

# DE NEDERLANDSE GRONDWET EN HET LIDMAATSCHAP VAN DE EUROPESE UNIE

## Is het mooi geweest?

Henri de Waele \*

**Samenvatting** | Al meer dan 70 jaar is Nederland aangesloten bij wat inmiddels de Europese Unie heet. Het lidmaatschap van de EU is echter nimmer verankerd in de nationale grondwet. Na een korte reflectie op deze stand van zaken plaatst dit mini-essay het document in een ruimer perspectief, en wijst het vervolgens op het steeds relatievere belang van onze toch wel erg sobere constitutie. De uiteenzetting mondt uit in de these dat er potentieel een plaatsvervangende hoofdrol zou kunnen worden toebedeeld aan de inter- en supranationale grondrechtenbescherming.

**Trefwoorden** | [Grondwet], [grondrechten], [Europese Unie], [EU-lidmaatschap], [Nexit], [EVRM]

**DOI** | 10.54195/NTM.18632

## 1 Inleiding

Zoals bekend is Nederland één van de leden van het eerste uur van wat tegenwoordig de Europese Unie (EU) heet: reeds van de partij in 1952, bij de oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS), en sindsdien trouw in de pas blijven lopen. Al enkele jaren eerder besloot het land toe te treden tot de Raad van Europa, om in 1951 *con amore* het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) te omarmen.<sup>1</sup>

Inmiddels zijn we dik zeventig jaar verder, wat de vraag kan oproepen: is het mooi geweest? Letterlijk genomen moet het antwoord bevestigend luiden – althans, vanuit het perspectief van de burger: de rechtsbescherming tegen de overheid is er immers met sprongen op vooruit gegaan. In de loop der tijd hebben mensenrechten een vaste plaats gekregen in zowel de juridische procesvoering als het algemene publieke en politieke discours. Fraai was het dus zeker. Meer figuurlijk echter kan de vraag ook anders worden geïnterpreteerd: hoeveel waarde en belang moeten we eigenlijk nog aan onze Nederlandse Grondwet hechten, juist in het licht van de supranationale ontwikkelingen? Bij wijze van speelse provocatie zou men hierop kunnen antwoorden: steeds minder. Eventueel valt daaruit de conclusie te trekken dat we het op den duur wellicht ook wel zónder zullen redden. Dit essay werkt die stellige redenering nader uit, vooral bij wijze van gedachtenexperiment – niet zozeer om op een bepaalde uitkomst aan te sturen.

■ Prof. mr. H.C.F.J.A. de Waele is hoogleraar Internationaal en Europees recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en gastprofessor EU-recht aan de Universiteit Antwerpen.

1 *Trb.* 1951, 154.

## 2 De Grondwet en het EU-lidmaatschap

We vangen aan met een kleine omtrekkende beweging. De afgelopen decennia is meermaals gesuggereerd het lidmaatschap van de EU in de Nederlandse Grondwet op te nemen. Een flink aantal andere lidstaten ging ons daarbij voor.<sup>2</sup> De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid evenals diverse staatscommissies toonden zich voorstander van een dergelijke manoeuvre, talrijke auteurs betuigden hun adhesie, en meerdere Kamerleden hebben er moedige pogingen toe ondernomen.<sup>3</sup> Als voorlopig sluitstuk valt te wijzen op het initiatief van Kees Verhoeven en Rob Jetten om te komen tot een constitutionele inbedding, waar op 25 februari 2021 geen meerderheid voor bleek te bestaan in de Tweede Kamer.<sup>4</sup> De argumenten pro en contra zijn door de jaren heen tot vervelens toe uitgewisseld, met uiteindelijk nul op het rekest. Het pad is onderhand dermate platgetreden dat het niet heel zinvol lijkt het nogmaals te willen bewandelen.

Het zij desondanks opgemerkt dat opname van een Europaclausule in de ogen van de huidige auteur een zinvolle exercitie blijft – eenvoudigweg om recht te doen aan de situatie waar Nederland zich als langjarig EU-lid in bevindt, tevens als effectieve veiligheidsklep tegen toekomstige 'Nexit'-fantasieën. De gevolgen van een onverhoeds vertrek zouden in rechtsstatelijk, maar ook economisch en monetair opzicht, catastrofaal uitpakken.<sup>5</sup> Deze persoonlijke zienswijze laat onverlet dat het onwaarschijnlijk is dat de gewenste grondwetswijziging er zelfs op de middellange termijn nog van zal gaan komen.

## 3 De Grondwet in ruimer perspectief

Na deze omtrekkende beweging, en voordat we terugkeren op het hoofdspoor, is het nuttig een klein stapje achteruit te zetten, en een blik te werpen op de positie van de Nederlandse constitutie binnen het totale raamwerk. De oorspronkelijke EGKS was supranationaal ingericht, en de opvolgende organisaties bleven dicht bij die opzet. Anno nu is het populair, maar ook erg modieus, om het geheel als een 'multi-level'-, meerlagige of composietstructuur aan te duiden.<sup>6</sup> Zo bezien vormt ons eigen basisdocument maar een klein onderdeel van een overkoepe-

2 Volgens de analyse van M. Hillebrandt, M. den Heijer & C.A. Groenendijk, 'Erken het gewicht van de EU en de grondwet', *Tijdschrift voor Constitutioneel recht* 2021, p. 143, betreft het België, Bulgarije, Cyprus, Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, Italië, Kroatië, Litouwen, Malta, Oostenrijk, Portugal, Roemenië, Slowakije, Spanje en Zweden.

3 Zie o.m. *Kamerstukken I 2000/01*, 26200-VI, 65, nr. 37a; L.F.M. Besselink e.a., *De Nederlandse grondwet en de Europese Unie*, Groningen: Europa Law Publishing 2002; Nationale Conventie, *Hart voor de publieke zaak*, eindrapport 2006, p. 44; Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Europa in Nederland*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 140; W. Thomassen e.a., *Rapport Staatscommissie Grondwet*, bijlage bij *Kamerstukken II 2010/11*, 31570, nr. 17, p. 10.

4 *Kamerstukken II 2018/19*, 35202 (R2126), nr. 3 e.v.

5 Zie nader H. de Waele, 'Nexit. Uittreding uit de Europese Unie en de gevolgen voor de rechtsstaat in Nederland', in: R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 113-130.

6 Zie bijv. G. Marks, L. Hooghe & K. Blank, 'European Integration and the State: Multi-level vs. State Centric Governance', *Journal of Common Market Studies* 1996, p. 341-378; P. Popelier e.a. (red.), *Lawmaking in Multi-level Settings*, Oxford/Baden-Baden: Hart/Nomos 2019; L.F.M. Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie*, Groningen:

lende ordening: ooit een essentieel startpunt, inmiddels in een veel ruimer perspectief te plaatsen.<sup>7</sup>

Nochtans moeten we onze Grondwet het respect betuigen dat haar toekomst: ook al verschrompelde haar soortelijk gewicht, haar leeftijd mag er zijn. Het gaat om één van de oudste documenten ter wereld in dit genre, waarvan de wortels zich terug in de tijd uitstrekken tot aan de Bataafse Staatsregeling van 1798. Die akte vormde een eerste adequate poging om een 'nationaal wij-gevoel' te scheppen, zoals past in een gebruikelijk patroon van constitutionalisering.<sup>8</sup>

De Grondwet van vandaag blijft alleszins een vrij sober geval, met 142 artikelen van gemiddelde lengte. Daar kan men zijn onvrede over uiten, of zich juist bijzonder tevreden over tonen. Het achterliggende idee lijkt te zijn om zo weinig mogelijk van het staatsbestel vast te timmeren.<sup>9</sup> Dat leidt tot allerlei lacunes die minstens voor praktische problemen kunnen zorgen. Heel wezenlijke concepten voor een functionerende democratie, zoals politieke partijen of Kamerfracties, worden niet genoemd. Zeer merkwaardig is dan inderdaad toch dat heden ten dage iedere verwijzing naar de Europese Unie ontbreekt. Daarnaast treffen we er inhoudsloze bepalingen in aan, die al langere tijd voor schrapping in aanmerking komen.<sup>10</sup>

Wat betreft de grondrechten die we beschermingswaardig achten, mag verbazen hoe recent pas de aanspraken op een eerlijk proces en toegang tot de rechter werden verankerd.<sup>11</sup> Het cruciale sociaaleconomische recht op staking is in Nederland nog altijd niet bij wet geregeld, en in 1986 door de Hoge Raad erkend, met referentie aan artikel 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest.<sup>12</sup> Menig Duitser zou met ontzetting kennisnemen van de afwezigheid van het recht op menselijke waardigheid.<sup>13</sup> Mede als gevolg van deze schraalheid speelt in de rechtspraak volgens ervaringsdeskundigen de Grondwet niet of nauwelijks een rol; het toetsingsverbod van artikel 120 draagt daar het zijne aan bij. Vanuit dit oogpunt had de tekst dus gerust nóg korter kunnen zijn: al sinds jaar en dag neemt de burger zijn toevlucht tot de remedies die de diverse verdragen hem aanreiken.

#### 4 De Grondwet gerelativeerd

In Nederland zet kortom het internationale en Europese recht de toon, zowel vanwege de tekortschietende kwantiteit en kwaliteit van de bepalingen in de eigen Grondwet, als de rijkdom

Europa Law Publishing 2007. Voor een prikkelende kritiek, zie C.E. Smith, 'Meergelaagdheid van rechtsordes: oude wijn in nieuwe zakken?', *Ars Aequi* 2011, p. 753-757.

7 Waarbij evenmin het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden uit het oog moet worden verloren; vgl. K. Haex & D. de Vries, 'Het vergeten Koninkrijk', *Ars Aequi* 2023, p. 915.

8 W. Voermans, *Het verhaal van de grondwet – zoeken naar wij*, Amsterdam: Prometheus 2019.

9 W. Voermans, *Onze constitutie*, Amsterdam: Prometheus 2023.

10 In deze zin over art. 113 lid 1 Gw: J.J.J. Sillen, 'De constitutionele positie van de strafrechter', *Ars Aequi* 2023, p. 244-245.

11 Art. 17 Gw, als gevolg van de Wet van 6 juli 2022, houdende verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces, *Stb.* 2022, 331.

12 HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, NJ 1986/866 (*Spoorwegstaking*).

13 Vgl. art. 1 lid 1 van de *Grundgesetz*: 'Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt'. Hierover J.P. Loof, 'Human Dignity in The Netherlands', in: P. Becchi & K. Mathis (red.), *Handbook of Human Dignity in Europe*, Berlijn/Heidelberg: Springer 2017, p. 1-24.

van wat er elders te vinden blijkt. In toenemende mate komt hierbij het EU-Handvest in beeld.<sup>14</sup> De aandacht voor het supranationale laat op meerdere vlakken te wensen over. Er wordt bijvoorbeeld ellenlang gesoebat over een wet die de informatiepositie van het parlement verbetert. Van een consistente stellingname in Brussel is, gedurende de looptijd van de afgelopen kabinetten, geen sprake. Waar het aankomt om de uitvoering en handhaving van de betreffende regels wemelt het van de gebreken.<sup>15</sup>

Zeer opmerkelijk is voorts hoe de receptie van het EU-recht hier te lande überhaupt plaatsvindt. In de opvatting van de Hoge Raad, en volgens de *communis opinio* onder staatsrechtgeleerden, zijn hiervoor de artikelen 93 en 94 van de Grondwet niet van belang.<sup>16</sup> Zuiver en alleen vanwege zijn bijzondere karakter werkt het door in de nationale rechtsorde, en heeft het voorrang op afwijkende bepalingen van ‘eigen kweek’, in lijn met de beroemde uitspraken van het Europees Hof van Justitie in de zaken *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*.<sup>17</sup> Deze soepele, om niet te zeggen nonchalante houding, maakt dat politieke of wetenschappelijke discussies over de opname van een specifieke bepaling een sterk symbolisch, en minder pertinent karakter krijgen. Het principieel monistische uitgangspunt brengt te onzent met zich dat een expliciete vermelding van de bovenstatelijke normen geen intrinsieke meerwaarde meer bezit. Dat Nederland lid is van de EU geldt kennelijk als een *fait accompli*, met alle consequenties van dien – zonder dat het erg opportuun wordt geacht hierop nog een aparte filter of doorsluistechiek toe te passen. De deur staat daarmee tevens open voor internationale mensenrechtenverdragen om de nationale evenknieën als het ware ‘uit de wedstrijd te drukken’.

## 5 Afscheid van de grondwet?

Het voorgaande – en daarmee komen we aan bij het *pièce de resistance* van dit essay – kan aanleiding geven tot scepsis over nut en noodzaak van het hebben van een grondwet anno nu. Vanuit het idee van de *Stufenbau* lijkt er op het eerste gezicht geen alternatief te zijn: je moet ergens beginnen.<sup>18</sup> Het Verenigd Koninkrijk toont echter dat het ook anders kan, met een verzameling constituerende documenten en ongeschreven regels die tezamen het officiële fundament vormen. In Nederland reiken internationale verdragen in aanzienlijke mate een algemeen kader aan. Het land bevindt zich sinds zeventig jaar in een nog ander, dwingender korset. De springende kwestie is daarmee misschien niet zozeer ‘de EU in de grondwet’, maar eerder ‘de EU in plaats van de grondwet’. Op het nationale vlak was er altijd al betrekkelijk weinig

14 Zie bijv. T. Barkhuysen & M. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023; J.H. Gerards, H. de Waele & K.M. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest – Doorwerking, consequenties, perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015; H. de Waele, J. Krommendijk & K.M. Zwaan (red.), *Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland – Een impact assessment*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, of de bijdragen aan de ‘NTM-mini-special tien jaar EU-grondrechtenhandvest’, *NTM-NJCM-Bulletin* 2020, p. 73-103.

15 Over dat laatste bijv. het uitgebreide rapport van de Algemene Rekenkamer, *EU-recht in de praktijk*, juni 2023.

16 HR 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1797, NJ 2005/80 m.nt. E.A. Alkema (*Rusttijden*); D. Elzinga, R. de Lange & H.R. Hoogers, *Handboek van het Nederlands staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2006, p. 720; M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 366; P.P.T. Bovend'Eert, C.N.J. Kortmann & J.L.W. Broeksteeg, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 129.

17 HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62 (*NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Nederlandse administratie der belastingen*); HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64 (*Costa/ENEL*).

18 Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck 1960.

te halen. Dat pakt des te schrijnender uit nu er op een hoger niveau een fantastisch *mer-à-boire* als het Grondrechtenhandvest is te vinden. Hoog tijd derhalve om het oude juk af te schudden.

Voor de vuist kan men de voorgaande suggestie als absurd afdoen. Tegelijk valt de ontwikkeling niet te loochenen dat in Europa het normatieve gezag van grondwetten terugloopt, net in de hierboven geschetste context van alsmaar complexere meergelaagde structuren. Aldus is het Unierecht tegenwoordig bij machte om voor overheidsoptreden in de lidstaten een zelfstandige bevoegdheidsgrondslag te scheppen: waar volgens sommigen een dubbele legitimiteit wenselijk blijft, kan een verordening volstaan, zonder de tussenschakel van een nationale wet.<sup>19</sup> Door de tijd ondergingen bovendien nationale wetten herhaaldelijk een inhoudelijke bijstelling onder invloed van de Europese en internationale normen – ondanks befaamde beginselen als subsidiariteit, of de bezweringsformule van de *margin of appreciation*.

Verbazingwekkend is het al met al niet dat de hier zichtbare basisdynamiek zich conformeert aan de bekende maxime *lex superior derogat legi inferiori* – de lagere normen delven steeds meer het onderspit.<sup>20</sup> Aanhangers van het pluralisme zouden weliswaar betogen dat er sowieso geen sprake is van een hiërarchische verhouding tussen de verschillende lagen. Aan de andere kant kunnen zij, gelet op de courante claims van bovenaf (zie artikel 46 EVRM of *Costa/ENEL*), toch moeilijk van een principiële superioriteit van het nationale recht uitgaan.<sup>21</sup>

Zodoende is het geen totaal wereldvreemde gedachte om de officiële grondwet helemaal te laten uitdoven, ten faveure van het overkoepelende bestel: netto maakt het voor de meeste grondrechten toch geen verschil. Het overige dat is bepaald ten aanzien van onder meer de inrichting van de staat en het regeringsstelsel valt voldoende te regelen per organieke wet, ondergeschikt aan de Europese verdragen.

Eerlijk is eerlijk, er blijft zo natuurlijk wel degelijk sprake van een *materiële* constitutie – maar aan een *formeel* equivalent bestaat dan alleszins geen behoefte meer. Een bijkomend pluspunt is dat er niet eindeloos veel tijd en energie aan wijzigingsprocedures hoeft te worden besteed wanneer men een nieuwe bepaling zou willen invoegen over – om maar wat te noemen – een individueel recht op een schoon leefmilieu.<sup>22</sup>

## 6 Slot

De moraal van dit verhaal is dat het niet zo'n heel grote stap is van een sobere en tekortschiende grondwet naar een volledig afscheid van dat document – hetgeen een integrale onderwerping aan het hogere niveau met zich mee zou brengen (met als ultieme consequentie mogelijk zelfs

19 Hierover bijv. S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 25-29.

20 Incidenteel verzet daargelaten, waardoor er soms wijzigingen optreden aan de top van de piramide: in die zin althans is wel geduid de uitsluiting van de rechtsmacht van het Hof van Justitie van de EU ten aanzien van het Gemeenschappelijk Buitenlands- en Veiligheidsbeleid, bij de sluiting van het Verdrag van Maastricht in 1992, zodat de lidstatelijke soevereiniteit op dit vlak meer intact zou blijven. Hierover bijv. R. Dehousse, *The European Court of Justice*, Basingstoke: Macmillan 1998, p. 164.

21 Zie bijv. M. Avbelj & J. Komárek (red.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford: Hart Publishing 2012.

22 Omgekeerd zal er voor maximale veiligheid wel nood zijn aan een speciale wettelijke regeling die een duurzame binding aan de EU en de Raad van Europa verzekert, die niet met een gewone maar enkel via een verzwaarde meerderheid in de Staten-Generaal is ongedaan te maken.

overdracht van de *pouvoir constituant*). De huidige kaalheid en een eventuele verdere uitkleding hoeven niet problematisch te zijn in het licht van de riant stoffering van de laag daarboven.<sup>23</sup> Denkelijk zet de manoeuvre de deur nog wat directer open voor internationale verdragen, Unie-acquis, en EVRM. Gelet op de hypermoderne inhoud van het EU-Grondrechtenhandvest, met zijn verfijnde mix aan klassieke, sociaaleconomische en collectieve rechten, komt de gemiddelde burger daar zelfs wel heel uitgebreid aan zijn trekken.<sup>24</sup> We kunnen ons per slot van rekening dan alle moeite besparen om te proberen het bestaande document verder aan te kleden – met alle politieke contestatie die daarmee gepaard gaat, inclusief slepende discussies over al dan niet gespreide toetsing, of de invoering van een Constitutioneel Hof.<sup>25</sup>

Als gezegd betreft dit alles slechts een gedachtenexperiment, dat niet op een bepaalde uitkomst bedoelt aan te sturen. De gevolgde redenering noopt wel tot een erkenning van het gegeven dat onze zogenaamde collectie *Grundnormen*, waar momenteel opmerkelijk laconiek mee wordt omgesprongen, geen daadwerkelijk primaat meer toekomt. Zij vervullen nog slechts een subsidiaire rol, ingebed als ze zijn in de federale constructie van het EU-lidmaatschap.

23 Zolang Nederland zelf partij blijft bij het EVRM levert het overigens geen problemen op dat de EU dat momenteel niet is.

24 Art. 51 Grondrechtenhandvest werpt dan uiteraard wel een obstakel op, door de lidstaten enkel tot naleving te verplichten wanneer zij het EU-recht uitvoeren. Ter remediëring dient de Oostenrijkse route van vrijwillige adoptie zich aan; zie daarover o.a. G. Kristoferich, 'The Charter of Fundamental Rights of the European Union to be treated like Constitutional Law', *Vienna Journal on International Constitutional Law* 2013, p. 88-92.

25 Dat deze brede maatschappelijke discussie nog maar op het punt van beginnen staat, suggereren bijv. het quasi-verkiezingsprogramma van P. Omtzigt, *Een nieuw sociaal contract*, Amsterdam: Prometheus 2021, en een opiniestuk als dat van J. van de Beeten, 'De invoering van constitutionele toetsing als symboolpolitiek', *De Groene Amsterdammer* 15 februari 2023.