

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/92976>

Please be advised that this information was generated on 2017-05-16 and may be subject to change.

Een doos van Pandora

Over het voorstel een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen

J.J.J. SILLEN*

1. Inleiding

Het rapport van de Staatscommissie Grondwet is een zakelijk en terughoudend rapport.¹ Al in de opmaat ervan maakt de commissie duidelijk dat hemelbestormende voorstellen van haar niet hoeven te worden verwacht. Zij schrijft 'geen aanleiding [te zien] voor grootscheepse aanpassing en aanscherping van de constitutionele regels die aan de democratische rechtsstaat uitdrukking geven.'² De aanbevelingen die zij doet, presenteert zij als relatief kleine grondwetswijzigingen die vaak reeds lang aanvaarde regels van constitutioneel recht codificeren. Bovendien beperkt de commissie zich tot voorstellen die volgens haar noodzakelijk zijn om de 'de normativiteit van de Grondwet' te versterken.

Sommige aanbevelingen van de commissie kan ik echter moeilijk rijmen met deze, zelf opgelegde, zakelijke en terughoudende benadering. Ten eerste is dat haar voorstel tot 'heroverweging' van het toetsingsverbod,³ waarvan de gevolgen voor de verhouding tussen wetgever en rechter volgens mij groter zijn dan de commissie suggereert.⁴ Ik laat die aanbeveling echter rusten, en concentreer mij op de tweede aanbeveling die volgens mij op gespannen voet staat met de eigen uitgangspunten van de Staatscommissie, namelijk het voorstel om een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen.

2. Versterking van de normativiteit van de Grondwet

De Staatscommissie plaatst haar aanbeveling om een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen in de sleutel van het versterken van de normativiteit van de Grondwet. Het is niet eenvoudig de betekenis van deze doelstelling te achterhalen.

Op p. 26 van het rapport stelt de commissie de normativiteit van de Grondwet gelijk met haar rechtskracht. Zou de Staatscommissie zich tot die betekenis beperken, dan zouden er slechts weinig aanbevelingen

* Mr. drs. J.J.J. Sillen is universitair docent Staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

¹ Het rapport is te vinden als *Kamerstukken II 2010/11*, 31 570, nr. 17, bijlage.

² *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 27.

³ *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 47.

⁴ J.J.J. Sillen, 'Tegen het toetsingsrecht', *NJB 2010*, p. 2742-2748.

mogelijk zijn. De rechtskracht van de Grondwet – dat wil zeggen: haar geldigheid in rechte – kan volgens mij alleen toenemen door een (nogal symbolische) wijziging van art. 94 Gw. waardoor een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties niet langer de toepassing van de Grondwet opzij kunnen zetten. Al op dezelfde pagina breidt de commissie (daarom) stukje bij beetje de betekenis van de uitdrukking ‘versterking van de normativiteit van de Grondwet’ uit. Daaronder valt nu ook het toegankelijker maken van de Grondwet voor burgers door ‘kenmerkende elementen van het constitutionele recht in één (goed leesbaar) document’ te codificeren. Versterking van de normativiteit van de Grondwet moet ervoor zorgen dat de Grondwet ‘daadwerkelijk als fundamenteel toetsingskader’ gaat fungeren voor bestuur, wetgever en rechter. Wijziging van art. 120 Gw. kan daarbij volgens de Staatscommissie een belangrijke rol spelen. Fungeert de Grondwet eenmaal als fundamenteel toetsingskader, dan zal zij (daardoor) ook in het publieke debat een belangrijkere rol spelen, zo verwacht de commissie. Het gezag van, en het vertrouwen in, de overheid wordt daardoor versterkt, omdat de burger dan ziet dat ‘de overheid aan de fundamentele regels van de democratische rechtsstaat is gebonden’.⁵ Versterkt de voorgestelde algemene bepaling nu deze normatieve kracht van de Grondwet? Dat wil zeggen: maakt de algemene bepaling de Grondwet toegankelijker voor burgers en leidt zij ertoe dat de Grondwet als fundamenteel toetsingskader gaat fungeren waardoor het vertrouwen in en het gezag van de overheid toeneemt? Voordat ik aan de beantwoording van die vraag toekom (paragraaf 5), bespreek ik wat volgens de Staatscommissie de juridische betekenis is van de algemene bepaling en ga ik na of zij – zoals de commissie suggereert⁶ – inderdaad een codificatie is van reeds lang bestaande constitutionele beginselen (paragraaf 3 en 4).

3. De betekenis van de algemene bepaling

De algemene bepaling die de Staatscommissie voorstelt, luidt:

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.⁷



⁵ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 26.

⁶ Vgl. Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 31.

⁷ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 40.

Het voorstel wordt gevolgd door een korte en bondige toelichting, maar ook op enkele andere plaatsen in haar rapport gaat de commissie in op (termen uit) de bepaling. Hoe legt de commissie die bepaling uit?

Het eerste lid van het artikel bepaalt dat Nederland een democratische rechtsstaat is, en dat ook hoort te zijn.⁸

Volgens de commissie omvat de term ‘democratische rechtsstaat’ een aantal fundamentele beginselen. Zij noemt er daarvan vijf.⁹ Ten eerste omvat hij het democratiebeginsel. Volgens dat beginsel behoren ‘burgers of de instellingen die hen vertegenwoordigen betrokken [te] zijn bij de vaststelling van de belangrijkste wettelijke regels’ en hoort het bestuur verantwoording af te leggen aan volksvertegenwoordigende ambten.¹⁰ Ten tweede is de scheiding der machten een onderdeel van de democratische rechtsstaat. Deze scheiding – door de commissie elders ‘verdeling van machten’ genoemd – zegt dat wetgeving, bestuur en rechtspraak ‘tot op zekere hoogte’ zijn gespreid over drie overheidsambten ‘die elkaar controleren en in evenwicht houden’.¹¹ Ten derde ligt de toegang van de burger tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter in de term besloten.¹² Het vierde en vijfde door de commissie genoemde beginsel van de democratische rechtsstaat zijn het beginsel dat de overheid de grondrechten eerbiedigt en waarborgt en het legaliteitsbeginsel. Aan die beginselen zijn respectievelijk de leden 2 en 3 van de algemene bepaling gewijd.

Het tweede lid van de bepaling verplicht de overheid niet alleen de grondrechten te eerbiedigen én te waarborgen, maar ook de menselijke waardigheid en de fundamentele rechtsbeginselen.

De term ‘grondrechten’ omvat niet enkel de grondrechten uit de Nederlandse Grondwet, maar ook de fundamentele rechten vervat in verdragen waarbij Nederland partij is. Hoewel breed, voegt de term dus niets toe aan het reeds bestaande geschreven constitutionele recht: de overheid hoort de Grondwet uit de aard der zaak in acht te nemen en de verdragsrechten moet zij reeds eerbiedigen en waarborgen op grond van volkenrecht.¹³ Het geschreven nationale constitutionele recht wordt wel verrijkt door twee andere termen uit de bepaling: de overheid moet niet alleen de grondrechten, maar ook de menselijke waardigheid en de fundamentele rechtsbeginselen eerbiedigen en waarborgen.

De menselijke waardigheid ligt volgens de Staatscommissie ten grondslag aan alle grond- en mensenrechten.¹⁴ Zij is zeer nauw verbonden met het recht op leven en het verbod op foltering en onmenselijke behandeling.¹⁵ Vanwege die nauwe band met de menselijke waardigheid acht de helft van de leden van de commissie het niet nodig het recht op leven uitdrukkelijk in de Grondwet op te nemen. Volgens de andere helft moet dat recht (en het verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandeling)¹⁶

8 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 37.

9 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 37.

10 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 22.

11 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 22.

12 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 22. De

Staatscommissie stelt overigens voor dat recht ook expliciet in de Grondwet op te nemen (p. 61-64). Zij is echter verdeeld over de vraag waar die bepaling in de Grondwet zou moeten opgenomen en welke redactie – en dus welke reikwijdte – de bepaling zou moeten hebben.

13 Op grond van art. 94 Gw. kan de rechter toezien op naleving van die volkenrechtelijke plicht.

14 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 41.

15 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 42.

16 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 66.

wel uitdrukkelijk in de Grondwet worden opgenomen, omdat het ‘tot de meest fundamentele van de fundamentele rechten behoort’.¹⁷

De menselijke waardigheid is overigens een lastig te definiëren beginsel, zo waarschuwt de commissie.¹⁸ *En passant* noemt zij het ook niet meer een beginsel, maar een ‘concept’. ‘Binnen’ dat concept kunnen zich ‘botsingen’ voordoen. Zoals tussen het beginsel van persoonlijke autonomie en ‘andere aspecten van de menselijke waardigheid’. Of in zo’n geval de persoonlijke autonomie zwaarder weegt of een ander aspect van de menselijke waardigheid, bijvoorbeeld het door de commissie genoemde beginsel van zelfbeschikking, moet per geval worden bezien.

Tot slot moet de overheid op grond van het tweede lid van de algemene bepaling de fundamentele rechtsbeginselen eerbiedigen en waarborgen. Volgens de commissie zijn dat onder meer het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel *pacta sunt servanda*.¹⁹ Als ik het goed begrijp, vallen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van behoorlijke rechtspleging daar niet onder. Zij zijn, zoals de Staatscommissie schrijft, ‘uitwerkingen van fundamentele rechtsbeginselen’.²⁰ Helder is dat onderscheid tussen fundamentele rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet. Zo zijn het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel volgens de bestuursrechtelijke handboeken algemene beginselen van behoorlijk bestuur, terwijl de commissie deze aanduidt als fundamentele rechtsbeginselen.²¹

Het derde en laatste lid van de algemene bepaling herformuleert het legaliteitsbeginsel.²² Volgens de tekst van de bepaling oefent de overheid alleen gezag uit krachtens de wet of de Grondwet. Deze redactie roept twee vragen op, die de – twee zinnen tellende – toelichting helaas niet beantwoordt.²³

Ten eerste kiest de Staatscommissie voor het gebruik van de term ‘openbaar gezag’, en niet voor de meer gangbare term ‘bevoegdheid’. Ik denk dat de commissie daarmee aansluiting heeft willen zoeken bij de Algemene wet bestuursrecht, die een zogenaamd b-(bestuurs)orgaan definieert als een ‘persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed’.²⁴ Overigens stelt de Awb-wetgever ‘openbaar gezag’ weer gelijk met ‘publiekrechtelijke bevoegdheid’.²⁵ Wat die termen betekenen, blijft echter onduidelijk, omdat de Staatscommissie ze, net als de Awb-wetgever, niet omschrijft. De reikwijdte van de voorgestelde bepaling – valt daaronder bijvoorbeeld ook burger begunstigend overheidsoptreden? – wordt daarvoor niet opgehelderd.

Ten tweede valt op dat openbaar gezag alleen mag worden uitgeoefend ‘krachtens’ de wet of de Grondwet. Het artikellid bevat daarmee niet een van de grondwettelijke delegatieformules: ‘bij of krachtens’, ‘regels’ of een vorm van het werkwoord ‘regelen’. Evenmin bevat het de formule ‘uit

17 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 65.

18 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 42.

19 In het rapport ontbreekt overigens een omschrijving van dat laatste beginsel. Ik ken het alleen uit het volkenrecht waar het betekent dat gesloten verdragen moeten worden nagekomen. Het beginsel zou echter ook in het nationale recht toepassing kunnen vinden, namelijk in de vorm: de overheid moet zijn afspraken nakomen.

20 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 40.

21 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 391.

22 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 32.

23 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 40.

24 Art. 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, Awb.

25 *PG Awb I*, p. 133.

kracht van een wet', zoals art. 104 Gw. en waarmee de grondwetgever tot uitdrukking brengt dat de wet zelf de essentialia van de regeling moet bevatten.²⁶ De Staatscommissie lijkt de wetgever daarmee te willen verbieden de bevoegdheid om aan een persoon openbaar gezag toe te kennen, te delegeren: alleen de wet of de Grondwet kan openbaar gezag verlenen.²⁷ De grondwetsbepalingen die de formule 'krachtens de wet' reeds bevatten, ondersteunen die lezing. Art. 36 Gw. bepaalt dat de Koning het koninklijk gezag tijdelijk kan neerleggen en hervatten 'krachtens een wet'. Met die redactie werd beoogd de wetgever de bevoegdheid te verlenen om de Koning te machtigen zijn gezag neer te leggen en te hervatten.²⁸ Ook art. 89, tweede lid, Gw. bevat de door de Staatscommissie voorgestelde formule: slechts 'krachtens de wet' mag een AMvB door straffen te handhaven voorschriften bevatten. Hoewel de toelichting over de betekenis van die formule zwijgt, ligt het in de rede dat ook hier delegatie niet is toegestaan vanwege de – beoogde – waarborgfunctie van de formeel-wettelijke machtiging.²⁹ Tot slot bepaalt art. 127 Gw. (onder meer) dat de gemeenteraad verordeningen vaststelt, behoudens door de raad 'krachtens de wet' te bepalen uitzonderingen. De grondwetgever nam die laatste formule op om 'uit te sluiten dat de wet de toekenning van verordeningbevoegdheid aan een ander orgaan dan [...] de gemeenteraad delegeert'.³⁰ Opnieuw beoogt de formule 'krachtens de wet' dus delegatie van de daarin bedoelde bevoegdheid uit te sluiten.

²⁶ Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 350.

²⁷ Kortmann's 'Proeve van een Grondwet', waarop de door de Staatscommissie voorgestelde algemene bepaling geïnspireerd lijkt te zijn, is ruimhartiger. Zij bepaalt dat overheidsinstellingen geen 'bevoegdheden' hebben dan die 'bij of krachtens' de Grondwet of de wet aan hem zijn toegekend. C.A.J.M. Kortmann, 'Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?', in: *De Grondwet herzien*, Den Haag: Ministerie van BZK 2008, p. 20.

²⁸ *Kamerstukken II 1979/80*, 16 034, nr. 3, p. 15 en nr. 9, p. 23.

²⁹ Nog afgezien van de vraag als delegatie wel mogelijk zou zijn, aan wie de wetgever dan zou willen delegeren.

³⁰ *Kamerstukken II 1976/77*, 13 990, nr. 6, p. 20.

³¹ Mocht de rechter de bevoegdheid krijgen om de wet ook aan enkele grondwetsbepalingen te toetsen (het voorstel-Halsema), dan lijkt de Staatscommissie te adviseren ook toetsing van de wet mogelijk te maken aan de door haar voorgestelde algemene bepaling (p. 39). Ik vind dat onverstandig, omdat de bepaling zó vaag is dat er voor de rechter die haar moet toepassen weinig anders opzit dan recht te spreken op grond van zijn eigen normatieve voorkeuren.

³² *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 39.

³³ *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 39.

4. Toepassingen van de algemene bepaling

Volgens de Staatscommissie heeft de algemene bepaling twee functies. Ten eerste geldt zij als zelfstandige norm waaraan de rechter bijvoorbeeld (lagere) wetgeving en andere overheidsbesluiten kan toetsen.³¹ Ten tweede fungeert zij als interpretatierichtsnoer voor de overige bepalingen van de Grondwet. De commissie acht deze laatste functie de belangrijkste.³² Ik bespreek per functie enkele mogelijke toepassingen van de algemene bepaling.

4.1 Toepassingen van de algemene bepaling als zelfstandige norm

Welke concrete betekenis voor het Nederlandse recht zou de algemene bepaling als zelfstandige norm kunnen hebben als de grondwetgever besluit haar over te nemen?

De bepaling bindt de gehele overheid en de rechter kan toezien op naleving ervan door overheidshandelingen en -besluiten aan de algemene bepaling te toetsen, mits art. 120 Gw. daaraan niet in de weg staat.³³ Dat naleving van de bepaling bij de rechter kan worden afgedwongen, is niet vanzelfsprekend. Dat geldt met name voor het eerste lid van de bepaling,

dat luidt: 'Nederland is een democratische rechtsstaat.' De commissie heeft zich bij die keuze vermoedelijk laten inspireren door het Duitse *Grundgesetz*, dat een met dat lid vergelijkbare bepaling bevat.³⁴ De Duitse rechter, en in het bijzonder het *Bundesverfassungsgericht*, is bevoegd aan die bepaling te toetsen. Niet in alle landen toetst de rechter echter aan zulke bepalingen. Zo eist de *Guarantee Clause* van de Amerikaanse Constitutie dat de Staten een republikeinse regeringsvorm hebben,³⁵ maar is de rechter niet bevoegd aan die *Clause* te toetsen. Zij bevat – volgens het Amerikaanse Hooggerechtshof – een politieke norm waarvan de handhaving moet worden overgelaten aan de politieke ambten.³⁶ Het getuigt van vertrouwen in de rechter dat de commissie meent dat het eerste lid van de algemene bepaling een norm is die door de rechter kan worden gehandhaafd. Het is echter ongewis tot welke uitkomsten toepassing van die norm in een concreet geval leidt. Ik geef daarvan een voorbeeld.

Volgens de Staatscommissie omvat de notie van de democratische rechtsstaat onder meer het democratiebeginsel. Dat beginsel houdt volgens haar, zoals gezegd, onder meer in dat het bestuur verantwoording moet afleggen aan volksvertegenwoordigende ambten. Wat betekent dat nu bijvoorbeeld voor zelfstandige bestuursorganen (ZBO's)? Deze ambten hebben eigen bevoegdheden, terwijl zij geen verantwoording hoeven af te leggen aan enig volksvertegenwoordigend ambt over het door hen gevoerde beleid. Evenmin hoeft de minister daarover verantwoording af te leggen aan de Kamers, omdat ZBO's eigen bevoegdheden hebben en de bij hen werkzame personen niet aan de minister ondergeschikt zijn, zodat hij hun geen aanwijzingen kan geven.³⁷ Volgens de definitie van de Staatscommissie zijn zulke ZBO's daardoor in strijd met de democratische rechtsstaat en dus ongrondwettig.

Stel nu dat op een ZBO de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen van toepassing is, zodat de minister beleidsregels voor het orgaan kan vaststellen.³⁸ In dat geval is de minister – anders dan het hiervóór beschreven geval – wel verantwoordelijk. Welke gevolgen heeft dat voor de grondwettigheid van deze ZBO's? Redt zij het ZBO van de juridische dood? Of staat de minister te ver af van dit bestuursorgaan om daarover op grondwettige wijze aan de Kamer verantwoording te kunnen afleggen? Of is een tussenpositie mogelijk, waarin bijvoorbeeld de bestuursbevoegdheden van het ZBO wel, maar zijn bevoegdheid tot het vaststellen van wettelijke voorschriften niet verenigbaar is met de democratische rechtsstaat, omdat voor die laatste bevoegdheid – zoals sommige auteurs verdedigen – een sterkere verantwoordingsplicht moet bestaan dan voor de eerste.³⁹ Niet alleen het eerste lid van de algemene bepaling roept zulke toepassingsvragen op. Ook het tweede lid van de bepaling doet dat.

34 Art. 20 GG. Overigens kent het *Grundgesetz* ook een met het eerste lid van de algemene bepaling vergelijkbaar artikel, namelijk art. 1 GG. Op die bepaling kom ik hierna terug.

35 De *Clause* luidt: 'The United States shall guarantee to every state in this union a republican form of government'.

36 Bijv. U.S. Supreme Court 19 februari 1912, 223 U.S. 118 (Pacific States Telephone and Telegraph Co. v. Oregon).

37 D.J. Elzinga & R. de Lange (m.m.v. H.G. Hoogers), *Van der Pot. Handboek van het Nederlands staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 835. Vaak bestaat er overigens wel ministeriële verantwoordelijkheid voor zulke ZBO's, maar is de omvang daarvan slechts marginaal, namelijk voor zover de bevoegdheid van de minister reikt. In veel gevallen kan hij bijvoorbeeld besluiten van zo'n ZBO vernietigen.

38 Art. 2 jo. art. 20 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

39 Vgl. Schlössels/Zijlstra 2010, p. 625.

Het tweede lid van de algemene bepaling ('De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen') leent zich er het best voor de Grondwet in het hart van het publieke debat te plaatsen, zoals de Staatscommissie graag wil.⁴⁰ Een blik over de grens leert dat met name de 'menselijke waardigheid' voor zo'n discussie hoge ogen gooit. Het begrip is immers zó vaag dat vrijwel alle – ook hoogst particuliere – morele voorkeuren ermee als juridisch bindende norm kunnen worden gepresenteerd. Zo is de menselijke waardigheid voor de Duitse rechter bijvoorbeeld aanleiding om *laser games* waarbij deelnemers op elkaar met laserpistolen 'schieten' niet toe te staan omdat zij geweld verheerlijken;⁴¹ *peepshows* ongrondwettig te achten vanwege, onder meer, de mechanische wijze van betaling voor zo'n show, de open en dicht gaande vensters en de onzichtbaarheid van de toeschouwer voor de optredende vrouw die daardoor wordt gedegradeerd tot een commercieel object, ook al vindt zij zelf van niet;⁴² de wetgever te verplichten abortus in beginsel strafbaar te stellen⁴³ en dwergwerpen te verbieden.⁴⁴ Ook in de literatuur bestaat een levendige discussie over de reikwijdte van de menselijke waardigheid. Rond de eeuwwisseling vroegen diverse auteurs zich met een beroep op de *peepshow*-uitspraak bijvoorbeeld af of het televisieprogramma *Big Brother* daarmee niet in strijd was.⁴⁵

Het derde lid van de algemene bepaling is – in vergelijking met de eerste twee leden – glashelder. Het is echter ook streng: elke uitoefening van openbaar gezag moet rechtstreeks berusten op de wet of de Grondwet. Het is daarmee strenger dan art. 89 Gw. (alleen AMvB's door straffen te handhaven moeten berusten op de wet), *Fluoridering* (voor zeer ingrijpend feitelijk overheidsoptreden is een wettelijke grondslag vereist)⁴⁶ en *Meerenberg* (wetgevende bevoegdheid moet te herleiden zijn tot de wet of de Grondwet).⁴⁷ Het criterium is zó streng dat het vrijwel onwerkbaar is. Zo zal de Algemene wet bestuursrecht erdoor voor een deel van zijn werking worden beroofd, omdat tal van bestuursorganen in de zin van die wet hun bevoegdheid niet rechtstreeks ontleen aan de wet of de Grondwet. Hoe streng het criterium is, illustreert een huis-tuin-en-keuken-voorbeeld. De klaar-over bij de plaatselijke basisschool – een verkeersbrigadier – is met openbaar gezag bekleed: bestuurders zijn verplicht hun stoptekens op te volgen. Die bevoegdheid berust echter niet op de wet, maar op het Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990, een AMvB.⁴⁸ Wordt de voorgestelde algemene bepaling in de Grondwet opgenomen, dan geven de klaar-overs hun stoptekens onbevoegd, zodat bestuurders ze niet hoeven op te volgen.

40 Zie paragraaf 2.

41 BVerwG 24 oktober 2001, 115 E 189, 200.

42 BVerwG 15 december 1981, 64 E 274, 278-279.

43 BVerfG 25 februari 1975, 39 E 1.

44 VG Neustadt 21 mei 1992, NVwZ 1993, 98 e.v..

45 Vgl. H. Hartwig, 'Big Brother' und die Folgen', JZ 2000, p. 970, met verwijzingen.

46 HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386.

47 HR 13 januari 1879, W. 4330.

48 Art. 2 WVW 1994 jo. art. 82, derde lid, RVV 1990.

4.2 Toepassingen van de algemene bepaling als interpretatierichtsnoer

De Staatscommissie zegt zelf het meest te verwachten van de algemene bepaling als interpretatierichtsnoer: andere bepalingen van de Grondwet (en de wet) moeten worden uitgelegd in het licht van de algemene bepaling.⁴⁹

Hoe de toepassing van de algemene bepaling als interpretatierichtsnoer werkt, illustreert de commissie op enkele plaatsen in haar rapport. Ik geef daarvan twee voorbeelden.

Volgens art. 94 Gw. laat de rechter wettelijke voorschriften buiten toepassing indien hun toepassing onverenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Binnen de Staatscommissie leeft de gedachte dat wettelijke voorschriften echter niet ex art. 94 Gw. buiten toepassing moeten blijven als daarmee 'de constitutionele beginselen die ten grondslag liggen aan de democratische rechtsstaat' worden aangetast. Volgens de helft van de leden van de commissie heeft het echter 'weinig toegevoegde waarde' om die beperking in de tekst van art. 94 Gw. op te nemen, omdat de rechter deze constitutionele beginselen reeds behoort te waarborgen op grond van de algemene bepaling.^{50, 51}

Het tweede voorbeeld betreft de interpretatie van de art. 91 en 92 Gw. Uit die bepalingen volgt dat de Nederlandse verdragssluitende bevoegdheid – naar nationaal recht – onbeperkt is. Volgens sommigen is dat onwenselijk. Zij vrezen een te vergaande Europese integratie. De Staatscommissie acht het echter onnodig die integratie grondwettelijk te regelen. Zij voert daartoe onder meer aan dat de algemene bepaling reeds 'de verdeling van bevoegdheden tussen de verschillende overheden' waarborgt,⁵² hoewel van zo'n beperking uit de tekst van art. 91 en 92 Gw. niet blijkt.

Deze voorbeelden laten zien dat de Staatscommissie een grote interpretatievrijheid veronderstelt bij de door haar voorgestelde waardenconforme uitleg van de Grondwet: zij ziet in de algemene bepaling aanleiding om grondwetsbepalingen zelfs in strijd met hun tekst uit te leggen. Ik ben daar geen voorstander van, omdat zo'n vrije interpretatie de onzekerheid over de betekenis van grondwetsbepalingen vergroot en de mogelijkheid biedt belangrijke elementen van ons staatsbestel te wijzigen zonder dat daaraan een uitdrukkelijk besluit van de (democratisch gelegitimeerde) grondwetgever vooraf gaat.

De Staatscommissie acht de interpretatiefunctie van de algemene bepaling niet alleen van belang voor de uitleg van afzonderlijke bepalingen van de Grondwet, maar dicht haar ook een belangrijke rol toe bij het beslechten van geschillen over botsende grondrechten en bij het bepalen van de kern van een grondrecht. De menselijke waardigheid speelt daarbij

49 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 39.

50 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 128-129. In de woorden van de commissie: de rechter moet deze beginselen reeds in zijn 'afweging' (of hij art. 94 Gw. toepast?) betrekken.

51 Begrijp ik het goed, dan is de andere helft van de Staatscommissie het daarmee niet oneens, maar meent zij dat een afzonderlijke bepaling meer duidelijkheid verschaft.

52 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 109.

een hoofdrol. Als grondrechten botsen, komt volgens de commissie aan het grondrecht dat het nauwst verband houdt met die waardigheid, het meeste gewicht toe. Op dezelfde wijze zou ook de kern van een grondrecht kunnen worden bepaald.⁵³ Over het nut van deze 'leidraad' ben ik somber gestemd. Ik zie niet in hoe een vage norm als de menselijke waardigheid houvast kan bieden bij zulke moeilijke morele afwegingen. Zouden de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Hoge Raad – als zij kennis hadden gehad van deze leidraad – in de SGP-zaak de afweging tussen het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van godsdienst anders of beter hebben gemaakt?

5. Versterkt de algemene bepaling de normativiteit van de Grondwet?

De Staatscommissie wil met de voorgestelde algemene bepaling de normatieve kracht van de Grondwet versterken. De bepaling moet er – in combinatie met de andere voorstellen – toe leiden dat de Grondwet toegankelijker wordt, dat wil zeggen: ervoor zorgen dat de belangrijkste regels van ons staatsbestel in duidelijke bewoordingen in de Grondwet zijn terug te vinden en eruit zijn te kennen. Deze toegankelijkheid zal ertoe leiden dat de Grondwet als fundamenteel toetsingskader gaat fungeren waardoor het vertrouwen in, en het gezag van, de overheid toeneemt. Ik betwijfel of de algemene bepaling dat doel kan bereiken.

Wat de precieze betekenis is van de eerste twee leden van de algemene bepaling ('Nederland is een democratische rechtsstaat' en 'De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen'), is moeilijk te doorgronden. Nergens in haar rapport geeft de Staatscommissie een uitputtende opsomming van de beginselen die aan de democratische rechtsstaat ten grondslag liggen. Het rapport bevat evenmin zo'n opsomming van de fundamentele rechtsbeginselen waarnaar het tweede lid verwijst. De beginselen die de Staatscommissie wel noemt, zijn vaag; veel vager dan de normen die de Grondwet nu reeds bevat. Die onbestemdheid van het democratiebeginsel, de verdeling der machten, maar bovenal de menselijke waardigheid, heeft tot gevolg dat uit die beginselen met recht allerlei, ook met elkaar strijdige, uitkomsten kunnen worden afgeleid. De interpretatieve functie die de Staatscommissie aan de genoemde beginselen toedicht, leidt er tot slot toe dat andere, op zichzelf duidelijke bepalingen vervolgens iets anders kunnen betekenen dan hun tekst zegt.

Deze ondoorgrondelijkheid van de eerste twee leden van de algemene bepaling staat in de weg aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de Staatscommissie. Haar ideaal van een kenbare, toegankelijke Grondwet

⁵³ *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 42.

komt erdoor niet dichterbij, maar drijft erdoor juist verder weg. Hoewel ik vermoed dat die ondoorgroondelijkheid er wel toe zal leiden dat de Grondwet in het publieke debat een belangrijke rol zal spelen, denk ik niet dat dit het soort debat zal zijn waarop de Staatscommissie hoopt. Begrippen als de democratische rechtsstaat en de menselijke waardigheid lenen zich immers bij uitstek voor juridische ingeklede, hoogst particuliere waardeoordelen die in een samenleving voor meer verdeeldheid dan eenheid zorgen.

Zijn de eerste twee leden van de algemene bepaling vaag; het derde lid is in vergelijking daarmee glashelder. Het doel van dat artikellid – codificatie van het legaliteitsbeginsel – spreekt mij zeer aan. Het tekstvoorstel van de Staatscommissie is echter zó streng en vergt zulke ingrijpende wetswijzigingen, dat óf de grondwetgever zal besluiten het overgangsregime van art. 140 Gw. erop van toepassing te laten zijn, zodat besluiten die in strijd zijn met de bepaling van toepassing blijven totdat zij in overeenstemming met de Grondwet zijn gebracht, óf de kans groot is dat de wetgever en de rechter zich niet strikt zullen houden aan de toepassing van het artikellid, welk lot bijvoorbeeld ook het leerstuk van de bijzondere beperkingen van grondrechten ten deel is gevallen.⁵⁴ In beide gevallen is het artikellid (nog lange tijd) geen goede weergave van het geldende recht. Zo komt ook een betrekkelijk duidelijke bepaling de toegankelijkheid van de Grondwet niet ten goede.

⁵⁴ Overigens zou ook een redactie volgens welke dat overheidsgezag te *herleiden* moet zijn tot de wet of de Grondwet een niet onaanzienlijke wijziging van ons recht betekenen. Onbevoegd om publiekrechtelijke rechtshandelingen te verrichten zullen dan bijvoorbeeld zijn overheidsstichtingen en bestuursorganen die hun gezag ontlenuen aan een aan hen opgedragen 'publieke taak'.