University of Groningen

Criteria voor grondwetsherzieningen

Nap, Mentko

Published in:
 RegelMaat

DOI:
[10.5553/RM/0920055X2020035004007](https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2020035004007)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 Nap, M. (2020). Criteria voor grondwetsherzieningen. *RegelMaat*, 35(4), 275-281.
 <https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2020035004007>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Criteria voor grondwetsherzieningen

M. Nap

1. Inleiding

Ondanks alle berichtgeving rondom COVID-19 is het de liefhebbers vast niet ontgaan: aan de vooravond van het zomerreces verscheen een brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties met een verdere uitwerking van het kabinetsstandpunt over de aanbevelingen van de Staatscommissie parlementair stelsel.¹ Die commissie publiceerde vlak voor kerst 2018 een lijvig rapport met 83 aanbevelingen om het parlementaire stelsel (en andere Zaken van Groot Gewicht) toekomstbestendig te maken.² Een eerste kabinetsreactie verscheen vlak na de langste dag van 2019.³ Daarin werd alvast een onderverdeling gemaakt tussen ideeën waarvoor het kabinet te porren was, plannen waarover nog wat nachties geslapen moest worden, voorstellen die gewogen en te licht waren bevonden en aanbevelingen die aan het adres van het parlement waren gericht en daarom niet van een inhoudelijke reactie werden voorzien. Uit die eerste categorie vloeien enkele voorstellen tot grondwetsherziening voort. De vervolgbrief van afgelopen zomer gaat onder meer over de stand van zaken rondom deze voorstellen. Dat deed bij mij de vraag opkomen of er algemene criteria bestaan om voorstellen tot grondwetsherziening te beoordelen.

2. Regeringscriteria

De vraag wat in de Grondwet thuishoort en wat niet, is een breinbreker.⁴ Ronduit ontmoedigend is de verzuchting van wijlen C.A.J.M. Kortmann in 2002 in de kolommen van dit tijdschrift. Hij had, naar eigen zeggen in een zoveelste bui van overmoed, bewilligd in de uitnodiging van de redactie van *RegelMaat* om iets te zeggen over wat de inhoud van de Grondwet zou moeten zijn. Van die bewilliging had hij spijt, want hij vond de vraag 'te moeilijk'.⁵ Hij bevond zich destijds in

1 *Kamerstukken I* 2019/20, 34430, T. Een gelijkkluidende brief is aan de Tweede Kamer gezonden.

2 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 34430, nr. 9.

3 *Kamerstukken I* 2018/19, 34430, F.

4 Zie bijv. het bijzondere nummer van het *Nederlands Juristenblad* dat is uitgebracht ter gelegenheid van de viering van 150 jaar Grondwet, *NJB* 1998, afl. 5, p. 203-237 en G.F.M. van der Tang, 'Constitutie en Grondwet', *RegelMaat* 2003, afl. 6, p. 236-243.

5 C.A.J.M. Kortmann, 'Uit of in de Grondwet?', *RegelMaat* 2002, afl. 3, p. 75-82. Enkele jaren later vond Kortmann de vraag nog steeds moeilijk, maar waagde hij zich desalniettemin aan een eigen proeve voor een nieuwe Grondwet, zie C.A.J.M. Kortmann, 'Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?', in: *De Grondwet herzien. 25 jaar later*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2008, p. 7-24.

excellent gezelschap. Kort daarvoor had namelijk ook de regering gesteld dat ze geen weet heeft van algemene criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald of een grondwetsbepaling rijp is voor deconstitutionalisering en dat werkbare criteria vermoedelijk ook niet goed te bedenken zijn.⁶ Enkele jaren later, in 2010, werd de Staatscommissie Grondwet ingesteld om te adviseren over ‘versterking van de Grondwet’.⁷ Kortmann, lid van die commissie, zal in het eindrapport een bevestiging van zijn eerdere stelling hebben gezien. Op veel punten bleken de leden van de staatscommissie verdeeld; in het rapport komen ongebruikelijk veel minderheidsstandpunten voor.⁸ Die waren in veel gevallen te herleiden tot verschillen van mening over de vraag welke onderwerpen van constitutionele orde zijn. Hoewel het rapport niet veel heeft opgeleverd, bracht het de regering ertoe de discussie over criteria voor grondwetsherzieningen een beetje verder te helpen. Ter onderbouwing van haar nogal zuinige reactie kwam zij met twee maatstaven op de proppen. Pas als van een onderwerp kan worden gezegd dat het beschikt over constitutionele rijpheid en constitutionalisering ervan ook nog eens maatschappelijk noodzakelijk is, zag de regering goede gronden om een voorstel tot herziening van de Grondwet in overweging te geven.⁹ Die redenering, hoewel door velen om haar nietszeggendheid verguisd, is sindsdien meerdere malen en namens kabinetten die verwant waren aan verschillende coalities onderschreven.¹⁰ Mij lijkt dat we dan van doen hebben met een gevestigde praktijk.

3. Criteria van de Raad van State

Werkt de (Afdeling advisering van de) Raad van State met dezelfde criteria van rijpheid en noodzakelijkheid? Om dat uit te vogelen heb ik een dertigtal adviezen erop nageslagen. Naar volledigheid streefde ik niet; ik heb me beperkt tot het bestuderen van adviezen die zijn gedaan over herzieningsvoorstellen uit de periode na de laatste algehele grondwetsherziening (die van 1983/1987). In de meeste van die adviezen deed de Raad van State moeite om te komen met een algemene waardering van de constitutionele rijpheid van het voorliggende voorstel. Ik heb de aangetroffen opmerkingen gerubriceerd, als eerste aanzet voor een jurisprudentie van grondwetsherzieningen.

3.1 Noodzaak

Het door de regering sinds enkele jaren gebruikte criterium van noodzakelijkheid werd eerder al door de Raad van State gebruikt. Ik trof het bijvoorbeeld aan in het

6 *Kamerstukken I* 1998/99, 25620, nr. 177a, p. 4; *Kamerstukken I* 2001/02, 27551, nr. 56a, p. 4.

7 Zie het instellingsbesluit van 8 juli 2009, *Stcrt.* 2009, 10354.

8 Het rapport is gepubliceerd als bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17.

9 *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 4. Ik heb overigens de indruk dat de term ‘constitutionele rijpheid’ is ontleend aan het rapport van de commissie die moest adviseren over modernisering van grondrechten, zie het rapport van de commissie *Grondrechten in het digitale tijdperk*, Den Haag 2000, p. 48.

10 *Kamerstukken I* 2012/13, 31570, G, p. 2; *Kamerstukken II* 2013/14, 33989, nr. 3, p. 36; *Kamerstukken II* 2014/15, 31570, nr. 25, p. 3-4; *Kamerstukken II* 2014/15, 31570, nr. 28, p. 2; *Kamerstukken II* 2017/18, 32522, nr. 7.

advies over een initiatiefvoorstel om in de Grondwet te bepalen dat de zorg van de overheid gericht is op het bevorderen van het gebruik van de Nederlandse taal. In heel algemene bewoordingen stelde de Raad van State dat naar zijn oordeel slechts tot het wijzigen van de Grondwet dient te worden overgegaan 'indien objectieve factoren daartoe aanleiding geven en ook de noodzaak daartoe in brede kring wordt erkend'.¹¹ Latere initiatieven om de Nederlandse taal een beschermde grondwettelijke status te geven, werden op vergelijkbare wijze gewogen – en te licht bevonden.¹² Verder haalde de Afdeling advisering dit algemene beoordelingskader aan in haar waardering (of beter: het verwoorden van het gebrek daaraan) van het initiatiefvoorstel dat uitbreiding opperde van de lijst met de verboden gronden van onderscheid in het grondwetsartikel over gelijke behandeling.¹³

In sommige andere adviezen is de noodzakelijkheidstoets ook verricht, maar dan zonder de indruk te wekken van een algemeen beoordelingskader. Een wat ouder voorbeeld daarvan biedt een advies over de eerste poging om een regeling te treffen voor de vervanging van zwangere Kamerleden.¹⁴ De wetgevingsadviseur vond het voorstel onnodig, nu er praktische en minder ingrijpende manieren voorhanden waren om tijdelijke afwezigheid van parlementariërs te compenseren.¹⁵ Toen de regering het rond de eeuwwisseling nog weer eens probeerde, herhaalde de Raad van State zijn opvatting dat het voorstel onnodig was, omdat er eenvoudiger alternatieven beschikbaar zijn.¹⁶ Aan diezelfde periode ontleen ik nog twee illustraties van onderwerpspecifieke noodzakelijkheidstoetsen. Beide betreffen het zevende hoofdstuk van de Grondwet, over de inrichting van het lokale bestuur. Tot een jaar of twintig geleden waren gedeputeerden per definitie lid van provinciale staten, en hadden wethouders zitting in de gemeenteraad. De regering wilde aan die verplichte combinatie van functies een einde maken. Ze veronderstelde dat daarvoor een wijziging van de Grondwet nodig was en maakte een herzieningsvoorstel bij de Raad van State aanhangig. Die stelde dat vanwege het karakter en de bijzondere status van de Grondwet alleen tot wijziging kon worden overgegaan nadat aannemelijk was gemaakt dat daartoe een dringende behoefte bestaat. Omdat de Raad de gewone wetgever bevoegd achtte benoeming van wethouders van buiten de gemeenteraad mogelijk te maken, ontbrak het aan die dringende behoefte.¹⁷ Een variant op deze redenering kwam voorbij in een van de vele adviezen die ooit zijn uitgebracht over het veranderen van de grondwetsbe-

11 *Kamerstukken II* 1995/96, 24431, A, p. 1.

12 *Kamerstukken II* 2007/08, 31570, nr. 3, p. 16-18; iets minder afwijzend: *Kamerstukken II* 2010/11, 32522, nr. 4, p. 5-6.

13 *Kamerstukken II* 2011/12, 32411, nr. 5, p. 5.

14 Deze poging leed in 1994 schipbreuk tijdens de tweede lezing in de Eerste Kamer.

15 *Kamerstukken II* 1993/94, 23430, A, p. 2-4.

16 *Kamerstukken II* 2001/02, 28051, A, p. 2-3.

17 Het betrof een advies bij een voorstel tot aanpassing van art. 129 Gw. De Raad van State stelde dat art. 129 Gw zich niet tegen wethouders en gedeputeerden van buiten het betreffende vertegenwoordigende lichaam verzet, en dat grondwetsherziening daarom overbodig was. De regering nam deze conclusie over, het wetsvoorstel is niet ingediend bij de Tweede Kamer. Zie het advies van de Raad van State van 2 april 1997, nr. W01.96.0486, bijvoegsel *Stcrt.* 1997, 197.

paling inzake de benoemingswijze van burgemeesters (met meestal de commissaris van de Koning op de pakjesdrager). Toen de regering voorstelde om de Grondwet niet langer te laten bepalen dat burgemeesters en commissarissen door de kroon worden benoemd, maar de benoemingswijze door te spelen naar de gewone wetgever, constateerde de Raad van State dat dit voorstel als twee druppels water leek op een ontwerp dat al bij de Eerste Kamer in behandeling was. Dat was voor het college aanleiding te adviseren af te zien van indiening: het voorstel is ‘overbodig, en dus ongewenst’.¹⁸ In al deze adviezen is de ondertoon dat de Raad van State graag wil vasthouden aan het sobere karakter van de Grondwet – een term die overigens ook daadwerkelijk wordt gebruikt.¹⁹

3.2 *Duurzaam draagvlak*

Op lijstjes van landen met rigide grondwetten staat Nederland doorgaans hoog genoteerd, samen met bijvoorbeeld Denemarken en de Verenigde Staten. De combinatie van het doorgaans trage, want door Kamerontbinding onderbroken proces en de eis dat in tweede lezing een versterkte parlementaire meerderheid de herziening moet steunen, is daar debet aan. Wat de Raad van State betreft moet die rigiditeit haar schaduw vooruitwerpen: geregeld adviseerde hij de regering om pas aan een grondwetsherziening te beginnen als brede steun in de volksvertegenwoordiging gegarandeerd was. Dit uitgangspunt is wel heel pregnant verwoord in het advies over de invoering van een bindend referendum. Volgens het college was het ‘ongewenst’ om al parlementaire besluitvorming over een grondwetswijziging ‘te bevorderen op een moment waarop nog onzekerheid bestaat over belangrijke onderdelen van de uitvoeringswetgeving’.²⁰ In 1996 keerde de Raad van State zich tegen het kabinetsvoornemen om zelfstandige bestuursorganen een regeling in de Grondwet te geven. Het college vond het ‘niet verantwoord’ om dat te doen, zolang de discussie over de gewenste ontwikkeling van dergelijke bestuursorganen ‘nog niet is uitgekristalliseerd’.²¹ Ook in zijn beoordeling van diverse regeringsvoorstellen rondom de benoemingswijze van de burgemeester riep de Raad van State de regering bij herhaling op om zich er eerst van te verzekeren dat haar plannen konden rekenen op voldoende steun.²²

Een kleine tien jaar later, na echecs van pogingen tot deconstitutionalisering van de benoemingswijze van burgemeesters, stelde de regering van de weeromstuit voor om dan maar in de Grondwet te bepalen dat de burgemeester rechtstreeks wordt gekozen. Dat vond de Raad van State prematuur. Er was weliswaar overeenstemming dat de bestaande benoeming door de kroon zou moeten worden afgeschaft, maar over hoe het dan wel moest, liepen de ideeën nog sterk uiteen.

18 *Kamerstukken II* 2000/01, 27551, A, p. 2.

19 Zie bijv. het advies van 24 januari 2002, nr. W01.01.0465/I, bijvoegsel *Stcrt.* 9 november 2004, 216 (ook via www.raadvanstate.nl); *Kamerstukken II* 2007/08, 31570, nr. 3, p. 16; *Kamerstukken II* 2010/11, 32522, nr. 4, p. 2; *Kamerstukken II* 2011/12, 32411, nr. 5, p. 4; *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 4, p. 10-11.

20 *Kamerstukken II* 1996/97, 25153, A, p. 4.

21 *Kamerstukken II* 1997/98, 25629, B, p. 1.

22 *Kamerstukken II* 1997/98, 25620, A, p. 2; *Kamerstukken II* 2005/06, 30422, nr. 4, p. 1-2.

Het college vond het niet verantwoord om in de Grondwet onderwerpen te regelen ‘waarover de discussie nog niet is uitgekristalliseerd’. Dat uitgangspunt impliceert ‘niet alleen dat er op zeker moment brede overeenstemming moet bestaan, maar ook dat die overeenstemming een zekere duurzaamheid moet hebben’.²³ Deze redenering werd herhaald in adviezen over de uitbreiding van de lijst met gronden van verboden onderscheid in artikel 1 en over het verkleinen van het grondwettelijk aantal leden van de Staten-Generaal.²⁴ In dat laatste advies bediende de Afdeling advisering zich overigens van een jij-bak door de kabinetsreactie op het rapport van de staatscommissie Grondwet te citeren. Met het kabinet meende de Afdeling dat aanpassingen in de Grondwet ‘moeten voortvloeien uit ontwikkelingen die reeds in bestaande regelgeving of andere besluiten met voldoende draagvlak zijn bevestigd, dan wel in andere zin breed door de samenleving worden gedragen’.

Niet alleen onduidelijkheid over parlementaire (of maatschappelijke) steun, maar ook nieuwigheid is voor het college aanleiding om grondwetswijziging te ontraden. Toen de Raad voor de rechtspraak nog moest worden opgericht, was de regering aanvankelijk voornemens om die instantie een constitutionele basis te geven. Daar zag de Raad van State geen brood in. Bij het ‘vastleggen in de Grondwet van organen en bevoegdheden die hun waarde en functie voor het constitutionele bestel nog niet in de praktijk hebben bewezen’ kan maar beter terughoudendheid worden betracht, zo stelde hij in 1999.²⁵ Grondwetsherzieningen zijn kennelijk het sluitstuk van een debat over constitutionele vernieuwing, en niet het startschot.

Bij de recentste (en uiteindelijk succesvolle) poging om de benoemingswijze op het bordje van de gewone wetgever te krijgen, gooide de Afdeling advisering het over een ietwat andere boeg – wellicht juist omdat de initiatiefnemer in zijn toelichting erop had gewezen dat een parlementaire meerderheid voorstander was van verandering. Ditmaal zette de Afdeling een boom op over het belang dat de regeling van onderwerpen die van wezenlijk belang zijn voor de organisatie van de belangrijkste staatsinstellingen en voor de fundamentele rechten van burgers, wordt gekenmerkt door bestendigheid. Dat er de laatste jaren groeiende steun voor deconstitucionalisering viel waar te nemen, vormde volgens de Afdeling geen zelfstandig argument.²⁶ En zo kwam via de achterdeur het (parlementaire) draagvlak weer om de hoek kijken. De boodschap lijkt vooral te zijn dat de Afdeling advisering huiverig is voor grondwetswijzigingen die kunnen worden gerealiseerd louter omdat een toevallige of door regeerakkoorden afgedwongen meerderheid dat mogelijk maakt.

23 *Kamerstukken II* 2005/06, 30422, nr. 4, p. 2.

24 *Kamerstukken II* 2011/12, 32411, nr. 5, p. 5; *Kamerstukken II* 2011/12, 33345, nr. 4, p. 5.

25 *Kamerstukken II* 1998/99, 26352, A, p. 2.

26 *Kamerstukken II* 2012/13, 33239, nr. 4, p. 4.

3.3 Constitutionele orde

Veel dingen zijn belangrijk, maar niet alles is belangrijk genoeg om er een grondwetsbepaling aan te wijden. Over waar de grens loopt, zullen de opvattingen verschillen. Dat erkende ook de Raad van State in zijn advies bij een initiatiefvoorstel over dierenrechten in de Grondwet. Daartoe plaatste hij de discussie in een breder perspectief:

‘Wat de meeste grondwetten (...) gemeen hebben is dat ze gaan over overheid en burgers: grondrechten en inrichting van de staat met de voornaamste overheidsorganen, hun taken en bevoegdheden en onderlinge verhoudingen. Voor zover in de Grondwet rechten worden toegekend, gaat het om rechten van personen en instanties die in ons rechtssysteem rechtssubject kunnen zijn: burgers en als afgeleide hun organisaties.’²⁷

Daarop liep het stuk: dieren zijn volgens de Raad van State niet van constitutionele orde. Het komt in de advisering wel vaker voor dat aan de hand van de karakteristieken van de Grondwet bepaald wordt of een onderwerp zich leent voor constitutionalisering. Dergelijke afwegingen zijn te vinden in de al meermaalen gememoreerde adviezen over de benoemingswijze van de burgemeester, maar ook in adviezen over grondwettelijke verankering van een recht op veiligheid, de Nederlandse taal, een algemene bepaling en het lidmaatschap van de Europese Unie.²⁸

4. Afsluiting

Wie het voorgaande op zich laat inwerken, zal vast en zeker Kortmanns verzuchting onderschrijven. De vraag wat in de Grondwet thuishoort, is (te) moeilijk. Sommige van de criteria die in de loop van de tijd zijn gebruikt, lijken bij nader inzien gelegenheidsargumenten te zijn geweest. Aan de andere kant is het formuleren van dit soort beslisregels wel nuttig om te helpen bij het nadenken over samenhang en zeggingskracht in de Grondwet. Een voorwaarde lijkt me dan wel dat de criteria niet al te rechtlijnig worden gebruikt. Uit een recent advies valt op te maken dat dit ook de opvatting van de Afdeling advisering van de Raad van State is. Na het geven van een (enigszins van de mijne afwijkende) opsomming van uitgangspunten die in de praktijk worden toegepast bij de beslissing om tot grondwetswijziging over te gaan, schrijft de Afdeling: ‘De betekenis van deze criteria is relatief; zij zijn niet juridisch dwingend en zijn in het verleden niet altijd op dezelfde wijze toegepast. Zij zijn echter wel behulpzaam voor de beantwoor-

²⁷ *Kamerstukken II* 2006/07, 30900, nr. 4, p. 1.

²⁸ *Kamerstukken II* 1997/98, 25620, A, p. 2; het advies van 19 december 2001, nr. W01.01.0531/I (bij de Tweede Kamer ter inzage gelegd als bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 28036, nr. 4, maar makkelijker te vinden via www.raadvanstate.nl); *Kamerstukken II* 2005/06, 30422, nr. 4, p. 2; *Kamerstukken II* 2010/11, 32522, nr. 4, p. 2-5; *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 4, p. 10-11; *Kamerstukken II* 2019/20, 35202 (R2106), nr. 4, p. 4.

ding van de vraag of grondwetswijziging wenselijk is.’²⁹ En nu maar eens gaan kijken hoe dit uitpakt bij de grondwetswijzigingen waartoe de Staatscommissie parlementair stelsel heeft opgeroepen.

29 *Kamerstukken II* 2019/20, 35202 (R2126), nr. 4, p. 4.