

Een grondwet voor de 21^{ste} eeuw

Een grondwet voor de 21^{ste} eeuw

Vorstudie van de werkgroep Grondwet van de Nationale Conventie



Carla Zoethout (vz)

Jan Willem Sap

Roel Kuiper

Omar Ramadan

ISBN-10: 90-5414-107-7
ISBN-13: 978-90-5414-107-5

Inhoud

Inleiding	7
1. Functie en karakter van de Grondwet	
1.1 De huidige Grondwet	9
1.2 Een grondwet voor de politieke gemeenschap en voor de samenleving	10
2. Naar een preambule bij de Grondwet	12
2.1 Aanleiding en argumenten	12
2.2. Proeve en toelichting	15
3. Naar een hoofdstuk 'Algemene bepalingen' in de Grondwet	18
4. Grondrechten en de verantwoordelijkheden van de burger	22
4.1 Naar een 'vernieuwing' van de grondrechten?	22
4.2 De redactie van de huidige grondrechten	22
4.3 Verantwoordelijkheden van de burger in de Grondwet opnemen?	23
4.3.1 Verantwoordelijkheden of plichten als fundamentele constitutionele normen	23
4.3.2 Waarom verantwoordelijkheden toch niet tot constitutionele normen moeten worden verheven	24
5. Een heldere grondwettelijke structuur	26
6. Constitutionele toetsing door rechters	28
6.1 Inleiding	28
6.2 Ontstaansgeschiedenis	28
6.3 Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing door rechters	28
6.4 Modaliteiten van constitutionele toetsing door rechters	30
6.5 Drie opties voor de organisatie van toetsing door rechters	32
6.6 Gelijkschakeling toetsing van wetten aan de Grondwet aan verdragsbepalingen?	33
6.7 Naar een Constitutioneel Hof?	34
7. Grondwetsherziening	35
7.1 Veel gehoorde kritiek op de huidige herzieningsprocedure	35
7.2 Alternatieve procedures: algemene opmerkingen	36
7.3 Minder rigide, meer volk	37
Bijlage 1 Schematische weergave van de huidige situatie van constitutionele toetsing	39
Bijlage 2 Schematische weergave van de mogelijkheden omtrent de organisatie van constitutionele toetsing	40
Bijlage 3 De huidige procedure van grondwetsherziening	41
Bijlage 4 Een alternatieve procedure van grondwetsherziening	42

Ten geleide

Ten geleide

Op de startconferentie van de Nationale conventie hebben leden en adviseurs zich gebogen over de agenda van de conventie.

Daar rolden een aantal thema's uit die de conventie zou gaan behandelen. Op de eerstvolgende ledenvergadering is besloten deze thema's te verdelen over enkele werkgroepjes van leden. Deze leden kregen de vrije hand om de conventie te dienen met hun ideeën en aanbevelingen. Het eerste deel van het proces van de conventie is dus oriënterend geweest. In het tweede deel van het proces is gekeken welke van de resultaten van de werkgroepen de instemming konden krijgen van de gehele conventie en hoe de vier thema's met elkaar in verband gebracht zouden kunnen worden.

Deze voorstudies van de werkgroepen van leden en van één enkel lid zijn hier bij elkaar gebracht.

De leden Zoethout, Kuiper, Ramadan en Sap brachten een deelrapport uit over de positie van de grondwet in de samenleving.

De leden Pijpers, Sap en Kuiper brachten een deelrapport uit over de aansluiting van de Europese besluitvorming op de nationale besluitvorming.

De leden Ankersmit, Klinkers en Van Baalen brachten een deelrapport uit over de verhouding regering/parlement.

En het lid Klinkers bracht een eigen rapport uit over het functioneren van de volksvertegenwoordiging.

U treft één van deze deelrapporten hier aan. Voor de inhoud ervan is (zijn) de auteur (s) verantwoordelijk.

Ik ben zeer onder de indruk van het werk dat is verzet door deze leden.

De conventie heeft dankbaar gebruik gemaakt van de resultaten van de werkzaamheden van deze leden.

Deze vier voorstudies zijn hier bij elkaar gebracht, maar elk afzonderlijk leesbaar.

Mr. R.J. Hoekstra, voorzitter Nationale conventie.

Inleiding

Ter voorbereiding van de besluitvorming van de leden van de Nationale conventie, zijn door en uit de leden vier werkgroepen ingesteld. Een daarvan is de werkgroep Grondwet.¹

Uitgangspunt voor de beschouwingen van de werkgroep Grondwet is het Instellingsbesluit van de Nationale Conventie van de Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties d.d. 22 december 2005 (Staatscourant 2005, nr. 251). In dat besluit wordt de opdracht van de Conventie als volgt geformuleerd:

*‘De Nationale Conventie heeft tot taak voorstellen te doen voor de inrichting van het nationaal politieke bestel die kunnen bijdragen aan het herstel van vertrouwen tussen burger en politiek en mede ten grondslag kunnen liggen aan de constitutie voor de 21^{ste} eeuw. Zij besteedt daarbij in ieder geval aandacht aan: (...)
d. de positie van de Grondwet in de samenleving en de wijze waarop de Grondwet kan worden veranderd.’*

Gelet op deze opdracht is het van belang eerst een en ander op te merken over de positie van de huidige Grondwet in de samenleving.

De Grondwet waaronder wij nu leven dateert van 1983 – een periode waarin de samenleving er anders uitzag dan vandaag. Hoewel zij een integrale herziening omvatte, sloot de Grondwet grotendeels aan bij bestaande ontwikkelingen op dat moment. Zij is daarom voornamelijk codificerend van karakter.² Primair ziet de Grondwet op de inrichting van het staatsbestel in de brede zin van het woord; zij geeft vorm aan de staatsinstellingen en hun bevoegdheden, regelt de verhoudingen tussen de staatsinstellingen onderling en die tussen overheid en burger in de vorm van de klassieke en sociale grondrechten. De positie van de huidige Grondwet laat zich dan ook terecht typeren als een staatkundig basisreglement.

Voorzover zij deze functie van staatkundig basisreglement vervult, is de Grondwet adequaat te noemen. Weliswaar bevat zij niet alle constitutionele recht (een deel van het parlementaire stelsel is gewoonterecht en niet constitutioneel vastgelegd), maar de kern ervan is in de Grondwet terug te vinden.³ Maar de Grondwet schiet tekort in een ander opzicht, namelijk daar waar het de samenleving betreft. Naar het oordeel van de werkgroep Grondwet dient een grondwet niet alleen staatkundig basisreglement te zijn, maar zou zij tevens

¹ In het eindrapport van de Nationale conventie is de werkwijze van de conventie waaronder de totstandkoming van de werkgroepen uitvoerig beschreven.

² Enkele vernieuwingen daargelaten, zoals de introductie van sociale grondrechten en het samenvoegen van de grondrechten in Hoofdstuk 1 van de Grondwet.

³ De werkgroep heeft zich niet beraden op de wenselijkheid van eventuele veranderingen in de staatkundige inrichting van Nederland en heeft zich evenmin gebogen over de wenselijkheid van deconstitucionalisering van bepalingen. Het eindrapport bevat wel een aantal voorstellen terzake.

een waardeoriënterende functie kunnen vervullen voor de samenleving. Bij een 'constitutie voor de 21^{ste} eeuw'⁴ stelt de werkgroep zich een Grondwet voor die mede een verbindende factor in de samenleving kan vormen, een referentiekader van gemeenschappelijk gedragen waarden.

De voorstellen die daartoe in dit rapport worden gedaan, moeten dan ook voor een belangrijk deel in dat licht worden gezien. De Grondwet zou een meer prominente rol in het publieke debat gaan vervullen, wanneer deze tevens een document is waarin gemeenschappelijke basiswaarden zijn neergelegd – waarden die alle leden van de Nederlandse samenleving mogen worden verondersteld te onderschrijven. Met voorstellen om de Grondwet in die zin te veranderen beoogt de werkgroep een bijdrage te leveren aan het vraagstuk hoe de maatschappelijke betrokkenheid van burgers kan worden vergroot. In het verlengde daarvan zou een aanzet tot herstel van 'vertrouwen tussen burger en politiek' kunnen worden gerealiseerd.

Bewust wordt dit voorzichtig geformuleerd. Gelet op de beperkte tijd die de Nationale Conventie ter beschikking staat en tegelijkertijd de brede opdracht die ons is gegeven, zullen hierna overwegingen worden voorgelegd, suggesties voor verandering gepresenteerd en slechts hier en daar ook concrete, uitgewerkte voorstellen worden gedaan.

⁴ 'Constitutie' is een breder begrip dan 'grondwet'; het laatste duidt op een specifiek geschreven staatkundig basisreglement, terwijl 'constitutie' verwijst naar het geheel van regels betreffende de staatsinrichting van een land en daarmee naast de grondwet tevens staatkundige wetten en conventies omvat.

Functie en karakter van de Grondwet

1. Functie en karakter van de Grondwet

1.1 De huidige Grondwet

Bij een opdracht te reflecteren over een 'constitutie voor de 21^{ste} eeuw' dient zich onmiddellijk de vraag aan in hoeverre de Grondwet nog past in het huidige tijdsgewricht. Met name moet aandacht worden besteed aan de rol die zij vervult in de samenleving. Opmerkelijk is dat - na jarenlang een min of meer sluimerend bestaan te hebben geleid - de Grondwet de laatste jaren regelmatig voorwerp van publiek debat is. Eén van de redenen daarvoor is het veranderde karakter van onze samenleving. Waar Nederland zo'n 30 jaar geleden nog betrekkelijk homogeen was samengesteld, is de samenleving nu - vooral waar het de grote steden betreft - als pluriform te kwalificeren. Er is sprake van een grote diversiteit aan culturen, religies en levensbeschouwelijke opvattingen en een even zo grote diversiteit aan levensstijlen, politieke opvattingen en maatschappijvisies.

De overheid in een pluriforme samenleving ziet zich geconfronteerd met tegenstrijdige eisen: enerzijds dient zij mede de eenheid en binding tussen burgers te bevorderen, anderzijds spreekt het niet langer vanzelf dat zij optreedt als gemeenschappelijk instituut dat beslissingen voor het publieke belang kan nemen en conflicten tot oplossing kan brengen. Voor de burger op zijn beurt geldt dat zijn maatschappelijke binding en betrokkenheid niet langer als een gegeven kan worden gezien.

Vanuit verschillende perspectieven wordt gezocht naar mogelijkheden die binding vorm en inhoud geven. Eén van de suggesties die van verschillende zijde is gedaan is de Grondwet een meer prominente rol te laten spelen, onder meer in het streven naar integratie van nieuwkomers in de Nederlandse samenleving.⁵ Voorstanders van deze gedachte lijken er daarbij voetstoots vanuit te gaan dat de Grondwet de uitgangspunten van ons politieke en -rechtssysteem (bijvoorbeeld de waarden van rechtsstaat en democratie) expliciet tot uitdrukking brengt. Toch is dit maar in zeer beperkte mate het geval. Enigszins gechargeerd zou men zelfs kunnen stellen dat de huidige Grondwet in wezen een amalgaam is van historische verworvenheden (zoals het parlementaire stelsel), organisatorische bepalingen en fundamentele rechtssystemen (de klassieke grondrechten), maar ook van niet juridisch in te roepen idealen (de sociale grondrechten) en politieke keuzes (zoals het toetsingsverbod) die zich moeilijk verdragen met andere bepalingen in de Grondwet.

Reeds eerder is onderzoek gedaan naar de functies en het karakter van de huidige Grondwet. Uit de rapporten van de commissie *Grondrechten in het digitale tijdperk* (de commissie-Franken) en het rapport *De Europese Unie en de Nederlandse Grondwet* (Besselink c.s.) komt het beeld van de Grondwet

⁵ Jan Bank, 'Grondwet moet nationaal bindmiddel zijn', in: *NRC Handelsblad*, 20 december 2001, Afshin Ellian, 'Leve de monoculturele rechtsstaat', in: *NRC-Handelsblad*, 30 november 2002, S.W. Couwenberg, 'Grondwet moet basis van de rechtsorde zijn', in: *NRC Handelsblad*, 24 januari 2002. In dit licht is ook interessant het advies van de Onderwijsraad over burgerschapsvorming, 'het stimuleren van de bereidheid en het vermogen onderdeel uit te maken van een gemeenschap en daaraan bij te dragen. 'Advies *Onderwijs en burgerschap. Een voorname rol voor onderwijsinstellingen en overheid*, Den Haag 2003.

naar voren als een document met voornamelijk een institutioneel-organisatorische - en een waarborgfunctie. Bovendien heeft de Grondwet vooral een sober, codificerend en open karakter.⁶

Op dit punt is het van belang te onderstrepen dat een grondwet – uit de aard der zaak – bedoeld is voor langere termijn te gelden en waarden dient te bevatten die de politieke waan van de dag overstijgen. Een nieuwe grondwet zal wat haar inhoud betreft daarom moeten aansluiten bij de bestaande Grondwet. Haar institutioneel-organisatorische kader moet zij dus behouden. Een nieuwe Grondwet zal vanzelfsprekend eveneens een waarborgfunctie hebben.

Maar, het voorgaande indachtig, vindt de werkgroep het niettemin wenselijk de Grondwet op een aantal onderdelen aan te vullen dan wel te herzien.

1.2 Een grondwet voor de politieke gemeenschap en voor de samenleving

Natuurlijk is het moeilijk een samenbindende functie van de Grondwet voor de politieke gemeenschap en voor de samenleving daadwerkelijk te verwezenlijken – het gaat voorlopig om een aspiratie van de werkgroep. Maar de wijze waarop de Grondwet is geredigeerd zou aanleiding kunnen geven tot het ontstaan van een zeker ‘grondwetspatriottisme’; de gerichtheid op de (morele dimensie van de) Grondwet als fundament van burgerschap zou kunnen worden versterkt.

Om de bovengenoemde ideeën nader inhoud te geven, gaan de gedachten van de werkgroep uit naar de volgende voorstellen, waarvan hierna per paragraaf een uitwerking volgt.

- a. De morele dimensie van de Grondwet dient naar het oordeel van de werkgroep te worden versterkt. Daarbij valt onder meer te denken aan de invoering van een preambule, waarin aspiraties van de samenleving die zich minder lenen voor juridisch in te roepen bepalingen, een plaats kunnen krijgen. Verder wil de werkgroep een herformulering van de grondrechten voorstellen, zodat deze meer toegankelijk voor de burger worden. Tevens wordt ingegaan op de vraag of ook het pendant van grondrechten, namelijk verantwoordelijkheden of plichten van de burgers een plaats in de voorstellen dienen te krijgen.
- b. Wat betreft de waarborgfunctie van de ‘nieuwe’ Grondwet – deze blijft onverlet. Wel vindt de werkgroep het van belang voor bepaalde grondwettelijke bepalingen een bijzondere constitutionele status (de zogenaamde ‘supra-constitutionaliteit’)⁷ in overweging te nemen. Bovendien stelt de werkgroep ten aanzien van de huidige, rigide Grondwetsherziening een aantal (lichtere) varianten voor, waarmee veel van de bezwaren tegen het huidige stelsel van grondwetsherziening kunnen worden weggenomen.
- c. Over het institutioneel-organisatorische kader is al eerder opgemerkt dat grotendeels aansluiting wordt gezocht bij de bestaande bepalingen. Wel komt de werkgroep met voorstellen ter verduidelijking van de opzet en structuur van de grondwettelijke bepalingen.

⁶ Zie Rapport commissie grondrechten en het digitale tijdperk (Commissie-Franken), 2000 en L.F.M. Besselink e.a., De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie, Europa Law Publishing, Groningen 2001, p. 8 e.v.

⁷ Vgl. de Duitse Grondwet, artikel 79 lid 3 GG.

Het zal duidelijk zijn dat de voorstellen zoals door de werkgroep zullen worden gedaan, de Grondwet een ander karakter en aanzien zullen geven. De Grondwet zal minder sober en minder rigide zijn, (deels) meer verstaanbaar voor burgers zijn en daarmee – naar wij hopen - meer elan uitstralen.

Op weg naar een preambule bij de Grondwet

2. Op weg naar een preambule bij de Grondwet

2.1 Aanleiding en argumenten

Achtergrond

In de werkgroep is meermalen gesproken over de wenselijkheid van een preambule bij de Grondwet. Een preambule zou passen bij de verbreding en verdieping van de functies van de Grondwet voor de Nederlandse samenleving. Een preambule zou de identiteit en aspiraties van Nederland als historische politieke gemeenschap tot uitdrukking brengen en als zodanig samenbindend kunnen werken.

Het is niet voor het eerst in de Nederlandse politieke geschiedenis dat hierover gesproken wordt. Hoewel de Grondwetten van 1814 en 1848 niet een inleidend artikel kenden, is er van tijd tot tijd discussie gevoerd over de wenselijkheid ervan. De discussie ging spelen in de twintigste eeuw, zowel in het Interbellum als na de Tweede Wereldoorlog, toen de behoefte aan samenbinding sterk werd gevoeld. Het meest intensief is de kwestie aan de orde geweest in de Staatscommissie-Van Schaik (1950-1954). Deze kreeg de opdracht te adviseren over een algehele Grondwetsherziening. Binnen de Staatscommissie leefden sterke gevoelens ten gunste van een preambule, maar uiteindelijk bleek het moeilijk een formulering te vinden waarin iedereen zich kon vinden.

De geschiedenis van de Grondwetsherziening sinds de Tweede Wereldoorlog is gefragmenteerd. Een algehele Grondwetsherziening werd kort na de Tweede Wereldoorlog wenselijk geacht, maar werd vooralsnog niet gerealiseerd. In plaats daarvan waren er vele partiële herzieningen. In dit proces raakten de aanvankelijke ambities om de Grondwet meer gewicht te geven in het Nederlandse staatsbestel op de achtergrond.

De Staatscommissie Cals-Donner, die de algehele herziening van 1983 voorbereidde, richtte zich op een sobere Grondwet. De kwestie van een eventuele preambule was geen hoofdthema, hoewel er ook toen opnieuw voor werd gepleit. In het licht van grote maatschappelijke en culturele veranderingen in de laatste decennia van de twintigste eeuw acht de werkgroep het opportuun de mogelijkheid van een inleidende en oriënterende formulering voorafgaand aan de Grondwet te benutten. Ditmaal worden argumenten gehanteerd die te maken hebben met de noodzaak van maatschappelijke cohesie, burgerschapsvorming en staatkundige identiteit.

De wenselijkheid, functie en status van een preambule

Uiteraard kan over de wenselijkheid van een preambule verschillend worden gedacht. De Nederlandse Grondwet heeft het altijd zonder een inleidend artikel gedaan en men kan hierin een uiting zien van een sobere en pragmatische omgang met dit staatsdocument. Nederland heeft in haar Grondwet nooit veel

meer gezien dan een basisregeling van organisatorisch-institutionele aard. De werkgroep wil de Grondwet echter nadrukkelijker een plaats geven in de democratische rechtsstaat. Bij deze nieuwe functie past ook een preambule. Een preambule is het meest krachtige illustratie van de intentie de Grondwet een bredere publieke betekenis te geven.

Sommigen hebben er op gewezen dat het eigenlijke constituerende moment van de Nederlandse staat in het verleden ligt en dat het daarom merkwaardig is achteraf een preambule aan de Grondwet toe te voegen. Zo is de preambule bij de Amerikaanse Grondwet niet los te denken van het constituerend moment van de Verenigde Staten van Amerika. De preambule bij de Duitse Grondwet is niet los te denken van de vestiging van de Bondsrepubliek Duitsland na de Tweede Wereldoorlog. De vestiging van de Nederlandse staat gaat terug op de Unie van Utrecht en kwam tot stand in de jaren 1579-1581. De vestiging van het Koninkrijk der Nederlanden als constitutionele monarchie dateert van 1813-1814. Wat nu wordt bepleit is niet in strikte zin een preambule, maar een inleidende overweging. Aan het feit dat het Nederlandse volk thans het woord neemt en enkele inleidende woorden aan de Grondwet laat voorafgaan, hoeft dan niet zwaar te worden getild. De formulering van een preambule of inleidend artikel valt niet samen met een nieuw hoofdstuk in de geschiedenis van Nederland. Het gaat om een 'declaratie', een verklaring die als inleiding kan dienen op de Grondwet.

Aan een preambule als inleiding op de Grondwet kunnen enkele *formele functies* worden toegekend. Nog los van de materiele inhoud van een preambule is het van belang de betekenis hiervan vast te stellen. We kunnen wijzen op de volgende functies:

1. Opname van een preambule of inleidend artikel illustreert dat de Grondwet als 'hoogste staatsregeling' niet moet worden gezien als een louter staatskundig-juridisch document. Zij maakt met andere woorden duidelijk dat de Grondwet een functie heeft voor de *bevolking* (en niet alleen voor juristen, wetgevers en staatsrechtdeskundigen).
2. Een preambule biedt een mogelijkheid de historische identiteit van een politieke gemeenschap tot uitdrukking te brengen. In korte bewoordingen kan die politieke gemeenschap een herinnering aan haar ontstaan uitspreken, zichzelf positioneren in het heden en aspiraties uitspreken. Als zodanig kan een preambule samenbinden. Zij geeft richting, inspiratie en houvast.
3. Een preambule drukt juridische en politieke waarden uit en opent daarmee een fundamenteel perspectief op Grondwet en staatsbestel. Ze werpt daarmee een zeker licht op de algemene bepalingen en de grondrechten. Er wordt vanuit gegaan dat bepaalde waarden zo evident bij de nationale politieke cultuur horen dat ze zonder bezwaar in de preambule kunnen staan. In het kader van een gewenste functieverbreiding van de Grondwet kunnen deze elementen een betekenisvolle rol vervullen. Hoe ze precies moeten worden gearrangeerd in een inleidend artikel is een andere vraag. Nederland is een van de oudste democratieën in de westerse wereld. In dat licht is het

niet ongepast dat Nederland zich met enig staatkundig zelfbewustzijn presenteert en hieraan woorden geeft in de inleiding op haar Grondwet.

Tenslotte is de vraag naar de *status* van de preambule van betekenis. Welk beroep is er op mogelijk en betekent het afleggen van de eed of belofte op de Grondwet ook een verzekering van trouw aan wat de preambule stipuleert? Wanneer de preambule een verklaring is die als inleidend artikel op de Grondwet fungeert, maakt ze geen deel uit van de Grondwet zelf. Uiteraard kan de Grondwet door de rechter worden gelezen in het licht van de preambule, hoewel dit altijd een zwak juridisch beroep zal opleveren. De preambule bindt burgers en staatsorganen niet in juridische zin. Wel probeert de preambule uitdrukking te geven aan gevoelens die onder het volk leven en verdient als zodanig ieders respect.

Enkele criteria voor de inhoud

De argumenten voor opname van een preambule in bovenomschreven zin kunnen doorgaans op veler instemming rekenen. Problemen ontstaan wanneer de materiele inhoud aan de orde komt. Op dat moment blijken de voorkeuren te verschillen en wordt het moeilijker keuzes te maken. Het risico dat de onderneming in deze fase strandt is aanzienlijk. Daarom is het goed op voorhand enkele criteria voor de tekst vast te stellen. Ook is het mogelijk al op voorhand te bepalen of een preambule gewenst is in meer staatsrechtelijke, historische of waardengeoriënteerde zin. Voor de gedachtebepaling volgen hier enkele criteria:

1. De preambule bij de Grondwet moet kort en zo sober mogelijk zijn, alleen al om pragmatische redenen. Dat wat nodig en betekenisvol is, moet erin komen, zodat de formulering ook door alle bevolkingsgroepen gedragen kan worden.
2. De preambule drukt in het algemeen enkele evidenties uit die de kern uitmaken van de Nederlandse politieke identiteit. Hierin zijn de opstellers ervan niet volkomen vrij. De preambule moet immers recht doen aan een staatkundig verleden en heden. Er dient uitdrukking te worden gegeven aan een politiek-historisch bewustzijn.
3. De preambule kan uitdrukking geven aan de funderende principes van de democratische rechtsstaat. Ook kunnen enkele grondrechten of vrijheidsrechten met name worden genoemd. Dit element bevestigt de democratisch-rechtsstatelijke beginselen die ten grondslag liggen aan de Grondwet.
4. De preambule kan enkele algemene politieke doelen benoemen die richting kunnen geven aan de politieke aspiraties van het staatkundig verband. Welke dat zijn is natuurlijk onderwerp van discussie, maar ook hier zou gekozen moeten worden voor die doelen welke evident schijnen: rechtvaardigheid, vrede, menselijke waardigheid. Dit element geeft politieke richting en kan inspireren.

5. De preambule confronteert met de 'hogere dingen' uit het staatsleven. Er wordt een beroep gedaan op uitgangspunten die voor mensen van hoge waarde zouden moeten zijn. Loyaliteit en verantwoordelijkheidsbesef zijn belangrijk voor de behartiging hiervan. Daarbij kan ook het geweten aangesproken worden. In het publieke leven dient daartoe de eed of de belofte. Men kan deze elementen combineren, men kan er ook keuzes in maken. Het karakter van de preambule staat of valt uiteraard met de criteria die bij de redactie van de tekst worden gehanteerd.

2.2 Proeve en toelichting

Door leden van de Conventie zijn verschillende tekstvoorstellen aangedragen voor een mogelijke formulering van een preambule. Zij worden hier achter-eenvolgens weergegeven en toegelicht.

Proeve I⁸

Het Nederlandse volk in verbondenheid met het Huis Oranje-Nassau,

Dankbaar voor de vrijheden die zijn verworven in de strijd tegen tirannie en onderdrukking,

In het besef van onze verantwoordelijkheid jegens God en mensen deze vrijheden te gebruiken en te delen als grondslag voor een rechtvaardige samenleving,

Aanvaarden deze Grondwet als instrument voor onze inzet voor menselijke waardigheid, welvaart, vrede, sociale harmonie en samenwerking tussen de volken.

Proeve II⁹

Het Nederlandse volk,

Overtuigd van de noodzaak de fundamentele waarden en grondregels van de Nederlandse samenleving en het Nederlandse staatsbestel te bevestigen voor nu en voor de komende generaties,

Overwegende dat tot deze fundamentele maatschappelijke waarden en grondregels behoren het beginsel van de menselijke waardigheid, de beginselen van vrijheid en gelijke rechten van de leden van de samenleving, de beginselen van gerechtigheid en solidariteit en van verdraagzaamheid en onderling respect,

Overwegende dat de inrichting van het staatsbestel en het overheidshandelen hun grondslag dienen te vinden in de beginselen van de democratische rechtsstaat en het beginsel van de onvervreembare mensenrechten,

Stelt vast en vaardigt hierbij uit deze nieuwe Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden.

⁸ Tekstvoorstel R. Kuiper.

⁹ Tekstvoorstel C.M. Zoethout en G.F.M. van der Tang.

Proeve III¹⁰

'De Staten-Generaal van de Verenigde Nederlanden groeten allen die dit zullen zien of horen lezen. Het is algemeen bekend dat een vorst van een land door God tot hoofd van zijn onderdanen is aangesteld om dezen te beschermen en te bewaren voor alle onrechtvaardigheid, schade en geweld, zoals een herder zijn schapen moet beschermen, en dat de onderdanen niet door God geschapen zijn ten behoeve van de vorst, om in alles wat hij beveelt - of dat nu godvruchtig of niet godvruchtig, rechtvaardig of niet rechtvaardig is - onderdanig te zijn om hem als slaven te dienen. Integendeel, de vorst is er ter wille van de onderdanen, zonder welke hij geen vorst is, om hen rechtvaardig en verstandig te regeren en te verdedigen, en hen lief te hebben zoals een vader zijn kinderen en een herder zijn schapen; hij zet zijn lichaam en leven op het spel om hen te beschermen. Wanneer hij dit niet doet, maar in plaats van zijn onderdanen te beschermen probeert hen te onderdrukken, overmatig te belasten, te beroven van hun oude vrijheden, privileges en oude gewoonterechten, en hen als slaven te bevelen en te gebruiken, moet hij dus niet als een vorst, maar als een tiran worden beschouwd'. (Plakkaat van Verlatinghe, 1581)

Proeve IV¹¹

Wij, de burgers van Nederland, dankbaar (jegens God) voor de vrijheid, stellen hierbij de volgende Grondwet op.

Toelichting bij de voorstellen

Proeve I is een poging zoveel mogelijk aspecten tegelijkertijd tot gelding te brengen. Dit tekstvoorstel probeert recht te doen aan de historische identiteit van Nederland, als een natie die tot bestaan is gekomen in een strijd tegen onderdrukking en tirannie, en betreft daarin het Huis van Oranje-Nassau. Hierin komt tevens tot uitdrukking dat de soevereiniteit in Nederland rustte op deze twee pijlers. Voorts wordt verwezen naar de betekenis van het vrijheidsmotief. In de bescherming van vrijheden is de erkenning van gelijkwaardigheid, tolerantie en pluriformiteit geïmpliceerd.

In het tweede deel van dit tekstvoorstel wordt de verantwoordelijkheid jegens een hogere orde gestipuleerd. Het bezit van deze vrijheden is een verantwoordelijkheid die gewetensvol moet worden vervuld. Het 'jegens God en mensen' is analoog aan de formulering in de Duitse Grondwet. Er zijn recent pleidooien geweest juist deze passage ook in onze Grondwet op te nemen, waarbij gelovigen en niet-gelovigen zich ieder op eigen manier in deze passage kunnen herkennen.

Het woord 'instrument' in de slotzin geeft aan dat de Grondwet gebruikt moet worden en zich verder kan ontwikkelen. In het verlengde hiervan worden de idealen van de politieke gemeenschap benoemt: vrede, sociale harmonie, enzovoort. De 'samenwerking tussen de volken' wil nadrukkelijk een internationaal perspectief openen.

¹⁰ Tekstvoorstel F. R. Ankersmit.

¹¹ Tekstvoorstel J.W. Sap.

Proeve II probeert de preambule en de wenselijkheid van het schrijven ervan in de tijd te situeren. In de motivering wordt verwezen naar het huidige tijdsgewricht.

Vervolgens benoemt deze tekst waarden en beginselen van de democratische rechtsstaat en spreekt uit dat ons staatsbestel overeenkomstig deze waarden en grondregels ingericht behoort te zijn.

Hoewel de verklaring wordt uitgesproken namens het Nederlandse volk, wordt in de slotzin duidelijk gemaakt over welke politieke gemeenschap het hier gaat, namelijk het Koninkrijk der Nederlanden. Daarmee wordt ook recht gedaan aan het monarchale element in dit staatsbestel.

Proeve III is zuiver-historisch van aard en wil aansluiten bij het constituerend moment van de Nederlandse staatsgemeenschap in de zestiende eeuw. Hiermee wordt tevens een van de oudste staatsdocumenten van Nederland voor het voetlicht gehaald.

Zeer duidelijk komt hierin de verhouding tussen staatsmacht en volk tot uitdrukking. De overheid is er om het volk te dienen en niet andersom.

Proeve IV maakt de burgers van Nederland tot 'pouvoir constituant'. Het gaat om een Grondwet *van* de burgers. Door het 'dankbaar (jegens God) voor de vrijheid' wordt aangesloten bij de grondvesting, geschiedenis en betekenis van de Nederlandse staat. Het drukt respect uit voor de strijd van vroegere bewoners voor onze vrijheid.

Het gebruik van de naam van God is een expliciete keuze. Godsdienstige uitspraken weglaten uit de preambule zou betekenen het laten prevaleren van de laïcistische benadering *boven* de religieuze benadering. Dat kan worden uitgelegd als een miskennis van gevoelens van grote groepen in de samenleving. In een pluriforme staat moet immers zowel ruimte zijn voor vrijheid *van* godsdienst als voor vrijheid *tot* godsdienst. God in de preambule is een uiting van vrijheid *tot* godsdienst in het publieke domein. Gebruik van het woord 'God' sluit bovendien aan bij gebruiken van de hoogste staatsinstellingen, bij wetgeving (bij de gratie Gods, Gods heilige bescherming) en bij de aanduiding op de munt.

Voorstel

De introductie van een preambule is een novum in Nederland. Daarom moet over de te volgen weg goed worden nagedacht. In elk geval is meer discussie nodig over de betekenis en functie van een preambule om een breder publiek vertrouwd te maken met de achterliggende overwegingen. Uiteindelijk zal voor de definitieve formulering een mandaat moeten worden gegeven.

Het bovenstaande is een handreiking voor de definitieve formulering. Uiteraard is het mogelijk bepaalde elementen van deze proeves te combineren in een nieuwe redactie. Daarin kunnen de verschillende opties en criteria worden meegewogen. Op de korte termijn kunnen de proeves worden ingezet om een publieke discussie te voeren.

Naar een hoofdstuk 'Algemene Bepalingen' in de Nederlandse Grondwet

3. Naar een hoofdstuk 'Algemene Bepalingen' in de Nederlandse Grondwet

De werkgroep heeft zich eveneens beraden op de wenselijkheid van een hoofdstuk algemene bepalingen. Waar de preambule vooral niet-rechtens inroepbare, maar niettemin belangrijke waarden beoogt neer te leggen, gaat het bij de 'Algemene Bepalingen' vooral om principiële uitgangspunten van ons staatsbestel. Dergelijke bepalingen vergroten de toegankelijkheid van de Grondwet en kunnen bijdragen aan een beter begrip van de Nederlandse politieke gemeenschap. De laatste Nederlandse constitutie waarin een dergelijk hoofdstuk voorkwam was de Staatsregeling des Bataafschen Volks van 1805. De algemene bepalingen volgen direct op de preambule. Zij zijn evenmin als de preambule rechtens afdwingbaar, maar bieden wel het kader waarin de overige bepalingen van de Grondwet moeten worden gelezen en maken deel uit van het toetsingskader voor de wetgeving.

Democratische rechtsstaat

In een hoofdstuk 'Algemene Bepalingen' zouden onder meer kunnen worden opgenomen de politieke beginselen die ten grondslag liggen aan ons politieke systeem, maar die toch nooit uitdrukking hebben gevonden in de Grondwet, te weten democratie en rechtsstaat.

Levensbeschouwelijke neutraliteit van de staat

Ook kan worden gedacht aan een verwijzing naar het principe van de levensbeschouwelijke neutraliteit van de staat - een principe dat nergens als zodanig is vastgelegd, maar in een pluriforme samenleving van wezenlijk belang is. Naast de verplichting van de staat zich van inbreuken op individuele geloofsvrijheid te onthouden, behelst dit principe ook de gelijke behandeling van alle godsdienstige en levensbeschouwelijke stromingen en de verplichting aan de kant van de staat zich niet in dienst van één van deze stromingen te stellen. Deze neutraliteit is daarmee de institutionele keerzijde van de gewetens- en godsdienstvrijheid als grondrecht.¹² In Nederland is het beginsel van de levensbeschouwelijke neutraliteit van de staat in belangrijke mate gewaarborgd door de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging in samenhang met het gelijkheidsbeginsel.¹³ De werkgroep Grondwet is gezien - de wezenlijke betekenis van dit beginsel voor de ordening van de samenleving - van opvatting dat dit explicieter in de Grondwet tot uitdrukking moet worden gebracht.

De 'scheiding van kerk en staat' heeft in Europa niet vanzelfsprekend één

¹² Hoewel in Frankrijk de Rooms-Katholieke kerk tot op zekere hoogte wordt gesteund door de overheid.

¹³ Artikel 6 in samenhang met artikel 1 van de Grondwet, artikel 9 in samenhang met artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Twaalfde Protocol bij het EVRM (het non-discriminatiebeginsel).

bepaalde vorm. Globaal genomen zijn er drie ideaaltypen van de verhouding kerk en staat.

- 1) Een gevestigde kerk: een stelsel waarin geen scherpe scheiding tussen kerk en staat bestaat. Een bepaalde religie is de heersende godsdienst, of wordt door de staat bevoorrecht. Godsdienst wordt min of meer gezien als normatieve grondslag voor de maatschappij en de overheid.¹⁴
- 2) Een strikte scheiding van kerk en staat: religie is een louter individuele zaak, de overheid moet zich verre houden van de begunstiging van godsdienstige stromingen. De overheid is absoluut neutraal (het laïcistische Franse systeem).
- 3) Een pluralistische samenwerking: er is geen heersende door de overheid bevoorrechte religie. De overheid is neutraal in die zin dat de godsdiensten gelijkwaardig worden behandeld. Maar deze neutraliteit betekent niet dat financiering of facilitering van religieus geïnspireerde activiteiten uitgesloten is.¹⁵

Het Europese Hof van de Rechten van de Mens (Straatsburg) kent - gelet op de uiteenlopende modellen - een ruime beleidsvrijheid toe aan de verdragspartijen ten aanzien van de precieze verhouding tussen kerk en staat. De staat dient echter wel neutraal en onpartijdig te staan ten opzichte van de uitoefening van alle religies en geloofsovertuigingen. Verder dient zij zich te onthouden van het beoordelen van de legitimiteit van religieuze overtuigingen.¹⁶

Hoewel er rond de Koning een aantal tradities bestaan die één denominatie bevoorrechten, geldt in Nederland pluralistische samenwerking als uitgangspunt. In het licht van hedendaagse discussies bijvoorbeeld rond het dragen van (al dan niet vermeend) religieuze kledingstukken op openbare scholen en in overheidsdienst, heeft zich de vraag voorgedaan of het laïcistische model niet de voorkeur verdient. Een bekend argument tegen dat model is dat ont koppeling van recht aan godsdienstmoraal het risico heeft dat het individu wordt overgeleverd aan de willekeur van de staat.¹⁷ In de Nederlandse middenpositie wordt de scheiding van kerk en staat in belangrijke mate gewaarborgd, maar niet in laïcistische zin. De werkgroep is van mening dat de pluralistische samenwerking in onze historische traditie staat en het meest past in de gemeenschap die wij willen zijn.

Voor een goed begrip merkt de werkgroep nog op dat de scheiding van kerk en staat niet de scheiding van politiek en geloof inhoudt. Levensbeschouwelijke neutraliteit is vooral gericht op het voorkomen van culturele dominantie¹⁸ van een publiek bevoorrechte religie. Dat laat onverlet dat een politicus of

¹⁴ Voorbeelden zijn de Grieks-orthodoxe kerk in Griekenland, de Anglicaanse kerk in Groot-Brittannië en de Rooms-Katholieke en Evangelisch-Lutherse kerk in Duitsland.

¹⁵ Als deze bijdragen aan algemene maatschappelijke doeleinden, worden deze activiteiten op voet van gelijkheid met niet godsdienstige activiteiten door de overheid ondersteund. Voorbeelden zijn België en Nederland (onder andere de gelijke bekostiging van bijzonder en openbaar onderwijs).

¹⁶ Zie EHRM Refah Partisi a.o. v. Turkey [Grand Chamber], Appl. Nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98. Para. 91: 'Moreover, in democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on this freedom in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected. The Court has frequently emphasised the State's role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society. It also considers that the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs and that it requires the State to ensure mutual tolerance between opposing groups.'

¹⁷ 'Bij de gratie Gods' uit de middeleeuwen laat zien dat de koning onderworpen was aan een goddelijke wet. God oordeelde over het geweten, niet de vorst. Het bevrijden van individuen van de druk van een gemeenschap, kan via ont koppeling van het recht en godsdienstmoraal leiden tot een volledige secularisatie van het recht, en daarmee het totaal onderwerpen van het individu aan politieke idealen (Sovjetunie). Juist waar de volledige onderworpenheid van het individu aan de staat niet slaagde - zie daarbij ook rol van de paus voor de Poolse bevrijdingsstrijd - werd een voedingsbodem geschapen voor verzet tegen Moskou.

¹⁸ Zie United Nations Development Report 2004, United Nations Development Programme, New York 2004.

politieke groepering zijn of haar inspiratie in een geloofsovertuiging kan vinden. Overigens zal bij het verder uitwerken van de levensbeschouwelijke neutraliteit van de staat ook nagedacht moeten worden over de betekenis daarvan voor een aantal godsdienstige gebruiken bij de hoogste staatsinstellingen.

Nationale identiteit

In het kader van de vertrouwenscrisis tussen burger en politiek (die sinds 1 juni 2005 tevens uitdrukking lijkt te hebben gekregen ten aanzien van de Europese Unie), is het, gelet op de vrees voor verlies van Nederlandse identiteit bij veel Nederlandse burgers, wenselijk om de nationale identiteit wat sterker naar voren te laten komen in de Grondwet. Het gaat de werkgroep beslist niet om hernationalisering. Maar evenals in de preambule mag in de algemene bepalingen een zeker zelfbewustzijn doorklinken ten aanzien van de democratische en sociale rechtsstaat en eeuwenoude instellingen als de Staten-Generaal. Aldus biedt de Grondwet de lezer meer houvast over de kenmerken van de Nederlandse politieke gemeenschap, de eigen staatkundige tradities en democratische cultuur. De Grondwet zal beter bruikbaar zijn als middel in de opvoeding tot burgers of het nu gaat om in Nederland geboren schoolkinderen of nieuwkomers. Het begrip 'nationale identiteit' wordt overigens ook in Europees verband gehanteerd (zie bijvoorbeeld art. 1-5 van de Europese Grondwet).

Deze overwegingen indachtig kan in de eerste plaats worden onderstreept dat Nederland als staatstype een gedecentraliseerde eenheidsstaat is. In de tweede plaats kan aandacht worden geschonken aan de nationale taal, en de talen van cultuurregio's of taalgebieden die zonder bescherming met uitsterving worden bedreigd. Naast de formele erkenning van het Nederlands als officiële taal is aldus duidelijk dat de verscheidenheid van taal door de overheid wordt geëerbiedigd.

In de derde plaats kan aandacht worden besteed aan de belangrijke waarden waar Nederland voor staat, zoals menselijke waardigheid, de rechten van de mens en de verantwoordelijkheid tegenover toekomstige generaties.

In de vierde plaats kan aandacht worden besteed aan kenmerken van de Nederlandse samenleving als pluralisme, non-discriminatie, tolerantie, publieke gerechtigheid, solidariteit en gelijkheid van mannen en vrouwen. Afstemming met de tekst van de preambule verdient zeker bij deze aspecten aandacht.

In de vijfde plaats verdient vermelding dat Nederland een constitutionele monarchie is met een parlementair stelsel. Aldus is voor de lezer direct duidelijk dat het democratische karakter van de staat voorop staat maar tevens dat de Koning het staatshoofd is.

In de zesde plaats kan eventueel plaats worden ingeruimd voor belangrijke bindende symbolen als de nationale vlag, het rijkswapen, devies en volkslied.

In de zevende plaats kan worden aangegeven wat de hoofdstad is en wat de regeringszetel.

Als het gaat om de verschillende machten is het aanbevelenswaardig vast te

leggen dat de soevereiniteit is gevestigd in de Natie, dat wil zeggen het volk, georganiseerd in een maatschappij met bepaalde instellingen en een bepaalde geschiedenis. Ook behoren alle machten de beperking opgelegd te krijgen dat zij slechts bevoegdheden hebben gekregen door de Grondwet. In Nederland is wel sprake van machtscheiding, maar tegelijkertijd een spreiding van bevoegdheden over diverse organen die verplicht zijn tot samenwerking en wederzijdse controle ('checks and balances'). Met het oog op de structuur van de Grondwet ligt het overigens voor de hand dit niet op te nemen in het onderdeel Algemene Bepalingen, maar in het meer specifieke onderdeel over de afzonderlijke machten.

Hoofdstuk 5 van deze voorstudie bevat aanbevelingen voor een toegankelijker structuur van de Grondwet.

Grondrechten en verantwoordelijkheden van de burger?

4 Grondrechten en verantwoordelijkheden van de burger?

4.1 Naar een 'vernieuwing' van de grondrechten?

De werkgroep heeft zich (gezien de beperkte tijd die beschikbaar was) niet uitvoerig gebogen over de vraag of het wenselijk is grondrechten aan de grondrechtencatalogus van het huidige hoofdstuk 1 van de Grondwet toe te voegen of juist te schrappen. Evenmin is zij toegekomen aan beantwoording van de vraag of het wellicht wenselijk is de sociale grondrechten onder te brengen in het hoofdstuk Algemene Bepalingen. Zij meent echter wel dat het aanbeveling verdient de grondrechtencatalogus onder de loep te nemen. Zo ontbreken mensenrechten als het recht op een eerlijk proces en het recht op leven en is nog altijd geen gevolg gegeven aan de voorstellen van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (de commissie Franken) om de artikelen 10 tot en met 13 meer bij de tijd te maken.¹⁹ Over twee onderwerpen die de grondrechten regarderend heeft de werkgroep zich wel gebogen. Dat betreft in de eerste plaats de redactie van de grondrechten en in de tweede plaats de vraag of de Grondwet naast fundamentele rechten van de burger ten opzichte van de overheid en de gemeenschap, ook plichten of verantwoordelijkheden van de burger ten opzichte van de gemeenschap zou moeten bevatten.

4.2 De redactie van de huidige grondrechten

Hiervoor is aangegeven dat één van de belangrijkste keuzes van de werkgroep voor een nieuwe Grondwet is dat deze - veel meer dan de huidige - toegankelijk en aansprekend zou moeten zijn en meer deel zou moeten uitmaken van het publieke debat. In de voorgaande hoofdstukken zijn al enige voorstellen in die richting gedaan. Het voorstel voor een hoofdstuk algemene bepalingen in de Grondwet staat ook in het teken van de toegankelijkheid van de Grondwet. Met name dat deel van de Grondwet waaraan burgers aanspraken kunnen ontlenen - de grondrechten - zou toegankelijk moeten zijn.

De wijze waarop de huidige grondrechten zijn geredigeerd, maakt dat deze alleen voor juristen te verstaan zijn. Althans, de portee van de bepalingen is wel duidelijk, maar door de wijze waarop zij geformuleerd zijn zij zonder juridische scholing moeilijk te begrijpen.²⁰ Met name de beperkingsclausules bij de grondrechten maken deze lastig leesbaar.

Het zou daarom aanbeveling verdienen de grondrechten te herformuleren in die zin dat zij voor een gemiddelde burger te begrijpen zijn. Hiervoor kan aansluiting worden gezocht bij de wijze waarop de grondrechten in het Europees Verdrag voor de Rechten van de mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) zijn geformuleerd, of in het Handvest voor de Grondrechten van de Europese

¹⁹ De werkgroep is zich ervan bewust dat aanpassing van de artikelen 10 tot en met 13 in ambtelijke voorbereiding is.

²⁰ Als voorbeeld kan dienen artikel 7, eerste lid, van de Grondwet, de vrijheid van drukpers:

'Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.'

Unie. Voor de goede orde merkt de werkgroep op dat zij van opvatting is dat een andere redactie nadrukkelijk niet nodig is met het oog op een eventuele toetsing van wetten aan de Grondwet door de rechter (zie hoofdstuk 6). Ook onder de huidige redactie is de rechter zonder problemen in staat regelgeving en feitelijk handelen te toetsen aan de grondrechten.

4.3 Verantwoordelijkheden van de burger in de Grondwet opnemen?

Een notie die zeker ook nadere overweging van de Conventie verdient, betreft die van de verantwoordelijkheden van de burger. Hieronder wordt een overzicht gegeven van een aantal argumenten voor en tegen het opnemen van verantwoordelijkheden of plichten van de burger in de Grondwet.

4.3.1 Verantwoordelijkheden als fundamentele constitutionele normen

Wanneer men (grond-)plichten of verantwoordelijkheden van de burger als tegenhanger van de grondrechten in een grondwet zou opnemen, zouden hiermee allereerst bepaalde fundamentele normatieve gegevens worden neergelegd in het hoogste staatsrechtelijke document.²¹ Hierbij valt te denken aan de norm dat men als burger in een samenleving nu eenmaal bepaalde plichten jegens medeburgers en jegens de staat heeft te betrachten. Verantwoordelijkheden van de burger of grondplichten zouden daarmee niet alleen de relatie burger-staat, maar tevens die van burger-samenleving aanduiden.

Verder zou de constitutie de gehele rechtsstatus van het individu omvatten, wanneer deze ook verantwoordelijkheden zou vastleggen. Door zowel verantwoordelijkheden als grondrechten van de burger op te nemen, wordt diens positie als adreessaat van de constitutie en zijn positie in het geheel van de samenleving duidelijker zichtbaar. Verantwoordelijkheden van de burger corrigeren in die zin de eenzijdigheid van de tekst van de Grondwet, die uitsluitend op *grondrechten* is gericht.

Een ander argument voor het opnemen van verantwoordelijkheden van de burger in de Grondwet heeft te maken met de Grondwet als een bron van

²¹ In 1998, toen de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties vijftig jaar bestond, werd het initiatief gelanceerd door de zgn. 'InterAction Council' tot een tegenhanger van deze verklaring - 'The Declaration of Human Responsibilities'. De Verklaring van de Verantwoordelijkheden of Plichten van de mens werd voor het eerst gepubliceerd in *Die Zeit*, [H. Schmitt, 'Zeit, von den Pflichten zu sprechen. Ein gewaltsamer Zusammenprall der Kulturen kann vermieden werden', in *Die Zeit*, nr. 41, 3 Oktober 1997, p. 16-24. Het document vormt - aldus Schmidt - een minimum aan morele normen die wereldwijd erkenning zouden (moeten) vinden, opdat een botsing tussen culturen kan worden voorkomen. Niet alleen voor het gedrag van het individu wordt de formulering van plichten een dringende noodzaak, maar ook voor de politieke autoriteiten, voor religieuze gemeenschappen, voor handelsorganisaties, voor gehele naties en uiteindelijk voor de wereldgemeenschap. De Universele Verklaring van de Plichten of Verantwoordelijkheden van de Mens zou primair een ethische standaard moeten vormen.

De 'Allgemeine Erklärung der Menschenpflichten' begint met een preambule waarin de doeleinden van de verklaring zijn neergelegd. Vervolgens zijn enkele fundamentele principes voor humaniteit opgenomen. Zo staat in artikel 1 dat ieder mens ('Person' in het Duits) de plicht heeft, alle mensen menselijk te behandelen. Artikel 2 bevat de plicht zich voor de waarde en het zelfrespect van anderen in te zetten. In artikel 3 is verwoord dat niemand, noch een groep, organisatie, staat, leger of politie 'jenseits von Gut und Böse' staat: zij staan alle onder morele maatstaven. Iedereen heeft onder alle omstandigheden de plicht het goede te doen en het kwade na te laten. Artikel 4 bevat het adagium: wat jij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet. De volgende drie artikelen betreffen de principes van geweldloosheid en respect voor het leven. Artikel 5 formuleert de plicht van een ieder, het leven te respecteren (en dus het verbod een ander te verwonden, folteren of doden). Artikel 6 stelt dat onenigheid tussen staten, groepen of individuen zonder geweld moeten worden opgelost. Geen regering mag daden van volkerenmoord of terrorisme accepteren, noch mag zij vrouwen en kinderen of andere personen als middel voor oorlogsvoering misbruiken. Elke burger en gezagsdrager heeft de plicht op vreedzame, geweldloze wijze te handelen. Artikel 7 tot slot stelt dat iedere persoon oneindig kostbaar is en onvoorwaardelijk beschermd dient te worden. Ook dieren en de natuurlijke omgeving verdienen bescherming. Alle mensen hebben de plicht, om lucht, water en bodem te beschermen ter wille van de huidige bewoners en toekomstige generaties.

Onder het kopje 'gerechtigheid en solidariteit' is de plicht van mensen opgenomen (artikel 9) grote inspanningen te verrichten om armoede, ondervoeding, onwetendheid en ongelijkheid te overwinnen. Onder 'waarachtigheid en tolerantie' staat in artikel 13 dat politici, ambtenaren, industriëlen, wetenschappers, schrijvers of kunstenaars niet boven de algemene ethische maatstaven staan. Verder is in artikel 15 de vrijheid van godsdienst voorondersteld, maar wordt deze hier aldus verwoord dat representanten van verschillende religieuze denominaties zich van discriminatie jegens andere godsdiensten moeten onthouden. De artikelen 16-18 betreffen het wederzijdse respect en partnerschap en het slotartikel 19 stelt dat geen bepaling in deze verklaring zo mag worden uitgelegd, dat daarmee de werking van deze verklaring of die van de mensenrechten teniet zou worden gedaan.

zingeving. Verantwoordelijkheden van de burger betreffen niet louter de verhouding staat-burger, maar zij duiden ook op plichten van de burger ten aanzien van de samenleving. In die zin verwijzen zij naar een ruimer constitutie- begrip dan het louter formele begrip van de constitutie als grondwet. Een dergelijk begrip laat zien dat de constitutie uiteindelijk de juridische basisordering van staat en samenleving omvat en sluit daarmee aan bij de benadering van de werkgroep, zoals hiervoor uiteengezet.

4.3.2 Waarom verantwoordelijkheden toch niet tot constitutionele normen moeten worden verheven

De vraag of ook verantwoordelijkheden van de burger in de Grondwet moeten worden opgenomen spitst zich uiteindelijk toe op het volgende. Waarin ligt het voornaamste verschil tussen rechten en plichten, afgezien van het evidente verschil tussen aanspraken en verantwoordelijkheden? Wat is de reden om nu juist de rechten van de mens in grondwetten te codificeren en plichten en verantwoordelijkheden (vooralsnog) niet? Het antwoord op deze vragen heeft alles te maken met de functie die mensenrechten of grondrechten binnen de staat vervullen - althans, voorzover men het heeft over de eerste generatie mensenrechten, ofwel de klassieke rechten.

Essentieel voor de rechten van de mens is dat deze een onderdeel vormen van de rechtsstaat, de staat die in zijn optreden beperkt wordt door recht en rechtsnormen. Anders dan in een dictatuur, wordt het optreden van de overheid in een rechtsstaat aan alle kanten ingeperkt door het recht. De macht van de overheid wordt verdeeld in drie verschillende functies - wetgeving, bestuur en rechtspraak - die elk aan verschillende organen worden toegewezen; voor alle overheidsoptreden moet een wettelijke grondslag kunnen worden aangewezen; alle overheidsoptreden moet door de burger kunnen worden voorgelegd aan een onafhankelijke rechter en tot slot: de overheid vindt zijn grenzen in de vrijheidssfeer van de burger - de grondrechten of mensenrechten. Daarmee zijn we gekomen aan een essentieel verschil tussen rechten en verantwoordelijkheden of plichten van de mens. Waar de rechten van de mens voor de overheid aangeven tot waar deze mag treden en waar de privé-sfeer van de burger begint, vormen plichten uit de aard der zaak geen begrenzingen van de macht van de staat. Verantwoordelijkheden van de mens zijn derhalve geen constitutionele rechtsnormen; zij constitueren en begrenzen het statelijk optreden niet. Het gaat met andere woorden bij de verantwoordelijkheden van de burger (anders dan bij de rechten van de mens) niet om hoger recht dat boven het recht van de staat uitgaat en dat zelfs een beperking vormt van de democratische besluitvorming. Daarmee is een belangrijke principiële reden geformuleerd, waarom verantwoordelijkheden of plichten niet tot constitutionele normen zouden moeten worden verheven.

Naar een Charter?

Dat neemt niet weg dat de gedachte van de verantwoordelijkheden van de burger – ook in het licht van gevoerde discussies over het belang van een publieke moraal – zeker aandacht verdient. Wat betreft de systematiek past een passage over burgerplichten of verantwoordelijkheden niet in de Grondwet, maar het thema zelf is wel relevant in de communicatie tussen overheid en burgers en tussen burgers onderling. Zonder een welwillende inzet voor wat als algemeen belang of algemeen welzijn kan worden benoemd, verschaart het publieke leven.

De algemene overweging is dat de samenleving profijtelijk is voor haar burgers. Het genieten van de zekerheden en de bescherming van een democratische rechtsorde is niet vrijblijvend; een rechtsorde vergt ondersteuning in vrijwillig gedrag dat zich naar de eisen ervan richt. Dezelfde overweging kan gemaakt worden met betrekking tot de samenleving zelf. Ook deze vergt ondersteuning en inzet van burgers in het besef dat een samenleving sterker wordt van patronen van wederkerigheid. Het is daarom passend verantwoordelijkheden van burgers te benoemen.

De werkgroep is van mening dat een korte opsomming van burgerverantwoordelijkheden kan plaatsvinden in een apart Charter of samenlevingscontract. Nu 'burgerschapsvorming' steeds meer afzonderlijk aandacht krijgt, zowel bij inburgeringstrajecten als in het onderwijs, zou een dergelijk Charter goede diensten kunnen bewijzen. Dit Charter zou enkele algemene maximen kunnen bevatten en daarnaast een aantal concrete aanwijzingen voor het dragen van verantwoordelijkheid in de publieke ruimte.

Een voorbeeld van een dergelijk maxime biedt de Bataafse Grondwet van 1798: *Doe eenen ander niet, hetgeen gij niet wenscht dat aan u geschiede. Doe aan anderen, ten allen tijde, zoo veel goeds, als gij, in gelijke omstandigheden, van hun zoudt wenschen te ontvangen*. Voor hedendaags gebruik zou deze maxime uiteraard moeten worden overgezet in modern Nederlands. Een ander voorbeeld is de volgende: *Zorg er bij het realiseren van je eigen vrijheid voor dat de samenleving geen schade lijdt van je handelen*.

Een heldere grondwettelijke structuur

5. Een heldere grondwettelijke structuur

Niet alleen de redactie van de grondrechten staat in de weg aan een goed begrip van de Grondwet. De huidige structuur is buitengewoon verwarrend, niet alleen voor nieuwkomers, maar ook voor wie in Nederland is geboren en getogen. Door de monarchistische opbouw sinds 1814/1815, die historisch uiteraard verklaarbaar is, geeft de huidige Grondwet geen helder beeld van de hoofdtrekken van de staatsstructuur. Zij geeft de indruk van een (al)machtig vorst met een van die vorst afgeleide regering, waar de democratie omheen is gebouwd. De structuur van de Grondwet wordt overschaduwd door oude machtsverhoudingen. Veranderde rechtsopvattingen en gewijzigde feitelijke omstandigheden hebben hierin soms geen plaats gekregen. Er zijn bovendien nieuwe factoren in het staatsleven die geen uitdrukking hebben gevonden in de Grondwet (parlementair stelsel, invloed Europese integratie, referendum bij grondwetsherziening). Er is staatsrechtelijk gewoonterecht rond de vertrouwensregel en over kabinetsformaties zwijgt de Grondwet. Dit draagt er toe bij dat de Grondwet weinig geschikt is om een grote rol te spelen in het onderwijs of bij inburgering. De Werkgroep Grondwet betreurt dit. Aanhoudend gefundeerde kritiek leidt tot een geringschatting van de Grondwet bij gezagsdragers en tot een verzwakking van de eerbied voor de Grondwet bij de burgers. Verheugend is dat voor de Grondwet en de vraag welke rol zij kan spelen in de samenleving een veel grotere belangstelling bestaat dan voorheen, hetgeen ook blijkt uit het instellingsbesluit van de Nationale Conventie. Deze belangstelling staat niet los van toegenomen spanningen in de samenleving en het gebrek aan onderlinge binding.

Door een aantal beperkte ingrepen en verplaatsingen van hoofdstukken is het mogelijk meer recht te doen aan de gewijzigde politieke omstandigheden. In een moderne Nederlandse grondwet dienen de Staten-Generaal als vertegenwoordiger van het gehele volk voor Koning en regering te worden gezet. Daarnaast zou het de inzichtelijkheid van de Grondwet ten goede komen indien door de hele Grondwet heen zou worden gekozen voor een logische structuur door een onderverdeling in Titels, Hoofdstukken en Afdelingen. Tevens kan een aantal kleine aanpassingen worden gedaan die ertoe bijdragen dat meer wordt aangesloten bij de moderne staatsorganisatie. Bij wijze van voorbeeld wordt genoemd, het veranderen van 'koninklijk besluit' in 'regeringsbesluit' zodat burgers niet ten onrechte de indruk krijgen dat het om besluiten van het staatshoofd alleen gaat.

Ter illustratie van het voorgaande geeft de werkgroep de volgende structuur voor een nieuwe Grondwet²²:

²² Voor de leden van de Nationale conventie heeft Jan Willem Sap een ontwerp-Grondwet geschreven, d.d. 11 april 2006, aan de hand van bovenstaande structuur (www.nationaleconventie.nl).

Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden

Preambule	
Titel I	Algemene bepalingen
Titel II	Grondrechten
Titel III	Machten
Hoofdstuk I	Staten-Generaal
Hoofdstuk II	Wetgevende macht
Hoofdstuk III	Regering
Afdeling I	Koning
Afdeling II	Ministers
Afdeling III	Bevoegdheden
Hoofdstuk IV	Constitutioneel Hof
Hoofdstuk V	Rechterlijke macht
Hoofdstuk VI	Raad van State, Algemene Rekenkamer, Nationale ombudsman en vaste colleges van advies
Hoofdstuk VII	Provincies, gemeenten, waterschappen en andere openbare lichamen
Titel IV	Internationale en supranationale betrekkingen
Titel V	Financiën
Titel VI	Krijgsmacht
Titel VII	Staatsrechtelijk noodrecht
Titel VIII	Politieke partijen
Titel IX	Herziening
Titel X	Inwerkingtreding

Constitutionele toetsing door rechters

6. Constitutionele toetsing door rechters

6.1 Inleiding

Nederland kent constitutionele toetsing. Dat wil zeggen: alle producten van regelgeving en al het feitelijk handelen kan aan de Grondwet worden getoetst. In verreweg de meeste gevallen is de rechter tot deze toetsing bevoegd. Alleen als het gaat om wetten verbiedt artikel 120 van de Grondwet de rechter uitspraak te doen over de grondwettigheid (*De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.*). In dit geval is niet de rechter, maar de wetgever zelf de hoogste uitlegger van de Grondwet. Het woord 'wet' moet in dit verband restrictief worden uitgelegd. In dit grondwetsartikel wordt onder wet alleen verstaan die vormen van regelgeving die langs de procedure van de artikelen 81 e.v. Grondwet in overleg tussen de regering en de Staten-Generaal tot stand gekomen zijn. Andere grote categorieën van regelgeving die in de volksmond vaak als 'wet' worden aangeduid (algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en decentrale verordeningen) alsmede feitelijk handelen van burgers (inclusief politici en rechtspersonen) en overheden kunnen zonder meer door een rechter aan alle bepalingen van de Grondwet worden getoetst. Een schematisch overzicht van één en ander wordt gegeven in bijlage 1.

6.2 Ontstaansgeschiedenis

De huidige redactie van artikel 120 van de Grondwet stamt uit 1983. Hiervóór verklaarde de Grondwet: 'De wetten zijn onschendbaar'. Hoewel veel debatten zijn gevoerd over de vraag of deze formulering wel gelukkig was, bleek uit de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling dat de strekking van deze voorloper van artikel 120 dezelfde was.

De bepaling dat de wetten onschendbaar zijn, stamt uit 1848. Zij kwam overigens niet voor in het oorspronkelijke voorstel van Thorbecke, maar is – onder protest van Thorbecke – door de regering in het voorstel gebracht. Het vraagstuk van de constitutionele toetsing van wetten door rechters is dus al ruim anderhalve eeuw omstrede. Een laatste ontwikkeling in dit verband is het initiatief-voorstel Halsema tot herziening van artikel 120 van de Grondwet, dat inmiddels bij de Eerste Kamer aanhangig is.²³ In dit voorstel wordt het verbod op rechterlijke toetsing opgeheven ten aanzien van bepaalde als subjectieve rechten geformuleerde grondwettelijke bepalingen (vooral klassieke grondrechten). Het voorstel somt de bepalingen waaraan de rechter wetten zou mogen toetsen op.

6.3 Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing door rechters

Veel van de argumenten voor of tegen constitutionele toetsing worden al zolang

²³ Zie Kamerstukken II, 28331.

als de bepaling bestaat opgeworpen. Hieronder wordt een zeer beknopt overzicht gegeven.

Het belangrijkste principiële argument *tegen* de invoering van constitutionele toetsing van wetten door rechters kan worden aangeduid als het democratieargument. Door invoering van dit type toetsing zou de rechter op de stoel van de (democratisch gelegitimeerde) wetgever gaan zitten. Diegenen die zich op dit argument beroepen, menen dat bij het vaststellen van mogelijke strijd tussen de wet en de Grondwet de democratische legitimatie van de wetgever haar positie als hoogste uitlegger van de Grondwet rechtvaardigt. Bovendien vindt de beraadslaging over de grondwettigheid in de huidige situatie in alle openbaarheid plaats, terwijl rechters hun werk vanzelfsprekend in beslotenheid doen.

Het belangrijkste principiële argument *voor* de invoering van constitutionele toetsing van wetten door rechters zou kunnen worden aangeduid als het rechtsstaatarargument. Zeker waar het gaat om de klassieke grondrechten, garandeert de Grondwet de burgers specifieke rechten. Deze rechten kunnen zij in vrijwel alle gevallen tegenover rechters inroepen. Vanuit de optiek van rechtsbescherming is het merkwaardig dat burgers dit niet kunnen wanneer zij menen dat een wet in strijd is met de Grondwet, ondanks het gegeven dat de laatste van een juridisch hogere orde is dan de eerste. Bovendien menen de voorstanders van sommige vormen van constitutionele toetsing dat de rechter niet op de stoel van de wetgever gaat zitten, maar slechts beziet of de *uitwerking* van een wettelijk voorschrift *in een concreet geval* leidt tot strijd met de Grondwet. Verder komt het deze voorstanders van constitutionele toetsing onlogisch voor dat degene die een wet ontwerpt zelf mag bepalen of deze wet al dan niet in strijd is met de Grondwet en deze beslissing mag nemen met een kleinere meerderheid dan waarmee zijzelf de Grondwet heeft vastgesteld. Bovendien is de huidige toetsing altijd impliciet. Uit het feit dat een wetsvoorstel wet is geworden moet worden afgeleid dat het voorstel kennelijk niet in strijd was met de Grondwet. Een expliciete en ondubbelzinnige uitspraak over de grondwettigheid van wetten is van organen die naar hun aard politiek – en dus verdeeld – zijn ook moeilijk te verwachten.

Omdat voor beide uitgangspunten veel te zeggen valt, houden het democratieargument en het rechtsstaatarargument elkaar in de (wetenschappelijke) discussie al geruime tijd min of meer in evenwicht. In de loop van de jaren zijn echter ook andere argumenten opgekomen die – in ieder geval ten aanzien van de klassieke grondrechten en andere grondwettelijke bepalingen die een subjectief recht bevatten – het pleit in de ogen van de werkgroep beslechten in het voordeel van constitutionele toetsing door rechters.

Één van deze argumenten doet opgeld sinds de grondwetsherziening van 1953. Sinds die tijd is het mogelijk wettelijke voorschriften aan internationale verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties te toetsen. In 1956 is deze regel aangescherpt en wordt bepaald dat wettelijke voorschriften kunnen worden getoetst aan verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties voorzover deze bepalingen 'een ieder verbindend' zijn. Vanwege

de toevoeging 'een ieder verbindend' wordt de toetsingsmogelijkheid van de rechter vooral beperkt tot die verdragsbepalingen waarin klassieke grondrechten zijn neergelegd. Ten aanzien van deze bepalingen rijst de vraag waarom een rechter een wet wel zou mogen toetsen aan een bepaling uit een mensenrechtenverdrag en niet aan een soortgelijke grondwetsbepaling. Een argument dat hier vaak *tegenin* wordt gebracht, is dat de Nederlandse grondrechten – gelet op hun specifieke (pacificatie)geschiedenis – niet zonder meer gelijk kunnen worden gesteld met de grondrechten zoals die zijn neergelegd in de mensenrechtenverdragen. Dat is ontegenzeggelijk juist, maar het is de vraag waarom uit deze (iets) andere formulering en achtergrond voortvloeit dat zij wel als toetsingskader kunnen dienen voor alle mogelijke regelingen en vormen van feitelijk handelen en alleen waar het gaat om toetsing aan wetten in formele hun specifieke karakter daaraan ineens in de weg staat. Een volgend argument is gelegen in de politieke ontwikkelingen van de afgelopen decennia. Door de opkomst van grote regeerakkoorden en hechte coalitieverbanden moet het formele dualisme tussen regering en Staten-Generaal voor de praktijk in hoge mate worden gerelativeerd. Het al dan niet totstandkomen van een wet kan van een zodanig groot belang zijn voor het voortbestaan van een coalitie dat (zelfs in de Eerste Kamer) grondwettige inconsistenties voor lief zouden kunnen worden genomen.

Een betrekkelijk nieuw argument *voor* is dat de positie van de Grondwet in de samenleving door de invoering van rechterlijke constitutionele toetsing aan wetten kan veranderen. De Grondwet leidt thans min of meer een slapend bestaan. Het ontstaan van (meer) constitutionele jurisprudentie en daaraan verbonden publiciteit, zou mede kunnen bijdragen tot (re)vitalisering van de Grondwet.

Een (wat meer praktisch) argument van de *voorstanders* is dat het er niet naar uitziet dat de mogelijkheid die rechters thans hebben om wetten te toetsen aan internationale verdragen ertoe heeft geleid dat deze zich op de stoel van de wetgever heeft genesteld. Rechters betrachten momenteel grote terughoudendheid bij toetsing van wetten aan ieder verbindende verdragsbepalingen.²⁴

6.4 Modaliteiten van constitutionele toetsing door rechters

Uit het bovenstaande blijkt dat de werkgroep opteert voor rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet. Vervolgens moet worden uitgemaakt welke modaliteiten daarvoor het meest geschikt zijn.

Vier vragen

Hiervoor moeten in ieder geval de vier onderstaande vragen worden beantwoord. Deze vragen zijn steeds digitaal gesteld. Er zijn echter ook mengvormen mogelijk. Daarover gaat een afzonderlijke subparagraaf. Een schematisch overzicht aan de hand van onderstaande vragen wordt gegeven in bijlage 2.

²⁴ Illustratief is een arrest van de Hoge Raad uit 1989 (HR 23 september 1988, NJ 1989, 740) waarin werd geconstateerd dat het stelsel van het Burgerlijk Wetboek ten aanzien van het (achter)naamrecht van kinderen in strijd was met het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR of BuPo-verdrag). Desalniettemin kregen de ouders nul op het rekest omdat de Hoge Raad zich op het standpunt stelde dat hij, ondanks de vastgestelde onrechtmatigheid van het stelsel van het Burgerlijk Wetboek ten aanzien van het naamrecht, niet in de positie was dit te vervangen door een ander stelsel, omdat aan de keuze voor andere stelsels een politieke afweging ten grondslag lag die buiten de rechtsvormende taak van rechter valt.

De vragen zijn:

1. *Wat wordt getoetst? Toetsing aan de gehele Grondwet of alleen aan gedeelten?*
Een vraag die vooral voortkomt uit de analogie met de rechterlijke toetsing van wetten aan verdragsbepalingen is of rechterlijke toetsing van wetten zou moeten plaatsvinden aan de gehele Grondwet of slechts aan gedeelten daarvan.
2. *Door wie wordt getoetst? Diffuse toetsing of geconcentreerde toetsing?*
Een tweede belangrijke vraag bij het invoeren van constitutionele toetsing is welke rechters bevoegd zouden moeten worden verklaard wetten aan de Grondwet te toetsen. Doorgaans wordt hier een onderscheid gemaakt tussen diffuse toetsing en geconcentreerde toetsing. Onder diffuse toetsing wordt toetsing door (in beginsel) alle rechters verstaan. Geconcentreerde toetsing vindt plaats als de toetsing is opgedragen aan één of meer specifiek daartoe aangewezen rechterlijke instantie(s); bijvoorbeeld een Constitutioneel Hof.
3. *Hoe wordt getoetst? Concrete toetsing of abstracte toetsing?*
Wanneer is vastgesteld aan welke grondwetsbepalingen welke rechter wetten mag toetsen, moet de vraag worden beantwoord op welke manier de rechter dat doet. Toetst een rechter abstract of concreet? Concrete toetsing vindt plaats wanneer de rechter aan de hand van een concreet geval uitspraak doet over de grondwettigheid van een wet. Het oordeel van de rechter zal dan doorgaans geen betrekking hebben op de wet als zodanig, maar op de uitwerking van die wet in een concreet geval. Bij abstracte toetsing toetst een rechter of een wet in zijn algemeenheid in strijd is met de Grondwet of niet. Abstracte toetsing veronderstelt geconcentreerde toetsing. Het zou immers vreemd zijn als een oordeel in algemene bewoordingen over vermeende strijd tussen een wet en de Grondwet in het ene geval voorgelegd zou worden aan de rechtbank in Assen en in het andere geval aan het Hof in Arnhem of zelfs het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.
4. *Op welk moment wordt getoetst? Toetsing ex post of toetsing ex ante?*
Een vraag die nauw verband houdt met de vorige is op welk moment de rechter wetten aan de Grondwet toetst. Doet hij dit voordat deze wetten in werking treden (ex ante) of daarna (ex post). Zoals gezegd houdt deze vraag nauw verband met de vorige. Toetsing ex ante is per definitie abstract (er kunnen zich nog geen concrete situaties hebben voorgedaan) en hoogstwaarschijnlijk geconcentreerd. Logischerwijs is concrete toetsing altijd ex post. Dat betekent overigens niet dat toetsing ex post altijd concreet is. Naast concrete toetsing ex post is ook abstracte toetsing ex post mogelijk; bijvoorbeeld in de vorm van een prejudiciële procedure.

Gemengde stelsels

Mengvormen tussen de hierboven genoemde vormen van toetsing zijn ook mogelijk. Hoewel een stelsel mogelijk is waarin het gemengde schuilt in de manier van toetsen (zowel abstract als concreet) van één en hetzelfde

Constitutionele Hof, zullen gemengde stelsels vaker bestaan uit een mengvorm van zowel geconcentreerde als diffuse toetsing. Wanneer zowel een Constitutioneel Hof als een 'normale' rechter bevoegd is wetten te toetsen aan de Grondwet, is het noodzakelijk de competenties van beide rechters af te bakenen. Is het Constitutionele Hof een beroepsinstantie op de rechtsgang bij normale rechters? Onderscheidt de rechtspraak van de normale rechter zich van die het Hof door de grondwetsbepalingen waaraan kan worden getoetst? Of onderscheidt het Hof zich van de normale rechter door de manier van toetsen en wellicht het moment waarop (bijvoorbeeld: het Hof toetst abstract en de normale rechter concreet)?

6.5 Drie opties voor de organisatie van constitutionele toetsing door rechters

Zoals gezegd zijn de leden van de werkgroep voorstander van de introductie van rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet. Wat betreft de te kiezen modaliteiten willen deze leden de conventie een drietal opties voorleggen. Alle genoemde opties hebben gemeen dat zij toetsing mogelijk maken *aan gedeelten* van de Grondwet. Te weten: aan die grondwetsbepalingen waaraan burgers een subjectief recht kunnen ontleen. Het belangrijkste argument hiervoor ligt in de rechtsstatelijke achtergrond van de keuze voor rechterlijke constitutionele toetsing. Omdat het hierboven genoemde rechtsstatelijke argument voor de werkgroep de doorslag geeft, ligt het voor de hand de toetsing te beperken tot die grondwetsbepalingen die primair een rechtsstatelijke achtergrond hebben. De werkgroep is overigens van mening dat niet de rechter, maar de Grondwetgever zelf moet bepalen welke grondwetsartikelen zich wel en welke zich niet lenen voor constitutionele toetsing. De afbakening die wordt gehanteerd in het initiatiefwetsvoorstel van Tweede-Kamerlid Halsema, wordt door de werkgroep ondersteund.

- I. *Diffuse concrete toetsing ex post aan gedeelten van de Grondwet (het voorstel-Halsema)*. Het voorstel van Tweede-Kamerlid Halsema heeft als grote voordeel dat het een compact voorstel is dat aansluit bij de wijze waarop ook thans alles behalve wetten in formele zin aan de Grondwet kan worden getoetst. Een nadeel van deze variant van constitutionele toetsing is dat zij wordt opgedragen aan rechters die doorgaans van de Nederlandse Grondwet niet hun specialisme hebben gemaakt.
- II. *Geconcentreerde toetsing aan gedeelten van de Grondwet (een Constitutioneel Hof)*. Het grote voordeel van een Constitutioneel Hof is dat daarin rechters zitting hebben die zich volledig kunnen toeleggen op de Grondwet. Over de manier van toetsing door een Constitutioneel Hof (concreet of abstract, ex post of ex ante) kan verschillend worden gedacht. In het algemeen geldt dat een belangrijk voordeel van concrete toetsing is dat burgers zich rechtstreeks kunnen beroepen op de Grondwet (het rechtszekerheidsmotief) terwijl een voordeel van abstracte toetsing is dat de grondwettigheid van een wet(sbepaling) als zodanig wordt vastgesteld. Een voordeel van toetsing ex ante is dat na de totstandkoming van een wet de grondwettigheid ervan

niet meer ter discussie staat,²⁵ terwijl een voordeel van toetsing ex post is dat rechters rekening kunnen houden met gewijzigde omstandigheden. (Dit zou – gelet op de zware herzieningsprocedure en de daaraan gekoppelde lange ‘looptijd’ van grondwetsbepalingen – geen overbodige luxe kunnen zijn). De verschillende vormen en momenten van toetsing zouden eventueel ook met elkaar kunnen worden gecombineerd.

III. *Een gemengd stelsel.* Het meest gecharmeerd is de werkgroep van een derde optie: een gemengd stelsel. Dit is een stelsel waarin toetsing door iedere rechter waar een zaak aanhangig wordt gemaakt wordt gecombineerd met toetsing door een Constitutioneel Hof. Dit Hof dient ten opzichte van de andere rechters als instantie waaraan de rechters naar aanleiding van een concrete casus prejudiciële vragen op het gebied van bepaalde grondwettelijke bepalingen kunnen of in sommige gevallen zelfs moeten voorleggen (zie hierover nader paragraaf 6.7). In deze constructie worden het voordeel van geconcentreerde toetsing (gespecialiseerde rechters die zich uitspreken over de grondwettigheid van wetsbepalingen) gecombineerd met het voordeel van diffuse concrete toetsing (rechtsbescherming van burgers op het niveau waarop zij alle aspecten van hun zaak voor kunnen leggen).

Omdat twee van de hier voorgelegde opties de introductie van een Constitutioneel Hof betreffen wordt in de volgende subparagraaf aangegeven hoe een Constitutioneel Hof zou kunnen worden vormgegeven.

6.6 Gelijkschakeling toetsing van wetten aan de Grondwet aan verdragsbepalingen?

Zoals gezegd opteert de werkgroep voor rechterlijke toetsing aan gedeelten van de Grondwet (voornamelijk de klassieke grondrechten). Bij de rechterlijke constitutionele toetsing die thans plaatsvindt (toetsing van alles behalve wetten aan de Grondwet) wordt deze afbakening niet gemaakt. De vraag rijst of niet ook ten aanzien van deze rechterlijke toetsing eenzelfde beperking zou moeten worden aangebracht. De werkgroep is van mening dat dit niet noodzakelijk is. Ten aanzien van de sociale grondrechten en de institutioneel-organisatorische bepalingen blijft de democratisch gelegitimeerde wetgever de aangewezen instantie om wetten constitutioneel te toetsen. Omdat de factor van (nationale) democratische legitimatie ontbreekt ten aanzien van andere te toetsen vormen van regelgeving of bij feitelijk handelen, blijft het voor de hand liggen de constitutionele toetsing in die gevallen bij rechters onder te brengen. Wel zou kunnen worden nagedacht over een gelijkschakeling van de wijze van toetsing van wetten aan de Grondwet met de toetsing van wetten aan soortgelijke bepalingen van internationale verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

²⁵ Daarbij moet worden opgemerkt dat dit thans ook al het geval is, maar dat de toetsende instantie bij rechterlijke toetsing ex ante niet langer (alleen) de wetgever is.

6.7 Naar een Constitutioneel Hof?

In juridische zin kan het Constitutioneel Hof vrij gemakkelijk worden neergelegd in onze Grondwet als één van de machten. In de Grondwet kan bijvoorbeeld de volgende bepaling worden opgenomen:

Er is een Constitutioneel Hof. De wet regelt de inrichting, samenstelling en bevoegdheden van het Hof.

Hoofdtaken kunnen vanzelfsprekend ook in de Grondwet worden vastgelegd. Een Constitutioneel Hof moet worden gezien een gespecialiseerd rechtscollege dat los staat van de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht. In de in hoofdstuk 5 voorgestelde structuur wordt daarom een apart hoofdstuk gewijd aan het Hof.

Een Constitutioneel Hof zou kunnen bestaan uit twaalf rechters (bijvoorbeeld zes mannen en zes vrouwen), bijgestaan door referendarissen en griffiers. De rechters worden voor het leven benoemd. Gedacht kan worden aan oud-parlementsleden, hoogste magistraten, hoogleraren rechtsgeleerdheid. Vooralsnog denkt de werkgroep aan een Hof als prejudiciële rechter voor iedere rechter. Als rechters menen dat de oplossing van het geschil dat voorligt, afhangt van de vraag of de toepasselijke wetsbepaling bepaalde artikelen van de Grondwet schendt kunnen zij daarover een prejudiciële vraag stellen. Zij moeten dat doen wanneer tegen hun beslissing geen beroep open staat. Een andere mogelijkheid is het Hof rechtstreeks toegankelijk te maken voor overheidsorganen en burgers, die - los van een concreet geval - wettelijke bepalingen in abstracto kunnen laten toetsen aan de Grondwet. Er zou, geïnspireerd door het Belgische voorbeeld van een Constitutioneel Hof, voor kunnen worden gekozen de bevoegdheden van het Constitutioneel Hof te beperken tot een aantal specifieke grondrechten als het gelijkheidsbeginsel, het *nulla poena* beginsel en de onderwijsvrijheid.

Een bijkomend voordeel van een Constitutioneel Hof is het effect dat zijn arresten kunnen hebben voor de rechtsontwikkeling. De arresten zullen worden gepubliceerd en uitgebreid worden becommentarieerd. Daarnaast kan een Constitutioneel Hof betrokken worden in het bestaande uitwisselingsnetwerk van constitutionele hoven in Europa.

Grondwetsherziening

7. Grondwetsherziening

De wijze van herziening van de Grondwet wordt geregeld in artikel 137 van de Grondwet. Dit artikel luidt:

- 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.*
- 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.*
- 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.*

Deze wat moeizame formulering komt erop neer dat de regering of de Tweede Kamer (op initiatief van één of meer leden) een gewoon wetsvoorstel indient. Na behandeling van dit wetsvoorstel volgens de reguliere procedure van wetgeving uit de artikelen 81 e.v. Grondwet, wordt de Tweede Kamer ontbonden. Na verkiezing en installatie van de nieuwe Tweede Kamer wordt het voorstel in tweede lezing opnieuw aan beide kamers voorgelegd. Het voorstel kan in deze fase van de procedure niet meer gewijzigd worden, maar kan wel (op verzoek van twee derden van de leden van de Tweede Kamer) worden gesplitst. Wil het voorstel de kracht van wet krijgen dan moeten beide kamers het voorstel met ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen goedkeuren en moet het voorstel door de Koning (lees: regering) worden bekrachtigd. Een schematische weergave van één en ander wordt gegeven in bijlage 3.

7.1 Veel gehoorde kritiek op de huidige herzieningsprocedure

Bovenstaande procedure is vaak aan kritiek onderhevig geweest. De kern van die kritiek betreft (in ieder geval ten aanzien van sommige onderwerpen) de zwaarte van de procedure en de geringe betrokkenheid van burgers bij het proces. Daarnaast lijdt artikel 137 van de Grondwet aan algemene onleesbaarheid en bevat de procedure nog enkele technisch-juridische onduidelijkheden (zoals: wie is de indiener in tweede lezing als het gaat om een initiatiefwetsvoorstel of kan er nog een tweede lezing plaatsvinden als de Tweede Kamer inmiddels voor een tweede maal ontbonden is?) De werkgroep richt zich vooral op de eerste twee bezwaren.

²⁵ Daarbij moet worden opgemerkt dat dit thans ook al het geval is, maar dat de toetsende instantie bij rechterlijke toetsing ex ante niet langer (alleen) de wetgever is.

De zwaarte van de procedure

Met betrekking tot de zwaarte van de procedure is de vraag relevant welke elementen van de herzieningsprocedure deze zo zwaar maken. Het gaat daarbij waarschijnlijk vooral om de lengte van de procedure en de zware meerderheidsvereisten (in tweede lezing). Het grote bezwaar tegen de zwaarte van de procedure is dat het de Grondwet buitengewoon rigide en inflexibel maakt. Hierdoor loopt de Grondwet vaak uit de pas met de werkelijkheid en is haar waarde voor de (rechts)praktijk minimaal.

Daartegenover staat het belang dat ook in deze werkgroep aan de waarborgfunctie van de Grondwet moet worden gehecht. Vanuit het idee dat de in de Grondwet opgenomen normen niet op lichtzinnige wijze zouden moeten kunnen worden gewijzigd, is een Grondwetsherzieningsprocedure die zwaarder is dan de procedure van wetswijziging goed verdedigbaar. Het is echter zaak binnen deze van nature tegengestelde eisen een balans te vinden. De werkgroep is van mening dat de balans onder de vigeur van het huidige artikel 137 van de Grondwet te zeer doorslaat in de richting van de waarborgfunctie. De werkgroep pleit er dan ook voor de procedure van de Grondwet enigszins te versoepelen.

Het betrekken van burgers

Een ander punt van kritiek is het niet betrekken van burgers bij de procedure van grondwetsherziening. De tussentijdse ontbinding en de daaraan gekoppelde Tweede-Kamerverkiezingen vallen altijd samen met reguliere verkiezingen of ontbindingsverkiezingen die om politieke redenen plaatsvinden. Hierdoor is een op handen zijnde grondwetsherziening nooit een verkiezingsissue. Zelfs als het dat tijdens de verkiezingsstrijd wel zou zijn, zal het nooit meer zijn dan één van de vele verkiezingsissues, zodat van een eenduidige uitspraak van de burger over de voorgenomen grondwetsherziening niet kan worden gesproken.

De werkgroep stelt zich op het standpunt dat de betrokkenheid van burgers – in ieder geval ten aanzien van sommige (belangrijke) grondwetsherzieningen – beter moet worden vormgegeven. Daarbij denkt de werkgroep aan het verbinden van een obligatoir of facultatief referendum aan de grondwetsherzieningsprocedure. Opgemerkt moet worden dat sommige grondwetsherzieningen zodanig technisch van aard of anderszins weinig substantieel zijn dat gezocht zou kunnen worden naar een modaliteit waarin niet alle grondwetsherzieningen verplicht aan een referendum worden onderworpen. Daarbij kan worden gedacht aan een onderscheid tussen verschillende soorten grondwettelijke bepalingen, maar ook tussen algehele en partiële herzieningen. Een andere mogelijkheid ligt in het openlaten van de mogelijkheid het grondwetsreferendum te laten samenvallen met reguliere verkiezingen (voor gemeenteraad, provinciale staten, Europees Parlement of Tweede Kamer).

7.2 Alternatieve procedures: algemene opmerkingen

Bij het nadenken over alternatieve procedures van grondwetsherziening moeten twee algemene noties worden besproken. De eerste is de mogelijk-

heid van gedifferentieerde grondwetsherziening en de tweede is de gedachte van supraconstitutionaliteit.

Gedifferentieerde procedures

Op dit moment geldt voor elk artikel in de Grondwet dezelfde procedure. Gekozen zou ook kunnen worden voor een stelsel waarin de wijziging van sommige bepalingen aan een zwaardere procedure kan worden onderworpen dan andere. Er zijn geen juridische beletselen om deze vorm van gedifferentieerde herzieningsprocedures in te voeren. Er zijn wel juridische implicaties. In Nederland blijkt de superioriteit van de ene wettelijke regeling boven de andere (bijvoorbeeld van de Grondwet boven de wet) vooral uit de zwaarte van de procedure waaronder de verschillende regelingen tot stand zijn gekomen.²⁶ Uitgangspunt bij de Grondwet is altijd geweest dat alle bepalingen daarin in beginsel gelijkwaardig zijn. Dat uitgangspunt wordt impliciet verlaten door voor de wijziging van de ene bepaling een zwaardere procedure te kiezen dan de andere.

Een praktisch probleem bij een dergelijke gedifferentieerde benadering doet zich voor wanneer tegelijkertijd twee bepalingen moeten worden gewijzigd waarvoor verschillende procedures gelden. Hierdoor zou enige onduidelijkheid kunnen ontstaan en zou het moeilijk kunnen blijken beide verandertrajecten samen 'op te laten trekken'.

Zoals gezegd zou in plaats van voor differentiatie ten aanzien van bepaalde onderwerpen, kunnen worden gekozen voor differentiatie ten aanzien van het soort grondwetswijziging. Zo zouden aan een algehele grondwetsherziening andere eisen kunnen worden gesteld dan aan partiële herziening.

Supraconstitutionaliteit

Supraconstitutionaliteit wil zeggen dat bepalingen van de Grondwet – of in ieder geval de essentie daarvan – niet mogen worden gewijzigd. Meestal gaat het daarbij niet om alle bepalingen van de Grondwet, maar om gedeelten daarvan (bijvoorbeeld een aantal essentiële grondrechten).

Het belangrijkste voordeel van supraconstitutionaliteit is dat bepaalde rechten en waarden die de Grondwet bevat boven iedere twijfel worden verheven en tot in lengte van jaren gelden als garanties voor de Nederlandse burger. Supraconstitutionaliteit bevordert dus de rechtszekerheid. Het belangrijkste nadeel van supraconstitutionaliteit is dat daardoor aan toekomstige generaties het recht wordt ontnomen zelf een oordeel te vellen over deze rechten en waarden. Deze laatste overweging geeft volgens de werkgroep de doorslag.

7.3 Minder rigide, meer volk

Al met al komt de werkgroep tot de conclusie dat de procedure om een wijziging van de Grondwet te bewerkstelligen momenteel te zwaar is. Hoewel de werkgroep hecht aan de waarborgfunctie die de Grondwet behoort te hebben, marginaliseert de huidige procedure de waarde van de Grondwet voor de (rechts)praktijk. Verder is de werkgroep van mening dat van het idee om de

²⁶ Zie Van der Pot – Donner – Prakke, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, 14^e druk, W.E.J. Tjeenk Willink – Deventer, 2001, p. 178.

bevolking een stem te geven in de grondwetsherzieningsprocedure meer werk zou moeten worden gemaakt. Daarbij zou kunnen worden gekozen voor een gedifferentieerde procedure om burgers niet te belasten met soms noodzakelijke maar minder substantiële herzieningen van de Grondwet.

Alternatieve procedure

Op de procedure van grondwetsherziening zijn talloze varianten mogelijk. Ter bevordering van de discussie wordt hieronder één variant uitgelicht. Bijlage 4 geeft hiervan een schematische weergave. In deze variant wordt het uitgangspunt 'minder rigide, meer volk' op een zodanige manier uitgewerkt, dat volgens de werkgroep nog steeds afdoende recht wordt gedaan aan de waarborgfunctie van de Grondwet.

De voorgestelde procedure van grondwetsherziening bestaat uit één lezing, waarbij het voorstel slechts met een 2/3-meerderheid in beide kamers kan worden goedgekeurd, gevolgd door een bindend referendum. Door het handhaven van de vereiste 2/3 meerderheid wordt volgens de werkgroep voldoende recht gedaan aan de waarborgfunctie van de Grondwet. Hierdoor kunnen namelijk ook substantiële (parlementaire) minderheden invloed uitoefenen op grondwetsherzieningen. De goedkeuring van amendementen of voorstellen tot splitsing kan bij gewone meerderheid. Dit komt overeen met de situatie bij gewone wetsvoorstellen die met een 2/3 meerderheid moeten worden goedgekeurd. Ook hier zou eventueel ten aanzien van sommige onderwerpen het referendum achterwege gelaten kunnen worden of zou de beslissing om al dan niet een referendum te organiseren kunnen worden overgelaten aan een realistisch aantal kiesgerechtigden of een bepaald aantal Tweede-Kamerleden (bijvoorbeeld een gewone meerderheid of zelfs een substantiële minderheid).

Bijlage 1

Bijlage 1 Schematische weergave van de huidige situatie van constitutionele toetsing

Te toetsen regeling/handelen	Toetsing aan 'ieder verbindende' verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties? ²⁷	Toetsing door rechter aan Grondwet?
Wet	Ja	Nee
AMvB	Ja	Ja
Ministeriële regelingen	Ja	Ja
Andere vormen van nationale regelgeving	Ja	Ja
Decentrale verordeningen	Ja	Ja
Feitelijk handelen (van zowel burgers als overheden, inclusief beleidsregels)	Ja	Ja

De categorieën 'decentrale verordeningen' en 'feitelijk handelen' zijn *groter* weergegeven om aan te geven dat dit thans de categorieën zijn die het vaakst worden getoetst aan (vooral de grondrechtenbepalingen uit) verdragen of de Grondwet.

Onderzoek uit 2004 wijst uit dat destijds algemene maatregelen van bestuur en vooral ministeriële regelingen een aanzienlijk groter gedeelte vormden van het totale aantal geldende regelingen in Nederland dan de wetten.

Wetten bevatten daarentegen gemiddeld meer bepalingen dan algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen. Hierdoor is het aantal eventueel te toetsen regels in kwantitatief opzicht ongeveer gelijk verdeeld over de soorten juridische documenten die op nationaal niveau worden vervaardigd.

²⁷ Ook de Grondwet zelf kan worden getoetst aan 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties' (artikelen 93 en 94 van de Grondwet).

Bijlage 2

Bijlage 2 Schematische weergave van de mogelijkheden van constitutionele toetsing (mengvormen daargelaten)

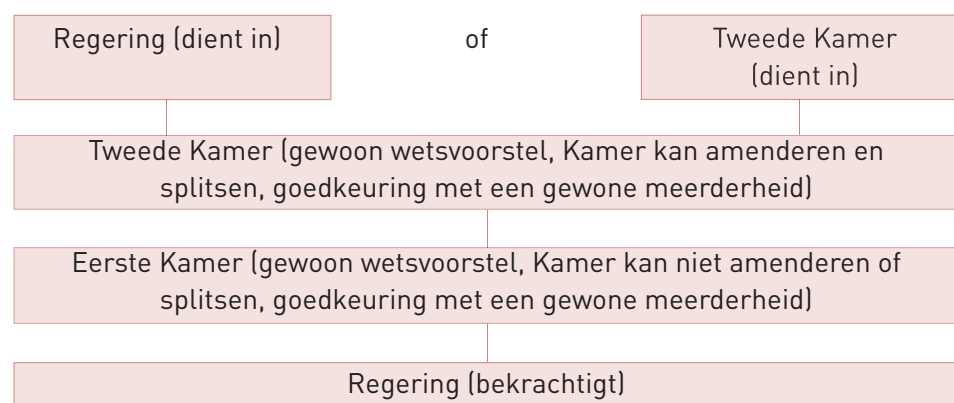
		Concreet		Abstract	
		Ex ante	Ex post	Ex ante	Ex post
Diffuus	Gehele GW	Niet mogelijk	Mogelijk	Moeilijk denkbaar	Moeilijk denkbaar
	Gedeelten	Niet	Mogelijk	Moeilijk denkbaar	Moeilijk denkbaar
Geconcentreerd	Gehele GW	Niet mogelijk	Mogelijk	Mogelijk	Mogelijk
	Gedeelten	Niet mogelijk	Mogelijk	Mogelijk	Mogelijk

Uit de vier vragen die hierboven zijn geformuleerd kunnen (mathematisch) 16 varianten worden gedestilleerd. Daarvan vallen er vier af aangezien concrete toetsing ex ante zich niet laat denken. Verder zijn de vier mogelijkheden waarin diffuse abstracte toetsing het uitgangspunt is, moeilijk denkbaar. Blijven over acht vormen van constitutionele toetsing plus alle mogelijke mengvormen daarvan.

Bijlage 3

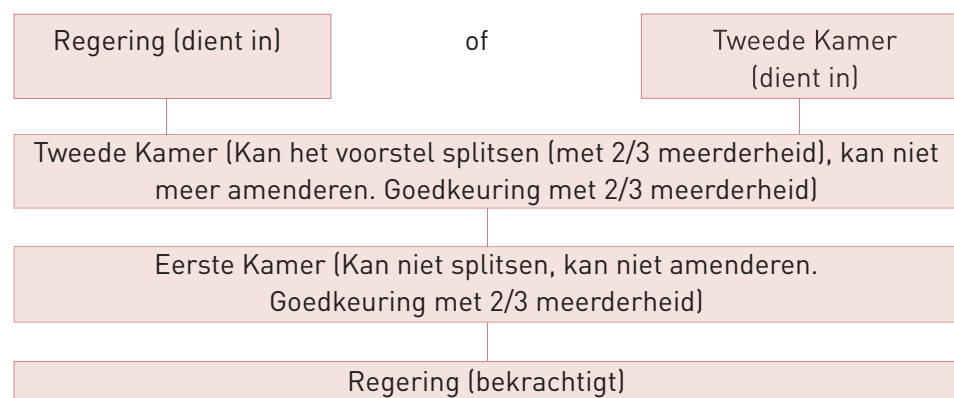
Bijlage 3 De huidige procedure van Grondwetsherziening

Eerste lezing (wetsvoorstel houdende een verklaring dat er grond bestaat een wijziging van de grondwet in overweging te nemen)



Na bekendmaking van deze wet wordt de Tweede Kamer ontbonden en een nieuwe Tweede Kamer gekozen. (Deze verkiezingen vallen vrijwel altijd samen met reguliere verkiezingen of politieke ontbindingsverkiezingen, maar de regering is bevoegd eerder te ontbinden, hoewel het ondenkbaar is dat dat gebeurt zonder instemming van de Tweede Kamer.)

Tweede lezing (wetsvoorstel tot verandering in de Grondwet)²⁸



Na bekendmaking treedt de verandering in de Grondwet terstond in werking

²⁸ Naar de heersende opvattingen maakt het lid dat het voorstel in eerste lezing aanhangig maakte, ook het voorstel in tweede lezing aanhangig en dient de Tweede Kamer het voorstel in. Indien er geen kamerlid is die dat voor zijn of haar rekening wil nemen dient de regering het voorstel in.

Bijlage 4

Bijlage 4 Een alternatieve procedure van grondwetsherziening

