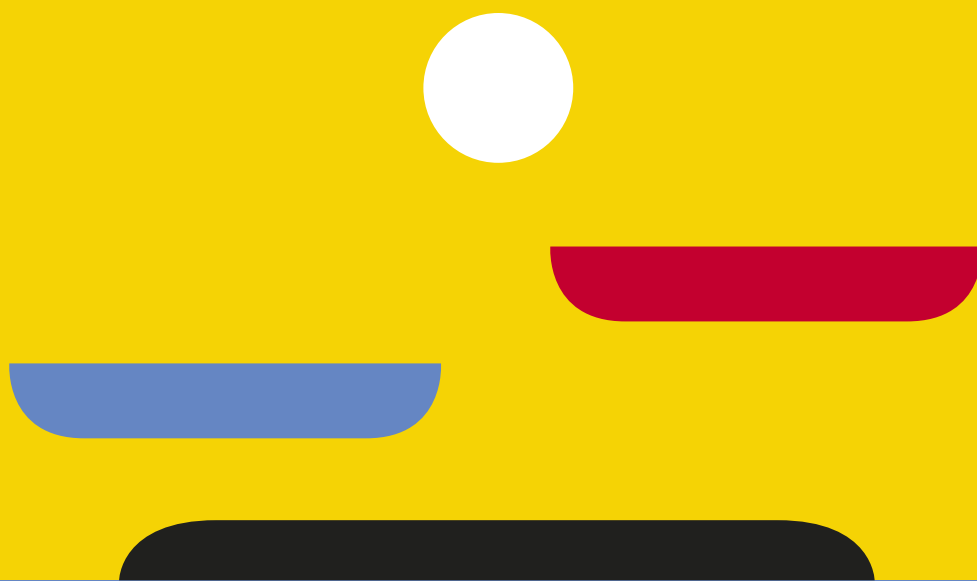


Constitutionele verandering in Nederland?

Degrondwetswijzigingen
van 2022-2023



J.H. Gerards, J. Goossens & E.Y. van Vugt

Boomjuridisch

In dit boek schenken staatsrechtexperts uit heel Nederland aandacht aan de grondwetswijzigingen van 2022 (met een kleine uitloper naar 2023), die gezamenlijk ook wel aangeduid zijn als de meest omvangrijke grondwetsherziening sinds 1983. De grondwetsherziening heeft geresulteerd in een algemene bepaling aan het begin van de Grondwet en in bepalingen betreffende een door niet-ingezeten Nederlanders gekozen kiescollege voor de verkiezing van de Eerste Kamer, het recht op een eerlijk proces, het brief- en telecommunicatiegeheim, een herijking van de grondwetsherzieningsprocedure, het doen vervallen van inmiddels irrelevant geworden additionele artikelen en het aanvullen van de discriminatiegronden van artikel 1 Grondwet.

Het is bijzonder dat er zoveel nieuwe grondwetsbepalingen in werking zijn getreden, nu de Nederlandse Grondwet bekend staat als statisch en lastig te veranderen. Toch is de vraag of en in hoeverre we deze wijzigingen kunnen duiden als werkelijke constitutionele verandering en of 2022-2023 voor Nederland kan worden gezien als een 'constitutional moment'. Hoe kunnen we deze herziening plaatsen in de Nederlandse grondwetsgeschiedenis? Welke wijzigingen heeft zij precies voortgebracht in onze Grondwet? Gaat het daarbij om het codificeren van staande praktijken of om het modificeren van de samenleving? In hoeverre verandert de herziening iets aan de positie van en de verhouding tussen de staatsambten en aan de positie van de burger ten opzichte van de overheid? Valt er kritiek te uiten op de grondwetswijzigingen die zijn aangebracht? En blijft er nog iets te wensen over?

Het boek gaat tot slot in op het voornemen van de regering om het toetsingsverbod opgenomen in artikel 120 Grondwet te wijzigen dan wel op te heffen. Toekomstige rechterlijke constitutionele toetsing zou immers een impact kunnen hebben op de rol en betekenis van de Grondwet, met inbegrip van de recent ingevoerde algemene bepaling die luidt 'De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat'.



**Universiteit
Utrecht**

MONTAIGNE CENTRUM
voor Rechtsstaat en Rechtspleging

**Dit is een publicatie in de reeks
van het Montaigne Centrum voor
Rechtsstaat en Rechtspleging,
Universiteit Utrecht.**

ISBN 978-94-6212-826-2



9 789462 128262 >

Boomjuridisch

Constitutionele verandering in Nederland?

CONSTITUTIONELE VERANDERING IN NEDERLAND?

DE GRONDWETSWIJZIGINGEN VAN 2022-2023

J.H. GERARDS, J. GOOSSENS EN E.Y. VAN VUGT (RED.)

BOOM JURIDISCH
Den Haag

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag

Dit boek is gepubliceerd in open access met licentie CC-BY-NC-SA. Onverminderd de afspraken over reproductie en de readerregeling staat deze licentie hergebruikers toe het materiaal te verspreiden, te herschikken, aan te passen en er op voort te bouwen, in elk medium of formaat voor niet-commerciële doeleinden, en alleen zolang de naam van de maker wordt vermeld. Als u het materiaal herschikt, aanpast of erop voortbouwt, moet u het gewijzigde materiaal onder identieke voorwaarden in licentie geven.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reproductie van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6212-826-2

NUR 823

www.boomjuridisch.nl

INHOUDSOPGAVE

Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023	1
<i>J.H. Gerards, J. Goossens en E.Y. van Vugt</i>	
De rigide Nederlandse Grondwet? Een empirische analyse van de grondwetswijzigingen 1814-2023	15
<i>J. Goossens en K. Haex</i>	
De Grondwet ‘revisited’: geleidelijke aanpassing en verdiepende interpretatie	53
<i>L.F.M. Verhey, L.C. Groen en T.J. van Ernst</i>	
Rechterlijke toetsing aan de grondwettelijke grondrechtenbepalingen: daadwerkelijke meerwaarde verlangt meer dan het afschaffen van het toetsingsverbod	95
<i>A.E.M. Leijten en C.M.S. Loven</i>	
Een constitutioneel hof in Nederland?	121
<i>R.J.B. Schutgens</i>	
‘De kernbeginselen van onze Grondwet’: De algemene bepaling in historisch-constitutioneel perspectief	141
<i>M. Stremmer</i>	
De modernisering van artikel 13 Grondwet: Een techniekonafhankelijke bescherming van het communicatiegeheim	175
<i>R.H.T. Jansen</i>	
Recht op een eerlijk proces: overbodige toevoeging of revolutionaire potentie?	203
<i>R.J.G.M. Widdershoven</i>	
De verkiezing van de Eerste Kamer der Staten-Generaal en het nieuwe kiescollege niet-ingezetenen	225
<i>G. Karapetian</i>	

INHOUDSOPGAVE

Herijking van de grondwetsherzieningsprocedure	245
<i>E.Y. van Vugt en T.E.J.H. van Gennip</i>	
De nieuwe discriminatiegronden van artikel 1 Grondwet: Lijnen in het debat	271
<i>J.H. Gerards</i>	

CONSTITUTIONELE VERANDERING IN NEDERLAND?

DE GRONDWETSWIJZIGINGEN VAN 2022-2023

*J.H. Gerards, J. Goossens en E.Y. van Vugt**

INLEIDING

De Nederlandse Grondwet staat algemeen bekend als rigide en moeilijk te wijzigen. Soms wordt dat als een mooi en krachtig kenmerk gezien, of als iets om trots op te zijn. Een liefkozende betiteling van de Grondwet als ‘oude dame’ door Tijn Kortmann drukt dat uit.¹ Anderen hebben het over de Grondwet als de ‘poten onder de stoel’ van ons staatsbestel, of over een basisdocument dat ‘grondwetsgebruikers’ zien als hun ankerpunt.² De Grondwet wordt in het algemeen ook gezien als waardevol. Op basis van de resultaten van een recente steekproef of ‘flitspeiling’ concludeert het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties bijvoorbeeld dat burgers het belang van de Nederlandse Grondwet als (zeer) groot beschouwen, al blijft hun kennis over de inhoud van de Grondwet enigszins achter.³ Toch zijn er ook minder flatteuze kwalificaties aan de Grondwet gegeven, zoals de Grondwet als ‘muurbloempje’ of als ‘dode letter’.⁴ Af en toe wordt gesteld dat de Grondwet onvoldoende ‘levend’ is, te weinig draagvlak heeft, slecht aansluit bij maatschappelijke realiteiten en een ‘vertekend beeld geeft van onze politieke structuren en idealen’.⁵ In een ‘evaluatie’ van de Grondwet is daarnaast gewezen op de ‘sobere’ grondwetscultuur, ‘waarin grote en meeslepende gedachten over de betekenis en waarde van een Grondwet zeldzaam zijn’.⁶

De combinatie van een verzwaarde wijzigingsprocedure en een politiek uiterst pluriform land maakt inderdaad dat de Grondwet niet zo gemakkelijk bij de tijd kan worden gehou-

* Prof. mr. J.H. (Janneke) Gerards, prof. mr. J. (Jurgen) Goossens en mr. dr. E.Y. (Eva) van Vugt zijn verbonden aan de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtsstheorie van de Universiteit Utrecht en maken onderdeel uit van het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van diezelfde Universiteit. Zij danken Lisa Wiggers en Myrthe Mijsters voor hun assistentie bij de eindredactie van deze bundel.

1 Kortmann 2008.

2 Barkhuysen, Van Emmerik, Voermans e.a. 2009, p. 74.

3 <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2023/02/28/flitspeiling-grondwet>, laatst geraadpleegd op 22 maart 2023.

4 Zie resp. Couwenberg 2003 en Scholten 2015.

5 Cliteur 2003, p. 135.

6 Barkhuysen, Van Emmerik, Voermans e.a. 2009, p. 18.

J.H. GERARDS, J. GOOSSENS EN E.Y. VAN VUGT

den. Toch doet zich voortdurend constitutionele verandering voor, op allerlei manieren. Wat Nederland vooral kenmerkt, is dat die verandering merendeels plaatsvindt door een evolutieve interpretatie van bestaande constitutionele normen en zich grotendeels buiten de Grondwet om afspeelt. Verschuivingen in de constitutionele verhoudingen tussen rechter en wetgever verlopen bijvoorbeeld via publiek-belangacties bij de rechter.⁷ Vernieuwingen in grondrechtenbescherming worden daarnaast teweeggebracht via het EVRM of het EU-Grondrechtenhandvest. Ook wordt er druk geëxperimenteerd met de vormgeving van kabinetsformaties of betrokkenheid van burgers en belangengroepen bij het politieke besluitvormingsproces. Af en toe ontstaat daardoor het beeld van de Grondwet als een kale rots die stevig, maar roerloos in een kolkende rivier staat. Dat is op zichzelf een mooi beeld – de Grondwet als bakken van standvastigheid – maar we zijn er toch nooit helemaal tevreden mee. Ondanks alle mogelijkheden van constitutionele verandering en ondanks de eerbied voor de Grondwet, blijft het idee bestaan dat ook de Grondwet zélf moet kunnen veranderen. Af en toe staat de rots volgens sommigen namelijk lelijk in de weg, bijvoorbeeld als het gaat om de benoeming van burgemeesters of het invoeren van een dwingend correctief wetgevingsreferendum. En veel vaker nog is de rots simpelweg irrelevant – we bewegen er toch wel omheen als het nodig is, bijvoorbeeld als het gaat om de vergaande impact van digitalisering en automatisering op overheidsbesluitvorming en zelfs als het gaat om een heikel onderwerp als het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet.

Voortdurend worden er dan ook inspanningen verricht om de Grondwet toch te veranderen. Dat gaat met kleine stapjes en geregeld ook enigszins toevallig: er ligt meestal geen duidelijk masterplan aan ten grondslag of een heldere visie op hoe de Grondwet eruit zou moeten zien. Zelfs over de precieze functies van de Grondwet bestaat al heel lang discussie.⁸ Hoewel er in de loop van de tijd nogal wat pogingen zijn ondernomen om de Grondwet in haar geheel te herschrijven en te vernieuwen, is voor zo'n grote herziening nauwelijks draagvlak te vinden.

Het incidentele karakter van grondwetsherziening maakt dat het heel opmerkelijk is als in één keer een heel aantal grondwetswijzigingen tegelijkertijd wordt doorgevoerd. Precies dat gebeurde in 2022, met een kleine uitloper naar januari 2023. In totaal werden er maar liefst zeven grondwetswijzigingen doorgevoerd, wat reden was om deze wijzigingen te

7 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*). Zie tevens ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en ECLI:NL:RVS:2023:852 over het buiten toepassing laten van de wet in een individueel geval door de rechter, omdat die toepassing anders in strijd zou komen met een algemeen rechtsbeginsel, zoals het evenredigheidsbeginsel.

8 Zie over deze functies bijv. Oomen 2009; Griffioen 2010, p. 374; Staatscommissie Grondwet 2010, p. 23; Van Sasse van Ysselt 2018, p. 59; Julicher 2020, par. 1.2.

betitelen als de meest omvangrijke grondwetswijziging sinds veertig jaar. De aanpassingen hebben geresulteerd in (1) een algemene bepaling,⁹ in bepalingen betreffende (2) een door niet-ingezetenen Nederlanders gekozen kiescollege voor de verkiezing van de Eerste Kamer,¹⁰ (3) het recht op een eerlijk proces,¹¹ en (4) de onschendbaarheid van het brief- en telecommunicatiegeheim,¹² in (5) een herijking van de grondwetsherzieningsprocedure,¹³ in (6) het doen vervallen van inmiddels irrelevant geworden additionele artikelen,¹⁴ en in (7) het aanvullen van de discriminatiegronden van artikel 1 Grondwet.¹⁵

Als deze wijzigingen als een ‘omvangrijke herziening’ zouden kunnen worden beschouwd, roept dat heel wat vragen op over constitutionele verandering in Nederland en de rol van de Grondwet daarin. Kan 2022-2023 voor Nederland worden gezien als een ‘constitutional moment’¹⁶ en kunnen we deze wijzigingen zien als daadwerkelijke constitutionele verandering? Of speelt constitutionele verandering zich toch nog steeds vooral buiten de Grondwet af? Hoe kunnen we deze herziening plaatsen in de Nederlandse grondwetsgeschiedenis? Welke wijzigingen heeft de herziening precies voortgebracht en gaat het daarbij om het codificeren van staande praktijken of juist om het modificeren van de samenleving? In hoeverre verandert de herziening iets aan de positie van en de verhouding tussen de staatsambten en aan de positie van de burger ten opzichte van de overheid? En wat kan de voorgenomen invoering van constitutionele toetsing nog gaan betekenen als het gaat om de functie van de nieuwe algemene bepaling aan het begin van de Grondwet, de relevantie van de Grondwet en haar functie als rots in een snelstromende rivier?

Geïnspireerd door dit soort vragen hebben in totaal vijftien rechtswetenschappers zich gebogen over constitutionele verandering in Nederland in het licht van de grondwetswijzigingen van 2022-2023. Een deel van hen heeft zich in de eerste plaats gericht op de relevantie van de Grondwet als het gaat om constitutionele verandering in Nederland.

Zoals gezegd, heerst in de literatuur het beeld dat de Nederlandse Grondwet rigide is, omdat deze moeilijk te wijzigen is. De aanvaarding van maar liefst zeven wijzigingswetten in 2022-2023 doet de vraag rijzen of dat beeld wel klopt. Op basis van een empirisch kwalitatief onderzoek naar alle grondwetswijzigingen van 1814 tot heden gaan *Goossens* en *Haex* in hun bijdrage daarom na in welke mate de aanname correct is dat de Nederlandse

9 *Stb.* 2022, 332.

10 *Stb.* 2022, 316.

11 *Stb.* 2022, 331.

12 *Stb.* 2022, 334.

13 *Stb.* 2022, 335.

14 *Stb.* 2022, 333.

15 *Stb.* 2023, 62.

16 Ackerman 1991.

J.H. GERARDS, J. GOOSSENS EN E.Y. VAN VUGT

Grondwet moeilijk te wijzigen is. Hiervoor hebben zij de Nederlandse gemiddelde *wijzigingsgraad*, doorgaans berekend op basis van het aantal wijzigingswetten (voor Nederland ondertussen 142), en de *moeilijkheidsgraad* van de grondwetswijzigingsprocedure vergeleken met beschikbare internationale data en analyses. Hoewel zij verscheidene methodologische kanttekeningen plaatsen bij de internationale data en analyses, constateren zij dat de *wijzigingsgraad* weliswaar iets lager lijkt te zijn, maar dat de *moeilijkheidsgraad* van de grondwetswijzigingsprocedure niet hoger lijkt te zijn dan het gemiddelde in internationaal perspectief. Op basis van een eigen dataverzameling en kwantitatieve analyse van de 142 wijzigingswetten verschaffen *Goossens* en *Haex* daarnaast het inzicht dat in de voorbije 209 jaar in totaal al 1240 artikelen van de Nederlandse Grondwet zijn gewijzigd. Zij nuanceren dan ook de stelling dat een Grondwet als de Nederlandse, die bestaat uit 146 artikelen en waarin – gemiddeld genomen – bijna zes artikelen per jaar wijzigen, als (sterk) rigide bestempeld moet worden. Tot slot analyseren zij de aard van de veranderingen die de 142 wijzigingswetten met zich hebben meegebracht. Daartoe hebben zij de verschillende wijzigingswetten gecategoriseerd in institutionele wijzigingen, materiële wijzigingen, het invoeren of schrappen van additionele artikelen of een combinatie van deze categorieën. Daarmee bieden zij een eerste inzicht in de aard van de wijzigingen die zijn opgenomen in de verschillende wijzigingswetten, met inbegrip van de meest recente wijzigingswetten gepubliceerd in 2022-2023.

Verhey, *Groen* en *Van Ernst* vertrekken in hun bijdrage vanuit de stelling dat de Grondwet lang niet altijd het ankerpunt biedt dat nodig is, en dat we in Nederland onze zaken constitutioneel gezien niet goed op orde hebben. Weliswaar biedt onze pragmatische, codificerende Grondwet veel ruimte voor maatschappelijke ontwikkelingen, maar tegelijkertijd geeft zij geen richting en is ze bovendien kwetsbaar. Die kwetsbaarheid wordt nog versterkt door razendsnelle ontwikkelingen als digitalisering, internationalisering en maatschappelijke onvrede. ‘Dat geeft geen fraai beeld’, stellen zij, en het roept de vraag op ‘hoe verder met de Grondwet’. Uitgangspunt is volgens de auteurs dat de Grondwet een goed evenwicht moet kunnen realiseren tussen ‘eenheid’ (eensgezind samenleven) en ‘veelheid’ (rekening houden met uiteenlopende en vaak tegenstrijdige belangen). Gelet op de grote veranderingen slaagt de Grondwet daarin nu niet. Dit vergt een proces van grondwetswijziging, al hoeft het ‘grondwetshuis’ zeker niet opnieuw van de fundamenten te worden opgebouwd. ‘Behoedzame geleidelijkheid lijkt daarom de sleutel te moeten zijn’, waarbij het invoeren van constitutionele toetsing essentieel is. Geleidelijke aanpassing alleen is echter nog niet voldoende. Bij toepassing van de Grondwet is het daarnaast nodig dat niet alleen naar de grondwetsbepalingen sec wordt gekeken, maar naar het stelsel als geheel. Gebruikers van de Grondwet moeten zich dus ook rekenschap geven van de beginselen, conventies en normatieve praktijken die aan de Grondwet ten grondslag liggen. Daarbij is een belangrijke rol weggelegd voor alle staatsmachten én de staatsrechtwetenschap, maar

in het bijzonder ook voor de rechter, die de Grondwet bindend zou moeten kunnen interpreteren.

De bijdrage van *Verhey*, *Groen* en *Van Ernst* maakt duidelijk hoe belangrijk uitleg en interpretatie van de Grondwet worden gevonden voor de constitutionele en maatschappelijke betekenis van het document. Tegen die achtergrond kan ook de al decennia durende discussie worden geplaatst om artikel 120 Grondwet te schrappen of te herformuleren, zodanig dat rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet mogelijk wordt. Lange tijd leek die discussie vooral theoretisch te zijn. De politieke controverse was zo groot dat het haast onmogelijk leek om het toetsingsverbod te wijzigen, laat staan op te heffen. Recenter lijkt er op dit punt een omslag te zijn bereikt. Het begon al met beweging in de rechterlijke macht, waarbij het inmiddels 35 jaar oude Harmonisatiewet arrest ter discussie werd gesteld en een kleine mogelijkheid is geopend om wetgeving in uitzonderlijke gevallen te toetsen aan de Grondwet. Daarnaast is er beweging bij de grondwetgever zelf. Het kabinet-Rutte IV heeft de gedachte van constitutionele toetsing omhelsd en het kabinet lijkt bereid er voorstellen over te doen. In de zomer van 2022 stuurde het kabinet een ‘hoofdlijnenbrief’ naar de Tweede Kamer, waarin een aantal kaders en beslispunten over de vormgeving van constitutionele toetsing uiteen werden gezet. Doel van de brief was om te komen tot een discussie in het parlement, zodat uiteindelijk tot een gedragen voorstel zou worden gekomen. Of dat laatste mogelijk is, is nog onduidelijk, maar het staat vast dat de hoofdlijnenbrief veel oude discussies heeft heropend en nieuwe punten heeft toegevoegd.

In hun hoofdstukken gaan *Loven* en *Leijten* respectievelijk *Schutgens* in op de ontwikkelingen rondom constitutionele toetsing. *Loven* en *Leijten* betogen dat toetsing van formele wetten aan de Grondwet juridische meerwaarde kan hebben ten opzichte van toetsing aan het EVRM en andere Europese en internationale grondrechteninstrumenten, maar dat daarvoor aan een aantal voorwaarden moet worden voldaan. In de eerste plaats is de beperkingssystematiek van de grondwettelijke grondrechten op dit moment niet goed toegesneden op toetsing door de rechter, nu voor het beperken van grondrechten in feite alleen een wettelijke basis nodig is. In plaats daarvan zou het beter zijn om inhoudelijke beperkingsvereisten te formuleren. Dat hoeft niet per se in de Grondwet zelf te gebeuren. De praktijk van het Belgische Grondwettelijk Hof laat bijvoorbeeld zien dat een ‘verzoenende lezing’ mogelijk is, waarbij de procedurele dimensie van het legaliteitsvereiste wordt aangevuld met de materiële criteria uit de internationale verdragen. Daarbij zou de Nederlandse rechter volgens *Leijten* en *Loven* best iets verder mogen gaan dan wat het EHRM strikt genomen vereist. Toch bepleiten zij uiteindelijk dat materiële beperkingsvereisten, waaronder in het bijzonder het proportionaliteitsbeginsel en een kernrechtbeginsel, worden opgenomen in de Grondwet zelf. Zou dat gebeuren, dan kan volgens hen ook rechter-

J.H. GERARDS, J. GOOSSENS EN E.Y. VAN VUGT

lijke toetsing aan sociale grondrechten mogelijk worden gemaakt: de beperkingsclausule biedt de rechter dan voldoende aanknopingspunten om te beslissen wanneer die wel of niet afdwingbaar kunnen zijn.

Schutgens gaat in zijn bijdrage in op een ander aspect van constitutionele toetsing, namelijk op de vraag hoe die constitutionele toetsing zou moeten worden ingericht. Ook daarover bestaat namelijk al heel lang discussie. Sommigen, zoals de Staatscommissie parlementair stelsel, hebben betoogd dat het wenselijk is om een constitutioneel hof in te voeren, dat in laatste instantie de Grondwet zou kunnen uitleggen. Bovendien zou zo'n constitutioneel hof nog andere rollen kunnen vervullen, zoals het instellen van een verbod op politieke partijen. Anderen bepleiten een stelsel van gespreide rechterlijke toetsing, waarbij – net als bij de toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht – iedere rechter bevoegd is tot het toetsen van formele wetgeving aan de Grondwet. *Schutgens* betoogt in zijn bijdrage dat het instellen van een constitutioneel hof is af te raden, ook al zijn daar zeker voordelen aan verbonden. Die voordelen zijn gelegen in het bijzondere mandaat dat een constitutioneel hof kan krijgen en de mogelijkheid om een specifieke expertise aan dit hof te geven. Daarvoor is ook een speciale benoemingsprocedure nodig. Samen maakt dit dat een constitutioneel hof bijzonder gezag kan verkrijgen. De mogelijkheden die het bredere constitutionele mandaat van een constitutioneel hof biedt, geven ruimte om de rechtsstatelijkheid van het stelsel en de Grondwet zelf goed te bewaken en het constitutionele recht op een robuuste manier te ontwikkelen. Ook kan het stelsel dan zo worden ingericht dat relatief snel duidelijkheid kan worden geboden over de juiste grondwetsuitleg, wat ook de rechtseenheid en rechtszekerheid ten goede komt.

Tegenover deze voordelen staat volgens *Schutgens* echter ook een aantal nadelen. Er is een risico dat de bijzondere benoemingsprocedure wordt 'gekaapt' door de politiek, wat het gezag van een constitutioneel hof kan ondermijnen. Verder kunnen de genoemde voordelen van een constitutioneel hof ook zónder zo'n hof worden bereikt. Ook nu al is er constitutionele rechtspraak en ook nu al zijn er rechtseenheidsvoorzieningen. Tegenover de relatieve voordelen van een constitutionele hof voor snelheid en rechtszekerheid staat bovendien het probleem dat een oplossing moet worden gezocht voor de situatie dat dezelfde rechten die in de Grondwet en in EU-recht en internationale verdragen zijn opgenomen. De keuze moet dan gemaakt worden of deze bepalingen hetzij door alleen het constitutionele hof kunnen worden geïnterpreteerd, hetzij door alle Nederlandse rechters. Dit vraagstuk kan worden opgelost door ook voor verdragstoetsing de gespreide toetsing op te heffen, maar, zo luidt *Schutgens'* conclusie, 'dat wij er ... iets beters voor terugkrijgen, is niet vanzelfsprekend'. Aangezien het risico van rechterlijk activisme, dat bij een constitutioneel hof mogelijk zichtbaar zou zijn, bij gespreide rechterlijke toetsing veel minder groot is, is het volgens *Schutgens* beter om het stelsel zelf ongewijzigd te laten. 'De keuze

voor een diffuus stelsel is kortom een keuze die past bij de gedachte *if it ain't broke, don't fix it*, concludeert hij.

In het tweede deel van de bundel staan de eigenlijke grondwetswijzigingen centraal die in 2022-2023 zijn aangenomen.

In zijn bijdrage over 'de kernbeginselen van onze Grondwet' analyseert *Stremmer* de aan het begin van de Grondwet ingevoerde algemene bepaling vanuit een historisch-constitutioneel perspectief. Het hoofdstuk vertrekt vanuit de vaststelling dat constitutionele ontwikkeling in Nederland sinds 1814 plaatsvindt op basis van een grondwet waar geen leidende idealen aan ten grondslag liggen. Grondwetswijzigingen hebben dan ook vooral plaatsgevonden op basis van praktische overwegingen en zonder overkoepelende visie, uitgezonderd de grondwetsherziening van 1848. Hierdoor is de Grondwet een relatief sober amalgaam van bepalingen die de constitutionele uitgangspunten en beginselen niet expliciteert. Tot 2022. Aan het begin van de Grondwet staat nu immers de sobere, doch fundamentele bepaling: 'De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.' Hiermee heeft de grondwetgever kleur bekend in de vorm van een abstract normatief ideaal dat nu uitdrukkelijk 'de kernbeginselen van onze Grondwet' en 'de grondvesten van onze staat' benoemt, aldus de regering. Anderzijds geeft *Stremmer* op overtuigende wijze aan dat de algemene bepaling zelf geen inhoudelijke breuk met zich meebrengt, maar begrepen moet worden als de codificatie van een historisch gegroeide juridische en politieke overtuiging: Nederland is een grondrechten-respecterende democratische rechtsstaat en moet dat ook blijven (hoewel de praktijk niet per se beantwoordt aan deze fundamentele constitutionele uitgangspunten).

Om de inhoud van de algemene bepaling te verduidelijken, beschrijft *Stremmer* op hoofdlijnen de belangrijkste constitutionele ontwikkelingen en wezenlijke betekenisveranderingen die hebben plaatsgevonden aangaande 'de democratie' en 'de rechtsstaat' inclusief 'de grondrechten'. Vervolgens illustreert hij dat ook de 'waarborgfunctie' van de Grondwet historisch is bepaald en onderhevig is aan verandering. Hij ziet de algemene bepaling als de uitdrukking van een historisch gegroeide consensus rondom de legitimatie van het staatsgezag die onderhevig is aan inherente spanningen en voortgaande politieke strijd. Hoewel de Grondwet de parlementaire democratie en de partijdemocratie evenals de liberale-sociale-democratische rechtsstaat 'waarborgt', laat deze tegelijkertijd veel ruimte voor tegenstellingen en spanningen die gepaard gaan met dit historisch gegroeide compromis. De algemene bepaling biedt op zijn minst wel een interpretatiekader voor de andere grondwetsbepalingen en het overige nationale recht dat zo veel als mogelijk grondwetsconform moet worden geïnterpreteerd. De algemene bepaling kan daarnaast ook fungeren als een inhoudelijke toetsingsstandaard voor de politieke instituties met inbe-

J.H. GERARDS, J. GOOSSENS EN E.Y. VAN VUGT

grip van de formele wetgever. Hoewel niet onmiddellijk fundamentele koerswijzigingen moeten worden verwacht bij een mogelijke opheffing van het toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet, wijst *Stremmer* er wel op dat de algemene bepaling ‘als meest omvattende inhoudelijk grondwettelijke norm onvermoede mogelijkheden [kan] bieden’.

Ook ten aanzien van de grondrechten die de Grondwet volgens de algemene bepaling waarborgt heeft de grondwetsherziening van 2022 het een en ander veranderd. Ten eerste is artikel 13 Grondwet gemoderniseerd. Op die modernisering werd allang gewacht. Zoals *Jansen* in zijn bijdrage over het communicatiegeheim aangeeft, was artikel 13 eigenlijk al verouderd op het moment waarop het briefgeheim in 1983 werd uitgebreid met het telefoon- en telegraafgeheim: de telegraaf was toen namelijk alweer op zijn retour. De technologische ontwikkelingen zijn daarna snel voortgeschreden, waardoor het benoemen van specifieke communicatiemiddelen steeds minder passend werd. De Grondwet verloor op dit punt daardoor veel van zijn waarborgkarakter, zeker in vergelijking met corresponderende bepalingen in het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest. Na veertig jaar is de bepaling qua formulering, reikwijdte en beperkingssystematiek eindelijk opgefrist. Daardoor is de bepaling nu beter in staat om als ankerpunt te dienen, zeker ook bij discussies over het belang van de nationale veiligheid. Om ervoor te zorgen dat privacy- en informatierechten echt goed worden gewaarborgd, is tegelijkertijd meer nodig, zo concludeert *Jansen*: zonder aanpassing van de (nog steeds niet techniekonafhankelijk geformuleerde) artikelen 7 (uitingsvrijheid) en 10 (privacy en persoonsgegevensbescherming) ‘dreigt de grondrechtenbescherming irrelevant te worden’.

Ten tweede omvat de Grondwet sinds 2022 ook een recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter, namelijk in het eerste lid van artikel 17 Grondwet. In zijn hoofdstuk plaatst *Widdershoven* enige vraagtekens bij de toegevoegde waarde van deze bepaling boven de bescherming die al aan deze rechten wordt gegeven door artikel 6 EVRM en artikel 47 van het EU-Grondrechtenhandvest. Natuurlijk is de reikwijdte van beide bepalingen in zekere zin beperkt: artikel 6 EVRM richt zich niet op puur publiekrechtelijke geschillen en artikel 47 Handvest biedt alleen bescherming in zaken waarin een EU-component speelt. Samengenomen bieden de beide internationale bepalingen echter al heel veel bescherming, niet in het minst door de zeer uitgebreide rechtspraak die het EHRM en het HvJ EU al tot stand hebben gebracht. Als artikel 17, eerste lid, Grondwet daadwerkelijk juridische meerwaarde zou moeten krijgen, zou dat dus alleen kunnen als de Nederlandse rechter de kleine nog bestaande hiaten opzoekt en die dicht. *Widdershoven* laat zien dat die gaten er nog steeds zijn, maar duidelijk is dat artikel 17, eerste lid, Grondwet weinig echte constitutionele verandering teweeg zal brengen. Daarvoor is de rechtsbescherming op basis van het Europese recht al te verrijnd en te uitgebreid. Artikel 17, eerste lid, Grondwet is daarmee overwegend codificerend van aard; van modificatie is nauwelijks sprake.

Naast ‘updates’ van de grondrechtencatalogus vonden er ook wijzigingen plaats in het domein van de politieke instituties. In 2022 is artikel 55 Grondwet, dat de verkiezingen van de Eerste Kamer regelt, aangepast en uitgebreid met een tweede lid. Dit tweede lid bepaalt dat de Nederlanders die geen ingezetenen zijn en stemgerechtigd zijn voor de Tweede Kamer voortaan rechtstreeks kunnen stemmen op de leden van een kiescollege. Volgens het nieuwe eerste lid kiezen de leden van dit kiescollege met de leden van de provinciale staten en die van de kiescolleges voor de Caribische openbare lichamen de leden van de Eerste Kamer. In haar bijdrage gaat *Karapetian* in op de motieven van de grondwetgever om over te gaan tot de introductie van dit zogeheten ‘kiescollege niet-ingezetenen’. Mede aan de hand van de inmiddels tevens in werking getreden Wet kiescollege niet-ingezetenen gaat zij vervolgens na hoe de op- en inrichting van dit kiescollege kan worden gekwalificeerd en wat de stemwaarde is van de leden van dit kiescollege.

De hamvraag is uiteindelijk of deze grondwetwijziging ertoe leidt dat alle Nederlandse staatsburgers, ingezetenen in Nederland of niet, vanaf heden politiek vertegenwoordigd zullen zijn in de Staten-Generaal. *Karapetian* stelt van niet: de Nederlanders die ingezetenen zijn in Aruba, Curaçao en Sint Maarten ontberen het kiesrecht voor de Tweede Kamer, omdat zij in landskwesities worden vertegenwoordigd door de Staten van Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Zij zijn daarmee ook niet kiesgerechtigd voor het kiescollege niet-ingezetenen Nederlanders. Dat is een probleem bij de totstandkoming van wetten die niet alleen in Nederland van toepassing zijn maar in het gehele Koninkrijk. Het is de Tweede Kamer die voorstellen van dergelijke rijkswetgeving kan initiëren, amenderen, aannemen of verworpen, en het is de Eerste Kamer die ten aanzien van die voorstellen van rijkswet het laatste woord heeft. Volgens *Karapetian* toont de aanpassing van artikel 55 Grondwet dan ook aan dat het zogeheten democratisch deficit in de Staten-Generaal bij de totstandkoming van rijkswetgeving niet nog langer stand kan houden: Nederlanders in het buitenland kunnen sinds 1983 politiek vertegenwoordigd zijn in de Tweede Kamer en sinds 2022 in de Eerste Kamer, waardoor zij (ook) zeggenschap hebben over rijkswetgeving, terwijl Nederlanders uit de Caribische landen – wie deze regelgeving waarschijnlijk meer aangaat en betreft – die zeggenschap missen.

Bijzonder aan de grondwetsherziening van 2022-2023 is verder dat de grondwetsherzieningsprocedure zélf is veranderd: er is afscheid genomen van de verplichting tot tussentijdse ontbinding van de Tweede Kamer. Volgens het nieuwe artikel 137 Grondwet dient voortaan de Tweede Kamer die na de eerste lezing verkozen is, een besluit te nemen over het voorstel tot wijziging van de Grondwet in tweede lezing. Doet die Tweede Kamer dat tijdens haar zittingstermijn niet, dan vervalt het voorstel van rechtswege (de zogeheten ‘valbijl’). In hun hoofdstuk bespreken *Van Vugt* en *Van Gennip* de aanleiding voor deze herijking van de grondwetsherzieningsprocedure en de betekenis en gevolgen ervan voor

J.H. GERARDS, J. GOOSSENS EN E.Y. VAN VUGT

de grondwetsherzieningspraktijk. Zij staan in het bijzonder stil bij het doel van de verkiezingen van de Tweede Kamer na afronding van de eerste lezing en de daarmee samenhangende valbijl. Anders dan vaak gezegd wordt, zijn die verkiezingen niet bedoeld als kiezersraadpleging over de voorliggende grondwetswijziging, maar dienen zij de representativiteit te garanderen van de volksvertegenwoordiging die over die grondwetswijziging de definitieve beslissing heeft te nemen. Door te eisen dat een nieuwe Kamer nog eens naar het voorstel heeft te kijken, wordt voorkomen dat een tijdelijke politieke meerderheid ingrijpende wijzigingen kan aanbrengen in het staatsbestel. Het draagvlak voor een grondwetswijziging moet met andere woorden duurzaam zijn en niet al vervlogen op het moment dat een nieuwe volksvertegenwoordiging wordt verkozen. Dat impliceert dat een grondwetsherziening geen doorgang mag vinden, zodra daarvoor onvoldoende steun bestaat in een nieuwgekozen Tweede Kamer: deze dient het voorstel dan te verwerpen. Doet zij dat niet, dan zal het voorstel van rechtswege vervallen.

Tot slot gaat *Gerards* in op de enige wijziging van de Grondwet die zo controversieel was dat er – anders dan gepland en niet langer in 2022 maar met uitloop naar 2023 – in tweede lezing een hoofdelijke stemming in de Eerste Kamer aan te pas moest komen. Het gaat dan om de uitbreiding van de (niet-limitatieve) opsomming van verboden gronden van discriminatie in artikel 1 Grondwet met de gronden handicap en seksuele gerichtheid. Zij laat zien dat deze wijziging een lange geschiedenis heeft, die al in de jaren '50 van de vorige eeuw is begonnen. Bij het bediscussiëren van deze wijzigingen hebben kernbegrippen voor het bij de tijd brengen van de Grondwet steeds een hoofdrol gespeeld. Zo is in ieder debat opnieuw de vraag opgekomen of de Grondwet vooral een normerende, juridische functie heeft, of toch ook een maatschappelijke of symbolische. Daarnaast kwam regelmatig naar voren wat nu eigenlijk het criterium is voor het actualiseren van de Grondwet, gelet op het sobere karakter ervan. 'Constitutionele rijpheid' en 'maatschappelijke consensus' over de noodzaak van een wijziging zijn begrippen die daarbij steeds weer worden genoemd, maar waarvan de betekenis nog altijd niet vaststaat. Dát de wijziging van artikel 1 Grondwet de tekst daarvan beter heeft laten aansluiten bij de maatschappelijke afkeuring van bepaalde gronden van onderscheid is tegelijkertijd een feit. De vraag is vooral wat dit betekent voor de toekomst. Is er nog meer constitutionele verandering te verwachten in de vorm van verdere uitbreiding van de lijst van gronden? En wat zijn dáárvoor dan weer de criteria? Duidelijk is dat niet, maar het staat wel vast dat nieuwe aanpassingen alweer in voorbereiding zijn. Van een onbeweeglijk rotsblok is in ieder geval bij artikel 1 Grondwet dus zeker geen sprake.

Wat kan uit deze hoofdstukken nu worden afgeleid over constitutionele verandering in Nederland? Op basis van de categorisering van *Goossens* en *Haex* in het eerste hoofdstuk blijkt dat in Nederland gemiddeld per vijf jaar één wijzigingswet verwacht kan worden

met daarin een materiële wijziging in de Grondwet, in tegenstelling tot een institutionele wijziging na gemiddeld één jaar en negen maanden. Er worden dus relatief gezien niet zo veel wijzigingen doorgevoerd die voornamelijk als materieel kunnen worden gekwalificeerd. Materiële wijzigingen betreffen niet louter instituties, maar hebben vooral betrekking op inhoudelijke rechten en plichten van de burger of zijn anderszins direct van invloed op de verhouding tussen overheid en burger. In het licht hiervan is het vrij opvallend dat de grondwetsherziening van 2022-2023 naast drie voornamelijk institutionele wijzigingen ook vier materiële wijzigingen betreft. Sinds 1814 zagen in totaal namelijk slechts 42 wijzigingswetten ook op materiële wijzigingen. Wellicht kan dat een verklaring zijn waarom 2022-2023 door sommigen wordt ervaren als een belangrijke of op zijn minst interessante periode voor grondwetswijziging in Nederland.¹⁷

Of de wijziging van artikel 137 de Grondwet nu meer of minder rigide maakt, is een vraag die nu nog niet kan worden beantwoord. De herijking van de grondwetsherzieningsprocedure beoogt deze procedure sneller te laten verlopen, maar dat wil niet zeggen dat de Grondwet voortaan ook sneller zal veranderen. De valbijl dwingt de nieuwgekozen Tweede Kamer weliswaar om een beslissing te nemen over een grondwetswijzigingsvoorstel in tweede lezing, maar of dat leidt tot meer aanvaardingen of afwijzingen is lastig te voorspellen.

Hoe is het nu, ten slotte, gesteld met constitutionele verandering in Nederland? Uit de hoofdstukken die de grondwetswijzigingen van 2022-2023 analyseren, blijkt dat het criterium ‘constitutionele rijpheid’ nog steeds gelding heeft. De zes wijzigingen blijken vooral te codificeren eerder dan te modificeren. Dat lijkt te bevestigen dat de Grondwet, ondanks de betrekkelijk beperkte rigiditeit, constitutionele veranderingen eerder lijkt te volgen dan aan te sturen. Dit bevestigt de stelling van *Verhey, Groen en Van Ernst* dat wezenlijke constitutionele verandering zich in Nederland grotendeels buiten de Grondwet om voltrekt, bijvoorbeeld door de ontwikkeling van constitutionele conventies en beginselen en door constitutionele rechtspraak. In de bijdragen van *Loven en Leijten* en van *Schutgens* over constitutionele toetsing blijkt tegelijkertijd dat toekomstig sleutelen aan het toetsingsverbod nog interessante constitutionele debatten zal opleveren, waardoor de voor toetsing vatbare grondwetsbepalingen weer volop onder de aandacht zullen komen. Ook de ware potentie van de algemene bepaling zal bij de mogelijke invoering van een vorm van constitutionele toetsing pas echt duidelijk worden. De wijzigingen van 2022-2023 en de ontwikkelingen daaromheen bevestigen vooralsnog dus vooral het beeld van de Grondwet als stevige rots in een snelstromende rivier.

17 Julicher en Sneller 2022.

J.H. GERARDS, J. GOOSSENS EN E.Y. VAN VUGT

LITERATUURLIJST

Ackerman 1991

B. Ackerman, *We the People: Foundations*, Cambridge: Harvard University Press 1991.

Barkhuysen, Van Emmerik, Voermans e.a. 2009

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, W.J.M. Voermans e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd: anker- of verdwijnpunt*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

Cliteur

P. Cliteur, 'De Nederlandse Grondwet – een kritische analyse', *Civis Mundi* 2003, p. 134-145.

Couwenberg 2003

S.W. Couwenberg, 'De Grondwet als bron van normativiteit en identiteit', *Civis Mundi* 2003, p. 127-134.

Griffioen 2010

H.M. Griffioen, 'Wankelmoedige kolos: een functionele analyse van de Grondwet', *TvCR* 2010, afl. 4, p. 362-375.

Julicher 2020

M.M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?*, diss. Utrecht 2020.

Julicher en Sneller 2022

M.M. Julicher en J.C. Sneller, 'Een Grondwetdag in de Tweede Kamer: dat smaakt naar meer!', beschikbaar op https://www.montesquieu-instituut.nl/id/vlsam4hzdnum/nieuws/een_grondwetdag_in_de_tweede_kamer_dat?colctx=vlnjkeqq63pg.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, 'Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?', in: M.P.H. van Haften (red.), *De Grondwet herzien: 25 jaar later; 1983-2008*, Den Haag: Ministerie van BZK 2008, p. 7-24.

Oomen 2009

B. Oomen, 'Constitutioneel bewustzijn in Nederland: van burgerzin, burgerschap en de onzichtbare grondwet', *Recht der Werkelijkheid* 2009, afl. 2, p. 55-79.

CONSTITUTIONELE VERANDERING IN NEDERLAND?

Van Sasse van Ysselt 2018

P.C.D.F. Van Sasse van Ysselt, *Realisering van grondrechten*, diss. Amsterdam UvA, 2018.

Scholten 2015

P. Scholten, 'Nederland leeft voort, maar zijn Grondwet staat stil', *NJB* 2015, afl. 41, p. 2804-2805.

Staatscommissie Grondwet 2010

Rapport staatscommissie Grondwet, Den Haag: november 2010 (*Kamerstukken II* 2010/11,31570, nr. 17, bijlage).

DE RIGIDE NEDERLANDSE GRONDWET? EEN EMPIRI- SCHE ANALYSE VAN DE GRONDWETSWIJZIGINGEN 1814-2023

*J. Goossens en K. Haex**

1 INLEIDING

De Nederlandse Grondwet staat bekend als een sobere en rigide Grondwet. Dit wordt doorgaans gerelateerd aan de zware – of in elk geval verzwaarde – wijzigingsprocedure, zoals opgenomen in artikel 137 Grondwet.¹ Ondanks dit algemene beeld zijn er in 2022 zes grondwetswijzigingsprocedures succesvol afgerond en nog één extra grondwetswijziging begin 2023. Klopt het beeld van die rigide eerder dan flexibele Nederlandse Grondwet dan niet of vormt de grondwetsherziening 2022-2023 een uitzondering op de regel?

Een rigide Grondwet wordt traditioneel gedefinieerd als een Grondwet met een verzwaarde wijzigingsprocedure, namelijk een procedure die een gekwalificeerde meerderheid vereist, meer procedurele stappen omvat dan de gewone wetgevingsprocedure (bijvoorbeeld twee lezingen en een tussentijdse verkiezing), de betrokkenheid van subnationale entiteiten van de staat of de inspraak van burgers voorschrijft of substantiële beperkingen stelt aan grondwetswijzigingen (in de vorm van ‘onwijzigbare grondwetsbepalingen’, ook wel ‘*eternity clauses*’² genoemd).³ De moeilijkheidsgraad van een verzwaarde grondwetswijzigingsprocedure kan echter sterk verschillen. Voortbouwend op bestaande internationale onderzoeken analyseren wij daarom in dit hoofdstuk in welke mate de Grondwet als rigide omschreven kan worden in het licht van de relatieve moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure en gelet op het aantal doorgevoerde grondwetswijzigingen.⁴ Het vertrek-

* Prof. mr. J. (Jurgen) Goossens is als hoogleraar staatsrecht verbonden aan de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtsleer van de Universiteit Utrecht; ook maakt hij onderdeel uit van het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging aan diezelfde universiteit. K. (Koen) Haex is Legal Research Master student en per 1 september 2023 docent-promovendus staatsrecht Universiteit Utrecht.

1 Zie o.a. Van Leeuwen 2022, p. 528 & 533-534; Gerards 2016, p. 210 en 225-226; Haan e.a. 2014, p. 1681; Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 196-198; Barkhuysen e.a. 2009, p. 75; Peters 2003, p. 6.

2 Zie Roznai 2017.

3 Zie voor het onderscheid tussen rigide versus flexibele Grondwet: Bryce, 1901.

4 Betreffende de terminologische en methodologische onderbouwing van de kwalificatie als ‘grondwetswijziging’ in dit hoofdstuk, zie par. 2.1, 3.2 en 4.1.

punt van deze analyse is het aantal succesvol doorlopen grondwetswijzigingen sinds 1814, dat we in dit hoofdstuk hanteren als het geboortjaar van de Grondwet.

In paragraaf 2.1 geven we eerst duiding bij de terminologie inzake constitutionele verandering die we hanteren in dit hoofdstuk. Vervolgens lichten we in paragraaf 2.2 toe waarom wordt gekozen voor het jaar 1814 als geboortjaar van de Grondwet, waardoor ook de grondwetswijzigingen van 1815 worden opgenomen in onze analyse. Vervolgens gaan we in paragraaf 3 in op de beschikbare berekeningsmethoden en de geanalyseerde data in de internationale, empirische literatuur over constitutionele verandering. In paragraaf 4 beogen we vervolgens als eerste luik van de analyse voor Nederland vast te stellen in welke mate de Nederlandse Grondwet als rigide of flexibel, of – in andere bewoordingen – als statisch of dynamisch kan worden beschouwd. Dat doen we zowel aan de hand van berekeningsmethoden die internationaal reeds voor Nederland zijn toegepast als door zelf een poging te ondernemen om de bestaande berekeningsmethoden in de internationale literatuur toe te passen die nog niet voor Nederland zijn aangewend.

In het tweede luik van de analyse voor Nederland bestuderen we de rigiditeit of flexibiliteit van de Grondwet aan de hand van een eigen empirisch onderzoek bestaande uit dataverzameling en analyse van alle succesvol doorlopen grondwetswijzigingsprocedures. Tot nu toe gingen (internationale) analyses immers vooral uit van het aantal wijzigingswetten.⁵ Dat is gemakkelijk bij het tellen, maar niet heel precies: een wijzigingswet kan één wijziging bevatten maar kan ook (veel) meer artikelen betreffen. Een analyse van het aantal wijzigingswetten alleen geeft bijgevolg een onvoldoende fijnkorrelig beeld. Daardoor is voorzichtigheid geboden met het trekken van conclusies op basis van dergelijke analyses. Om een preciezer beeld van het aantal wijzigingen te krijgen, hebben we daarom ook geteld hoeveel artikelen per wijzigingswet zijn gewijzigd.

Daarnaast hebben wij onze kwantitatieve analyse verrijkt met een eerste kwalificatiepoging van alle 142 aangenomen wijzigingswetten in de periode 1814-2023 aan de hand van drie categorieën die de wijzigingen onderverdelen in institutionele wijzigingen, materiële wijzigingen, de invoering of schrapping van additionele artikelen of een combinatie van deze categorieën. Additionele artikelen kunnen veelal gekwalificeerd worden als bepalingen van overgangsrecht die na verloop van tijd hun werking verliezen. Daarna worden zij in beginsel louter nog vervallen verklaard.⁶ In die zin zijn zij van minder belang. Verder

5 Zie bijv. Tsebelis 2022; Lutz 1994. In Nederland telt ook Van Gennip op deze manier, zie Van Gennip 2021, p. 221-229 en 232. Passchier telt voor de Verenigde Staten het aantal amendementen (27), maar voor Nederland het aantal jaar (23) waarin de Grondwet is gewijzigd, zie Passchier 2017, p. 8.

6 Broeksteeg, in: *T&C Grondwet*.

staan we stil bij de kwalificatie van de in 2022-2023 doorgevoerde grondwetswijzigingen, mede om meer inzicht te geven in onze gehanteerde wijze van kwalificeren.

Onze analyse van alle wijzigingswetten en gewijzigde artikelen beoogt een vollediger beeld te scheppen van de kwantiteit van grondwetswijzigingen in Nederland en een eerste inzicht te bieden in de verschillende typen grondwetswijzigingen. Deze analyse kan in de toekomst zeker nog verder uitgewerkt en verfijnd worden. Een toekomstige analyse en kwalificatie van de wijzigingen als codificerend of modificerend lijkt ons bijvoorbeeld nuttig vervolgonderzoek, maar valt buiten de reikwijdte van dit hoofdstuk, mede omdat hiervoor een contextueel onderzoek van elke wijziging vereist zou zijn. De door ons uitgevoerde kwantitatieve analyses verklaren evenmin waarom bepaalde wijzigingen succesvol worden doorgevoerd en andere pogingen tot grondwetswijziging niet.⁷ Ook daarvoor is een bredere, contextuele benadering nodig. In dit hoofdstuk ligt de nadruk evenwel voornamelijk op de empirische analyse en gaan wij op dergelijke contextgerelateerde factoren niet in.

2 DEFINIËRING EN AFBAKENING

2.1 Terminologische keuzes

Voordat we overgaan tot de concrete analyses, geven we duiding bij de in dit hoofdstuk gehanteerde terminologie. Het onderzoeksveld over constitutionele verandering (*constitutional change*) is inmiddels vrij breed.⁸ Het onderzoek naar grondwetswijzigingen via (formele) wijzigings- of herzieningsprocedures (*constitutional amendment (procedures)*) is daar een onderdeel van.⁹ Constitutionele verandering kan ook bestudeerd worden door informele constitutionele veranderingen te analyseren.¹⁰ In dit hoofdstuk concentreren we ons echter op grondwetswijzigingen via de formele grondwetswijzigingsprocedure zoals opgenomen in artikel 137 Grondwet.

Zowel in de Nederlandse als de internationale literatuur kan verder begripsverwarring ontstaan. Wat is bijvoorbeeld het precieze verschil tussen verandering en wijziging (termen die beide vertaald kunnen worden als *change*), amendering (*amendment*) en herziening (*revision*)? Deze termen worden geregeld door elkaar gebruikt zonder verder uitleg

⁷ Contiades & Fotiadou 2017, p. 232.

⁸ Enkele recente voorbeelden: Van Gennip 2021; Contiades & Fotiadou 2020; Landman, Goossens & Nehmelman 2018; Beukers, De Witte & Kilpatrick 2017; Passchier 2017; Collins & Ringhand 2013.

⁹ Zie bijv. Albert 2019; Albert, Contiades & Fotiadou 2017.

¹⁰ Zoals bijv. Passchier 2017.

J. GOOSSENS EN K. HAEX

of definiëring. In de internationale literatuur wordt tegenwoordig doorgaans constitutionele verandering (*constitutional change*)¹¹ gebruikt als overkoepelende term. Daaronder vallen dan zowel formele als informele veranderingen. Formele veranderingen, die via een in een grondwet neergelegde procedure de tekst van de grondwet wijzigen, werden voorheen doorgaans opgesplitst in herziening (*revision*) voor grote wijzigingen (*major alterations*) en amendering (*amendment*) voor kleinere wijzigingen (*minor alterations*).¹² Dit onderscheid bleek echter moeilijk houdbaar en hanteerbaar, zodat tegenwoordig *amendment* over het algemeen wordt gebruikt voor alle wijzigingen die via een grondwettelijke procedure verlopen. Er zijn echter ook auteurs die een nader onderscheid blijven maken. Zo maakt Richard Albert onder meer een onderscheid tussen *amendment* (wijzigingen die de Grondwet ‘beter’ proberen te maken) en *dismemberment* (wijzigingen die essentiële elementen van een Grondwet betreffende de structuur, identiteit of fundamentele grondrechten verwerpen en vervangen door tegengestelde kenmerken doch zonder juridische continuïteit te schenden).¹³

In de Nederlandse literatuur wordt ook een onderscheid gehanteerd tussen formele en informele verandering.¹⁴ Wanneer het over artikel 137 Grondwet gaat, lopen de termen echter door elkaar. Hoofdstuk 8 van de Grondwet heet ‘Herziening van de Grondwet’, terwijl artikel 137 Grondwet zelf spreekt van ‘een verandering in de Grondwet’. In haar commentaar op artikel 137 Grondwet spreekt Van Leeuwen voornamelijk over ‘herziening’. De titel van haar bijdrage luidt ook ‘Herziening’, terwijl artikel 137 Grondwet in de bijdrage de aanduiding ‘Grondwetswijzigingsprocedure’ krijgt.¹⁵ Het proefschrift van Van Gennip heet dan weer ‘De Grondwetsherzieningsprocedure’.¹⁶ Ook in het *Van der Pot Handboek van het Nederlandse Staatsrecht* gaat het over ‘herziening’ en ‘de herzieningsprocedure’, terwijl de betreffende paragraaf ‘De wijziging van de Grondwet’ heet.¹⁷ Kortom, er lijkt niet één duidelijke lijn getrokken te worden.

In dit hoofdstuk beperken wij ons tot een analyse van formele veranderingen die via de in artikel 137 Grondwet neergelegde procedure de tekst van de Grondwet wijzigen. Voor dit soort formele veranderingen zullen wij de term ‘(grondwet)wijziging(en)’ gebruiken. Hoewel ook de noties *verandering* of *herziening* voor de hand zouden liggen, gelet op de tekst van de Nederlandse Grondwet zelf, roept de eerste term vooral een associatie op met

11 Roznai 2017, p. 2.

12 Roznai 2017, p. 2; Lutz 1994, p. 356.

13 Albert 2019, p. 76-92; Albert 2018.

14 Zie bijv. Passchier 2017, p. 8-11; Van Vugt 2021, p. 20-23.

15 Van Leeuwen 2022, p. 525-527.

16 Van Gennip 2021.

17 Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 194 e.v.

de internationaal gehanteerde bredere term *constitutionele verandering*, terwijl de tweede term een associatie kan oproepen met de Engelse term *revision*. Anderzijds is de term ‘amendement’ in deze context te weinig ingeburgerd in Nederland, waardoor het evenmin de voorkeur verdient. Bovendien zou de term een associatie kunnen oproepen met de Amerikaanse *Constitutional Amendments*, terwijl de Nederlandse grondwetswijzigingen in de lopende tekst van de Grondwet worden opgenomen.

2.2 *De Grondwet van 1814 of 1815*

Zoals in de inleiding gesteld, gaan we in dit hoofdstuk uit van het jaar 1814 als het geboortjaar van de Grondwet. Het bepalen van zo'n beginpunt is nodig voordat we kunnen beginnen met de analyse van de verschillende wijzigingen, aangezien de berekeningen van het beginpunt afhankelijk zijn. Aangezien in de literatuur discussie bestaat over het geboortjaar van de Grondwet, waarbij in veruit de meeste gevallen het jaar 1815 wordt gehanteerd, staan we hier echter eerst stil bij de verantwoording van onze keuze voor 1814 als geboortjaar van de huidige Nederlandse Grondwet.

We gaan eerst in op argumenten die worden aangevoerd voor het jaar 1815 als geboortjaar. Het originele opschrift van de nu in gebruik zijnde tekst van de Grondwet spreekt van de Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden van 24 augustus 1815.¹⁸ De redactie van *Lexplicatie* gaat uit van 1815, omdat de Grondwet van 1815 de eerste Grondwet onder de huidige naam was. Door deze naamswijziging wordt aangenomen dat daarmee de Grondwet voor de Vereenigde Nederlanden van 30 maart 1814 is vervangen.¹⁹ Ook Bunschoten schrijft in zijn opmerkingen in *Tekst en Commentaar* bij de Grondwet dat de Grondwet van 1815 die van 1814 heeft ‘vervangen’.²⁰ Zowel in de gegevens over de oorspronkelijke regeling in *Lexplicatie* als in *Tekst en Commentaar* wordt de Grondwet van 1815 dus als beginpunt genomen, onder verwijzing naar het Staatsblad.²¹

In het *Van der Pot Handboek van het Nederlandse Staatsrecht* wordt evenwel de vinger op de zere plek gelegd. Mede omdat in de aanloop naar de Grondwet van 1815 de grondwetswijzigingsprocedure uit de Grondwet van 1814 niet (strikt) gevolgd is, wordt aangenomen dat de Grondwet van 1815 een nieuwe Grondwet is, hoewel men vooraf – en ook nog daarna – steeds sprak van een wijziging.²² In zijn recente proefschrift *De grondwetsherzie-*

18 ‘Grondwet’, <https://wetten.overheid.nl>.

19 Baas e.a., in: *Lexplicatie Grondwet*, par. 1.

20 Bunschoten, in: *T&C Grondwet*, par. 1.

21 *Stb.* 1815, 45.

22 Van der Pot/Elzinga, *De Lange & Hoogers* 2014, p. 137-138.

J. GOOSSENS EN K. HAEX

ningsprocedure loopt Van Gennip hier ook tegenaan, zonder er uiteindelijk stelling over in te nemen. Enerzijds lijkt hij te concluderen dat de Grondwet van 1815 een nieuwe Grondwet is, omdat de procedure uit de Grondwet van 1814 niet goed gevolgd is, noch volledig gevolgd kon worden.²³ Anderzijds spreekt hij ook van de Grondwet van 1814 en de herzieningen van daarna.²⁴

Als bij de overgang van de Grondwet van 1814 naar de Grondwet van 1815 alleen naar het wel of niet volgen van de formele procedure wordt gekeken, dan moet de conclusie zijn dat de wijzigingsprocedure van 1814 niet goed is gevolgd. Het is dan voor de hand liggend te concluderen dat de Grondwet van 1815 inderdaad een nieuwe Grondwet is en geen wijziging van de Grondwet van 1814.²⁵ Zo'n formele, procedurele benadering zou echter onvoldoende recht doen aan de internationaalrechtelijke en staatsrechtelijke context van de jaren 1814 en 1815. Tijdens de Restauratie werd het plan opgevat om Nederland en België samen te voegen met als doel een grotere bufferstaat ten noorden van Frankrijk vorm te geven. Dit leidde na eerdere onderhandelingen in Parijs tot de Acht Artikelen van Londen, waarin de eenwording van Nederland en België internationaalrechtelijk werd geregeld. Daarbij werd uitdrukkelijk afgesproken dat dit zou worden geïmplementeerd door middel van een grondwetswijziging.²⁶

In lijn met de internationale afspraken is toen een proces op gang gekomen om de Grondwet van 1814 te wijzigen. Door de hoofdrolspelers in deze procedure is dit altijd als een wijziging gepresenteerd, zoals ook blijkt uit de proclamatie van de Grondwet van 1815, die deze een wijziging van de Grondwet van 1814 noemt.²⁷ Hierbij is niet volledig de in de Grondwet van 1814 voorgeschreven procedure gevolgd, maar werd er op sommige punten van afgeweken en ten aanzien van de goedkeuring werd in België 'geïmproviseerd'.²⁸ Dat kon door de bijzondere omstandigheden echter niet anders, zoals ook toen al werd erkend.²⁹

Dat er in de Grondwet van 1814 geen rekening is gehouden met aanpassingen aan het grondgebied en er daardoor in 1815 afgeweken moest worden van de voorgeschreven wijzigingsprocedure hoeft echter niet te betekenen dat daarmee een nieuwe Grondwet tot stand is gekomen. Zo is het geboortjaar van de Duitse Basiswet (*Grundgesetz*) nog steeds 1949 – ook na de eenwording – en wordt de grondwettelijke splitsing van Nederland en

23 Van Gennip 2021, p. 16-17.

24 Van Gennip 2021, p. 10 en 101.

25 Efthymiou 2019, p. 44-45.

26 Efthymiou 2019, p. 29-30.

27 Van Nieuwenhove & Voermans 2016, p. 80; Efthymiou 2019, p. 29, 31 en 36; *Stb.* 1815, nr. 45.

28 Van Nieuwenhove & Voermans 2016, p. 80.

29 Van Nieuwenhove & Voermans 2016, p. 80; Efthymiou 2019, p. 36-37.

België in 1840 niet als reden gezien om 1840 als geboortjaar van de Grondwet te beschouwen, hoewel ook met afsplitsing geen rekening was gehouden.³⁰

De grondwetscommissie in 1815, net als de grondwetscommissie in 1813-1814 opnieuw voorgezeten door Gijsbert Karel van Hogendorp, nam de Grondwet van 1814 als vertrekpunt voor de beraadslagingen over veranderingen die moesten worden doorgevoerd.³¹ Bovendien waren verschillende actoren in het proces van de Grondwet van 1814 naar de Grondwet van 1815 zich ervan bewust dat er van bepaalde onderdelen van de voorgescreven procedure afgeweken werd. Zij achtten dit ofwel noodzakelijk ofwel zij zagen hierin geen probleem. Daardoor kan de overgang van de Grondwet van 1814 naar de Grondwet van 1815 alsnog gezien worden als een wijziging.³² Dat bij de wijziging de tekst van de Grondwet (quasi-) volledig werd vervangen, betekent volgens Van Nieuwenhove en Voermans ook niet dat daarmee per definitie een nieuwe Grondwet tot stand is gekomen. Ook in 1983 was sprake van een ‘complete herziene versie’ van de Grondwet, zonder dat daardoor in de literatuur sprake is van een nieuw geboortjaar.³³

Anders dan in *Lexplicatie en Tekst & Commentaar* wordt gesteld, hoeft een wijziging van de naam van de Grondwet verder niet per se te betekenen dat daarmee een nieuwe Grondwet is afgekondigd. Als de wijzigingen zo goed als mogelijk via de voorgeschreven procedure zijn verlopen, kan nog steeds gesteld worden dat de Grondwet is gewijzigd. Een extra reden om de complete herziene versie van de Grondwet van 1815 als wijziging te zien en niet als nieuwe Grondwet wordt versterkt door het – volgens De Savornin Lohman en Kortmann – ontbreken van een revolutionair karakter van de verandering.³⁴

In het licht van bovenstaande discussie, gebruiken wij voor dit hoofdstuk 1814 als geboortjaar van de Nederlandse Grondwet. Daarbij geldt de Grondwet van 1815 dan als de eerste keer dat de nog steeds geldende Nederlandse Grondwet werd gewijzigd.³⁵ Tot slot is het een leuke bijkomstigheid dat de Nederlandse Grondwet in de ranking ‘Oudste Grondwetten ter wereld’ dan enkel de Verenigde Staten voor zich dient te dulden.³⁶ De Noorse Grondwet dateert immers van 17 mei 1814. De Belgische Grondwet (7 februari 1831) bekleedt hoe dan ook een vierde plaats.

30 Van Nieuwenhove & Voermans 2016, p. 80 & 97.

31 Zie ook Van Vugt 2021, p. 52.

32 Van Nieuwenhove & Voermans 2016, p. 81; Efthymiou 2019, p. 36.

33 Van Nieuwenhove & Voermans 2016, p. 82.

34 Efthymiou 2019, p. 36-37.

35 Waarbij de afkondiging van de Grondwet van 1815, *Stb.* 1815, 45, geldt als één wijzigingswet.

36 Weliswaar onafgezien van de Statuten van San Marino van 8 oktober 1600.

3 INTERNATIONALE KWANTITATIEVE ANALYSE

3.1 *Internationale context*

Binnen de empirische bestudering van constitutionele rigiditeit wordt meestal een uit 1994 daterend artikel van Lutz, ‘Toward a Theory of Constitutional Amendment’, als startpunt genomen.³⁷ Lutz beoogde destijds op vernieuwende wijze de bestaande theoretische uitgangspunten inzake het *constitutional design* van grondwetswijzigingsprocedures te testen door middel van een systematisch, vergelijkend empirisch onderzoek naar alle grondwetswijzigingen in de vijftig Amerikaanse staten sinds 1776. Hierbij identificeerde Lutz voor het bepalen van de relatieve moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure 68 mogelijke acties die in verschillende combinaties kunnen worden gebruikt om grondwetswijzigingen te initiëren en goed te keuren. Samen dekken de mogelijke combinaties van acties volgens Lutz bijna elke wijzigingsprocedure in de wereld. Lutz bepaalde daarbij voor elke actie een indexscore om een zo realistisch mogelijke inschatting te maken van de relatieve moeilijkheid van een wijzigingsprocedure.³⁸

Lutz concludeerde dat er een significant negatief curvilineair verband bestaat tussen de gemiddelde wijzigingsgraad van grondwetten en de moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure (zie figuur 1).³⁹ Aangevuld met een analyse van 32 nationale constituties,⁴⁰ bevestigt het onderzoek van Lutz zo voor de eerste keer op empirische wijze de volgende aanname: hoe moeilijker de wijzigingsprocedure, hoe lager de wijzigingsgraad, en hoe eenvoudiger de wijzigingsprocedure, hoe hoger de wijzigingsgraad.⁴¹

37 Lutz 1994; Ginsburg & Melton 2015, p. 694. Zie ook het boek van Lutz dat gebaseerd is op het onderzoek in zijn artikel van 1994: Lutz, 2004.

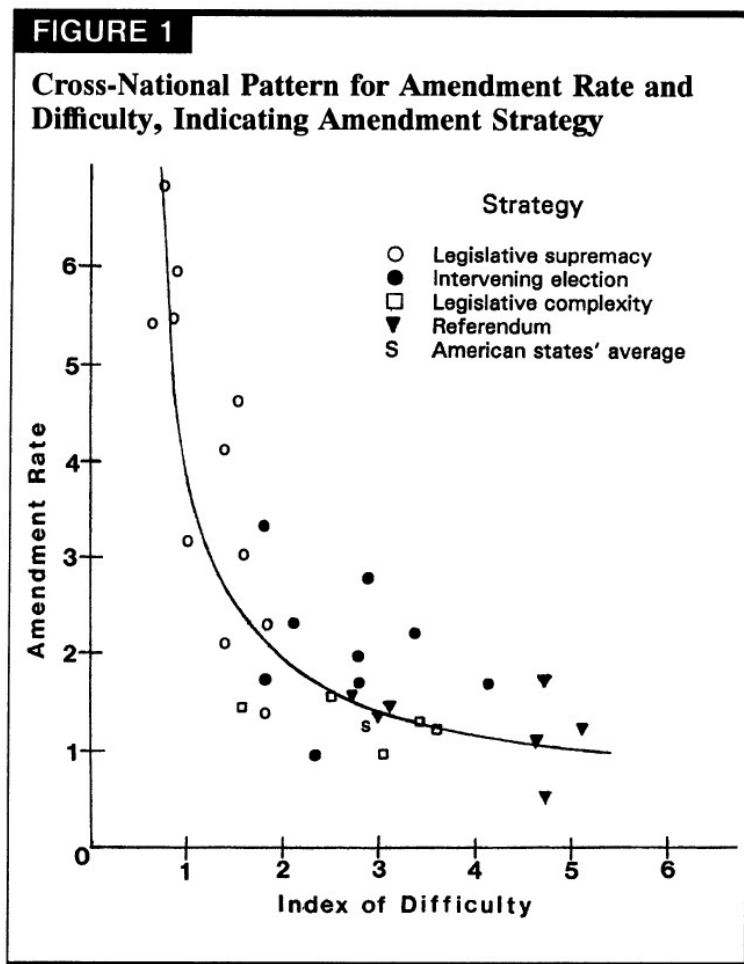
38 Zie Lutz 1994, p. 368.

39 Er is sprake van een curvilineair verband als twee variabelen samenhangen, maar deze samenhang in een grafiek niet zichtbaar wordt als rechte lijn, maar als boog of curve. Bij een negatief curvilineair verband loopt die boog op een grafiek als een dal: van hoog (links, dicht bij de y-as) naar laag (rechts, verder van de y-as).

40 Lutz 1994, p. 362-365 en 369, Table C-1.

41 Lutz 1994, p. 358-362.

- 1 Lutz: negatief curvilinear verband tussen gemiddelde wijzigingsgraad en moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure



Lutz 1994, p. 362

In navolging van Lutz hebben andere auteurs, voornamelijk Lijphart, Anckar & Karvonen en Lorenz, verschillende modellen geïntroduceerd om de relatie tussen de gemiddelde wijzigingsgraad van grondwetten en de moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure te bestuderen.⁴² Lorenz liet in 2005 echter al zien dat deze modellen tot zeer uiteenlopende

42 Voor een overzicht zie Lorenz 2005; Zie verder Lijphart 1999; Anckar & Karvonen 2002.

J. GOOSSENS EN K. HAEX

resultaten leiden en maar beperkt met elkaar samenhangen. Zelf deed zij nog een poging om een model te ontwikkelen dat rekening houdt met de verschillende sterke en zwakke punten van voorgaande modellen.⁴³ Alle empirische literatuur over constitutionele wijzigingen overziend, komen Ginsburg en Melton in 2015 echter tot de conclusie dat de focus op het institutionele aspect van grondwetswijzigingen daarin te groot was en de analyses te weinig zekere of betrouwbare informatie opleveren. De modellen correleren slecht en de resultaten zouden niet valide kunnen zijn. Zij hebben daarom voorgesteld om de focus te verplaatsen naar een meer contextuele benadering en om meer rekening te houden met de constitutionele amenderingscultuur.⁴⁴ Vanaf deze publicatie is de focus op dit interessante onderzoeksterrein inderdaad verschoven.⁴⁵

Tsebelis heeft recent echter aangetoond dat de moeilijkheidsgraad van een wijzigingsprocedure wel degelijk gezien kan worden als een voldoende maar niet noodzakelijke voorwaarde voor een laag wijzigingsgemiddelde.⁴⁶ Daarmee bevestigt hij dat de empirische bestudering van dit soort procedures, zoals gestart door Lutz, inzichten kunnen opleveren. Daarom zullen we – weliswaar met enkele bijkomende methodologische kanttekeningen – teruggrijpen op de methode van Lutz en zijn internationale data. We gaan ook nader in op de methode van Tsebelis, die hij omschrijft als een *veto players approach*. Hij gebruikt daarbij de moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure en een kwalificatie van de mate waarin wijzigingen betekenisvol zijn om de relatie tussen de moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure en het wijzigingsgemiddelde te verklaren.⁴⁷ Aangezien Lutz gewoonlijk als startpunt wordt genomen voor de methode voor dit soort studies en Tsebelis op dit moment de meest recente toevoeging heeft gedaan aan de methodiek,⁴⁸ zullen we in paragraaf 5 ingaan op hun resultaten en waar mogelijk gebruikmaken van hun methoden voor het (nader) analyseren van de door ons verzamelde data voor Nederland.

3.2 *Internationale data*

Lutz kon Nederland niet meenemen in zijn onderzoek, omdat hij onvoldoende betrouwbare informatie tot zijn beschikking had over het aantal en soort wijzigingen in Nederland.⁴⁹ Het is daardoor niet mogelijk om de door ons verzamelde en geanalyseerde data te vergelijken met zijn data en resultaten. We kunnen echter wel proberen om zijn methode

43 Lorenz 2005.

44 Ginsburg & Melton 2015.

45 Tsebelis 2022, p. 281.

46 Tsebelis 2022, p. 280-299.

47 Tsebelis 2022, p. 282.

48 Ginsburg & Melton 2015, p. 694; Tsebelis 2022.

49 Lutz 1994, p. 369, noot 5.

toe te passen en om – tot op zekere hoogte – onze data voor Nederland te vergelijken met zijn internationale data. Daarom volgt hieronder kort een overzicht van zijn resultaten, die daarna met de Nederlandse data wordt vergeleken.

De methode die Lutz gebruikt om de *gemiddelde wijzigingsgraad* te berekenen deelt het aantal keren dat de Grondwet is gewijzigd (*'times amended'*) door het aantal jaar dat de betreffende grondwet bestaat.⁵⁰ Voor Nederland, dat niet werd opgenomen in het onderzoek van Lutz, zou dit betekenen dat rekening wordt gehouden met het aantal wijzigingswetten, niet met het totaal aantal gewijzigde artikelen. Uit die berekening volgt dan het gemiddeld aantal wijzigingen per jaar. In het onderzoek van Lutz hebben de internationaal met elkaar vergeleken grondwetten een gemiddelde wijzigingsgraad van 2,54.⁵¹ Oftewel, gemiddeld genomen worden er per jaar 2,54 wijzigingen aangenomen per grondwet.

Voor de berekening van de *moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure* deelt Lutz het wijzigingsproces op in twee fasen: de beginfase (*initiation*) en de fase van goedkeuring (*approval*).⁵² Hij wijst de verschillende door de grondwetswijzigingsprocedure voorgescreven acties in die twee fasen een score toe, die opgeteld de moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure opleveren.⁵³ De gemiddelde internationaal vergeleken moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure in het onderzoek van Lutz komt uit op een indexscore van 2,50.⁵⁴ België, dat een met Nederland vrij vergelijkbare grondwetswijzigingsprocedure heeft (twee lezingen, tussentijdse verkiezing en een tweederdemeerderheid in tweede lezing) kent Lutz een indexscore toe van 2,85 betreffende de moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure. Aan de Verenigde Staten, geregeld voorzien van het predicaat *'The World's Most Difficult Constitution to Amend'*,⁵⁵ wordt de indexscore 5,10 toegekend, wat meteen ook het hoogste cijfer is van de 32 vergeleken landen.

Om iets meer context te geven, kunnen we nog aangeven dat Lorenz op basis van haar eigen onderzoek naar 39 grondwetten de Belgische Grondwet als het meest rigide rangschikt,⁵⁶ op de voet gevolgd door de VS en Bolivia en vervolgens Nederland. Zij komt tevens met een ranking gebaseerd op een combinatie van eigen onderzoek en de eerdere

50 Lutz 1994, p. 359.

51 Lutz 1994, p. 369, Table C-1.

52 Lutz 1994, p. 368, Table B-1.

53 Lutz 1994, p. 361-362.

54 Lutz 1994, p. 369, Table C-1.

55 Zie Albert 2022.

56 België heeft evenwel vanaf 1970 op basis van zes staats hervormingen fundamentele herzieningen doorgevoerd met betrekking tot zijn staatsstructuur, waarbij de Belgische eenheidsstaat werd omgevormd naar een federale staat met een steeds verdergaande uitbreiding van de bevoegdheden voor de deelstaten (de gemeenschappen en gewesten).

J. GOOSSENS EN K. HAEX

onderzoeken van Lutz en Lijphart, Anckar & Karvonen.⁵⁷ De hoogste constitutionele rigiditeit vinden we dan in de Verenigde Staten, gevolgd door Japan, Bolivia, Australië, Nederland en België.⁵⁸ Kortom, Nederland scoort in vergelijking met andere landen vrij hoog op het vlak van constitutionele rigiditeit, aldus Lorenz.

In het onderzoek van Tsebelis is ook data opgenomen over Nederland. Hij vergeleek alleen data van democratische landen, met een Polity Index cijfer van 6 of hoger, en dat tot 2013.⁵⁹ Dat zorgt ervoor dat hij een hele andere dataset gebruikt dan Lutz en Lorenz, waardoor zijn cijfers sterk afwijken. Zo was de *gemiddelde wijzigingsgraad* van zijn internationale vergelijking 0,28 wijzigingen per jaar.⁶⁰ Uit de bijlagen van zijn onderzoek blijkt dat Tsebelis voor Nederland 92 democratische jaren rekent – wellicht van 1921 tot 2013 – waarin hij 19 wijzigingen telt.⁶¹ Daardoor komt hij voor Nederland uit op een gemiddelde wijzigingsgraad van 0,207. Dat is lager dan zijn gemiddelde op basis van internationale vergelijking. Hoe Tsebelis tot 92 democratische jaren komt voor Nederland is echter niet duidelijk. Bovendien is het onduidelijk hoe hij tot 19 wijzigingen in die 92 jaren komt. Daardoor is zijn data moeilijk te vergelijken met data uit eerdere onderzoeken, of met onze eigen data.

Ook Tsebelis heeft een eigen methode ontwikkeld om de *moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure* te berekenen.⁶² Daarbij houdt hij rekening met de benodigde meerderheid om een wijziging goed te keuren en het aantal keer stemmen,⁶³ het verschil in samenstelling van verschillende parlementaire kamers die een stem in het proces hebben en eventuele aanvullende regels.⁶⁴ De gemiddelde moeilijkheidsgraad bij Tsebelis is 0,88.⁶⁵ Hij concludeert dat Nederland, vergeleken met andere landen die een grondwet hebben die meer dan 100 jaar bestaat, een lage constitutionele rigiditeit heeft, omdat de moeilijkheidsgraad onder de 0,9 ligt, net als België, Luxemburg, Noorwegen, Nieuw-Zeeland en Groot-Brittannië en in tegenstelling tot de VS, Canada en Oostenrijk die een rigiditeit hebben van meer dan 1,1.⁶⁶ Met andere woorden, in vergelijking met andere landen met een oude grondwet, kent de Nederlandse Grondwet volgens Tsebelis een minder moeilijke grond-

57 Lutz 1994, Lijphart 1999, Anckar & Karvonen 2002 en Lorenz 2005.

58 Lorenz 2005, p. 358-359 (raadpleeg in de tabel de twee kolommen helemaal rechts met als opschrift 'Imputed factor').

59 Tsebelis 2022, p. 289.

60 Tsebelis 2022, p. 289.

61 Tsebelis 2022, bijlagen, <https://dataverse.harvard.edu/file.xhtml?fileId=4097438&version=1.0>.

62 Tsebelis 2022, p. 286-292.

63 Tsebelis 2022, p. 287.

64 Tsebelis 2022, p. 288.

65 Tsebelis 2022, p. 289.

66 Tsebelis 2022, p. 294.

wetswijzigingsprocedure. Helaas leent de analyse van Tsebelis er zich wederom niet toe om dit goed te controleren, omdat niet duidelijk wordt hoe laag de moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure en als resultaat daarvan de constitutionele rigiditeit voor Nederland dan precies is.

4 NATIONALE KWANTITATIEVE ANALYSE

4.1 *Data grondwetswijzigingen Nederland*

Op basis van het wijzigingenoverzicht van de Grondwet,⁶⁷ komen we tot de conclusie dat de Nederlandse Grondwet sinds 1814 in totaal 142 maal gewijzigd is.⁶⁸ Het gaat daarbij om het aantal wijzigingswetten dat succesvol de gehele wijzigingsprocedure is doorgekomen, nog afgezien van het aantal artikelen dat per wijzigingswet is gewijzigd (die analyse volgt later).⁶⁹ Van Gennip telt in de periode van 1848 tot 2021 in totaal 122 van dit soort wijzigingen.⁷⁰ Dat is ook ons resultaat voor die periode, als we de wijzigingen van 1848 meetellen. Onze resultaten zijn ook in overeenstemming met die van Passchier. Hij stelde dat de Grondwet 23 keer veranderd is.⁷¹ Daar komen wij ook op uit wanneer we de jaren tellen waarin wijzigingswetten in tweede lezing zijn aangenomen. Van 1814 tot 2017 zijn er 23 jaren waarin wijzigingswetten zijn goedgekeurd. De verspreiding van de verschillende wijzigingswetten door de jaren heen is te zien in Figuur 2, waarbij 1983 overduidelijk het grootste aantal wijzigingswetten kende. In deze grafiek hebben we, ten behoeve van de overzichtelijkheid, op de x-as alleen de jaren opgenomen waarin werkelijk wijzigingswetten in tweede lezing zijn aangenomen.⁷²

67 'Grondwet. Overzicht van wijzigingen voor de regeling', wetten.overheid.nl.

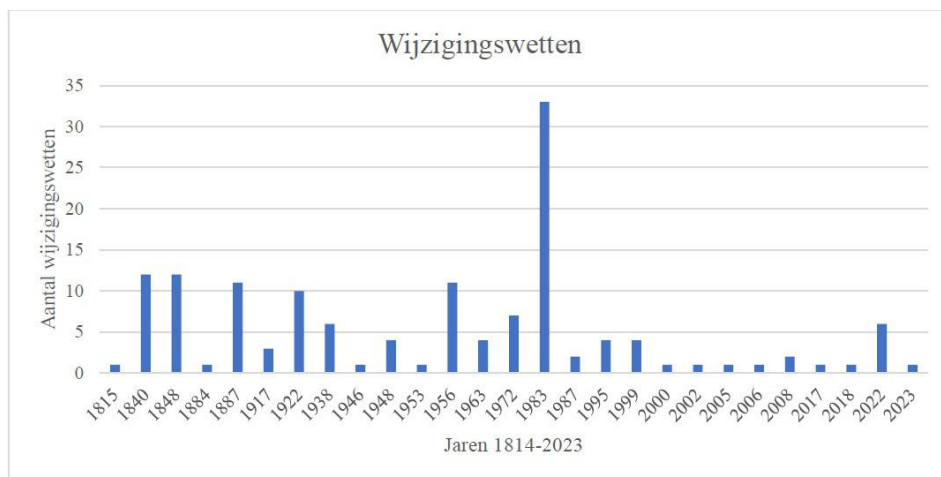
68 Zie de Bijlage voor het overzicht.

69 Zoals hierboven bepleit, tellen we ook de Grondwet van 1815 als succesvolle afronding van de wijzigingsprocedure, ondanks de ongeregelheden in die procedure.

70 Van Gennip 2021, p. 232.

71 Passchier 2017, p. 8.

72 Een overzicht van gedetailleerde data is te vinden in Bijlage 2.

Figuur 2 Aantal wijzigingswetten aangenomen in de jaren 1814-2023

Om een beeld te krijgen van de inhoud en omvang van de verschillende wijzigingswetten hebben we een database gemaakt met daarin scans en digitale versies van de publicaties van het Staatsblad waarin deze wijzigingen officieel gepubliceerd zijn.⁷³ Als we de methode van Lutz voor het berekenen van de gemiddelde wijzigingsgraad gebruiken, zou dat voor Nederland betekenen dat de 142 succesvol afgeronde wijzigingsprocedures gedeeld moeten worden door de 209 jaar dat de Grondwet bestaat. Dat komt neer op een afgeronde *gemiddelde wijzigingsgraad* van 0,68.⁷⁴

Het is echter de vraag of de op deze manier berekende gemiddelde wijzigingsgraad een betrouwbare weergave is van de mate waarin de Grondwet door de jaren heen effectief is veranderd. Het kan namelijk per wijzigingswet verschillen hoeveel artikelen worden ingevoerd of gewijzigd. Om daar meer inzicht in te krijgen, hebben we per wijzigingswet geteld hoeveel artikelen daarin gewijzigd zijn.

73 Geïnteresseerden kunnen het document opvragen bij de auteurs van dit hoofdstuk. Van de publicaties waarin in additionele artikelen lange wetteksten worden aangepast, hebben we alleen de pagina's opgenomen die aangeven welk additioneel artikel aangepast wordt. Daardoor ontbreken bij deze scans dus enkele pagina's. Er ontbreken ook vier Staatsbladpublicaties in dit overzicht. De vier wijzigingswetten van 1948 zijn wel in het Staatsblad gepubliceerd (*Stb.* 1948, I 410; *Stb.* 1948 I 411; *Stb.* 1948, I 412; *Stb.* 1948, I 413), maar deze publicaties konden we niet terugvinden; zowel online als in de voor ons beschikbare gedrukte versie van het Staatsblad van 1948 ontbreken deze publicaties. We hebben deze wijzigingswetten weliswaar geanalyseerd op basis van de ontwerpen van wet, die wel online beschikbaar zijn (*Kamerstukken II* 1947/48, 907, nr. 2; *Kamerstukken II* 1947/48, 907, nr. 3; *Kamerstukken II* 1947/48, 907, nr. 4; *Kamerstukken II* 1947/48, 907, nr. 5). Het overzicht bevat ook de eerste pagina's van de publicaties van nieuwe doorlopende teksten van de Grondwet – voor zover beschikbaar – zoals die na de wijzigingen gepubliceerd worden.

74 $142/209 = 0,67942584$.

Wijzigingswetten geven op verschillende manieren aan wat er gewijzigd wordt. Het duidelijkst zijn de gevallen waarin een artikel wordt toegevoegd of verwijderd. Een toevoeging die gepaard gaat met de verwijdering van een artikel hebben we als één gewijzigd artikel geteld. Er zijn ook gevallen waarin een artikel blijft bestaan, maar er wijzigingen in de tekst van dat artikel worden doorgevoerd. Het verschilt per wijzigingswet hoe dit wordt omschreven. Soms staat duidelijk aangegeven dat onderdelen van een artikel worden weggehaald, dat onderdelen aan artikelen worden toegevoegd, of dat de tekst van een artikel volledig gewijzigd wordt. Die gevallen hebben we steeds geteld als één gewijzigd artikel. Ook als er meerdere veranderingen in één artikel werden geïdentificeerd, hebben we die als één gewijzigd artikel geteld, omdat we kijken naar het totaal aantal aangepaste artikelen. Het enkel verplaatsen van een artikel hebben we niet als wijziging geteld. Als een artikel echter werd verplaatst én gewijzigd, of ter vervanging van een ander artikel werd gepresenteerd, dan hebben we dat wel als wijziging geteld. Wanneer één artikel werd vervangen door twee artikelen, hebben we ervoor geopteerd om dit te tellen als twee gewijzigde artikelen. Als twee artikelen werden vervangen door één artikel, hebben we dat eveneens geteld als twee gewijzigde artikelen.

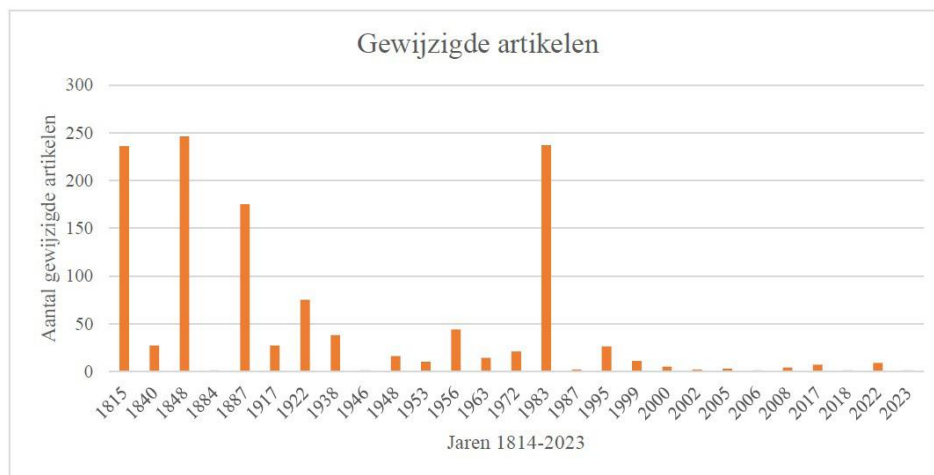
Bij de herzieningen in 1815 en 1983 hebben we gedeeltelijk anders moeten tellen door de manier waarop die wijzigingswetten zijn vormgegeven. We hebben de afkondiging van de Grondwet in 1815 geteld als één wijzigingswet. Hierbij is niet eenduidig te bepalen welke artikelen destijds op welke manieren zijn gewijzigd. We hebben de wijzigingen in 1815 op basis van tekstvergelijking geanalyseerd door te kijken op welke punten de teksten van de Grondwet van respectievelijk 1814 en 1815 verschillen en overeenkomen. Op basis van die vergelijking komen we tot de conclusie dat slechts één artikel volledig hetzelfde is gebleven, afgezien van het artikelnummer: artikel 52 (1814) werd artikel 77 (1815), maar bleef: “De Staten-Generaal vertegenwoordigen het geheele Nederlandsche volk”. Aangezien de Grondwet van 1815 in totaal 237 artikelen kent en de Grondwet van 1814 in totaal 146 artikelen, waarvan één artikel dus niet is gewijzigd, komen we – gelijk aan de manier waarop we vervangingen in andere wijzigingswetten hebben geteld – op een totaal van 236 gewijzigde artikelen in 1815.

In de meeste wijzigingswetten staat aangegeven welke nieuwe artikelen welke oude artikelen vervangen. In 1983 zijn de wijzigingswetten echter anders vormgegeven. In de toen gekozen systematiek zijn eerst alle nieuwe of gewijzigde artikelen gepresenteerd, waarna middels één artikel een aantal oude artikelen uit de Grondwet is verwijderd. Aangezien de wijzigingswetten per thema zijn gesorteerd, hebben we de nieuwe artikelen geteld als vervangingen van de artikelen die in het laatste artikel worden verwijderd. Die telling is verlopen volgens dezelfde methode als hierboven beschreven.

J. GOOSSENS EN K. HAEX

Op basis van de telling zoals hierboven besproken, komen we uit op een totaal van 1240 gewijzigde artikelen.⁷⁵ De verspreiding van het aantal gewijzigde artikelen per jaar is te zien in Figuur 3, met duidelijke uitschieters in de jaren 1815, 1848, 1887 en 1983. In Bijlage 1 is ook een grafiek opgenomen waarin het aantal wijzigingswetten per jaar én het aantal gewijzigde artikelen per jaar naast elkaar worden weergegeven.

Figuur 3 Aantal gewijzigde artikelen in de jaren 1814-2023



Als we de *gemiddelde wijzigingsgraad* volgens de methode van Lutz zouden berekenen op basis van het aantal gewijzigde artikelen, in plaats van het aantal wijzigingswetten, dan komt dat neer op een afgeronde gemiddelde wijzigingsgraad van 5,93 gewijzigde artikelen per jaar.⁷⁶ Hoe dit zich verhoudt tot de internationale context is voor nu niet na te gaan, omdat Lutz Nederland niet heeft opgenomen in zijn onderzoek en de meeste internationale onderzoeken uit lijken te gaan van het aantal wijzigingswetten en niet het concrete aantal gewijzigde artikelen.⁷⁷ In de Amerikaanse Grondwet zijn in elk geval bijvoorbeeld slechts 27 *amendments* toegevoegd in de voorbije 234 jaar. Dat is een wereld van verschil.

Naast de gemiddelde wijzigingsgraad hebben zowel Lutz als Tsebelis, zoals hierboven beschreven, ook de *moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure* berekend en internationaal vergeleken. Hoewel Lutz Nederland niet in zijn onderzoek heeft betrokken en hij niet geheel duidelijk maakt hoe zijn berekening precies gedaan moet worden, komen wij tot de

⁷⁵ Hierbij beseffen we dat ook op een andere manier geteld kan worden. Dat is de reden waarom we uitgebreid stilstaan bij hoe we geteld hebben.

⁷⁶ $1240/209 = 5,93301435$.

⁷⁷ Zie bijv. Tsebelis 2022; Passchier 2017, p. 8; Lutz 1994.

conclusie dat zijn methode toegepast op Nederland uit zou komen op een moeilijkheidsgraad van 2,60 of 3,10.⁷⁸ Het verschil is afhankelijk van de vraag of de tussentijdse verkiezing die plaatsvindt na de goedkeuring en bekenmaking van de verklaringwet in Nederland mee zou moeten worden genomen in de berekening (3,10), of niet (2,60). Door de manier waarop de tabel van Lutz is opgesteld, lijkt Lutz te suggereren dat deze niet meegegenomen dient te worden. Deze verkiezing zit voor Nederland immers tussen de initiatie- en goedkeuringsfase in, terwijl Lutz slechts twee kolommen opnam voor beide fasen waarin telkens tussentijdse verkiezing staat opgenomen. Het feit dat Lutz echter vier verschillende mee te wegen acties heeft opgenomen over tussentijdse verkiezingen,⁷⁹ lijkt op zijn minst te suggereren dat hij dit wel als verzwarende factor ziet.

Het is echter onduidelijk hoe accuraat de berekening van Lutz is. Lutz heeft in zijn onderzoek bijvoorbeeld de Belgische Grondwet meegenomen. De wijzigingsprocedure uit artikel 195 van de Belgische Grondwet is zeer vergelijkbaar met de wijzigingsprocedure uit artikel 137 van de Nederlandse Grondwet. Wij zouden daarom verwachten dat de moeilijkheidsgraad dezelfde zou zijn. Toch komt Lutz voor de procedure uit artikel 195 van de Belgische Grondwet uit op een moeilijkheidsgraad van 2,85. Hoe hij hiertoe komt is onduidelijk.

Zoals in bovenstaande paragraaf al werd besproken, komt Tsebelis uit op een moeilijkheidsgraad van onder de 0,9 voor Nederland, zonder dat duidelijk wordt wat de precieze moeilijkheidsgraad is en zonder dat hij inzicht geeft in hoe de berekening plaatsvindt. Daardoor is het ons eveneens niet gelukt om zijn berekening voor Nederland op basis van een eigen analyse te reconstrueren. Het is desondanks wel duidelijk dat de moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure in Nederland niet beduidend hoger lijkt te zijn dan internationaal gezien gemiddeld gangbaar is.

4.2 *Internationale analyse grondwetswijzigingen Nederland*

Zoals hierboven beschreven, is de internationaal vergeleken afgeronde gemiddelde wijzigingsgraad bij Lutz 2,54,⁸⁰ terwijl de afgeronde gemiddelde wijzigingsgraad op basis van wijzigingswetten voor Nederland, door ons berekend volgens de methode van Lutz,⁸¹ 0,68

78 De moeilijkheidsgraad van 2,60 is een combinatie tussen de volgende acties in Table B-1: 14 (met een waarde van 1) en 56 (met een waarde van 1,60). De moeilijkheidsgraad van 3,10 is een combinatie tussen de volgende acties in Table B-1: 14 (met een waarde van 1), 23 of 59 (beide met een waarde van 0,50) en 56 (met een waarde van 1,60).

79 Lutz 1994, p. 368, Table B-1, Action 13, 23, 48 en 59.

80 Lutz 1994, p. 369, Table C-1.

81 Lutz 1994, p. 359.

J. GOOSSENS EN K. HAEX

is voor de periode 1814-2023.⁸² Dat suggereert dat Nederland een relatief lage gemiddelde wijzigingsgraad heeft. Dit zou echter een enigszins vertekend beeld kunnen geven, aangezien de data van Lutz maar tot 1992 gaan. De Nederlandse afgeronde gemiddelde wijzigingsgraad over de periode 1814-1992 was echter nagenoeg hetzelfde, namelijk 0,67, als de door ons berekende wijzigingsgraad over de periode 1814-2023.⁸³

Hierboven hebben we al gesteld dat een vergelijking met het onderzoek van Tsebelis voor ons niet mogelijk bleek, omdat zijn analyse en gebruikte data niet te reproduceren bleken te zijn. Uit Tsebelis' eigen berekeningen blijkt ook dat de gemiddelde wijzigingsgraad voor Nederland lager is dan het internationale gemiddelde. Het gaat dan om een gemiddelde van 0,207 voor Nederland en 0,28 internationaal.⁸⁴ Het verschil is in deze berekening dus beduidend kleiner dan in het onderzoek van Lutz.

Als we de gemiddelde wijzigingsgraad volgens de methode van Lutz echter zouden berekenen op basis van het aantal gewijzigde artikelen in plaats van op basis van het aantal wijzigingswetten, zoals we hierboven deden, komt er aan ander beeld naar voren. Die afgeronde gemiddelde wijzigingsgraad komt dan immers neer op 5,93 gewijzigde artikelen per jaar.⁸⁵ Dit is niet onmiddellijk te vergelijken met de bij Lutz en Tsebelis beschikbare cijfers en gemiddeldes. Het nuanceert echter wel de berekening van het gemiddelde op basis van wijzigingswetten. Bovendien roept het de vraag op of het met een gemiddelde op basis van het aantal gewijzigde artikelen wel terecht is om te stellen dat de Nederlandse Grondwet moeilijk te veranderen is. Het gaat immers om een grondwet waarin jaarlijks gemiddeld bijna 6 artikelen worden gewijzigd. Ter vergelijking: de Amerikaanse Grondwet is in de voorbije 234 jaar slechts 27 keer gewijzigd door de toevoeging van 27 *amendments*. Daar gaat het gemiddeld dus om maar 1 artikel in iets meer dan 8,5 jaar.

Zoals hierboven uiteengezet, kwamen we – ondanks de onzekerheden – voor de Nederlandse grondwetswijzigingsprocedure uit op een *moelijkheidsgraad* van 2,60 of van 3,10 met de methode van Lutz.⁸⁶ Dat is 0,10 of 0,60 hoger dan het gemiddelde van 2,50 in het onderzoek van Lutz.⁸⁷ Zeker in vergelijking met enkele hoge uitschieters, zoals Australië (4,65), Zwitserland (4,75) en de Verenigde Staten (5,10),⁸⁸ is dit een relatief kleine afwijking van het gemiddelde.

82 $142/209 = 0,67942584$.

83 $119 \text{ wijzigingen} / 178 \text{ jaar} = 0,67$.

84 Tsebelis 2022, bijlagen, <https://dataverse.harvard.edu/file.xhtml?fileId=4097438&version=1.0>; Tsebelis 2022, p. 289.

85 $1240/209 = 5,93301435$.

86 Zie de berekening in voetnoot 78.

87 Lutz 1994, p. 369, Table C-1.

88 Lutz 1994, p. 369, Table C-1.

Het is in dit opzicht interessant te herhalen dat Tsebelis in zijn onderzoek concludeerde dat de Nederlandse Grondwet relatief flexibel is vergeleken met andere landen die een grondwet hebben die meer dan honderd jaar bestaat. De constitutionele rigiditeit op basis van de moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure heeft in Nederland immers een waarde onder de 0,9, wat lager is dan de VS, Canada en Oostenrijk, die een moeilijkheidsgraad hebben van meer dan 1,1.⁸⁹ Desalniettemin is het niet duidelijk wat de aanduiding ‘onder de 0,9’ concreet betekent (a fortiori aangezien de berekeningsmethode niet te controleren blijkt), hoewel het hoogstwaarschijnlijk wel betekent dat de waarde voor Nederland onder het internationale gemiddelde van 0,88 in zijn onderzoek ligt.⁹⁰ Relatief gezien is de Nederlandse Grondwet volgens Tsebelis dus niet al te moeilijk te wijzigen, of ligt de rigiditeit van onze Grondwet in ieder geval niet hoger dan het internationale gemiddelde.

Ook hier kan de conclusie dus zijn dat de veelgehoorde stelling dat de Grondwet rigide en moeilijk te veranderen is wegens de verzwaarde wijzigingsprocedure minstens met voorzichtigheid moet bekeken worden. Hoewel de data over de moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure onzeker zijn – en de vergelijking voor Nederland met de internationale resultaten daardoor ook – lijken de internationale cijfers te suggereren dat de procedure, in ieder geval op papier, niet per se zwaarder is dan die van andere landen.

4.3 *Inhoudelijke kwalificatie grondwetswijzigingen Nederland*

Een volgende belangrijke vraag is in hoeverre de 142 wijzigingswetten en 1240 gewijzigde artikelen ook wezenlijke veranderingen met zich hebben meegebracht. Levert iedere wijziging een van aard vergelijkbare verandering van de Grondwet op?

Om inzicht te krijgen in deze vraag hebben we de 142 wijzigingswetten inhoudelijk gekwalificeerd en onderverdeeld op basis van drie categorieën, namelijk institutionele wijzigingen, materiële wijzigingen en de invoering of schrapping van additionele artikelen. Het is nuttig vervolgonderzoek om niet alleen op het niveau van de wijzigingswetten maar ook op het niveau van alle 1240 gewijzigde artikelen te kwalificeren. Aangezien dit evenwel zeer arbeidsintensief werk is, valt dit buiten de omvang van het door ons verricht onderzoek voor deze bijdrage.

We zijn ons er verder van bewust dat de gehanteerde categorieën ‘institutioneel’ en ‘materieel’ veelal geen strikt te scheiden, binaire categorieën zijn, maar zich eerder bevinden op een glijdende schaal. Grondwetsbepalingen kunnen dan ook zowel institutionele als ma-

89 Tsebelis 2022, p. 294.

90 Tsebelis 2022, p. 289.

J. GOOSSENS EN K. HAEX

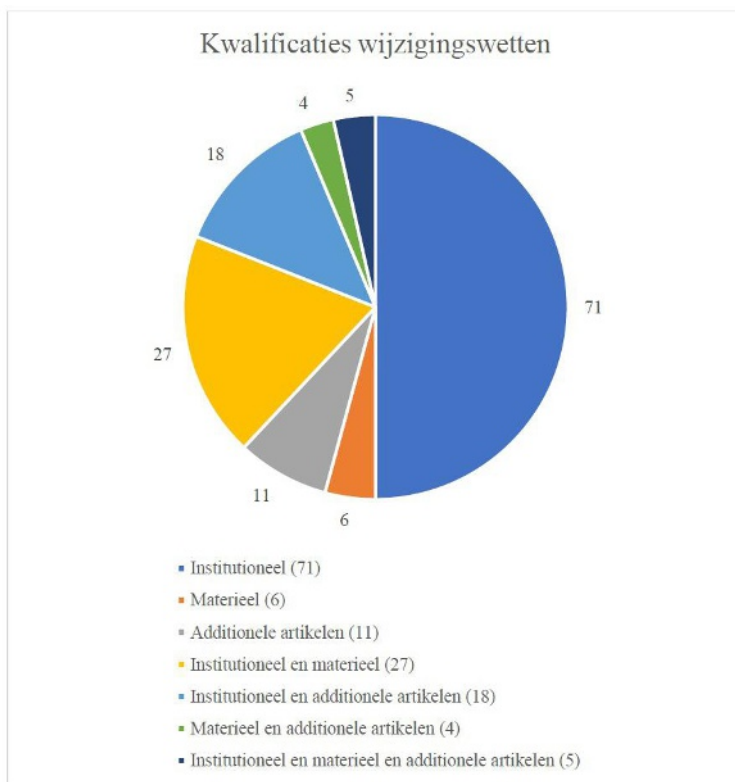
teriële aspecten bevatten; denk bijvoorbeeld aan bepalingen inzake het stemrecht. We beseffen dan ook dat categoriseren in dit geval ook een verlies aan nuance kan inhouden. Wijzigingswetten die duidelijk zowel materiële als institutionele wijzigingen bevatten, hebben we wel gekwalificeerd als ‘institutioneel en materieel’. Toch kan een dergelijke categorisering een eerste aanzet geven voor een beter inzicht in de aard van de 142 wijzigingswetten.

Ondanks het gebrek aan nuance dat onvermijdelijk gepaard gaat met van een grofmazige categorisering op wijzigingswetniveau hebben we zo goed als mogelijk een onderscheid proberen maken tussen beide categorieën op basis van volgende werkdefinities. Onder institutionele wijzigingen verstaan we voor dit hoofdstuk de wijzigingen die het bestaan en de werking van instituten en de institutionele verhoudingen raken.⁹¹ Onder materiële wijzigingen categoriseren we de wijzigingen die inhoudelijke rechten en plichten van de burger betreffen of op directe wijze van invloed zijn op de verhouding tussen overheid en burger. Onder wijzigingen in additionele artikelen hebben we die wijzigingen verstaan die de additionele artikelen, toegevoegd aan het eind van de Grondwet en vaak dienend als overgangsrecht, invoeren of schrappen.

Op basis van een handmatige bestudering (met telkens een bijkomende interne controle) van de 142 wijzigingswetten en de drie categorieën kwamen we tot zeven verschillende kwalificaties. Het gaat dan om de drie categorieën zoals hierboven beschreven en vier combinaties daartussen: wijzigingswetten die institutionele én materiële wijzigingen doorvoeren, wijzigingswetten die zowel institutionele of materiële wijzigingen doorvoeren als wijzigingen in additionele artikelen en tot slot wijzigingswetten die wijzigingen uit alle drie de categorieën doorvoeren. De verdeling is te zien in Figuur 4 en de cijfers kunnen op detailniveau geconsulteerd worden in Bijlage 2.

91 Wijzigingen ten aanzien van de instituties vergen vaak ook nadere uitwerking in institutionele wetten zoals de Kieswet.

Figuur 4 Kwalificaties wijzigingswetten 1814-2023



Gelet op deze categorisering zijn er 121 wijzigingswetten die – al dan niet in combinatie met andere materiële wijzigingen of wijzigingen betreffende additionele artikelen – institutionele wijzigingen betreffen (i.e. 85,21% van het totaal aantal wijzigingswetten).⁹² Daarnaast zijn er 38 wijzigingswetten die – naast mogelijke institutionele of materiële wijzigingen – additionele artikelen invoeren of afschaffen (i.e. 26,76%).⁹³ Ten slotte zijn er 42 wijzigingswetten die – al dan niet in combinatie met institutionele wijzigingen of wijzigingen betreffende additionele artikelen – materiële wijzigingen doorvoeren. Dat is 29,58% van het totaal aantal wijzigingswetten.⁹⁴ Dat betekent dat de afgeronde gemiddelde wijzigingsgraad betreffende materiële wijzigingen in de Grondwet slechts 0,20 wijzigingswetten per jaar betreft.⁹⁵ Oftewel, op basis van deze cijfers kan men in Nederland één wijzi-

92 $121/142 \times 100 = 85,21$.

93 $38/142 \times 100 = 26,76$.

94 $42/142 \times 100 = 29,58$.

95 $42/209 = 0,20095694$.

J. GOOSSENS EN K. HAEX

gingswet met materiële veranderingen per vijf jaar verwachten. Wie weet kan deze lage gemiddelde materiële wijzigingsgraad een gedeeltelijke verklaring zijn voor de vaak geuite stelling dat de Nederlandse Grondwet rigide is. Er worden immers relatief gezien niet al te veel materiële wijzigingen doorgevoerd, terwijl het juist materiële wijzigingen zijn die niet louter instituties betreffen maar betrekking hebben op inhoudelijke rechten en plichten van de burger of op directe wijze van invloed zijn op de verhouding tussen overheid en burger.

4.4 *Kwalificatie van de recente grondwetswijzigingen in Nederland*

Ten slotte zullen we beknopt stilstaan bij de kwalificatie van de zeven meest recente grondwetswijzigingen, om beter inzicht te geven in enerzijds onze bovenvermelde manier van kwalificeren en anderzijds de aard van de wijzigingen die centraal staan in dit boek. We bespreken de wijzigingen in de volgorde waarin de wijzigingswetten zijn gepubliceerd in het Staatsblad.

De invoering van een kiescollege voor niet-ingezeten Nederlanders voor de verkiezing van de Eerste Kamer hebben we gekwalificeerd als één van de wijzigingswetten waarin alle drie de categorieën in terugkomen.⁹⁶ Primair gaat het om een institutionele wijziging, omdat met het tweede artikel een nieuw instituut – namelijk het kiescollege – in het leven wordt geroepen. Dit raakt echter ook het kiesrecht, zodat dit ook een materiële wijziging betreft. De wijziging heeft immers betrekking op de uitoefening van het kiesrecht voor niet-ingezeten Nederlanders voor de verkiezing van de Eerste Kamer. Het derde artikel regelt verder de invoering van een additioneel artikel met overgangsrecht.

Het recht op een eerlijk proces werd al (gedeeltelijk) beschermd door artikel 6 EVRM, artikel 14 IVBPR en artikelen 47-50 van het EU-Grondrechtenhandvest.⁹⁷ Het opnemen ervan in artikel 17, eerste lid, Grondwet is niettemin gepresenteerd en gewaardeerd als een aanvulling op die artikelen, mede doordat dit nieuwe lid algemener geformuleerd en algemener van toepassing is dan artikel 6 EVRM en de artikelen uit het Handvest.⁹⁸ Omdat hiermee inhoudelijk een 'nieuw' grondrecht is geïntroduceerd in de Nederlandse grondrechtencatalogus, hebben we deze wijziging gekwalificeerd als een materiële wijziging. De wijzigingswet voert verder geen additioneel artikel in.⁹⁹

96 *Stb.* 2022, 316.

97 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 3.

98 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 3; Van den Eijnden & Van Sasse van Ysselt 2017, p. 120-127.

99 *Stb.* 2022, 331.

Al voordat de algemene bepaling werd ingevoerd,¹⁰⁰ was er discussie over de vorm en verwachte impact van die bepaling.¹⁰¹ De nog steeds heersende onduidelijkheid en discussie omtrent de mate waarin deze bepaling louter vastlegt wat we allang weten of wel degelijk van meer dan symbolische betekenis is – zeker in de toekomst bij een mogelijke aanpassing of schrapping van het toetsingsverbod in artikel 120 Grondwet –, maakt deze wijziging vrij lastig te kwalificeren. Duidelijk is in ieder geval dat de wijzigingswet geen additionele artikelen invoegt of schrapt.¹⁰² Gaat het hier dan om een institutionele wijziging, over – kort gezegd – de inrichting van de Nederlandse rechtsstaat, of gaat het om een materiële wijziging en dus over een wijziging die op directe wijze de rechtspositie van de burger of diens verhouding met de overheid betreft? De drie elementen van dit artikel – de grondrechten, de democratie en de rechtsstaat, die laatste twee samengebracht tot ‘de democratische rechtsstaat’ – kunnen zeker invloed hebben op de rechtspositie van de burger en diens verhouding met de overheid. Het lijkt er echter niet op dat deze algemene bepaling (nieuwe) rechten of plichten voor de burger in het leven roept. Sterker nog, de boodschap van het artikel is dat het aan *de Grondwet* is om de grondrechten en de democratische rechtsstaat te *waarborgen*.¹⁰³ Een effectieve waarborging vergt evenwel grondwettelijke kaders voor de werking van verschillende instituten, zoals primair de grondwetgever, maar ook de Raad van State als adviseur over toekomstige (grond)wetgeving, de Eerste Kamer als (mede)bewaker van de Grondwet tijdens het wetgevingsproces, en de rechtspraak. Daarom hebben we deze wijziging – na enig wikken en wegen – gekwalificeerd als een institutionele wijziging.

De volgende wijzigingswet betreft enkel het afschaffen van de eerste twee additionele artikelen, omdat deze uitgewerkt waren.¹⁰⁴ Uiteraard hebben we deze wet dan ook als zodanig gekwalificeerd.¹⁰⁵

De modernisering en uitbreiding van artikel 13 Grondwet naar het telecommunicatiegeheim hebben we gekwalificeerd als een materiële wijziging. Dit grondrecht is immers aangepast,¹⁰⁶ wat neerkomt op wijzigingen in de (grond)rechten van burgers. Met deze wijziging is vooral geprobeerd het grondrecht in lijn te brengen met de internationale en Europese evenknieën, terwijl het hetzelfde doel blijft dienen, maar dan op techniekneutrale wijze.¹⁰⁷ In de praktijk verandert er dus waarschijnlijk niet veel in het fundamentele recht waar de burger een beroep op kan doen, maar doordat de internationale en Europe-

100 *Stb.* 2022, 332.

101 Adams & Leenknecht 2015, p. 212.

102 *Stb.* 2022, 332.

103 Zie Hirsch Ballin 2017.

104 *Stb.* 2022, 333.

J. GOOSSENS EN K. HAEX

se praktijk nu terug te lezen is in het Nederlandse grondrecht, is er in onze kwalificatie sprake van een materiële wijziging van de Grondwet.

Onder het oude artikel 137 Grondwet ontstond er geregeld discussie over de precieze procedurele grenzen van de wijzigingsprocedure.¹⁰⁸ Door de wijzigingswet wordt de verplichting tot tussentijdse ontbinding van de Tweede Kamer na aanneming van de verklaringswet geschrapt.¹⁰⁵ Bovendien is een ‘valbijl’ ingevoerd en vervallen voorstellen nu van rechtswege wanneer de Tweede Kamer gekozen na de bekendmaking van de verklaringswet geen besluit neemt over het voorstel in tweede lezing. Artikel 137 en de recente wijziging regelen een procedure en dus de werking van instituten. Daarin hebben wij deze wijziging als institutionele wijziging gekwalificeerd. Ook wordt er een additioneel artikel als overgangsrecht toegevoegd aan de Grondwet.¹⁰⁶

De meest recente wijziging van de Grondwet betreft het toevoegen van handicap en seksuele gerichtheid als non-discriminatiegrond aan artikel 1 Grondwet.¹⁰⁷ Door deze toevoegingen wijzigt dus, in ieder geval tekstueel in de Grondwet, een grondrecht van burgers. Daarom hebben we ook deze wijziging gekwalificeerd als materiële wijziging.

Het is opvallend dat de laatste zeven wijzigingen naast drie institutionele wijzigingen ook vier materiële wijzigingen betreffen, al dan niet met toevoeging van additionele artikelen en één afschaffing van additionele artikelen. Met sinds 1814 in totaal slechts 42 wijzigingswetten die tevens materiële wijzigingen betreffen, springen vier materiële wijzigingen in twee jaar (en eigenlijk bijna in hetzelfde jaar gelet op de initieel geplande stemming op 20 december 2022 in de Eerste Kamer van de wijziging van artikel 1 Grondwet) zeker in het oog. Wellicht kan dat deels een verklaring zijn waarom 2022 en 2023 zijn ervaren als belangrijke of op zijn minst interessante jaren wat betreft grondwetswijziging, hoewel het aantal wijzigingen in het licht van de analyses in dit hoofdstuk geen reden oplevert om verbaasd te zijn over de kwantiteit van de wijzigingen.

5 CONCLUSIE

Het centrale vraagstuk in dit hoofdstuk was de mate waarin de Nederlandse Grondwet als rigide of flexibel omschreven kan worden in het licht van de wijzigingsprocedure in artikel 137 Grondwet. Om die vraag te kunnen beantwoorden hebben we de Nederlandse gemiddelde wijzigingsgraad en de moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure verge-

¹⁰⁵ Breunese 2021, p. 120; Schutgens 2021, p. 199-200; *Kamerstukken II* 2019/20, 35419, nr. 3, p. 3.

¹⁰⁶ *Stb.* 2022, 335.

¹⁰⁷ *Stb.* 2023, 62.

leken met internationale data en analyses. Bovendien hebben we de verschillende wijzigingswetten gekwalificeerd als institutionele wijzigingen, materiële wijzigingen, de invoering of schrapping van additionele artikelen of een combinatie van deze categorieën om een beter beeld te krijgen van het soort wijzigingen en de impact van de wijzigingen die zijn doorgevoerd sinds 1814.

De Nederlandse gemiddelde wijzigingsgraad lijkt op het eerste gezicht internationaal gezien aan de relatief lage kant te zijn. Volgens de methode van Lutz komt de Nederlandse gemiddelde wijzigingsgraad met 142 wijzigingswetten in de voorbije 209 jaar uit op een waarde van 0,68, terwijl zijn (ondertussen weliswaar meer dan 30 jaar gedateerde) internationale gemiddelde een waarde van 2,54 heeft.¹⁰⁸ In het recente onderzoek van Tsebelis komt de Nederlandse gemiddelde wijzigingsgraad ook onder het gemiddelde uit, met respectievelijk een waarde van 0,207 voor Nederland en 0,28 internationaal.¹⁰⁹ Deze cijfers suggereren dat de Nederlandse Grondwet in de praktijk meer rigide en stabiel is of op zijn minst in elk geval – gekeken naar het aantal wijzigingswetten – minder gewijzigd wordt dan het internationale gemiddelde.

Andere data en analyses in dit hoofdstuk nuanceren dit beeld. Wanneer de Nederlandse gemiddelde wijzigingsgraad zou worden berekend op basis van het aantal gewijzigde artikelen, in totaal 1240 in het 209-jarig bestaan van de Grondwet, dan komt deze uit op een waarde van 5,93. Ter vergelijking: de Amerikaanse Grondwet telt op het vlak van formele grondwetwijziging slechts 27 toegevoegde artikelen in de voorbije 234 jaar.¹¹⁰ Hoewel een internationale vergelijking op basis van het aantal gewijzigde artikelen met de huidig beschikbare data niet mogelijk bleek, nuanceert deze uitkomst de gemiddelde wijzigingsgraad als die louter wordt berekend op basis van het aantal wijzigingswetten. Een Grondwet, bestaande uit 146 artikelen,¹¹¹ waarin – gemiddeld genomen – bijna zes artikelen per jaar wijzigen is amper als (sterk) rigide te bestempelen.

Vergeleken met de data van Lutz is de moeilijkheidsgraad van de Nederlandse wijzigingsprocedure enigszins hoger dan het internationale gemiddelde, al is het verschil niet zo groot als bij echter uitschieters zoals Australië, Zwitserland, Costa Rica en *last but not least* – met mogelijk ‘*The World’s Most Difficult Constitution to Amend*’¹¹² – de VS.¹¹³ Tsebelis

108 Lutz 1994, p. 369, Table C-1.

109 Tsebelis 2022, p. 289 en bijlagen, <https://dataverse.harvard.edu/file.xhtml?fileId=4097438&version=1.0>.

110 Andere vormen van constitutionele verandering dan formele grondwetwijzigingen, zoals rechterlijke interpretatie en rechtsvinding, spelen natuurlijk ook een belangrijke rol.

111 Dit is inclusief de momenteel geldende additionele artikelen.

112 Albert 2022.

113 Lutz 1994, p. 369, Table C-1.

J. GOOSSENS EN K. HAEX

concludeert zelfs dat de moeilijkheidsgraad van de Nederlandse wijzigingsprocedure – ook in vergelijking met de andere Grondwetten van meer dan 100 jaar oud – lager is dan het gemiddelde.¹¹⁴ Gelet op deze resultaten valt de vaak geuite stellingname dat de Nederlandse Grondwet rigide is, dus te nuanceren. Internationaal gezien lijkt Nederland op het vlak van gemiddelde wijzigingsgraad en moeilijkheidsgraad van de wijzigingsprocedure immers geenszins uit de pas te lopen.

Uit onze eigen kwalificatie van de 142 wijzigingswetten bleek dat 42 daarvan (29,58%) ook materiële wijzigingen hebben doorgevoerd. Dat betekent dat de gemiddelde wijzigingsgraad voor wijzigingswetten die ook materiële wijzigingen doorvoeren een waarde heeft van 0,20: één materiële wijziging per vijf jaar dus. Dit zou de algemene aanname in Nederland dat de Grondwet rigide is, mogelijk op zijn minst gedeeltelijk kunnen verklaren. Ook zou het een verklaring kunnen zijn voor de inschatting dat de wijzigingswetten van 2022-2023 wel degelijk iets te betekenen hebben voor grondwetswijziging in Nederland: vier van de zeven wijzigingswetten betreffen immers ook materiële wijzigingen. In twee (en eigenlijk bijna één) jaar zijn we dus, gemiddeld constitutioneel gezien, op materieel vlak als het ware twintig jaar vooruitgesprongen! De vaak gehoorde aanname dat grondwetswijzigingen in Nederland eerder codificeren dan modificeren zou natuurlijk ook een andere verklaring kunnen zijn voor de perceptie van rigiditeit. In hoeverre die aanname juist is, vormt een interessante vraag voor vervolgonderzoek.

Kortom, de tot nu toe vaak geuite, doch niet met empirisch onderzoek onderbouwde stelling dat de Nederlandse Grondwet een ‘te rigide grondwet’ is,¹¹⁵ die ‘niet meer leeft’,¹¹⁶ ‘op slot zit’ en ‘een dode letter wordt’,¹¹⁷ blijkt op basis van ons empirisch onderzoek te kort door de bocht, zeker ook nu na de recente wijzigingen in 2022-2023. Hoewel de Grondwet, internationaal vergeleken, zeker niet als zeer flexibel is te bestempelen, wordt zij door de band genomen ook niet als meer rigide beschouwd dan het internationaal gemiddelde. De algemene ervaring kan anders zijn, maar de internationale data – zeker aangevuld met onze telling van maar liefst 1240 gewijzigde artikelen – schetst een genuanceerd beeld: de rigiditeit van de Nederlandse Grondwet is internationaal gezien niet meer dan gemiddeld.

¹¹⁴ Tsebelis 2022, p. 294.

¹¹⁵ Landman, Goossens & Nehmelman 2018. Zo ziet men maar dat bijkomend academisch onderzoek en een open blik tot nieuwe inzichten kunnen leiden.

¹¹⁶ Scholten 2015.

¹¹⁷ De Boer e.a. 2014.

LITERATUURLIJST

Adams & Leenknecht 2015

M. Adams & G.J. Leenknecht, ‘Artikel nul’: een algemene bepaling over rechtsstaat, democratie en grondrechten in de Grondwet?, *AA* 2015, afl. 3, 207-214.

Albert 2018

R. Albert, ‘Constitutional Amendment and Dismemberment’, *The Yale Journal of International Law* (43) 2018, afl. 1, p. 1-84.

Albert 2019

R. Albert, *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford: Oxford University Press 2019.

Albert 2022

R. Albert, ‘The World’s Most Difficult Constitution to Amend?’, *California Law Review* (vol. 110) 2022, 2005-2022.

Albert, Contiades & Fotiadou 2017

R. Albert, X. Contiades & A. Fotiadou (red.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford: Hart Publishing 2017.

Anckar & Karvonen 2002

D. Anckar & L. Karvonen, ‘Constitutional Amendment Methods in the Democracies of the World’ (artikel voor the XIIIth Nordic Political Science Congress in Aalborg, Denemarken, 15-17 augustus 2002) 2002.

Baas e.a., in: *Lexplicatie Grondwet*

A. Baas, A.J. Berends, H.A.J. Gierveld, J.A. Raukema, W.M. Weeber & A. van Zoest, ‘Inleiding’, in: A. Baas, A.J. Berends, H.A.J. Gierveld, J.A. Raukema, W.M. Weeber & A. van Zoest (red.), *Lexplicatie Grondwet*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Barkhuysen e.a. 2009

T. Barkhuysen, A.L. Dimitrova, M.L. van Emmerik, J.H. Gerards, H.M. Griffioen, M.M. Groothuis & W.J.M. Voermans, *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd; anker- of verdwijnpunt?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

J. GOOSSENS EN K. HAEX

Beukers, De Witte & Kilpatrick 2017

T. Beukers, B. de Witte & C. Kilpatrick (red.), *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

De Boer e.a. 2014

M.E. de Boer, H.J. Dekker, K.E. Haan, R. Nehmelman, J.W.C. van Rossem en M.J. Vetzo, 'De Kiss of life voor de Grondwet: een voorstel tot aanpassing van de wijzigingsprocedure van de Grondwet', *NJB* 2014/1228, afl. 25, p. 1681-1684.

Breunese 2021

H.M.B. Breunese, 'Wijziging van de grondwetsherzieningsprocedure', *TvCR* (12) 2021, afl. 2, 118-130.

Broeksteeg, in: *T&C Grondwet*

J.L.W. Broeksteeg, 'Additionele Artikelen. Inleidende Opmerkingen', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten & H.G. Hoogers (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet en Statuut*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Bryce 1901

J. Bryce, 'Flexible and Rigid Constitutions', in: J. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence. Volume I*, Oxford: Clarendon Press 1901.

Bunschoten, in: *T&C Grondwet*

D.E. Bunschoten, 'Aanhef. Inleidende Opmerkingen', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten & H.G. Hoogers (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet en Statuut*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Collins & Ringhand 2013

P.M. Collins & L.A. Ringhand, *Supreme Court Confirmation Hearings and Constitutional Change*, Cambridge: Cambridge University Press 2013.

Contiades & Fotiadou 2017

X. Contiades & A. Fotiadou, 'Amendment-Metrics. The Good, the Bad and the Frequently Amended Constitution', in: R. Albert, X. Contiades & A. Fotiadou (red.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford: Hart Publishing 2017.

Contiades & Fotiadou 2020

X. Contiades & A. Fotiadou (red.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, London: Routledge 2020.

Efthymiou 2019

N.S. Efthymiou, 'De Grondwet van 1814 en de Grondwet van 1815', *TvCR* 2019, afl. 1, p. 24-50.

Van den Eijnden & Van Sasse van Ysselt 2017

P.M. van den Eijnden & P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Voorstellen voor een algemene bepaling en het recht op een eerlijk proces in de Grondwet', *TvCR* 2017, afl. 2, 114-127.

Van Gennip 2021

T.E.J.H. van Gennip, *De grondwetsherzieningsprocedure* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Gerards 2016

J.H. Gerards, 'The Irrelevance of the Netherlands Constitution, and the Impossibility of Changing It', *R.I.E.J.* (77) 2016, afl. 2, p. 207-233.

Ginsburg & Melton 2015

T. Ginsburg & J. Melton, 'Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty', *ICON* (13) 2015, afl. 3, p. 686-713.

Haan e.a. 2014

K. Haan, M. de Boer, R. Dekker, R. Nehmelman, J.W. van Rossem & M. Vetzo, 'De "kiss of life" voor de Grondwet. Een voorstel tot aanpassing van de wijzigingsprocedure van de Grondwet', *NJB* 2014/1228.

Hirsch Ballin 2017

E. Hirsch Ballin, 'Waarborgen', in: *SC: Wetten en regels verklaard*, 5 september 2017.

Landman, Goossens & Nehmelman 2018

K.M. Landman, J. Goossens & R. Nehmelman. 'De Grondwet uit het beton. Naar een tussencategorie van organieke wetsbepalingen met bijzondere meerderheid', *TvCR* 2018, afl. 2, p. 128-147.

Van Leeuwen 2022

K. van Leeuwen, 'Hoofdstuk 8. Herziening', in: A. Ellian & B. Rijpkema (red.), *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Amsterdam: Boom 2022.

J. GOOSSENS EN K. HAEX

Lijphart 1999

A. Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven: Yale University Press 1999.

Lorenz 2005

A. Lorenz, 'How to measure constitutional rigidity. Four concepts and two alternatives', *Journal of Theoretical Politics* (17) 2005, afl. 3, p. 339-361.

Lutz 1994

D.S. Lutz, 'Toward a Theory of Constitutional Amendment', *The American Political Science Review* (88) 1994, afl. 2, p. 355-370.

Lutz, 2004

D.S. Lutz, *Principles of Constitutional Design*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

Van Nieuwenhove & Voermans 2016

J. Van Nieuwenhove & W. Voermans, 'De grondwetsherzieningsprocedure in 1815 en de latere ontwikkelingen in België en in Nederland. Op het spanningsveld tussen rigiditeit en soepelheid', in: A. Alen, A.W. Heringa, D. Heirbaut & C.J. Rotteveel Mansveld (red.), *De Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden van 1815. Staatkundige en historische beschouwingen uit België en Nederland*, Brugge/Den Haag: die Keure/Boom juridisch 2016, p. 57-102.

Passchier 2017

R. Passchier, *Informal constitutional change. Constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2017.

Peters 2003

J.A. Peters, *Wie beschermt onze grondwet?* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003.

Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2014

D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Roznai 2017

Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford: Oxford University Press 2017.

Scholten 2015

P. Scholten, 'Nederland leeft voort, maar zijn Grondwet staat stil', *NJB* 2015/2006, afl. 41, p. 2804-2805.

Schutgens 2021

R.J.B. Schutgens, 'De Grondwetsherziening onder revisie. Twee voorstellen tot herziening van de Grondwetsherzieningsprocedure en hun verhouding tot de tussentijdse kiezersraadpleging over voorstellen tot herziening van de Grondwet', *RegelMaat* (37) 2021, afl. 3, 195-209.

Tsebelis 2022

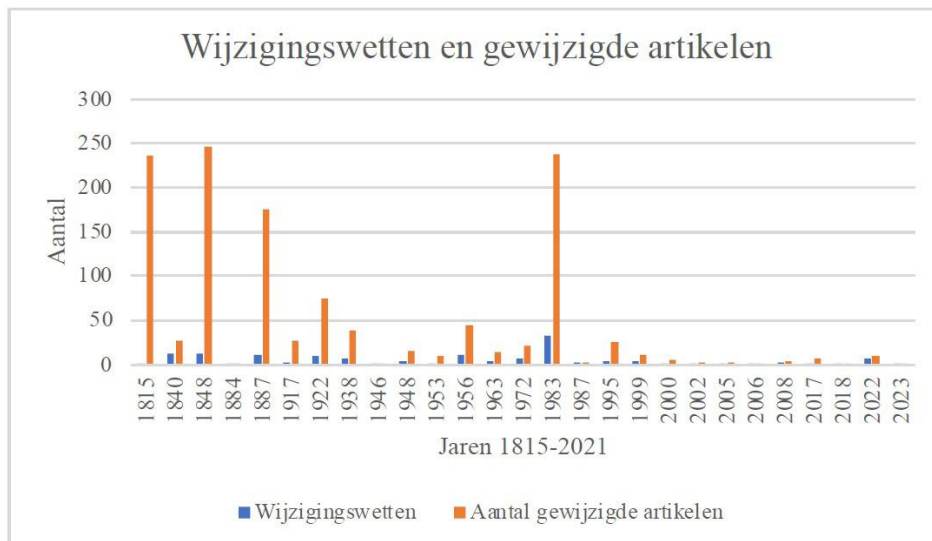
G. Tsebelis, 'Constitutional Rigidity Matters: A Veto Players Approach', *British Journal of Political Science* (52) 2022, p. 280-299.

Van Vugt 2021

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

J. GOOSSENS EN K. HAEX

**BIJLAGE 1: AANTAL WIJZIGINGSWETTEN EN AANTAL GEWIJZIGDE ARTIKELEN
1814-2023**



BIJLAGE 2: ANALYSE WIJZIGINGSWETTEN 1814-2023

Jaren	Aantal wijzigingswetten	Wijzigingswetten	Kwalificatie	Aantal gewijzigde artikelen
1815	1	Stb. 1815, 45	I&M	236
1840	12	Stb. 1840, 48	I	3
		Stb. 1840, 49	I	1
		Stb. 1840, 50	I	1
		Stb. 1840, 51	I	2
		Stb. 1840, 52	I	1
		Stb. 1840, 53	I&M	4
		Stb. 1840, 54	I	2
		Stb. 1840, 55	I&M	1
		Stb. 1840, 56	I	7
		Stb. 1840, 57	I	1
		Stb. 1840, 58	I	3
		Stb. 1840, 59	I	1
1848	12	Stb. 1848, 59	I&M	15
		Stb. 1848, 60	I&M	60
		Stb. 1848, 61	I&M	52
		Stb. 1848, 62	I	38
		Stb. 1848, 63	I&M	29
		Stb. 1848, 64	I&M	7
		Stb. 1848, 65	I	4
		Stb. 1848, 66	I&M	13
		Stb. 1848, 67	I	13
		Stb. 1848, 68	I&M	2
Stb. 1848, 69	I	6		
Stb. 1848, 70	A	7		
1884	1	Stb. 1884, 228	I	1
1887	11	Stb. 1887, 183	I&M	8
		Stb. 1887, 184	I	18
		Stb. 1887, 185	I	22
		Stb. 1887, 186	I	14
		Stb. 1887, 187	I&M	42

J. GOOSSENS EN K. HAEX

Jaren	Aantal wijzigingswetten	Wijzigingswetten	Kwalificatie	Aantal gewijzigde artikelen
		Stb. 1887, 188	I&M	20
		Stb. 1887, 189	I&M	19
		Stb. 1887, 190	I	2
		Stb. 1887, 191	I&M	14
		Stb. 1887, 192	I	4
		Stb. 1887, 193	A	12
1917	3	Stb. 1917, 660	I&M	18
		Stb. 1917, 661	I&M	1
		Stb. 1917, 662	A	8
1922	10	Stb. 1922, 642	I	2
		Stb. 1922, 643	I	35
		Stb. 1922, 644	I&M	12
		Stb. 1922, 645	I&M	7
		Stb. 1922, 646	I&M	6
		Stb. 1922, 647	I	1
		Stb. 1922, 648	I&M	3
		Stb. 1922, 649	I	2
		Stb. 1922, 650	I	1
		Stb. 1922, 651	A	6
1938	6	Stb. 1938, 100	I	6
		Stb. 1938, 101	I	2
		Stb. 1938, 102	I	7
		Stb. 1938, 103	I	4
		Stb. 1938, 104	I	4
		Stb. 1938, 105	I&A	15
1946	1	Stb. 1946, G 398	I&M	1
1948	4	Stb. 1948, I 410	I	12
		Stb. 1948, I 411	I	1
		Stb. 1948, I 412	I	2
		Stb. 1948, I 413	I	1
1953	1	Stb. 1953, 261	I	10
1956	11	Stb. 1956, 435	I	2

DE RIGIDE NEDERLANDSE GRONDWET?

Jaren	Aantal wijzigingswetten	Wijzigingswetten	Kwalificatie	Aantal gewijzigde artikelen
		Stb. 1956, 436	I	3
		Stb. 1956, 437	I	9
		Stb. 1956, 438	I	13
		Stb. 1956, 439	I&A	2
		Stb. 1956, 440	I	3
		Stb. 1956, 441	I	6
		Stb. 1956, 442	I	1
		Stb. 1956, 443	I	2
		Stb. 1956, 444	I	1
		Stb. 1956, 445	I	2
1963	4	Stb. 1963, 462	I	7
		Stb. 1963, 463	I	4
		Stb. 1963, 464	M	2
		Stb. 1963, 465	I&M	1
1972	7	Stb. 1972, 102	I	1
		Stb. 1972, 103	I	9
		Stb. 1972, 104	M	3
		Stb. 1972, 105	I	4
		Stb. 1972, 106	M	1
		Stb. 1972, 107	A	1
		Stb. 1972, 108	I&A	2
1983	33	Stb. 1983, 19	M&A	23
		Stb. 1983, 20	I&A	2
		Stb. 1983, 21	M&A	2
		Stb. 1983, 22	M&A	6
		Stb. 1983, 23	I&A	39
		Stb. 1983, 24	I&A	7
		Stb. 1983, 25	I	2
		Stb. 1983, 26	I&A	13
		Stb. 1983, 27	I&M&A	13
		Stb. 1983, 28	I	13
		Stb. 1983, 29	I	8

J. GOOSSENS EN K. HAEX

Jaren	Aantal wijzigingswetten	Wijzigingswetten	Kwalificatie	Aantal gewijzigde artikelen
		Stb. 1983, 30	I&A	17
		Stb. 1983, 31	I&A	10
		Stb. 1983, 32	I&A	3
		Stb. 1983, 33	I	2
		Stb. 1983, 34	I	4
		Stb. 1983, 35	I	4
		Stb. 1983, 36	I	1
		Stb. 1983, 37	I	1
		Stb. 1983, 38	I&A	2
		Stb. 1983, 39	I	1
		Stb. 1983, 40	I&A	3
		Stb. 1983, 41	I&M&A	12
		Stb. 1983, 42	I	3
		Stb. 1983, 43	I	1
		Stb. 1983, 44	I&M&A	22
		Stb. 1983, 45	M&A	2
		Stb. 1983, 46	I	4
		Stb. 1983, 47	I	4
		Stb. 1983, 48	I&A	3
		Stb. 1983, 49	I&A	7
		Stb. 1983, 50	I	2
		Stb. 1983, 51	A	1
1987	2	Stb. 1987, 270	I&M	1
		Stb. 1987, 271	I	1
1995	4	Stb. 1995, 401	I&A	3
		Stb. 1995, 402	A	2
		Stb. 1995, 403	I	1
		Stb. 1995, 404	A	20
1999	4	Stb. 1999, 133	I	4
		Stb. 1999, 134	I	1
		Stb. 1999, 135	A	3
		Stb. 1999, 454	A	3

DE RIGIDE NEDERLANDSE GRONDWET?

Jaren	Aantal wijzigingswetten	Wijzigingswetten	Kwalificatie	Aantal gewijzigde artikelen
2000	1	Stb. 2000, 294	I&M	5
2002	1	Stb. 2002, 144	I&M	2
2005	1	Stb. 2005, 52	I&A	3
2006	1	Stb. 2006, 170	I&M	1
2008	2	Stb. 2008, 272	I&M&A	2
		Stb. 2008, 273	I	2
2017	1	Stb. 2017, 426	I&A	7
2018	1	Stb. 2018, 493	I	1
2022	6	Stb. 2022, 316	I&M&A	2
		Stb. 2022, 331	M	1
		Stb. 2022, 332	I	1
		Stb. 2022, 333	A	2
		Stb. 2022, 334	M	1
		Stb. 2022, 335	I&A	2
2023	1	Stb. 2023, 62	M	1

DE GRONDWET ‘REVISITED’: GELEIDELIJKE AANPAS- SING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

*L.F.M. Verhey, L.C. Groen en T.J. van Ernst**

1 INLEIDING: DE PANDEMIE ALS ‘WAKE-UP CALL’

1.1 *Coronamaatregelen: een constitutionele lacune*

Op 5 januari 2023, midden in het kerstreces, deed Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport Ernst Kuipers per brief een dringend beroep op de Eerste Kamer: vang zo snel mogelijk aan met de behandeling van het voorstel tot wijziging van de Wet publieke gezondheid!¹ De reden? De epidemiologische situatie in China was vanwege de plotselinge stijging van het aantal coronabesmettingen – als gevolg van het loslaten van het ‘zero-vidbeleid’ – zó zorgwekkend dat in Europees verband werd opgeroepen tot het nemen van maatregelen ten opzichte van reizigers uit het land. Er was alleen een probleem: de wettelijke grondslag daarvoor ontbrak.

De Eerste Kamer toonde zich niet gevoelig voor de oproep van de minister het wetsvoorstel met spoed te behandelen. “Fundamentele afwegingen over grondrechten en parlementaire zeggenschap vragen om een zorgvuldige behandeling van de keuzes in dit wetsvoorstel”, schreven de voorzitters van de vaste commissies voor Justitie en Veiligheid en Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Als de minister van oordeel was dat voor reizigers uit China extra maatregelen moesten worden getroffen, dan moest dat maar op een andere manier worden geregeld.²

En zo geschiedde. Op 10 januari 2023 trad de noodverordening van de voorzitter van de Veiligheidsregio Kennemerland in werking. De verordening bepaalde dat reizigers uit

* Prof. mr. L.F.M. (Luc) Verhey is staatsraad bij de Afdeling advisering van de Raad van State en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden (Kirchheiner-leerstoel). Mr. dr. L.C. (Lisanne) Groen is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Mr. T.J. (Tom) van Ernst is junior wetgevingsadviseur bij de Afdeling advisering van de Raad van State. Enkele passages zijn geïnspireerd door publicaties van de eerstgenoemde auteur. Daar wordt hierna naar verwezen.

1 *Kamerstukken I 2022/23*, 36194, B.

2 *Kamerstukken I 2022/23*, 36194, C.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

China een testuitslag moeten kunnen tonen waaruit blijkt dat zij op het moment van testen niet waren geïnfecteerd met het coronavirus.³ De – inmiddels vervallen – Tijdelijke wet maatregelen covid-19 kwam juist mede tot stand omdat de juridische status van zulke noodverordeningen grondwettelijk gezien op zijn zachtst nogal discutabel was.⁴ Was dus het opnieuw terugvallen op de noodverordening niet ongrondwettig?⁵

1.2 *De Grondwet: belangrijker dan ooit*

De discussie over de grondwettigheid van de coronamaatregelen barstte al meteen los na de covid-19-uitbraak in maart 2020 en duurt ook in 2023 nog steeds voort, zoals blijkt uit het bovenstaande. Zij illustreert het grote belang van de Grondwet. Ingrijpende gebeurtenissen als de coronapandemie laten zien dat onverminderd behoefte is aan grondwettelijke kaders. Daarbij gaat het niet alleen om de grondrechten, maar nadrukkelijk ook om de organisatie van de staat en de werking van de parlementaire democratie in brede zin. Vraagstukken van parlementaire betrokkenheid bij wetgeving en de verhouding tussen bestuurslagen (denk ook aan de veiligheidsregio's) zijn naar aanleiding van de pandemie in alle scherpste naar voren gekomen.

Heeft de Grondwet tijdens de pandemie een betekenisvolle rol vervuld? Het voorlopige beeld is gemengd. Als het gaat om de grondrechten is de meerwaarde van de Grondwet duidelijk gebleken. De Grondwet eist voor een grondrechtenbeperking, anders dan het EVRM en het IVBPR, een specifieke, formeel-wettelijke grondslag. Die eis is in het verdere verloop van de wetgevingsdiscussie in 2020 en ook daarna nog, in belangrijke mate richtinggevend geweest. Ook als het gaat om de betrokkenheid van Tweede én Eerste Kamer bij de totstandkoming en continuering van noodwetgeving was het grondwettelijk kader van invloed, zij het dat over de betekenis daarvan de meningen verschilden.⁶

Tegelijkertijd traden ook tekortkomingen aan het licht. Zo bleek dat de op de Grondwet gebaseerde noodwetgeving niet op orde was. Daardoor ontbrak de grondwettelijk vereiste

3 De grondslag hiervoor werd gevonden in de artikelen 6, vierde lid en 7, eerste lid van de Wet publieke gezondheid, artikel 176 van de Gemeentewet, artikel 39 van de Wet veiligheidsregio's en de aanwijzing van de Minister van VWS van 9 januari 2023, nr. 3494661-1042137-PDCIC. Zie Noodverordening covid-19 veiligheidsregio Kennemerland van 9 januari 2023 (officiële-overheidspublicaties.nl).

4 Zie bijvoorbeeld Wierenga, Schilder & Brouwer *NJB* 2020/1135 en voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 25 mei 2020 over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen, (W04.20.0139), *Kamerstukken II* 2020/21, 25295, nr. 742.

5 Vergelijk *Kamerstukken II* 2022/23, 35786, nr. 8.

6 Voorlichting Afdeling advisering van de Raad van State van 16 april 2020 over het functioneren van de Eerste Kamer in tijden van de coronacrisis, (W04.20.0102), *Kamerstukken I* 2019/20, CXXXIX, nr. E. Zie ook Bovend'Eert 2020 en Brouwer & Schilder 2020.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

wetgeving in de acute beginfase van de crisis. De Tijdelijke wet maatregelen covid-19 die in die lacune moest voorzien, trad – na een constitutionele schemerzone van negen maanden – pas op 1 december 2020 in werking.⁷ Inmiddels staat ook het staatsnood- en crisisrecht hoger op de politieke agenda en is een nieuwe start gemaakt met de algehele herziening daarvan.⁸ Maar de problemen zijn, ruim drie jaar na de pandemie, nog niet voorbij. Begin 2023 bleek het opnieuw nodig om terug te vallen op de constitutioneel wankele basis van de noodverordeningen. Dat geeft geen fraai beeld. Ook kwam tijdens de pandemie sterker dan ooit naar voren dat het grondwettelijke 'Huis van Thorbecke' niet strookt met de maatschappelijke realiteit. De veiligheidsregio's speelden een hoofdrol en lijken daarmee hun positie verder te hebben verstevigd. De provincies daarentegen waren gedurende de gehele crisis nagenoeg onzichtbaar.

De pandemie kan aldus worden gezien als een constitutionele 'wake up call' die oude en nieuwe vragen oproept. Hoe komt het dat, hoewel de Grondwet ook tijdens de pandemie een belangrijk ankerpunt bleek, de zaken grondwettelijk gezien niet op orde zijn? Wordt onze Grondwet verwaarloosd en zo ja, hoe komt dat en wat kan en moet daaraan worden gedaan? Deze vragen zijn niet nieuw. Tegelijkertijd illustreert de covid-19-pandemie dat het debat over onze Grondwet geleidelijk in nieuw vaarwater is beland. De pandemie is immers niet de enige ingrijpende gebeurtenis die de constitutie in het hart heeft geraakt. De Toeslagenaffaire en de Groningse gaswinning hebben bijvoorbeeld eveneens indringende vragen opgeroepen over het functioneren van de democratische rechtsstaat. Ook externe factoren zetten ons stelsel onder druk. Het migratievraagstuk, de klimaatcrisis, grensoverschrijdende criminaliteit, terrorisme en, meest recent, de oorlog in Oekraïne zijn ingrijpende ontwikkelingen die direct of indirect de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat op de proef stellen. Daaraan zit onmiskenbaar een belangrijke constitutionele dimensie. Daarom kan het debat over de Grondwet allang niet meer alleen gaan over 'verwaarlozing' en 'modernisering'. De centrale vraag is ook geworden hoe de Grondwet kan én moet bijdragen aan de robuustheid van de democratische rechtsstaat.

1.3 *Doel van deze beschouwing*

Tegen de achtergrond van dit grote verhaal heeft dit hoofdstuk een bescheiden doel. Het staat in het teken van de vraagstelling van deze bundel: zijn de recente grondwetswijzigin-

7 Zie verder de Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 25 mei 2020 over de grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen, (W04.20.0139), *Kamerstukken II 2020/21*, 25295, nr. 742 en – in bredere zin – het ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 december 2021 Van noodwet tot crisisrecht, (W04.21.0291), Bijlage bij *Kamerstukken II 2021/22*, 29668, nr. 65.

8 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2021/22*, 29 668, nr. 67 en 69.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

gen – de aanleiding voor deze bundel – een illustratie van een op handen zijnde constitutionele verandering in Nederland? Daarom gaan wij hieronder in op de rol die de Grondwet in het huidige tijdsgewricht kan spelen. De vraag hoe we, gelet op de geschetste ontwikkelingen, het debat over de Grondwet op een praktische manier verder kunnen brengen, staat hierbij centraal: hoe brengen we de Grondwet met het oog op de dagelijkse praktijk weer in positie? Deze vraagstelling komt niet uit de lucht vallen en staat niet op zichzelf. De belangstelling voor de Grondwet lijkt voorzichtig toe te nemen. In elk geval is recent een aantal wetenschappelijke publicaties⁹ over en commentaren op de Grondwet verschenen.¹⁰ Dat is een positieve ontwikkeling die kan bijdragen aan meer dynamiek, debat en rechtsontwikkeling. Deze bijdrage bouwt daarop voort.

Daartoe zal eerst worden stilgestaan bij de plaats van de Grondwet in de Nederlandse constitutie (par. 2). Waar komen we vandaan als we het hebben over de Grondwet en hoe heeft de rol van de Grondwet zich ontwikkeld, ook in de verhouding met andere onderdelen van de Nederlandse constitutie? Vervolgens gaan we kort in op maatschappelijke ontwikkelingen die de betekenis van de Grondwet direct en indirect hebben beïnvloed of nog zullen beïnvloeden (par. 3). Daarna geven we een bondig overzicht van enkele (staats)commissies die zich de afgelopen 25 jaar over de Grondwet hebben gebogen en de resultaten die dat heeft opgeleverd (par. 4).

Deze, onvermijdelijk onvolledige, beschouwingen leiden tot het slotakkoord van dit artikel: een mogelijke benadering van de Grondwet in de nabije toekomst (par. 5). In de kern pleiten we voor twee parallelle sporen: een geleidelijke aanpassing van de Grondwet en daarmee samenhangende wetgeving, én een verdieping van de interpretatie van de Grondwet, door de achterliggende beginselen, uitgangspunten, conventies en spelregels daarbij nadrukkelijker te betrekken. Deze zijn, zo stellen wij, beslissend voor een effectieve werking van de dragende pijlers van ons constitutionele bestel, en moeten daarom zichtbaar en expliciet bij de interpretatie van de Grondwet worden betrokken.

9 Bijvoorbeeld Voermans 2019 en Van Leeuwen, Van Faassen en Scherer 2020.

10 Naast het al langer bestaande Tekst & commentaar van Bovend'Eert e.a. kan worden gewezen op Uitleg van de Grondwet onder redactie van Hirsch Ballin, Janse de Jonge en Leenknecht (2021) en een nieuw commentaar op de Grondwet onder redactie van Ellian en Rijkema (2022).

2 DE GRONDWET: DE KERN VAN DE CONSTITUTIE

2.1 Grondwet en constitutie

De Grondwet wordt traditioneel omschreven als het staatkundige document waarin de grondrechten van burgers en de samenstelling, onderlinge verhoudingen en bevoegdheden van de belangrijkste staatsinstellingen staan beschreven.¹¹ Zij maakt als zodanig deel uit van de Nederlandse constitutie en vormt, in elk geval van oorsprong, de kern van het Nederlandse, constitutionele recht. De constitutie is echter, zo is algemeen aanvaard, veel breder dan de Grondwet alleen. Het constitutionele recht is op veel andere plekken te vinden.

Gelet daarop is de vraag relevant op welke wijze het begrip 'constitutie' moet worden omschreven en begrensd. Wat valt er precies wel en niet onder? Het begrip 'constitutie' wordt in de staatsrechtelijke literatuur veel gebruikt en steeds net anders gedefinieerd.¹² In de regel wordt onderscheid gemaakt tussen de 'formele' en de 'materiële' constitutie. Wat als de formele constitutie heeft te gelden, is relatief gemakkelijk te omschrijven: het gaat om een geschreven regeling die is vastgelegd in een wet waarvoor een regime van totstandkoming en herziening geldt dat afwijkt van dat van 'gewone' wetten. Meestal wordt die wet 'grondwet' genoemd, en bevat zij regels die in de rechtsorde waar zij geldt als fundamenteel voor de staatsinrichting worden beschouwd.¹³

De reikwijdte van de materiële constitutie is minder concreet te duiden. De inhoud en het karakter van regels zijn daarbij leidend. In algemene termen is de materiële constitutie te omschrijven als het geheel van geschreven en ongeschreven rechtsregels, die op grond van hun inhoud kunnen worden aangemerkt als normen die de grondslagen van de inrichting van de staatsorganisatie en de verhouding met burgers vastleggen ('structuurnormen').¹⁴ De vraag wat daar precies wel en niet toe behoort, is niet altijd gemakkelijk te beantwoorden. Soms is de aanduiding van een regel als 'constitutioneel' betwistbaar. Niettemin bestaat brede consensus over wat *in elk geval* tot de materiële constitutie behoort.

Dat betreft naast de Grondwet en het Statuut allereerst enkele organieke wetten, zoals de Kieswet, de Gemeentewet en de Provinciewet. Daarnaast zijn de internationale verdragen die rechtstreeks doorwerken in de Nederlandse rechtsorde, met name op het terrein van

11 Bovend'Eert 2019, p. 33; Burkens e.a. 2022, p. 43.

12 Vergelijk Van der Tang 1998, p. 15 e.v.

13 Van der Tang 1998, p. 50.

14 Bovend'Eert 2019, p. 34.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

de mensenrechten, van groot belang. In toenemende mate is verder ook het EU-recht van grote constitutionele betekenis gebleken. Daarbij gaat het niet alleen om het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het EU-Handvest) maar ook om het Unieburgerschap en de institutionele bepalingen van de Unieverdragen en soms ook van daarop gebaseerde wetgeving. Ten slotte behoren ook bepaalde onderdelen van het ongeschreven recht tot de constitutie. Daarbij kunnen twee categorieën worden onderscheiden: de algemene rechtsbeginselen die in de rechtspraak zijn ontwikkeld (zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel) en het ongeschreven recht dat geldt in de verhouding tussen regering en Staten-Generaal (zoals de vertrouwensregel).¹⁵

Het feit dat de constitutie breder is dan de Grondwet neemt niet weg dat de Grondwet daarvan de cruciale kern vormt. Het is het document dat over de volle breedte van het staatsbestel enkele wezenskenmerken daarvan normeert: de grondrechten, het parlementaire stelsel, de belangrijkste instituties (met inbegrip van de rechterlijke macht) en de decentrale overheden. De Grondwet bevat de juridische grondslag van de hiervoor genoemde organieke wetten en reguleert de doorwerking van het internationale recht (inclusief de internationaal gewaarborgde grondrechten). En hoewel de ongeschreven vertrouwensregel als zodanig in de Grondwet ontbreekt, is deze wel onlosmakelijk verbonden met de grondwettelijke bepalingen die het parlementaire stelsel regelen. Aldus heeft de Grondwet niet alleen een politiek-stabiliserende functie als 'slaperdijk',¹⁶ maar ook een belangrijke normatieve functie. Dat die functie versterking behoeft (zie hierna) doet daaraan niet af.

2.2 *De pragmatische Grondwet*

Hoewel de Grondwet de kern vormt van ons stelsel van constitutionele normen, komt zij in de rechtspraktijk niet altijd prominent en zichtbaar naar voren.¹⁷ Opvallend in dit verband is dat de Nederlandse Grondwet weliswaar al ruim 200 jaar bestaat, maar dat haar basisstramien sinds 1814 min of meer hetzelfde is gebleven. Dat neemt niet weg dat zich in de negentiende en twintigste eeuw belangrijke politieke en maatschappelijke ontwikkelingen hebben voorgedaan. Zo is Nederland in die tijd uitgegroeid tot de democratische rechtsstaat zoals we die nu kennen, waarin belangrijke verworvenheden (zoals het algemeen kiesrecht) hebben plaatsgevonden, en belangrijke organisaties (zoals politieke par-

¹⁵ Zie ook Verhey 2009, p. 7.

¹⁶ Donner 1986, p. 381. Zie ook Elzinga 1997. Elzinga betreft het slaperdijkbeeld op hoofdstuk 2 tot en met 5 van de Grondwet.

¹⁷ Hirsch Ballin 2013 p. 283-284, Ellian & Rijpkema 2022, p. 18-19 (met verwijzingen naar diverse andere auteurs).

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

tijen) zich hebben gevormd. Soms werd de Grondwet in het licht daarvan substantieel gewijzigd, zoals in 1848, 1917 en 1983, maar geen van de ontwikkelingen die zich sinds 1814 hebben voorgedaan, gaven aanleiding de Grondwet op geheel nieuwe leest te schoeien.¹⁸

Dat de Grondwet niet vaak echt substantieel is gewijzigd, wordt vaak toegeschreven aan haar sobere en open karakter. Dat hangt samen met de Nederlandse traditie van pragmatisch pluralisme om door middel van onderhandelingen tot consensus – of in ieder geval een compromis – te komen. Achterliggende waarden, beginselen en ideologieën worden niet geëxpliciteerd, juist om het bereiken van consensus of compromissen niet te belemmeren. Maatschappelijke veranderingen vinden doorgaans op die manier en buiten de Grondwet om plaats.¹⁹ Maar dat werd meestal niet als een nadeel gezien. Integendeel, het is juist vaak als een voordeel beschouwd dat de Grondwet ruimte biedt voor overheid en samenleving om noodzakelijke veranderingen te bewerkstelligen. Soms leidt zo'n verandering tot een constitutionele aanpassing, maar deze is dan doorgaans 'informeel': de uitleg van een grondwetsbepaling verandert door de jaren heen, zonder dat de Grondwet formeel wordt gewijzigd.²⁰

Bij ruimte voor maatschappelijke veranderingen hoort ook het primaat van de wetgever. Binnen de ruimte die de Grondwet biedt, kan de wetgever zelf bepalen of een wettelijke regeling wordt getroffen en zo ja, met welke inhoud. Het primaat van de wetgever komt in talrijke grondwetsbepalingen naar voren. Beperking van in de Grondwet neergelegde grondrechten moet blijkens hun clausuleringen worden bepaald en begrensd door de wetgever. Ook het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet gaat uit van het primaat van de wetgever; niet de rechter maar de wetgever bepaalt of een wet in overeenstemming is met de Grondwet.²¹ Dit verklaart waarom over de Grondwet – in elk geval als het gaat om wetgeving in formele zin, maar ook overigens – relatief weinig rechtspraak is.

Bij het voorgaande past dat de Grondwet traditioneel primair functioneert als een staatkundige basisregeling.²² Zij codificeert eerder dan dat zij modificeert en bevat voorname-lijk de hoofdelementen van het staatsbestel.²³ Met wijzigingen van de Grondwet wordt

18 Aerts 2016, p. 45-56. Zie ook Verhey 2021, p. 23.

19 Vergelijk Van der Hoeven, die heeft gesteld dat de feitelijke praktijk van grotere betekenis is voor het geldende staatsrecht dan de Grondwet; zie Van der Hoeven 1988. Zie ook Kortmann 2021, p. 87.

20 Hierover Passchier 2017. Specifiek ten aanzien van art. 50 Gw, zie Van Vugt 2021 en Hirsch Ballin 2022, p. 37 e.v.

21 Thans art. 120 Gw, dat luidt: De rechter treedt niet in de beoordeling van wetten en verdragen.

22 Hirsch Ballin 2021, p. 19-27.

23 Zie Donner 2018, p. 241-242 en het eindrapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 48. Vergelijk ook *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 3-4.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

doorgaans terughoudendheid betracht. In lijn hiermee heeft de Afdeling advisering van de Raad van State diverse malen te kennen gegeven dat een grondwetswijziging pas in de rede ligt als ‘duurzame overeenstemming’ over een onderwerp bestaat en de maatschappelijke discussie daarover voldoende is uitgekristalliseerd.²⁴ Met name de politiek-stabiliserende werking van de Grondwet wordt in dat verband, naast de rechtsstatelijke en democratische functie, van belang geacht.²⁵ Daarbij past ook dat de Grondwet moeilijk is te wijzigen: een wijziging moet – ook na de recente aanpassing van de grondwetsherzieningsprocedure²⁶ – in twee lezingen en in de tweede lezing met een tweederdemeerderheid in beide Kamers worden aanvaard.

2.3 *De Grondwet: pragmatisch maar ook kwetsbaar*

De aldus getypeerde Grondwet laat veel ruimte voor maatschappelijke veranderingen, maar biedt daardoor ook slechts in beperkte mate een richtinggevend kader. De ruimte die de Grondwet laat, wordt in de praktijk weliswaar deels ingevuld met beginselen, conventies en gewoonten, maar de normatieve betekenis daarvan is vaak onduidelijk en omstreden.²⁷ Dat heeft tot gevolg dat de Grondwet, hoe belangrijk haar functie ook is (zie hiervoor), in de dagelijkse staatkundige praktijk maar als beperkt normatief wordt beschouwd en om die reden regelmatig wordt genegeerd. Dat kan grote gevolgen hebben, want staatsrechtelijke verrommeling en veronachtzaming van essentiële spelregels belemmeren geleidelijk en sluipenderwijs de effectieve werking van het grondwettelijke stelsel.²⁸

24 Zie het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 24 februari 2022 over het initiatiefvoorstel tot wijziging van de Grondwet, strekkende tot toevoeging van bepalingen ten behoeve van gelijke kansen in het onderwijs van De Hoop, (W01.21.0300), Website Raad van State. Voor een overzicht: Nap 2020, p. 275-281.

25 Vergelijk bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 3; nr. 25, p. 3; *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 6. Zie ook Barkhuysen, Dimitrova & van Emmerik 2009, p. 24 en het mooie proefschrift van Toni van Gennip, die aan de verschillende functies van de Grondwet in hoofdstuk 4 uitgebreid aandacht besteedt; Van Gennip 2021.

26 Wet van 6 juli 2022, houdende verandering in de Grondwet van de bepaling inzake veranderingen in de Grondwet (herijking Grondwetsherzieningsprocedure), *Stb.* 2022, nr. 335. Zie tevens de bijdrage van Van Vugt & Van Gennip in deze bundel.

27 Verhey 2014; Geertjes 2021. Zie ook Boven'd Eert & Kummeling 2017, p. 22-23.

28 Vergelijk Kok 2022. Zie voor een actueel voorbeeld Boogaard 2023 over de oprekking van de Grondwet als het gaat om het voorgeschreven quorum van, in dit geval, de Eerste Kamer (art. 67 Gw). Een ander actueel voorbeeld betreft de omgang met de grondwettelijke regels inzake het wetgevingsproces (art. 81-88 Gw). De regering zag voorlopig af van inwerkingtreding van een door de Tweede Kamer geamendeerd onderdeel van een wijziging van de Wet dieren omdat zij dat onderdeel niet uitvoerbaar achtte. Zie advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 1 februari 2023 over de Nota van wijziging bij het wetsvoorstel houdende wijziging van de Wet dieren in verband met actualisering van de diergezondheidsregels, (W11.22.00157), www.raadvanstate.nl.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

Eén van de zeldzame voorbeelden van een regel die onomstreden geldt als ongeschreven staatsrecht is de vertrouwensregel: de regel dat bewindslieden hun ontslag aanbieden als een parlementaire meerderheid geen vertrouwen meer in hen heeft. Het vertrouwen wordt dus voorondersteld totdat het tegendeel blijkt. Die elementaire regel van ons parlementaire stelsel geeft uitdrukking aan een fundamentele notie die aan het Nederlandse staatsbestel als geheel ten grondslag ligt: vertrouwen is de basis van de grondwettelijk verankerde parlementaire democratie. Zonder vertrouwen kan zij niet werken.

Juist op dat punt blijkt ons staatsbestel – met een open Grondwet als de onze – in deze tijd in toenemende mate kwetsbaar. Om dat beter te begrijpen keren we terug naar de politiek-stabiliserende werking van de Grondwet zoals deze oorspronkelijk is bedoeld. Om staatsrechtelijke stabiliteit te waarborgen is – zoals Donner het destijds omschreef – “een flinke dosis wederkerigheid” nodig.²⁹ Hij bedoelde daarmee dat de bevoegdheid van de overheid en de rechten van burgers duidelijk moeten zijn omschreven, zodat overheid én burgers weten waaraan zij zich hebben te houden, en elkaar daarop zo nodig rechtens kunnen aanspreken. Alleen dan kan het staatsrecht houvast, stabiliteit en duurzaamheid bieden.³⁰

Voor de bedoelde wederkerigheid is vertrouwen onontbeerlijk, in de verhoudingen binnen de overheid, maar óók tussen overheid en burgers. En juist daaraan lijkt het in steeds grotere mate te ontbreken. Recente discussies over bijvoorbeeld de reikwijdte van artikel 68 Grondwet wijzen daarop als het gaat om het onderlinge vertrouwen tussen verschillende onderdelen van de overheid. Uit onderzoek van onder meer het Sociaal Cultureel Planbureau blijkt voorts dat het vertrouwen van burgers in de politiek nog nooit zo laag was.³¹ Recente kwesties waarin ernstig overheidsfalen aan het licht kwam, met name de Toeslagenaffaire en de Groningse gaswinning, hebben daaraan ongetwijfeld bijgedragen.

Het voorgaande doet de vraag rijzen naar de rol en betekenis van het staatsrecht – en in het bijzonder de Grondwet – in de huidige tijd. Wanneer we het staatsrecht en de Grondwet in staat willen stellen om hun normatieve en politiek-stabiliserende functie te blijven vervullen en ook in de toekomst hun cruciale betekenis willen laten behouden, wat is daar

29 Donner 1986, p. 380-381. Vergelijk Verhey 2021, p. 24.

30 Donner 1986, p. 371-392. Zie eerder ook Kortmann 1976.

31 <https://www.scp.nl/actueel/nieuws/2022/06/15/stand-van-het-land-verdeeldheid-en-onvrede-maar-ook-hoge-kwaliteit-van-leven>, laatst geraadpleegd op 9 maart 2023. Ipsos onderzocht dat eind 2022 ongeveer zes op de tien Nederlanders (zeer) weinig vertrouwen heeft in de politiek, en vindt ongeveer de helft van de Nederlanders dat het kabinet-Rutte IV het (zeer) slecht doet; <https://www.ipsos.com/nl-nl/politiekebarometer>, laatst geraadpleegd op 9 maart 2023.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

dan voor nodig? Om die vraag te kunnen beantwoorden moeten we eerst iets zeggen over de maatschappelijke veranderingen die het functioneren van de Grondwet beïnvloeden.

Een grondige analyse van relevante maatschappelijke ontwikkelingen gaat het bestek van deze bijdrage uiteraard te buiten. Het is dan ook niet onze pretentie om hierna een volledig en uitputtend beeld te schetsen. Niettemin zijn analyse en duiding van enkele belangrijke maatschappelijke tendensen wel nodig om een reële inschatting te maken aan welke knoppen we wel én niet moeten draaien. Het belang daarvan is groot: nemen we in de omgang met en de eventuele aanpassing van het grondwettelijk stelsel een verkeerde afslag, dan kunnen we de problemen ook erger maken. Dat moet uiteraard worden voorkomen.

3 MAATSCHAPPELIJKE ONTWIKKELINGEN

3.1 *Digitalisering: een ‘gamechanger’*

Bij het beschouwen van maatschappelijke ontwikkelingen bestaat in deze tijd de neiging om vooral de problemen te benadrukken. Daardoor raken de positieve ontwikkelingen over een wat langere termijn gemakkelijk ondergesneeuwd. Zo is van belang dat de economische welvaart na de Tweede Wereldoorlog sterk is toegenomen en dat technologische ontwikkelingen een hoge vlucht hebben genomen. De sociale voorzieningen en infrastructuur zijn geleidelijk op een steeds hoger niveau komen te liggen. Er is een grote individuele vrijheid om zich te ontplooiën en mee te doen aan het publieke debat. Dat laatste uit zich ook in een kritische pers en in gemakkelijk toegankelijke sociale media. Dit is maar een summiere weergave van de gunstige ontwikkelingen die zich sinds de Tweede Wereldoorlog over een lange reeks van jaren in onze samenleving hebben voltrokken.

Tegelijkertijd is evident dat de problemen waarvoor wij ons in deze tijd gesteld zien, immens zijn. Het klimaatprobleem is van een zodanige omvang en impact dat het ons voorstellingsvermogen verre overstijgt. Maar ook andere grote vraagstukken zorgen voor veel hoofdbrekens en – als het om oplossingen gaat – diepe maatschappelijke verdeeldheid. We noemden al de opkomst van het wereldwijd ontwrichtende coronavirus. Maar ook de gespannen geopolitieke verhoudingen (met de oorlog in Oekraïne als voorlopig dieptepunt), de kwetsbaarheid van het financiële stelsel, grensoverschrijdende ondermijnende criminaliteit en terrorisme alsook sterk fluctuerende en soms onbeheersbare migratiestromen zetten overheid en samenleving sinds het begin van deze eeuw sterk onder druk.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

Geen ontwikkeling heeft ons dagelijks leven echter zo snel, zo ingrijpend en zo concreet beïnvloed als de digitalisering. Internet (het 'worldwide web'), sociale media, 'Big Data' en artificiële intelligentie hebben onze manier van informatieverwerking en communicatie revolutionair veranderd. Die veranderingen gaan nog steeds in sneltreinvaart voort.

In de beginperiode werden vooral de voordelen van digitaliseringsontwikkelingen benadrukt. Zij hebben de toegang tot en verspreiding van informatie vergroot, doordat veel informatie gratis online beschikbaar is. Ook hebben zij het mensen gemakkelijker gemaakt om via netwerken met elkaar in contact te komen, informatie uit te wisselen en van gedachten te wisselen. Dat biedt tevens mogelijkheden om democratische besluitvormingsprocessen op onderdelen op een nieuwe manier vorm te geven. De stemming lijkt echter te zijn gekanteld sinds het Brexitreferendum en de verkiezing van Donald Trump tot Amerikaans president (2016). De rol van Cambridge Analytica, dat, geholpen door Facebook, door middel van algoritmen politieke boodschappen op individueel niveau naar Britse kiezers kon sturen ('microtargeting') en de wijze waarop Trump voor, tijdens en na zijn verkiezing via Twitter talloze evidente onwaarheden de wereld in zond (uiteindelijk leidend tot de bestorming van Capitol Hill op 6 januari 2021; een tragisch dieptepunt) hebben wereldwijd de schijnwerpers geplaatst op de nadelige effecten van digitalisering op de democratie.³²

De concrete betekenis van digitalisering voor de democratische rechtsstaat is allerminst eenduidig en sterk ongewis. Zij biedt ongekende mogelijkheden om over geografische grenzen heen informatie te ontvangen, verwerken en verspreiden en het maatschappelijke en politieke debat te verbreden en verdiepen. Dat is uit democratisch oogpunt grote winst. Tegelijkertijd blijkt digitalisering door de verspreiding van desinformatie ('fake news'), digitale fragmentatie ('filterbubbels') en machtsconcentratie ('Big Tech') de democratie ook ernstig te kunnen bedreigen.³³ Deze bedreigingen komen niet alleen voort uit handelen van particulieren, maar nadrukkelijk ook uit dat van overheden.³⁴ Het voert in dit bestek te ver om deze complexe ontwikkelingen constitutioneel te duiden.³⁵ Maar duidelijk is wel dat zij het klassieke dilemma van de weerbare democratie – in hoeverre moet de staat grondrechten beperken om de democratie te beschermen? – op een eigentijdse wijze opnieuw en sterker dan voorheen op scherp zetten.³⁶

32 Verhey 2021, p. 47-48. Zie uitgebreider Bartlett 2018.

33 Raad voor openbaar bestuur 2019. Zie ook Verhey 2021, p. 48-57.

34 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, AB 2020, 236, m.n. H.B. van Kolschooten (Syri). Zie in bredere zin WRR 2016. Hierover ook Verhey 2021, p. 68-69, Hirsch Ballin 2022, p. 206-207.

35 Zie in dit verband bijvoorbeeld Passchier 2021 en 2022, Meijer, Grimmelikhuisen & Bovens 2021, p. 1470-1478 en Hirsch Ballin 2022, p. 205 e.v.

36 Verhey 2021, p. 61. Zie verder over het concept 'weerbare democratie' Rijkkema 2015.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

3.2 *Internationalisering: nadruk op grondrechten*

De hiervoor genoemde, uiteenlopende vraagstukken hebben met elkaar gemeen dat zij nationale grenzen overschrijden. Zij vergen dan ook doorgaans een internationale en/of Europese aanpak. De afgelopen jaren is op de genoemde terreinen, zeker op Europees niveau, inderdaad veel wetgeving en rechtspraak tot stand gebracht. Alleen al als het gaat om digitalisering zijn invloedrijke wettelijke regelingen (DMA, DSA, AVG³⁷) vastgesteld of nog in voorbereiding.³⁸ Ook het Hof van Justitie van de EU³⁹ en het EHRM⁴⁰ hebben de laatste jaren belangrijke arresten op dit terrein gewezen.

Vanzelfsprekend hebben deze ontwikkelingen hun doorwerking op constitutioneel vlak. De internationalisering van het constitutionele recht is al veel langer gaande. Hiervoor hebben we er daarom al op gewezen dat de Nederlandse constitutie veel breder is dan de Grondwet alleen. Ook veel internationale normen maken inmiddels deel uit van de Nederlandse constitutie. Zowel op mondiaal als op Europees niveau zijn geleidelijk vele verdragen en andere rechtsnormen tot stand gekomen die van grote betekenis zijn voor de Nederlandse rechtsorde.

Die trend is het eerst en het duidelijkst zichtbaar geworden op het terrein van de grondrechten. Omdat de grondrechten in verdragen zoals het EVRM en het IVBPR 'een ieder verbindend' zijn in de zin van de artikelen 93 en 94 Grondwet, vinden nationale – ook formeel-wettelijke – bepalingen géén toepassing, als die toepassing niet verenigbaar is met deze grondrechten. Grondrechten die zijn opgenomen in het EU-Handvest werken zelfs, los van de Grondwet, rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde. De bescherming

37 Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitaal dienstenverordening); Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitaal dienstenverordening); Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming).

38 Voorstel voor een verordening (EU) van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie (wet op de artificiële intelligentie) en tot wijziging van bepaalde wetgevingshandelingen van de Unie.

39 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 13 mei 2014 (*Google Spain SL & Google Inc.*), C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 en HvJ EU 8 april 2014 (*Digital Rights Ireland en Seitlinger e.a.*), C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (met de nodige vervolguitspraken).

40 Zie bijvoorbeeld EHRM 30 januari 2020, nr. 50001/12 (*Breyer/Duitsland*), JBP 2020, 29, m.n. H.R. Kranenburg en EHRM 25 mei 2021, nrs. 58170/13, 62322/14 en 24960/15 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*), JBP 2021, 63, m.n. E. Moyakine.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

van klassieke vrijheidsrechten is hierdoor aanzienlijk uitgebreid. Daar komt bij dat de catalogus van deze rechten in sommige verdragen uitgebreider is dan die in de Grondwet.⁴¹

Opvallend is dat in het proces van rechtsvorming de aandacht nog steeds vooral naar de grondrechten uitgaat. Dat is niet alleen omdat de internationale normstelling op dat terrein zich het verst heeft ontwikkeld, maar ook omdat de rechter – Europees én nationaal – veelvuldig en indringend aan grondrechten toetst. Daardoor is ondergesneeuwd geraakt dat ook buiten de grondrechtelijke sfeer de internationale invloed op de constitutie inmiddels aanzienlijk is. Dat hangt vooral samen met de toenemende institutionele vervlechting van de nationale en Europese rechtsorde. Verschillende nationale organen, zoals de minister-president,⁴² de vakministers⁴³ en de beide Kamers⁴⁴ nemen deel aan de besluitvorming in de EU en hebben in die hoedanigheid een constitutionele positie die in het EU-recht is verankerd.⁴⁵ Daarnaast bevat het EU-recht op bepaalde terreinen gedetailleerde voorschriften, toegepast en gehandhaafd door het Hof van Justitie, die grondwettelijke verhoudingen rechtstreeks raken.

Een belangrijk voorbeeld is de werking van een kernelement van ons parlementair stelsel: de grondwettelijk verankerde ministeriële verantwoordelijkheid. Voor de taakuitoefening door krachtens het EU-recht ingestelde marktautoriteiten – die zich kan uitstrekken tot het vaststellen van (pseudo)regelgeving, uitvoering én toezicht⁴⁶ – is de ministeriële verantwoordelijkheid zeer beperkt tot nihil, zodat deze toezichthouders zich in de praktijk grotendeels onttrekken aan grondwettelijk voorgeschreven mechanismen van publieke verantwoording. Dat levert een onoverzichtelijke en soms inconsistente verdeling van taken en verantwoordelijkheden op, die door elke instelling vanuit haar eigen deelbelangen worden uitgeoefend.⁴⁷ In de Nederlandse politiek is hierover niet of nauwelijks debat. Ook in de Grondwet komt de betekenis van de EU op geen enkele wijze tot uitdrukking. Zo vinden wezenlijke constitutionele veranderingen 'onder de radar' plaats zonder dat de

41 Zo was het recht op een eerlijk proces wel verankerd in artikel 6 van het EVRM, artikel 14 van het IVBPR en de artikelen 47-50 van het EU-Handvest, maar – tot 6 juli 2022 – niet in de Grondwet. Zie *Stb.* 2022, nr. 331 (Wet van 6 juli 2022, houdende verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces).

42 Lid van de Europese Raad. Zie art. 15 lid 2 VEU.

43 Ministeriële vertegenwoordigers van elke lidstaat maken deel uit van de Raad. Zie art. 16 lid 2 VEU.

44 Nationale parlementen dragen op grond van artikel 12 VEU actief bij aan de werking van de Europese Unie door concreet in die bepaling genoemde activiteiten.

45 En die in sommige gevallen ook hun nationale positie beïnvloedt; vgl. Broeksteeg & Verhey 2005.

46 Zie de uitgebreide opsomming van taken en bevoegdheden van de nationale toezichhoudende autoriteiten (voor Nederland de AP) in artikel 57 en 58 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).

47 Zie ook het ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.20.0135/I), bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 35300, nr. 78.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

Grondwet zijn normatieve functie merkbaar en zichtbaar uitoefent; zij gaan ogenschijnlijk langs de Grondwet heen.

3.3 *Maatschappelijke onvrede: de afgehaakte burger*

De ontwikkelingen die we hiervoor noemden, kort samengevat onder de noemer van digitalisering en internationalisering, hebben de samenleving veel goeds gebracht. De vraag is echter in hoeverre burgers nog voldoende aansluiting vinden bij alle veranderingen die als gevolg daarvan hebben plaatsgevonden. In dat verband kunnen we, zoals wel vaak gebeurt, niet spreken over 'de' burgers. Het probleem is juist dat grote verschillen bestaan tussen burgers onderling. Mede daardoor zijn scherpe maatschappelijke én politieke tegenstellingen ontstaan.

Uit onderzoek blijkt dat de tegenstellingen in de samenleving na de ontzuiling eerder groter dan kleiner zijn geworden.⁴⁸ Ondanks de economische voorspoed blijven relatief grote groepen burgers in economische en maatschappelijke zin achter. Een zwakke sociale inbedding en een verminderd gevoel van grip op de eigen omgeving veroorzaken toeneemende onvrede bij burgers met lagere inkomens en lagere opleidingsniveaus. Onderzoek laat verder zien dat naast economische en culturele ook territoriale scheidslijnen van belang zijn.⁴⁹ In Nederland bestaan grote verschillen tussen burgers van binnen en buiten de Randstad. Ten slotte blijkt uit onderzoek dat autochtone Nederlanders verlies aan zeggenschap ervaren ten opzichte van nieuwkomers. Dat komt opnieuw meer voor bij lager opgeleiden dan bij hoger opgeleiden. Maar ook onder hoger opgeleiden zijn relatief hoge percentages van dit type verliesgevoelens gemeten.⁵⁰ Het is aannemelijk dat ook dit aan maatschappelijke onvrede bijdraagt.

Ondanks de vele onderzoeken en publicaties lijken we de gevolgen van deze ontwikkelingen voor de werking van onze democratie nog steeds te onderschatten. Vaak wordt geruststellend gewezen op het vertrouwen van een meerderheid van de bevolking in de overheid en in de politiek, dat – zij het met ups-and-downs – nog steeds bestaat. Maar ook hier zijn de verschillen tussen bevolkingsgroepen aanzienlijk. Uit onderzoek van het CBS blijkt dat lager opgeleiden en burgers uit bepaalde regio's (Kop van Noord-Holland, Oost-Groningen, Zuid- en Midden Limburg) significant minder vertrouwen hebben in de landelijke politiek dan hoger opgeleiden en bewoners uit de Randstad.⁵¹ Het is aannemelijk dat re-

48 Andeweg & Thomassen 2011, p. 107. Vergelijk Verhey 2021, p. 39 e.v.

49 Van den Berg 2018 en Van den Berg & Kok 2021.

50 Smeekes & Mulders 2016, p. 23 e.v.

51 CBS 2015, p. 98 en 105.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

cente kwesties waarin bepaalde groepen burgers door overheidsbeslissingen ernstig zijn gedupeerd – zoals de Toeslagenaffaire en de Groningse gaswinning – het gevoel van onvrede bij (deels) dezelfde groepen burgers heeft versterkt.

Deze ontwikkelingen vertalen zich in nieuwe maatschappelijke structuren en omgangsvormen. Tussen steeds sterker van elkaar gescheiden levende groepen burgers bestaan toenemende sociale, culturele en economische verschillen. De verdeeldheid in de samenleving lijkt in afnemende mate te leiden tot een gemeenschappelijk gedragen identiteit en perspectief. Dat werd tijdens de coronacrisis pijnlijk duidelijk. Zeker naarmate de crisis langer duurde, keerden groepen burgers zich van de overheid af en ook tussen burgers ontstonden hoogoplopende discussies over onder meer het vaccinatiebeleid en besluiten bepaalde sectoren al dan niet te sluiten om de verspreiding van het virus tegen te gaan. Internet en sociale media hebben dat effect versterkt. Door digitale verspreiding van desinformatie en complottheorieën leven burgers in steeds sterker van elkaar gescheiden werelden ('filterbubbels') waardoor zij ook sterker tegenover elkaar komen te staan.⁵²

Het is tegen die achtergrond verklaarbaar dat groepen burgers die op de beschreven manier de aansluiting missen en zich om allerlei redenen onzeker voelen, ontvankelijk worden voor nieuwe politieke bewegingen die beloven het over een heel andere boeg te gooien.⁵³ Maatschappelijke tegenstellingen vertalen zich vervolgens in verkiezingen en in daaruit resulterende parlementaire verhoudingen. Door fragmentatie van het parlement en polarisatie in het maatschappelijke en politieke debat komt overheidsbesluitvorming steeds moeilijker, trager en gebrekiger tot stand. De gevolgen daarvan slaan vaak op onevenredige manier opnieuw neer bij groepen burgers die van de overheid afhankelijk zijn: met name zij zijn de dupe als de overheid niet meer 'levert'. Ongelijkheid wordt daardoor verder versterkt. Zo ontstaat een spiraal van elkaar versterkende effecten die niet alleen de samenleving ernstige schade toebrengen, maar ook het functioneren van de democratische rechtsstaat – zo niet op dit moment dan wel op termijn – kunnen ondermijnen.

52 Uitgebreider Verhey 2021, p. 39-57.

53 Zie voor een uitgebreidere en genuanceerde beschouwing over de opkomst van het populisme in Nederland Van den Berg 2022, p. 27 e.v.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

4 DE GRONDWET: POGINGEN TOT AANPASSING

4.1 *Vele commissies*

Hoe hebben deze ontwikkelingen het debat over de Grondwet en over mogelijke aanpassingen daarvan beïnvloed? Na de laatste grote grondwetsherziening van 1983 – ruim 40 jaar geleden – is de discussie over of en zo ja, hoe de Grondwet een antwoord moest geven op maatschappelijke veranderingen, nooit stilgevallen. Continu bestond een zeker gevoel dat iets moest veranderen. Vele commissies – soms ook Staatscommissies – zijn daartoe ingesteld en hebben daarover rapporten uitgebracht.⁵⁴

Achtereenvolgens valt te wijzen op de rapporten van:

- De Staatscommissie Relatie kiezers – beleidsvorming (Biesheuvel, 1984-1985);
- De Bijzondere commissie vraagpunten (Deetman, 1990-1994);
- De Staatscommissie Grondrechten in het digitale tijdperk (Franken, 2000);
- De Nationale conventie (2006);
- De Staatscommissie Grondwet (Thomassen, 2010);
- De Staatscommissie parlementair stelsel (Remkes, 2018).⁵⁵

Hun aanbevelingen om te komen tot een of meer grondwetswijzigingen zijn maar beperkt opgevolgd en hebben uiteindelijk slechts op een beperkt aantal onderdelen tot grondwetswijzigingen geleid. Een kort overzicht kan dit laten zien. Het slot van deze paragraaf bevat een tussenstand als opmaat naar de slotparagraaf. Daarin wordt op hoofdlijnen een route voorgesteld om de Grondwet sterker in positie te brengen.

4.2 *Staatscommissie relatie kiezers – beleidsvorming (1984-1985)*

De staatscommissie-Biesheuvel heeft in 1984 en 1985 twee nog steeds lezenswaardige rapporten gepubliceerd waarin verbetering van de relatie tussen kiezers en beleidsvorming centraal stond. Ook toen al bestonden over die relatie namelijk zorgen. De commissie deed concrete aanbevelingen over de kabinetsformatie, over de benoeming van de burgemeester en de commissaris van de Koningin en over het referendum en het volksinitiatief.

⁵⁴ Van Leeuwen, Van Faassen & Scherer 2020.

⁵⁵ Buiten beschouwing blijven hier andere rapporten die constitutioneel van belang zijn maar die niet de Grondwet als aandachtspunt hadden. In het bijzonder valt te wijzen op het rapport van de Staatscommissie Dualisme onder leiding van D.J. Elzinga van 2002 dat geleid heeft tot een belangrijke wijziging van de Gemeentewet.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

Bij de aanbieding van het eindrapport stelde de voorzitter van de commissie “het bedenkelijk te vinden als regering en volksvertegenwoordiging onze kritische analyses van het politieke bestel als waardevol aanmerken om vervolgens op de oude voet verder te gaan”.⁵⁶ Dat was toch wat uiteindelijk gebeurde. Niettemin was de commissie in zekere zin haar tijd vooruit. Haar aanbevelingen om te komen tot een correctief wetgevingsreferendum zijn in iets gewijzigde vorm in 2018 door de Staatscommissie parlementair stelsel herhaald. Zij vormen de kern van het wetsvoorstel tot grondwetswijziging dat in 2022 is verworpen maar op dit moment opnieuw in eerste lezing voorligt.⁵⁷

4.3 *Bijzondere commissie vraagpunten (1990-1994)*

De Bijzondere commissie vraagpunten werd naar aanleiding van een motie van de Tweede Kamer (met het Kamerlid Van Mierlo als eerste ondertekenaar) ingesteld in 1990. Deze commissie stond onder leiding van Deetman, de toenmalige voorzitter van de Tweede Kamer.⁵⁸ Het is de enige commissie van de hier genoemde waarin de Tweede Kamer zélf het voortouw nam en die ook uitsluitend uit leden van de Tweede Kamer was samengesteld. De werkzaamheden werden aangevangen onder de noemer ‘Staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing’ en hadden betrekking op diverse onderwerpen. Op instigatie van de commissie werden verschillende externe commissies geformeerd die rapporteerden over deelthema’s: adviescolleges (De Jong), de burgemeester (Van Thijn), decentralisatie (Franssen), de ministeriële verantwoordelijkheid (Scheltema), de organisatie en het functioneren van de rijksdienst (Wiegel) en de relatie tussen kiezer en gekozene (De Koning). Andere deelonderwerpen werden in overleg met de regering afzonderlijk behandeld.

De genoemde rapporten bevatten een rijkdom aan beschouwingen en aanbevelingen op tal van onderwerpen. Sommige rapporten hebben wel degelijk invloed gehad. Het rapport over adviescolleges was de directe aanleiding om het adviesstelsel te reorganiseren.⁵⁹ Ook het rapport over de ministeriële verantwoordelijkheid is alleen al vanwege de kwaliteit van de analyse tot op de dag van vandaag nog steeds van waarde.⁶⁰ Maar tot belangrijke grond-

56 Staatscommissie relatie kiezers – beleidsvorming 1984-1985, p. 3.

57 *Kamerstukken II* 2021/22, 36160, nr. 2. Het wetsvoorstel is in eerste lezing door de Tweede Kamer aanvaard. Zie over het eerder vrijwel gelijklopende wetsvoorstel het advies van Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2019-2020, 35129, nr. 4; *But* 2021 en *Westerweel* 2021.

58 De inhoudelijke start was het Rapport bijzondere commissie Vraagpunten, *Kamerstukken II* 1990-1991, 21427, nr. 3 en het slot de Eindrapportage Bijzondere commissie Vraagpunten, *Kamerstukken II* 1993-1994, 21427, nr. 101.

59 *Kamerstukken II* 1992-1993, 21427, nrs. 29-30 (Raad op maat).

60 *Kamerstukken II* 1992-1993, 21427, nrs. 40-41 (Steekhoudend ministerschap).

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

wetswijzigingen hebben de rapportages onder leiding van de Bijzondere commissie vraagpunten niet geleid. De commissie die rapporteerde over de relatie tussen kiezer en gekozen (De Koning)⁶¹ bleek op belangrijke punten bovendien verdeeld. Haar grondwettelijk gezien wellicht belangrijkste aanbeveling om het terugzendrecht van de Eerste Kamer in de Grondwet te regelen, werd niet overgenomen.

4.4 *Staatscommissie Grondrechten in het digitale tijdperk (2000)*

De staatscommissie-Franken had een relatief beperkte opdracht: zij diende met het oog op de ontwikkelingen op het terrein van de informatie- en communicatietechnologie te adviseren over de aanpassing van de grondwettelijke grondrechten en over de wenselijkheid om nieuwe grondrechten in de Grondwet op te nemen. In 2000 verscheen een uitgebreid rapport met concrete aanbevelingen en tekstvoorstellen. Deze hadden onder meer betrekking op het techniekonafhankelijk formuleren van de artikelen 7 (vrijheid van meningsuiting), 10 (bescherming van de persoonlijke levenssfeer) en 13 (brief-, telefoon- en telegraafgeheim). Geen van de voorstellen van de commissie heeft toen de eindstreep gehaald.

Opvallend was dat deze commissie opriep om het sobere karakter van de Grondwet te respecteren. De commissie stelde dat de Grondwet, als basisdocument van ons staatsbestel, alleen de essentialia daarvan dient te bevatten. Als men alle waarden die op een zeker moment belangrijk worden geacht tot constitutionele rechten zou verheffen, zou dat leiden tot trivialisering van de constitutie.⁶² Juist omdat de samenleving voortdurend verandert, zou de Grondwet niet te veel moeten regelen en pas moeten worden gewijzigd als bepaalde ontwikkelingen zijn uitgekristalliseerd. Alleen dan kan zij een factor van stabiliteit vormen. De Grondwet loopt dus niet 'op de troepen vooruit' en wordt idealiter slechts aangevuld als zaken voldoende 'constitutionele rijpheid' vertonen, aldus de commissie.⁶³

4.5 *Nationale conventie (2006)*

De Nationale Conventie, ingesteld door Pechtold, toenmalig Minister voor Bestuurlijke vernieuwing en Koninkrijksrelaties, kreeg als taak om voorstellen te doen voor de inrichting van het nationale, politieke bestel die aan het herstel van vertrouwen tussen burgers en de politiek zouden kunnen bijdragen. Daarbij moest in ieder geval aandacht worden

61 *Kamerstukken II 1992-1993, 21427, nrs. 36-37.*

62 Staatscommissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 47.

63 Staatscommissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 48, 72, 171 en 219.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

besteed aan de positie van de Grondwet in de samenleving en de wijze waarop de Grondwet zou kunnen worden veranderd.⁶⁴

In haar eindrapport schreef de Nationale Conventie dat de Grondwet als staatkundig basisreglement weliswaar prima voldeed, maar dat zij minder geschikt was om een samenbindende en instructieve functie voor de samenleving te vervullen. Dat had enerzijds te maken met de inhoud van de Grondwet: alleen voor juridisch geschoolden zou de Grondwet goed leesbaar zijn. Anderzijds was ook de structuur van de Grondwet weinig inzichtelijk. Om die reden zou – zo stelde de Nationale Conventie – van de Grondwet een ‘weinig inspirerende’ werking uitgaan, voelden mensen zich door de Grondwet niet verenigd en zou de Grondwet niet goed bruikbaar zijn als instrument voor burgerschapsvorming. De beperkte functie van de Grondwet in de samenleving had volgens de Nationale Conventie bovendien te maken met de wijze waarop wetten aan de Grondwet worden getoetst.⁶⁵

De Nationale Conventie deed verschillende aanbevelingen om de representatieve democratie en de betekenis van de Grondwet voor de samenleving te versterken. Zo stelde zij onder meer voor om een correctief, bindend referendum op initiatief van kiezers in te voeren, de formatieprocedure anders in te richten en een ‘terugzendrecht’ voor de Eerste Kamer te introduceren, gecombineerd met het om de drie jaar kiezen van de helft van de Eerste Kamer door Provinciale Staten. Voorts wilde de Nationale Conventie een breed maatschappelijk debat bevorderen over de wenselijkheid en inhoud van een preambule, voorafgaand aan de Grondwet. Ook wees de Nationale Conventie erop dat wetsvoorstellen zorgvuldig aan de Grondwet zouden moeten worden getoetst, en dat vervolgens de mogelijkheid van toetsing van wetten door iedere rechter aan klassieke grondrechten uit de Grondwet zou moeten worden geopend. Een in te stellen Constitutioneel Hof zou op verzoek van lagere rechters uitspraak moeten kunnen doen over de vraag of wettelijke voorschriften in overeenstemming met de Grondwet zijn.⁶⁶ Deze aanbevelingen hebben vooralsnog niet geleid tot grondwetswijziging.⁶⁷

64 *Stcrt.* 27 december 2005, nr. 251, p. 15.

65 ‘Hart voor de publieke zaak. Aanbevelingen van de Nationale Conventie voor de 21ste eeuw’, Eindrapport Nationale Conventie, september 2006 (Bijlage bij *Kamerstukken II 2006/07*, 30184, nr. 12), p. 42.

66 ‘Hart voor de publieke zaak. Aanbevelingen van de Nationale Conventie voor de 21ste eeuw’, Eindrapport Nationale Conventie, september 2006 (Bijlage bij *Kamerstukken II 2006/07*, 30184, nr. 12), p. 42-47.

67 Hoewel voorstellen voor een terugzendrecht voor de Eerste Kamer en haar verkiezing, inrichting en samenstelling in procedure zijn gebracht (*Kamerstukken* 35532 en www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/11/13/terugzendrecht-voor-de-eerste-kamer, laatst geraadpleegd op 13 maart 2023), en inmiddels ook de uitwerking van constitutionele toetsing “ter hand is genomen”.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

4.6 *Staatscommissie Grondwet (2010)*

In de kabinetsreactie op het rapport van de Nationale Conventie – die ruim een jaar na het verschijnen van dat rapport pas het licht zag – werd de instelling van een staatscommissie aangekondigd. Deze zou in vervolg op de Nationale conventie de voor- en nadelen van een preambule nader moeten bezien en ook overigens moeten ingaan op de vraag hoe, eventueel door grondwetswijziging, de toegankelijkheid van de Grondwet voor burgers kon worden vergroot.⁶⁸ In 2009 werd daartoe de Staatscommissie Grondwet ingesteld.⁶⁹

Het rapport van de staatscommissie verscheen in november 2010.⁷⁰ Zij wees erop dat wijziging van de Grondwet niet per se noodzakelijk was, maar dat het wel van belang is de Grondwet bij de tijd te houden. Mede in het licht van de hiervoor genoemde ontwikkelingen (digitalisering en internationalisering, zie onder 3.) achtte de staatscommissie de versterking van het normatieve karakter van de Grondwet aangewezen. Een Grondwet die onvoldoende aansluit bij de veranderingen in de samenleving, loopt het risico aan normativiteit in te boeten, zo stelde zij. Daarom deed zij onder meer het voorstel om enkele grondrechten aan te passen of nieuw in de Grondwet te regelen, een algemene bepaling (en geen preambule) op te nemen en het rechterlijk toetsingsverbod te heroverwegen. Hoewel de commissie op diverse onderdelen verdeeld was, bleek zij, ook als gevolg van initiatieven vanuit de Eerste Kamer, relatief succesvol. Haar rapport heeft uiteindelijk in 2022 geleid tot drie grondwetswijzigingen: een algemene bepaling, de uitbreiding van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim tot het brief- en telecommunicatiegeheim en een nieuw recht op een eerlijk proces.⁷¹

4.7 *Staatscommissie parlementair stelsel (2018)*

In 2017 werd de Staatscommissie Parlementair stelsel ingesteld onder leiding van oud-Tweede en Eerste Kamerlid en oud-minister Johan Remkes.⁷² De oorspronkelijke aanleiding voor instelling van de commissie was de onvrede bij sommigen over het functioneren van de Eerste Kamer; deze zou te politiek opereren en daarmee te veel lijken op de Tweede

68 *Kamerstukken II 2007/08*, 30184, nr. 14, p. 10.

69 *Stcrt.* 2009, nr. 10354. De andere onderwerpen die in het instellingsbesluit worden genoemd, zijn de opname van een preambule, de verhouding tussen de opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten, de grondrechten in het digitale tijdperk, de invloed van de internationale op de nationale rechtsorde, de verhouding tussen wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden en besluiten van volkenrechtelijke organisaties of verdragsbepalingen en de beperkingssystematiek van grondrechten.

70 Staatscommissie Grondwet 2010.

71 Zie de bijdragen van Stremmer, Jansen, en van Widdershoven in deze bundel.

72 *Stcrt.* 2017, nr. 6895.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

Kamer. De commissie kreeg echter een veel bredere opdracht: zij moest de regering adviseren over de toekomstbestendigheid van het parlementair stelsel, mede tegen de achtergrond van onder meer de toegenomen decentralisatie en electorale volatiliteit.

Onder de titel 'Lage drempels, hoge dijken' presenteerde de staatscommissie eind 2018 een lijvig rapport met een uitgebreid palet van soms ingrijpende aanbevelingen om, zoals de commissie zelf stelde, 'het parlementair stelsel in staat te stellen in een veranderende, maatschappelijke omgeving adequaat te kunnen blijven functioneren'.⁷³ Zoals ook blijkt uit de titel bevat het rapport verschillende pijlers. Enerzijds doet de commissie aanbevelingen om de kiezer meer mogelijkheden te geven om invloed uit te oefenen (lage drempels), anderzijds pleit zij voor maatregelen om de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat te versterken (hoge dijken). Daartoe wees de staatscommissie onder meer op de mogelijkheid een correctief, bindend referendum in te voeren, om een Wet op de politieke partijen op te stellen en om de democratische kennis en vaardigheden te verbeteren. Ook stelde de Staatscommissie voor te voorzien in een constitutionele toetsing ex post, uit te voeren door een Constitutioneel Hof. Daardoor zouden, zo verwachtte zij, de normatieve functie en de maatschappelijke betekenis van de Grondwet worden versterkt.

4.8 *Terug- en vooruitblik*

Omdat op dit moment verschillende voorstellen die voortvloeien uit het rapport van de Staatscommissie Parlementair stelsel nog aanhangig of in voorbereiding zijn, is het nog te vroeg om over de resultaten conclusies te trekken. Er kan überhaupt alleen maar sprake zijn van een tussenstand; het debat over de Grondwet en over mogelijke wijzigingen daarvan gaat altijd door. Zo is begin 2023 onder meer naar aanleiding van Toeslagenaffaire de Staatscommissie rechtsstaat ingesteld onder leiding van de Utrechtse hoogleraar Kummeling.⁷⁴ Deze commissie zal blijkens haar opdracht onderzoek doen naar het functioneren van de wetgevende, rechtsprekende en uitvoerende macht. Daarbij kijkt de commissie zowel naar deze drie machten afzonderlijk als naar hun onderlinge samenhang. Een goede bescherming van burgers tegen besluiten van de overheid en effectieve rechtsbescherming van burgers zijn hierbij belangrijke aandachtspunten. Hoewel de opdracht dat niet expliciet vermeldt, is het niet onwaarschijnlijk dat ook deze commissie de Grondwet in haar overwegingen betreft.

⁷³ Staatscommissie parlementair stelsel 2018.

⁷⁴ www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/11/25/kabinet-stelt-staatscommissie-rechtsstaat-in, laatst geraadpleegd op 9 maart 2023.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

Als we niettemin bij wijze van tussenstand terugblikken op het korte overzicht van de commissies die zich de afgelopen 40 jaar over de Grondwet hebben gebogen, is de oogst aan grondwetswijzigingen bescheiden. Sinds de grondwetsherziening van 1983 zijn de pleidooien van diverse commissies om tot aanzienlijke aanpassingen van de Grondwet te komen, met name waar het gaat om het parlementair stelsel, tot dusverre voor de daarvoor vereiste parlementaire meerderheden onvoldoende overtuigend gebleken. Dat neemt niet weg dat recent op deelonderwerpen wél relevante grondwetswijzigingen tot stand zijn gekomen. De deconstitutionalisering van de benoemingswijze van de burgemeester en het opnemen van een algemene bepaling waarin de beginselen van democratie, rechtsstaat en de grondrechten zijn verankerd, zijn daarvan belangrijke voorbeelden.

Deze wijzigingen laten bij uitstek zien hoe verschillend we, afhankelijk van het thema en de omstandigheden, met de Grondwet omgaan. De algemene bepaling die de beginselen van democratie, rechtsstaat en de grondrechten waarborgt, is normerend en kan, zeker als enige vorm van constitutionele toetsing wordt ingevoerd, de richting van bepaalde constitutionele vraagstukken sterker gaan bepalen. De deconstitutionalisering van de benoemingswijze van de burgemeester gaat juist in tegengestelde richting: de Grondwet is hier minder richtinggevend geworden. Hoe ook over de benoeming van de burgemeester wordt gedacht, het kan als een verlies worden beschouwd dat de Grondwet minder betekenis heeft gekregen als het gaat om een belangrijk element van ons staatsbestel. Het roept tevens vragen op die verband houden met consistentie. Of en hoe de Grondwet wordt gewijzigd, wordt klaarblijkelijk sterk bepaald door politieke omstandigheden.

5 HOE VERDER MET DE GRONDWET? TWEE SPOREN

5.1 *Eenheid en veelheid*

Welke gevolgen moet het voorgaande hebben voor de Grondwet? Hoe kunnen we de politiek-stabiliserende én normatieve functie van de Grondwet versterken? Dat is geen vrijblijvende vraag. Het risico dat we het staatsbestel niet versterken maar juist verzwakken door aan de verkeerde knoppen te draaien, is aanwezig. Kunnen we een gemeenschappelijk anker vinden om de Grondwet in de nabije toekomst de genoemde functies beter te laten vervullen?

Velen zien en voelen dat het bestel dreigt vast te lopen omdat we er onvoldoende in slagen om effectieve en voldragen oplossingen te formuleren voor de problemen van deze tijd. Maar over wat moet worden gedaan om het bestel beter te laten functioneren, lopen de opvattingen sterk uiteen. Vaak wordt de oplossing gezocht in verandering van structuren

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

en regels aan de 'inputkant'. Meer democratie door referenda, burgerberaden en verlaging van drempels, meer rechtsbescherming door uitbreiding van grondrechtencatalogi en bevoegdheden voor onafhankelijke toezichthouders en de onafhankelijke rechter.

Hoe waardevol en te overwegen waard sommige van deze veranderingsvoorstellen misschien ook zijn, de cruciale vraag is of zij 'het verschil gaan maken'. Sommige van de genoemde voorstellen kunnen het probleem zelfs erger maken en het bestel verder doen vastlopen.⁷⁵ Het gezag van de overheid is immers niet alleen afhankelijk van haar 'inputlegitimiteit' maar ook van haar 'outputlegitimiteit'. Burgers zijn niet alleen geïnteresseerd in democratische zeggenschap, maar ook in een overheid die prestaties levert. Daarvoor is een politieke gemeenschap nodig die in gezamenlijkheid slagkracht kan ontwikkelen. Dat laatste aspect dreigt in deze tijd van individualisering, versnippering en polarisatie onderbelicht te raken.

Om de constitutionele betekenis van het voorgaande nader te duiden, grijpen we terug op de kernachtige typering van de democratische rechtsstaat door Kees Schuyt.⁷⁶ De democratische rechtsstaat kan volgens hem worden gekenmerkt als een beheerste oplossing voor het probleem van eenheid en veelheid:

“de gemeenschappelijke eenheid, van eensgezind samenleven in een natiestaat (nationale eenheid, een afgepaalde jurisdictie) én de veelheid van uiteenlopende en vaak tegenstrijdige belangen, van belangengroepen, van waarden en ideologieën, van overtuigingen en godsdienstige gemeenschappen en van nog veel meer”⁷⁷

Tussen eenheid en veelheid bestaat een voortdurende spanning. Om maatschappelijke problemen effectief op te lossen, moet de in de staat belichaamde gemeenschappelijke eenheid in het algemeen belang tot besluiten kunnen komen. Dat gebeurt doorgaans bij meerderheidsbesluitvorming. Belangrijk daarbij is dat met minderheidsstandpunten en

75 Een voorbeeld is het voorstel van Wet 'Met één stem meer keus'. De kern van dat voorstel is dat kiezers de mogelijkheid krijgen om te stemmen op de lijst (en daarmee de volgorde) waar de kandidaten van de betreffende politieke groepering op staan, of op een specifieke kandidaat op de lijst. Het gevolg is dat meer kandidaten dan nu een zetel kunnen verwerven op basis van op hen persoonlijk uitgebrachte stemmen. De Afdeling advisering oordeelde dat daarmee de positie van politieke partijen wordt verzwakt en de kwaliteit van de uitvoering van essentiële parlementaire taken (wetgeving, controle) verder onder druk komt te staan. Zie advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 9 september 2021 over de Wet Met één stem meer keus, (W04.21.0073), Website van de Raad van State. Zie hierover ook Van Vugt 2022. Voor andere wijzigingen van het kiesstelsel geldt dit niet of in mindere mate. Zie voor andere voorstellen tot wijziging van het kiesstelsel Van den Berg 2022, p. 54-57.

76 Vergelijk Verhey 2021, p. 20-21.

77 Schuyt 2018, p. 25.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

deelbelangen rekening moet worden gehouden. Het verleden heeft laten zien dat ongebreidelde en ongeremde besluitvorming van de meerderheid de democratie zélf vergaand kan aantasten. Meerderheidsbesluiten zijn in een democratische rechtsstaat daarom op een bepaald moment beslissend maar tegelijkertijd relatief en voorlopig.⁷⁸

De Grondwet bevat elementen van zowel ‘eenheid’ als ‘veelheid’. Grofweg en ongenueanceerd gezegd, staan de in de Grondwet geregelde instituties (Koning, regering, Staten-Generaal, hoge colleges van staat) primair voor ‘de eenheid’. Het meest pregnant komt dat misschien tot uitdrukking in de verwoording van de representatieve democratie in artikel 50 Grondwet: De Staten-Generaal vertegenwoordigen het *gehele* Nederlandse volk.⁷⁹ ‘De veelheid’ komt het duidelijkst naar voren in de klassieke en sociale grondrechten van hoofdstuk 1 Grondwet. De rechterlijke macht heeft beide elementen in zich: het is de derde staatsmacht die in het algemeen belang rechtspreekt, maar ook in de veelvormige rechtspraktijk rechtsbescherming biedt in het individuele geval.⁸⁰

Onze stelling is dat door de hiervoor geschetste, elkaar versterkende ontwikkelingen (digitalisering, internationalisering en maatschappelijke onvrede) de ‘veelheid’, de ‘eenheid’ dreigt te overwoekeren. De ‘veelheid’ van vaak stellige en polariserende uitingen en opvattingen lijkt het publieke debat en de politieke besluitvorming steeds sterker te zijn gaan overheersen. Daardoor dreigt de ‘eenheid’ in onze samenleving, het ‘eensgezind samenleven’, ondergesneeuwd te raken. De balans tussen eenheid en veelheid die in een democratische rechtsstaat uiteindelijk noodzakelijk is, raakt steeds verder in het gedrang.

Die ontwikkeling beperkt zich niet tot de samenleving, maar werkt ook door in het staatsbestel. De representatieve functie van parlement wordt steeds meer op het niveau van de individuele volksvertegenwoordiger ingevuld. Daardoor erodeert de partijdemocratie steeds verder en komt de behartiging van deelbelangen (‘de spreekbuisdemocratie’⁸¹) meer op de voorgrond te staan. Daarvan profiteren vooral burgers die zich het beste weten te organiseren.⁸² De inhoud van wetgeving wordt niet of te weinig gebaseerd op de werkelijkheid van de uitvoering en op de denk- en leefwereld van bepaalde groepen burgers. Ook het bestuur raakt steeds meer uit balans. Er is een sterke toename van onafhankelijke instellingen (het ‘woud der onafhankelijkheden’⁸³) die ieder vanuit een specifiek deelbelang

78 Burkens, Kummeling, Vermeulen, Uzman & Widdershoven 2022, p. 28-29.

79 Hierover Van Vugt 2021.

80 Vergelijk Verhey 2021, p. 158.

81 Kok 2020. Zie in dezelfde lijn Van Vugt 2019.

82 Vanuit dit gezichtspunt kunnen ook kritische kanttekeningen worden geplaatst bij (bepaalde vormen van) burgerparticipatie. Zie Verhey 2021 (Den Ouden-bundel, met verwijzingen naar andere literatuur).

83 Koole 2021, p. 214-224.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

en met een beperkte blikrichting functioneren. Zij staan steeds zwakker met elkaar én met parlement en regering in verbinding.⁸⁴ Ook het lokale bestuur is verder versnipperd geraakt door allerhande regionale samenwerkingsverbanden en gemeenschappelijke regelingen. Het 'Huis van Thorbecke' is een onoverzichtelijk geheel geworden.⁸⁵ Ten slotte bestaat een steeds dieper wordende kloof tussen de politieke en de ambtelijke wereld; werelden die door onderling wantrouwen lijnrecht tegenover elkaar zijn komen te staan. Ook binnen de ambtelijke dienst, op de ministeries, ontstaan door toenemende politieke druk steeds vaker scherpe en soms moeilijk overbrugbare tegenstellingen.⁸⁶

Om het staatsrecht en de Grondwet ook in de toekomst hun politiek-stabiliserende en normatieve functie te laten vervullen, moet de disbalans tussen 'eenheid' en 'veelheid' worden hersteld. Dat is noodzakelijk om de democratische rechtsstaat weerbaarder te maken tegen de eerder geschetste bedreigingen. Daarvoor zijn niet alleen grondrechten en rechtsbescherming nodig, maar ook een sterke en slagvaardige overheid. Tussen individuele bescherming en een sterke overheid bestaat van oudsher weliswaar spanning, maar van een absolute tegenstelling is wat ons betreft geen sprake. Onze stelling is eerder dat een sterke en slagvaardige overheid onmisbaar is om burgers, met name degenen die op een zeker moment beperkter 'zelfredzaam' zijn, effectief in hun rechten te beschermen. De Toeslagenaffaire en de Groningse gaswinning laten zien dat dat doel niet alleen – en zelfs niet in de eerste plaats – door middel van rechtsbescherming door de rechter kan worden bereikt. Kwalitatief goede wetgeving en effectief én behoorlijk bestuur zijn daarvoor in de eerste plaats essentiële randvoorwaarden.

Tegen deze achtergrond zien we twee parallele sporen om de Grondwet beter in positie te brengen. Het eerste is dat van een geleidelijke aanpassing van de Grondwet. Het tweede spoor is dat van een verdieping van de interpretatie van de Grondwet. Over beide sporen volgen aan het slot van deze bijdrage nog enkele beschouwingen. Deze beschouwingen dienen als aanzet voor verdere reflectie en debat.

84 Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid, (W04.20.0135), bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 35300, nr. 78, par. 3.2.

85 Zie bijvoorbeeld de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 24 maart 2021 over de interbestuurlijke verhoudingen, (W04.20.0440), Website Ministerie van BZK.

86 Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid, (W04.20.0135), bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 35300, nr. 78, par. 3.4 en 3.5. Zie ook Van den Berg en Verhey 2022. Zie eerder t Hart, Wille e.a. 2002.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

5.2 Geleidelijke aanpassing

Als we terugblikken op de pogingen om na de grondwetsherziening van 1983 tot nieuwe grondwetswijzigingen te komen (zie par. 4), valt op hoe verschillend over de noodzaak en de aard van grondwetswijziging wordt gedacht. Grofweg bestaan twee benaderingen. De eerste is dat het staatsbestel toe is aan een grondige herziening. Daartoe moet de Grondwet op belangrijke punten worden gewijzigd. De voorstellen tot aanpassing van het kiesstelsel, de rechtstreekse verkiezing van de minister-president, de wijziging van de verhouding tussen Tweede en Eerste Kamer, de invoering van referenda en de instelling van een Constitutioneel Hof passen in deze benadering. De andere benadering is dat zulke ingrijpende grondwetswijzigingen niet noodzakelijk zijn of, vanwege de mogelijke bezwaren daartegen, soms zelfs ongewenst. Deze beide benaderingen lijken samen te hangen met een verschil van opvatting over hoe we de huidige problemen het hoofd moeten bieden. Anders dan op grond van de eerste, zou volgens de tweede benadering de energie niet gestoken moeten worden in staatsrechtelijke vernieuwingen, maar in organisatorische en maatschappelijke hervormingen die géén grondwetsherziening vergen. De Grondwet biedt voor dit type hervormingen voldoende ruimte.

Deze verschillende benaderingen werken door in de opvattingen over wanneer moet worden overgegaan tot grondwetswijziging. Wanneer de rapporten van de hiervoor genoemde (staats)commissies met elkaar worden vergeleken, is daarin wel een zekere kentering te bespeuren. Zoals hiervoor al gememoreerd ging de Staatscommissie Grondrechten in het digitale tijdperk in 2000 uit van de klassieke opvatting: een grondwetswijziging mag pas tot stand komen nadat bepaalde ontwikkelingen zijn uitgekristalliseerd. De Grondwet loopt dus niet ‘op de troepen vooruit’ en wordt idealiter slechts aangevuld als zaken voldoende ‘constitutionele rijpheid’ vertonen. Bezien we de aanbevelingen van de Nationale Conventie en de beide daarna ingestelde Staatscommissies, dan is sprake van een ander uitgangspunt; zij benadrukten de modifierende functie van de Grondwet. Noodzakelijke veranderingen zouden ook door middel van grondwetswijziging tot stand moeten kunnen komen. In deze opvatting is de Grondwet meer dan “gestold verleden en verstilde politieke strijd”.⁸⁷ Zij brengt in bepaalde gevallen zélf de verandering tot stand. De beoogde grote grondwetswijzigingen heeft deze opvatting echter niet opgeleverd. Kennelijk bestaat hiervoor (nog) onvoldoende steun.

Gegeven deze discussie ligt het voor de hand om bij mogelijke grondwetswijzigingen een middenweg te bewandelen. Het is noodzakelijk om de Grondwet en daarmee samenhangende wetgeving aan te passen om de democratische rechtsstaat geleidelijk te versterken

⁸⁷ Donner 1998, p. 9-26.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

en robuuster te maken. Maar dat betekent niet dat het 'huis' van de Grondwet vanaf de fundering helemaal opnieuw hoeft te worden opgebouwd. Pleidooien voor een samenhangend pakket fundamentele grondwetswijzigingen hebben, daargelaten de opportuniteit daarvan, tot nog toe ook geen effect gehad. Behoedzame geleidelijkheid lijkt daarom de sleutel te zijn.⁸⁸ Die sluit het beste aan bij de Nederlandse constitutionele traditie waarin grotere grondwetswijzigingen slechts zeer sporadisch tot stand zijn gekomen. Als men effectief wil zijn, moet men dus niet te veel in één keer willen doen. Wijziging van de Grondwet vergt een balanceeroefening waarbij kleine, maar relevante stappen worden gezet. De recente grondwetswijzigingen zijn hiervan goede voorbeelden.

Een voorbeeld voor de nabije toekomst is de aanbeveling van de Staatscommissie-Remkes om geconcentreerde constitutionele toetsing door een Constitutioneel Hof in te voeren.⁸⁹ Deze aanbeveling komt in het coalitieakkoord van het kabinet-Rutte IV tot uitdrukking in het voornemen om "constitutionele toetsing ter hand te nemen" waarbij – een cruciale zinsnede – gekeken wordt naar "welke vormgeving het best aansluit bij het Nederlandse rechtssysteem".⁹⁰ Het kabinet heeft dit voornemen nader gestalte gegeven in zijn 'hoofddlijvenbrief constitutionele toetsing', waarin het zich een voorstander toont van constitutionele toetsing in de vorm van ex post gespreide toetsing aan klassieke grondrechten door de gewone rechter. Die toetsing kan leiden tot een rechterlijk oordeel waarbij een wet (sbepaling) in een concreet geval wegens strijd met de Grondwet buiten toepassing wordt gelaten.⁹¹

In de debatten die nog zullen volgen, worden ongetwijfeld nog de nodige complicaties, dilemma's en vervolgvragen opgeworpen.⁹² Een in het oog springend voorbeeld hiervan is de roep om de mogelijkheid aan sociale grondrechten en (ongeschreven) rechtsbeginselen te toetsen.⁹³ Vanzelfsprekend verdienen deze thema's de nodige aandacht, maar misschien is geleidelijkheid ook hier de sleutel. Daarbij kan een grondwetswijziging die rechterlijke toetsing van wetten aan alleen de klassieke grondrechten van de Grondwet mogelijk maakt, de eerste stap zijn. Vervolgens kan met die nieuwe bevoegdheid ervaring worden opgedaan. Mede op grond daarvan kan vervolgens nader worden bezien in hoeverre uit-

88 Vergelijk Boogaard 2018, p. 10-11. Hij beschrijft dat de Grondwet geen 'grand design' is maar een bouwwerk met verschillende bouwstijlen waaraan door verschillende bouwmeesters is gewerkt. Dat is zijns inziens geoorloofd, mits aan een minimum aan samenhang binnen de Grondwet wordt voldaan.

89 Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 195-216.

90 Bijlage bij *Kamerstukken II 2021/22*, 35788, nr. 77, p. 2.

91 *Kamerstukken II 2021/22*, 35925-VII, nr. 169.

92 Zie ook de bijdrage van Schutgens in deze bundel.

93 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2022/23*, 36 200 VII, nr. 43; deze motie is aangehouden en vervolgens vervallen. Zie ook Krommendijk 2022. Zie tevens de bijdrage van Leijten en Loven in deze bundel.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

breiding van constitutionele toetsing aan de sociale grondrechten van de Grondwet en (ongeschreven) rechtsbeginselen mogelijk en wenselijk is.

Een belangrijk effect van een dergelijke eerste stap kan zijn dat, net als nu bij het EVRM en het EU-Handvest al het geval is, de dialoog tussen wetgever en rechter wordt versterkt en, anticiperend op mogelijke rechterlijke toetsing, de grondwettelijke grondrechten een meer vooraanstaande rol gaan spelen bij de beoordeling van grondwettigheid tijdens het wetgevingsproces. Dat begint doorgaans bij de departementale voorbereiding. In dat stadium wordt logischerwijs geanticipeerd op de advisering door de Raad van State en de daarop volgende parlementaire behandeling. Mede met het oog op het voornemen om artikel 120 Grondwet aan te passen, heeft de Afdeling advisering van de Raad van State haar beoordelingskader recent aangepast en daarbij explicieter aangegeven hoe zij de grondwettigheid van wetsvoorstellen beoordeelt.⁹⁴ Een nadrukkelijker grondwettelijke beoordeling door eerst de regering en daarna de Afdeling, kan vervolgens doorwerken in het verdere verloop van het wetgevingsproces bij de behandeling door Tweede en Eerste Kamer. Voor de rechter kan de kwaliteit van dit proces van belang zijn; aannemelijk is dat de rechter bij zijn oordeel over grondwettigheid van een formeel-wettelijke bepaling, rekening zal houden met de zorgvuldigheid waarmee de Grondwet tijdens het wetgevingsproces is geïnterpreteerd en gewogen.⁹⁵

Dezelfde behoedzame weg kan in meer gevallen worden gevolgd. Een voorbeeld is de beoogde constitutionele verankering van politieke partijen. Gelet op de Nederlandse traditie voert het op dit moment waarschijnlijk te ver om de positie van politieke partijen – wezenlijk in ons staatsbestel – in de Grondwet te verankeren.⁹⁶ Maar zoals ook in het coalitieakkoord van 2022 is aangekondigd, zou een Wet op de politieke partijen een belangrijke constitutionele tussenstap zijn.⁹⁷ De Staatscommissie-Remkes heeft daartoe concrete voorstellen gedaan die serieuze overweging verdienen.⁹⁸ Datzelfde geldt voor een, eveneens door deze commissie voorgesteld, terugzendrecht van de Eerste Kamer.⁹⁹ Zo zijn meer voorbeelden te geven van mogelijke grondwetswijzigingen die – mits uiteraard zorg-

94 'Beoordelingskader', raadvanstate.nl/advisering/beoordelingskader/, laatst geraadpleegd op 13 maart 2023.

95 Die notie klinkt ook door in de rechtspraak van het EHRM. Een voorbeeld is EHRM 15 maart 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD002188120 (*CGAS c. Suisse*) waarin, zij het in een andere context (het EHRM beoordeelt het handelen van de staat als geheel, incl. de nationale rechter), het EHRM het belang onderstreept van de kwaliteit van het politieke en parlementaire debat (zie r.o. 88).

96 Broeksteeg & Tinnevelt 2015 (met bijdragen van diverse auteurs). Zie verder de bijdrage van Voerman 2019 en Gijsenbergh & Tinnevelt 2022.

97 'Consultatieversie Wet op de politieke partijen', internetconsultatie.nl/wpp/b1 (22 december 2022). Zie het themanummer van het *NJB* 2023, afl. 6 met bijdragen van Trapman, Cliteur, Kuijper en Kooijman.

98 Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 217-246.

99 Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 301 e.v.

vuldig en evenwichtig vormgegeven – verdedigbaar of zelfs gewenst zijn, mede gelet op de veranderde omstandigheden.

5.3 *Verdiepende interpretatie*

Geleidelijke aanpassing van de Grondwet alléén is niet voldoende. Van belang is uiteraard ook hoe de bestaande grondwetsbepalingen worden geïnterpreteerd en toegepast. Veel wordt aan de wetgever en de praktijk overgelaten. Inmiddels zijn, afgezien van de grondrechten (zie hiervoor), constitutionele normen en spelregels in het politiek-maatschappelijk debat steeds verder op de achtergrond geraakt. Als ze al een betekenisvolle rol spelen, worden verschillende grondwetsbepalingen doorgaans geïsoleerd gezien en fragmentarisch behandeld. Er wordt onvoldoende acht geslagen op de samenhang met andere regels en beginselen die deel uitmaken van de Nederlandse constitutie. Dat heeft gevolgen voor de Grondwet. Foqué omschreef het als volgt: “De betekenis van de Grondwet wordt dan niet alleen goeddeels onzichtbaar, maar zij verkrumelt en versplintert tegelijkertijd in onderling tegenstrijdige flarden van betekenis, waardoor gemeenschappelijke waardeoriëntaties van het democratisch samenleven in onderlinge verscheidenheid dreigen te verschromelen en te eroderen”. Hij bepleit daarom “een meer zichtbare Grondwet als rechtsstatelijk baken in de vaak woelige stormen die ons bestel doormaakt”.¹⁰⁰

Voor de herwaardering van de Grondwet is dan ook nodig dat bij de interpretatie daarvan in concrete gevallen niet alleen gekeken wordt naar de relevante grondwetsbepalingen ‘sec’, maar naar het stelsel als geheel.¹⁰¹ Van belang is dat daarbij niet uitsluitend de nadruk wordt gelegd op de positiefrechtelijke interpretatie en uitleg van de tekst. Door het open karakter van de Grondwet leidt dat in de praktijk niet zelden tot de idee dat als de Grondwet iets niet expliciet uitsluit, het *dus* constitutioneel geoorloofd is. Daarmee wordt echter voorbijgegaan aan de uitgangspunten, beginselen, conventies,¹⁰² en normatieve praktijken die – ook historisch gezien – aan de Grondwet en het daarin neergelegde stelsel ten grondslag liggen. Zij behoren tot de constitutie in brede zin en dienen daarom sterker dan in de praktijk vaak gebeurt bij de interpretatie van de Grondwet te worden betrokken.

100 Foqué 2008, p. 50-55.

101 De vraag kan rijzen of er wel een allesomvattend stelsel is. Elzinga (1997) meent van niet en stelt dat de normatieve werking van iedere grondwetsbepaling op zichzelf staat. Hij heeft gelijk dat de Grondwet geen samenhangend normenstelsel bevat dat kan worden teruggevoerd op één grondnorm. Tegelijkertijd gaat het ook te ver om elke bepaling helemaal op zichzelf te zien. Er is bijvoorbeeld tussen de institutionele bepalingen die het parlementaire stelsel in de Grondwet regelen wel degelijk samenhang zodat bepalingen in die gevallen in nauwe samenhang met elkaar moeten worden uitgelegd. Zie hierover ook Boogaard 2018, p. 10.

102 Uitgebreid hierover de dissertatie van Geertjes 2021.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

Een dergelijke, meer systematische grondwetsinterpretatie¹⁰³ kan eraan bijdragen dat de verstoorde balans tussen ‘eenheid’ en ‘veelheid’ wordt hersteld. Daarvoor is nodig dat het grondwettelijk stelsel in de praktijk effectief en gezaghebbend is. Dat is essentieel om de continuïteit van het staatsbestel ook op termijn te kunnen verzekeren.¹⁰⁴ Zeker bij de institutionele grondwetsbepalingen zijn spelregels en normatieve praktijken daarvoor van bijzonder belang. Een voorbeeld is de ministeriële verantwoordelijkheid ex artikel 42 jo. 68 Grondwet.¹⁰⁵ Deze kan alleen effectief werken als onderdelen van de ambtelijke dienst alleen in uitzonderingsgevallen en onder strikte voorwaarden worden verzelfstandigd, en daarnaast bepaalde spelregels in politiek-ambtelijke verhoudingen gelden die zorgvuldig worden toegepast en gehandhaafd. Indien dergelijke fundamentele uitgangspunten en spelregels bij de interpretatie van de artikelen 42 en 68 buiten beschouwing worden gelaten, dreigt het grondwettelijk stelsel als geheel te worden ondermijnd. De vraag is of we door de wijze waarop beide grondwetsbepalingen inmiddels worden toegepast, niet geleidelijk in de constitutionele gevarenzone zijn beland.¹⁰⁶

Een ander voorbeeld waarin de voor ‘eenheid’ belangrijke spelregels in toenemende mate lijken te worden veronachtzaamd, is de kabinetsformatie. Dit voor de werking van het parlementaire stelsel essentiële thema is, afgezien van de benoeming van ministers en staatssecretarissen, niet in de Grondwet geregeld. Maar in de loop der jaren zijn belangrijke spelregels ontwikkeld die het proces van kabinetsformatie beogen te ordenen en objectiveren.¹⁰⁷ Dat is van belang om te waarborgen dat iedere partij aan bod komt en zich gehoord voelt en dat over de verschillende stappen deugdelijk verantwoording wordt afgelegd. De vraag die onder meer naar aanleiding van de kabinetsformatie van 2021 rijst, is of die spelregels nog voldoende worden nageleefd en zo nee, waarom niet. Mogelijk hangt het antwoord samen met de verdere parlementarisering van de kabinetsformatie, maar over de gevolgen daarvan – bijvoorbeeld als het gaat om de rol van de voorzitter van de Tweede Kamer – is tot nog toe niet grondig nagedacht. Het gaat om vragen die niet aan de politieke praktijk kunnen worden overgelaten; het zijn constitutionele vragen van de eerste orde.¹⁰⁸ De beantwoording van die vragen hoeft niet, indien al mogelijk, te leiden tot

103 In vergelijkbare zin Boogaard 2018. Hij treedt in discussie met Sillen die een rechtspositivistische benadering voorstaat. Zie Sillen 2009 en voorts een uitgebreide weergave van het debat bij Geertjes 2021, p. 251-264. Een fraai voorbeeld van de door Boogaard voorgestane systematische interpretatie biedt Boogaard 2018 over de beginselen van democratie die in de Grondwet besloten liggen.

104 Kortmann 1994 meent in dit verband dat het doel van grondwetsinterpretatie mede gelegen is in ‘het verzekeren van continuïteit in het rechtsbestel en het staatsbestuur’ (p. 370). Zie voorts Kortmann 1976.

105 Hierover ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid, (W04.20.0135), bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 35300, nr. 78.

106 Idem, hoofdstuk 3.

107 Systematische en gedetailleerd Van Baalen & van Kessel 2012.

108 Zie verder Evaluatie kabinetsformatie 2021/2022, CPG Nijmegen 2023 (met aanbevelingen voor verheldering van een aantal spelregels).

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

grondwetswijzing, maar wel tot een systematische en kenbare toepassing van elementaire beginselen (publieke verantwoording, transparantie, respect voor minderheden) van het grondwettelijk stelsel.

In de kern gaat het erom dat bij de vormgeving en toepassing van dragende grondwettelijke regels en concepten (zoals de grondrechten, het kiesrecht, representatie, de kabinetsformatie en de ministeriële verantwoordelijkheid), interpretatie van de Grondwet geschiedt vanuit het stelsel als geheel. Grondwetsbepalingen kunnen niet slechts geïsoleerd worden gezien, omdat de interpretatie dan een te gefragmenteerd karakter krijgt. Wanneer vanuit het stelsel wordt geredeneerd, komt sterker de nadruk te liggen op gemeenschappelijkheid en integrale belangenafweging, zodat verdere profilering van deelbelangen en fragmentatie niet wordt gestimuleerd. Dat is voor de effectiviteit van het overheidshandelen van wezenlijk belang. Precies vanuit dit gezichtspunt bestaat bezwaar tegen een interpretatie van het grondwettelijk representatiebegrip (artikel 50 Grondwet) die voeding geeft aan de 'spreekbuisdemocratie' waarin uitsluitend de behartiging van deelbelangen centraal staat.¹⁰⁹ Het wordt dan bijna onmogelijk om te komen tot politieke besluitvorming die op voldoende draagvlak kan rekenen én effectief is. Ook bij de toepassing en interpretatie van de artikelen 42 jo. 68 Grondwet – de verankering van de ministeriële verantwoordelijkheid – kunnen vanuit dit gezichtspunt serieuze vraagtekens worden geplaatst.

We zijn ons bewust van de risico's die kleven aan een systematische interpretatie die sterker gebaseerd is op beginselen, conventies en spelregels. Verschillende auteurs waarschuwen ervoor om deze als rechtsnormen te kwalificeren. De flexibiliteit van het staatsrecht zou daardoor verloren kunnen gaan en bovendien ligt het gevaar van subjectivering op de loer.¹¹⁰ Tegelijkertijd erkent Kortmann in zijn artikel over grondwetsinterpretatie dat ervoor moet worden gewaakt "open normen steeds te beschouwen als normen waarmee men eigenlijk kan doen wat men wil."¹¹¹ De kunst zal ook hier dus zijn om te zoeken naar een goede middenweg en nader te bezien op welke wijze, met behoud van flexibiliteit, kan worden gekomen tot een geobjectiveerde grondwetsinterpretatie die recht doet aan de beginselen, conventies en spelregels die wezenlijk zijn voor het functioneren van het stelsel.

In de zoektocht naar die middenweg hebben we geen rechterlijke instantie die de Grondwet bindend kan interpreteren. Het is primair de wetgever die de Grondwet uitlegt. De wetgever is een samengesteld orgaan: hij bestaat uit de regering en de Tweede en de Eerste

109 Vergelijk Verhey 2021, p. 159-160.

110 Zie in deze zin Kortmann 1994 en Sillen 2009.

111 Kortmann 1994, p. 369.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

Kamer, bijgestaan door de Afdeling advisering van de Raad van State. Daarnaast zijn in het wetgevingsproces tal van andere actoren (adviescolleges, maatschappelijke organisaties) betrokken. Ook de rechter interpreteert in bepaalde gevallen, met name als het gaat om de grondrechten, de Grondwet. Ten slotte heeft de staatsrechtwetenschap een belangrijke rol.¹¹² Hier ligt kortom, vanuit de verschillende rollen en posities, een gezamenlijke verantwoordelijkheid om in respectvolle dialoog¹¹³ te komen tot een zorgvuldig gewogen en objectieve grondwetsinterpretatie die op een evenwichtige manier recht doet aan alle relevante uitgangspunten. Dat is voor alle betrokkenen de komende tijd de cruciale opgave.

6 SLOT

De coronapandemie was een constitutionele ‘wake up call’. De Grondwet is misschien wel belangrijker dan ooit gebleken. Dat roept verschillende vragen op. Hoe komt het dat, hoewel de Grondwet tijdens de pandemie een belangrijk ankerpunt bleek, de zaken grondwettelijk gezien niet afdoende op orde zijn? Verwaarlozen we onze Grondwet en zo ja, hoe komt dat en wat moeten we er aan doen? Die laatste vraag is niet nieuw. Tegelijkertijd illustreert corona dat het debat over onze Grondwet geleidelijk in nieuw vaarwater is beland. Een pandemie is niet de enige ingrijpende gebeurtenis die de constitutie in het hart raakt. We worden zowel van binnenuit als buitenaf geconfronteerd met ernstige bedreigingen die het staatsbestel op termijn in de kern kunnen aantasten. Daarom kan het debat over de Grondwet allang niet meer alleen gaan over ‘verwaarlozing’ en ‘modernisering’. De centrale vraag is óók geworden hoe de Grondwet kan én moet bijdragen aan de robuustheid van de democratische rechtsstaat.

Vanuit dat gezichtspunt hebben we in dit artikel een poging gedaan een mogelijke benadering van de Grondwet in de nabije toekomst te formuleren. In de kern pleiten we voor twee parallelle sporen: een geleidelijke aanpassing van de Grondwet en daarmee samenhangende wetgeving én een verdieping van de interpretatie van de Grondwet, door deze nadrukkelijker te laten bepalen door de achterliggende beginselen, uitgangspunten, conventies en spelregels. Deze beide sporen zijn, zo stellen wij, beslissend voor een effectieve werking van ons grondwettelijk bestel.

112 Zo is het volgens Van Vugt aan de staatsrechtwetenschap om onder meer diepgravend de stilzwijgende assumpties van de verschillende actoren die de Grondwet interpreteren bloot te leggen alsook drogredeneringen en misvattingen over de inhoud en werking van de Grondwet te ontmaskeren. Zie Van Vugt 2021.

113 Vergelijk Sillen & Uzman 2022. Zij spreken in dit verband over ‘constitutionele hoffelijkheid’.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

We realiseren ons dat de geschetste benadering nog de nodige vragen zal oproepen. Het is een denkrichting die nadere uitwerking behoeft en hopelijk bijdraagt aan verder debat. Er is uiteraard geen garantie op succes, al was het maar omdat er meer nodig is dan alleen een constitutioneel perspectief. Het debat zal ook moeten gaan over cultuur en gedrag van politici, bestuurders, ambtenaren én burgers.¹¹⁴ De Grondwet links laten liggen kan echter geen optie zijn. De Grondwet moet terug in het centrum van het politieke, juridische en maatschappelijke debat.

LITERATUURLIJST

Aerts 2016

R. Aerts, 'Het ingesleten pad. Over de betekenis van de Grondwet van 1815', in: A. Alen e.a. (red.), *De Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden van 1815. Staatkundige en historische beschouwingen uit België en Nederland*, Den Haag: Boom juridisch/die Keure 2016.

Andeweg & Thomassen 2011

R. Andeweg & J. Thomassen, *Van afspiegelen naar afrekenen? De toekomst van de Nederlandse democratie*, Leiden: Leiden University Press 2011.

Van Baalen & Van Kessel 2012

C. van Baalen & A. van Kessel, *De kabinetsformatie in vijftig stappen*, Amsterdam: Boom 2012.

Barkhuysen, Dimitrova & Van Emmerik 2009

T. Barkhuysen, A.L. Dimitrova, M.L. van Emmerik e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd; anker- of verdwijnpunt?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

Bartlett 2018

J. Bartlett, *The People vs Tech – How the Internet is killing democracy (and how we save it)*, London: Ebury Press 2018.

Van den Berg 2018

C.F. van den Berg, *Van zuilen naar bubbels*, Oratie RUG 2018.

¹¹⁴ Recent hierover Van den Berg 2023 met verwijzingen naar verdere literatuur. Zie voorts Hoetink 2018 en Verhey 2021, p. 167 e.v.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

Van den Berg 2022

J.Th.J. van den Berg, *Humeurige volk, verkrampde politiek en hoe het anders kan*, Amsterdam: Prometheus Amsterdam 2022.

Van den Berg 2023

J.Th.J. van den Berg, 'Grenzen aan het parlementaire debat', *NJB* 2023, afl. 3, p. 210-218.

Van den Berg & Kok 2021

C.F. van den Berg en M.F.A. Kok, Regionaal maatschappelijk onbehagen. Naar een rechtsstatelijk antwoord op perifeer ressentiment. Rijksuniversiteit Groningen/Campus Fryslan, september 2021.

Van den Berg & Verhey 2022

J.Th.J. van den Berg en Luc Verhey, Openbaarheid, verantwoordelijkheid en vertrouwen: een ménage à trois, in: Openbaarheid in politiek en bestuur, Jaarboek Parlementaire Geschiedenis 2022, p. 21-32.

Boogaard 2018

G. Boogaard, 'Democratie en de Nederlandse Grondwet. Een proeve van systematische grondwetsinterpretatie', in: N.S. Eftymiou e.a. (red.), *Democratie: nieuwe ontwikkelingen*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2018, p. 3-23.

Bovend'Eert 2019

P.P.T. Bovend'Eert, *Inleiding constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Bovend'Eert 2020

P.P.T. Bovend'Eert, 'Parlementaire betrokkenheid in de tijdelijke Coronawet', *NJB* 2020/2641, p. 2990-2992.

Bovend'Eert & Kummeling 2017

P.P.T. Bovend'Eert en H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement (12e druk)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Bovend'Eert e.a. 2018

P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten, J.W.A. Fleuren en H.G. Hoogers, *Grondwet & Statuut, Tekst & commentaar (vijfde druk)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

Broeksteeg & Verhey 2005

J.L.W. Broeksteeg en L.F.M. Verhey (red.), *Een versterking van de minister-president?*, Deventer: Kluwer 2005.

Brouwer & Schilder 2020

J. Brouwer en A.E. Schilder, 'Parlementair vetorecht bij ministeriële coronamaatregelen', *NJB* 2020/3053.

Broeksteeg & Tinnevelt 2015

J.L.W. Broeksteeg, R.B.J. Tinnevelt (red.), *Politieke partijen als anomalie van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Burkens e.a. 2022

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, J. Uzman, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2022.

But 2021

J.J. But, 'referendumbepaling in de Grondwet. Driemaal is scheepsrecht en de laatste overwinning van Pyrrhus', *NJB* 2021, afl. 23, p. 1866-1873.

CBS 2015

CBS, *Sociale samenhang. Wat ons bindt en verdeelt*, Den Haag: 2015.

Donner 1986

A.M. Donner, 'Bestendig en wederkerig', in: *Tussen het echte en het gemaakte. Geschriften van Prof. Mr. A.M. Donner*, Zwolle: Tjeenk Willink 1986.

Donner 1998

J.P.H. Donner, "Grondwet en constitutie in de toekomst" in: *Donner und Blitz: lezingen en toespraken van Piet Hein Donner*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 241-260. (eerder verschenen in M.C. Burkens e.a., (red.), *Gelet op de Grondwet*, Deventer: Kluwer 1998, p. 9-26.

Ellian & Rijpkema 2022

A. Ellian & B.R. Rijpkema (red.), *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Amsterdam: Boom 2022.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

Elzinga 1997

D. J. Elzinga, 'Vier vuistregels voor grondwetsinterpretatie', in: *Oculi Iustitiae, Pleidooien voor een contextuele rechtsbenadering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 49-79.

Foqué 2008

R.M.G.E. Foqué, 'De onzichtbare Grondwet. Woord- en beeldverslag van het symposium op 27 februari 2008', Ministerie van BZK 2008.

Geertjes 2021

G.J.A. Geertjes, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk* (diss. Leiden), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021.

Van Gennip 2021

T.E.J.H. van Gennip, *De grondwetsherzieningsprocedure*, diss. Nijmegen, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Gijsenbergh & Tinnevelt 2022

J. Gijsenbergh & R.J.B. Tinnevelt, 'De democratische rechtsstaat als partijstaat? (Politieke partijen in de Grondwet)', in: A. Ellian & B.R. Rijpkema, *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Amsterdam: Boom 2022, p. 27-47.

't Hart, Wille e.a. 2002

P. 't Hart, A. Wille e.a., *Politiek-ambtelijke verhoudingen in beweging*, Amsterdam: Boom 2002.

Hirsch Ballin 2013

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De Grondwet in politiek en samenleving (2013)', in: E.M.H. Hirsch Ballin, *Recht doorgronden. Keuze uit wetenschappelijk werk over publiekrecht, rechtsstaat en beleid*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2022, p. 281-299.

Hirsch Ballin 2021

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De Grondwet uitleggen' in: E.H.M. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G. Leenknegt, *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 19-27.

Hirsch Ballin 2022

E.M.H. Hirsch Ballin, *Waakzaam burgerschap. Vertrouwen in democratie en rechtsstaat herwinnen*, Amsterdam: Querido Facto 2022.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

Hoetink 2018

A.C. Hoetink, *Macht der gewoonte. Regels en rituelen in de Tweede Kamer na 1945* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Vantilt 2018.

Van der Hoeven 1988

J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988 (aangevulde heruitgave).

Kok 2020

A. Kok, 'Staatscommissie adviseert spreekbuis-democratie', *De Nederlandse Grondwet* (denederlandsegrondwet.nl), 13 juni 2020.

Kok 2022

A. Kok, Het blijvend belang van een helder staatsbestel, Lezing gehouden tijdens KNAW-symposium 'Johan Rudolf Thorbecke 1872-2022. Erfenis en actualiteit', naar aanleiding van Thorbeckes 150ste sterfdag op 14 oktober 2022 in Amsterdam, gepubliceerd op www.montesquieu-instituut.nl.

Koole 2021

R.A. Koole, *Twee pijlers. Het wankele evenwicht in de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus 2021, p. 214-224.

Kortmann 1976

C.A.J.M. Kortmann, 'Continuïteit en staatsrecht', *RMThemis* 1976, afl. 2, p. 151-169.

Kortmann 1994

C.A.J.M. Kortmann, 'Grondwetsinterpretatie', *RMThemis* 1994, afl. 8, p. 363-370.

Kortmann 2021

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2021.

Krommendijk 2022

J. Krommendijk, 'Meer rechtsbescherming, maar niet teveel', *NJB* 2022, afl. 26, p. 2070-2071.

Van Leeuwen, Van Faassen & Scherer 2020

K. van Leeuwen, M. van Faassen & M. Scherer, *Over de Grondwet gesproken. Een selectie uit de documenten van staatscommissies voor grondwetsherziening 1883-1983*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 2020.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

Meijer, Grimmelikhuijsen & Bovens 2021

A. Meijer, S. Grimmelikhuijsen & M. Bovens, 'De legitimiteit van het algoritmisch bestuur', *NJB* 2021, afl. 18, p. 1470-1478.

Nap 2020

M. Nap, 'Criteria voor grondwetsherzieningen', *RegelMaat* 2020, afl. 4, p. 275-281.

Passchier 2017

R. Passchier, *Informal constitutional change: constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective*, diss. Leiden, Leiden: 2017.

Passchier 2021

R. Passchier, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat. Over verschuivende overheidsmacht, Big Tech en de noodzaak van constitutioneel onderhoud*, Den Haag: Boom Juridisch 2021.

Passchier 2022

R. Passchier, 'Big Tech vs. de soevereiniteit van democratische wetgevers. Naar een neofeodalisme 2.0?' in: R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen en R.B.J. Tinnevelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 335-351.

Raad voor openbaar bestuur 2019

Raad voor openbaar bestuur, *Zoeken naar waarheid. Over waarheidsvinding in de democratie in het digitale tijdperk*, Den Haag: Raad voor openbaar bestuur 2019.

Rijkema 2015

B.R. Rijkema, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie* (diss, Leiden), Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2015.

Schuyt 2018

C.J.M. Schuyt, 'De bindingskracht van de democratische rechtsstaat', in: B.J. van Ettekoven, J.E.M. Polak, G.N. Roes, L.F.M. Verhey, B.P. Vermeulen, L.H.M. Weesing-Loeber, A. Weggeman (red.), *Rechtsorde en bestuur. Liber amicorum aangeboden aan Piet Hein Donner*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 25.

Van der Schyff 2017

G. van der Schyff, 'De Nederlandse constitutionele identiteit: soberheid troef', *TBP* 2017, afl. 6, p. 322-329.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

Sillen 2009

J.J.J. Sillen, 'Proeve van een rechtspositivistische grondwetsinterpretatiemethode', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2009, p. 129-152.

Sillen & Uzman 2022

J.J.J. Sillen en J. Uzman, 'Constitutionele hoffelijkheid als eis voor een weerbare rechtsstaat. Over loyale samenwerking, wederzijds respect en constitutionele conventies', in: R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen en R.B.J. Tinnevelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 423-442.

Smeeke & Mulder 2016

A. Smeeke & L. Mulder, 'Verliesgevoelens in relatie tot de multi-etnische samenleving onder autochtone Nederlanders', in: Working Paper 22 WRR, Den Haag 2016.

Staatscommissie relatie kiezers – beleidsvorming 1984-1985

Eindrapport Staatscommissie van advies inzake de relatie kiezers-beleidsvorming, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1985.

Staatscommissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000

Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2000.

Staatscommissie Grondwet 2010

Rapport Staatscommissie Grondwet, bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17.

Staatscommissie parlementair stelsel 2018

Staatscommissie parlementair stelsel, Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans, Amsterdam: Boom 2018.

Van der Tang 1998

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

Verhey 2009

L.F.M. Verhey, 'Enkele beschouwingen over de mug en de olifant', in: H.R. Schouten (red.), *Wetgever en constitutie. Preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2009*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.

L.F.M. VERHEY, L.C. GROEN EN T.J. VAN ERNST

Verhey 2014

L.F.M. Verhey, *De constitutionele conventie: een blinde vlek in ons staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Verhey 2018

L.F.M. Verhey, 'Constitutionele rechtsvorming: balanceren tussen continuïteit en verandering', in: B.J. van Ettehoven e.a. (red.), *Rechtsorde en bestuur. Liber amicorum aangeboden aan Piet Hein Donner*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 95-110.

Verhey 2021

L.F.M. Verhey, *De zoektocht naar feiten*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

Verhey 2021 (Den Ouden-bundel)

L.F.M. Verhey, 'Burgerparticipatie: bindmiddel of splijtzwam?' In: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Wolters Kluwer Deventer 2021, p. 495-510.

Voerman 2019

G. Voerman, 'Tekortschietende representatie? Over politieke partijen', in: A.W. Heringa & J. Schinkelshoek (red.), *Groot onderhoud of kruimelwerk. Ongevraagd commentaar op de aanbevelingen van de Staatscommissie Parlementair Stelsel*, Den Haag: Boom Juridisch, p. 75-87.

Voermans 2019

W. Voermans, *Het verhaal over de Grondwet. Zoeken naar wij*, Amsterdam: Prometheus 2019.

Van Vugt 2019

E.Y. van Vugt, *Versterking van de democratie: parlementaire vertegenwoordiging volgens de Staatscommissie*, *TvCR* 2019, afl. 2, p. 116-132.

Van Vugt 2021

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

Van Vugt 2022

E.Y. van Vugt, 'Van partij naar persoon? Niet als het aan de Raad van State ligt. Het advies over het wetsvoorstel 'Met één stem meer keus'', *TvCR* 2022, afl. 3, p. 219-237.

DE GRONDWET 'REVISITED': GELEIDELIJKE AANPASSING EN VERDIEPENDE INTERPRETATIE

Westerweel 2021

J. Westerweel, 'De aanhouder wint (misschien). Het voorstel van het lid Van Raak houdende verandering in de Grondwet, strekkende tot opnemng van bepalingen inzake het correctief referendum', *TvCR* 2021, afl. 4, p. 266-278.

Wierenga, Schilder & Brouwer 2020

A.J. Wierenga, A.E. Schilder en J.G. Brouwer, 'Aanpak coronacrisis niet houdbaar', *NJB* 2020, afl. 18, p. 1135.

WRR 2016

WRR, Big Data in een vrije en veilige samenleving, Den Haag: WRR 2016.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN: DAADWERKELIJKE MEERWAARDE VERLANGT MEER DAN HET AFSCHAFFEN VAN HET TOETSINGSVERBOD

*A.E.M. Leijten en C.M.S. Loven**

1 INLEIDING

Het constitutionele toetsingsverbod, zoals we dat vinden in artikel 120 van de Grondwet ('De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen'), staat daar al sinds 1983. Ook voor die tijd was het niet mogelijk voor de rechter om formele wetgeving langs de meetlat van onze Grondwet te leggen. Daarin was toen zelfs opgenomen dat formele wetgeving 'onschendbaar' was.¹ Het centrale thema van deze bundel is 'constitutionele verandering'. Een hoofdstuk over het toetsingsverbod lijkt daarop het eerste gezicht niet zo goed op aan te sluiten. Het toetsingsverbod is immers een kenmerkend onderdeel van onze rigide Grondwet dat onlosmakelijk verbonden lijkt te zijn met onze constitutionele cultuur.² Een eerdere poging om eraan te tornen, ook wel bekend als het voorstel-Halsema, strandde dan ook weinig glorieus.³

Toch lijkt er iets te veranderen. Artikel 120 Grondwet mag dan (nog) niet zijn aangepast, we zien wel dat de bestuursrechter steeds meer bereid is er de scherpe randjes af te halen en de wet te toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen – althans waar sprake is van niet-verdisconteerde omstandigheden.⁴ Ook is het politieke en publieke debat over consti-

* Prof. dr. A.E.M. (Ingrid) Leijten is hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht (Tilburg University). Mr. dr. C.M.S. (Claire) Loven is universitair docent bij de afdeling Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie en onderzoeker bij het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging (Universiteit Utrecht).

1 In 1848 werd constitutionele toetsing verboden door in art. 115 Gw op te nemen dat wetten onschendbaar zijn. In 1983 is dit uit de Grondwet gehaald.

2 Zie over de Nederlandse constitutionele cultuur bijv. Ellian & Rijkema 2022; over de grondwetscultuur Sillen 2020.

3 *Kamerstukken II 2001/2002*, 28331, nr. 3.

4 Zie in het bijzonder de conclusie van staatsraden advocaat-generaal R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, evenals de conclusie van staatsraad advocaat-generaal G. Snijders

tutionele toetsing levendiger geworden.⁵ De vraag of de Nederlandse rechter wetgeving in formele zin niet toch moet kunnen toetsen aan – in elk geval – de klassieke vrijheidsrechten uit de Grondwet, is momenteel zeker geen louter theoretische meer. Waar het voorlopige VVD-verkiezingsprogramma in november 2020 nog sprak van het wijzigen van de Grondwet om rechterlijke toetsing van wetten aan het EVRM te beperken en toetsing door de wetgever te versterken,⁶ stond in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte IV van 15 december 2021 dat de uitwerking van constitutionele toetsing ‘ter hand’ zou worden genomen.⁷ Na zienswijzen van de Raad voor de Rechtspraak⁸ en de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak⁹ en een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van het kabinet,¹⁰ volgde in juli 2022 een Hoofdlijnenbrief aan de Kamer.¹¹ In deze brief van de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en voor Rechtsbescherming, wordt duidelijk dat het kabinet streeft naar het invoeren van constitutionele toetsing. Daarbij stuurt het aan op ex-ante-toetsing in concrete omstandigheden door de gewone rechter (gespreide toetsing) en niet door een constitutioneel hof.¹² Als sprake is van strijdigheid met de Grondwet, kan de rechter een wetsbepaling buiten toepassing laten.¹³ Uit de Hoofdlijnenbrief blijkt verder dat vooral wordt gedacht aan toetsing aan klassieke vrijheidsrechten als de vrijheid van godsdienst en van meningsuiting, en niet zozeer aan institutionele bepalingen.¹⁴ Toetsing aan de sociale grondrechten die te vinden zijn aan het eind van het eerste hoofdstuk van de Grondwet, lijkt vooral nog een brug te ver.¹⁵

van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441. In de recente uitspraken van de ABRvS van 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en ECLI:NL:RVS:2023:852) concludeert de Afdeling echter dat van zulke omstandigheden geen sprake is, en voor het overige art. 120 Gw nog steeds in de weg staat aan toetsing.

- 5 Het wetenschappelijke debat is daarentegen, meer of minder op de achtergrond, steeds gevoerd. Terecht wordt gesproken van de ‘evergreen’ in het staatsrechtelijke debat, zie recent bijv. Vetzo 2022, p. 912.
- 6 Concept-verkiezingsprogramma VVD 2020 (paragraaf over Democratie en Rechtsstaat). Na hevige kritiek is dit niet in het definitieve verkiezingsprogramma terecht gekomen. Dit voorstel was overigens in lijn met eerdere standpunten van de VVD, die ook kritisch stond tegenover het voorstel-Halsema en constitutionele toetsing door de rechter.
- 7 Coalitieakkoord 2021-2025 (VVD, D66, CDA, CU), *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*, p. 2, te raadplegen via: www.open.overheid.nl/documenten/ronl-f3cb0d9c-878b-4608-9f6a-8a2f6e24a410/pdf.
- 8 Raad voor de Rechtspraak 2022.
- 9 Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 april 2022 aan de minister voor rechtsbescherming met een zienswijze over de invoering van constitutionele toetsing.
- 10 Claes e.a. 2021.
- 11 Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister voor Rechtsbescherming, Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, 1 juli 2022, *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 1169.
- 12 Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 1169, p. 12-14.
- 13 *Ibid.*, p. 15.
- 14 *Ibid.*, p. 11.
- 15 *Ibid.*, p. 8 en 11.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

De verandering in de houding ten opzichte van constitutionele toetsing komt niet uit de lucht vallen. De fundamentele vraag naar de noodzaak van die toetsing in een moderne constitutionele rechtsstaat heeft steeds een rol gespeeld, en kwam bijvoorbeeld ook terug in het rapport van de staatscommissie-Remkes uit 2018.¹⁶ Ook kan gewezen worden op nog recentere gebeurtenissen en ontwikkelingen. Zo heeft de toelagenaffaire gezorgd voor een discussie over de tegenmacht die de rechter kan bieden. Naar aanleiding van deze affaire liet ook de Venetiëcommissie doorschemeren dat Nederland misschien toch nog eens moet kijken naar constitutionele toetsing.¹⁷ De afgelopen jaren heeft tijdens de coronapandemie de discussie over grondrechten en de toegelaten beperking daarvan ook nauwelijks stilgestaan.¹⁸ Daarbij werd regelmatig gewezen naar de Grondwet – terwijl we in Nederland eigenlijk gewend zijn meteen te kijken naar het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).¹⁹

De mogelijkheid van constitutionele toetsing brengt automatisch de vraag met zich wat hier nu precies ‘de meerwaarde’ van zou zijn. Daarbij geldt dat er verschillende soorten meerwaarde denkbaar zijn. Naast aan juridische meerwaarde, kan bijvoorbeeld gedacht worden aan symbolische of maatschappelijke meerwaarde, in die zin dat de Grondwet door de mogelijkheid van constitutionele toetsing meer gaat leven en beter kenbaar is.²⁰ Wij richten ons hier echter vooral op dat eerste: normatief-juridische meerwaarde die inhoudt dat toetsing zorgt voor meer rechtsbescherming en een sterkere positie van de burger tegenover de overheid. Of daarvan sprake is, is een valide vraag gezien de bestaande mogelijkheid van toetsing aan het zojuist genoemde EVRM. Want hoewel artikel 120 van onze Grondwet streng is, biedt deze wel veel ruimte voor het geven van voorrang aan een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht boven het nationale recht.²¹ De EVRM-rechten vallen in deze categorie en vervangen wat betreft de toetsing aan grondrechten als het ware onze Grondwet.²²

16 Staatscommissie parlementair stelsel 2018.

17 Venetië-commissie, *Netherlands – Opinion on the legal protection of citizens*, CDL-AD(2021)031, 18 oktober 2021, p. 25-26.

18 Dit gold zowel voor het publieke debat en de media, als voor de publieke discussie op bijvoorbeeld sociale media. Zie bijv. Leijten & But e.a. 2022.

19 Dit omdat het niet verboden is te toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen, op basis waarvan wettelijke voorschriften buiten toepassing kunnen worden gelaten. Ziet art. 93-94 Grondwet. De EVRM-bepalingen worden gerekend tot de ‘een ieder verbindende’ bepalingen. Zie ook Gerards 2016, p. 217.

20 Vgl. Oomen 2009; Oomen en Lelieveldt 2008. Zie ook de recente flitspeiling Grondwet door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (februari 2023), www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2023/02/28/flitspeiling-grondwet, laatst geraadpleegd op 8 maart 2023.

21 Artt. 93-94 Gw.

22 Vgl. bijv. Gerards 2012.

In deze bijdrage staan wij nader stil bij de vraag naar de juridische meerwaarde van constitutionele toetsing in Nederland. We doen dat allereerst door in te gaan op de meerwaarde, vaak ten opzichte van toetsing aan het EVRM, zoals die in de Hoofdlijnenbrief en in de bestaande literatuur wordt geïdentificeerd (par. 2). In die paragraaf zal blijken dat de nadruk daarbij ligt op de soms net iets andere aard van onze grondwettelijke grondrechtenbepalingen evenals op de strenge legalitietseis die daarin te vinden is. Vervolgens besteden we aandacht aan de vraag of voor daadwerkelijke meerwaarde niet ook een materiële beperkingseis noodzakelijk is, en of die expliciet in de Grondwet zou moeten worden opgenomen (par. 3-5).²³ Hoewel hier in de wetenschappelijke literatuur uitvoerig op wordt ingegaan, blijft in het politieke debat – en ook in de Hoofdlijnenbrief²⁴ – (het eventuele belang van aanpassing van) de beperkingssystematiek nogal eens onderbelicht. Dit kan mede verklaren waarom toetsing aan de sociale grondrechten in de Grondwet moeilijk voorstelbaar wordt geacht (par. 6). Ons betoog is dan ook tweeledig: waar we enerzijds beargumenteren dat het opnemen van een materiële beperkingseis van belang is vanuit het perspectief van juridische meerwaarde, zal een nadere (politieke) discussie over de vormgeving daarvan anderzijds kunnen bijdragen aan het besef dat ook sociale rechten wel degelijk voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn.

2 ‘MEERWAARDE’ IN DE DISCUSSIE OVER CONSTITUTIONELE TOETSING

In de Hoofdlijnenbrief over constitutionele toetsing spreekt het kabinet zich uit voor de invoering van rechterlijke toetsing van wetten aan grondwettelijke grondrechtenbepalingen om meer rechtsbescherming aan burgers te bieden en daarmee de rechtspositie van burgers ten opzichte van de overheid te versterken.²⁵ Een dergelijk belangrijk streven roept meteen de vraag op hoe dit in de praktijk gerealiseerd gaat worden.²⁶ Anders gezegd, hoe zorgt rechterlijke toetsing aan de Grondwet ervoor dat burgers daadwerkelijk meer rechtsbescherming genieten dan nu het geval is?

23 Dit betekent dat wij de vraag of daadwerkelijke meerwaarde ook verlangt dat de reikwijdte en formulering van grondwettelijke grondrechten wordt gemoderniseerd hier laten rusten (zie hierover bijv. Gerards 2023; Julicher 2020).

24 Daar wordt de huidige beperkingssystematiek immers vooral genoemd als reden voor de meerwaarde van toetsing, zie nader par. 2.

25 Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 1169, p. 3.

26 Zie ook Vetzo 2022. Vetzo wijst er onder meer op dat vooral de categorische afwijzing van toetsing aan sociale grondrechten en algemene rechtsbeginselen, zoals voorgesteld in de Hoofdlijnenbrief, vanuit het oogpunt van rechtsbescherming tegen het licht moet worden gehouden.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

In het licht van de al bestaande mogelijkheid om formele wetten te toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen,²⁷ lijkt het doel om meer rechtsbescherming te bieden te veronderstellen dat toetsing aan de Grondwet meerwaarde heeft ten opzichte van toetsing aan verdragen, waaronder het voor Nederland zo belangrijke EVRM. In de Hoofdlijnenbrief zegt het kabinet hierover inderdaad dat ‘ten aanzien van vrijheidsrechten in verdragen ... de vrijheidsrechten van de Grondwet op onderdelen een toegevoegde waarde [hebben]’;²⁸ waarbij vervolgens drie aspecten worden genoemd. Allereerst wordt erop gewezen dat het recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (artikel 6 Grondwet), de vrijheid van drukpers (artikel 7 Grondwet), de verenigingsvrijheid (artikel 8 Grondwet) en de vrijheid van vergadering en betoging (artikel 9 Grondwet) op onderdelen specifiek zijn dan de overeenkomstige verdragsbepalingen. Het gaat dan bijvoorbeeld om de aard en het aantal van de legitieme beperkingsgronden. Bovendien mag voor de uitoefening van de vrijheid van drukpers geen voorafgaande toestemming of vergunning van de overheid worden verlangd.²⁹ Als tweede aspect wordt genoemd dat de Grondwet een aantal specifieke grondrechten kent die niet op dezelfde manier in internationale verdragen zijn terug te vinden, zoals het petitierecht (artikel 5 Grondwet), het recht op rechtsbijstand in civiele en bestuursrechtelijke geschillen (artikel 18 Grondwet), de algemene bepaling en het recht op een eerlijk proces in alle rechtsgedingen (artikel 17 Grondwet).³⁰ Tot slot komt de karakteristieke formele beperkingssystematiek van de Nederlandse Grondwet aan bod. Deze beperkingssystematiek houdt in dat beperkingen van grondwettelijke grondrechten een basis moeten hebben in een wet in formele zin of op zijn minst daartoe herleidbaar moeten zijn.³¹

Dat deze drie aspecten van de Grondwet worden genoemd als het gaat om de vraag of toetsing daaraan toegevoegde waarde kan hebben ten opzichte van toetsing aan een ieder verbindende verdragsbepalingen, verrast niet. Het betreft namelijk aspecten die stevast in de wetenschappelijke literatuur worden aangehaald in de discussie over de meerwaarde van de Grondwet; een discussie die al decennia wordt gevoerd.³² Vooral de formele beper-

27 Artt. 93-94 Gw.

28 Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 1169, p. 8.

29 *Ibid.*, p. 8.

30 *Ibid.*, p. 8. Nieuwenhuis en Dragstra hebben in dit verband ook gewezen op art. 2 lid 2 Gw (toelating en uitzetting van vreemdelingen) en art. 23 lid 7 Gw (besteding bijzonder onderwijs) (Nieuwenhuis & Dragstra 2008, p. 62).

31 Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 1169, p. 8.

32 Vetzo typeerde dit treffend als ‘haast geen staatsrechtelijk debat krijgt het stempel “evergreen” zo terecht opgedrukt als de meer dan 170 jaar oude discussie over de kwestie of de rechter formele wetten zou moeten kunnen toetsen aan de Grondwet’ (Vetzo 2022, p. 912). Vergelijkbaar is de constatering van Barkhuysen dat ‘er zijn weinig juridische debatten denkbaar in Nederland waarop het stempel “grijsgedraaide plaat” meer van toepassing is dan het debat over de opheffing van het verbod van toetsing van formele wetten aan de

kingssystematiek die de Grondwet kent komt in deze discussie altijd terug en wordt wel de ‘sterkste troef’ van de Nederlandse grondrechtenbescherming genoemd.³³ Voordat we hier in paragraaf 3 nader op ingaan, staan we in deze paragraaf nog stil bij de eerste twee meerwaarde-aspecten die in de Hoofdlijnenbrief worden genoemd. Om scherp te krijgen hoe de meerwaarde in de praktijk precies vorm krijgt en, belangrijker, of het spreken van meerwaarde überhaupt terecht is, kan het namelijk geen kwaad om de genoemde aspecten nog eens onder de loep te nemen.

Wat betreft het eerste aspect, de beperkingsgronden, kan worden genoemd dat artikel 9 lid 2 Grondwet bepaalt dat de formele wetgever bevoegd is om de mogelijkheid tot beperking van het betogingsrecht te delegeren aan lagere regelgevers, maar uitsluitend ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden. Deze doelcriteria zijn geringer in aantal en specifiekere dan die in artikel 11 lid 2 EVRM zijn opgenomen.³⁴ Op basis van die laatste bepaling kunnen betogingen worden beperkt in het belang van de nationale of openbare veiligheid, ter voorkoming van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Deze doelcriteria gelden volgens het EVRM ook voor de verenigingsvrijheid, terwijl op basis van artikel 8 Grondwet het recht tot vereniging enkel beperkt kan worden in het belang van de openbare orde. De Grondwet stelt op dit punt dus preciezere eisen dan het EVRM. Tegelijkertijd moet hierbij wel de kanttekening worden geplaatst dat aan de in de Grondwet opgenomen bevoegdheid van de formele wetgever om beperkingen te stellen vaak juist géén doelcriteria zijn verbonden. Dit geldt bijvoorbeeld voor beperking van de vrijheid van godsdienst (artikel 6 lid 1 Grondwet) en beperking van het betogingsrecht door de formele wetgever zelf (artikel 9 lid 1 Grondwet).³⁵

Zoals gezegd wordt in de Hoofdlijnenbrief ook het verbod van voorafgaande toestemming aangehaald. Artikel 7 Grondwet bepaalt dat niemand voorafgaand verlof nodig heeft om door de drukpers of andere middelen gedachten of gevoelens te openbaren en dat er geen voorafgaand toezicht is op de inhoud van radio- en televisie-uitzendingen. Kortgezegd kent de Grondwet dus een absoluut verbod van censuur. Dit wordt als een meerwaarde van de Grondwet gezien, omdat onder het EVRM preventieve maatregelen niet per definitie zijn uitgesloten. Opmerking verdient echter dat in de praktijk het EVRM op dit punt

Grondwet’ (Barkhuysen 2021, p. 3173). Voor een uitgebreide vergelijking van de bescherming die voortvloeit uit grondwettelijke grondrechten en het EVRM zie bijv.: Nieuwenhuis & Dragstra 2008.

33 Nieuwenhuis & Dragstra 2008, p. 29.

34 *Ibid.*, p. 64.

35 *Ibid.*, p. 27 en 64.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

ook weer niet zoveel verschilt van de Grondwet.³⁶ Het is namelijk vaste EHRM-rechtspraak dat de gevaren rond preventieve beperkingen van de vrijheid van meningsuiting van dien aard zijn dat ze aan de strengst mogelijke controle moeten worden onderworpen.³⁷ Dit betekent dat preventieve beperkingen altijd een expliciete juridische basis moeten hebben waarin duidelijk is vastgelegd onder welke voorwaarden en in welke omstandigheden dergelijke maatregelen zijn toegestaan en waarin effectieve rechterlijke toetsing wordt gegarandeerd.³⁸ Daarnaast komt aan staten bij preventieve beperkingen maar een beperkte beoordelingsruimte (*margin of appreciation*) toe, waardoor het EHRM de proportionaliteit van de maatregel streng toetst. Tot slot kan wanneer het gaat om de meerwaarde van artikel 7 Grondwet ten opzichte van artikel 10 EVRM niet onvermeld blijven dat artikel 10 EVRM een ruimer toepassingsbereik kent. Zo vallen commerciële uitingen ook binnen het bereik van artikel 10 EVRM, terwijl in de Grondwet reclame is uitgezonderd van de vrijheid van meningsuiting (artikel 7 lid 4 Grondwet). Daarnaast volgt uit de rechtspraak van het EHRM dat onder het recht op vrijheid van meningsuiting ook het recht om informatie te ontvangen valt.³⁹ In het recentere Handvest van de Grondrechten van de EU is dit recht zelfs expliciet gecodificeerd (artikel 11 Handvest). Het grondwettelijke recht op vrijheid van meningsuiting omvat daarentegen geen recht om informatie te ontvangen. Daarmee laat het voorgaande zien dat de daadwerkelijke meerwaarde van de Grondwet op dit punt beperkt is.

Een vergelijkbare conclusie kan worden getrokken voor het tweede aspect dat in de Hoofdlijnenbrief wordt genoemd: grondwettelijke grondrechten die niet op dezelfde manier in internationale verdragen zijn terug te vinden. Hier wordt onder meer het recht op een eerlijk proces in alle rechtsgedingen aangehaald dat sinds 30 augustus 2022 in de Grondwet is te vinden (artikel 17 lid 1 Grondwet). Op papier heeft het grondwettelijke recht op een eerlijk proces inderdaad een groter toepassingsbereik dan artikel 6 EVRM. Anders dan artikel 6 EVRM beperkt artikel 17 lid 1 zich niet tot geschillen over de vaststelling van *burgerlijke* rechten en verplichtingen. Hierdoor is het ook van toepassing in vreemdelingenzaken en alle belastingprocedures; zaken die door het EHRM zijn uitge-

36 Zie ook Julicher 2019 die uitgebreid analyseert waarom de veronderstelling dat het huidige sterke censuurverbod in de Grondwet een veel krachtigere bescherming biedt dan het EVRM onjuist is.

37 EHRM 26 november 1991, nr. 13166/87, ECLI:CE:ECHR:1991:1126JUD001316687 (*Sunday Times/het Verenigd Koninkrijk* (Nr. 2)), par. 51.

38 EHRM 18 december 2012, nr. 3111/10, ECLI:CE:ECHR:2012:1218JUD000311110 (*Ahmet Yildirim/Turkije*), para. 64; EHRM 1 december 2015, nr. 48226/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1201JUD004822610 (*Cengiz e.a./Turkije*), para. 62.

39 EHRM (GK) 8 november 2016, nr. 18030/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011 (*Maygar Helsinki Bizottság/Hongarije*).

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

zonderd van de toepassing van artikel 6 EVRM.⁴⁰ Tegelijkertijd past ook hier een kanttekening. Julicher heeft de stelling dat artikel 17 lid 1 Grondwet op meer situaties van toepassing is genuanceerd door te laten zien dat de Nederlandse rechter de reikwijdtebeperking van artikel 6 EVRM in de praktijk al enige tijd omzeilt.⁴¹ De Nederlandse rechter past de eisen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM namelijk ook toe op procedures die strikt genomen buiten het toepassingsbereik vallen, zoals de genoemde vreemdelingenprocedures, geschillen in het niet-punitieve belastingrecht en procedures omtrent openbaarheid van informatie.⁴² Daarnaast biedt in deze zaken artikel 47 van het Handvest (recht op een eerlijk proces) vrijwel altijd aanvullende rechtsbescherming, omdat het vaak gaat om de uitvoering van EU-recht.⁴³ Tot slot is nog het vermelden waard dat ook wat betreft de materiële bescherming Julicher concludeert dat de toegevoegde waarde van artikel 17 lid 1 Grondwet beperkt is.⁴⁴

Een nadere bestudering van de eerste twee meerwaarde-aspecten die in de Hoofdlijnenbrief worden genoemd laat dus zien dat de daadwerkelijke meerwaarde van de Grondwet ten opzichte van een ieder verbindende verdragsbepalingen in de praktijk beperkt is. Vanwege de al bestaande mogelijkheid voor de rechter om te toetsen aan deze bepalingen, betekent dit dat afschaffing van het toetsingsverbod in ieder geval op deze punten weinig aanvullende rechtsbescherming zal opleveren. Nogmaals: we hebben het dan dus over juridische meerwaarde, en niet zozeer over een toenemende (symbolische) rol van de Grondwet als iets wat als zodanig nastrevenswaardig is. Op het aspect van de formele beperkingssystematiek gaan we in de volgende paragraaf nader in.

3 EEN FOCUS OP LEGALITEIT: TROEF OF TEKORTKOMING?

Het feit dat de Nederlandse Grondwet verlangt dat beperkingen van grondrechten vastgelegd zijn in of gebaseerd zijn op een wet in formele zin, waarmee de Tweede en Eerste Kamer hebben ingestemd, vormt een belangrijke waarborg. Het garandeert dat de beperkingen onderwerp zijn geweest van een politiek debat gevoerd door democratisch gekozen volksvertegenwoordigers. Het zorgt – althans in theorie – voor een open discussie waarin verschillende standpunten en belangen evenredig vertegenwoordigd zijn. Zodoen-

40 Voor een uitgebreide beschrijving van het toepassingsbereik (inclusief verwijzingen naar rechtspraak), zie bijvoorbeeld: EHRM, *Guide on Article 6 of the ECHR (civil limb)*, par. I. Zie over de meerwaarde van art. 17 lid 1 Gw verder de bijdrage van Rob Widdershoven aan deze bundel.

41 Julicher 2018, p. 41-42 en p. 44-45.

42 Julicher 2018, p. 42.

43 Zie nader de bijdrage van Rob Widdershoven aan deze bundel.

44 Julicher 2018, p. 48-57. Widdershoven is op dit punt iets positiever; zie zijn bijdrage verderop in deze bundel.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

de kan worden gekomen tot een afgewogen oordeel. Bovendien is het formele wetgevingsproces met nadere waarborgen omkleed, zoals advisering door de Raad van State. Het belang van een formeelwettelijke basis werd ook erkend tijdens de coronapandemie. Het feit dat vergaande maatregelen in eerste instantie werden gebaseerd op noodverordeningen afkomstig van de veiligheidsregio's werd vanuit staatsrechtelijk oogpunt flink bekritiseerd.⁴⁵

Toch is er, zowel in theoretisch als in praktisch opzicht, ook wel iets af te dingen op de 'troef' die de sterke legaliteitseis wordt gezegd te vormen. Als het gaat om bescherming van grondrechten, denken we terecht vaak aan bescherming van minderheden ten opzichte van de Staat.⁴⁶ Waar een grondwet bevoegdheden toekent en publieke machtsuitoefening mogelijk maakt, vindt deze machtsuitoefening haar begrenzing in de in hetzelfde document opgenomen (vrijheids)rechten. Nu is het beeld van (klassieke) grondrechten als overheidsvrije ruimte een versimpelde voorstelling van de werkelijkheid: grondrechten zijn immers doorgaans niet absoluut en werken niet als 'troef' of 'schild' dat overheidsinmenging per definitie tegenhoudt.⁴⁷ Maar het omgekeerde kan ook niet waar zijn: dat de politieke meerderheid bepaalt wat het toepassingsbereik van grondrechten is. Een focus op competentie en legaliteit als het gaat om de beoordeling van beperkingen van grondrechten houdt niet in dat enkel de wetgever de (*prima facie*) reikwijdte van die rechten kan bepalen. Dat zou, zo wordt algemeen in de literatuur aangenomen, de bescherming van die rechten 'illusoir' maken.⁴⁸ Tegelijkertijd zorgt het er wel voor dat de politieke meerderheid kan besluiten tot (vergaande) beperking van grondrechten, ook als dit ten koste gaat van rechten van minderheden of van die rechten weinig overlaat. Zelfs als de wetgever het beste voorheeft met burgers (inclusief minderheden), kan wetgeving bovendien onbedoelde gevolgen hebben.⁴⁹

Het bijkomende praktische probleem is dat er vanwege de formele beperkingssystematiek 'bar weinig te toetsen' valt voor de Nederlandse rechter wanneer het toetsingsverbod wordt afgeschaft.⁵⁰ Stel dat een vergaande vrijheidsbeperking wordt vastgelegd in formele

45 Zie hierover ook Groen & Verhey 2020, p. 426, 432.

46 Dit neemt uiteraard niet weg dat grondrechten ook een (indirecte) horizontale werking kennen.

47 Ze verdienen geen voorrang onafhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zie bijv. Alexy 2002.

48 In de woorden van Faigman 1992, p. 1528: 'The meaning of the Constitution derives from factors outside the will of the majority. If the Constitution operates as a bulwark against majority tyranny, the majority's reasons for acting cannot define what actions constitute tyranny'.

49 De recente kinderopvangtoeslagenaffaire heeft dat des te duidelijker gemaakt.

50 Vetzo 2022, p. 916. Ook de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft opgemerkt dat wanneer toetsing door de rechter enkel ziet op de vraag of er sprake is van een formele wet, het opheffen van het toetsingsverbod dan in zoverre een lege huls lijkt (Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 april 2022 aan de minister voor rechtsbescherming met een zienswijze over de invoering van

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

wetgeving en dus goedgekeurd is door (een meerderheid in) de Tweede en Eerste Kamer. Een rechter die op basis van de Grondwet beoordeelt of deze beperking is toegestaan, kan dan niet (veel) meer doen dan vaststellen dat de beperking inderdaad een formeelwettelijke grondslag heeft, en daarmee aan de eisen voldoet. Inhoudelijke beperkingseisen volgen niet uit de Grondwet. Een enkel grondwetsartikel bevat, zoals hierboven ook besproken, weliswaar doelcriteria die in samenhang moeten worden gelezen met het competentievoorschrift en zo de *carte blanche* van de wetgever wel degelijk enigszins beperken, maar de vraag of een beperking te ver gaat, oftewel noodzakelijk (subsidiair) en proportioneel is, hoeft naar de letter van de Grondwet niet te worden gesteld.

4 INHOUDELIJKE TOETSING: INSPIRATIE EN MOGELIJKHEDEN

In de huidige politieke en publieke discussie wordt de vraag of inhoudelijke beperkingseisen nodig zijn om constitutionele toetsing daadwerkelijk meerwaarde te laten hebben niet steeds gesteld, al moet worden gezegd dat dit in de rondetafeldiscussie die afgelopen februari plaatsvond in de Tweede Kamer wel goed over het voetlicht kwam.⁵¹ Wij staan hier in deze bijdrage ook bij stil, en hebben om te beginnen duidelijk gemaakt dat toetsing op basis van de in de Grondwet verankerde criteria tekort kan schieten. Zeker nu het EVRM wel een duidelijke ‘proportionaliteitseis’ kent, valt te zeggen dat – afgezien van enkele situaties die buiten het bereik van het EVRM vallen – toetsing aan de Grondwet niet snel voor meer bescherming zal zorgen.⁵² Zeker niet als die bescherming meer dient te omvatten dan een fatsoenlijk parlementair wetgevingsproces. De conclusie dat ook een meer materiële toetsing van belang is voor het creëren van meerwaarde, betekent echter nog niet per definitie dat het noodzakelijk is om de Grondwet op dit punt aan te passen. Om dit te illustreren staan wij in deze paragraaf achtereenvolgens stil bij de toetsing van het Belgische Grondwettelijk Hof aan de Belgische Grondwet en de mogelijkheid om inhoudelijke beperkingseisen in te lezen in de Nederlandse grondrechtencatalogus.

constitutionele toetsing, voetnoot 2). Zie ook Heringa 2019, p. 131; Schutgens 2007, p. 27; Schutgens 2022, p. 81; Zoethout 2022, p. 2072-2073.

51 Rondetafelgesprek van de vaste commissie voor binnenlandse zaken over constitutionele toetsing, 14 februari 2023, terug te kijken via www.debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/constitutionele-toetsing, laatst geraadpleegd op 8 maart 2023.

52 Vgl. Gerards 2016, en zie bijv. ook diens bijdrage aan het rondetafelgesprek over constitutionele toetsing op 14 februari jl. (*Position paper rondetafelgesprek van de vaste commissie voor binnenlandse zaken over constitutionele toetsing*, via www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2023A00306, laatst geraadpleegd op 7 maart 2023).

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

België kende tot eind jaren tachtig van de vorige eeuw een verbod van toetsing aan grondwettelijke grondrechtenbepalingen.⁵³ Naast dit verbod hadden rechters wel de bevoegdheid tot toetsing aan internationale verdragen, waardoor, net als in Nederland, het EVRM en de rechtspraak van het EHRM een sterke positie hebben gekregen.⁵⁴ Een andere overeenkomst met Nederland is dat de Belgische grondrechtencatalogus bekendstaat om zijn formele beperkingssystematiek. Dit maakt het interessant om naar België te kijken voor de gevolgen van het opheffen van het toetsingsverbod voor de positie van grondwettelijke grondrechten en dan vooral wat in België wordt gezien als meerwaarde van grondwettelijke toetsing.

Het Belgische Grondwettelijk Hof, dat exclusief bevoegd is tot toetsing van formele wetten aan de Grondwet, beschouwt de waarborgen vervat in internationale verdragen en die in de Grondwet als een onlosmakelijk geheel.⁵⁵ Dit betekent dat het Grondwettelijk Hof bij toetsing aan grondwettelijke grondrechten deze grondrechten zoveel mogelijk uitlegt conform parallelle internationale verdragsbepalingen en daarbij streeft naar een zo hoog mogelijke bescherming.⁵⁶ Op basis van deze ‘verzoenende lezing’⁵⁷ toetst het Grondwettelijk Hof bijvoorbeeld bij het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel zowel aan de materiële dimensie van het legaliteitsbeginsel, zoals uitgewerkt in de rechtspraak van het EHRM, als aan de formele dimensie van het legaliteitsbeginsel, zoals opgenomen in de Belgische Grondwet.⁵⁸ Deze verzoenende lezing van grondwettelijke en internationale grondrechten wordt door Belgische wetenschappers als belangrijk gezien, omdat de afschaffing van het toetsingsverbod niet gepaard is gegaan met een structurele aanpassing van de grondrechtencatalogus en de formele beperkingssystematiek.⁵⁹

Dat het Belgische Grondwettelijke Hof daarnaast kan streven naar een zo hoog mogelijke bescherming wordt gefaciliteerd door bepalingen in het EVRM en het Handvest waarin is

53 In 1989 kreeg het Arbitragehof (later omgedoopt tot het Grondwettelijk Hof) de bevoegdheid om formele wetgeving te toetsen aan drie grondrechtelijke bepalingen (het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en rechten en vrijheden inzake onderwijs). In 2003 is deze bevoegdheid uitgebreid tot toetsing aan alle bepalingen van titel II van de Grondwet. Voor een uitgebreide beschrijving van het Belgische systeem zie onder meer: Claes e.a. 2021; Lambrecht 2012; Lambrecht 2022.

54 Lambrecht 2012, p. 236; Lambrecht 2022, p. 407.

55 Belgisch Grondwettelijk Hof, 10 april 2008, nr. 61/2008, B.3.3. Voor meer voorbeelden zie Lambrecht 2012, vn. 52.

56 Claes e.a. 2021, p. 14; Lambrecht 2022, p. 408. Popelier plaatst hierbij wel de kanttekening dat deze hoogste bescherming niet altijd gerealiseerd wordt, zie Popelier 2011, p. 156.

57 Lambrecht 2012, p. 237.

58 Lambrecht 2012, p. 271. Zie bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof 19 december 2007, nr. 154/2007, B.23.4-5. Voor meer verwijzingen naar rechtspraak zie: Lambrecht 2012, p. 244-246.

59 Lambrecht 2012, p. 237.

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

vastgelegd dat het staten vrij staat om meer bescherming te bieden.⁶⁰ Dit maakt de weg vrij voor nationale grondrechten om van meerwaarde te zijn. In België wordt inderdaad vooral dit aspect van toetsing aan de Grondwet beschouwd als belangrijk. Lambrecht zegt hier bijvoorbeeld over dat ‘het Grondwettelijk Hof een nationale grondrechtendynamiek verder [kan] uitbouwen door de EVRM-grondrechten in samenhang met de grondwettelijke grondrechten ook evolutief te interpreteren en op bepaalde punten verder te gaan dan het EHRM’.⁶¹

Dit is interessant in het licht van de op dit moment vaste rechtspraak in Nederland. Op basis van artikel 94 en artikel 120 Grondwet acht de Nederlandse rechter zich niet bevoegd om verdergaande bescherming te bieden dan op grond van de rechtspraak van bijvoorbeeld het EHRM mag worden aangenomen.⁶² Het bieden van meer bescherming dan uit de rechtspraak van het EHRM en het HvJEU voortvloeit wordt dus gezien als een bevoegdheid die enkel is voorbehouden aan de wetgever. We noemen deze benadering ook wel het ‘spiegelbeginsel’, nu het inhoudt dat de rechter de uitleg van EVRM-rechten door het EHRM spiegelt en er niet zijn eigen (verdergaande) bescherming aan verbindt.⁶³ Maar nu het toetsingsverbod aan deze benadering ten grondslag ligt, is de verwachting uitgesproken dat afschaffing van het toetsingsverbod ervoor kan zorgen dat de Nederlandse rechter zich vrijer voelt om bij toetsing aan Europese grondrechten verder te gaan dan de minimumuitleg door de Europese rechter.⁶⁴ Door een dergelijke ontwikkeling zou de burger aan rechtsbescherming winnen. Deze verwachting wordt gesteund door de beschreven situatie in België. Daar wordt de ruimte die het afschaffen van het toetsingsverbod heeft gegeven om meer bescherming te bieden dan bijvoorbeeld de minimumbescherming van het EVRM als een belangrijke meerwaarde gezien van toetsing aan grondwettelijke grondrechten.

In het verlengde van het voorgaande kan worden genoemd dat in Nederland is gepleit voor het inlezen van inhoudelijke beperkingseisen in de nationale grondrechtencatalogus. Zo was de regering in 2000 al eens van mening dat uit het karakter van grondrechten voortvloeit dat een beperking noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving

60 Art. 53 EVRM en art. 53 Handvest.

61 Lambrecht 2012, p. 241.

62 Dit bleek voor het eerst al in 1989 (HR 10-11-1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1692), zij het wat impliciet en zonder toelichting. Voor de motivering zoals beschreven zie: HR 10-08-2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, r.o. 3.9; HR 16-12-2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, r.o. 3.3.3. Zie voor een recente toepassing ook Rechtbank Den Haag 14-12-2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13394, r.o. 5.30.

63 Zie uitgebreid hierover: Gerards 2010, p. 235-240; Gerards 2020.

64 Zie bijvoorbeeld: Barkhuysen 2021, p. 3173; Gerards 2010, p. 253 e.v.; Nieuwenhuis & Dragstra 2008, p. 52; Vetzo 2022, p. 915-916.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

en daarmee moet voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.⁶⁵ Oftewel, inhoudelijke beperkingseisen zouden moeten worden ingelezen in de tekst van de Grondwet, waardoor het expliciet opnemen van een inhoudelijke toets overbodig zou zijn.⁶⁶ Een vergelijkbaar standpunt is recenter door verschillende auteurs naar voren gebracht. Zo betogen Groen en Verhey op basis van bestudering van parlementaire stukken dat uit de formele beperkingssystematiek niet kan worden afgeleid dat er geen materiële vereisten gelden waaraan beperkingen van grondwettelijke grondrechten dienen te voldoen.⁶⁷ Waar Groen en Verhey zich richten op materiële toetsing in het wetgevingsproces, kijken Schutgens en Heringa naar de rechter. Schutgens is van mening dat de Nederlandse rechter grondwettelijke grondrechten zou moeten interpreteren in het licht van vergelijkbare verdragsbepalingen.⁶⁸ Dit zou inhouden dat de grondwettelijke bepaling eisen van het verdragsgrondrecht, waaronder bijvoorbeeld materiële beperkingsvoorwaarden, ‘absorbeert’.⁶⁹ Daarbij geldt wel dat niet alle grondrechten uit de Grondwet een expliciete parallel hebben in verdragen die dit doel kunnen dienen. Heringa voegt toe dat de wetgever het inlezen van het EVRM in de Grondwet zou kunnen faciliteren door zich hierover bij de invoering van constitutionele toetsing positief uit te spreken in de toelichting. Ook zou de wetgever volgens Heringa een bepaling kunnen toevoegen waarmee de rechter expliciet de bevoegdheid wordt gegeven om het EVRM als interpretatiemiddel te gebruiken.⁷⁰

Het inlezen van inhoudelijke beperkingseisen in de grondwettelijke grondrechten zou mogelijk ook steun kunnen vinden in de algemene bepaling die in 2022 aan de Grondwet is toegevoegd. Sinds 30 augustus 2022 opent hoofdstuk 1 van de Grondwet met een onge nummerd artikel: ‘De Grondwet waarborgt de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten’. Volgens de memorie van toelichting geeft deze algemene bepaling de contouren aan waarbinnen de Grondwet gelezen en begrepen dient te worden en fungeert het artikel dus als een interpretatiekader voor de overige grondwetsbepalingen.⁷¹ Dit betekent onder meer dat het aan de wetgever is om in geval van nieuwe wetgeving ervoor te zorgen dat de waarborgfunctie van de Grondwet, bijvoorbeeld de waarborging van grondrechten, wordt gerespecteerd.⁷² In de literatuur is opgemerkt dat dit zou kunnen door grondrechtenbepalende wetgeving structureel te toetsen op onder meer specificiteit, proportionaliteit,

65 *Kamerstukken II* 2000/01, 27460, nr. 1, p. 6.

66 Zie over dit toenmalige regeringsstandpunt ook Nieuwenhuis & Dragstra 2008, p. 27.

67 Groen & Verhey 2020, p. 448-449.

68 Schutgens 2007, p. 25; Schutgens 2022, p. 81.

69 Schutgens 2007, p. 25.

70 Heringa 2019, p. 132.

71 *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 9.

72 *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 9.

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

subsidiariteit en kernrechterbiediging.⁷³ Dit illustreert dat bij afschaffing van het toetsingsverbod de rechter de ruimte zou kunnen hebben om op basis van de algemene bepaling een materiële toets in grondwettelijke grondrechten in te lezen.

5 MEERWAARDE VAN EEN EXPLICIETE INHOUDELIJKE BEPERKINGSEIS

Of het niet toch noodzakelijk is om een inhoudelijke beperkingseis zoals een proportionaliteitseis expliciet in de Grondwet op te nemen, is op voorhand lastig te zeggen. We weten immers niet hoe de rechter om zal gaan met de mogelijkheid van constitutionele toetsing van wetten in formele zin aan grondwettelijke grondrechten. Beargumenteed kan worden dat we dat best even kunnen afwachten, en waar nodig altijd nog aan de beperkingssystematiek kunnen sleutelen.⁷⁴ Ook bestaan er voorbeelden van toetsing van lagere regelgeving aan de Grondwet, waarbij de rechter niet nalaat ook iets te zeggen over de proportionaliteit daarvan.⁷⁵

Dit alles veronderstelt dat we het erover eens zijn dat een inhoudelijke toets nodig is en dat die de rechter niet onnodig veel macht in de schoot werpt. Zo wordt in de internationale discussie nog steeds gediscussieerd over de vraag of proportionaliteitstoetsing niet toch te ‘subjectief’ is.⁷⁶ Zeker in combinatie met ruim uitgelegde grondrechten ontstaat wel eens het beeld dat de rechter daarmee over ‘alles’ kan oordelen. Wij staan hier nu niet nader bij stil, maar stellen wel vast dat de discussie die de toevoeging van een inhoudelijke beperkingseis kan oproepen, eveneens reden kan vormen een voorstel met die strekking bij voorbaat niet in te dienen. Een focus op het ‘eenvoudige’ (gedeeltelijke) afschaffen van het grondwettelijke toetsingsverbod kan ook gezien de zware grondwetswijzigingsprocedure de voorkeur genieten. Ook in de onlangs gehouden rondetafel discussie werd regelmatig opgeroepen het vooral ‘simpel te houden’.⁷⁷

Het gaat hier met name om een praktisch bezwaar, dat de meer principiële redenen voor opname van een expliciete beperkingsclausule niet mag overschaduwen. In de eerste plaats zorgt zo’n clausule voor duidelijkheid. Zowel constitutionele actoren als de burger

⁷³ Kortmann 2021, p. 448.

⁷⁴ Zie bijv. ook de bijdrage van Van Ettehoven aan het rondetafelgesprek over constitutionele toetsing op 14 februari jl., terug te kijken via www.debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/constitutionele-toetsing, laatst geraadpleegd op 8 maart 2023.

⁷⁵ Rb. Amsterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4057, r.o. 4.18-4.22; zie ook De Vries 2020.

⁷⁶ Zie, voor voorbeelden en een reactie daarop, Möller 2012.

⁷⁷ Rondetafelgesprek van de vaste commissie voor binnenlandse zaken over constitutionele toetsing, 14 februari 2023, terug te kijken via www.debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/constitutionele-toetsing, laatst geraadpleegd op 8 maart 2023.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

weten daarmee wat er van ze verlangd wordt respectievelijk wat zij van hun grondrechtenbescherming mogen verwachten. Bovendien wordt zo duidelijkheid verschaft over het karakter van de grondwettelijke grondrechten: het gaat niet om geïsoleerde vrijheden die door de wetgever (voor bepaalde doeleinden) mogen worden beperkt. De rechten waar het om gaat kunnen niet los worden gezien van de bescherming van het algemene belang en de bescherming van de (klassieke en sociale) rechten van anderen. Het benadrukken van een eis van proportionaliteit erkent deze relaties, omdat deze eis onder andere een belangenafweging inhoudt. Juist in die afweging wordt expliciet ruimte gemaakt voor de rechten en belangen van anderen, en voor het nader vormgeven van de relaties die onze gezamenlijke vrijheid kenmerken.⁷⁸

Een andere reden voor opnemning van materiële beperkingseisen is dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat de rechter zijn ‘ongeschreven’ mogelijkheden ten volle benut. Zo kwam al aan de orde dat de Nederlandse rechter zich bij toetsing aan het EVRM over het algemeen vrij terughoudend opstelt door de uitleg van het EVRM door het EHRM in beginsel enkel te spiegelen.⁷⁹ Daarnaast heeft de recente ervaring van de toelagenaffaire laten zien dat van een ‘proportionaliteitscultuur’ niet automatisch sprake is als het gaat om handelen van de overheid dat ingrijpt in de fundamentele rechten en belangen van burgers. Een rechter die over zijn schaduw heen springt waar het de bescherming van grondrechten betreft wordt daarentegen niet zelden bekritiseerd.⁸⁰ De schijn van ‘rechterlijk activisme’ – door het ‘inlezen’ van eisen die voor de uitkomst van een zaak doorslaggevend kunnen zijn – kan (het vertrouwen in) de rechtsstaat duur komen te staan. Als de grondwetgever de rechter expliciet machtigt om te toetsen aan proportionaliteit, wordt dit legitimiteitsbezwaar (deels) ondervangen.

Hoe een inhoudelijke beperkingseis precies moet luiden, is voor discussie vatbaar. In navolging van het EVRM, en bovendien het grondrechtendiscours wereldwijd, ligt een (vorm van een) proportionaliteitseis het meest voor de hand. Een dergelijke eis toont doorgaans grote overlap met de – ook in Nederland terrein winnende – evenredigheidseis.⁸¹ Deze kan uiteenvallen in eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit in enge zin. Dat laatste onderdeel wordt gekenmerkt door een afweging tussen het individuele (grondrechtelijke) en het algemene belang (waarbij ook rechten van ande-

78 Nedelsky 2011; Leijten 2023.

79 Gerards 2010, p. 235-240; Gerards 2020.

80 Zo was er een hoorzitting/rondetafelgesprek in de Tweede Kamer op 9 maart 2020, getiteld ‘Dikastocratie?’, niet toevallig kort na het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad van 20 december 2019, ECLI: NL:HR:2019:2006. Zie www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2020A00508, laatst geraadpleegd op 8 maart 2023.

81 Vgl. ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (conclusie Wattel en Widdershoven) en ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:516 (*Harderwijk*).

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

ren aan de orde kunnen zijn), en wordt in theoretische literatuur soms als het belangrijkste aspect van de proportionaliteitstoets aangemerkt.⁸² In plaats van het opnemen van een proportionaliteitseis in de verschillende grondrechten (wat verschillende wijzigingen verlangt), is een generieke clause hiervoor goed denkbaar.

Hiervoor bestaat bovendien al een concreet voorstel. In 2010 presenteerde de Staatscommissie Grondwet (commissie-Thomassen) haar rapport.⁸³ Eén van de aanbevelingen daarin was het opnemen van een algemene beperkingsclausule. De voorgestelde formulering was als volgt: ‘1. Beperkingen van grondrechten gaan niet verder dan het doel van de beperking vereist. 2. De kern van grondrechten wordt niet aangetast.’⁸⁴ Het eerste lid bevat een vereiste van proportionaliteit, terwijl de tweede eis als ‘kernrechtbepaling’ kan worden aangemerkt. Dergelijke eisen beschermen de kern of het wezen van een grondrecht. Dat wil zeggen, hoe zwaarwegend de redenen voor een beperking ook mogen zijn, een grondrecht kan nooit zodanig beperkt worden, dat geen wezenlijk bestanddeel daarvan meer behouden blijft.⁸⁵ Een dergelijke generieke bepaling is bijvoorbeeld ook te vinden in artikel 52 lid 1 van het – nog relatief nieuwe – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarin overigens ook met zoveel woorden het evenredigheidsbeginsel is opgenomen.

Het voorstel van de Staatscommissie Grondwet heeft tot nog toe geen navolging gekregen. Het is bovendien spijtig dat de latere Staatscommissie Parlementair stelsel, hoewel zij uitgebreid stilstaat bij het invoeren van constitutionele toetsing en de instelling van een constitutioneel hof, een dergelijke aanpassing in het geheel niet opwerpt. Wij denken dat het voeren van een nadere discussie over een algemene beperkingsclausule in ieder geval het voeren waard is. Dat geldt zeker als daadwerkelijke juridische meerwaarde van constitutionele toetsing als belangrijk wordt gezien.

6 BELANG VOOR DE DISCUSSIE OVER TOETSING AAN SOCIALE GRONDRECHTEN

Er is nog een andere reden voor het voeren van een discussie over een expliciete inhoudelijke beperkingseis. In de Hoofdlijnenbrief wordt de voorkeur uitgesproken voor toetsing aan klassieke grondrechten, waarmee de mogelijkheid tot toetsing aan sociale grondrech-

82 Alexy 2002.

83 Rapport Staatscommissie Grondwet, gepubliceerd als bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17.

84 *Ibid.*, p. 55.

85 Zie bijv. ook de *Wesensgehaltsgarantie* in art. 19, lid 2, van het Duitse *Grundgesetz*; Leijten 2018.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

ten wordt uitgesloten.⁸⁶ De gedachte hierachter is dat sociale grondrechten overheidsingrijpen vergen om doelstellingen te realiseren. Volgens de ministers laten dergelijke inspanningsverplichtingen zich moeilijker door de rechter beoordelen, omdat het gaat om een afweging van verschillende belangen, zoals financiële, economische en maatschappelijke, waarbij keuzes moeten worden gemaakt die bij uitstek zijn voorbehouden aan de politiek.⁸⁷ Ook de Raad voor de Rechtspraak heeft aangegeven dat bij toetsing aan sociale grondrechten de rechter meer op de scheidslijn van politiek en recht moet opereren, waardoor het risico van een zekere politisering van het werk van de rechter bij toetsing aan sociale grondrechten groter zou zijn dan bij klassieke grondrechten.⁸⁸ Interessant in het licht van het beoogde doel van constitutionele toetsing is dat de Raad voor de Rechtspraak echter ook van mening is dat met het oog op versterking van de rechtsbescherming van zwakkeren in de samenleving het voorstelbaar is dat toetsing aan sociale grondrechten wordt overwogen.⁸⁹ Verder heeft Krommendijk betoogd dat uitsluiting van sociale grondrechten zich slecht verdraagt met internationale en Europese ontwikkelingen die illustreerend dat toetsing aan sociale grondrechten wel degelijk mogelijk en van toegevoegde waarde is.⁹⁰

Tot besluit van deze bijdrage willen wij betogen dat dit inderdaad zo is, en dat een nadere discussie over de inhoudelijke beperkingssystematiek er aan kan bijdragen dat toetsing aan sociale grondrechten niet automatisch onhaalbaar of onwenselijk wordt geacht. Met andere woorden: als we het – al dan niet door nader stil te staan bij de meerwaarde van toetsing aan de Grondwet – uitvoerig gaan hebben over de eisen die onze Grondwet stelt aan beperkingen van grondrechten, en daarmee de maatstaven die de rechter tot zijn beschikking heeft, dan werpt dit ook nieuw licht op de vraag of toetsing aan sociale rechten eveneens mogelijk moet zijn. Wij lichten dit kort toe.

In het bovenstaande werd duidelijk dat inhoudelijke of materiële beperkingseisen van belang zijn als we willen dat de rechter meer kan doen dan controleren of een grondrechtenbeperking een juiste wettelijke basis heeft en dus door een meerderheid van onze vertegenwoordigende organen wordt onderschreven. Het ‘recht om te stemmen’ – dat terugkomt in een formele beperkingseis – wordt over de band van dergelijke eisen aange-

86 Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing 1 juli 2022, *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 1169, p. 11.

87 *Ibid.*, p. 8. Zie ook Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 202.

88 Raad voor de Rechtspraak, *Zienswijze van de Rechtspraak op rechterlijke constitutionele toetsing*, 27 mei 2022, te raadplegen via www.nederlandsegrondrechten.nl/images/pdf/Raad_voor_de_Rechtspraak_-_Constitutionele_toetsing.pdf, p. 3.

89 *Idem*.

90 Krommendijk 2022, p. 2070. Een vergelijkbaar punt is gemaakt door het College voor de Rechten van Mens (College voor de Rechten van de Mens, *Position paper rondetafelgesprek van de vaste commissie voor binnenlandse zaken over constitutionele toetsing*, 14 februari 2023, p. 3).

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

vuld met een eis van een materiële rechtvaardiging.⁹¹ Die geeft de rechter handvatten, maar betekent allermint dat hij steeds zal bepalen wat ‘de beste’ inhoudelijke afweging was geweest. Idealiter wordt juist de wetgever door een dergelijke (mogelijke) toets uitdrukkelijker aangespoord gestalte te geven aan de verschillende grondrechten op een manier die recht doet aan vereisten van onder andere noodzakelijkheid en evenredigheid.⁹² Daarmee geven deze eisen de bescherming die (vrijheids)rechten bieden nader vorm.

Dit geldt ook voor sociale grondrechten: de norm als zodanig zegt weinig over de bescherming die zij kan bieden. Die betekenis ontstaat juist in samenspel met de inkleuring die de wetgever daaraan geeft middels wetgeving, en met de maatstaven waar die wetgeving vervolgens aan kan worden getoetst. Een verschil is dat het bij sociale grondrechten hoofdzakelijk⁹³ gaat om actieve bescherming door de overheid en dus om zogenoemde ‘positieve verplichtingen’. Het eventuele nalaten van de overheid om die verplichtingen na te komen is niet altijd eenvoudig te toetsen aan eisen van legaliteit; de vraag is immers ook of (meer) maatregelen hadden moeten worden genomen. Wel kan het doen en laten van de overheid op terreinen als huisvesting, gezondheidszorg, en bestaanszekerheid worden onderworpen aan materiële eisen.⁹⁴

Natuurlijk moet hierbij rekening worden gehouden met de beoordelingsruimte van de wetgever, die te maken heeft met een beperkt budget en die politiek gevoelige keuzes moet maken.⁹⁵ Internationale ervaringen laten zien dat in plaats van een eis van proportionaliteit met meerdere subonderdelen (geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit), dan bijvoorbeeld ook eerder een eis van ‘reasonableness’ (‘redelijkheid’) passend wordt geacht.⁹⁶ ‘Redelijkheid’ veronderstelt consistentie en een duidelijke motivering, en het feit dat geen sprake mag zijn van discriminatie.⁹⁷ Maar deze eis maakt ook bij voorbaat duide-

91 Kumm 2010.

92 Vgl. bijv. Afdeling advisering Raad van State, Advies verbod op ongerichte reclame voor online kansspelen, W16.22.00132/II, 2 januari 2023, p. 5, waar de wetgever op de vingers wordt getikt voor het gebrekkig toelichten van de proportionaliteit van een maatregel.

93 Wat niet wegneemt dat positieve verplichtingen ook en vaak worden erkend als sprake is van klassieke vrijheidsrechten. De rechtspraak van het EHRM biedt hiervan talloze voorbeelden, maar zie voor het eerst EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUDO006833/74 (*Marckx/België*). Omgekeerd brengen ook sociale rechten negatieve verplichtingen met zich.

94 Overigens zijn daarvoor in de tekst van de Grondwet ook aanknopingspunten te vinden.

95 Vgl. art. 2(1) IVESCR: ‘Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.’

96 O’Connell 2012, p. 57, verwijzend naar de toetsing door het Zuid-Afrikaanse constitutionele hof aan de sociale grondrechten in de Zuid-Afrikaanse constitutie, zie bijv. *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others* 2001 (1) SA 46 (CC) (*Grootboom*).

97 Zie nader Young 2017.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

lijk dat meerdere ‘redelijke’ alternatieven aanwezig zijn en de rechter dus niet zomaar in het vaarwater van de wetgever kan komen. Om een voorbeeld te geven: een recht op toegang tot huisvesting (of, volgens artikel 22 lid 2 Grondwet: ‘Bevordering van voldoende woonegelegenheid is voorwerp van zorg der overheid’) houdt per definitie geen individueel, claimbaar recht op een passende woning voor een ieder in.⁹⁸ Maar je kunt wel verlangen dat het beleid dat een overheid in dit kader voert redelijk is en in elk geval de belangen van groepen die moeilijk aan een betaalbare woning kunnen komen in ogenschouw neemt. Bovendien wordt wel aangenomen dat een teruggang in het niveau van sociale grondrechten steeds noodzakelijk en proportioneel moet zijn.⁹⁹ Ook zijn op basis van – ook door Nederland geratificeerde – internationale verdragen minimum-kernverplichtingen geïdentificeerd, die verhelderen wat een Staat ‘in elk geval’ moet doen om aan zijn verplichtingen te voldoen.¹⁰⁰ Al met al bieden internationale ervaringen met vereisten van *reasonableness* en *core obligations* – en de discussie daarover – inspiratie voor een toetsing aan sociale grondrechten die zowel effectief is als de beperkingen van de positie van de rechter in ogenschouw neemt.

Hier ontbreekt de ruimte om uitgebreid stil te staan bij de verschillende sociale grondrechten zoals die zijn opgenomen in de Nederlandse Grondwet,¹⁰¹ en bij de manier waarop die met behulp van inhoudelijke eisen ‘werkbaar’ en ‘toetsbaar’ kunnen worden gemaakt.¹⁰² Ons punt is hier vooral dat wanneer de grondwetgever die eisen niet uitvoerig bespreekt het risico bestaat dat sociale grondrechten haast per definitie ongeschikt lijken voor toetsing.¹⁰³ Dat is echt te kort door de bocht. Juist als we zoeken naar meerwaarde van constitutionele toetsing, bieden de sociale grondrechten bovendien veel kansen. Nu wij leven in een sociale rechtsstaat waarin de overheid zich actief inlaat met vele aspecten van ons leven, vormen sociale grondrechten een belangrijk aanknopingspunt voor overheidshandelen. Ze vormen een rechtvaardiging voor- en aansporing tot wetgeving en beleid op terreinen als huisvesting, zorg, sociale zekerheid, milieu en klimaat, en daarmee ook een belangrijke toelichting op beperkingen van vrijheden die soms noodzakelijk worden geacht. Wederom vormt de coronapandemie een belangrijk voorbeeld. De vraag die

98 Vgl. Vols 2022, p. 152.

99 Vgl. de brief van de Chairperson van de Committee on Economic, Social and Cultural Rights van 16 mei 2012, ten tijde van de economische en financiële crisis, CESCR/48th/SP/MAB/SW.

100 Zie de verschillende *General Comments* van het CESCR. Zie hierover nader Leijten 2018, par. 5.1, 6.2.

101 Zie nader, bijv. de verschillende grondrechtencommentaren, hoewel die (bijv. Ellian & Rijkema 2022) niet altijd uitgebreid ingaan op de sociale grondrechten. Zie wel Hirsch Ballin e.a. 2021 en www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet, laatst geraadpleegd op 8 maart 2023.

102 Internationale ervaringen, zoals die van het CESCR en de Constitutie van Zuid-Afrika en het constitutionele hof aldaar, vormen in elk geval een goed startpunt hiervoor. Vgl. Leijten 2018; Loenen 2019.

103 Zie over de ontorechte dichotomie tussen klassieke en sociale grondrechten bovendien Krommendijk 2022; Vetzo 2022, p. 917.

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

centraal stond was niet alleen: werden individuele vrijheden voldoende beschermd, doordat (vergaande) beperkingen steeds een formeelwettelijke basis hadden en noodzakelijk en proportioneel waren? Ook van belang was het perspectief van de sociale rechten, gezondheid en gezondheidszorg voorop, dat uiteraard onlosmakelijk verbonden was met de genomen vrijheidsbeperkende maatregelen.¹⁰⁴

Daarbij zij ook nog maar eens herhaald dat ook klassieke grondrechten sociale bescherming verlangen.¹⁰⁵ Wordt constitutionele toetsing aan klassieke vrijheidsrechten mogelijk, dan zal dit ook in de Nederlandse jurisprudentie terug te zien zijn. Temeer als de rechter werkt met materiële eisen die werkbaar zijn bij het beoordelen van positieve verplichtingen. Ook dit geeft aan dat constitutionele toetsing aan sociale grondrechten niet per definitie een brug te ver is, maar juist het logische verlengde vormt van de plannen voor (materiële) toetsing zoals die hierboven zijn besproken.

7 AFSLUITING

Alhoewel het toetsingsverbod één van de kenmerkende bepalingen in de Nederlandse Grondwet is, en bovendien illustratief is voor het feit dat onze Grondwet een statisch en bijzonder lastig te veranderen document is, heeft deze bijdrage laten zien dat het steeds meer de vraag is hoe lang dit nog geldt. Centraal in deze ontwikkeling staat de Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing van de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en voor Rechtsbescherming, waarmee de discussie over het toetsingsverbod weer een nieuw leven is ingeblazen. De belangrijkste boodschap van deze brief is immers dat gestreefd moet worden naar het afschaffen van het toetsingsverbod om zo burgers meer rechtsbescherming te bieden. In deze bijdrage hebben wij deze boodschap tegen het licht gehouden door dieper in te gaan op de juridische meerwaarde van constitutionele toetsing in Nederland. Belangrijk hierbij is dat de mogelijk op handen zijnde verandering van de Grondwet brede implicaties kan hebben. Het mogelijk maken van constitutionele toetsing heeft namelijk ook gevolgen voor de verhouding tussen de wetgever en de rechter en kan ervoor zorgen dat ook de interpretatie van grondwettelijke grondrechten een ontwikkeling gaat doormaken.

De analyse laat zien dat de juridische meerwaarde van toetsing aan grondwettelijke grondrechten beperkt is door de al bestaande mogelijkheid van toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht, in het bijzonder die uit het EVRM. De ver-

104 Zie bijv. Leijten 2020.

105 Krommendijk 2022; Vetzo 2022, p. 916-917.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

schillen tussen de Grondwet en het EVRM die in de Hoofdlijnenbrief worden aangehaald zijn beperkt in aantal en daarnaast blijkt dat de toegevoegde waarde van de Grondwet ten opzichte van het EVRM in de praktijk minimaal is. De formele beperkingssystematiek geldt, zoals in de discussie vaak genoeg is benadrukt, als belangrijkste troef van onze Grondwet. Ook de meerwaarde van deze troef verdient echter nuancering gelet op het belang van het toetsen van grondrechtenbeperkingen aan inhoudelijke eisen als proportionaliteit en subsidiariteit.

Hoewel beargumenteerd kan worden dat het niet noodzakelijk is een materiële beperkingseis *expliciet* in de Grondwet op te nemen, heeft dat toch belangrijke voordelen. Bovendien hebben wij laten zien dat het van belang is om het hier in elk geval over te hebben in aanloop naar constitutionele toetsing, niet in de laatste plaats omdat een doorwrochte discussie over door de rechter te gebruiken toetsingsmaatstaven ook nader licht kan werpen op de mogelijkheden voor toetsing aan sociale grondrechten, die momenteel ten onrechte grotendeels worden ontkend.

LITERATUURLIJST

Alexy 2002

R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press 2002 (vertaald door J. Rivers).

Barkhuysen 2021

T. Barkhuysen, 'Toetsing aan de Grondwet: uitweg of uitvlucht?', *NJB* 2021/210, afl. 38, p. 3173.

Claes e.a. 2021

M. Claes, A.W. Heringa, M. van der Sluis en M. Stremmer, *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing*, Maastricht: Maastricht University 2021.

Ellian & Rijkema 2022

A. Ellian & B. Rijkema, 'Inleiding – Constitutionele cultuur in Nederland', in: A. Ellian & B. Rijkema (red.), *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Den Haag: Boom filosofie, p. 17-24.

Faigman 1992

D.L. Faigman, 'Reconciling Individual Rights and Government Interests: Madisonian Principles versus Supreme Court Practice', *Virginia Law Review* 1992, p. 1512-1580.

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

Gerards 2010

J.H. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *TvCR* 2010, afl. 3, p. 224-255.

Gerards 2012

J.H. Gerards, 'Oordelen over grondrechten – rechtsvinding door de drie hoogste rechters in Nederland', in: H. den Tonkelaar & L. de Groot, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-51.

Gerards 2016

J.H. Gerards, 'The Irrelevance of the Netherlands Constitution, and the Impossibility of Changing it', *Revue Interdisciplinaire d'études Jurisdiqes* 2016/2, vol. 77, p. 209-233.

Gerards 2020

J.H. Gerards, 'Spiegel of lachspiegel? Over het EVRM en het Urgenda-arrest', *blog.montaigne-centre.com*, 5 februari 2020.

Gerards 2023

J.H. Gerards, *Position paper t.b.v. rondetafelgesprek constitutionele toetsing d.d. 25 januari 2023*, online via: https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissie-vergaderingen/details?id=2023A00306.

Groen & Verhey 2020

L.C. Groen & L.F.M. Verhey, 'De betekenis van grondwettelijke grondrechten voor de wetgever: dode letter of zelfstandig ijkpunt?', *RegelMaat* 2020/35, afl. 6, p. 426-449.

Heringa 2019

A. Heringa, 'Het is er niet en toch wel. Over het toetsingsrecht', in: A. Heringa en J. Schinkelshoek (red.), *Groot onderhoud of kruimelwerk. Ongevraagd commentaar op de aanbevelingen van de Staatscommissie Parlementair Stelsel*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 125-134.

Hirsch Ballin e.a. 2021

E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G.J. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Bju 2021.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

Julicher 2018

M. Julicher, 'Het recht op een eerlijk proces in het EVRM, het Handvest en ... de Grondwet! Een verrijking voor de individuele rechtsbescherming in Nederland?', *TvCR* 2018, afl. 1, p. 36-57.

Julicher 2019

M. Julicher, 'Red het censuurverbod: schaf het af!', *TvCR* 2019, afl. 3, p. 184-210.

Julicher 2020

M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst? Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, diss. Universiteit Utrecht 2020.

Kortmann 2021

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2021.

Krommendijk 2022

J. Krommendijk, 'Meer rechtsbescherming, maar niet teveel. De jammerlijke uitsluiting van constitutionele toetsing aan sociale grondrechten', *NJB* 2022, afl. 26, p. 2070-2071.

Kumm 2010

M. Kumm, 'The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review', *Law and Ethics of Human Rights* 2010, afl. 2, p. 141-175.

Lambrecht 2012

S. Lambrecht, 'De meerwaarde van een grondwettelijke catalogus van grondrechten in een gelaagd systeem van grondrechtenbescherming', *Jura Falconis* 2012, afl. 2, p. 227-276.

Lambrecht 2022

S. Lambrecht, *Convention through States' eyes. Embedding of the European Convention on Human Rights in States Parties* (diss. Antwerpen), Universiteit Antwerpen 2022.

Leijten 2018

A.E.M. Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

Leijten 2020

A.E.M. Leijten, 'Casus mondkapjesplicht: is onze beperkingssystematiek nog wel grondrechtenproof?', *nederlandrechtsstaat.nl*, 13 augustus 2020.

Leijten 2023

A.E.M. Leijten, *Grondrechten, grondvertrouwen en de relationele constitutie*, inaugurele rede Tilburg University 14 april 2023.

Leijten & But e.a. 2022

Leijten & But e.a., 'Twitteren over grondrechten in tijden van de pandemie: startpunt voor discussie of stok om mee te slaan?', *NJB* 2022, afl. 17, p. 1372-1379.

Loenen 2019

M.L.P. Loenen, 'Vijf jaar klachtrecht onder het verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten. Een analyse van de jurisprudentie in het licht van het debat over rechterlijke toetsing aan sociale rechten', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* 2019, afl. 2, p. 103-128.

Möller 2012

K. Möller, *The Global Model of constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Nedelsky 2011

J. Nedelsky, *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Nieuwenhuis & Dragstra 2008

A. Nieuwenhuis & L. Dragstra, 'Van minimum, tekort en meerwaarde. Een vergelijking tussen de grondwettelijke bescherming van grondrechten en de bescherming op grond van het EVRM', *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2008, p. 11-74.

O'Connell 2012

P. O'Connell, *Vindicating Socio-Economic Rights: Comparative Judicial Engagement*, Londen: Routledge 2012.

Oomen 2009

B. Oomen, 'Constitutioneel bewustzijn in Nederland: van burgerzin, burgerschap en de onzichtbare grondwet', *Recht der Werkelijkheid* 2009, afl. 2, p. 55-79.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

Oomen en Lelieveldt 2008

B. Oomen en H.T. Lelieveldt, 'Onbekend maar niet onbemind. Wat weet en vindt de Nederlander van de Grondwet?', *NJB* 2008, afl. 10, p. 577-578.

Popelier 2011

P. Popelier, 'Belgium, The supremacy dilemma: the Belgian Constitutional Court caught between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice', in: P. Popelier, C. Van de Heyning, P. Van Nuffel (red.), *Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and national courts*, Cambridge: Intersentia 2011, p. 149-171.

Raad voor de Rechtspraak 2022

Raad voor de Rechtspraak, *Zienswijze van de Rechtspraak op rechterlijke constitutionele toetsing*, 27 mei 2022.

Schutgens 2007

R.J.B. Schutgens, 'Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet', *RegelMaat* 2007, afl. 1, p. 12-27.

Schutgens 2022

R.J.B. Schutgens, 'Art. 120 Gw: schrappen volstaat. Enige bedenkingen bij het instellen van een constitutioneel hof in Nederland', *RMThemis* 2022, afl. 3, p. 81-84.

Sillen 2020

J.J.J. Sillen, 'De relatieve betekenis van de Grondwet voor de wetgever. Een beschouwing over de Nederlandse juridische grondwetscultuur in de twintigste eeuw', *RegelMaat* 2020, afl. 35, p. 400-411.

Staatscommissie parlementair stelsel 2018

Eindrapport Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie in balans*, Amsterdam: Boom 2018.

Vetzo 2022

M. Vetzo, 'Constitutionele toetsing anno 2022: tussen dikastocratie en toeslagenschandaal', *Ars Aequi* november 2022, p. 912-919.

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

Vols 2022

M. Vols, 'Het recht op huisvesting en de Nederlandse Grondwet. Een analyse van artikel 22 lid 2 Grondwet: het recht op voldoende woongelegenheden', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* 2022, afl. 2, p. 147-167.

De Vries 2020

K.M. de Vries, 'Het recht op privéleven en aanverwante rechten', in J.H. Gerards (red.), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2020, p. 145-186.

Young 2017

K.G. Young, 'Proportionality, Reasonableness, and Socio-Economic Rights', in: V.C. Jackson en M. Tushnet (red.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 221-247.

Zoethout 2022

C. Zoethout, 'Goed plan om alle rechters aan de Grondwet te laten toetsen. Maar wel eerst de grondrechten herformuleren', *NJB* 2022, afl. 26, p. 2072-2073.

EEN CONSTITUTIONEEL HOF IN NEDERLAND?

R.J.B. Schutgens*

1 INLEIDING

Het kabinet-Rutte IV heeft zich voorgenomen om serieus werk te maken van ‘de uitwerking van constitutionele toetsing’.¹ Daarmee komt toch weer de reële kans in zicht dat op afzienbare termijn het doek valt voor artikel 120 Grondwet, dat al ruim honderdvijftig jaar iedere vorm van toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet verbiedt.² Dit concrete voornemen om constitutionele toetsing in te voeren roept de natuurlijke vervolgvraag op: bij welke gerecht kan die belangrijke taak het beste worden ondergebracht?³ Die kwestie mag zeker niet ontbreken in een bundel over recente grondwetsherzieningen en verdere plannen daartoe.

In de kern heeft de grondwetgever op dit punt twee opties. Ten eerste kan de grondwetgever artikel 120 Grondwet schrappen zonder verder iets aan de inrichting van de rechterlijke organisatie te veranderen. In dat geval zou automatisch *iedere* Nederlandse rechter bevoegd worden om de wet aan de Grondwet te toetsen. Een dergelijk toetsingsstelsel wordt ook wel een stelsel van ‘gespreide toetsing’ of ‘diffuse toetsing’ genoemd omdat de toetsingsbevoegdheid daarbij overal in de rechterlijke organisatie wordt uitgeoefend.⁴ Bij schrapping van het toetsingsverbod ontstaat als vanzelf dit diffuse stelsel. Een hoofdregel van Nederlands constitutioneel recht zegt namelijk, dat de bevoegdheid om lagere regelgeving aan en hogere te toetsen niet expliciet aan rechters hoeft te worden toegekend. Die bevoegdheid wordt geacht voort te vloeien uit de bevoegdheid tot toepassing van die ho-

* Prof. mr. R.J.B. (Roel) Schutgens is hoogleraar Algemene rechtswetenschap en decaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Radboud Universiteit.

1 Zie het Coalitieakkoord 2021-2025, *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*, p. 2 en de voorlopige uitwerking daarvan in de ‘Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing’ van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister voor Rechtsbescherming aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 1 juli 2022. Daarin spreekt het kabinet een voorkeur uit voor openstelling van constitutionele toetsing aan de grondwettelijke vrijheidsrechten, te verrichten in een stelsel van gespreide toetsing.

2 Ruim twintig jaar geleden kwam het toenmalige Tweede Kamerlid Halsema al met een initiatiefvoorstel tot wijziging van art. 120 Gw, zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28331. Dat voorstel heeft het nooit gehaald.

3 Korthedshalve wordt ‘constitutionele toetsing’ hier gebruikt als verzamelterm voor: toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet, alsmede – naar aanleiding van het Harmonisatiewet arrest – aan het Koninkrijksstatuut of ongeschreven rechtsbeginselen van nationaalrechtelijke aard.

4 Uitgebreider Sillen 2010, i.h.b. p. 8-12.

R.J.B. SCHUTGENS

gere regeling zelf.⁵ Naar geldend recht is dan ook elke rechter steeds bevoegd tot toetsing van alle (lagere) regelgeving aan alle regelgeving die in de normenhierarchie een hogere rang inneemt, zolang hem die toetsing niet expliciet is *verboden*. Ons recht kent daarom reeds zo'n gespreid stelsel voor de toetsing van lagere regelgeving (niet zijnde wetgeving in formele zin) aan hogere. Ook voor de toetsing van wetgeving in formele zin aan rechtstreeks werkend verdragsrecht of Unierecht (hierna ook wel samengenomen als 'supranationaal recht') kent ons recht een diffuus stelsel.⁶ De bevoegdheid tot toetsing van de wet in formele zin aan de Grondwet is iedere rechter ontzegd, omdat (en zolang) artikel 120 Grondwet – in weerwil van de hogere rang van de Grondwet – die vorm van toetsing verbiedt. Schrapping van dat verbod maakt elke rechter (weer) tot deze vorm van toetsing bevoegd, van laag tot hoog en ongeacht zijn 'soort' (civiel, straf, bestuur of fiscaal).

Ten tweede zou de grondwetgever zich kunnen laten inspireren door ons omringende landen als Duitsland, België of Frankrijk en een speciaal constitutioneel hof in het leven kunnen roepen dat exclusief tot constitutionele toetsing van formele wetgeving bevoegd is.^{7,8} Zo ontstaat een stelsel van 'geconcentreerde toetsing'.⁹ Slechts één gespecialiseerde rechter mag de wet aan de Grondwet toetsen, gewone rechters mogen dat niet. Er zijn vervolgens verschillende manieren denkbaar waarop formele wetgeving aan het constitutioneel hof kan worden voorgelegd. Om praktische redenen ligt het voor de hand dat gewone rechters het constitutioneel hof een prejudiciële vraag zullen mogen of zullen moeten stellen zodra er in een bij hen aanhangige zaak twijfel rijst over de grondwettigheid van een formele wet. Ook kan aan alle belanghebbenden zelf de mogelijkheid worden toegekend om rechtstreeks een klacht over formele wetgeving aan het hof voor te leggen. Bovendien kan het constitutioneel procesrecht ook beide ingangen openstellen.¹⁰

5 Kortmann /Bovend'Eert e.a. 2021, p. 408; Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 204; Sillen 2010, p. 5-8; Van Houten 1997, p. 202; Bok 1991, p. 32; zie ook Schutgens 2009, p. 7-8 met verdere verwijzingen.

6 Zie art. 94 Gw.

7 Omdat het hier geen natuurverschijnselen betreft, maar door de mens in te richten instituten zijn er talloze varianten denkbaar. Zo kan er in theorie een constitutioneel hof worden ingesteld dat niet bij uitsluiting van andere rechters tot constitutionele toetsing van wetgeving bevoegd is, maar dat slechts een alternatieve route naar toetsing biedt. Een dergelijk model schiet zijn doel echter voorbij. Ik ga er daarom verder niet op in.

8 De Grondwet noemt slechts de Hoge Raad expliciet en laat de inrichting van de rechterlijke macht verder over aan de wetgever. Toch lijkt mij niet dat de gewone wetgever buiten de Grondwet om een constitutioneel hof kan instellen. Door schrapping van het toetsingsverbod maakt de grondwetgever de gewone rechter tot toetsing van de wet bevoegd. Volgens kan die toetsingsbevoegdheid niet door een gewone wet worden beperkt ten faveure van het constitutioneel hof. Bovendien is de instelling van een constitutioneel hof een zo ingrijpende ingreep in ons staatsbestel dat een grondwettelijke basis daarvoor eigenlijk niet mag ontbreken.

9 Uitbreider Sillen 2010, i.h.b. p. 8-12.

10 Het is geen wiskunde – andere keuzes zijn mogelijk. Zo bepaalt art. 127 lid 3 van de Staatsregeling van Sint-Maarten dat wetten uitsluitend aan het constitutioneel hof van dat land kunnen worden voorgelegd door de Sint-Maartense Ombudsman.

Kortom: áls de politiek het voor elkaar krijgt om artikel 120 Grondwet (geheel of gedeeltelijk)¹¹ te schrappen en het daarbij laat, ontstaat er een stelsel van diffuse toetsing. Men kan er echter ook voor kiezen om een constitutioneel hof in te stellen. Voor deze bijdrage wordt dan de kernvraag: welke van beide opties heeft de voorkeur?

In deze bijdrage wordt betoogd dat het instellen van een constitutioneel hof valt af te raden. Als gezegd: internationaal bezien zijn er de nodige rechtsstaten waar het antwoord op de vraag naar het voorkeursstelsel voor constitutionele toetsing juist is uitgevallen in het voordeel van een constitutioneel hof. Daaronder bevinden zich ook rechtsstatelijk voorbeeldige landen als Duitsland en (in mijn ogen toch altijd ook nog) Frankrijk. Ook in Nederland is door serieuze auteurs gepleit vóór de invoering van een constitutioneel hof.¹² Ook al slaat de balans volgens mij juist duidelijk door naar een stelsel van diffuse toetsing, het valt niet te ontkennen dat er inderdaad de nodige redelijke argumenten (en redelijke personen) vóór zo'n hof kunnen pleiten. Mede omdat deze bundel een wetenschappelijk en geen pamflettistisch karakter heeft, doet deze bijdrage een poging om ook de argumenten vóór op een faire wijze weer te geven (zie paragraaf 2). Daar worden vervolgens een aantal (mijns inziens zwaarder wegende) argumenten tegenover geplaatst die juist voor diffuse toetsing pleiten (zie paragraaf 3). Aan het slot wordt kort teruggekomen op de weging van deze argumenten en doe ik een poging om de uiteenlopende voorkeuren enigszins te verklaren (zie paragraaf 4).

Voordat ik aan de inhoud van deze bijdrage toekom nog een korte disclaimer. Het argumenteren over de voor- en nadelen van een nog in te voeren constitutioneel hof wordt enigszins gecompliceerd doordat de (grond)wetgever bij de nadere vormgeving en inrichting van zo'n hof nog talrijke keuzemogelijkheden heeft. Het ene mogelijk nog in te voeren constitutioneel hof is dus het andere niet. Dat maakt het argumenteren voor of tegen 'het'

11 Denkbaar is dat art. 120 Gw slechts gedeeltelijk wordt geschrapt, in die zin dat de rechter de wet slechts aan delen van de Grondwet mag toetsen. Zo beoogde het 'voorstel-Halsema' slechts toetsing aan de grondwettelijke grondrechten in te voeren. Bij invoering van een constitutioneel hof dat een bredere taak zou krijgen als hoeder van de Grondwet binnen het Nederlandse staatsbestel (zie hierna), ligt volledige schrapping van het toetsingsverbod voor de hand. Beoogt men slechts een indringender rechtsbescherming voor het individu, dan ligt juist een gedeeltelijke schrapping in de rede.

12 Zie bijv. het eindrapport van de Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 195-216 alsmede Claes, Heringa, Van der Sluis & Stremmer 2021 (een onderzoek in opdracht van de Minister van BZK). Zie bijv. ook (zij het zijdelings) Boogaard 2018, p. 162. De afdronk van recente discussies over deze thematiek is overigens dat de meeste deskundigen tegenstander zijn van een constitutioneel hof. Zie bijv. de zienswijzen van de president en de procureur-generaal van de Hoge Raad gezamenlijk (14 april 2022) en die van de voorzitter van de ABRvS (22 april 2022) en de Raad voor de Rechtspraak (27 mei 2022). Alle drie de zienswijzen raden het instellen van een constitutioneel hof af. Blijkens de in noot 1 genoemde Hoofdlijnenbrief deelt het kabinet de voorkeur voor een stelsel van gespreide toetsing. Ook in de op 14 februari in de Tweede Kamer gehouden rondetafelde discussie met wetenschappers en praktizijns waren vooral tegenstemmen te horen (zie <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2023D02681&did=2023D02681>).

R.J.B. SCHUTGENS

constitutioneel hof wat lastiger omdat die argumenten enigszins kunnen verschillen al naar gelang de nadere vormgeving en inrichting van dat hof. Tenzij anders is aangegeven, wordt hierna uitgegaan van een constitutioneel hof met de volgende eigenschappen. Het hof is bij uitsluiting van de gewone rechter bevoegd tot toetsing van de wet aan de Grondwet, het Koninkrijksstatuut en fundamentele rechtsbeginselen. Het hof kan wetten geheel of gedeeltelijk onverbindend verklaren met rechtsgevolg jegens eenieder. Het hof kan in ieder geval geadieerd worden doordat gewone rechters de vraag naar grondwettigheid van de wet via een prejudiciële procedure aan het hof kunnen voorleggen en mogelijk doordat ook individuele justitiabelen rechtstreeks naar het hof kunnen stappen. Voor de rechters in het hof geldt een benoemingsprocedure die een duidelijke mate van politieke bemoeienis waarborgt (zie hierna). Op al deze punten zijn andere keuzes mogelijk, maar een hof met de genoemde eigenschappen lijkt – ook internationaal-vergelijkend – het meest voor de hand liggend.

2 ARGUMENTEN VOOR DE INSTELLING VAN EEN CONSTITUTIONEEL HOF

Als gezegd zijn er zonder meer goede argumenten te noemen om constitutionele toetsing te concentreren bij een speciaal daartoe ingesteld constitutioneel hof. Ik noem hier de vier belangrijkste.

2.1 *Bijzondere expertise, bijzondere benoemingsprocedure, bijzonder mandaat*

Het eerste argument voor (wellicht eerder een ‘cluster’ van argumenten) vertrekt vanuit de gedachte dat de constitutionele toetsing van formele wetgeving een rechterlijke taak is van een bijzonder gewicht, die daarom ook een bijzondere expertise en een bijzonder mandaat vergt. Constitutionele toetsing verschilt, in deze redenering, zozeer van reguliere rechtspraak dat zij beter geborgd is bij één specifiek gerecht dat is bemenst met een beperkt aantal, speciaal voor deze taak geselecteerde rechters. Omdat zich dan slechts een select groepje rechters met constitutionele toetsing bezighoudt en dat groepje zeer gespecialiseerde werkzaamheden verricht, kunnen deze rechters via een bijzondere, op hen toegesneden benoemingsprocedure worden aangesteld.¹³ Binnen die procedure kunnen bovendien speciale selectiecriteria worden toegepast, die kunnen afwijken van de selectiecriteria voor gewone rechters.

In de benoemingsprocedure voor leden van het constitutioneel hof ligt een grotere bemoeienis van politieke ambten voor de hand dan bij gewone rechters doenlijk of zinvol

¹³ Zie bijv. art. 56 van de Franse Constitution en art. 94 van het Duitse Grundgesetz.

is. Juist omdat de toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet vaak betrekking zal hebben op politiek gevoelige kwesties, kan het goed zijn dat de politieke ambten een bijzondere interesse ontwikkelen in de selectie van de rechters die zich met deze taak gaan bezighouden.¹⁴ Door rechters te selecteren (of te weren) van wie een bepaalde politiek-maatschappelijke oriëntatie bekend is of wordt vermoed, kunnen politici ook pogen om enige invloed uit te oefenen op de koers die het hof in de jaren daarop zal varen.

Afgezien van (of naast) een eventuele politieke sturing op (vermoede) politiek-maatschappelijke opvattingen van kandidaat-constitutionele rechters maakt het bestaan van een bijzondere benoemingsprocedure voor het selecte gezelschap van constitutionele toetsers het ook mogelijk om hen te selecteren op specifieke, eerder in hun loopbaan opgedane expertise. Zo zou men ervaren, staatsrechtelijk georiënteerde juristen kunnen selecteren. Te denken valt aan hoogleraren staatsrecht of ambtenaren met veel staatsrechtelijke ervaring in de wetgevingspraktijk. Van deze personen valt een bijzondere affiniteit te verwachten met uitleg en toepassing van de Grondwet. Ook kan er juist een aantal rechters worden geselecteerd van wie een specifieke maatschappelijke expertise te verwachten valt. Zo hebben in het Franse constitutionele hof, de *Conseil constitutionnel*, altijd de oud-presidenten van de republiek zitting, bij wie waardevolle politieke ervaring mag worden verondersteld.¹⁵

Als de benoemingsprocedure voor de leden van het constitutioneel hof het eenmaal mogelijk maakt om binnen dat hof zo'n bijzondere groep rechters te verzamelen – bijzonder qua maatschappelijke of juridische expertise dan wel vanwege politieke instemming met hun persoon en ideeën –, dan is het vervolgens geen vreemde gedachte om aan die rechters ook een bijzonder mandaat toe te denken. Zij kunnen, zo geredeneerd, in het bijzonder toegerust worden geacht om de grondwettigheid van wetgeving te beoordelen en zij hebben voor het verrichten van die toetsing als het ware ook een politieke zegen. Hun oordeel over de (on)grondwettigheid van een wet mag daarom geacht worden een groter gezag te hebben dan een vergelijkbaar oordeel van een 'gewoon' samengesteld rechterlijk college zou hebben. Hopelijk *verkrijgt* hun oordeel ook dat bijzondere gezag – al zou een dergelijke claim zich empirisch lastig laten vaststellen.

14 Wellicht ten overvloede: wat hier wordt betoogd is geen natuurkundige zekerheid; het gaat veeleer om wat er voor de hand ligt. Intensieve politieke bemoeienis met 'gewone' rechters in de eerste- en tweedelijns-rechtspraak is niet onmogelijk, maar ligt niet voor de hand gezien het relatief grote aantal gewone rechters dat jaarlijks wordt benoemd, en het grote aantal, door hen beslechte, politiek oninteressante reguliere geschillen.

15 Zie art. 56 Constitution. In het Belgisch Grondwettelijk Hof moet de helft van de rechters bestaan uit voormalige parlementsleden, zie art. 35 Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof.

R.J.B. SCHUTGENS

2.2 *Van constitutionele toetsing naar constitutionele rechtspraak*

De bijzondere expertise en het bijzondere mandaat waarop de constitutionele rechters bij een adequate inrichting van hun benoemingsprocedure kunnen bogen, zou hen ook zeer geschikt maken voor andere vormen van constitutionele rechtspraak dan uitsluitend de toetsing van wetten aan de Grondwet.¹⁶ Met ‘constitutionele rechtspraak’ is hier bedoeld de beslechting van geschillen over de toepassing en uitleg van een grondwetsbepaling of een daaraan nauw verbonden beginsel.¹⁷

Naar geldend recht wordt deze constitutionele geschilbeslechting deels verricht door (alle vier de) gewone rechters. Denk bijvoorbeeld aan de toetsing van lagere regelgeving aan de Grondwet, bepaalde verkiezingsgeschillen, de verbodenverklaring van politieke partijen of geschillen over het toezicht van de centrale overheid op decentrale ambten. Een ander gedeelte van deze constitutionele geschillen kan naar geldend Nederlands recht nog *niet* aan een rechter worden voorgelegd. Dat geldt vooral voor geschillen van politiek-staatsrechtelijke aard. Daarbij gaat het over de constitutionele verhouding tussen de regering en het parlement of tussen de Kamers onderling of om geschillen die zich binnen de Kamers kunnen voordoen tussen volksvertegenwoordigers onderling of tussen volksvertegenwoordigers en hun fractie.

Is er eenmaal een hof ingesteld met een bijzonder mandaat om de wet aan de Grondwet te toetsen, dan kan desgewenst ook de beslechting van al die andere genoemde constitutionele geschillen (ook de geschillen waarvoor naar geldend recht nog geen rechter bevoegd is) aan dat hof worden opgedragen. Zo beslecht bijvoorbeeld het Duitse *Bundesverfassungsgericht* geschillen tussen ambten of overheden onderling en is het belast met het verbieden van ongrondwettige politieke partijen.¹⁸ Dit voorbeeld laat zien dat een constitutioneel hof kan uitgroeien tot een hof dat zich bezighoudt met constitutionele rechtspraak in de breedste zin des woords. Zeker voor de geschillen waarvoor nu geen rechterlijke competentie bestaat, kan het als een voordeel worden gezien dat daarvoor een onafhankelijke arbiter beschikbaar komt. Dat zou kunnen betekenen dat er in ons staatsbestel een nieuwe waarborg wordt ingebouwd voor het bewaken en bewaren van belangrijke democratisch-rechtsstatelijke principes zoals de onafhankelijkheid van het parlement, de controle op de regering, de zuiverheid van de wetsprocedure et cetera. Men zou

16 Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 210-212. De commissie bepleit dat het hof ook zuivere bestuursgeschillen berecht, een rol krijgt bij de beoordeling of nieuwe EU-verdragen en andere verdragen van de Grondwet afwijken en belast wordt met het uitspreken van partijverboden.

17 Uitgebreid over de vraag wat constitutionele rechtspraak is of zou kunnen zijn de nog te verschijnen dissertatie van Max Vetzo.

18 Besselink e.a 2018, p. 111-112.

voor het constitutioneel hof ook een rol kunnen zien bij toepassing van de nieuwe algemene bepaling in de Grondwet, volgens welke de Grondwet de democratische rechtsstaat garandeert. In dat geval zouden dergelijke belangrijke principes niet langer zuiver door de (meerderheid binnen) het parlement en regering worden bewaakt.

2.3 *Rechtszekerheid, rechtseenheid, snelle duidelijkheid*

Onder een diffuus toetsingsstelsel kan er soms de nodige tijd rechtsonzekerheid bestaan over de grondwettigheid van een wet in formele zin. Zekerheid zal meestal pas echt geboden kunnen worden door de hoogste rechter. Het kan echter jaren duren eer een zaak waarin een formele wet ter discussie staat, de hoogste rechter bereikt. Als partijen geen rechtsmiddelen instellen, kan het bovendien blijven bij een uitspraak waarin een lagere rechter die vraag beantwoordt. Dan zal afgewacht moeten worden of de vraag naar de grondwettigheid van de betreffende wet in een andere zaak wel de hoogste rechter bereikt. Bovendien geldt het volgende. Ook als de hoogste rechter in een bepaalde kolom (civiel recht, bestuursrecht, etc.) eenmaal een bepaalde wet heeft getoetst, is het in ieder geval theoretisch nog niet uitgesloten dat een andere hoogste rechter later toch nog anders over diezelfde wet oordeelt.

Nu moet de omvang van deze problemen – die zich ook nu al kunnen voordoen bij de diffuse toetsing aan verdragen – niet worden overschat. De problematiek van het bij de feitenrechter ‘blijven hangen’ van een vraag naar de houdbaarheid van een wet wordt onder andere verzacht doordat de wetgever soms al na een onverbindendverklaring door een lagere rechter zijn verlies neemt en de wet aanpast. Is de overheid er echter op gebrand om een bepaalde wet overeind te houden, dan zal de overheid – als zij partij is – juist geneigd zijn om tot bij de hoogste rechter door te procederen.¹⁹ Bovendien kan de lange tijd die gemoeid is met het verkrijgen van een oordeel van de hoogste rechter over een principiële rechtsvraag, soms worden verkort doordat de lagere rechter prejudiciële vragen kan stellen aan de Hoge Raad. De vraag naar de grondwettigheid van formele wetgeving zou zich uitstekend lenen voor beantwoording in een prejudiciële procedure. Eventuele onenigheid tussen verschillende hoogste rechters, tot slot, zal grotendeels ingedamd kunnen worden door de verschillende rechtseenheidsvoorzieningen die de laatste jaren al tot

¹⁹ Dat valt vooral te verwachten als een lagere rechter een wet *onverbindend* verklaart. Spreekt een lagere rechter uit dat een wet – waarvan de grondwettigheid als het ware op het randje is – wél houdbaar is, dan valt niet geheel uit te sluiten dat de overheid de hoop koestert dat die wet zo lang mogelijk bij de hogere rechter wordt weggehouden.

R.J.B. SCHUTGENS

stand zijn gebracht, waaronder vormen van informeel overleg tussen de hoogste rechters en kruisbenoemingen.²⁰

Deze relativeringen doen er echter niet aan af, dat de instelling van een constitutioneel hof substantieel kan bijdragen aan de rechtseenheid en rechtszekerheid ten aanzien van de *grondwettigheid* van de formele wet.²¹ Die vraag zou immers (al dan niet via een prejudiciële procedure) uitsluitend door dat hof worden beantwoord, zonder dat partijen nog mogelijkheden zouden hebben om het op dat punt hogerop te zoeken. Deze weg biedt op dat punt relatief snel duidelijkheid.

2.4 *Onverschrokken toetsing; robuuste ontwikkeling van het constitutioneel recht*

Juist omdat een op bijzondere wijze samengesteld constitutioneel hof ook op een bijzonder toetsingsmandaat kan bogen (zie hiervoor), zullen de rechters in dit hof zich waarschijnlijk eerder gesterkt en gesteund voelen om er bij die constitutionele toetsing 'echt iets van te maken'. Te verwachten valt dat zij onder omstandigheden verder zullen durven gaan dan de gewone rechter zou gaan. Zij zullen waarschijnlijk minder aarzelingen hebben om in politiek of maatschappelijk gevoelige kwesties (toch) een streep door bepaalde wetgeving te halen of om nader te specificeren hoe bepaalde wetgeving er, gelet op grondwettelijke beginselen, inhoudelijk uit moet zien. Omdat de toetsing van de wet aan de Grondwet, en daarmee de verdere ontwikkeling van de uitleg van die Grondwet, de kernactiviteit van het hof zal zijn, valt bovendien te verwachten dat dat hof meer werk zal maken van het uitbouwen van zijn jurisprudentie over de betekenis van diezelfde Grondwet.

Als het toetsingsverbod wordt geschrapt, zal het voor het eerst in de constitutionele geschiedenis van ons land mogelijk worden dat een rechter formele wetgeving toetst aan de bepalingen uit de Nederlandse Grondwet. Die bepalingen zijn grotendeels open geformuleerde normen, die naar de letter nauwelijks rechtswaarborgen voor de burger bevatten. Dat geldt zeker voor de grondwettelijke grondrechtsbepalingen.²² Er is bovendien nog geen jurisprudentiecatalogus beschikbaar waarin de betekenis van die normen al nader is uitgelegd en geconcretiseerd tot jurisprudentiële (deel)normen die wel voor toepassing gereed liggen. Er zal dus het nodige rechterlijke pionierswerk moeten worden verricht

20 Zie ook de mogelijkheid tot verwijzing naar een Grote Kamer, art. 8:10a Awb.

21 Op dat punt wordt rechtszekerheid geboden. Zekerheid over de houdbaarheid van de wet als zodanig biedt dat niet. Zie paragraaf 3.3.

22 Zie uitbreider de bijdrage van Leijten en Loven aan deze bundel.

voordat er zoveel jurisprudentie beschikbaar is dat onze grondwettelijke normen duidelijke, bij voorkeur ook preventief werkende rechtswaarborgen bieden.²³ Juist een constitutioneel hof zou dat pionierswerk ongetwijfeld met veel animo verrichten. Van de gewone rechter, toetsend in een diffuus stelsel, valt dat in veel mindere mate te verwachten. Die zou wetten aan de Grondwet toetsten terwijl hij ook tot toetsing aan supranationaal recht bevoegd is. Omdat de supranationale rechtspraak inmiddels een rijke jurisprudentie heeft opgeleverd die voor talloze kwesties relevant vergelijkingsmateriaal bevat, zal de gewone rechter ongetwijfeld vaak veel gemakkelijker (en met veel minder noodzaak tot ‘eigen’ gezagsuitoefening) zaken kunnen afdoen op basis van deze rijke en genuanceerde supranationale jurisprudentie. De uitbouw en ontwikkeling van het grondwettelijk recht zal waarschijnlijk navenant trager verlopen.

Kortom, van de zich door een bijzonder toetsingsmandaat gesterkt wetende constitutionele rechters valt waarschijnlijk een robuustere ontwikkeling van het grondwettelijk recht te verwachten. Mogelijk bieden zij ook een indringendere bescherming van het individu, al zal dat laatste nogal afhangen van de opvattingen van de meerderheid van de rechters die het constitutionele hof bemensen.²⁴

3 ARGUMENTEN TEGEN DE INSTELLING VAN EEN CONSTITUTIONEEL HOF

In de voorgaande paragraaf passeerden vier argumenten de revue om de constitutionele toetsing van de wet op te dragen aan een constitutioneel hof, in plaats van het te laten bij het stelsel van diffuse toetsing dat automatisch zou ontstaan bij schraping van artikel 120 Gw. In de kern waren deze argumenten: (a) via een bijzondere benoemingsprocedure kunnen constitutionele rechters worden geselecteerd met een specifieke expertise en een eigen mandaat; (b) als een constitutioneel hof er eenmaal is, kan dat hof zich ook met andere vormen van constitutionele rechtspraak bezighouden; (c) dit hof dient de rechtszekerheid en de rechtseenheid en het biedt snel duidelijkheid op het punt van de grondwettigheid van de wet; (d) van dat hof valt een robuuste en stevige vorm van toetsing te ver-

23 Overigens is het denkbaar dat het constitutioneel hof zich (in navolging van zijn Belgische *counterpart*, zie reeds Velaers 2005) nauw zal aansluiten bij de omvangrijke jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, door de EVRM-grondrechten en daarbij behorende jurisprudentie als het ware in te lezen in de Grondwet. In dat geval is er minder pionierswerk nodig, maar blijft de meerwaarde van schraping van art. 120 Gw gering.

24 Dat een constitutioneel hof zich gesterkt zal voelen om werk te maken van de verdere ontwikkeling en uitleg van de Grondwet, lijkt mij hoogst waarschijnlijk. Dat dat ook zal leiden tot een robuustere rechtsbescherming van individuen, lijkt mij eveneens waarschijnlijk, maar toch in mindere mate. Als de politiek erin zou slagen, het hof te bemensen met zeer conservatieve rechters, kan die verdere ontwikkeling van de Grondwet ook best een conservatieve afslag nemen – men denke maar aan recente ontwikkelingen in Polen.

R.J.B. SCHUTGENS

wachten. Geen van deze argumenten is onredelijk. Toch weegt er mijns inziens te veel tegenop. In deze paragraaf wordt puntsgewijs uiteengezet, wat. De indeling in subparagrafen correspondeert met die in de vorige paragraaf.

3.1 *De benoemingsprocedure voor het hof kan worden ‘gekaapt’ door de politiek*

Een bijzondere benoemingsprocedure waarbij (extra) politieke invloed is geborgd, kan de constitutionele rechters van een eigen mandaat voorzien. Mijns inziens werkt dat vooral goed als de politieke organen die bij die benoemingsprocedure zijn betrokken, ernaar streven en erin slagen om gematigde kandidaten te selecteren die op steun kunnen rekenen onder uiteenlopende politieke stromingen. Daartoe moeten de bij de benoeming betrokken politici de nodige terughoudendheid betrachten ten aanzien van hun eigen politieke wensen en vooral uit zijn op het creëren van verbinding in onze democratische rechtsstaat. Vooral op momenten dat zich in samenleving en politiek politieke polarisatie aftekent, acht ik echter het gevaar zeer reëel dat verschillende ‘kampen’ hun invloed op de benoeming van constitutionele rechters zullen aangrijpen om via het constitutioneel hof de politieke strijd voort te zetten. Zeker als het hof een aantal malen op basis van eigen interpretaties van de Grondwet uitspraken zou doen die bij deze of gene politieke stroming controversieel zijn, kan dat de wens voeden om die rechtspraak te corrigeren door de benoeming van rechters bij wie instemming met de eigen politieke ideeën wordt verwacht. Dit zou ertoe kunnen leiden dat de politieke invloed op de benoeming niet wordt aangewend om te zoeken naar kandidaten die op brede steun kunnen rekenen en er dus als het ware ‘voor iedereen’ zitten, maar vooral om kandidaten te selecteren uit het eigen kamp – desnoods met een zo klein mogelijke meerderheid. Dat kan op zijn beurt weer uitlokken dat andere stromingen, nadat zij door verkiezingswinst een (mogelijk kleine) meerderheid hebben verworven, ook weer geestverwante constitutionele rechters zullen benoemen om het hof – in hun ogen – weer in evenwicht te brengen. Dit gevaar is niet denkbeeldig. Sterker nog, het lijkt precies wat er de afgelopen decennia is gebeurd bij de benoemingsprocedure voor rechters in het Amerikaanse Hooggerechtshof. Ik meen ook in Polen een verwante ontwikkeling te zien, waarbij de zeer conservatieve regeringsmeerderheid haar invloed aanwendt om het constitutioneel hof snel van kleur te doen verschieten. Nu valt er van het Nederlandse stelsel van evenredige vertegenwoordiging in de Staten-Generaal op dit punt een zeker matigend effect te verwachten. Zolang er stabiele middenpartijen zijn die mede de regeringsmeerderheid vormen, zal polarisatie binnen de perken blijven. Ook ons land zal er echter niet immuun voor zijn.

Wat mij betreft is een dergelijke politisering van de benoeming van hoogste rechters geen aantrekkelijk perspectief. In onze rechtsstaat moeten de burgers kunnen vertrouwen op een zekere neutraliteit en (dus) gematigdheid van de rechters. Rechters zitten er voor ons allemaal, niet voor deze of gene politiek-maatschappelijke stroming. Een neutrale, faire beoordeling van geschillen op basis van het recht lijkt de meest overtuigende aanspraak die rechters op gezag kunnen maken. Politiek-strategische benoeming van rechters – die daardoor in de samenleving mogelijk gezien zullen worden als representant van een bepaalde politieke agenda – ondergraaft een dergelijke gezagsaanspraak.

Nu is er voor dit probleem – het ‘kapen’ van de rechtersbenoeming door uitgesproken politieke stromingen – wel een oplossing. Men zou een benoemingsprocedure kunnen instellen waarin politieke invloed juist is uitgebannen. De gedachte van een bijzonder mandaat, verkregen door politieke instemming, wordt dan verlaten of zelfs vervangen door een gedachte van een bijzondere neutraliteit, verkregen door *afwezigheid* van politieke invloed. Zo zouden – om maar wat te noemen – de rechters in het constitutioneel hof kunnen worden verkozen door alle gewone rechters in het land, of ze zouden kunnen worden benoemd door een commissie die uit vertegenwoordigers van de gewone gerechten is samengesteld. Politieke beïnvloeding wordt dan minder gemakkelijk gemaakt. Aan de gedachte dat de constitutionele toetsing door een bijzondere groep rechters moet worden verricht (zie paragraaf 2.1), kan dan alleen nog invulling worden gegeven doordat de apolitieke benoemingscommissie rechters kan selecteren op rechterlijke vakbekwaamheid of staatsrechtelijke expertise. Onder deze voorwaarde vervalt de gedachte dat constitutionele rechters een bijzonder mandaat hebben, *deels*, maar het bezwaar van politieke ‘kaping’ valt geheel weg. Het is in mijn ogen een serieus te overwegen optie ingeval er een constitutioneel hof zou worden ingesteld. Een dergelijk voorstel lijkt (mij) echter politiek nauwelijks haalbaar.²⁵

25 De Nederlandse politiek is traditioneel huiverig voor overdracht van zeggenschap aan de rechter – getuige art. 120 Gw, maar bijvoorbeeld ook het verbod op beroep tegen avv (art. 8:3 Awb) of de moeizame invoering van een rechterlijke instantie die de constitutionele verhoudingen binnen het Koninkrijk bewaakt (art. 12a Statuut). Gezien de genoemde ‘traditie’ acht ik het hoogst onwaarschijnlijk dat, als er al een duurzame meerderheid voor de instelling van een constitutioneel hof te porren zou zijn, die meerderheid dat zou doen zonder dat er enige politieke invloed zou resteren op de benoeming van de rechters in dat hof. Omdat een dergelijke invloed in ons omringende landen gebruikelijk is, lijkt zij ook een ‘default-optie’. De Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 216 waarschuwt overigens voor te sterke politieke bemoeienis met de benoeming van rechters.

R.J.B. SCHUTGENS

3.2 *Van constitutionele toetsing naar constitutionele rechtspraak*

Eenmaal ingesteld, zou een constitutioneel hof zich ook met constitutionele rechtspraak in bredere zin kunnen gaan bezighouden.²⁶ Aan dat voordeel lijkt (mij) weinig af te doen.²⁷ Wel kan het volgende worden opgemerkt. Ten aanzien van dat gedeelte van de constitutionele rechtspraak dat nu tot de reeds bestaande competentie van de gewone rechters behoort, lijkt er op dit moment geen sprake van een gezagsprobleem of een gebrek aan expertise dat ertoe zou nopen die competentie te verplaatsen naar een constitutioneel hof. Ten aanzien van constitutionele geschillen waarvan op dit moment nog geen rechter kennis kan nemen (de politiek-staatsrechtelijke geschillen zoals genoemd in paragraaf 2.2), zou desgewenst een onafhankelijke arbiter kunnen worden aangewezen die uitsluitend over die geschillen oordeelt of – wellicht beter passend in de Nederlandse parlementaire traditie – daarover op uitnodiging onafhankelijk adviseert.²⁸ Het optuigen van een compleet hof dat ook is bevoegdheid tot constitutionele toetsing is daarvoor niet noodzakelijk.

3.3 *Rechtseenheid en rechtszekerheid*

Hiervoor is betoogd dat een exclusief tot toetsing van formele wetten aan de Grondwet bevoegd hof zou kunnen bijdragen aan de rechtseenheid ten aanzien van de vraag of zulke wetten verenigbaar zijn met de *Grondwet*. Bovendien zou het hof kunnen bijdragen aan de snelheid waarmee *die* vraag kan worden beantwoord, en daarmee aan de rechtszekerheid op dat punt. Tegelijkertijd kan de instelling van een constitutioneel hof de ‘netto’ rechtseenheid en de ‘netto’ rechtszekerheid ten aanzien van de houdbaarheid van de formele wet als zodanig juist verminderen. Het probleem is namelijk dat de formele wet (na schrapping van artikel 120 Grondwet) niet alleen in overeenstemming moet zijn met de Grondwet, maar ook nog altijd met het supranationale recht. Naar geldend recht wordt de toetsing van de formele wet aan verdrags- en Unierecht verricht door alle gewone rechters, die daarbij onder omstandigheden via een prejudiciële procedure de hulp van een hogere rechter kunnen inroepen. Voor de toetsing van formele wetgeving aan het supranationale recht bestaat dus een – al vrij complex – stelsel van diffuse toetsing. Het daarnaast of daartussendoor openstellen van een toetsingsprocedure bij een constitutioneel hof kan ertoe leiden dat de verschillende tot toetsing bevoegde rechters elkaar in de weg kunnen zitten

²⁶ Zie hiervoor, in paragraaf 2.2.

²⁷ Wel lijkt mij, dat als het reeds geschetste gevaar van politisering van dat hof zich eenmaal zou hebben voorgedaan, dat hof niet alleen zou inboeten aan overtuigingskracht als toetsers van de wet, maar ook als arbiter in andere constitutionele geschillen.

²⁸ Zo kan bijvoorbeeld art. 21a Wet op de Raad van State zo worden aangepast dat een Kamerminderheid of zelfs een individueel Kamerlid constitutioneel advies zou kunnen vragen.

(hieronder wordt dat toegelicht).²⁹ Dat zou de grondwetgever er mogelijk toe kunnen brengen om dan maar iedere toetsing van de formele wet (inclusief de toetsing aan supranationaal recht) aan het constitutioneel hof over te laten. Dat zou echter een ernstige breuk met een decennialange traditie betekenen, waarvan bovendien niet zeker is dat die de rechtsbescherming van de burger ook echt zou dienen (zie het slot van deze paragraaf).

Om te beginnen: een constitutionele rechter die de wet aan de Grondwet toetst en een gewone rechter die diezelfde wet aan supranationaal recht toetst, zullen elkaar behoorlijk in de weg zitten. Burgers of organisaties die zich bij de rechter teweerstellen tegen de verbindendheid van deze of gene wet, zullen normaal gesproken namelijk zoveel mogelijk argumenten aanvoeren waarom die wet onverbindend zou zijn – dat is een rationele processtrategie. Daarom zal een justitiabele zelden zuiver en alleen de grondwettigheid van een wet ter discussie stellen. Zodra het maar even kan zullen er tegelijkertijd argumenten worden aangevoerd waarom dezelfde wet ook in strijd is met rechtstreeks werkend verdragsrecht en Europees Unierecht. Heel vaak zal het dus voorkomen dat binnen het rechterlijk systeem én de vraag naar de grondwettigheid van de wet én die naar de verenigbaarheid daarvan met verdrags- en Unierecht moet worden beantwoord. De houdbaarheid van een wet als zodanig is afhankelijk van het antwoord op die vragen samen. De beantwoording van slechts één van die vragen – bijvoorbeeld een uitspraak van het constitutioneel hof dat de wet verenigbaar is met de Grondwet – geeft geen zekerheid over de houdbaarheid van de wet als zodanig. Sterker nog: onder omstandigheden draagt het openstellen van parallelle procedures – één voor grondwettigheidstoetsing, één voor de toetsing aan supranationaal recht³⁰ – bij aan vermindering van de rechtszekerheid ten aanzien van de houdbaarheid van de wet als zodanig. Onder omstandigheden zullen immers al die procedures moeten zijn ‘uitgespeeld’ voordat er definitief duidelijkheid is.

Dit probleem zal niet groot zijn als een van de bevoegde rechters de wet in een vroeg stadium ongeldig verklaart. Een *onverbindendverklaring* biedt rechtszekerheid. Zodra een wet op één grond onjuist is bevonden doet haar verenigbaarheid van die wet met andere hogere normen niet meer terzake. Lastig wordt het vooral als de eerst oordelende rechter de wet *niet* onjuist bevindt. Stel, bijvoorbeeld, dat de eerstelijnsrechter via een prejudiciële procedure een wet voorlegt aan het constitutioneel hof waarna dat hof die wet *grondwettig* bevindt. De verwijzende rechter moet vervolgens alsnog zelf de verenigbaarheid van de wet met het supranationale recht beoordelen. Het kan in dit geval voorkomen dat de eerstelijnsrechter dezelfde wet ook al prejudicieel heeft voorgelegd het Hof van Justitie van de

29 In vergelijkbare zin de Hoofdlijnenbrief, p. 11-12.

30 Waarbij die tweede op zich (en nu reeds) het startpunt kan zijn voor verschillende prejudiciële procedures: bij de Hoge Raad, het Hof van Justitie en het EHRM.

R.J.B. SCHUTGENS

EU dan wel dat alsnog doet, of (als de eerstelijnsrechter geen eerstelijns bestuursrechter is) aan de Hoge Raad (die de vraag vervolgens mogelijk ter advisering kan voorleggen aan het EHRM). Hier kan zich een stapeling van procedures voordoen die de duidelijkheid en de rechtszekerheid niet bevordert, in ieder geval niet op de middellange termijn. Justitiabelen die wachten op de rechterlijke beslechting van hun geschil, zullen zich onder omstandigheden met een langere, complexere en dus kostbaardere procedure geconfronteerd zien. De overzichtelijkheid van de procedure zou er juist mee gediend zijn dat de rechter die oordeelt over de verenigbaarheid van een wet met supranationaal recht tegelijkertijd ook de grondwettigheid van die wet mag beoordelen.

Opgemerkt moet overigens worden dat de vragen naar de verenigbaarheid van een wet met verschillende rechtsbronnen (Grondwet, verdrag, Unierecht) materieel vaak grote gelijkens zullen vertonen. Tegen een wet worden bijvoorbeeld tegelijkertijd de uitingvrijheid van artikel 7 Grondwet, artikel 10 EVRM en artikel 11 Handvest in stelling gebracht. Ook al vormen die verschillende bepalingen de grondslag voor uiteenlopende verzamelingen jurisprudentie, hun kern vertoont grote gelijkens. Dat betekent dat de rechters in de parallelle procedures (bijvoorbeeld tegelijkertijd het constitutioneel hof en de Hoge Raad) zich meestal over materieel vergelijkbare vragen moeten buigen. Mogelijk ontstaan er informele rechtseenheidsvoorzieningen, waarin bijvoorbeeld de Hoge Raad en het constitutioneel hof hun interpretaties van Grondwet en EVRM afstemmen. Een dergelijke modus operandi zou de hiervoor geschetste afstemmingsproblemen zeker temperen. Tegelijkertijd rijst de vraag wat de afzonderlijke procedures dan nog toevoegen.

Het genoemde probleem – de houdbaarheid van de wet moet in verschillende parallelle procedures worden beoordeeld – kan natuurlijk ook worden opgelost door de gewone rechter de bevoegdheid tot toetsing aan supranationaal recht zoveel mogelijk te ontnemen. Ten aanzien van de toetsing aan het Unierecht kan dat niet. De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU bepaalt dat alle nationale rechters in staat moeten worden gesteld om nationale wetgeving aan rechtstreeks werkend Unierecht te toetsen.³¹ De bevoegdheid tot toetsing aan overig supranationaal recht kan de gewone rechter echter relatief eenvoudig worden ontnomen. Aanpassing van artikel 94 Grondwet zou daarvoor volstaan.³² De Grondwet zou dan (ook) de beoordeling van de verenigbaarheid van wetgeving

31 HvJ EU 22 februari 2022, ECLI:EU:C:2022:99, r.o. 63 met verwijzing naar oudere rechtspraak. Vgl. ook de genoemde zienswijze van de voorzitter van de Afdeling, nr. 3, onderaan.

32 Ik ga er verder aan voorbij wat dat zou betekenen voor de bevoegdheid van bestuursorganen om wetten aan verdragsrecht te toetsen. Het huidige art. 94 Gw kent ook bestuursorganen die bevoegdheid toe (vgl. Fleuren 2003, p. 346-348). Het zou vreemd zijn om bestuursorganen die bevoegdheid te ontnemen. Dat zou hen verplichten tot toepassing van wetgeving die zij in strijd achten met een verdrag. Mijsns inziens ware het echter even vreemd als bestuursorganen deze bevoegdheid zouden behouden maar de rechter niet.

met eenieder verbindend verdragsrecht dan exclusief moeten opdragen aan het constitutionele hof.³³

Mocht het ooit tot de instelling van een constitutioneel hof komen, dan zou deze optie mijns inziens serieus moeten worden overwogen. Weliswaar is een constitutioneel hof in eerste instantie de hoeder van de nationale Grondwet en niet van internationale verdragen, maar het belang van het behapbaar houden van rechterlijke procedures zou wat mij betreft zwaarder wegen. De justitiabelen zijn gediend met overzienbare procedures die binnen een redelijke tijd en zonder te veel tussentijdse prejudiciële hobbels duidelijkheid bieden over de houdbaarheid van een wet en niet slechts over de grondwettigheid of verdragsconformiteit daarvan. Toch zou ik dat betreuren. In ons land is de afgelopen decennia – in wezen sinds halverwege de jaren vijftig – een constitutionele traditie tot ontwikkeling gekomen waarbij juist alle gewone rechters in een stelsel van diffuse toetsing allerlei vormen van wetgeving toetsen aan verdragsrecht. Het lijkt erop dat de gewone rechter deze taak de afgelopen decennia naar behoren heeft vervuld. Bij gebreke van een mogelijkheid tot toetsing van de wet aan de Grondwet heeft de gewone rechter de rechtsbescherming van het individu op een doorgaans evenwichtige wijze weten uit te bouwen door toetsing aan het internationale recht.³⁴ Het ontnemen van die bevoegdheid aan de gewone rechter lijkt mij een onnodige motie van wantrouwen aan het adres van de gewone rechter. Wellicht nog belangrijker dan de eventuele gevoelens van die gewone rechter is het volgende. Door ook de toetsing aan het verdragsrecht bij het constitutioneel hof te concentreren wordt gebroken met een in ons land goed gewortelde rechterlijke traditie die over het algemeen goede resultaten lijkt op te leveren. Hoewel (ook) de bestaande vorm van de toetsing aan het verdragsrecht soms wel wat weerstand oproept, lijkt dit instituut maatschappelijk vrij breed gesteund,³⁵ in ieder geval onder juristen en, zij het in mindere mate, onder politici. Dat wij er – bij afschaffing van dit instituut van de gespreide toetsing door alle rechters – iets beters voor terugkrijgen, is niet vanzelfsprekend.

33 Praktisch kan dat overigens alleen werken als de nieuwe bepaling dan wel de daarop gebaseerde jurisprudentie een voorziening zou kennen voor *actes clairs* en *actes éclairés*. Bij het ontbreken van een dergelijke voorziening zou het voor justitiabelen wel heel gemakkelijk worden om procedures te traineren door simpelweg op te werpen dat een wet in strijd is met een verdrag.

34 De genoemde Hoofdlijnenbrief overweegt terecht dat 'zowel de burgerlijke rechter, de strafrechter als de bestuursrechter al ruimschoots vertrouwd' is met toetsing van de formele wet, zie p. 13 bovenaan.

35 Dat doet er niet aan af dat er wel een minderheid lijkt of is die zelfs de huidige toetsing aan verdragen te ver vindt gaan. Denk aan de kritiek op de Urgenda-uitspraak of de 'dikastocratie'-discussie.

R.J.B. SCHUTGENS

3.4 *Robuuste ontwikkeling van de grondwetsjurisprudentie of rechterlijk activisme?*

Om de redenen die hiervoor al uiteengezet zijn, ligt het in de lijn der verwachtingen dat juist een exclusief bevoegd constitutioneel hof vanwege zijn bijzondere opdracht kritisch aan de Grondwet zal toetsen en daarbij een hoge 'toetsingsintensiteit' zal betrachten.³⁶ Instelling van een constitutioneel hof vergroot de kans dat er een uitgebreide, genuanceerde en robuuste jurisprudentie tot ontwikkeling komt over de verenigbaarheid van wetten met de Grondwet. Vanwege zijn bijzondere en unieke positie zou het goed kunnen dat een constitutioneel hof ook sneller zal overgaan tot het onverbindend verklaren van een wet dan de gewone rechter zou doen.³⁷

De vraag is natuurlijk of dat zonder meer een goede zaak is. Corstens betoogt in dit verband dat de gewone rechter via het stelsel van diffuse toetsing de burger (doorgaans) voldoende effectieve rechtsbescherming weet te bieden, zonder dat de rechter in de afgelopen decennia al te activistisch is geworden of al te vaak in het vaarwater van de politieke ambten is geraakt.³⁸ Ik sluit mij daar graag bij aan. Ik zou er nog het volgende aan willen toevoegen. Het maatschappelijke en politieke debat over de plaats van de rechter in het Nederlandse staatsbestel laat de afgelopen jaren tegenstrijdige wensen zien. Enerzijds is er – zeker na het Urgenda-arrest³⁹ – van verschillende zijden betoogd dat toenemende rechterlijke assertiviteit het evenwicht tussen de staatsmachten uit balans trekt.⁴⁰ Anderzijds is er – zeker naar aanleiding van de Toeslagenaffaire – betoogd dat de rechter aan kwetsbare individuen meer rechtsbescherming zou moeten bieden.⁴¹ Ik leid daaruit af dat de verwachtingen ten aanzien van de bescherming die van de rechter wordt verwacht, hoog zijn. Tegelijkertijd ligt het verwijt van overmatig activisme en 'dikastokratie' nog altijd op de loer. Bij deze stand van zaken lijkt mij niet dat de Nederlandse samenleving is gebaat bij de instelling van een constitutioneel hof. Een dergelijk hof zal onder omstandigheden in het oog van de politieke storm verzeild raken of zich daarin zelfs bewust begeven om zich daar tot een robuuste hindermacht te ontwikkelen. Het hof zal dat waarschijnlijk doen op basis van een grotendeels nog te ontwikkelen grondwettelijke jurisprudentie – dus in wezen op eigen gezag. De hoge verwachtingen ten aanzien van de rechter – voor zover die al waar te maken zijn – zullen eerder worden ingelost door een rechter die behoedzaam te

36 Vgl. de conclusies van Claes, Heringa, Van der Sluis & Stremmer 2021.

37 Het rechtsvergelijkende onderzoek van Claes, Heringa, Van der Sluis & Stremmer 2021 laat zien dat constitutionele rechters eerder wetten onverbindend verklaren dan gewone rechters die bevoegd zijn tot toetsing van wetgeving.

38 Corstens 2022.

39 HR 20 december 2019, NJ 2020/41 (*Staat/Urgenda*).

40 Zie onder vele anderen Besselink 2018; Bovend'Eert 2021; Schutgens 2022.

41 Beide standpunten kunnen overigens best tegelijkertijd verdedigd worden.

werk gaat. De toetsing van de wet aan de Grondwet kán een nuttig instrument zijn bij de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid, maar wellicht zal de rechter die bevoegdheid vaak niet nodig hebben. Hij kan de wet ook toetsen aan een verdrag, hij kan die toetsing beperken tot de specifieke omstandigheden waarin de wet wordt toegepast, hij kan door (her)interpretatie van de wet de scherpe kantjes daarvan afhalen, hij kan onder omstandigheden wellicht een schikking tussen partijen bevorderen – et cetera. Effectieve(re) rechtsbescherming van kwetsbare individuen zónder te vervallen in rechterlijk activistisme zou, kortom, wel eens het beste bereikt kunnen worden als de mogelijkheid om de wet aan de Grondwet te toetsen slechts één instrument is in de uitgebreide gereedheidskist waarover de rechter beschikt. Die toetsing is dan een instrument dat de rechter kan inzetten wanneer het echt nodig is, maar dat hij ook in zijn kist kan laten als het verstandiger lijkt om met minder zwaar geschut tot een oplossing te komen.

In dit verband valt er overigens op te wijzen dat juist rechtspraak in verschillende instanties ook een meerwaarde kan hebben. Na de enkele schrapping van artikel 120 Grondwet ontstaat een stelsel van diffuse toetsing waarbij – zolang er geen prejudiciële vragen worden gesteld – de vraag naar de verenigbaarheid van een wet met een hogere norm pas in tweede of zelfs derde instantie door de hoogste Nederlandse rechter wordt beantwoord. Het voordeel van dit – inderdaad soms trage en kostbare stelsel –⁴² is dat de hoogste rechter ook zijn voordeel kan doen met de verschillende antwoorden die in de lagere rechtspraak op een principiële rechtsvraag zijn gegeven, voordat de hoogste rechter die vraag beantwoordt. Op deze wijze kunnen verschillende visies zoals die binnen de rechterlijke macht kunnen bestaan op de houdbaarheid van een wet tot uiting komen. De mogelijkheid dat er ook binnen de rechterlijke organisatie (tijdelijk) verschillend kan worden gedacht over de houdbaarheid van bepaalde wetgeving, kan tot op zekere hoogte werken als een vorm van interne ‘checks and balances’. Bovendien valt niet uit te sluiten dat, naarmate de vraag naar de houdbaarheid van een wet ‘omhoogschuift’ in de rechterlijke kolom, het juridisch discours zich ontwikkelt, mede in reactie op uitspraken van de lagere rechter. Daarbij kunnen nieuwe inzichten rijzen, de overheid kan van visie veranderen en mogelijk is het onverbindend verklaren van een wet of wetsbepaling als zodanig niet nodig om de individuele rechtszoekende een goede rechtsbescherming te bieden. Dergelijke, mogelijke voordelen van een stelsel van diffuse toetsing gaan direct overboord als één instantie in eerste en enige aanleg vanaf de Olympos bepaalt of een wet in strijd is met de Grondwet.

42 Er zit spanning tussen de wens om de burger overzichtelijke en betaalbare procedures te bieden enerzijds en de voordelen (vooral voor het algemeen belang) van de beantwoording van principiële rechtsvragen in meerdere instanties. De huidige rechtspraak in meerdere instanties is voor veel individuen kostbaar en overlastgevend – mede daarom is de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad ingevoerd. Ik zie echter, als gezegd, ook voordelen. Het lijkt mij echter geen goed idee, de reeds bestaande complexiteit te vergroten door er nog een procedure bij een nieuw op te richten hof doorheen te vlechten.

R.J.B. SCHUTGENS

4 SLOT

Het wordt tijd om de balans op te maken. Stel dat de grondwetgever er inderdaad toe komt om het toetsingsverbod geheel of gedeeltelijk te schrappen, valt hem dan aan te raden om ook een constitutioneel hof voor die toetsing in het leven te roepen?

Wij zagen een aantal goede argumenten die daarvóór pleiten. Er pleit echter ook het nodige tegen. Niet voor iedereen zal de balans dezelfde kant uitslaan. Als ik mij niet vergis, zal iemands voorkeursantwoord sterk samenhangen met de wijze waarop hij of zij de huidige rol van de rechter in de samenleving waardeert. Ook de gewenste impact van de Nederlandse Grondwet op samenleving en politiek kan een rol spelen.

Wie vindt dat de rechter wel wat steviger tegen ‘de politiek’ mag optreden dan de afgelopen jaren het geval was, en de rechter nog een belangrijkere rol zou willen zien spelen bij het uitdragen van rechtsstatelijke waarden, zal waarschijnlijk eerder gecharmeerd zijn van de gedachte om een constitutioneel hof in te stellen. Datzelfde geldt voor iemand (wellicht een staatsrechtjurist) die de Nederlandse Grondwet (terecht) een wat bleke figuur vindt, en zou hopen dat die Grondwet een prominentere rol gaat spelen in discussies in samenleving en politiek.⁴³ Een speciaal hof dat die Grondwet uitlegt en toepast, en met enige tussenpozen een streep door een wet haalt op basis van grondwettelijke argumenten, zal het maatschappelijk en politiek bewustzijn van het verschijnsel Grondwet zeker doen toenemen. Dat zal ook de maatschappelijke impact van dit document duidelijk vergroten. Wie op deze lijn zit, zal wellicht eerder geneigd zijn het gevaar voor politisering van het hof op de koop toe te nemen, of te menen dat dat zo’n vaart niet zal lopen. Ook de complexe verhouding die zou kunnen ontstaan tussen de constitutionele en de gewone rechter is wellicht een prijs die men zou willen betalen voor de oprichting van een onafhankelijke hoeder van de Nederlandse Grondwet, die een krachtigere bescherming van grondwettelijke waarden tegen de politiek kan bewerkstelligen.

Wie daarentegen vindt dat de bewaking van het rechtsstatelijk gehalte van de wet al decennia (doorgaans) prima wordt verzekerd door de gewone rechter, of wie nogal beducht is voor een toename van het aantal botsingen tussen rechter en politiek, zal juist niet erg voor de instelling van een constitutioneel hof geporteerd zijn. Datzelfde geldt voor juristen (en anderen) die beducht zijn voor het gevaar dat onderdelen van de rechterlijke macht gepolitiseerd raken, niet alleen in die zin dat zij zich vaker in politiek gevoelige

43 Overigens zij toegegeven dat de meergenoemde Hoofdlijnenbrief (zie noot 1) een maatschappelijke bewustwording van de waarde en betekenis van de Grondwet noemt als nevensdoel van de invoering van constitutionele toetsing (zie p. 3), maar toch een voorkeur uitspreekt voor een stelsel van gespreide toetsing.

kwesties moeten mengen, maar vooral in die zin dat de betrokken rechters zich van een politiek mandaat voorzien (menen te) weten om verder te gaan in de inhoudelijke keuzes die zij via hun rechtspraak maken. Het instellen van een constitutioneel hof is dan een spannende, maar riskante keuze. De keuze voor een stelsel van diffuse toetsing past juist goed bij de wens tot een behoedzamere ontwikkeling van het staatsbestel en bij de wens om ook bij schrapping van artikel 120 Grondwet niet te veel te tornen aan de bestaande balans in de trias politica. Zij sluit bovendien goed aan bij de ervaring dat de gewone rechter de afgelopen decennia uitstekend werk heeft verricht bij de toetsing van de wet aan het supranationale recht. De keuze voor een diffuus stelsel is kortom een keuze die past bij de gedachte *if it ain't broke, don't fix it*. Geen van beide keuzen is onredelijk of onjuist, maar ik zou het wel weten.

LITERATUURLIJST

Besselink 2018

L.F.M. Besselink, 'De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing', *NJB* 2018, afl. 41, p. 3078-3038.

Besselink e.a. 2018

L.F.M. Besselink e.a., *Het Staatsrecht van 7 Europese landen*, Deventer: Kluwer 2018.

Bok 1991

A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 1991.

Boogaard 2018

G. Boogaard, 'Intrekking Wet raadgevend referendum', *TvCR* 2018, afl. 2, p. 148-162.

Bovend'Eert 2021

P.P.T. Bovend'Eert, 'Machtenscheiding en rechtsstaat (of rechtersstaat?) na Urgenda', *RegelMaat* 2021, afl. 3, p. 132-144.

Claes, Heringa, Van der Sluis & Stremmler 2021

M. Claes, A.W. Heringa, M. van der Sluis & M. Stremmler, *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing*, Maastricht, januari 2021 (in open repository beschikbaar).

Corstens 2022

G. Corstens, 'Naar een constitutioneel hof?', *NJB* 2022, afl. 24, p. 1913-1917.

R.J.B. SCHUTGENS

Elzinga, De Lange & Hoogers 2014

D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Fleuren 2003

J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2003.

Van Houten 1997

M.L.P. Van Houten, *Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*, diss. Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Kortmann /Bovend'Eert e.a. 2021

C.A.J.M. Kortmann/P.P.T Bovend'Eert e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Schutgens 2009

R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2009.

Schutgens 2022

R.J.B. Schutgens, 'noot bij HR 20 december 2019, NJ 2020/41 (Staat/Urgenda)', *ABKlassiek* 2022/46.

Sillen 2010

J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving. Een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse, Duitse en Nederlandse recht*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2010.

Staatscommissie parlementair stelsel 2018

Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, Hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam: Boom 2018.

Velaers 2005

J. Velaers, 'Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen', *TBP* 2005, afl. 4-5, p. 297-318.

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

*M. Stremmer**

1 INLEIDING

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

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

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

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

2 Colenbrander 1908, p. 81.

3 Zie ook Burkens 1976.

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

M. STREMLER

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

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

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

5 Zie over deze benaderingswijze Passchier & Stremmer 2023.

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

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

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

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

2 DEMOCRATIE

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

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

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

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

10 Zie ook Tans 2018.

11 Zie ook Te Velde 2012.

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

M. STREMLER

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

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

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

13 Zie ook Rutjes 2012.

14 Artikel IX Staatsregeling 1798.

15 Artikel X en V Staatsregeling 1798.

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

17 Colenbrander 1908, p. 26.

18 Van Hogendorp 1866, p. 85.

19 Colenbrander 1909, p. 74.

20 Zie ook Te Velde 2012.

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

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

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

21 Art. 53 Gw 1848.

22 Grondwetscommissie 1848, p. 198.

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

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

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

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

27 Zie Nehmelman 2013, p. 135-140.

M. STREMLER

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

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

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

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

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

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

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

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

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

33 Zie ook Boogaard 2018b.

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

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

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

34 MvT, p. 3.

35 MvT, p. 3.

36 MvT, p. 5.

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

38 MvT, p. 7.

39 MvT, p. 8.

40 MvT, p. 8.

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

M. STREMLER

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

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

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

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

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

44 Zie de kritiek van Van Houten 1872.

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

46 Zie ook Te Velde 2012.

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

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

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

3 RECHTSSTAAT

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

M. STREMLER

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

62 Zie Hirsch Ballin 1991a.

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

64 Zie ook Vlemminx 2002.

65 Zie ook Oosterhagen 2000.

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

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

68 Aanvankelijk: ‘de soevereine vorst’.

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

M. STREMLER

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

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

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

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

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

72 Zie Donner 1948, p. 337-362.

73 Zie ook Aerts 2016, p. 56.

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

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

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

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

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

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

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

77 Zie Struycken 1910.

78 Zie uitgebreid Van der Hoeven 1989.

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

80 Zie Van Ommeren 1996 en Voermans 2011.

81 Hirsch Ballin 1991b, p. 164.

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

83 Zie Böhling & Logemann 1966.

M. STREMLER

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

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

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

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

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

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

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

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

88 Zie ook De Jong & Kummeling 2009.

89 Zie reeds Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985.

90 Zie MvT, p. 7.

91 Zie MvT, p. 6 en 9.

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

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

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

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

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

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

94 Zie ook Hirsch Ballin 2019.

95 Zie ook Houwerzijl & Vlemminx 2018.

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

97 Ook de MvT rept er met geen woord over.

M. STREMLER

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

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

4 WAARBORGEN

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

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

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

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

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

102 MvT, p. 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

109 Zie Efthymiou 2019.

110 Van der Tang 1998, p. 181-183

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

M. STREMLER

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

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

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

112 Zie ook Passchier 2020, p. 161.

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

114 Zie ook Hoogers 2007, p. 107.

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

116 Zie Passchier 2018.

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

118 Vergelijk Van Leeuwen 2013.

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

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

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

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

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

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

123 MvT, p. 8.

124 MvT, p. 8.

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

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

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

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

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

M. STREMLER

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

138 Zie Sillen 2020.

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

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

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

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

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

141 Zie Stremmer 2021.

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

143 Artikel 2 VEU.

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

M. STREMLER

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

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

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

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

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

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

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

149 Besselink 2007.

5 SLOT

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

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

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

150 Voor dit onderscheid zie Koopmans 1970.

151 MvT, p. 1-3.

152 Zie ook Van Leeuwen 2013, p. 12.

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

M. STREMLER

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

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

LITERATUURLIJST

AaRvS 2022

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

Aerts 2016

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

Van den Berge 2014

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

¹⁵⁴ Hirsch Ballin 2022, p. 79.

¹⁵⁵ Van der Sluis 2019, p. 138.

¹⁵⁶ Zie ook Roos 2005, p. 91-93.

Besselink 2007

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

Böhtlingk & Logemann 1966

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

Böhtlingk 1958

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

Boogaard 2018a

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

Boogaard 2018b

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

Bovend’Eert & Kummeling 2017

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

Bovend’Eert 2022

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

Breunese 2011

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

Burkens 1976

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

Burkens 1989

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

M. STREMLER

Burkens e.a. 2022

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

Buys 1883

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

BZK 2021

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

Colenbrander 1908

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

Colenbrander 1909

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

Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985

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

Couwenberg 1977

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

Couwenberg 1984

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

Couwenberg 1986

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

Daalder 1995

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

Donner 1948

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

Efthymiou 2019

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

Europese Commissie 2022

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

Van Gennip 2021

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

Gerards 2020

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

Goossens 2020

J. Goossens, ‘Invoering van een algemene bepaling of preambule bij de Nederlandse Grondwet: Looking back and going forward’ in N. Efthymiou e.a. (red.), *De vele facetten van het staatsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. dr. R. de Lange*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, p. 35-56.

Goossens & Kuijvenhoven 2022

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

GRECO 2018

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

M. STREMLER

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

Grondwetscommissie 1848

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

Heringa 1989

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

Hirsch Ballin 1991a

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

Hirsch Ballin 1991b

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

Hirsch Ballin 2019

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

Hirsch Ballin 2022

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

Hirsch Ballin e.a. 2021

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

Van der Hoeven 1958

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

Van der Hoeven 1989

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

Van Hogendorp 1866

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

Hoogers 2007

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

Hoogers 2009

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

Hoogers 2022

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

Van Houten 1872

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

Houwerzijl & Vlemminx 2018

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

Jansen 2008

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

M. STREMLER

De Jong & Kummeling 2009

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

Koole 2021

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

Koopmans 1970

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

Leenknecht e.a. 2010

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

Van Leeuwen 2013

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

Monitoring Committee 2021

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

Nehmelman 2013

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

Van Ommeren 1996

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

Oomen 2022

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

Oosterhagen 2000

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

Oud 1970

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

Passchier 2018

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

Passchier 2020

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

Passchier & Stremler 2016

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

Passchier & Stremler 2023

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

Roos 2005

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

Ruiter 1987

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

Rutjes 2012

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

M. STREMLER

Schlössels e.a. 2022

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

Sillen 2020

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

Van der Sluis 2019

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

Staatscommissie 2010

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

Staatscommissie 2018

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

Stremmer 2018

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

Stremmer 2020

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

Stremmer 2021

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

Struycken 1910

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

Van der Tang 1998

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

Tans 2018

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

Van Vugt 2021

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

Van Vugt 2022

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

Te Velde 2012

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

Venetië-commissie 2021

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

Vlemminx 2002

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

M. STREMLER

Voermans 2011

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

Van Wijk 1959

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

Zoethout 2022

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

DE MODERNISERING VAN ARTIKEL 13 GRONDWET: EEN TECHNIEKONAFHANKELIJKE BESCHERMING VAN HET COMMUNICATIEGEHEIM

*R.H.T. Jansen**

1 INLEIDING

Grondwetsbepalingen sukkelen nogal eens achter technologische ontwikkelingen aan. Meestal levert dat weinig problemen op. Herinterpretatie maakt enig meebewegen met de tijd mogelijk. Als theorie en praktijk echter te ver uiteenlopen, kan een hiaat in de rechtsbescherming ontstaan. Deze problematiek speelt ook bij artikel 13 Grondwet. Van oudsher beschermt het tegen meelesen van brieven door de overheid. In 1983 kreeg de bepaling ‘een faceliff’.¹ Communicatie via de telefoon en de telegraaf werd er ook onder geschaard. Maar het is een bekend euvel: bij wetgeving houdt zo’n op specifieke technologie gerichte ingreep niet heel lang stand. En inderdaad, digitalisering noopte al snel tot een nieuwe moderniseringsoperatie.

Al vóór de millenniumwisseling bestond brede consensus dat de grondwetgever artikel 13 bij de tijd diende te brengen, liefst door het ‘technologieonafhankelijk’ te herformuleren.² Zo zou communicatie over afstand ook in de toekomst beschermd zijn. Toch volgden nog bijna drie decennia gesteggel. Want wat zou deze bepaling nu precies moeten beschermen in het digitale tijdperk? Welke beperkingen zijn toelaatbaar? En welke waarborgen zijn nodig? Adviescommissies, wetenschappers en politici verschilden erover van mening en produceerden een veelheid aan wijzigingsvoorstellen. De grondwetgever heeft de knoop inmiddels doorgesneden. De grondwettelijke bescherming is uitgebreid tot wat nu het ‘brief-

* Mr. drs. R.H.T. (Rowin) Jansen is als docent en promovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht (SteR) en de Interdisciplinary Hub for Digitalization and Society (iHub) van de Radboud Universiteit.

1 De Meij 2001, p. 274.

2 Sommigen gebruiken het begrip ‘techniekneutraal’ of ‘technologieonafhankelijk’. Als ik het goed, betekent dat hetzelfde: wetgeving zonder termen met betrekking tot specifieke technieken of technologieën.

R.H.T. JANSEN

en telecommunicatiegeheim' heet. Deze 'update'³ is langverwacht, maar zeker niet onomstreden.

In deze bijdrage staat de modernisering van artikel 13 Grondwet centraal. De opzet is als volgt. Het eerste deel behandelt de ontwikkelingsgeschiedenis. Ik beschrijf daarin de achtergrond van de bepaling en de voornaamste voorstellen die in de loop der jaren de revue passeerden. Het tweede deel bevat een analyse van de vigerende regeling. Bijzondere aandacht gaat daarbij uit naar het bereik en de beperkingssystematiek. Het derde deel draait om mijn eigen preoccupatie: het nationale veiligheidsdomein. Ik zet daarin de mogelijke gevolgen van de grondwetswijziging voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten uiteen. Tot slot volgt een korte beschouwing over grondwettelijke grondrechten in het digitale tijdperk. Bij dit alles hanteer ik een nationaal perspectief, maar verwijs ik zo nu en dan uiteraard ook naar rechtspraak van de Europese hoven.⁴

Voordat ik het nieuwe artikel 13 doorexerceer, eerst nog iets over de verhouding tot andere grondrechten. Grondwettelijk zit het zo. Artikel 13 is een verbijzondering van artikel 10. Die bepaling opent met een soort paraplu-norm (de bescherming van de persoonlijke levenssfeer),⁵ maar handelt uiteindelijk over één specifiek aspect: persoonsgegevens. Artikel 13 hangt ook nauw met samen met artikel 7.⁶ Het verschil is dit: artikel 7 beschermt de *communicatievrijheid* (het vrij openbaren van informatie), artikel 13 het *communicatiegeheim* (het besloten houden van informatie). Op Europees niveau bieden artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) bescherming aan privécommunicatie.⁷ Qua terminologie lijkt er een subtiel verschil te zijn, omdat die bepalingen reppen van 'communicatie' respectievelijk 'correspondentie'. Het eerste begrip is echter uitdrukkelijk bedoeld als een eigentijds synoniem voor het tweede.⁸

3 Geciteerd uit het persbericht 'Grondwetswijzigingen' (30 maart 2022), raadpleegbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/03/30/grondwetswijzigingen>.

4 Zie voor een analyse van de bescherming van het communicatiegeheim in de Grondwet, het Grondrechtenhandvest en het EVRM Julicher 2019; Koops & Passchier 2020, p. 326-332, en voor een rechtsvergelijkend overzicht Koops, Leenes & De Hert 2008.

5 Voermans 2023, p. 275.

6 Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 36-37.

7 Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 32-36.

8 Toelichtingen bij het Handvest, *PB EU* 2007, C 303/02, p. 17.

2 ONTWIKKELINGSGESCHIEDENIS

2.1 *Codificatie van het briefgeheim*

In de eerste Nederlandse grondwetten ontbrak de notie ‘communicatiegeheim’ of iets van die strekking. Dat veranderde in 1848. Toen codificeerde de grondwetgever, in het voetspoor van het welbekende ‘Negenmannenvoorstel’, het briefgeheim:

Het geheim der aan de post of andere openbare instelling van vervoer toevertrouwde brieven is onschendbaar, behalve op last des regters, in de gevallen in de wet omschreven.⁹

De introductie van dit grondrecht was niet het gevolg van een breed maatschappelijk verlangen noch van parlementair aandringen. Het was Thorbecke geweest die vond dat het briefgeheim net zo onschendbaar diende te zijn als iemands woning, en die zich voor het briefgeheim had ingespannen.¹⁰ Codificatie van dit klassieke grondrecht ‘zal wel geene verdediging behoeven’, zo had het later in het parlement geklonken.¹¹ Menig volksvertegenwoordiger had er vooral mee ingestemd, omdat het briefgeheim in andere Europese landen al grondwettelijk was verankerd.¹²

Ook in latere jaren gaf de grondwetgever weinig nadere duiding aan het briefgeheim. Daardoor ontbrak conceptuele duidelijkheid en rezen vragen over de ratio en de reikwijdte van dit grondrecht.¹³ Gelukkig viel uit de gekozen formulering wel het nodige af te leiden. Eerst en vooral: het ging niet om de inhoud van de boodschap, maar om de vertrouwelijkheid van het communicatiekanaal. Het betrof bovendien een klassiek negentiende-eeuws onthoudingsrecht. De bepaling richtte zich namelijk primair tot de ambtenaren van de Posterijen – een staatsbedrijf – en in het verlengde daarvan tot de autoriteiten, zoals politie en justitie, die over de schouders van postbodes wilden meekijken. Ten derde: de bescherming beperkte zich tot de zogeheten transportfase. Zodra de postbode een brief in de bus van de ontvanger deponeerde, eindigde de grondwettelijke bescherming. Tot slot: dit grondrecht beschermde communicatie van de verzender, niet die van de ontvanger.

⁹ Art. 154 Gw 1848.

¹⁰ Asscher 2002, p. 80-81.

¹¹ *Handelingen* 1847/48, p. 350.

¹² Hofman 1995, p. 109; Steenbruggen 2009, p. 244.

¹³ Zie ook Koops & Passchier 2020, p. 309.

R.H.T. JANSEN

2.2 *Uitbreiding naar het telegraaf- en telefoongeheim*

De bepaling over het briefgeheim bleef lange tijd onveranderd, op hernummering en spelling na. Nieuwe communicatiemiddelen deden intussen wel hun intrede, maar alle pogingen om het briefgeheim te hervormen of uit te breiden sneuvelde.¹⁴ Pas in 1983 waren de geesten er rijp voor. De grondwetgever introduceerde toen het telefoon- en telegraafgeheim. (Ik zou bijna schrijven 'alsnog', want op dat moment was de telegraaf bijna anderhalve eeuw oud en allang weer op zijn retour.) Artikel 13 kreeg daardoor twee leden: één voor het briefgeheim en één voor het telegraaf- en telefoongeheim. De grondwetgever schrapte meteen ook het criterium 'aan de post of andere openbare instelling van vervoer toevertrouwd'.¹⁵ Zo werd het bereik van de bepaling vergroot, waardoor het zich ook uitstreckte tot al te leesgrage directies van gevangenissen, inrichtingen en tehuizen.¹⁶

2.3 *Naar een recht op vertrouwelijke communicatie?*

Niettemin was het probleem dat de gewijzigde bepaling technologieën omarmde die alweer op het beginpunt van verdwijnen stonden.¹⁷ Binnen luttele jaren raakte de telegraaf geheel in onbruik, stagneerde het telefoongebruik en kwam elektronische communicatie op. Vanaf medio jaren negentig zwol de roep om een nieuwe actualiseringsoperatie dan ook aan. In 1997 stelde de regering voor om in artikel 13 een 'recht op vertrouwelijke communicatie' te verankeren.¹⁸ Het proefschrift van Hofman vormde daarvoor de inspiratiebron.¹⁹ De gedachte was dat de grondwettelijke bescherming door een dergelijke benadering niet langer afhankelijk was van de stand van de techniek, en daarom beter zou aansluiten bij de informatiesamenleving en de ontwikkeling van de 'elektronische snelweg'. Als het aan de regering lag, strekte het nieuwe grondrecht zich zelfs uit tot *alle* vertrouwelijke communicatie. Dus niet alleen tot brieven, telefoongesprekken en e-mails, maar ook tot het zogeheten 'live-gesprek' – oftewel een fysiek, mondeling gesprek.

Achteraf gezien bleek het haastwerk te zijn. De regering had afbakeningskwesties nog onvoldoende doordacht. Het voorstel werd dan ook afgeserveerd, zowel in het parlement als in rechtswetenschappelijke kringen.²⁰ Ik geef een korte bloemlezing van de destijds ge-

14 Voor de fijnproever: de grondwetswijziging van 1887, het ontwerp van de Staatscommissie-Heemskerk uit 1912, de Proeve van een nieuwe Grondwet uit 1966, het Tweede Rapport van de Staatscommissie-Cals/Donner uit 1969 en het wetsvoorstel tot herziening van de Grondwet uit 1971.

15 Asscher 2002, p. 80-81.

16 *Kamerstukken II* 1976/77, 13 872, nr. 7, p. 38.

17 Smits 2015, p. 262.

18 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 443, nrs. 1-2.

19 Hofman 1995.

20 Zie m.n. Van Eijk 1997; Dommering 1997; Nieuwenhuis 1998.

noemde bezwaren. Het begrip ‘vertrouwelijke communicatie’ zou te vaag zijn en – zeker in een land zonder constitutionele toetsing – leiden tot rechtsonzekerheid. Het voorstel zou het (elektronisch) briefgeheim uithollen, omdat een rechterlijke last niet meer in alle gevallen verplicht was. De verhouding tot de algemene privacy-bepaling, artikel 10, zou zoekraken. *Last but not least*: beeldinformatie, faxen en e-mails zouden buiten de boot vallen, terwijl het voorstel er juist op gericht was om de bepaling beter te laten aansluiten bij zulke nieuwe technologische ontwikkelingen.²¹

In de Tweede Kamer volgde dan ook een ‘amendmentencarrousel’.²² Men herintroduceerde in feite de klassieke, techniekafhankelijke benadering. Het danig vertimmerde voorstel zag namelijk niet langer op ‘een recht op vertrouwelijke communicatie’, maar op ‘het brief-, telefoon- en telegraafgeheim en het geheim van daarmee vergelijkbare communicatietechnieken’. De Eerste Kamer vond dat zo’n omstrede wijziging er niet onder tijdsdruk door mocht worden gejaagd en hield het voorstel aan.

2.4 *Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk*

Om een doorbraak te forceren, stelde de regering de Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk in.²³ Deze commissie-Franken zocht heil in de volgende formulering: ‘Ieder heeft recht vertrouwelijk te communiceren’. De toepassing van dit recht in een concrete situatie zou moeten worden beoordeeld aan de hand van ‘een functioneel vertrouwelijkheids criterium, te weten op basis van feiten waaruit voor een ander objectief kan worden afgeleid dat de subjectieve wil van de verzender op vertrouwelijkheid is gericht’. Voorbeelden daarvan zouden kunnen zijn: een gesloten envelop, encryptie of het opschrift ‘vertrouwelijk’. Idealiter strekte de bescherming zich ook uit tot het live-gesprek, want door de ontwikkeling van richtmicrofoons was het steeds eenvoudiger geworden voor de autoriteiten om dergelijke gesprekken te onderscheppen.²⁴

Met dit steuntje in de rug kon het eerdere voorstel weer van de plank worden gehaald. En zo geschiedde. De bewindslieden legden de eerdere kritieken naast zich neer en produceerden opnieuw een voorstel ter verankering van een recht op vertrouwelijke communicatie. Om te voorkomen dat het grondrecht te zeer zou verwateren, strekte het zich niet uit tot het live-gesprek.²⁵ De Raad van State bleek allesbehalve gecharmeerd van het voorstel.

21 Van Eijk 1997, p. 1554-1555.

22 Koops & Passchier 2020, p. 304.

23 *Kamerstukken II* 1998/99, 25 443, nr. 40d.

24 Commissie-Franken 2000, p. 161-169. Zie voor een kritische bespreking Asscher 2000.

25 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 2, p. 40.

R.H.T. JANSEN

Hij waarschuwde ‘tegen het zo onbepaald maken van een traditioneel veel strikter omschreven grondrecht’.²⁶ Wederom luidde de kritiek: het begrip ‘vertrouwelijke communicatie’ is te vaag en biedt te weinig rechtsbescherming. Soortgelijke bezwaren hadden in de vakliteratuur ook al geklonken, vooral vanuit de ‘Amsterdamse School’.²⁷ Asscher had zelfs gewaarschuwd voor ‘een Trojaans hobbelpaard’ en verzucht:

‘Bij artikel 13 Grondwet doemt bovendien een beeld op van een Sisyphus die telkens weer het rotsblok van de vertrouwelijke communicatie omhoogduwt. Het is om moedeloos van te worden.’²⁸

Na het advies van de Raad van State volgde een radiostilte. Van uitstel kwam uiteindelijk afstel. De regering maakte het voorstel nooit aanhangig bij het parlement.

2.5 *Staatscommissie Grondwet*

In 2009 werd een nieuwe poging gewaagd. De regering riep een Staatscommissie Grondwet in het leven. Zij belastte deze staatscommissie-Thomassen met een onderzoek naar wenselijke herzieningen van de Grondwet.²⁹ Bijzondere aandacht diende daarbij uit te gaan naar het thema ‘grondrechten in het digitale tijdperk’.³⁰ Net als de regering en de commissie-Franken wilde de staatscommissie-Thomassen onder meer artikel 13 ombouwen tot ‘een recht op vertrouwelijke communicatie’. Volgens het meerderheidsvoorstel vielen daaronder traditionele én nieuwe vormen van communicatie, het live-gesprek inclusief.³¹ De stelregel zou moeten worden: als getransporteerde communicatie eenmaal is ontvangen, vervalt de bescherming onder artikel 13 en resteert het beschermingsregime van artikel 10 (persoonlijke levenssfeer) of artikel 12 (woningbescherming).³²

26 Advies Raad van State 24 januari 2002, p. 3.

27 Zie Asscher 2000; Dommering 2000; De Mulder 2000; De Meij 2001. Vgl. Nouwt e.a. 2000; Schutgens 2011, p. 209-210. De term ‘Amsterdamse school’ is afkomstig uit Koops & Passchier 2020, p. 310 en 316.

28 Asscher 2000, p. 233.

29 De samenstelling is stevig bekritiseerd, omdat de staatscommissie grotendeels uit academici bestond en politieke zwaargewichten ontbraken. In Verhey 2010 viel zelfs de kwalificatie ‘doodgeboren kind’.

30 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 570, nr. 8; Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 13.

31 Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 85-86. Eén lid huldigde een afwijkend standpunt, zie p. 88 en 149-153.

32 Met dien verstande dat de staatscommissie-Thomassen artikel 10 Grondwet wilde versterken.

2.6 Naar een brief- en telecommunicatiegeheim?

De staatscommissie-Thomassen kwam met prikkelende, grondig onderbouwde aanbevelingen.³³ De regering deed er echter maar weinig mee. Zij achtte het actualiseren van het artikel 13 ‘het meest prangend’, omdat die bepaling ‘inmiddels het meest lang politieke en juridische discussie opleverde’.³⁴ Na een tijdlang te hebben geijverd voor ‘een recht op vertrouwelijke communicatie’, werd nu een iets andere insteek gekozen. In 2012 ging een voorstel over het ‘brief- en telecommunicatiegeheim’ in consultatie. Het doel was het ‘anachronistisch’ geworden artikel 13 toekomstbestendig te maken. Niets doen was geen optie meer, zo constateerde de regering. Volstaan met een ruimere uitleg evenmin. Nieuwe technologieën konden per slot van rekening ‘enkel op gekunstelde wijze – door extensieve interpretatie – en dan nog steeds tot op zekere hoogte’ onder artikel 13 worden gebracht.³⁵

Volledige herijking van de bepaling was door de opmars van het internet dus nodig en zelfs ‘dringend gewent’.³⁶ Maar hoe? De regering zag de aan specifieke communicatiemiddelen gebonden benadering van artikel 13 als hét probleem. Die benadering zou namelijk in de weg staan aan de normatieve betekenis van de bepaling voor de wetgever en de rechter, zou leiden tot ‘netelige interpretatievraagstukken’ en zou kunnen leiden tot inconsistenties in de rechtsbescherming. Overstappen op een techniekonafhankelijke benadering diende ‘het rechtsbelang dat achter artikel 13 schuilgaat, namelijk het privé kunnen communiceren’ waarschijnlijk het best, zo redeneerde de regering.³⁷ De bewindslieden wilden een generieke vorm van bescherming introduceren (het telecommunicatiegeheim), maar tegelijkertijd het briefgeheim behouden. Dat is begrijpelijk. Bij een brief is immers geen sprake van elektronische communicatie, dus verzekerd moest worden dat deze communicatievorm niet onbeschermd zou raken.

De Raad van State was ditmaal positiever. Hij onderschreef het streven om de grondwettelijke bescherming te verbreden naar alle vormen van elektronische communicatie, maar bekritiseerde de voorgenomen gelijkschakeling van het brief- en het telecommunicatiegeheim. De briefbescherming dreigde te worden afgezwakt.³⁸ De crux was dat beperkingen tot dan toe enkel toelaatbaar waren op last van de rechter, maar dat het communicatiegeheim onder het nieuwe regime ‘door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn

33 Zie over de grondrechtenparagraaf o.a. Peters & Boogaard 2010; Koops 2011; Meuwese 2011; Nehmelman 2011; Schutgens 2011; Verhey 2011.

34 *Kamerstukken II* 2011/12, 31 570, nr. 20, p. 8.

35 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 3.

36 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 4.

37 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 6.

38 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 4, p. 3.

R.H.T. JANSEN

aangewezen' (lees: ook door niet-rechters) zou mogen worden begrensd als de nationale veiligheid in het geding was. Vanwege de toenemende convergentie van communicatiemiddelen wilde de regering niet meegaan in deze kritiek.³⁹ Voor de goede orde: ook de commissie-Franken en de staatscommissie-Thomassen vonden in dit soort gevallen een rechterlijke machtiging niet per se nodig.⁴⁰

2.7 Grondwetswijziging

Ondanks de kanttekeningen van de Raad van State zette de regering door. Na ampel be raad en vergeefse amenderingspogingen nam het parlement het regeringsvoorstel in eerste lezing aan.⁴¹ Medio vorig jaar passeerde het de tweede lezing.⁴² Op 30 augustus 2022 trad de grondwetswijziging terstond na de bekendmaking in werking.⁴³ Sindsdien luidt artikel 13 Grondwet:

1. Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn brief- en telecommunicatiegeheim.
2. Beperking van dit recht is mogelijk in de gevallen bij de wet bepaald met machtiging van de rechter of, in het belang van de nationale veiligheid, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

Hoewel de commissie-Franken en de staatscommissie-Thomassen nadrukkelijk hadden geadviseerd om ook enkele andere gedateerde grondwetsformuleringen bij de tijd te brengen, bleef het hierbij – helaas. De regering verwees de voorstellen tot wijziging van artikel 7 en artikel 10 naar de prullenbak. Zonder noemenswaardige argumentatie: er was op dat moment kennelijk 'weinig meerwaarde' ten opzichte van de huidige grondwetsformuleringen en de verdragsrechten, en het was 'niet het juiste moment' om de Grondwet op die punten te wijzigen.⁴⁴

3 POSITIEFRECHTELIJKE ANALYSE

Uit de zojuist beschreven discussie blijkt dat er in wezen twee wijzigingsopties voor artikel 13 waren. De grondwetgever kon kiezen tussen een formeel omschreven criterium

39 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 4, p. 4-5; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 2. Met 'convergentie' wordt enerzijds bedoeld op het samensmelten van verschillende communicatietechnieken en anderzijds op het vervangen van de grenzen tussen verschillende communicatiefuncties en -diensten. Vgl. Roorda 2017, p. 220.

40 Commissie-Franken 2000, p. 162; Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 86.

41 *Handelingen II* 2016/17, nr. 69, item 11; *Handelingen I* 2016/17, nr. 34, item 4; *Stb.* 2017, 334.

42 *Handelingen II* 2021/22, nr. 68, item 13; *Handelingen I* 2021/22, nr. 36, item 11; *Stb.* 2022, 334.

43 Art. 139 Gw.

44 *Kamerstukken II* 2011/12, 31 570, nr. 20, p. 7-8.

(bescherming voor communicatie via een bepaald middel) en een materieel omschreven criterium (bescherming voor vertrouwelijke communicatie als zodanig). Voor beide opties viel iets te zeggen. En, zoals Schutgens terecht constateert:

‘Geen van beide (typen) criteria is een garantie voor een blijvend niveau van rechtsbescherming: een formeel criterium bevat een ‘gat’ omdat vertrouwelijke communicatie die toevallig in de verkeerde vorm geschiedt, van bescherming verstoken blijft; voor een materieel criterium geldt dat de bescherming die het biedt afhankelijk is van een nadere afweging, die in de loop der jaren kan ‘eroderen’.⁴⁵

Het nieuwe artikel 13 Grondwet beschermt het brief- en telecommunicatiegeheim. Uit deze formulering blijkt dat het de grondwetgever nog altijd te doen is om wat men ‘kanaalbescherming’ kan noemen. In andere woorden: om de bescherming van middellijke communicatie. Daar pleit ook wel wat voor. Ten opzichte van ‘het recht op vertrouwelijke communicatie’ heeft ‘het brief- en telecommunicatiegeheim’ het voordeel van een duidelijkere afbakening en betere aansluiting bij de historische achtergrond van de bepaling.⁴⁶ Het bereik van de bepaling is bovendien zodanig verruimd, dat er onder de streep vrij veel vertrouwelijke communicatie door wordt afdekt. Ik licht dat toe.

3.1 *Definities*

Elders is beschreven wat al dan niet kwalificeert als een brief.⁴⁷ Ik volsta hier met de vaststelling dat de Postwet voortaan leidend is voor de grondwetinterpretatie.⁴⁸ Grondwettelijk gezien is een brief dus ‘de op een fysieke drager aangebrachte geadresseerde schriftelijke mededeling’.⁴⁹

Dan ‘telecommunicatie’. Grondwettelijk gezien is dit begrip nieuw. Toch doet het archaisch aan. De keuze voor dit begrip is in die zin opvallend, dat er twee alternatieven voorhanden waren: ‘elektronische communicatie’ en ‘communicatie’. Het eerste zou, gelet op de huidige stand van de techniek, accurater zijn geweest;⁵⁰ het tweede qua grondrechtenbe-

45 Schutgens 2011, p. 209.

46 Koops 2011, p. 177; Groothuis & Loof 2014, p. 136.

47 Zie o.a. Asscher 2002, p. 84-85; Steenbruggen 2009, p. 250-251 met nadere literatuurverwijzingen aldaar.

48 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 9.

49 Artikel 2 lid 1 onder a Postwet 2009. De definitie is ontleend aan artikel 2 onder 7 Richtlijn 97/67/EG van 15 december 1997 (Postrichtlijn), nadien gewijzigd bij Richtlijn 2008/6 van 20 februari 2008, *PbEU* 2008, L 52.

50 Dommering 2013, p. 382.

R.H.T. JANSEN

scherming optimaal dekkend.⁵¹ De grondwettelijke definitie van ‘telecommunicatie’ wijkt ook af van wat in specifieke regelgeving gangbaar is. De grondwetgever verstaat onder dit begrip ‘het overbrengen van informatie op afstand, ongeacht de gebruikte overdrachtsmiddelen.’⁵² In nationale-, Europese- en internationale telecommunicatieregelgeving is het daarentegen gebruikelijk enkel ‘elektronische communicatie’ te beschermen. De grondwetgever wilde die definitie niet overnemen uit vrees voor veroudering: ‘hoewel dit naar de huidige stand van de wetenschap niet waarschijnlijk is, kan immers niet worden uitgesloten dat in de toekomst ook niet-elektronische communicatiemiddelen tot wasdom komen.’⁵³ Zekerheidshalve is in de toelichting beklemtoond dat de nieuwe grondwettelijke definitie niet in tegenspraak is met specifieke wet- en regelgeving, maar juist een ruimer bereik heeft.⁵⁴

Het woord ‘communicatie’ in ‘telecommunicatie’ impliceert dat sprake moet zijn van interactie tussen twee of meer partijen.⁵⁵ Bij het invoeren van gegevens voor eigen gebruik in de computer is het simpel. Omdat er geen andere actor of entiteit in het spel is, biedt artikel 13 geen bescherming. Bij conceptberichten zit het volgens de grondwetgever zo: ‘Uit een actie, welke zichtbaar is voor de transporteur van de communicatie’ moet blijken dat sprake is van communicatie; ‘daarvan kan bijvoorbeeld al sprake zijn bij de opslag van een conceptbericht in een webmailbox.’⁵⁶ Een conceptbericht dat is opgeslagen in een webmailbox valt daarom wel onder het bereik van artikel 13; een conceptbericht op de harde schijf van een computer niet.⁵⁷ Voor het overige legt de grondwetgever ‘communicatie’ zeer ruim uit. Het mag gaan om gevoelens, gedachten, gegevens, (feitelijke) informatie én bestanden. Het begrip omvat zowel tekst als beeld en geluid.⁵⁸ Conform het adagium ‘geen boodschap aan de boodschap’ is evenmin relevant of de communicatie persoonlijk of zakelijk van aard is.⁵⁹

3.2 Reikwijdte

Of het brief- en telecommunicatiegeheim in een concreet geval van toepassing is, moet volgens de grondwetgever worden beoordeeld aan de hand van drie cumulatieve criteria:

51 Vgl. Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 85-87.

52 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 9.

53 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 10.

54 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 10.

55 Dit knoopt aan bij de vigerende strafvorderlijke definitie: ‘de uitwisseling van berichten tussen twee of meer personen’. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 36.

56 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 11.

57 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 11-12.

58 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 12.

59 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 12.

(I) het gebruik van een communicatiemiddel, (II) het toevertrouwen van communicatie aan een derde en (III) het ‘gericht’ zijn van de communicatie.⁶⁰ Ik zal de betekenis van deze drie criteria kort duiden.

Er moet sprake zijn van een door een derde beheerd communicatiemiddel. Welk middel precies, is niet relevant. Het live-gesprek valt daarmee buiten de reikwijdte van deze bepaling.⁶¹ Sommigen vinden dit een gemiste kans om artikel 13 Grondwet beter te laten aansluiten bij de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) over artikel 8 EVRM.⁶² Toch is de keuze van de grondwetgever verdedigbaar. In een tijd waarin heimelijke observatie betrekkelijk eenvoudig te realiseren is, zijn er natuurlijk goede redenen om zulke gesprekken te beschermen, maar daarbij speelt wel een ander type kwetsbaarheid. Waar iemand bij getransporteerde communicatie de beschikkingsmacht afstaat aan een derde, houdt hij die bij onmiddellijke communicatie zelf: hij kan zachter spreken, de deur dichtdoen, via geluiden eventuele afuisterapparatuur storen, enzovoort.⁶³ Het live-gesprek is bovendien niet onbeschermd, nooit geweest ook. Een gesprek in de openbare ruimte valt immers onder artikel 10 Grondwet en in de huiselijke sfeer onder artikel 12 Grondwet.

Voorheen was het Staatsbedrijf der Posterijen, Telegrafie en Telefonie, kortweg ‘de PTT’, de enige normadressaat van wat nu artikel 13 is. Door de afschaffing van het overheidsmonopolie en de marktliberalisering zijn in de loop der jaren veel meer aanbieders toegetreden tot de communicatiemarkt. Het bereik van artikel 13 is dan ook aanzienlijk uitgedijd. Het nieuwe grondwettelijke regime is van toepassing op berichten die zijn toevertrouwd aan aanbieders van publieke communicatiediensten, van niet-openbare communicatiediensten (zoals bedrijfsnetwerken) én van private communicatiediensten.⁶⁴ Dat lijkt mij, gelet op de gewijzigde marktomstandigheden, volkomen terecht.

Anders dan men wellicht verwacht, is de gerichtheidseis weinig beperkend van aard. Zolang de ontvangers individueel herleidbaar zijn, geldt er volgens de grondwetgever geen maximaantal.⁶⁵ Als ‘ontvanger’ kunnen niet alleen natuurlijke personen, maar ook organisaties, instellingen en apparaten worden aangemerkt.⁶⁶ Om het te concretiseren: een *realtime* tv-uitzending of een podcast is géén gerichte communicatie, een e-mail of een

60 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 12-17.

61 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 13 en 15.

62 Julicher 2019, m.n. p. 139-140 en 157-158; Voermans 2023, p. 285.

63 Koops 2011, p. 178; Koops & Passchier 2020, p. 319-320.

64 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 13. Zie kritische opmerkingen daarover in Prins 2013.

65 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 16-17.

66 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 16.

R.H.T. JANSEN

‘direct message’ via sociale media wél. Saillant is overigens dat ook spam, hoewel irritant en soms schadelijk,⁶⁷ grondwettelijke bescherming geniet.⁶⁸

3.3 *Transport én opslag*

Het nieuwe artikel 13 ziet niet louter meer op de transportfase. Het biedt ook bescherming aan de opslag van informatie voorafgaand, tijdens of na afloop van het transport. Daar ligt de volgende overweging aan ten grondslag: bij digitale communicatie is zowel bij de verzending als bij de opslag een derde betrokken, waardoor de verzender geen exclusieve controle heeft over het bericht en de communicatie dus zonder zijn medeweten kan worden doorgegeven aan de overheid.⁶⁹ Deze uitbreiding is een verstandige zet. Door de komst van hosting providers en cloudtechnologie wordt communicatie namelijk in toenemende mate door meerdere partijen opgeslagen en verwerkt. Het gevolg van deze uitbreiding is dat berichten die zijn opgeslagen in een voicemailbox van een telefonieaanbieder of in een mailbox van een webmaildienst nu grondwettelijke bescherming genieten. Datzelfde geldt voor geopende mails, persoonlijke berichten via sociale media en voor in een *cloud* opgeslagen gegevens. Maar let wel: zodra de derde het beheer over de opgeslagen gegevens verliest, stopt ook de bescherming onder dit regime.⁷⁰

3.4 *Verkeersgegevens*

Een steeds terugkerend twistpunt in de discussie over artikel 13 is de bescherming van zogeheten ‘verkeersgegevens’, tegenwoordig ook wel ‘metadata’ genoemd.⁷¹ Dat soort gegevens heeft betrekking op de totstandkoming, de duur en het tijdstip van de communicatie. Lange tijd was het gebruikelijk te differentiëren tussen de inhoud en de verkeersgegevens. Men redeneerde: de inhoud is gevoeliger dan verkeersgegevens en behoeft dan ook méér bescherming. In het papieren tijdperk hield die argumentatie ook stand. Vanuit technisch oogpunt is zij echter problematisch geworden.⁷² Ik licht dat zo toe, maar werp eerst nog een blik op de grondwetsgeschiedenis.

67 Zie Roorda 2017, p. 219.

68 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 16.

69 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 10.

70 Vgl. Julicher 2019, p. 137.

71 Zie voor een uitgebreide technische en juridische analyse Koops & Smits 2014.

72 Koops 2013; Commissie-Jones-Bos 2021, p. 60-61. De wetgever onderkent dat ook in *Kamerstukken II* 2016/17, 34 588, nr. 3, p. 207.

Verkeersgegevens vielen oorspronkelijk niet onder het regime van artikel 13 Grondwet. *In concreto*: dat wat in een envelop zat werd beschermd, alle informatie op de buitenkant niet.⁷³ Het regeringsvoorstel uit de jaren negentig bracht daar geen verandering in, met als redenering dat het nu eenmaal niet ging om de inhoud van communicatie.⁷⁴ De Tweede Kamer floot daarna de regering terug. Verkeersgegevens dienden alsnog onder dit beschermingsregime te worden geschaard, omdat zij wel degelijk ‘intrinsiek onderdeel van de vertrouwelijkheid van communicatie’ zouden zijn.⁷⁵ Als gezegd, het geamendeerde voorstel strandde in de senaat. De commissie-Franken en de staatscommissie-Thomassen redeneerden vervolgens in lijn met het regeringsstandpunt: het is niet noodzakelijk en praktisch onwerkbaar om verkeersgegevens binnen de reikwijdte van artikel 13 te brengen, al was het maar omdat dan voor elke opvraging van verkeersgegevens rechterlijke toestemming nodig is.⁷⁶ Helemaal onbeschermd waren verkeersgegevens ook niet, zo merkten de commissies op. Verkeersgegevens zouden als ‘persoonsgegevens’ onder de – eenvoudiger te beperken – privacybescherming van artikel 10 kunnen worden geschaard.⁷⁷

De grondwetgever koos een middenweg. Verkeersgegevens die de inhoud van communicatie betreffen krijgen wél bescherming van het nieuwe artikel 13, alle andere niet. De wetgever en de rechter zullen de begrenzing nader vorm moeten geven.⁷⁸ Ongetwijfeld zal dus nog discussie ontstaan over de vraag of een bepaald verkeersgegeven betrekking heeft op de inhoud (of niet). De door de grondwetgever gekozen benadering doet gekunsteld aan en is in zoverre opmerkelijk, dat de Europese hoven *alle* verkeersgegevens onder het bereik brengen van artikel 8 EVRM.⁷⁹ Ze doen dat met reden. De grens tussen inhoud en verkeersgegevens is allang niet meer zomaar te trekken.⁸⁰ Hét voorbeeld in juridische kringen is de onderwerpregel bij een email-bericht. Dat is in technische zin een verkeersgegeven, maar zegt veelal toch (ook) iets over de inhoud.⁸¹ Daar komt nog iets bij. De hoeveelheid verkeersgegevens is de afgelopen jaren fors toegenomen. Zulke gegevens lenen zich ook bij uitstek voor automatische verwerking.⁸² Vandaag de dag kunnen verkeersgegevens dan ook een gedetailleerd beeld geven van iemands communicatie- en ver-

73 Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 4, p. 8-9.

74 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 443, nr. 3, p. 43.

75 *Kamerstukken II* 1995/87, 25 443, nr. 13.

76 Commissie-Franken 2000, p. 160; Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 89.

77 Met dien verstande dat de Staatscommissie-Thomassen ook deze bepaling wilde versterken.

78 Zie ter toelichting *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 17-25.

79 Julicher 2019, p. 141-144; Voermans 2023, p. 284.

80 Zie m.n. Koops 2013; Prins 2013; Dommering 2013, p. 381; Groothuis & Loof 2014, p. 143; Koops & Smit 2014; Commissie-Jones-Bos 2021, p. 61.

81 Prins 2013, p. 71. Zie voor enkele grijze gebieden Koops 2013, p. 19-30.

82 Zie over de fenomenen metadata-analyse en geautomatiseerde data-analyse Oerlemans 2020; Commissie-Jones-Bos 2021, p. 69-78.

R.H.T. JANSEN

plaatsingspatronen.⁸³ Al met al is de nieuwe grondwettelijke constructie allicht onhoudbaar: zij sluit in onvoldoende mate aan bij de technische praktijk, zal in veel gevallen juridisch niet goed toetsbaar zijn en lijkt ook niet in de pas te lopen met Europese jurisprudentie.

3.5 *Beperkingssystematiek*

De grondwettelijke bescherming is niet absoluut. Artikel 13 staat beperkingen toe ‘in de gevallen bij de wet bepaald met machtiging van de rechter of, in het belang van de nationale veiligheid, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen’. De combinatie van het wet- én machtigingsvereiste vormt een soort dubbel slot op de deur.⁸⁴ Kort en goed: rechterlijke autorisatie is de hoofdregel, niet-rechterlijke autorisatie de uitzondering. Achter dit onderscheid gaat een spanningsveld schuil tussen de ministeries van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Defensie enerzijds en het ministerie van Justitie anderzijds. De eerstgenoemde departementen hebben gepoogd enige bestuurlijke ruimte te behouden voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.⁸⁵ Ik start hier met de hoofdregel en behandel de uitzondering in de volgende paragraaf.

Vanaf de eerste codificatie van het briefgeheim is voor een inbreuk een rechterlijke last vereist. Pas later raakten de termen ‘machtiging’ of ‘toestemming’ in zwang. In 1983 zag de grondwetgever ervan af zo’n rechterlijke last ook verplicht te stellen voor beperkingen op het telefoon- en telegraafgeheim. Die beperkingen waren toegestaan ‘door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen’. In de jaren daarna groeide onder privacyvoorvechters het verzet tegen deze tamelijk arbitraire tweedeling. Waarom zou niet elke beperking een rechterlijke machtiging behoeven? En bovendien, hoe pasten sms’jes in deze systematiek? Zijn dat ‘brieven’ of zijn dat via telefoon overgedragen gegevens? Alle kritiek ten spijt, weigerde de regering mee te buigen. Zij vond en bleef om rechtspolitieke redenen vinden dat het aanwijzen van de tot beperking bevoegde autoriteit aan de wetgever behoorde te worden overgelaten.⁸⁶

Begin jaren tien van deze eeuw draaide de regering bij. De grondwetgever opteerde uiteindelijk voor ‘één regime van beperkingsmogelijkheden van het brief- en telecommunicatiegeheim, zonder onderscheid tussen de gebruikte communicatiemiddelen, in combinatie

⁸³ Asscher 2002, p. 245; Steenbruggen 2009, p. 351.

⁸⁴ Voermans 2023, p. 285.

⁸⁵ Vgl. Dommering 2013, p. 384-385.

⁸⁶ De regering stelde zich aanvankelijk op dit standpunt en werkte dit uit in het voorstel uit 1997, maar kwam daar na parlementair aandringen op terug. Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 443, nr. 6.

met een ander regime voor beperkingen in het belang van de nationale veiligheid.⁸⁷ De formele wetgever mag dus bepalen in welke gevallen beperkingen toelaatbaar zijn. Delegatie is niet mogelijk. Legitieme beperkingsgronden zijn, zo is opgemerkt in de memorie van toelichting, het voorkomen, opsporen en vervolgen van strafbare feiten of het beschermen van de nationale veiligheid.⁸⁸ Een nader materieel toetsingskader ontbreekt. De grondwetgever vond het overbodig om uitdrukkelijk te bepalen dat een inbreuk proportioneel, subsidiair en noodzakelijk moet zijn, omdat het EVRM daar al toe verplicht en omdat geen enkel ander grondwettelijk grondrecht met zoveel woorden een dergelijke eis stelt.⁸⁹

4 NATIONALE VEILIGHEID

Het beschermingsniveau van artikel 13 is in algemene zin verhoogd. Bij inbreuken is rechterlijke toestemming voortaan in beginsel verplicht.⁹⁰ Die eis geldt dus niet langer uitsluitend voor het openen van brieven of het aftappen van telefoongesprekken. Dat is winst. Maar er hoort een kanttekening bij. In één opzicht is het regime minder streng dan voorheen. In het belang van de nationale veiligheid mag het brief- en telecommunicatiegeheim ook worden beperkt zonder rechterlijke last. Sommigen vinden dat een bezwaarlijke afzwakking van dit grondrecht,⁹¹ temeer nu geheel aan de wetgever is overgelaten wanneer de ‘nationale veiligheid’ in het geding is.⁹² Om deze kritiek te doorgronden ga ik hier achtereenvolgens in op het begrip ‘nationale veiligheid’, op recente rechtspraak van het EHRM over dit onderwerp en op het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

4.1 Begrip

In 2022 heeft het doelcriterium ‘nationale veiligheid’ een plek gekregen in artikel 13. Dat is een noviteit. Toch ontbreekt een concretisering ervan. Volgens de grondwetgever is dat onnodig, omdat het EHRM het begrip uitwerkt in de rechtspraak over artikel 8 EVRM, ‘hoezeer ook op basis van casuïstiek’.⁹³ De bestaande jurisprudentie laat echter zien dat het hier niet gaat om een vastomlijnd concept. Zoals de grondwetgever zelf opmerkt: ‘Zo kan de nationale veiligheid in het geding zijn in geval van het schenden van staats- en militair-

87 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 22-23.

88 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 22. Zie over de strafrechtelijke brievenbescherming Koops 2003.

89 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 225-26 en 31. Vgl. Julicher 2019, p. 147-148.

90 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 23.

91 Zie o.m. *Kamerstukken II* 2013/14, 33989, nr. 4.

92 Dommering 2013, p. 385.

93 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 30.

R.H.T. JANSEN

re geheimen, het oproepen tot het gebruik van geweld, het verrichten van terroristische activiteiten en de publicatie van geschriften die schade kunnen toebrengen aan het functioneren van de staatsveiligheidsdienst.⁹⁴ Ook op cybersecurityterrein is in toenemende mate sprake van het vervullen van overheidstaken in het belang van de nationale veiligheid.⁹⁵

In de loop der jaren is van verschillende kanten geageerd tegen het begrip ‘nationale veiligheid’ als doelcriterium. Critici vinden het begrip vaag en stellen dat het in onvoldoende mate een normatief kader kan bieden voor de beperking van grondrechten.⁹⁶ De grondwetgever pareert deze kritiek als volgt: het begrip ‘nationale veiligheid’ omvat *de facto* alle werkzaamheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en is dus wel degelijk begrensbaar.⁹⁷ Nederland heeft twee van zulke diensten: de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (MIVD). De rechtsgrondslag voor hun activiteiten is de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017). Uit de daarin neergelegde taakomschrijving volgt dat de diensten per definitie handelen in het belang van de ‘nationale veiligheid’.⁹⁸ Qua afbakening schieten we met deze vingerwijzing van de grondwetgever maar weinig op, want ook in de Wiv-context is het gebruikelijk ‘nationale veiligheid’ ruim uit te leggen.⁹⁹

Conceptueel is er nog een ander probleem. In de praktijk blijkt nationale veiligheid nogal eens te overlappen met andere doelcriteria, zoals het voorkomen van strafbare feiten of het handhaven van de openbare veiligheid.¹⁰⁰ Zo is terrorismebestrijding niet alleen een aangelegenheid van inlichtingen- en veiligheidsdiensten, maar ook van politie en justitie. Julicher wijst erop dat er dan onduidelijkheden kunnen ontstaan over het toetsingsregime: geldt in dit type gevallen het ‘gewone’ vereiste van een rechterlijke toets of neemt het regime van de nationale veiligheid de overhand en is machtiging van een andere instantie voldoende?¹⁰¹

Hoe men het ook wendt of keert, het begrip ‘nationale veiligheid’ is dus niet goed afgebakend. Het laat zich waarschijnlijk ook niet goed afbakenen, zelfs niet door het EHRM.

94 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 30-31.

95 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 31.

96 Dommering 2013, p. 383-385; Julicher 2019, p. 147 en 156; Koops & Passchier 2020, p. 334

97 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 31.

98 Artikel 8 (AIVD) en artikel 10 (MIVD) Wiv 2017.

99 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1999/00, 25 877, nr. 8, p. 18-21; *Kamerstukken II* 1999/00, 25 877, nr. 9, p. 13-16; *Kamerstukken II* 1999/00, 25 877, nr. 14, p. 6-8 en 14-24; *Kamerstukken II* 1999/00, 25 877, nr. 15, p. 4-5; *Kamerstukken II* 1999/00, 25 877, nr. 58, p. 31-33; *Kamerstukken II* 2016/17, 34 588, nr. 3, p. 19-21.

100 *Kamerstukken II* 2000/01, 25 877, nr. 14, p. 17.

101 Julicher 2019, p. 147.

Nationale veiligheid is uit de aard der zaak amorf. Wat geldt als een dreiging voor de nationale veiligheid is nu eenmaal sterk tijdgebonden en contextafhankelijk. En, al zou dat conceptueel handiger zijn, de bovengrens (daar waar nationale veiligheid overgaat in strafrecht) is niet altijd simpel te trekken. Dat de grondwetgever de taakomschrijving van de diensten richtinggevend acht voor de interpretatie van artikel 13, en ‘nationale veiligheid’ dus institutioneel benaderd, is mijns inziens dan ook begrijpelijk en verdedigbaar.

De conceptuele flexibiliteit veroorzaakt vermoedelijk ook weinig problemen. Ja, het risico bestaat dat de wetgever ‘nationale veiligheid’ allengs ruimer uitlegt en zaken als het ware uit het hoofregelregime naar dat van de uitzondering trekt. Maar dat lijkt toch vooral een theoretisch gevaar. Niet alleen dwingt de grondwetgever bij de begripsuitleg tot zoveel mogelijk aansluiting bij de EHRM-rechtspraak, maar ook zal de formele wetgever moeten opereren binnen de verdragsrechtelijke randvoorwaarden en dient hij elke wettelijke beperking op het brief- en telecommunicatiegeheim sowieso te onderwerpen aan de materiele toets van artikel 8 EVRM.¹⁰²

4.2 *Recente jurisprudentie van het EHRM*

Ik sla even een zijpad in. De inrichting van het nationale veiligheidsdomein is in belangrijke mate een aangelegenheid van de nationale wetgever. Dat is altijd al zo geweest. Toch neemt ook hier, zoals in zoveel domeinen, de Europese invloed toe, vooral via EVRM-rechtspraak.¹⁰³ Recent wees de Grote Kamer van het EHRM arrest in *Big Brother Watch e.a.* en *Centrum för Rättvisa*.¹⁰⁴ Dat zijn *landmark cases*. Bestaande lijnen uit de jurisprudentie over de bevoegdheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten zijn erin samengebracht, bestendigd en uitgewerkt. In casu ging het in het bijzonder om het op grote schaal onderscheppen van communicatie en verkeersgegevens. Het probleem van zulke ‘bulkdata’ is

¹⁰² Vgl. Verhey 2011, p. 166.

¹⁰³ Nationale veiligheid’ is op grond van artikel 4 lid 2 Verdrag betreffende de Europese Unie uitdrukkelijk uitgesloten van de reguleringscompetentie van de Europese Unie. De Raad van Europa heeft recent het Protocol tot wijziging van het Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, kortweg ‘Conventie 108+’, tot stand gebracht. Dat verdrag treedt binnenkort in werking. Zie over de nationaalrechtelijke implicaties de brief van de TIB en de CTIVD aan de Tweede Kamer, d.d. 17 februari 2021, raadpleegbaar via <https://www.ctivd.nl/actueel/nieuws/2021/02/17/index>, en ook Jansen & Reijneveld 2021.

¹⁰⁴ EHRM 25 mei 2021, nr. 58170/13, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a. t. VK*); EHRM 25 mei 2021, nr. 35252/08, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD003525208 (*Centrum för Rättvisa t. Zweden*). Zie annotaties van E.J. Dommering, *NJ* 2021/361; M. Hagens & J.J. Oerlemans, *EHRC Updates* 2021 (online); E. Moyakine, *JBP* 2021/62, afl. 4, p. 396-407.

R.H.T. JANSEN

dat het merendeel ervan betrekking heeft op personen die geen voorwerp van onderzoek zijn en dit ook nooit zullen worden (in jargon: *non-targets*).¹⁰⁵

Anders dan menig privacyjurist had gehoopt (en voorspeld), oordeelde de Grote Kamer dat het vergaren van bulkdata niet onverenigbaar is met de door het EVRM beschermde rechten, waaronder het communicatiegeheim. Bulkinterceptie blijkt onder de *margin of appreciation* te vallen en mag door de autoriteiten worden ingezet ter bescherming van de nationale veiligheid. De lidstaten krijgen van Straatsburg echter géén *carte blanche*. Om verdragsrechtelijk door de beugel te kunnen, moet een wettelijk bulkinterceptieregime aan een set ferme voorwaarden voldoen. De jurisprudentiële precisering ervan beslaat tientallen pagina's. Kortheidshalve beperk ik me tot de hoofdlijnen.¹⁰⁶

Vanzelfsprekend moet een inbreuk in overeenstemming zijn met de nationale wet, een legitiem doel dienen en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Voorts moet het gehele bulkinterceptieproces (verzamelen, selecteren, analyseren, gebruiken) zijn omkleed met zogeheten *end-to-end-safeguards*. Dat houdt onder meer het volgende in. Er moet in ieder geval sprake zijn van onafhankelijke *ex ante*-toetsing.¹⁰⁷ Rechterlijke toetsing mag, maar is niet verplicht.¹⁰⁸ Toetsing door een andere instantie ('independent body') is ook toelaatbaar. In de latere fasen moet er eveneens onafhankelijk toezicht zijn. Dat toezicht dient voldoende robuust te zijn.¹⁰⁹ Sommigen lezen daarin dat de toezichthouder bindend moet kunnen oordelen,¹¹⁰ maar dat is in deze uitspraken niet expliciet bepaald. Wel volgt daar duidelijk uit dat klachtbeslissing juridisch bindend moet zijn.¹¹¹

De uitspraken zijn omvangrijk, maar leveren geen blauwdruk voor nationale wetgeving op. Elke uitspraak is namelijk beperkt tot de juridische situatie in één verdragsstaat; de beoordeling door het EHRM zal ook altijd globaal zijn. Het hof formuleert 'slechts' randvoorwaarden en kijkt steeds naar een (bulk)interceptieregime als geheel, in al zijn facet-

105 Vgl. Evaluatierapport 2021, p. 39.

106 Zie uitgebreid Jansen 2022a.

107 Zulks was in EHRM 22 november 2012, nr. 39315/06, ECLI:CE:ECHR:2012:1122JUD003931506 (*Telegraaf media Nederland Landelijke Media B.V. e.a. t. Nederland*) al geoordeeld met betrekking tot de inzet van bijzondere bevoegdheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten jegens journalisten.

108 *Big Brother Watch e.a.*, par. 351; *Centrum för Rättvisa*, par. 265. Zie ook EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0906JUD000502971 (*Klass e.a. t. Duitsland*), par. 55-56; EHRM 26 april 2007, nr. 71525/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0426JUD007152501 (*Dumitru Popescu t. Roemenië*), par. 70-73; EHRM 14 september 2009, nr. 25198/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD002519802 (*Iordachi e.a. t. Moldavië*), par. 40; EHRM 25 juni 2013, nr. 18540/04, ECLI:CE:ECHR:2013:0625JUD001854004 (*Valentino Acatrinei t. Roemenië*), par. 58. Vgl. Julicher 2019, p. 150-142.

109 *Big Brother Watch e.a.*, par. 356; *Centrum för Rättvisa*, par. 270.

110 Men kan dan denken aan het stilleggen van een operatie of het vernietigen van vergaarde gegevens.

111 *Big Brother Watch e.a.*, par. 359; *Centrum för Rättvisa*, par. 273.

ten. Tekortkomingen van het ene mechanisme mogen dan als het ware worden gecompenseerd door versterkingen van het andere. Zo blijft er een zekere keuzeruimte voor nationale wetgevers bestaan.

4.3 *Toezicht op de AIVD en de MIVD*

Terug naar Nederland. Een paar jaar geleden leidde de ‘modernisering’ van de wetgeving voor de AIVD en de MIVD tot commotie. (De wetgevingsoperatie liep min of meer parallel aan de modernisering van artikel 13 Grondwet). Per saldo zouden de inzetmogelijkheden worden verruimd, omdat de diensten, in de woorden van de toenmalige defensie-minister, ‘in rap tempo blind en doof’ dreigden te worden.¹¹² Het resultaat van de wetgevingsinspanningen was de Wiv 2017, in de volksmond beter bekend als ‘de sleepwet’. Dat is een complexe wet, waarover nog heel veel te schrijven is.¹¹³ Voor nu wil ik volstaan met de opmerking dat de uitbouw van het bevoegdhedenarsenaal gepaard is gegaan met een verzwaring van het toezichtstelsel. De onderhavige grondwetswijziging biedt, zo licht ik verderop toe, enige ruimte voor een aanpassing van dat stelsel.

Het huidige stelsel is omvangrijk, maar ook gefragmenteerd en daardoor ingewikkeld. De hoofdlijnen zijn als volgt. In de Wiv 2017 heeft de wetgever, naast de bestaande Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD), die *ex nunc*- en *ex post*-toezicht houdt, een nieuwe instantie opgetuigd: de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB). Dit onafhankelijke college wordt regelmatig aangeduid als ‘toezicht-houder’, maar is een autoriserende instantie. Nadat de betrokken minister toestemming heeft verleend voor de inzet van bepaalde bevoegdheden, toetst de TIB of die inzet noodzakelijk, proportioneel, subsidiair én zo gericht mogelijk is. Deze verplichting geldt voor nagenoeg alle interceptiebevoegdheden.¹¹⁴ De TIB neemt een *go/no go*-beslissing, die – vooralsnog – niet-appellabel is.¹¹⁵ Een klein deel van deze toetsingstaak is elders belegd. Voor het afluisteren van journalisten en advocaten¹¹⁶ of het openen van brieven en andere geadresseerde zendingen¹¹⁷ is toestemming van de rechtbank Den Haag nodig. Dat vereis-

112 *Handelingen I* 2016/17 (11 juli 2017), p. 35-8-13.

113 Zie bijvoorbeeld het *JV*-themanummer getiteld ‘Geheime diensten en de democratische rechtsstaat’ (2018); de *NTM/NJCM-Bulletin* minispecial ‘Referendum WIV’ (2018); Oerlemans & Hagens 2019; Jansen 2021.

114 Art. 32 Wiv 2017.

115 Als de tijdelijke ‘Cyberwet’ in werking treedt, mogen de diensten tegen sommige TIB-beslissingen in beroep gaan bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Zie uitgebreid Jansen 2022b, p. 2413-2414.

116 Art. 30 Wiv 2017.

117 Art. 44 Wiv 2017. Onder ‘andere geadresseerde zendingen’ vallen drukwerken, pakjes en postpakketten.

R.H.T. JANSEN

te vloeit in het eerste geval voort uit jurisprudentie¹¹⁸ en in het tweede uit de oude formulering van artikel 13 Grondwet.¹¹⁹

De vraag dringt zich op of en, zo ja, welke consequenties de aanpassing van artikel 13 Grondwet heeft voor het stelsel van voorafgaand of, zo men wil, 'preventief' toezicht door de TIB en de rechtbank Den Haag. Op zichzelf dwingt de nieuwe systematiek niet tot een stelselwijziging. Er is wel een zekere ruimte voor gecreëerd. Nu voor de nationale veiligheid het rechterlijke last-vereiste is vervallen, zou toestemming van een door de wet aangewezen functionaris kunnen volstaan.¹²⁰ In theorie staat er dus niets aan in de weg om de – toch al beperkte – machtigingstaak van de rechtbank over te hevelen naar de TIB.¹²¹ Zoiets vergt slechts een kleine wetswijziging. Dringende redenen om ertoe over te gaan zijn er nu niet. Mij zijn althans geen signalen bekend van problemen rondom de voorafgaande rechterlijke toetsing. Toch wil ik, *for the sake of argument*, de potentiële voor- en nadelen eens op een rij zetten.

Een eerste voordeel is dat van de rechtseenheid binnen het nationale veiligheidsdomein. Als meerdere instanties in dezelfde fase van een operatie toetsen, bestaat het risico dat de begripsuitleg, het toetsingskader en de belangenafweging uiteenlopen. Door toetsingstaken institutioneel te concentreren, neemt dat risico af.¹²² Een tweede voordeel is dat de TIB aanvragen in een breder perspectief kan bezien. In tegenstelling tot de Haagse rechter behandelt zij uitsluitend AIVD- en MIVD-zaken. Zo bouwt zij specifieke expertise en domeinkennis op. De TIB is daarmee mogelijk beter dan de rechtbank in staat de operationele impact en implicaties van een eventuele afwijzing te doorgronden. Tot slot noem ik een argument van meer praktische aard: een concentratie van toetsingsactiviteiten helpt om de kring van mensen met kennis over operationele activiteiten van de diensten in te dammen. Zo neemt de verspreiding van staatsgeheimen en daarmee de kans op lekincidenten af.

118 Rb. Den Haag 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436; Hof Den Haag 27 oktober 2015, ECLI:NL:2015:2881. Zie uitgebreider Buruma 2015 en Kroon-van Zweeden 2015.

119 De rechtbank Den Haag is bevoegd verklaard, omdat beide diensten hun zetel hebben in de regio Den Haag en de last op zeer korte termijn moet kunnen worden afgegeven. Zie uitgebreid *Kamerstukken II 1997/98*, 25 877, nr. 3, p. 36-39. Vgl. Commissie-Dessens p. 91-94.

120 De memorie van toelichting bij de Wiv 2017 stipt die mogelijkheid kort aan. Indertijd stond art. 13 Gw hier echter nog aan in de weg. Zie *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 3, p. 207-208.

121 Opgemerkt zij dat, in de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wiv 2017, de lastverlening voor de inzet van bijzondere bevoegdheden jegens advocaten en journalisten geschiedde door een tijdelijke onafhankelijke toetsingscommissie. Zie Tijdelijke regeling onafhankelijke toetsing bijzondere bevoegdheden Wiv 2002 jegens advocaten en journalisten, *Stcrt.* 2015, 46477.

122 Ten dele is dit ook te ondervangen met periodieke overleggen. Tussen de TIB en de rechtbank den Haag bestaat overigens reeds informeel contact. Zie Commissie-Jones-Bos 2021, p. 134.

Andersom redeneren is evengoed mogelijk. Rechters die allerlei zaken behandelen bekijken een aanvraag tot doorbreking van het brief- en telecommunicatiegeheim wellicht met frisse blik. Zo'n buitenstaandersperspectief kan in dit domein best nuttig zijn. Een meer principiële reden om het duale stelsel te handhaven is allicht dat de rechterlijke last door velen als het *summum* van toetsing wordt gezien. Critici zullen het overhevelen van de toetsing wellicht uitleggen als een achtergang in de rechtsbescherming. Dat verwijt is snel gemaakt, maar mijns inziens niet per se terecht.

Waarom zou toetsing door de TIB van een andere, 'lagere' orde zijn dan toetsing door de rechter?¹²³ De TIB-leden zijn, net als rechters, onafhankelijk. Het college wordt naast één technologisch onderlegd lid bemenst door twee leden met ruime rechterlijke ervaring en beschikt over een eigen, gespecialiseerde staf. Ooit is dan wel gewaarschuwd dat de TIB zou verworden tot een 'afstempelorganisatie',¹²⁴ maar de praktijk laat zien dat het tegenovergestelde eerder waar is. De TIB blijkt juist een strenge of toch in ieder geval een zeer brede toetsing aan de dag te leggen. Misschien zelfs een té brede.¹²⁵ Met name bij operaties in het digitale domein zijn problemen ontstaan. De regering poogt daarom via een tijdelijke 'Cyberwet' de toetsingsnormen in te kaderen en het toezicht deels te verleggen van de TIB naar de CTIVD.¹²⁶ Kortom, ik zie niet meteen in waarom de procedure bij de rechtbank met meer en die bij de TIB met minder waarborgen zou zijn omkleed.

Op dit moment is het voorgaande vooral een theoretische exercitie. Dat kan veranderen. De eerste wetsevaluatie heeft aangetoond dat de Wiv 2017 nog onvoldoende is toegesneden op de technologische complexiteit en de dynamiek van operaties in het digitale domein.¹²⁷ De regering heeft daarop een wetswijziging aangekondigd.¹²⁸ Waarschijnlijk gaat het een grootscheepse verbouwing worden. De Cyberwet is slechts een voorproefje,¹²⁹ bedoeld om alvast de belangrijkste problemen te redresseren.¹³⁰ De 'grote' Wiv-wijziging moet over een jaar of vier zijn afgerond. Stelselwijzigingen zijn niet uitgesloten. Het is denkbaar dat er dan een einde komt aan het duale stelsel van voorafgaand toezicht. De wetgever kan de verplichte rechterlijke machtiging vervangen door toestemming van de

123 Vgl. Van Eijk 2017, p. 438; Van Eijk & Eijkman 2018, p. 106-107.

124 Muller & Voermans 2017, p. 108. Vgl. *Kamerstukken II* 2016/17, 34 588, nr. 4, p. 21.

125 Commissie-Jones-Bos 2021, p. 126-132; Jansen 2021, p. 432-435.

126 *Kamerstukken II* 2022/23, 35 263, nr. 2 (Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma). Zie voor analyses ervan Jansen 2022b en Harleman 2022.

127 Commissie-Jones-Bos 2021.

128 *Kamerstukken II* 2020/21, 34 588, nr. 89, p. 3-4.

129 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 263, nr. 3, p. 10-12.

130 De Cyberwet voldoet aan de eisen uit het nieuwe artikel 13 Grondwet. Zie *Kamerstukken II* 2022/23, 36 263, nr. 4, vn 30.

R.H.T. JANSEN

TIB of de samengevoegde TIB-CTIVD.¹³¹ Zoiets past binnen de rechtspraak van het EHRM en binnen de systematiek van het nieuwe artikel 13 Grondwet. Uiteraard is het omgekeerde ook mogelijk: concentratie van de *ex ante*-toetsing bij een (nieuw in te stellen) rechterlijke instantie.¹³² Juridisch staat daar niets aan in de weg, maar in praktische zin is deze optie beslist ingrijpender.

5 TOT SLOT

De modernisering van artikel 13 Grondwet verliep moeizaam. Er is lang getwist over de formulering, reikwijdte en beperkingssystematiek. Hoewel er nog van alles op aan te merken is, zijn doorgevoerde keuzes verdedigbaar. Vanuit het perspectief van privacy bezien zijn ook stappen in de goede richting gezet. Zo is het bereik van de bepaling aanzienlijk verruimd en het beschermingsniveau in algemene zin opgekrikt. Maar het herzien van één bepaling is natuurlijk onvoldoende om de Grondwet het digitale tijdperk binnen te loodsen. Mijns inziens moet nu gebeuren wat al vaker is bepleit: het op de schop nemen van de grondrechtencatalogus.¹³³ De negentiende-eeuwse benadering, waarin de privé-sfeer van burgers keurig in stukjes is opgeknipt, heeft simpelweg haar beste tijd gehad.¹³⁴

Met name artikel 7 en artikel 10 hebben op korte termijn een onderhoudsbeurt nodig. De eerste bepaling omdat zij techniekafhankelijk is geformuleerd ('drukkers', 'radio', 'televisie'); de tweede omdat het recht op persoonsgegevensbescherming door verzelfstandiging waarschijnlijk veel beter tot zijn recht kan komen. Wat betreft dat laatste: de huidige grondwettekst suggereert dat de bescherming van persoonsgegevens uitsluitend te koppelen is aan de persoonlijke levenssfeer, maar dat is niet zo. Gegevensverwerkingen kunnen relateren aan of botsen met de vrijheid van meningsuiting en het discriminatieverbod.¹³⁵ Ik betoog hier trouwens niets nieuws. Dat juist deze twee bepalingen aanpassing behoeven, is al veel eerder en op veel meer plekken bepleit.¹³⁶

131 Een fusie van de toezichhouders is een variant die de laatste tijd weleens de ronde doet. De Tweede Kamer heeft bij motie opgeroepen de voor- en nadelen daarvan te inventariseren. Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 29 924, nr. 219. Vgl. Jansen 2022a 107-109; Jansen 2022b, p. 2416.

132 Hier is voor gepleit in Van Eijk 2017 en Bovend'Eert, Lawson & Winter 2022.

133 Zie m.n. Dommering 1998, p. 117-121; Groothuis & Loof 2014, p. 142-143; Koops 2013, p. 101-104 en 141-142; Roorda 2017, p. 221-224.

134 Dommering 2013, p. 380.

135 Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 81.

136 Zie m.n. commissie-Franken 2000, p. 75-134 en Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 70-84.

Al doet de ‘de grootste grondwetswijziging sinds 1983’¹³⁷ anders vermoeden, politiek Den Haag is niet zo happig op grondwetswijzigingen. Daar is enig begrip voor op te brengen. Zulke trajecten zijn moeilijk en tijdrovend. Door de toegenomen politieke versnippering is het ook lastig om de in tweede lezing benodigde tweederdemeerderheid te vinden. Maar als de grondwetgever blijft talmen, dreigt de grondwettelijke grondrechtenbescherming irrelevant te worden. Gelet op het explosieve tempo waarin informatie- en communicatietechnologie zich momenteel ontwikkelt, is langer wachten onverstandig, zo niet onverantwoord. Het thema ‘grondrechten in het digitale tijdperk’ moet dan ook terug op politieke agenda. Ditmaal hoeft men heus niet *from scratch* te beginnen. Want als er één resultaat is van ruim twintig jaar digitaliseringsdiscussie, dan is het wel de stapel goed onderbouwde voorstellen voor grondwetswijzigingen.¹³⁸ Het is zonde om die zomaar te laten verstoffen.

LITERATUURLIJST

Asscher 2000

L.F. Asscher, ‘Trojaans hobbelpaard. Een analyse van het rapport van de commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk’, *Mediaforum* 2000, afl. 7/8, p. 228-233.

Asscher 2002

L.F. Asscher, *Communicatiegrondrechten* (diss. UvA 2002), Amsterdam: Otto Cramwinkel 2002.

Bovend’Eert, Lawson & Winter 2022

P.P.T. Bovend’Eert, R.A. Lawson & H.B. Winter, *Naar een duurzaam en effectief stelsel van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten*, Den Haag 2022.

Buruma 2015

Y. Buruma, ‘Geheime diensten en het afluisteren van advocaten’, in: Th.O.M. Dieben, e.a. (red.), *Advocaat(-generaal). Liber amicorum Taru Spronken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 55-73.

Commissie-Dessens 2013

Commissie Evaluatie Wiv 2022, *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2022. Naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen*, Den Haag 2013.

¹³⁷ Geciteerd uit het persbericht ‘Grondwetswijzigingen’ (30 maart 2022), raadpleegbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/03/30/grondwetswijzigingen>.

¹³⁸ Zie o.a. Dommering 1998; Commissie-Franken 2000; Staatscommissie-Thomassen 2010; Dommering 2011; Custers 2019; Julicher 2021.

R.H.T. JANSEN

Commissie-Franken 2000

Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk, *Rapport*, Den Haag 2000.

Commissie-Jones-Bos 2021

Evaluatiecommissie Wiv 2017, *Evaluatie 2020*, Den Haag 2021.

Custers 2019

B.H.M. Custers, 'Nieuwe digitale (grond)rechten', *NJB* 2019, afl. 44, p. 3288-3295.

Dommering 1997

E.J. Dommering, 'Geen telefoongeheim op de elektronische snelweg', *Mediaforum* 1997, afl. 1, p. 142-147.

Dommering 1998

E.J. Dommering, 'De Grondwet in de informatiemaatschappij', in: M.C. Burkens e.a. (red.), *Gelet op de Grondwet*, Deventer: Kluwer 1998, p. 110-123.

Dommering 2000

E.J. Dommering, 'De nieuwe Nederlandse Constitutie en de informatietechnologie. Bespreking van het rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk', *Computerrecht* 2000, p. 177-185.

Dommering 2011

E.J. Dommering, 'Een nieuw voorstel tot aanpassing van de Grondwet', *Computerrecht* 2011, afl. 2, p. 52-55.

Dommering 2013

E.J. Dommering, 'Het derde voorstel tot een 'technisch neutrale' wijziging van artikel 13 Gw', *AA* 2013, afl. 5, p. 378-385.

Van Eijk 1997

N.A.N.M. van Eijk, '(G)een recht op vertrouwelijke communicatie: fax en email vogelvrij', *NJB* 1997, afl. 33, p. 1554-1555.

Van Eijk 2017

N.A.N.M. van Eijk, 'Betere waarborgen voor de werkwijze van inlichtingendiensten', *AA* 2017, afl. 6, p. 436-439.

Van Eijk & Eijkman 2018

N.A.N.M. van Eijk & Q. Eijkman, 'Enkele kanttekeningen bij de Wiv 2017. De uitbreiding van bevoegdheden getoetst aan mensenrechten', *JV* 2018, afl. 44, p. 99-113.

Groothuis & Loof 2014

M.M. Groothuis & J.P. Loof, 'Het conceptwetsvoorstel voor een nieuw artikel 13 Grondwet', *TvCR* 2013, afl. 2, o. 136-148.

Harleman 2022

S.A.M. Harleman, 'Een tijdelijke Cyberwet maakt nog geen sleepwet', *NJB* 2022, afl. 38, p. 3120-3127.

Hofman 1995

J.A. Hofman, *Vertrouwelijke communicatie* (diss. VU), Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Jansen 2021

R.H.T. Jansen, 'Toezicht onder de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017: een tour de force', *NTM/NJCM-Bulletin* 2021, afl. 4, p. 419-443.

Jansen 2022a

R.H.T. Jansen, 'Big Brother Watch e.a., Centrum för Rättvisa en het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten', *Computerrecht* 2022, afl. 2, p. 97-109.

Jansen 2022b

R.H.T. Jansen, 'Van accentverschuiving naar stelselwijziging. Toezicht in het conceptvoorstel Tijdelijke cyberwet voor de AIVD en de MIVD', *NJB* 2022, afl. 3, p. 2406-2416.

Jansen & Reijneveld 2021

R.H.T. Jansen & M.D. Reijneveld, 'Conventie 108+ en (toezicht op) gegevensverwerkingen in het nationale veiligheidsdomein', *Computerrecht* 2021, afl. 5, p. 411-422.

Julicher 2019

M.M. Julicher, 'De wijziging van het communicatiegeheim in de Grondwet: een gemiste kans?', *NTM/NJCM-Bulletin* 2019, afl. 2, p. 129-158.

Julicher 2021

M.M. Julicher, 'Waar zijn 'de essentialia' in de Grondwet?', *NJB* 2021, afl. 30, p. 2498-2506.

R.H.T. JANSEN

Koops 2003

E.J. Koops, 'Van brieven, geschriften en onbegrijpelijke wetgeving', *DD* 2003, afl. 8, p. 850-878.

Koops 2011

E.J. Koops, 'Digitale grondrechten en de Staatscommissie: op zoek naar de kern', *TvCR* 2011, afl. 2, p. 168-185.

Koops 2013

E.J. Koops, *Juridische kwalificaties van verkeersgegevens in het licht van artikel 13 Grondwet*, Tilburg: TILT 2013.

Koops, Leenes & De Hert 2008

E.J. Koops, R.E. Leenes & P.J.A. de Hert, 'Grondrechten en nieuwe technologieën. Een rechtsvergelijkend overzicht', *NJB* 2008, afl. 19, p. 1157-1164.

Koops & Passchier 2020

E.J. Koops & R. Passchier, 'Artikel 13 – Vertrouwelijke communicatie', in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge & G. Leenknecht, *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 301-335.

Koops & Smits 2014

E.J. Koops & J. Smits, *Verkeersgegevens en artikel 13 Grondwet*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014.

Kroon-van Zweeden 2015

M.J. Kroon-van Zweeden, 'Het afluisteren van advocaten door de AIVD. Waar ligt de grens?', *NJB* 2015, afl. 18, p. 1219-1226.

De Meij 2001

J.M. de Meij, 'Grondrechten in het digitale tijdperk. Van drukpersvrijheid en briefgeheim naar communicatievrijheid en communicatiegeheim', *NTM/NJCM-Bulletin* 2001, afl. 3, p. 274-294.

Meuwese 2011

A.C.M. Meuwese, 'Staatscommissie-Thomassen: de Grondwet als gereedschapskist voor de rechter', *AA* 2011, afl. 4, p. 291-298.

De Mulder 2000

R.V. de Mulder, 'Gehaktdag en informatietechnologie, oftewel: het is nog geen tijd voor ingrijpende wijzigingen in de Grondwet', *Computerrecht* 2000, p. 170-171.

Muller & Voermans 2017

E.R. Muller & W.J.M. Voermans, 'Nieuwe Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten. Een nieuw evenwicht tussen veiligheid en waarborgen', *NJB* 2017, afl. 2, p. 102-109.

Nehmelman 2011

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

Nouwt e.a. 2000

S. Nouwt e.a., 'Een reactie op het rapport: Grondrechten in het digitale tijdperk', *NJB* 2000, afl. 27, p. 1321-1327.

Nieuwenhuis 1998

A.J. Nieuwenhuis, 'Vertrouwde en virtuele bescherming', *NJCM-Bulletin* 1998, afl. 4, p. 423-437.

Oerlemans 2020

J.J. Oerlemans, 'Metadata-analyse in de Wiv 2017', *P&I* 2020, afl. 6, p. 260-267.

Oerlemans & Hagens 2019

J.J. Oerlemans & M. Hagens, 'Privacy en bulkinterceptie in de Wiv 2017', *AA* 2019, 7/8, p. 560-568.

Peters & Boogaard 2010

J.A. Peters & G. Boogaard, 'Staatscommissie Thomassen: te voorzichtig', *NJB* 2010, afl. 44/45, p. 2802-2808.

Prins 2013

C. Prins, 'Art. 13 GW: herkansing voor modernisering', *NJB* 2013, afl. 2, p. 71.

Roorda 2017

C. Roorda, 'ICT in de Grondwet: een concreet voorstel', *Mediaforum* 2017, afl. 7/8, p. 218-224.

R.H.T. JANSEN

Schutgens 2011

R.J.B. Schutgens, 'Het Rapport van de Staatscommissie Grondwet', *RMThemis* 2011, afl. 5, p. 202-214.

Smits 2015

J.M. Smits, 'Alleen het telecommunicatiegeheim: Of toch maar niet?', *Mediaforum* 2015, afl. 7, p. 259-265.

Staatscommissie 2010

Staatscommissie Grondwet, *Rapport*, Den Haag 2010.

Steenbruggen 2009

W.A.M. Steenbruggen, *Publieke dimensies van privé-communicatie* (diss. UvA 2009), Amsterdam: Otto Cramwinckel 2009.

Verhey 2010

L.F.M. Verhey, 'De staatscommissie Grondwet: een doodgeboren kind?', *NJB* 2010, afl. 44/45, p. 2809.

Verhey 2011

L.F.M. Verhey, 'Grondrechten in het digitale tijdperk: driemaal is scheepsrecht?', *TvCR* 2011, afl. 2, p. 152-167.

Voermans 2023

W.J.M. Voermans, *Onze constitutie. De geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*, Amsterdam: Prometheus 2023.

RECHT OP EEN EERLIJK PROCES: OVERBODIGE TOEVOEGING OF REVOLUTIONAIRE POTENTIE?

R.J.G.M. Widdershoven*

1 INLEIDING

Sinds augustus 2022 is de Nederlandse Grondwet verrijkt met een nieuw grondrecht: het recht op een eerlijk proces, gecodificeerd in artikel 17, eerste lid, van de Grondwet. De aanduiding ‘eerlijk proces’ doet het recht overigens wat tekort, omdat artikel 17, eerste lid, Grondwet ook eisen stelt aan de redelijke termijn en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter. Bovendien impliceert het artikel een recht voor een ieder op toegang tot de rechter in alle zaken waarin zijn rechten en verplichtingen of de gegrondheid van een vervolging aan de orde zijn.¹ Meer precies bepaalt het nieuwe artikel 17, eerste lid, Grondwet:

‘Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.’

Het nieuwe grondrecht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter is volgens de regering een gemengd recht.² Enerzijds is het een klassiek grondrecht in die zin dat het is geformuleerd als een subjectief recht, dat bovendien een negatieve verplichting inhoudt voor de overheid om zich (anders dan als procespartij) te mengen in rechterlijke procedures. Anderzijds impliceert het recht ook positieve verplichtingen voor overheden om het recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter daadwerkelijk te realiseren. Daartoe vraagt het recht van de overheid onder meer dat zij een rechterlijke macht in stand houdt die goed kan functioneren, dat zij een effectieve toegang garandeert die niet te verregaand

* Prof. mr. R.J.G.M. (Rob) Widdershoven is als hoogleraar Europees bestuursrecht verbonden aan het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van Universiteit Utrecht.

1 Zie, *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3 (MvT), p. 12-13, over de onlosmakelijke samenhang tussen een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter. Vgl. voor deze samenhang reeds Rapport Staatscommissie Grondwet, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II 2010/11*, 31570, nr. 17, bijlage, p. 60-64.

2 NEV II (tweede lezing), *Kamerstukken II 2021/22*, 35784, nr. 6, p. 2-3.

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

wordt beperkt, dat zij zorgdraagt voor waarborgen voor een eerlijk proces en dat zij voorziet in (gesubsidieerde) rechtsbijstand.

Hoewel een bepaling als artikel 17, eerste lid, Grondwet niet zou mogen ontbreken in een grondwet van een staat die zich rechtsstaat noemt, is de opnemings van de bepaling in de Grondwet toch met enige scepsis ontvangen. Die scepsis betrof niet het belang van het recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter op zich, want dat wordt door niemand ontkend.³ Wel werd en wordt soms betwijfeld of de grondwettelijke codificatie veel zal toevoegen aan de garanties die al gelden op grond van de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest).⁴ Immers, Nederland heeft met behulp van artikel 93 en 94 Grondwet en de voorrang van het Unierecht het waarborgen van de rechtsstaat effectief geoutsourced naar Straatsburg en Luxemburg. Wat kan Den Haag daaraan toevoegen?

Deze vraag staat in dit hoofdstuk centraal. Daarin verdedig ik de stelling dat de potentie van artikel 17, eerste lid, Grondwet behoorlijk groot kan zijn als de rechtspraak en wetgeving de wens van de grondwetgever dat het recht op een eerlijk proces meer bescherming zou moeten bieden dan de Europese equivalenten serieus nemen. Op de wensen van de grondwetgever ga ik hierna nader in, waarbij ook de grenzen die artikel 120 Grondwet stelt aan de verdere ontwikkeling van artikel 17, eerste lid, Grondwet aan de orde komen (paragraaf 2). Vervolgens bespreek ik twee punten waarbij artikel 17, eerste lid, Grondwet juridische meerwaarde kan hebben. In de eerste plaats kan de bepaling de leemtes dichten die artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest bij het garanderen van het beginsel van een eerlijke proces en toegang tot de rechter vanwege hun beperkte reikwijdte laten (paragraaf 3). In de tweede plaats ga ik in op een aantal thema's waarbij artikel 17 lid 1 Grondwet belangrijke mogelijkheden biedt voor een actieve rechtsvorming ten aanzien van het Nederlands recht van een eerlijk proces en het samenhangende recht van toegang tot de rechter (paragraaf 4).

Bij dit alles zoek ik vooral inspiratie bij artikel 47 Handvest, omdat bij de introductie van die bepaling ook werd gedacht dat zij weinig zou toevoegen aan het acquis van de artikelen 6 en 13 EVRM. Inmiddels weten we beter en blijkt dat artikel 47 Handvest in handen van een creatief Hof van Justitie (hierna: HvJ) behoorlijk wat kan toevoegen aan dat ac-

3 Zie uitdrukkelijk Barkhuysen e.a. 2009; De Lange e.a. 2009.

4 Julicher 2018, ook gepubliceerd in Julicher 2020, p. 53-72. Die twijfel komt ook naar voren (en wordt weerproken) in de kamerbehandeling, bijvoorbeeld bij de inbreng van Kamerlid Sneller van D66, *Handelingen II* 2021/22, 35784, nr. 66, item 6, p. 1.

RECHT OP EEN EERLIJK PROCES: OVERBODIGE TOEVOEGING OF REVOLUTIONAIRE POTENTIE?

quis. Bovendien betreffen die toevoegingen vaak het bestuursrecht, omdat artikel 47 Handvest vergeleken met artikel 6 EVRM juist op dat terrein vaker van toepassing is.

2 BEDOELING VAN DE GRONDWETGEVER EN DE GRENZEN VAN ARTIKEL 120 GRONDWET

De redenen om het recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter op te nemen in artikel 17, eerste lid, Grondwet zijn in de grondwetsgeschiedenis uitvoerig beproven. De opneming heeft eerst en vooral een belangrijke symboolfunctie naar de burger, in die zin dat zij duidelijk maakt dat de grondwetgever het van groot belang acht dat de waarborgen van een eerlijk proces worden gegarandeerd.⁵ Daardoor kan de bepaling bijdragen aan verhoging of herstel van het vertrouwen van de burger in de Nederlandse rechtsstaat en rechtspraak.

Zoals ik hierna, in paragraaf 3 en 4, nog nader zal bespreken, heeft opneming van artikel 17, eerste lid, Grondwet ook juridische meerwaarde en wel in tweeërlei opzicht. In de eerste plaats wordt hierdoor op grondwettelijk niveau de leemte gedicht die in Nederland bij het garanderen van het recht op een eerlijk proces heeft bestaan tot de inwerkingtreding van artikel 17, eerste lid, Grondwet in 2022, omdat de Europese grondslagen voor dat recht een beperkte reikwijdte hebben.⁶ Het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM is beperkt tot de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen en van de gegrondheid van de strafvervolging en geldt daarom niet voor die onderdelen van het bestuursrecht die niet vallen onder een van deze twee categorieën.⁷ Concreet geldt het recht daarom niet in het 'echte' ambtenarenrecht,⁸ bij de toelating en uitzetting van vreemdelingen,⁹ bij niet-bestaftende belastingbesluiten,¹⁰ en bij besluiten inzake andere politieke rechten, zoals het recht op overheidsinformatie.¹¹ Het recht op een eerlijk proces van artikel 47

5 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3 (MvT), p. 7.

6 *Ibid.*, par. 6. Op praktisch niveau was het gat al gedicht, doordat de bestuursrechters de vereisten van redelijke termijn en van een eerlijk proces ook buiten de reikwijdte van art. 6 EVRM toepassen en wel op basis van ongeschreven nationale beginselen van rechtszekerheid en eerlijk proces, waarop ook die EVRM-rechten zijn gebaseerd. Zie nader par. 3.

7 Zie voor een overzicht van de rechtsgebieden die niet vallen onder de bescherming van art. 6 EVRM, ook Witteman 2020, p. 275-284.

8 EHRM 19 april 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0419JUD006323500 (*Eskelinen/Finland*).

9 EHRM 5 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1005JUD003695298 (*Maaouia/Frankrijk*).

10 EHRM 12 juli 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0712JUD004475998 (*Ferrazzini/Italië*). Zie ook EHRM 23 november 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:1123JUD007305301 (*Jussila/Finland*), waaruit blijkt dat bestraffende fiscale boetes wel onder de bescherming van art. 6 EVRM vallen, omdat daarbij sprake is van vaststelling van de gegrondheid van de strafvervolging.

11 Vgl. Witteman 2020, p. 283 en Julicher 2020, p. 58-59, die als andere politieke rechten noemen het recht van politici om zich verkiesbaar te stellen en het recht van politieke partijen om politieke activiteiten te kunnen

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

Handvest kent geen principiële beperking tot burgerlijke rechten en strafvervolgning, maar geldt wel alleen als de lidstaat het Unierecht ten uitvoer brengt (artikel 51, eerste lid, Handvest). Hoewel die categorie ruim is en bijvoorbeeld veel besluiten in het vreemdelingen- en asielrecht en sommige belastingen (btw, douanerechten, vennootschapsbelasting) omvat,¹² zijn er nog steeds veel zuiver nationale besluiten, zoals toeslagen en uitkeringen, die niet profiteren van de bescherming van de bepaling. Artikel 17, eerste lid, Grondwet heeft een ruimer toepassingsgebied dan beide Europese grondrechten op een eerlijk proces, want het geldt voor alle geschillen waarin de vaststelling van rechten en verplichtingen van burgers of de gegrondheid van een vervolging aan de orde is. Daaronder vallen alle bestuursrechtelijke geschillen.

In de tweede plaats heeft artikel 17, eerste lid, Grondwet juridische meerwaarde omdat het volgens de grondwetgever de legitimatie biedt voor een actievere rechtsvorming door de rechter.¹³ Deze legitimatie moet ertoe kunnen leiden dat de Nederlandse burger meer rechtsbescherming krijgt dan hij thans kan ontlenen aan het EVRM en Unierecht. In de memorie van toelichting bij het voorstel wordt de aandacht van rechter en wetgever uitdrukkelijk gevestigd op deze taak om meer rechtsbescherming te verlenen.¹⁴ In tweede lezing hebben in dit verband diverse leden van de Tweede Kamer gewezen op de betekenis die het recht zou moeten hebben in verband met de kinderopvangtoeslagaffaire en het ongekende onrecht dat groepen burgers in deze affaire als gevolg van rechtsstatelijk systeemfalen hebben geleden. In reactie hierop legt ook de minister een verband tussen het recht op een eerlijk proces en diverse maatregelen die vanwege de affaire op de rol staan om het bestuursrecht ‘mensgericht’ te maken en te voorkomen dat de grondbeginselen van de rechtsstaat in de toekomst opnieuw worden aangetast.¹⁵ De minister spreekt in dit verband van ‘extra maatregelen om het recht op een eerlijk proces te garanderen.’¹⁶ Aldus heeft de grondwetgever hoge verwachtingen van het recht; verwachtingen die voor rechter en wetgever richtinggevend zouden moeten zijn.

Ten slotte kan opneming van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet leiden tot een betere constitutionele dialoog tussen de Nederlandse rechter en beide Europese rechterlij-

uitoefenen.

12 Vgl. voor de reikwijdte van het Handvest en ook van art. 47 Hv, Barkhuysen & Widdershoven 2022, p. 607-611.

13 Julicher 2020, p. 70-72.

14 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4, 9 en 31.

15 Het betreft maatregelen die inmiddels zijn opgenomen in (de preconsultatieversie van) de Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht in verband met de versterking van de waarborgfunctie van de Algemene wet bestuursrecht (Wet versterking waarborgfunctie Awb), zoals het verruimen van de gronden voor verschoonbare termijnoverschrijding en de codificatie van het diensbaarheidsbeginsel.

16 Zie voor de diverse citaten, *Handelingen II* 2021/22, 35784, nr. 66, item 6, p. 8.

RECHT OP EEN EERLIJK PROCES: OVERBODIGE TOEVOEGING OF REVOLUTIONAIRE POTENTIE?

ke colleges bij de concrete uitwerking van de waarborgen van een eerlijk proces.¹⁷ Tot nu toe is die dialoog veelal eenrichtingverkeer, waarbij het EHRM en het HvJ eisen stellen aan het Nederlandse recht. Als de Nederlandse rechter, aangemoedigd door de grondwetgever, meer bescherming gaat bieden aan het recht op een eerlijk proces dan beide Europese rechters, kan die hogere bescherming wellicht ook de Europese rechters inspireren. Omgekeerd kan het ook zo zijn dat de Nederlandse rechter via zijn rechtspraak duidelijk maakt dat een bepaalde uitleg van een Europese rechter juist minder goed past binnen het Nederlands constitutionele recht. Uit interviews met rechters van het EHRM is gebleken dat zij het op prijs stellen als nationale rechters duidelijk zijn over de nationale positie over een bepaald thema, juist ook als die afwijkt van of iets toevoegt aan de rechtspraak van het EHRM.¹⁸ Vanuit zo'n positie kan immers een werkelijke (tweezijdige) dialoog plaatsvinden.

Tegelijkertijd kent de Grondwet nog steeds een belemmering om de verwachtingen van de grondwetswijziging waar te maken, namelijk het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Als gevolg van dit verbod en de ruime uitleg die de Nederlandse rechters eraan geven, kunnen wetten in formele zin niet worden getoetst aan de Grondwet en aan nationale ongeschreven rechtsbeginselen.¹⁹ Dat verbod geldt ook voor formeelwettelijke beperkingen van het recht op een eerlijk proces en van de toegang tot de rechter. Hoewel het toetsingsverbod de doorwerking van artikel 17, eerste lid, Grondwet niet gemakkelijker maakt,²⁰ moet de mate waarin die doorwerking wordt belemmerd ook niet worden overdreven.²¹ Zoals ook de regering heeft opgemerkt, vloeien veel belemmeringen voor een eerlijk proces niet direct voort uit een formeelwettelijke bepaling, maar uit lagere regelgeving, uit beleid of uit 'een bepaalde ontwikkeling in jurisprudentie'.²² In al die gevallen kan de rechter wel toetsen aan de Grondwet en dus ook aan artikel 17, eerste lid, Grondwet. Bovendien laat de formele wet vaak ruimte voor meer invullingen doordat daarin vage normen worden gebruikt en discretionaire bevoegdheden worden verleend. Dat laatste is vaak het geval bij procesregelingen zoals de Algemene wet bestuursrecht (Awb).²³ Deze normen en bevoegdheden kunnen door de rechter, als dat noodzakelijk is ter waarborging van een hoog niveau van eerlijk proces en toegang tot de rechter, anders worden ingevuld

17 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 3. Vgl. De Lange e.a. 2009, p. 39-40; Leeuw 2013, p. 3.

18 Gerards 2014, p. 78-82.

19 Zie voor die ruime rechterlijke uitleg van toetsingsverbod, waardoor het ook betrekking heeft op nationale ongeschreven rechtsbeginselen, HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), herbevestigd in onder meer HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679 (*Boseton*) en, recent, ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772.

20 Zoals bijvoorbeeld terecht is opgemerkt in NJCM 2014, p. 2 en Raad voor de Rechtspraak 2014, p. 6-7.

21 Julicher 2020, p. 56-57.

22 NEV II (tweede lezing), *Kamerstukken II* 2021/22, 35784, nr. 6, p. 3.

23 Zie uitdrukkelijk Advies Raad voor de Rechtspraak 2014, p. 6-7.

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

dan tot nu toe is gedaan, zonder dat het toetsingsverbod enige belemmering betekent. Kortom, waar een wil is, is vaak ook een weg, maar dan moeten de betrokken actoren, inclusief de rechters, wel willen.

3 ARTIKEL 17, EERSTE LID, GRONDWET TER INVULLING VAN LEEMTEN IN DE RECHTSBESCHERMING

Een belangrijke juridische meerwaarde van artikel 17 lid 1 Grondwet is dat de bepaling wat betreft de gelding van het recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter de leemtes dicht die artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest vanwege hun beperkte reikwijdte laten. Zoals aangegeven in paragraaf 2 gelden die beginselen op grond van het EVRM en Unierecht immers niet voor delen van het bestuursrecht, waarin geen sprake is van de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen of van de vaststelling van de grondigheid van de vervolging, tenzij in die delen sprake is van de tenuitvoerlegging van Unierecht.

Praktisch is deze leemte al opgelost door de bestuursrechters, die de eisen van redelijke termijn en van een eerlijk proces ook buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM (en van het Unierecht) toepassen, omdat deze eisen zouden voortvloeien uit het ongeschreven nationale beginsel van rechtszekerheid (wat betreft redelijke termijn) en het ongeschreven nationale beginsel van eerlijk proces (wat betreft een eerlijk proces), beginselen die ook aan de basis liggen van artikel 6 EVRM. Die nationale beginselen worden vervolgens ingevuld conform de eisen die het EHRM aan de redelijke termijn en eerlijk proces stelt. Aldus gelden die eisen ook in zaken op het terrein van belastingen, vreemdelingen en openbaarheid,²⁴ die buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen. Deze vondst van de bestuursrechters wordt doorgaans positief gewaardeerd, omdat hierdoor de genoemde eisen over de hele linie van het bestuursrecht gelden.²⁵ Tegelijkertijd is de onvangst in fiscale kringen kritischer,²⁶ omdat aldus via een ongeschreven rechtsbeginsel een stelsel van redelijke-termijneisen door de rechter wordt toegepast in fiscale zaken zonder dat daarvoor een wet-

24 Zie voor de toepasselijkheid van het vereiste van redelijke termijn op grond van het ongeschreven beginsel van rechtszekerheid (buiten de reikwijdte van art. 6 EVRM) in het niet-punitieve fiscaal recht, HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5087, in het vreemdelingenrecht, ABRvS 3 december 2008, AB 2009/70; ABRvS 17 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI2283, in openbaarheidszaken, ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547. Vgl. voor de toepasselijkheid van het vereiste van een eerlijk proces in een vreemdelingenzaak op basis van het ongeschreven beginsel, ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547.

25 Zie bijv. Barkhuysen & Van Emmerik 2009, die de uitspraak 'prijzen' omdat zij zorgt voor het 'opheffen van onterechte rechtsonveiligheid' tussen vreemdelingen die te lang op een uitspraak moeten wachten en iemand die wacht op een uitkering.

26 Zie punt 4 en 5 van Van Amersfoort 2011, alsook de conclusie van A-G Wattel bij het arrest van 10 juni 2011, ECLI:NL:PHR:BO5046.

RECHT OP EEN EERLIJK PROCES: OVERBODIGE TOEVOEGING OF REVOLUTIONAIRE POTENTIE?

telijke of internationaalrechtelijke grondslag bestaat. Hierdoor wordt, aldus Van Amersfoort, via een omweg – door het aanvullen van een leemte in de wet – de formele wet getoetst aan algemene rechtsbeginselen. Dat is in strijd met het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, dat immers ook betrekking heeft op ongeschreven rechtsbeginselen. Hoewel volgens mij van regelrechte strijd met het (verruimde) toetsingsverbod geen sprake is, omdat de op grond van het nationale beginsel toegepaste normen niet in strijd zijn met een formele wet, is van een zekere spanning misschien wel sprake.

Het is daarom vermoedelijk geen toeval dat enkele fiscale eerstelijnsrechters, sinds artikel 17, eerste lid, Grondwet in werking is getreden, verzoeken in verband met de overschrijding van de redelijke termijn baseren op artikel 17, eerste lid, Grondwet, ook al wordt die norm vervolgens ingevuld conform de waarborgen van artikel 6 EVRM. Dit ziet men in een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 21 december 2022,²⁷ waarin deze rechtbank als volgt overweegt:

‘De rechtbank toetst de verzoeken (in verband met overschrijding van de redelijke termijn – RW) aan artikel 17, eerste lid, van de Grondwet. Daarin is het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn opgenomen, dat van toepassing is op geschillen over belastingaanslagen. Deze bepaling in de Grondwet heeft een ruimer toepassingsbereik dan dat van het vergelijkbare artikel 6 van het EVRM, dat ten grondslag ligt aan het eveneens op belastinggeschillen van toepassing zijnde rechtszekerheidsbeginsel. Wat de materiële waarborgen van een eerlijk proces betreft heeft de wetgever echter willen aansluiten bij de waarborgen die artikel 6 van het EVRM biedt voor geschillen over burgerlijke rechten en bij strafvervolgning. De wetgever heeft het minimum beschermingsniveau dat artikel 6 van het EVRM biedt, in de Grondwet willen vastleggen. Voor de inhoudelijke beoordeling van de vraag of de redelijke termijn is overschreden en zo ja, wat de consequenties daarvan moeten zijn zal de rechtbank daarom artikel 6 EVRM en de daarvan afgeleide rechtspraak als uitgangspunt nemen.’

Deze benadering lijkt mij zo gek nog niet, omdat een geschreven grondwetsbepaling een stevigere basis biedt voor de toepassing van de eis van redelijke termijn buiten de reikwijdte van het EVRM en Unierecht dan een ongeschreven nationaal rechtsbeginsel. Aldus heeft het nieuwe grondwetsartikel op dit punt al tot een concreet resultaat geleid.

²⁷ Zie Rb. Midden-Nederland 21 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5547.

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

Een andere onderwerp waarbij artikel 17, eerste lid, Grondwet de leemte zou kunnen dichten die bestaat vanwege de beperkte reikwijdte van artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest betreft de niet betaling van griffierecht. In hun rechtspraak hebben de bestuursrechters een mogelijkheid daartoe gecreëerd voor rechtszoekenden waarvoor de heffing van griffierecht 'het onmogelijk althans uiterst moeilijk maakt om gebruik te maken van een door de wet opengestelde rechtsgang'.²⁸ Voor dat geval overwegen zij als volgt:

'Mede gelet op het belang dat in een rechtsstaat toekomt aan de toegang tot de onafhankelijk rechter, een belang dat mede ten grondslag ligt aan artikel 6 EVRM en artikel 47 Hv, kan daarom in een dergelijk geval (ook buiten de werkingssfeer van van de genoemde artikelen) niet worden aanvaard dat een beroep wegens het niet betalen van griffierecht niet-ontvankelijk wordt verklaard. In dat geval wordt aangenomen dat betrokkene met het achterwege laten van een betaling van griffierecht niet in verzuim is als bedoeld in artikel 8:41, zesde lid, Awb.'

In deze uitspraak wordt het oordeel gebaseerd op artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest, die voor de betreffende rechtszoekenden een norm tegen de heffing van griffierecht zouden bevatten die ook buiten de werkingssfeer van beide bepaling geldt. Waarom dat zo is, lieten de rechters in 2015 in het midden. Inmiddels zouden ze kunnen wijzen op artikel 17, eerste lid, Grondwet, dat inderdaad dezelfde norm bevat voor alle geschillen, ook als zij niet onder de bescherming vallen van artikel 6 EVRM of artikel 47 Handvest.

4 MOGELIJKHEDEN VOOR ACTIEVE RECHTSVORMING DOOR DE BESTUURSRECHTER

4.1 *Inleiding*

De tweede juridische meerwaarde van artikel 17, eerste lid, Grondwet is, zoals in paragraaf 2 aangegeven, dat de bepaling een actievere rechtsvorming door wetgever en rechter moet bevorderen, zodat zij meer bescherming kan bieden dan de Europese equivalenten artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest. In deze paragraaf vindt een verkenning plaats van mogelijkheden die op dit punt bestaan. In dat verband ga ik eerst in op de beperkingsclausule van artikel 17 lid 1 Grondwet (paragraaf 4.2), daarna op de appellabiliteit van over-

²⁸ CRvB 13 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:282, 283 en 284. Zie eerder ABRvS 6 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4443; HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:699.

RECHT OP EEN EERLIJK PROCES: OVERBODIGE TOEVOEGING OF REVOLUTIONAIRE POTENTIE?

heidshandelen (paragraaf 4.3) en ten slotte op de toepassing van enkele procesrechtelijke bevoegdheden (paragraaf 4.4).

Daarbij concentreer ik mij op de bestuursrechter en zoek ik mijn inspiratie vooral in de rechtspraak van het HvJ over artikel 47 Handvest. Ik doe dat omdat de HvJ-rechtspraak in de Nederlandse doctrine en rechtspraak doorgaans wat minder aandacht krijgt dan die van het EHRM over artikel 6 EVRM, terwijl het HvJ de laatste jaren wel forse stappen heeft gezet bij de verdere ontwikkeling van artikel 47 Handvest. Deze ontwikkeling betreft veelal het bestuursrecht, een terrein waarop vaak sprake is van de tenuitvoerlegging van Unierecht in de zin van artikel 51, eerste lid, Handvest en waar artikel 47 Handvest dus toepasselijk is, terwijl de reikwijdte van artikel 6 EVRM op dit terrein juist beperkt is. Wellicht daarom leidt het HvJ uit artikel 47 Handvest soms garanties af die men niet op dezelfde wijze tegenkomt in de EHRM-rechtspraak. Deze extra's uit Luxemburg kan men opvatten als voorbeelden waarin de EU een ruimere bescherming biedt dan het EVRM, zoals op grond van artikel 52, derde lid, Handvest is toegestaan. Ze kunnen overigens ook worden verklaard doordat het HvJ over artikel 47 Handvest moet oordelen in een andere context dan het EHRM. Hoe dan ook, zij kunnen inspiratie bieden voor de invulling van artikel 17, eerste lid, Grondwet door de Nederlandse rechter.

4.2 *Beperkingsmogelijkheden van artikel 17, eerste lid, Grondwet*

Artikel 17, eerste lid, Grondwet kent geen clausele waarin is bepaald onder welke voorwaarden het recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter kan worden beperkt. Voor dit aspect verwijst de memorie van toelichting naar de impliciete beperkingsmogelijkheid die voor artikel 6 EVRM geldt en die kennelijk ook van toepassing is op artikel 17, eerste lid, Grondwet. Volgens de EVRM-systematiek moet een beperking aan drie voorwaarden voldoen. De beperking mag de essentie van het recht niet aantasten, zij moet een legitiem doel dienen (zoals rechtszekerheid of het goed functioneren van de rechterlijke macht) en zij moet proportioneel zijn in het licht van dat doel.²⁹

Deze impliciete beperkingsmogelijkheid strookt niet met de leer van de bijzondere beperkingen, de leer die in Nederland sinds 1983 geldt als uitgangspunt voor het beperken van grondrechten uit de Grondwet.³⁰ Volgens die leer moet een grondrechtenbeperking altijd zijn terug te voeren op een grondwettelijke beperkingsclausule en herleidbaar zijn tot een specifieke wet in formele zin. Opmerkelijk is verder dat de grondwetgever geen enkele

29 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 16-17. Zie uitvoerig Julicher 2020, p. 67-69; Leeuw & Gysels 2020, p. 257-260.

30 Kortmann 2016, p. 383-386; Julicher 2020, p. 67-70; Burkens e.a. 2022, p. 139-145.

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

aandacht heeft besteed aan het expliciete Unierechtelijke beperkingskader van artikel 52, eerste lid, Handvest, dat alleen al vanwege zijn geschreven status meer vastigheid biedt dan het ongeschreven EVRM-kader. Al met al is de grondwetgever op het punt van beperkingen tamelijk slordig geweest. Tegelijkertijd heeft die slordigheid ook een voordeel gehad, namelijk dat de Nederlandse grondwetgever wellicht onbewust, via de verwijzing in de memorie van toelichting naar het EVRM, heeft bepaald dat voor de beperking van een Nederlands grondrecht niet alleen de formele eis geldt dat zij terug te voeren moet zijn op de formele wet, maar dat voor de toelaatbaarheid ervan bovendien een materieel criterium geldt, namelijk dat de beperking proportioneel moet zijn in het licht van het doel waarvoor zij wordt gesteld. Een dergelijke toets is, ook gelet op de volgens het EVRM en Unierecht geldende maatstaven, noodzakelijk om grondrechten *rechtsstatelijk* te beperken en wordt bij andere grondrechten van hoofdstuk 1 van de Grondwet node gemist.³¹ Nu wat betreft materiële beperkingscriteria dit schaaft over de dam is, volgen er hopelijk meer.

Voor de toepassing van de beperkingsclausule kunnen Nederlandse rechters inspiratie ontleen aan de rechtspraak van het EHRM en het HvJ. Wat betreft het EVRM bevat de memorie van toelichting bij het wijzigingsvoorstel een kort overzicht.³² In aanvulling daarop maak ik twee opmerkingen. In de eerste plaats ziet men op het terrein van het bestuursrecht inmiddels ook in de rechtspraak van het HvJ interessante toepassingen van artikel 52, eerste lid, Handvest. Een voorbeeld biedt de zaak *Puškár*,³³ waarin de toelaatbaarheid van een verplichte administratieve voorprocedure van bezwaar of administratief beroep als voorwaarde voor beroep op de rechter wordt beoordeeld in het licht van artikel 47, eerste lid, Handvest. Het HvJ beschouwt deze verplichting als een beperking van het door deze bepaling gegarandeerde recht op toegang tot de rechter. Deze is in beginsel wel gerechtvaardigd binnen de grenzen van artikel 52, eerste lid, Handvest, want zij wordt bij wet gesteld, eerbiedigt de wezenlijke inhoud van artikel 47 Handvest, beantwoordt aan rechtmatige doelstellingen van algemeen belang (voorprocedures bieden laagdrempelige rechtsbescherming, zorgen voor zeefwerking en voor de opbouw van een procesdossier) en is geschikt en noodzakelijk voor het bereiken van die doelstellingen. Wel stelt het HvJ met het oog op de evenredigheid in strikte zin een aantal voorwaarden aan voorprocedures, namelijk dat de elektronische weg niet de enige toegang ertoe mag zijn, dat het instellen van beroep op de rechter door de voorprocedure niet aanzienlijk wordt vertraagd; dat

31 Hiervoor is in de literatuur al vaak gepleit, onder meer door Julicher 2020, p. 158, Barkhuysen 2004, p. 105; Gerards 2012, p. 50. Zie ook Gerards' inbreng in de rondetafeldebatdiscussie in de Tweede Kamer over constitutionele toetsing van 14 februari 2023, via https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2023A00306, laatst geraadpleegd op 21 maart 2023.

32 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 16-17.

33 HvJ EU 27 september 2017, ECLI:EU:C:2017:725 (*Puškár*), AB 2018/116, m.nt. Widdershoven; JB 2018/1, m.nt. Schlössels.

RECHT OP EEN EERLIJK PROCES: OVERBODIGE TOEVOEGING OF REVOLUTIONAIRE POTENTIE?

de voorprocedure geen of geringe kosten met zich brengt en dat de opschorting van de tenuitvoerlegging van het besluit mogelijk is. Aldus laat het HvJ enerzijds ruimte voor verplichte voorprocedures, maar stelt het anderzijds aan die procedures wel zekere eisen tegen mogelijk misbruik ervan. Wat mij betreft zou de Nederlandse rechter als zij de beperkingsclausule van artikel 17, eerste lid, Grondwet toepast een voorbeeld mogen nemen aan deze creatieve vorm van rechtsvinding.

Qua uitkomst is deze creatieve benadering enigszins zichtbaar in de in paragraaf 3 vermelde rechtspraak van de bestuursrechter, waarin zij grenzen stelt aan het heffen van griffierecht als dat de toegang tot de rechter voor rechtszoekenden ‘onmogelijk althans uiterst moeilijk’ maakt, maar waarbij dit oordeel niet wordt bereikt via toepassing van een beperkingsclausule. In de toekomst lijkt mij dat wel wenselijk, omdat zowel het EVRM en het Handvest als artikel 17, eerste lid, Grondwet beperkingen van de toegang tot de rechter beoordelen in het licht van een dergelijke clausule.

Een onderwerp dat zich hiervoor wellicht ook leent is de toepassing van fatale bezwaren- en beroepstermijnen. Recent ziet men zowel in de rechtspraak als in concept-wetgeving pleidooien om overschrijding van deze termijnen eerder verschoonbaar te achten in geval van bijzondere persoonlijke omstandigheden, meer in het bijzonder als het denk- en doenvermogen van burgers beperkt is.³⁴ Volgens velen moet de overheid met die beperking rekening houden en ervoor zorgen dat kleine fouten (zoals een termijnoverschrijdingen) geen grote gevolgen hebben. Bovendien moet zij zich tegenover de burger responsief opstellen. Volgens de rechtbank Limburg zijn dit ontwikkelingen,³⁵

‘(...) die bij de uitleg van de wet, in aanvulling op de oorspronkelijke bedoeling zoals die blijkt uit de wetsgeschiedenis, moeten worden betrokken. Zij maken het nodig dat in de balans tussen het perspectief van rechtszekerheid en eigen verantwoordelijkheid van de burger enerzijds en het perspectief van rechtsbescherming en realistisch burgerbeeld anderzijds, een verschuiving naar laatstgenoemd perspectief plaatsvindt. Deze verschuiving werkt door in de uitleg van de vage wettelijke norm over het verschoonbaar te laat indienen van bezwaar.’

34 Vgl. Rb. Limburg 23 maart 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:2220; Rb. Limburg 28 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:8404, alsmede (de preconsultatieversie van) de Wet versterking waarborgfunctie Awb, Den Haag 2023, art. 6:11 Awb.

35 Rb. Limburg 28 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:8404, r.o. 15.

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

Vervolgens legt de rechtbank de wettelijke norm voor verschoonbaarheid van artikel 6:11 Awb ('redelijkerwijs niet in verzuim is geweest') ruimer uit en wordt een bezwaar, dat volgens vaste rechtspraak niet-ontvankelijk zou zijn geweest, vanwege de persoonlijke omstandigheden van belanghebbende toch ontvankelijk verklaard. Het oordeel van de rechtbank, waarin het algemeen belang van rechtszekerheid en het individuele belang van rechtsbescherming worden afgewogen, past qua benadering (ook) uitstekend bij het nieuwe grondrecht van artikel 17, eerste lid, Grondwet. Wel zou het oordeel wat meer kunnen worden gestructureerd aan de hand van de beperkingsclausule.

4.3 *Appellabele handelingen*

Al jaren staat de vraag op de bestuursrechtelijke agenda of de toegang tot de bestuursrechter tegen overheidshandelen ruimer zou moeten zijn en minder afhankelijk van het kwalificeren als besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.³⁶ In dat kader fungeert ook de term 'strategisch besluitbegrip', waarbij een handeling die dogmatisch gezien geen besluit is, om strategische redenen toch als zodanig wordt aangemerkt of met een besluit wordt gelijkgesteld teneinde toegang tot de bestuursrechter te creëren.³⁷ Door artikel 17, eerste lid, Grondwet en het daarin gegarandeerde recht op toegang tot de rechter is deze discussie niet meer slechts een kwestie van strategie, maar krijgt zij een constitutionele dimensie. Dat wil niet zeggen dat die toegang opeens heel anders moet worden geregeld. De huidige rechtsmachtverdeling, die inhoudt dat de bevoegdheid van de bestuursrechter beperkt is tot besluiten, niet zijnde algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, en de burgerlijke rechter aanvullende bescherming biedt tegen andere overheidshandelingen, garandeert op zich dat burgers tegen het handelen van de overheid altijd toegang hebben tot een rechter. Niettemin kan vanuit constitutionele optiek de vraag worden opgeworpen of die toegang op de meest effectieve en toegankelijke manier is geregeld. Hierna bespreek ik drie mogelijke verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter, die zijn geïnspireerd door de rechtspraak van het HvJ over artikel 47 Handvest, maar waarvan analoge toepassing buiten de werkingssfeer van Unierecht (als het Handvest niet van toepassing is) op grond van artikel 17, eerste lid, Grondwet overwogen zou kunnen worden.

De eerste verruiming vloeit voort uit de concentratie van rechtsbescherming als onderdeel van effectieve en doeltreffende rechtsbescherming.³⁸ In de rechtspraak van het HvJ is het belang van concentratie reden geweest voor het oordeel dat het strijdig is met het beginsel van doeltreffendheid als een particulier voor de volledige effectivering van de hem door

36 Vgl. Schlössels 2003, alsmede de VAR-preadviezen van Van Ommeren e.a. 2013.

37 Ortlep 2022, p. 684-691.

38 Zie voor een eerder pleidooi in deze richting, Widdershoven 2012, p. 209-210.

RECHT OP EEN EERLIJK PROCES: OVERBODIGE TOEVOEGING OF REVOLUTIONAIRE POTENTIE?

een richtlijn toegekende rechten een procedure moet voeren bij een gespecialiseerde rechterlijke instantie (die een in hoogte beperkte schadevergoeding kan toekennen) en bij de gewone rechter (voor volledige schadevergoeding).³⁹ In dat geval zou de gespecialiseerde instantie ook kennis moeten nemen van vorderingen wegens schending van die richtlijn die volgens het nationale recht buiten haar bevoegdheid vallen. Deze uitspraak en het belang dat daarin omwille van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming wordt gehecht aan concentratie van samenhangende geschillen bij één rechterlijk college, is voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling bestuursrechtspraak) in 2020 een belangrijke reden geweest om de bestuursrechter bevoegd te achten in schadevergoedingszaken wegens schending van de databeschermingsrechten van de artikelen 15 tot en met 22 Algemene Verordening Gegevensbescherming,⁴⁰ ook als die schending is veroorzaakt door een feitelijke handeling. Deze ‘loskoppeling’ van de bevoegdheid van de bestuursrechter van het besluitbegrip is in de literatuur positief ontvangen, waarbij is gesuggereerd dat zij vaker zou kunnen worden toegepast ook buiten de werkingssfeer van Unierecht, bijvoorbeeld bij schadevorderingen wegens het niet-honoreren van gerechtvaardigd vertrouwen.⁴¹ Dat lijkt mij een goed idee. Daaraan voeg ik toe dat die loskoppeling inmiddels niet alleen kan worden gebaseerd op de Unierechtelijke beginselen van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming (artikel 47 Handvest), maar ook op analoge toepassing van de nationale equivalent van 47 Handvest, artikel 17, eerste lid, Grondwet. Daarbij is verder van belang dat deze uitbreiding van de rechtsmacht niet in strijd is met enige formeelwettelijke bepaling, zodat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet er niet aan in de weg staat.

Een tweede mogelijke verruiming betreft de appellabiliteit van toezichtshandelen, meer in het bijzonder van inlichtingenvorderingen. In zijn rechtspraak in het kader van de fiscale gegevensuitwisseling tussen de lidstaten heeft het HvJ bepaald dat de (rechts)persoon van wie inlichtingen worden gevorderd, beroep op een rechter moet kunnen instellen tegen de inlichtingenvordering waarvan niet-naleving tot een (bestraffende) sanctie kan leiden.⁴² Het HvJ baseert dit oordeel op het algemene beginsel van Unierecht van de bescherming tegen ingrepen van het openbaar gezag in de privésfeer van zowel natuurlijke als rechtspersonen die willekeurig of onredelijk zouden zijn,⁴³ een bescherming die gewaarborgd wordt door artikel 47, eerste lid, Handvest. Bovendien kan, aldus het HvJ, van de persoon

39 HvJ EU 15 april 2008, ECLI:EU:C:2008:223 (*Impact*).

40 ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898-900, AB 2020/307-309 m.nt. L.M. Koenraad & C.N.J. Kortmann.

41 Vgl. Koenraad & Kortmann 2020, aantekening 23-24.

42 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:795 (*État Luxembourgeois/B e.a.*).

43 HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:795 (*État Luxembourgeois/B e.a.*), punt 57, onder verwijzing naar HvJ EU 21 september 1989, ECLI:EU:C:1989:337 (*Hoechst*), punt 19; HvJ EU 13 september 2018, ECLI:EU:C:2018:715 (*UBS Europe e.a.*), punt 56.

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

niet worden verlangd dat hij, om toegang tot de rechter te krijgen, de vordering moet schenden en zich bloot moet stellen aan de sanctie die verbonden is aan niet-naleving ervan. Een dergelijke verplichting tot overtreding acht het HvJ een schending van de wezenlijke inhoud van het door artikel 47 Handvest gewaarborgde recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Volgens vaste bestuursrechtspraak in Nederland is een inlichtingenvordering geen appellabel Awb-besluit,⁴⁴ omdat de plicht om aan de vordering te voldoen voortvloeit uit de wet (art. 5:20 Awb) en niet uit de vordering. Tegen zo'n vordering kan wel een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter worden ingesteld.⁴⁵ Op zichzelf wordt hiermee vermoedelijk aan de eis van het HvJ voldaan. De vraag is wel of de bestuursrechter niet de meest gereede rechter is om over deze beroepen te beslissen. Mij lijkt dat wel het geval. Hoe dan ook geeft het te denken dat de Nederlandse bestuursrechter de hulp van de burgerlijke rechter nodig heeft om te voorkomen dat de Nederlandse rechtsbescherming tegen een inlichtingenvordering, waarvan schending tot een sanctie kan leiden, de wezenlijke inhoud van artikel 47 Handvest schendt. Nu Nederland een grondwettelijk recht op toegang tot de rechter kent, dat zelfs nog meer bescherming beoogt te bieden dan artikel 47, eerste lid, Handvest en artikel 6 en 13 EVRM, verdient deze lacune in elk geval kritische doordenking. Ook hierbij geldt dat een eventuele uitbreiding van de rechtsmacht, als men daartoe zou beslissen, niet in strijd is met een formeelwettelijke bepaling, zodat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet er niet aan in de weg staat. Het besluitbegrip is immers flexibel genoeg om iets ruimer uit te kunnen leggen. Bovendien kan de bestuursrechter de informatievordering ook aanmerken als een bestuurlijk rechtsoordeel, dat omwille van de rechtsbescherming met een (appellabel) Awb-besluit wordt gelijkgesteld.⁴⁶

Ook buiten het terrein van de inlichtingenvordering kan verruiming van de toegang tot de bestuursrechter via het aanmerken van een feitelijke handeling als een met een Awb-besluit gelijk te stellen bestuurlijk rechtsoordeel aan de orde zijn. In dit verband kan ik verwijzen naar mijn conclusie van 24 januari 2018 over de appellabiliteit van de bestuurlijke waarschuwing.⁴⁷ In die conclusie betoog ik dat op beleidsregels gebaseerde en informele waarschuwingen geen Awb-besluiten zijn, maar dat zij soms wel voor de rechtsbescherming met een Awb-besluit gelijk gesteld moeten worden, omdat de alternatieve route om

44 CBB 21 juli 1998, ECLI:NL:CBB:1998:ZF3595 (*Bosque Teca Verde*), *AB Klassiek* 2009, nr. 32, m.nt. L. Michiels.

45 Gerechtshof Den Haag 12 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:470 (*Digitale werkwijze ACM*).

46 Vgl. voor deze route, ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:453, waarin de Afdeling in het kader van de fiscale gegevensuitwisseling een inlichtingenvordering van de staatssecretaris van Financiën aanmerkt als een bestuurlijk rechtsoordeel dat, omwille van de rechtsbescherming, met een Awb-besluit wordt gelijkgesteld.

47 Conclusie van 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249.

RECHT OP EEN EERLIJK PROCES: OVERBODIGE TOEVOEGING OF REVOLUTIONAIRE POTENTIE?

een rechterlijk oordeel over die waarschuwingen te krijgen onevenredig bezwarend is.⁴⁸ Eén van de situaties die ik in dat verband noem is die waarin een bestuursorgaan een wettelijke norm, waarvan de inhoud op grond van de wet(sgeschiedenis) en rechtspraak onduidelijk is, met behulp van de waarschuwing heeft geconcretiseerd of had moeten concretiseren en deze concretisering alleen in rechte aan de orde kan worden gesteld door overtreding ervan met het risico op een bestraffende sanctie. Deze appellabiliteit heeft dezelfde achtergrond als die van de – hiervoor besproken – inlichtingenvordering, namelijk dat een burger op grond van artikel 47 Handvest de rechtmatigheid van een beslissing in rechte aan de orde moet kunnen stellen zonder dat hij gedwongen is om daartoe die beslissing te schenden met het risico op een bestraffende sanctie. Die regel heeft naar mijn opvatting ook te gelden in het kader van artikel 17, eerste lid, Grondwet.

4.4 *Procesrechtelijke bevoegdheden*

Typisch voor het Unierecht is dat daarin artikel 47 Handvest vaak wordt toegepast in combinatie met secundaire EU-regelgeving. In dat secundaire recht is het recht op toegang tot de rechter soms opnieuw en specifiek voor dat terrein gecodificeerd. Bovendien bevat dat recht vaak materiële en procedurele rechten die op grond van artikel 47 Handvest in de rechterlijke procedure moeten kunnen worden geëffectueerd. Dit kan ertoe leiden dat artikel 47 Handvest, in samenhang met het secundaire EU-recht, op die terreinen hogere eisen aan de rechtsbescherming stelt dan op andere EU-terreinen gelden en die bovendien verder kunnen gaan dan het EHRM eist op grond van artikel 6 EVRM. Deze rechtspraak zou ook inspiratie kunnen bieden aan de Nederlandse rechter bij de invulling van artikel 17, eerste lid, Grondwet.

Een goed voorbeeld van deze ontwikkeling bieden de richtlijnen op het gebied van het asielrecht. Volgens artikel 46, eerste lid, van de Procedurerichtlijn (herschikking) moeten verzoekers tegen de afwijzing van een asielverzoek een ‘daadwerkelijk rechtsmiddel bij een rechterlijke instantie’ hebben.⁴⁹ In de zaak *Torubarov* heeft het HvJ bepaald dat de nationale rechter aan het recht op een effectief rechtsmiddel van artikel 46, eerste lid, Procedurerichtlijn en artikel 47 Handvest de bevoegdheid ontleent om zelf een asielvergunning te verlenen als de beslissingsautoriteit, na de vernietiging van een eerdere weigering, de asielaanvraag in strijd met de rechterlijke overwegingen opnieuw heeft geweigerd.⁵⁰ Deze regel doet denken aan de vuistregel ‘three strikes and you’re out’ die de Afdeling bestuurs-

48 Vgl. Conclusie 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249, punt 5.10 en 7.

49 Richtlijn 2013/32/EU, betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *Pb* 2013 L 180/60.

50 HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:626 (*Torubarov*), *AB* 2019/481, m.nt. Reneman.

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

rechtspraak hanteert om zelf in de zaak te voorzien als het bestuur drie keer heeft geprobeerd om tot een rechtmatige eindresultaat te komen en dat steeds niet is gelukt.⁵¹ Het verschil met deze Afdelingslijn is dat het bestuur van het HvJ een kans minder krijgt om een rechtmatig besluit te nemen en dat – belangrijker – de HvJ-regel niet een eenvoudige vuistregel is, maar kennelijk voortvloeit uit het constitutionele recht op toegang tot de rechter van artikel 47 Handvest. Daarmee heeft de regel een constitutionele status en kan de vraag worden opgeworpen of op grond van artikel 17, eerste lid, Grondwet een vergelijkbare norm moet gelden, niet alleen binnen het asielrecht, maar wellicht ook daarbuiten.

Een ander onderwerp dat de aandacht vraagt is de ambtshalve toetsing van het Unierecht door de rechter. In het algemeen geldt op grond van het Unierecht dat de in het Nederlandse bestuursrecht geldende beperkte ambtshalve toetsingsplicht aan bepalingen van openbare orde ook kan worden toegepast in EU-rechtelijke casus.⁵² Zij is volgens het HvJ niet in strijd met het beginsel van doeltreffendheid, omdat zij wordt gerechtvaardigd door het beginsel van de rechten van verdediging en het beginsel van een goed verloop van de procedure. Bovendien heeft het HvJ bepaald dat het Unierecht als zodanig niet van openbare orde is. In zoverre kan artikel 8:69 Awb zonder problemen worden toegepast in Unierechtelijke casus. Anders dan het Nederlandse recht kent het Unierecht op specifieke terreinen echter wel uitzonderingen.

De eerste al jarenlang bestaande uitzondering betreft het Europese consumentenrecht. Volgens vaste HvJ-rechtspraak moeten richtlijnen op dit terrein, in het bijzonder de Richtlijn inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten,⁵³ door de nationale rechter ambtshalve worden getoetst.⁵⁴ Deze verplichting is volgens het HvJ noodzakelijk om een doeltreffende bescherming van consumenten te waarborgen in een situatie van ongelijkheid tussen consumenten en verkopers.⁵⁵ Deze ongelijkheid kan alleen worden opgeheven door ingrijpen van een buiten die partijen staande instantie, de rechter. Deze plicht tot ambtshalve toetsing is vooral van belang voor de civiele rechter, maar kan in theorie ook de bestuursrechter betreffen als die moet oordelen over een besluit van de Autoriteit Consument en Markt, ter handhaving van een consumentenrichtlijn. Los daarvan roept

51 Burkens e.a. 2022, p. 190; Verburg 2019, p. 138-143.

52 HvJ EU 7 juni 2007, ECLI:EU:C:2007:318 (*Van der Weerd*), AB 2007/228, m.nt. R. Widdershoven. Vgl. Ortlep & Widdershoven 2017, p. 412-414.

53 Richtlijn 93/13/EEC van 5 april 1993, inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Pb 1993 L 95/29.

54 Vgl. onder meer HvJ EU 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano Grupo Editorial*); HvJ EU 21 november 2002, ECLI:EU:C:2002:705 (*Cofidis*); HvJ EU 26 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostazo Claro*); HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*).

55 Ortlep & Widdershoven 2017, p. 414-415; Van Duin 2022.

RECHT OP EEN EERLIJK PROCES: OVERBODIGE TOEVOEGING OF REVOLUTIONAIRE POTENTIE?

deze rechtspraak de vraag op of ook het bestuursrecht terreinen kent waarin de ongelijkheid tussen overheid en burger zodanig groot is, dat de rechter een ruimere ambtshalve toetsingsplicht zou mogen hebben.

Sinds kort kent het Unierecht een tweede terrein waarop de nationale bestuursrechter ambtshalve bepaalde EU-regels moet toetsen, namelijk bij de oplegging en verlenging van een bewaringsmaatregel aan derdelanders. In november 2022 heeft het HvJ geoordeeld dat de nationale rechter bij deze besluiten ‘ambtshalve de eventuele niet-naleving van een door betrokkene niet aan de orde gestelde rechtsmatigheidsvoorwaarde moet vaststellen.’⁵⁶ Deze verplichting baseert het HvJ op een combinatie van artikel 47 Handvest (zoals in de context van bewaringsmaatregel ook specifiek gecodificeerd in de Opvang- en Terugkeerrichtlijn),⁵⁷ artikel 6 Handvest (recht op vrijheid) en het strikte materiële en procedurele kader voor bewaring in de Opvang- en Terugkeerrichtlijn, dat noodzakelijk is vanwege de ernstige inbreuk die een bewaringsmaatregel maakt op het in artikel 6 Handvest gegarandeerde recht op vrijheid. Wil een derdelander dit strikte kader in rechte kunnen afdwingen, zoals dat wordt geëist door artikel 47 Handvest en artikel 6 Handvest, dan is ambtshalve toetsing van de naleving ervan door de rechter noodzakelijk. Met dit oordeel biedt het HvJ wellicht meer bescherming dan het EHRM in zijn rechtspraak over het met artikel 6 Handvest corresponderende artikel 5 EVRM. In de rechtspraak van het EHRM is in elk geval nooit een verplichting tot ambtshalve toetsing van de rechtmatigheid van detentiebeslissingen aangenomen.⁵⁸

In het voorgaande vallen twee zaken op. In de eerste plaats is het HvJ over het algemeen terughoudend bij het voorschrijven of aannemen van een rechterlijke ambtshalve toetsingsplicht, maar gaat het daartoe soms toch over als dat nodig is ter opheffing van de ongelijkheid tussen partijen (consumentenrecht) of bij zeer ingrijpende besluiten (bewaring).⁵⁹ Daarbij staat die ambtshalve toetsing in dienst van de effectuering van het materiële

56 HvJ EU 8 november 2022, ECLI:EU:C:2022:858 (*Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid v. C, B en X*), punt 94-95.

57 Richtlijn 2008/115/EG, over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, *Pb* 2008 L 348/98; Richtlijn 2013/33/EU tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming, *Pb* 2013 L 180/96.

58 In zijn prejudiciële verwijzingsbeslissing van 23 december 2020 (ECLI:NL:RVS:2020:3034) verwijst de ABRvS naar EHRM 19 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0519JUD003728912 (*J.N./het Verenigd Koninkrijk*), par. 87, waaruit blijkt dat de nationale rechter op grond van art. 5 EVRM niet verplicht is om de rechtmatigheid van detentiebeslissingen ‘automatically’ te beoordelen.

59 Vgl. inmiddels ook Rb. Den Haag, zp. Roermond 13 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:3154, waarin de prejudiciële vraag wordt verwezen of art. 47 Hv, gelezen in samhang met art. 4 en 19, tweede lid, Hv en met art. 5 Terugkeerrichtlijn vereisen dat een rechterlijke autoriteit ambtshalve de eventuele niet-naleving van de eerbiediging van het beginsel van non-refoulement moet vaststellen.

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

ele Unierecht. In de tweede plaats baseert het HvJ deze verplichting tot ambtshalve toetsing mede op het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals inmiddels gecodificeerd in artikel 47 Handvest. Dit roept de vraag op of de Nederlandse bestuursrechter iets van het HvJ zou moeten leren en bijvoorbeeld op terreinen waarop de structurele ongelijkheid tussen overheid en burger zeer groot is ter effectuering van het materiële recht, ook een ruimere plicht tot ambtshalve toetsing aan het recht zou moeten aannemen dan zij nu doet. Ik denk dan aan terreinen als sociale zekerheid, toeslagen en asiel.⁶⁰ Die vraag verdient in elk geval nadere doordenking. Een eventuele ruimere plicht tot ambtshalve rechterlijke toetsing zou gebaseerd kunnen worden op een artikel 17 Grondwet-conforme toepassing van artikel 8:69 lid 1 Awb. Zij wijkt af van de huidige rechterlijke uitleg van die bepaling, maar is volgens mij niet in strijd met de tekst ervan. Wel zal de bestuursrechter de ambtshalve te toetsen grond in de procedure aan de orde moeten stellen, zodat verder zich hiertegen kan verweren.

5 BEVINDINGEN

Hiervoor is nagegaan wat de juridische toegevoegde waarde zou kunnen zijn van het nieuwe artikel 17, eerste lid, Grondwet, het recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter. Daarbij is in lijn met opvattingen van de grondwetgever (paragraaf 2) ingegaan op leemten die artikel 17, eerste lid, Grondwet in de rechtsbescherming zou kunnen invullen (paragraaf 3) en zijn de mogelijkheden verkend voor een meer actieve rechtsvorming door de bestuursrechter waardoor artikel 17, eerste lid, Grondwet wellicht meer bescherming zou kunnen bieden dan de Europese equivalenten, artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest (paragraaf 4).

Voor die leemten heeft artikel 17, eerste lid, Grondwet zijn waarde al in beperkte mate bewezen, omdat de toepasselijkheid van het vereiste van de redelijke termijn buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM en artikel 47 Hv nu kan worden (en wordt) gebaseerd op artikel 17, eerste lid, Grondwet, en niet langer alleen op een ongeschreven nationaal rechtsbeginsel. Ook biedt de bepaling een grondwettelijke basis voor het afzien van heffing van griffierecht als dat de toegang voor een rechtszoekende tot de rechter uiterst moeilijk of onmogelijk zou maken. Voor een actievere rechtsvorming is vooral inspiratie gezocht bij de rechtspraak van het HvJ met betrekking tot artikel 47 Handvest, die ook buiten de werkingssfeer van het Unierecht zou kunnen worden toegepast op grond van artikel 17, eerste lid, Grondwet. In dit verband zijn mogelijkheden voor rechtsvorming verkend in relatie tot de beperkingsclausule (paragraaf 4.2), de appellabiliteit van over-

⁶⁰ Zo ook Jue 2022, p. 103, stelling 4.

RECHT OP EEN EERLIJK PROCES: OVERBODIGE TOEVOEGING OF REVOLUTIONAIRE POTENTIE?

heidshandelen (paragraaf 4.3) en enkele procesrechtelijke bevoegdheden, in het bijzonder de ambtshalve rechterlijke toetsing (paragraaf 4.4). De suggesties voor wijziging of nadere doordenking die in dat verband zijn gedaan, zijn zeker niet allemaal nieuw. Tot een revolutie in het bestuursrecht zullen zij niet leiden. Wel nieuw is dat zij als gevolg van artikel 17, eerste lid, Grondwet een constitutionele dimensie hebben gekregen. Daardoor is bijvoorbeeld de appellabiliteit van overheidshandelen niet meer alleen een vraag van strategie, maar een constitutionele kwestie van effectieve toegang tot de rechter. Dat geldt ook voor de omvang van de rechterlijke plicht om ambtshalve aan het recht te toetsen. Verder is vastgesteld dat mogelijke veranderingen op het punt van toegang tot de rechter of procesrechtelijke bevoegdheden niet in strijd zijn de formele wet, zodat zij niet afstuiten op het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet.

Gelet op het voorgaande past artikel 17, eerste lid, Grondwet uitstekend in de bredere ontwikkeling van constitutionalisering van bestuursrecht en behoorlijk bestuur.⁶¹ Die ontwikkeling is ingezet vanuit Europa (EVRM en Unierecht), maar heeft nu ook een nationale dimensie gekregen. Zij vereist ook het een en ander van de bestuursrechter. Deze kan zich niet meer beperken tot de vraag of een bepaalde uitleg van een Awb-regel nog (net) past binnen de grenzen van het EVRM of Unierecht, maar moet zelf vaststellen wat de Nederlandse constitutionele standaard is. Daarbij is de boodschap van de grondwetgever dat die standaard hoger kan liggen dan die van het EVRM of Unierecht. Voor ambitieuze rechters moet dat een aanlokkelijk perspectief zijn.

LITERATUURLIJST**Van Amersfoort 2011**

P.J. van Amersfoort, annotatie bij HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5087, *BNB* 2011/234.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', *VAR-reeks* 132, Den Haag: Boom juridisch 2004.

Barkhuysen & Van Emmerik 2009

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, annotatie bij ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5897, *AB* 2009/70.

61 Schlössels 2016; Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 49-84.

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

Barkhuysen & Widdershoven 2022

T. Barkhuysen & R.J.G.M. Widdershoven, 'Åkerberg Fransson. Reikwijdte en inhoud Handvest van de Grondrechten van de EU', in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 601-622.

Barkhuysen e.a. 2009

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet. Behoeft de Nederlandse Grondwet aanvulling met een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

Burkens e.a. 2022

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, J. Uzman, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Wolter Kluwer 2022.

Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021

Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, *Europa en het algemeen bestuursrecht*, VAR-reeks 165, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 49-84.

Van Duin 2022

A. van Duin, *Effective Judicial Protection in Consumer Litigation*, Cambridge: Intersentia 2022.

Gerards 2012

J. Gerards, 'Oordelen over grondrechtzaken. Rechtsvinding door de drie hoogste rechters in Nederland', in: L. de Groot & H. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Kluwer: Deventer 2012.

Gerards 2014

J. Gerards, 'The European Court of Human Rights and the national courts: giving shape to the notion of 'shared responsibility'', in: J. Gerards and J. Fleuren (eds.), *Implementation of the European Convention of Human Rights and the Judgments of the ECtHR in National Case-Law. A Comparative Analysis*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia 2014.

Jue 2022

R. Jue, *Onrecht in de rechtsbescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2022.

Julicher 2018

M.M. Julicher, 'Het recht op een eerlijk proces in het EVRM, het Handvest ende Grondwet!', *TvCR* 2018, afl.1, p. 36-57.

RECHT OP EEN EERLIJK PROCES: OVERBODIGE TOEVOEGING OF REVOLUTIONAIRE POTENTIE?

Julicher 2020

M.M. Julicher, *De Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?*, diss. Utrecht, 2020.

Koenraad & Kortmann 2020

L.M. Koenraad & C.N.J. Kortmann, annotatie bij ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898, AB 2020/307.

Kortmann 2016

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

De Lange e.a. 2009

R. de Lange, B.J.G. Leeuw & P.A.M. Mevis, *Grondwet en het recht op een eerlijk proces. Algemene verkenning en uitwerking voor het strafrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

Leeuw 2013

B.J.G. Leeuw, *Grondwet en eerlijk proces*, diss. Rotterdam, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Leeuw & Gysels 2020

B.J.G. Leeuw & C. Gysels, 'Art. 6 EVRM, onderdeel C.1 Toegang tot de rechter', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM, Deel 1: Art. 1 t/m 18 EVRM*, Den Haag: Sdu 2020, p. 249-260.

NJCM 2014

Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM), *Advies grondwetswijziging recht op een eerlijk proces*, 14 oktober 2014.

Van Ommeren e.a. 2013

F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen & K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij, VAR-reeks 150*, Den Haag: Boom juridisch 2013.

Ortlep 2012

R. Ortlep, 'Meldingenstelsel Leeuwarden. Het besluitbegrip als het toegangsbewijs voor de rechtsbescherming', in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 675-692.

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

Ortlep & Widdershoven 2017

R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'Hoofdstuk VI. Rechtsbescherming', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

Raad voor de Rechtspraak 2014

Raad voor de Rechtspraak, Advies grondwetswijziging recht op een eerlijk proces, 19 december 2014.

Schlössels 2003

R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne*, Den Haag: Boom juridisch 2003.

Schlössels 2016

R.J.N. Schlössels, 'Constitutionalisering van behoorlijk bestuur. Europees recht als aanjager', *JBplus* 2016, afl. 4, p. 221-239.

Verburg 2019

D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans. Bejegening, beslechting en bewijs*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

Widdershoven 2012

R.J.G.M. Widdershoven, 'Back to the future: de Europese Unie en het algemeen bestuursrecht', *JBplus* 2012, afl. 2, p. 195-213.

Witteman 2020

K.G. Witteman, 'Art. 6 EVRM, onderdeel C.2.3 Burgerlijke recht', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM, Deel 1: Art. 1 t/m 18 EVRM*, Den Haag: Sdu 2020, p. 271-285.

DE VERKIEZING VAN DE EERSTE KAMER DER STATEN-GENERAAL EN HET NIEUWE KIESCOLLEGE NIET-INGEZETENEN

G. Karapetian*

1 INLEIDING

Ingezetenschap en kiesrecht zijn in de Nederlandse staatsrechtleer lange tijd onlosmakelijk verbonden geweest met elkaar. Bij de invoering van rechtstreekse verkiezingen voor de Tweede Kamer der Staten-Generaal in 1848 expliciteerde de Grondwet in art. 76 dat het kiesrecht voor de Tweede Kamer toekwam aan meerderjarige ingezetenen die in het volle genot waren van zowel burgerlijke rechten als burgerschapsrechten en een bepaald bedrag aan directe belastingen betaalden.¹ Ingezetenschap in het Europese deel van het Koninkrijk was daarmee een noodzakelijk vereiste voor het kiesrecht voor de leden van de Tweede Kamer. Tot de herziening van de Grondwet in 1983 heeft het staatsrecht met betrekking tot dit thema geen veranderingen ondergaan: voor de uitoefening van het kiesrecht voor de Tweede Kamer diende men ingezetene te zijn van het land Nederland. Pas bij de herziening van de Grondwet in 1983 werd het kiesrecht voor de leden van de Tweede Kamer ontkoppeld van het ingezetenschap.² Na de aanpassing van de Kieswet in 1985 hierop, konden Nederlandse staatsburgers in het buitenland voor het eerst in 1986 een stem uitbrengen voor de Tweede Kamerverkiezingen.³ De verkiezing van de Eerste Kamer bleef

* Mr. dr. G. (Gohar) Karapetian is Universitair docent Staatsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 Tussen 1850 en 1892 kende het Koninkrijk der Nederlanden een dubbel burgerschap: één op grond van het Burgerlijk Wetboek uit 1838 en het andere op grond van de zogeheten Wet van 28 juli 1850 tot uitvoering van art. 7 Gw 1848. Zie daarover meer Karapetian 2019, p. 359 e.v.

2 *Kamerstukken II* 1976/77, 14233, nr. 3, p. 17; *Kamerstukken II* 1981/82, 16906. Op grond van de Wet van 5 maart 1977 (*Stb.* 113) werd het actief kiesrecht voor de Tweede Kamer verleend aan Nederlanders buiten Nederland in Nederlandse openbare dienst. Deze wetswijziging was mogelijk doordat deze categorie Nederlanders in grondwettelijke zin tot ingezetenen werd gerekend. Na deze wetswijziging werd onbevredigend geacht het actief kiesrecht voor de Tweede Kamer te beperken tot de categorie Nederlanders in openbare dienst, zie *Kamerstukken II* 1984/85, 18694, nr. 3, p. 2-9. In paragraaf wordt ingegaan op de redenen die in 1983 relevant waren om het kiesrecht voor de Tweede Kamer uit te breiden naar niet-ingezetenen Nederlanders.

3 De resultaten vielen bij deze eerste verkiezing voor de Tweede Kamer voor Nederlanders in den vreemde tegen. De Telegraaf berichtte dat acht procent (55.000 van 60.0000) van Nederlanders in het buitenland zich registreerde als kiezer, zie *De Telegraaf* 27 maart 1986.

G. KARAPETIAN

destijds ongewijzigd. De leden van de Eerste Kamer werden tot 2017 gekozen door de leden van de provinciale staten, zoals het oude art. 55 Grondwet dat voorschreef. Inmiddels is art. 55 Grondwet tweemaal gewijzigd: in 2017 en in 2022. De herziening van de Grondwet in 2017 had (onder meer) tot gevolg dat de leden van de Eerste Kamer niet alleen door de leden van de provinciale staten werden gekozen. Sindsdien maakt de Grondwet het mogelijk dat in ieder Caribisch openbaar lichaam van Nederland (Bonaire, Sint Eustatius en Saba) een kiescollege wordt gekozen dat samen met de provinciale staten de leden van de Eerste Kamer kiest.⁴

In 2022 is een ander kiescollege toegevoegd dat betrokken zal zijn bij de verkiezing van de Eerste Kamer: het kiescollege voor niet-ingezetenen Nederlanders. Dit hoofdstuk heeft betrekking op dit kiescollege niet-ingezetenen. Sinds 2022 is artikel 55 Grondwet tweeledig. Het eerste lid van deze bepaling schrijft voor dat de leden van de Eerste Kamer worden gekozen door de leden van de provinciale staten en de leden van de kiescolleges zoals bedoeld in artikel 55 lid 2 (het kiescollege niet-ingezetenen) en in artikel 132a lid 3 (de kiescolleges van de Caribische openbare lichamen van Nederland) van de Grondwet. Dit heeft tot gevolg dat naar huidig recht de leden van de Eerste Kamer worden gekozen door de leden van de twaalf provinciale staten en de leden van vier kiescolleges: de drie kiescolleges van Caribisch Nederland en het kiescollege niet-ingezetenen. Waarom is door de grondwetgever overgegaan tot de introductie van een kiescollege niet-ingezetenen? Hoe kan de op- en inrichting van dit kiescollege worden gekwalificeerd en wat is de stemwaarde van de leden van dit kiescollege? Worden alle Nederlandse staatsburgers na deze Grondwetsherziening in 2022 politiek vertegenwoordigd in de Staten-Generaal? Dit hoofdstuk beoogt deze en gerelateerde vragen te beantwoorden.

De opzet is als volgt. In paragraaf 2 staat de reden voor het installeren van het kiescollege niet-ingezetenen centraal. In paragraaf 3 wordt aandacht besteed aan de inrichting en verkiezing van het kiescollege niet-ingezetenen en de verkiezing van de leden van de Eerste Kamer door dit kiescollege. Ook wordt in dat kader de stemwaarde van het kiescollege niet-ingezetenen bestudeerd. Vervolgens wordt in paragraaf 4 ingegaan op het karakter van de Eerste Kamerverkiezing. Hoe duidt de wetgever deze verkiezing: als een rechtstreekse verkiezing door de leden van de provinciale staten en de vier kiescolleges of als een indirecte verkiezing door de kiezers? In paragraaf 5 wordt de politieke vertegenwoordiging van alle Nederlandse staatsburgers bezien: zijn met het kiescollege niet-ingezetenen alle Nederlandse staatsburgers in binnen- en buitenland politiek vertegenwoordigd bij de totstandkoming van regelgeving die hen raakt? Waarom deze vraag ontkennend

⁴ *Stb.* 2017, 426. De uitvoeringswet van deze grondwetswijziging is gepubliceerd in *Stb.* 2018, 58 (Wet kiescolleges Caribische openbare lichamen ten behoeve van de verkiezing van de leden van de Eerste Kamer).

dient te worden beantwoord, blijkt eveneens uit deze paragraaf. De bijdrage wordt afgesloten met enkele opmerkingen over de plaats van deze grondwetsherziening in de Nederlandse constitutionele geschiedenis.

2 NOODZAAK KIESCOLLEGE NIET-INGEZETENEN: ‘WEGNEMEN VAN ONEVENWICHTIGHEID’

In de memorie van toelichting op de verklaringswet van 14 oktober 2020⁵ wordt uiterst summier ingegaan op de noodzaak van deze voorgestelde grondwetswijziging. De regering geeft aan dat Nederlanders die in het buitenland wonen, kunnen deelnemen aan de verkiezingen van de Tweede Kamer en het Europees Parlement. De omstandigheid dat deze Nederlanders geen invloed kunnen uitoefenen op de samenstelling van de Eerste Kamer acht de regering ‘onevenwichtig’.⁶ Deze stellingname wordt door de regering niet nader uitgewerkt. In dit kader wordt aangegeven dat hoewel artikel 3 Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden het recht op vrije verkiezingen van de wetgevende macht waarborgt, dit evenwel niet verplicht tot de toekenning van het kiesrecht aan niet-ingezetenen. Opgemerkt wordt dat het wetsvoorstel beoogt deze ‘onevenwichtigheid’ weg te nemen door het installeren van een apart kiescollege voor niet-ingezetenen Nederlanders.⁷ Ook wordt aangegeven dat met het wetsvoorstel invulling wordt gegeven aan de afspraak uit het regeerakkoord van het kabinet Rutte III om het stemproces zodanig aan te passen dat Nederlanders in het buitenland eenvoudiger hun kiesrecht, ook in relatie tot de verkiezing van de leden van de Eerste Kamer, kunnen uitoefenen.⁸

De genoemde argumenten rechtvaardigen, zoals de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: Afdeling advisering) terecht aangeeft, een grondwetswijziging niet voldoende.⁹ Het enkele feit dat in het regeerakkoord met de coalitiepartners is afgesproken om niet-ingezetenen Nederlanders invloed te laten uitoefenen op de samenstelling van de Eerste Kamer, is niet voldoende reden om de Grondwet te wijzigen.¹⁰ In het verlengde daarvan bestaat ook geen volkenrechtelijke verplichting om niet-ingezetenen staatsburgers het kiesrecht te verlenen voor (een onderdeel van) de wetgevende macht. De toelichting gaat tevens niet in op de vraag waarom de genoemde onevenwichtigheid nauwelijks onderwerp

5 *Stb.* 2020, 429.

6 *Kamerstukken II* 2019/20, 35418, nr. 3, p. 2.

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34700, nr. 34, p. 8.

9 *Kamerstukken II* 2019/20, 35418, nr. 4, p. 2.

10 *Ibid.*

G. KARAPETIAN

van discussie is geweest sinds de herziening van de Grondwet in 1983, toen het kiesrecht voor de leden van de Tweede Kamer werd ontkoppeld van ingezetenschap. De herziening van de Grondwet vergt een verzwaarde en tijdrovende procedure, zoals de Afdeling advisering terecht opmerkt, waarvoor een betere motivering dient te worden aangedragen.¹¹

In het nadere rapport wordt naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering (ietwat) uitgebreider door de regering ingegaan op de noodzaak van deze grondwetswijziging. In haar antwoord refereert de regering aan een in 2014 door de Tweede Kamer gevraagde inventarisatie van mogelijkheden om een kiescollege te vormen voor Nederlanders in het buitenland om de leden van de Eerste Kamer te kiezen.^{12,13} Aldus is de discussie over de invloed van Nederlanders in het buitenland bij de samenstelling van de Eerste Kamer losgekoppeld van de bewerkstelling van de kiescolleges voor Caribisch Nederland.¹⁴

Zoals vermeld in de inleiding, is de Grondwet in 2017 herzien met betrekking tot de betrokkenheid van de kiescolleges van Bonaire, Sint Eustatius en Saba bij de verkiezing van de leden van de Eerste Kamer. Bonaire, Sint Eustatius en Saba maken sinds de ontmanteling van de Nederlandse Antillen op 10 oktober 2010 deel uit van het staatsbestel van het land Nederland als openbaar lichaam in de zin van Hoofdstuk 7 van de Grondwet. De eilanden Aruba, Curacao en Sint Maarten zijn autonome landen in het Koninkrijk en hebben ieder een eigen parlement, de Staten.¹⁵ De gekozen kiescolleges van Caribisch Nederland kozen voor het eerst op 27 mei 2019 de leden van de Eerste Kamer.¹⁶ Hiermee bleef volgens de regering de onevenwichtigheid ten aanzien van Nederlanders in het buitenland onveranderd. De regering brengt een notitie uit 2019 in herinnering waarin op hoofdlijnen is beschreven welke (drie) opties denkbaar zijn om Nederlanders in het buitenland invloed te laten uitoefenen op de samenstelling van de Eerste Kamer.¹⁷ De notitie is voor beide Kamers geen aanleiding geweest voor een afzonderlijk overleg met het kabinet,

11 *Ibid.*

12 Zie hiervoor *Handelingen II* 2014/15, nr. 5, item 3.

13 *Kamerstukken II* 2014/15, 33900, nr. 10 en *Kamerstukken I* 2014/15, 33900, B.

14 *Kamerstukken II* 2019/20, 35418, nr. 4, p. 3. Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 33900, nr. 12 en *Kamerstukken I* 2014/15, 33900, A.

15 Over de politieke representatie van de Nederlanders uit Aruba, Curacao en Sint Maarten, zie paragraaf 5.

16 De Nederlanders van Bonaire, Sint Eustatius en Saba deden voor het eerst in september 2012 mee aan de verkiezingen van de leden van de Tweede Kamer. Deze eilanden vormen de 20ste kieskring, zie Tabel bedoeld in art. E1 lid 1 Kieswet.

17 *Kamerstukken II* 2018/19, 31142, nr. 88 en *Kamerstukken I* 2018/19, 31142, C. De drie opties zijn: rechtstreekse verkiezingen voor de leden van de Eerste Kamer, de uitbreiding van de verkiezingen van de provinciale staten tot Nederlanders in het buitenland en tot slot de introductie van een kiescollege voor Nederlanders die in het buitenland wonen. In de notitie worden de eerste twee opties afgewezen.

waardoor een debat hierover is uitgebleven.¹⁸ Tegen deze achtergrond acht de regering dat de noodzaak van het wetsvoorstel, en de daarmee gepaard gaande grondwetsherziening, voldoende is gerechtvaardigd.¹⁹

Hoewel het voorgaande een welkome aanvulling van de regering is op de noodzaak van de grondwetsherziening – de regering expliciteert immers dat na de betrokkenheid van de kiescolleges Caribisch Nederland de onevenwichtigheid bleef bestaan voor Nederlanders in het buitenland – blijft de lezer evenwel met vragen achter. De regering had bij de verantwoording van de noodzaak voor een nieuw kiescollege niet-ingezetenen aandacht kunnen besteden aan de vraag waarom en op welke wijze werkzaamheden van (ook) de Eerste Kamer invloed hebben op het dagelijkse leven van Nederlanders in het buitenland. Hiervoor had aansluiting kunnen worden gezocht bij de redenen die relevant waren om het kiesrecht voor de Tweede Kamer in 1983 uit te breiden naar niet-ingezetenen Nederlanders. Zo is destijds naar voren gebracht dat waar voor niet-ingezetenen Nederlanders voorheen de mogelijkheden om ‘contacten met Nederland te onderhouden en de politieke gang van zaken daar te volgen [beperkt waren]’, dit door de ontwikkeling van communicatiemiddelen anders is geworden.²⁰ Aangezien niet-ingezetenen Nederlanders zich meer betrokken voelden bij de Nederlandse politiek, werd ‘het gemis van het recht om aan de verkiezing van de Tweede Kamer deel te nemen als onrechtvaardig ervaren.’²¹ Hierdoor is de eis van ingezetenschap bij de Tweede Kamerverkiezingen komen te vervallen. Welnu, de wetgevende en controlerende taak van de Eerste Kamer als onderdeel van de Staten-Generaal en de relevantie hiervan voor niet-ingezetenen Nederlanders kon beter worden gefundeerd door de regering. De omstandigheid dat de beide Kamers geen aanleiding zagen voor een afzonderlijk debat met het kabinet over de voornoemde notitie uit 2019 is niet bepalend voor het rechtvaardigen van de politieke invloed van niet-ingezetenen Nederlanders op de samenstelling van de Eerste Kamer.

18 *Kamerstukken II* 2019/20, 35418, nr. 4, p. 3.

19 Over het belang van het opheffen van de onevenwichtigheid, zie ook: *Kamerstukken II* 2021/22, 36071, nr. 6, p. 2-3.

20 *Kamerstukken II* 1978/79, 14223, nr. 6, p. 6. Zie ook Van Vugt 2021, p. 292.

21 *Ibid.* In dit kader wordt in deze memorie van antwoord opgemerkt: ‘Het ligt, ook wanneer men uitgaat van de hierboven weergegeven zienswijze, niet voor de hand dat de inwoners van de Nederlandse Antillen naast het kiesrecht voor de Antilliaanse Staten ook nog het kiesrecht voor de Nederlandse Tweede Kamer zouden hebben. Voorts lijkt ons ook bij voorbeeld een punt van nadere overweging of in het buitenland woonachtige personen die de Nederlandse nationaliteit hebben maar nooit in Nederland hebben gewoond, het kiesrecht zouden moeten verkrijgen. Om de mogelijkheid te hebben deze en eventuele andere categorieën personen het kiesrecht te onthouden, achten wij het wenselijk dat, naast het vervallen van de eis van ingezetenschap ten principale, aan de wetgever de bevoegdheid wordt gegeven zodanige categorieën aan te wijzen.’ Op de politieke representatie van de Nederlanders in de toenmalige Nederlanders Antillen wordt ingegaan in paragraaf 5.

G. KARAPETIAN

Het voorstel tot grondwetsherziening heeft geleid tot de wijziging van artikel 55 Grondwet in 2022, met daarin de introductie van het kiescollege niet-ingezetenen. Teneinde de kiezers van het kiescollege niet-ingezetenen zoveel mogelijk op dezelfde wijze te behandelen als de kiezers van de provinciale staten, wordt in artikel 55 lid 2 Grondwet aangesloten bij de in artikel 129 (in het bijzonder lid 2 tot en met lid 6) Grondwet opgenomen normen ten aanzien van de verkiezing van de provinciale staten. De nadere uitwerking van de inrichting en de verkiezing van het kiescollege en de verkiezingen van de leden van de Eerste Kamer door dit kiescollege is overgelaten aan de wetgever. Inmiddels heeft de wetgever gehandeld en heeft deze wet het licht gezien. De Wet van 19 oktober 2022 (Wet kiescollege niet-ingezetenen) houdt regels in over de oprichting van het kiescollege niet-ingezetenen alsmede de verkiezing van de leden van dit kiescollege en de verkiezing van de leden van Eerste Kamer door de leden van het kiescollege niet-ingezetenen.²² In de volgende paragraaf zal aandacht worden besteed aan dit kiescollege niet-ingezetenen. Vooreerst zal worden ingegaan op de inrichting van dit kiescollege (para 3.1). Daarna zal aandacht worden besteed aan zijn verkiezing (para 3.2). Vervolgens zal de verkiezing van de leden van de Eerste Kamer door de leden van het kiescollege worden besproken (para 3.3) en tot slot komt de stemwaarde van de leden van het kiescollege niet-ingezetenen ter sprake (para 3.4.).

3 INRICHTING, VERKIEZINGEN KIESCOLLEGE NIET-INGEZETENEN EN EERSTE KAMER, STEMWAARDE

3.1 *De inrichting van het kiescollege niet-ingezetenen*

3.1.1 Den Haag als vestigingsplaats

Het kiescollege niet-ingezetenen is gevestigd in Den Haag.²³ De keuze voor (de gemeente) Den Haag is om verschillende redenen verklaarbaar. Zo is de gemeente Den Haag verantwoordelijk voor de organisatie van de Tweede Kamer- en Europees Parlementsverkiezingen voor niet-ingezetenen. Daarnaast is de gemeente De Haag op grond van de Kieswet verantwoordelijk voor de permanente registratie van niet-ingezetenen Nederlanders die kiesgerechtigd zijn. Om deze reden is besloten om de organisatie van de verkiezing van de leden van het kiescollege niet-ingezetenen te beleggen bij de gemeente Den Haag en de vestigingsplaats van het kiescollege in Den Haag zelf.²⁴ De burgemeester van Den Haag is

²² *Stb.* 2022, 410.

²³ Art. 4 Wet kiescollege niet-ingezetenen.

²⁴ *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 4.

uit kracht van artikel 6 Wet kiescollege niet-ingezetenen de voorzitter van het kiescollege niet-ingezetenen.²⁵

3.1.2 Ledental kiescollege niet-ingezetenen

Uit hoeveel leden het kiescollege niet-ingezetenen zal bestaan, blijkt uit artikel 5 van de Wet kiescollege niet-ingezetenen. Het kiescollege kan minimaal uit negen en maximaal uit 55 leden bestaan. Bij het bepalen van het ledental van het kiescollege niet-ingezetenen is rekening gehouden met verschillende (grondwettelijke) uitgangspunten.²⁶ Eén van deze uitgangspunten is dat het kiescollege groot genoeg is om het in artikel 53 lid 2 Grondwet verankerde stemgeheim te waarborgen.²⁷ Daarnaast dienen, zoals blijkt uit de memorie van toelichting, ook kleinere groeperingen de kans te hebben om gekozen te worden in het kiescollege, opdat de representativiteit van Nederlanders die geen ingezetene zijn van Nederland zoveel mogelijk wordt geborgd.²⁸ Ook wordt beoogd met de staffel in artikel 5 Wet kiescollege niet-ingezetenen het aantal leden van het kiescollege en de stemwaarde van ieder lid in balans te houden. Hoe meer leden, hoe minder de stemwaarde per lid. Over deze stemwaarde volgt meer in paragraaf 3.4. Wanneer een blik wordt geworpen op de staffel in artikel 5 van deze wet, dan valt op dat deze een combinatie is van de staffel uit de Gemeentewet (artikel 8) en de staffel uit de Provinciewet (artikel 8). Hiermee is dus aansluiting gezocht bij zowel het systeem van gemeenten als het systeem van provincies.²⁹

3.1.3 Lidmaatschap kiescollege niet-ingezetenen en onverenigbare functies

Met betrekking tot het lidmaatschap van het kiescollege niet-ingezetenen is aansluiting gezocht bij het actief en passief kiesrecht voor de Tweede Kamerverkiezingen, met als

25 Bij de provinciale staten en de kiescolleges Caribisch Nederland bekleedt de commissaris van de Koning voor de provinciale staten en de gezaghebber voor een kiescollege Caribisch Nederlander het voorzitterschap van zowel de vergadering als het stembureau van de Eerste Kamerverkiezingen. Aangezien de organisatie van de stemming voor het kiescollege niet-ingezetenen bij de gemeente Den Haag ligt, ligt het in de rede om de burgemeester van Den Haag de vergaderingen van het kiescollege niet-ingezetenen te laten voorzitten. Zie *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 7.

26 Zie in dit kader Otjes 2021.

27 *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 5.

28 *Ibid.*

29 In de memorie van toelichting (*Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 6) wordt de reden hierachter als volgt verduidelijkt: 'Het één op één overnemen van de staffel uit de Gemeentewet zou betekenen dat wanneer het aantal geregistreerde kiezers lager is dan het aantal inwoners van een provincie, het kiescollege meer leden heeft dan de betreffende provincie. Dit is niet consistent. Daarnaast zorgt het enkel hanteren van de staffel uit de Gemeentewet ervoor dat de groei van het aantal kiescollegeleden is begrensd op 45 leden, terwijl provinciale staten 55 leden kunnen hebben. Het volledig gebruiken van de staffel uit de Provinciewet is dan ook niet volledig wenselijk. Dat zou namelijk betekenen dat er altijd minimaal 39 leden zijn, ook wanneer er een relatief laag aantal kiezers in de permanente registratie geregistreerd staat. Dat is niet proportioneel.'

G. KARAPETIAN

bijkomende eis dat het lid geen ingezetene mag zijn van Nederland.³⁰ Op dit vereiste van niet-ingesetenschap voor leden is door de Afdeling advisering kritiek geuit. De regering heeft met dit vereiste van niet-ingesetenschap beoogd aansluiting te zoeken bij de grondwettelijke regeling voor provinciale staten, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt in actief en passief kiesrecht. Deze gelijkstelling roept volgens de Afdeling advisering vragen op.³¹ Zo is er volgens de Afdeling een wezenlijk verschil 'in karakter, taken en bevoegdheden tussen de provinciale staten en het voorgestelde kiescollege niet-ingesetenen'.³² De provinciale staten nemen immers gedurende hun zittingstermijn besluiten voor de provincie, waar het kiescollege niet-ingesetenen eenmalig een stem uitbrengt voor de samenstelling van de Eerste Kamer.³³ Daarnaast doet zich volgens de Afdeling advisering de vraag voor of er voldoende animo is onder niet-ingesetenen om zich te kandideren voor het lidmaatschap van dit kiescollege.³⁴ De regering legt deze kritiek van de Afdeling naast zich neer. Allereerst stelt zij dat hoewel zij de redenering van de Afdeling kan volgen, de Afdeling volgens haar voorbij lijkt te gaan aan het feit dat ook voor de kiescolleges Caribisch Nederland gelijke criteria gelden voor actief en passief kiesrecht, terwijl deze kiescolleges ook als enige taak hebben eenmalig hun stem uit te brengen bij de verkiezingen van de Eerste Kamer. Daarnaast stelt de regering dat tijdens de eerste lezing van het grondwetsvoorstel tot introductie van het kiescollege niet-ingesetenen is beoogd het criterium van niet-ingesetenschap als voorwaarde te stellen voor passief kiesrecht.³⁵ Volgens de regering vloeit dit vereiste van niet-ingesetenschap voor het lidmaatschap van het kiescollege niet-ingesetenen aldus voort uit artikel 55 lid 2 Grondwet. Niettemin is de regering zich terdege bewust van het belang van voldoende voorlichting voor Nederlandse kiesgerechtigden in het buitenland. Hoewel echter bij de kiescollegeverkiezingen in Caribisch Nederland maar een beperkt aantal partijen deelnamen, dient dit in de context van het inwonertal van de Caribische openbare lichamen te worden gezien. De permanente registratie van Nederlandse kiesgerechtigden buiten Nederland bedroeg begin 2021 ruim 90.000.³⁶

Voorts zijn er functies aan te wijzen die niet verenigbaar zijn met het lidmaatschap van het kiescollege niet-ingesetenen.³⁷ Bij deze incompatibiliteitenlijst is, voor zover van toepas-

30 Art. 7 Wet kiescollege niet-ingesetenen. Aangezien de burgemeester van Den Haag, de voorzitter van het kiescollege, geen lid is van het kiescollege, hoeft hij niet aan dit vereiste te voldoen.

31 *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 4, p. 6.

32 *Ibid.*

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*, p. 7. Er wordt verwezen naar de ervaring met de kiescolleges voor de openbare lichamen in 2019, met respectievelijk een lijst voor Sint Maarten, twee lijsten voor Saba en drie lijsten voor Bonaire. Deze ervaring toont volgens de Afdeling advisering aan dat 'het risico van een beperkte animo niet ondenkbeeldig is'.

35 *Kamerstukken II 2021-2022*, 36071, nr. 4, p. 8.

36 *Kamerstukken II 2021-2022*, 36071, nr. 4, p. 9.

37 Art. 9 Wet kiescollege niet-ingesetenen.

sing, aansluiting gezocht bij de functies die onverenigbaar zijn met het lidmaatschap van provinciale staten en de kiescolleges Caribisch Nederland. Voorbeelden hiervan zijn de minister, de staatssecretaris, leden van de Raad van State en van de Algemene Rekenkamer. In de regel zullen deze personen echter niet het passieve kiesrecht hebben voor het kiescollege niet-ingezetenen omdat zij ingezetenen zijn van Nederland. Bijkomend aan de lijst met onverenigbare functies zijn ambtenaren in dienst van de gemeente Den Haag en uit andere hoofde ondergeschikten aan het college van burgemeester en wethouders van Den Haag.³⁸

3.1.4 Elektronisch vergaderen

Een belangrijk opzicht waarin het kiescollege niet-ingezetenen verschilt van de provinciale staten dan wel het kiescollege voor de Caribische openbare lichamen is dat het kiescollege (uiteraard in het openbaar) elektronisch vergadert.³⁹ Daarbij worden verschillende eisen gesteld, zoals dat ieder lid afzonderlijk elektronisch toegang heeft tot de vergadering; de leden zichtbaar en hoorbaar herkenbaar zijn opdat hun identiteit kan worden vastgesteld en de voorzitter in staat is de orde te handhaven.⁴⁰ Hierdoor is het niet mogelijk om een schriftelijke, geheime stemming te houden tijdens een elektronische vergadering. Maar dit laatste is ook niet nodig, omdat er voor het kiescollege niet-ingezetenen geen noodzaak bestaat om schriftelijk te stemmen tijdens de vergaderingen.⁴¹ Bij de fysieke vergadering waarin de leden van het kiescollege niet-ingezetenen de leden van de Eerste Kamer kiezen, is uiteraard wel sprake van een geheime stemming. Over de verkiezing van de Eerste Kamer volgt in paragraaf 3.3.

3.2 *De verkiezing van de leden van het kiescollege niet-ingezetenen door kiesgerechtigde Nederlanders die niet-ingezetenen zijn*

Zoals blijkt uit het voorgaande hebben alleen niet-ingezetenen Nederlandse kiesgerechtigden het passief en actief kiesrecht voor het kiescollege niet-ingezetenen. Vooreerst zal in deze paragraaf aandacht worden besteed aan het actief kiesrecht en vervolgens aan het passief kiesrecht.

Op grond van artikel Pa 2 van de Kieswet worden de leden van het kiescollege gekozen door ‘degenen die Nederlander zijn, op de dag van de stemming de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt en op de dag van de kandidaatstelling geen ingezetenen van Neder-

38 Zie art. 9 lid 1 onder h Wet kiescollege niet-ingezetenen. Dit is in lijn met art. 13 lid 1 onder f Provinciewet.

39 Art. 19 Wet kiescollege niet-ingezetenen.

40 Art. 19 lid 2 Wet kiescollege niet-ingezetenen.

41 *Kamerstukken II 2021/22, 36071, nr. 3, p. 9.*

G. KARAPETIAN

land zijn, met uitzondering van degenen die op de dag van de kandidaatstelling hun werkelijke woonplaats hebben in Aruba, Curaçao of Sint Maarten. Op deze uitzondering wordt in paragraaf 5 ingegaan. De kiesgerechtigde niet-ingezetenen Nederlanders dienen zich – net als bij de verkiezingen voor de Tweede Kamer en het Europees Parlement – te registreren voor de verkiezing van het kiescollege niet-ingezetenen. Voor alle kiezers in het buitenland wordt de permanente kiezersregistratie bijgehouden, opdat deze kiezers zich eenmaal hoeven te registreren en vervolgens automatisch worden uitgenodigd om deel te nemen aan de verkiezing in kwestie.⁴² Gelijk aan de Tweede Kamer- en Europees Parlementsverkiezingen stemmen deze kiesgerechtigden per brief voor het kiescollege niet-ingezetenen.⁴³ De gemeente Den Haag stelt hiervoor een briefstembureau in dat de vooropening en de stemopneming verricht. Naast deze mogelijkheid om de briefstem te versturen naar het briefstembureau in Den Haag, zal de kiezers de mogelijkheid worden gegeven om bij een Nederlandse ambassade deze briefstemmen af te geven opdat de ambassade deze doorzendt naar het briefstembureau in Den Haag. Anders dan bij de Tweede Kamer- en Europees Parlementsverkiezingen het geval is, zal voor de verkiezing van het kiescollege de kiezer alleen per brief kunnen stemmen.⁴⁴ Op grond van artikel Pa 21 Kieswet blijft de mogelijkheid om te stemmen bij volmacht of met een kiezerspas buiten toepassing. Indien stemmen bij volmacht of met een kiezerspas wel tot de mogelijkheden zou behoren, dan zouden stembureaus in Nederland ook moeten worden ingericht ten behoeve van de verkiezing van het kiescollege niet-ingezetenen.⁴⁵ Volgens de regering ligt het niet in de rede het voorgaande te bewerkstelligen en wel omdat op de dag van de verkiezing van het kiescollege niet-ingezetenen in Nederland zowel de provinciale staten- als de waterschapsverkiezingen worden gehouden in Nederland. Indien bij de stembureaus nog een derde soort stem kan worden uitgebracht, wordt volgens de regering ‘het risico op verwarring en fouten onnodig groot’.⁴⁶

De vraag doet zich vervolgens voor hoe door een niet-ingezetenen kiesgerechtigde invulling kan worden gegeven aan het passief kiesrecht. Politieke partijen die voor het eerst deelnemen aan een verkiezing of bij de vorige verkiezing geen zetel hebben kunnen bemachtigen, dienen ondersteuningsverklaringen te ontvangen van personen die in het bezit zijn van het actief kiesrecht. De ratio hierachter is dat wordt verzekerd dat een politieke partij

42 Dit formulier ten behoeve van de permanente kiezersregistratie kan worden gevonden op de website van de gemeente Den Haag aangezien deze gemeente op grond van art. D2 Kieswet verantwoordelijk is voor de permanente registratie: <https://www.denhaag.nl/nl/bestuur-en-organisatie/verkiezingen/kiezers-buiten-nederland/registratie-voor-kiezers-buiten-nederland.htm>, geraadpleegd op 19 januari 2023.

43 Art. Pa 20 Kieswet.

44 Art. Pa 20 Kieswet.

45 *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 12.

46 *Ibid.*

over enig draagvlak beschikt.⁴⁷ Voor het kiescollege niet-ingezetenen zou dit tot gevolg hebben dat de kandidatenlijst van een politieke partij die voor het eerst deelneemt aan een verkiezing of bij de vorige verkiezing geen zetel heeft kunnen bemachtigen dient te worden ondersteund door tientallen mensen die buiten Nederland wonen.⁴⁸ Volgens de regering is dit niet proportioneel en levert het verschillende uitvoeringsvragen op.⁴⁹ Daarom is er voor gekozen om de mogelijkheid te creëren om digitaal ondersteuningsverklaringen af te leggen.⁵⁰ Hoewel het onwenselijk is om ondersteuningsverklaringen digitaal af te leggen in verband met frauderisico's benadrukt de regering dat er in dit geval geen alternatief is.⁵¹

De Kieswet schrijft voor dat op de dag van de kandidaatstelling de kandidatenlijsten worden ingeleverd bij het centraal stembureau. De inlevering van deze lijst geschiedt door een kiezer persoonlijk, die bevoegd is tot deelneming van de verkiezing in kwestie. Aangezien bij het kiescollege niet-ingezetenen de kiesgerechtigden niet-ingezetenen zijn, zou dit ertoe leiden dat per partij één kiezer naar Nederland moet komen voor de inlevering van de kandidatenlijst. Het voorgaande is volgens de regering niet goed uitvoerbaar, met als gevolg dat in aanvulling op de bestaande regeling wordt geregeld dat een andere persoon dan de kiezer kan worden gemachtigd om de kandidatenlijst in te leveren. De waarborgsom voor de kandidaatstelling bedraagt €225.⁵²

Het kiescollege niet-ingezetenen zal op verschillende momenten vergaderen. De belangrijkste vergadering van het kiescollege is die van de stemming van de leden van de Eerste Kamer, die fysiek in Nederland dient te geschieden. De overige vergaderingen (over bijvoorbeeld de beoordeling of de kiescollegeverkiezing en de uitslagvaststelling goed zijn verlopen, om het geloofsbriefonderzoek uit te voeren etc.) geschieden digitaal, aangezien alle leden in het buitenland wonen.⁵³ Over deze enige fysieke vergadering, en de keuze voor het fysiek in Europees Nederland houden van de vergadering, volgt in de volgende paragraaf een nadere beoordeling.

47 *Kamerstukken II 2020/21*, 35785, nr. 7, p. 8.

48 *Ibid.*

49 *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 13: "Het is niet proportioneel om van kiesgerechtigden buiten Nederland te verwachten dat zij naar Nederland reizen voor het afleggen van de verklaring. Het stellen van een dergelijke eis zou bovendien het ongunstige effect hebben dat niet of nauwelijks nieuwe partijen het vereiste aantal ondersteuningsverklaringen behalen."

50 Op grond van art. Pa 10 Kieswet zijn minimaal tien ondersteuningsverklaringen nodig voor een kandidatenlijst. Krachtens art. Pa 11 Kieswet kan een ondersteuningsverklaring digitaal geschieden.

51 *Kamerstukken II 2020/21*, 35785, nr. 7, p. 9. Zie ook *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 13-14.

52 Art. Pa 14 Kieswet. Uit kracht van art. Pa 13 Kieswet is het mogelijk dat de getekende benoemingsverklaring van het gekozen lid van het kiescollege niet-ingezetenen via een elektronisch systeem geschiedt.

53 Art. Pa 16 Kieswet. Aangesloten wordt bij de Tijdelijke wet digitale beraadslaging en besluitvorming provincies, gemeenten, waterschappen en openbare lichamen Bonaire, Sint-Eustatius en Saba.

G. KARAPETIAN

3.3 *De verkiezing van de leden van de Eerste Kamer door het kiescollege niet-ingezetenen*

Artikel Ua 1 lid 1 Kieswet geeft aan dat de leden van de Eerste Kamer ter vertegenwoordiging van Nederlanders die geen ingezetenen zijn, gekozen worden door de leden van het kiescollege niet-ingezetenen.⁵⁴ De stemming door dit kiescollege vindt gelijktijdig plaats met de stemming van de leden van de Eerste Kamer door de provinciale staten en de kiescolleges Caribisch Nederland.⁵⁵ Op grond van lid 2 van voornoemde bepaling komen de leden van het kiescollege bijeen in Europees Nederland voor het uitbrengen van hun stem. Deze vergadering waarin dus door het kiescollege niet-ingezetenen wordt gekozen voor de leden van de Eerste Kamer vindt fysiek plaats in Europees Nederland. De twee voor de hand liggende opties volgens de regering waren ten eerste een stemming tijdens een fysieke vergadering in Europees Nederland en ten tweede een stemming die op afstand verloopt. De voor- en nadelen van een fysieke dan wel elektronische stemming worden tegen elkaar afgewogen. Zo wordt als een groot voordeel van de fysieke stemming genoemd dat hierbij kan worden aangesloten bij de inrichting van de wijze waarop provinciale staten en de kiescolleges Caribisch Nederland stemmen voor de leden van de Eerste Kamer.⁵⁶ In het verlengde van dit voordeel ligt de constatering dat daarmee diverse lastige (uitvoerings) vraagstukken worden voorkomen.⁵⁷ Het grote nadeel van een fysieke stemming is dat alle (niet-ingezetenen) leden van het kiescollege naar Nederland moeten komen. Met name de kiezers die ver weg wonen kan dit een bijzondere opgave zijn. Daarnaast kunnen zich verschillende omstandigheden voordoen waardoor reizen vanuit bepaalde delen niet mogelijk is. Het voorgaande kan volgens de regering worden ondervangen door elektronisch een ander kiescollegelid te machtigen om een stem uit te brengen bij de fysieke vergadering.⁵⁸

Een belangrijk voordeel van een stemming op afstand betreft dat deze praktischer is voor de kiescollegeleden, aangezien zij allen niet-ingezetenen zijn. Dit heeft echter tot gevolg dat de stemming van dit kiescollege zal afwijken van de stemming door de provinciale staten en de kiescolleges Caribisch Nederland. Op afstand stemmen kan elektronisch of per brief. Beide opties bieden voor de regering geen uitkomst, en wel om de volgende redenen. Elektronisch stemmen is geen optie, omdat de technologie onvoldoende is ontwikkeld om verschillende uitgangspunten te waarborgen, zoals de stemvrijheid en het stem-

54 Over de formulering van art. Ua 1 lid 1 Kieswet wordt nader ingegaan in paragraaf 4 van deze bijdrage.

55 *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 17.

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*

58 Zie art. Ua 3 Kieswet. Een kiescollegelid kan, in geval van een verhindering om fysiek deel te nemen aan de stemming, langs elektronische weg aan de voorzitter mededelen dat hij bij volmacht zal stemmen.

geheim van kiescollegeleden.⁵⁹ Het introduceren van briefstemmen voor de stemming door het kiescollege is ook geen optie, omdat – kort gezegd – dit grote problemen oplevert bij de uitvoering: stemmen kunnen te laat aankomen met als gevolg dat zij niet meetellen en verschillende uitgangspunten van het verkiezingsproces (zoals het stemgeheim) kunnen nooit op dezelfde wijze worden gewaarborgd als bij een fysieke stemming.⁶⁰ Om deze reden is ervoor gekozen om de stemming voor de Eerste Kamerleden te laten plaatsvinden tijdens een fysieke vergadering van het kiescollege niet-ingezetenen in Europees Nederland. Een collegelid dat onverhoopt niet in Europees Nederland kan zijn voor de stemming, kan op grond van artikel Ua 3 Kieswet een andere kiezer elektronisch een volmacht verlenen.⁶¹ Nu vaststaat wat de redenen waren voor de regering om te opteren voor een fysieke stemming van de Eerste Kamerleden door het kiescollege niet-ingezetenen, is het interessant de stemwaarde van het kiescollege te bezien: hoe verhoudt deze zich tot de stemwaarde van de provinciale staten dan wel de kiescolleges Caribisch Nederland?

3.4 De stemwaarde van het kiescollege niet-ingezetenen

Een van de onderwerpen waaraan zowel tijdens de wetsvoorstellen tot herziening van artikel 55 Grondwet als het wetsvoorstel dat uiteindelijk heeft geleid tot de Wet van 16 oktober 2022 veel aandacht is besteed, is die naar de stemwaarde van het kiescollege niet-ingezetenen. Voor de vaststelling van de uitslag van de verkiezing van de Eerste Kamer door de provinciale staten en de kiescolleges Caribisch Nederland wordt het aantal inwoners van elke provincie en van de drie openbare lichamen Bonaire, Sint-Eustatius en Saba (inclusief de niet-kiesgerechtigden) gedeeld door het honderdvoud van het aantal leden van provinciale staten en het kiescollege. Dit getal is de zogenoemde stemwaarde van de provincie dan wel het Caribisch openbaar lichaam in kwestie. De stemwaardeberekening van de provinciale staten is derhalve als volgt:⁶²

59 *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 18.

60 *Ibid.* Een tussenvariant (fysieke stemming en voor verhinderde leden een briefstemming) wordt ook afgewezen: 'Doorgaans zal een kiescollegelid niet ruim van tevoren weten verhinderd te zijn, maar pas op het laatste moment niet naar Nederland blijken te kunnen afreizen. In dat geval heeft het lid in de meeste gevallen ook niet meer de gelegenheid om tijdig per brief te stemmen.' *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 19.

61 Dit, in aanvulling op art. T 4 van de Kieswet, dat de leden van de provinciale staten en de kiescolleges in Caribisch Nederland de mogelijkheid heeft schriftelijk volmacht te verlenen. De aanvulling van art. Ua 3 op art. T 4 is dat art. Ua 3 Kieswet het mogelijk maakt dat en verzoek tot het stemmen via volmacht langs elektronische weg aan de voorzitter kenbaar kan maken.

62 Hierbij is Inwonersp het aantal inwoners van een provincie en ledenps het wettelijk aantal leden van de provinciale staten van de desbetreffende provincie.

G. KARAPETIAN

Formule 1 Stemwaardeberekening provinciale staten:

$$\text{Stemwaarde}_{PS} = \frac{\text{Inwoners}_{PS}}{100 \times \text{Leden}_{PS}}$$

In de regel worden de stemwaarden vastgesteld door de Kiesraad voorafgaand aan de verkiezingen op basis van de bevolkingsaantallen per 1 januari van het desbetreffende jaar en vervolgens gepubliceerd in de Staatscourant.

Artikel Ua 4 van de Kieswet heeft betrekking op de stemwaarde van het kiescollege niet-ingezetenen. De formule voor de berekening van deze stemwaarde komt op het volgende neer:⁶³

Formule 2 Stemwaardeberekening kiescollege niet-ingezetenen:

$$\text{Stemwaarde}_{KCNl} = \frac{\text{Kiesgerechtigden}_{Nl}}{100 \times \text{Leden}_{KCNl}} \times \frac{\text{Inwoners}_{Nl}}{\text{Kiesgerechtigden}_{Nl}}$$

Bij vergelijking met de berekening van de stemwaarden van de provincies en de kiescolleges Caribisch Nederland (zie hiervoor) vallen enkele verschillen op. Anders dan het geval is bij de stemwaarden van de provincies en de kiescolleges Caribisch Nederland, wordt bij het kiescollege niet-ingezetenen uitgegaan van het aantal geregistreerde kiezers. De reden hierachter is volgens de regering dat deze groep, namelijk het aantal geregistreerde kiesgerechtigden die niet ingezetenen zijn van Nederland,⁶⁴ het dichtst in de buurt komt bij de groep die het kiescollege beoogt te vertegenwoordigen én waarvoor harde cijfers zijn.⁶⁵ Teneinde het stemgewicht van het kiescollegelid te berekenen is dus nodig dat het aantal geregistreerde kiesgerechtigden worden gedeeld door het wettelijk aantal leden van het kiescollege (zie paragraaf 3.1 van deze bijdrage) maal honderd. Aangezien echter voor de provinciale staten dan wel de kiescolleges Caribisch Nederland wordt berekend met het aantal inwoners van de provincie of kiescolleges Caribisch Nederland, is een correctiefactor nodig. Deze correctiefactor wordt in de formule opgenomen door rekening te houden

63 *Kamerstukken II 2021/22, 36071, nr. 3, p. 22.* ‘Hierbij is Kiesgerechtigden_{Nl} het aantal geregistreerde kiesgerechtigden voor het kiescollege niet-ingezetenen, Leden_{KCNl} het wettelijk aantal leden van dat college, Inwoners_{Nl} de totale Nederlandse bevolking en Kiesgerechtigden_{Nl} het aantal kiesgerechtigden bij de verkiezingen voor provinciale staten en de kiescolleges Caribisch Nederland.’

64 Krachtens art. Ua 4 lid 2 Kieswet wordt de peildatum voor het aantal geregistreerde kiesgerechtigden vastgesteld op de dag vijf weken voor de dag van de stemming van het kiescollege niet-ingezetenen. Burgemeester en wethouders verschaffen deze informatie aan het centraal stembureau.

65 *Kamerstukken II 2021/22, 36071, nr. 3, p. 22.*

met de verhouding van het aantal inwoners van Nederland en het aantal kiesgerechtigden bij de laatste verkiezingen van de provinciale staten en de kiescolleges Caribisch Nederland.⁶⁶

Waarom is deze berekening en de variabelen die worden meegenomen van belang? De keuzes die zijn gemaakt bij deze berekening houden verband met de vraag hoeveel invloed het nieuwe kiescollege niet-ingezetenen krijgt op de samenstelling van de Eerste Kamer. Indien bijvoorbeeld niet naar het aantal geregistreerde kiesgerechtigden in het buitenland wordt gekeken maar juist naar het aantal uitgebrachte stemmen vanuit het buitenland, dan zal de invloed die het kiescollege niet-ingezetenen heeft op de samenstelling van de Eerste Kamer groter zijn.⁶⁷ Daarnaast kan in dit geval de stemwaarde niet voor de verkiezing van de leden van de Eerste Kamer worden bekendgemaakt, hetgeen wel gebruikelijk is.

4 HET KARAKTER VAN DE EERSTE KAMERVERKIEZING: RECHTSTREEKSE VERKIEZING DOOR DE LEDEN VAN DE PROVINCIALE STATEN EN DE KIESCOLLEGES OF EEN INDIRECTE VERKIEZING DOOR DE KIEZERS?

Los van de vraag welke invloed het kiescollege niet-ingezetenen heeft op de samenstelling van de Eerste Kamer, houdt de berekening van de stemwaarde tevens verband met de manier waarop naar het karakter van de Eerste Kamerverkiezingen wordt gekeken.⁶⁸ De regering onderscheidt hierbij twee opties die beide conform de Grondwet zijn. Een eerste manier is dat de verkiezing van de Eerste Kamer wordt gezien als een rechtstreekse verkiezing door de leden van de provinciale staten en de kiescolleges Caribisch Nederland.⁶⁹ In dit geval ligt het in de rede om bij de berekening van de stemwaarde uit te gaan van het aantal inwoners van de provincies en de Caribische openbare lichamen. De leden van de

66 Voor een rekenvoorbeeld, zie *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 22-23. Vermeldenswaardig in dit kader is dat de regering in de memorie van toelichting bij de eerste lezing van het grondwetsvoorstel tot wijziging van art. 55 Gw van mening was dat het de voorkeur verdiende om de stemwaarde van het kiescollege niet-ingezetenen te berekenen op basis van het aantal uitgebrachte stemmen (en dus niet het aantal geregistreerde kiesgerechtigden). Hiervan is zij (mede dankzij Otjes 2021) teruggekomen omdat de huidige berekening beter aansluit bij evenredige vertegenwoordiging, zie *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 6, p. 18.

67 *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 23. Voor een theoretische exercitie naar de stemwaarde per uitgebrachte stem door niet-ingezetenen en per uitgebrachte stem in Europees Nederland, zie het voorbeeld in *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 6, p. 16.

68 *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 24. Zie in dit kader ook de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State over de stemwaardeberekening van het kiescollege niet-ingezetenen in *Kamerstukken I 2020/21*, 35418, nr. E bijlage.

69 *Kamerstukken II 2021/22*, 36071, nr. 3, p. 24.

G. KARAPETIAN

provinciale staten en de kiescolleges Bonaire, Sint-Eustatius en Saba vertegenwoordigen met hun stem de inwoners van de provincie of het openbaar lichaam. De tweede optie is om naar de Eerste Kamerverkiezing te kijken als een indirecte verkiezing door de kiezers. Dan ligt het in de rede om bij de stemwaardeberekening uit te gaan van het aantal kiesgerechtigden of uitgebrachte stemmen. Aangezien de (grond)wetgever de stemwaardeberekening aan de hand van het aantal inwoners ongewijzigd heeft gelaten, dient volgens de regering te worden geconcludeerd dat is vastgehouden aan de eerste optie: namelijk dat de Eerste Kamerverkiezing wordt gezien als een rechtstreekse verkiezing door de leden van de provinciale staten en de Caribische kiescolleges, die op hun beurt alle inwoners van de provincie en de openbare lichamen vertegenwoordigen.⁷⁰

Bij de stemwaardeberekening van het kiescollege niet-ingezetenen wordt deze discussie actueel omdat het hierbij niet mogelijk is om de stemwaardebepaling uit de Kieswet één op één over te nemen (het is namelijk onbekend hoeveel Nederlanders in het buitenland wonen). Hierdoor opteert de regering voor een alternatieve berekeningswijze (zie Formule 2) die volgens haar de stemwaardeberekening van de provinciale staten en de kiescolleges Caribische openbare lichamen intact laat en het karakter van de Eerste Kamerverkiezing ongewijzigd laat.⁷¹ De vraag rijst echter of met deze alternatieve berekeningswijze het karakter van de Eerste Kamer daadwerkelijk ongewijzigd blijft. Aangezien nu alleen kiesgerechtigde Nederlanders in de permanente registratie worden opgenomen, zijn bijvoorbeeld minderjarige niet-ingezetenen Nederlanders niet meegenomen. Hiermee wordt bij deze alternatieve berekeningswijze de verkiezing van de Eerste Kamer veeleer gezien als een indirecte verkiezing door de kiezers in plaats van een rechtstreekse verkiezing door de leden van het kiescollege. In twijfel kan worden getrokken of de correctiefactor het voorgaande wegneemt.

De formuleringen van de bepalingen in de Kieswet aangaande de verkiezing van de leden van de Eerste Kamer door de provinciale staten (artikel Q 1), de kiescolleges Bonaire, Sint Eustatius en Saba (artikel Ya 30) en het kiescollege niet-ingezetenen (artikel Ua 1) zijn bijzonder. Waar artikel Q 1 Kieswet stelt dat de leden van de Eerste Kamer worden geko-

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, p. 24-25. In de woorden van de regering: '(...) is het mogelijk om et bestaande systeem voor provincies en openbare lichamen intact te laten en voor de stemwaardebepaling van het kiescollege een berekeningsmethode te kiezen die dit benadert, in ieder geval voor wat betreft de invloed die het kiescollege verhoudingsgewijs krijgt wanneer je de stemwaarde afzet tegen het aantal personen dat wordt vertegenwoordigd. Op deze manier wordt recht gedaan aan de Nederlanders in het buitenland, maar blijft het karakter van de Eerste Kamerverkiezing ongewijzigd. Hierbij zorgt de correctiefactor ervoor dat de uitkomst van de stemwaardebepaling recht doet aan het feit dat er meer Nederlanders in het buitenland wonen dan er geregistreerd zijn als kiesgerechtigde, bijvoorbeeld minderjarigen. De regering heeft de keuze gemaakt voor deze optie.'

zen door de leden van de provinciale staten en artikel Ya 30 Kieswet stelt dat de leden van de Eerste Kamer in de openbare lichamen (Bonaire, Sint Eustatius en Saba) worden gekozen door de leden van de kiescolleges, stelt artikel Ua 1 Kieswet opmerkelijkerwijs dat de leden van de Eerste Kamer *ter vertegenwoordiging van Nederlanders die geen ingezetenen zijn* worden gekozen door de leden van het kiescollege niet-ingezetenen. De formulering in artikel Ua 1 Kieswet codificeert de gedachte dat de Kieswetgever de verkiezing van de Eerste Kamer in ieder geval door het kiescollege niet-ingezetenen ziet als een rechtstreekse verkiezing door de leden van het kiescollege niet-ingezetenen en niet als een indirecte verkiezing van niet-ingezetenen Nederlanders. Dat de stemwaardeberekening van dit kiescollege niet-ingezetenen anders doet vermoeden, zoals hiervoor vermeld, doet volgens de wetgever daar niet aan af.

5 ALLE NEDERLANDERS VERTEGENWOORDIGD IN DE STATEN-GENERAAL?
NEE.

In paragraaf 3.1 is aangegeven dat bij de regulering van het kiesrecht voor het kiescollege niet-ingezetenen aansluiting is gezocht bij het actief en passief kiesrecht voor de Tweede Kamerverkiezingen, met als bijkomende eis dat zowel de kiezer als gekozene van het kiescollege geen ingezetene van Nederland mag zijn. Deze koppeling aan het kiesrecht voor de Tweede Kamer brengt met zich dat de uitzonderingen van artikel 54 lid 1 Grondwet jo. artikel B1 Kieswet opgaan. Degenen die op de dag van de kandidaatstelling hun werkelijke woonplaats hebben op in Aruba, Curaçao en Sint Maarten zijn in beginsel uitgezonderd van het kiesrecht voor de Tweede Kamer. Dit is volgens de regering met name nodig geacht om te voorkomen dat ‘de inwoners van de Caribische landen van het Koninkrijk dubbel actief kiesrecht zouden krijgen, zowel voor de vertegenwoordigende organen van die landen als voor de Tweede Kamer’.⁷² Het is vanuit het perspectief van het constitutioneel Koninkrijksrecht terecht dat de Nederlanders uit de Caribische landen zijn uitgezonderd van het kiesrecht voor de Tweede Kamer en het kiescollege niet-ingezetenen. Dit zou anders tot gevolg hebben dat de Nederlanders van de Caribische landen – door de structurele vertegenwoordiging in de Tweede en Eerste Kamer – zeggenschap verkrijgen over aangelegenheden die alleen het land Nederland aangaat. Het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden voorkomt het voorgaande door de autonomie van de landen in hun landsaangelegenheden te garanderen.⁷³ Zoals hiervoor vermeld, vertegenwoordigt het parlement van ieder Caribisch land, de Staten, de Nederlandse staatsburgers van deze landen. Hoewel de Staten-Generaal *de iure* het parlement vormen van het land Nederland,

72 *Kamerstukken II* 2019/20, 35418, nr. 3, p. 6.

73 Art. 41 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden.

G. KARAPETIAN

functioneren zij *de facto* als het vertegenwoordigende orgaan van het gehele Koninkrijk.⁷⁴ Zo kan bijvoorbeeld de Tweede Kamer rijkswetgeving initiëren, amenderen, aannemen of verwerpen. De Eerste Kamer kan rijkswetgeving aannemen dan wel verwerpen. De Grondwetsherziening in 2022 met betrekking tot artikel 55 illustreert dat het zogeheten democratisch deficit in de Staten-Generaal bij de totstandkoming van rijkswetgeving niet nog langer stand kan houden: Nederlanders in het buitenland kunnen sinds 1983 politiek vertegenwoordigd zijn in de Tweede Kamer en sinds 2022 in de Eerste Kamer, met als gevolg dat zij zeggenschap hebben over (ook) rijkswetgeving terwijl Nederlanders uit de Caribische landen – wie deze regelgeving (nog meer?) aangaat en betreft – dit ontberen. Het wegnemen van dit deficit bij rijkswetgeving in zowel de Tweede als Eerste Kamer wordt derhalve fundamentele na de herziening van artikel 55 Grondwet.⁷⁵ Een eerste voorzichtige poging is te vinden in het coalitieakkoord van het kabinet Rutte-IV, waarin wordt aangegeven het democratisch deficit in de Tweede Kamer weg te nemen door ‘ruimte te geven voor een proportionele stem van de Caribische landen.’⁷⁶ Hoe en of dit vorm zal krijgen, is onbekend en zal de toekomst uitwijzen.

6 CONCLUSIE

In deze bijdrage is ingegaan op de in 2022 doorgevoerde herziening van artikel 55 Grondwet. Deze herziening maakt het mogelijk dat niet-ingezetenen Nederlanders invloed krijgen op de samenstelling van de Eerste Kamer. Er wordt een kiescollege niet-ingezetenen geïntroduceerd dat samen met de twaalf provinciale staten en drie kiescolleges Caribisch Nederland stemmen voor de leden van de Eerste Kamer. Over de noodzaak van dit nieuwe kiescollege niet-ingezetenen is de regering beknopt: volgens haar wordt hiermee de onevenwichtigheid weggenomen tussen niet-ingezetenen Nederlanders die invloed kunnen hebben op de samenstelling van de Tweede Kamer, maar niet die van de Eerste Kamer. Bij de inrichting en vormgeving van dit kiescollege niet-ingezetenen is zoveel als mogelijk aansluiting gezocht bij de regelingen voor de provinciale staten dan wel de kiescolleges Caribisch Nederland. Zo is bij de invulling van het actief en passief kiesrecht voor het kiescollege niet-ingezetenen aansluiting gezocht bij het actief en passief kiesrecht voor de Tweede Kamer met als extra eis dat dat alleen niet-ingezetenen Nederlanders dit recht heb-

⁷⁴ Zie hierover uitgebreid Karapetian 2019, hoofdstuk VII.

⁷⁵ Belangrijk te vermelden in dit kader is dat bij het opheffen van dit democratisch deficit niet zozeer het kiesrecht voor de leden van de Tweede of Eerste Kamer dient te worden uitgebreid, maar veeleer de politieke representatie van Nederlandse staatsburgers uit Aruba, Curaçao en Sint Maarten dient te worden werkstelligd in beide Kamers wanneer zij beraadslagen over Koninkrijksaangelegenheden.

⁷⁶ ‘Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst’, Coalitieakkoord 2021-2025, te raadplegen via <https://open.overheid.nl/repository/ron1-f3cb0d9c-878b-4608-9f6a-8a2f6e24a410/1/pdf/coalitieakkoord-2021-2025.pdf>, p. 9.

DE EERSTE KAMER EN HET KIESCOLLEGE NIET-INGEZETENEN

ben voor het kiescollege. Zoals hiervoor aangegeven, benadrukt deze grondwetsherziening nog meer de penibele situatie in het Koninkrijk aangaande het democratisch deficit van Nederlanders uit de Caribische landen bij de totstandkoming van rijkswetgeving.

Gedurende de parlementaire behandeling van zowel de grondwetsherziening als de uitvoeringswet die heeft geleid tot de Wet van 16 oktober 2022 blijkt dat er weinig oog is voor de praktische kant van het verhaal: is er bijvoorbeeld voldoende animo onder niet-ingezetenen Nederlanders om lid van het kiescollege niet-ingezetenen te zijn? Wat is de te verwachten praktijk hierbij en wat als deze risico's zich daadwerkelijk zouden voordoen? Deze antwoorden zijn te verwachten wanneer daadwerkelijk ervaring wordt opgedaan met dit nieuwe kiescollege niet-ingezetenen.⁷⁷ De evaluatie van de verkiezing van de leden van het kiescollege zal dan ook een interessante zijn. Hieruit zal moeten blijken welke aandachtspunten er zijn onder de kandidaten met betrekking tot verschillende relevante aspecten, variërende van digitale handelingen van kandidaten tot uitvoeringpraktijken rondom de verkiezing van zowel het kiescollege niet-ingezetenen als de leden van de Eerste Kamer door dit kiescollege.

Over de plaats van deze grondwetsherziening met betrekking tot artikel 55 Grondwet in de Nederlandse constitutionele geschiedenis kan het volgende worden opgemerkt. Het fundamentele aan deze herziening is dat zij bewerkstelligt dat Nederlanders in het buitenland invloed krijgen op de samenstelling van de Eerste Kamer. In dit kader had de regering aandacht moeten besteden aan de vragen waarom en op welke wijze de werkzaamheden van de Eerste Kamer invloed hebben op het dagelijkse leven van niet-ingezetenen Nederlanders. De noodzaak van het installeren van het kiescollege niet-ingezetenen is, anders gezegd, niet voldoende onderbouwd door de regering. De praktische relevantie van deze grondwetsherziening moet de toekomst uitwijzen: in hoeverre zullen niet-ingezetenen Nederlanders zich kandideren voor het kiescollege niet-ingezetenen? Zal er in het buitenland animo zijn voor de verkiezing van het kiescollege niet-ingezetenen? Vast staat in ieder geval dat door deze grondwetsherziening de wijze waarop naar de verkiezing van de Eerste Kamer wordt gekeken, anders dan de regering doet voorkomen, wél enigszins wijzigt. Hoewel bij de berekening van de stemwaarde van de provinciale staten en de kiescolleges Caribisch Nederland nog steeds wordt uitgegaan van het aantal inwoners van de provincies dan wel het Caribisch openbaar lichaam, is dit niet het geval (en overigens ook niet mogelijk) voor het kiescollege niet-ingezetenen. In dit kader is het nog maar de vraag in

77 Ten tijde van dit schrijven maakte de gemeente Den Haag op 8 februari bekend dat 37173 kiesgerechtigden zich hebben geregistreerd voor het eerste kiescollege niet-ingezetenen. Op grond van dit aantal registraties kunnen er (op grond van art. 5 Wet kiescollege niet-ingezetenen) 25 kiescollegeleden worden gekozen. De meeste geregistreerden zijn woonachtig in Duitsland (7096), België (5861) en Frankrijk (3870).

G. KARAPETIAN

hoeverre de correctiefactor in de stemwaardebepaling van het kiescollege niet-ingezetenen recht doet aan het feit dat er meer Nederlanders in het buitenland wonen dan geregistreerd zijn in het buitenland.

LITERATUURLIJST

Karapetian 2019

G. Karapetian, *Morganatisch burgerschap*, (diss. Groningen) Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Otjes 2021

S. Otjes, Mogelijkheden voor stemgewichten voor het Kiescollege voor Niet-Ingezetenen, in *Kamerstukken II 2020/2021*, 35785, nr. 7, bijlage.

Van Vugt 2021

E.Y. van Vugt, De Staten-Generaal vertegenwoordigen het geheele Nederlandse volk, (diss. Tilburg) Den Haag: Boom Juridisch Uitgevers 2021.

HERIJKING VAN DE GRONDWET-SHERZIENINGS- PROCEDURE

*E.Y. van Vugt en T.E.J.H. van Gennip**

1 INLEIDING

Artikel 137 Grondwet (Gw) bevat de regels voor herziening van de Grondwet en kan daarmee beschouwd worden als een van de belangrijkste bepalingen in de Grondwet. De speciale procedure waarin deze bepaling voorziet maakt verandering van de Grondwet enerzijds mogelijk, maar stelt anderzijds wel zwaardere eisen aan zo'n verandering dan aan de wijziging en vaststelling van gewone wetten. Daarmee geeft artikel 137 Gw uitdrukking aan de hiërarchisch hogere positie van de Grondwet ten opzichte van die wetten en beschermt deze bepaling tegen een al te lichtvaardige wijziging van de fundamentele normen die in de Grondwet zijn gecodificeerd.¹

Het komt zelden voor dat de grondwetsherzieningsprocedure zelf verandert.² Toch was het in de zomer van 2022 zover: er is afscheid genomen van de verplichting tot tussentijdse ontbinding van de Tweede Kamer. Volgens het nieuwe artikel 137 Gw dient voortaan de Tweede Kamer die na de eerste lezing verkozen is, een besluit te nemen over het voorstel tot wijziging van de Grondwet in tweede lezing. Doet die Tweede Kamer dat niet tijdens haar zittingstermijn, dan vervalt het voorstel van rechtswege.³

In dit hoofdstuk staan wij stil bij de aanleiding voor deze herijking van de grondwetsherzieningsprocedure en analyseren wij de betekenis en gevolgen ervan voor de grondwetsherzieningspraktijk. Eerst komt aan de orde waarom de regering deze wijziging van artikel 137 Grondwet heeft voorgesteld. Welke problemen deden zich voor in de praktijk, die

* mr. dr. E.Y. (Eva) van Vugt is Universitair docent Staatsrecht bij de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht en maakt onderdeel uit van het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging. mr. dr. T.E.J.H. (Toni) van Gennip is Universitair docent Staatsrecht aan de Radboud Universiteit en is verbonden aan het Onderzoekscentrum voor Staat en Recht (SteR).

1 Voor een meer uitputtende bespreking van de functies van formele regels voor grondwetswijziging, zie: Albert 2013, p. 225-281.

2 Sinds 1815 is deze procedure slechts drie keer gewijzigd: 1848, 1983 en 1995.

3 Overigens dienen zowel de Tweede als Eerste Kamer nog steeds in tweede lezing met een gekwalificeerde meerderheid van ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen met een voorstel tot grondwetswijziging in te stemmen.

E. Y. VAN VUGT EN T.E.J.H. VAN GENNIP

deze herijking van de grondwetsherzieningsprocedure geacht wordt op te lossen? (§ 2) Vervolgens bespreken wij de gevolgen die de nu doorgevoerde wijziging van artikel 137 Gw heeft voor verschillende aspecten van de grondwetsherzieningsprocedure. Zo behandelen wij de consequenties van deze wijziging voor de eerste lezing, in het bijzonder voor het tijdstip van bekendmaking van de verklaringswet (§ 3.2). Daarna bespreken we wat de herijking van de grondwetsherziening betekent voor het moment van aanvang van de tweede lezing (§ 3.3). Bijzondere aandacht gaat uit naar het schrappen van de ontbindingseis (§ 3.4) en aan de valbijl die in de tweede lezing is geïntroduceerd (§ 3.5). Wij ronden af met een weergave van de belangrijkste bevindingen (§ 4).

2 DE AANLEIDING VOOR DE HERIJKING VAN DE GRONDWETSHERZIENINGS-PROCEDURE

2.1 De ontwikkeling van de grondwetsherzieningsprocedure

De grondwetsherzieningsprocedure zoals we die vandaag de dag kennen, stamt in grote lijnen nog uit 1848. Artikelen 196 en 197 Gw (oud) luiden destijds als volgt:

‘196. Elk voorstel tot verandering in de Grondwet wijst de voorgestelde verandering uitdrukkelijk aan. De wet verklaart dat er grond bestaat om het voorstel, zoo als zij het vaststelt, in overweging te nemen.

197. Na de afkondiging dezer wet worden de Kamers ontbonden. De nieuwe Kamers overwegen dat voorstel en kunnen niet dan met twee derden der uitgebragte stemmen de aan haar overeenkomstig voornoemde wet voorgestelde verandering aannemen.’

Volgens deze bepalingen dienden na afronding van de eerste lezing van de grondwetsherzieningsprocedure beide Kamers der Staten-Generaal, dus zowel de Tweede als de Eerste Kamer, ontbonden en herkozen te worden, voordat deze Kamers het voorstel in tweede lezing konden behandelen.

Tijdens de algehele grondwetsherziening van 1983 werden beide bepalingen bijeengevoegd in één artikel, te weten artikel 137 Gw:

- ‘1 De wet verklaart, dat een verandering in de Grondwet, zoals zij die voorstelt, in overweging zal worden genomen.
- 2 De Tweede Kamer kan, al dan niet op een daartoe door of vanwege de Koning ingediend voorstel, een voorstel voor zodanige wet splitsen.

HERIJKING VAN DE GRONDWETSHERZIENINGSPROCEDURE

- 3 Na de bekendmaking van de wet, bedoeld in het eerste lid worden de kamers der Staten-Generaal ontbonden.
- 4 De nieuwe kamers overwegen het voorstel en kunnen dit alleen aannemen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.
- 5 De Tweede Kamer kan, al dan niet op een daartoe door of vanwege de Koning ingediend voorstel, met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen een voorstel tot verandering splitsen.’

De grondwetsherziening van 1983 resulteerde dus in een nieuwe formulering en introduceerde de mogelijkheid tot splitsing van een voorstel tot grondwetswijziging, maar veranderde aan de opzet van de grondwetsherzieningsprocedure niets. In 1995 gebeurde dat wel. Vanaf dat moment gold de verplichting tot ontbinding na bekendmaking van de verklaringswet namelijk slechts voor de Tweede Kamer, en niet langer voor de Eerste Kamer. Ontbinding van de Eerste Kamer zou geen doel treffen, omdat de Provinciale Staten, waarvan de leden de Eerste Kamer kiezen,⁴ niet worden ontbonden. De samenstelling van de Provinciale Staten zou na ontbinding van de Eerste Kamer dus ongewijzigd blijven en dat zou hoogstwaarschijnlijk resulteren in eenzelfde samenstelling van de Eerste Kamer.⁵ Tussen 1995 en 30 augustus 2022 luidde artikel 137, derde en vierde lid, Gw dan ook als volgt:

- ‘3. Na de bekendmaking van de wet, bedoeld in het eerste lid wordt de Tweede Kamer ontbonden.
4. Nadat de nieuwe Tweede Kamer is samengekomen, overwegen beide kamers in tweede lezing het voorstel tot verandering, bedoeld in het eerste lid. Zij kunnen dit alleen aannemen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.’

De gewijzigde formulering van het vierde lid riep echter vragen op. De tekst schreef immers niet meer letterlijk voor dat de nieuwe Tweede Kamer het voorstel in tweede lezing overweegt. Kortom: was ‘de nieuwe Tweede Kamer’, die uit de ontbindingsverkiezingen is voortgekomen, verplicht om een voorstel tot grondwetswijziging in tweede lezing in behandeling te nemen en die behandeling ook af te ronden, of mocht dat ook een andere (later verkozen) Tweede Kamer zijn?

⁴ Art. 55 Gw.

⁵ Kortmann 2021, p. 101; Bovend’Eert & Kummeling 2017, p. 96-97.

E. Y. VAN VUGT EN T.E.J.H. VAN GENNIP

2.2 De voorstellen van 2003

De vraag naar de interpretatie van artikel 137, vierde lid, Gw (oud) was niet louter theoretisch, maar rees de afgelopen jaren een aantal keer tijdens de behandeling van voorstellen tot wijziging van de Grondwet. De eerste keer was in 2003, toen de regering 212 dagen na de eerste samenkomst op 23 mei 2002 van de ‘nieuwe Tweede Kamer’ in de zin van artikel 137, vierde lid, Gw (oud) vier voorstellen tot grondwetswijziging voor behandeling in tweede lezing indiende.⁶ Deze Kamer werd echter voortijdig ontbonden op 30 januari 2003, omdat het kabinet al na 87 dagen ten val was gekomen.⁷ Daardoor kon de in 2002 gekozen Kamer de behandeling van deze vier voorstellen niet meer binnen haar zittingstermijn afronden. Aldus rees de vraag of de volgende Tweede Kamer, die in januari 2003 werd verkozen, de behandeling van de voorstellen in tweede lezing nog mocht voortzetten.

Gelet op de bijzondere omstandigheden waaronder het kabinet in 2002 aantrad, vonden de betrokken actoren destijds van wel.⁸ Negen dagen voor de Tweede Kamerverkiezingen, op 6 mei 2002, werd Pim Fortuyn vermoord. Fortuyn was lijsttrekker van de LPF, een politieke partij die dat jaar voor het eerst meedeed aan de Tweede Kamerverkiezingen en bij die verkiezingen 26 zetels behaalde. De LPF nam vervolgens deel aan het eerste kabinet-Balkenende met het CDA en de VVD. Door conflicten binnen de LPF, die het als nieuwe partij ineens zonder lijsttrekker moest stellen, kwam het kabinet echter ten val.⁹ In deze politiek onrustige tijden waren de voorstellen tot grondwetsherziening op de plank blijven liggen en te laat ingediend om nog door de in mei 2002 verkozen en in januari 2003 ontbonden Tweede Kamer behandeld te worden.

Tegen deze achtergrond werd het constitutioneel toelaatbaar geacht dat de volgende Tweede Kamer, die bij de verkiezingen in januari 2003 verkozen werd, de behandeling van de voorstellen in tweede lezing voortzette. Volgens de regering markeerde artikel 137 vierde lid Gw (oud) het begin van de tweede lezing, maar bepaalde deze bepaling ‘niet het tempo

6 Het betreft de volgende voorstellen: *Kamerstukken II* 2001/02, 28515, nr. 2, p. 2-4 (correctief referendum); *Kamerstukken II* 2001/02, 28509, nr. 2, p. 1-2 (benoeming CdK en burgemeester); *Kamerstukken II* 2002/03, 28726, nr. 2, p. 1-2 (samenwerkingscholen); *Kamerstukken II* 2002/03, 28727, nr. 2, p. 1-2 (tijdelijke vervanging volksvertegenwoordigers).

7 Besluit van 1 november 2002 betreffende de ontbinding van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Stb.* 2002, nr. 536 art. 1; *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 200 VII, nr. 36, p. 4-5; *Kamerstukken II* 2017/18, 32 334 nr. 11, p. 3-5.

8 De op 22 januari 2003 verkozen Tweede Kamer handelde de betreffende vier voorstellen in tweede lezing af. Zij nam drie van de vier voorstellen aan in 2004 nadat de Afdeling advisering van de Raad van State eind 2003 had geadviseerd dat de behandeling in tweede lezing kon worden doorgeschoven (zie ook onder noot 11).

9 Besluit van 1 november 2002, *Stb.* 2002, 536.

en precieze verloop daarvan.¹⁰ De Afdeling advisering van de Raad van State stelde bovendien dat ‘een Tweede Kamer die is voortgekomen uit latere verkiezingen dan die welke mede waren ingegeven door de ontbinding ex artikel 137 niet op constitutionele belemmeringen stuit als zij de tweede-lezingsvoorstellen wil behandelen en aanvaarden.’¹¹ Overigens werd daar destijds in de literatuur al anders over gedacht.¹²

2.3 *Het voorstel inzake constitutionele toetsing*

De tweede keer dat de ‘nieuwe Tweede Kamer’ ex artikel 137, vierde lid, Gw (oud) er niet in slaagde om de behandeling van een voorstel tot wijziging van de Grondwet in tweede lezing af te ronden, ging het om een voorstel tot wijziging van artikel 120 Gw. Dit voorstel strekte tot het invoeren van de bevoegdheid voor de rechter tot toetsing van wetten aan een aantal specifieke bepalingen van de Grondwet, te weten die inzake de klassieke grondrechten.¹³ Het voorstel was in 2002 in eerste lezing aanhangig gemaakt door GroenLinks-Kamerlid Halsema,¹⁴ en werd in de jaren daarna door beide Kamers der Staten-Generaal aanvaard. In 2009 werd het voorstel bekrachtigd tot wet en bekendgemaakt in het Staatsblad,¹⁵ waarmee de eerste lezing van de grondwetsherzieningsprocedure was afgerond. Wegens de val van het kabinet-Balkenende IV werden de verkiezingen voor een nieuwe Tweede Kamer vroegtijdig uitgeschreven. Deze vonden plaats op 9 juni 2010, waarna de nieuwe Tweede Kamer op 17 juni voor het eerst samenkwam.¹⁶

Omdat Halsema het voorstel inzake constitutionele toetsing vrijwel gelijk na de val van het kabinet in 2010 aanhangig had gemaakt ten behoeve van de tweede lezing,¹⁷ kon de nieuwe Tweede Kamer meteen beginnen met de behandeling ervan.¹⁸ In oktober 2010 bracht de vaste Kamercommissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties verslag uit en stelde daarin de openbare beraadslaging over het voorstel inzake constitutionele

10 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 570, nr. 14, p. 11-12.

11 *Kamerstukken* 2003/04, 29 200 VII, nr. 36, p. 4.

12 Zie bv. Peters 2003, p. 15.

13 Voorgesteld werd om aan artikel 120 Gw een nieuw lid toe te voegen, dat als volgt luidde: ‘Wetten vinden evenwel geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar is met de artikelen 1, 2, derde en vierde lid, 3 tot en met 9, 10, eerste lid, 11 tot en met 17, 18, eerste lid, 19, derde lid, 23, tweede, derde, vijfde, zesde en zevende lid, 54, 56, 99, 113, derde lid, 114, 121 en 129, eerste lid.’

14 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 1.

15 Wet van 25 februari 2009, houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Stb.* 2009, nr. 120.

16 Besluit van 18 maart 2010 betreffende de ontbinding van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Stb.* 2010, 131.

17 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 334, nr. 1.

18 Breunese 2010, p. 422-423, 426-427.

E. Y. VAN VUGT EN T.E.J.H. VAN GENNIP

toetsing voldoende voorbereid te achten 'onder het voorbehoud dat de initiatiefneemster op de gestelde vragen en de gemaakte opmerkingen tijdig en genoegzaam zal hebben geantwoord'.¹⁹ Hoewel de inhoudelijke behandeling van het voorstel in tweede lezing dus 'voortvarend ter hand genomen' was,²⁰ slaagde de in 2010 verkozen Tweede Kamer er niet in om daarover een besluit te nemen. Halsema stopte eind 2010 als Kamerlid en pas in juli 2012 gaf Kamerlid Sap (GroenLinks) aan het voorstel verder te zullen verdedigen.²¹ Het kabinet was wegens de zogeheten 'Catshuiscrisis' al een aantal maanden eerder afgetreden en er was reeds besloten tot het uitschrijven van vervroegde Tweede Kamerverkiezingen op 12 september 2012.²²

Opnieuw rees dus de vraag of de Kamer die op 12 september 2012 gekozen zou worden de behandeling van het voorstel inzake constitutionele toetsing in tweede lezing mocht voortzetten. Onder verwijzing naar de situatie in 2003, toen de verkiezingen ook vervroegd werden wegens een kabinetcrisis, stelde Kamerlid Sap van wel.²³ Maar nadat de Tweede Kamer in 2012 opnieuw verkozen was, lag de behandeling van het voorstel wederom twee jaar stil. Pas in augustus 2014 diende Kamerlid Van Tongeren (GroenLinks), die in 2013 de verdediging van het voorstel had overgenomen van Sap,²⁴ de nota in naar aanleiding van het verslag dat de Kamercommissie al in 2010 had uitgebracht.²⁵ De plenaire behandeling van het voorstel begon vervolgens op 5 maart 2015, maar werd diezelfde dag geschorst en niet meer hervat.²⁶

De discussie over de behandeling van het voorstel inzake constitutionele toetsing laaide pas weer op na de periodieke verkiezingen van maart 2017. Op 23 maart 2017 werd de Tweede Kamer namelijk voor de derde keer sinds de afronding van de eerste lezing ontbonden,²⁷ en trad er dus ook voor de derde keer een nieuwe Tweede Kamer aan. Om die reden stelden Kamerleden van de SGP en de SP dat het voorstel 'helaas niet de door de Grondwet voorgeschreven procedure heeft gevolgd, en daarom niet langer door de Kamer

19 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 334, nr. 5.

20 Breunese 2013, p. 159.

21 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 334, nr. 6.

22 Besluit van 22 juni 2012, houdende de ontbinding van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Stb.* 2012, 287.

23 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 334, nr. 6.

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 32 334, nr. 7.

25 *Kamerstukken II* 2013/14, 32 334, nr. 8.

26 *Handelingen II* 2014/15, nr. 60, item 11.

27 Zie: Besluit van 16 januari 2017, houdende de ontbinding van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Stb.* 2017, 7, artikelen 1 en 3. Dit ontbindingsbesluit zoals genomen in 2017 vond overigens plaats in het kader van de totstandkoming van drie verklaringswetten in het kader van de deconstitutionalisering van de kroonbenoeming van de burgemeester en CdK, kiescolleges inzake de BES-eilanden en het correctief referendum.

behandeld kan worden, maar geacht moet zijn door de Tweede Kamer te zijn verworpen.²⁸ Ook de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties meende dat er niet was voldaan aan de procedurele eisen van artikel 137 Grondwet en het voorstel om die reden niet meer kon worden aangenomen.²⁹ Om een uitweg uit deze impasse te vinden, wendde de voorzitter van de Tweede Kamer zich uiteindelijk tot de Afdeling advisering van de Raad van State met de vraag hoe de behandeling van het voorstel inzake constitutionele toetsing zich verhiel tot de procedure die werd voorgeschreven in het oude artikel 137, vierde lid, Grondwet.³⁰

2.4 Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State

De Afdeling advisering stelde in haar voorlichting dat artikel 137, vierde lid, van de Grondwet (oud) niet slechts voorschreef vanaf welk tijdstip een voorstel tot grondwetswijziging in tweede lezing kan worden behandeld. In beginsel hield de bepaling ook de verplichting in voor de nieuw gekozen Tweede Kamer om zo'n voorstel in tweede lezing te behandelen én daarover te stemmen: behandelen impliceert ook afhandelen. Als de nieuwe Tweede Kamer wegens bijzondere omstandigheden niet aan deze overwegingsplicht kon voldoen, was het constitutioneel toelaatbaar dat de daaropvolgende Tweede Kamer de behandeling zou voortzetten. Of er van dergelijke omstandigheden sprake was, diende de Kamer zelf te beoordelen.³¹

Als de overwegingsplicht wegens bijzondere omstandigheden van de ene Tweede Kamer over zou gaan op de volgende Kamer, betekende dit volgens de Afdeling ook dat de volgende Tweede Kamer verplicht is om de heroverweging af te ronden. Anders gezegd: als de 'tweede' nieuwe Tweede Kamer er niet in zou slagen om de behandeling van het voorstel tot grondwetswijziging tijdig af te ronden, dan zou de Tweede Kamer die daarna wordt gekozen het voorstel niet meer in behandeling mogen nemen. Het voorstel tot grondwetswijziging zou dan moeten worden beschouwd als vervallen. De nieuw(st)e Tweede Kamer zou dat uitdrukkelijk vast moeten stellen door bij gewone meerderheid te besluiten dat het voorstel tot grondwetswijziging niet meer in procedure maar vervallen is.³²

Ten aanzien van het voorstel inzake constitutionele toetsing stelde de Afdeling zich op het standpunt dat de overwegingsplicht rustte op de Tweede Kamer die op 17 juni 2010 voor

28 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 516, nr. 13.

29 *Kamerstukken II* 2016/17, 32 334, nr. 9. Zie tevens: *Handelingen II* 2016/17, nr. 66, item 15, p. 17-19 en *Handelingen II* 2016/17, nr. 81, item 7, p. 11-13.

30 *Kamerstukken II* 2017-2018, 32 334, nr. 11, p. 1-2.

31 *Ibid.*, p. 5-6.

32 *Ibid.*, p. 6. Zie voor een commentaar op dit specifieke aspect van de voorlichting: Van Vugt 2019, p. 56-61.

E. Y. VAN VUGT EN T.E.J.H. VAN GENNIP

het eerst samenkwam. Dat deze Tweede Kamer de behandeling niet voltooide voordat zij op 20 september 2012 voortijdig werd ontbonden als gevolg van een kabinetscrisis, achtte de Afdeling onvoldoende om aan te nemen dat er sprake was van bijzondere omstandigheden. Het grote verschil met de voorstellen in 2003 was immers dat dit voorstel ruim op tijd aanhangig was gemaakt voor de tweede lezing.³³ Ook was de voorbereiding op de plenaire behandeling voortvarend ter hand genomen: de initiatiefneemster diende enkel nog de vragen van de vaste Kamercommissie voor BZK te beantwoorden. Die beantwoording werd echter uitgesteld, want er was – in de woorden van een Kamerlid van GroenLinks – op dat moment ‘plat gezegd, geen meerderheid te vinden voor dit initiatief’.³⁴ De initiatiefnemer stelde de plenaire behandeling uit in de hoop dat nieuwe verkiezingen zouden resulteren in een voor het voorstel gunstigere samenstelling van de Tweede Kamer.³⁵

Volgens de Afdeling strookte deze handelswijze niet met de ratio achter de ontbindingsverkiezingen ex artikel 137, derde lid, Grondwet. De Afdeling erkende dat het doel van de verkiezingen om de grondwetswijziging aan de kiezer voor te leggen weliswaar aan betekenis had ingeboet, maar benadrukte dat de verkiezingen ook een ander doel dienen. Dat de Tweede Kamer het voorstel in een nieuwe samenstelling moet overwegen, moet immers ook waarborgen dat de politieke steun voor het voorstel duurzaam is.³⁶ Indien na verkiezingen blijkt dat die politieke steun ontbreekt, dan zou de afronding van de tweede lezing niet uitgesteld mogen worden tot het moment dat de samenstelling van de Tweede Kamer wél gunstig is.

2.5 *Kamerbrief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*

In navolging van de Afdeling besloot de Tweede Kamer op 9 oktober 2018 dat het voorstel inzake constitutionele toetsing was vervallen.³⁷ Daarmee was het probleem van dit specifieke voorstel opgelost, maar dat nam de behoefte aan een meer structurele verheldering van de grondwetsherzieningsprocedure niet weg. Zo deed zich tijdens de behandeling van het voorstel tot invoering van een bindend correctief referendum het probleem voor dat de Kamerleden van PvdA, GroenLinks en D66, die dat voorstel in eerste lezing aanhangig hadden gemaakt, zich wegens de negatieve ervaringen met het Oekraïne-referendum te-

³³ Zie ook Breunese 2019, p. 1675.

³⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 31 570 nr. 22, p. 13.

³⁵ *Kamerstukken II* 2017/18, 32 334 nr. 11, p. 5, 8.

³⁶ *Kamerstukken II* 2017/18, 32 334 nr. 11, p. 5.

³⁷ *Handelingen II* 2018/19, nr. 10, item 8, p. 1.

rugtrokken als initiatiefnemers, en het voorstel niet in tweede lezing aanhangig wilden maken.³⁸ Weliswaar nam het Kamerlid Van Raak (SP) toen de verdediging op zich, maar daardoor had de behandeling van het voorstel in tweede lezing wel veel vertraging opgelopen.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zegde daarom toe om de grondwetsherzieningsprocedure kritisch te bezien.³⁹ In een brief aan de Kamer stelde de minister dat er over de toepassing van artikel 137 Gw regelmatig discussie plaatsvindt, in het bijzonder over de tweede lezing. Omdat de informele afspraken die het kabinet en de Tweede Kamer hierover met elkaar hebben gemaakt niet afdoende waren gebleken om deze discussie te beslechten, deed de minister namens het kabinet enkele suggesties om de grondwetsherzieningsprocedure te wijzigen. Zij achtte het van belang om 'te verduidelijken dat de Tweede Kamer die wordt gekozen na de bekendmaking van de verklaringswet het voorstel tot grondwetsherziening in tweede lezing overweegt' en om 'te waarborgen dat de daartoe gekozen Tweede Kamer maximaal de ruimte heeft om de behandeling niet alleen ter hand te nemen, maar die ook af te ronden gedurende haar zittingsduur, ook als de Kamer tussentijds zou worden ontbonden'. Daarnaast opperde zij om 'te bepalen dat indien de daartoe gekozen Tweede Kamer in tweede lezing geen besluit neemt, het grondwetsvoorstel van rechtswege vervalft'.⁴⁰

3 DE GEVOLGEN VAN DE HERIJKING VOOR VERSCHILLENDE ASPECTEN VAN DE GRONDWETSHERZIENINGSPROCEDURE

3.1 *De wijziging van artikel 137 Grondwet*

De brief van de minister bevatte de kiem voor het in 2020 ingediende voorstel tot herijking van de grondwetsherzieningsprocedure. Dit voorstel beoogde de grondwetsherzieningsprocedure op twee punten te verduidelijken, namelijk ten aanzien van de vraag 1) tot welk moment voor de ontbinding van de Tweede Kamer verklaringswetten nog kunnen worden bekendgemaakt, en 2) of de Tweede Kamer die de tweede lezing van een grondwetsvoorstel ter hand neemt, de behandeling daarvan ook moet afronden of dat dit ook mag worden overgelaten aan een volgende Tweede Kamer.⁴¹ Het herijkingsvoorstel werd in 2020 in eerste lezing en in 2022 in tweede lezing door beide Kamers der Staten-Generaal behandeld.

38 Van Vugt 2018, p. 81.

39 *Handelingen II* 2017/18, nr. 40, item 12, p. 17.

40 *Kamerstukken II* 2018/19, 31 570 nr. 35, p.1-2.

41 Breunese 2021, p. 120-121.

E.Y. VAN VUGT EN T.E.J.H. VAN GENNIP

raal aanvaard. Als gevolg zijn het voormalige derde en vierde lid van artikel 137 Gw gecomprimeerd tot een nieuw derde lid, dat als volgt luidt:

‘3. De Tweede Kamer die wordt gekozen na de bekendmaking van de wet, bedoeld in het eerste lid, overweegt in tweede lezing het voorstel tot verandering, bedoeld in het eerste lid. Indien deze Tweede Kamer geen besluit neemt over het voorstel, vervalt dit van rechtswege. Zodra zij het voorstel heeft aangenomen, overweegt de Eerste Kamer dit in tweede lezing. De beide kamers kunnen het voorstel tot verandering alleen aannemen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.’

In de volgende deelparagrafen komen de achtergronden en gevolgen van verschillende aspecten van deze herijking voor de herzieningspraktijk ter sprake.

3.2 *De bekendmaking van de verklaringswet in eerste lezing*

De herijking van de grondwetsherzieningsprocedure in 2022 heeft niets veranderd aan de formulering van artikel 137, eerste lid, Grondwet. Daarin wordt de zogeheten ‘eerste lezing’ van de grondwetsherzieningsprocedure geregeld. Volgens deze bepaling vangt elke grondwetsherzieningsprocedure aan met de vaststelling van een formele wet, die verklaart dat een verandering in de Grondwet, zoals in die wet wordt voorgesteld, in overweging zal worden genomen. Deze zogeheten ‘verklaringswet’ komt tot stand volgens de formele wetgevingsprocedure zoals geregeld in artikel 81 tot en met 88 Grondwet.

Toch heeft de herijking van de grondwetsherzieningsprocedure consequenties voor de eerste lezing. Onder het oude artikel 137 Gw was het onduidelijk tot welk moment voor de ontbinding van de Tweede Kamer verklaringswetten nog bekendgemaakt kunnen worden. Deze bepaling stelde dat de Tweede Kamer werd ontbonden ‘na de bekendmaking van de wet, bedoeld in het eerste lid’. Op grond van deze bepaling moest er een ontbindingsbesluit worden genomen, waarover meer in paragraaf 3.4. Zo’n ontbindingsbesluit strekte gewoonlijk tot een ontbinding op termijn: het specificeerde de datum waarop de Tweede Kamer zou worden ontbonden en de datum waarop de verkiezingen voor een nieuwe Tweede Kamer zouden plaatsvinden. De samenkomst van de nieuwe Kamer vond daarbij standaard plaats op dezelfde dag als de ontbinding van de oude Tweede Kamer, te weten: een week na de verkiezingen. Aldus zat er tijd tussen het ontbindingsbesluit en de verkiezingen, en tussen verkiezingen en de daadwerkelijke ontbinding. De vraag rees daarom of de publicatie van de verklaringswet in het Staatsblad moest plaatsvinden voordat de Kamer daadwerkelijk ontbonden was of al voor de bekendmaking van het ontbin-

dingsbesluit.⁴² In geval van het eerste zou de bekendmaking van de verklaringswet zelfs nog in de week na de verkiezingen kunnen plaatsvinden.

Het nieuwe derde lid bepaalt echter het volgende: ‘De Tweede Kamer die wordt gekozen na de bekendmaking van de wet, bedoeld in het eerste lid, overweegt (...)’. Daarmee is er een klip en klaar antwoord gekomen op de vraag op welk moment verklaringswetten nog bekendgemaakt kunnen worden: voorafgaand aan de verkiezingen voor een nieuwe Tweede Kamer. Toch zal niet iedereen tevreden zijn met deze wijziging. Toen in 2006 twee verklaringswetten vlak voor de verkiezingen bekend werden gemaakt,⁴³ betoogden Dragstra en Boogaard dat dit in strijd was met de ratio van de grondwetsherzieningsprocedure. Kiezers hadden namelijk niet de mogelijkheid gekregen om zich nog kandidaat te stellen naar aanleiding van de in een eerste lezing aangenomen verklaringswet. De datum voor kandidaatstelling was immers reeds lang voorbij.⁴⁴ Schutgens betoogt in navolging van Dragstra en Boogaard dat ‘het zuiverder zou zijn als het nieuwe derde lid [had bepaald] dat de Tweede Kamer voor wier verkiezing de kandidaatstellingsprocedure is aangevangen na de bekendmaking van de verklaringswet, de tweede lezing verricht’. Dan zou de kiezer niet alleen de gelegenheid hebben om zich via zijn actief kiesrecht over een aanhangige grondwetswijziging uit te spreken, maar zou hij zich desgewenst ook verkiesbaar kunnen stellen teneinde een bepaald standpunt over een grondwetswijziging uit te dragen.⁴⁵

De regering ging echter niet mee in deze redenering, omdat de behandeling van de eerste lezing reeds lange tijd voor de kandidaatstelling is aangevangen.⁴⁶ Dan is de kiezer in feite al gealarmeerd en kan deze ervoor kiezen zich voor de verkiezingen kandidaat te stellen. Daarnaast doet de datum van kandidaatstelling als fatale datum geen recht aan het kandidaatstellingsproces, dat veelal maandenlang duurt. Bovendien stelt zij ‘dat de waarborg dat er verkiezingen voor de Tweede Kamer plaatsvinden tussen de beide lezingen van een Grondwetsherziening – zoals ook de staatscommissie heeft betoogd – er primair toe strekt te voorkomen dat op basis van één verkiezingsuitslag drastische veranderingen in het stelsel worden doorgevoerd. Deze waarborg ziet met andere woorden primair op (de uitoeffe-

42 Voorheen bestond discussie over de vraag of de bekendmaking van de verklaringswet voor het ontbindingsbesluit of voor de ontbinding als zodanig had moeten plaatsvinden, zie o.m.: *Kamerstukken II 2009/10*, 31 570, nr. 14, p. 7-10.

43 Op 4 september 2006 was besloten tot ontbinding van de Tweede Kamer (*Stb.* 2006, 421), op 2 respectievelijk 15 november 2006 werden twee verklaringswetten bekendgemaakt (*Stb.* 2006, 549 en 564) en op 22 november 2006 vonden de Tweede Kamerverkiezingen plaats. Zie ook Van Gennip 2021, p. 92.

44 Dragstra & Boogaard 2007, p. 115-118.

45 Schutgens 2021, p. 202.

46 *Kamerstukken II 2019/20*, 35 419, nr. 3, p. 7-8.

E. Y. VAN VUGT EN T.E.J.H. VAN GENNIP

ning van) het actief kiesrecht'.⁴⁷ Volgens Schutgens stelt de regering zich hiermee op het standpunt dat het 'primaire' doel van de tussentijdse verkiezing is 'dat de kiezer met het oog op een Grondwetswijzigingsvoorstel van zijn actief kiesrecht gebruik kan maken'.⁴⁸ Over dat laatste punt komen wij in paragraaf 3.4 nog uitgebreid te spreken.

3.3 *Het moment van aanvang van de tweede lezing*

Een andere timingskwestie betreft het moment waarop een grondwetswijzigingsvoorstel in tweede lezing gebracht moet worden. We zagen in paragraaf 2.2 dat in 2003 vier voorstellen pas 212 dagen na de samenkomst van de nieuwgekozen Tweede Kamer werden ingediend. Ook in 2017 liep de behandeling van het voorstel tot grondwetswijziging, dat strekte tot invoering van een bindend correctief referendum, vertraging op, doordat de oorspronkelijke initiatiefnemers geen heil meer zagen in dat voorstel, zoals beschreven in paragraaf 2.5. Om die reden ging de regering op zoek naar manieren om te garanderen dat de Tweede Kamer een voorstel in tweede lezing voortvarend ter hand zou nemen.

Vooropgesteld moet daarbij worden dat het nieuwe derde lid van artikel 137 Gw niets bepaalt over het moment waarop of een termijn waarbinnen de tweede lezing dient aan te vangen. Dat hoeft ook niet. Dat de behandeling van een grondwetswijzigingsvoorstel in tweede lezing voortvarend ter hand moet worden genomen, vloeit namelijk voort uit de valbijl die in dat lid is geïntroduceerd: een voorstel tot grondwetsherziening vervalt van rechtswege, indien de nieuwgekozen Tweede Kamer in tweede lezing geen besluit neemt over dat voorstel. Om te voorkomen dat een voorstel van rechtswege vervalt, zal de Tweede Kamer dus zo spoedig mogelijk met de behandeling in tweede lezing moeten starten. Ook de regering stelt in haar memorie van toelichting dat de indiening of aanhangigmaking van het voorstel in tweede lezing spoedig heeft plaats te vinden.⁴⁹

Overigens bepaalt art. 9:30, eerste lid, van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer (RvO TK) sinds 2021 dat de fracties van de Kamerleden die in eerste lezing een initiatiefvoorstel tot wijziging van de Grondwet hebben verdedigd in de Eerste Kamer, er voor zorgen dat dat voorstel zo spoedig mogelijk na de bekendmaking van de verklaringswet aanhangig wordt gemaakt voor de behandeling in tweede lezing. Bij initiatieven vanuit de Tweede Kamer zien we dus dat het de bedoeling is dat een initiatiefnemer het voorstel zo snel mogelijk aanhangig maakt in tweede lezing, zelfs nog vóór er verkiezingen hebben plaatsgevonden. Zo maakten de leden Bergkamp (D66), Özutok (GL) en Van den Hul

47 Idem.

48 Schutgens 2021, p. 202.

49 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 419, nr. 3, p. 2.

(PvdA) al op 24 februari 2021 (dus vóór de verkiezingen in maart 2021) het voorstel tot toevoeging van handicap en seksuele gerichtheid als non-discriminatiegrond in artikel 1 Gw aanhangig ten behoeve van de tweede lezing. Zo kon het voorstel al spoedig worden voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State. Mocht de initiatiefnemer het voorstel niet zelf aanhangig maken, dan bepaalt artikel 9:30, tweede lid, RvO TK bovendien dat de Voorzitter dat ambtshalve doet op de laatste dag van de zittingsperiode van de vertrekkende Tweede Kamer. Daarmee geeft deze bepaling uitdrukking aan het feit dat de verantwoordelijkheid voor een initiatiefvoorstel tot grondwetswijziging rust op de gehele Kamer, en niet alleen op de (fracties van de) Kamerleden die dat voorstel in eerste lezing geïnitieerd en verdedigd hebben.⁵⁰

3.4 *Schrapping tussentijdse ontbinding van de Tweede Kamer*

Een prominent onderdeel van de herijking van de grondwetsherzieningsprocedure is de schrapping van de verplichting tot ontbinding van de Tweede Kamer na bekendmaking van de verklaringwet. Deze verplichting werd in 1848 geïntroduceerd. De keuze voor een verplichte Kamerontbinding na afronding van de eerste lezing hing samen met de toenmalige inrichting van het kiesstelsel. Vanaf dat jaar bepaalde de Grondwet namelijk dat de leden van de Tweede Kamer rechtstreeks werden verkozen in kiesdistricten voor de duur van vier jaar, waarbij elke twee jaar de helft van de Kamerleden aftrad en herkozen werd.⁵¹ Verkiezingen vonden dus vaak plaats, maar resulteerden dankzij dit roulatiesysteem telkens in de vernieuwing van het mandaat van slechts *een deel* van de Kamerleden; niet van alle Kamerleden tegelijkertijd. Om die reden kon de ontbinding van de Tweede Kamer niet worden uitgesteld tot na de eerstvolgende verkiezingen. Aldus werd in 1884 en 1887 de Tweede Kamer vlak na de bekendmaking van de verklaringswetten ontbonden, zodat een volledig nieuwe Tweede Kamer de voorstellen tot grondwetsherziening in tweede lezing kon overwegen.⁵²

De grondwetgever schafte in 1887 het roulatiesysteem voor de Tweede Kamer af. Sindsdien worden alle leden van die Kamer gelijktijdig verkozen voor de duur van vier jaar. Daarmee was een apart ontbindingsbesluit na afronding van de eerste lezing niet meer nodig en kon met de ontbinding van de Kamer worden gewacht tot na de eerstvolgende

50 Op die verantwoordelijkheid wees ook de Afdeling advisering van de Raad van State toen het voorstel inzake constitutionele toetsing jarenlang op de plank was blijven liggen, zie *Kamerstukken II* 2017-2018, 32 334 nr. 11, p. 7-8.

51 Art. 81 Gw (1848). De leden van de Eerste Kamer werden door de (rechtstreeks gekozen) Provinciale Staten verkozen voor de duur van negen jaar, waarbij een derde van die Kamerleden eens in de drie jaar aftrad en herkozen werd, zie art. 86 Gw (1848).

52 Van Gennip 2021, p. 28-32, p. 56-60.

E. Y. VAN VUGT EN T.E.J.H. VAN GENNIP

verkiezingen.⁵³ Zo ontstond de gewoonte dat de regering verklaringswetten ‘opspaarde’ en de ontbinding van de Tweede Kamer liet samenvallen met de ontbinding van de Tweede Kamer na de periodieke verkiezingen (of na vervroegde verkiezingen in geval van een kabinetscrisis).⁵⁴ Het ontbindingsbesluit waartoe het oude artikel 137, derde lid, Gw nog verplichtte, was daarmee in feite verworden tot een formaliteit.⁵⁵

Het nieuwe artikel 137, derde lid, Gw verplicht daarom niet meer tot een ontbinding van de Tweede Kamer. In plaats daarvan bepaalt dit artikellid dat een voorstel tot wijziging van de Grondwet in tweede lezing wordt overwogen door de Tweede Kamer die na de bekendmaking van de verklaringswet wordt gekozen. Hierdoor is het niet meer nodig om een afzonderlijk ontbindingsbesluit te nemen voorafgaand aan periodieke verkiezingen. In het geval van vervroegde verkiezingen kan worden volstaan met een ontbindingsbesluit op basis van artikel 64 Gw.⁵⁶

Bij de herijking van de grondwetsherzieningsprocedure is tegelijkertijd wel vastgehouden aan de gedachte dat een grondwetswijzigingsvoorstel in tweede lezing moet worden overwogen door een nieuwgekozen Tweede Kamer. Daarmee heeft de grondwetgever volgens Schutgens ‘het uitgangspunt van een tussentijdse kiezersraadpleging’ gehandhaafd,⁵⁷ in de zin dat de kiezer na de afronding van de eerste lezing van de grondwetsherziening nog altijd de gelegenheid heeft ‘zich over de herziening uit te spreken’.⁵⁸ Deze typering van verkiezingen die plaatsvinden tussen de eerste en tweede lezing van een grondwetsherzieningsprocedure is niet ongebruikelijk. Ook elders in de literatuur worden de verkiezingen die volgens artikel 137 Gw nodig zijn voordat een voorstel in tweede lezing kan worden gebracht, beschouwd als kiezersraadpleging.⁵⁹ Broeksteeg en Bovend’Eert spreken zelfs van het ‘plebiscitaire’ element van de grondwetsherzieningsprocedure.⁶⁰

Tegelijkertijd stelt Broeksteeg dat het plebiscitaire karakter van de tussenliggende verkiezingen niet goed uit de verf zou komen. Omdat de ontbindingsverkiezingen in de praktijk samenvielen met de reguliere Tweede Kamerverkiezingen, zou de kiezer weinig aandacht

53 Idem.

54 Breunese 2021, p. 120.

55 Schutgens 2021, p. 200.

56 Breunese 2021, p. 123.

57 Schutgens 2021, p. 196.

58 Aldus de regering in navolging van de Staatscommissie-Cals/Donner in haar nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid, zie *Kamerstukken II 1973/74*, 12 944, nr. 2, p. 15.

59 Zie voor een vroege tekst op dit punt: Struycken 1924, p. 48. Daarnaast spreken Kummeling & Zwart 2001, p. 34 over ‘het referendumkarakter van de ontbinding’.

60 Broeksteeg 2008, p. 315-330; Bovend’Eert 2019, p. 41.

HERIJNING VAN DE GRONDWETSHERZIENINGSPROCEDURE

hebben voor de herzieningsvoorstellen.⁶¹ Daarin heeft hij natuurlijk gelijk: verkiezingscampagnes en -debatten gaan in de praktijk zelden over voorstellen tot grondwetswijziging. Toch berust deze kritiek op een onjuiste veronderstelling: zelfs toen er nog niet gewacht werd met het ontbinden van de Kamer na de bekendmaking van de verklaringswet, maar de verkiezingen gelijk daarna plaatsvonden, waren die verkiezingen helemaal niet bedoeld om kiezers te raadplegen over concrete herzieningsvoorstellen. Uit de memorie van toelichting van 1848 kan worden afgeleid dat de Kamerontbinding na bekendmaking van een verklaringswet en de daaropvolgende verkiezingen strekte tot het vernieuwen van het mandaat van de volksvertegenwoordiging. De regering stelde destijds dat

‘eene wijziging in de Grondwet dermate belangrijk moet worden geacht, dat de natie kan verlangen dat dusdanige verandering worde onderzocht en overwogen, door mannen die minder of niet gehecht zijn aan het vroegere, en die door verspreiding van nieuw licht niet anders dan tot bevordering van het goede kunnen medewerken.’⁶²

De oorspronkelijke bedoeling was dus dat niet alleen de zittende Kamer maar ook een nieuwe Kamer, samengesteld uit volksvertegenwoordigers met een ‘vernieuwd’ en daarmee een actueler mandaat, zou besluiten over een wijziging in de Grondwet. Volgens Schutgens past deze ratio bij het ‘zuiver vertegenwoordigende stelsel’ dat in 1848 werd geïntroduceerd, waarbij de gedachte was

‘dat de kiezer niet zelf de inhoud van de wetgeving bepaalt, maar slechts de personen kiest die volgens hem geschikt zijn om die wetgeving – met inachtneming van het algemeen belang – vast te stellen in een onafhankelijk, deliberatief proces. De gedachte dat een tussentijdse Kamerontbinding daartoe het mandaat moet vernieuwen, past daar beter bij dan de gedachte dat die Kamerontbinding tot een kiezersuitspraak over een voorstel tot Grondwetswijziging zou (kunnen) leiden.’⁶³

Tot zover heeft Schutgens helemaal gelijk. Maar omdat ‘de kiezer bij de samenstelling van de Tweede Kamer zijn visie op een aanhangig Grondwetsvoorstel heeft (kunnen) laten meewegen’, is het in zijn ogen nu ‘geldend recht’ dat de verkiezingen die plaatsvinden na

61 Broeksteeg 2008, p. 330.

62 *Handelingen 1847/48* (deel 2), p. 394-395.

63 Schutgens 2021, p. 198.

E. Y. VAN VUGT EN T.E.J.H. VAN GENNIP

de bekendmaking van een verklaringwet neerkomen op een tussentijdse kiezersraadpleging.⁶⁴

Wij zijn het niet eens met dat laatste standpunt. Gelet op het geldend recht, kent Nederland nog steeds een zuiver vertegenwoordigend stelsel. Het vertegenwoordigend stelsel is na 1848 weliswaar gedemocratiseerd door de uitbreiding van het kiesrecht, de opkomst van politieke partijen, en de invoering van het evenredigheidsstelsel,⁶⁵ maar dat betekent niet dat verkiezingen daarmee een plebiscitair karakter hebben gekregen. De democratisering van het vertegenwoordigend stelsel betekent dat alle burgers vanaf 18 jaar via verkiezingen een gelijke invloed kunnen uitoefenen op de samenstelling van de volksvertegenwoordiging. Natuurlijk zullen burgers hun keuze voor een kandidaat voor de Tweede Kamer veelal baseren op inhoudelijke afwegingen, zoals de idealen, standpunten en plannen van de partij waarbij zo'n kandidaat zich heeft aangesloten. Maar gelet op artikel 67, derde lid, Grondwet beschikken Kamerleden nog altijd over een vrij mandaat: zij worden verkozen om hun politieke idealen, standpunten en plannen, maar zijn vrij om ten aanzien van specifieke (grond)wetsvoorstellen hun eigen afwegingen en beslissingen te maken. En hoewel de exclusiviteit van de in artikel 50 Grondwet gestipuleerde parlementaire vertegenwoordiging vaak ter discussie wordt gesteld, heeft de grondwetgever de buitenparlementaire, (minister-)presidentiële en direct-democratische alternatieven die door de tijd heen zijn voorgesteld, altijd afgewezen. Aldus vindt democratische besluitvorming in Nederland uitsluitend plaats 'via de volksvertegenwoordiging en daarbuiten dus niet'.⁶⁶

Door onze democratie via verkiezingen te organiseren, wordt vaak verondersteld dat de samenstelling van de Tweede Kamer gedurende vier jaar een getrouwe afspiegeling geeft van de politieke denkbeelden van de verschillende groepen kiezers. Die afspiegeling is echter altijd een momentopname. De politieke idealen van kiezers en de standpunten van partijen kunnen, al dan niet als gevolg van maatschappelijke en politieke veranderingen, in de loop der tijd verschuiven. De ratio achter de behandeling van een voorgestelde grondwetswijziging in tweede lezing door een nieuwgekozen Tweede Kamer dient dus om de representativiteit te garanderen van de volksvertegenwoordiging die over zo'n voorstel de definitieve beslissing moet nemen.

Dat was ook het standpunt dat de Tweede Kamer innam toen de Staatscommissie-Van Schaik in 1951 het idee opperde om een voorstel tot grondwetsherziening in tweede lezing

64 Idem.

65 Zie Van Vugt 2021 voor een uitgebreide beschrijving van die ontwikkeling en de invloed daarvan op de uitleg van artikel 50 Gw ("De Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk").

66 Schutgens & Sillen 2017, p. 194.

niet door een nieuwgekozen Staten-Generaal te laten behandelen, maar door een speciaal daartoe verkozen ‘Grondwetkamer’. Volgens de Staatscommissie-Van Schaik zou deze wijziging van de grondwetsherzieningsprocedure de bevolking ‘daadwerkelijk in de gelegenheid [stellen], haar oordeel over de voorgestelde herziening te geven, welke gelegenheid zij bij de bestaande regeling in feite niet heeft,’⁶⁷ waarmee zou worden voorkomen dat ‘het beroep op de kiezers, dat de Grondwet terecht voor het tot stand komen van voorstellen tot wijziging eist, in feite een dode letter’ werd. De Tweede Kamer stelde echter terecht dat de ontbindingsverkiezingen helemaal niet bedoeld waren om kiezers hun oordeel over de voorgestelde grondwetsherziening te laten geven maar om ‘in verband met de belangrijkheid van zulk een herziening, een waarlijk representatieve Staten-Generaal te vormen.’⁶⁸

Resumerend is artikel 137 Gw door het schrappen van het ontbindingsvereiste aangepast aan de grondwetsherzieningspraktijk: vanaf het moment dat het roulatiesysteem voor de Tweede Kamer werd afgeschaft, was een speciale ontbinding na afronding van de eerste lezing niet meer nodig en kon met de ontbinding gewacht worden tot na de reguliere verkiezingen. Daardoor transformeerde die ontbinding in feite in een formaliteit. Tegelijkertijd heeft de grondwetgever niet willen tornen aan de regel dat ‘niet één Kamer kan besluiten tot herziening van de Grondwet, maar dat een bij verkiezingen samengestelde nieuwe kamer daarover beslist.’⁶⁹ Daarmee blijft een langere periode van deliberatie ingebouwd en blijft gewaarborgd dat de doorslaggevende beslissing over een grondwetsherziening genomen wordt door een Kamer die echt representatief is voor de politieke voorkeuren van de kiezers.

3.5 *De valbijl*

Het meest vernieuwende en controversiële onderdeel van de herijking van de grondwetsherzieningsprocedure is de introductie van de valbijl. Artikel 137, derde lid, Gw wijst namelijk de Tweede Kamer die wordt gekozen na de bekendmaking van de verklaringswet aan als de Kamer die het voorstel tot grondwetswijziging in tweede lezing overweegt. Neemt deze Tweede Kamer geen besluit, dan vervalt dit voorstel van rechtswege. De invoering van deze valbijl maakt dat de Tweede Kamer die wordt verkozen na afronding van de eerste lezing van een voorstel tot grondwetswijziging een exclusief mandaat heeft: uitsluitend deze Kamer is bevoegd om ten aanzien van zo’n voorstel een besluit te nemen. Doet zij dat niet, dan gaat die bevoegdheid niet over op een volgende Tweede Kamer.

67 *Kamerstukken II* 1951/52, 2341, nr. 13, p. 19.

68 *Ibid.*

69 Kortmann 2021, p. 102.

E. Y. VAN VUGT EN T.E.J.H. VAN GENNIP

Hoewel de Afdeling advisering van de Raad van State onder het oude artikel 137 Gw nog meende dat onder bijzondere omstandigheden de overwegingsplicht van de nieuwe Tweede Kamer over kon gaan op de daaropvolgende Tweede Kamer,⁷⁰ toonde zij zich positief over het voorstel om deze mogelijkheid voortaan uit te sluiten.⁷¹

Tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel tot herijking van de grondwetsherzieningsprocedure stelden Kamerleden van GroenLinks en D66 daarentegen kritische vragen over de valbijl. Niet ondenkbaar was immers dat de Tweede Kamer in de toekomst als gevolg van een lange kabinetsformatie en een korte zittingsduur als gevolg van een kabinetscrisis onvoldoende tijd heeft voor een gedegen behandeling van een grondwetsherzieningsvoorstel in tweede lezing.⁷² De regering antwoordde dat ook dan een gedegen behandeling van een grondwetsherzieningsvoorstel mogelijk is, mits die behandeling voortvarend ter hand wordt genomen. Zij wees in dat kader op de voortvarende behandeling van voorstellen in tweede lezing die resulteerden in de algehele grondwetsherziening van 1983. Daarbij speelt volgens de regering mee dat in eerste lezing al uitgebreid gediscussieerd is over het voorstel.⁷³ Wat de regering daarbij over het hoofd lijkt te zien, is dat de samenstelling van de Tweede Kamer door verkiezingen na de eerste lezing wijzigt. Nieuwe Kamerleden hebben tijd nodig om zich in te werken in het dossier teneinde een standpunt over zo'n voorstel te kunnen innemen.

Tijdens een wetgevingsoverleg over het herijkingvoorstel op 25 mei 2020 stond de vraag of de overwegingsplicht van 'de Tweede Kamer die wordt verkozen na de bekendmaking van de wet' onder bijzondere omstandigheden toch kon overgaan op een volgende Tweede Kamer opnieuw op de agenda.⁷⁴ Kamerlid Özutok (GL) diende toen een amendement in om het derde lid als volgt te formuleren:

'De Tweede Kamer die wordt gekozen na de bekendmaking van de wet, bedoeld in het eerste lid, overweegt in tweede lezing het voorstel tot verandering, bedoeld in het eerste lid. Indien deze Tweede Kamer *of als zij daartoe besluit, de na haar gekozen Tweede Kamer* geen besluit neemt over het voorstel, vervalt dit van rechtswege. Zodra de Tweede Kamer het voorstel heeft aangenomen, overweegt de Eerste Kamer dit in tweede lezing. De beide kamers kunnen het

70 Zie paragraaf 2.4.

71 *Kamerstukken II* 2017/18, 32 334, nr. 11, p. 4.

72 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 419, nr. 5, p. 4-5.

73 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 419, nr. 6, p. 3-5. Bovendien kan het voorstel in tweede lezing niet worden geamendeerd.

74 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 419, nr. 9, p. 3-18.

HERIJKING VAN DE GRONDWETSHERZIENINGSPROCEDURE

voorstel tot verandering alleen aannemen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.⁷⁵

De minister wilde de mogelijkheid om de behandeling van een voorstel tot grondwetswijziging in tweede lezing door te schuiven naar een volgende Tweede Kamer echter koste wat het kost voorkomen.⁷⁶ Toen bleek dat er geen steun bestond voor het amendement, trok Özutok het in.⁷⁷

In de Eerste Kamer was vooral het lid Nicolai (PvdD) kritisch over het feit dat uitsluitend de Tweede Kamer die na de bekendmaking van de verklaringswet werd gekozen, bevoegd was om in tweede lezing een voorstel tot grondwetswijziging te overwegen. Hij vroeg zich af wat het exclusieve mandaat van de nieuwgekozen Tweede Kamer rechtvaardigde, nu de tussentijdse verkiezingen niet bedoeld zijn als een kiezersraadpleging speciaal gericht op een grondwetsherziening.⁷⁸ Minister Ollongren reageerde met de volgende toelichting:

‘Het kan natuurlijk ook zijn dat een Kamerverkiezing in het teken staat van een grondwetsherziening. Dat hoeft niet, maar het kan wel. In ieder geval kan het voor de kiezer een belangrijk gegeven zijn. Het is wenselijk dat de nieuwe Tweede Kamer, de Tweede Kamer in nieuwe samenstelling, dan ook de Tweede Kamer is die het definitieve besluit neemt over zo’n grondwetswijziging. Als je dat dus vooruit kunt schuiven of over kunt laten aan een volgende of weer daaropvolgende Kamer zou dat afbreuk doen aan de eerdere kiezersuitspraak daarover.⁷⁹

Nicolai bleek niet overtuigd door de reactie van de minister. Volgens hem erkende de regering ‘dat de Tweede Kamer, die over de tweede lezing gaat, helemaal niet speciaal gekozen is met het oog op de grondwetsherziening. Dan maakt het wat ons betreft ook niet uit dat speciaal dié Tweede Kamer zou moeten besluiten, en dat is eigenlijk de kern van dit voorstel. Wij stemmen dus tegen.⁸⁰

Nicolai sneed hier een interessant punt aan: als de verkiezingen tussen de eerste en tweede lezing niet bedoeld zijn als kiezersraadpleging over een voorgestelde grondwetswijziging, waarom zou dan uitsluitend de Tweede Kamer die na de eerste lezing verkozen wordt

75 *Kamerstukken II 2019/20*, 35 419, nr. 8 [eigen cursivering, *EvV & TvG*].

76 *Kamerstukken II 2019/20*, 35 419, nr. 9, p. 19.

77 *Kamerstukken II 2019/20*, 35 419, nr. 9, p. 29.

78 *Handelingen I 2020/21*, nr. 4 item 8, p. 15.

79 *Handelingen I 2020/21*, nr. 4, item 8, p. 23.

80 *Handelingen I 2020/21*, nr. 5, item 6, p. 1.

E. Y. VAN VUGT EN T.E.J.H. VAN GENNIP

bevoegd zijn om dat voorstel in tweede lezing te overwegen, en niet ook een daaropvolgende Tweede Kamer? De reactie van de minister stelt in het licht van dat argument wat teleur. De minister lijkt in haar reactie namelijk ineens wél te veronderstellen dat het bij de tussentijdse verkiezing om een (mogelijke) kiezersraadpleging te doen is. Uit de memorie van toelichting blijkt dat niet of in ieder geval niet duidelijk.⁸¹ Bovendien stelden wij in de voorgaande paragraaf al dat tussentijdse verkiezingen eerst en vooral bedoeld zijn om de representativiteit te garanderen van de volksvertegenwoordiging die over zo'n voorstel de definitieve beslissing moet nemen. Wellicht speelt het standpunt van een partij over zo'n voorgestelde grondwetswijziging voor sommige kiezers een rol bij het bepalen van hun stem, maar er zullen vele andere factoren zijn die het stemgedrag van de kiezer en daarmee de samenstelling van de Tweede Kamer bepalen. Ook daarom kunnen de verkiezingen niet beschouwd worden als een kiezersraadpleging over een concreet voorstel tot grondwetsherziening. Dat met het vooruitschuiven van een voorstel tot grondwetsherziening naar een volgende Tweede Kamer 'afbreuk gedaan zou worden aan een eerdere kiezersuitspraak' is derhalve niet alleen overtrokken, maar getuigt ook van een onjuiste zienswijze.

Wat rechtvaardigt dan wel dat uitsluitend de Tweede Kamer die na de eerste lezing verkozen wordt, bevoegd is een voorstel tot grondwetswijziging in tweede lezing te overwegen, en niet ook een daaropvolgende Tweede Kamer? Wat de tussenliggende verkiezingen dienen te waarborgen, is dat niet slechts één maar twee opeenvolgende Tweede Kamers achter een grondwetsherziening staan. Zoals de Staatscommissie parlementair stelsel in 2018 stelde, wordt op deze manier 'voorkomen dat er op basis van één verkiezingsuitslag drastische veranderingen in het stelsel worden doorgevoerd'.⁸² Kortom, door te bepalen dat een grondwetswijzigingsvoorstel in tweede lezing behandeld moet worden door een nieuwe Tweede Kamer, verhindert het aangepaste artikel 137, derde lid, Gw dat een wijziging van de Grondwet terloops kan plaatsvinden door een kortstondige meerderheid.

In plaats daarvan garandeert de nieuwe bepaling dat het draagvlak voor die wijziging duurzaam is en niet al vervlogen is op het moment dat een nieuwe volksvertegenwoordiging wordt verkozen. Dat impliceert dus ook dat een grondwetsherziening geen doorgang mag vinden, zodra daarvoor onvoldoende steun bestaat in een nieuwgekozen Tweede Kamer. Voor het voorstel inzake constitutionele toetsing bleek na de verkiezingen in tweede lezing bijvoorbeeld geen Kamermeerderheid te bestaan, waarmee de steun voor dat voorstel niet duurzaam of bestendig was gebleken. De herijking van de grondwetsherzieningsprocedure maakt nu duidelijk dat in een dergelijk geval de Tweede Kamer niet mag wacht-

81 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 419, nr. 3, p. 2-9.

82 Staatscommissie-Remkes 2018, p. 312.

HERIJKING VAN DE GRONDWETSHERZIENINGSPROCEDURE

ten tot er in een volgende Kamer wel een meerderheid is, maar het voorstel tot grondwetswijziging moet verwerpen. Indien de Tweede Kamer nalaat om een dergelijk besluit te nemen, dan vervalt het voorstel van rechtswege.

Voor dit punt van duurzame en bestendige steun valt vanuit zowel democratisch als rechtsstatelijk oogpunt waardering op te brengen. Dat neemt echter niet weg dat zich onder de nieuwe procedure van artikel 137 Gw weer andere problemen kunnen voordoen. Het is niet ondenkbaar dat zich in de politieke praktijk omstandigheden zullen voordoen die aan een voortvarende behandeling van een voorstel tot grondwetswijziging in tweede lezing in de weg staan. Illustratief hiervoor is de gang van zaken omtrent het voorstel tot herijking van de grondwetsherziening zelf. Hoewel dit voorstel tijdig aangebracht was voor de behandeling in tweede lezing, lag de behandeling daarvan geruime tijd stil vanwege de ingewikkelde en recordbrekende kabinetsformatie.⁸³ In september 2021 dreigden er zelfs nieuwe verkiezingen.⁸⁴ Het was zonder meer wrang geweest als de Tweede Kamer hierdoor de behandeling van het herijkingsvoorstel in tweede lezing niet had kunnen afronden: onder de nieuwe procedure had dit betekend dat het voorstel van rechtswege vervallen zou zijn en de procedure weer helemaal over moest.

Mochten dergelijke situaties zich in de toekomst onverhoopt voordoen, dan constateren wij dat er onder de herijkte grondwetsherzieningsprocedure toch nog een ‘geitenpaadje’ bestaat dat een gedegen tweede lezing alsnog mogelijk maakt. De regering of een Tweede Kamerlid kan gelet op het naderende einde van de (te korte) zittingstermijn een nieuw wetsvoorstel indienen of aanhangig maken in eerste lezing met precies dezelfde strekking als het voorstel in tweede lezing. De enige eis is dan dat deze wet voor de aankomende verkiezingen van de Tweede Kamer in het Staatsblad heeft te staan. Dat betekent dat in hoog tempo het wetsvoorstel in eerste lezing door beide Kamers heen moet. Bevreemdend zal dan zijn dat twee (inhoudelijk identieke) voorstellen bij de Tweede Kamer komen te liggen, zowel in eerste als in tweede lezing. De idee is dan dat het nieuwe voorstel in eerste lezing wordt aangenomen en het identieke voorstel in tweede lezing wordt verworpen of vervalt. Deze mogelijkheid verdient zeker niet de schoonheidsprijs, maar is niet strijdig met de letter van de nieuwe bepaling.

Ten slotte bespreken wij nog twee technische implicaties in het kader van het nieuwe derde lid. Ten eerste ontslaat de valbijl de Tweede Kamer niet van de plicht om het voorstel tot verandering te overwegen. Artikel 137, eerste en derde lid, Grondwet bepaalt namelijk nog steeds dat de Tweede Kamer het voorstel in overweging heeft te nemen. ‘Overwegen’

83 *Kamerstukken II 2019/20*, 35 789, nr. 5-6.

84 *Righton & Bhikhie 2021*.

E. Y. VAN VUGT EN T.E.J.H. VAN GENNIP

betekent in dit kader dat het voorstel moet worden ingebracht en moet worden behandeld, uitmondend in een eindstemming.⁸⁵ Ten tweede is het om die reden ook nog steeds niet mogelijk om een wetsvoorstel in tweede lezing in te trekken. De Tweede Kamer heeft de plicht een beslissing te nemen over het voorstel in tweede lezing.

4 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk hebben wij de betekenis en gevolgen van de nieuwe grondwetsherzieningsprocedure geanalyseerd. Aanleiding van de herijking was het getalm in de Tweede Kamer rondom het voorstel inzake constitutionele toetsing in tweede lezing. Die situatie riep de vraag op welke Tweede Kamer in tweede lezing bevoegd is te beslissen. De herijkte grondwetsherzieningsprocedure is op dit punt duidelijker geworden: enkel de Tweede Kamer die direct gekozen is na publicatie van de verklaringswet heeft het voorstel af te handelen. Doet zij dat niet, dan vervalt het voorstel van rechtswege. Wel bestaat er nog een misverstand over het doel van de tussentijdse verkiezingen van de Tweede Kamer en de daarmee samenhangende valbijl. In de staatsrechtelijke literatuur komt steevast naar voren dat die verkiezingen bedoeld zouden zijn als kiezersraadpleging over de voorliggende grondwetsherziening. In deze bijdrage hebben wij beargumenteerd dat de ratio achter de verkiezingen tussen de eerste en tweede lezing anders is. Het doel van die verkiezingen is om de representativiteit te garanderen van de volksvertegenwoordiging die de definitieve beslissing heeft te nemen over een voorgestelde grondwetswijziging. Door te eisen dat een nieuwe Kamer nog eens naar het voorstel heeft te kijken, wordt voorkomen dat een tijdelijke politieke meerderheid ingrijpende wijzigingen kan aanbrengen in het staatsbestel. De valbijl garandeert daarbij dat de steun voor het voorstel duurzaam is. Dat betekent dat er in die steun geen onderbreking mag zitten. Juist bij de langdurige tweede lezing van het voorstel constitutionele toetsing bleek duidelijk van zo een lacune sprake te zijn.

De herijking van de grondwetsherzieningsprocedure beoogt deze sneller te laten verlopen. Dat wil niet zeggen dat de Grondwet voortaan ook sneller zal veranderen. De valbijl dwingt de nieuwgekozen Tweede Kamer weliswaar om een beslissing te nemen over een grondwetswijzigingsvoorstel in tweede lezing, maar of dat nu leidt tot meer aanvaardingen of afwijzingen valt niet te voorspellen. Bovendien kunnen grondwetswijzigingsvoorstellen onder de nieuwe procedure ook van rechtswege komen te vervallen, omdat de Tweede Kamer niet tijdig over een voorstel beslist. Dat kan onwil zijn, maar zij kan ook simpelweg te weinig tijd hebben om tot een (weloverwogen) beslissing te komen. In een scenario waarbij de kabinetsformatie lang duurt en de Tweede Kamer vroegtijdig ontbon-

⁸⁵ *Kamerstukken II 2017/18, 32 334, nr. 11, p. 9.*

den wordt wegens een politieke crisis, komt de Tweede Kamer mogelijk niet toe aan de behandeling van een grondwetswijzigingsvoorstel in tweede lezing. Zeker in tijden van politieke versnippering is dit scenario op zijn minst reëel te noemen. Als zo'n situatie zich zou voordoen, dan biedt de nieuwe grondwetsherzieningsprocedure weliswaar nog een uitweg, maar te hopen is dat die niet bewandeld hoeft te worden. Voor de toekomst is het daarom extra belangrijk dat de Tweede Kamer voortvarend te werk gaat in de tweede lezing. Of zij daarin zal slagen, moeten we maar afwachten. Soms liggen het juridische ideaal en de politieke realiteit ver uiteen.

LITERATUURLIJST

Albert 2013

R. Albert, 'The expressive function of constitutional amendment rules', *McGill Law Journal* 2013, p. 225-281.

Bovend'Eert 2019

P.P.T. Bovend'Eert, *Inleiding constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Bovend'Eert & Kummeling 2017

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

Breunese 2010

H.M.B. Breunese, 'De tweede lezing van het grondwetsvoorstel-Halsema: haastige spoed is soms wél goed' *TvCR* 2010, afl. 4, p. 420-427.

Breunese 2013

H.M.B. Breunese, 'Hoe staat het toch met het initiatiefwetsvoorstel constitutionele toetsing?', *TvCR* 2013, afl. 2, p. 159-162.

Breunese 2019

H.M.B. Breunese, 'Over een dead parrot en een valbijl', *NJB* 2019, afl. 23, p. 1675.

Breunese 2021

H.M.B. Breunese, 'Wijziging van de Grondwetherzieningsprocedure', *TvCR* 2021, afl. 2, p. 118-130.

E. Y. VAN VUGT EN T.E.J.H. VAN GENNIP

Broeksteeg 2008

J.L.W. Broeksteeg, 'Het plebiscitaire element in de procedure van grondwetsherziening', in: C.W. Noorlander e.a. (red.) *Het volk regeert*, Wolf Legal Publishers, p. 315-330.

Dragstra & Boogaard 2007

L. Dragstra & G. Boogaard, 'In vergaande staat van ontbinding', *RegelMaat* 2007, afl. 3, p. 115-118.

Kortmann 2021

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (bewerkt door P.P.T. Bovend'Eert, J.L.L. Broeksteeg, C.N.J. Kortmann & B.P. Vermeulen), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Kummeling & Zwart 2001

H.R.B.M. Kummeling & T. Zwart, 'Constitutioneel lapwerk: over de lotgevallen van voorstellen tot grondwetsherziening in de periode 1997 tot 2000' in *De aard van grondwetsherzieningen*, Publikaties van de Staatsrechtkring nr. 19, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 1-39.

Van Gennip 2021

T.E.J.H. van Gennip, *De grondwetsherzieningsprocedure* (diss. Nijmegen; Serie Staat en Recht, nr. 52), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Peters 2003

J.A. Peters, *Wie beschermt onze Grondwet?* (oratie UvA). Amsterdam: Vossiuspers 2003.

Righton & Bhikie 2021

N. Righton & A. Bhikie, 'Negen partijen bijeen in ultieme poging om kabinetsformatie te redden', *de Volkskrant* 29 september 2021.

Schutgens 2021

R.J.B. Schutgens, 'De Grondwetsherziening onder revisie. Twee voorstellen tot herziening van de Grondwetsherzieningsprocedure en hun verhouding tot de tussentijdse kiezersraadspleging over voorstellen tot herziening van de Grondwet', *RegelMaat* 2021, afl. 3, p. 195-209.

Schutgens & Sillen 2017

R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, 'De grondwettigheid van wetgevingsreferenda', *RMThemis* 2017, afl. 4, p. 190-198.

Staatscommissie-Remkes 2018

Lage drempels, hoge dijken, Democratie en rechtsstaat in balans, Eindrapport van de Staatscommissie parlementair stelsel, Amsterdam: Boom 2018.

Struycken 1924

A.A.H. Struycken, 'Kamerontbinding en grondwetsherziening', in: *Verzamelde werken van prof.mr. A.A.H. Struycken*, Arnhem: Gouda Quint 1924, p. 47-60.

Van Vugt 2018

E.Y. van Vugt, 'Intrekking van de Wet raadgevend referendum. Over de nasleep van het Oekraïne-referendum' *NJB* 2018, afl. 2, p. 78-84.

Van Vugt 2019

E.Y. van Vugt, 'Ruim, redelijk of rigide: de uitleg van artikel 137, vierde lid, Grondwet door de Raad van State', *TvCR* 2019, afl. 2, p. 51-63.

Van Vugt 2021

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

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

*J.H. Gerards**

1 INLEIDING

Artikel 1 van onze Grondwet geeft uitdrukking aan een van de kernbeginselen van onze democratische rechtsstaat: het gelijkheidsbeginsel, aangevuld met een discriminatieverbod. De tekst staat zelfs in steen gebeiteld op het Buitenhof, naast de plenaire vergaderzaal van de Tweede Kamer. De 45 meter lange ‘Grondwetbank’ toont de volgende tekst, die sinds 1983 in de Grondwet staat: ‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook is niet toegestaan.’ Het is maar goed dat er grootschalige restauratiewerkzaamheden gaande zijn rondom het Binnenhof, want op 17 januari 2023 werd duidelijk dat de bank nog langer zal moeten worden. Op die datum stemde de Eerste Kamer namelijk in met een uitbreiding van de tekst van artikel 1: aan de opsomming van discriminatiegronden worden toegevoegd de gronden ‘handicap’ en ‘seksuele gerichtheid’.¹

De wijziging van artikel 1 kan worden gezien als sluitstuk van de grondwetswijzigingen van 2022. De bedoeling was namelijk dat de Eerste Kamer al op 20 december 2022 in tweede lezing over de uitbreiding zou stemmen. Vooraf werd aangenomen dat dat zonder veel moeite zou gebeuren, maar het debat in de Eerste Kamer nam een onverwachte wending toen Van Hattem, senator voor de PVV, besloot een hoofdelijke stemming aan te vragen.² Die moest over het kerstreces worden heengetild, waardoor pas in januari 2023 bleek dat 56 senatoren voor de aanpassing stemden en 15 tegen.

Uit deze gebeurtenissen blijkt weliswaar dat uiteindelijk een ruime tweederdemeerderheid voor de uitbreiding heeft gestemd, maar ook dat deze wijziging controversiëler bleek

* Prof. mr. J.H. (Janneke) Gerards is als hoogleraar fundamentele rechten verbonden aan de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht; ook maakt zij onderdeel uit van het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht. Zie voor meer informatie www.uu.nl/medewerkers/jhgerards.

1 *Handelingen I 2022/23*, nr. 15, item 6. Het voorstel is op 10 februari 2023 bekrachtigd tot wet; op 22 februari 2023 is de grondwetswijziging bekendgemaakt in het Staatsblad: zie *Stb.* 2023, 62.

2 *Handelingen I 2022/23*, nr. 26, item 14, p. 1.

J.H. GERARDS

dan veel mensen zouden denken. In feite wordt er al jaren gesteggeld over de lijst van discriminatiegronden. Er was al discussie over ver voordat artikel 1 in 1983 in de Grondwet terechtkwam en die discussie is daarna nooit helemaal verstomd. In het licht van het doel van deze bundel – namelijk om de grondwetswijzingen van 2022/23 in kaart te brengen en daarop te reflecteren – is het interessant om deze discussies bij elkaar te brengen en te laten zien hoe ze zich door de tijd heen hebben ontwikkeld. Dit hoofdstuk biedt daarom een kleine geschiedschrijving van de uitbreiding van artikel 1 van de Grondwet in drie bedrijven, die vooral is gericht op het in beeld brengen van de argumenten zoals ze door de tijd heen naar voren zijn gebracht. Paragraaf 2 gaat over de totstandkoming van de lijst van gronden in de tweede zin van artikel 1 Grondwet in de jaren '50, '60 en '70. Paragraaf 3 geeft een overzicht van de maatschappelijke en politieke achtergronden en debatten in de jaren '80, '90 en '00. Paragraaf 4 belicht de achtergronden van en de discussies rond het wijzigingsvoorstel zoals dat op 17 januari 2023 is aangenomen. Paragraaf 5 besluit met een korte beschouwing van de argumenten en redeneringen die in de loop van de tijd naar voren zijn gekomen.

De bespreking in dit hoofdstuk is beperkt tot de opsomming van discriminatiegronden in artikel 1 Grondwet. Andere interessante onderwerpen moeten blijven liggen, zoals de gevolgen van de algemene bepaling voor de stelling dat artikel 1 een alternatieve preambule voor de Nederlandse Grondwet vormt, de onderlinge verhouding tussen de eerste en de tweede zin van de bepaling of de horizontale werking ervan en de relatie van artikel 1 tot de gelijkebehandelingswetgeving. Ook buiten beschouwing blijven het vraagstuk of moet worden gesproken over seksuele gerichtheid of over 'homo- of heteroseksuele gerichtheid', 'hetero- of homoseksuele gerichtheid', 'seksuele oriëntatie' of 'seksuele geaardheid', vragen naar de definitie van handicap, vragen over eventuele gevolgen van de wijziging voor ongebooren kinderen, en de vraag hoe discriminatie jegens interseksuele personen of transgenders moet worden gekwalificeerd. Daarvoor zal de lezer te rade moeten gaan in de rijke wetsgeschiedenis.³

2 EERSTE BEDRIJF: DE TOTSTANDKOMING VAN ARTIKEL 1

2.1 *De staatscommissie-Van Schaik*

Het beginsel van gelijke behandeling staat al heel lang in de Grondwet en zijn voorlopers. De Staatsregeling voor de Bataafse Republiek van 1798 bepaalde het volgende:

³ Debatten over dit onderwerp zijn vooral gevoerd in het kader van de behandeling van het initiatiefvoorstel in de Tweede Kamer; zie daarvoor Kamerstuknrs. 32411 (eerste lezing) en 35741 (tweede lezing).

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

‘Alle Leden der Maatschappij hebben, zonder onderscheiding van geboorte, bezitting, stand, of rang, eene gelijke aanspraak op derzelve voordeelen.’⁴

In 1801 werd de bepaling iets vereenvoudigd en werd het aantal ‘verboden’ gronden teruggebracht naar twee:

‘Alle Leden der Maatschappij zijn gelijk voor de Wet zonder eenig onderscheid van rang of geboorte.’

In 1815 kwam het gelijkheidsbeginsel in een weer iets andere formulering in artikel 4 Grondwet te staan. Deze bepaling heeft vervolgens tot 1983 ongewijzigd een plaats gehad in de Grondwet:

‘Allen die zich op het grondgebied van het Rijk bevinden, hetzij ingezetenen of vreemdelingen, hebben gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen.’

Pas halverwege de 20ste eeuw kwamen er discussies op gang over de bepaling. In 1951 kwam binnen de staatscommissie-Van Schaik de vraag op of het verstandig was om – naast de bestaande gelijkheidsbepaling – een discriminatieverbod op te nemen in de Grondwet.⁵ Een nota van staatscommissielid Revers laat zien dat aanvankelijk ‘de conclusie was dat opnemng van een algemeen verbod van discriminatie niet nodig was.’⁶ Revers zelf was het niet eens met die conclusie. Zij wees erop dat ‘de weerstand tegen de gelijkstelling van de vrouw op alle gebieden nog groot genoeg [is] om een uitspraak in de Grondwet, die ten aanzien van wetgeving en bestuur een richtsnoer kan zijn, gewenst te maken.’⁷ Haar voorstel was dan ook om een artikel op te nemen in de Grondwet dat ‘uitdrukkelijk bepaalde dat vrouwen aanspraak hebben op gelijke rechten als aan de man worden toegekend.’⁸ Over zo’n bepaling bestonden in de staatscommissie-Van Schaik grote twijfels. Zo vreesde Van Schaik zelf dat er nog niet genoeg consensus in de samenleving was over het gelijkstellen van mannen en vrouwen om het waarschijnlijk te maken dat zo’n bepaling met een tweederdemeerderheid zou worden aangenomen. Het zou volgens hem meer schade dan baat kunnen brengen als de bepaling om die reden zou worden afgewezen.⁹ Toch besloot

4 Zie voor een kort overzicht van de voorlopers van de huidige bepaling ook Loof & Jägers, *nederlandrechtsstaat.nl*, par. 2.

5 Van Leeuwen, Van Faassen & Scherer 2020, p. 314.

6 Van Leeuwen, Van Faassen & Scherer 2020, p. 314.

7 Van Leeuwen, Van Faassen & Scherer 2020, p. 315.

8 Van Leeuwen, Van Faassen & Scherer 2020, p. 316.

9 Van Leeuwen, Van Faassen & Scherer 2020, p. 316.

J.H. GERARDS

de staatscommissie uiteindelijk dat een non-discriminatiebepaling een plaats moest krijgen in haar grondwetsontwerp.¹⁰ Daarbij stelde ze voor om het bestaande artikel 4 te handhaven (zij het in een iets modernere formulering¹¹), maar ook een nieuw artikel 4c op te nemen. Het resultaat luidde als volgt:

‘Allen die zich in Nederland bevinden hebben gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goed.

Een ieder heeft aanspraak op de rechten, in de Grondwet genoemd, zonder onderscheid van kunne, ras of godsdienst.’¹²

De belangrijkste reden voor dit voorstel en de genoemde gronden was dat het waardevol zou zijn om expliciet in de Grondwet te verklaren dat ‘Nederland behoort tot de landen, waar deze discriminatie als onrechtvaardig wordt beschouwd.’¹³ De staatscommissie wilde daarmee aansluiten bij het EVRM, waarin zo’n discriminatieverbod expliciet wordt genoemd. De commissie erkende dat het voorgestelde artikel niet alle in het EVRM opgenomen discriminatiegronden bevatte, maar ‘met de in het artikel genoemde drie kan naar het oordeel van de commissie voor Nederland worden volstaan.’¹⁴

2.2 *De werkgroep-Proeve*

Ruim tien jaar later boog de werkgroep-Proeve zich opnieuw over de materie. De werkgroep nam het voorstel van de staatscommissie-Van Schaik voor opneming van een discriminatieverbod niet over, hoewel sommige leden van de werkgroep daar wel voor hadden gepleit.¹⁵ Volgens de werkgroep zou een dergelijke bepaling niet in de opzet van de proeve passen. De bepaling zou namelijk niets toevoegen aan artikel 14 EVRM, terwijl dat nu juist het relevante criterium was.¹⁶ ‘Voor het eigen rechtsbestel is aan een non-discriminatie-artikel, in de vorm als in het rapport bedoeld, geen behoefte’, zo concludeerde de werkgroep.¹⁷ Uiteindelijk kreeg wel het gelijkheidsbeginsel een plaats in de Proeve, omdat

10 Van Leeuwen, Van Faassen & Scherer 2020, p. 322.

11 Staatscommissie-Van Schaik 1954, p. 18.

12 Staatscommissie-Van Schaik 1954, p. 18.

13 Staatscommissie-Van Schaik 1954, p. 73.

14 Staatscommissie-Van Schaik 1954, p. 73.

15 Van Leeuwen, Van Faassen & Scherer 2020, p. 324. De werkgroep-Proeve was voorstander van een bepaling met de volgende tekst: ‘Van benoeming tot openbare bedieningen mag geen Nederlander worden uitgesloten op grond van geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, afkomst, vermogen, geboorte of andere status.’

16 Werkgroep-Proeve 1963, p. 56.

17 Werkgroep-Proeve 1963, p. 56.

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

dat wel een zelfstandige betekenis zou hebben.¹⁸ Het voorstel voor de formulering daarvan leek sterk op het al bestaande artikel 4 Grondwet, al werd de bepaling wat gemoderniseerd:

‘Aan allen die zich in Nederland bevinden wordt gelijke bescherming van persoon en goed verleend.’¹⁹

Nieuw was daarnaast dat de bepaling in artikel 1 van de Proeve terecht kwam en daarmee het beginpunt van de nieuwe Grondwet zou gaan vormen. Deze keuze werd in de Proeve niet verder toegelicht; benadrukt werd alleen maar dat het ging om een artikel dat betekenis heeft naast de andere opgenomen grondrechten, ‘aangezien het het algemene rechtsbeginsel van gelijke behandeling in gelijke gevallen tot uitdrukking brengt’.²⁰

2.3 *De staatscommissie-Cals/Donner*

De staatscommissie-Cals/Donner zette de discussie voort en bracht in 1969 een tussenrapport uit over het grondrechtenhoofdstuk van de Grondwet. De staatscommissie deelde het uitgangspunt van de werkgroep-Proeve dat dit hoofdstuk echt iets zou moeten toevoegen aan de al via verdragen verzekerde bescherming van grondrechten.²¹ Het zou vooral zaak zijn om lacunes en ‘eenzijdigheden’ op te lossen en te komen tot een sterkere accentuering.²² Dat laatste argument pleitte voor het opnemen van een gelijkheidsbepaling, aangevuld met een lijstje met beschermde gronden:

‘Ieder die zich in Nederland bevindt wordt gelijke bescherming van persoon en goed verleend, zonder onderscheid naar godsdienst, levensovertuiging, ras en geslacht’.²³

De staatscommissie stelde deze gronden voor omdat Nederland in dezelfde periode de VN-verdragen tot uitbanning van rassendiscriminatie en discriminatie tegen vrouwen had ondertekend en omdat er op dat moment nog een VN-verdrag in voorbereiding was tot uitbanning van godsdienstige onverdraagzaamheid en discriminatie.²⁴ Daar wilde de staatscommissie nauw bij aansluiten.

18 Werkgroep-Proeve 1963, p. 56.

19 Werkgroep-Proeve 1963, tekst van de Proeve.

20 Werkgroep-Proeve 1963, p. 57.

21 Staatscommissie-Cals/Donner 1969, p. 32-33.

22 Staatscommissie-Cals/Donner 1969, p. 33.

23 Staatscommissie-Cals/Donner 1969, p. 48.

24 Staatscommissie-Cals/Donner 1969, p. 49-50.

J.H. GERARDS

2.4 *Het regeringsvoorstel*

Het voorstel dat de regering uiteindelijk, in 1975, aan de Tweede Kamer presenteerde, in de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983, week af van alle eerder voorgestelde varianten.²⁵

‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Niemand mag wegens zijn godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras of geslacht worden bevoordeeld of benadeeld.’²⁶

De keuze voor deze formulering had ermee te maken dat de regering het standpunt van de werkgroep-Proeve over de functie van grondrechten in de Grondwet niet helemaal onderschreef. Volgens de regering was het niet wenselijk als mensen afhankelijk zouden raken van de bescherming door het internationale recht, hoe belangrijk ook.²⁷ De regering vond het dan ook verstandig om expliciet een aantal verboden gronden van onderscheid in de Grondwet te benoemen, zodat een ‘duidelijker aansluiting [wordt] verkregen aan de internationaal op gang zijnde rechtsontwikkeling op het terrein van de non-discriminatie.’²⁸ Zonder verdere toelichting nam de regering daarbij de vier gronden over die de staatscommissie-Cals/Donner had voorgesteld, namelijk godsdienst, levensovertuiging, ras of geslacht. De regering voegde hieraan nog een vijfde grond toe: politieke gezindheid. Daarvoor gaf ze wél een reden: ‘Dat men op grond van zijn politieke gezindheid niet mag worden gediscrimineerd, mag thans wel als een wezenlijk onderdeel van de heersende rechtsovertuiging ter zake van de gelijkheid worden beschouwd ... en zal weinig tegenpraak ontmoeten.’²⁹

De voorgestelde bepaling kwam de regering op kritiek te staan van de Raad van State, die het gevaar zag dat ‘door het noemen van enkele criteria een dekmantel is aangereikt voor discriminatie op grond van andere motieven, zoals bijvoorbeeld de nationaliteit, het homofiel zijn, de afkomst.’³⁰ Andere risico’s van het zo expliciet vastleggen van bepaalde gronden waren volgens de Raad dat ze tot uiteenlopende interpretaties en tot afbakeningsproblemen zouden kunnen leiden en dat de opsomming al snel achterhaald zouden kunnen raken.³¹

25 Het voorstel in wetsontwerpen 11051 en 11052, die het uiteindelijk niet redden, was gelijklopend aan dat van de Staatscommissie-Cals/Donner.

26 *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 4 (bijlage III), p. 102.

27 MvT, *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 12.

28 MvT, *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 25.

29 MvT, *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 25.

30 Advies Raad van State, *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 4 (bijlagen), p. 63.

31 Advies Raad van State, *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 4 (bijlagen), p. 59-60.

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

De regering begreep die argumenten, al vond ze dat het risico op een a-contrario-redenering niet zozeer te maken had met het opnemen van een aantal discriminatiekenmerken, maar vooral met de formulering van het artikel van de staatscommissie.³² De vrees dat de bepaling al snel achterhaald zou zijn deelde de regering niet: ‘wij zien niet aan welk type samenleving moet worden gedacht om de tekst van artikel 1.1 als achterhaald te beschouwen.’³³ Voor de niet genoemde gronden vermeldde de regering dat onderscheid op die gronden in ieder geval onder het algemene gelijkheidsbeginsel van de eerste zin zou vallen.³⁴ Toch besloot de regering de bepaling in een andere formulering voor te leggen aan de Tweede Kamer:

‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras of geslacht is niet toegestaan.’³⁵

De lijst van gronden was in deze versie nog hetzelfde als in het eerdere regeringsvoorstel, maar nu werd uitdrukkelijk benoemd dat ‘discriminatie’ op die gronden niet is toegestaan, in plaats van bevoor- of benadeling in de eerdere versie. Daarmee zou het genoemde risico van a-contrario-redeneringen kunnen worden voorkomen.

2.5 *Discussie in de Tweede Kamer*

Bij de behandeling in de Tweede Kamer leidde de lijst van gronden tot discussie.³⁶ Sommigen vonden dat de lijst helemaal kon worden gemist: de CPN-fractie stelde voor om een meer algemene formulering te kiezen, bijvoorbeeld ‘discriminatie op welke grond dan ook is niet toegestaan.’³⁷ Een risico zou namelijk zijn dat de opgesomde categorieën meer bescherming zouden krijgen dan andere.³⁸ Voor sommige van de opgesomde gronden (zoals geslacht) zou bovendien meer bescherming beschikbaar zijn in de vorm van aanvullende

32 Nader Rapport, *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 4 (bijlagen), p. 80.

33 Nader Rapport, *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 4 (bijlagen), p. 81.

34 Nader Rapport, *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 4 (bijlagen), p. 87.

35 Voorstel van wet, *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 2, art. 1.1.

36 Wel waren de meeste Kamerleden positief over het opnemen van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod in artikel 1 van de Grondwet; zie de verschillende bijdragen aan de plenaire behandeling in de Tweede Kamer in eerste lezing; *Handelingen II 1976/77*, nr. 35, p. 2145 e.v.

37 VV II (fractie van de CPN), *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 6, p. 25. Ook de fracties van de KVP, ARP en CHU vonden de gronden niet nodig (p. 22), en de GPV-fractie zag er evenmin heil in (p. 27). Zie ook de inbreng van het lid Roethof (PvdA) in het plenaire debat in de Tweede Kamer in eerste lezing; *Handelingen II 1976/77*, nr. 35, p. 2149. Overigens is deze uitleg later altijd steun blijven houden; zie daarover m.n. par. 4.1 en zie o.m. Gerards 2016, p. 314.

38 Vgl. de inbreng van het lid Roethof (PvdA) in het plenaire debat in de Tweede Kamer in eerste lezing; *Handelingen II 1976/77*, nr. 35, p. 2149.

J.H. GERARDS

wetgeving dan voor andere, zodat ook binnen het rijtje van gronden al een differentiatie in beschermingsniveau zichtbaar leek te zijn.³⁹

Anderen vonden dat er sprake was van een ‘willekeurige greep’,⁴⁰ of stelden dat bepaalde gronden, zoals politieke gezindheid, niet in de lijst thuishoorden.⁴¹ Een derde kritiekpunt was dat de lijst juist te kort was en dat ook andere gronden genoemd zouden moeten worden. Zo stelde het lid Huijsen voor om de opsomming uit te breiden met discriminatie wegens persoonlijke kenmerken en burgerlijke staat,⁴² wilde CPN-Kamerlid Bakker ‘anti-semitisme’ expliciet benoemd zien,⁴³ en merkte de PvdA-fractie op dat het vreemd was om ‘discriminatie van homoseksuelen of discriminatie op grond van afkomst’ niet te noemen.⁴⁴ Dit soort lacunes zou tot effect hebben, zo vermoedden de fractieleden van DS’70, dat de rechtspraak de leemte zou moeten vullen.⁴⁵ De VVD-fractie vreesde bovendien dat een opsomming als die in het tweede lid ‘onvermijdelijk de vraag [doet] rijzen of andere discriminatiegronden minder belangrijk worden gevonden.’⁴⁶ Daarbij wees de fractie erop dat het (toen net ter goedkeuring aan de Kamer aangeboden) Internationaal Verdrag voor de Burger- en Politieke Rechten (IVBPR) een veel groter aantal gronden noemde, waaronder huidskleur, taal, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, eigendom of vermogen, geboorte of andere status.⁴⁷ Ook leeftijd zou misschien wel moeten worden opgenomen.⁴⁸

De regering hield voet bij stuk: een lijst van gronden was wel degelijk nuttig. De meerwaarde van een grondenlijst boven een ‘kaal’ discriminatieverbod zou zijn dat dit ‘de vrije marge bij de beoordeling welke gevallen en welke behandelingen gelijk zijn kleiner

39 *Handelingen II 1976/77*, nr. 35, p. 2149 (lid Roethof (PvdA)).

40 VV II (fractie van de PvdA), *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 6, p. 22; zie ook *Handelingen II 1976/77*, nr. 35, p. 2149 (lid Roethof (PvdA)).

41 VV II (fractie van de PvdA), *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 6, p. 22; zie ook *Handelingen II 1976/77*, nr. 35, p. 2149 (lid Roethof (PvdA)). De VVD toonde zich in het eindverslag kritisch over de gemaakte keuze: EV II, *Kamerstukken II 1976/77*, 13872, nr. 10, p. 2. De CPN-fractie juichte het opnemen van deze grond juist toe; zie *Handelingen II 1976/77*, nr. 35, p. 2150 (lid Bakker (CPN)). Zie ook VV II (lid Huijsen), *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 6, p. 25.

42 VV II (lid Huijsen), *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 6, p. 27.

43 *Handelingen II 1976/77*, nr. 35, p. 2147.

44 VV II (fractie van de PvdA), *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 6, p. 22; de VVD-fractie deelde dit, zie p. 24.

45 VV II (fractie van DS’70), *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 6, p. 26.

46 VV II (fractie van de VVD), *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 6, p. 24. In het plenaire debat in eerste lezing stelde VVD-Kamerlid Kappeyne van de Copello bovendien dat mensen erg vindingrijk zijn en ‘heus wel mogelijkheden tot discriminatie weten te vinden, die nu nog niet voorzien zijn’ (*Handelingen II 1976/77*, nr. 35, p. 2146).

47 *Handelingen II 1976/77*, nr. 35, p. 2146.

48 *Handelingen II 1976/77*, nr. 35, p. 2146.

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

[maakt] met betrekking tot de genoemde kenmerken.⁴⁹ De lijst zou de bepaling daarbij extra kracht geven.⁵⁰ Ook bleef de regering erbij dat het opgenomen grondenlijstje goed en volledig was: ‘Andere kenmerken hebben wij achterwege gelaten, omdat deze naar onze mening voor ons land een minder grote actualiteit hebben, zoals nationale of andere afkomst, eigendom, arbeid, geboorte en andere status.’⁵¹ Sommige gronden, zoals leeftijd of burgerlijke staat, zouden bovendien niet goed passen in een lijst met verboden gronden, omdat het in bepaalde omstandigheden ‘onvermijdelijk’ is om onderscheid op die gronden te maken.⁵² Burgerlijke staat (zoals gehuwd of ongehuwd zijn) zou ‘nu eenmaal verschillen in rechten en plichten’ rechtvaardigen,⁵³ en voor handicap was het volgens de regering ‘te billijken dat aan tal van verschillen in persoonlijke kenmerken (bij voorbeeld geestelijke en lichamelijke bekwaamheden) uiteenlopende gevolgen worden verbonden.’⁵⁴ Dat soort inhoudelijke argumenten bracht de regering niet naar voren voor ongelijke behandeling gebaseerd op ‘homofilie’ of nationaliteit. Daar volstond ze met de stelling dat ook die vorm van onderscheid verboden zou zijn, maar dan niet op basis van de tweede zin, maar op basis van de eerste.⁵⁵ Dat politieke gezindheid juist wel werd opgenomen, lichtte de regering toe met een beroep op de actualiteit van de discussie daarover en een ‘taxering van onder meer de bestuurlijke en politieke situatie in ons land.’⁵⁶

2.6 *Het amendement-Bakker: ‘of op welke grond dan ook’*

In 1976 leidde de uitwisseling van standpunten in de Tweede Kamer tot een belangrijke wijziging in de tekst van het voorgestelde artikel 1, namelijk de toevoeging aan de opgesomde gronden van de zinsnede ‘of op welke grond dan ook’. Die toevoeging vindt haar basis in een amendement van het Tweede Kamerlid Bakker (CPN), die de bezwaren wilde opvangen ‘die aan de limitatieve opsomming in het voorstel verbonden zijn.’⁵⁷ Gaande het plenaire debat in de Tweede Kamer raakte de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken De Gaay Fortman ervan overtuigd dat het inderdaad beter zou zijn om de bepaling ‘niet limitatief maar enumeratief’ te maken.⁵⁸ Dat zou ook in lijn zijn met het EVRM en de VN-verdragen. De minister verklaarde zich daarom bereid om het amendement-Bakker

49 MvA II, *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 7, p. 18.

50 MvA II, *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 7, p. 18.

51 MvA II, *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 7, p. 17.

52 MvA II, *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 7, p. 17.

53 MvA II, *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 7, p. 17.

54 MvA II, *Kamerstukken II* 1976/77, 13872, nr. 7, p. 17.

55 MvA II, *Kamerstukken II* 1976/77, 13872, nr. 7, p. 17.

56 NEV II, *Kamerstukken II* 1976/77, 13872, nr. 11, p. 2.

57 Amendement van het lid Bakker van 15 december 1976, *Kamerstukken II* 1976/77, 13872, nr. 18.

58 *Handelingen II* 1976/77, nr. 35, p. 2154.

J.H. GERARDS

over te nemen. De tweede zin van het voorgestelde artikel 1 kwam voor de rest van de behandeling dan ook als volgt te luiden:

‘Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.’⁵⁹

Daarmee was de voorgestelde bepaling weliswaar niet meer limitatief, maar de wijziging riep ook weer nieuwe vragen op. Dat bleek al snel bij de behandeling van het voorstel in de Eerste Kamer, waar de leden van de VVD-fractie zich afvroegen ‘welke criteria begrepen moeten zijn onder de zinsnede “op welke grond dan ook”’.⁶⁰ De regering verwees op dit punt naar de opsommingen van de internationale mensenrechtenverdragen, waaronder het EVRM en het IVBPR.⁶¹ Ook benadrukte de regering dat een grond als nationaliteit onder de uitgebreide bepaling zeker tot de verboden gronden hoorde.⁶² Omgekeerd stelde senator Van der Meer (CDA) dat de tekst door diezelfde uitbreiding niet zou mogen leiden ‘tot een grondwettelijke erkenning van de fundamentele gelijkwaardigheid van andere samenlevingsvormen dan het huwelijk’.⁶³ Minister van Binnenlandse Zaken Wiegel legde uit dat artikel 1 door de open opsomming weliswaar ook discriminatie op grond van huwelijkse staat verbod, maar dat het in voorkomende gevallen nog steeds zaak zou zijn om te bepalen of er echt sprake is van ‘discriminatie’.⁶⁴ De vraag wat dan precies de meerwaarde zou zijn van de opgesomde gronden, behalve dan de aansluiting bij de internationale instrumenten en verdragen, kwam in het debat verder niet meer aan de orde. De verklaringswet werd op dit punt zonder verdere discussie aangenomen.

2.7 Tweede lezing

In de tweede lezing stuitte het voorgestelde artikel 1 Grondwet niet op veel problemen. Wel kwamen sommige discussiepunten weer terug. Zo betreunde de GPV-fractie het dat het discriminatieverbod door de toevoeging ‘op welke grond dan ook’ een ‘onbepaalbare uitbreiding’ had gekregen.⁶⁵ Daardoor zou het begrip discriminatie als rechtsbegrip verva-

59 *Handelingen II 1976/77*, nr. 35, p. 2155. Het op deze manier gewijzigde artikel werd zonder stemming aangenomen; zie *Handelingen II 1976/77*, nr. 39, p. 2427.

60 *VV I, Kamerstukken I 1976/77*, 13872, nr. 55a, p. 18.

61 *MvA I, Kamerstukken I 1976/77*, 13872 en 13873, nr. 55b, p. 33.

62 *MvA I, Kamerstukken I 1976/77*, 13872 en 13873, nr. 55b, p. 33.

63 *Handelingen I 1978/79*, nr. 31, p. 1106. Dit punt kwam ook in tweede lezing weer terug; zie de inbreng van senator Christiaanse (CDA), *Handelingen I 1981/82*, nr. 17, p. 366.

64 *Handelingen I 1978/79*, nr. 33, p. 1155.

65 *Verslag II, Kamerstukken II 1981/82*, 16905-16938, nr. 4, p. 11.

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

gen en worden teruggebracht tot de algemene noemer van willekeur. In reactie hierop gaf de regering de volgende uitleg:

De strekking van het verbod van discriminatie is het verbieden van onderscheid op grond van eigenschappen of kenmerken van personen, die in redelijkheid niet relevant zijn voor het bepalen van aanspraken en verplichtingen op een bepaald gebied van maatschappelijk leven (arbeid, onderwijs, wonen, gezondheidszorg enz.). Dit zal meebrengen dat slechts ten aanzien van bepaalde kenmerken en eigenschappen van personen het verbod van discriminatie van toepassing zal worden. Welke kenmerken en eigenschappen dit zullen zijn, zal door de maatschappelijke werkelijkheid worden bepaald. Ook de uitdrukkelijk genoemde non-discriminatiegronden hebben zich door de maatschappelijke werkelijkheid als zodanig ontwikkeld.⁶⁶

De regering definieerde hier dus ‘de ontwikkeling van de maatschappelijke werkelijkheid’ als het belangrijkste criterium om bepaalde kenmerken of eigenschappen als verboden gronden van onderscheid aan te merken. Dit criterium kon niet onmiddellijk op ieders instemming rekenen. Tweede Kamerlid Van Rossum (SGP) zag er bijvoorbeeld willekeur in, nu de maatschappelijke werkelijkheid niet als vanzelf kan bepalen ten aanzien van welke kenmerken het verbod van discriminatie van toepassing zou worden.⁶⁷ Een gloedvol betoog van de minister van Binnenlandse Zaken – Van Tijn – in het plenaire debat in de Tweede Kamer maakte echter dat veel Kamerleden toch enthousiast werden over het nieuwe artikel 1, dat door Van Tijn werd omschreven als ‘de vlag op de nieuwe Grondwet’ en als ‘kroon op het werk van de grondwetgever’.⁶⁸ De aanpassing haalde dan ook gemakkelijk een tweederdemeerderheid, zowel in de Tweede als in de Eerste Kamer.

De behandeling van het voorstel na het overnemen van het amendement-Bakker laat daarmee één ding duidelijk zien: hoewel het niet-limitatief maken van de opsomming de pijn daarvan verzachtte, bleef in de discussies de vraag terugkomen of er niet meer, minder of andere gronden in de lijst zouden moeten staan. Voor het aannemen van de bepaling bleek die vraag geen beletsel te zijn, maar de kiem voor latere debatten hierover was nog steeds aanwezig.

66 Verslag II, *Kamerstukken II* 1981/82, 16905-16938, nr. 4, p. 11.

67 *Handelingen II* 1981/82, nr. 12, p. 248 (lid Van Rossum (SGP)).

68 *Handelingen II* 1981/82, nr. 12, p. 281. Zie daarna in vergelijkbare zin de bijdragen van de leden Patijn (PvdA) (p. 295) en Wilbers (D’66) (p. 304).

J.H. GERARDS

3 TWEEDE BEDRIJF: DE AANLOOP NAAR HERZIENING VAN ART. 1 GRONDWET

3.1 *Van Algemene wet gelijke behandeling naar motie-Rouvoet*

Min of meer parallel aan de laatste fase van de grondwetsherziening van 1983 verscheen er een eerste voorontwerp van de latere Algemene wet gelijke behandeling (Awgb).⁶⁹ Die wet moest een concrete uitwerking geven aan artikel 1 Grondwet, nu die bepaling wat erg algemeen was geformuleerd en zich bovendien alleen richtte tot de overheid.⁷⁰ Het voorontwerp en de latere voorstellen leidden tot veel politieke en wetenschappelijke discussies.⁷¹ Niet verrassend raakte artikel 1 zelf – behalve als achtergrond voor de Awgb – daarvoor wat uit beeld.

De uiteindelijke Awgb trad in 1994 in werking. Deze wet verbiedt ongerechtvaardigd onderscheid op een groter aantal gronden dan staan vermeld in artikel 1. Genoemd worden namelijk niet alleen godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras en geslacht, maar ook hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat.⁷² Andere gronden, zoals leeftijd, handicap of chronische ziekte, kregen ook in de Awgb geen plaats. Dat bleef de gemoederen in beweging houden, zeker toen de Europese instellingen met het Verdrag van Amsterdam in 1998 de bevoegdheid kregen om wetgeving vast te stellen ter bestrijding van discriminatie.⁷³ De Europese wetgevingsactiviteiten leidden in 2000 tot het aannemen van twee belangrijke stukken wetgeving, namelijk een richtlijn over discriminatie naar ras en etnische afkomst en een kaderrichtlijn over discriminatie op een aantal gronden in arbeid en beroep.⁷⁴ De laatste richtlijn verbood niet alleen discriminatie op

69 Dit was een reactie op een motie Haas-Berger, waarin gevraagd werd om zo'n algemene wet; *Handelingen II* 1978/79, 14496, nr. 22. Zie verder *Kamerstukken II* 1987/88, 20501, A en *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, A, uiteindelijk leidend tot de Algemene wet gelijke behandeling zoals in 1994 in werking getreden. Het voorontwerp werd in september 1981 gepresenteerd; zie onder meer 'Voorontwerp verbiedt elke discriminatie', *NRC Handelsblad* 7 september 1981. Het voorontwerp werd scherp bekritiseerd, onder meer omdat er maar drie gronden in stonden: geslacht, 'homofilie' en 'huwelijkse staat of gezinsverantwoordelijkheid'; zie Bergamin 1982, p. 371; Van der Weele 1982, p. 378; De Blois e.a. 1983, p. 269-276; Heringa, Koekoek & Mulder 1991.

70 *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 1-3, 5-6, 13. Zie ook o.m. Koekoek 1991, p. 29; Asscher-Vonk & Groenendijk 1999, p. 4-12; zie meer recent Loenen 2020, p. 227.

71 Zie de in noot 69 genoemde bronnen. Overigens bleef er wel wat aandacht voor artikel 1; zie bijvoorbeeld IWEG 1990; Hendriks 1996, p. 215.

72 Zie art. 1 lid 1 Awgb.

73 Zie art. 2 van het Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten (met als doel invoeging van een art. 6A in het EG-Verdrag; dit werd later art. 13 EG en is inmiddels art. 19 VWEU).

74 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303/16; Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180/22.

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

grond van religie en overtuiging – gronden die ook al in artikel 1 Grondwet en in de Awgb stonden –, maar ook discriminatie op grond van handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. De implementatie van de laatste richtlijn betekende dat de gelijkebehandelingswetgeving moest worden uitgebreid, wat gebeurde door middel van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte (Wgbh/cz) en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (Wgbl).⁷⁵

Die uitbreidingen leidden tot hernieuwde aandacht voor artikel 1, waarvan de grondenlijst in het licht van de ruimere wetgeving inmiddels verouderd leek te zijn. Bovendien was er commotie ontstaan door een debat over de islam, dat destijds hevig werd gevoerd. In de context daarvan riep Pim Fortuyn in 2002 op tot schrappen van het artikel, dat hij maar een ‘raar grondwetsartikel’ vond.⁷⁶ Hij vond daarin weinig bijval. Integendeel: op initiatief van het toenmalige Tweede Kamerlid Rouvoet (ChristenUnie) werd tijdens de behandeling van de begroting van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport een motie voorgesteld, waarmee de Kamer gevraagd werd uit te spreken dat ‘als logisch sluitstuk op de aangekondigde wetgeving ... het non-discriminatiebeginsel van artikel 1 van de Grondwet zal moeten worden gewijzigd door opneming van de grond “handicap en chronische ziekte”’.⁷⁷ Rouvoet lichtte toe dat het raar zou zijn als de Grondwet niet meer met de gewone wetgeving in overeenstemming zou zijn.⁷⁸ Nog tijdens het begrotingsdebat leidde dit tot discussie. Zo stelde het Tweede Kamerlid Blok (VVD) dat bij zo’n voorstel meteen vragen opkomen over andere gronden: ‘Als er een specifieke categorie wordt genoemd – hoe sympathiek die ook mag zijn – brengt dat toch met zich dat in de toekomst meer kwetsbare groepen, zoals langdurig werklozen, daklozen en homoseksuelen, ook moeten worden opgenomen in de Grondwet?’⁷⁹ Bij de stemmingen over de motie merkte Blok namens de VVD-fractie bovendien op dat ‘de Grondwet niet moet worden opgetuigd met artikelen die bij gewone wet kunnen worden geregeld’ en dat er bij het opnemen van extra categorieën onduidelijkheid zou ontstaan.⁸⁰ De motie werd niettemin aangenomen.⁸¹

75 Zie resp. Wet van 3 april 2003 tot vaststelling van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, *Stb.* 2003, 206 (zie voor Besluit inwerkingtreding *Stb.* 2003, 329) en Wet van 17 december 2003, houdende gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsopvoeding (Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid), *Stb.* 2004, 30.

76 ‘De Islam is een achterlijke cultuur’, *de Volkskrant*, 9 februari 2002, p. 13 (‘Ik ben ook voor afschaffen van dat rare Grondwetsartikel: gij zult niet discrimineren’). Overigens herhaalde Geert Wilders dit in 2006: ‘Wilders wil artikel 1 uit Grondwet schrappen’, *de Volkskrant* 21 maart 2006.

77 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XVI, nr. 63.

78 *Handelingen II* 2001/02, 6 december 2001, nr. 33, p. 2429.

79 *Handelingen II* 2001/02, 6 december 2001, nr. 33, p. 2429.

80 *Handelingen II* 2001/02, 20 december 2001, nr. 39, p. 2933.

81 De fracties van de SP, GroenLinks, PvdA, CDA, ChristenUnie, SGP en het lid Van Vliet stemden voor; zie *Handelingen II* 2001/02, 20 december 2001, nr. 39, p. 2935.

J.H. GERARDS

3.2 *De kabinetsreactie: vijf ‘modaliteiten’ van aanpassing*

De motie-Rouvoet plaatste de grondwetgever – naar zeggen van de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Klaas de Vries – ‘voor een dilemma.’⁸² Als handicap zou worden toegevoegd, zou logischerwijs namelijk moeten worden gekeken of ook andere inmiddels door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden moesten worden opgenomen. Het ging dan om de gronden nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat, maar mogelijk ook leeftijd.⁸³ De minister wees er verder op dat inmiddels een Protocol 12 bij het EVRM tot stand was gekomen waarin een nog ruimer aantal gronden werd genoemd.⁸⁴ Het al net zo actuele Handvest voor de Grondrechten van de EU, plechtig geproclameerd in 2000, noemde ook een aantal ‘nieuwe’ gronden.⁸⁵ Voor welk inhoudelijk dilemma dit de minister plaatste, vermeldde hij niet, maar het lijkt erop dat hij voorzag dat de discussie over de toe te voegen gronden nog wel eens lastig kon gaan worden. Daardoor zou die discussie niet voor de volgende parlementsverkiezingen kunnen worden afgerond. De minister formuleerde daarom een opdracht aan de volgende bewindspersoon om nader onderzoek te doen naar de kwestie, waarin die deze vijf modaliteiten zou kunnen betrekken:

- a. vereenvoudiging van de bepaling door het schrappen van alle gronden (‘discriminatie op welke grond dan ook is niet toegestaan’);
- b. handhaving van de huidige bepaling;
- c. toevoeging van de grond ‘handicap’, conform de motie-Rouvoet;
- d. toevoeging van alle in de Awgb of andere gelijkebehandelingswetgeving opgenomen gronden;
- e. toevoeging van alle non-discriminatiegronden die worden genoemd in de verdragen waarbij het Koninkrijk partij is.⁸⁶

82 Brief minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XVI, nr. 112, p. 1.

83 Brief minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XVI, nr. 112, p. 2.

84 Namelijk ook kleur, taal, ‘politieke of andere mening’, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen en geboorte.

85 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, Nice, 2000/C 364/01. Naast de in Protocol 12 genoemde gronden werd in art. 21 van dit Handvest de grond ‘genetische kenmerken’ genoemd.

86 Brief minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XVI, nr. 112, p. 3.

3.3 *Het advies van de Commissie Gelijke Behandeling en iets over 'verdachte' gronden*

Vooruitlopend op de verdere politieke gedachtenvorming bracht de toenmalige Commissie Gelijke Behandeling (CGB) – tegenwoordig het College voor de Rechten van de Mens – in 2004 een advies uit naar aanleiding van de motie-Rouvoet.⁸⁷ Haar voorkeur zou het hebben om alle in de Awgb en andere gelijkebehandelingswetgeving opgenomen gronden van onderscheid toe te voegen aan artikel 1 Grondwet.⁸⁸ Het alleen opnemen van handicap, zoals Rouvoet had voorgesteld, zou volgens de CGB namelijk leiden tot ongelijkheid en zou afbreuk kunnen doen aan consistentie van wetgeving en optimale rechtsbescherming.

De CGB voerde in haar advies daarnaast een argument aan dat in de grondendiscussie in de jaren '70 geen rol had gespeeld, namelijk dat er een verschil in 'rechtvaardigingsnood' zou kunnen bestaan tussen de wel of niet genoemde gronden. Om dat argument te begrijpen is het goed om enig inzicht te geven in het fenomeen van 'verdachte' gronden van onderscheid en de betekenis daarvan. Kort gezegd geldt dat een ongelijke behandeling geen discriminatie vormt als er goede redenen bestaan voor die ongelijke behandeling. Dat zo'n rechtvaardiging er is, wordt soms gemakkelijk aanvaard, bijvoorbeeld als het gaat om verschillen tussen inkomensgroepen bij het bepalen van de hoogte van de inkomstenbelasting. Sommige redenen of 'gronden' voor ongelijke behandeling zijn echter veel minder snel aanvaardbaar.⁸⁹ Ze worden gezien als irrationeel, ze vormen een uitdrukking van onwenselijke of onaanvaardbare stereotypen of vooroordelen of ze vloeien voort uit langdurige stigmatisering van bepaalde groepen.⁹⁰ Daarom worden dergelijke kenmerken – zoals etnische afkomst of geslacht – meestal als 'verboden' of tenminste als 'verdachte' gronden voor onderscheid aangemerkt.⁹¹ Als blijkt dat een 'verdacht' persoonskenmerk

87 CGB 2004.

88 Dit zou leiden tot de volgende bepaling: 'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, burgerlijke staat, homo- of heteroseksuele gerichtheid, handicap of chronische ziekte, leeftijd of welke grond dan ook, is niet toegestaan' (CGB 2004, p. 1). Opmerkelijk is dat de CGB kennelijk geen ruimte zag voor enkele andere gronden waarover gelijkebehandelingswetgeving bestaat, zoals arbeidsduur (Wet onderscheid arbeidsduur (WOA) of het hebben van een al dan niet tijdelijk arbeidscontract (Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd, WOBOT). Zie in die zin ook Loenen 2016, p. 325.

89 Nader bijv. Loenen 2009; Gerards 2008; Gerards 2002. De term is afkomstig uit het Amerikaanse discours; zie bijv. al 'Developments in the Law – Equal Protection' 1969.

90 Nader Gerards & Zuiderveen Borgesius 2022 (en de daar genoemde bronnen); Altman 2020.

91 Zie ook Gerards 2004.

J.H. GERARDS

toch in besluitvorming of wetgeving wordt betrokken, moeten daar zeer zwaarwegende, objectieve en legitieme redenen voor bestaan.⁹²

Het CGB-advies maakte duidelijk dat ‘verdachttheid’ een relevant punt kan zijn bij het opnemen van discriminatiegronden in een non-discriminatiebepaling. De CGB legde namelijk uit dat internationale rechters en verdragscomités vaak onderscheid maken tussen verdachte en niet-verdachte gronden (in haar bewoordingen ‘benoemde en onbenoemde gronden’) als het gaat om de manier waarop ze gevallen van ongelijke behandeling beoordelen en – vooral – hoe streng ze dat doen.⁹³ Ook ‘de rechter’ hanteerde volgens de CGB een minder strenge toets als onderscheid werd gemaakt op gronden die *wel* in de gelijke-behandelingswetgeving stonden, maar *niet* in de Grondwet.⁹⁴ Dat maakte het volgens de CGB extra belangrijk om de discussie over eventuele aanvulling van de lijst van artikel 1 zorgvuldig te voeren. De CGB onderkende daarbij dat het opnemen van een paar extra gronden zou kunnen worden opgevat als signaal dat het maken van ongerechtvaardigd onderscheid op andere gronden minder bezwaarlijk is. Volgens de CGB zou dat nadeel echter niet opwegen tegen het belang van consistentie.⁹⁵

De nadelen van de ongelijkheid en het gebrek aan rechtsbescherming voor bepaalde gronden zouden volgens de CGB ook kunnen worden opgeheven door te kiezen voor het vergaand vereenvoudigen van de bepaling (modaliteit (a) in het lijstje van minister De Vries). Toch zou dat een groot nadeel hebben, namelijk dat ‘de suggestie [zou] worden gewekt dat het maken van onderscheid ongeacht de grond waarop altijd even ernstig is.’⁹⁶ Daardoor zou het discriminatieverbod volgens de CGB verworden tot een verbod van willekeur dat geen toegevoegde waarde zou hebben. Ook zou Nederland dan uit de pas gaan lopen met de internationale verdragen, wat zou kunnen leiden tot verlaging van de rechtsbescherming.⁹⁷

3.4 *Nieuw kabinet, nieuwe kansen?*

Toen een nieuw kabinet was aangetreden, boog het zich opnieuw over de materie. In 2004 schreef BZK-minister De Graaf aan de Tweede Kamer dat hij – na afweging van alle voor- en nadelen – tot de conclusie was gekomen dat het handhaven van de huidige bepaling

92 Dit komt ook tot uitdrukking in de zogenaamde ‘very weighty reasons’-test die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hanteert. Zie daarover, naast de hierboven genoemde bronnen, Gerards 2018.

93 CGB 2004, p. 2.

94 CGB 2004, p. 3.

95 CGB 2004, p. 3.

96 CGB 2004, p. 4.

97 CGB 2004, p. 3.

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

(modaliteit (e) in de lijst van minister De Vries) de voorkeur verdiende.⁹⁸ Zijn belangrijkste argument hiervoor was dat er geen dringende juridische of maatschappelijke noodzaak tot wijziging zou bestaan. Het opnemen van nieuwe gronden zou alleen maar leiden tot ‘ongewenste discussies over de vraag of in dat geval nog meer gronden moeten worden opgenomen’ en zou aanleiding kunnen geven tot a-contrario-redeneringen met betrekking tot de niet opgenomen gronden.⁹⁹ Ook zonder de extra gronden konden rechters volgens de minister met de bepaling bovendien goed uit de voeten, nu zij bij de uitleg en toepassing ervan rekening konden houden met veranderende opvattingen en omstandigheden.¹⁰⁰ Een vereenvoudiging van de bepaling (modaliteit (a)) zou ook kunnen, maar daarvoor bestond geen aantoonbare noodzaak.¹⁰¹ De stelling van de CGB dat artikel 1 Grondwet zoveel mogelijk parallel moest lopen met de wetgeving wees de minister van de hand. De consequentie van die redenering zou namelijk zijn dat bij iedere aanpassing van de Awgb ook artikel 1 weer zou moeten worden aangepast.¹⁰²

Naar aanleiding van deze brief legde de Tweede Kamer 49 schriftelijke vragen voor aan de minister.¹⁰³ Sommige Kamerleden waren er niet van overtuigd dat rechters geen verschil zouden maken tussen wel en niet expliciet als ‘verdacht’ of verboden bestempelde gronden. Ook maakten ze melding van een maatschappelijke discussie over de botsing tussen de godsdienstvrijheid en het verbod van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid. In die discussie zou het een probleem kunnen zijn als artikel 1 Grondwet discriminatie op grond van seksuele gerichtheid niet expliciet zou verbieden. Het expliciet benoemen van seksuele gerichtheid zou volgens verschillende Kamerleden bovendien een belangrijke symboolwaarde kunnen hebben. Het debat werd daardoor verbreed van het ontbreken van handicap als verboden grond – het onderwerp van de motie-Rouvoet – naar het ontbreken van seksuele gerichtheid.

In zijn reactie herhaalde de minister de standpunten uit zijn eerdere brief, waarbij hij ook benadrukte dat ‘symboolwerking onvoldoende reden vormt voor grondwetswijziging’.¹⁰⁴ Er zouden verder geen aanwijzingen zijn dat de kans op discriminatie jegens homoseksue-

98 Brief minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2003/04, 29355, nr. 7. Zie voor de modaliteiten par. 3.2.

99 Brief minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2003/04, 29355, nr. 7, p. 2 en 4.

100 Brief minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2003/04, 29355, nr. 7, p. 4.

101 Brief minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2003/04, 29355, nr. 7, p. 5.

102 Brief minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2003/04, 29355, nr. 7, p. 5.

103 *Kamerstukken II* 2003/04, 29355, nr. 10.

104 *Kamerstukken II* 2003/04, 29355, nr. 10, p. 7.

J.H. GERARDS

elen zou worden vergroot doordat de grond seksuele gerichtheid niet in de Grondwet was opgenomen.¹⁰⁵ In het feit dat in de Kamer de meningen over het aanpassen van artikel 1 niet eenduidig waren, zag hij een ondersteuning van de voorkeur van de regering om het artikel niet aan te passen.¹⁰⁶ Waar wel relatief veel eenstemmigheid over bleek te bestaan, was over de behoefte om nader onderzoek te laten doen naar de materiële (juridische) effecten van het al of niet in de Grondwet staan van bepaalde gronden. De minister zegde dan ook toe een commissie van onafhankelijke deskundigen in te stellen die daarover zou kunnen rapporteren.¹⁰⁷

3.5 *De Commissie Rechtsgevolgen non-discriminatiegronden Artikel 1 Grondwet*

De Commissie Rechtsgevolgen non-discriminatiegronden Artikel 1 Grondwet (meestal kortheidshalve aangeduid als de ‘commissie rechtsgevolgen’) rapporteerde in 2006 over haar taak om te adviseren ‘terzake van het meningsverschil tussen de CGB en het kabinet over de materiële juridische meerwaarde van expliciete opname van bepaalde non-discriminatiegronden in artikel 1 Grondwet’.¹⁰⁸ De commissie erkende dat er theoretisch gezien een verschil zou kunnen bestaan tussen gronden die wel of niet in artikel 1 staan, ook al kon door de formulering ‘op welke grond dan ook’ worden geprocedeerd over discriminatie op alle denkbare gronden.¹⁰⁹ Tegelijkertijd waarschuwde de commissie dat het hier ging om een niet al te relevant debat. Artikel 1 is in de praktijk namelijk ‘niet de enige en niet de meest effectieve’ bepaling die beschermt tegen discriminatie.¹¹⁰ In feite gaat het artikel ‘schuil achter andere bepalingen’, zowel van internationaal recht als van nationaal recht. Bovendien is de rechter niet bevoegd tot toetsing van formele wetgeving aan artikel 1. Artikel 1 Grondwet heeft volgens de commissie in de praktijk vooral betekenis doordat de bepaling is uitgewerkt in concrete gelijkebehandelingswetgeving.

Dit betekende volgens de commissie rechtsgevolgen dat het moeilijk was om vast te stellen of er daadwerkelijk materiële of juridische effecten zijn verbonden aan het al of niet opgenomen zijn van een grond in artikel 1.¹¹¹ Weliswaar concludeerde de commissie rechtsgevolgen dat ‘de rechter in sommige gevallen waarde toekent aan het feit dat een bepaalde grond is opgenomen in artikel 1 Grondwet’, maar dat zou ook kunnen komen

105 *Kamerstukken II* 2003/04, 29355, nr. 10, p. 8.

106 *Kamerstukken II* 2003/04, 29355, nr. 10, p. 5.

107 *Kamerstukken II* 2003/04, 29355, nr. 10, p. 7.

108 Commissie rechtsgevolgen 2006. De Commissie bestond uit de leden E.A. Alkema, J.L.R.A. Huydecoper van Nigtevecht en M.F. Vermaat.

109 Commissie rechtsgevolgen 2006, p. 10.

110 Commissie rechtsgevolgen 2006, p. 13.

111 Commissie rechtsgevolgen 2006, p. 13.

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

doordat onderscheid was gemaakt op een intrinsiek verwerpelijke grond.¹¹² De inschatting van de CGB dat rechters minder streng toetsen bij niet opgenomen gronden, verwierp de commissie als ‘onvoldoende onderbouwd’.¹¹³ De invloed van de lijst van gronden achtte de commissie zelfs van ‘verwaarloosbare proporties’.¹¹⁴ Wel zag de commissie dat er een relatief grote ‘signaalfunctie’ kan zijn voor artikel 1. De commissie benadrukte daarbij dat die signaalfunctie groter zou zijn als een bepaling niet alleen ‘vanzelfsprekende’ gronden zou bevatten.¹¹⁵ Een uitbreiding met gronden als handicap, chronische ziekte en leeftijd zou echter ook weer een ‘inflatoire werking’ kunnen hebben.¹¹⁶ De commissie legde niet uit wat zij daarmee bedoelde, maar vermoedelijk was de redenering dat het toevoegen van ‘minder vanzelfsprekende’ gronden afbreuk zou kunnen doen aan de gepercipieerde waarde en betekenis van de al opgenomen gronden. Anders gezegd: de gedachte zou kunnen zijn dat het opgenomen zijn in artikel 1 van de Grondwet dan minder automatisch betekent dat het gaat om bij voorbaat ‘verdachte’ discriminatiegronden.

Gelet op de verschillende voor- en nadelen concludeerde de commissie rechtsgevolgen dat het het beste was om de lijst van artikel 1 verder uit te breiden. Zij suggereerde dan ook om de bepaling te laten zoals die was.¹¹⁷

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties – toen Alexander Pechtold – nam deze conclusie over. Hij gaf aan het rapport te beschouwen als een ‘positief signaal, in die zin dat ons huidige artikel 1 Grondwet kennelijk alle personen – zonder onderscheid – de nodige bescherming verleent tegen discriminatie’.¹¹⁸ Daarmee leek het debat voor dat moment afgesloten: er zou vanuit de regering geen voorstel komen tot uitbreiding van artikel 1.

112 Commissie rechtsgevolgen 2006, p. 20.

113 Commissie rechtsgevolgen 2006, p. 20.

114 Commissie rechtsgevolgen 2006, p. 22.

115 Commissie rechtsgevolgen 2006, p. 21.

116 Commissie rechtsgevolgen 2006, p. 22.

117 Commissie rechtsgevolgen 2006, p. 27. Zie voor een soortgelijk pleidooi later Loenen 2016.

118 Brief minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2005/06, 29355, nr. 28.

J.H. GERARDS

4 DERDE BEDRIJF: HET INITIATIEFVOORSTEL UITBREIDING DISCRIMINATIEGRONDEN ARTIKEL 1

4.1 *Initiatiefvoorstel*

Met het advies van de commissie rechtsgevolgen en de instemmende reactie van de minister was het debat nog niet gesloten. Drie Kamerleden – Van der Ham (D66), Azough (GroenLinks) en Timmer (PvdA) – dienden in 2010 een initiatiefvoorstel in om handicap en hetero- of homoseksuele gerichtheid toe te voegen aan de Grondwet.¹¹⁹ Zij noemden een aantal redenen om dit te doen. Allereerst hadden verschillende belangenbehartigingsorganisaties en adviesraden gepleit voor het opnemen van deze twee gronden.¹²⁰ Inmiddels was er een duidelijke maatschappelijke noodzaak ontstaan om op te komen tegen de achterstelling van mensen met een handicap en om de acceptatie en gelijke behandeling van hetero's en homo's te bevorderen. 'Expliciete opname in de Grondwet is hiertoe een bijzondere waarborg', zo stelden de indieners.¹²¹ In de tweede plaats zou opname van de twee gronden aansluiten bij ontwikkelingen in andere landen – een argument dat in eerdere discussies nog niet naar voren was gekomen.¹²² Dat bescherming van de voorgestelde gronden al door Europese en internationale verdragen wordt gegarandeerd, was volgens hen niet van groot belang, omdat 'de Nederlandse burger voor de grondrechtenbescherming niet afhankelijk dient te zijn van internationale verdragen en hun interpretatie'.¹²³ Tot slot zou er juridische meerwaarde zijn, nu de CGB eerder had aangegeven dat er een verschil in intensiteit van rechterlijke toetsing kon bestaan, terwijl de commissie rechtsgevolgen hierover volgens de initiatiefnemers wat onduidelijk was geweest.¹²⁴

Als alternatief voor het opnemen van twee nieuwe gronden hadden de initiatiefnemers het volledig schrappen van de gronden overwogen. Ze hadden dat idee verworpen omdat dit tot een gebrek aan transparantie zou leiden en de maatschappelijke herkenbaarheid van de Grondwet zou verminderen.¹²⁵ Hun keuze om de uitbreiding te beperken tot de gronden handicap en homo- en heteroseksuele gerichtheid was volgens de initiatiefnemers te rechtvaardigen doordat het hierbij – anders dan bijvoorbeeld bij leeftijd – zou

119 *Kamerstukken II 2009/10, 32411, nrs. 2-3*. Later hebben is het begrip 'hetero- en homoseksuele gerichtheid' overigens vervangen door het bredere en inclusievere 'seksuele gerichtheid'; zie Nota van Wijziging, *Kamerstukken II 2009/10, 32411, nr. 9*.

120 MvT, *Kamerstukken II 2009/10, 32411, nr. 3, p. 2 en 5*. De indieners noemen onder meer de CG-Raad, de CGB, het Sociaal en Cultureel Planbureau en het COC.

121 MvT, *Kamerstukken II 2009/10, 32411, nr. 3, p. 7*.

122 MvT, *Kamerstukken II 2009/10, 32411, nr. 3, p. 2*; zie voor nadere uitwerking p. 14 e.v.

123 MvT, *Kamerstukken II 2009/10, 32411, nr. 3, p. 13*.

124 MvT, *Kamerstukken II 2009/10, 32411, nr. 3, p. 7*.

125 MvT, *Kamerstukken II 2009/10, 32411, nr. 3, p. 10-11*.

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

gaan om bij voorbaat verdachte discriminatiegronden.¹²⁶ Het ging immers om persoonskenmerken die nauw samenhangen met de menselijke waardigheid en die door betrokkenen niet, of alleen ten koste van de eigen identiteit, kunnen worden afgelegd.¹²⁷ Het in de jaren '70 nog geopperde argument dat het opnemen van 'homofilie' niet zou aansluiten bij de heersende overtuigingen ging volgens de initiatiefnemers niet meer op: er was een grote maatschappelijke consensus ontstaan dat mensen niet mogen worden gediscrimineerd op grond van hun homoseksuele gerichtheid.¹²⁸

4.2 *Advies Raad van State*

De Raad van State adviseerde kritisch over het voorstel, vooral omdat er geen echte noodzaak was voor een grondwetswijziging en de voorgestelde aanpassing niet zou passen bij het sobere karakter van de Nederlandse Grondwet.¹²⁹ Explicitering zou niet tot nieuwe rechtsgevolgen leiden en zou daarmee geen toegevoegde waarde hebben. Daarbij wees de Raad op de ervaringen in andere rechtssystemen, zoals dat van het EVRM.¹³⁰ Net als de commissie rechtsgevolgen merkte de Raad verder op dat het uitbreiden van de lijst van gronden 'meer zin heeft naarmate de reeks benoemde gronden korter is',¹³¹ maar 'naarmate die reeks langer wordt, rijst de vraag naar de betekenis daarvan voor het niet-benoemde deel'.¹³² Als dus al zou worden gekozen voor een aanpassing, zag de Raad daarom meer in het opnemen van een bepaling waarin geen enkele grond zou worden benoemd. Dan zouden er immers geen vragen kunnen rijzen over de betekenis van de wel of niet benoemde gronden.¹³³

4.3 *Eerste lezing*

Het initiatiefvoorstel werd in 2010 ingediend, maar het duurde een aantal jaren voordat het echt in behandeling werd genomen. Er werd pas vaart achter gezet na de Tweede Kamerverkiezingen in 2017. Discriminatiebestrijding en het bevorderen van diversiteit en

126 MvT, *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, nr. 3, p. 10-11.

127 MvT, *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, nr. 3, p. 10-11.

128 MvT, *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, nr. 3, p. 10.

129 Advies Raad van State, *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, nr. 5, p. 4. Zie over het sobere karakter van de Grondwet ook onder meer Griffioen 2010; Staatscommissie Grondwet 2010, p. 21 e.v.; Julicher 2020, par. 1.2 (met nadere bronverwijzingen).

130 Advies Raad van State, *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, nr. 5, p. 5.

131 Advies Raad van State, *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, nr. 5, p. 7. Dit standpunt werd ook vanuit de wetenschap ondersteund; zie bijv. Loenen 2016, p. 319 e.v.

132 Advies Raad van State, *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, nr. 5, p. 7.

133 Advies Raad van State, *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, nr. 5, p. 7. Zie over de argumenten hiervoor ook Gerards 2016, p. 314.

J.H. GERARDS

gelijkwaardigheid was in de verkiezingsprogramma's van een aantal partijen een belangrijk punt geweest. Verschillende partijen hadden expliciet bepleit om seksuele gerichtheid en handicap – en soms ook leeftijd – te vermelden in artikel 1 Grondwet.¹³⁴ Uiteindelijk kwam dit punt zelfs terecht in het regeerakkoord tussen de coalitiepartijen VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, dat het volgende beloofde: 'Er worden verschillende maatregelen tegen discriminatie genomen zoals de aanvulling van artikel 1 van de Grondwet tegen discriminatie op grond van seksuele gerichtheid en een beperking'.¹³⁵ De Kamerleden Bergkamp (D66), Özütok (GroenLinks) en Van den Hul (PvdA) – die de verantwoordelijkheid voor het initiatiefvoorstel hadden overgenomen – waren daardoor van sterke politieke steun verzekerd. Daarnaast werd het initiatiefvoorstel nu ondersteund door minister Ollongren en werden de indieners bijgestaan door wetgevings- en beleidsjuristen van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.¹³⁶

Bij de parlementaire behandeling in eerste lezing werd vooral gediscussieerd over de toegevoegde waarde van het voorstel. Verschillende fracties stelden vragen over het sterk 'symbolische gehalte' van het voorstel, dat weinig juridische en maatschappelijke meerwaarde leek te hebben.¹³⁷ Misschien zou het langer maken van de grondenlijst kunnen leiden tot betekenisverlies.¹³⁸ Bovendien zou de Grondwet vanwege zijn sobere karakter pas moeten worden aangepast als het gaat om iets dat breed maatschappelijk geaccepteerd is.¹³⁹ De nu voorgestelde wijziging zou zich daar niet gemakkelijk toe verhouden, vooral nu die in de toekomst zou kunnen leiden tot een voortdurende wens tot het opnemen van nieuwe gronden.¹⁴⁰ Dat zou kunnen leiden tot een vorm van willekeur of 'cherry picking'.¹⁴¹

Toch waren de meeste fracties in de Tweede en Eerste Kamer positief, juist vanwege de symbolische betekenis van de erkenning van het belang van bestrijding van discriminatie

134 Zie voor een korte analyse van de verkiezingsprogramma's op het punt van ongelijke behandeling Gerards 2017.

135 VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, *Vertrouwen in de toekomst. Regeerakkoord 2017 – 2021*, 10 oktober 2017, p. 10.

136 Zie ook *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 10 (minister Ollongren).

137 Zie bijv. Verslag II, *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, nr. 5 (fracties van VVD, PVV, SP, CDA, ChristenUnie, SGP); *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 1 en 8 (lid Van Dijk (SP), lid Van der Molen (CDA)); *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 3, p. 7 (lid Baay-Timmerman (50PLUS)).

138 *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 17 (lid Dik Faber (ChristenUnie)).

139 *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 5 (lid Van der Molen (CDA)). Overigens riep dit criterium als zodanig ook weer de nodige vragen en kritiek op; zie VV I, *Kamerstukken I* 2020/21, 32411, nr. 5, p. 6 (fractie voor de SGP); *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 3, p. 5 en 10 (lid Baay-Timmerman (50PLUS), Koole (PvdA)), *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 11, p. 3 (lid Koole (PvdA); initiatiefnemer Bergkamp (D66)).

140 *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 6 (lid Bisschop (SGP)); *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 3, p. 6 (lid Baay-Timmerman (50PLUS)).

141 *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 7 (lid Bisschop (SGP)); *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 3, p. 7 (lid Baay-Timmerman (50PLUS)).

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

op de toe te voegen gronden.¹⁴² Het sobere karakter van de Grondwet zou niet afdoen aan de noodzaak om af en toe de Grondwet aan te passen aan de tijdgeest.¹⁴³ Dat zou de Grondwet van een statisch geheel tot een meer levend document kunnen maken.¹⁴⁴

Daarnaast betoogden zowel de initiatiefnemers als andere Kamerleden dat het benoemen van een grond de burger extra rechtsbescherming biedt.¹⁴⁵ Onderscheid op de genoemde gronden zou namelijk 'bij voorbaat verdacht' zijn en 'wordt daarom strenger getoetst door de rechter'.¹⁴⁶ Dat zou artikel 1 tot een 'soort juridisch houvast' en een 'maatschappelijk baken' kunnen maken.¹⁴⁷

In eerste lezing kwamen verder alle inmiddels bekende modaliteiten van wijziging langs.¹⁴⁸ Genoemd werd allereerst de mogelijkheid om artikel 1 te houden zoals het was; het was immers 'een ijzersterk artikel dat je niet moet veranderen maar moet vieren'.¹⁴⁹ Daarbij werd een risico gememoreerd dat in eerdere discussies ook al naar voren kwam, namelijk dat het gevaar dreigt dat niet opgenomen gronden onbedoeld als minder problematisch zouden worden beschouwd.¹⁵⁰

Ook was er een discussie over een amendement-Bisschop, dat voorstelde om helemaal geen gronden in de bepaling op te nemen.¹⁵¹ Tegen dit amendement werd ingebracht dat er geen uitgekristalliseerd maatschappelijk draagvlak bestond voor een dergelijke 'fundamentele wijziging'.¹⁵² Bovendien zou het wegnemen van de gronden niet ten goede komen

142 Zie bijv. *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 2 en 13-14 (leden Renkema (GroenLinks); Krol (50PLUS); Bouali (D66); Van Gent (VVD)); *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 11 (minister Ollongren); MvA I, *Kamerstukken I*, 32411, C, p. 3; *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 9, p. 18 tot 20 (leden Koole (PvdA); Rombouts (CDA)); *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 11, p. 1, 18 en 19 (initiatiefnemer Bergkamp (D66); leden Koole (PvdA), Verkerk (ChristenUnie)).

143 *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 4 (leden Renkema (GroenLinks), Kuiken (PvdA)); *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 6 (initiatiefnemer Van den Hul (PvdA)).

144 *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 3, p. 8-9 (leden Baay-Timmerman (50PLUS); Dittrich (D66)).

145 *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 12, 16 (lid Krol (50PLUS), Van Gent (VVD)); *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 2 (initiatiefnemer Bergkamp (D66)).

146 *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 11 en 22 (minister Ollongren). In de Eerste Kamer bestond overigens discussie over de vraag of het voor de rechterlijke toetsing nu echt verschil maakt of een grond wel of niet is opgenomen; zie vooral *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 3, p. 12 (lid Verkerk (ChristenUnie)); *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 11, p. 4 en 14 (lid Van Hattem (PVV), initiatiefnemer Bergkamp (D66), minister Ollongren).

147 *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 11, p. 2 (initiatiefnemer Bergkamp (D66)); in soortgelijke zin minister Ollongren: *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 11, p. 15.

148 Zie hierboven, par. 3.2.

149 *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 1 (lid Van Dijk (SP), citerend uit een ingezonden bijdrage van De Gaay Fortman in *Trouw*, 8 augustus 2019).

150 *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 15 (lid Dik Faber (ChristenUnie)).

151 Amendement-Bisschop, *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, nr. 12.

152 *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 6 (initiatiefnemer Van den Hul (PvdA)); zie ook *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 11, p. 7 (initiatiefnemer Van den Hul (PvdA)).

J.H. GERARDS

aan de herkenning en erkenning van belangrijke problemen van discriminatie.¹⁵³ Het voorstel om de gronden weg te halen werd dan ook van de hand gewezen.¹⁵⁴

In de derde plaats vroegen verschillende parlementsleden zich af of niet nog meer gronden moesten worden toegevoegd, zoals (regionale of sociale) afkomst, vermogen, nationaliteit, geboorte of burgerlijke staat.¹⁵⁵ Daarvoor zou temeer reden bestaan omdat dergelijke gronden in internationale verdragen en Europese instrumenten wel bescherming krijgen.¹⁵⁶ Ook zagen sommigen een risico dat niet-opgenomen gronden een lagere prioriteit zou krijgen, of dat de grondwetgever beticht zou kunnen worden van het al genoemde ‘cherry-picking’.¹⁵⁷ Achtergestelde groepen met kenmerken die niet expliciet in artikel 1 staan zouden zich bovendien misdeeld kunnen voelen doordat ‘hun’ gronden niet worden beschermd.¹⁵⁸

De initiatiefnemers verwierpen de suggestie om extra gronden op te nemen. Vanwege het sobere karakter van de Grondwet zou het al te ver uitbreiden van de opsomming van gronden niet passend zijn.¹⁵⁹ Het opnemen van een grond zou volgens de initiatiefnemers alleen aangewezen zijn als het zou gaan om persoonsgebonden kenmerken waar iemand alleen onvrijwillig afstand van kan doen op een manier waarop de identiteit wordt aangetaast, en waarbij bovendien sprake is van een geschiedenis van achterstelling, uitsluiting en misschien zelfs vervolging.¹⁶⁰ Seksuele gerichtheid en handicap zouden in verband met deze criteria een bijzondere positie innemen. Volgens de initiatiefnemers was bij deze gronden sprake van duidelijk maatschappelijk draagvlak en deze gronden hadden ‘al een hele historische ontwikkeling doorgemaakt’. Bovendien, zo merkte de minister op, raken de op te nemen gronden echt aan de menselijke waardigheid, de integriteit en de auton-

153 *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 6 (initiatiefnemer Van den Hul (PvdA)) en p. 12 (minister Ollongren)); *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 3, p. 9 (lid Dittrich (D66)).

154 De indieners hadden het al ontraden; *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 21 (initiatiefnemer Bergkamp (D66)). Alleen de fracties van SGP, FvD en Van Haga stemden voor (*Kamerstukken II* 2019/20, nr. 89, item 14, p. 1). Een voorstel van de PVV-fractie in de Eerste Kamer om de huidige tekst van artikel 1 te vervangen door ‘iedere Nederlander is voor de wet gelijk’ werd niet met enthousiasme ontvangen; *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 3, p. 13 tot 16 (leden Van Hattem (PVV), Van der Burg (VVD), Verkerk (ChristenUnie); Kox (SP); Dittrich (D66), Raven (OSF)).

155 *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 1 (lid Van Dijk (SP); vgl. ook de inbreng van het lid Van Gent (VVD), op p. 16); *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 6 en 12 (lid Bisschop (SGP)). Zie ook het debat in de Eerste Kamer: *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 9, p. 1 (lid Schalk (SGP)).

156 VV I (fractie voor de SGP), *Kamerstukken I* 2020/21, 32411, B, p. 5; *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 9, p. 1 en 7 (lid Schalk (SGP), lid Baay-Timmerman (50PLUS)).

157 *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 3, p. 7 en 14 (leden Baay-Timmerman (50PLUS); Van der Burg (VVD); Van Hattem (PVV)); *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 9, p. 11 (lid Baljeu (Fractie-Otten)).

158 *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 9, p. 1 (lid Teunissen (PvdD)).

159 *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 11, p. 7 (initiatiefnemer Van den Hul (PvdA)).

160 *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 11, p. 2 en 7 (initiatiefnemers Bergkamp (D66), Van den Hul (PvdA)).

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

mie.¹⁶¹ Voor andere genoemde gronden kon de discussie niet in dezelfde mate als uitgekristalliseerd worden gezien.¹⁶²

Het meest serieuze debat ontstond over een amendement van het lid Krol (50PLUS) om ook leeftijd toe te voegen.¹⁶³ Ook daarbij zou het gaan om een grond waarvan maatschappelijk breed wordt erkend dat sprake is van een kernwaarde en die in veel andere landen als verboden grond in de grondwet is opgenomen.¹⁶⁴ Verschillende Kamerleden erkenden dat het bij leeftijdsdiscriminatie gaat om een ‘hardnekkig probleem’ en leken het voorstel te steunen.¹⁶⁵ De indieners namen deze suggestie zo serieus dat zij er een voorlichting over vroegen bij de Raad van State. Die gaf aan dat het bij leeftijd gaat om een duidelijk andere grond dan bij de al opgenomen en ook de nu voorgestelde gronden.¹⁶⁶ Leeftijd zou geen bij voorbaat verdachte grond zijn, maar vormt meestal een functioneel criterium dat in veel gevallen relevant, bruikbaar of tenminste aanvaardbaar is als onderscheidingsgrond.¹⁶⁷ Anders dan de genoemde gronden was er bij deze grond volgens de Raad bovendien geen geschiedenis van structurele vervolging en vergaande juridische achterstelling.¹⁶⁸

In de parlementaire debatten namen de indieners deze argumenten grotendeels over.¹⁶⁹ Ook benadrukten zij dat ‘het toevoegen van de leeftijd aan artikel 1 van de Grondwet niet de beste manier [is] om leeftijdsdiscriminatie te bestrijden’.¹⁷⁰ Het amendement-Krol kreeg uiteindelijk onvoldoende steun.¹⁷¹ Het wetsvoorstel zelf werd met brede steun aangenomen.¹⁷²

161 *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 11 (minister Ollongren)). Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat de minister van mening was dat dit niet zou gelden voor gronden als sociale afkomst of geboorte, maar de minister lichtte ook toe dat voor geboorte een andere reden bestaat om het niet te hoeven opnemen, namelijk dat ‘die grond in de huidige samenleving niet meer van zo’n groot belang [is]; vooral ook doordat mensen niet meer via de band van burgerlijke staat geweigerd kunnen worden vanwege hun seksuele gerichtheid (p. 13).

162 *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 9 (initiatiefnemer Özütok (PvdA); zie ook de reactie van het lid Bisschop: *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 16); *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 11, p. 6 en 7 (initiatiefnemers Bergkamp (D66), Van den Hul (PvdA)).

163 Amendement-Krol (50PLUS), *Kamerstukken II* 2009/10, 5 december 2019, 32411, nr. 11; *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 11-12 (lid Krol (50PLUS)).

164 *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 12-13 (lid Krol (50PLUS)).

165 *Handelingen II* 2019/20, nr. 33, item 5, p. 1 (lid Van Dijk (SP)).

166 Voorlichting Raad van State, *Kamerstukken II* 2019/20, 32411, nr. 14.

167 Voorlichting Raad van State, *Kamerstukken II* 2019/20, 32411, nr. 14, p. 3.

168 Voorlichting Raad van State, *Kamerstukken II* 2019/20, 32411, nr. 14, p. 2.

169 *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 21-22 (initiatiefnemer Bergkamp (D66); zie ook *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 13 (minister Ollongren)); *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 11, p. 8 (initiatiefnemer Van den Hul (PvdA)).

170 *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 34, p. 8 (initiatiefnemer Van den Hul (PvdA)).

171 Alleen de fracties van de SP, DENK, 50PLUS, Krol/Van Kooten-Arissen en de SGP stemden voor; *Kamerstukken II* 2019/20, nr. 89, item 14, p. 1.

172 In de Tweede Kamer stemden de fracties van de SP, de PvdA, GroenLinks, de PvdD, DENK, 50PLUS, Krol/Van Kooten-Arissen, D66, de VVD, het CDA en de ChristenUnie voor het wetsvoorstel; *Kamerstukken II*

J.H. GERARDS

4.4 Tweede lezing

Met de tweede lezing van het voorstel werd snel na de parlementsverkiezingen van 2021 begonnen. Het initiatief was daarbij overgenomen door de Tweede Kamerleden Hammelburg (D66), Bromet (GroenLinks) en De Hoop (PvdA). In de debatten benadrukten verschillende Kamerleden de symbolische betekenis van de Grondwet als uitdrukking van de kernwaarden waarop Nederland is gestoeld.¹⁷³ De minister benoemde opnemen van de gronden handicap en seksuele gerichtheid bovendien als ‘het sluitstuk op het emancipatieproces dat deze gronden hebben doorgemaakt’.¹⁷⁴ Daardoor zou er sprake zijn van voldoende ‘constitutionele rijpheid’ om de gronden in de Grondwet als ‘levend document’ op te nemen.¹⁷⁵ Over deze eis van ‘constitutionele rijpheid’ werd nog wat gedebatteerd, vooral nu initiatiefnemer Hammelberg deze zo leek te definiëren dat iedere wijziging die de zware grondwetsherzieningsprocedure doorstaat hieraan zou voldoen.¹⁷⁶ Sommige Eerste Kamerleden merkten op dat in die definitie de waarde van deze eis voor grondwetswijziging beperkt was.¹⁷⁷ Anderen vonden het juist wel een nuttig criterium, omdat het iets zou zeggen over wanneer een ontwikkeling er klaar voor is om in de Grondwet te worden vastgelegd.¹⁷⁸ Deze discussie was in die zin belangrijk dat ook in tweede lezing weer de vraag rees of alleen bij de gronden seksuele gerichtheid en handicap zodanige ‘constitutionele rijpheid’ bestaat dat codificatie op haar plaats is, of dat dit ook bij andere gronden zou kunnen gelden. Ook kwam de vraag op wat de wijziging in het licht van dit criterium zou betekenen voor de waarde en betekenis van de niet genoemde gronden.¹⁷⁹ Uiteindelijk werd geen duidelijke conclusie bereikt over de waarde en betekenis van de notie van ‘constitutionele rijpheid’.

De initiatiefnemers benadrukten verder dat niet alleen de symbolische, maar ook de praktische meerwaarde van de uitgebreide bepaling aanzienlijk zou zijn. In de eerste plaats zou een rechter waarde kunnen hechten aan het feit dat de opsomming duidelijk maakt dat

2019/20, nr. 89, item 14, p. 1. In de Eerste Kamer stemden de fracties van de fracties van het CDA, de VVD, Fractie-Otten, GroenLinks, de SP, 50PLUS, de PvdA, de OSF, D66, de PvdD en de ChristenUnie voor dit wetsvoorstel; *Handelingen I* 2020/21, nr. 23, item 12, p. 1.

173 *Handelingen II* 2021/22, nr. 33, item 13, p. 2 (lid Van der Laan (D66)); zie ook *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 3, p. 2 en 21-22 (leden Dittrich (D66), Koole (PvdA)).

174 Brief minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Eerste Kamer, *Kamerstukken I* 2022/23, 35741, C, p. 2.

175 *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 3, p. 2 (lid Dittrich (D66)).

176 *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 3, p. 5 (initiatiefnemer Hammelburg).

177 *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 3, p. 5 en 6 (lid Koole (PvdA)).

178 *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 3, p. 6 (lid Dittrich (D66)).

179 *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 3, p. 6 (lid Schalk (SGP) en *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 25, p. 10 (lid Nanninga (Fractie-Nanninga)).

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

bepaalde gronden op voorhand al verdacht zijn.¹⁸⁰ Daardoor zou er ‘niet zozeer directe materiële rechtsbescherming, maar wel indirecte’ kunnen worden geboden.¹⁸¹ De initiatiefnemers achtten het ‘erg waarschijnlijk’ dat de kracht van de bepaling nog zou toemen door het afschaffen van het toetsingsverbod,¹⁸² al kon een rechter in ‘individuele gevallen’ artikel 1 nu al ‘meewegen’.¹⁸³ Explicitering zou daarnaast zorgen voor betere waarborgen in het wetgevingsproces, in die zin dat er een duidelijke opdracht in de bepaling was gelegen voor de Staten-Generaal en de regering om niet te discrimineren.¹⁸⁴ Bovendien zou de bepaling ‘maatschappelijke bescherming’ bieden: ‘burgers kunnen zich in het dagelijks leven immers ook beroepen op de Grondwet, zonder dat er een rechter bij komt kijken’.¹⁸⁵ Volgens de initiatiefnemers zou dat gemakkelijker en ook aansprekender kunnen zijn dan een beroep op bijvoorbeeld de Awgb.¹⁸⁶

Naast de discussies over symbolische en juridische meerwaarde kwamen in tweede lezing ook enkele andere punten uit eerder gevoerde discussies terug.¹⁸⁷ In het bijzonder vonden sommige Kamerleden het niet aannemelijk dat juist (of alleen) seksuele gerichtheid en handicap extra bescherming nodig zouden hebben of vroegen ze zich af of er niet méér gronden opgenomen zouden moeten worden.¹⁸⁸ Daarbij noemden verschillende Kamerleden het risico van inflatoire werking van het opnemen van de extra gronden – dus het risico van vermindering van de waarde van de al opgenomen gronden – en kwam het punt van de relatieve willekeur ten opzichte van andere discriminatiegronden opnieuw naar

180 Zie specifiek MvA I, *Kamerstukken I*, 2021/22, 35741, B, p. 2; zie ook *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 25, p. 2 en 3 (initiatiefnemer Hammelburg, lid Schalk (SGP)).

181 *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 25, p. 8 (initiatiefnemer Hammelburg).

182 Zie specifiek MvA I, *Kamerstukken I*, 2021/22, 35741, B, p. 2; *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 25, p. 9 (initiatiefnemer Hammelburg).

183 *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 25, p. 8 (initiatiefnemer Hammelburg).

184 Ibid. Zie ook *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 25, p. 22 (minister Bruins Slot).

185 *Handelingen II* 2022/23, nr. 58, item 9, p. 5 (initiatiefnemer De Hoop (PvdA)). Minister Bruins Slot benadrukte de ‘grote communicatieve en educatieve waarde’ van de opsomming; Brief minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Eerste Kamer, *Kamerstukken I* 2022/23, 35741, C, p. 1. Met name de Eerste-Kamerfractie van de ChristenUnie achtte zich overtuigd door dit punt; *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 3, p. 20 (lid Talsma).

186 *Handelingen II* 2022/23, nr. 58, item 9, p. 5 (initiatiefnemer De Hoop (PvdA)).

187 Dit gold in het bijzonder voor de vraag of de gronden niet beter konden worden weggelaten uit de bepaling; zie *Handelingen II* 2021/22, nr. 33, item 13, p. 4 en 5 (leden Ellian (VVD), Leijten (SP)); *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 3, p. 6, 14 en 16 (leden Van den Berg (VVD), Kox (SP), Nanninga (Fractie-Nanninga)). Eerste Kamerlid Van Hattem stelde opnieuw een alternatieve formulering voor (‘Iedere Nederlander is voor de wet gelijk’; zie *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 25, p. 27 (lid Van Hattem)), maar kreeg daarin geen medestand.

188 VV I, *Kamerstukken I*, 35741, A, p. 2 (fractie van de SGP); *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 3, p. 14, 18, 24 (leden Kox (SP), Van Schalk (SGP), Otten (Fractie-Otten)); *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 25, p. 5 (lid Nanninga (Fractie-Nanninga)).

J.H. GERARDS

voren.¹⁸⁹ Op dit punt hielden de initiatiefnemers voet bij stuk: alleen voor de nu voorgestelde gronden zou gelden dat de stand van de maatschappelijke discussie zodanig was dat ze expliciet een plek verdienden in de Grondwet.¹⁹⁰ Dit riep vervolgens weer de vraag op of artikel 1 nu ‘af’ is, of dat er in de toekomst nog weer andere gronden zouden kunnen worden toegevoegd.¹⁹¹ De initiatiefnemers en de minister sloten dat zeker niet uit, gelet op het karakter van de Grondwet als ‘levend document’.¹⁹²

Ondanks deze aarzelingen en kritiek werd het voorstel vrij gemakkelijk door een tweedemereerderheid in de Tweede Kamer aanvaard.¹⁹³ In de Eerste Kamer was dat anders, met name omdat de PVV-fractie sterk tegen het voorstel gekant was. Eerste Kamerlid Van Hattem vatte het voorstel samen als ‘één grote afleidingsmanoeuvre’ voor de ‘deugmeute’, onder meer omdat alleen met pure symboliek werd opgekomen tegen discriminatie.¹⁹⁴ Uiteindelijk vroeg hij dan ook hoofdelijke stemming aan, waardoor niet meer in 2022 over het voorstel kon worden besloten, maar pas op 17 januari 2023.¹⁹⁵ Het voorstel werd toen met 56 stemmen voor en 15 tegen aangenomen – ruim voldoende dus om het in werking te laten treden.

5 LIJNEN IN HET DEBAT EN EEN BLIK OP DE TOEKOMST

De recente aanvulling van artikel 1 Grondwet geeft een interessant inkijkje in de manier waarop constitutionele verandering in Nederland vorm krijgt. Daarbij laat het wijzigingsproces goed zien dat de Grondwet enerzijds sober en tijdbestendig is, maar er tegelijkertijd ruimte is voor vernieuwing en symboliek. Een bepaling over gelijke behandeling staat al sinds het allereerste begin – dus al sinds 1798 – in de Grondwet en zijn voorlopers, met door de tijd heen alleen kleine aanpassingen in formulering. Pas 185 jaar later, na veel discussie en talrijke tekstvoorstellen, werd in 1983 een geheel vernieuwde versie van het

189 *Handelingen I 2022/23*, nr. 14, item 3, p. 3 tot 8 (leden Schalk (SGP), Van den Berg (VVD)); de VVD-fractie kwam op dit punt overigens tot een andere weging hiervan dan de SGP-fractie – zie *Handelingen I 2022/23*, nr. 14, item 3, p. 5. Ook de initiatiefnemers ontkenden dat zo'n inflatoire werking er kan zijn; *Handelingen I 2022/23*, nr. 14, item 25, p. 7 (initiatiefnemer Hammelburg).

190 *Handelingen I 2022/23*, nr. 14, item 25, p. 10 (initiatiefnemer De Hoop).

191 *Handelingen I 2022/23*, nr. 14, item 25, p. 7 (initiatiefnemer Hammelburg).

192 *Handelingen I 2022/23*, nr. 14, item 25, p. 7. Zie ook *Handelingen I 2022/23*, nr. 14, item 25, p. 16 (minister Bruins Slot).

193 *Handelingen II 2022/23*, nr. 60, item 20, p. 1; de leden van de fracties van de SP, GroenLinks, Volt, DENK, de PvdA, de PvdD, Fractie Den Haan, D66, de ChristenUnie, de VVD, het CDA, JA21, BBB en Groep Van Haga stemden voor het voorstel; de leden van de fracties van de SGP, de PVV en FVD stemden ertegen.

194 *Handelingen I 2022/23*, nr. 14, item 3, p. 10 tot 13.

195 *Handelingen I 2022/23*, nr. 26, item 14, p. 1.

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

discriminatieverbod opgenomen als het ‘vlaggenschip’ van het nieuwe grondrechtenhoofdstuk. Daarna was er wederom 40 jaar nodig om te komen tot een nieuw aanpassing.

Over de juridische en normatieve meerwaarde van deze aanpassing is discussie mogelijk, maar aangenomen kan worden dat die beperkt is. Discriminatie op grond van handicap en seksuele gerichtheid was al ruim voor 2023 verboden, zowel via wetgeving als via internationale en Europese verdragen. Deze grondwetswijziging maakt dat niet anders. Dat het gaat om ‘verdachte’ gronden waarbij rechters een strenge toetsing uitvoeren, staat bovendien ruimschoots vast. De wél in artikel 1 genoemde gronden zijn niet meer dan voorbeelden, die vooral dienen als een soort ijkpunt om te laten zien welk soort gronden bij voorbaat ‘verdacht’ is.¹⁹⁶ Hoewel er veel is gediscussieerd over de vraag of de opsomming praktische betekenis kan hebben voor de rechtspraak, zijn er nooit overtuigende argumenten of analyses gegeven waaruit die betekenis zou blijken.¹⁹⁷ Andersom is duidelijk dat een uitbreiding van de lijst wel praktische consequenties kan hebben. Volgens critici kan die ongewenste a-contrario-redeneringen opleveren en kan deze uitbreiding leiden tot waardeverlies, doordat onderscheid op een grond als minder problematisch wordt gezien omdat die grond niet is opgenomen.¹⁹⁸ Sommige groepen, waarvan de gronden niet in de Grondwet staan, kunnen zich daardoor bovendien buitengesloten of niet-gerepresenteerd voelen.¹⁹⁹

Dit laatste punt laat zien dat onze Grondwet de nodige maatschappelijke en symbolische waarde toekomt. Zoals de bespreking van de verschillende gewisselde argumenten heeft laten zien, vormde de maatschappelijke functie van de Grondwet steeds een belangrijke reden om uitbreiding met andere gronden voor te stellen. Vooral het parlement blijkt een behoorlijke symbolische betekenis toe te kennen aan de Grondwet. Met het oog op vergroting van de ‘signaalfunctie’ van artikel 1 blijken veel Kamerleden zelfs bereid het risico te lopen van waardeverlies dat uitbreiding van de opsomming van gronden kan opleveren. Interessant is dat daarbij een zekere discrepantie bestaat tussen de opvattingen van politici en die van adviesraden en wetenschappers.

Een tweede lijn in het debat betreft de vraag wanneer een ontwikkeling – of een grond – voldoende ‘rijp’ is om in de Grondwet te worden vastgelegd. In de jaren ’50 werd nog aangenomen dat de grond ‘geslacht’ niet zou passen in een grondenlijst, omdat er – naar de opvattingen van toen – nog zoveel situaties waren waarin onderscheid jegens vrouwen gerechtvaardigd zou zijn. Dat veranderde pas toen er duidelijke signalen van buiten kwa-

196 Vgl. Loenen 2016, p. 322.

197 Integendeel: er zijn vooral onderzoeken waaruit blijkt dat de vraag of een grond is opgesomd of niet geen verschil maakt; zie Gerards 2002, hoofdstuk 6; Loenen 2016, p. 323.

198 Zie ook Loenen 2016, p. 324.

199 Loof & Jägers, *nederlandrechtsstaat.nl*, par. 3.

J.H. GERARDS

men, met name in de vorm van het VN-Verdrag tot bestrijding van discriminatie jegens vrouwen. Hetzelfde argument werd toen wel weer aangevoerd voor burgerlijke staat. Ook bestond er in de jaren '70 nog geen 'heersende rechtsovertuiging' die het opnemen van 'homofilie' als grond zou rechtvaardigen. Ook die overtuiging veranderde echter in de loop van de tijd, niet alleen onder de invloed van maatschappelijke ontwikkelingen, maar opnieuw ook doordat steeds meer internationale en Europese documenten duidelijk maakten dat zeker niet alleen de gronden uit artikel 1 Grondwet 'verdacht' waren.

Gelet op de ruime opsommingen van verdachte gronden in het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest kan het verrassen dat uiteindelijk maar twee gronden zijn toegevoegd aan de Grondwet. Ook bij veel andere gronden zijn immers er goede redenen om aan te nemen dat ze 'verdacht' zijn. Pleidooien om dergelijke gronden op te nemen stuiten echter steeds weer af op het vereiste dat grondwetswijzigingen berusten op voldoende 'constitutionele rijpheid', consensus en 'maatschappelijk draagvlak'. Het gaat hierbij om een notoir onduidelijk criterium dat gemakkelijk kan dienstdoen als stoplap. Waarom bijvoorbeeld in de jaren '70 werd aangenomen dat consensus bestond over het opnemen van de grond 'politieke gezindheid' en over andere gronden niet, wordt uit de grondwetsgeschiedenis niet echt duidelijk. Ook in de jaren '00 en '10 bleek het criterium zowel dienstig om wijzigingen te bepleiten als om ertegen in te gaan.

Interessant is daarbij dat in de discussies twee interpretaties van 'constitutionele rijpheid' zijn terug te vinden. Eén definitie is meer procedureel van aard: constitutionele rijpheid moet geacht worden te bestaan als het lukt om een grondwetswijziging in tweede lezing te laten aannemen. In dat geval is het immers duidelijk dat er voldoende draagvlak is, gelet op de hoge eisen die volgens art. 137 Grondwet gelden voor een aanpassingen van de Grondwet. Een andere, meer materiële definitie luidt dat een grond pas in artikel 1 van de Grondwet kan worden opgenomen als deze voldoet aan het vereiste van 'bij voorbaat verdacht' zijn. Die verdachtheid kan samenhangen met het bestaan van patronen van maatschappelijke uitsluiting en stigmatisering, breed verspreide discriminatie en pijnlijke stereotypen en vooroordelen, algemene irrelevantie van een persoonskenmerk voor besluitvorming, onveranderlijkheid van het persoonskenmerk en nauwe verbondenheid van een persoonskenmerk met de persoonlijke autonomie of de menselijke waardigheid. Als op zeker moment vaststaat (of in ieder geval wordt aangenomen) dat een bepaald persoonskenmerk op basis van dit soort criteria vrijwel nooit een redelijke basis kan vormen voor besluitvorming of bejegening, dan is er voldoende 'constitutionele rijpheid' om die grond op te nemen in de lijst.

De discussies in het parlement laten geen eenduidige keuze voor een van deze definities zien. Duidelijk is wel dat beide lezingen ruimte laten voor verdere wijzigingen van artikel 1 Grondwet in de toekomst. Dat is maar goed ook, want de nu doorgevoerde aanpassing betekent dat artikel 1 meer onderhoud nodig heeft dan veel andere grondwetsbepalingen. Dat was anders geweest als gekozen was voor andere opties die op tafel lagen,

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

zoals het behouden van artikel 1 zoals het in 1983 in de Grondwet is opgenomen of het weghalen van alle gronden uit artikel 1. In het eerste geval was duidelijk geweest dat de opsomming alleen dient als voorbeeld en dat in feite discriminatie (in de betekenis van ‘ongerechtvaardigd onderscheid’) op alle gronden verboden is, of ze nu in de lijst staan of niet. Zowel voor gronden als handicap of seksuele gerichtheid als voor andere gronden zou dat betekenen dat ze als ‘verdacht’ kunnen worden aangemerkt, mits ze in de praktijk aan de materiële eisen voor verdachtheid voldoen. Ook het schrappen van alle gronden zou dat effect hebben gehad, nu dat zou hebben geresulteerd in een algemeen verwoord verbod van discriminatie. Nu geen van die keuzes is gemaakt, zal artikel 1 Grondwet met enige regelmaat moeten worden aangepast om een nieuwe ‘maatschappelijke werkelijkheid’ te erkennen.²⁰⁰ Ongelijke behandeling en discriminatie houden namelijk nooit op te bestaan, maar verschuiven vooral naar nieuwe terreinen en gronden. Bovendien verandert onze perceptie van problematische ongelijke behandeling en moreel verwerpelijke gronden door de tijd heen.²⁰¹ Precies dat verklaart waarom de staatscommissie-Van Schaik aanvankelijk nog moeite had met het opnemen van ‘geslacht’ als verboden grond en waarom de gedachte aan een verbod van ongelijke behandeling op grond van seksuele gerichtheid aanvankelijk niet eens opkwam.

Op zichzelf is het mooi dat nu een beweging in gang is gezet om eens in de zoveel tijd te bezien of de patronen van discriminatie zodanig zijn veranderd dat extra bescherming bij bepaalde gronden nodig is. Dat sluit aan bij de gedachte die in het debat vaak naar voren is gekomen, namelijk dat de Grondwet een levend document moet zijn dat met de tijd meebeweegt – vermoedelijk overigens alleen als de beweging er een is naar *meer* bescherming tegen discriminatie en niet naar minder. Tegelijkertijd betekent dit dat de moeizame zoektocht naar consensus en ‘rijpheid’ met deze uitbreiding nooit zal zijn afgerond. Steeds opnieuw zullen er immers pleidooien te voeren zijn om ook andere criteria ‘verdacht’ te vinden en te willen opnemen; dat blijkt al uit de telkens terugkerende verzoeken om ook gronden als sociale afkomst, nationaliteit of leeftijd te benoemen.²⁰² Het ligt voor de hand dat die discussie de komende jaren en zelfs decennia zal worden voortgezet.

Toch zijn er ook voorstellen om de noodzaak tot regelmatige actualisering van de bepaling iets te beperken. Tijdens het Eerste-Kamerdebat in tweede lezing merkte het lid Kox (SP) op dat het beter zou kunnen zijn om het verbod van discriminatie in de formulering van artikel 1 meer voorop te stellen. De bepaling zou dan komen te luiden ‘discriminatie op

200 Zie op dit punt de opmerkingen van het lid Van Rossum (SGP), zoals besproken in par. 2.7.

201 Zie nader Gerards 2016, p. 311; J. Cornides, “Three Case Studies on “Anti-Discrimination”, *European Journal of International Law* 2012 (2), pp. 517-542 op p. 519.

202 Zie bijv. *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 25, p. 23 en 24 (lid Dittrich).

J.H. GERARDS

welke grond dan ook is verboden, zoals ...²⁰³ Volgens Kox zou dat als voordeel kunnen hebben dat de betekenis van de opgesomde gronden minder groot wordt; ook zou er dan minder risico zijn van een a-contrario-werking of grondeninflatie.²⁰⁴ Andere Eerste-Kamerleden stonden daar meteen al positief tegenover.²⁰⁵ In januari 2023, vlak nadat de wijziging van de Grondwet was aanvaard, werd dan ook een motie-Kox aangenomen om de regering te vragen om deze wijziging door te voeren.²⁰⁶ Of dat ook echt gaat gebeuren en of deze formulering inderdaad tijdbestendiger is, blijft natuurlijk afwachten, maar dat de Grondwet een levend document is, staat hiermee wel vast.

LITERATUURLIJST

Altman

A. Altman, 'Discrimination', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Internet Edition 2020, <https://plato.stanford.edu/entries/discrimination/>.

Asscher-Vonk & Groenendijk 1999

I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.

Bergamin 1982

R.J.B. Bergamin, 'Het voorontwerp van een wet gelijke behandeling: rammelende behoedzaamheid', *NJB* 1982, afl. 13, p. 367-378.

De Blois e.a. 1983

M. de Blois e.a. 'Nadere opmerkingen over het Voorontwerp van een wet gelijke behandeling', *NJB* 1983, afl. 9, p. 269-276.

203 *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 3, p. 22 (lid Kox (SP)).

204 *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 3, p. 22 (lid Kox (SP)).

205 *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 3, p. 22 (lid Koole (PvdA)).

206 *Kamerstukken I* 2022-23, 35741, E. De motie werd al voorgesteld tijdens de mondelinge behandeling in tweede lezing in de Eerste Kamer; zie *Handelingen I* 2022/23, nr. 14, item 25, p. 28. De motie werd met brede stemmen aangenomen (de fracties van de OSF, Fractie-Nanninga, de PvdA, GroenLinks, D66, de SP, de PvdD, Fractie-Otten, de ChristenUnie, het CDA, de VVD en 50PLUS stemden voor deze motie hebben gestemd; de leden van de fracties van de PVV, de SGP, FVD en Fractie-Frentrop ertegen); zie *Handelingen I* 2022/23, nr. 15, item 6, p. 1.

DE NIEUWE DISCRIMATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

CGB 2004

Commissie Gelijke Behandeling (CGB), *Advies over artikel 1 Grondwet*, 26 februari 2004, CGB-advies/2004/03.

Commissie rechtsgevolgen 2006

Rapport Commissie Rechtsgevolgen non-discriminatiegronden Artikel 1 Grondwet, 12 april 2006, *Kamerstukken II 2005/06*, 29355, nr. 28 (bijlage).

Cornides 2012

J. Cornides, 'Three Case Studies on "Anti-Discrimination"', *European Journal of International Law* 2012, afl. 2, p. 517-542.

Developments in the Law – Equal Protection 1969

'Developments in the Law – Equal Protection', *Harvard Law Review* (82) 1969, p. 1065-1192.

Gerards 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel*, Den Haag: Sdu 2002.

Gerards 2004

J.H. Gerards, 'Grondrechten en het recht op gelijke behandeling', in: R. Holtmaat (eindred.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 97-120.

Gerards 2008

J.H. Gerards, 'Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen', in: C. Bayart, S. Sottiaux & S. Van Drooghenbroeck (red.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge: Die Keure/La Charte 2008, p. 129-170.

Gerards 2017

J.H. Gerards, 'Staatsrecht in verkiezingstijd: non-discriminatie', Blog *Publiekrecht & Politiek*, 7 februari 2017.

Gerards 2018

J.H. Gerards, 'The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination', in: M. Balboni (red.), *The principle of discrimination and the European Convention of Human Rights*, Napels: Editoriale Scientifica 2018, p. 27-47.

J.H. GERARDS

Gerards & Zuiderveen Borgesius 2022

J.H. Gerards & F. Frederik Zuiderveen Borgesius, 'Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence', *Colorado Technology Law Journal* 2022, afl. 20, <https://ctlj.colorado.edu/?p=860>.

Griffioen 2010

H.M. Griffioen, 'Wankelmoedige kolos: een functionele analyse van de Grondwet', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2010, afl. 4, p. 362-375.

Hendriks 1996

A.C. Hendriks, m.m.v. A.M. van der Jagt, *Gehandicapt(en)recht*, Den Haag: Sdu 1996.

Heringa, Koekkoek & Mulder 1991

A.W. Heringa, A.K. Koekkoek en L. Mulder, *Gelijk behandelen. Commentaren op het voorstel Algemene wet gelijke behandeling*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

IWEG 1990

IWEG (Interdepartementale juridische werkgroep gelijkheidsbeginsel), *Gelijk in de praktijk*, Den Haag, november 1990.

Julicher 2020

M.M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst? Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, diss. Universiteit Utrecht 2020.

Koekkoek 1991

A.K. Koekkoek, 'Grenzen aan grondrechten. Aantekeningen bij het voorstel voor een Algemene wet gelijke behandeling', in: A.W. Heringa, A.K. Koekkoek & L. Mulder, *Gelijk behandelen. Commentaren op het voorstel Algemene wet gelijke behandeling*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Van Leeuwen, Van Faassen & Scherer 2020

K. van Leeuwen, M. van Faassen & M. Scherer, *Over de Grondwet gesproken. Een selectie uit de documenten van staatscommissies voor grondwetsherziening 1883-1983*, Hilversum: Verloren 2020.

DE NIEUWE DISCRIMINATIEGRONDEN VAN ARTIKEL 1 GRONDWET: LIJNEN IN HET DEBAT

Loenen 2009

T. Loenen, *Gelijkheid als juridisch beginsel. Een conceptuele analyse van de norm van gelijke behandeling en non-discriminatie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Loenen 2016

T. Loenen, 'Wijzigen of handhaven artikel 1 Grondwet: bij twijfel niet inhalen', *NTM|NJCM Bulletin* (41) 2016, afl. 3, p. 319-325.

Loenen 2020

T. Loenen, '25 Jaar AWGB: juridische en sociale werking in soorten en maten', *NTM|NJCM-Bulletin* (45) 2020, afl. 2, p. 224-250.

Loof & Jägers (online)

J.P. Loof & N. Jägers, 'Artikel 1 – Gelijke Behandeling', in: *Nederland Rechtsstaat*, online, www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/inleiding-bij-hoofdstuk-1-grondrechten/artikel-1-gelijke-behandeling/.

Staatscommissie-Van Schaik 1954

Ontwerp-Grondwet behorende bij het eindrapport van de Staatscommissie tot herziening van de Grondwet (Staatscommissie-Van Schaik), ingesteld bij K.B. van 17 april 1950, januari 1954, NL-HaNA, BiZA/Wetgeving, 2.04.62, inv. nr. 114.

Staatscommissie-Cals/Donner 1969

Staatscommissie-Cals/Donner, *Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken/Staatsuitgeverij 1969.

Staatscommissie Grondwet 2010

Staatscommissie Grondwet, *Rapport, Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, (bijlage).

Van der Weele 1982

J.J. van der Weele, 'Enkele kanttekeningen bij 'het onderscheid' in het voorontwerp van een wet gelijke behandeling', *NJB* 1982, afl. 13, p. 378-385.

Werkgroep-Proeve 1963

Werkgroep Proeve, *Proeve van een nieuwe Grondwet*, plenair verslag 1963, NL-HaNA, BiZa/Grondwetszaken, 5068.5283, inv. nr. 31.