

University of Groningen

Constitutionele toetsing in een weerbare democratische rechtsstaat

van Sasse van IJsselt, Paul

Published in:
 Nederlands Juristenblad NJB

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:
 2019

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

Citation for published version (APA):
 van Sasse van IJsselt, P. (2019). Constitutionele toetsing in een weerbare democratische rechtsstaat. *Nederlands Juristenblad NJB*, 2019(7), 452-461. [NJB 2019/363].

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.

Constitutionele toetsing in een weerbare democratische rechtsstaat

Paul van Sasse van Ysselt¹

Het vervallen initiatiefwetsvoorstel Halsema/Van Tongeren/Buitenweg tot herziening van artikel 120 Grondwet (gedeeltelijke opheffing van het gedeeltelijk verbod van rechterlijke constitutionele toetsing ex post) heeft twee belangrijke gevolgen gehad: versterkte aandacht voor de constitutionele toetsing ex ante en de herziening van artikel 137 Gw (herzieningsprocedure van de Grondwet). Beide komen eveneens aan bod in het advies van de staatscommissie parlementair stelsel. De staatscommissie doet bovendien voorstellen om feitelijk het initiatiefwetsvoorstel Halsema/Van Tongeren/Buitenweg in gemodificeerde vorm te revitaliseren.

1. Inleiding

De stekker is er uit; het initiatiefwetsvoorstel 'Halsema' tot herziening van artikel 120 Gw – over de gedeeltelijke opheffing van het gedeeltelijk rechterlijk toetsingsverbod aan de Grondwet – is niet meer. Op 9 oktober 2018 besloot de Tweede Kamer geruisloos dat het initiatiefvoorstel is vervallen: voortzetting van de behandeling zou strijdig zijn met de herzieningsprocedure van de Grondwet, zoals vastgelegd in artikel 137 Gw. Betreurd door de voorstanders van rechterlijke toetsing aan de Grondwet, waaronder – naar mag worden aangenomen – burgemeester Halsema van Amsterdam, die in 2002 als Kamerlid het voorstel in eerste lezing aanhangig maakte, en haar opvolgsters in de fractie van GroenLinks. Voor de tegenstanders van het voorstel zal het een stil voorbij gegleden dag van blijdschap zijn geweest. Wat daarvan zij, de behandeling van het initiatiefwetsvoorstel heeft geleid tot beweging op twee andere constitutionele fronten: een indringender aandacht voor de constitutionele toetsing in het wetgevingsproces (ex ante) en voor de herzieningsprocedure van de Grondwet. Daarnaast heeft het initiatiefvoorstel kunnen dienen als grondstof voor de staatscommissie parlementair stelsel² die haar eindrapport heeft uitgebracht op 13 december 2018. Daarin borduurt zij voort op alle drie de thema's door aan te bevelen om zowel de constitutionele toetsing ex ante te versterken als artikel 120 Gw en artikel 137 Gw te herzien.³ *Leitmotiv* achter deze voorstellen is een versterking van de weerbare democratische rechtsstaat en – afzonderlijk benoemd – het parlement. In deze bijdrage onderzoek ik de vraag of en zo ja, in welke mate het advies van de staatscommissie par-

mentair stelsel op deze onderdelen vernieuwend en overtuigend is. Daartoe analyseer ik eerst de achtergrond van het parlementair verloop van het voorstel 'Halsema' (par. 2) en de gevolgen daarvan voor de ontwikkelingen wat betreft de constitutionele toetsing ex ante (par. 3) en de wijzigingsprocedure van de Grondwet (par. 4). Vervolgens geef ik beknopt het advies van de staatscommissie op de genoemde drie thema's weer (par. 5), waarna ik voornamelijk de eerste twee voorstellen nader beschouw (par. 6) en afrond met een conclusie (par. 7).

2. Beperkt politiek draagvlak voor het initiatiefvoorstel Halsema

Het initiatiefvoorstel tot herziening van artikel 120 Gw werd aanhangig gemaakt in 2002.⁴ Het beoogde een doorbraak te forceren in anderhalve eeuw gesoebaat tussen voor- en tegenstanders van het gedeeltelijk rechterlijk constitutioneel toetsingsverbod.⁵ Dat verbod vindt zijn oorsprong in de Grondwet van 1848 en kon toen al op kritiek rekenen, nota bene van Thorbecke zelf, volgens wie de Grondwet niet 'een loutere vorm, [maar] eene nationale kracht [moet] wezen'⁶ en 'zou ophouden Grondwet te zijn, en de gewone wetgever, die zijn bestaan en regt enkel uit de Grondwet ontleent, [zou] boven de Grondwet wezen'. Toch is de discussie pas echt op gang gekomen na de jaren vijftig van de vorige eeuw.⁷ Toen is de Grondwet opengesteld voor de doorwerking van het internationale recht en konden rechters wetten gaan toetsen aan 'een ieder bindende bepalingen' van verdragen. Niettemin is er bij de herziening van de Grondwet in 1983 uiteindelijk voor gekozen het verbod te handhaven.⁸ Het onderwerp is ook

later in diverse kabinetten aan de orde geweest, mede aan de hand van adviezen van de Raad van State en Hoge Raad. In 1991 en in 1997 werd tevergeefs geprobeerd een definitief kabinetsstandpunt tot stand te brengen. Het kabinet Kok II (1998-2002) concludeerde uiteindelijk dat aan de invoering van constitutionele toetsing verschillende voor- en nadelen verbonden zijn die elkaar min of meer in evenwicht houden. In een nota hierover sprak het kabinet alles afwegend een voorzichtige voorkeur uit voor invoering van een rechterlijk toetsingsrecht aan klassieke grondrechten en enkele daaraan verwante bepalingen.⁹ Kort daarvoor had toenmalig Kamerlid mevrouw Halsema haar initiatiefvoorstel aanhangig gemaakt. De Raad van State, Hoge Raad, Raad voor de rechtspraak en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak adviseerden daar positief over.¹⁰ Politiek lag dat toch anders. Het wetgevingsproces en het politiek besluitvormingsproces die zouden volgen, bieden enig inzicht in het beperkte politieke draagvlak voor het voorstel.¹¹

Tijdens de behandeling van het voorstel in de Tweede Kamer in 2004 gaf toenmalig minister voor Bestuurlijke Vernieuwing De Graaf (kabinet Balkenende II) aan dat de voor- en nadelen 'elkaar min of meer in evenwicht houden en dat er geen sprake is van principiële bezwaren, als de mogelijkheid tot toetsen beperkt blijft tot de door de initiatiefneemster opgesomde subjectieve rechten met uitzondering van artikel 20, derde lid [recht op bijstand; PvS]'.¹² Dat advies werd bij de behandeling van het voorstel in de Eerste Kamer aangescherpt door toenmalig Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Ter Horst (kabinet Balkenende IV; 2007-2010). Zij bracht

nog zuiniger naar voren dat 'alles afwegende, de voordelen van het voorstel niet op voorhand zwaarder wegen dan de nadelen' en 'simpel gezegd: de nadelen wegen zwaarder dan de voordelen'.¹³ Het wetsvoorstel werd met een nipte meerderheid van 37 tegen 36 stemmen aangenomen in eerste lezing op 2 december 2008.¹⁴ In een kort daarop volgende brief aan de Eerste Kamer gaf de minister aan dat bij de beraadslaging binnen het kabinet over de vraag of het wetsvoorstel zal worden voorgedragen voor bekrachtiging in aanmerking is genomen dat het gaat om een eerste lezing van een grondwetsherziening. 'Het enige gevolg van bekrachtiging is daardoor, dat de weg wordt vrijgemaakt voor behandeling van het voorstel in tweede lezing nadat een nieuwe Tweede Kamer zal zijn gekozen. Het kabinet wil behandeling in tweede lezing niet onmogelijk maken en heeft daarom besloten het wetsvoorstel voor te dragen voor bekrachtiging'.¹⁵ Het kabinet liet er geen gras over groeien en beklemtoonde: 'Indien de tweede lezing van het initiatiefwetsvoorstel nog tijdens de zittingsduur van dit kabinet wordt behandeld, (...) het kabinet dit standpunt ook bij die gelegenheid (zal) blijven innemen. Dat het kabinet op dat moment uit de aard der zaak demissionair zal zijn, doet daaraan niet af'.¹⁶ Van die standpuntinname in de demissionaire periode zou het echter niet komen. Nadat de 'verklaringswet' was gepubliceerd in het *Staatsblad*,¹⁷ vonden verkiezingen plaats op 9 juni 2010. Deze hadden, gelet op artikel 137 Gw, mede ten doel de kiezers te raadplegen over de verklaringswet alvorens de beide Kamers het voorstel in tweede lezing zouden behandelen. Het initiatiefvoorstel werd leiswaar aanhangig gemaakt¹⁸ en de nieuwe Tweede Kamer

Auteur

1. Mr. dr. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt BA is werkzaam bij de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, tevens verbonden aan de Afdeling Staats- en bestuursrecht van de VU Amsterdam. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

Noten

- Ingesteld bij besluit van 1 februari 2017, *Stcrt.* 2017, 6895.
- Eindrapport staatcommissie parlementair stelsel (staatscommissie-Remkes), 13 december 2018, Amsterdam: Boom 2018. Vgl. tussenrapport staatscommissie parlementair stelsel, 21 juni 2018, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer als bijlage bij: *Kamerstukken II* 2017/18, 34430, 7, p. 82-87.
- Voorstel van wet van lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat in overweging te nemen een voorstel tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Kamerstukken II* 2001/02, 28331, 1-3.

- Kamerstukken II* 2001/02, 28331, 3. Aan het debat tussen voor- en tegenstanders van rechterlijke constitutionele toetsing ligt ten grondslag het constitutioneel-rechtstheoretische vraagstuk over de trias politica, checks and balances en de verhouding tussen rechterlijke en democratische legitimiteit, met als antagonisten wat betreft de constitutionele toetsing enerzijds Dworkin en Rawls (voor rechterlijke toetsing) en anderzijds J. Waldron (tegen). Zie o.a. J. Waldron, 'The Core of the Case against Judicial Review', in: J. Waldron, *Political Theory, Essays on Institutions*, Cambridge (Mass.) and London, England: Harvard University Press, 2016, p. 195-246. Zie voor een actueel overzicht van dit debat, mede in Europeesrechtelijke context: N.J. de Boer, *Judging European democracy: National constitutional review of European law and its democratic legitimacy*, (diss. Amsterdam UvA) 2018, p. 25-88.
- R.J. Thorbecke, *Aanteekening I, Voorrede*, Amsterdam: J. Müller 1839. In Thorbeckes denken lag het primaat in het politieke stelsel bij de Grondwet, zie: R. Aerts, *Thorbecke wil het. Biografie van een staatsman*, Amsterdam: Prometheus, 2018, p. 266-270; J. Drentje, *Thorbecke, een filosoof in*

- de politiek*, Amsterdam: Boom, p. 318-326.
- Zie voor enkele overzichten o.a.: G. Boogaard & J. Uzman, Commentaar op artikel 120 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2018 (www.Nederlandrechtsstaat.nl); Van der Pot, bewerkt door D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 194-204; P.P.T. Bovend'Eert, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2013, p. 341-346; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 349-354.
- Zie K. van Leeuwen, *Uit het spoor van Thorbecke, Grondwetsherziening en staatsvernieuwing in naoorlogs Nederland, 1945-1983*, Amsterdam: Boom 2013, p. 150-152; zie voorts noot 7.
- Kamerstukken II* 2001/02, 28355, 2 (Nota constitutionele toetsing).
- Kamerstukken II* 2002/03, 28331, 5 (advies Hoge Raad); *Kamerstukken II* 2002/03, 28331, A (advies Raad van State).
- Zie voor een fraai overzicht wat betreft de periode tot oktober 2011: H.M.B. Breunese, 'De lange weg van het initiatiefwetsvoorstel constitutionele toetsing', in:

- H.M.B. Breunese, W.J. Pedrolí & P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt (red.), *Het schip van staat* (Liber Amicorum René Mazel), Nijmegen: Wolf LP 2011.
- Handelingen II* 2003/04, 99, p. 6318-6342 (debat 15 september 2004).
- Handelingen I* 2008/09, 10, p. 491-492 (debat 25 november 2008).
- Handelingen I* 2008/09, 11, p. 541-543.
- Brief van 20 februari 2009, *Kamerstukken I* 2008/09, 28331, G.
- Brief van 2 april 2009, *Kamerstukken I* 2008/09, 28331, H, een verduidelijking van de eerdere brief (G) op dit onderdeel. Nadien nader verduidelijkt in een brief van 26 juni 2009, *Kamerstukken I* 2008/09, 28331, I.
- Wet van 25 februari 2009, *Stb.* 2009, 120.
- Voorstel van wet van het lid Halsema tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Kamerstukken II* 2009/10, 32334, 1-3.



bracht zelfs vlot verslag uit in oktober 2010, maar van een verdere behandeling door de Kamer zou het niet komen. Initiatiefnemer Halsema vertrok uit de Tweede Kamer op 11 januari 2011 en het voorstel raakte geruime tijd 'verweesd'. Daarnaast zat het gedoogkabinet Rutte I (VVD/CDA, gedoogsteun PVV; 2010-2012) de rit niet uit,¹⁹ waardoor in 2012 alweer verkiezingen werden gehouden en de Tweede Kamer werd ontbonden. Die leidden tot de vorming van het kabinet Rutte II (VVD, PvdA; 2012-2017). De lange zittingsperiode van dit kabinet gaf de – voor de tweede maal opnieuw samengestelde – Tweede Kamer kennelijk voldoende gelegenheid de draad alsnog op te pakken. Zij ging over tot behandeling van het initiatief-

voorstel waarvan de behandeling inmiddels was overgenomen door Kamerlid Van Tongeren. Van een afronding van de behandeling kwam het echter ook deze keer niet, nadat zou blijken dat de fractie van de VVD zich niet langer achter het voorstel schaarde en er geen meerderheid voor het voorstel in het vooruitzicht lag. Na de inbreng van de fracties van de Tweede Kamer in eerste termijn heeft de initiatiefneemster het erbij gelaten. Aldus is er geen reactie gegeven op de inbreng van de fracties. Nadat andermaal nieuwe verkiezingen (15 maart 2017) en ontbinding van de Tweede Kamer plaatsvonden, is het initiatiefvoorstel uiteindelijk vervallen verklaard.²⁰ De inbreng van de VVD-fractie en de kritische houding van met name

Al met al bracht het initiatiefwetsvoorstel de Tweede Kamer ertoe zich te bezinnen op de rol van de wetgever, in het bijzonder die van de Tweede Kamer als orgaan van een van beide medewetgevers, in de constitutionele toetsing ex ante

de SGP-fractie over de procedurele gang van zaken zouden leiden tot aandacht voor de constitutionele toetsing ex ante (par. 3) en de herzieningsprocedure (par. 4).

3. Constitutionele toetsing ex ante

Tijdens de parlementaire behandeling van het initiatiefvoorstel inzake de herziening van artikel 120 Gw is de rol van de wetgever in de constitutionele toetsing ex ante regelmatig aan de orde gesteld. Meest recent gebeurde dat in de schriftelijke behandeling in tweede lezing.²¹ Voorts bood de eerste termijn van de plenaire behandeling van het voorstel in tweede lezing op 5 maart 2015 de fractie van de VVD de gelegenheid de aandacht volop te verleggen naar de toetsende rol van de wetgever. Het accent lag daarbij op de rol van het parlement. Het voorstel van Kamerlid de heer Taverne (VVD) voor de instelling van een (volg) commissie constitutionele zaken kon echter op geen enkele bijval rekenen. Het moment voor het idee van een aparte Kamercommissie leek politiek niet handig gekozen en te gebrekkig gecommuniceerd, terwijl het idee als zodanig allerm minst nieuw was.²² De oproep tot versterking van de constitutionele toets in het wetgevingsproces, onder andere middels een dergelijke Kamercommissie, is eerder gedaan in de rechtsliteratuur en door de voormelde Nationale Conventie en de staatscommissie Grondwet.²³

Al met al bracht het initiatiefwetsvoorstel de Tweede Kamer ertoe zich te bezinnen op de rol van de wetgever, in het bijzonder die van de Tweede Kamer als orgaan van een van beide medewetgevers, in de constitutionele toetsing ex ante. Het kabinet kon de hem voorgelegde vragen daarover niet meer beantwoorden. De gelegenheid daartoe zou zich echter nog volop voordoen. Tijdens de behandeling van de begroting van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 18 november 2015 werd de motie-Klein ingediend en vervolgens breed aanvaard.²⁴ Zij verzocht de regering om 'een constitutionele toets voortaan op te nemen in de memorie van toelichting van wetsvoorstellen.' Aan de motie liggen de overwegingen ten grondslag dat de wetgevende macht 'gerechtigd is om wetten aan de Grondwet te toetsen', 'het belangrijk is dat de Kamer daad-

werkelijk haar taak van het toetsen van initiatiefwetten en wetsvoorstellen aan de Grondwet uitvoert', en 'dat een VenJ-toets en een uitvoeringstoets wel al deel uitmaken van het wetgevingsproces'. De eerste twee overwegingen zijn onmiskenbaar juist, maar dragen niet of nauwelijks bij aan de onderbouwing van het dictum. Wel zijn zij van waarde als politiek signaal.²⁵ De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties gaf in zijn reactie op de motie aan dat, en hoe de motie (reeds) wordt uitgevoerd.²⁶ Ondertussen besloot het Presidium van de Tweede Kamer op 13 september 2017 om een verzoek te richten aan de vaste en algemene commissies binnen de Tweede Kamer om 'standaard een constitutionele toets uit te voeren ten aanzien van de in hun handen gestelde zaken' en aldus meer aandacht te besteden aan de constitutionele toets in het wetgevingsproces.²⁷ Daaruit vloeiden twee verzoeken voort. Per brief van 31 januari 2018 verzocht de Voorzitter van de Tweede Kamer aan de minister-president dat het zeer wenselijk zou zijn als in de memorie van toelichting bij een wetsvoorstel expliciet wordt stilgestaan bij mogelijke constitutionele aspecten en deze wens van de Kamer ter kennis te brengen van de ministerraad. Kort daarna verzocht de griffier van de vaste commissie voor Europese Zaken van de Tweede Kamer de Minister van Buitenlandse Zaken om in BNC-fiches voortaan uitdrukkelijk aandacht te besteden aan eventuele constitutionele aspecten van EU-voorstellen en hiertoe een nieuwe rubriek aan het BNC-sjabloon toe te voegen.²⁸ In haar reactie op beide verzoeken zette de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (andermaal) uiteen op welke uitgebreide wijze de constitutionele toetsing ex ante reeds plaatsvindt en welke toetsen alerteringsinstrumenten er zijn om daaraan concreet invulling te geven en de uitvoering ervan te bewaken. Niettemin toonde de minister zich bereid, mede namens de minister-president en de Minister van Buitenlandse Zaken, om 'de constitutionele toets nader te expliciteren in de memories van toelichting en in BNC-fiches door de vermelding van "kopjes", alsmede door expliciete vermelding van de Grondwet als hogere regeling in de relevante aanwijzingen van de regelgeving bij een volgende gelegenheid' en,

19. Het zou wel nog in staat zijn een reactie te geven op het advies van 11 november 2010 van de staatscommissie Grondwet, dat adviseerde tot herziening van art. 120 Grondwet: *Kamerstukken II 2011/12*, 31570, 20 (kabinetsstandpunt van 24 oktober 2011).

20. www.tweedekamer.nl/kamerstukken/stemmingsuitslagen/detail?id=2018P15089. Meer hierover, hierna in par. 4.

21. *Kamerstukken II 2010/11*, 32334, 5.

22. Kritisch waren in het bijzonder de fracties van SGP en D66, waarvan toenmalig Kamerlid de heer Schouw (D66) het commissievoorstel kwalificeerde als 'halfbakken idee dat absoluut niet doordacht is'; *Handelingen II 2015/16*, 60-11. Uitgebreid hierover: P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, *Realisering van grondrechten. De rechtsplicht van de overheid tot de verwerkelijking van*

grondrechten bij botsende rationaliteiten en belangen in een rechtspolitieke context, (diss. Amsterdam VU) 2018, in het bijzonder p. 72-74.

23. Van Sasse van Ysselt 2018, p. 73.

24. Motie Klein, Voortman (Groen Links), Van Raak (SP), Veldman (VVD) en Koşer Kaya (D66), *Kamerstukken II 2015/16*, 34300 VII, 48.

25. Van Sasse van Ysselt 2018, p. 73.

26. *Kamerstukken II 2015/16*, 34300 VII, 63.

27. Zie voorts de besluitenlijst van procedurevergadering van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van 21 december 2017, onder punt 38 (werkwijze constitutionele toetsing).

28. Brief van 22 februari 2018.

zoals eerder toegezegd, een Handreiking constitutionele toetsing uit te brengen.²⁹

Dat de wetgever aparte kopjes in de memorie van toelichting en in BNC-fiches nodig heeft om aan één van zijn kerntaken te moeten worden herinnerd, is bijzonder, maar kennelijk nodig. Uiteindelijk vraagt een degelijke en systematische toetsing behalve bewustzijn en kennis ervan, om tijd, prioriteit en op politiek niveau een minister of – vanuit de Staten-Generaal – een Kamerlid met voldoende kennis en gezag om anderen te overtuigen en de uitkomst van een constitutionele toets en daaraan gerelateerd advies over te laten nemen. Juridische en politieke rationaliteit hebben elkaar (ook op dit terrein) nodig om effectief resultaat te boeken.

4. Struikelpartij bij voortzetting en beëindiging initiatiefvoorstel ‘Halsema’

Het tweede effect van het initiatiefwetsvoorstel ‘Halsema’ betreft een versterking van de bezinning op de grondwettelijke herzieningsprocedure, vastgelegd in artikel 137 Gw.

Dat de wetgever aparte kopjes in de memorie van toelichting en in BNC-fiches nodig heeft om aan één van zijn kerntaken te moeten worden herinnerd, is bijzonder, maar kennelijk nodig

Dat artikel schrijft voor dat na de bekendmaking van de verklaringswet in eerste lezing – en ontbinding van de Tweede Kamer – een tweede lezing plaatsvindt: ‘Nadat de nieuwe Tweede Kamer is samengekomen, overwegen beide kamers in tweede lezing het voorstel tot verandering, bedoeld in het eerste lid. (...)’ (lid 4). Over de toepassing van deze bepaling heeft regelmatig discussie plaatsgevonden in de afgelopen decennia. Het gaat daarbij onder andere om de vraag of de tweede lezing moet worden afgerond door de Tweede Kamer die daartoe is gekozen. Deze vraag speelde een centrale rol in het geval van het initiatiefvoorstel constitutionele toetsing.

4.1. Constitutionele beleidsafspraken over voortvarende behandeling

Over voornoemde vraag en daarmee samenhangende vragen met betrekking tot de toepassing van de herzieningsprocedure van de Grondwet zijn informele afspraken gemaakt tussen regering en Tweede Kamer.³⁰ Deze komen erop neer dat als de eerste lezing van een voorstel tot grondwetsherziening als initiatiefwetsvoorstel aanhangig is gemaakt, ook het wetsvoorstel in tweede lezing door een of meer leden van de Tweede Kamer in procedure

wordt gebracht.³¹ In dergelijke gevallen worden door de initiatiefnemer(s) en de regering afspraken gemaakt over de wijze van indiening.³² Deze afspraken zijn erop gericht zeker te stellen dat het wetsvoorstel zo spoedig mogelijk na het besluit tot ontbinding van de Tweede Kamer aanhangig wordt gemaakt. De Afdeling advisering van de Raad van State kan haar advies over het wetsvoorstel dan uitbrengen voor de dag van eerste samenkomst van de nieuwgekozen Tweede Kamer, zodat de nieuwe Tweede Kamer in de gelegenheid is de inhoudelijke behandeling van het wetsvoorstel voortvarend ter hand te nemen en ‘te voorkomen dat zij de tweede lezing niet kan afronden’.³³ Indien de nieuw gekozen Tweede Kamer de heroverwegingsplicht niet vervult, en indien daarvoor bijzondere omstandigheden aanwezig zijn geweest, kan het tweedelezingsvoorstel ook behandeld worden door de daaropvolgende Tweede Kamer. Het is dus niet ongrondwettig als de behandeling van de tweede lezing wordt afgerond door een latere Tweede Kamer dan de Tweede Kamer die daartoe grondwettelijk is gekozen. Het kan immers gebeuren dat de zittingsduur van een Tweede Kamer erg kort is, zoals wanneer een kabinet snel valt en de Kamer als gevolg daarvan weer wordt ontbonden.³⁴ De Raad van State en het parlement waren het toen eens met deze lijn. Deze lijn uit 2003 heeft het kabinet herbevestigd in een nota in 2009.³⁵ Deze nota stelt dat het streven er wel op moet zijn gericht de behandeling van de tweede lezing af te ronden door de Tweede Kamer die gekozen is direct na de afronding van de eerste lezing. Het zou volgens deze nota zeer onwenselijk zijn als de behandeling van de tweede lezing zou worden uitgesteld omdat een ‘gunstiger’ samenstelling van een volgende Tweede Kamer wordt voorzien. Die lijn is ook nadien steeds uitgedragen, zoals in het debat in de Eerste Kamer over de staat van de rechtsstaat.

4.2. Het voorstel Halsema in het licht van de constitutionele beleidsafspraken

Ook ten aanzien van het voorstel-Halsema was afgesproken dat ten behoeve van de tweede lezing daarvan zo spoedig mogelijk na het besluit tot ontbinding van de Tweede Kamer een initiatiefwetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig zou worden gemaakt.³⁶ Aldus geschiedde door toenmalig Kamerlid Halsema. Daardoor zou ‘overweging’ van het voorstel door de in 2010 gekozen en nieuw samengestelde Tweede Kamer mogelijk moeten zijn geweest. Van een behandeling van het voorstel kwam het echter niet. Dat gebeurde evenmin door de opvolgende in 2012 gekozen Tweede Kamer. De behandeling van het voorstel in tweede lezing kwam niet verder dan de eerste termijn van de zijde van de Kamer op 5 maart 2015, zoals hiervoor is weergegeven. Het langdurig stil liggen van de behandeling van het initiatiefvoorstel bleef (ook) tijdens die eerste termijn niet onopgemerkt, mogelijk niet toevallig door de fractiewoordvoerders die ook om inhoudelijke redenen zich niet achter het voorstel hadden geschaard. Na de schorsing van de behandeling is voortzetting van de behandeling uitgebleven. In 2017 vonden wederom Tweede Kamerverkiezingen plaats en werd de Tweede Kamer opnieuw samengesteld; de derde keer sinds de afronding van de eerste lezing. Omdat agendering van het voorstel voor verdere behandeling vooralsnog uitbleef, greep Kamerlid Van der Staaij

(SGP) zijn kans om vragen daarover te stellen in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel tot opnemings van een algemene bepaling in de Grondwet op 31 mei 2017.³⁷ Samen met Kamerlid Van Raak (SP) beoogde hij de discussie te beslechten per motie: 'spreekt uit dat dit voorstel [inzake constitutionele toetsing; PvS] helaas niet de door de Grondwet voorgeschreven procedure heeft gevolgd, en daarom niet langer door de Kamer behandeld kan worden, maar geacht moet zijn door de Tweede Kamer te zijn verworpen.'³⁸ Dit ging volgens vele Kamerleden en de Voorzitter begrijpelijkerwijs ineens wel heel erg snel. Besloten werd om de Afdeling advisering van de Raad van State te vragen om voorlichting. In haar voorlichting van 27 september 2017 oordeelde de Afdeling advisering dat het voorstel (toen nog: Van Tongeren) geacht moet worden te zijn vervallen, omdat zich geen bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan die kunnen rechtvaardigen dat de in 2010 gekozen Kamer het voorstel niet heeft afgehandeld. Daarna hebben in 2012 en 2017 opnieuw verkiezingen plaatsgevonden en is het voorstel evenmin volledig behandeld. Wel is het volgens de Afdeling advisering aan de Kamer om uitdrukkelijk te beslissen of zij dit oordeel overneemt.³⁹ Daarnaast deed de Afdeling enkele aanbevelingen om de grondwetsherzieningsprocedure aan te passen en de verduidelijken. Nadien werd geruime tijd niets vernomen.⁴⁰ Op 18 september 2018 verscheen echter ineens een brief van Kamerlid Buitenweg (GrL) strekkende tot overname (van fractiegenoot Van Tongeren) en intrekking van het initiatiefvoorstel.⁴¹ Het is een wat merkwaardige brief. De brief kan het beoogde rechtsgevolg namelijk niet hebben, omdat artikel 137 lid 1 en 4 Gw, verplichten tot het overwegen van een voorstel tot Grondwetswijziging in tweede lezing. Daarnaast is de brief ongelukkig beargumenteerd. Anders dan het Kamerlid overweegt, bestaat er immers geen twijfel of het voorstel via de juiste procedure aanhangig is gemaakt, maar of de behandeling van het – in 2010 correct aanhangig gemaakte voorstel – wel kan worden voortgezet door een derde opvolgende Tweede Kamer. De Tweede Kamer zal – zoals ook de Raad van State adviseerde – zelf moeten besluiten dat het voorstel als vervallen moet worden beschouwd.⁴² Daartoe adviseert dan ook de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer aan de Tweede Kamer per brief van 27 september

Het is dus niet ongrondwettig als de behandeling van de tweede lezing wordt afgerond door een latere Tweede Kamer dan de Tweede Kamer die daartoe grondwettelijk is gekozen

2018 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer en verzoekt zij de Voorzitter de brief ter stemming voor te leggen.⁴³ Dat gebeurt tijdens de Regeling van werkzaamheden van 9 oktober 2018, waarbij de Voorzitter de Kamer had voorgesteld conform het voorstel van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken te besluiten. Daartoe werd besloten.⁴⁴

4.3. Wijziging van de wijzigingsprocedure van de Grondwet?

De grondwetsherzieningsprocedure dient een balans te kennen tussen enerzijds duurzaamheid en stabiliteit van het staatsbestel en anderzijds de mogelijkheid dat veranderingen in de meerderheidsopvatting over de fundamentele kenmerken van dat staatsbestel hun weerslag kunnen krijgen in de Grondwet.⁴⁵ In de eerdergenoemde notitie uit 2009 is geschetst op welke wijze de herzieningsprocedure zou kunnen worden aangepast om de waarborgen voor een snelle behandeling te versterken.⁴⁶ Het toenmalige kabinet kwam uiteindelijk tot de conclusie dat het nodig noch wenselijk was om de constitutionele mogelijkheid van voortgezette behandeling door een Tweede Kamer die niet is samengesteld na de grondwetsontbinding nader in te perken. De kabinetsnotitie is niet besproken met de Tweede Kamer. Wel vroeg Kamerlid Van der Staaij tijdens het algemeen overleg over de kabinetsreactie op het advies van de staatscommissie Grondwet of het toenmalig kabinet voornemens was voorstellen te doen tot wijziging van de grondwetsherzieningsprocedure.⁴⁷ Daartoe zijn geen voorstellen gedaan.⁴⁸ Gelet op de hiervoor geschetste gang

29. Kamerstukken II 2018/19, 35000 VII, 38.

30. Kabinetsnotitie, Kamerstukken I 2008/09, 28331, 1.

31. Zie Bijlage *Handelingen I* 1971/72, 11302, 7a en *Kamerstukken II* 1976/77, 1413, 3, p. 7. Zie voor de achtergrond van de totstandkoming van dit uitgangspunt: H.M.B. Breunese, 'Grondwetsherziening op initiatief van de Tweede Kamer', *Regelmaat* 2009 (24) 2, p. 107-117 (in het bijzonder p. 114-115).

32. Kamerstukken I 2008/09, 28331, 1, p. 5.

33. Kamerstukken I 2008/09, 28331, 1, p. 6.

34. Dit deed zich bijvoorbeeld voor in 2002 bij het eerste kabinet Balkenende.

35. Kamerstukken I 2008/09, 28331, 1.

36. Zie de brief van de Minister van BZK van 7 juli 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 28331, 21, waarnaar is verwezen in de memorie van toelichting bij het in tweede lezing aanhangig gemaakte wetsvoorstel, *Kamerstukken II* 2008/09, 33281, 3.

37. *Handelingen II* 2016/2017, 81, item 7, p. 5-8. Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een algemene bepaling, *Kamerstukken* 34516.

38. Kamerstukken II 2016/17, 34516, 13 (motie Van der Staaij/Van Raak). De motie is aangehouden tot na de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van

State.

39. Kamerstukken II 2017/18, 32334, 11.

40. Wel werd het kabinet nog regelmatig door de Eerste Kamer bevraagd naar de stand van zaken met betrekking tot de voortzetting van de behandeling van het voorstel, zoals tijdens de plenaire behandeling van de voorstellen tot wijziging van de Grondwet algemene bepaling (Verslag *Kamerstukken I* 2017/2018, 20, item 7) en eerlijk proces (Verslag *Kamerstukken I* 2017/2018, 19, item 10), en de staat van de rechtsstaat (22 mei 2018).

41. Kamerstukken II 2017/18, 32334, 12.

42. Voorkeur voor het in stemming brengen van het wetsvoorstel: T. van Gennip, 'Het intrekken van het voorstel-Halsema is

onggrondwettig', *NJB* 2018/1952 en E.Y.

van Vugt, 'Ruim, redelijk of rigide: de uitleg van artikel 137, vierde lid, Grondwet door de Raad van State, *TvCR* 2019 (1), p. 51-63 (62-63).

43. Kamerstukken II 2018/19, 32334, 13.

44. *Handelingen II* 2018/19, nr. 10, item 8, p. 1.

45. Zie o.a. Van Sasse van Yssel 2018, p. 59-60.

46. Kamerstukken II 2009/10, 31570, 14.

47. Kamerstukken II 2011/12, 31 570, 22, p. 18-19.

48. Vgl. Kamerstukken II 2011/12, 31570, 23, p. 3.

van zaken blijken de constitutionele beleidsafspraken inzake de wijze en het tijdstip waarop initiatiefvoorstellen inzake grondwetswijziging in tweede lezing aanhangig zijn gemaakt en behandeld onvoldoende nagekomen. Dit roept de vraag op of aanpassing van de grondwetsherzieningsprocedure alsnog aangewezen is. Deze vraag is ook opgeworpen tijdens de behandeling van het toenmalige voorstel van wet van Kamerlid Jetten inzake de deconstitutionalisering van de benoeming van de commissaris van de Koning en de burgemeester.⁴⁹ Daarin vroeg Kamerlid Bisschop (SGP) (opnieuw) naar de procedure tot herziening van de Grondwet, gelet op de gang van zaken met betrekking tot de indiening van de tweede lezing van de grondwetsvoorstellen waarvan de eerste lezing tijdens de vorige zittingsperiode van de Kamer was afgerond en gelet op de voornoemde voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 27 september 2017. In reactie daarop heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties toegezegd artikel 137 Gw kritisch te bezien, zowel wat betreft het moment van indiening als de tijdige afronding van voorstellen in eerste lezing.⁵⁰

5. Advies staatscommissie parlementair stelsel

In haar eindrapport van 13 december 2018 beveelt de staatscommissie parlementair stelsel aan om zowel de constitutionele toetsing ex ante te versterken als de artikelen 120 en 137 Gw te herzien.

Kernmotieven die ten grondslag liggen aan het advies tot herziening van artikel 120 Gw zijn een versterking van de individuele rechtsbescherming, het aanbrenge van een institutioneel evenwicht tussen wetgever en rechter, versterking van de weerbare democratische rechtsstaat en van de normatieve kracht en de maatschappelijke betekenis van de Grondwet.⁵¹ In vergelijkbare, niet geheel aansluitende, bewoordingen geeft de staatscommissie aan dat van de argumenten pro en contra doorslaggevend zijn de rechtsstatelijke argumenten van machtspreiding en de behoefte om te voorzien in een lacune in de rechtsbescherming.⁵² Ten aanzien van het toetsobject adviseert de staatscommissie de opsomming over te nemen zoals die is opgenomen in het (vervallen) wetsvoorstel-Halsema/Van Tongeren/Buitenweg. Het gaat daarbij in essentie om de klassieke vrijheidsrechten. Van de bepalingen waaraan kan worden getoetst adviseert de staatscommissie 'eveneens' deel te laten uitmaken 'de voorstellen tot aanvulling van de Grondwet met de algemene bepaling, de uitbreiding van artikel 13 Grondwet (...) en de bepaling over een eerlijk proces (wanneer die in tweede lezing worden aanvaard)'.⁵³

Voorts adviseert de staatscommissie de toetsingsbevoegdheid toe te kennen aan een speciaal in te stellen Constitutioneel Hof. Dat zou volgens de staatscommissie tevens enkele andere bevoegdheden opgedragen moeten krijgen, zoals die tot het verbieden van politieke partijen.⁵⁴ Wat betreft de versterking van de constitutionele toetsing ex ante, lijkt het motief daarvoor deels aan te sluiten bij dat voor de herziening van artikel 120 Gw, maar geëxpliciteerd is dat niet. Eerstgenoemd voorstel lijkt meer een afgeleide te zijn van het tweede, waarop het eerste overigens een 'positief effect'⁵⁵ kan hebben. Voorgesteld wordt 'in de departementale fase van voorbereiding [van wetge-

ving], waaronder nadrukkelijk ook in de internetconsultatie, meer dan nu het geval is,' aandacht te hebben voor de constitutionele aspecten.⁵⁶ Daarnaast kan het volgens de staatscommissie behulpzaam zijn wanneer in de toelichting op een (initiatief)wetsvoorstel een afzonderlijke paragraaf wordt gewijd aan constitutionele aspecten, daarbij verwijzend naar voorstellen die in de Tweede Kamer al zijn gedaan.

Tot slot het derde deelthema dat in deze bijdrage centraal staat: de herzieningsprocedure van de Grondwet. Het is de staatscommissie daarbij te doen om een lichte verschuiving van de erin gewaarborgde balans tussen stabiliteit en verandering. Zij stelt voor om de tweede lezing te laten plaatsvinden door een gezamenlijke vergadering van beide kamers, de verenigde vergadering.⁵⁷ Gevolg daarvan is – bij behoud van een tweede derde meerderheid – dat de blokkerende minderheid in de Eerste Kamer groter wordt. Daardoor zal een grondwetswijziging eerder doorgang kunnen vinden, terwijl de invloed van de Eerste Kamer op een bescheiden manier wordt gerelativeerd en de Eerste Kamer als instituut minder kwetsbaar wordt.

Het geheel overziende, rijst de vraag wat nieuw is en hoe overtuigend deze voorstellen van de staatscommissie zijn, mede in het licht van de teloorgang van het initiatiefvoorstel Halsema/Van Tongeren/Buitenweg, de gevolgen daarvan op de toetsing ex ante en de wijzigingsprocedure van de Grondwet, en de context van de weerbare democratische rechtsstaat. Daarop ga ik hierna in.

6. De voorstellen van de staatscommissie nader beschouwd

Het advies van de staatscommissie parlementair stelsel om artikel 120 Gw te herzien, volgt op het vastgelopen en vervallen verklaard initiatiefwetsvoorstel Halsema/Van Tongeren/Buitenweg en op vele kabinetsnota's en adviezen, waaronder die van eerdere (staats)commissies, waaraan (op dit onderdeel) de afgelopen halve eeuw ondanks uitvoerige deliberatie welbewust geen gevolg is gegeven.⁵⁸ Dat getuigt van aan naïviteit grenzend lef, temeer in een politiek landschap waarin de rechter ten onrechte eerder meer dan minder onder (politiek) vuur lijkt te zijn komen liggen.⁵⁹ Reeds daarom kan moeilijk worden verwacht dat eenzelfde voorstel enkel vanwege een *nieuwe* politieke constellatie tot een andere afweging zal leiden. Optimisme is echter een fraaie deugd. Een hernieuwd voorstel tot herziening van artikel 120 Gw verlangt dan ten minste wel een nieuwe argumentatie, het liefst één die aansluit bij de politieke rationaliteit van vandaag de dag. Is daarvan sprake? Mijn inziens is dat slechts in zeer beperkte mate het geval. Zelfs een van

Voorts adviseert de staatscommissie de toetsingsbevoegdheid toe te kennen aan een speciaal in te stellen Constitutioneel Hof

Het advies van de staatscommissie om artikel 120 Gw te herzien getuigt van aan naïviteit grenzend lef

de twee onderdelen waarin het advies afwijkt van eerdere voorstellen en adviezen – de toedeling van de toetsingsbevoegdheid aan een speciaal in te stellen Constitutioneel Hof in plaats van aan alle rechters (gespreide toetsing) – is in de (parlementaire) behandeling en argumentatie van die voorstellen en adviezen uitvoerig aan de orde geweest. Blijft in essentie over het motief van de weerbare democratische rechtsstaat.⁶⁰ Op beide onderdelen ga ik hierna in. Daarna volgt een korte bespreking van de andere voorstellen van de staatscommissie die in deze bijdrage centraal staan, de constitutionele toetsing ex ante en de herzieningsprocedure.

6.1. Motief weerbare democratische rechtsstaat

Met het motief van de weerbare democratische rechtsstaat heeft de staatscommissie gekozen voor een thema dat prominent op de politieke agenda staat van het kabinet en van de Tweede Kamer. Geheel overtuigend brengt de staatscommissie haar argumentatie op dit onderdeel echter niet. Een rechterlijke toetsingsbevoegdheid kan immers van nut zijn ten aanzien van zowel wetgeving die tot stand is gekomen door een wetgever ten tijde van een eenmaal gevestigd illiberaal democratisch of antidemocratisch landsbestuur, als van wetgeving die grondwettelijk

ke en internationale grondrechten aanzienlijk beperken ten behoeve van de bescherming van de (weerbare) democratie die ertoe zou moeten leiden dat illiberale regimes aan de macht kunnen komen.⁶¹ Onduidelijk is welke van beide doeleinden de staatscommissie hier precies voor ogen heeft, ik vermoed de laatste, maar mogelijk allebei. Daarbij dient te worden bedacht dat de regering het pad van de preventieve maatregelen al is ingeslagen met haar regeerakkoord.⁶² Dat akkoord bouwt voort op een al langer lopend politiek-juridisch debat over de wenselijkheid en mogelijkheid om (sneller) te kunnen optreden tegen antidemocratische organisaties.⁶³ Tot de maatregelen die in het regeerakkoord worden genoemd, behoren de aanpassing van artikel 2:20 BW, waarmee 'de verbodsbepaling voor radicale organisaties die tot doel hebben om onze democratische rechtsstaat omver te werpen of af te schaffen, wordt uitgebreid',⁶⁴ het voornemen om *outlaw motorcycle gangs* beter te kunnen aanpakken in samenhang met het daarin te voorziene initiatiefwetsvoorstel bestuurlijk verbod ondermijnende organisaties,⁶⁵ de invoering van een transparantieplicht voor maatschappelijke en religieuze organisaties⁶⁶ en het hen verbieden om ongewenste financiën uit het buitenland te ontvangen.⁶⁷ Het gaat hier om voorstellen waarbij in elk geval inperking plaats vindt van artikel 8 Gw (vrijheid van vereniging en vergadering) dat als inperkingseisen stelt de aanwezigheid van een (specifiek geformuleerde) wet in formele zin en het belang van de openbare orde; geen nationale of internationale rechter die aan deze specifieke eisen zoals bedoeld in de Grondwet zal toetsen. Tegen deze achtergrond valt nog maar te bezien of de regering een rechterlijke toetsingsbevoegdheid zal beschouwen als compenserende rechtswaarborg voor de door haar voorgestelde ingrijpende maatregelen of eerder als een potentiële

49. Kamerstukken 34716. Inmiddels: Wet van 26 november 2018, houdende verandering in de Grondwet, strekkende tot de deconstitutionalisering van de benoeming van de commissaris van de Koning en de burgemeester, *Stb.* 2018, 493.

50. *Handelingen II* 2018/19, 40, item 12, p. 17. Brief kabinet van 18 februari 2019.

51. Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 196, 200-201.

52. Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 199.

53. Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 202-2003.

54. Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 203-213.

55. Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 201, 214.

56. Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 214.

57. Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 312-314.

58. Staatscommissie Grondwet (staatscommissie-Thomassen), 11 november 2010, kabinetsreactie *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, 20; commissie Grondrechten in het

digitale tijdperk, 24 mei 2000 (commissie-Franken), kabinetsreactie *Kamerstukken II* 2000/01, 27460, 1.

59. Van Sasse van Ysselt 2018, p. 7-8, 68-69, met daarin onder andere de verwijzing naar: R. Ortlep, F. Groothuise, J. Kiewit & R. Nehmelman (red.), *De rechter onder vuur*, Oisterwijk: WLP 2016. Burgers daarentegen hebben juist meer vertrouwen in rechters dan in politici: Continu Onderzoek Burgerperspectieven, *SCP* 2017-1, p. 8-10. Zie over de verhouding wetgever en rechter o.a. het recente themanummer van *Regel/Maat* 2018 (33)6.

60. Dit valt af te leiden uit de titel van het hoofdstuk waarin het thema wordt behandeld en gelet op de samenvatting, probleembeduiding en een van de argumenten pro/contra, zie Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 195-196 en p. 199.

61. Vgl. in deze zin ook: T. Barkhuysen & N. Jak, *Initiatiefwet constitutionele toetsing ingetrokken: op naar rechterlijke toetsing van formele wetten aan de Grondwet?*, [www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/public-](http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/public-law/initiatiefwet-constitutionele-toetsing-ingetrokken-op-naar-rechterlijke-toetsing-van-formele-wetten-aan-de-grondwet/)

law/initiatiefwet-constitutionele-toetsing-ingetrokken-op-naar-rechterlijke-toetsing-van-formele-wetten-aan-de-grondwet/.

62. Vertrouwen in de toekomst, regeerakkoord 2017-2021, *Kamerstukken II* 2017/18, 34700, 34, bijlage, o.a. p. 4-5.

63. Vgl. *Kamerstukken II* 2014/15, 29279, 226. Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 2 maart 2015 aan de Tweede Kamer met daarbij de Notitie antidemocratische organisaties; P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Democratie en antidemocratische groeperingen', *TvCR* 2015 (4); A. Ellian, G. Molier & B. Rijpkema (red.), *De Strijd om de Democratie. Essays over democratische zelfverdediging*, Amsterdam: Boom Juridische uitgevers 2018; P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt & A.E. Schilder, 'Naar een bestuurlijk organisatieverbod?', in: N.S. Efthymiou, J. Goossens & R. de Lange (red.), *Democratie: nieuwe ontwikkelingen*, (Staatsrechtconferentie 2018) Oisterwijk: WLP 2018. Zie wat betreft organisatieverboden in deze bundel ook de heldere en kritische preadviezen van: P.E. de Morree, 'Weerbare democratie

en het partijverbod in Nederland' en P.A.M. Mevis, 'Van revolutionaire woelingen en motorbendes: organisatieverboden als risico voor de democratie en de betekenis en rol van het materiële strafrecht'.

64. www.internetconsultatie.nl/aanpassing220bw (sluitingsdatum 28 februari 2019).

65. *Kamerstukken II* 2018/19, 35079, 1-3. Voorstel van wet van de leden Kuiken, Van Toorenburg, Van Oosten, Van der Graaf en Van der Staaij, houdende regels over het bestuursrechtelijk verbieden van organisaties die een cultuur van wetteloosheid creëren, bevorderen of in stand houden (Wet bestuurlijk verbod ondermijnende organisaties).

66. www.internetconsultatie.nl/transparantiemaatschappelijkeorganisaties (sluitingsdatum 22 februari 2019).

67. *Kamerstukken II* 29614, 2018/19, nr. 108. Kritisch daarover o.a. A. Overbeeke, 'Het belemmeren van buitenlandse financiering van geloofsgemeenschappen', *Tijdschrift voor Religie Recht en Beleid*, afl. 3, 2019.

le ondermijning daarvan. Theoretisch denkbaar zou zijn de politieke uitruil van de wijziging van artikel 120 Gw met revitalisering van een ander vastgelopen en in 2017 ingetrokken initiatiefwetsvoorstel, namelijk dat strekken- de tot het onttrekken van de bevoegdheid van de rechter om wetgeving in formele zin te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen.⁶⁸ Daarmee zou echter het *Leitmotiv* van het advies van de staatscommissie en van het kabinet – versterking van de weerbare democratische rechtsstaat – in zijn kern onderuit worden gehaald; een juridische en, naar mag worden aangenomen politieke, *no go*. Overigens valt nog op dat de staatscommissie ter ondersteuning van haar motief geen enkel argument ontleent aan de versterking van de *Rule of Law* in de EU, een gemiste kans.⁶⁹

6.2. Toetsobject en Constitutioneel Hof

Wat het toetsobject betreft, is het voorstel minder nieuw dan de staatscommissie doet lijken. Aanvulling van de lijst van bepalingen waaraan kan worden getoetst met de voorstellen tot wijziging van artikel 13 en 17 Gw is niet nodig, omdat deze artikelen reeds in de bedoelde opsomming van het advies voorkomen; herziening van deze grondwetsbepalingen doet daaraan niet af. Dit ligt anders wat betreft de aanvulling van de opsomming met het voorstel voor een algemene bepaling in de Grondwet. Daarbij is behoedzaamheid voor overspannen verwachtingen echter op zijn plaats, nu de algemene bepaling niet veel vlees meer op het bot heeft om de rechter voldoende in staat te stellen (aanvullende) richting en context te bieden in zijn/haar oordeelsvorming; van het voorstel van de staatscommissie Grondwet voor een uitgebreide algemene bepaling is immers slechts overgebleven de bepaling dat de 'Grondwet (...) de grondrechten en de democratische rechtsstaat [waarborgt].'⁷⁰ Slechts radicale voorstellen tot (Grond)wetswijziging lijken dan nog relevant te kunnen zijn in het kader van een eventuele rechterlijke toetsing. Verder is het de vraag waarom niet is voorgesteld om de toetsingsbevoegdheid uit te strekken tot andere bepalingen, zoals competentiebepalingen waarin bevoegdheden worden geattribueerd en/of omschreven. Denk daarbij bijvoorbeeld aan artikel 78a lid 4 Grondwet, waarin is bepaald dat bij of krachtens de wet aan de Nationale ombudsman ook andere taken kunnen worden opgedragen. De enkele mededeling in het advies van de staatscommissie dat andere bepalingen dan de vrijheidsrechten zich minder goed lenen voor toetsing is niet heel sterk. Dit is te meer het geval nu de staatscommissie wel adviseert tot toetsing aan de voormelde algemeen en abstract geformuleerde algemene bepaling en tevens adviseert – anders dan waarin het vervallen initiatiefwetsvoorstel voorzag – tot invoering van een prejudicieel adviesstelsel bij een in te stellen Constitutioneel Hof. Zo'n Hof zou bij uitstek – meer dan 'reguliere' rechters – gelegitimeerd, geschikt en in staat moeten (kunnen) zijn om andere grondwettelijke bepalingen dan vrijheidsrechten te interpreteren en wetgeving daaraan te toetsen. Daarin zou zelfs een meerwaarde van een dergelijk Hof kunnen zijn gelegen, ware het niet dat de concentratie van de constitutionele toetsing bij een dergelijk Hof om andere redenen minder gelukkig lijkt. Wat deze redenen betreft, volsta ik ermee korthedshalve te wijzen

op de incongruentie die zou volgen met de gespreide verdragstoetsing en met de gespreide grondwettigheidstoetsing van lagere regelgeving,⁷¹ de onwenselijkheid van het 'weghalen' van zelfstandige verdrags- en grondwettigheidstoetsing bij de reguliere rechter omwille van de congruentie, en de juridische onhoudbaarheid van geconcentreerde toetsing in geval van de uitleg en toepassing van het Unierecht. Daarnaast rijst de vraag naar de wenselijkheid en houdbaarheid ervan in het licht van de bevoegdheid van de hoogste rechters (Hoge Raad, Raad van State, Centrale Raad van Beroep, College van Beroep voor het Bedrijfsleven en het Gemeenschappelijk Hof) tot een adviesaanvraag bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het kader van Protocol 16 bij het EVRM. Dat

Slechts radicale voorstellen tot (Grond)wetswijziging lijken dan nog relevant te kunnen zijn in het kader van een eventuele rechterlijke toetsing

alles nog los van de vraag naar de institutionele bereidheid van de hoogste gerechten hun 'laatste woord' af te staan aan een nieuw Hof en de andersoortige vraag naar de verhouding ervan tot het voorstel voor een terugzendrecht van de Eerste Kamer. Overigens ligt het in de rede om in geval van constitutionele toetsing – anders dan de staatscommissie van oordeel is – de grondwettelijke beperkingssystematiek van grondrechten aan te passen, omdat die nu relatief weinig materiële handvatten biedt. Noodzakelijk is dat echter niet.

6.3. Constitutionele toetsing ex ante

Wat betreft het advies van de staatscommissie tot versterking van de constitutionele toetsing ex ante valt het volgende op. Ten eerste blijkt het advies om die toetsing te versterken al te zijn opgevolgd voordat het advies het licht zag. De staatscommissie herhaalt hetgeen was voorgenomen door de Tweede Kamer en verwijst dan ook naar de hiervoor genoemde initiatieven daarvan. Zij betreft daarbij echter niet, of heeft niet meer kunnen betrekken, de instemmende reactie van het kabinet op de verzoeken en initiatieven van de Tweede Kamer.⁷² De verantwoordelijkheid en taakuitoefening van de regering als medewetgever lijkt sowieso summier en slechts indirect te zijn onderkend door de staatscommissie. In de samenvatting is zij geheel uit beeld verdwenen: '[Er] bestaat wel een constitutionele toets, maar die is beperkt tot de fase waarin de wet tot stand komt. Anders gezegd: er is een constitutionele toets vooraf door de Raad van State en vooral de Eerste Kamer (ex ante).'⁷³ Dat bevreedt, in zoverre het in eerste instantie toch veelal de regering als medewetgever is die de constitutionele toets ex ante verricht. Ten behoeve daarvan heeft zij vele instrumenten ontwikkeld, zo

blijkt uit par. 3 hiervoor. Het resultaat van die toets is doorgaans opgenomen in de memorie van toelichting bij een wetsvoorstel, in beginsel ook in de fase van internet-consulatie. Hoe dan ook kan het advies van de staatscommissie op dit onderdeel worden beschouwd als een gezaghebbende ondersteuning van het belang van de weg die regering en Staten-Generaal zijn ingeslagen.⁷⁴

6.4. Herzieningsprocedure Grondwet

Wat betreft het derde en laatste deelthema dat hier aan de orde is, de herzieningsprocedure van de Grondwet, heeft de staatscommissie een fundamentele en meer materiële wijziging voor ogen dan de Minister van Binnenlandse Zaken tot nu toe heeft gehad. Het is hiervoor in par. 5 toegelicht. Mij komt voor dat het voorstel niet bijdraagt aan de beoogde weerbaarheid van de democratische rechtsstaat, in welk kader de herzieningsprocedure van belang kan worden geacht. Eronder lijden zal zij echter evenmin. Daarvoor is de beoogde wijziging te summier. Tot enige versterking van het parlement zal het voorstel mogelijk wel kunnen leiden.

7. Conclusie

Het vervallen initiatiefwetsvoorstel Halsema/Van Tongeren/Buitenweg tot herziening van artikel 120 Gw (gedeeltelijke opheffing van het gedeeltelijk verbod van rechterlijke constitutionele toetsing ex post) heeft twee belangrijke gevolgen gehad: versterkte aandacht voor de constitutionele toetsing ex ante en de herziening van artikel 137 Gw (herzieningsprocedure van de Grondwet). Beide komen eveneens aan bod in het advies van de staatscommissie parlementair stelsel. Ten aanzien van de toetsing ex ante voorziet het advies niet of nauwelijks in aanvullende maatregelen ten opzichte van degene die de regering en Tweede Kamer reeds in gang hebben gezet. Ten aanzien van de herzieningsprocedure adviseert zij tot een andersoortige wijziging dan de regering voor ogen heeft: niet procedureel, maar materieel. Het karakter van

deze wijziging is bescheiden; voldoende om de positie van het parlement te versterken en te gering om de weerbaarheidsfunctie van de herzieningsprocedure te vermindern. *Last but not least* is er het voorstel van de staatscommissie om feitelijk het initiatiefwetsvoorstel Halsema/Van Tongeren/Buitenweg in gemodificeerde vorm te revitaliseren. De inhoudelijke argumenten voor een dergelijk toetsingsrecht zijn op zich zelf volop aanwezig. Na 1848/1956 hebben deze argumenten echter niet kunnen leiden tot doorslaggevend enthousiasme in de Nederlandse politiek. Verwacht mocht worden dat de staatscommissie bij een hernieuwd advies hierover een substantiële toevoeging zou plegen in de argumentatie, voor zover die nog mogelijk zou zijn. Zij is daarin slechts in beperkte mate geslaagd, zowel qua achterliggend motief als qua inrichting. Het lijkt er op dat het voorstel voornamelijk dient als bouwsteen voor de argumentatie van andere voorstellen, zoals om te komen tot een Wet politieke partijen met daarin onder andere een verbodsbepaling en de oprichting van een Constitutioneel Hof dat (ook) daarvoor dienstig kan zijn. Voor een kabinet waarvan VVD en CDA zich eerder fervente tegenstanders hebben getoond van het (volledig) rechterlijk constitutioneel toetsingsrecht, lijkt de aanbeveling tot herziening van artikel 120 Gw al met al weinig kans van slagen te hebben. Om die kans te vergroten, behoeven de argumentatie en keuzes nadere uitwerking en/of bijstelling. Daarbij verdienen in elk geval aandacht de grondwettelijke beperkingssystematiek, de vraag waarom het toetsingsrecht beperkt zou moeten blijven tot de (klassieke) grondrechten, zeker als er ook een Constitutioneel Hof zou moeten komen, en de relatie met de voorstellen voor een terugzendrecht van de Eerste Kamer en een Wet politieke partijen met daarin een verbodsbepaling. Hier ligt een belangrijke opgave voor kabinet, Staten-Generaal en politieke partijen om de komende periode nog eens goed over na te denken. Het Sneeuw Witje van het constitutionele recht verdient het te worden wakker gekust. ●

68. Kamerstukken 33359 (R 1986), voorstel van Rijkswet van (toenmalig) VVD-Kamerlid Taverne tot herziening van artikel 94 van de Grondwet.

69. Zie voor een fraai overzicht o.a. Adviesraad Internationale Vraagstukken, *De wil van het volk? Erosie van de democratische*

rechtsstaat in Europa, Advies nr. 104, juni 2017; R. Lawson, 'Pourquoi mourir pour Dantzig?', in: Ellian, Molier & Rijpkema (red.) 2018, p. 217-262.

70. Wet van 9 maart 2018, *Stb.* 2018, 86 (Kamerstukken 34516). Het betreft hier een zogenaamde verklaringswet. Een tweede

lezing dient nog te volgen.

71. Vgl. R.E. de Winter, 'Toetsing aan de Grondwet? Niks bijzonders!', *NJB* 2018/1951.

72. Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 213-214; zie in vergelijkbare zin reeds het Tussenrapport staats-

commissie parlementair stelsel (2018), p. 82-87 (in het bijzonder p. 86).

73. Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 195.

74. Vgl. in deze zin: Van Sasse van Ysselt 2018, p. 71-79, 215.