

31570 Herziening Grondwet

Nr. 20 Brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 24 oktober 2011

Hierbij bied ik u mede namens de minister van Veiligheid en Justitie aan de kabinetsreactie op het advies van de staatscommissie Grondwet van 11 november 2010.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
J.P.H. Donner

Kabinetsreactie advies staatscommissie Grondwet

1. Inleiding

Op 11 november 2010 heeft de staatscommissie Grondwet (hierna: de staatscommissie) advies uitgebracht over een herziening van de Grondwet. Het kabinet heeft met veel belangstelling en waardering kennis genomen van het advies en dankt de staatscommissie voor de door haar verrichte werkzaamheden. Zij heeft die in de betrekkelijk korte termijn van zestien maanden weten af te ronden en laten resulteren in een goed leesbaar rapport, waarin de vele aan haar voorgelegde constitutionele kwesties helder uiteengezet zijn. De staatscommissie werd ingesteld bij koninklijk besluit van 8 juli 2009 en een dag later geïnstalleerd.¹ De instelling vloeide rechtstreeks voort uit het coalitieakkoord van het vorige kabinet. In het beleidprogramma van dat kabinet was het gewenste advies geplaatst in het bredere kader van een zogenoemde versterking van de Grondwet en van het burgerschap, een noemer waaronder ook andere activiteiten zijn ontplooid.

De opdracht van de Staatscommissie kwam tot stand nadat de Raad van State desgevraagd advies had uitgebracht over de opdrachtverlening² en tot tweemaal toe was gedebatteerd met de Tweede Kamer over het voorstel voor een opdracht.³ Een aantal van de grondwettelijke vraagstukken waarover de staatscommissie om advies is gevraagd, had reeds langer de aandacht van de regering, zoals bijvoorbeeld het vraagstuk betreffende grondrechten in het digitale tijdperk⁴ en betreffende een preambule.⁵ Andere onderwerpen hadden meer recent de aandacht gekregen en waren in de gedachtevorming minder uitgekristalliseerd, zoals de vraag naar de verhouding tussen wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden en internationaal recht. Daarnaast heeft het vorige kabinet een aantal onderwerpen onder de aandacht gebracht van de - toen inmiddels geïnstalleerde - staatscommissie op verzoek van de Tweede en Eerste Kamer; deze brieven zijn als bijlagen opgenomen bij het advies van de staatscommissie.

2. Herziening van de Grondwet

Nederland is een constitutionele monarchie en gedecentraliseerde eenheidsstaat gebaseerd op de beginselen van een democratische rechtsstaat. De Grondwet geldt als juridisch basisdocument daarvoor. Dat vereist zorgvuldigheid voor wat betreft de naleving of het in acht nemen van de Grondwet door de

¹ *Staatscourant* 2009, nr. 10354, 9 juli 2009 (*Instellingsbesluit staatscommissie Grondwet*), en *Staatscourant* 2010, nr. 14751, 29 september 2010 (*Instellingsbesluit staatscommissie Grondwet in verband met de verlenging van de adviestermijn*). Zie ook Kamerstukken II 2008/09, 31570, nr. 8.

² Kamerstukken II 2007/08, 31570, nrs. 2-3.

³ *Handelingen* 2008-2009, 31570, nr. 6 (AO 1 oktober 2008) en *Handelingen* 2008-2009, 31570, nr. 9 (AO 21 januari 2009).

⁴ *Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (Commissie Franken)*, 2000.

⁵ *Nationale Conventie, Hart voor de Publieke Zaak, Den Haag 2006*. Vgl. het overzicht opgenomen in het advies van de Raad van State, Kamerstukken II 2007/08, 31570, nr. 3, p. 13-16.

overheid(instellingen). Hetzelfde geldt voor wat betreft de besluitvorming tot wijziging ervan. Deze zorgvuldigheid ligt reeds besloten in de bijzondere procedure tot wijziging van de Grondwet zoals opgenomen in artikel 137 van de Grondwet. Die brengt met zich dat de Grondwet slechts kan worden gewijzigd indien die wijziging berust op een stabiele en ruime meerderheid in de volksvertegenwoordiging.

Mede met het oog op de bijzondere herzieningsprocedure dient zorgvuldigheid eveneens in acht te worden genomen bij het maken van afwegingen in het stadium voorafgaand aan de toepassing van die procedure, oftewel in de besluitvorming om al dan niet voorstellen tot wijziging van de Grondwet voor te bereiden. Daartoe is van belang te onderkennen dat (ook) voorstellen tot wijziging van de Grondwet uitgaan van een bepaald motief. Dat is veelal gebaseerd, meer of minder impliciet, op een bepaalde opvatting over het karakter en de functie van de Grondwet.

Functie en kenmerken Grondwet

Over de functie(s) van de Grondwet wordt verschillend gedacht. Een poging tot definiëring ervan raakt vaak verknoopt met de benoeming van de kenmerken van de Grondwet, die deels samenhangt met de Nederlandse staatkundige cultuur en tradities. Kenmerkend voor de Grondwet zijn haar sobere, open (geen uitputtende regeling), en codificerende karakter, alsmede haar geringe veranderbaarheid en het verbod van rechterlijke toetsing van de wet aan de Grondwet.

Een terugkerende typering van de Grondwet is dat zij de regels bevat ter waarborging en bevordering van de vrijheid en het welzijn van de burgers, en de voornaamste elementen en fasen vastlegt van de politieke wils- en besluitvorming.⁶ De Grondwet biedt het kader en de grondregels voor de uitoefening van overheidsmacht, en constitueert daartoe de belangrijkste overheidsambten, kent de bevoegdheden toe aan die ambten en reguleert de verhoudingen tussen de ambten en die tussen de ambten en burgers. De Grondwet bevat daarbij de neerslag van historische verworvenheden en geeft uitdrukking aan de continuïteit van het staatsbestel.⁷ Zij kent daarmee voornamelijk een institutioneel-organisatorische en waarborgfunctie.⁸ Opeenvolgende (staats)commissies en onderzoekers hebben zich in het verleden gebogen over functie en kenmerken van de Grondwet en zich in vergelijkbare zin hierover uitgelaten,⁹ ondanks de verschillende accenten of bewoordingen die daarbij soms zijn gehanteerd.

Nederland, met één van de oudste grondwetten ter wereld, kent een sobere grondwetscultuur waarbij de maatschappelijke functie van de Grondwet gering is; dit laatste is in zoverre het geval dat een belangrijk deel van de tekst van de

⁶ *Commissie Franken (2000), in navolging van o.a. de Nota grondwetsherzieningenbeleid (1974), Kamerstukken II 1973/74, 12944, nr. 2, p. 2.*

⁷ *Vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31570, nr. 3, p. 7; Kamerstukken II 2008/09, 31570, nr. 7, p. 2.*

⁸ *Vgl. o.a. Een grondwet voor de 21^e eeuw. Voorstudie van de werkgroep Grondwet van de Nationale Conventie, 2006, p. 7.*

⁹ *Vgl. o.v.a. Commissie Franken (2000) en het toenmalige kabinetsstandpunt daarop, Kamerstukken II 2000/01, 27 460, nr. 1,*

Grondwet minder geschikt is om een educatieve, samenbindende of inspirerende functie uit te oefenen.¹⁰ Duidelijker is haar juridisch-normatieve functie en gehalte, voornamelijk bepaald door hoofdstuk 1 (grondrechten).¹¹ De Grondwet is primair een juridisch-staatsrechtelijk en staatkundige basisregeling. Van belang is voornamelijk haar stabiliserende werking in de politieke praktijk. Deze politiek-stabiliserende functie is steeds van grote waarde gebleken. Uiteindelijk is ook de maatschappij daarmee (het meest) gediend. Als staatkundige basisregeling functioneert de Grondwet goed of op zijn minst adequaat.¹² Het kabinet hecht er daarom aan voornoemde functie en kenmerken van de Grondwet te behouden.

Waarde van de Grondwet

Met een typering of omschrijving van de functie en/of kenmerken van de Grondwet is nog niet iets gezegd over de waarde van de Grondwet. De belangstelling hiervoor is gedurende de laatste decennia op het tweede plan geraakt. Dat is wel anders geweest. En hoewel algemeen tamelijk onomstreden, is over die waarde aanzienlijk verschillend gedacht. In dit licht is opvallend dat nog tijdens het parlementaire debat over de Nota grondwetsherzieningenbeleid 1974 de bijzondere commissie voor beleid inzake de Grondwet en Kieswet de regering vroeg waarom zij "als vanzelfsprekend ervan uitgaat dat aan een grondwet nog steeds behoefte bestaat."¹³ Dit was de echo van een vergelijkbare vraag die decennia eerder centraal stond tijdens de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging (1914) in een periode waarin in de staatsrechtliteratuur met de nodige scepsis werd aangekeken tegen de Grondwet. Van "gevoelens van onderwerping, verkleefdheid en trouw, die elk der burgers aan de Grondwet verschuldigd is",¹⁴ was destijds weinig sprake meer, evenmin als van de waardering van de Grondwet als nationale of bezielende kracht die Thorbecke haar ooit toeschreef.¹⁵ Diens opvatting ontlokte De Savornin Lohman dan ook het commentaar "alsof er zonder de Grondwet geen gezag en geen staat meer zou zijn!"¹⁶ Ook de hoogleraren Oppenheim en Krabbe waren begin vorige eeuw uitgesproken kritisch over de waarde van de Grondwet.¹⁷ Daar tegenover stelde Struycken de volgende meer gematigde en praktische overweging: "Voor overschatting van de waarde der Grondwet hoede men zich dus. Anderzijds eerbiedige men haar als historisch nationaal document, dat erg lang zijn waarde kan behouden. Maar schaf haar dus niet af, en ook als de tijd voor verandering is gekomen, houde men met haar historisch karakter rekening, trachte niet haar om te werken, te moderniseren, maar verander alleen datgeen, wat aan de natuurlijke ontwikkeling van het staatsleven dreigt in de weg te staan."¹⁸ Na deze periode is weinig meer over de waarde gesproken, meer over de functies van de Grondwet.¹⁹ De formulering van Struycken is echter nog verrassend actueel. Zij biedt een adequate middenweg tussen de uiterst tegenover elkaar staande opvattingen uit de negentiende eeuw en die van existentiële twijfel zoals geuit in 1914/1975.²⁰

¹⁰ Vgl. Barkhuysen/Van Emmerik/Voermans e.a., De Nederlandse Grondwet geëvalueerd, Alphen a/d Rijn (in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), 2009; Nationale Conventie, o.c. (2006), p. 42.

¹¹ Vgl. o.a. Constitutionele normen en decentralisatie. Een evaluatie van Hoofdstuk 7 Grondwet, Radboud Universiteit Nijmegen/RUG, (in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), 2010. Kritisch over de normatieve functie was met name: J. Verhoeven, De plaats van de grondwet in het constitutioneel bestel. Enkele opmerkingen over betekenis en functie van de grondwet in het geheel der constitutionele verhoudingen, Zwolle 1958; in veel reactie hierop werd gesteld dat hij de normatieve dimensie van het recht tekort deed.

¹² Nationale Conventie o.c. (2006) p. 42; Voorstudie Nationale Conventie, o.c. (2006), p. 7.

¹³ Kamerstukken II 1974/75, 12944, nr. 8, p.1; vgl. Kamerstukken II 1974/75, p. 2346-2347.

¹⁴ Stb. 1815, nr. 45.

¹⁵ Vgl. o.a. J.R. Thorbecke, Aanteekening op den grondwet, Amsterdam 1838 (Voorwoord),

¹⁶ A.F. de Savornin Lohman, Onze Constitutie, 1901, p. 44.

¹⁷ Uitgebreid hierover: J.V. Rijpperda Wierdsma, De Grondwet in onzen tijd, (oratie Leiden), Universitaire Pers Leiden, 1948.

¹⁸ A.A. H. Struycken, De Grondwet. Haar karakter en waarde, Gouda Quint: Arnhem 1912.

¹⁹ Vgl. o.a. P.W.C. Akkermans, De kwetsbare Grondwet, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1985.

²⁰ Deze uitersten zijn thans niet meer structureel aanwezig, bijvoorbeeld noch in het uitgebreide themanummer '150 jaar Grondwet', Nederlands Juristenblad 1998, p. 203 e.v., noch in de bundel De Grondwet herzien, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties/CZW, 2008. In zekere mate wel in bv. Kamerstukken II 2007/08, 31570,

Noodzaak tot herziening?

Tegen de achtergrond van de wijzigingsprocedure van de Grondwet en voormelde functie, kenmerken en waarde ervan, dienen wijzigingen van de Grondwet voornamelijk tot beslechting van langdurig lopende en politiek omstreden thema's. Aanpassingen moeten voortvloeien uit ontwikkelingen die reeds in bestaande regelgeving of andere besluiten met voldoende draagvlak zijn bevestigd, dan wel in andere zin breed door de samenleving worden gedragen. Er moet, met andere woorden, een dringende behoefte aan bestaan en het moet gaan om zaken die voldoende constitutionele rijpheid vertonen. Aldus moet de dringende juridische en/of maatschappelijke noodzaak worden verstaan die vereist is voor een wijziging van de Grondwet en in het bijzonder van de bepalingen waarin de grondrechten zijn verankerd.²¹

3. Advies van de staatscommissie

De staatscommissie had volgens het instellingsbesluit de taak de regering te adviseren over de noodzaak tot wijziging van de Grondwet in verband met een aantal vraagstukken. Voor de bespreking daarvan brengt de staatscommissie in haar rapport de volgende heldere driedeling aan:

- Deel I - de wenselijkheid tot grondwetswijziging in relatie tot de betekenis en toegankelijkheid ervan,
- Deel II - grondrechten, en
- Deel III - de invloed van de internationale rechtsorde en de nationale rechtsorde en over de verhouding tussen wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden en besluiten van volkenrechtelijke organisaties of verdragsbepalingen.

De staatscommissie toont zich ervan overtuigd dat de Grondwet een 'solide basis' vormt voor de Nederlandse rechtsorde. De opvatting van de staatscommissie Grondwet over de huidige functie en kenmerken van de Grondwet ligt in lijn met de opvattingen daarover zoals die hiervoor zijn genoemd, waaronder begrepen het sobere en open karakter van de Grondwet en haar functie als juridisch-staatkundige basisregeling. Wel legt de staatscommissie, conform de opdrachtverlening, een sterker accent op de betekenis en toegankelijkheid van de Grondwet voor de burger, zonder dit overigens nader uit te werken of te onderbouwen.

Volgens de staatscommissie is er geen noodzaak tot wijziging van de Grondwet. Er zijn volgens haar geen aanwijzingen dat zonder wijzigingen van de Grondwet 'het constitutionele bestel in gevaar zou zijn of komen'.

nr. 3, p. 5-6.

²¹ Vgl. in deze zin o.a. *Commissie Franken (2000)*, p. 46-50 en de *kabinetsreactie daarop; kabinetsreactie op het advies van de Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden artikel 1 Grondwet*, Kamerstukken II 2005/06, 29355, nr. 7; *Kamerstukken II 1997/98*, 25455, nr. 5, p. 2 (*regering in voorstel tot wijziging artikel 5 Grondwet*); (*impliciet*) *Kamerstukken II 2003/04*, 29 614, nr. 2 (*Nota grondrechten in een pluriforme samenleving*).

Het voorgaande neemt volgens de staatscommissie niet weg dat er, in het kader van de in de opdracht genoemde onderwerpen, wel aanleiding kan zijn om grondwettelijke bepalingen te heroverwegen, en in het licht van gewijzigde omstandigheden te bezien of het aanbeveling verdient de Grondwet aan te passen. Door een gewijzigde context van internationalisering, technologische ontwikkelingen en een pluriform geworden samenleving, kan de Grondwet haar normerende functie niet meer goed genoeg vervullen, aldus de staatscommissie. Zij verbindt hieraan het oordeel dat er thans ‘voldoende aanleiding’ is om dat karakter, en daarmee de betekenis van de Grondwet voor de burger, te versterken en de betekenis van de Grondwet te heroverwegen.²²

Aldus moet de Grondwet ‘bij de tijd’ worden gehouden, volgens de staatscommissie.

Op veel onderdelen kon zij evenwel niet komen tot een unaniem advies, en in het bijzonder ten aanzien van het onderdeel internationale rechtsorde bleken de opvattingen zelfs sterk verdeeld. Wel adviseerde de staatscommissie unaniem tot opneming van onder andere een algemene bepaling in de Grondwet, een voorstel dat verknoopt is met verscheidene andere van haar voorstellen op het terrein van de grondrechten en de doorwerking van de internationale rechtsorde in de nationale rechtsorde. De drie hoofdonderdelen van het advies worden in het hiernavolgende achtereenvolgens besproken.

3.1. Naar een algemene bepaling?

De staatscommissie adviseert om een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen waarin wordt vastgelegd dat Nederland een democratische rechtsstaat is, dat de overheid de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen eerbiedigt en waarborgt, en dat openbaar gezag alleen wordt uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet. Volgens de commissie schept een dergelijke algemene bepaling een interpretatiekader voor de rest van de Grondwet, andere wetgeving en andere uitoefeningen van overheidsgezag, en vergroot zij daarmee de normatieve kracht van de Grondwet. Daarnaast zou een algemene bepaling de toegankelijkheid van de Grondwet voor de burger vergroten.

Het voorstel van de staatscommissie tot het opnemen van een algemene bepaling is een hoofdbestanddeel van het rapport, waarmee diverse (andere) voorstellen van de staatscommissie voor een belangrijk deel zijn verknoopt en de Grondwet een bijzondere functie krijgt toegedicht. Het voorstel kan worden geplaatst in het kader van een streven naar versterking van de maatschappelijke functie van de Grondwet die enige tijd waarneembaar is geweest; zo kan volgens sommigen het articuleren van de kernwaarden van de democratische rechtsstaat bijvoorbeeld tevens een rol spelen bij de bevordering van integratie en burgerschap, en ook in internationaal verband functioneren als een weergave van de Nederlandse constitutionele identiteit.²³

²² *Advies staatscommissie Grondwet 2010*, p. 24-25.

²³ S.C. Van Bijsterveld, *Op weg naar articulatie van constitutionele identiteit*, in: *De Grondwet*

Het kabinet is geen voorstander van een dergelijke bepaling. Het is zich daarbij ervan bewust dat een algemene bepaling voor het vorige kabinet reeds geen doel op zich was, maar moest worden gezien in de context van de bredere vraag naar de mogelijke functies van de Grondwet.²⁴ Zoals hiervoor betoogd, hecht het kabinet er aan de huidige functie en betekenis van de Grondwet te behouden. Opneming van een algemene bepaling is niet verenigbaar met die huidige functie en het sobere karakter van de Grondwet; zij zou een anomalie zijn in de Grondwet(geschiedenis). Het opnemen van een algemene bepaling zou verdedigbaar zijn als daarmee wordt nagestreefd om de maatschappelijke en educatieve functie te versterken en de Grondwet een meer evocatief, inspirerend en declaratoir karakter en daarmee (deels) een andere functie te geven. Het kabinet ziet daartoe echter geen aanleiding. Vanuit voornoemd streven zou het voorts in de rede liggen om een meer algemene heroverweging van de inhoud, opzet en formulering van de tekst van de Grondwet te entameren. Het enkel toevoegen van een korte algemene bepaling is immers niet voldoende om dit streven te realiseren. Een algemene bepaling zou – met andere woorden - een impuls kunnen geven aan een roep om een meeromvattende grondwetsherziening; een operatie waartoe het kabinet geen noodzaak ziet. Ook zou de rechter een te grote - onvoorspelbare - rol kunnen krijgen in de uitleg van de Grondwet, vanwege de onbepaaldheid van de voorgestelde bepaling.²⁵ Dit komt het kabinet onwenselijk voor. Overigens zou het bepalen van de exacte inhoud van een algemene bepaling zeker geen sinecure zijn, omdat bij de door de staatscommissie voorgestelde tekst nog wel enige kanttekeningen zijn te plaatsen.

Alles afwegende acht het kabinet het noodzakelijk noch wenselijk om een algemene bepaling in de Grondwet op te nemen en de daarmee samenhangende voorstellen, die aan de orde komen bij de hierna te bespreken onderwerpen, over te nemen.

3.2. Grondrechten

Een wezenlijk kenmerk van een democratische rechtsstaat zoals de Nederlandse, is de bescherming van burgers tegen willekeurig en onbegrensd overheidsoptreden. Deze bescherming wordt onder andere gegarandeerd door in de Grondwet en verdragen verankerde grondrechten. De mate waarin deze beschermingfunctie kan worden gerealiseerd, is in belangrijke mate afhankelijk van de grondrechtencatalogus, alsmede de reikwijdte van grondrechten en de wijze waarop, en mate waarin, beperkingen daarop kunnen worden

herzien, *Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2008. Zie in dit verband ook artikel 4, lid 2, van het Verdrag betreffen de EU: 'De Unie eerbiedigt de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren (...)'.* Vgl. voor wat betreft de relatie Grondwet en burgerschap ook de bijdrage in voornoemde bundel van: J.C.J. Boutellier, *De Grondwet, dat ben jij!. Over de wenselijkheid van een rechtsstatelijk moreel appèl.*

²⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31570, nr. 7, p. 5.

²⁵ Vgl. een kritische houding over deze onbepaaldheid bij o.a. L. Verhey, *De staatscommissie Grondwet: een doodgeboren kind?*, NJB 2010, afl. 44/45, p. 2809, en J.J.J. Sillen, *Een doos van Pandora. Over het voorstel een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen*, Tijdschrift voor Constitutioneel Recht (TCvR) 2011, p. 130-139.

aangebracht. De staatscommissie heeft ten aanzien hiervan een aantal aanbevelingen gedaan.

In de eerste plaats beveelt de staatscommissie aan om de beperkingssystematiek aan te passen. Volgens de huidige systematiek kan een grondwettelijk grondrecht worden beperkt door de wetgever of door een ander ambt dat daartoe de bevoegdheid heeft gedelegeerd gekregen, afhankelijk van het concrete competentievoorschrift waarin het grondwettelijk grondrecht voorziet. Voor enkele grondrechten is daarnaast vereist dat de beperkingen specifieke doeleinden dienen (doelcriteria) of dat daarvoor de inachtneming vereist is van specifieke procedurele voorschriften. De staatscommissie beveelt nu aan deze systematiek aan te vullen met een algemene beperkingclausule, luidende dat: (a) beperkingen van grondrechten niet verder mogen gaan dan het doel van de beperking en (b) de kern van grondrechten niet mag worden aangetast.

Het kabinet is niet overtuigd door dit voorstel. De aanbeveling lijkt voornamelijk te zijn gebaseerd op de eerder genoemde - niet door het kabinet gedeelde - presumpties om te komen tot een versterking van de normativiteit van de Grondwet en een verbetering van de toegankelijkheid.²⁶ Voorbeelden uit de (staatkundige) praktijk dat de huidige beperkingsystematiek onwerkbaar zou zijn, ontbreken. Voorbeelden die in dit kader wellicht van nut hadden kunnen zijn, zijn door de staatscommissie niet overgenomen.²⁷ In het kader van conflicterende grondrechten in een pluriforme samenleving is reeds eerder geconstateerd dat de rechtspraktijk goed uit de voeten kan met het huidige grondwettelijk kader, waaronder mede begrepen de bestaande beperkingsystematiek zoals die nadrukkelijk in voornoemde nota was uiteengezet.²⁸ Daarbij komt dat er inmiddels de nodige steekhoudende kritiek bestaat op het door de staatscommissie gedane voorstel.²⁹ Zo ontbreekt bijvoorbeeld de toepasselijke maatstaf bij de proportionaliteitseis en wordt aparte bescherming van de kern van een grondrecht in juridische zin overbodig geacht, nu dat niets toevoegt aan de uitkomst van een proportionaliteitstoets en de beslissing wat tot de kern kan worden gerekend als betrekkelijk arbitrair kan worden aangemerkt. De kernrechtleer is bij de grondwetsherziening van 1983 dan ook nadrukkelijk afgewezen; niet duidelijk is gemaakt hoe het gedane voorstel zich verhoudt tot de uitkomst van die discussie.³⁰ De mogelijke rol die de staatscommissie toedicht aan de door haar voorgestane algemene bepaling als leidraad bij de vraag wat de kern van een grondrecht is, deelt het kabinet om de hiervoor genoemde redenen niet (zie paragraaf 3.1.).

²⁶ *Rapport Staatscommissie*, p. 54.

²⁷ Zie bv. A.E. Schilder, *Regeling van de grondrechten*, in D.J. Elzinga en W.J.M. Voermans (red.), *Brieven aan de staatscommissie*, WLP: Nijmegen 2009, p. 39-43.

²⁸ Kamerstukken II 2003/04, 29614, nr. 2 (i.h.b. bijlage 1).

²⁹ G. van der Schyff, *Nederland aan de vooravond van rechterlijke grondwettigheidstoetsing? Een evaluatie van de beperkingsssystematiek*, in: A. Kristic, A. Meuwese en G. van der Schyff (red.), *Functie en betekenis van de Grondwet: een dialogisch perspectief*, *Publikatie Staatsrechtkring*, WLP: Nijmegen 2011, p. 53-70 (68-70); R. Nehmelman, *Een algemene periodieke keuring van de nationale grondrechten. Korte analyse van de grondrechtenparagraaf van de Staatscommissie Grondwet 2009/2010*, *RegelMaat 2011* (26) 2, p. 84-98 (p. 91).

³⁰ *Vgl. o.a.* Kamerstukken II 1975/76, nr. 3, p. 19-22.

In de tweede plaats gaat de staatscommissie in op de haar voorgelegde vraag of het aanbeveling verdient om bepaalde grondrechten in de Grondwet op te nemen die (deels) zijn verankerd in de verdragen, zoals het recht op leven en het recht op een eerlijk proces en/of toegang tot de rechter. De basispresumpties blijken hier niet te leiden tot consensus binnen de staatscommissie: men is het niet eens geworden over opneming van het recht op leven, het folterverbod en een verbod op vernederende behandeling, mede als gevolg van het verschil in belang dat is gehecht aan het beginsel van eerbiediging van de menselijke waardigheid in de voorgestelde algemene bepaling. Het enige voorstel waar men unaniem toe adviseert is de opneming van een recht op een eerlijk proces en een algemeen recht op toegang tot de rechter. Een eerste belangrijke algemene kanttekening daarbij is dat de staatscommissie ter zake van de formulering van een dergelijke bepaling meerdere opties onderscheidt en er over de plaats van een dergelijke bepaling in de Grondwet eveneens verschil van inzicht bestaat. Daarbij wenst zij in elk geval de inhoud van het huidige artikel 17 Grondwet (het ‘*ius de non evocando*’) te behouden, nu daarin ook volgens de staatscommissie het toegang tot de rechter – zij in het in negatief geformuleerde vorm – reeds is opgenomen. Een andere belangrijke kanttekening is dat de staatscommissie opneming van het door haar voorgestelde recht – evenals de andere ‘extra’ rechten - uit strik juridisch oogpunt niet nodig acht, omdat de verdragsrechten als zodanig deel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde. Opneming van een ieder verbindende verdragsrechten in de Grondwet versterkt op zich zelf genomen de rechtsbescherming van de burger niet, aldus de staatscommissie. Het kabinet deelt dit standpunt. Daarmee vervalt echter een belangrijke basispresumptie van de staatscommissie: de versterking van de normatieve werking van de Grondwet. Daarnaast ontbreekt het aan een indicatie of uitwerking van gebeurtenissen in het (recente) verleden of gevreesde ontwikkelingen in de toekomst, tegen welke achtergrond opneming van nieuwe grondwetsbepalingen mede in de rede zou kunnen liggen.³¹ Ook al kent artikel 6 EVRM, dat niet ziet op de toepassing van het vreemdelingenrecht, (delen) van het belastingrecht, en (delen van) het ambtenarenrecht, een beperktere reikwijdte dan de diverse tekstvoorstellen van de staatscommissie, de organisatie van de Nederlandse rechtspraak is zodanig ingericht dat ook ten aanzien van deze rechtsgebieden toegang tot een rechter bestaat, en een eerlijk proces is gewaarborgd. Van een jarenlang lopende politieke en juridische discussie die toe zou zijn aan beslechting is evenmin sprake. Het kabinet ziet daarom geen noodzaak om deze aanbeveling van de staatscommissie op te volgen.

Tot slot adviseert de staatscommissie over de artikelen 7 (vrijheid van drukpers), 10 (eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de bescherming van persoonsgegevens) en 13 van de Grondwet (brief-, telefoon-, en telegraafgeheim). Het betreft hier het vraagstuk van de zogenoemde grondrechten in het digitale tijdperk, waarbij de vraag aan de orde is of een aantal grondrechten dient te worden aangepast in verband met de

³¹ Vgl. A.J. Nieuwenhuis, ‘Uitbreiding van de nationale grondrechtencanon?’, TVCR 2011 (3), p. 254-264.

ontwikkelingen in de informatietechnologie. Dit vraagstuk heeft al langer de aandacht van de regering, hetgeen evenwel niet heeft geleid tot enige wijziging van de Grondwet ten aanzien daarvan. De staatscommissie toont zich bewust van deze voorgeschiedenis en komt vervolgens tot een eigen stellingname. Zij adviseert om over te gaan tot wijziging van de drie genoemde grondwetsartikelen. Dit advies is unaniem; ten aanzien van de uitwerking blijkt ook hier echter geen consensus te bestaan.

Het kabinet ziet weinig meerwaarde in de door de staatscommissie voorgestelde wijzigingen van de artikelen 7 en 10 van de Grondwet ten opzichte van de huidige formulering van de grondwetsbepalingen en de verdragsrechten (respectievelijk de artikelen 10 en 8 van het EVRM). Beide bepalingen kennen open begrippen waarmee zowel de wetgever als de rechter afdoende uit de voeten kunnen om de vrijheid van meningsuiting en de persoonlijke levenssfeer, inclusief de verwerking van persoonsgegevens, te beschermen.³² Wat betreft de bescherming van persoonsgegevens zijn bovendien internationale ontwikkelingen gaande, zoals de wijziging van Richtlijn 95/46/EG en het dataprotectieverdrag nr. 108 van de Raad van Europa, als gevolg waarvan het kabinet dit ook niet het juiste moment acht om de Grondwet op dit punt te wijzigen.³³

Ten aanzien van een enkel onderwerp ziet het kabinet evenwel voldoende aanleiding het advies van de staatscommissie over te nemen. Het betreft het advies om artikel 13 van de Grondwet te wijzigen. De huidige techniekafhankelijke en limitatieve formulering van de beschermde communicatiemiddelen staat de normatieve betekenis van de betreffende grondwetsbepaling voor wetgever en rechter in de weg. Dit leidt tot onnodige interpretatievraagstukken en (risico van) inconsistentie in de uitleg en beoogde en wenselijke rechtsbescherming. Dit probleem wordt versterkt doordat vooral dit grondwetsartikel ver achter loopt bij de verwante verdragsrechten waarin de laatste jaren nieuwe ontwikkelingen, normen en formuleringen zijn uitgekristalliseerd. Van de bepalingen waarvoor de staatscommissie in het licht van het vraagstuk grondrechten in het digitale tijdperk aanpassing adviseert, is naar het oordeel van het kabinet de noodzaak om artikel 13 van de Grondwet aan te passen aan de tijd het meest prangend, gelet op de geslotenheid van de formulering. Voorts levert het betreffende artikel inmiddels het meest lang politieke en juridische discussie op.³⁴ Het kabinet zal een voorstel voorbereiden tot herziening van dit Grondwetsartikel.

3.3. Internationale rechtsorde

Een kernmotief voor de staatscommissie om te pleiten voor een versterking van de normatieve kracht van de Grondwet is het toegenomen belang van recht dat

³² Vgl. R. Nehmelman, *Regelmaat 2011 nr. 2*, p. 93-96.

³³ *Kritisch: B.J. Koops, Digitale grondrechten en de Staatscommissie: op zoek naar de kern*, TCvR 2011 (2), p. 168-185.

³⁴ *Reeds in 1997 heeft de regering voorgesteld om artikel 13 zodanig aan te passen dat het ook van toepassing zou zijn op andere dan de expliciet in het artikel vermelde communicatietechnieken. Zie Kamerstukken II 1996/97, 25 443, nrs. 1-2.*

buiten de Nederlandse rechtsorde wordt gevormd. De staatscommissie besteedt aandacht aan verschillende ontwikkelingen in de internationale rechtsorde tegen de achtergrond waarvan zij komt tot een aantal aanbevelingen. Daarbij neemt de staatscommissie tot uitgangspunt dat de traditionele openheid van de Nederlandse Grondwet jegens de internationale rechtsorde behouden moet blijven.³⁵ De grondwettelijke opdracht bij te dragen aan de ontwikkeling van de internationale rechtsorde (artikel 90 Grondwet) en het open karakter van de Grondwet betreffende de doorwerking van het internationale en Europese recht in de nationale rechtsorde, vormen voor de staatscommissie de uitgangspunten van waaruit zij de grondwetbepalingen heeft heroverwogen.

Het kabinet hecht aan een goed functionerende internationale rechtsorde en een goede naleving van internationaal gemaakte afspraken. Dat is ook nationaal van belang. Het kabinet zal, zoals ook uitgedragen in de kabinetsreactie op het WRR-rapport “Aan het buitenland gehecht”, in de Europese Unie en in internationaal verband dan ook naar vermogen zijn aandeel blijven dragen.³⁶ Voor het aanvullen van de opdracht van artikel 90 Grondwet met de Europese rechtsorde, zoals door de staatscommissie is voorgesteld, ziet het kabinet noodzaak noch aanleiding.

Het kabinet ziet evenmin aanleiding om wijzigingen aan te brengen in de wijze waarop regering en staten-generaal, beide als onderdeel van de wetgevende macht, betrokken zijn bij de aanvaarding van internationale regels. Deze procedure is thans geregeld in artikel 91 van de Grondwet in samenhang met de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Zij biedt naar het oordeel van het kabinet een adequaat evenwicht tussen de noodzaak dat de regering in het internationale verkeer effectief kan optreden en een zo groot mogelijke zeggenschap van het parlement. De overweging van de staatscommissie dat de Rijkswet een te grote uitzondering maakt op het uitgangspunt van democratische legitimering van belangrijke verdragen, behoeft naar het oordeel van het kabinet sterke nuancering; parlementaire goedkeuring is slechts in enkele uitzonderingsgevallen niet vereist.³⁷

Voorts is de staatscommissie ingegaan op de toepassing en interpretatie van artikel 91, derde lid, van de Grondwet, dat bepaalt dat verdragen die afwijken van bepalingen van de Grondwet, dan wel tot zodanig afwijken noodzakelijk, met een tweederde meerderheid moeten worden goedgekeurd. Aanleiding hiervoor was een verzoek van de Tweede Kamer bij de behandeling van het initiatiefvoorstel-Van der Staaij dat verdragen tot wijziging van de verdragen waarop de Europese Unie is gebaseerd expliciet onder dit vereiste wil brengen.³⁸

³⁵ *Kritisch over de aanbevelingen tegen de achtergrond van genoemd uitgangspunt: K. van Leeuwen, Grondwet en internationale rechtsorde, Openbaar bestuur, januari 2011, p. 21-25.*

³⁵ Kamerstukken II 2010/11, 32635, nr. 1.

³⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32 635, nr. 1.

³⁷ *Bijvoorbeeld indien in buitengewone gevallen van dwingende aard het belang van het Koninkrijk het bepaald noodzakelijk maakt dat het verdrag een geheim of vertrouwelijk karakter draagt, of indien het verdrag geen belangrijke geldelijke verplichtingen aan het Koninkrijk oplegt en voor ten hoogste een jaar is gesloten (artikel 7 van genoemde Rijkswet).*

³⁸ *Voorstel van Rijkswet van het lid Van der Staaij houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van het vereiste van een meerderheid van twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen in de Staten-Generaal voor de goedkeuring van verdragen betreffende de Europese*

De staatscommissie is van mening dat een ruimere uitleg en toepassing van artikel 91, derde lid, van de Grondwet wenselijk is, en lijkt daarbij impliciet als toets aan te nemen of verdragen afwijken van concrete bepalingen van de Grondwet of van de daaraan ten grondslag liggende beginselen.

Het kabinet ziet in de voorgestelde toepassing van artikel 91, derde lid, van de Grondwet geen wezenlijk verschil met de eerder door het kabinet uitgedragen standpunten. Artikel 91, derde lid, is aan de orde als bepalingen van een verdrag afwijken van één of meer concrete bepalingen van de Grondwet. Bij het onderzoek naar de inhoud van een concrete grondwetsbepaling worden de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten, beginselen en strekking mede in aanmerking genomen.³⁹ Indien de bijzondere goedkeuringsprocedure van artikel 91, derde lid, van de Grondwet wordt gevolgd kan het Koninkrijk partij worden bij een verdrag zonder dat daaraan een herziening van de Grondwet in twee lezingen vooraf hoeft te gaan.⁴⁰ Het criterium dat sprake moet zijn van afwijken van *concrete* grondwetsbepalingen, is derhalve een logische uitwerking van het feit dat zonder die afwijking ook geen grondwetsherziening zou hoeven plaatsvinden.⁴¹ Een ander criterium om vast te stellen of sprake is van afwijking van de Grondwet is te onbepaald om houvast te geven, of geeft te weinig eenduidigheid en afbakening voor het concrete geval. Dit blijkt ook uit het feit dat een meerderheid van de staatscommissie slechts enkele denkrichtingen aan de hand heeft gedaan voor de vaststelling van verschillende formele en materiële criteria, en niet tot een concreet advies heeft kunnen komen. Aangezien het kabinet het voorstel van de staatscommissie niet overneemt, acht het daarmee eveneens voldaan aan de motie-Van der Staaij, waarin de regering is verzocht criteria aan te geven voor het bepalen van verdragen die in aanmerking zouden komen voor een goedkeuring met gekwalificeerde meerderheid, indien het voorstel van de staatscommissie wordt overgenomen.⁴²

Een volgend deelthema waarop de staatscommissie is ingegaan, betreft de vraag of aan de voorrang van rechtstreeks werkende bepalingen nadere voorwaarden moeten worden gesteld, indien deze bepalingen in strijd komen met fundamentele constitutionele beginselen.

Op grond van het huidige stelsel van doorwerking, zoals opgenomen in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, kunnen bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties rechtstreeks inroepbaar zijn door rechthebbenden, voor zover het gaat om bepalingen die een ieder kunnen verbinden (rechtstreeks werkend zijn). Deze bepalingen krijgen voorrang boven daarmee strijdig nationaal recht. Bepalingen die primair een opdracht inhouden voor de Nederlandse wetgever en het bestuur kunnen in de Nederlandse rechtsorde niet rechtstreeks worden ingeroepen voor de rechter,

Unie, Kamerstukken II 30874 (R1818).

³⁹ Kamerstukken II 1999/00, 26800 VI, nr. A, p. 3; Kamerstukken I 2000/01, 27484 (R1669), nr. 237c, p. 3; Kamerstukken I 2003/04, 27484 (R1669), A, p. 4-5.

⁴⁰ *Bijlage bij Kamerstukken II 2002/03, 27484 (R1669), nr. 289, p. 20.*

⁴¹ Zie ook J.W.A. Fleuren, Grondwet, democratische rechtsstaat en internationale rechtsorde, *RegelMaat* 2011 (26) 2, p. 103-104.

⁴² Kamerstukken II 2010/11, 32500 VII, nr. 37.

maar krijgen wel hun werking via de wetgevende en uitvoerende maatregelen die tot stand worden gebracht om aan de aangegane verdragsverplichtingen te voldoen. De vraag, of een internationaalrechtelijke bepaling beschouwd moet worden als rechtstreeks werkend of niet, wordt in de Nederlandse rechtsorde in laatste instantie door de onafhankelijke rechter beantwoord.⁴³

De leden van de staatscommissie blijken verdeeld over voornoemde vraag of er nadere voorwaarden zouden moeten worden gesteld. De ene helft meent dat het wenselijk en waardevol is om aan de voorrang van het internationale recht de grondwettelijke voorwaarde te verbinden dat deze verenigbaar is met fundamentele constitutionele beginselen, en zoekt daarbij een aanknopingspunt bij de hiervoor gememoreerde algemene bepaling. De andere helft is, eveneens in het licht van die algemene bepaling, van oordeel dat het noodzakelijk noch wenselijk is een dergelijke voorwaarde op te nemen. Een overweging daarbij is dat deze te veel nadruk zou leggen op de rol van de rechter in de bescherming van constitutionele beginselen. Het is vooral de taak van de regering en de Staten-Generaal te waarborgen dat bij de totstandkoming en goedkeuring van verdragen grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen in acht worden genomen en dat, zo nodig, wordt gewaarborgd dat de uitoefening van bij verdragen opgedragen bevoegdheden aan deze voorwaarden voldoet.

Het kabinet kan zich – behoudens het beroep daarbij op de algemene bepaling - vinden in de overwegingen van de hiervoor laatstgenoemde helft van de staatscommissie en is niet overtuigd van de noodzaak en constitutionele rijpheid om de Grondwet op dit punt te wijzigen.⁴⁴ In de rechtspraak blijkt het probleem zich niet of nauwelijks voor te doen, of zal door de rechter in het concrete geval een passende oplossing gevonden kunnen worden. Voorts is het moeilijk een criterium te vinden dat aan de rechter voldoende houvast biedt de doorwerking van het internationale recht te toetsen. Het criterium zou al snel een open norm worden, waarbij het vervolgens aan de rechter wordt gelaten daaraan nadere invulling te geven. Het kabinet acht het echter in de eerste plaats aan de regering respectievelijk wetgever om bij de aanvaarding van internationale rechtsregels geen verplichtingen aan te gaan die strijdig zijn met fundamentele rechten en beginselen, en internationale verplichtingen op zo'n manier uit te voeren dat constitutionele beginselen daardoor niet geschonden worden. Het kabinet schaart zich in dit verband ook achter de aanbeveling van de staatscommissie dat op internationaal niveau overeenstemming tussen internationale regels en fundamentele beginselen bevorderd moet worden.

Ook ten aanzien van de overige aanbevelingen op dit deelterrein zal het kabinet geen voorstellen tot wijziging van de Grondwet entameren, gelet op het ontbreken van een dringende politieke en/of maatschappelijke behoefte daaraan en van voldoende constitutionele rijpheid, mede tot uitdrukking komend in de

⁴³ Zie voor een uitvoeriger beschrijving van de doorwerking van het internationale en Europese recht o.a. Kamerstukken II 2007/08, 29 861, nr. 19 (kabinetsnotitie n.a.v. motie-Visser; Kamerstukken II 2007/08, 29861, nr. 15).

⁴⁴ Ook in de staatsrechtelijke literatuur blijkt nog volop discussie over de toegevoegde waarde van een dergelijke voorwaarde. Vgl. o.a. het dispuut tussen J.H. Gerards, *Artikel 94 herzien – een horror juris?*, en J.W.A. Fleuren, *Artikel 94 Grondwet en artikel 27 Weens Verdragenverdrag onder voorbehoud?*, Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS 2011-3, p. 117-123.

verdeeldheid binnen de staatscommissie ten aanzien van veel van die onderwerpen.

3.4. Overige aandachtspunten

Tot slot adviseert de staatscommissie op een aantal specifieke punten die haar zijn voorgelegd bij haar installatie of in de loop van haar werkzaamheden. Het gaat daarbij in de eerste plaats om de vraag of de Grondwet voldoende basis biedt voor en genoeg rechtsbescherming biedt tegen de mogelijkheden die bestuursorganen in steeds ruimere mate hebben om sancties, inclusief bestuurlijke boetes op te leggen. Volgens de staatscommissie volstaat deze rechtsbescherming, maar zou nadere advisering te zeer buiten de opdracht van de staatscommissie vallen. Over de grondwettigheid van internationaal strafrechtelijke ad-hoc tribunalen stelt de commissie dat dit per geval beoordeeld moet worden; zij is geen voorstander van een raamverdrag of kaderwet als constitutioneel lapmiddel en sluit daarmee aan bij het eerder door het vorige kabinet ingenomen standpunt dat nut en noodzaak voor een dergelijk verdrag of dergelijke wet ontbreekt.⁴⁵ Tot slot adviseert de commissie over het Verdrag van Tilburg, dat het verblijf van een groep Belgische gedetineerden in een Tilburgse penitentiare inrichting regelt. De staatscommissie acht deze constructie niet strijdig met de Grondwet. De adviezen of opmerkingen van de staatscommissie over deze specifiek aan haar voorgelegde punten geven het kabinet geen aanleiding tot nadere standpunten, nu de adviezen ofwel nog onvoldoende zijn uitgekristalliseerd ofwel in lijn zijn met het standpunt van de regering in dezen. Het kabinet spreekt graag zijn dank uit aan de staatscommissie dat zij ondanks de uitvoerige opdrachtverlening enige ruimte heeft weten te vinden om in te gaan op deze aanvullende vragen waarvoor het vorige kabinet aandacht heeft gevraagd.

4. Conclusie

Het kabinet heeft met waardering kennis genomen van het helder opgebouwde advies van de staatscommissie Grondwet. Het bevat verrijkende inzichten voor de verdere ontwikkelingen van het denken over de betekenis van onze Grondwet en de staatsrechtelijke doctrine rond een groot aantal grondwettelijke thema's. Het kabinet ziet echter onvoldoende aanleiding en urgentie om thans over te gaan tot een herziening van de Grondwet anders dan van artikel 13 Grondwet. Daaraan heeft in het bijzonder bijgedragen het oordeel van de staatscommissie dat een wijziging ook volgens haar niet noodzakelijk is en het feit dat dit kabinet de basispresumptie van de staatscommissie voor de voorstellen die zij doet, namelijk om te komen tot een meer normatieve en toegankelijker Grondwet, niet deelt. De basispresumpties zijn te weinig uitgewerkt en onderbouwd om als grondslag te kunnen dienen voor een heroverweging van de Grondwet op meerdere onderdelen als gevolg waarvan bovendien de onderlinge relatie tussen de drie staatsmachten danig zou veranderen. Het kabinet wenst daarom vast te houden aan de huidige functie en betekenis van de Grondwet in welk licht de Grondwet immers prima

⁴⁵ Kamerstukken I 2007/08, 31200 VII, B en Kamerstukken I 2008/09, 31700 VI, nrs. H en L.

functioneert, zoals de staatscommissie impliciet concludeert en ook de Nationale Conventie reeds nadrukkelijk concludeerde in 2006. Voorts maakt het advies duidelijk dat de thema's waarover zij heeft geadviseerd nog onvoldoende constitutionele rijpheid vertonen, mede tot uitdrukking komend in de verdeeldheid binnen de staatscommissie ten aanzien van veel van die onderwerpen en in de nadien verschenen staatsrechtelijke literatuur over het advies. Kortom, een dringende politieke en/of maatschappelijke behoefte om tot een herziening van de Grondwet op meerdere onderdelen over te gaan, ontbreekt naar het oordeel van het kabinet. Dit alles betekent geenszins dat het advies van de staatscommissie hiermee zonder betekenis is. De Grondwet als anker van het constitutioneel bestel bestendigt en vormt zich immers als gevolg van vaak langdurige discussies en ontwikkelingen. Tezamen dragen zij bij aan de voortdurende en noodzakelijke legitimiteit van dat bestel. Het advies van de staatscommissie heeft daaraan een belangrijke bijdrage geleverd en is daarmee van blijvende waarde.