingsbevoegdheid aan een speciaal constitutioneel hof is volgens de staatscommissie verdedigbaar doordat uitleg van de Grondwet eerder dan de uitleg en de toepassing van verdragen, een belangrijke nationale politieke dimensie kan hebben. Voor zover de toetsingsbevoegdheid beperkt blijft tot grondrechten, gaat dit argument niet op. Toetsing aan het EVRM, of andere grondrechtencatalogi kent een vergelijkbare ‘politieke’ dimensie als toetsing aan het eerste hoofdstuk van de Grondwet.²⁴ Ook het argument dat een constitutioneel hof de rechtszekerheid en rechtseenheid ten goede komt, overtuigt niet.

20 Ginsburg 2008, p. 85.

21 Stone Sweet 2010, p. 167.

22 Eindrapport, p. 207.

23 Zie over dit onderwerp en de benoeming van rechters in het algemeen: Corstens 2018, p. 473-480.

24 Zie in het bijzonder de Urgenda-casus en de procedure rondom de uitzondering op het rookverbod: Hof Den Haag 9 oktober 2018, AB 2018/417, m.nt. Ch.W. Backes en G.A. van der Veen; HR 10 oktober 2014, AB 2015/21, m.nt. S. Philipsen en J.C. de Wit.

En voor zover dat argument al enige kracht zou hebben kan ook binnen de normale rechterlijke hiërarchie worden geopteerd voor een prejudiciële procedure waarmee zo veel mogelijk langdurende rechtsongelijkheid voorkomen zou kunnen worden. In dit laatste punt schuilt een meer algemene kritiek over de wijze waarop de staatscommissie het voorstel tot instelling van een constitutioneel hof presenteert. De staatscommissie onderbouwt dit voorstel met zeer algemene argumenten die niet op de Nederlandse constitutionele rechtsorde worden toegesneden. De vraag die op dit punt in de tijd moet worden beantwoord is niet of constitutionele toetsing door een constitutioneel hof in abstracto wenselijk of onwenselijk is. Over die vraag lopen de meningen gerechtvaardigd uiteen. De vraag is veeleer of constitutionele toetsing door een afzonderlijk nog in te stellen constitutioneel hof binnen de huidige constitutionele structuur van ons land een toegevoegde waarde zou hebben. Ten opzichte van de abstracte beoordeling verliezen veel argumenten dan aan relevantie. Het is een gemis dat de staatscommissie niet uitgebreider ingaat op de specifieke constitutionele context waarin dat constitutionele hof moet functioneren. De Staatscommissie besteedt de meeste aandacht aan de toetsing van grondrechten. Tegelijkertijd merkt zij op dat de taken en bevoegdheden van een constitutioneel hof niet tot toetsing aan grondrechten beperkt hoeven te blijven. Zo zou het constitutionele hof zich ook kunnen buigen over 'zuivere bestuursgeschillen'. Daarbij denkt de staatscommissie bijvoorbeeld aan geschillen die tussen bestuursorganen kunnen optreden naar aanleiding van decentralisatieoperaties. Op de verdere inkleuring en rechtvaardiging voor deze toetsingsmodaliteit gaat de staatscommissie niet in. Dat is jammer. Constitutionele toetsing is in federale staten onmisbaar vooral ook om geschillen over de interpretatie van de grondwet tussen overheidsverbanden op te kunnen lossen.²⁵ De beslechting van dergelijke bestuursgeschillen is in gedecentraliseerde eenheidsstaten veel minder logisch. Zelfs als die decentralisatie op sommige momenten bijna grenzeloos lijkt. De constitutionele rechtsorde kent namelijk vaak heldere conflictregels voor situaties waarin verschillende overheidsverbanden in elkaars vaarwater (dreigen) te komen.

Ook op andere mogelijke toetsingsbevoegdheden gaat de staatscommissie niet uitgebreid in. Dat is op zichzelf logisch. Zolang er onvoldoende draagvlak in het parlement bestaat om de toetsingsbevoegdheid van de rechter ten aanzien van wetten in formele zin uit te breiden tot hoofdstuk 1 van de Grondwet, lijkt een toetsingsbevoegdheid ten aanzien van andere bepalingen uit de Grondwet in ieder geval uitgesloten. Problematischer is dat de staatscommissie ook maar zeer beperkt aandacht besteedt aan de wijze waarop de toetsingsbevoegdheid, de prejudiciële procedure en de uitspraakbevoegdheden van het constitutionele hof vorm moeten krijgen.

²⁵ Zie voor een overzicht van de verschillende argumenten om tot constitutionele toetsing over te gaan: Ginsburg & Versteeg 2013, p. 592-597; en ten aanzien van de redenen om op Sint Maarten constitutionele toetsing aan een zelfstandig constitutioneel hof toe te kennen: Linthorst, Philipsen & De Wit 2017, p. 210.

Daardoor blijft onduidelijk welke dynamiek de invoering van een constitutioneel hof zoals door de staatscommissie voorgesteld met zich zal brengen. Wat zullen bijvoorbeeld in de praktijk de gevolgen zijn van de pre-judiciële procedure voor de duur van rechterlijke procedures? En hoe houdt de bevoegdheid uit artikel 94 Grondwet zich tot de toetsingsbevoegdheid van het constitutionele hof? Daarnaast kent de staatscommissie wel erg veel gewicht toe aan het kunstmatige onderscheid tussen de bevoegdheid een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing te laten en dat voorschrift te vernietigen.²⁶ Niet goed valt in te zien waarom de bevoegdheid wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet niet aan de bestaande rechterlijke structuur kan worden toegekend. Dat geldt zeker als het doel is de weerbaarheid van de democratie te vergroten. Maar in ieder geval geldt dat een pleidooi tot invoering van een constitutioneel hof pas zal kunnen worden gesteund als veel beter dan nu duidelijk is hoe dat hof in de praktijk zal functioneren.

3 Partijverboden

Als tweede weerbaarheidsmaatregel stelt de staatscommissie voor een specifieke regeling te introduceren voor het verbieden van politieke partijen. De huidige regeling zou niet volstaan. Die regeling, opgenomen in artikel 2:20 lid 1 BW, ziet niet in het bijzonder op politieke partijen, maar regelt in algemene zin de verbodenverklaring van rechtspersonen.²⁷ Ten aanzien van politieke partijen bepaalt o.a. artikel G2 lid 7 onder c Kieswet in aanvulling op artikel 2:20 BW wel nog dat de Kiesraad de naam van de rechtspersoon uit het centrale kiesregister schrapt.

Er bestaat een groot aantal manieren waarop de stabiliteit van de democratie kan worden vergroot.²⁸ De notie weerbare democratie impliceert evenwel de aanwezigheid van mechanismen die de mogelijkheid bieden tot actief verzet tegen antidemocratische stromingen. Dergelijke mechanismen moeten in het bijzonder voorkomen dat democratische besluitvormingsprocessen worden gebruikt om de democratie af te schaffen.²⁹

Partijverboden worden in het algemeen beschouwd als een belangrijk kenmerk van waarlijk weerbare democratieën.³⁰ Het denken over partijverboden als ultiem mechanisme om democratieën weerbaar te maken kwam op naar aanleiding van de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog en de wijze waarop de NSDAP in Duitsland de democratie afschafte.

Toch zijn partijverboden controversieel. Het grootste probleem van partijverboden is dat ze in essentie ondemocratisch zijn. Democratieën

²⁶ Vgl. Uzman 2013, p. 72-74.

²⁷ Zie Nieuwenhuis 2015, p. 113-119.

²⁸ Zie voor een overzicht van maatregelen De Lange, Efthymiou & Van Tienen 2016, p. 11-14.

²⁹ Zie zeer uitvoerig op dit punt Rijkema 2015; evenzo: De Morree 2016, p.147-153.

³⁰ Rijkema 2015, p. 12-22.

kenmerken zich immers door waarden als gelijkwaardigheid, pluralisme en tolerantie.³¹ Bepaalde politieke opvattingen toegang ontzeggen tot het democratisch forum zet daarmee op zichzelf de democratie onder druk. Om die reden is vaak betoogd dat het van belang is de gronden waarop politieke partijen verboden kunnen worden zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven.³² Dat voorkomt ook dat de grondslag om partijen te verbieden op een later moment al te eenvoudig misbruikt kan worden, door machthebbers die met partijverboden tegenstanders monddood willen maken. De inzet van partijverboden zou daarom beperkt moeten worden tot situaties waarin zij daadwerkelijk nodig zijn omdat er een reëel gevaar bestaat voor het voortbestaan van de democratie. De huidige regeling uit artikel 2:20 lid 1 BW zou voor dat doel te onbepaald zijn en het openbare orde-criterium uit deze bepaling te algemeen.³³

De staatscommissie stelt een nieuwe op politieke partijen toegesneden regeling voor die voorziet in een verbodsgrond wanneer de doelstelling en feitelijke werkzaamheden van de politieke partij de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat ondermijnt. Daarnaast moet door die ondermijning een 'daadwerkelijke en ernstige' bedreiging voor de democratische rechtsstaat bestaan. In deze laatste toevoeging komt de hiervoor reeds gememoreerde democratische paradox in volle omvang terug.

Eenzijds moet voorkomen worden dat partijverboden al te lichtzinnig worden uitgesproken, omdat zij nu eenmaal tegen de aard van de democratie ingaan. Anderzijds moet met het uitspreken van partijverboden niet zo lang worden getalmd dat de democratie de facto al is afgeschaft. De timing is cruciaal om in een concrete situatie de juiste balans te vinden tussen de beide uitgangspunten. Om die reden stelt de staatscommissie voor het moment waarop er een bijzonder of nader gevaar voor de democratische rechtsstaat ontstaat in de nieuwe regeling te expliciteren. Evenals bij het voorstellen omtrent constitutionele toetsing doemt ook ten aanzien van dit voorstel de vraag op of een nieuwe regeling werkelijk zo veel toegevoegde waarde heeft. Ten eerste geldt dat partijen die onder gezag van de door de staatscommissie voorgestelde regeling kunnen worden verboden, ook op grond van het huidige artikel 2:20 BW verboden kunnen worden. Het criterium 'strijd met de openbare orde' biedt daartoe voldoende flexibiliteit.³⁴ De jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van artikel 11 EVRM helpt bij de nadere inkleuring van deze bepaling en voorkomt dat politieke partijen op basis van deze algemeen geformuleerde verbodsgrond al te lichtvaardig worden verboden.

Belangrijker is echter dat partijverboden in de praktijk niet effectief zijn. In de meeste gevallen worden democratieën namelijk niet afgeschaft door politieke partijen die al voorafgaand aan de verkiezingscampagne beloven de democratie te beëindigen. Veel vaker in het recente verleden komen

31 P.E. de Morree, 'Weerbare democratie en het partijverbod in Nederland', in: Eftymiou, Goossens & De Lange 2018, p. 195; Door de staatscommissie worden deze waarden ook als rechtstatelijke waarden aangemerkt.

32 Molier & Rijpkema 2017, p. 662.

33 Eindrapport p. 225.

34 Van der Woude 2009, p. 23.

democratieën onder druk te staan door een proces van *democratic backsliding*.³⁵ De regimewisseling van democratie naar autocratie verloopt veel geleidelijker dan pleidooien voor partijverboden suggereren.

Partijverboden helpen weinig tegen het geleidelijke verval van de democratie, omdat op het moment dat duidelijk wordt dat de democratie in verval is het partijverbod waarschijnlijk niet meer kan worden ingeroepen. Dan zijn de tegenstanders van de democratie immers al aan de macht. Voor zover echte bedreigingen voor de democratische rechtsstaat voorstelbaar zijn, zullen zij zich verhullen en zonder veel moeite buiten de reikwijdte van een regeling omtrent partijverboden weten te blijven. Om die reden moet in aanvulling op hetgeen in paragraaf 1 reeds werd opgemerkt ten aanzien van partijverboden nogmaals de vraag gesteld hoeveel toegevoegde een dergelijke regeling heeft voor volwassen democratieën als de Nederlandse. Recente jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht bewijst dat partijverboden slechts in zeer uitzonderlijke situaties zullen worden uitgesproken en dat opvattingen over de vraag wanneer partijverboden noodzakelijk zijn veranderen naarmate de democratie volwassener wordt.³⁶ Hoe deze veranderende opvattingen in het denken over partijverboden in Duitsland moeten worden betrokken in de afweging rondom de noodzaak ook in Nederland een specifieke regeling voor partijverboden in te stellen, blijkt uit het eindrapport niet. Het was verder logisch geweest om voorstellen tot invoering van nieuwe regeling omtrent partijverboden te doen vergezellen van meer algemene voorschriften omtrent de positie van politieke partijen in het democratisch proces. Dat betekent onder andere dat stil had moeten worden gestaan bij de inhoudelijke eisen die aan politieke partijen worden gesteld. Op dit moment kunnen bijvoorbeeld groeperingen die geen rechtspersoon zijn meedoen aan de verkiezingen. Deze groeperingen vallen niet onder het bereik van artikel 2:20 BW. Op dat punt val met een nieuwe regeling mogelijk nog winst te behalen. De staatscommissie laat zich evenwel niet uit over de vraag of dit in de toekomst mogelijk moet blijven en hoe de nieuwe regeling omtrent partijverboden zich tot deze mogelijkheid verhoudt. Wel pleit de staatscommissie voor een afzonderlijke Wet op de politieke partijen, maar over hoe die wet inhoudelijk samenhangt met de regeling omtrent het partijverbod blijft de staatscommissie op de vlakte. Overigens noemt de staatscommissie politieke partijen 'belangrijke en zelfs onmisbare actoren van het politieke systeem'.³⁷ Onduidelijk blijft echter ook hoe deze zienswijze zich verhoudt tot de veranderende rol van politieke partijen, zoals eveneens door de staatscommissie geconstateerd.³⁸

Geconcludeerd moet dan ook worden dat een nieuwe regeling omtrent partijverboden in het licht van het voorgaande vooral symbolische waarde

35 Zie voor een definitie: Waldner & Lust 2018, p. 93-113.

36 Ellian, Molier & Rijkema 2017, p. 1650-1660.

37 Eindrapport, p. 229.

38 Eindrapport, p. 48.

heeft. Een dergelijke regeling expliciteert, duidelijker dan op dit moment is gebeurd, dat er grenzen zijn aan de tolerantie van de democratische rechtsstaat. Of daar behoefte aan is, is vooral een politieke vraag. In juridische zin lijkt de toegevoegde waarde van een nieuwe regeling voor partijverboden, gezien het reeds bestaande instrumentarium, zeer beperkt.

4. Conclusie

De staatscommissie kreeg in haar instellingsbesluit de omvangrijke opdracht mee te adviseren over de toekomstbestendigheid van het parlementaire stelsel.³⁹ Gezien die taakomschrijving verdient de staatscommissie op de eerste plaats lof voor de wijze waarop zij zich van haar taak gekwetend heeft. Niet alleen is het advies uiterst zorgvuldig voorbereid, het is de staatscommissie ook gelukt om binnen een beperkte tijd een unaniem advies te presenteren dat raakt aan een groot aantal wezenlijke elementen van het parlementaire stelsel. Daar komt bij dat de staatscommissie op veel van die onderwerpen ook duidelijk stelling neemt.

In haar eindrapport over het functioneren van het parlementair stelsel heeft de staatscommissie ook enkele voorstellen gedaan om de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat te vergroten. Dergelijke voorstellen moeten altijd met enige argwaan worden bekeken.

Weerbaarheidsmaatregelen hebben het effect van een sterk medicijn dat het (democratische) immuunsysteem beoogt versterken. Zij kunnen de patiënt (eerst) ook een beetje ziek maken. Er moeten dan ook goede argumenten voorhanden zijn alvorens tot invoering van dergelijke maatregelen besloten wordt. Een groot nadeel in dit kader is dat in het weerbaarheidsdenken het WOII-paradigma leidend is.⁴⁰ Natuurlijk valt niet volledig uit te sluiten dat aanvullende weerbaarheidsmaatregelen ook voor de Nederlandse rechtsorde toegevoegde waarde zouden kunnen hebben, of mogelijk dat dergelijke maatregelen zelfs aangewezen zijn. Het helpt echter niet om bij de onderbouwing van dat standpunt voortdurend te verwijzen naar voorbeelden die weinig gemeenschappelijk hebben met de karakteristieken van de hedendaagse Nederlandse democratische rechtsorde. De voorstellen van de staatscommissie om een constitutioneel hof in te stellen en te komen tot een nieuwe regeling omtrent partijverboden, overtuigen dan ook niet. Zij missen een voldoende rechtvaardiging doordat onvoldoende duidelijk wordt waarom het huidige juridisch instrumentarium niet volstaat. Voor zover er een noodzaak bestaat om de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat in Nederland te vergroten, was het beter geweest als de staatscommissie was vertrokken vanuit een specifieke analyse van de weerbaarheidsbehoefte in Nederland.

³⁹ *Stcr.* 2017, 6895.

⁴⁰ Zie in dit kader ook: Schepele 2013, p. 23-42.

Literatuur

De Boer 2018

Nik de Boer, *Judging European Democracy*, Amsterdam: z.u. 2018

Corstens 2018

G.J.M. Corstens, 'De rechtsstaat, hier en in Polen en Hongarije', *NJCM* 2018, p. 473-480

Efthymiou, Goossens & De Lange 2018

N.S. Efthymiou, J. Goossens & R. de Lange (red.), *Democratie: nieuwe ontwikkelingen*, Nijmegen: WLP 2018

Ellian, Molier & Rijpkema 2017

Afshin Ellian, Gelijn Molier & Bastiaan Rijpkema, 'Weerbare democratie en het probleem van timing', *NJB* 2017, p. p. 1650-1660

Ginsburg 2008

Tom Ginsburg, 'The Global spread of constitutional review', in: K.E. Wittington, R.D. Kelemen & G.A. Caldeira, *The Oxford handbook of law and politics*, Oxford University Press 2008

Ginsburg & Versteeg 2013

T. Ginsburg & M. Versteeg, 'Why Do Countries Adopt Constitutional Review', *Journal of Law and Economics & Organization* 2013, p. 592-597

Van Houten 1995

M.L.P. van Houten, 'Verboden toetsing', in: J.B.J.M. ten Berge, *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 451-468

De Lange, Efthymiou & Van Tienen 2016

Roel de Lange, Nick Efthymiou & Frank van Tienen, *Risico's voor de democratie*, Rotterdam 2016

Levitsky & Ziblatt 2019

Steven Levitsky & Daniel Ziblatt, *How democracies die*, New York: Broadway Books 2019

Linthorst, Philipsen & De Wit 2017

E.M. Linthorst, S. Philipsen & J.C. de Wit, 'De Tweede uitspraak van het constitutioneel hof Sint Maarten', *CJB* 2017, p. 207-214

Molier & Rijpkema 2017

Gelijn Molier & Bastiaan Rijpkema, 'Naar een afzonderlijke wettelijk bepaling inzake een partijverbod', *NJB* 2017, p. 662-664

De Morree 2016

P.E. de Morree, *Rights and wrongs under the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2016

Nieuwenhuis 2015

A.J. Nieuwenhuis, 'Het verenigingsverbod', *TvCR* 2015, p. 113-119

Philipsen 2018

S. Philipsen, 'Meer ruimte voor nieuwe scholen?', *Tijdschrift voor religie, recht en beleid* 2018, p. 62-75

Rijkema 2015

Bastiaan Rijkema, *Weerbare democratie*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2015

Runciman 2018

David Runciman, *How democracy ends*, London: Profile 2018

Van Sasse van Ysselt 2016

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Constitutionele toetsing van wetgeving ex ante', *NJB* 2016, p. 1480-1485

Van Sasse van Ysselt 2019

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Constitutionele toetsing in een weerbare democratische rechtsstaat', *NJB* 2019, p. 452-458

Scheppele 2013

Kim L. Scheppele, 'Jack Balkin is an American', *Yale Journal of Law & the Humanities* 2013, p. 23-42

Sillen 2010

J.J.J. Sillen, 'Tegen het toetsingsrecht', *NJB* 2010, p. 2742-2748

Stone Sweet 2010

Alec Stone Sweet, 'Constitutions and judicial power', in: *The Oxford handbook of comparative politics* 2010

Uzman 2013

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten*, Deventer: Kluwer 2013

Vermeulen en Van Roosmalen 2012

B.P. Vermeulen & H.J.Th.M van Roosmalen, 'De constitutionele toetsing door de Raad van State', *Regelmaat* 2012, p. 212-224

Waldner & Lust 2018

David Waldner & Ellen Lust, 'Unwelcome change: Coming to terms with democratic backsliding', *Annual review of political science* 2018, p. 93-113

Waldron 2006

Jeremy Waldron, 'The core of the case against judicial review', *The Yale Law Journal* 2006, p. 1348-1406

Van der Woude 2009

W. van der Woude, *Democratische waarborgen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009