



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Ongrondwettige grondwetswijzigingen

Besselink, L.F.M.

**Publication date**

2005

**Document Version**

Proof

**Published in**

Met Recht en Reede

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Besselink, L. F. M. (2005). Ongrondwettige grondwetswijzigingen. In *Met Recht en Reede: Opstellen aangeboden aan mr. J.L. de Reede* (pp. 9-18). Kluwer.

**General rights**

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

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Gepubliceerd in: Met Recht en Reede: Opstellen aangeboden aan mr. J.L. de Reede. Wouter Hins, Aernout Nieuwenhuis, Jan Herman Reestman, redactie. Kluwer Deventer 2005, pp. 9-18

## ONGRONDWETTIGE GRONDWETSWIJZIGINGEN

Leonard F.M. Besselink

De grondwettigheid van grondwetswijzigingen is een thema dat bij uitstek geschikt is om Joost de Reede mee uit te wuiven. Zijn *magnum opus* ging daar immers over.<sup>1</sup> Bovendien is het daar het goede moment voor, omdat men rond de tijd dat dit geschreven wordt in Nederland bezig is met een reeks grondwetsherzieningen waarvan men kan volhouden dat ze ongrondwettig zijn. Herlezing van De Reedes proefschrift, en met name de visies en conclusies die hij terzake van ongrondwettige grondwetswijzigingen ontwikkelde in het laatste hoofdstuk daarvan, verdienen natuurlijk een veel uitvoeriger beschouwing over wat er momenteel in Nederland aan de orde is, zeker in rechtsvergelijkend perspectief.<sup>2</sup> Hierbij toch enkele gedachten waartoe herlezing van De Reedes werk aanleiding gaf.<sup>3</sup>

### **Materiële ongrondwettigheid van grondwetswijzigingen in Nederland**

Men zou vermoeden dat de grondwettigheid van grondwetswijzigingen naar Nederlands staatsrecht slechts aanleiding zou kunnen zijn tot enkele regels. Anders dan in andere landen gaat men er immers veelal vanuit dat er geen materiële criteria van constitutionele aard bestaan die de mogelijkheid tot het wijzigen van de Grondwet beperken. In staatsrechtelijk Nederland gelooft men in niet veel meer dan de tekst van de Grondwet zelf. En supra-constitutionele principes van inhoudelijke aard formuleert de Grondwet zelf in elk geval niet, zo is de hoofdgedachte.

Er zijn maar weinig uitzonderingen op dit standpunt aan te wijzen. Dat is op de eerste plaats De Reede, die op basis van een diepgaande analyse van de vraagstukken rond de grondwettigheid van grondwetswijzigingen in India, in

---

<sup>1</sup> J.L. de Reede, *Rechterlijke toetsing van grondwetsherziening in India*. Rodopi, Amsterdam 1982, x + 579 + ix p.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 363-425.

<sup>3</sup> Dit in plaats van een opstel over de vraag of Schwarzkopfs uitvoering van de Vier laatste Lieder van Strauss werkelijk de beste is – over smaken is het beter twisten dan schrijven: de gedachtenwisseling daarover moet maar *real life*, en zo mogelijk met geluidsfragmenten, worden gevoerd.

meer algemene zin de vraag stelt of ‘bij grondwetsherziening een zekere kern van de constitutie intact moet worden gelaten, wil men nog van continuïteit van de oude constitutie kunnen spreken?’ Hij vervolgt op de hem kenmerkende voorzichtige wijze: ‘Op deze vraag is een positief antwoord mogelijk, ook als men erkent dat de bepalingen [die hierop betrekking hebben in de grondwetten van de VS, Noorwegen, Frankrijk en Duitsland] deze bedoeling niet altijd gelukkig, en met name niet in voldoende restrictieve termen, tot uitdrukking brengen.’ Na opsomming van enige terechte tegenwerpingen concludeert hij: ‘Dit alles betekent echter niet, dat een onaantastbare kern niet op de een of andere wijze in alle constituties van democratische rechtsstaten aanwezig zou zijn.’<sup>4</sup>

Opvallend is dat ook de Raad van State er vanuit lijkt te gaan dat er supra-constitutionele beginselen zijn waarvan men niet kan afwijken. De Raad van State stelt dat bij verdragsluiting van sommige bepalingen niet mag worden afgeweken, ook als artikel 91 lid 3 van de Grondwet geen inhoudelijke grens stelt aan de mogelijkheid van zulk afwijken:

[I]n het bijzonder [moet] gedacht worden aan de verdragen tot oprichting van de Europese Unie en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. [...] *Het is naar de mening van het college verdedigbaar dat hetzelfde geldt terzake van bepalingen in de Grondwet die wezenlijke waarborgen inhouden, met name de grondrechten neergelegd in hoofdstuk 1. De inbreuk op grondrechten kan onder omstandigheden zo fundamenteel zijn dat goedkeuring van het verdrag, ook volgens de procedure van artikel 91, derde lid, niet aanvaardbaar is.*<sup>5</sup>

Het citaat gaat niet over gebondenheid van de grondwetgever (de grondwetgevende macht), maar om gebondenheid van de betrokkenen instanties bij verdragsluiting (de verdragsluitende macht). Toch is het verschil niet zo groot als het op het eerste gezicht wellicht lijkt. Wie immers is de verdragsluitende macht die bij verdrag van de Grondwet kan afwijken? Dat is institutioneel gesproken makkelijk aangeduid: dat is de regering – die in de internationale betrekkingen het koninkrijk vertegenwoordigt en de ter zake vereiste volkenrechtelijke handelingen pleegt – plus de Staten-Generaal, welke laatste slechts met een meerderheid van twee derden van de stemmen met de binding van het koninkrijk aan het verdrag kan instemmen. Ook materieel gesproken is deze verdragsluitende macht in zekere zin grondwetgevende macht, nu bij verdrag van de Grondwet kan worden afgeweken op een wijze die materieel gesproken gelijkstaat aan een wijziging van de Grondwet.

Wie is de grondwetgevende macht? Die blijkt lastiger aan te wijzen dan het op het eerste gezicht lijkt, zowel materieel als formeel. We zullen er – al is het beknopt – aanstonds meer over moeten zeggen. Maar voor het moment, en als schot voor de boeg, kunnen we zeggen: dat is de regering plus de Staten-Generaal, welke laatste met een meerderheid van twee derden van de stemmen met de grondwetswijziging moet instemmen.

<sup>4</sup> De Reede, op. cit., p. 375-377.

<sup>5</sup> Advies Raad van State d.d. 19 november 1999 inzake implementatiewetgeving buitenlandse jurisdicties, *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 800 VI A, p. 6. Met dezelfde strekking, maar dan voor wat betreft de grondwetgever reeds G.F.M. van der Tang, Artikel 137, in: Akkermans-Koekkoek, *De Grondwet*, 1992, p. 1188.

Bij deze stand van zaken is duidelijk dat wat de Raad van State stelde over de onmogelijkheid van het bij verdrag afwijken van sommige grondwetsbepalingen, *mutatis mutandis* ook moet gelden voor het wijzigen van de Grondwet. Waarom zou de verdragsluitende macht bij verdrag niet van sommige inhoudelijke rechtsnormen mogen afwijken, maar de grondwetgevende macht die in essentie dezelfde instelling betreft met dezelfde bevoegdheden tot wijziging van de Grondwet, wél? Een goede reden kan ik niet vinden.

### Formele ongrondwettigheid

Minder onenigheid bestaat er over de gebondheid van de grondwetgever aan de formele normen voor grondwetswijziging. Dit betreft op de eerste plaats de normen van artikel 137 van de Grondwet, en die gemeenlijk worden samengevat als de regel dat de Grondwet wordt gewijzigd in twee 'lezingen': de eerste op de wijze van een gewone wet, dus met gewone meerderheden in de kamers der Staten-Generaal, de tweede op soortgelijke wijze maar dan met het vereiste van een meerderheid van twee derden van de stemmen in elk der kamers.

Dit brengt ons bij het eigenlijke onderwerp van dit opstel: houdt de grondwetgever zich wel aan deze bepalingen?

Deze vraag is niet nieuw. Reeds de eerste wijziging van de Grondwet van 1814 was niet, althans niet geheel, in overeenstemming met de voorgeschreven procedurevoorschriften, en dus is het goed verdedigbaar dat deze ongrondwettig was.<sup>6</sup>

De vraag is opnieuw actueel geworden bij de grondwetswijzigingen die, op het moment dat dit geschreven wordt, in tweede lezing aanhangig zijn in Tweede en Eerste Kamer. Betwist wordt of de huidige, in januari 2003 gekozen Tweede Kamer bevoegd was deze tweede lezing af te handelen.

Wat is het geval? Een viertal voorstellen tot wijziging van de Grondwet werd door het laatste kabinet-Kok in eerste lezing afgewikkeld. De in mei 2002 gehouden verkiezingen voor de Tweede Kamer waren mede ontbindingsverkiezingen met het oog op de grondwetsherziening, in de zin van artikel 137 lid 3 van de Grondwet. Het na de verkiezingen optredende kabinet-Balkenende I liet echter na om de voorstellen tot grondwetswijziging onmiddellijk in te dienen bij de nieuw gekozen Tweede Kamer. Pas nadat dit kabinet voortijdig ten val kwam diende het de voorstellen in bij de Tweede Kamer die kort daarop opnieuw werd ontbonden zonder dat de tweede lezing was afgewikkeld. Deze tweede ontbinding was niet gebaseerd op artikel 137 lid 3 van de Grondwet, maar uitsluitend op artikel 64 van de Grondwet, en wel om tussentijds een nieuwe Tweede Kamer te vormen ter oplossing van de politieke crisis waarin het kabinet Balkende I was geraakt. Pas deze in januari 2003 gekozen Tweede Kamer kwam toe aan de behandeling van de tweede lezing.

De vraag die rees was of deze kamer daartoe wel bevoegd was. Was niet het idee van de ontbindingsverkiezingen dat de in mei 2002 op basis van artikel 137 lid 3 Grondwet nieuw gekozen kamer op basis van haar specifieke

---

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

kiezersmandaat de door artikel 137 lid 4 aangewezen kamer was om de Grondwet te herzien, en niet de daarna op basis van uitsluitend artikel 64 Grondwet gekozen Tweede Kamer?

### Kamerontbinding tussen twee lezingen

De kwestie werd als eerste gesignaleerd door de Amsterdamse staatsrechtsgelcerden Wouter Hins en Jit Peters, in een NJB-kroniek van 7 maart. Dat zijn te duistere geschriften voor politici, dus pas toen Bert van den Braak en senator Jurgens in het dagblad *Trouw* enkele weken later de kwestie nog 'ns uit de doeken deden wekte het enige belangstelling. Zij stelden dat de tekst van artikel 137 lid 4 Grondwet zoals die sinds 1995 luidt, niet beoogd heeft de strekking van de voordien geldende tekst te wijzigen op het punt van de vraag welke Tweede Kamer de grondwetsherziening heeft te behandelen.

De tekst van artikel 137 lid 4 Grondwet bepaalde vóór 1995 het volgende over de na ontbinding optredende kamers:

*De nieuwe kamers overwegen het voorstel* (curs. LFMB) en kunnen dit alleen aannemen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.

Sinds 1995 luidt artikel 137 lid 4:

*Nadat de nieuwe Tweede Kamer is samengekomen*, (curs. LFMB) overwegen beide kamers in tweede lezing het voorstel tot verandering, bedoeld in het eerste lid. Zij kunnen dit alleen aannemen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.

Uit de tekst van 1995 volgt dus niet meer met zoveel woorden dat in tweede lezing de ex artikel 137 lid 3 nieuw gekozen Tweede Kamer zèlf het voorstel heeft te overwegen, maar slechts dat dit gebeurt nadat deze kamer opnieuw is gekozen. Letterknechten zal het trouwens moeten opvallen dat zowel de oude als de nieuwe tekst slechts spreken over het 'overwegen van' het voorstel, niet over het 'besluiten over' het voorstel.

Letterknechterij bleek dominant in de Raad van State, al is het zojuist opgemerkt aan de aandacht van de Raad van State ontsnapt.<sup>7</sup> De Raad kwam met een zeer opmerkelijke uitleg van artikel 137 lid 4 Grondwet.<sup>8</sup> De Raad trok eerst de conclusie 'dat er geen grondwettelijke belemmeringen zijn voor voortzetting van de behandeling door de thans zittende Tweede Kamer', omdat de letterlijke tekst van artikel 137 lid 4 Grondwet sinds 1995 niet uitsluit dat een na ontbinding optredende kamer de behandeling overlaat aan een later op andere gronden te kiezen kamer. Vervolgens legt de Raad uit dat noch de bedoeling van de grondwetgever in 1995 noch de ratio van artikel 137 lid 4 toelaat om de behandeling aan een latere Tweede Kamer over te laten. Dit

<sup>7</sup> In een knap staaltje van selectief literalisme stelt de Raad: 'Het vereiste dat de Tweede Kamer die is samengesteld na de verkiezingen volgend op de eerste lezing van een grondwetsherziening de Kamer is die over de tweede lezing moet beslissen, blijkt sinds 1995 niet meer expliciet uit artikel 137 van de Grondwet. Dat was vroeger anders.'

<sup>8</sup> Advies Raad van State van 17 oktober 2003, *Kamerstukken II 2003-2004*, 29 200 VII, nr. 36.

onbegrijpelijk advies – onbegrijpelijk, tenzij men gelooft in de superioriteit van letterknechterij boven een authentieke uitleg volgens gebruikelijke juridische *canones*, namelijk naar de bedoeling en ratio van de grondwetsbepaling – werd natuurlijk dankbaar gevolgd door de regering en uiteraard door de nauwelijks door constitutionele scrupules gehinderde Tweede Kamer (die na aanneming van het voorstel-Halsema zich al helemaal het hoofd niet meer hoeft te breken over grondrechtelijke overwegingen die wetsvoorstellen zouden kunnen compliceren – dat is dan niet meer aan de kamer maar aan de rechter).<sup>9</sup> Vrolijk heeft de Tweede Kamer van 2003 de behandeling van de grondwetsherziening voortgezet. Alleen de Eerste Kamer, althans één van haar fracties, brak de staf over de slechte kwaliteit van het advies van de Raad van State en van het debat daarover in de Tweede Kamer.<sup>10</sup>

### **De aard en betekenis van kamerontbinding ex artikel 137 lid 3: wie is de grondwetgever?**

In de stukken die betrekking hebben op de uitleg van artikel 137 lid 4 van de Grondwet, wordt telkens de kamerontbinding na eerste lezing gepresenteerd als bedoeld om de kiezers zich te laten uitspreken over de grondwetswijziging die in eerste lezing is aanvaard.<sup>11</sup> Dit zeggen Van den Braak en Jurgens, dit stelt de Raad van State, dit zegt de regering, dit papagaait de Tweede Kamer, en zo wordt het ook in de staatsrechtelijke literatuur vaak voorgesteld.

En toch is dit een onjuiste voorstelling van zaken. Om tot dit inzicht te komen, moet men de moeite doen om artikel 137 eens in z'n geheel te lezen – iets wat tot nu toe te weinig gedaan is.

Op de eerste plaats moet worden vastgesteld dat er in eerste lezing helemaal geen grondwetswijziging is waarover kiezers zich kunnen uitlaten. Er is slechts, zoals het eerste lid van artikel 137 zo luid en duidelijk zegt, een wet die 'verklaart, dat een verandering in de Grondwet, zoals zij die voorstelt, in overweging zal worden genomen' – niets meer en niets minder. Er is alleen een *voorstel* van de *wetgever* en dat voorstel moet nog overwogen worden – door een ander dus.

Bovendien, bij de ontbindingsverkiezingen ex artikel 137 lid 3 laten de kiezers zich helemaal niet uit over de wijzigingsvoorstellen. Het is buitengewoon moeilijk voor te stellen dat de kiezers dat zouden doen. Er is immers absoluut geen sprake van het op een referendum-achtige wijze voorleggen van de tekst van het wijzigingsvoorstel waarover zij zich kunnen uitlaten. Bij de ontbindingsverkiezingen gaat het

<sup>9</sup> Voor een andere verklaring van de onbegrijpelijkheid van het advies van de Raad van State, zie J. Peters, Een politiek advies, *Nederlands Juristenblad* 2004, nr. 3.

<sup>10</sup> Zie Verslag van een schriftelijk overleg, vastgesteld 31 augustus 2004, *Kamerstukken I* 2003-2004, 28726, B.

<sup>11</sup> Advies Raad van State 17 oktober 2003, p. 2: 'Artikel 137 heeft ten doel de kiezers een kans te geven zich uit te spreken over een voorstel tot herziening van de Grondwet waarover beide Kamers eerder hebben beslist en te verzekeren dat die herziening vervolgens brede parlementaire steun krijgt. Daarom wordt de Tweede Kamer ontbonden na de aanvaarding in eerste lezing van een voorstel tot grondwetsherziening en vinden verkiezingen plaats die de in eerste lezing aanvaarde voorstellen tot inzet hebben.'

dan ook niet om zo'n 'uitspraak', al is het wel denkbaar (al is het geen actuele praktijk) dat de kiezer zich bij de verkiezingen laat leiden door de verwachting dat een bepaalde politieke groepering zich vóór of tegen een bepaald voorstel zal uitspreken. Maar dat is iets fundamenteel anders dan dat de kiezer zelf daarover een oordeel uitspreekt.

Bij de ontbindingsverkiezingen gaat het, zoals opnieuw de tekst van artikel 137 duidelijk maakt, om de verkiezing van een *Tweede Kamer* die het voorstel van de wetgever moet overwegen (zie lid 1 van artikel 137 Grw) te zamen met de zittende Eerste Kamer.

Het is dus niet de kiezer die zich bij de ontbindingsverkiezingen uitlaat over het voorstel van de wetgever. De tekst van artikel 137 laat er geen twijfel over bestaan wie het is die het wijzigingsvoorstel overweegt. Dat is niet de kiezer, maar een na ontbinding van de Tweede Kamer optredende Tweede Kamer met de zittende Eerste Kamer. Wat de kiezer dus heeft gedaan bij de ontbinding ex artikel 137 lid 3 Grondwet, is het kiezen van de grondwetgevende vergadering, de *constituante* die over grondwetsvoorstellen beslist, en daarbij gebonden is aan de voorstellen van de wetgever (de 'eerste lezing').

Wie de moeite zou nemen om de geschiedenis van artikel 137 door te nemen zou daarin een bevestiging vinden van de idee dat de kamers in 'tweede lezing' in feite de grondwetgevende vergadering vormen – zoals gezegd, een grondwetgevende vergadering die gebonden is aan de voorstellen terzake van de wetgever (de 'eerste lezing'), een grondwetgevende vergadering die anders dan bij gewone wetgeving (en daarvan is in eerste lezing sprake) slechts kan besluiten bij gekwalificeerde meerderheid.

### Wie is de grondwetgever?

De vraag of de kamers die na ontbinding van de Tweede Kamer de voorstellen van de wetgever (de 'eerste lezing') hebben te overwegen ook daadwerkelijk de nieuw gekozen Tweede Kamer zelf en de zittende Eerste Kamer zijn, is op basis van het hiervoor ontwikkelde inzicht gemakkelijk te beantwoorden. Het antwoord kan niet anders dan positief zijn. Het hele punt van die verkiezing was namelijk niet zoiets als een referendum of plebisciet over de grondwetswijziging, maar integendeel om een grondwetgevende vergadering te kiezen. Het zou een denatureren van de aard van de grondwetgevende vergadering zijn, als een van de kamers zou kunnen besluiten niet over een grondwetswijziging te besluiten, maar dit over te laten aan een toekomstige kamer die niet voor dit doel gekozen is. Het getuigt van minachting voor de kiezer zowel als voor de Grondwet om de behandeling van een voorliggend wijzigingsvoorstel maar uit te stellen, bijvoorbeeld tot betere tijden en een anders samengestelde kamer. Bedenk daarbij dat de politieke samenstelling van de kamer in mei 2002 radicaal anders was dan in januari 2003 werd gekozen. Inderdaad, dat was niet een gevolg van een veranderend oordeel van de kiezer over de voorstellen tot grondwetswijziging. Maar zoals vastgesteld, is dat ook niet beslissend, omdat de kiezer zelf niet over die wijzigingsvoorstellen oordeelt, maar juist de door hem gekozen kamer. Dat daarbij een rol speelt dat diezelfde kamer ook blijft zitten om de gewone functies van Tweede Kamer te vervullen, is allerminst onlogisch en bovendien hoogst praktisch.

Mijn conclusie is dus ondubbelzinnig: de na ontbinding ex artikel 137 lid 3 op grondwettige wijze tot onderdeel van de grondwetgevende vergadering gekozen Tweede Kamer, is de enige die – te zamen met de zittende Eerste Kamer – zich over het concrete voorstel moet uitspreken, door het voorstel te overwegen en daarover te besluiten. De op grondslag van artikel 137 lid 3 gekozen Tweede Kamer vormt immers met de zittende Eerste Kamer de beslissende grondwetgevende vergadering.

### **Implicaties voor het grondwetgevingsproces: discontinuïteit en haar ongemakken**

Een consequentie van de hier gehuldigde opvatting is dat er dus een uitzondering bestaat op het continuïteitsbeginsel dat we in het wetgevingsproces kennen:<sup>12</sup> wanneer de na ontbinding (ex 137 lid 3 Grw) gekozen Tweede Kamer en de zittende Eerste Kamer er niet in slagen de ‘tweede lezing’ tot een einde te brengen, komt er een einde aan het grondwetsvoorstel; het vervalt omdat de grondwetgevende vergadering niet meer bestaat.

Dat er in dit opzicht sprake is van discontinuïteit, terwijl er in Nederland<sup>13</sup> bij gewone wetgeving sprake is van een beginsel van continuïteit, is goed verklaarbaar. Anders dan bij gewone wetgeving is het proces van grondwetgeving geen continu proces. Het principiële en fundamentele karakter van de Grondwet maakt dat het proces van haar wijziging geheel gebonden is aan de strikte regels die uitmaken hoe en wanneer de Grondwet gewijzigd wordt.

Dit kan praktische complicaties opleveren in het geval van grote politieke instabiliteit die zich rond en na het politieke fenomeen Fortuyn voordeed. En ook de planning van de tweede lezing met het oog op Eerste Kamerverkiezingen vergt net iets meer dan de buitengewoon lakse, en ook door de Raad van State gekritiseerde, benadering waar het kabinet-Balkenende I voor heeft gekozen.

Is het eigenlijk zo ongewenst dat juist politieke instabiliteit en niet geheel (maar toch wel een beetje) voorzienbare politieke en kabinetscrises het imprudent of zelfs onmogelijk maken om onder die omstandigheden tot grondwetswijziging te komen? Mij lijkt van niet. De Grondwet, zo zou men denken, is een zo fundamenteel document dat daaraan niet in al te onstabiele omstandigheden zou moeten worden gemorreld.<sup>14</sup>

En is het werkelijk zo moeilijk om een tweede lezing zo te plannen dat deze binnen het tijdsbestek van enkele maanden wordt afgewikkeld? Ook deze vraag moet ontkennend beantwoord worden. De regering kan in de huidige praktijk onder verwijzing naar de memorie van toelichting, of weinig meer dan een aanvulling daarop, het voorstel nagenoeg onmiddellijk indienen. Men dient wel ten gronde het wijzigingsvoorstel te overwegen en daarover duchtig en diep-

---

<sup>12</sup> Zie terzake J. van Schagen, H.R.B.M. Kummeling & L.F.M. Besselink, *Discontinuïteit in het wetgevingsproces: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de procedure van het vervallen van aanhangige wetgeving in de landen van de Europese Unie*. Ministerie van Justitie, 1996, 159 p.

<sup>13</sup> Met uitzondering van Luxemburg is dit in alle andere West-Europese en Scandinavische landen anders, zie de in voorgaande noot vermelde studie.

<sup>14</sup> Vgl. artikelen 196 en 197 van de Belgische Grondwet.



gaand te beraadslagen. Maar er kan niet geamendeerd worden en veel voorbereidend werk blijkt in de praktijk al in eerste lezing te zijn verzet. Het dossier is, met andere woorden, al goed gevuld, zo niet compleet. Goed beslagen kunnen de leden van de grondwetgevende vergadering het ijs betreden. En heel veel maanden hoeft dit niet te duren.

Kortom, praktische belemmeringen hoeven er niet te zijn in de voorgestane visie.

### **Heeft de grondwetgever geoordeeld over de grondwettigheid?**

Pas nadat dit stuk is geschreven en afgerond, maar ruim voordat Joost de Reede dit leest, zal de Eerste Kamer beraadslagen en besluiten over de grondwettigheid van het aannemen van de grondwetsvoorstellen door de in 2003 (uitsluitend op grondslag van artikel 64 van de Grondwet) gekozen Tweede Kamer, en niet door de ex artikel 137 lid 3 van de Grondwet gekozen kamer van mei 2002.<sup>15</sup>

Toch is het niet moeilijk te voorspellen hoe het een en ander zal uitvallen. De Eerste Kamer zal door de knieën gaan. Dat kunnen we afleiden uit het feit dat al voordat deze kamer zich definitief over de grondwettigheid heeft uitgesproken, de behandeling van twee van de grondwetsvoorstellen is aangevangen.<sup>16</sup> Het past ook in de zwakke constitutionele cultuur in het parlement en bij de regering: de grondwettigheid van wat men doet, is volkomen ondergeschikt aan het politieke proces. En zoals Peters heeft gesuggereerd, een paar van de voorstellen tot wijziging van de Grondwet, met name het voorstel dat de verkiezing van de burgemeester moet mogelijk maken, zijn wel zeer dierbaar aan één van de coalitie-partners (hoewel meteen daaraan moet worden toegevoegd dat hetzelfde in nog verhoogde mate gold voor het voorstel tot invoering van het referendum, dat in tweede lezing zonder noemenswaardige politieke rimpelingen gesneuveld is, terwijl een afwijzing van een inhoudelijk identiek voorstel bij eerdere gelegenheid in de Eerste Kamer nog aanleiding was voor een kortstondige kabinetscrisis). Wie zal zich het hoofd breken over de grondwettigheid van wat men doet of laat? De wetgever niet en – zo moeten we vaststellen – de grondwetgever al helemaal niet. Die wordt kennelijk als soeverein en ongebonden aan de grondwet voorgesteld. Die heeft – zo zal het worden voorgesteld – ook soeverein een oordeel geveld over de grondwettigheid, al zijn de gronden daarvoor wel heel erg zwak. De (constitutionele) rechter, anders dan in constitutioneel meer ontwikkelde landen, komt er hier niet aan te pas. Grondwettigheidsoordelen zijn voorbehouden aan de wetgever – en de grondwetgever.

---

<sup>15</sup> Dit is thans voorzien voor 9 november 2004.

<sup>16</sup> Zie *Kamerstukken I*, 2003-2004, 28 726 A, Verandering in de Grondwet, strekkende tot wijziging van de bepalingen inzake het onderwijs, voorlopig verslag vastgesteld op 6 juli 2004; *Kamerstukken I*, 2004-2005, 28 727 A, Verandering in de Grondwet, strekkende tot aanvulling van bepalingen inzake de verkiezing van de Tweede Kamer en de Eerste Kamer der Staten-Generaal, de provinciale staten en de gemeenteraden in verband met de tijdelijke vervanging van hun leden wegens zwangerschap, bevalling of ziekte, voorlopig verslag vastgesteld 5 oktober 2004.

Hier rijst opnieuw de vraag: wie is de grondwetgever? Pas als we dat weten, weten we of de grondwetgever heeft geoordeeld.

De huidige regering en Staten-Generaal hanteren een geheel amorf begrip van grondwetgever. De organen die bij de eerste lezing en bij de tweede lezing betrokken zijn, van ministerie en Raad van State tot regering en een in beginsel onbeperkt aantal Tweede en Eerste Kamers. Maar waren die het er allemaal over eens? Dat is moeilijk vol te houden. Want ook al heeft het kabinet-Balkenende I nog wel een oordeel geveld over de grondwettigheid,<sup>17</sup> de Tweede Kamer van 2002 heeft dat niet gedaan, en voorzover die zich over de kwestie uitliet, was dat juist door twijfel te formuleren over de grondwettigheid bij monde van kamerlid Van der Staaij. Pas de Tweede Kamer van 2003 heeft zich meer ten gronde over de kwestie uitgelaten, eerst door advies te vragen bij de Raad van State, en vervolgens door dit over te nemen.

Voor de huidige regering (en Staten-Generaal) is pas vol te houden dat ‘de grondwetgever’ heeft geoordeeld, als zij menen dat *deze* regering en *deze* bij gekwalificeerde meerderheid beslissende Tweede en Eerste Kamer de grondwetgever zijn.

Dat komt de meer beperkte definitie die hiervoor door schrijver dezes werd voorgestaan, nabij. Maar niet helemaal. *Elke* Tweede Kamer zou zich volgens de visie van regering en Raad van State eigenlijk aan kunnen matigen grondwetgever te zijn, en dus bij gekwalificeerde meerderheid over een grondwetswijziging beslissen. De kamerontbinding ex artikel 137 lid 3 is daarmee van elke betekenis beroofd – maar dat is een niet on-Nederlandse manier om met de Grondwet om te gaan. Er zijn meerdere voorbeelden van het op die manier van elke betekenis beroven van grondwettelijke bepalingen, met voorbijgaan aan alles wat met zulke bepalingen ooit werd bedoeld.

### Praktisch resultaat

Het resultaat is een heerlijk verwarde constitutionele situatie – één die past bij het constitutionele klimaat, de politieke en constitutionele cultuur in Nederland, gefundeerd op zeer drassige grond die weinig kan dragen.

Hoe zal het verder verlopen? Op dezelfde wijze voortmodderen, zo valt te verwachten. De Raad van State heeft er al op aangedrongen om de grondwetsherzieningsprocedure nog ’ns ten gronde tegen het licht te houden. Daarbij is gesuggereerd om terug te keren naar de tekst van vóór 1995. Dit suggereert versterking van de betekenis van de Grondwet.

Senator Jurgens en Jit Peters menen ook dat de grondwetsherzieningsprocedure herzien moet worden, maar uit hun werk valt nu juist het tegenovergestelde op te maken. Zij zien namelijk niets in de huidige verzwaarde procedure. Zij zien de Grondwet liever als een gereedschapskistje waarin je als hobbyist lekker kan rommelen wanneer dat zo uitkomt. Ook dit zou passen bij het karakter van ons constitutioneel bestel: komt een constitutionele regel niet goed uit, dan passen we die aan. Da’s lekker makkelijk, vooral als het voorstel-Halsema zou worden aangenomen en de rechter de wet zou kunnen laten struikelen over een grondwettelijke grondrechtenbepaling. In de mogelijkheid de

---

<sup>17</sup> Zie *Kamerstukken II 2002-2003*, 28600 VII nr 38.

Grondwet in zulke gevallen aan te passen, ligt dan nog zo ongeveer de enige suprematie van de grondwetgevende macht boven de macht van de rechter besloten.

Of zou dan juist de wal het schip keren? Zou dan niet de doctrine van supra-constitutionele, niet te wijzigen constitutionele beginselen uiteindelijk toch tot ontwikkeling komen?

Of – en dat is een minder voor de hand liggend scenario – zou het misschien toch tijd worden een (constitutionele) rechter bevoegd te maken te toetsen aan procedurele en wellicht zelfs ook supra-constitutionele normen?

Toekomstige generaties staatsrechtgeleerden die door Joost de Reede zijn gevormd zullen er meer over kunnen zeggen.