

Tweeërlei constitutie

Het staatsrecht is fundamenteel historisch van karakter. Het is enerzijds product van de politieke geschiedenis en pretendeert anderzijds de geschiedenis van de politiek, van de politieke gebeurtenissen, te beïnvloeden. Zonder een grondige kennis van de historische achtergrond en de ontwikkelingen van de politieke samenleving is inzicht in belangrijke delen van het staatsrecht moeilijk te verwerven. Het verschaft staatsrechtsgeleerden bovendien een geldig alibi om zich te vermeien in de bestudering van geschiedkundige geschriften.

De staatsrechtelijke regels zelf abstraheren echter van de historische werkelijkheid. Het zijn normatieve stellingen omtrent de politieke werkelijkheid zoals die behoort te zijn. De werkelijkheid zoals die behoort te zijn, hoeft niet samen te vallen met hoe die werkelijkheid feitelijk is. Tegelijkertijd kunnen die regels niet (of niet te veel) abstraheren van de concrete historische omstandigheden van een gegeven politieke samenleving, op straffe van verlies van elke invloed op die samenleving. Zie hier de inherente spanning tussen recht en historische werkelijkheid in het staatsrecht.

In dit opstel zal ik me verliezen in een vergaande en riskante vorm van historische abstractie en grofweg onderscheiden tussen twee typen van constitutie: constituties oude en nieuwe stijl. Het bestek van een opstel noopt tot een nauwelijks te rechtvaardigen versimpeling van complexe gegevens. De eenvoud die het gevolg is van abstractie heeft echter ook aantrekkelijke kanten. Het genoemde onderscheid poog ik vruchtbaar te maken bij het beschouwen van een aantal constitutionele ontwikkelingen.

Constituties oude en nieuwe stijl

Er zijn veel verschillende constitutiebegrippen, waarvan het onderscheid tussen een formeel en materieel constitutiebegrip wel tot de meest courante behoort.¹ Bij 'formele constitutie' gaat het gewoonlijk om de naam van een document waarin constitutionele regels zijn vastgelegd, de 'Grondwet' of 'Constitutie'. Het begrip 'materiële constitutie' blijkt op nogal verschillende manieren te kunnen worden verstaan. Veelal gaat het ofwel om een inhoudelijke aanduiding van de normen die tot de constitutie worden gerekend,² ofwel om de werkelijk maatschappelijk effectieve normen van de politieke samenleving, dat wil zeggen de normen waarnaar de politieke samenleving zich daadwerkelijk gedraagt.³ Vanuit historische optiek, de spanning tussen recht en politieke geschiedenis, is vooral de materiële constitutie in deze laatste zin van belang; ik kom daarop terloops hieronder terug..

Ik wil het echter niet primair over dit onderscheid hebben, maar over een ander onderscheid. Het gaat om twee verschillende manieren waarop men in verschillende landen omgaat met de politieke geschiedenis en historische gebeurtenissen en hoe dit tot uitdrukking komt in hun constitutie. Op basis hiervan wil ik onderscheiden tussen twee typen van constitutie, die ik bij gebrek aan beter aanduid als het 'oude' type en het 'nieuwe' of 'revolutionaire' type.⁴ Binnen het bestek van dit opstel laat ik in het midden hoe de

¹ Zie Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede, G.J.M. van Wissen, 14^e druk, Deventer 2001, p. 163-165.

² Hierom vooral gaat het G.F.M. Van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, Rotterdam 1998; zie over het onderscheid p. 15-63.

³ Dit bedoelt ook Donner in de 11e druk (en eerder) van het *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Zwolle 1983, p. 152-156 (grotendeels gehandhaafd in de bewerking van Prakke c.s.).

⁴ Hierin resoneren historisch geladen begrippen als bij ons "de aloude vrijheid", elders "the ancient constitution", en het onderscheid tussen normatieve, nominale en semantische constituties; zie omtrent onder meer J.G.A. Pocock, 'The Ancient Constitution and the Feudal Law', in: E. Sandoz (red.), *The Roots of Liberty*:

‘materiële’ en ‘formele’ constitutie zich in deze twee benaderingen zich tot elkaar verhouden, al blijkt impliciet wel iets over de spanning tussen die twee.

Het onderscheid tussen de typen van constitutie dat me interesseert, ziet vooreerst op de historische omstandigheden en determinanten bij de vorming van de constitutie. Constituties oude stijl worden vooral gevormd door een langdurig incrementeel proces. Daarbij kan zich wel degelijk ook op allerlei wezenlijke punten een omslag voordoen die aanleiding is tot vorming van nieuwe constitutionele regels. Van een geheel nieuwe constitutie is formeel en, wanneer het stof is neergedwarreld, zelfs substantieel dan niet echt sprake, laat staan van een nieuwe staat.

Dit is fundamenteel anders bij de constituties nieuwe stijl, die het resultaat zijn van een grote en gewelddadige omwenteling, het verliezen van een majeure oorlog of een andere grote ramp of omslag. De nieuwe constitutie wordt geanimeerd en gemotiveerd door de historische gebeurtenis. Er is sprake van een ervaring die noopt tot het maken van schoon schip, het ontwerpen en scheppen van een geheel nieuwe constellatie die aan de voorgaande constitutie een einde maakt. Met de nieuwe constitutie is sprake van een nieuwe politieke samenleving, die de oude politieke samenleving moet vervangen.

Bij een ‘oude’ constitutie moet men denken aan de incrementele constitutievorming als in Engeland, waarvan de constitutie als oerbeeld van een constitutie oude stijl kan fungeren. Bij ‘nieuwe’, ‘revolutionaire’ constitutievorming moet men denken aan historische gebeurtenissen zoals de Amerikaanse onafhankelijkheid en de Franse revolutie en de constituties waartoe deze aanleiding gaf. De Amerikaanse Constitutie kan dienen als oerbeeld van de ‘nieuwe’, ‘revolutionaire’ constituties, maar misschien ook het Franse voorbeeld, waarbij elke nieuwe constitutie ook een nieuwe monarchie of republiek betekent. Bij de ‘nieuwe’ constituties moet men ook denken aan de na-oorlogse constituties van Duitsland en Italië, die gemotiveerd werden door het ‘*nie wieder*’ van de totalitaire ervaringen en wat daarmee in die landen gepaard ging.

Constituties van het oude type zijn in hoge mate een neerslag van historische ontwikkelingen, terwijl de constituties van het revolutionaire, nieuwe type vooral een blauwdruk willen zijn voor toekomstige ontwikkelingen.

Kenmerken van constituties oude en nieuwe stijl

De twee typen van constituties hebben verschillende eigenschappen. De kenbronnen van de constitutie zijn bijvoorbeeld nogal verschillend. Het maken van schoon schip in landen met nieuwe constituties kan slechts effectief gebeuren indien de constitutie in zo hoog mogelijke mate wordt vastgelegd in een formele tekst met hogere status, ‘de Constitutie’ of ‘Grondwet’.

Hiertegenover staat het verspreide en minder geformaliseerde karakter van de oude constituties. Deze kennen een minder exclusieve status toe aan een of meer instrumenten, terwijl ook bestaande regels, privileges, praktijken en gewoonten gerekend kunnen worden tot de constitutie, zonder dat deze geformaliseerd zijn in een document met hogere status. ‘Oude stijl’ constituties zijn vaak zowel materieel als procedureel flexibel. Er is niet op voorhand te zeggen welke inhoud de constitutie kan of mag hebben. Dit verklaart dat dit type constitutie door een veelheid van bronnen wordt gekenmerkt en voor de buitenstaander moeilijker kenbaar is. Er wordt niet sterk gedacht vanuit ‘supra-constitutionele’ beginselen die hun uitwerking vinden in onveranderbare normen van de constitutie, en voorzover er dergelijke super-beginselen en normen zouden zijn, zijn deze meestal beperkt in aantal en niet

Magna Carta, ancient constitution, and the Anglo-American tradition of rule of law, Colombia 1992 en Karl Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago 1965; over antieke antecedenten M. Finley, *The Ancestral Constitution*, Cambridge 1971. De door mij gebruikte begrippen worden echter anders gebruikt.

onveranderbaar. Dit type constitutie legt een meer bescheiden claim op juridische autonomie en is bereid en in staat om uit heteronome bronnen normen op te nemen. Zelfs een strikt dualistisch stelsel als het Britse is in staat het Europees gemeenschapsrecht nagenoeg vlekkeloos op te nemen in de nationale rechtsorde. De prejudiciële vragen waarmee het House of Lords de *Factortame* jurisprudentie van het Hof van Justitie uitlokte, waren eerder vragen naar de bevestiging van de betekenis die het Europees Gemeenschapsrecht heeft voor de Britse constitutie dan een uitdrukking van rechterlijke verbijstering daarover - zeer anders dan de Duitse rechters in de grondrechtzaken die zij bij het Hof van Justitie aanhangig maakten, of de Duitse en Franse rechters die eenvoudigweg weigerden kwesties die spanning zouden oproepen met nationale constitutionele beginselen aan de Europese rechter voor te leggen (bijvoorbeeld over rechtstreekse werking van richtlijnen). De afstand tussen de materiële constitutie, in de zin van de werkelijk effectieve regels van de politieke samenleving, en de formele constitutie, als die al aanwezig is, is in oude constituties meestal niet groot. De constitutie van het oude type wordt niet sterk legalistisch opgevat; niet alles moet voor de rechter uit te vechten en af te dwingen te zijn om te kunnen gelden als constitutionele norm. In de praxis van de constitutie ligt haar waarborg besloten. Hoewel dat in de ogen van sommigen paradoxaal is, verleent de inherente flexibiliteit en dynamiek een zekere mate van stabiliteit van dit type constitutie.

Constituties van het nieuwe type tenderen naar inhoudelijke inflexibiliteit. Zij hechten aan een aantal supra-constitutionele beginselen en een nadere uitwerking daarvan in bindende formuleringen; vaak worden sommige van deze concretisering onveranderbaar verklaard. Dit type constitutie claimt exclusiviteit en autonomie. Constitutionele normen worden door de constituanten niet slechts gevonden maar vooral gemaakt. Ook daarom zijn de normen van dit type constitutie voor de buitenstaander in beginsel zonder al te veel moeite kenbaar. Constitutionele rechtsvorming wordt beschouwd als een autonome activiteit, in die zin dat de validiteit en zelfs het bestaan van niet-statelijke rechtsnormen en vormen van rechtsschepping geheel en al zijn afgeleid uit en afhankelijk zijn van de (formele) constitutie, zonder welk geen recht of gezag kan bestaan. Dit betreft normen van internationale en Europese oorsprong, maar de gelding van normen die zich in het maatschappelijk verkeer ontwikkelen, zoals in het handelsrecht, of het kerkelijk recht, enzovoorts. Soevereiniteit - zowel in de zin van staatssoevereiniteit, volkssoevereiniteit of soevereiniteit van de staatsorganen - wordt beschouwd als een centraal leerstuk van de constitutionele leer. Dit blijkt uit de problematische (grenzen aan de) receptie van het zelf autonomie claimende Europees Gemeenschapsrecht in een land als Duitsland of Italië.

Voor de constituties nieuwe stijl die na de tweede wereldoorlog tot stand zijn gebracht, worden legalistisch opgevat. Naleving van de regels is een taak die voor rechterlijke instanties kan worden afgedwongen. Dat de juridische kenbronnen makkelijk aan te wijzen zijn, draagt daaraan bij. De judiciële afdwingbaarheid eerder dan de praxis wordt beschouwd als de echte garantie van de constitutie.

De kosten van een legalistische constitutieopvatting zijn relatief hoog. Waar die kosten (bijvoorbeeld de kosten van een juridisch hoogwaardig getraind en adequaat betaald personeelsbestand bij de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht, of proceskosten) niet kunnen worden opgebracht of te hoog zijn, kan de afstand tussen de formele juridische constitutie en de daadwerkelijke materiële constitutie relatief groot zijn. Landen in Midden- en Oost-Europa, Latijns-Amerika, Afrika en Azië leveren van de bedoelde kloof tussen formeel-juridische constitutie en feitelijk-materiële constitutie talrijke voorbeelden. Dat wordt als een zeer ernstig gebrek gevoeld in die landen, die zich in een situatie van overgang van periodes van dictatuur naar democratische constituties bevinden. Vaak richten juist deze landen zich in hoge mate op het constitutionele blauwdruk-denken dat eigen is aan de 'nieuwe' constituties, dikwijls onder druk van de historische omslag die nodig is geweest om

ze in een staat van overgang te brengen.⁵ De claim van autonomie en exclusiviteit van de constitutie kan aan een dergelijke kloof - die ook in andere landen bestaat - alleen maar bijdragen.

Tot welk type behoort onze Grondwet?

Als we de Nederlandse rechtsorde moeten plaatsen in een spectrum tussen de Britse en de continentale rechtsstelsels als de Franse, Duitse of Italiaanse, dan zou Nederland zonder meer onder de continentale moeten worden geschaard. Op constitutioneelrechtelijk gebied is dat - als men bepaalde formele overeenkomsten daarlaat - anders. Er zijn redenen de Nederlandse constitutie te kwalificeren als een 'oude' constitutie, zoals de Engelse.

Het is waar dat de Grondwet op langere termijn beschouwd te zien is als het product van de overgang van de Republiek en de post-revolutionaire staatsregelingen naar het Koninkrijk. Maar anders dan de Bataafsche Staatsregeling van 1789, die pretendeerde product te zijn van 'het Bataafsche Volk, zig vormende tot eenen ondeelbaaren Staat' en die in alle opzichten de kenmerken wilde hebben van een revolutionaire constitutie, stond de staatsvorming in 1813 en de Grondwet van 1814 - zeker achteraf beschouwd - in belangrijke opzichten in de sleutel van de waarborg van de 'aloude Vrijheid'. Deze 'aloude Vrijheid' was niet slechts de vrijheid van de burgers in de moderne, post-revolutionaire zin, maar omvatte tevens de sinds de Opstand gekoesterde vrijheid de staatsinstellingen naar eigen inzicht en traditie in te richten. Dat de Grondwet van 1814 al een jaar later werd vervangen door een nieuwe doet daaraan geen wezenlijke afbreuk. Het is waar dat in zeker opzicht (althans voor wat betreft de zuidelijke Nederlanden)⁶ deze vervanging geschiedde onder revolutionaire omstandigheden en niet geheel conform de grondwettelijke voorschriften; en Nederland werd grondwettelijk van vorstendom tot Koninkrijk. Maar hoewel dit destijds wellicht voor sommigen een juridische kreuk was, is het thans geworden tot een plooi in de jurk van de Nederlandse staat. Achteraf zijn we geneigd de vereniging met België als een kortstondige vergissing te beschouwen, een vergissing ons door vreemde mogendheden in Wenen opgedrongen.

Als men dan toch, zoals traditioneel geschiedt en strikt juridisch wellicht juister is, de Grondwet van 1815 als de eerste ziet van de huidige Nederlandse staat, dan moet worden vastgesteld dat onze Grondwet nog steeds die is die voor het eerst in werking trad in 1815.⁷ Er waren ingrijpende wijzigingen, zoals in 1840, 1848 en 1917, maar deze grote wijzigingen leidden niet tot een nieuwe Grondwet. Daartegenover staat een algehele herziening die leidde tot wat we soms 'de nieuwe Grondwet van 1983' noemen. Maar deze herziening behelsde weinig ingrijpende wijzigingen van de oude grondwet; nieuw was deze grondwet dus eigenlijk niet. Kortom, de constitutievorming is vooral incrementeel, zonder dat ook ingrijpende wijzigingen tot een nieuwe Grondwet leiden.

De Grondwet noch een andere regel van constitutioneel recht expliciteert enigerlei claim van soevereiniteit of een andere vorm van autonomie of exclusiviteit. Sinds de inaugurele rede van Prakke⁸ zijn er in Nederland geen belangwekkende staatsrechtelijke beschouwingen meer gewijd aan het onderwerp soevereiniteit. Preambulaire stellingen

⁵ Indonesië leek een uitzondering. Ook bij drastische politieke omslagen volgde het een stelsel van incrementele grondwetswijziging. Toch bestaat ook daar de verleiding om schoon schip te maken door middel van een nieuwe constitutie.

⁶ P.J. Oud, *Het constitutionele recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, 2e druk, Zwolle 1967, deel 1, p. 10.

⁷ De 'rode jurk', *De Grondwet 1987*, 12e uitgave, Zwolle 1994, thans verzorgd door de stafafdeling Constitutionele Zaken van het ministerie van Binnenlandse Zaken, gaat interessant genoeg terug tot de bepalingen van 1814.

⁸ L. Prakke, *Pluralisme en staatsrecht*, Deventer 1974.

ontbreken in onze Grondwet, behalve dan de nauwelijks ideologische, niet exclusivistische formuleringen van staatsdoelen in de bepalingen over sociale grondrechten. Rechterlijke mogelijkheden om de bepalingen van de Grondwet te handhaven, zelfs ten gunste van de burger, zijn beperkt, vooral door de beruchte bepaling over de onschendbaarheid van de wet - al zijn het vooral juristen die hiermee moeite lijken te hebben. Wat er bestond aan onderscheiding van de wetgevende en uitvoerende macht is in 1983 uit de Grondwet verdwenen. Dat de constitutionele rechten van de staatsinstellingen onderling, zoals tussen het parlement en de regering of tussen andere ambten onderling, zo nodig zouden moeten kunnen worden afgedwongen voor de rechter is - zelfs nu het toetsingsverbod van art. 120 op de helling staat - nagenoeg taboe. De gedachte dat dit deel van de constitutie rechtsregels bevat die (te) politiek zijn en zich dus niet leent voor uitleg en toepassing door de rechter, is een Haagse premisse die weliswaar naïef is omdat zij lijkt te veronderstellen dat andere constitutionele normen die zich richten tot de burger niet zodanig politiek zouden zijn, maar zij brengt het niet-legalistische karakter van de constitutie treffend tot uitdrukking. Zij benadrukt het primaat van de politieke praktijk boven die van juridische waarborgen, en laat ruimte aan de dynamiek van politiek-institutionele ontwikkelingen die pas een weerslag dienen te krijgen in constitutionele regels indien de tijd daar meer dan rijp voor is. Grondwetswijziging is vooral vaststelling van een stand van zaken die in feite reeds bestaat. Zelfs wanneer het gaat om een onbetwiste ongeschreven constitutionele rechtsregel, geeft men er toch de voorkeur aan deze maar als ongeschreven recht te laten bestaan, zoals bij de vertrouwensregel het geval is. Van andere vaste praktijken, zoals het gebruik op de dag van Tweede Kamerverkiezingen de weg vrij te maken voor een kabinet van welke samenstelling dan ook door het aanbieden van het ontslag van het zittende kabinet, wordt het beter geacht in het ongewisse te laten of en in hoeverre deze de status van rechtsregel hebben - men weet maar nooit of een dergelijke praktijkregel niet genuanceerd moet worden toegepast, en dan is het makkelijker om de regel niet te precies te hebben bepaald, laat staan deze in steen te hebben gegrift.

Er zijn weinig voorbeelden waar een grondwetswijziging een echte verandering van een bestaande praktijk beoogde en niet slechts een bevestiging van een bestaande praktijk. Enkele grondrechten waren in 1983 op grondwettelijk niveau nieuw, maar daarvan bestonden meestal binnen de nationale rechtsorde al verdragsrechtelijke tegenhangers, die bovendien beter voor de rechter inroepbaar waren. Van de voorgenomen invoering van een correctief referendum viel wegens de zeer hoge drempels weinig praktisch gevaar te duchten. Zoals bekend sneefde dat voorstel op senator Wiegel. Een hernieuwde poging van het kabinet Kok-II om het bindend correctief referendum in de Grondwet in te voeren, stuit op weerstand bij het kabinet Balkenende, dat overigens zelfs de tijdelijke referendumwet die een niet-bindend kiezersoordeel mogelijk maakt te ver vindt gaan, en heeft aangekondigd dat de tijdelijke referendumwet in te zullen trekken.⁹

Sommige regels van de rechtsstaat die elders uitvoerige regeling in constitutionele documenten hebben gevonden, hebben in ons land geen grondwettelijke status. Het meest opvallende voorbeeld daarvan is wel het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke rechter. In art. 17 van de Grondwet - wellicht de meest verwaarloosde grondwetsbepaling over toegang tot de rechter - wordt het niet gelezen. Dit betekent gelukkig niet dat zonder art. 6 EVRM er geen aanspraak zou hebben bestaan op een zodanig proces. Sommige dingen zijn

⁹ Strategisch Akkoord voor kabinet CDA, LPF, VVD van 3 juli 2002, *Kamerstukken II 2001/02*, 28375, nr. 5, p. 26: 'Het kabinet bevordert daarom de intrekking van de tijdelijke referendumwet en zal de wijziging van de grondwet om het correctief wetgevingsreferendum mogelijk te maken niet ondersteunen.'

zo evident, dat ze geen expliciete melding vergen in constitutionele regelgeving, maar dit betekent niet op voorhand dat zij geen deel kunnen uitmaken van het constitutionele recht.¹⁰

Art. 90 van de Grondwet, dat de regering opdraagt de ontwikkeling van de internationale rechtsorde te bevorderen, lijkt op het eerste gezicht te scharen onder de ideologische bepalingen en daarmee in strijd met de ‘oude stijl’ van de constitutie. Dat is de bepaling echter niet. Er is althans geen praktijk of jurisprudentie waaruit blijkt dat deze bepaling enigerlei beperking oplegt.¹¹ Integendeel, in samenhang met art. 93 en 94 brengt art. 90 de beperkte constitutionele autonomie tot uitdrukking. Zelfs op juridisch-technisch niveau is het zo dat het begrip ‘verdrag’ in art. 91 van de Grondwet geheel heteronoom is; het is een volkenrechtelijk begrip en niet een autonoom nationaalrechtelijk begrip.¹² Art. 91 lid 3 van de Grondwet maakt het zelfs mogelijk dat constitutionele regels die in de Grondwet zijn neergelegd, bij verdrag materieel worden gewijzigd, mits dit verdrag met twee derden van de stemmen door het parlement wordt goedgekeurd. Er is geen noodzaak om in zo’n geval de Grondwet te wijzigen, noch vooraf, noch nadien. Dit betekent dat de Grondwet regels kan bevatten die materieel niet meer weergeven wat de inhoud van de constitutie is.

Dit alles zijn kenmerken die de Nederlandse constitutie eerder tot een constitutie van het oude type bestempelen dan tot een van het nieuwe of revolutionaire type.

Wat moet in de Grondwet?

De noodzaak om allerlei bepalingen formeel te kwalificeren als constitutioneel, is in constituties oude stijl minder groot dan in constituties nieuwe stijl. Ook buiten de formele constitutie kunnen in constituties oude stijl immers constitutionele regels bestaan. Omdat ook in deze constituties evenwel belangrijke delen van het constitutioneel recht in geschreven regels zijn vastgelegd, doet zich zelfs bij dit type constitutie de vraag voor wat er in geschreven recht moet worden neergelegd en wat daarbuiten kan blijven. Dit doet zich te meer voor als een van die constitutionele documenten de naam ‘de Constitutie’ of ‘de Grondwet’ draagt, zoals in Nederland het geval is.

Ten aanzien van grondrechten deed deze vraag zich ten principale voor in de constitutionele debatten van de afgelopen decennia in het Verenigd Koninkrijk. Kenmerkend voor zijn constitutie oude stijl was de door Dicey dominant gebleven gedachte dat de burgerlijke vrijheid wordt verondersteld en niet is geötrooieerd. Onder dit axioma zijn grondrechten als het ware stuksgewijs gegroeide normen, die een vrijheid in praktische termen articuleren.¹³ Ook wanneer deze niet in een constitutionele catalogus zijn opgenomen, kunnen burgerlijke vrijheden bestaan en juridische bescherming genieten.¹⁴ We weten

¹⁰ Zo was het ook met de koninklijke onschendbaarheid voor 1848.

¹¹ De regering heeft zich bij de uitzending van militairen voor taken die vóór juli 2000 niet duidelijk onder de grondwettelijke taakomschrijving van de krijgsmacht te brengen waren, beroepen op art. 90; de Centrale Raad van Beroep, 7 september 2000, *TAR* 2000, 144, heeft in art. 90 zelfs een bevoegdheidstoekenning gevonden voor het tegen diens wil uitzenden van een militair die tot taak zou hebben de Bosnische politie te assisteren bij het handhaven van de openbare orde; dit is een miskennis van de aard van art. 90.

¹² Dat ook de vraag of een bepaling ‘een ieder verbindend is’ in de zin van art. 93 en 94 van de Grondwet heteronoom wordt bepaald, vloeit voort uit het Bosch-arrest van de Hoge Raad, 18 mei 1962, *NJ* 1965, 115.

¹³ Wanneer fundamentele rechten bedreigd waren geweest, was het nodig deze alsnog vast te leggen, zoals gebeurde in de Bill of Rights van 1688, die overigens slechts gedeeltelijk grondrechten in de moderne zin betrof.

¹⁴ Deze benadering heeft het nadeel dat de veronderstelde vrijheid precair is, omdat deze bij wet beperkt of ongedaan gemaakt kan worden. Daar staat in de Britse context tegenover dat ook elke wettelijke articulatie van een burgerrecht precair is. Een bindende articulatie van een vrijheid is niet mogelijk op een wijze die de

intussen dat in het Verenigd Koninkrijk de uitkomst van de constitutionele discussie zijn beslag heeft gekregen in de Human Rights Act. Deze heeft de onder de common law veronderstelde vrijheid echter niet ongedaan gemaakt, zodat andere, in zekere zin aanvullende vrijheden nog steeds kunnen bestaan op basis van de veronderstelde algemene vrijheid.

Deze Britse opvatting contrasteert sterk met de opvatting vervat in de constituties nieuwe stijl, in het bijzonder die van na de tweede wereldoorlog, waarvan belangrijke constituerende delen gevormd worden door zo compleet mogelijke catalogi van grondrechten. Het is alsof deze rechten niet zouden bestaan, althans niet zouden worden geëerbiedigd, zonder uitdrukkelijke formele erkenning op het hoogste nationale niveau. Deze opvatting lijkt thans in Europa dominant geworden.

Bij de grondwetsherziening van 1983 is bij het formuleren van een grondrechtencatalogus al met al een pragmatische koers gevaren. De vraag naar uitbreiding van de grondrechtenbescherming op grondwettelijk niveau is sedertdien niet heel acuut geweest, hetgeen echter mede verklaard moet worden uit de bescherming die de burger in Nederland kon ontlenen aan een uitdijend geheel van mensenrechtenverdragen. Toch voelt men zich ook ten onzent van tijd tot tijd gedwongen om de grondwet met nieuwe grondrechten uit te breiden. Ontwikkelingen van technologische en culturele aard hebben tot pleidooien geleid tot formulering van nadere en nieuwe grondrechten. Soms gaat het om het nader expliciteren van grondrechten die *in nuce* reeds vervat zijn in de Grondwet, zoals het verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid, van handicap en leeftijd - waarbij de EG de grondwetgever intussen is voorbij gestreefd, hetgeen zal leiden tot een aanpassing van de Algemene wet gelijke behandeling (en niet tot aanpassing van de Grondwet). Soms gaat het juist om het meer algemeen formuleren van een grondrecht dat thans meer specifiek en gedetailleerd in de Grondwet is vastgelegd, zoals het recht op vertrouwelijke communicatie.

Het plan om een grondwettelijk recht op veiligheid te scheppen, thans een initiatiefvoorstel van het kamerlid Rietkerk, is een apart geval. Het gaat hier niet om een klassiek onthoudingsrecht, maar eerder om het bij de overheid inscherpen welke plichten zij jegens de aan haar onderworpen burgers heeft. Het grondrecht heeft een functie die klassieke grondrechtenverdragen niet adequaat vervullen. Eerder gaat het om de constitutionele formulering van een van de wezenstaken van de overheid: de burgers te vrijwaren van gevaar voor lijf en leden. Dit is echter een taak die zo zeer met het wezen van de staat vervlochten is, dat de hele gehoorzaamheid aan de overheid daarvan afhankelijk is - men hoeft geen Hobbes te zijn om dat toe te geven. Zou de staat deze taak niet hebben en niet betrachten, dan brengt hij zelf zijn dwang- en geweldsmonopolie in het geding. Als echter de aanspraak op veiligheid zo evident vervlochten is met het wezen van de overheidstaak, wat is dan nog de functie van het vastleggen van deze taak in de Grondwet? Het enige nieuwe dat het zou kunnen omvatten is het scheppen van risico-aansprakelijkheid voor de overheid; hoewel tegenwoordig ad hoc allerlei schadedelgingsfondsen worden ingesteld na extreme hagelbuien of wateroverlast, zal dit toch wel niet bedoeld zijn. Het heeft er veel van weg dat het pleidooi voor codificatie van het recht op veiligheid een symptoom is van de tendens om zoveel mogelijk constitutionele grondslagen, principes en constitutioneel recht in de Grondwet op te nemen, omdat zij daarbuiten een te precair constitutioneel bestaan leiden. Met andere woorden, men denkt in termen van een constitutie nieuwe stijl.

Naar een constitutie nieuwe stijl?

wetgever zelf bindt; zo luidt althans de klassieke theorie. Een latere wet kan dus ook de vrijheden van de Human Rights Act ongedaan maken.

De constituties nieuwe stijl hebben iets aantrekkelijks. Ze zijn overzichtelijker dan de brij regelgeving, beginselen, rechten, privileges, gewoonten en praktijken met een soms onduidelijke juridische status, die tezamen de constitutie oude stijl vormen. De hiërarchische status van formele constitutionele documenten is in constituties nieuwe stijl meestal aanmerkelijk helderder, en daarmee de juridische status van de daarin vervatte normen. De mogelijkheid van judiciële uitleg en handhaving wordt daardoor ook vergemakkelijkt, zoals we al opmerkten. Constituties nieuwe stijl hebben bovendien vaak een zeker elan; althans op papier ziet het er allemaal mooi, netjes en wervend uit. De toepassing van deze normen op de politieke werkelijkheid leidt er vervolgens echter toe dat zich om de formele constitutie heen allerlei preciseringen en uitwerkingen, meestal van jurisprudentiële aard, vormen, een korst die in de praktijk minstens zo belangrijk is als de tekst van de formele constitutie zelf. Een drang om deze en andere ontwikkelingen op te nemen in de formele constitutie om te waarborgen dat zij daadwerkelijk constitutionele status hebben, bestaat continu. De Duitse grondwet van 1949 heeft in 2002 intussen zijn vijftigste wijziging ondergaan (dierenrechten hebben in Duitsland nu een constitutionele basis).

Dat grote aantal grondwetswijzigingen is nauw gerelateerd aan de claim van autonomie en exclusiviteit, die leidt tot een inhoudelijk inflexibele constitutie. De constitutionele erkenning van nieuwe ontwikkelingen en problemen is potentieel moeilijker onder een constitutie nieuwe stijl dan onder een constitutie oude stijl, in zoverre zij in de laatste meegenomen kunnen worden zonder dat daarvoor de formele constitutie moet worden aangepast, terwijl in de constituties nieuwe stijl een uitdrukkelijke bepaling nodig is. Genoemd kunnen worden het incalculeren van fundamentele belangen van nieuwe meerderheden en minderheden (vrouwenvraagstukken, nieuwe etnische, culturele en godsdienstige vraagstukken in hun verhouding tot de openbare samenleving); ontwikkelingen die gevolg zijn van internationalisering en Europeanisering. Deze laatste twee ontwikkelingen zelf verhouden zich slecht tot een inflexibele constitutie die daarvan geen weet heeft.

Er zijn tekenen dat we in Nederland van een Brits naar een Duits model overgaan. Symbolisch is de inrichting van de vergaderzaal van de Tweede Kamer, die vroeger meer op die van het Britse Lagerhuis leek, maar tegenwoordig meer naar Duitse snit en kleurstelling is ingericht. Als het streven zich doorzet het Duitse constitutie-model te volgen, kunnen ook wij een niet aflatende stroom grondwetswijzigingen verwachten. Het lijkt erop dat deze stroom enige jaren geleden al op gang is gekomen.¹⁵

De constitutie van de Europese Unie

Een belangwekkende discussie is ontstaan over de constitutionele ontwikkeling van de Europese Unie. Hoe deze te plaatsen in het licht van het gemaakte onderscheid tussen constituties oude en nieuwe stijl?

Voor het constitutionele karakter wordt veelal gewezen op het arrest *Les Verts*, waarin het Hof van Justitie sprak van de Europese Gemeenschap als 'een rechtsgemeenschap in die zin, dat noch haar lid-staten noch haar instellingen ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het constitutionele handvest waarop de gemeenschap is gegrond, namelijk het Verdrag.'¹⁶ Men neemt dit wel als bewijs van het constitutionele karakter van de Europese Gemeenschappen. Hier werd echter een

¹⁵ Opgemerkt zij dat ook de Britse constitutie meer trekken van het nieuwe model verkrijgt (bijvoorbeeld de ontwikkelingen ten aanzien van grondrechtenbescherming en judicial review), terwijl de Duitse constitutie een zekere historisch-incrementele karaktertrekken begint te krijgen.

¹⁶ Arrest van het Hof van 23 april 1986, Parti Ecologiste 'Les Verts' tegen Europees Parlement, Zaak 294/83, *Jurisprudentie* 1986, 1339.

dubbelzinnig gebruik gemaakt van de term 'constitutie'. Het spreken over het oprichtingsverdrag van internationale organisaties, zo goed als van de huisregels van andere organisaties, als hun 'constitutie' is oud; hetzelfde geldt voor de term 'handvest'. In dit spraakgebruik gaat het er allerm minst om te beweren dat die organisatie op enigerlei manier wezenlijk vergelijkbaar is met een staat of haar constitutie met de constitutie van een staat. Gegeven dit spraakgebruik, is niet zozeer interessant of de Europese Unie een constitutie heeft - dat zij in enigerlei zin een constitutie heeft, is onbetwistbaar - maar *wat voor* constitutie de Unie heeft of zou moeten hebben.

In dit verband is er discussie over het al dan niet statelijke karakter van de Unie.¹⁷ Dit is niet in alle opzichten een geslaagde discussie. Er bestaat mijns inziens weinig twijfel over dat het handelen van de Unie, in elk geval voor wat betreft de Europese Gemeenschap, een vorm van eenzijdige gezagsuitoefening behelst over lidstaten, organen van lidstaten en burgers. De schaal waarop en de intensiteit waarmee gezagsuitoefening plaatsvindt, benadert intussen die van statelijke overheden. Belangrijker dan deze schaal en intensiteit zijn echter aard en wezen van de gezagsuitoefening. Deze verschillen niet van de gezagsuitoefening van statelijke overheden. Indien dit wordt erkend, dan is het voor beantwoording van de vraag wat voor een soort constitutie de Unie moet hebben niet meer zo vreselijk belangrijk of de Unie ook de vorm van een staat aanneemt, en of zij wel of niet een federaal, confederaal of unitair karakter heeft.

Deze vaststelling maakt het eenvoudiger aan te nemen dat de Unie een constitutie heeft zoals staten die ook hebben, met name omdat deze constitutie instellingen schept, daaraan bevoegdheden toekent welke naar hun aard uitoefening van overheidsgezag behelzen, en deze uitoefening van bevoegdheden reguleert.

Een jonge constitutie van de oude stijl

Wanneer we deze constitutie dan willen plaatsen in het licht van het onderscheid tussen constituties oude en nieuwe stijl, dan moeten wij tot de paradoxale conclusie komen dat we te maken hebben met een jonge constitutie die welhaast gedoemd is van de oude stijl te zijn. Ik noem enkele tekenen die daarop wijzen.

Ten eerste is de kenbron van deze constitutie sterk verspreid. Het is een voor de leek onoverzichtelijk geheel, te vinden in een veelheid van bronnen van verschillende rang en status: oprichtingsverdragen, wijzigingsverdragen en aanvullende verdragen, een deel van de daarop gebaseerde besluiten van algemene strekking, en de bijbehorende jurisprudentie - al met al een byzantijns geheel dat voor politici moeilijk aan de burger is te verkopen.

Vervolgens bestaat er een grote mate van heterogeniteit en heteronomie binnen de Unie, waarzonder zij niet kan functioneren. Eén aspect van de besluitvormingsprocedures is dat zij juridisch sterk verschillend naar vorm en aard zijn, waarbij de politicologen onderscheiden tussen supra-nationale en intergouvernementele trekken. Een ander aspect is dat, niettegenstaande de juridische vorm en context, de vertegenwoordigers van de lidstaten in de Raad er nog steeds van uitgaan dat zij in Brussel hun lidstaat vertegenwoordigen, niet dat zij handelen als orgaan van de Gemeenschap of de Unie - ook niet wanneer het gaat om 'supra-nationale' besluitvorming. Daarbij heerst er een permanente staat van onderhandeling over wat Europa wel en niet te doen staat, ook op het 'constitutionele' niveau van de discussie over de vraag welke bevoegdheden op welke wijze zouden moeten worden uitgeoefend in het kader van de Europese Unie. Dit alles wijst erop dat de politieke legitimiteit van de Unie heteronoom bepaald wordt; zij ontleent haar legitimiteit aan iets wat buiten haarzelf gelegen is.

¹⁷ Bijvoorbeeld G. Federico Mancini, 'Europe: the Case for Statehood', *European Law Journal* 1998, p. 29-42 en J.H.H. Weiler, 'Europe: the Case Against the Case for Statehood', *ibidem*, p. 43-62.

Het moge zo zijn dat het Hof van Justitie heeft verklaard dat de Europese rechtsorde ‘autonoom’ is, ook op juridisch niveau heeft zich echter een mate van heteronomie voorgedaan. Het Hof van Justitie moest terugrijpen op de gemeenschappelijke constitutionele tradities toen het Europees Gemeenschapsrecht met lege handen dreigde te komen staan ten aanzien van de grondrechtenbescherming - een punt dat met name de Duitsers beslist niet lichtvaardig namen en dat tot een majeure crisis zou hebben geleid indien het Hof niet zijn toevlucht had genomen tot het recht van de lidstaten. Hiermee heeft het Hof aangegeven dat de Europese rechtsorde in materieel opzicht heteronoom is - iets wat door het EU Grondrechtenhandvest in feite bevestigd wordt: het behelst een nagenoeg complete catalogus van alles wat gerekend moet worden tot de constitutionele tradities van lidstaten plus de mensenrechtenverdragen waarbij zij partij zijn.¹⁸

Naar een ‘nieuwe’ Constitutie voor de Europese Unie?

Een aanzienlijk aantal juristen en vooral politici acht de huidige vorm van de constitutie van de Europese Unie problematisch. Men ziet in de bestaande vormgeving soms zelfs een verklaring waarom de burger zo afstandelijk staat tegenover de Unie. Tezamen met de toenemende complexiteit van de besluitvorming is dit een belangrijke aanleiding om te komen tot een constitutionele herbezinning in de thans bijeen geroepen ‘Conventie’. De leden van de Conventie worden gezien als de ontwerpers van een nieuwe Constitutie - intussen afgezwakt tot “constitutioneel verdrag” - voor de Europese Unie. Er wordt gevraagd naar de verlossende blauwdruk die Europa de toekomst wijst en een einde maakt aan het politieke gesjacher dat al decennia de besluitvorming lijkt te kenmerken.

Toch heeft de huidige constitutie niet alleen nadelen. De flexibiliteit ervan is van eminent belang in een proces van integratie dat afhankelijk is van de instemming van en legitimiteit bij de vertegenwoordigers van de regeringen en volkeren van de lidstaten. Nog minder dan in een staat leent het daarmee gepaard gaande politieke proces zich voor definitieve vastlegging in een blauwdruk van onveranderlijke beginselen, kaders en regels. De hoge graad van consensus die nu voortdurend moet worden gezocht, garandeert in elk geval op het niveau van vertegenwoordigers van lidstaten een bepaalde vorm van legitimiteit die snel verloren kan gaan als de perceptie ontstaat dat de Europese Unie niet meer van de lidstaten en hun burgers is.

De aansluiting die gezocht is bij wat gezamenlijk is aan de constitutionele tradities van de lidstaten, zoals gebeurde bij de grondrechtenbescherming, is een voorname en vruchtbare manier om het proces van Europese integratie op een constitutioneel bevredigende wijze vooruit te helpen. Dit getuigt van realiteitszin en bereidheid politiek-historische werkelijkheden te verdisconteren in het proces van Europese integratie. Door voort te bouwen op de constitutionele tradities van de lidstaten zou bovendien in het oog kunnen worden gehouden wat constitutionele tradities onderling van elkaar scheidt en onderscheidt. Het kan op die wijze ons bewust maken van wat er in politiek opzicht aan Europa ontbreekt,¹⁹ en wat de grenzen zijn van Europa als politieke entiteit.

We raken hier aan de betekenis van de geschiedenis voor de constitutie. Puur a-historische constituties zijn niet goed mogelijk; zelfs de meest revolutionaire constitutie kan de geschiedenis niet ongedaan maken. In hun poging de geschiedenis ongedaan te maken, zijn

¹⁸ In die volgorde: het EVRM en IVBPR spelen in de meeste lidstaten lang niet zo’n belangrijke rol als in Nederland omdat het EVRM weliswaar door transformatie of *eo ipso* deel uitmaakt van de nationale rechtsordes, maar geen supra-constitutionele rang heeft.

¹⁹ In belangrijke opzichten ontbreekt een constitutioneel *ius commune*, met name ten aanzien van regeringsstelsels.

zulke constituties zelf in hoge mate historisch bepaald. Constituties nieuwe stijl bestaan tot op zekere hoogte bij de gratie van de historische gebeurtenis, politieke crisis of rampspoed die bij wijze van animerende contrast-ervaring de constitutie in het leven riep. Dit is ook het probleem van die constituties. Zodra de herinnering aan de politieke rampspoed van het verleden zijn kracht verliest, verliest ook de constitutie die daarop gebaseerd is een deel van haar effectiviteit en legitimiteit.

De oorspronkelijke lidstaten van de Europese Unie werden in hoge mate gedreven door het *nie wieder* van de verschrikkingen van de oorlogen tussen de Europese staten, en de totalitaire ervaring van voor de Tweede Wereldoorlog. Een overwinning van de tegenstellingen tussen Europese landen kon door deze combinatie mogelijk worden gemaakt in de vorm van de EGKS en EEG. Voor de toetredende landen Griekenland, Portugal en Spanje lag het historisch motief al anders. Het Verenigd Koninkrijk is daarbij een buitenbeentje gebleven; het heeft noch de ervaring van het totalitarisme noch die van een bezettende macht gehad.

Een complicerend punt in de constitutionele ontwikkeling van de Europese Unie kan worden dat de kandidaat-lidstaten die bij de komende uitbreidingen tot de Unie zullen toetreden, bijna allemaal met een min of meer getraumatiseerde constitutionele ‘traditie’ te kampen hebben. Wel kennen zij de ervaring van het totalitarisme. Maar voor zover er sprake is van een constitutionele traditie, is er maar weinig gemeenschappelijks in te vinden. Het streven lid te worden, wordt gedomineerd door de wens hogere welvaart bereiken en ingebed te worden in een politiek stabiel geheel. Lidmaatschap van de Europese Unie zal eerder leiden tot een stabielere constitutionele situatie in die landen dan dat die landen bijdragen aan de stabiliteit van de constitutie van Europa.

Op Europees niveau zien wij dan wellicht opnieuw hetgeen in Duitsland sinds de vereniging gebeurt met de inspirerende kracht van het *nie wieder*. *Nie wieder* refereert voor het Westen en het Oosten aan inhoudelijk en temporeel verschillende ervaringen - zoals het aan de westelijke en oostelijke zuidflank van Europa (het Iberisch schiereiland en Griekenland) refereert aan andere gebeurtenissen en periodes dan in Noord-Europa. In het Oosten vraagt men zich bovendien steeds luider af of het allemaal wel zo slecht was, nu werkloosheid en armoede ook na de vereniging endemische vormen aannemen.

Het werk van de ‘Conventie’ staat momenteel in het brandpunt van het proces van constitutievorming van de Europese Unie. Het blauwdruk-denken leek in het begin van de werkzaamheden de overhand te hebben. Het is op het moment van dit schrijven ongewis wat daarvan behouden blijft. Indien het doorslaggevend wordt, mag men zich afvragen wat het succes daarvan in de praktijk zal blijken te zijn. Er heeft zich geen politiek cataclysmes voorgedaan in de ervaring van alle lidstaten (en kandidaat-lidstaten) gezamenlijk, dat een geheel nieuwe constitutie zou kunnen schragen. De ervaringen van het totalitarisme in de oude lidstaten sluiten chronologisch niet goed aan op die van de kandidaat-lidstaten, al hebben die ervaringen zeker eenzelfde aard en wortel. Maar of dat voldoende grondslag biedt voor de constitutie van de EU als politieke orde is zeer de vraag. Voor de oude lidstaten lijkt deze ervaring niet (meer) het voornaamste motief voor de Europese integratie. Een motiverende mythe waarop de Europese constitutie zou moeten worden gebaseerd, moet nog ontwikkeld worden.

Of uit de Europese politieke geschiedenis voldoende consensus omtrent een blauwdruk voor een omvattende politieke gemeenschap voortvloeit, is dubieus. Het zal waarschijnlijk komen tot een opschoning van de fundamentele bronnen van de rechtsorde van de Europese Unie en tot een aanpassing van besluitvormende mechanismen – en dat geen kwaad. Maar of daaraan een blauwdruk ten grondslag wordt gelegd die erin kan slagen een nieuwe politieke geschiedenis voor Europa in te luiden, of dat het eerder een voortzetting op basis van de gegevens van de Europese politieke historie zal worden, zal de geschiedenis moeten

leren – zoals de geschiedenis tevens zal leren of het ene of juist het andere nu meer goeds dan kwaads zal brengen.