

Vergaderjaar 2015–2016

34 516

Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een algemene bepaling

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 19 oktober 2015 en het nader rapport d.d. 5 juli 2016, aangeboden aan de Koning door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de Minister-President, Minister van Algemene Zaken en de Minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 20 april 2015, no. 2015000685, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de Minister-President, de Minister van Algemene Zaken en de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een algemene bepaling, met memorie van toelichting.

Het voorstel beoogt de invoeging van een algemene bepaling, in de vorm van een ongenummerd artikel, dat aan Hoofdstuk 1 van de Grondwet voorafgaat. Het voorgestelde artikel luidt als volgt: «De Grondwet waarborgt de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten.»

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft opmerkingen over het voorstel die van dien aard zijn dat zij adviseert het voorstel niet aan de Tweede Kamer te zenden dan nadat daarmee rekening is gehouden. Naar haar oordeel ontbreekt in de toelichting een toereikende uiteenzetting van de normatieve betekenis en reikwijdte van de algemene bepaling en worden de status en functies van de bepaling onvoldoende geëxpliciteerd. Daarnaast plaatst de Afdeling kanttekeningen bij de inpassing van de algemene bepaling in de huidige Grondwet. Tot slot maakt de Afdeling opmerkingen bij de voorgestelde formulering.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 20 april 2015, no. 2015000685, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 19 oktober 2015, nr. W01.15.0111/I, bied ik U hierbij aan, mede namens de Minister-President, Minister van Algemene Zaken en de Minister van Veiligheid en Justitie.

1. Achtergrond en voorgeschiedenis

Het voorstel om aan de Grondwet een preambule of één of meer algemene bepalingen toe te voegen heeft een lange voorgeschiedenis. Een dergelijke toevoeging is met regelmaat door staatscommissies aan de orde gesteld. Voorstellen tot invoering van een preambule of algemene (beginsel)bepalingen zijn evenwel tot nog toe verworpen, omdat zij een onduidelijk karakter zouden hebben en aanleiding zouden geven tot onnodige discussie. Steeds prevaleerde de voorkeur voor een sobere Grondwet, waarin alleen concrete, bindende rechtsregels zijn opgenomen.²

De toevoeging van een preambule aan de Grondwet is in het recente verleden door de Nationale Conventie om een drietal redenen bepleit. Allereerst illustreert een preambule dat de Grondwet niet louter een juridisch-staatkundig document is. In de tweede plaats brengt zij de historische identiteit van ons politiek stelsel tot uitdrukking. Een derde reden is dat zij het staatsbestel in een fundamenteel perspectief plaatst. Verder stelde de Nationale Conventie voor om een eerste hoofdstuk in de Grondwet op te nemen met algemene bepalingen, om daarmee de beginselen zichtbaar te maken die ten grondslag liggen aan de organisatie van de staat en de verhouding van de staat en de burgers. Deze algemene bepalingen zouden een kader bieden waarin de overige bepalingen van de Grondwet moeten worden gelezen en deel uitmaken van het toetsingskader voor de wetgeving.³

In zijn advies over de opdrachtverlening aan de Staatscommissie Grondwet was de Raad van State van oordeel dat alle argumenten voor of tegen een preambule of een hoofdstuk algemene bepalingen reeds genoegzaam bekend waren door de eerdere discussies in staatscommissies, parlementaire debatten en in de Nationale Conventie. De Raad adviseerde de regering eerst zelf die argumenten te wegen en dan een besluit te nemen over de wenselijkheid van een preambule of een hoofdstuk algemene bepalingen. Indien de regering zou besluiten tot opnemng van een preambule of een hoofdstuk algemene bepalingen kon daarna de uitwerking aan een staatscommissie worden opgedragen.⁴

De Staatscommissie Grondwet (Commissie Thomassen) adviseerde tot het opnemen van een algemene bepaling. Het argument hiervoor was dat een algemene bepaling deel uitmaakt van het lichaam van de Grondwet en meer dan een preambule tot uitdrukking brengt dat de daarin opgenomen beginselen niet alleen declaratoir of verklarend van aard zijn, maar primair een normatief karakter hebben.⁵ De Commissie stelde voor een bepaling aan de Grondwet toe te voegen met verwijzingen naar de

² Zie het advies van de Raad van State inzake de opdrachtverlening aan de Staatscommissie Grondwet, Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3, blz. 15–16.

³ Aanbevelingen van de Nationale Conventie voor de 21^e eeuw, *Hart voor de publieke zaak*, Den Haag 2006, blz. 42–44.

⁴ Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3, blz. 16.

⁵ Rapport Staatscommissie Grondwet, november 2010, blz. 36–42.

democratische rechtsstaat en specifieke aspecten daarvan als fundamentele uitgangspunten van de Nederlandse rechtsorde, luidend:

- «1. Nederland is een democratische rechtsstaat.*
- 2. De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.*
- 3. Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.»*

In haar reactie op het rapport van de Staatscommissie wees de regering het opnemen van een dergelijke algemene bepaling van de hand. Opneming ervan zou niet verenigbaar zijn met de huidige functie en het sobere karakter van de Grondwet en een anomalie vormen in het licht van de Grondwet(s)geschiedenis. Het opnemen van een algemene bepaling zou weliswaar verdedigbaar zijn als daarmee wordt nagestreefd om de maatschappelijke en educatieve functie te versterken en de Grondwet een meer evocatief, inspirerend en declaratoir karakter te geven. De regering zag echter geen aanleiding om aan de Grondwet (deels) een andere functie te geven. Ook zou de rechter een te grote – onvoorspelbare – rol kunnen krijgen in de uitleg van de Grondwet, vanwege de onbepaaldheid van de voorgestelde bepaling.⁶

De Eerste Kamer drong er niettemin op aan nader te bezien op welke wijze in de Grondwet het uitgangspunt kan worden vastgelegd dat Nederland een democratische rechtsstaat is.⁷ De regering erkende in reactie hierop dat de democratische rechtsstaat het kader biedt voor wetgeving, beleid en individueel rechtsherstel en een «constitutioneel rijp» gegeven is. Desondanks zag zij geen dringende noodzaak om een algemene bepaling, zoals voorgesteld, in de Grondwet op te nemen. Daarnaast verwees de regering opnieuw naar de soberheid van de Grondwet. Bovendien wees de regering op het risico dat opneming van een expliciete bepaling mogelijk de zeggingskracht van reeds in de Grondwet verankerde democratisch-rechtsstatelijke beginselen zou kunnen verminderen, nu deze beginselen blijkbaar niet voldoende voor zich zouden spreken.⁸

Ten slotte heeft de regering, na aandringen van meerdere fracties in de Eerste Kamer, alsnog besloten tot invoering van een algemene bepaling. Dat heeft geleid tot het thans voorliggende voorstel.

2. Status, inhoud en normatief gehalte van de algemene bepaling

a. Een normatieve bepaling

De Staatscommissie Grondwet adviseerde tot het opnemen van een algemene bepaling.⁹ Met een algemene bepaling komt tot uitdrukking dat – anders dan met een preambule – geen declaratoire of symbolische verklaring is beoogd, maar dat de bepaling normatieve kracht heeft. De regering sluit zich hierbij thans aan. In de toelichting wordt eerst uiteengezet dat de democratie en de rechtsstaat als kernbeginselen tezamen met de grondrechten aan de Nederlandse Grondwet ten grondslag liggen. Deze beginselen zijn in het Nederlandse constitutionele bestel gerijpt. Dit bestel heeft in de Grondwet op samenhangende wijze zijn neerslag gekregen. Vervolgens wordt vastgesteld dat de Grondwet

⁶ Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken van 24 oktober 2011, Kamerstukken II 2011/12, 31 570, nr. 20, blz. 5–6.

⁷ Door middel van de motie Engels c.s., Kamerstukken I 2011/12, 31 570, B.

⁸ Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken van 18 juni 2013, Kamerstukken I, 2012/13, 31 570, G. Dit standpunt werd nogmaals bevestigd in de brief van 17 februari 2014, Kamerstukken I 2013/14, 31 570, I.

⁹ Het besluit tot instelling van de Staatscommissie noemde overigens slechts de wenselijkheid van een preambule.

deze kernbeginselen niet expliciet noemt, net zo min als de waarborgfunctie die de Grondwet ter zake heeft. Het wordt als een gemis ervaren dat de Grondwet deze drie kernbeginselen en die functie niet met zoveel woorden vastlegt. Door de waarborgfunctie van de Grondwet met betrekking tot het democratieprincipe, de rechtsstatelijkheid en de grondrechten vast te leggen, krijgt die functie uitdrukkelijk normatieve kracht, aldus de toelichting. Voorts verwijst de toelichting naar de internationale rechtsorde en verschillende nationale rechtsordes, waar een uitdrukkelijke verankering en waarborging van deze beginselen heeft plaatsgevonden.¹⁰ De regering trekt daaruit de conclusie dat het in lijn met deze trend passend is de kernbeginselen democratie, rechtsstaat en grondrechten nader te expliciteren in een algemene grondwettelijke bepaling.¹¹

De Afdeling merkt op dat deze redenering geen toereikende argumentatie vormt voor opnemings van de onderhavige bepaling. Dergelijke bepalingen fungeren in het algemeen in Europese grondwettelijke stelsels waarin sprake is van constitutionele toetsing door de rechter. Daarmee is de specifieke juridisch-normatieve betekenis, functie en plaats van deze bepaling in het Nederlandse constitutionele bestel nog niet gegeven. De toelichting is daarover abstract en summier, en roept daarmee vragen op. Achtereenvolgens bespreekt de Afdeling de mogelijke gevolgen van de bepaling voor de grondwetgever, de wetgever en de rechter, mede bezien in het licht van de drie in de algemene bepaling vervatte kernbeginselen (b, c). Vervolgens plaatst zij kanttekeningen bij het onbepaalde karakter ervan (d) en komt aan de orde in hoeverre zij binnen de huidige Grondwet past (e). Afsluitend wordt de vraag gesteld of, indien inhoud en normatieve werking van de algemene bepaling onvoldoende geconcretiseerd kunnen worden, de vorm van een preambule meer aangewezen zou zijn (f).

b. Mogelijke gevolgen: de grondwetgever

De algemene bepaling geeft expliciet uitdrukking aan de kernbeginselen die aan de Grondwet in zijn geheel ten grondslag liggen, aldus de regering.¹² Zij geeft de contouren aan waarbinnen de Grondwet gelezen en begrepen dient te worden.¹³ Gelet op de tekst van de voorgestelde bepaling («De Grondwet waarborgt ...») is de bepaling uitdrukkelijk gericht aan de grondwetgever. De bepaling geeft een opdracht aan de grondwetgever die in elk geval inhoudt dat nieuwe grondwetswijzigingen niet mogen indruisen tegen «de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten.» De grondwetgever zal er voor moeten zorgen dat deze wijzigingen in overeenstemming zijn met de waarborgfunctie die in de algemene bepaling is geformuleerd.¹⁴

De Afdeling merkt op dat deze uiteenzetting ten eerste de vraag oproept naar de juridische status van de bepaling binnen de huidige Grondwet. De voorgestelde bepaling geldt formeel niet als een – tegen intrekking en

¹⁰ In een constituerend document.

¹¹ Toelichting, paragrafen 2.1 (De waarborgfunctie van de Grondwet) en 2.2 (De internationale context). Zie in dezelfde zin de brief van de Minister van BZK van 17 juni 2014, Kamerstukken I 2013/14, 31 570, K.

¹² Toelichting, paragraaf 2.1.

¹³ Toelichting, paragraaf 2.2.

¹⁴ Toelichting, paragraaf 4.2.

wijziging beschermende – «eeuwigheidsclausule».¹⁵ Zij kan volgens de reguliere procedure van grondwetsherziening worden gewijzigd of zelfs geschrapt. Maar zij krijgt blijkbaar wel de positie van een hogere regeling met een sterkere grondwetsrang, die het kader bevat waarbinnen herziening of invoering van andere grondwetsbepalingen dient te blijven.

Ten tweede rijst de vraag in hoeverre deze bepaling de grondwetgever verplicht om elementen van de drie kernbeginselen in de Grondwet nog nader uit te werken. Hoewel de formulering van de bepaling die suggestie wekt, mag er niet uit worden afgeleid dat de Grondwet(gever) exclusief de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten waarborgt. Zo vermeldt de toelichting dat ook de wetgever en de rechter een taak hebben. De bepaling verplicht de grondwetgever er dan ook niet toe om uitputtend alle normen die de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten betreffen in de Grondwet te regelen. Zo vloeit uit de bepaling niet dwingend voort dat, indien zou worden besloten tot invoering van de directe verkiezing van de burgemeester, dit in de Grondwet moet worden geregeld.¹⁶ Omgekeerd geldt dat, indien de grondwetgever zou besluiten tot deconstitutionalisering van de wijze van benoeming van de burgemeester,¹⁷ dit niet betekent dat de wijze van benoeming niet meer tot de kenmerken van de democratie in de zin van de voorgestelde bepaling kan worden gerekend.¹⁸

Het voorgaande laat onverlet dat in de praktijk de druk groter kan worden om onderwerpen in de Grondwet te regelen.¹⁹ De voorgestelde bepaling bevat immers uitdrukkelijk een aansporing aan de grondwetgever om «de» democratie, «de» rechtsstaat en «de» grondrechten te waarborgen in de Grondwet zelf. De bewijslast om bepaalde, aan deze uitgangspunten gerelateerde thema's, niet in de Grondwet te regelen lijkt aldus te worden verzwaard. Daarnaast wordt het uit de Grondwet halen van bepaalde zaken (deconstitutionalisering) wellicht lastiger. De toelichting laat deze kwesties evenwel onbesproken.

c. Mogelijke gevolgen: wetgever en rechter

De voorgestelde bepaling kan voorts fungeren als een leidraad voor het handelen van de wetgever en de rechter. Uit de toelichting blijkt dat de formulering van de voorgestelde bepaling («De Grondwet waarborgt...») beoogt uit te drukken dat het primair de formele wetgever is die de bepaling moet interpreteren:

«De verhouding tussen wetgever en rechter bij de uitoefening van de interpretatieve functie is echter ook afhankelijk van de wijze waarop de algemene bepaling in concreto is geformuleerd. Het onderhavige wetsvoorstel waarin is gesteld dat de Grondwet de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten waarborgt, koppelt de waarborgfunctie aan de Grondwet als zodanig, en daarmee is het primair de wetgever die

¹⁵ Zie voor een dergelijke clausule artikel 79, derde lid, van het Duitse Grundgesetz: «Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.» Ook de grondwetten van Kroatië, Litouwen en Tsjechië kennen een al dan niet door de constitutionele rechter ingelezen eeuwigheidsclausule.

¹⁶ In plaats van de huidige grondwettelijke regeling.

¹⁷ Bijvoorbeeld om daarmee regeling van de directe verkiezing van de burgemeester bij wet mogelijk te maken.

¹⁸ Omdat ze niet meer door de Grondwet wordt gewaarborgd.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld het Eerste Kamerlid Engels: «Onze Grondwet is op zijn best een polderconstitutie, kent geen expliciete democratisch-rechtsstatelijke soevereiniteitsgrondslag voor de uitoefening van staatsmacht en bevat vanwege een bewust gekozen soberheid veel leemten en daarmee veel ruimte voor politieke opportuniteit» (Handelingen I 2013/14, 22-5-4).

de interpretatieve functie uitoefent. Het is immers de wetgever die bij eventuele grondwetswijzigingen ervoor moet zorgen dat deze wijzigingen in overeenstemming zijn met de waarborgfunctie die met de algemene bepaling wordt geformuleerd. Ook is het aan de wetgever om in geval van nieuwe wetgeving ervoor te zorgen dat de waarborgfunctie van de Grondwet, bijvoorbeeld voor de grondrechten, wordt gerespecteerd.»²⁰

Met de formulering «De Grondwet waarborgt ...» beoogt de regering derhalve duidelijk te maken dat het primair de regering en de Staten-Generaal zijn die de bepaling moeten invullen en de begrippen «democratie», «rechtsstaat» en «grondrechten» nader moeten uitleggen. Dat kan blijkens het hiervoor weergegeven citaat uit de toelichting niet alleen door de Grondwet(gever) zelf geschieden, maar ook bij wet in formele zin. Dit kan betekenen dat de Grondwet, nadrukkelijker dan thans het geval is, in de overwegingen gedurende het wetgevingsproces zal worden betrokken, en dat de wetgever nadere regels tot stand zal moeten brengen om de kernbeginselen nog beter te waarborgen.

Zoals ook de toelichting benadrukt, betekent het voorgaande niet dat de rechter bij de toepassing en interpretatie van de voorgestelde bepaling geen rol zou spelen. Het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet laat rechterlijke toetsing in andere gevallen dan waarin formele wetgeving in het geding is, onverlet. Lagere regelingen kunnen derhalve wel aan de voorgestelde bepaling worden getoetst.²¹

Daarnaast ligt het voor de hand dat de rechter bestaande wetgeving uitlegt in overeenstemming met de Grondwet, en derhalve ook uitlegt in het licht van de voorgestelde algemene bepaling. De toelichting laat deze mogelijkheid onbesproken. Te denken valt bijvoorbeeld aan de uitleg door de rechter van een bepaling als artikel 2:20 van het Burgerlijk Wetboek. Deze bepaling biedt de mogelijkheid om politieke partijen te verbieden. Op dit moment is geen expliciete grondslag te vinden die tot uitdrukking brengt dat deze verbodsmogelijkheid samen zou hangen met de democratische rechtsstaat. Politieke partijen worden ook nauwelijks door de huidige Grondwet genormeerd.²² Voorstelbaar is dat de rechter de voorgestelde algemene bepaling zal aanvatten als een mogelijkheid om op grond van artikel 2:20 van het BW een meer materiële invulling aan het democratiebegrip te geven, zodat anti- of ondemocratische partijen eerder dan voorheen kunnen worden verboden.²³

Denkbaar is ook dat het bestaande evenwicht tussen wetgever en rechter onder druk komt te staan. Enerzijds kan op grond van de rechtsstaatche een sterkere positie van de rechter ten opzichte van de formele wetgever worden bepleit.²⁴ Anderzijds kan op grond van het democratie-principe worden betoogd dat de rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan internationaal recht juist aan banden moet worden gelegd.

²⁰ Toelichting, paragraaf 4.2.

²¹ Toelichting, paragraaf 4.2.

²² De Grondwet spreekt slechts over vertegenwoordigers en vertegenwoordigden, de partijen die hiertussen als intermediair optreden worden niet genoemd. Wel bepaalt artikel 50 van de Grondwet dat de Staten-Generaal het gehele Nederlandse volk vertegenwoordigen. Ingevolge artikel 67, derde lid, van de Grondwet stemmen de leden zonder last. De vrijheid van partijen om hun interne organisatie te regelen wordt in zoverre genormeerd dat een dergelijke regeling geen afbreuk mag doen aan deze bepalingen.

²³ Zie over dit onderscheid de «Notitie antidemocratische groeperingen», Kamerstukken II 2014/15, 29 279, nr. 226.

²⁴ Zie het rapport van de Staatscommissie Grondwet, november 2010, blz. 48, waar de Staatscommissie Grondwet de invoering van een algemene bepaling bepleitte in het licht van een mogelijke constitutionele toetsing.

d. Betekenis van de algemene bepaling

De voorgestelde algemene bepaling brengt tot uitdrukking dat «de democratie», «de rechtsstaat» en «de grondrechten» essentiële grondslagen vormen die in onder meer de Grondwet een dominante plaats hebben. Het gaat hier om abstracte beginselen, die verschillende invullingen toelaten. De regering maakt evenwel niet duidelijk welke concrete invulling zij aan deze beginselen geeft. Gelet op de keuze voor een algemene bepaling is het van belang inhoud te geven aan de normatieve strekking van de voorgestelde bepaling. Daarvoor is verduidelijking van de bepaling nodig. Uit de thans voorgestelde formulering en de toelichting is niet af te leiden of de regering slechts beoogt een drietal abstracte beginselen te formuleren, waarvan de reikwijdte naar hun aard niet goed is af te bakenen en waarbinnen allerlei modaliteiten mogelijk zijn, of dat de regering met deze beginselen specifieke varianten op het oog heeft, zoals deze in de Nederlandse Grondwet gestalte hebben gekregen.

De toelichting lijkt van dat laatste uit te gaan. Zo betoogt de regering dat de algemene bepaling naar haar inhoud een relatie heeft met vele artikelen die thans reeds in de Grondwet zijn opgenomen:

«De grondrechten zijn in de vorm van een opsomming van rechten in hoofdstuk 1 van de Grondwet opgenomen. Het democratieprincipe en de rechtsstatelijkheid kunnen veeleer afgeleid worden uit een samenstel van regels dat op genuanceerde wijze geleidelijk in ons constitutionele stelsel, waaronder de Grondwet, is vervat [...] Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat met de algemene bepaling verandering wordt aangebracht in het genuanceerde samenstel van regels die ons constitutionele stelsel vormen.»²⁵

En specifiek ten aanzien van de relatie tussen de wetgever en de rechter merkt de regering het volgende op:

«In de rechtspraak zal de rechter echter bij deze toetsing veeleer in eerste instantie uitkomen bij andere grondwettelijke bepalingen, met name bij de concreet beschermde grondrechten die in de Grondwet zijn opgenomen, dan bij de algemene overkoepeling van de algemene bepaling. Het voorstel voor een algemene bepaling brengt in zijn huidige formulering dan ook geen verandering in de verhouding tussen wetgever en rechter.»²⁶

Deze uitspraken zouden de indruk kunnen wekken dat de regering met de algemene bepaling beoogt de genoemde drie kernbeginselen als grondvesten van het huidige Nederlandse constitutionele bestel te expliciteren en te codificeren, en dat specifieke bestel als enig adequate uitwerking van die beginselen te bestempelen en te herbevestigen.²⁷ Een dergelijke conserverende doelstelling is niet goed te rijmen met de openheid en flexibiliteit die het huidige stelsel kenmerken en zal vermoedelijk ook niet zijn beoogd. Veeleer zal bedoeld zijn dat de huidige «Nederlandse variant» weliswaar voldoet aan de drie kernbeginselen, maar dat er ook andere varianten denkbaar zijn die daaraan voldoen. Zo wordt in de kring van de lidstaten van de Raad van Europa²⁸ aan die

²⁵ Toelichting, paragraaf 4.1.

²⁶ Toelichting, paragraaf 4.2.

²⁷ Zie in deze richting de toelichting, paragraaf 2.1.

²⁸ Die allen stellen deze kernbeginselen in acht te nemen.

beginselen op uiteenlopende wijzen gestalte gegeven.²⁹ De algemene bepaling bevat dan ook een drietal abstracte waarden, waaraan binnen een aanzienlijke bandbreedte verschillende concrete invullingen gegeven kunnen worden. Zo wordt bij de duiding van het democratiebegrip gewoonlijk onderscheiden tussen een formele en een materiële benadering.

«Het formele concept beschouwt democratie als een staatkundig bestuursmodel met een besluitvormingsprocedure en procedurele spelregels. Het materiële democratieconcept stelt ook inhoudelijke eisen waaraan een democratisch bestuursmodel en procedurele spelregels moet voldoen. De relevantie van dit onderscheid is gelegen in de mate van legitimiteit van overheidshandelen met betrekking tot groeperingen of partijen die via gebruikmaking van grondrechten en de democratische weg de democratische rechtsstaat willen afschaffen.»³⁰

Naar het oordeel van de Afdeling zijn beide concepten op zichzelf mogelijke invullingen van het democratiebegrip. Derhalve is ongewis of met de algemene bepaling de huidige praktijk, waarin grote terughoudendheid wordt betracht met ingrijpen in een politieke partij vanwege haar gedachtegoed, wordt herbevestigd, of dat met een beroep op deze bepaling een politieke partij juist het zwijgen kan worden opgelegd en mogelijk zelfs een partijverbod wordt opgelegd, vanwege het ondemocratisch bevonden gedachtegoed dat deze partij koestert of uitdraagt.³¹

Meer in het algemeen is met de enkele vermelding van «de democratie» niet duidelijk welk concept of concepten de regering met de algemene bepaling voor ogen staat. Zo is niet helder of zij uitsluitend vastlegging nastreeft van het bestaande bestel, waarin het democratieprincipe actief en passief kiesrecht regelt, de betrokkenheid vereist van volksvertegenwoordigende instellingen bij de vaststelling van regelgeving die burgers bindt en de verantwoordingsplicht van de uitvoerende macht aan vertegenwoordigende colleges regelt, of dat daarnaast ook ruimte wordt gelaten voor vormen van meer directe democratie.

Hetgeen hiervoor is opgemerkt over «de democratie» geldt mutatis mutandis ook voor «de rechtsstaat». Enerzijds kan worden verondersteld dat de vereisten van de rechtsstaat ten minste het legaliteitsbeginsel, een vorm van machtscheiding en (daarbinnen) de eis van onafhankelijke rechtspraak omvatten, alsmede de waarborging van grondrechten.³² Daarnaast kan worden geconstateerd dat deze vereisten – in elk geval deels – reeds een specifieke uitdrukking in de Grondwet hebben gevonden.³³ Anderzijds kan de ongedefinieerde waarborging van «de

²⁹ Volgens de regering kennen de grondwetten van Finland, Noorwegen, Tsjechië en Spanje en Zweden de drieslag democratie, rechtsstaat en grondrechten. Duitsland, Frankrijk en Italië noemen democratie en grondrechten, Canada en Zwitserland vermelden de rechtsstaat en de grondrechten, evenals Spanje, Hongarije en Slovenië.

³⁰ Notitie antidemocratische groeperingen, Kamerstukken II 2014/15, 29 279, nr. 226, blz. 3.

³¹ Notitie antidemocratische groeperingen, Kamerstukken II 2014/15, 29 279, nr. 226 en het algemeen overleg daarover: Kamerstukken II 2014/15, 29 279, nr. 270.

³² Toelichting, paragraaf 3. Zie in dezelfde zin Kamerstukken I 2012/13, 31 570, G, blz. 2–3; Kamerstukken I 2013/14, 31 570, blz. 5–6.

³³ Toelichting paragraaf 3. Aldus ook de Raad van State, Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3, blz. 6: de Nederlandse Grondwet is «allereerst een staatkundig document, waarin de fundamentele rechten van burgers en de positie van de belangrijkste staatsinstellingen – hun samenstelling, onderlinge verhoudingen en bevoegdheden – staan beschreven. Aldus zijn in de Grondwet de belangrijkste waarden neergelegd, zoals de waarborging van fundamentele rechten, democratische besluitvorming en elementen van het legaliteitsbeginsel». Zie ook W.J.M. Voermans en J.H. Gerards, «Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip «rechtsstaat» in de jurisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State», Raad van State, *Studies en rapporten* (4), Den Haag: 2011.

rechtsstaat» aanleiding zijn voor discussie over de wijze waarop daaraan in het Nederlandse constitutionele bestel invulling wordt gegeven. In dat licht kan het gegeven dat de scheiding van wetgevende, rechtsprekende en uitvoerende macht in Nederland niet ten volle is gerealiseerd³⁴ de vraag oproepen in hoeverre de machtenscheiding als onderdeel van de rechtsstaat in de Grondwet is gewaarborgd. Daarnaast kan het legaliteitsbeginsel in verschillende mate van gestrengheid gestalte krijgen.³⁵ Voorts zou in de grondwettelijke waarborging van «de rechtsstaat» aanleiding kunnen worden gezien om de constitutionele verhouding tussen wetgever en rechter in het algemeen – en het huidige toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet in het bijzonder – tegen het licht te houden, of juist de rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan een ieder verbindende verdragsbepalingen³⁶ met een beroep op het democratieprincipe in te perken.³⁷

Ten slotte acht de Afdeling relevant of de voorgestelde waarborging van de grondrechten enkel ziet op de huidige in de Grondwet neergelegde grondrechten, of dat daarmee ook wordt gedoeld op het waarborgen van internationale en Unie-grondrechten. De grondrechtencatalogus in het eerste hoofdstuk van de Grondwet is immers niet volledig, wanneer deze wordt vergeleken met hetgeen aan fundamentele rechten en vrijheden wordt gewaarborgd, zowel in internationaal als in Unierechtelijk verband. Bovendien bevatten de meeste grondwettelijke grondrechten slechts een formele beperkingsclausule, doordat beperkingen kunnen worden gesteld bij (of krachtens) de wet, zonder dat daarbij wordt bepaald tot hoever de wettelijke beperking mag gaan. Materiële maatstaven, zoals een proportionaliteits- of kernrechtentoets, kennen de meeste grondwettelijke bepalingen niet.³⁸ Daarenboven ontbreekt in het Nederlandse stelsel een rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de nationale grondrechten.³⁹ Daar staat evenwel tegenover dat de Nederlandse rechter regelmatig pleegt te toetsen aan (bepalingen van) mensenrechtenverdragen.⁴⁰ De regering wijdt geen woorden aan de vraag in hoeverre de algemene bepaling alleen ziet op de nationale grondrechten, of dat zij ook ziet op het waarborgen van de internationale grondrechten en hun doorwerking in de nationale rechtsorde.

De Afdeling leidt uit het voorgaande af dat de voorgestelde algemene bepaling niet beoogt het bestaande constitutionele bestel te bevriezen, maar beoogt allerlei alternatieve invullingen open te laten. Derhalve lijkt de voorgestelde algemene bepaling vooral declaratoir-symbolisch te zijn, met hoogstens een zwakke normatieve betekenis. In dat licht rijst de vraag wat dan de toegevoegde normatieve betekenis van deze bepaling is. Mogelijk kan deze betekenis worden gevonden in de zin dat zij de marges aangeeft waarbinnen alternatieven toelaatbaar zijn. Dat zou vooronderstellen dat de algemene bepaling grenzen trekt binnen welke de Nederlandse constitutionele rechtsorde zich dient te bewegen. De toelichting

³⁴ Bijvoorbeeld doordat de wetgevende functie wordt vervuld door uitvoerende (regering) en volksvertegenwoordigende organen (de Staten-Generaal) gezamenlijk.

³⁵ J.J. Sillen, «Een doos van Pandora. Over het voorstel een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen», *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht (TvCR)* 2011, blz. 136.

³⁶ Artikel 94 van de Grondwet.

³⁷ Zie bijvoorbeeld het Voorstel van rijkswet van het lid Taverne houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot aanpassing van de procedure voor vaststelling van rechtstreekse werking van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, met memorie van toelichting, Kamerstukken II 2013/14, 33 359 (R 1986).

³⁸ Een voorstel om aan de Grondwet een algemene aanvullende beperkingsclausule toe te voegen is voorgesteld door de Staatscommissie Grondwet (Rapport, blz. 53–56), maar door de regering afgewezen (Kamerstukken II 2011/12, 31 570, nr. 20, blz. 6–7).

³⁹ Anders dan in de meeste staten binnen de Raad van Europa.

⁴⁰ Op grond van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.

wijdt hier geen beschouwingen aan. Zij laat onbenoemd op welke wijze het normatieve karakter van deze bepaling gestalte krijgt en hoe de daarmee samenhangende begrenzingen kunnen worden gevonden, geformuleerd en gewaarborgd. Daarmee blijft ook onduidelijk wat de meerwaarde van de algemene bepaling is in het licht van de begrenzingen die onder meer uit het EVRM en het Unierecht voortvloeien.⁴¹

e. De plaats van de algemene bepaling binnen de huidige Grondwet

De hiervoor geschetste onduidelijkheid roept de vraag op hoe de voorgestelde bepaling zich verhoudt tot het karakter van het huidige bestel, en in het bijzonder in hoeverre zij past binnen de huidige Grondwet.

Een eerste vraag is hoe de aard van de huidige Grondwet kan worden geduid. In de advisering van (de Afdeling advisering van) de Raad van State is een aantal malen gerefereerd aan de sobere aard van de Grondwet. Historisch wordt de Grondwet als zodanig gekarakteriseerd omdat ze primair de inrichting van de staat betreft en wars is van grootse en meeslepende gedachten. De Minister van Binnenlandse Zaken karakteriseerde de dominante opvatting uit de negentiende eeuw als volgt:

«De Grondwet is sober omdat het in essentie toch meer een staatsregeling is dan een waardegeladen Grondwet. Ik heb het nog even teruggezocht. Ik vond het wel een mooi citaat. Mijn voorganger Van Hogendorp benadrukte het sobere karakter door te zeggen dat hij niet hield van «de metafysica van afgetrokken ideeën», zoals hij dat noemde. De woordkeuze is wellicht niet meer helemaal van deze tijd, maar hij was niet op zoek naar de metafysica van afgetrokken ideeën. Hij wilde liever een regeling die de verhouding tussen de verschillende bestuurslagen in Nederland, tussen de verschillende Hoge Colleges van Staat, tussen de Koning en de volksvertegenwoordiging et cetera vastlegde. Buys was verantwoordelijk voor de herziening van 1887. Hij heeft een vergelijkbare lijn vastgehouden en ik zou die hier eigenlijk willen verdedigen.»⁴²

Ook in de twintigste eeuw blijft sprake van een sobere grondwetcultuur «waarin grote en meeslepende gedachten over de betekenis en waarde van een Grondwet zeldzaam zijn».⁴³ Aan de vooravond van de grondwetsherziening van 1983 schreef de regering in haar Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid dat de Grondwet alleen een factor van stabiliteit kan vormen wanneer zij niet te veel wil regelen.⁴⁴ Ook daaruit kan men het sobere karakter van de Grondwet afleiden.⁴⁵ Anderzijds moet de Grondwet volgens diezelfde nota echter ook het algemene kader kunnen bieden voor de wetgever en de overheid om te reageren op veranderingen in maatschappelijke omstandigheden en daaraan met inacht-

⁴¹ Zie in dit verband de artikelen 2 («De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor (...) democratie, (...) de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten (...)») en 4, tweede lid («De Unie eerbiedigt de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren») van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

⁴² Handelingen I 2013/14, nr. 22, item 5.

⁴³ T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & W. Voermans, *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd: anker- of verdwijnpunt?*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 18.

⁴⁴ Kamerstukken II 1973/74, 12 944, nr. 2, blz. 2.

⁴⁵ Zie het advies van de Raad van State van 5 augustus 2010 inzake het voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over de Nederlandse taal (...), Kamerstukken II 2010/2011, 32 522, nr. 4, blz. 2.

neming van dat kader nader vorm te geven.⁴⁶ Met andere woorden: de Grondwet moet ook weer niet te weinig regelen, anders biedt zij te weinig houvast. Daarmee is steeds een voorkeur voor concrete, bindende rechtsregels gepaard gegaan. Zo merkte de Raad van State in 2008 op:

«(...) sinds 1814 [zijn] in de Grondwet geen preambule of algemene beginselen meer (...) opgenomen. De voorkeur is sindsdien altijd uitgegaan naar een sobere Grondwet waarin alleen concrete, bindende rechtsregels zijn opgenomen.»⁴⁷

In deze visie, die uitgaat van een voorkeur voor concrete normativiteit, horen bepalingen met alleen of vooral een symboolfunctie niet in de Grondwet thuis. Dit zou gelden voor algemene bepalingen met alleen een zuiver declaratoire betekenis maar wellicht ook voor een algemene bepaling met een zwakke normatieve werking. Vanuit dit perspectief past de onderhavige algemene bepaling, die beoogt normatieve werking te hebben, maar waarvan de daadwerkelijke inhoud en normatieve werking niet worden geëxpliciteerd, niet goed binnen het bestaande stelsel.

f. Een preambule

De Afdeling erkent dat het al dan niet normatieve en (on)duidelijk omliggende karakter van een grondwetsbepaling en de vraag of deze past in de huidige Grondwet niet het enige mogelijke gezichtspunt is. Het huidige sobere karakter van de Grondwet is op zichzelf nog geen doorslaggevend argument om een bepaald onderwerp wel of juist niet in de Grondwet te regelen.⁴⁸

In de literatuur is naar voren gebracht dat de aandacht voor de Grondwet zich concentreert op het sobere karakter en de juridische normativiteit ervan en dat pas recent meer aandacht is ontstaan voor de maatschappelijke functie van de Grondwet.⁴⁹ Zou meer de nadruk worden gelegd op die maatschappelijke functie, dan zou er ruimte kunnen ontstaan voor bepalingen met een hoofdzakelijk symbolische betekenis.⁵⁰ Het is denkbaar dat men – onder invloed van gewijzigde omstandigheden en opvattingen – tot de overtuiging komt dat de Grondwet in de huidige tijd de fundamenteën van het staatsbestel zou moeten verankeren. Betoogd kan worden dat weliswaar over de concrete uitwerking van de beginselen van de democratische rechtsstaat verschillende opvattingen bestaan en ook in Europese staten een verschillende uitwerking hebben gekregen. Dat laat echter onverlet dat de democratische rechtsstaat als zodanig een

⁴⁶ Kamerstukken II 1973/74, 12 944, nr. 2, p. 2: «Zij [de Grondwet, Aa] dient het kader te bieden, waarbinnen veranderingen in de maatschappelijke omstandigheden en in de opvattingen die daaromtrent worden gekoesterd, zullen of kunnen leiden tot herziening of aanvulling van de wetgeving of van andere activiteiten van de overheid.»

⁴⁷ Zie het advies van de Raad van State inzake de opdrachtverlening aan de Staatscommissie Grondwet, Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3.

⁴⁸ Zie het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 25 juni 2012 inzake het voorstel van wet van het lid Schouw houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot de deconstitutionalisering van de benoeming van de commissaris van de Koning en de burgemeester, Kamerstukken II 2012/13, 33 239, nr. 4, blz. 2.

⁴⁹ Zie het pleidooi van de Conventie, *Hart voor de publieke zaak*, Den Haag 2006, blz. 42, waarover P.B. Cliteur, W.J.M. Voermans, *Preambules*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 32–35 en T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & W. Voermans, *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd: anker- of verdwijnpunt?*, Deventer: Kluwer 2009, p. 17–20; S.C. van Bijsterveld, «Op weg naar articulatie van constitutionele identiteit», in: *De Grondwet herzien*, Den Haag 2008, blz. 69–83.

⁵⁰ Ook het kabinet wees in zijn reactie op het rapport van de Staatscommissie op de mogelijkheid de Grondwet (deels) een dergelijke andere – evocatieve, inspirerende en declaratoire – functie te geven, maar zag toen geen aanleiding die functie te activeren (Kamerstukken II 2011/12, 31 570, nr. 20, blz. 5–6).

succesvol staatstype is gebleken dat deze staten tot op de dag van vandaag veel heeft gebracht. De begrippen democratie en rechtsstaat⁵¹ hebben dan ook in veel grondwetten een plaats gekregen, hetzij in de vorm van een preambule hetzij in de vorm van een algemene bepaling.

Tegelijkertijd zijn er in delen van Europa en daarbuiten maatschappelijke ontwikkelingen die in elk geval op termijn een bedreiging van dit staatstype kunnen vormen. Tegen die achtergrond kan het mogelijk wenselijk worden geacht voormelde beginselen in de Grondwet in de vorm van een preambule neer te leggen, in plaats van in een normatieve bepaling met de hiervoor geschetste problemen.⁵² Een dergelijke declaratoire bepaling kan een zekere symbolische betekenis hebben, met een uitstraling naar onder meer het onderwijs- en integratiebeleid en de publieke opinie. Zo een bepaling hoeft daartoe niet juridisch-normatief te zijn om vanuit maatschappelijk perspectief een belangrijke praktische symboolwaarde te hebben.⁵³ Het is aan de regering om, indien het niet mogelijk is functies, reikwijdte en normatief gehalte van de voorgestelde normatieve bepaling te verduidelijken en expliciteren, de – genoegzaam bekende – argumenten voor en tegen een dergelijke preambule te wegen.⁵⁴

g. Conclusie

De regering beoogt uitdrukkelijk een normatieve bepaling in te voeren, op grond waarvan de Grondwet de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten moet waarborgen. Deze bepaling beoogt het kader te vormen waarbinnen (grond)wetgever en rechter dienen te blijven. De Afdeling merkt op dat de keuze voor een bepaling die een concreet normatief gehalte heeft op zichzelf overeen komt met de sobere aard van de Nederlandse Grondwet. Het normatieve gehalte van de bepaling, alsmede de grenzen die deze bepaling beoogt te trekken, worden evenwel niet belicht. Onduidelijk blijft of en in hoeverre de algemene bepaling aanzet tot nadere vastlegging in de Grondwet van bepaalde onderwerpen, en in hoeverre zij zich verzet tegen deconstitutionalisering van thans in de Grondwet geregelde onderwerpen. Er wordt niet expliciet gemaakt of met de voorgestelde bepaling wordt beoogd het huidige constitutionele bestel te conserveren, of dat het de bedoeling is slechts vast te stellen dat dit bestel weliswaar aan de beginselen van democratie, rechtsstaat en grondrechten voldoet, maar dat andere invullingen van deze beginselen toelaatbaar zijn. Onbesproken blijft in hoeverre bij een andere invulling bepaalde grenzen in acht genomen moeten worden.

De Afdeling adviseert functies, reikwijdte en normatief gehalte van het voorgestelde artikel in het licht van het voorgaande nader te verduidelijken en te expliciteren. Indien dat niet mogelijk is, adviseert zij van de invoering in de vorm van een als normatief beoogde bepaling af te zien. In het laatstgenoemde geval zou kunnen worden gezien – op basis van een afweging van de voor- en nadelen – of het opnemen van een algemene bepaling in de vorm van een preambule niettemin aangewezen kan zijn.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

⁵¹ Al dan niet te samen met de grondrechten.

⁵² In dat geval zou overigens een andere tekst dan die van de voorgestelde bepaling de voorkeur verdienen, zie paragraaf 3.

⁵³ Vgl. B. Oomen, «De Grondwet: meer dan een speeltuin voor staatsrechtgeleerden», *TvCR* 2011, blz. 202–204; O.J. Tans, «Een bal voor de burger. De preambule als medium voor deliberatief burgerschap», *TvCR* 2011, blz. 122–129.

⁵⁴ Zie het advies van de Raad van State van 14 april 2008 over de opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet (Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3, blz. 15–16). Vgl. P.B. Cliteur, W.J.M. Voermans, *Preambles*, Alphen aan den Rijn: 2009.

2. Status, inhoud en normatief gehalte van de algemene bepaling

a. Een normatieve bepaling

De Afdeling advisering van de Raad van State acht de redenering in de toelichting voor de opnemng van de algemene bepaling ontoereikend. De Afdeling wijst daarbij op de omstandigheid dat algemene bepalingen in het algemeen fungeren in Europese grondwettelijke stelsels waarin sprake is van constitutionele toetsing door de rechter. Daarmee is volgens de Afdeling de specifieke juridische normatieve betekenis, functie en plaats van deze bepaling in het Nederlandse constitutionele bestel nog niet gegeven. De toelichting roept daarom vragen op volgens de Afdeling.

b. Mogelijke gevolgen: de grondwetgever

Door de Afdeling aangehaalde passages uit de toelichting doen volgens de Raad twee vragen oproepen. Een eerste vraag betreft de juridische status van de bepaling binnen de huidige Grondwet. Enerzijds geldt de bepaling niet als een – tegen intrekking en wijziging beschermde – eeuwigheidsclausule, maar zij krijgt volgens de Afdeling blijkbaar wel de positie van hogere regeling met een sterkere grondwetsrang, die het kader bevat waarbinnen de herziening of invoering van andere grondwetsbepalingen dient te blijven.

De regering deelt deze redenering niet. Uit de kaderstellende functie van de bepaling kan immers niet worden afgeleid dat zij daarmee tevens een hogere regeling zou zijn met een sterkere grondwetsrang. Een dergelijke juridische status zou slechts kunnen worden bereikt door de algemene bepaling minder vatbaar te maken voor intrekking of wijziging. Daarin wordt echter niet voorzien, zoals de Afdeling terecht constateert. Dat neemt vervolgens niet weg dat de bepaling, hoewel van een zelfde juridische status als de andere bepalingen in de Grondwet, een interpretatief kader kan vormen waarbinnen de andere bepalingen moeten worden begrepen. Deze nadere uitleg is opgenomen in paragraaf 4.1. van de toelichting.

In de tweede plaats vraagt de Afdeling in hoeverre de algemene bepaling de grondwetgever verplicht om elementen van de drie kernbeginselen in de Grondwet nog nader uit te werken.

In reactie daarop wenst de regering te benadrukken dat een dergelijke verplichting niet volgt uit de voorgestelde formulering en niet is beoogd. De bepaling heeft evenmin een programmatisch karakter. De algemene bepaling bevat een interpretatief kader waarin de Grondwet moet worden begrepen. Daarnaast heeft zij een waarborgende functie. Die brengt met zich dat intrekking of wijziging van bepalingen in de Grondwet dan wel codificatie in de Grondwet van nieuwe zaken niet zover kunnen gaan dat de Grondwet als gevolg daarvan de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten niet meer zouden waarborgen. In zoverre stelt zij ook een ondergrens aan deconstitutionalisering van bepaalde zaken. De algemene bepaling verzwaart daarmee in zekere mate de bewijslast voor intrekking of wijziging van dergelijke bepalingen, zoals de Afdeling opwerpt, maar ook voor codificatie van nieuwe onderwerpen. Een dergelijke werking wordt niet geacht aanwezig te zijn bij het achterwege laten van codificatie. Paragraaf 4.1. van de toelichting is hierop aangevuld.

c. Mogelijke gevolgen: wetgever en rechter

Met het voorstel is beoogd dat de Grondwet, en daarmee de regering en Staten-Generaal gezamenlijk als grondwetgever (vgl. artikelen 81 jo. 137 Grondwet), de democratie, rechtsstaat en grondrechten waarborgt. Het is primair de formele wetgever die de bepaling moet interpreteren.

Met de Afdeling is de regering van oordeel dat dit onverlet laat dat de rechter een rol kan spelen bij de toepassing en interpretatie van de algemene bepaling, voor zover het gaat om de toetsing van andere dan formele wetgeving aan de Grondwet, alsmede bij de uitleg van bestaande wetgeving in overeenstemming met de Grondwet en daarmee de algemene bepaling. De verwachting dat de rechter enkel op grond van de algemene bepaling bijvoorbeeld zal komen tot een meer materieel democratiebegrip deelt de regering echter niet. Evenmin ziet zij reden om denkbaar te achten dat door opnemings van de algemene bepaling in de Grondwet de verhouding tussen wetgever en rechter verandert, laat staan onder druk komt te staan. Dit zou mogelijk anders zijn indien zou zijn gekozen voor een extensievere formulering van de algemene bepaling. Mede om die reden is daarvan echter bewust afgezien.

d. Betekenis van de algemene bepaling

De Afdeling merkt op dat de regering niet duidelijk maakt welke concrete invulling zij geeft aan de drie in de voorgestelde bepaling genoemde beginselen. Ten behoeve van een normatieve strekking van de bepaling, zoals voorgestaan door de regering, acht de Afdeling inhoudelijke verduidelijking van de bepaling nodig. In het bijzonder is volgens de Afdeling onduidelijk of de regering specifieke varianten van de genoemde beginselen op het oog heeft zoals deze in de Nederlandse Grondwet gestalte hebben gekregen.

In reactie hierop stelt de regering voorop dat het doel van het voorstel is om de beginselen die aan ons constitutioneel bestel ten grondslag liggen te expliciteren en te waarborgen, in lijn met de institutionele en waarborgfunctie van de Grondwet. Gevolg noch doel van de algemene bepaling is om de huidige wijze waarop genoemde beginselen in de Grondwet en wetgeving hun weerklank hebben gevonden, te wijzigen. Dat betekent niet dat het huidige Nederlandse constitutioneel bestel de enige adequate uitwerking van die beginselen zou zijn, zoals de Afdeling als mogelijke indruk afleidt uit het voorstel. Kennisneming van het bestel van vele andere constitutionele democratieën, waarnaar ook de Afdeling verwijst, bevestigt het tegendeel. De sobere formulering van de algemene bepaling beoogt de ruimte voor verschillende invullingen van de beginselen democratie en rechtsstaat nadrukkelijk open te laten en daarmee onderwerp te laten blijven zijn van politieke besluitvorming. Een en ander geldt ook voor wat betreft de grondrechten, in zoverre de algemene bepaling niet bepaalt welke grondrechten op welke wijze verankering verdienen in de Grondwet of voor wat betreft de supra- of internationale grondrechten, doorwerking verdienen in de nationale rechtsorde. Wel geeft de algemene bepaling de marges aan waarbinnen de alternatieven voor de invulling van het constitutionele bestel toelaatbaar zijn. In dat opzicht zijn inderdaad ook onder meer het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Unierecht relevant, zoals de Afdeling signaleert. Dat draagt dan ook bij aan de constitutionele rijpheid van het voorstel. De meerwaarde van de verankering ervan in de Grondwet is gelegen in de functie en betekenis van de Grondwet, namelijk dat zij het juridisch staatkundig basisdocument is voor Nederland. Basisnoties zoals in de algemene bepaling genoemd, mogen daarin niet ontbreken, zoals is uiteengezet in de toelichting. Paragraaf 4.1. van de memorie van toelichting is hierop aangevuld.

e. De plaats van de algemene bepaling binnen de huidige Grondwet

De Afdeling acht de voorgestelde algemene bepaling, die beoogt normatieve werking te hebben, maar waarvan de daadwerkelijke inhoud en normatieve werking niet worden geëxpliciteerd, niet goed passen binnen het bestaande bestel.

De regering deelt deze opvatting van de Afdeling niet. De regering heeft er bewust voor gekozen om de inhoud van de algemene bepaling niet nader te expliciteren om de redenen zoals genoemd in de toelichting en nader toegelicht hiervoor onder d. Daarmee is naar het oordeel van de regering de twijfel weggenomen van de Raad of de algemene bepaling de ook door de Afdeling gewenste ruimte biedt voor andere invullingen van het constitutionele bestel dan thans het geval is, mits wordt voldaan aan de waarborging van de marges van democratie, rechtsstaat en grondrechten. Dat is nadrukkelijk wel het geval. Om die reden is de bepaling sober gehouden, wat aansluit bij het karakter van de Grondwet. Onderkend wordt dat de Grondwet ook niet te weinig moet regelen omdat zij anders te weinig houvast biedt. Concrete, bindende rechtsregels genieten daarom de voorkeur, zo is ook de regering van opvatting. Aan de aanwezigheid van dergelijke bepalingen in de Grondwet doet de algemene bepaling echter niet af. Die blijven bestaan en hun functie behouden. Daarnaast is de algemene bepaling naar het oordeel van de regering voldoende concreet alsook bindend en normatief. Voor zover die normativiteit en concreetheid als beperkt zou kunnen worden aangemerkt, zijn daarvoor goede redenen aanwezig. Die zijn gelegen in de aard en kaderstellende functie van de algemene bepaling die tegelijkertijd ruimte moet laten voor verschillende invullingen van het constitutionele bestel binnen de bedoelde grenzen. Het voorgaande is nader toegelicht in de nieuwe subparagraaf 3.4. van de memorie toelichting.

f. Een preambule

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft de regering in overweging de argumenten voor en tegen een preambule te wegen, indien het niet mogelijk is om de functies, reikwijdte en normatief gehalte van de voorgestelde algemene bepaling te verduidelijken en te expliciteren. Van een dergelijke weging ziet de regering af. De regering beoogt met haar voorstel immers mede uitvoering te geven aan de motie Engels c.s. die de regering nadrukkelijk verzoekt om een voorstel voor een algemene bepaling en niet voor een preambule, zoals ook uit het te dier zake gevoerde Kamerdebat is gebleken. Daarnaast heeft de regering het advies van de Afdeling op de andere onderdelen graag ter harte genomen en heeft de regering de memorie van toelichting op de desbetreffende onderdelen aangevuld, verduidelijkt en geëxpliciteerd.

3. De formulering van het voorstel

Tegen de achtergrond van de te verwachten discussies over de betekenis van de voorgestelde bepaling verdient de formulering ervan nadrukkelijk aandacht. Daarin worden de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten als ogenschijnlijk los van elkaar staande elementen genoemd. Hoewel dit niet zal zijn beoogd, kan dit tot gevolg hebben dat deze elementen in politieke en maatschappelijke debatten ook los van elkaar worden geïnterpreteerd. Daarbij raakt de cruciale samenhang en spanning tussen deze uitgangspunten ondergesneeuwd.

Daarnaast kunnen kanttekeningen worden gemaakt bij het gebruik in het voorstel van lidwoorden: «de» democratie, «de» rechtsstaat en «de» grondrechten die door de Grondwet moeten worden gewaarborgd.

Daardoor zou het misverstand kunnen rijzen dat het om eenduidige concepten gaat. Dat is evenwel niet het geval.⁵⁵ Voorts veronderstelt het gebruik van lidwoorden dat de Grondwet volledigheid zou moeten nastreven. Bij wijze van voorbeeld: als de Grondwet «de» grondrechten moet waarborgen zou naar een vollediger grondrechtencatalogus in de Grondwet moeten worden gestreefd dan nu het geval is.

Voorts formuleert het voorstel de algemene bepaling in termen van een door de Grondwet te waarborgen norm. Deze formulering suggereert dat het eerst en vooral gaat om een norm die zich richt tot de grondwetgever. Zoals hiervoor bleek zijn evenwel ook de (gewone) wetgever en de rechter normadressaat. Voorondersteld mag worden dat ook andere overheidsorganen zich aan deze waarborgnorm moeten houden: wetgever, rechter en bestuur zijn aan de Grondwet gebonden en daarmee aan de algemene bepaling.

De Afdeling geeft daarom in overweging om niet een specifieke normadressaat – de grondwetgever – aan te wijzen. In plaats daarvan verdient het aanbeveling om in overeenstemming met het voorstel van de Staatscommissie Grondwet te bepalen dat Nederland een democratische rechtsstaat is.⁵⁶ Een dergelijke formulering heeft als voordeel dat daarmee de suggestie wordt weggenomen dat het exclusief de Grondwet is die de democratische rechtsstaat waarborgt. De democratie, de rechtsstaat en de grondrechten die de Grondwet moet waarborgen zijn immers groter dan de Grondwet zelf: zij vinden hun bron ook elders, in verdragen, Unierecht en ongeschreven recht (zoals de vertrouwensregel).

Een volgende kwestie is welke en hoeveel elementen in de algemene bepaling zouden moeten worden opgenomen. Daarbij zijn grofweg drie varianten te onderscheiden, aldus de regering. Ten eerste kan worden gedacht aan een korte, kernachtige formulering. Het ligt voor de hand om daarin in ieder geval «democratie» en «rechtsstaat» op te nemen. Vervolgens is er een midden-variant denkbaar, waarbij de bepaling het meerledige concept van de rechtsstaat in verschillende elementen nader uitwerkt. Ten slotte is er een extensieve variant, die naast het democratiebeginsel en de basiselementen van het rechtsstaatsbegrip nog een aantal rechtsbeginselen toevoegt.⁵⁷

Voor de hiervoor genoemde formulering van de Staatscommissie – «Nederland is een democratische rechtsstaat» – pleit het volgende.⁵⁸ Democratie en rechtsstaat hebben elk hun eigen, onderscheiden functies. Het ene principe ziet op de besluitvorming en de betrokkenheid van de burger daarbij; het andere principe ziet op begrenzing van die besluitvorming, mede met het oog op minderhedenbescherming en beheersing van machtsuitoefening. Maar zij zijn ook sterk met elkaar verbonden en vervlochten. Dit pleit ervoor om ze in één samengesteld begrip – de democratische rechtsstaat – aan te duiden. Op die manier wordt benadrukt dat zij met elkaar verweven zijn en niet los van elkaar gedacht moeten worden.⁵⁹ Daarnaast lijkt het niet nodig om de grondrechten expliciet te benoemen. Zij vormen immers een integraal onderdeel van het rechtsstaatsbegrip.

⁵⁵ Zie hiervoor, punt 2, onder d.

⁵⁶ Zie eerder J.W. Sap, *Een Nederlandse ontwerpGrondwet*, Amstelveen: EON Pers 2006, Titel I, Algemene Bepalingen (artikel 4) en C.A.J.M. Kortmann, «Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?», in: *De Grondwet herzien. 25 jaar later*, Den Haag: 2008, blz. 40.

⁵⁷ Zie voor deze driedeling: Kamerstukken II 2013/14, 31 570, I, blz. 7–12.

⁵⁸ Zie ook de nota van de regering, opgesteld met het oog op mogelijke formuleringen van de algemene bepaling, Kamerstukken I 2013/14, 31 570, blz. 11.

⁵⁹ Kamerstukken II 2013/14, 31 570, I, blz. 6.

De Afdeling geeft in overweging bij het tekstvoorstel van de Staatscommissie aan te sluiten.

3. De formulering van het voorstel

Ten aanzien van de formulering van de algemene bepaling vraagt de Afdeling aandacht voor de cruciale samenhang en spanning van de drie onderscheiden elementen, het gebruik van lidwoorden en de grondwetgever als normadressaat. De Afdeling adviseert de regering aan te sluiten bij het tekstvoorstel van de staatscommissie Grondwet, waarvan het voorgestelde eerste lid luidt: Nederland is een democratische rechtsstaat. De regering onderkent met de Afdeling de cruciale samenhang en spanning tussen de onderscheiden elementen in de algemene bepaling. Zij vreest er evenwel niet voor dat die uit het zicht verdwijnen door de articulatie van de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten afzonderlijk. De samenhang tussen deze elementen is dan ook nadrukkelijk aan de orde geweest in deze toelichting. Tegelijkertijd doen de genoemde samenhang en spanning niet af aan het, ook rechtens relevante, onderscheid tussen de verschillende constitutionele begrippen, reden om hen afzonderlijk te articuleren. Het gebruik van de lidwoorden voorafgaand aan de drie elementen democratie, rechtsstaat en grondrechten, betekent daarbij geenszins dat de specifieke uitwerking van genoemde elementen eenduidig of volledig zou (moeten) zijn. Dit is nader toegelicht in paragraaf 4 van de memorie van toelichting. Voor wat betreft de vraag welke en hoeveel elementen in de algemene bepaling behoren te worden opgenomen, verwijst de regering naar de paragrafen 2 en 3 van de toelichting en in het bijzonder de daarin nieuw opgenomen paragraaf 3.4.

Tot slot de normadressaat, dat is de grondwetgever. Het is immers de Grondwet die in de voorgestelde formulering de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten waarborgt. De betekenis van deze waarborgfunctie is toegelicht in paragraaf 4.1. van de memorie van toelichting. De gegeven normadressaat ontslaat andere organen binnen het staatsbestel ondertussen niet van hun rechtsplicht eveneens, indien relevant, de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten te waarborgen. Zij doen dat (straks) evenwel niet mede ter realisering van de waarborgfunctie van de algemene bepaling, maar uit hoofde van regelingen en beginselen die hen reeds nu daartoe noodzaken.

De regering ziet kortom geen reden tot wijziging van de voorgestelde formulering van de algemene bepaling.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U, mede namens de Minister-President, Minister van Algemene Zaken, en de Minister van Veiligheid en Justitie, verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
S.A. Blok