

De Nederlandse constitutionele identiteit: soberheid troef

Gerhard VAN DER SCHYFF¹

Universitair hoofddocent verbonden aan het departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis van de Universiteit van Tilburg

INHOUD

Inleiding	322
Constitutionele identiteit in de EU	322
En Nederland?	323
Nationale Conventie: preambule en constitutionele uitgangspunten	326
Staatscommissie Grondwet: een uitgebreide algemene bepaling	327
Wetsvoorstel 34 516: een sobere algemene bepaling	328
Slot: beken constitutionele kleur	329

Inleiding

Het doel van deze bijdrage is de positie van Nederland in het debat over constitutionele identiteit te duiden, omdat dit debat prominent op de agenda van de EU en haar lidstaten prijkt. Hieronder volgt eerst een korte verkenning van constitutionele identiteit in de context van de EU en haar lidstaten met daarna een beschouwing van de positie van Nederland in dat debat. Hieruit zal blijken dat Nederland de uitzondering op de regel vormt, in die zin dat lidstaten toenevend hun constitutionele identiteiten vormgeven en deze identiteiten als troef dreigen te gebruiken in het proces van de Europese eenwording. Er wordt geconcludeerd dat Nederland een inhaalslag moet maken door een eigen constitutionele identiteit te duiden en te koesteren, hetgeen niet haaks op de verplichtingen van Nederland als lidstaat van de EU hoeft te staan.

Constitutionele identiteit in de EU

Constitutionele identiteit als kwestie heeft aan relevantie gewonnen na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009. Dit verdrag amendeerde zowel het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) als het Verdrag betreffende de werking van de

Europese Unie (VWEU, voorheen het Verdrag van Rome), nadat pogingen om een Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa te sluiten, waren mislukt. Thans luidt artikel 4, lid 2, eerste volzin VEU (geconsolideerde versie) als volgt:

“De Unie eerbiedigt de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur.”

Hoewel het Verdrag van Maastricht uit 1992 een vergelijkbare bepaling bevatte, speelde het sindsdien nauwelijks een rol in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) – een duidelijke aanwijzing dat het weinig belangstelling genoot. Met het Verdrag van Lissabon veranderde dit drastisch: het begrip ‘nationale identiteit’ is thans veel prominenter aanwezig in uitspraken van het Hof.²

De term ‘nationale identiteit’ in artikel 4, lid 2 VEU wordt door sommige commentatoren opgevat als synoniem voor ‘constitutionele identiteit’.³ Anderen trekken deze ‘samenloop’ in twijfel.⁴ Wat hiervan ook zij, de nationale identiteit waar artikel 4, lid 2 VEU naar verwijst, kan samenvallen met de constitutionele identiteit van een lidstaat.⁵ Constitutionele identiteit in deze zin verwijst naar de constitutionele kern van de rechtsorde van een lidstaat.⁶

Aanvankelijk waren het nationale (constitutionele) gerechten die het initiatief namen om artikel 4, lid 2 VEU (of een voorganger van die bepaling) uit te leggen, zoals het Duitse *Bundesverfassungsgericht* deed in zijn uitspraak over het Verdrag van Maastricht in 1992 en in zijn uitspraak over het Verdrag van Lissabon in 2008.⁷ Of zij nu uitgaan van artikel 4, lid 2 VEU of van hun eigen grondwet, nationale (constitutionele) gerechten brengen in toenemende mate de constitutionele identiteit van hun lidstaat tot

1. Met dank aan mr. drs. R.L. Franken voor haar commentaar op een eerdere versie.

2. Zie bv. HvJ, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien*, ECLI:EU:C:2010:806; HvJ, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff v. Standesamt der Stadt Karlsruhe*, ECLI:EU:C:2016:401.

3. Gerhard VAN DER SCHYFF, “The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4(2) TEU”, 37 *European Law Review* 2002, 563, 567-569; Armin VON BOGDANDY & Stephan SCHILL, “Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty”, 48 *Common Market Law Review* 2011, 1417, 1424-1425, 1427.

4. Elke CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford, 2015, 165-166.

5. CLOOTS (noot 4), 167.

6. VAN DER SCHYFF (noot 3), 567.

7. BVerfGE 89, 155, 12 oktober 1993; BVerfG 30 juni 2009, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208.



uitdrukking. Indachtig deze constitutionele kern hebben veel lidstaten het primaat van EU-recht ter discussie gesteld. De Duitse rechter vindt bijvoorbeeld dat Europese integratie het land noopt zijn *Verfassungsidetit t* te beschermen in dit proces.⁸ Verder heeft het Duitse *Bundesverfassungsgericht* een overzicht gemaakt van lidstaten die op een vergelijkbare manier identiteitsargumenten hebben gebruikt.⁹ Onder meer Denemarken, Estland, Frankrijk, Ierland, Polen en Spanje staan op de lijst. Tevens kan daar nu België aan worden toegevoegd. In zijn grensverleggende uitspraak van 28 april 2016 over de beroepen tot vernietiging van de wet houdende instemming met het Verdrag inzake stabiliteit, coördinatie en bestuur in de Economische en Monetaire Unie oordeelde het Grondwettelijk Hof van België als volgt:

“Het Stabiliteitsverdrag voorziet niet enkel in een strak begrotingskader, het draagt ook bepaalde bevoegdheden op aan de instellingen van de Europese Unie, met name aan de Europese Commissie en het Hof van Justitie van de Europese Unie. Wanneer de wetgever instemt met een verdrag dat een dergelijke draagwijdte heeft, dient hij artikel 34 van de Grondwet te eerbiedigen. Krachtens die bepaling kan de uitoefening van bepaalde machten door een verdrag of door een wet aan volkenrechtelijke instellingen worden opgedragen. Weliswaar kunnen die instellingen vervolgens autonoom beslissen over de wijze waarop zij de opgedragen bevoegdheden uitoefenen, maar artikel 34 van de Grondwet kan niet worden geacht een veralgemeende vrijbrief te verlenen, noch aan de wetgever, wanneer hij zijn instemming verleent met het verdrag, noch aan de betrokken instellingen, wanneer zij de hun toegewezen bevoegdheden uitoefenen. *In geen geval staat artikel 34 van de Grondwet toe dat op discriminerende wijze afbreuk wordt gedaan aan de nationale identiteit die besloten ligt in de politieke en constitutionele basisstructuren of aan de kernwaarden van de bescherming die de Grondwet aan de rechtsonderhorigen verleent* (cursivering toegevoegd).”¹⁰

Het HvJ EU daarentegen is niet meegegaan in de zienswijze dat de identiteitsbepaling uit het verdrag het primaat van EU-recht aantast. Dit betekent dat de bepaling de status van EU-recht zoals uiteengezet in *Internationale Handelsgesellschaft* ongewijzigd laat met als consequentie dat EU-recht nog steeds v or nationaal recht gaat, ook wanneer dat nationaal constitutioneel recht betreft.¹¹ Het traditionele primaat van EU-recht wordt eens te meer bevestigd door de *Foto-Frost*-uitspraak van het Hof: enkel het HvJ EU

is bevoegd zich uit te spreken over de geldigheid van EU-recht.¹² Met andere woorden, de EU is gehouden respect te tonen voor de ‘nationale identiteit’ van haar lidstaten en het is uiteindelijk aan het HvJ EU om te bepalen of de EU dat overeenkomstig artikel 4, lid 2 VEU in voorkomende gevallen heeft gedaan. Advocaat-generaal CRUZ VILLALÓN vat de essentie van de zaak kernachtig samen:

“In de eerste plaats lijkt het mij een schier onmogelijke opgave deze Unie, zoals wij haar nu kennen, te behouden, indien men haar onder een absoluut voorbehoud zou willen stellen dat nauwelijks is gedefinieerd en nagenoeg vrij door de lidstaten kan worden ingevuld, dat de vorm aanneemt van een ‘grondwettelijke identiteit’ genoemde categorie. [...] Een dergelijk ‘identiteitsvoorbehoud’, dat autonoom wordt ingevuld en uitgelegd door de bevoegde – gewoonlijk rechtsprekende – organen van de (ten overvloede, thans 28) lidstaten, zou de rechtsorde van de Unie zeer waarschijnlijk, in ieder geval in kwalitatieve termen, in een tweederangs positie plaatsen.”¹³

De discussie over ‘nationale identiteit’ is in feite een variatie op het bekende debat over *Kompetenz-Kompetenz*, maar dan in de context van artikel 4, lid 2 VEU.¹⁴

En Nederland?

Nederland ontbreekt op de lange lijst die het Duitse *Bundesverfassungsgericht* heeft opgesteld. Dit is geen vergissing, want Nederland is waarschijnlijk de enige EU-lidstaat waar het Europa-brede debat over constitutionele identiteit nauwelijks meer dan een rimpeling heeft veroorzaakt.

Inzicht in de stand van het debat over Nederlands constitutionele identiteit veronderstelt inzicht in het debat over ‘s lands nationale identiteit in het algemeen. In Nederland is ‘identiteit’ traditioneel geen onderwerp dat zich mag verheugen op een prominente plaats op de publieke agenda, of het nu gaat om ‘nationale identiteit’ of ‘constitutionele identiteit’. Deze aarzeling wordt wel verklaard vanuit de omstandigheid dat sommige commentatoren in Nederland de discussie over nationale identiteit, opgevat als een ‘cultureel-politiek concept’, zien als een opmaat tot een herleving van ‘cultuurnationalisme’.¹⁵ In hun ogen is nationale identiteit een gevaarlijk onderwerp dat beter kan worden afgewezen of genegeerd. Het recente wetsvoorstel inzake Zwarte Piet van de

8. BVerfG 30 juni 2009, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208, randnrs. 218-219, 240.

9. BVerfG 15 december 2015, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514, randnr. 47.

10. GwH 28 april 2016, nr. 62/2016, randnr. B.8.7.

11. HvJ, 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle f ur Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114.

12. HvJ, C-314/85, *Foto-Frost v. Hauptzollamt L ubeck-Ost*, ECLI:EU:C:1987:452, randnr. 17.

13. Conclusie Adv. Gen. P. CRUZ VILLALÓN, randnrs. 59-60 inzake HvJ C-62/14, *Gauweiler v. Deutscher Bundestag*, ECLI:EU:C:2015:7.

14. Zie ook BVerfG 30 juni 2009, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208, randnr. 239.

15. S.W. COUWENBERG, “Voorwoord” in S.W. COUWENBERG (red.), *Nationale identiteit. Van Nederlands probleem tot Nederlandse uitdaging*, Civis Mundi jaarboek 2001, Budel, 2001, 7-8.



Partij voor de Vrijheid van Geert Wilders, dat beoogt de viering van het sinterklaasfeest voor zover het de verschijning van Zwarte Piet betreft te beschermen, kan vermoedelijk worden gerekend tot cultuurnationalisme. Artikel 1 van het wetsvoorstel luidt als volgt: “Een Zwarte Piet heeft een egaal zwart of donkerbruin gezicht, rood geverfde lippen, zwart krulhaar en goudkleurige oorbellen, en is gekleed in een fluweelachtig pak met pofbroek en draagt een hoofddekseel met een gekleurde veer.”¹⁶

Voorts eist artikel 2, lid 1 van het wetsvoorstel dat een bestuursorgaan dat zijn medewerking verleent aan een sinterklaasviering, waarborgt “dat het gevolg van Sinterklaas niet bestaat uit anderen dan een of meer Zwarte Pieten en dat deze voldoen aan de kenmerken uit artikel 1”. In zijn gebruikelijke, wettelijke rol als adviseur inzake wetsvoorstellen, heeft de Raad van State de indieners geadviseerd het voorstel in te trekken.¹⁷ De Raad heeft er met name op gewezen dat het wetsvoorstel beoogt een volkstraditie in de tijd te bevriezen. Dit oogmerk miskent het dynamische karakter van zulke tradities en de aanname dat de overheid de inhoud van zulke tradities kan bepalen, getuigt van een denkfout. De Raad heeft er ook op gewezen dat het wetsvoorstel een ongerechtvaardigde inbreuk zou maken op het recht van vrijheid van meningsuiting zoals dat is vastgelegd in artikel 7, lid 3 van de Grondwet en artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

Al met al kan dit wetsvoorstel worden gezien als een radicale poging nationale identiteit door middel van wetgeving te definiëren en te beschermen. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, die de Nederlandse regering voorziet van wetenschappelijke informatie over langetermijnontwikkelingen, kiest voor een meer genuanceerde benadering. In zijn rapport *Identificatie met Nederland* uit 2007 adviseert de WRR dat nationale identiteit niet zozeer dient te worden versterkt of nauwkeurig omschreven¹⁸, maar dat het creëren van processen die mensen aanmoedigen zich thuis te voelen in en zich te identificeren met Nederland centraal moet staan. De WRR hecht meer waarde aan ‘identificatie’ dan aan ‘identiteit’.

COUWENBERG heeft de constitutionele implicaties van de kwestie van nationale identiteit treffend verwoord:

“Tijdens de verzuiling werd zij [nationale identiteit, GvdS] hoofdzakelijk in negatieve zin opgevat met sterke nadruk op wat ons als Nederlanders in

religieus-cultureel en ander opzicht onderscheidt en resolute afwijzing van iedere poging onder een gemeenschappelijke nationale noemer te brengen wat ons als Nederlanders bindt, met als gevolg dat we ook geen gemeenschappelijke visie hadden op ons verleden en evenmin op de constitutionele grondslagen van onze samenleving. De vraag naar de bron van het overheidsgezag werd heel uitlopend beantwoord, evenals de vraag waar de hoogste macht gelegen is. Met die vraag worstelt de Nederlandse staatsrechtbeoefening nog steeds.”¹⁹

Deze typering is nog steeds actueel. De aarzeling nationale identiteit te articuleren, spiegelt zich in de aarzeling constitutionele identiteit te uiten. Waar veel andere EU-lidstaten nadrukkelijk aandacht besteden aan het ontwikkelen en uiten van hun constitutionele identiteit, zelfs als dit de Europese integratie zou kunnen bemoeilijken, valt een soortgelijk proces in Nederland nauwelijks te bespeuren. Dit wordt des te duidelijker wanneer de aard van de Nederlandse Grondwet onder de loep wordt genomen.

Een blik op de Grondwet van Nederland leert dat het een bijzonder sober document is. Het hoofddoel ervan is het benoemen en inrichten van de belangrijkste staatsorganen en het beschrijven van procedures, zoals die voor wetgeving (art. 81-88). Een aantal fundamentele aspecten van de Nederlandse rechtsorde is niet geregeld in de Grondwet. Zo is de vertrouwensregel – een van de wezenskenmerken van de parlementaire democratie in Nederland – een regel van ongeschreven constitutioneel recht.²⁰ Wel bevat de Grondwet (in hoofdstuk 1) een catalogus van grondrechten en na een grondige herziening in 1983 bevat deze catalogus ook sociale grondrechten, die een opdracht inhouden voor de overheid, bijvoorbeeld bevordering van voldoende werkgelegenheid (art. 19). De sturende kracht die in het maatschappelijk bestel van de Grondwet uitgaat, wordt echter beperkt door artikel 120 dat de rechter verbiedt wetgeving te toetsen aan de Grondwet. Deze bepaling luidt kort en bondig: “De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.” Dit verbod strekt zich ook uit tot het beoordelen van de grondwettigheid van wetsvoorstellen, zoals bevestigd door de burgerlijke rechter in kort geding bij het afwijzen van een vordering tot aanhouden van twee wetsvoorstellen, waaronder het wetsvoorstel tot goedkeuring van het Verdrag tot instelling van het Europees Stabiliteitsmechanisme van 2 februari 2012.²¹

16. Kamerstukken II 2014/15, 34 078, nr. 2.

17. Kamerstukken II 34 078 nr. 5, 7.

18. Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid, *Identificatie met Nederland*, Amsterdam, 2007, 33.

19. S.W. COUWENBERG, “Nederlandse en Vlaamse identiteit – betekenis, onderlinge relatie en perspectief” in S.W. COUWENBERG (red.), *Nederlandse en Vlaamse identiteit. Betekenis, onderlinge relatie en perspectief*, Civis Mundi jaarboek 2006, Budel, 2006, 9.

20. M.C. BURKENS, H.R.B.M. KUMMELING, B.P. VERMEULEN en R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat: inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer, 2012, 250.

21. Voorzieningenrechter Rb. Den Haag 1 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7242.



Dit toetsingsverbod, in de Grondwet sinds 1848, verhindert niet dat wetten in formele zin worden uitgelegd overeenkomstig de Grondwet, maar dit heeft in Nederland niet geleid tot de mate van rechterlijk activisme waartoe de *Human Rights Act* van 1998 in het Verenigd Koninkrijk de aanzet heeft gegeven: Britse rechters maken intensief gebruik van deze wet om wettelijke bepalingen van wetten in formele zin uit te leggen.²² Zo bezien is de constitutionele rol van Nederlandse rechters aanzienlijk beperkter dan die van hun Britse tegenhangers.

Tot op heden zijn alle pogingen om artikel 120 te herzien of af te schaffen, gestrand.²³ De meest recente poging, die formeel nog steeds ter tafel ligt, is het initiatiefwetsvoorstel-Halsema, dat in 2002 ahangig werd gemaakt door toenmalig Tweede Kamerlid Femke Halsema van GroenLinks.²⁴ Het wetsvoorstel werd in eerste lezing aanvaard door beide Kamers der Staten-Generaal (in 2004 door de Tweede Kamer en in 2008 door de Eerste Kamer).²⁵ Invoering van deze wet komt neer op een grondwetswijziging en daarvoor is een tweede lezing vereist waarbij het wetsvoorstel door een tweederdemeerderheid moet worden aanvaard.²⁶ Aangezien de Eerste Kamer destijds het wetsvoorstel in eerste lezing slechts met één stem verschil heeft aangenomen, lijkt het onwaarschijnlijk dat het wetsvoorstel in tweede lezing de vereiste tweederdemeerderheid haalt.

Het wetsvoorstel beoogt het toetsingsverbod van artikel 120 zodanig aan te passen dat rechters bevoegd zijn wetten in formele zin te toetsen aan klassieke grondrechten (maar niet aan sociale grondrechten). Door deze aanpassing zou artikel 120 beter zijn afgestemd op artikel 94 van de Grondwet, dat als volgt luidt:

“Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.”

Het effect van deze bepaling is dat rechters voorrang moeten geven aan bepalingen van internationaal recht wanneer deze bepalingen botsen met bepalingen van nationaal recht. Dit versterkt de invloed van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde – daar

waar de Grondwet dezelfde functie wordt onthouden. De minimale rol van de Grondwet blijkt ook uit het gegeven dat artikel 94 de doorwerking en toepassing van EU-recht niet regelt. In dit verband constateert de Hoge Raad:

“De rechtstreekse toepasselijkheid van een gemeenschapsverordening brengt mee dat zij zonder nadere maatregel tot opnemings in het nationale recht in werking treedt en ten gunste of ten laste van de rechts-subjecten wordt toegepast [...] Het middel miskent dat een op grond van het EG-verdrag vastgestelde verordening zoals waarvan hier sprake is, krachtens dat verdrag en niet krachtens enig nationaal besluit gelding heeft en rechtstreeks toepasselijk is in elke Lid-Staat. Die gelding is niet gebaseerd op het stelsel van art. 93 en 94 GW.”²⁷

Nederland is daarmee de uitzondering op de regel dat EU-lidstaten de doorwerking en toepassing van EU-recht afhankelijk maken van hun nationale constitutionele orde. Om de metafoor van Paul KIRCHHOF te gebruiken: de Nederlandse Grondwet werkt niet als een brug die EU-recht dient te passeren om toegang te krijgen tot de nationale rechtsorde.²⁸ De doorwerking van EU-recht in Nederland is onafhankelijk van de Nederlandse Grondwet – een situatie die naadloos aansluit op de opvatting, zoals verwoord in *Internationale Handelsgesellschaft*, dat EU-recht vóór nationaal recht gaat. De Nederlandse Grondwet is daarmee niet alleen sober, maar heeft ook een veel beperktere reikwijdte dan grondwetten van andere lidstaten, bijvoorbeeld in Duitsland, waar de Grondwet functioneert als de *Grundnorm* van de Staat.²⁹

Dat de Grondwet slechts weinig ‘impact’ heeft, blijkt ook hieruit dat zij in parlementaire debatten zelden een rol van betekenis speelt. In de vierde *Rechtsstaatlezing* (2013) heeft Ernst HIRSCH BALLIN, hoogleeraar Europees en Nederlands constitutioneel recht en voormalig minister van Justitie, gewezen op het beperkte en soms onjuiste gebruik van de Grondwet in Tweede Kamerdebatten.³⁰ Waar internationaal recht en EU-recht een belangrijk referentiekader vormen in politieke besluitvorming, deels omdat dit recht en daarmee de wetgever zijn onderworpen aan rechterlijke controle, lijkt de Grondwet vaak over het hoofd te worden gezien en is zij voor sommigen misschien zelfs een vreemde eend in de bijt.

22. Zie in het algemeen, Aileen KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, 2009.

23. Voor een grondige uiteenzetting, zie M.L.P. VAN HOUTEN, *Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*, Deventer, 1997.

24. Kamerstukken II, 28 331, nr. 2.

25. Handelingen II 2004/05, 28 331, nr. 12, 643; Handelingen I 2008/09 28 331, nr. 11., 541-543.

26. Art. 137 Gw.

27. HR 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1797, overwegingen 3.5-3.6.

28. Paul KIRCHHOF, “Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration” in Josef ISENSEE & Paul KIRCHHOF (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* vol. 10, Heidelberg 2012, 1299, 302.

29. Voor een vergelijking tussen Nederland en Duitsland, zie Gerhard VAN DER SCHYFF, “EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites”, 76 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2016, 167.

30. Ernst M.H. HIRSCH BALLIN, *De Grondwet in politiek en samenleving*, Den Haag, 2013, 9-10.



Nationale Conventie: preambule en constitutionele uitgangspunten

Zelfs als de Grondwet meer ‘vuurkracht’ zou krijgen, is daarmee nog niet gezegd dat zij geschikt is om de Nederlandse constitutionele identiteit tot uitdrukking te brengen.

In dit verband is het nuttig de discussie over een preambule bij de Grondwet in herinnering te brengen. In de nasleep van het Nederlandse ‘nee’ in 2005 tegen een Europese grondwet schreef Jan Willem SAP dat politiek Den Haag aan zet was om vragen te beantwoorden als “Wie zijn wij? Waar komen wij vandaan? Waar gaan wij naar toe?”³¹ Dit zijn vragen waarop de Grondwet een antwoord moet geven als men haar de status van een tastbare en geloofwaardige bron van hoger recht, een constitutioneel richtsnoer, wil toedichten. Al op de eerste pagina manifesteert zich echter het sobere karakter van de Grondwet: dit onmiskenbaar gewichtige staatsdocument bevat geen preambule, het begint gewoon. De Grondwet ontbeert een *mission statement* waaruit haar uiteindelijke doel of fundamentele waarden blijken, evenmin verwijst zij naar haar bron of naar degenen die zij vertegenwoordigt. De Grondwet creëert geen raamwerk, zij maakt er deel van uit.

In 2005 stelde de toenmalige minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties, Alexander Pechtold van D66, de Nationale Conventie in.³² Dit orgaan telde 15 leden afkomstig uit diverse maatschappelijke geledingen (waaronder de wetenschap en journalistiek) en bracht in 2006 verslag uit van zijn bevindingen.³³ De Conventie had tot taak te debatteren en adviseren over een aantal specifieke vragen om het vertrouwen tussen burgers en politiek te herstellen. Een van die vragen betrof de plaats van de Grondwet in de samenleving. De Conventie erkende dat de Grondwet goed functioneerde als basisreglement, maar dat zij weinig inspirerend was en niet in staat burgers te verenigen.³⁴ Als remedie stelde de Conventie voor een preambule op te nemen in de Grondwet. Die preambule zou kunnen uitstralen dat de Grondwet niet louter een juridisch staatkundig document was, maar ook een bredere functie had. Zo zou de preambule uitdrukking kunnen geven aan de historische identiteit van het politieke bestel, aan de huidige

functie van dat bestel en aan ambities. “Zij geeft richting, inspiratie en houvast”, zo stelde de Conventie.³⁵

Hoewel de Conventie zelf geen concreet voorstel voor een preambuletekst deed, deden enkele van haar leden dat op persoonlijke titel wel. Zo deed Jan Willem SAP de volgende suggestie:

“Wij, de burgers van Nederland, dankbaar (jegens God) voor de vrijheid, stellen hierbij de volgende Grondwet op.”³⁶

Deze formulering maakt van de burgers een *pouvoir constituant* en de erkentelijkheid jegens God blijft door het gebruik van haakjes een persoonlijke kwestie. Carla M. ZOETHOUT formuleerde samen met G.F.M. VAN DER TANG (geen lid van de Conventie) een langere tekst:

“Het Nederlandse volk, overtuigd van de noodzaak de fundamentele waarden en grondregels van de Nederlandse samenleving en het Nederlandse staatsbestel te bevestigen voor nu en voor de komende generaties, overwegende dat tot deze fundamentele maatschappelijke waarden en grondregels behoren het beginsel van de menselijke waardigheid, de beginselen van vrijheid en gelijke rechten van de leden van de samenleving, de beginselen van gerechtigheid en solidariteit en van verdraagzaamheid en onderling respect, overwegende dat de inrichting van het staatsbestel en het overheidshandelen hun grondslag dienen te vinden in de beginselen van de democratische rechtsstaat en het beginsel van de onvervreembare mensenrechten, stelt vast en vaardigt hierbij uit deze nieuwe Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden.”³⁷

Naast het voorstel een preambule in de Grondwet op te nemen, opperde de Conventie dat het eerste hoofdstuk van de Grondwet niet alleen zou worden gewijd aan ‘waarden’ maar ook aan ‘constitutionele uitgangspunten’.³⁸ De Conventie sprak van een ‘hoofdstuk algemene bepalingen’. Het verschil is dat uitgangspunten neergelegd in een hoofdstuk afdwingbaar zouden zijn, terwijl de waarden uitgedrukt in een preambule dat niet zijn. De Conventie stelde voor de volgende vier uitgangspunten op te nemen: het beginsel van de democratische rechtsstaat, het beginsel van de gedecentraliseerde eenheidsstaat, het lidmaatschap van de Europese Unie en de levensbeschouwelijke neutraliteit van de staat. Om deze uitgangspunten te kunnen afdwingen, stelde de Conventie voor constitutionele

31. Jan Willem SAP, “De Grondwet wacht op licht, maar wij gaan in donkerheid”, *Ars Aequi* 2014, 354-355.

32. Art. 2 van het besluit d.d. 22 december 2005 van de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties tot instelling van de Nationale Conventie, gepubliceerd in de *Stcrt.* 2005, nr. 251.

33. Het verslag van de Nationale Conventie werd gepubliceerd als R.J. HOEKSTRA, *Hart voor de publieke zaak. Aanbevelingen van de Nationale Conventie voor de 21e eeuw*, 2006.

34. Hoekstra (noot 33), 42.

35. Hoekstra (noot 33), 42. Zie tevens Sophie VAN BIJSTERVELD, “Een preambule voor de Grondwet: van wezenlijke betekenis”, *Ars Aequi* 2008, 718; P.B. CLITEUR en W.J.M. VOERMANS, *Preambules*, Alphen aan den Rijn, 2009.

36. SAP (noot 31), 355.

37. Carla M. ZOETHOUT, “Van Kafkabrigade tot een nieuwe grondwet. Voorstellen van de Nationale Conventie voor de 21ste eeuw”, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* 2007, 211, 213.

38. HOEKSTRA (noot 33), 44.



toetsing in te voeren, zodat rechters de wetgever zouden kunnen controleren.³⁹ Dit idee zou echter hetzelfde lot beschoren zijn als de meeste suggesties van de Nationale Conventie: het bleef bij voorstellen.

Staatscommissie Grondwet: een uitgebreide algemene bepaling

In 2009 werd de Staatscommissie Grondwet bij KB ingesteld en de commissie bracht verslag uit in 2010.⁴⁰ De Staatscommissie had tot taak advies uit te brengen over een aantal kwesties, waaronder het opnemen van een preambule in de Grondwet.⁴¹ De commissie adresseerde deze laatste kwestie vanuit het perspectief van de versterking van de normativiteit van de Grondwet.⁴² Vanuit dit kader oordeelde de commissie dat een preambule geen elementen diende te bevatten met een sterk feitelijk karakter, zoals verwijzingen naar historische gebeurtenissen, omdat dit de normativiteit van de Grondwet niet zou versterken. De commissie voegde hier aan toe dat het opnemen van zulke elementen afbreuk zou doen aan het sobere karakter van de Grondwet. Op grond van deze zienswijze verwierp de commissie ook het gebruik van symbolen, een optie die de Nationale Conventie in haar rapport had opengelaten. Bovendien was de commissie sceptisch over het vastleggen van gemeenschappelijke waarden in een preambule, enkele kernwaarden daargelaten, omdat zij meende dat het moeilijk zou zijn overeenstemming te bereiken over gemeenschappelijke waarden en omdat zij twijfelde aan de normatieve waarde van een dergelijke codificatie van waarden.

De twijfels die de commissie had over de elementen van een eventuele preambule tastten ook het idee van een preambule zelf aan en brachten de commissie er uiteindelijk toe dit idee af te wijzen. De commissie gaf er de voorkeur aan een algemene bepaling op te nemen – een suggestie die vergelijkbaar was met het voorstel van de Nationale Conventie voor een hoofdstuk algemene bepalingen. De commissie stelde de volgende bepaling voor:

- “1. Nederland is een democratische rechtsstaat.
2. De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.

3. Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.”⁴³

Volgens de commissie dient deze bepaling “vooral als een bepaling in het licht waarvan andere grondwettelijke en andere wettelijke bepalingen moeten worden geïnterpreteerd”.⁴⁴ Net zoals de Nationale Conventie deed, koos de commissie ervoor deze weg te bewandelen, omdat dit, anders dan bij een preambule, zou resulteren in een voorschrift dat eerder normatief van aard zou zijn dan declaratoir of verklarend van karakter. De commissie merkte op dat het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet de uitvoerbaarheid van de voorgestelde bepaling zou beperken, maar voegde hieraan toe dat zelfs als dit toetsingsverbod niet zou worden opgeheven, de voorgestelde bepaling de overheid nog steeds zou binden in al haar wetgevende, besturende en rechtsprekende handelingen.⁴⁵ De algemene bepaling zou ook relevant kunnen zijn bij de toepassing van artikel 90 van de Grondwet, dat bepaalt dat de regering de ontwikkeling van de internationale rechtsorde bevordert. In dit verband stelde de commissie wel voor het artikel uit te breiden met een verwijzing naar de *Europese* rechtsorde.⁴⁶

Daarnaast stelde de helft van de commissie voor aan artikel 94 van de Grondwet een tweede lid toe te voegen:

“Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties vinden geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar is met artikel [de algemene bepaling] van de Grondwet.”⁴⁷

Deze aanvulling zou de rechter de mogelijkheid geven meer controle uit te oefenen op de toepassing van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde. Het doel zou evenwel niet zijn een afweermechanisme te creëren, aangezien de elementen waarnaar de voorgestelde algemene bepaling verwijst, globaal overeenkomen met internationaal aanvaarde fundamentele beginselen en verdragsgrondrechten.⁴⁸ Daar de werking van EU-recht onafhankelijk is van de Grondwet, zou de voorgestelde bepaling de toepassing van EU-recht waarschijnlijk niet kunnen beperken. Dit werd echter niet met zo veel woorden door deze leden gesteld.⁴⁹ Wat de EU betreft, merkte de commissie als geheel wel op dat artikel 4, lid 2 VEU de EU verplicht ‘de constitutionele identiteit van de lidstaten te eerbiedigen’.⁵⁰ Dit punt werd verder niet uitgewerkt, maar vermoedelijk wordt deze constatering beschouwd als

39. HOEKSTRA (noot 33), 44.

40. KB instellingsbesluit Staatscommissie Grondwet Stcrt. 2009, nr. 10534.

41. Wilhelmina THOMASSEN, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, 13.

42. THOMASSEN (noot 41), 36.

43. THOMASSEN (noot 41), 39.

44. THOMASSEN (noot 41), 39.

45. THOMASSEN (noot 41), 39.

46. THOMASSEN (noot 41), 108.

47. THOMASSEN (noot 41), 130.

48. THOMASSEN (noot 41), 40-41.

49. Zie tevens H.G. HOOGERS, ‘De Staatscommissie Grondwet en het staatsrecht van de buitenlandse betrekkingen. Een analyse met kanttekeningen’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011, 364, 374, vn. 33.

50. THOMASSEN (noot 41), 128.



een garantie die de noodzaak voor nationale waarborgen tegenover EU-recht ontnemt.

De andere helft van de commissie wees de voorgestelde aanvulling op artikel 94 af met het argument dat het vooral aan de regering en Staten-Generaal is te waarborgen dat bij de totstandkoming en goedkeuring van verdragen voldoende rekening wordt gehouden met de grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen.⁵¹ Deze commissieleden stonden ook kritisch tegenover uitbreiding van de rol van de rechter.

Alhoewel de Staatscommissie zich eensgezind toonde in haar wens de normatieve waarde van de Grondwet te vergroten, deed zij geen voorstellen die Nederland een koers zouden doen varen als andere lidstaten, zoals België en Duitsland, waar de overheersende kompasstreek is dat de grondwet indien noodzakelijk EU-recht terzijde kan stellen.

Wetsvoorstel 34 516: een sobere algemene bepaling

In zijn reactie in 2011 op het rapport van de Staatscommissie gaf het kabinet aan de Grondwet niet te willen wijzigen.⁵² Het toevoegen van een waardebepaling zou namelijk de functie van de Grondwet veranderen. Waar de Grondwet nu een sober karakter heeft, zou een dergelijke bepaling “een evocatief, educatief en declaratoir karakter” aan de Grondwet geven.⁵³ Hiertoe zag het kabinet geen noodzaak. Hetzelfde lot trof de andere voorstellen van de commissie. (In dit verband dient te worden opgemerkt dat het kabinet dat tekende voor de reactie op het rapport een ander was dan het kabinet dat de Staatscommissie haar opdracht gaf.) Hiermee zou de kous af zijn geweest, ware het niet dat het thans zittende kabinet er in 2016 voor koos een wetsvoorstel in te dienen om een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen. Het kabinet was tot dit voornemen gekomen na een debat in de Eerste Kamer over de rechtsstaat.⁵⁴ In dit debat drong een aantal fracties aan op het opnemen van een sobere algemene bepaling in de Grondwet. De bepaling, die aan hoofdstuk 1 van de Grondwet vooraf moet gaan en die ongenummerd zal zijn, komt als volgt te

luiden: “De Grondwet waarborgt de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten.”⁵⁵ In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel constateerde het kabinet dat de in de voorgestelde bepaling genoemde kernwaarden steeds belangrijker zijn geworden voor het Nederlandse staatsbestel.⁵⁶ Dit terwijl deze waarden niet expliciet in de Grondwet zijn opgenomen en daarom niet als zodanig worden gewaarborgd door de Grondwet. Voorts gebruikt de memorie van toelichting rechtsvergelijking om aan te tonen dat verscheidene grondwetten de kernbeginselen expliciteren waarop zij berusten. Ook wordt verwezen naar artikel 2 VEU dat de democratie, rechtsstaat en mensenrechten beschermt.⁵⁷ Verder licht de memorie toe te hebben gekozen voor een beknopte formulering van de kernbeginselen, enerzijds om het sobere karakter van de Grondwet intact te laten en anderzijds om ruimte te laten voor verdere invulling door politieke besluitvorming binnen de marges van elk beginsel.⁵⁸

Anders dan een preambule zal de algemene bepaling normatief van aard zijn.⁵⁹ Door plaatsing aan het begin van de Grondwet wijst de bepaling vooruit naar de daaropvolgende bepalingen. In dit verband stelt de memorie dat de algemene bepaling “de contouren” aangeeft “waarbinnen onze Grondwet door een ieder gelezen en begrepen dient te worden”.⁶⁰ De algemene bepaling is echter niet van een hogere rang dan de andere grondwetsartikelen.⁶¹ Het is ook niet de bedoeling dat de algemene bepaling een verandering teweegbrengt in het “genuanceerde samenstel van regels die ons constitutionele stelsel vormen”.⁶² Wel zal de bepaling als ondergrens dienen voor het in de Grondwet codificeren of deconstitutionaliseren van aan de bepaling gerelateerde zaken.⁶³ De algemene bepaling kan echter niet worden aangewend voor het achterwege laten van een codificatie. Wel kan zij als richtsnoer dienen bij het gebruikmaken van de beoordelingsvrijheid die de Staat binnen de kaders van EU-recht en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens toekomt.⁶⁴ Hieruit valt af te leiden dat de algemene bepaling niet het toetsen of afremmen van het monisme ten doel heeft. Met andere woorden: de bepaling kan niet worden gebruikt als maatstaf waaraan bijvoorbeeld EU-recht kan worden gemeten alvorens toepassing te verlenen aan dergelijk recht in de nationale rechtsorde.

51. THOMASSEN (noot 41), 129.

52. Kamerstukken II 2011/12, 31 570, nr. 20.

53. Zie noot 52, 5-6.

54. Kamerstukken II 2015/16, 34 516, nr. 3, 1-2 (memorie van toelichting).

55. Kamerstukken II 2015/16, 34 516, nr. 2. Voor het advies van de Raad van State, zie Kamerstukken II 2015/16, 34 516, nr. 4. Zie tevens Maurice ADAMS en Gert-Jan LEENKNEGT, “Artikel nul’: een algemene bepaling over rechtsstaat, democratie en grondrechten in de Grondwet?”, *Ars Aequi* 2015, 207.

56. Memorie van toelichting (noot 54), 3.

57. Memorie van toelichting (noot 54), 4.

58. Memorie van toelichting (noot 54), 7-8.

59. Memorie van toelichting (noot 54), 7.

60. Memorie van toelichting (noot 54), 7.

61. Memorie van toelichting (noot 54), 8.

62. Memorie van toelichting (noot 54), 8.

63. Memorie van toelichting (noot 54), 8.

64. Memorie van toelichting (noot 54), 8.



Slot: beken constitutionele kleur

Het sobere karakter van de Nederlandse Grondwet is niet slechts een kenmerk van die Grondwet, maar is ondertussen zelf verheven tot norm. Hiervan getuigen de vele gesneuvelde voorstellen en pogingen om de normativiteit van de Grondwet uit te bouwen en te verstevigen. Men zou kunnen concluderen dat het grondwettelijk vastleggen en verankeren van een Nederlandse constitutionele identiteit niet belangrijk wordt gevonden. De feiten laten echter iets anders zien. Zoals Carla M. ZOETHOUT eerder heeft aangegeven, dienen fundamentele staatsrechtelijke vraagstukken zich steeds vaker aan.⁶⁵ Terecht stelt zij dat het beoefenen van het staatsrecht in Nederland niet langer is beperkt tot de wereld van denkexercities. Vragen rijzen bijvoorbeeld over de grenzen van de vrijheid van meningsuiting en de grenzen van de vrijheid van godsdienst.⁶⁶ Sinds de invoering van de Wet raadgevend referendum in 2014 staat ook de aard van de Nederlandse democratie ter discussie. Volgens deze wet moet een raadplegend referendum worden gehouden over bepaalde wetten en bij stilzwijgende goedkeuring van sommige verdragen na het verzamelen van de handtekeningen van minimaal driehonderdduizend kiesgerechtigden. Het eerste referendum dat op basis van deze wet werd gehouden, ging over het voorgestelde Associatieakkoord tussen de EU en Oekraïne. Dit referendum uit 2016 gaf ook het Europese spanningsveld aan waarin Nederland zich bevindt. In het denken over en sturen van deze en andere kernzaken is de Grondwet in wezen (in de woorden van Peter A.J. VAN DEN BERG) een “bijgerecht”, geen “hoofdgerecht”.⁶⁷ Dat is kwalijk.

De oproep van Sophie VAN BIJSTERVELD om de Nederlandse constitutionele identiteit concreet tot

uitdrukking te brengen, verdient daarom steun.⁶⁸ Waarden die niet duidelijk worden uitgedrukt, boeten in aan kracht of – schrijnender nog – doen er helemaal niet toe, juist wanneer het erom gaat. In 2006 gaf toenmalig minister van Justitie Piet Hein Donner zinspelend op een grondwetswijziging aan dat indien “tweederde van alle Nederlanders morgen de sharia zou willen invoeren” de mogelijkheid hiervoor zou moeten bestaan.⁶⁹ Hij noemde dat “de essentie van de democratie”. De democratie naar deze opvatting is een democratie gestoeld op gewone en gekwalificeerde meerderheden. De democratie is echter meer dan proces alleen. Om dit te onderstrepen en om de kernwaarden verwoord door de rechtsstaat en de grondrechten te beschermen, is steun voor het voorzichtige regeringsinitiatief (een waardenbepaling in de Grondwet) op zijn plaats. Het is afwachten of dit goede voornemen zal worden doorgezet na de Tweede Kamerverkiezing in 2017.

Tegen de achtergrond van het bredere debat over constitutionele identiteit in de EU kan worden vastgesteld dat Nederland een inhaalslag moet maken. Terwijl andere EU-lidstaten hun constitutionele identiteit uitdrukken en een plaats geven binnen het EU-bestel, stelt Nederland zich passief op. Deze noodzakelijke inhaalslag hoeft allerminst te betekenen dat de Grondwet een afweermiddel wordt tegen EU-recht. Daar vraagt artikel 4, lid 2 VEU ook niet om en het HvJ EU zou zo’n afweermiddel ook niet accepteren. Wel zou Nederland constitutionele kleur moeten bekennen. Dit is niet alleen van belang voor het nationale debat, maar ook voor de verdere ontwikkeling van de gemeenschappelijke constitutionele tradities waarop de Unie is gebouwd en waaruit zij nog altijd inspiratie put.

65. ZOETHOUT (noot 37), 211.

66. Zie Jan Willem SAP, Carla M. ZOETHOUT en Gerhard VAN DER SCHYFF, *Ritual Slaughter, Animal Welfare and the Freedom of Religion*, Amsterdam, 2017 (te verschijnen).

67. Peter A.J. VAN DEN BERG, “De Nederlandse Grondwet: hoofdgerecht of bijgerecht?”, *Ars Aequi* 2011, 1683.

68. Zie S.C. VAN BIJSTERVELD, “Op weg naar articulatie van constitutionele identiteit” in M.P.H. VAN HAEFTEN (red.), *De Grondwet herzien*, ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2008, 69, 83 waar het gaat over het articuleren van ‘basisassumpties’.

69. Interview met Piet Hein Donner “De meerderheid telt” in *Vrij Nederland* van 16 september 2006.