

## MINI-SPECIAL – OVER DE GRONDWET

### NAAR EEN NIEUWE GRONDWET MET EEN GEDIFFERENTIEERD GRONDWETHERZIENINGENBELEID

**Paul van Sasse van IJsselt \***

**Samenvatting** | De Grondwet is geen rustig bezit. De afgelopen jaren is in toenemende mate aandacht voor de maatschappelijke functie van de Grondwet. In 2022-2023 werd de Grondwet op een recordaantal punten herzien. Het meest zichtbaar waren de opname van een algemene bepaling en een nieuw grondrecht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke rechter. In de onderstaande lezing, die op 1 juni 2023 in Utrecht werd gehouden, zet Paul van Sasse van IJsselt de oogst van deze jongste grondwetswijzigingen op een rij, om deze vervolgens te plaatsen in de sleutel van noodzakelijk herzieningenbeleid. Een nieuw grondwetsherzieningenbeleid, waarbij rekening wordt gehouden met verschillende typen herzieningen, kan invulling geven aan het nadenken over de (veranderende) aard en functie van de Grondwet en het pad vleien voor een adequate voorbereiding van toekomstige grondwetsherzieningen.

**Trefwoorden** | [Grondwet], [grondwetsherziening], [algemene bepaling]

**DOI** | 10.54195/NTM.18630

## 1 Inleiding

‘Senatoren slaan elkaar met de Grondwet om de oren’, het was goed raak tijdens het pensioen-debat in de Eerste Kamer op 30 mei 2023.<sup>1</sup> Het wordt vaker gezegd, en ook nu bleek: de Grondwet is geen rustig bezit. Ook in andere opzichten niet. Gretig storten staatsrechtjuristen zich erop met nieuwe websites en boeken, voor studenten, vakgenoten en breder publiek, ja, zeker ook voor Kamerleden. Nadat de facelift van [www.nederlandrechtsstaat.nl](http://www.nederlandrechtsstaat.nl) begin vorig jaar een feit was, maakten we in een half jaar tijd de lancering mee van de mooie bundel van Afshin Ellian en Bastiaan Rijpkema,<sup>2</sup> die van Wim Voermans<sup>3</sup> en vandaag van dit kloeki boek: Constitu-

- Prof. mr. dr. P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt is raadgever staats- en bestuursrecht bij de Raad van State, bijzonder hoogleraar recht en religie aan de Rijksuniversiteit Groningen en onderzoeker conflicterende grondrechten bij de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de VU Amsterdam. Tussen 2006 en 2023 was hij hoofd cluster grondrechten bij de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en vanuit die hoedanigheid medeverantwoordelijk voor o.a. de grondwetsherzieningen in 2022/23. Deze bijdrage is geschreven op academische titel en afgerond op 30 mei 2023.

1 P. Sie & M. Woizak, ‘Senatoren slaan elkaar met de Grondwet om de oren tijdens pensioendebat’, *Financieel Dagblad* 30 mei 2023.

2 A. Ellian en B. Rijpkema (red.), *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Amsterdam: Boom 2023.

3 W. Voermans, *Onze Constitutie*, Amsterdam: Prometheus 2023, volgend op: W. Voermans, *Het verhaal van de Grondwet*, Amsterdam: Prometheus 2019.

tionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023.<sup>4</sup> Van harte! Aan de redactie en de auteurs. Naast deze felicitaties maak ik in deze inleidende lezing graag gebruik van de gelegenheid om een pleidooi te houden voor een nadrukkelijker grondwetherzieningenbeleid en voor bewustwording van de verschillende typen herzieningen die daarbij een rol spelen.

Voorop gesteld; de aandacht voor de Grondwet is nodig en goed. In de eerste plaats, omdat de Grondwet belangrijk is. Zij is ons juridisch staatkundig basisdocument, dat – zo hebben we geleerd – constitueert, attribueert en reguleert. Soms wordt wel eens gezegd dat zij ook meer doet dan dat, dat zij ook een maatschappelijke betekenis heeft. Niet in de laatste plaats was het Thorbecke die die opvatting was toegegaan, maar meer recent bijvoorbeeld ook de Nationale Conventie en de staatscommissie Grondwet (Thomassen).<sup>5</sup> Anderen doen daar dan weer wat schamper over. Ik denk aan de kabinetten Rutte I en II. Maar dat tij is volgens mij gekeerd. Terecht. Recht heeft namelijk maatschappelijke betekenis, zéker de Grondwet.

De aandacht voor de Grondwet is ook nodig en goed, omdat die tegemoet komt aan de behoefte van mensen. Regering en Staten-Generaal reflecteren die behoefte, maar van de mensen in het land moet je die er wel een beetje uittrekken. Het is niet zo dat het Malieveld of tegenwoordig ‘de A12’ volstaat met demonstranten die roepen om meer informatie over de Grondwet. Daarom deed het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een representatieve flitspeiling.<sup>6</sup> Daaruit blijkt dat 89 procent van de Nederlanders het belangrijk vindt dat we een Grondwet hebben. Het *vertrouwen* in de Grondwet is eveneens vrij groot. Tegelijk is opvallend dat veel mensen het idee hebben dat zij er in het dagelijks leven niet veel mee te maken hebben (of hebben gehad). En hoewel een grote groep denkt de inhoud *niet* goed te kennen, hebben de meeste burgers wel een duidelijk beeld wat de Grondwet is en kan men bestaande van niet-bestaande grondrechten goed onderscheiden. Veel mensen vinden dat er meer aandacht mag worden gegeven aan de Grondwet. Ook theoretisch opgeleiden en zelfs juristen lijken die aandacht wel te mogen gebruiken, als we mogen afgaan op het recente onderzoek van Jelle But.<sup>7</sup> Daaruit blijkt onder andere dat ook juristen en andere ‘hogere’ opgeleiden constitutionele situaties en grondwettelijke normen niet al te best herkennen, in elk geval niet beter dan niet-juristen. Het boek van vandaag sluit mooi aan op de informatiebehoefte.

Zijn de felicitaties aan de auteurs en redacteuren van de vandaag verschenen bundel ook de grondwetgever waard? Over het antwoord daarop zullen we aan het einde van de dag waarschijnlijk iets meer weten. In mijn bijdrage zal ik aan de hand van twee kerntypen grondwetherzieningen ingaan op de vraag hoe toekomstige grondwetherzieningen het adequaatst kunnen worden voorbereid, namelijk door een herzieningenbeleid waarbij verschillende typen herzieningen een rol spelen. Om tot die slotsom te komen zal ik eerst ingaan op de oogsttijd

4 J.H. Gerards, J. Goossens & E.Y. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom Juridisch 2023.

5 Vgl. voor wat betreft Thorbecke, diens beroemde zinsnede dat ‘de Grondwet eene nationale kracht moet worden’, in: J.R. Thorbecke, *Aanteekening op de Grondwet*, Amsterdam: Johannes Müller, 1839, viii. Zie voorts: Rapport Staatscommissie Grondwet, Den Haag, 2010, en *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans. Eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel*, Amsterdam: Boom 2018.

6 Met de flitspeiling beoogt het kabinet aandacht te geven aan de Grondwet en de herziening van de Grondwet in 1848, dit jaar 175 jaar geleden. Zie Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Flitspeiling Grondwet, [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

7 J. But, ‘Grondwet begrepen door gewone mensen. Empirisch onderzoek naar internalisering van het constitutionele recht’, *NJB* 2023/1323, p. 1558-1568.

van vorig jaar en begin dit jaar. Daarna zal ik – om in seizoenen te blijven spreken – ingaan op het zaai- en groeiseizoen, waarbij de tuin soms flink en verrassend op de schop gaat, andere keren wat (noodzakelijk) onderhoud wordt gepleegd. De wintertijd is geschikt om na te denken over de aanpak van de tuin in het nieuwe seizoen: onderhoud, flinke aanplant of een nieuw ontwerp?

## 2 De oogsttijd

Vijf grondwetswijzigingen in 2022 en één begin dit jaar (2023). Gezamenlijk de grootste herziening sinds de laatste algehele herziening in 1983 en misschien ook wel de belangrijkste. Dat valt te relativeren, in zoverre er van een nieuwe systematische algehele herziening geen sprake was. De vraag is of dat nog kan tegenwoordig, en of die weg nog het meest heilzaam is. Ik kom daar later op terug. In volgorde eerst iets over de inwerking getreden wetten, om ten minste enig inzicht te bieden – voor zover nodig in dit eminente gezelschap van staatsrechtbeoefenaren – in inhoud en wijze van totstandkoming van de verschillende grondwetsherzieningen. Deze bieden een vertrekpunt voor mijn erna volgende aanzet voor een analyse en daaruit voortvloeiende voorstel.

### 2.1 De algemene bepaling

Deze kunt u allen dromen: ‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.’<sup>8</sup> Negen woorden en daarmee de kortste inleidende bepaling ter wereld, samen met die van de grondwet van het (ei)land Tuvalu.<sup>9</sup> Dit eiland blijkt met zijn korte inleidende grondwetbepaling overigens niet opgewassen – helaas – tegen zijn tragisch verdwijning als gevolg van klimaatverandering. Waartegen helpt zo’n bepaling dan wel? Of, voor welk probleem is zij een oplossing? Een vraag ‘uit het handboek’ voor de wetgever, maar kwetsief in het geval van de Grondwet. Te vaak tendert de vraag naar een aanwijsbaar maatschappelijk probleem dat in het geval van de Grondwet niet altijd in even sterke mate of concreetheid aanwezig is. Dit geldt in het bijzonder voor een ongenummerd artikel als de algemene bepaling. Het heeft dan ook even geduurd voordat het voorstel in het Staatsblad stond.

In elk geval beoogt de algemene bepaling een normatieve en interpretatieve functie te hebben, een ‘interpretatief kader’ te bieden ‘waarbinnen de Grondwet gelezen en begrepen moet worden’. Heeft deze bepaling ook juridische meerwaarde? Ja, maar zo min mogelijk. Want stel je voor dat de rechter er mee aan de haal zou gaan, zeker als constitutionele toetsing eraan mogelijk zou worden. Dan is het land te klein. Althans voor hen, die vrezen dat de rechter op zo’n wijze te werk zou gaan.

Verder is van belang dat de algemene bepaling niet per se ergens tegen helpt, maar vooral ook ergens voor staat. Dat kan als van waarde worden beschouwd, zeker in deze tijd waarin

<sup>8</sup> *Stb.* 2022, 332.

<sup>9</sup> Zie over grondwettelijke inleidende bepalingen: W. Voermans, M. Stremmer & P. Cliteur, *Constitutional Preambles. A comparative Analysis*, Cheltenham, UK/Northampton MA, USA: Edward Elgar Publishing 2017 en de bespreking hiervan in: P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt, *TvCR* 2018/3, p. 257-267.

de democratische rechtsstaat onder druk staat, moeilijk begrepen wordt en wel wat explicitering kan gebruiken. De algemene bepaling was dan ook al populair nog voordat die was aangenomen en in werking was getreden. Ik noem als voorbeelden de verwijzingen ernaar in toelichtingen bij de Wet verduidelijking burgerschapsopdracht (2021)<sup>10</sup> en de Wet verruiming mogelijkheden tot het verbieden van rechtspersonen (2021).<sup>11</sup> Ook de Afdeling advisering van de Raad van State verwees er al een keer naar, in haar advies bij het initiatiefvoorstel tot herziening van artikel 23 Grondwet.<sup>12</sup> Na inwerkingtreding van de algemene bepaling is ernaar verwezen in de consultatieversie van in elk geval de Wet politieke partijen<sup>13</sup> en in het advies van de Afdeling advisering over het initiatiefvoorstel Wet raadgevend referendum naar Zwitsers model.<sup>14</sup>

De algemene bepaling lijkt dus, best belangrijk. Volgens de Flitspeiling wordt dat in elk geval zo gezien door een grote meerderheid van de ondervraagden (72 procent).<sup>15</sup> Het voorstel is aangenomen, mede dankzij de positieverandering van de fractie van CDA die – anders dan in eerste lezing – voor het voorstel stemde.<sup>16</sup>

## 2.2 Artikel 1

Hierin zijn als extra non-discriminatiegronden opgenomen handicap en seksuele gerichtheid. Plechtig ondertekend door minister Hanke Bruins Slot op 17 februari jongstleden, de verjaardag van de algehele herziening van 1983 en daarmee van artikel 1. De bijeenkomst en ondertekening vormden tevens de aftrap voor de viering van 175 jaar Grondwet 1848. Het initiatiefvoorstel voor de wet gaat – wat betreft de grond handicap – terug tot in elk geval de motie-Rouvoet in 2001.<sup>17</sup> Het voorstel heeft elf deels opeenvolgende initiatiefnemers van D66, GroenLinks en PvdA gekend, vrijwel allen aanwezig geweest op 17 februari. Een slimmigheidje van de heer Krol van de toenmalige fractie 50PLUS om mee te liften, mislukte. Via een amendement – uiteraard in eerste lezing – probeerde de heer Krol ook de grond leeftijd opgenomen te krijgen,<sup>18</sup> maar dat plannetje strandde na een overtuigende voorlichting van de Afdeling advisering van

10 Wet van 23 juni 2021 tot wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met verduidelijking van de burgerschapsopdracht aan scholen in het funderend onderwijs, *Stb.* 2021, 320.

11 Wet van 23 juni 2021 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verruiming van de mogelijkheden tot het verbieden van rechtspersonen, *Stb.* 2021, 310.

12 Advies W01.21.0300/I van 24 februari 2022, bij het Voorstel van wet van het lid De Hoop houdende verandering in de Grondwet, strekkende tot toevoeging van bepalingen ten behoeve van gelijke kansen in het onderwijs.

13 Het wijzigingsvoorstel moet nog worden ingediend bij de Tweede Kamer. De internetconsultatie liep van 22 december 2022 t/m 21 maart 2023. Dit leverde 979 openbare reacties op.

14 Advies W04.22.0121/I van 8 december 2022, bij het initiatiefwetsvoorstel door de leden Baudet en Van Houwelingen inzake Wet raadgevend referendum naar Zwitsers model, *Kamerstukken II* 2022/23, 36161, nr. 4.

15 30 Procent zegt die zelfs zeer belangrijk te vinden, tegenover slechts 2 procent die haar zeer onbelangrijk vinden.

16 De Eerste Kamer heeft het voorstel op 5 juli 2022 na stemming bij zitten en opstaan aangenomen. Voor: OSF, Fractie-Nanninga, PvdA, GroenLinks, D66, SP, PvdD, Fractie-Otten, ChristenUnie, CDA, VVD en 50PLUS. Tegen: PVV, SGP, FVD en Fractie-Frentrop. De Tweede Kamer heeft het voorstel op 5 april 2022 aangenomen. Voor: SP, GroenLinks, Volt, DENK, Fractie Den Haan, PvdA, PvdD, D66, Lid Omtzigt, ChristenUnie, VVD, CDA, BBB, JA21 en Groep Van Haga. Tegen: SGP, PVV en FVD. BIJ1 en Lid Gündoğan waren niet aanwezig bij de stemming.

17 Daarnaast was onder andere van belang de Commissie Rechtsgevolgen non-discriminatiegronden 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 29355, nr. 28 (bijlage).

18 *Kamerstukken II* 2019/20, 32411, nr. 11.

de Raad van State.<sup>19</sup> Het voorstel kreeg uiteindelijk steun van 56 senatoren; vijftien stemden tegen.<sup>20</sup> Het wetstraject kreeg nog een bijzonder staartje met een motie van Eerste Kamerlid Kox (SP),<sup>21</sup> de senator die anderen met de Grondwet om de oren ging slaan tijdens het Pensioen-debat. Als gevolg van deze motie zou de Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme de vraag voorgelegd moeten krijgen of het wenselijk is om te schuiven in de formulering van artikel 1 Grondwet, zodat het algemeen verbod vóór de specifieke non-discriminatiegronden komt te staan. Over enige tijd zullen we weten wat daarvan wordt gevonden.

### 2.3 Artikel 13

Het gaat hier om een modernisering waarbij het telefoon,- en telegraafgeheim zijn vervangen door het telecommunicatiegeheim. Daarbij gaat het om communicatie waarbij sprake is van gerichtheid, afstand en betrokkenheid van een derde. Dat leidt soms tot lastige vragen zoals bij Internet der Dingen, AI en een toepassing ervan als ChatGPT. Ironie van de modernisering is geweest dat die het beschermingsniveau van het briefgeheim in feite heeft verlaagd. Werden beperkingen voorheen alleen bij wet toegestaan, op last van de rechter, nu zijn die beperkingen ook toegestaan door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen (en dus zonder last van de rechter). Het voorstel is met algemene stemmen aangenomen.<sup>22</sup>

### 2.4 Artikel 17

Hierin is als eerste lid ingevoegd het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter binnen een redelijke termijn. Het *ius de non evocando* is verschoven naar een nieuw tweede lid. Het recht op een eerlijk proces is al verankerd in het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en in het EU-Handvest grondrechten. De meerwaarde zit hem in de ruimere reikwijdte van artikel 17 Grondwet. Die is niet beperkt tot ‘grofweg’ het straf- en civielrecht zoals artikel 6 EVRM en anders dan het EU-Handvest niet tot de uitvoering van het EU-recht. Ook dit voorstel werd aangenomen met algemene stemmen.<sup>23</sup> Hamvraag, met name bij dit grondwetsartikel: gebeurt er iets mee in de praktijk? Volgens een korte zoekactie op rechtspraak.nl: vijf keer. Vier keer

19 *Kamerstukken II* 2019/20, 32411, nr. 14. Als kern is daarin o.a. opgenomen: ‘Onderscheid op basis van leeftijd is niet bij voorbaat verdacht, maar kan veelal een functioneel criterium zijn en laat de wetgever ter zake meer ruimte.’

20 Tegen stemden de leden van de fracties van de PVV, FVD, SGP, Fractie-Nanninga en Fractie-Frentrop.

21 *Kamerstukken I* 2022/23, 35741, E. Op 17 januari 2023 na stemming bij zitten en opstaan aangenomen. PVV, SGP, FVD en Fractie-Frentrop stemden tegen.

22 De Eerste Kamer heeft het voorstel op 5 juli 2022 na stemming bij zitten en opstaan met algemene stemmen aangenomen. De Tweede Kamer heeft het voorstel op 5 april 2022 aangenomen. Voor: SP, GroenLinks, Volt, DENK, Fractie Den Haan, PvdA, PvdD, D66, Lid Omtzigt, ChristenUnie, VVD, SGP, CDA, BBB, JA21, PVV, Groep Van Haga en FVD. BIJ1 en Lid Gündoğan waren niet aanwezig bij de stemming.

23 De Eerste Kamer heeft het voorstel op 5 juli 2022 na stemming bij zitten en opstaan met algemene stemmen aangenomen. De Tweede Kamer heeft het voorstel op 5 april 2022 aangenomen. Voor: SP, GroenLinks, Volt, DENK, Fractie Den Haan, PvdA, PvdD, D66, Lid Omtzigt, ChristenUnie, VVD, SGP, CDA, BBB, JA21, PVV, Groep Van Haga en FVD. BIJ1 en Lid Gündoğan waren niet aanwezig bij de stemming.

in een civiele zaak en één keer in een bestuursrechtzaak. Tien dagen na inwerkingtreding waagde de procureur-generaal bij de Hoge Raad zich er al aan – ik citeer:

Artikel 17 Grondwet houdt niet in dat een wet in formele zin, zoals het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, geen vormvereisten zou mogen stellen aan een procesinleiding, zoals het vereiste (...) van tussenkomst door een cassatieadvocaat. Evenmin behelst deze grondwetsbepaling een verbod van wettelijke maatregelen om kansloos te achten klachten weg te houden bij de cassatierechter dan wel deze op een vereenvoudigde wijze af te doen. Voorts staat artikel 120 Grondwet in de weg aan een toetsing door de rechter van het bepaalde in de artikelen 407 en 426a Rv aan artikel 17 Grondwet.<sup>24</sup>

De Hoge Raad oordeelde conform. Daarna volgden nog de volgende vier andere rechterlijke uitspraken. Op 15 december 2022 stelde de rechtbank Limburg bij de beoordeling van de gevraagde voorziening voorop dat een onbelemmerde toegang tot de rechter tot de grondbeginnselen van de rechtsstaat behoort en is vastgelegd in artikel 17 Grondwet en in artikel 6 EVRM.<sup>25</sup> Op 21 december 2022 volgde de rechtbank Gelderland die stelde dat '[t]oewijzing van een (algemeen geformuleerd) procesverbod [...] strijdig [zou] kunnen zijn met het door artikel 6 EVRM en artikel 17 Grondwet gewaarborgde recht op toegang tot de rechter.'<sup>26</sup> Daarna volgde het Hof Den Haag met de overweging dat '[appellant] [i]n zijn laatste schriftelijke toelichting (...) herhaaldelijk [heeft] aangevoerd dat de fiscale rechtspraak onrechtmatig heeft gehandeld door geen gevolgen te verbinden aan de afspraak en dat hem daardoor de rechtsbescherming is onthouden waarop hij recht heeft op grond van artikel 17 Grondwet.'<sup>27</sup> Tot slot concludeert de rechtbank Overijssel op 21 maart 2023 dat uit een voorliggende raamovereenkomst niet volgt dat partijen verplicht zijn om hun geschil door middel van arbitrage te laten beslechten. 'Zij hebben niet ondubbelzinnig afstand gedaan van hun recht op toegang tot de gewone rechter.', aldus de rechter, die daarbij in een voetnoot verwijst naar artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM.<sup>28</sup> Veel valt hier nog niet uit af te leiden, maar het is bemoedigend dat de rechtspraak artikel 17 Grondwet heeft weten te vinden. Het ligt in de rede dat de rechter het artikel ook zal toepassen in rechtszaken die vallen buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM en buiten het toepassingsgebied van het EU-Handvest. Daarentegen zal de rechter niet snel geneigd zijn – hoewel daar best enige ruimte voor is – om op grond van artikel 17 Grondwet een hoger beschermingsniveau te bieden dan de Europese equivalenten, gelet op de reflexwerking van het toetsingsverbod in artikel 120 Grondwet en de jurisprudentie in dit verband.<sup>29</sup>

24 HR 31 mei 2022, ECLI:NL:PHR:2022:807, gevolgd door HR 21 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1540.

25 Rb. Limburg 15 december 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:10092, r.o. 5.9.

26 Rb. Gelderland (zittingsplaats Zuthphen) 21 december 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:7472, r.o. 4.13.

27 Hof Den Haag, 14 maart 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:661, r.o. 4.2.

28 Rb. Overijssel 21 maart 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1117, r.o. 5.2.2.

29 HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1692 (*post-Berrehab*), NJ 1990/628, m.nt. E.A. Alkema. Zie over deze thematiek o.a. J.H. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechten – hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *TvCR* 2010/3, p. 224-255; P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt, *Realisering van grondrechten* (diss. VU 2018), p. 62-63; M.M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst? Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, (diss. UU 2020), p. 7 en 77.

## 2.5 Artikel 55

Hoe actueel is dit; de getrapte verkiezing van de Eerste Kamer. Afgelopen dinsdag gingen 616 mensen in het Koninkrijk naar de stembus om de nieuwe Eerste Kamer kiezen. Dat waren niet alleen de (572) leden van Provinciale Staten in de twaalf provincies en de leden van de kiescolleges voor Caribisch Nederland (19), maar deze keer ook de (25) leden van het college voor niet-ingezetenen, Nederlanders in het buitenland dus. Dit is mogelijk gemaakt door de herziening van artikel 55 Grondwet en de wet 'kiescollege niet-ingezetenen'.<sup>30</sup> Het briefstemmen vanuit het buitenland bleek nog niet helemaal vlekkeloos te verlopen.<sup>31</sup> 37.000 Nederlanders in het buitenland die zich hadden geregistreerd, leverden 26.000 geldige briefstemmen op. Maar de principetap is gezet.<sup>32</sup>

## 2.6 Artikel 137

*Last but not least:* de herzieningsprocedure van de Grondwet. Die was wel toe aan een likje verf. Of was het toch meer herstel van wat betonrot? Het was natuurlijk niet chic van de fractie van GroenLinks van de Tweede Kamer om eindeloos te wachten met het verder brengen van haar toenmalig voorstel tot wijziging van artikel 120 Grondwet, totdat er eindelijk een Kamermeerderheid zou zijn. Daar was artikel 137 Grondwet met zijn twee lezingen niet voor bedoeld. Maar dat viel niet helder af te leiden uit de tekst van het grondwetartikel. Helderheid over de in artikel 137 bedoelde herzieningsprocedure werd vooral geboden door toelichtende beleidsbrieven van het kabinet. Een motie van Kamerlid Van der Staaij (SGP) (nota bene bij de behandeling van het voorstel voor een algemene bepaling) en een voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State moesten eraan te pas komen om de initiatiefnemers hun voorstel voor herziening van 120 Grondwet te laten intrekken.<sup>33</sup> Een verduidelijking van artikel 137 Grondwet volgde. Deze komt erop neer dat een grondwetsherzieningsvoorstel van rechtswege verval,

30 Wet kiescollege niet-ingezetenen, *Stb.* 2022, 410. Met de inwerkingtreding daarvan, is ook het nieuwe artikel 55 Grondwet in werking getreden. De Eerste Kamer heeft het voorstel op 5 juli 2022 na stemming bij zitten en opstaan aangenomen. Voor: OSF, PvdA, GroenLinks, D66, PvdD, Fractie-Otten, ChristenUnie, CDA, VVD en 50PLUS. Tegen: Fractie-Nanninga, SP, PVV, SGP, FVD en Fractie-Frentop. De Tweede Kamer heeft het voorstel op 1 februari 2022 aangenomen. Voor: GroenLinks, BIJ1, Volt, DENK, PvdA, Fractie Den Haan, D66, ChristenUnie, VVD, Lid Omtzigt, CDA, BBB en Groep Van Haga. Tegen: SGP, SP, PVV, PvdD, FVD en JA21.

31 O. Vermeer 'Stemmen vanuit het buitenland, graag – maar dan wel digitaal: 'Hoe krijgen we een hogere opkomst?', *NRC Handelsblad*, 29 mei 2023.

32 Ter uitvoering van een afspraak hierover in het regeerakkoord van kabinet Rutte III.

33 Zie uitgebreid over deze gang van zaken: P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt (2019), 'Constitutionele toetsing in een weerbare democratische rechtsstaat', *NJB* 2019/94, p. 452-461; H.M.B. Breunese, 'Over een dead parrot en een valbijl', *NJB* 2019/1320, p. 1675-1676.

indien de nieuw gekozen Tweede Kamer niet heeft beslist over het voorstel.<sup>34</sup> Een valbijl dus. Het voorstel is aangenomen met algemene stemmen.<sup>35</sup>

### 3 Zaai-, groei-, en onderhoudsseizoen; twee typen herzieningen

Overzien we nu deze grondwetswijzigingen, dan kunnen we gerust stellen dat we met twee typen van doen hebben, en grijs tinten ertussen. Elk type kent een eigen proces- en inhoud-kant. Het eerste type zou ik klassiek-systematisch willen noemen, het tweede type incrementeel of *ad hoc*. Ik licht beide typen hierna toe. Tot het eerste type behoren de wijzigingen waartoe is geadviseerd door, of die zijn voorbereid in, een brede (staats)commissie die adviseert over ‘grote’ thema’s. Wijzigingen die een sterk politiek-symbolisch karakter en – in dit geval eerder toevallig – ook een normatieve functie hebben: de algemene bepaling, en de artikelen 1, 13 en 17 Grondwet. De herziening van artikel 1 kent haar eigen lange voorgeschiedenis met onder andere de Commissie rechtsgevolgen. De andere drie bepalingen vloeien voort uit het advies van de staatscommissie Thomassen in 2010.<sup>36</sup> Van harte ging het allemaal niet bij dit herzieningstype 1. De herziening van artikel 1 nam, zoals we zagen, 20 jaren in beslag. Die van de andere bepalingen 16 jaren. De Afdeling advisering van de Raad van State was al erg kritisch over de concept-opdracht,<sup>37</sup> de Tweede Kamer eveneens.<sup>38</sup> Het in ontvangst nemende kabinet Rutte I zag geen heil in het advies. Minister Donner van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Minister Opstelten van – toen nog – Veiligheid en Justitie toonden zich geen Thorbecke en Donker Curtius. Anders dan bij de grootse herziening van de Grondwet in 1848, bleef de deur in 2011 stijf dicht. Een zogenaamde technische wijziging van artikel 13 Grondwet was voorlopig de enige opbrengst.<sup>39</sup> Pas door aanhoudende druk vanuit de Eerste Kamer zijn ook de algemene bepaling en het recht op een eerlijk proces er gekomen. Aanjagers daarbij waren de twee Groningse hoogleraren de heer Engels<sup>40</sup> en mevrouw Lokin-Sassen.<sup>41</sup> De Tweede Kamer volgde de Eerste Kamer tamelijk gedwee, met als belangrijkste eigen accent de veranderde volgorde in de algemene bepaling, op naam van Kamerlid de heer Koopmans (VVD).

Hoe anders ging het bij het tweede type wijzigingen, het type incrementeel of *ad hoc*. Daartoe behoren wijzigingen die voortkomen uit een concreet procedureel staatkundig praktijkprobleem, zoals met betrekking tot de genoemde artikelen 55 en 137 Grondwet. Deze wijzigingen hebben een sterk ‘dat-fixen-we-dan-even-netjes’ gehalte. Herzieningstype 1 trekt qua inhoud en proces

34 De op dat moment nog in behandeling zijnde grondwetsvoorstellen worden conform het tegelijkertijd ingevoerde additionele artikel V behandeld volgens het oude artikel 137. In dit additionele artikel is tevens een voorziening getroffen voor het geval het in behandeling zijnde voorstel om de tweede lezing in verenigde vergadering te behandelen zal worden aangenomen.

35 De Eerste Kamer heeft het voorstel op 5 juli 2022 na stemming bij zitten en opstaan met algemene stemmen aangenomen. De Tweede Kamer heeft het voorstel op 5 april 2022 aangenomen. Voor: SP, GroenLinks, Volt, DENK, Fractie Den Haan, PvdA, D66, Lid Omtzigt, ChristenUnie, VVD, SGP, CDA, BBB, JA21, PVV, Groep Van Haga en FVD. Tegen: PvdD, BIJ1 en Lid Gündoğan waren niet aanwezig bij de stemming.

36 *Stcrt.* 2009, nr. 10354 en *Stcrt.* 2010, nr. 14751. Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31570, nr. 8.

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

38 *Handelingen II* 2008/09, 31570, nr. 6 en *Handelingen II* 2008/09, 31570, nr. 9.

39 *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20.

40 Zie o.a. de motie-Engels, *Kamerstukken I* 2011/12, 31570, B.

41 Zie o.a. de motie Lokin-Sassen, *Kamerstukken I* 2011/12, 31570, C.



meer ‘politiek vuur’ dan type herzieningstype 2 en is daarmee minder effectief. Men kan daar verschillende conclusies aan verbinden. Eén daarvan zou kunnen zijn dat het klassieke model (type 1) – dat betrekking had op normatief-inhoudelijke wijzigingen – aan zulke wijzigingen in de weg staat. Maar is dat ook zo? Dat hangt ook af van de inhoud van gehanteerde wijzigingscriteria; zijn die gericht op codificatie of modificatie? De keuze daartussen is beperkt, want die hangt nauw samen met de aard, functie en bestaande inhoud van de Grondwet.<sup>42</sup> Misschien kan een nieuw herzieningsbeleid hier een handje helpen.

#### 4 Winterslaap: herzieningsbeleid en herzieningscriteria

Hoe ging dat voorheen? De herziening van 1848 kwam voort uit een gevoel van noodzaak tot ordening en het voorkomen van revolutie, hoewel enig revolutionair elan om de ordening te bereiken Thorbecke niet vreemd was.<sup>43</sup> Modificatie was het motto. Wijzigingstypen 1 en 2 vielen grotendeels samen. De algehele herziening van 1983 vloeide mede voort uit de nota grondwets-herzieningsbeleid uit 1974<sup>44</sup> en het advies van de staatscommissie Cals-Donner. Ook hier vielen de trajecten van typen 1 en 2 veelal samen.<sup>45</sup> Van een herzieningsbeleid is het daarna niet meer gekomen. Van commissies des te meer: Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk,<sup>46</sup> Nationale Conventie,<sup>47</sup> Burgerforum Kiesstelsel, de genoemde staatscommissie Grondwet, plots aangekondigd in coalitieakkoord Balkenende IV,<sup>48</sup> en de staatscommissie parlementair stelsel.<sup>49</sup> Deze klassieke typen-1 wilden niet of moeizaam slagen en indien er gevolg aan werd gegeven, dan slechts vertraagd en (zeer) gedeeltelijk.

Het kabinet Rutte I was destijds afhoudend wat betreft de aanbevelingen van de staatscommissie Grondwet vanuit een visie op de aard, betekenis en functie van de Grondwet. Het hanteerde daarbij als criteria om al dan niet tot een wijziging te komen: maatschappelijke

42 Vgl. *Kamerstukken II 2011/12*, 31570, nr. 20; K. van Leeuwen, M. van Faassen & M. Scherer, *Over de Grondwet gesproken. Een selectie uit de documenten van staatscommissies voor grondwetsherziening 1883-1983*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 2020, p. 21-24.

43 Vgl. R. Aerts, *Thorbecke wil het. Biografie van een staatsman*, Amsterdam: Prometheus 2018, p. 325-331.

44 *Kamerstukken II 1973/74*, 12944, nr. 2, p. 2.

45 Opvallend is dat *denerlandsegrondwet.nl* de herziening van 1983 slechts een ‘redactionele’ noemt.

46 Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (Commissie Franken), 2000; *Kamerstukken II 2000/01*, 27460, nr. 1.

47 Nationale Conventie, *Hart voor de Publieke Zaak*, Den Haag 2006.

48 Coalitieakkoord *Samen werken, samen leven. Beleidsprogramma Kabinet Balkenende IV 2007-2011*, p. 37: ‘Ten aanzien van de Grondwet, waarvan de laatste algehele herziening 25 jaar geleden van kracht is geworden, wordt door een staatscommissie advies uitgebracht over onder meer (niet limitatief) de voor- en nadelen van een preambule, de toegankelijkheid voor burgers, en de verhouding tussen de opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten, zoals het recht op eerlijke procesgang (fair trial) en het recht op leven.’

49 *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans. Eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel*, Amsterdam: Boom 2018; zie voor de Kamerstukken met betrekking tot het beleidsdossier van deze staatscommissie: nummer 34430. Het reagerende kabinet Rutte III parkeerde veel zaken en was kritisch. Ook overwegend kritisch, o.a.: R.J.B. Schutgens & J.J. Sillen, ‘Lage drempels. Democratie en rechtsstaat in balans. Een bespreking van de belangrijkste aanbevelingen uit het rapport van de Staatscommissie parlementair stelsel’, *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2019/3, p. 118-131.

noodzaak en constitutionele rijpheid.<sup>50</sup> Criteria, die neigen naar een Grondwet die codificeert en minder modificeert, maar in elk geval handvatten biedt voor verdere uitwerking door de wetgever en in het politiek debat. De ratio achter deze criteria is onder andere de verzwaarde herzieningsprocedure die veel tijd en energie kost. Het is verstandig je dan drie keer achter de oren te krabben voordat je daartoe overgaat. Kabinet,<sup>51</sup> regering en Raad van State<sup>52</sup> hebben nadien herhaaldelijk aandacht hiervoor gevraagd. De Afdeling advisering meest recent nog in haar advies over het (nieuwe) initiatiefwetsvoorstel bindend correctief referendum van Kamerlid Leijten.<sup>53</sup>

Tegen deze achtergrond zijn er interessante voorbeelden van hybride wijzigingstypen, zoals een type 2 (*ad hoc*) dat enigszins gebruik maakt van de ‘zwarte’ proceskant van type 1 (klassiek): de instelling van de commissie-Engels, die tot taak heeft te adviseren over een verduidelijking of vernieuwing van artikel 57 Grondwet.<sup>54</sup> Weer anders is de hybridevariant van het initiatiefvoorstel van Kamerlid Stoffer (SGP) om het recht op gezinsleven op te nemen als nieuw artikel 10a in de Grondwet;<sup>55</sup> normatief inhoudelijk, en *zonder* commissie. Weliswaar is dit recht ook onderwerp van aandacht geweest van de staatscommissie Grondwet (Thomassen), maar slechts de helft van het aantal leden pleitte voor een verandering van dit recht,<sup>56</sup> waarna er geen gevolg meer aan is gegeven. Deze variant geldt ook wel voor andere initiatiefvoorstellen, zoals dat tot herziening van artikel 23 Grondwet;<sup>57</sup> normatief inhoudelijk, zonder commissie.

Wat betreft het vervolg op een type 1 staatscommissie (de staatscommissie parlementair stelsel) kan worden gedacht aan het voorstel voor een terugzendrecht voor de Eerste Kamer<sup>58</sup> en – hoewel uniek in zijn soort<sup>59</sup> – de nieuwe poging – nu van regeringszijde – om artikel 120 Grondwet te wijzigen, zodat rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet (deels) mogelijk

50 Daarbij verwijzend naar overeenkomende aanduidingen in o.a. Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, p. 46–50 en de kabinetsreactie daarop; kabinetsreactie op het advies van de Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden artikel 1 Grondwet, *Kamerstukken II* 2005/06, 29355, nr. 7; *Kamerstukken II* 1997/98, 25455, nr. 5, p. 2; (impliciet) *Kamerstukken II* 2003/04, 29614, nr. 2.

51 *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 3; *Kamerstukken I* 2014/15, 31570 L.

52 Zoals in haar advies over de opdrachtverlening van de staatscommissie Grondwet (Thomassen) als in zijn advies bij het grondwetsvoorstel tot opnemning van de EU in de Grondwet, *Kamerstukken II* 2019/20, 35202 (R2126), nr. 4, p. 4.

53 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 21 september 2022, W01.00.0122: ‘(...). Daarbij onderkent de Raad enerzijds dat de betekenis van deze criteria relatief is; zij zijn niet juridisch dwingend en zijn in het verleden niet altijd op dezelfde wijze toegepast. Anderzijds acht de Raad dergelijke criteria wel behulpzaam voor de beantwoording van de vraag of grondwetswijziging wenselijk is,’ en ik zou zeggen: ook noodzakelijk; *Kamerstukken II* 2022/23, 36160, nr. 4.

54 Naar aanleiding van een debat in de Tweede Kamer over de uitleg van dat artikel naar aanleiding van de benoeming van drie Tweede Kamerleden tot Staatssecretaris in het demissionaire kabinet. Dat debat vond plaats op 8 september 2021, *Handelingen II* 2020/21, nr. 104, item 7. Zie verder: Regeling instelling adviescollege inzake de werking van artikel 57 van de Grondwet, *Stcrt.* 2023, 11212.

55 Het wijzigingsvoorstel moet nog worden ingediend bij de Tweede Kamer. Op 1 juni 2023 is de internetconsultatie gestart, deze loopt t/m 11 juli 2023. Zie internetconsultatie.nl.

56 Rapport Staatscommissie Grondwet, Den Haag, 2010.

57 *Kamerstukken II* 2021/22, 35924, nrs.1-3.

58 *Kamerstukken II* 2022/23, 36374, nrs.1-4.

59 Uniek, reeds vanwege de discussie hierover vanaf 1844 en de verwikkelingen rondom het ingetrokken voorstel Halsema. Volgens het coalitieakkoord Rutte IV wordt de uitwerking van constitutionele toetsing ‘ter hand’ genomen, ‘in lijn met het advies van de staatscommissie parlementair stelsel’, waarbij wordt gekeken ‘welke vorm het beste aansluit bij het Nederlandse rechtssysteem’, Coalitieakkoord ‘Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst’, p. 6. Ook de staatscommissie Grondwet deed echter al een aanbeveling tot wijziging van artikel 120 Grondwet.

wordt.<sup>60</sup> Daarbij is onder andere de vraag of in dat kader ook de beperkingssystematiek van de grondrechten wijziging behoeft door meer materiële beperkingscriteria op te nemen. Mij dunkt van niet. Wel kan een dergelijke wijziging iets meer handvat bieden voor de rechtstoepassing en (daarmee) een sterkere rechtsontwikkeling met zich brengen. Dat is een kwestie van gradatie wat betreft het gevolg, maar geen voorwaarde om te komen tot een meerwaarde van de herziening van artikel 120 Grondwet. Het kabinet neemt het vraagstuk (alsnog) mee in de verdere voorbereiding van het voorstel, ter uitvoering van een motie-Omtzigt.<sup>61</sup>

Kortom, de Grondwet verdient een gedifferentieerd herzieningsbeleid, dat uitgaat van wijzigingen volgens een klassiek-systematische aanpak, een incrementele of *ad hoc* aanpak of een hybride aanpak. Mede doorslaggevend voor het type aanpak kunnen zijn de aard van de aanleiding voor een grondwetsherziening en de al dan niet normatieve aard van de inhoud van een dergelijke herziening.

## 5 Tot slot

Het slotstuk van het grondwetsherzieningspakket is voorlopig afgerond in 2023. Een bijzonder jaar: 40 jaar nadat de Grondwet algeheel werd herzien, 175 jaar nadat de herziening van 1848 het licht zag en het fundament legde voor de parlementaire democratie en het bestuurlijke stelsel in Nederland en nieuwe grondrechten introduceerde. We zagen al, de Grondwet is geen rustig bezit, en niet alleen omdat de staatsrechtbeoefenaren er maar druk mee zijn. Enerzijds laat de Grondwet zijn bestaan en functie actief in herinnering roepen in actuele maatschappelijke en politieke kwesties. Van toeslagenaffaire, coronawetgeving, demonstraties en klimaatcrisis tot pensioenwetgeving en verkiezingen. Anderzijds leiden dergelijke kwesties soms tot de vraag of de Grondwet aanpassing behoeft. En gaat de Grondwet dan meebewegen of niet? Voor de beantwoording van die vraag is er al snel behoefte aan heldere grondwettelijke uitgangspunten over aard en functie van de Grondwet, mede in het licht van het karakter ervan. Die uitgangspunten zijn tamelijk robuust gebleken in de Nederlandse context, maar blijken niet onveranderbaar. Een nieuw grondwetsherzieningsbeleid, waarbij rekening wordt gehouden met verschillende typen herzieningen, kan daar verder uitwerking en invulling aan geven. Daarvoor kan het ook nodig en behulpzaam zijn indien zoveel mogelijk Nederlanders bekend zijn met de Grondwet en het gesprek daarover gevoerd blijft worden. De Week van de Rechtsstaat is daarvoor een mooi middel,<sup>62</sup> evenals de bundel van vandaag. Ik zie er naar uit wat er in rechtswetenschap en rechtspraktijk verder gebeurt met de grondwetherzieningen, maar vooral ook wanneer Kamerleden of procespartijen elkaar ‘om de oren gaan slaan’ met dit boek. Dank voor uw aandacht.

60 Zie Brief van 1 juli 2022 van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de minister voor Rechtsbescherming, mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid, *Kamerstukken II* 2021/22, 35925-VII, nr. 169. Zie ook de initiatiefnota van het lid Omtzigt, *Kamerstukken II* 2022/23, 36344, nr. 2.

61 *Kamerstukken II* 2022/23, 36200 VII, nr. 165. De motie is aangenomen met 90 stemmen voor (tegen: VVD, PVV, FvD, SGP).

62 ‘Week van de Rechtsstaat, rechtenoverheid.nl.