

Inconstitutionele grondwetsherzieningen: grenzen aan de bevoegdheid van de grondwetgever

R. PASSCHIER*

Inconstitutionele grondwetsherzieningen: grenzen aan de bevoegdheid van de grondwetgever

R. PASSCHIER*

* mr. dr. Reijer Passchier is tot 30 juni 2020 als senior wetenschappelijk medewerker verbonden aan het bureau van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR). Vanaf 1 juli 2020 zal hij in de functie van universitair docent staatsrecht en rechtstheorie werken bij de faculteit Rechtswetenschappen van de Open Universiteit. Tevens is Reijer universitair docent staats- en bestuursrecht bij de Universiteit Leiden (r.passchier@law.leidenuniv.nl). Dank aan Paul Bovend'Eert, Gert-Jan Leenknecht, Eva van Vugt, en de rest van de redactie van TvCR voor hun uitgebreide commentaar op eerdere versies van dit artikel. Ook ben ik voor waardevolle opmerkingen dank verschuldigd aan Ernst Hirsch Ballin, Margriet ten Napel, Karolina Pill, Bastiaan Rijpkema en zijn studenten, en Maarten Stremler.

1 *Vrij Nederland* 16 september 2006.

2 Keken & Meerhof 2011.

3 Zie over dit begrip Jacobsohn 2010.

4 Waarbij ik voor het gemak even in het midden laat of 'de' sharia wel bestaat. (Zie daarover Hallaq 2011, p. 165. Hallaq betoogt dat juridisch pluralisme een alomtegenwoordige en fundamentele eigenschap van de sharia is.) Ik negeer gemakshalve ook de vraag of een (gedeeltelijke) invoering van shariarecht per definitie in strijd

1. Inleiding

Oud-minister Piet Hein Donner zei ooit met een provocerende glimlach: 'Als tweederde van alle Nederlanders morgen de sharia zou willen invoeren, dan moet die mogelijkheid toch bestaan?'.¹ Donner doelde daarbij op de mogelijkheid die de speciale herzieningsprocedure van de Grondwet (artikel 137) biedt. Later legde hij namelijk verder uit: 'Als tweederde de sharia wil, dan kan dat. Lees de Grondwet er maar op na.'²

Had Donner gelijk? Mag de grondwetgever uiteindelijk elke grondwetsherziening doorvoeren die hij wil, ook als die herziening in strijd met bestaande fundamentele rechtsregels is, de beginselen van de democratische rechtsstaat of andere waarden die de meeste leden van de Nederlandse constitutionele gemeenschap op dit moment als essentieel onderdeel van onze 'constitutionele identiteit'³ beschouwen?⁴

Dat zijn geen puur theoretische vragen in tijden waarin de 'autoritaire verleiding'⁵ weer op de loer ligt en het 'einde van de geschiedenis'⁶ toch nog even op zich laat wachten.⁷ Desalniettemin is er in Nederland vooralsnog relatief weinig nagedacht over de kwestie van 'inconstitutionele grondwetsherzieningen'.

In veel andere landen is dat anders. In Duitsland, Portugal en India is de vraag of grondwetsherzieningen inconstitutioneel kunnen zijn uitgebreid uitgewerkt. Daar kunnen grondwetsherzieningen die tegen de 'identiteit' van de constitutie indruisen 'ongrondwettelijk' en/of 'inconstitutioneel' worden verklaard op basis van *inhoudelijke* eisen: eisen die de bevoegdheid van de grondwetgever beperken door bepaalde veranderingen in de grondwet te verbieden. Afhankelijk van het land kunnen zulke eisen worden ontleend aan bijvoorbeeld de tekst van de grondwet zelf (zgn. 'expliciete' eisen), de systematiek van de grondwet, ongeschreven beginselen, de rechtspraak en/of de bredere constitutionele context (zgn. 'impliciete' eisen).

De mogelijkheid van een ‘inconstitutionele grondwetsherziening’ mag in sommige opzichten paradoxaal lijken.⁸ Toch wordt er internationaal steeds vaker geaccepteerd dat grondwettelijke herzieningsbevoegdheden expliciet dan wel impliciet gelimiteerd kunnen zijn.⁹ Daarbij is in een toenemend aantal landen een praktijk ontstaan van toetsing van grondwetsherzieningen door de rechter.¹⁰

Maar hoe zit het in Nederland? Bestaat er grond om te stellen dat ook in de Nederlandse constitutionele context inhoudelijke eisen aan formele grondwetsherziening van kracht zijn? Zijn er constitutionele argumenten om bijvoorbeeld eventuele antidemocratische of antirechtsstatelijke grondwetsherzieningen ongeldig te verklaren?¹¹ Dit artikel probeert antwoorden te vinden op deze vragen, zonder overigens te ambiëren een uitputtend overzicht te geven.

In dit artikel verken ik eerst hoe inhoudelijke constitutionele eisen aan grondwetsherzieningen geïdentificeerd kunnen worden en wat voor soort argumenten er in andere landen gebruikt worden om grenzen aan de bevoegdheid van de grondwetgever te rechtvaardigen (par.2). Die exercitie vormt de basis voor een zoektocht naar zulke argumenten in de Nederlandse context. Ik concludeer onder andere dat de theorie van inconstitutionele grondwetsherziening in Nederland relatief zwak ontwikkeld is, maar dat er desalniettemin meer inhoudelijke eisen aan formele grondwetsherziening te vinden zijn dan vaak wordt aangenomen. Tot slot overweeg ik in hoeverre inhoudelijke eisen aan grondwetsherziening onze constitutionele identiteit daadwerkelijk ‘weerbaar’ maken.

2. Inhoudelijke eisen aan grondwetsherziening in het buitenland

In bijna alle landen ter wereld worden er speciale *procedurele* eisen aan grondwetsherziening gesteld: die schrijven één of meerdere speciale manieren voor waarop de tekst van de grondwet mag worden veranderd.¹² In sommige landen worden procedurele eisen aangevuld door *inhoudelijke* eisen aan grondwetsherziening. Een wijziging van de grondwet mag dan, ook als de juiste procedure wordt gevolgd, niet in strijd komen met bepaalde inhoudelijke constitutionele standaarden.

Inhoudelijke eisen aan grondwetsherziening kunnen uitdrukkelijk in een grondwet verankerd zijn – dat zijn zogenaamde ‘expliciete’ eisen. Zij kunnen ook ‘impliciet’ verondersteld worden. Expliciete inhoudelijke constitutionele eisen aan grondwetsherziening zijn doorgaans het eenvoudigst op het spoor te komen: met het lezen van de grondwetstekst kan al een heel eind worden gekomen.¹³ Om impliciete eisen aan grondwets-

is met de beginselen van de democratische rechtsstaat of andere belangrijke aspecten van onze huidige constitutie. (Zie daarvoor bijvoorbeeld Rutten 2017).

5 Thomas 2018.

6 Fukuyama 2018.

7 Rosa 2016, p. 58; Thomas, *De Groene Amsterdammer* 18 juni 2014; Zakaria, *Newsweek* 23 september 2001.

8 Gary Jacobsohn stelt dat de vraag of een grondwet of grondwetsherziening

arti- kelen

ongrondwettelijk of inconstitutioneel kan zijn zoiets is als vragen of de Bijbel on-Bijbels kan zijn. Zie Jacobsohn 2010, p. 34. De paradox van ongrondwettelijke grondwetsherzieningen verdwijnt door te bedenken dat de samenstelling ‘ongrondwettelijke grondwettelijke’ twee verschillende dingen tegenover elkaar zet: geldende grondwettelijke normen en (nog) niet geldende grondwettelijke normen, namelijk pogingen tot verandering van grondwettelijke normen. De paradox van inconstitutionele grondwetsherzieningen verdwijnt met de overweging dat de betekenis van een grondwet (formele constitutie) in elk geval ten dele wordt bepaald in interactie met zijn juridische en

niet-juridische context, ofwel de 'materiële constitutie'. Zie par. 2 hieronder.

9 Roznai 2013.

10 Zie Gözler 2008, p. 52 e.v.

11 Dit artikel gaat dus niet over de eventuele weerbaarheid van de democratie zelf. Zie daarover o.a. Rijpkema 2015 en Ellian e.a. 2018.

12 https://www.constituteproject.org/search?lang=en&key=amend&status=in_force&status=is_draft (geraadpleegd op 17-4-2020).

13 Althans in staten waar het constitutionalisme – d.w.z. het idee dat de (grond)wetgever gelimiteerd is door een constitutie – significante invloed heeft op het denken en doen van leidende constitutionele actoren. Burkens 2006, p. 43-44; Koopmans 2003, p. 6; Zoethout 1995.

14 Zie over deze 'historisch-institutionele' benadering van constituties: Passchier & Stremmer 2020, te verschijnen (op verzoek te verkrijgen bij de auteurs). Zie ook: Passchier 2017, p. 45 e.v.

15 Ibid.

16 Zie https://www.constituteproject.org/search?lang=en&key=unamend&status=in_force&status=is_draft (geraadpleegd op 15-3-2020).

17 Natuurlijk zijn zulke eisen nooit écht 'eeuwig', zelfs niet als men het begrip 'eeuwig' definieert als 'totdat de mensheid ophoudt te bestaan'. Zoals gezegd, hun betekenis verandert als hun institutionele context verandert. En ook de tekst van grondwetten zelf gaat niet eeuwig mee. Zie over het tijdelijke karakter van eeuwigheidsclausules Elster 2000, p. 95.

herziening te vinden moet ook naar andere bronnen van constitutionele normen en beginselen worden gekeken, zoals het internationale en supranationale recht, rechtspraak, politieke praktijken en de constitutionele literatuur. Maar let wel: voor zowel expliciete als impliciete eisen geldt: *what you see is not always exactly what you get*. De inhoud en betekenis van zowel grondwettelijke voorschriften als andere geschreven en ongeschreven constitutionele normen en beginselen liggen nooit vast. Zij zijn de uitkomst van een dynamische wisselwerking van interactie en conflict tussen verschillende constitutionele aspecten en gezaghebbende constitutionele actoren – juridische én niet-juridische.¹⁴ Bij de identificatie van zowel expliciete als impliciete inhoudelijke eisen aan grondwetherziening die de bevoegdheid van de grondwetgever kunnen beperken is het daarom van belang om na te gaan (a) welke inhoudelijke normen en beginselen er precies door de tijd heen door constitutionele actoren (ambtsdragers, politieke actoren en burgers) als zijnde 'constitutioneel' aanvaard worden en (b) hoe die actoren deze normen en beginselen hebben geïnterpreteerd en eventueel toegepast.¹⁵

2.1 Expliciete veranderingseisen: argumenten gebaseerd op de grondwettelijke tekst

Tachtig van de ongeveer 200 grondwetten¹⁶ in de wereld bevatten wat de Duitsers 'eeuwigheidsclausules' (*Ewigkeitsklauseln*)¹⁷ noemen: expliciete inhoudelijke verbodsbepalingen die bepaalde grondwettelijke herzieningen illegaal maken. Eeuwigheidsclausules kunnen in de eerste plaats de verandering van bepaalde normen of kernwaarden verbieden. Artikel 79 lid 3 van de Duitse grondwet is een mooi voorbeeld: 'Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.'

Volgens de Duitse grondwet zijn grondwetsherzieningen die in strijd zijn met de sociale rechtsstaat, republiek, menselijke waardigheid, mensenrechten, democratie en machtscheiding (artikelen 1 en 20) ontoelaatbaar.¹⁸ Ook mogen zulke herzieningen het beginsel van federalisme niet aantasten.¹⁹ Andere voorbeelden van expliciete eisen aan en beperkingen van de mogelijkheid van grondwetsherziening zijn te vinden in de grondwetten van Frankrijk en Italië. Die verklaren dat de republikeinse regeringsvorm geen onderwerp mag zijn van grondwetsherziening.²⁰ Ook onder de Portugese grondwet kan het republikenisme geen onderwerp zijn van formele constitutionele verandering, evenmin als tal van andere kwesties zoals de scheiding der machten, de rechten van arbeiderscomités en vakbonden, en de onafhankelijkheid en eenheid van de staat.²¹

Een andere mogelijkheid is dat grondwetten het bestaan van inhoudelijke beperkingen van grondwetsherziening erkennen zonder deze beperkingen concreet te benoemen. Artikel 112 lid 2 van de Noorse grondwet, bijvoorbeeld, stelt dat grondwetsherzieningen '[may never] contradict the principles embodied in this Constitution, but solely relate to modifications of particular provisions which do not alter the spirit of the Constitution.' Deze bepaling kan vanzelfsprekend geen betekenisvolle rol vervullen zonder een aanvullende doctrine die aangeeft wat het veranderen van de 'geest' van de Noorse constitutie precies inhoudt.²²

2.2 Impliciete beperkingen: argumenten ontleend aan de grondwettelijke context

Ook waar de tekst van de grondwet geen expliciete inhoudelijke eisen aan grondwetsherziening stipuleert, wordt soms toch erkend dat de bevoegdheid van de grondwetgever beperkt is. Beperkingen van de mogelijkheid van grondwetsherziening op inhoudelijke gronden volgen dan uit interpretaties, conventies en ideeën in politiek en samenleving die door de tijd heen in verband met de grondwet zijn gebracht en daardoor de inhoud en betekenis van grondwettelijke herzieningseisen mede hebben bepaald.

Herzien vs vervangen

In de eerste plaats kan de erkenning van impliciete beperkingen van de mogelijkheid van grondwetsherziening berusten op een onderscheid tussen 'herziening' en meer fundamentele 'revisie' of 'vervanging'. India is een interessant voorbeeld.²³ In dat land kan alles in de grondwet in principe worden veranderd via de procedure die is neergelegd in artikel 368.²⁴ In de beroemde *Keshavananda*-zaak (1971) bepaalde het Indiase Hooggerechtshof echter dat de Indiase grondwet bepaalde 'basiskenmerken' bevat die immuun zijn voor grondwettelijke herziening.²⁵ Het Indiase Hooggerechtshof houdt zich dan ook het recht voor om elke grondwettelijke herziening die de basisstructuur of het basisraamwerk van de grondwet raakt ongeldig te verklaren. Zo'n herziening zou volgens het Hof 'ultra vires' zijn: buiten de bevoegdheid van de grondwetgever vallen. Het Hof heeft bepaald dat het woord 'amend' ('herziening') in artikel 368 alleen de mogelijkheid van veranderingen omvat die passen binnen de bestaande structuur van de Indiase grondwet; veranderingen die *de facto* neerkomen op het schrijven van een nieuwe grondwet zijn verboden. Sinds de hoogste rechter van India deze 'basisstructuurdctrine' introduceerde heeft hij zeker 25 grondwettelijke 'basiskenmerken' erkend, waaronder machtsverdeling, federalisme en constitutionele toetsing.²⁶

18 Althans, herzieningen die zijn doorgevoerd door de grondwetgever via de procedure van art. 79 lid 1. Art. 146 van de Duitse Grondwet bevat een – tot nu toe nog nooit gebruikte mogelijkheid – voor 'het Duitse volk' om een geheel nieuwe grondwet uit te vaardigen. In dat geval gelden de beperkingen van art. 79 lid 3 volgens de meeste commentatoren niet (al stellen sommigen dat ook art. 146 inmiddels onder het 'bereik' van art. 79(3) valt).

19 Zie Maurer 2007, p. 745. Zie ook Heun 2011, p. 47.

20 Respectievelijk art. 89(5) en art. 139.

21 Art. 288.

22 Zie Smith 2011.

23 Dat niet aan de Nederlandse staatsrechtbeoefening voorbij is gegaan. Zie De Reede 1982.

24 Art. 368 lid 1 Constitution of India. Zie ook Basu 2012, p. 167.

25 *Kesavananda v State of Kerala* [1973] AIR 1461 (SC), par. 787.

26 Basu 2012, p. 168.

Ook in andere jurisdicties wordt door rechters en andere gezaghebbende constitutionele actoren gesteld dat de grondwettelijke veranderingsprocedure niet mag worden gebruikt om het bestaande constitutionele raamwerk fundamenteel te wijzigen. In *Raven v. Deukmejian* (1990) verklaarde het Californische Hooggerechtshof een grondwettelijke verandering van de rechten van verdachten in strafzaken ongeldig, omdat zij het bestaande constitutionele stelsel en het raamwerk dat tot dan toe herhaaldelijk en uitvoerig gebruikt was door rechters bij het interpreteren en handhaven van statelijke constitutionele rechten substantieel zou veranderen.²⁷ Het Hof stelde daarmee grenzen aan de mogelijke reikwijdte van grondwettelijke herzieningen.

Constituerende vs geconstitueerde macht

Een *universele* theorie van constitutionele onveranderlijkheid kan worden gebaseerd op het idee dat in elke constitutionele orde de grondwetgever een andere – en hogere – ‘macht’ is dan de geconstitueerde grondwetsherziener. Yaniv Roznai onderscheidt in dit verband een primaire ‘constituerende macht’ en een geconstitueerde ‘grondwetsherziende’ macht.²⁸ De constituerende macht (in democratieën doorgaans toebedeeld aan ‘het volk’) bestaat uit het samenspel van instituties dat de grondwet oorspronkelijk heeft gemaakt en eventueel ook weer mag vervangen. Deze macht is niet gebonden en kan niet worden gebonden aan constitutionele regels, zelfs niet aan zogenaamde eeuwigheidsclausules. De constituerende macht gaat als het ware aan de grondwet vooraf en is dus niet gebonden aan de regels die de grondwet (oftewel zichzelf) stelt aan grondwetsherziening. De constituerende macht heeft de grondwet gegeven en mag hem dus ook vervangen.²⁹ De herziende macht, daarentegen, wordt gevormd door de organen die door de grondwet worden aangewezen om de grondwet te wijzigen, en die bijgevolg altijd opereren als gevolmachtigde van de primaire constituerende macht. De herziende macht is daarmee een gedelegeerde, en dus intrinsiek gelimiteerde, macht. Met bepaalde grondwetswijzigingen, zoals een algehele revisie of fundamentele veranderingen, zou de herziende macht de grenzen van wat nog als ‘gedelegeerd’ kan worden beschouwd overschrijden.

Etymologie

Het *herzien-is-niet-hetzelfde-als-vervangen-argument* is overigens niet perse helemaal afhankelijk van een onderscheid tussen grondwetgever en grondwetsherziener: dit argument kan soms ook met verwijzing naar tekstuele en etymologische gegevens worden gemaakt. Zoals Walter Murphy uitlegt, stamt het woord ‘to amend’, en de equivalenten daarvan die in veel niet-Engelstalige grondwetten worden gebruikt, af van het

²⁷ *Raven v Deukmejian* (1990) 52 Cal 3d 336 [276 Cal Rptr 326, 801 P 2d 1077], par. 354.

²⁸ Roznai 2017, ch. 4.

²⁹ Zo zijn er commentatoren die menen dat het Duitse volk (dat op basis van art. 146 van de Duitse grondwet in een referendum tot een nieuwe grondwet kan besluiten) niet gebonden is en kan zijn aan de inhoudelijke eisen die de Duitse Grondwet stelt aan grondwetsherziening.

Latijnse woord ‘*emendere*’, dat ‘corrigeren’ of ‘modifieren’ betekent.³⁰ Elk amendement dat *de facto* de bestaande grondwet zou opheffen of fundamenteel zou veranderen zou daarom geen ‘amendement’ zijn, maar een vervanging – en dat is dus een bevoegdheid die een *amendments* procedure helemaal niet geeft, aldus Murphy.

Samenhang

Argumenten voor het bestaan van inhoudelijke eisen aan grondwetsherziening die de mogelijkheid van grondwetsverandering kunnen beperken, worden voorts gebaseerd op het idee dat een grondwet geen verzameling van losse bepalingen is, maar één geheel dat een bepaalde bedoeling belichaamt. De Duitse constitutionalist Horst Ehmke noemt dit de ‘materiële samenhang van de constitutie’ (*materialen Gesamtzusammenhang der Verfassung*) waaruit ‘immanente’ grenzen van de bevoegdheid tot grondwetsherziening voortvloeien.³¹

De samenhang van een constitutie (dat is de formele en materiële constitutie door de tijd heen) kan onder andere volgen uit een bepaalde bedoeling die een grondwetgever met een grondwet heeft gehad. Zo werd de naoorlogse Duitse grondwet expliciet op een liberaal-democratische leest geschoeid.³² De normatieve gevolgen van de afrekening met het totalitarisme van de Nazi’s en, recenter, de Sovjet-communisten zijn generaties later nog steeds een prominent onderdeel van de Duitse constitutionele cultuur en praktijk: veel hedendaagse Duitse constitutionele actoren erkennen dat eventuele grondwettelijke herzieningen die niet in een liberaal-democratische conceptie passen inconstitutioneel zouden zijn in het licht van de Duitse politieke geschiedenis.³³

Ook kan de samenhang van een constitutie blijken uit één of meer grondwettelijke bepalingen waarin een ideologisch kader geschetst wordt. In artikel 2 van het Verdrag van de Europese Unie (VEU) bijvoorbeeld hebben de grondleggers van de Europese Unie (EU) vastgelegd dat ‘eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden’ behoren tot de waarden waarop de EU berust. Elders hebben Maarten Stremmer en ikzelf betoogd dat deze waarden kunnen worden gezien als het constitutionele fundament van de EU, omdat zij betekenis geven aan alle andere normen en praktijken van deze organisatie – en dat eventuele verdragswijzigingen in strijd met de waarden van artikel 2 waarschijnlijk ongeldig zouden zijn.³⁴

Samenhang kan verder voortvloeien uit nieuwe betekenissen die in de loop van de tijd aan een constitutie zijn toegeschreven, al dan niet door middel van grondwetsherziening. Zo zou met Bruce Ackerman gesteld kunnen worden dat de Amerikaanse constitutie als geheel en de grondwet

30 Murphy 2007, p. 506.

31 Bij Carl Schmitt kan deze materiële samenhang elk soort inhoud hebben. Bij de naoorlogse auteur Horst Ehmke alleen een democratisch rechtsstatelijke. Zie Schmitt 1932 en Ehmke 1953. Beide auteurs worden besproken door Van der Tang 1998, p. 348.

32 Zie de preambule van de Duitse Grondwet en bijvoorbeeld artt. 1, 20 en 79.

33 Zie bijvoorbeeld Kotzur 2013, p. 126–127.

34 Passchier & Stremmer 2016, p. 356–359.

in het bijzonder op meerdere ‘momenten’ in de geschiedenis nieuwe betekenissen heeft gekregen in een dynamisch samenspel tussen maatschappelijke bewegingen, acties van politieke leiders, ‘landmark’ wetgeving, belangrijke rechterlijk uitspraken en ‘ratificerende’ verkiezingen.³⁵ Wie een dergelijke redeneerlijn volgt – waarbij men in wezen erkent dat de ‘soeverein’, ‘We the People’, de oorspronkelijke grondwetgevende macht, op verschillende manieren nieuwe constitutionele verplichtingen kan formuleren – zou het sinds de ‘Reconstructie’ na de burgeroorlog bijvoorbeeld ongrondwettelijk vinden om slavernij per grondwettelijk amendement weer in te voeren of legaal te maken.³⁶

Overigens moet wel opgemerkt worden dat deze argumenten in de VS niet onomstreden zijn.³⁷ Tegelijkertijd hebben zij wel degelijk gewicht in het doorlopende debat rond de vraag wat voor soort grondwettelijke herzieningen wel of niet acceptabel zouden zijn in het huidige constitutionele regime.

Natuurrecht

Tot slot worden in sommige jurisdicties argumenten voor het bestaan van inhoudelijke eisen aan grondwetsherziening gebaseerd op het idee dat er algemene, ‘boven-constitutionele’³⁸ of natuurrechtachtige normen en beginselen zouden bestaan die iedereen – en dus ook grondwetgevers en/of grondwetsherzieners – zouden binden.³⁹ Ook dit denken is prominent aanwezig in de Duitse constitutionele traditie. Mensenrechten en de menselijke waardigheid worden sinds het einde van de Tweede Wereldoorlog als de onveranderlijke kern van de Duitse constitutie gezien, ook los van wat er juridisch op ‘papier’ staat. In de beroemde *Südweststaat*-zaak overwoog het Federale Constitutionele Hof daarover dat:

‘Daß eine Verfassungsbestimmung selbst nichtig ist, ist nun nicht schon um deswillen begrifflich ausgeschlossen, weil sie selbst Bestandteil der Verfassung ist. Es gibt Verfassungsgrundsätze, die so elementar und so sehr Ausdruck eines auch der Verfassung vorausliegenden Rechts sind, daß sie den Verfassungsgesetzgeber selbst binden und daß andere Verfassungsbestimmungen, denen dieser Rang nicht zukommt, wegen ihres Verstoßes gegen sie nichtig sein können.’⁴⁰

Met nog minder omhaal wordt de geldigheid van het natuurrecht door sommige Amerikaanse constitutionalisten erkend. Zoals Walter Murphy het stelt: ‘Citizens’ rights and dignity are not fundamental merely because the basic charter and the larger constitutional order recognize them as such; rather, the basic charter and the constitutional order protect those values because they are fundamental.’⁴¹ Dit betekent dat elke grondwettelijke bepaling die in strijd is met de beginselen van mensenrechten en menselijke waardigheid ongeldig is, onafhankelijk van de

35 Zie Ackermans 3-delige ‘We the People’, Harvard University Press 1993, 1996 en 2014.

36 Jacobsohn 2010, p. 36.

37 Zie o.a. Dow 1995.

38 Eigenlijk is ‘boven-constitutioneel’ een ongelukkige term, omdat vanuit het institutionele perspectief gezien, niet-juridische ideeën over constitutionele onveranderlijkheid – mits zij als bindend worden ervaren door leidende constitutionele actoren en worden geaccepteerd door tenminste een deel van de constitutionele gemeenschap – niet ‘boven’ de constitutie staan, maar daar onderdeel van zijn.

39 Het idee van ‘constitutionalisme’, hierboven genoemd, is in wezen zo’n boven-constitutioneel beginsel.

40 I BVerfGE 14.

41 Murphy 2008.

vraag hoe de grondwet zich historisch gevormd heeft of juridisch-technisch in elkaar zit.⁴²

2.3 Rechterlijke toetsing van grondwetsherzieningen

De erkenning van het bestaan van inhoudelijke beperkingen aan grondwetsherzieningen in een bepaalde constitutionele orde impliceert niet dat zulke herzieningen ook vanzelf aan rechterlijke toetsing worden onderworpen. ‘Understanding that constitutional change may produce an unconstitutional result does not in itself prescribe a particular remedy’, legt Gary Jacobsohn uit.⁴³ Inderdaad, slechts een klein deel van de grondwetten in de wereld staat het de rechter expliciet toe om grondwetsherzieningen aan de grondwet zelf te toetsen: ik heb alleen voorbeelden in de Chileense en Roemeense grondwetten aangetroffen.⁴⁴ Het komt vaker voor dat de rechter grondwetsherzieningen inhoudelijk toetst op basis van een ongeschreven doctrine of een praktijk. Twee belangrijke voorbeelden van dat laatste treffen we aan in Duitsland en India.

De Duitse grondwet geeft geen expliciete bevoegdheid aan het Federale Constitutionele Hof om veranderingen van de grondwet te toetsen.

Volgens de Duitse constitutionele doctrine heeft dit Hof echter wel de mogelijkheid om een grondwetsherziening ongeldig te verklaren als deze niet zou voldoen aan de eisen van artikel 79 lid 3 van de Duitse grondwet (zie hierboven).⁴⁵ Het Federale Constitutionele Hof heeft in verschillende zaken daadwerkelijk grondwetsherzieningen getoetst. In de *Klass*-zaak uit 1970, bijvoorbeeld, overwoog het Hof de grondwettigheid van een herziening die ruimte bood voor het beperken van het recht op vertrouwelijke communicatie ter bescherming van de nationale veiligheid.⁴⁶ Het Hof als geheel accepteerde weliswaar de geldigheid van deze herziening, maar drie *dissenters* zagen hierin een ongeoorloofde inbreuk op de onschendbare beginselen van menselijke waardigheid, scheiding der machten en de rechtsstaat. Zij vonden daarom dat de herziening ongeldig moest worden verklaard. In de *Großer Lauschangriff*-zaak van 2004 oordeelde het Hof dat een herziening die ruimte biedt aan af luisteren in huizen niet in strijd is met de menselijke waardigheid en, derhalve, te verenigen is met artikel 79 lid 3 van de Duitse grondwet.⁴⁷ Tot nu toe heeft het Duitse Constitutionele Hof nog geen enkele grondwetsherziening daadwerkelijk inconstitutioneel verklaard. Desalniettemin is het duidelijk dat het Hof wel over de bevoegdheid beschikt om grondwetsherzieningen aan inhoudelijke eisen te toetsen, ook al volgt die bevoegdheid niet direct uit de tekst van de Duitse Grondwet.⁴⁸

Het Indiase Hooggerechtshof heeft zijn bevoegdheid om grondwetsherzieningen aan inhoudelijke constitutionele eisen te toetsen zelf geclaimd. Nadat het Indiase Hof de basisstructuurdoctrine introduceerde en een

42 Zo zou het ooit voorgestelde grondwettelijke amendement dat een constitutionele basis moest creëren om ontoring van de Amerikaanse vlag strafbaar te stellen – het zogenaamde ‘Flag Burning Amendment’ – volgens sommige natuurrechtdenkers inconstitutioneel zijn, omdat het Amerikaanse volk zich niet kan ontdoen van zijn vrijheid van meningsuiting. Zie Rosen 1991. Zie in dit verband ook het Negende Amendement van de Amerikaanse grondwet: ‘The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.’

43 Jacobsohn 2010, p. 82.

44 Art. 93 lid 3 van de Chileense grondwet stelt dat het Constitutionele Hof onder andere mag beantwoorden ‘the questions concerning constitutionality which arise during the processing of the Bills of law or of constitutional reform and of the treaties submitted to the approval of the Congress’. Artikel 146(a) van de Roemeense grondwet staat het Constitutionele Hof toe om grondwettelijke herzieningsvoorstellen te toetsen.

45 Maurer 1999, p. 745.

46 30 BVerfGE 1, 24 (1970).

Roznai 2017, p. 204.

47 109 BVerfGE 279 (2004).

Roznai 2017, p. 204.

48 Roznai 2017, p. 204.

grondwetsherziening toetste in de *Keshavananda*-zaak (1971),⁴⁹ startte de Indiase regering een campagne om de implicaties van deze ingrijpende uitspraak terug te draaien.⁵⁰ In 1976 voegde het Indiase parlement twee clausules aan de herzieningsprocedure van de grondwet toe die het voor de rechterlijke macht onmogelijk hadden moeten maken om de geldigheid van grondwetsherzieningen te beoordelen. De eerste clausule (nu artikel 368 lid 4) bepaalde dat:

‘[n]o amendment of this Constitution (including the provisions of Part III) made or purporting to have been made under this article (...) shall be called in question in any court on any ground.’

De tweede clausule (nu artikel 368 lid 5) bepaalde dat:

‘[f]or the removal of doubts, it is hereby declared that there shall be no limitation whatever on the constituent power of Parliament to amend by way of addition, variation or repeal the provisions of this Constitution under this article’.

Vier jaar later verklaarde het Hooggerechtshof deze poging om rechterlijke toetsing van grondwetsherzieningen te voorkomen ongegrond. In de zaak *Minerva Mills Ltd v Union of India* bepaalde het hof dat lid 4 en 5 van artikel 368 ongrondwettelijk zijn.⁵¹ Het hof bevestigde zijn uitspraak in *Keshavananda*-zaak, en benadrukte dat rechterlijke toetsing een basiskennmerk van de Indiase grondwet was geworden en daardoor niet kan worden afgeschaft door middel van een grondwettelijke herziening. Ondanks de weerstand die de opstelling van het Indiase Hof heeft opgeroepen, heeft het tot op de dag van vandaag aan zijn zelf geclaimde bevoegdheid om grondwetsherzieningen aan de inhoud van de constitutie te toetsen vastgehouden.⁵² Interessant genoeg geeft de officiële tekst van de Indiase grondwet deze dubbelzinnigheid in de Indiase constitutie weer. De toegevoegde bepalingen 368 lid 4 en 368 lid 5 staan ook na hun rechterlijke afwijzing nog gewoon vermeld, maar wel met de volgende voetnoot: ‘This section has been declared invalid by the Supreme Court in *Minerva Mills Ltd. and Others Vs. Union of India and Others* (1980) 2 S.C.C. 591.’⁵³

3. Inhoudelijke eisen aan grondwetsherziening in Nederland

Inhoudelijke constitutionele beperking van de mogelijkheid van grondwetsherziening kunnen dus volgen uit de tekst van de Grondwet zelf maar ook uit de bredere materiële constitutionele context van niet-grondwettelijk constitutioneel recht, bestendige constitutionele praktijken, interpretaties en ideeën waarin de betekenis van een grondwet door de

49 *Kesavananda v State of Kerala* [1973] AIR 1461 (SC).

50 Basu 2012, p. 167.

51 *Minerva Mills Ltd v Union of India* [1980] AIR 1789 (SC).

52 Basu 2012, p. 45.

53 https://www.india.gov.in/sites/upload_files/npi/files/coi_part_full.pdf.

tijd heen door verschillende actoren wordt geconstrueerd. Het globale overzicht hierboven nodigt uit om naar de specifieke Nederlandse situatie te kijken: zijn er in de Nederlandse constitutie vergelijkbare en/of geheel andere aanknopingspunten te vinden voor inhoudelijke constitutionele eisen aan formele grondwetsverandering? Hierbij beoog ik niet alleen om eventuele formele juridische rechtsregels vast te stellen, maar ook om vanuit een historisch-institutioneel perspectief juridische en niet-juridische constitutionele normen, beginselen en conventies te identificeren die de bevoegdheid van toekomstige Nederlandse grondwetgevers zouden kunnen beperken.

3.1 Inhoudelijke eisen ontleend aan de tekst van de Grondwet

De tekst van de Nederlandse Grondwet bevat in vergelijking met veel andere grondwetten bijzonder weinig aanknopingspunten voor de vaststelling van inhoudelijke eisen aan grondwetsherziening die de bevoegdheid van de grondwetgever kunnen beperken. In onze Grondwet staan geen eeuwigheidsclausules of andersoortige expliciete inhoudelijke beperkingen van de mogelijkheid van grondwetsherziening. Ook wijst onze Grondwet geen instantie aan die de oorspronkelijke, niet herleidbare constituerende macht bezit.⁵⁴ Daardoor kan er in elk geval op basis van de tekst van de Grondwet geen helder onderscheid worden gemaakt tussen een (hiërarchisch hogere) oorspronkelijke constituerende macht en een (lagere en dus gebonden) geconstitueerde grondwetgever en/of -herziener.⁵⁵ Verder maakt onze Grondwet geen expliciet onderscheid tussen fundamentele en minder fundamentele constitutionele veranderingen. Ten slotte bezigen de artikelen die de veranderingsprocedures voor onze Grondwet vaststellen (de artikelen 137-142) geen terminologie die onderscheid maakt tussen verschillende soorten of typen verandering. Deze artikelen gebruiken alleen het woord ‘verandering’, dat in taalkundige zin elk soort ‘anders worden’ kan betekenen.⁵⁶ Het woord ‘herziening’ dat sinds 1983 in de titel van hoofdstuk 8 van de Grondwet (‘Herziening van de Grondwet’) staat, zou op etymologische gronden kunnen worden gelezen als ‘corrigeren’ of ‘verbeteren’. Er zijn echter geen aanwijzingen dat de grondwetgever ook zo’n betekenis aan dit woord heeft willen geven. Naar alle waarschijnlijkheid ging het bij de introductie van het woord ‘herzien’ slechts om een taalkundige modernisering van de oude titel ‘van veranderingen en bijvoegselen’ en niet om de introductie van een (extra) beperking van de mogelijkheid van formele grondwetsverandering.

54 Zoals bijvoorbeeld de Amerikaanse grondwet doet met de aanhef ‘We the People’.

55 Kortmann 2008, p. 34; Hoogers 2007 p. 107. Ook uit de historische ontwikkeling van onze constitutie kan niet één oorspronkelijke of primaire constituerende macht worden gededuceerd. In plaats daarvan heeft de constituerende macht in ons bestel zich na 1814 door pluriformiteit en complexiteit gekenmerkt: ons bestel kent een veelvoud aan constituerende regels en instellingen die op diverse niveaus – decentraal, nationaal en internationaal – *de facto* constituerende bevoegdheden uitoefenen of dat in het verleden hebben gedaan.

56 Zie de Dikke van Dale Online (15-3-2020), lemma ‘verandering.’

3.2 Sporen en pad-afhankelijkheden

Zoals gezegd, de Grondwet zelf zegt niets over wat ‘herzien’, ‘corrigeren’ of ‘verbeteren’ van de constitutie of de Grondwet inhoudt. Toch hebben zich in de Nederlandse constitutionele geschiedenis wel enkele episodes voorgedaan waarop ‘hogere’, constituerende machten (hoe pluriform, complex en dus ongrijpbaar die entiteiten in de Nederlandse context ook zijn) bepaalde ontwikkelingsrichtingen lijken te hebben aangegeven.⁵⁷ Het gezag en de macht van een constituerende macht wordt in die episodes bepaald in een dynamisch en vaak langlopend samenspel tussen de betreffende constituerende macht zelf en andere leidende instituties in politiek en samenleving. Als een constituerende macht de constitutie puur op eigen houtje probeert te veranderen (en zich bijvoorbeeld alleen op een herziening van de tekst van de Grondwet richt), dan loopt hij het risico dat hij niets verwezenlijkt.⁵⁸ Maar als een constituerende macht op constructieve wijze en voor langere tijd met leidende actoren in politiek, markt en samenleving interacteert – wat overigens ook zonder een bewustzijn of specifieke intenties van betrokken actoren kan gebeuren⁵⁹ – dan kunnen constitutionele ontwikkelingen diepe institutionele ‘sporen’⁶⁰ trekken in de constitutionele orde die de juridische bevoegdheid en/of feitelijke macht van latere grondwetgevers kunnen beperken.⁶¹ In 1814, 1815 en 1848, bijvoorbeeld, werd de monarchie verankerd in de Nederlandse Grondwet. Hier werd de basis gelegd voor institutionele ‘pad-afhankelijkheden’ die zich in de eeuwen daarna zouden doen gelden, mede omdat ook politiek en samenleving de monarchie omarmden en de Koning belangrijke taken oppakte die de politiek liet liggen of niet kon vervullen.⁶² Het zou om juridische⁶³ en niet-juridische⁶⁴ constitutionele redenen nog steeds zeer moeilijk, zo niet onmogelijk, zijn om via de herzieningsprocedure van de Grondwet van Nederland een republiek te maken.

Verder werden er in 1848 onder leiding van Johan Rudolph Thorbecke belangrijke liberale elementen in de Nederlandse constitutie ingebracht. Ook die hebben diepe sporen in onze constitutionele en maatschappelijke orde getrokken – zelfs zó diep dat er meer dan honderd jaar later van plannen tot hervormingen van de democratie maar weinig terecht kwam.⁶⁵ Iets vergelijkbaars geldt mogelijk voor ‘1917’, het ‘moment’ waarop de democratisering van Nederland bekrachtigd werd met een verandering van de grondwettelijke tekst.⁶⁶ Het universeel kiesrecht lijkt nu zo goed als onmogelijk op constitutionele wijze af te schaffen. Andere diepe sporen in de Nederlandse constitutionele orde werden getrokken zonder dat de grondwetgever daar überhaupt aan te pas kwam (of pas in een laat stadium). Overweeg bijvoorbeeld de ontwikkeling van het parlementaire stelsel vanaf ongeveer halverwege de 19^{de} eeuw, de

57 Zie par. 3.1. hierboven.

58 Dit overkwam bijvoorbeeld de Amerikaanse grondwetgever na de Burgeroorlog toen deze met het veertiende amendement onder andere gelijk burgerschap probeerde in te voeren. Het veertiende amendement kreeg pas betekenis na de burgerrechtens-revolutie van de jaren '60. Zie Ackerman 2014.

59 Passchier 2017.

60 Van Leeuwen 2013.

61 Bruce Ackerman noemt dit proces ‘higher law-making’. Zie Ackerman 1993.

62 Ballin 2013.

63 Met name in verband met het Koninkrijksrecht, zie hieronder. Maar ook omdat het aandeel dat de monarchie heeft in onze Grondwet (maar liefst 17 artikelen gaan hierover) nog steeds relatief groot is (en zou de Koning zich ook in het geval een voorstel tot verandering van de Grondwet van de monarchie beoogt af te schaffen houden aan de conventie dat de Koning alle wetten die door de Staten-Generaal zijn aangenomen moet bekrachtigen?).

64 Aerts 2016, p. 45-56.

65 Van Leeuwen 2013. ‘Steeds weer bleek het spoor van de bestaande grondwet, bekend als de grondwet van de negentiende-eeuwse hervormer J.R. Thorbecke, te diep uitgesleten om gemakkelijk weer te kunnen verlaten’, aldus Van Leeuwen.

66 Hirsch Ballin 2017.

opkomst van de sociale rechtsstaat vanaf begin 20^{ste} eeuw, de Europeanisering⁶⁷ en internationalisering⁶⁸ van het nationale recht vanaf het einde van de Tweede Wereldoorlog, en recenter de opkomst van de ‘ecologische rechtsstaat.’⁶⁹

Puur staatsrechtelijk gezien kunnen deze sporen eventuele daarmee op gespannen voet staande grondwetsherzieningen niet tegenhouden. Tegelijkertijd is het denkbaar dat diep ingesleten ideeën over welke onderdelen van onze constitutie ‘fundamenteel’ zijn of behoren tot ‘voorrang’ constitutionele actoren aanleiding geven om de geldigheid van eventuele grondwetsherzieningen die in hun ogen ‘verslechtering’ betekenen, te betwisten. Ook kunnen diepe institutionele sporen het feitelijk onmogelijk maken voor de grondwetgever om bepaalde verandering *daadwerkelijk* te bewerkstelligen. Een van deze sporen afwijkende herziening kan dan misschien wel in de tekst van de Grondwet terechtkomen, maar zij is bij aanvang reeds obsoleet, omdat de institutionele structuren die zij probeert te veranderen of uit te wissen, hoe dan ook zullen voortleven.

3.3 Eisen van hoger constitutioneel recht

De Grondwet is niet de enige bron van constitutioneel recht.⁷⁰ Constitutioneel recht is onder andere ook te vinden in organieke besluiten, ongeschreven regels, het internationale recht, het recht van de Europese Unie en het Statuut van het Koninkrijk. Relatief bijzonder aan Nederland is dat deze laatste drie regelingen hoger in de juridische normenhierarchie staan dan de Grondwet.⁷¹ Hoe dat per rechtsbron precies zit, wordt hieronder toegelicht. Daarbij laat ik in deze paragraaf zien dat constitutionele standaarden die volgen uit het internationale en Europese recht en het Statuut voor het Koninkrijk, vanwege hun hogere juridische rang, bron kunnen zijn van inhoudelijke constitutionele eisen aan grondwetsherziening en dus van grenzen aan de bevoegdheid van de grondwetgever.

3.3.1. Eisen uit het internationale recht

Uit het internationale recht volgen diverse normen en beginselen met een constitutionele betekenis, zoals standaarden die volgen uit (mensenrechten)verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties zoals de Raad van Europa.⁷² Ook kan gedacht worden aan normen en beginselen van internationaal gewoonterecht, zoals het ‘*jus cogens*’: rechten en verdragen die altijd gelden, ook al heeft een staat daar niet uitdrukkelijk mee ingestemd.⁷³ In Nederland heeft het internationale recht dat bindend is voor het Koninkrijk der Nederlanden ‘automatisch’ interne werking in de Nederlandse rechtsorde.⁷⁴ Ook hebben in Nederland geldende internationaalrechtelijke normen juridisch gezien een hogere rang dan normen die

67 Zie daarover bijvoorbeeld Voermans & Van de Burg 2014.

68 Zo zou het in verband met art. 90 van de Grondwet wellicht onmogelijk voor de regering zijn om mee te werken aan een grondwetsherziening die de ontwikkeling van de internationale rechtsorde zou ondermijnen.

69 Passchier, *Trouw* 23 oktober 2018.

70 Kortmann 2008, p. 27.

71 In veel landen heeft de grondwet, althans in juridisch-dogmatische zin, suprematie boven andere juridische en niet-juridische regelingen. Alleen al in Europa trof ik in 33 van 46 grondwetten een ‘suprematie clausule’ aan. Zie de grondwetten van Albanië (art. 4), Andorra (art. 3), Armenië (art. 6), Azerbaïjan (art. 147), Bosnië en Herzegovina (art. 2), Bulgarije (art. 5), Cyprus (art. 179), Duitsland (art. 20), Estland (par. 3.), Finland (sectie 106 en 107), Georgië (art. 6), Griekenland (art. 1), Hongarije (art. R en T), Ierland (art. 15), Italië (art. 136), Kosovo (art. 16), Kroatië (art. 5), Liechtenstein (art. 2), Litouwen (artt. 5-7), Macedonië (art. 51), Malta (sectie 6), Moldavië (Preamble en art. 7), Montenegro (artt. 6 en 145), Oekraïne, Polen (art. 8), Portugal (artt. 3 en 277), Rusland (artt. 4 en 15), Servië (art. 194), Slovenië (art. 153), Slowakije (art. 2), Spanje (Final provision), Turkije (art. 6), Zweden (art. 3).

72 Kortmann 2008, p. 33.

73 Bijvoorbeeld het gebod om piraterij, slavernij en genocide tegen te gaan wordt door bijna alle staten erkend. Zie over het *jus cogens* bijv. Weatherall 2015.

74 Erkend door de Hoge Raad o.a. in HR 3 maart 1919, ECLI:NL:HR:1920:242, (*Grenstraktaat Aken*). Zie ook Bovend'Eert e.a. 2018, p. 186.

volgen uit nationaal recht, waaronder normen die volgen uit de Grondwet.⁷⁵ In dit ‘monistische’ stelsel zijn grondwettelijke normen en herzieningen van de Grondwet die niet verenigbaar zijn met constitutionele normen die volgen uit het internationale recht daarom als ‘inconstitutioneel’ te beschouwen.

In de huidige situatie worden de mogelijkheden van de (nationale) grondwetgever om de Grondwet te veranderen dus juridisch gelimiteerd door inhoudelijke constitutionele eisen van internationaal recht. Tegelijkertijd is het de vraag hoe robuust deze grenzen zijn. Op dit moment heeft Nederland een (gematigd) monistisch stelsel (artikel 93 Grondwet).⁷⁶ In landen met een ‘dualistisch’ stelsel moeten internationaalrechtelijke normen formeel eerst worden omgezet – ofwel: ‘getransformeerd’ – door een nationaal ambt alvorens deze normen binnen de nationale rechtsorde gelden. Maar volgens het Nederlandse monisme is de nationale rechtsorde formeel onderdeel van een ‘hogere’ en meeromvattende internationale rechtsorde waarvan de normen automatisch bindend zijn voor nationale ambten. Het internationale recht schrijft echter geen monistisch stelsel voor. Dat is een keuze van staten zelf.⁷⁷ Een tweederdemeerderheid zou ons monistische stelsel dus wellicht (verder) kunnen matigen of zelfs een dualistisch stelsel kunnen introduceren, in een poging om inhoudelijke eisen aan grondwetswijzigingen die volgen uit het internationaal recht voor de nationale grondwetgever juridisch te ontkrachten.⁷⁸ Een gewone meerderheid – en dus zeker een tweederdemeerderheid – zou in theorie ook verdragen die eventuele grondwetswijzigingen in de weg staan, kunnen *opzeggen* (al kan de medewerking van de regering hieraan wellicht in strijd komen met artikel 90 van de Grondwet ‘De regering bevordert de ontwikkeling van de internationale rechtsorde’).⁷⁹ In het geval van ongeschreven internationaal recht, in het bijzonder het hierboven genoemde *jus cogens*, is dat dan weer beduidend minder eenvoudig: ongeschreven recht kan een staat niet opzeggen, hooguit kan een staat het niet meer naleven en erkennen. Het effect daarvan zal echter beperkt zijn, omdat het ongeschreven internationale recht zijn gelding in de internationale rechtsorde ontleent aan de effectiviteit en erkenning door een significant deel van de internationale gemeenschap, waarvan Nederland slechts één van de vele leden is. Nederland en zijn nationale ambten zouden uiteraard kunnen ontkennen aan normen van *jus cogens* gebonden te zijn, maar dat wil niet zeggen dat er voor de grondwetgever geen (internationale) sanctie meer staat op het overtreden van zulke normen en zijn bevoegdheid dus toch door normen van *jus cogens* beperkt worden.

75 Ibid., p. 192. Wat overigens niet wil zeggen dat het volkenrecht ook altijd voorrang heeft. Zie over het onderscheid ‘hogere rang’ en ‘voorrang’ ook Hoogers 2009, p. 40 *et seq.* Zie ook par 3.6 hieronder.

76 ‘Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.’

77 Ibid, p. 182.

78 Het voorstel Taverne beoogt dit. Zie *Kamerstukken II 2011/12*, 33359-(R1986) nr. 3.

79 Zie art. 91 Grondwet en de Rijkswet voor goedkeuring en bekendmaking van verdragen (Rgvb). *Stb* 1994, 542.

3.3.2. Eisen uit het EU-recht

Ook uit het recht van de Europese Unie volgen inhoudelijke constitutionele eisen aan grondwetsherzieningen. Anders dan in veel andere lidstaten⁸⁰ erkennen verreweg de meeste⁸¹ relevante Nederlandse constitutionele commentatoren en actoren, inclusief de Hoge Raad,⁸² dat het recht van de EU op eigen kracht (dus los van ons nationale constitutionele recht) interne werking heeft.⁸³ Ook erkennen Nederlandse constitutionele actoren de voorrang van het EU-recht op nationaal recht,⁸⁴ inclusief nationaal grondwettelijk recht.⁸⁵ Deze erkenning impliceert dat ook de grondwetgever is gebonden aan de constitutionele normen die volgen uit EU-recht en dat, in verband met EU-recht, bepaalde grondwetsherzieningen inconstitutioneel zouden kunnen zijn.⁸⁶

Mocht een toekomstige Nederlandse grondwetgever een herziening willen doorvoeren die in strijd is met de beginselen van de democratische rechtsstaat, dan is de kans groot dat hij zal stuiten op artikel 2 VEU: 'De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, nondiscriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen'. Een recente uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over een Poolse wet die de pensioengerechtigde leeftijd van de rechters van de hoogste rechterlijke instantie in Polen verlaagt illustreert dat artikel 2 VEU – en zijn verdere uitwerking in onder andere artikel 19 VEU⁸⁷ en het EU-Handvest van de grondrechten – tegen nationale anti-rechtsstatelijke en antidemocratische (grond)wetgeving kan worden ingeroepen.⁸⁸

Tegelijkertijd moet ook hier opgemerkt worden dat een tweederdemeerderheid van het parlement zichzelf uiteindelijk wel boven het EU-recht zou kunnen plaatsen (althans in formeel-juridische zin).⁸⁹ Dat kan bijvoorbeeld door de doorwerking van EU-recht op basis van EU-recht zelf niet langer te erkennen (zoals bijvoorbeeld belangrijke Deense⁹⁰ en Duitse⁹¹ constitutionele actoren gedeeltelijk doen). Indien deze erkenning bij belangrijke constitutionele actoren wegvalt, dan verliest de regel dat EU-recht doorwerkt op basis van het EU-recht zijn normatieve kracht, en werkt het EU-recht mogelijk door als elk ander internationaal recht.⁹² Een tweederdemeerderheid heeft – puur juridisch gezien⁹³ – ook de mogelijkheid om de Europese Unie te verlaten. Dat kan formeel namelijk bij gewone wet geschieden.⁹⁴ Ook kan een meerderheid in het parlement samen met de regering de inhoud van EU-verdragen proberen te veranderen. Daarvoor is dan wel de steun van alle andere lidstaten nodig.⁹⁵ Hier

80 Craig & de Búrca 2011.

81 De enige relevante uitzondering die mij bekend is: L.

Besselink, *NJB* 1996, p. 165 e.v.

82 HR 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1797, *NJ* 2005/80, m.nt. E.A. Alkema (verplichte rusttijden).

83 Ingevolge Zaak C-26/62 *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR I.

84 Ingevolge Zaak C-6/64 *Flaminio Costa v E.N.E.L.* [1964] ECR 585.

85 Ingevolge *ibid* en bevestigd in Zaak 106/77 *Amministrazione delle Finanze v Simmenthal SpA* [1978] ECR 629.

86 Zie hierover in Hongaars verband: Dupré 2015, p. 364-383.

87 Waarin o.a. staat dat 'De lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren (lid 1).'

88 Zaak C-619/19 *Europese Commissie t. Republiek Polen* [2019]. ECLI:EU:C:2019:531.

89 In institutionele zin is dat wellicht moeilijker dan het juridisch lijkt te zijn. Zie par. 3.2. hierboven.

90 Haket 2017.

91 Heun 2011, p. 186; Steinz 2011, p. 136.

92 In ons monistische stelsel is de EU-recht vijandige grondwetgever ook dan nog steeds niet vrij van de beperkingen van EU-recht, want ook dan heeft EU-recht nog steeds automatisch interne werking, maar dan op basis van nationaal constitutioneel recht (zie par. 3.3.1. hierboven).

93 De geschiedenis van de Brexit heeft nu al laten zien dat een exit uit de EU institutioneel gezien veel ingewikkelder is dan het recht suggereert. Zie ook par. 3.2. hierboven.

94 De Rbgv en Artikel 50 VEU.

95 Art. 48 VEU.

geldt echter wel een belangrijke beperking: het lijkt erop dat ook de constitutie van de EU zelf bepaalde verdragswijzigingen onmogelijk maakt, ook al bevatten de EU-verdragen geen expliciete inhoudelijke eisen aan verdragsherziening.⁹⁶ In zekere zin kunnen er in de EU dus ook constitutionele grondwetsherzieningen voorkomen en die kunnen op hun beurt, zij het indirect, relevant zijn voor de bevoegdheid van de Nederlandse grondwetgever.

3.3.3. Eisen uit het Statuut

De enige *geschreven* constitutionele regeling waar onze grondwetgever formeel niet op eigen kracht aan kan ontsnappen, is het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden. Het Statuut plaatst zichzelf boven de Grondwet⁹⁷ en bepaalt dat de Grondwet de bepalingen van het Statuut in acht neemt.⁹⁸ Dit betekent dat een herziening van de Grondwet die in strijd is met het Statuut onverbindend is wegens strijd met hoger (constitutioneel) recht.⁹⁹ Wie dus bijvoorbeeld langs niet-revolutionaire weg van Nederland een republiek wil maken, wordt niet alleen geconfronteerd met de procedurele eisen van artikel 137 van de Grondwet, maar in elk geval ook met de inhoudelijke standaarden van de artikelen 1, 1a en 2 van het Statuut waarin o.a. staat dat het Koninkrijk Nederland, Aruba, Curaçao en Sint-Maarten omvat en de Koning de regering van het Koninkrijk en van elk der landen voert.

Nu is het Statuut formeel niet onveranderbaar. Het Statuut kan zelfs per Rijkswet worden gewijzigd (dus zonder tweederdemeerderheid in beide kamers der Staten-Generaal).¹⁰⁰ Maar wie denkt dat dit het gemakkelijker maakt om het Statuut te wijzigen dan de Grondwet kan bedrogen uitkomen.¹⁰¹ Een dergelijke wijziging moet namelijk door de regeringen van de vier landen (Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten), de beide Kamers der Staten-Generaal en de Staten van de drie Caribische landen worden goedgekeurd.¹⁰² Ook een eventuele afscheiding van Nederland van het Koninkrijk moet formeel deze weg bewandelen. En als een voorstel van Rijkswet tot wijziging van het Statuut afwijkt van de Grondwet, dan moet dit voorstel ook nog eens de 'gewone' herzieningsprocedure van de Grondwet (artikel 137) volgen, zij het dat in tweede lezing een gewone meerderheid van de uitgebrachte stemmen dan volstaat.¹⁰³

Niet alle constitutionele regelingen van het Koninkrijk staan in het Statuut; sommige staan in de Nederlandse Grondwet. Een deel van de Grondwet heeft dus, naast betrekking op Nederlandse instituties, betrekking op 'aangelegenheden van het Koninkrijk'. Ook hier kunnen inhoudelijke limieten aan de bevoegdheid van de Nederlandse grondwetgever uit voortvloeien, omdat de Nederlandse grondwetgever aangelegenheden van het Koninkrijk niet in zijn eentje mag herzien. Artikel 5 lid 3 van het

96 Passchier & Stremmer 2016.
97 Zie art. 48 Statuut: 'De landen nemen bij hun wetgeving en bestuur de bepalingen van het Statuut in acht'.

98 Art. 5 lid 2 Statuut. Andersom erkent de Grondwet ook het primaat van het Statuut, zij het op indirecte wijze. Zie Hoogers 2009, p. 19.

99 Bovend'Eert 2018, p. 278.

100 Art. 55 Statuut.

101 Bovend'Eert 2018, p. 351.

102 Art. 55 Statuut.

103 Fleuren 2019.

Statuut bepaalt immers dat bij zulke aangelegenheden de procedure van een Rijkswet gevolgd dient te worden. Wat de ‘aangelegenheden van het Koninkrijk’ in de Grondwet precies zijn, is overigens niet volledig uitgekristalliseerd.¹⁰⁴ Soms is dat heel duidelijk, bijvoorbeeld in het geval van de monarchie of mensenrechten.¹⁰⁵ Over de vraag of bijvoorbeeld de Staten-Generaal een aangelegenheid van het Koninkrijk zijn, wordt getwijfeld. In elk geval kan de inhoud die aan het begrip ‘aangelegenheden van het Koninkrijk’ gegeven wordt de bevoegdheid van de Nederlandse grondwetgever aanzienlijk beperken.

3.4 Samenhang en immanente grenzen

De tekst van onze Grondwet geeft (vooralsnog) niet aan of de Grondwet een verzameling losse normen is of een samenhangend geheel dat vormgeeft aan meerdere gerelateerde idealen.¹⁰⁶ Toch leiden commentatoren en gezaghebbende actoren (inductief) uit verschillende grondwettelijke bepalingen¹⁰⁷ en de beginselen waaraan onze constitutionele orde uitdrukking geeft¹⁰⁸ af dat Nederland een democratische rechtsstaat is en dat de Grondwet ook in dat licht geïnterpreteerd moet worden. Wie deze ‘materiële samenhang van de constitutie’ serieus neemt, kan daaruit het bestaan van ‘immanente’ grenzen ten aanzien van de bevoegdheid tot grondwetsherziening afleiden: de grondwetgever mag niet zomaar bepalingen opnemen of veranderen die in strijd zijn met het ideaal van de democratische rechtsstaat, want dat zou het systeem van de Grondwet verstoren en niet passen binnen de bestaande constitutionele orde.

Een eventuele ‘algemene bepaling’ waarin staat dat ‘de Grondwet (...) grondrechten en de democratische rechtsstaat [waarborgt]’ – mocht deze in tweede lezing worden aangenomen – zou in belangrijke mate bijdragen aan de eenheid van de Grondwet en de immanente grenzen die daaruit volgen expliciteren.¹⁰⁹ Dit werd ook beaamd door de regering tijdens de behandeling van deze algemene bepaling in de Tweede Kamer. De regering stelde daarbij dat ‘(...)intrekking of wijziging van bepalingen in de Grondwet dan wel codificatie in de Grondwet van nieuwe zaken niet zo ver kunnen gaan dat de Grondwet als gevolg daarvan de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten niet meer zouden waarborgen’.¹¹⁰ Volgens Stremmer mogen we daar echter niet uit afleiden dat de algemene bepaling de mogelijkheid van een ‘ongrondwettelijke grondwetswijziging’ in ons constitutionele bestel introduceert.¹¹¹ ‘Het verbod op grondwetsherzieningen die in strijd zijn met de democratische rechtsstaat is afkomstig van de grondwetgever zelf. Het valt lastig in te zien hoe een eerdere grondwetgever een latere grondwetgever kan binden’, aldus Stremmer.¹¹² Tegenover deze enigszins formalistische benadering kan echter worden gesteld dat de Grondwet als systeem de democratische rechtsstaat reeds belichaamde

104 Bovend'Eert 2018, p. 277.

105 Zie de artt. 1a Statuut en 43 Statuut. Zie voor een overzicht Hoogers 2009, p. 22.

106 Dit zou t.z.t. met de invoering van een ‘algemene bepaling’ kunnen veranderen, zie hieronder.

107 Voermans 2011, p. 31-32.

108 Volgens Hirsch Ballin zijn dat de beginselen van de sociale rechtsstaat, ‘alsmede een conceptie van de mens als gelijkelijk met anderen te respecteren persoon wiens waardigheid tot voorwaarde heeft dat de rechtsorde ‘verhindering van vrijheid’, zowel van de kant van de staat als door andere (met name sociaaleconomische) factoren, moet tegengaan.’ Hirsch Ballin 1982, p. 94.

109 Stremmer 2018, p. 213.

110 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 516, 3, p. 9.

111 Stremmer 2018, p. 216.

112 Ibid.

en de grondwetgever dit met de algemene bepaling nog eens expliciteert. De grondwetgever kan deze explicitering inderdaad weer intrekken, zoals Stremmer ook aangeeft, maar niet zomaar veranderen, omdat deze reeds ‘vervlochten’ is met de Grondwet als geheel.

Een moeilijke kwestie is de herzieningsprocedure van de Grondwet zelf. In Nederland wordt er in het algemeen vanuit gegaan dat de grondwettelijke herzieningsprocedure formeel wijzigbaar is.¹¹³ Dat is in de afgelopen 200 jaar dan ook een aantal keer gebeurd.¹¹⁴ Neemt men echter de samenhang en de functie van de Grondwet serieus, dan is de wijzigbaarheid van de herzieningsprocedure van de Grondwet helemaal niet zo vanzelfsprekend als hij lijkt. Erkent men dat de grondwetgever de bevoegdheid heeft om de herzieningsprocedure van de Grondwet te veranderen, dan volgt daaruit dat de ambten die de Grondwet mogen herzien uiteindelijk aan geen enkele bepaling onderworpen zijn. Met Hoogers zou betoogd kunnen worden dat de Grondwet in dat geval nooit zijn functie als grondwet kan vervullen en dat de herzieningsprocedure van de Grondwet daarom onwijzigbaar is.¹¹⁵

3.5 Algemene normen en beginselen

Verder kunnen, zoals wij hebben gezien, eventuele beperkingen aan de bevoegdheid van de grondwetgever voortvloeien uit algemene, min of meer absolute beginselen. Welke rol spelen zulke beginselen in de Nederlandse constitutionele orde?

Volgens Kortmann erkent ons positieve constitutionele recht geen algemene normen en beginselen – of wat hij noemt ‘boven-constitutioneel recht’.¹¹⁶ Hij gaat er dan ook vanuit dat grondwetgever *formeel* niet aan algemene normen en beginselen is gebonden.¹¹⁷ Hier valt mijns inziens wel iets op af te dingen, omdat diverse verdragen waar Nederland partij bij is wél zulke beginselen erkennen (zij het in hun preambules) en dus incorporeren in het geldende constitutionele recht.¹¹⁸ De Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (UVRM), bijvoorbeeld, erkent ‘de *inherente* waardigheid’ en de ‘*onvervreembare* rechten van alle leden van de mensengemeenschap [curs. RP].’¹¹⁹ Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) bouwt expliciet voort op het UVRM en verklaart niet dat het rechten ‘geeft’ maar zich ten doel stelt de ‘fundamentele’ rechten van de mens te ‘handhaven’ en verder te ‘verwezenlijken [curs. RP].’¹²⁰ Daarbij stelt de Preambule van het EVRM dat de leden van de Raad van Europa met het sluiten van dit verdrag ‘opnieuw’ hun diep geloof ‘bevestigen’ in deze fundamentele vrijheden. Het verdrag gebruikt dus woorden die uitdrukken dat de fundamentele rechten en vrijheden die het stipuleert ook gelden zonder het verdrag. En ook de Preambule van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) erkent ‘de

113 Kiewiet & Van der Tang 2019.

114 Ibid.

115 Hoogers 2007.

116 Anders dan bijvoorbeeld de Ierse grondwet die stelt dat ‘the state acknowledges that man, in virtue of his rational being, has the natural right, antecedent to positive law, to the private ownership of external goods’ (art. 43). Dit bracht mijn mentor Gary Jacobsohn (The University of Texas at Austin) ertoe om in zijn colleges te stellen dat je in Ierland dus een natuurrechtendokter moet zijn, alvorens je een goede rechtspositivist kunt worden.

117 Kortmann 2008, p. 80.

118 Waarvan je je dan elke keer moet afvragen in hoeverre zij juridisch bindend zijn. Zie Voermans, Stremmer & Cliteur 2017, p. 89-91 en p. 111-114.

119 Bron Nederlandse vertaling: https://wetten.overheid.nl/BWBV0001008/1948-12-10#Verdrag_2.

120 Bron Nederlandse vertaling: https://wetten.overheid.nl/BWBV0001008/1948-12-10#Verdrag_2.

ontwikkeling van de universele waarden van de *onschendbare* en *onvervreemdbare* rechten van de mens en van vrijheid, democratie, gelijkheid en de rechtsstaat [curs. RP].’

Maar zelfs als we met Kortmann aannemen dat het geldende constitutionele recht strikt genomen geen algemene normen en beginselen erkent, kan de bevoegdheid van de grondwetgever in institutioneel opzicht alsnog door zulke standaarden beperkt worden.¹²¹ In een meer institutionele visie op constituties kunnen concepties van algemene normen en beginselen – of zij nu wel of geen basis hebben in het positieve recht, en of zij inderdaad een natuurrechtelijke¹²² of cultuurrechtelijke¹²³ oorsprong hebben of ‘slechts’ het product zijn van de menselijk verbeeldingskracht¹²⁴ – de bevoegdheid van de grondwetgever limiteren, indien het bestaan en de inhoud van zulke concepties door voldoende gezaghebbende leden van de constitutionele gemeenschap worden erkend en door de verschillende ambten waar de grondwetgever uit bestaat als bindend worden ervaren. Wat voor inhoud kan er in de Nederlandse context aan algemene beginselen worden gegeven? Diverse prominente constitutionele auteurs doen interessante suggesties. Neem eerst de hierboven al geciteerde Kortmann, die het tegengaan van absolutisme en totalitarisme ziet als de essentiële functie van constituties. ‘Een constitutie die deze functie niet vervult kan beschouwd worden als een non-constitutie.’¹²⁵ Volgens Kortman is er veel te zeggen voor de gedachte dat ook de Nederlandse constitutie – inclusief Grondwet – moet blijven voldoen aan de eisen van het constitutionalisme en de rechtsstaat, omdat de waardigheid van de mens – daar waar het volgens Kortman uiteindelijk om draait – met systemen die van deze eisen afwijken niet is gediend.¹²⁶ Ook volgens Hirsch Ballin moet het constitutionele recht eraan bijdragen dat de menselijke waardigheid wordt gerespecteerd. De voorwaarde voor elke gemeenschap is immers, zo gaat dit argument, de wederzijdse erkenning van leden van de gemeenschap als medemensen. De grondwetswijziging die een systeem een andere richting laat opbuigen staat daarmee op gespannen voet en kan dus nooit tot een harmonische, d.w.z., stabiele, kalme en vredige maatschappelijke ordening leiden. Deze *rechtsidee* vat Hirsch Ballin op als het ‘transcendentale natuurrecht’.¹²⁷

Burkens aarzelt om een absolute waarheid of norm te erkennen, omdat de geschiedenis zou hebben laten zien dat waarheidsclaims in de politiek juist leiden tot het vertrappen van de democratiegedachte, fundamentele waarden en rechtsstatelijke beginselen.¹²⁸ ‘De rechtsstaat dient [daarom] principieel uit te gaan van een niet-absoluut, slechts relatief waarheidsbegrip’, aldus Burkens.¹²⁹ Dit betekent volgens Burkens niet dat er helemaal geen hogere normen bestaan waaraan democratische besluiten zoals die van een grondwetgever zouden kunnen worden getoetst: ‘Tot op zekere

121 Wat Kortmann zelf overigens ook wel lijkt te erkennen. Zie Kortmann 2008, p. 81.

122 Cf. Kinneging 2020.

123 Zie daarover Cliteur 1989, hoofdstuk 7.

124 ‘Het bestaan van natuurrecht, het wezen universele mensenrechten, rust op geloof erin, in plaats van op feiten. Recht en mensenrechten zijn niet ingeboren of het product van metafysische openbaring: het is mensenwerk,’ aldus Wim Voermans. Zie Voermans 2019, hoofdstuk 25.

125 Kortmann 2008, p. 81.

126 Ibid.

127 Hirsch Ballin, 1982, p. 95.

128 Burkens e.a. 2006, p. 28.

129 Ibid., p. 30.

hoogte kan men stellen dat zulke normen toch wel bestaan. We denken dan in het bijzonder aan fundamentele rechten en vrijheden van de mens, zoals deze algemeen in de wereld als gedragsstandaard worden erkend'.¹³⁰

3.6 Rechterlijke toetsing van grondwetsherzieningen

Er worden in de Nederlandse constitutionele orde dus wel degelijk inhoudelijke eisen aan grondwetsherziening aangetroffen. Kan de rechter concrete grondwetsherzieningen (of voorstellen daartoe) eventueel aan zulke eisen toetsen en eventueel als 'inconstitutioneel' bestempelen?

Overweeg eerst de eisen die volgen uit het internationale recht. Artikel 94 van de Grondwet bepaalt dat 'binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften (...) geen toepassing [vinden] indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties'. De Grondwet is ook een 'wet'. Dat betekent dat ook de Grondwet buiten toepassing moet blijven als toepassing daarvan in strijd is met eenieder verbindende bepalingen van internationaal recht.¹³¹

De rechter leest in artikel 94 van de Grondwet echter ook een aantal toetsingsverboden. Op basis van artikel 94 weigert hij de toepassing van nationale wettelijke voorschriften te toetsen aan andere dan eenieder verbindende verdragsbepalingen.¹³² De rechter toetst de wet en de grondwet ook niet aan ongeschreven volkenrecht.¹³³

Dan volgt het EU-recht. Zoals wij hierboven reeds hebben gezien werkt het EU-recht direct en op eigen kracht door in de Nederlandse rechtsorde en heeft het op eigen gezag voorrang op het nationale recht, inclusief het nationale constitutionele en grondwettelijke recht.¹³⁴ Dit betekent niet dat de rechter nationale wetten en de Grondwet aan elke Europeesrechtelijke bepaling kan toetsen: dat is alleen mogelijk waar EU-normen voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk zijn en deze normen – indien zij uitvoeringshandelingen voorzien – de instellingen of lidstaten geen discretionaire bevoegdheden toekennen.¹³⁵ Hierbij lijkt doorslaggevend, in de woorden van de regering, 'het oordeel van de rechter of hij de bepaling kan toepassen op een aan hem voorgelegd geschil'.¹³⁶

Als het gaat om het toetsen van de Grondwet en grondwetsherzieningen aan het nationale recht en algemene (rechts)beginselen heeft de rechter veel minder ruimte. Naar het op dit moment geldende constitutionele recht mag de rechter de Grondwet niet toetsen aan het Statuut,¹³⁷ ongeschreven rechtsbeginselen¹³⁸ en aan zichzelf.¹³⁹ Verder mag de rechter niet toetsen of grondwetsherzieningen via de juiste procedure tot stand zijn gekomen.¹⁴⁰ En al lijkt dit vanzelfsprekend, toch moet het worden genoemd: de rechter toetst de Grondwet en grondwetsherzieningen ook niet aan lagere nationale regelingen, zoals 'gewone' wetten in formele zin,

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Kortmann 2008, p. 188. Bovend'Eert 2018, p. 192. Merk op dat art. 94 van de Grondwet geen normadressaat bevat. Dit betekent dat niet alleen de rechter, maar elk nationaal ambt de toepassing van nationale wettelijke voorschriften achterwege moet laten indien zij onverenigbaar zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

¹³² Ibid., p. 187.

¹³³ HR 6 maart 1959, ECLI:NL:HR:2008:BC7418, (*Nyugat II*). HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, (*Harmonisatiewet*).

¹³⁴ Zie par. 3.3.2. hierboven.

¹³⁵ Kortmann 2008, p. 127.

¹³⁶ Ibid. *Handelingen II* 1997/98, 25 992 (R1613), nr. 5, p. 9.

¹³⁷ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*).

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Art.120 Grondwet.

¹⁴⁰ Dat lijkt ten minste een logische implicatie van HR 27 januari 1961,

ECLI:NL:HR:1961:AG2059, *NJ* 1963/248, (*Van den Bergh*).

algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen. Uit de juridische doctrine en het feit dat de Grondwet moeilijker te veranderen is dan andere nationale regelingen volgt namelijk dat de Grondwet een hogere rang en voorrang heeft.¹⁴¹

Dat laatste wil natuurlijk niet zeggen dat lagere regelingen, bijvoorbeeld via de zogenoemde ‘reflexwerking’¹⁴² en conventies,¹⁴³ geen invloed kunnen uitoefenen op de betekenis van grondwettelijke bepalingen en de wijze waarop actoren zoals rechters deze interpreteren. Maar het is in verband met de juridisch-dogmatische normenhiërarchie onwaarschijnlijk dat de rechter de Grondwet expliciet aan lagere regelingen toetst.

Tot nu hebben de constitutioneelrechtelijke ‘toetsingsverboden’ veel gezag en een sterke normatieve werking in de Nederlandse politieke orde.

Rechters zullen niet snel van deze verboden afwijken, zowel vanwege hun eigen visie op hun rol in het constitutionele bestel als vanwege het feit dat afwijkingen van toetsingsverboden niet snel door andere constitutionele actoren geaccepteerd zullen worden.¹⁴⁴ Ondertussen kunnen liefhebbers van de democratische rechtsstaat misschien enige hoop putten uit de constitutionele ervaring van landen waar de rechter, in weerwil van toetsingsverboden, alles deed om het tij te keren toen het in democratisch en rechtsstatelijke opzicht écht mis ging. De Indiase casus¹⁴⁵ laat zien dat zelfs zeer expliciete grondwettelijke toetsingsverboden de rechter uiteindelijk niet per se hoeven tegen te houden om grondwetsherzieningen alsnog te toetsen.¹⁴⁶ Mocht de Nederlandse rechter in een penibele situatie ooit het Indiase voorbeeld volgen, dan komt het aan op de vragen: wie heeft het meeste gezag in de betreffende orde en situatie, de rechter of de grondwetgever? Wie volgen de betrokken constitutionele actoren, in het bijzonder de regering en het parlement? Wat wordt door de leden van de constitutionele gemeenschap geaccepteerd?

In Nederland hebben wij gedurende de afgelopen decennia de autoritaire verleiding (nog) niet zo sterk ervaren als de bewoners van India.

Bovendien zou, zoals Jacobsohn suggereert, de betekenis van een eventuele verantwoordelijkheid van de rechter om grondwetsherzieningen te toetsen aan het constitutionele recht, conventies of algemene beginselen moeten worden gezien in relatie tot de relatieve rigiditeit of flexibiliteit van het betreffende grondwettelijke document.¹⁴⁷ Grote delen van de Indiase grondwet kunnen bij gewone meerderheid worden herzien.¹⁴⁸ Maar in Nederland zou een rechterlijke afwijzing van een formele grondwetsherziening het moeten opnemen tegen twee regeringen, een gewone meerderheid in het parlement, een tweederdemeerderheid in het parlement en het electoraat.¹⁴⁹ Dat zou een formidabele uitdaging voor het rechterlijke gezag zijn. Het lijkt waarschijnlijk dat niet de rechter, maar de Nederlandse burgers en hun politieke vertegenwoordigers uiteindelijk de

141 Hoogers 2009, p. 9-10.

142 Loughlin 2010, p. 311.

143 Geertjes and Uzman 2015.

144 Ibid.

145 Zie par. 2.3. hierboven.

146 Hoe legitiem zulke acties zijn is weer een andere vraag.

147 Jacobsohn 2010, p. 82.

148 Art. 368 lid 2 Constitution of India.

149 Art. 137 Grondwet.

instituties zijn waar we op moeten rekenen als tegengegaan moet worden dat Nederland via grondwetsherzieningen zijn democratisch-rechtsstatelijke constitutionele identiteit verloochent.¹⁵⁰

4. Tot slot: hoe weerbaar is onze constitutionele identiteit?

In de Nederlandse constitutionele orde zijn meer aanknopingspunten voor inhoudelijke eisen aan grondwetsherzieningen te vinden dan vaak wordt gedacht. Deze eisen zijn nauwelijks expliciet, maar verborgen in het complex van materiële constitutionele regels, beginselen en praktijken die de betekenis van de Grondwet door de tijd heen hebben gevormd. Stel dat een autoritaire beweging eerst een meerderheid verwerft en, na tussentijdse verkiezingen, een tweederdemeerderheid in beide kamers van de Staten-Generaal en de Grondwet via de procedure van artikel 137 naar haar hand poogt te zetten. Kunnen inhoudelijke constitutionele eisen aan grondwetsherziening deze poging dat blijvend tegenhouden? Het korte antwoord hierop is, natuurlijk, 'nee', zeker waar zulke eisen impliciet blijven. Inhoudelijke eisen aan grondwetsherziening kunnen eventuele autoritaire bewegingen misschien wel vertragen. Zij maken het immers moeilijker om bepaalde veranderingen op een wettige manier door te voeren, mede omdat zij de argumentatiedrempel verhogen. Ook kunnen inhoudelijke eisen aan grondwetsherziening eventueel verzet tegen autoritaire bewegingen extra legitimeren. Het eventuele verzet tegen absolutisme kan immers sterker worden als dat zich, naast ethische en morele standaarden, ook kan beroepen op meer geïnstitutionaliseerde en geobjectiveerde *constitutionele* normen.

Inhoudelijke constitutionele eisen aan grondwetsherziening kunnen dus wel degelijk betekenis hebben. Toch wordt de ontwikkeling van de Grondwet uiteindelijk niet bepaald door zulke eisen. Het lot van Grondwet en de constitutionele orde is waarschijnlijk in laatste instantie in handen van diegenen die de feitelijke macht hebben om de noodtoestand uit te roepen of om een revolutie te beginnen. Tegen die krachten lijkt uiteindelijk geen enkele constitutionele norm opgewassen.

¹⁵⁰ Cf art. 20 lid 4 van de Duitse grondwet: 'All Germans shall have the right to resist any person seeking to abolish this constitutional order, if no other remedy is available.'

Literatuur

Ackerman 2014

B. Ackerman, *We The People: The Civil Rights Revolution*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1993, 1996 en 2014

Ackerman 1993

B. Ackerman, *We the People I: Foundations*, Harvard University Press 1993

Aerts 2016

R. Aerts, 'Het ingesleten pad. Over de betekenis van de Grondwet van 1815', in: Alen e.a. (red.), *De Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden van 1815: staatkundige en historische beschouwingen uit België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridisch 2016

Basu 1960

D. D. Basu, *Introduction to the Constitution of India*, 20th edn, New York: Lexis Nexis 2012

Besselink 1996

L. Besselink, 'De zaak-Metten: de Grondwet voorbij', *NJB* 1996, p. 165 e.v.

Bovend'Eert 2018

P. Bovend'Eert e.a. (red.), *Tekst & Commentaar: Grondwet en Statuut*, Deventer: Kluwer 2018

Burkens 2006

M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat: Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2006

Craig & de Búrca 2011

P. Craig & G. Búrca, *EU Law, Text Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2011

Cliteur 1989

P. Cliteur, *Conservatisme en cultuurrecht*, diss. Leiden 1989

Dow 1995

D. R. Dow, 'The plain meaning of Article V', in: Sanford Levinson (ed.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton: Princeton University Press 1995

Dupré 2015

C. Dupré, 'The Unconstitutional Constitution: A Timely Concept', in: A. von Bogdandy & P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Baden-Baden: Nomos 2015

Ellian e.a. 2018

A. Ellian e.a. (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging*, Amsterdam: Boom 2018

Elster 2000

J. Elster, *Ulysses Unbound*, Cambridge: Cambridge University Press 2000

Emke 1953

H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlijn: Duncker & Humblot 1953

Fleuren 2019

J.W.A. Fleuren, 'Commentaar op artikel 142 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, web editie 2019 (www.nederlandrechtsstaat.nl)

Fukuyama 2018

F. Fukuyama, *The End of History and the Last Men*, New York: Harper Perennial 2018 (eerst uitgegeven in 1993)

Geertjes & Uzman 2015

G. J. Geertjes and J. Uzman, 'Conventions of Unamendability: Covert Constitutional Unamendability in (Two) Politically Enforced Constitutions', September 16, 2015. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2619643>

Gözler 2008

K. Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Bursa: Ekin Press 2008

Haket 2017

S. Haket, 'The Danish Supreme Court's Ajos judgment (Dansk Industri): Rejecting a Consistent Interpretation and Challenging the Effect of a General Principle of EU Law in the Danish Legal Order', *Review of European Administrative Law* 10(1), 2017, pp. 135-135

Hallaq 2011

W. B. Hallaq, *An Introduction to Islamic Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2011

Heun 2011

W. Heun, *The Constitution of Germany: A contextual Analysis*, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing 2011

Hirsch Ballin 1982

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De wetenschap van het constitutionele recht: een kleine methodologie', in: Staatsrechtconferentie 1982, *Object en methode van de staatsrechtwetenschap*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982

Hirsch Ballin 2013

E.M.H. Hirsch Ballin, *De Koning: continuïteit en perspectief van het Nederlandse koningschap*, Amsterdam: Boom 2013

Hirsch Ballin 2017

E.M.H. Hirsch Ballin, *De stille revolutie van 1917: Dwarsverbindingen in democratisch burgerschap en onderwijs*, Amsterdam: Querido Fosfor 2017

Hoogers 2007

H.G. Hoogers, 'De herziening herzien: over de (on)vanzelfsprekendheid van het wijzigen van hoofdstuk 8 van de Grondwet', *RegelMaat* 2007 afl. 3, p. 99-114

Hoogers 2009

H.G. Hoogers, *De normenhiërarchie van het Koninkrijk der Nederlanden: een bijdrage aan het constitutioneel koninkrijksrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009

Jacobsohn 2010

G. J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 2010

Keken & Meerhof 2011

K. Van Keken & R. Meerhof, 'Donner blijft bij omstreden uitspraak over sharia', *de Volkskrant* 18 juni 2011

Kiewiet & Van der Tang 2019

J. Kiewiet & G.F.M. van der Tang †, 'Commentaar op artikel 137 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2019. (www.nederlandrechtsstaat.nl)

Kinninging 2020

A. Kinninging, *Onzichtbare Maat: Archeologie van goed en kwaad*, Amsterdam: Prometheus 2020

Koopmans 2003

T. Koopmans, *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, Cambridge: Cambridge University Press 2003

Kortmann 2008

C. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, Deventer: Kluwer 2008

Kotzur 2013

M. Kotzur, 'Constitutional amendments and constitutional changes in Germany', in: *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, London and New York: Routledge 2013

Van Leeuwen 2013

K. van Leeuwen, *Uit het spoor van Thorbecke: Grondwetsherziening en staatsvernieuwing in naoorlogs Nederland (1945-1983)*, Amsterdam: Boom 2013

Loughlin 2010

M. Loughlin, *Foundation of Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2010

Maurer 2007

H. Maurer, *Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, 5. Auflage, CH Beck 2007

Murphy 2007

W. F. Murphy, *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*, Baltimore: John Hopkins University Press 2007

Passchier & Stremler 2016

R. Passchier & M. Stremler, 'Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision', *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 5(2), 2016, p. 356-359

Passchier 2017

R. Passchier, *Informal constitutional change: Constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective*, (dissertatie Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

Passchier 2017

R. Passchier, 'Quasi-Constitutional Change Without Intent – A Response to Richard Albert', *Buffalo Law Review* 65(5) 2017

Passchier, Trouw 23 oktober 2018

R. Passchier, 'De politiek zelf heeft de 'ecologische rechtsstaat' voortgebracht', *Trouw* 23 oktober 2018

Passchier & Stremler 2020

R. Passchier & M. Stremler, 'Constitutional institutionalism: relating norms, ideas and facts across time', Unpublished Working Paper 2020 (op verzoek te verkrijgen bij de auteurs)

De Reede 1982

J.L. De Reede, *Rechterlijke toetsing van grondwetsherziening in India*, Amsterdam: Rodopi 1982

Rijkema 2015

B. Rijkema, *Weerbare Democratie: de grenzen van democratische tolerantie*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2015

Rosa 2016

H. Rosa, *Leven in tijden van versnelling: een pleidooi voor resonantie*, Amsterdam: Boom 2016

Rosen 1991

J. Rosen, 'Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?', 100 *Yale L.J.* (1991)

Roznai 2013

Y. Roznai, 'Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea', *American Journal of Comparative Law* 61 2013, p. 660

Roznai 2017

Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford: Oxford University Press 2017

Rutten 2017

S. Rutten, *Gegeven de betekenis van islamitisch familierecht: Samenloop van Europese en islamitische familierechtsordes; Nederland als voorbeeld*, Maastricht: Maastricht University 2017

Schmitt 1932

C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Berlin: Duncker & Humblot GmbH 1932

Smith 2011

E. Smith, 'Old and Protected? On the "Supra-Constitutional" Clause in the Constitution of Norway', 44 *Israel Law Review* 369, 2011

Steinz 2011

R. Steinz, 'Wandlungen des Grundgesetzes unter dem Einfluss der Ebenen des Europarechts und des Völkerrechts', in: C. Hönnige, S. Kneip & A. Lorenz (Hrsg.), *Verfassungswandel im Mehrebenensystem*, Wiesbaden: VS Verlag 2011

Stremmer 2018

Maarten Stremmer, 'De voorgestelde algemene bepaling als fundamentele norm', *TvCR* juli 2018, p. 213

Van der Tang 1998

G. van der Tang in zijn *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, Gouda: Quint 1998

Thomas 2014

C. Thomas, 'De eeuwige terugkeer van de geschiedenis', *De Groene Amsterdammer* 18 juni 2014

Thomas 2018

C. Thomas, *De autoritaire verleiding: over de opmars van een antiliberaal wereldorde*, Amsterdam: Atlas Contact 2018

Voermans 2011

W. Voermans e.a., 'Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip 'rechtsstaat' in de jurisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State', *Studies en rapporten nr. 4.*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 31-32

Voermans en Van de Burg 2014

W. Voermans en F. van de Burg, *Unierecht in de Nederlandse rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2014