



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Referendumbepaling in de Grondwet: 'driemaal is scheepsrecht' en de laatste overwinning van Pyrrhus

But, J.J.

Citation

But, J. J. (2021). Referendumbepaling in de Grondwet: 'driemaal is scheepsrecht' en de laatste overwinning van Pyrrhus. *Nederlands Juristenblad*, 96(23), 1866-1873. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3263562>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3263562>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Referendumbepaling in de Grondwet

‘Driemaal is scheepsrecht’ en de laatste overwinning van Pyrrhus

Jelle But¹

Het initiatiefwetsvoorstel van Van Raak voor het opnemen van een grondwettelijke bepaling die het mogelijk maakt een correctief bindend referendum te organiseren is in eerste lezing aanvaard. Thans ligt het in tweede lezing voor aan de Tweede Kamer. In eerste lezing is de uitkomstdrempel echter geamendeerd met als gevolg een bijzonder lage kans op een geldige referenduitslag. De huidige balans tussen directe en indirecte democratie zal daarom met deze grondwetswijziging niet veranderen, laat staan dat de democratie erdoor zal worden versterkt. De referendumbepaling kan in deze vorm niet meer zijn dan een vergeefse poging extra legitimiteitsglans te geven aan onze stoffige Grondwet. Nu het doel van de bepaling niet verwezenlijkt lijkt te kunnen worden, rijst de vraag of het nog zinnig is om de referendumbepaling in de Grondwet op te nemen.

1. Inleiding

In september 2020 stemde een meerderheid in de Tweede Kamer voor het wetsvoorstel van Van Raak voor het opnemen van een grondwettelijke bepaling die het mogelijk maakt een correctief bindend referendum te organiseren.² Eind januari volgde ook de Eerste Kamer.³ In 1999 werd het opnemen van een referendumbepaling in de Grondwet nog door de Eerste Kamer getorpedeerd, zij het in tweede lezing.⁴ In 2017 sneuvelde een bijna identiek voorstel aan dat van 1999 – ook van Van Raak – al in de eerste lezing in de Tweede Kamer,⁵ waarschijnlijk met de mislukking van de Wet raadgevend referendum (Wrr) en de schok van het Brexit-referendum nog vers in het geheugen. Nu heeft het referendumvoorstel de eerste lezing wel gehaald. Voor de derde maal ligt zodoende de vraag voor of het correctief bindend referendum een plaats in de Grondwet verdient. ‘Driemaal is scheepsrecht’, zou je kunnen zeggen.⁶ Nu de verkiezingen geweest zijn, zal in tweede lezing worden gestemd. Het had dus zomaar gekund dat in de aanloop naar de verkiezingen de referendumbepaling een heet hangijzer zou zijn geworden, waarbij voorstanders van de referendumbepaling(en) twee derde van het electoraat zouden moeten binnenhalen. Daar is echter niets van terecht gekomen. Het was en is bijzonder stil omtrent de referendumbepaling.

Hoewel in september nog euforie heerste over de aanneming van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer, en de StemWijzer het referendum wel meewoog in zijn stemadvies,⁷ werd de afgelopen maanden nauwelijks aandacht besteed aan dit ingrijpende voorstel tot wijziging van de Grondwet. Waarschijnlijk kan dit worden verklaard doordat de bestrijding van corona en de daarmee gepaard gaande – soms staatsrechtelijk gammele – maatregelen veel aandacht opslokt van academici, politici en juristen.

In het verlengde daarvan speelt dat de huidige crisissituatie zich weinig leent voor burgerraadpleging, en het tegengestelde – expertise – juist leidend is voor die maatregelen. Toch is de belangrijkste reden dat de voorgestelde Grondwetswijziging doodgezwegen lijkt te worden de algemene consensus dat het bindend correctief referendum de tweede lezing niet zal overleven, of op z'n best de Grondwet in zal komen als een dode letter, vanwege een amendement dat is aangebracht in de hoogte van de uitkomstdrempel in de referendumbepaling.

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de voorgenomen referendumbepaling en de daarin geformuleer-

Het was en is bijzonder stil omtrent de referendumbepaling

de uitkomstdrempel. Daarbij ga ik eerst in op de theoretische achtergrond van referenda in algemene zin (par. 2), waarna specifiek het oorspronkelijke wetsvoorstel van Van Raak en de aanleiding voor het amendement op de uitkomstdrempel aan bod komen (par. 3). Vervolgens bespreek ik de bezwaren van het amendement (par. 4) en reflecteer ik op de mogelijkheden het wetsvoorstel na eerste lezing levensvatbaar te houden (par. 5). Ik besluit deze bijdrage met een korte conclusie (par. 6).

2. Achtergrond referendumbepaling

Referenda geven burgers de kans zich – veelal op binaire wijze – uit te spreken over (toekomstige) wetgeving of beleid van de overheid. Met ‘referendum’ wordt bedoeld de institutie of procedure op grond waarvan een besluit dat door een overheidsorgaan is genomen, tot voorwerp van een volksstemming wordt gemaakt. Referenda zijn daarom bij uitstek het instrument om meer directe democratie te realiseren: een directe mogelijkheid voor de burger zich te mengen in het wetgevingsproces.⁸ Dit brengt een verandering teweeg in het functioneren van de representatieve democratie, waarbij de burger de mogelijkheid krijgt preventief toezicht op de wetgever te houden. De mogelijkheid de wetgever te corrigeren brengt directe democratie dichterbij ten nadele van indirecte representatieve democratie. Het is dan ook zoeken naar een balans tussen representatieve democratische vertegenwoordiging en correctieve referenda. Enerzijds bestaat behoefte aan politieke compromissen, anderzijds mag het gat tussen beloften aan het electoraat en regeerakkoorden niet te groot worden.⁹ Enerzijds vergroot directe democratie de slagvaardigheid van meerderheden, anderzijds dient verlies van nuance en de stem van minderheden in een representatieve democratie te worden voorkomen. Enerzijds bieden referenda de mogelijkheid aan de burger in te springen op actualiteit, anderzijds moet dat niet zó veel voorkomen dat wordt ingeboet op de vertegenwoordigende rol van de Tweede Kamer. Een referendumbepaling in de Grondwet brengt een structuurwijziging aan in de bovengenoemde balans, en kan daarom als zeer ingrijpend in de constitutionele orde worden gezien.¹⁰ In hoeverre een grondwettelijke referendumbepaling die balans verschuift is afhankelijk van de vormgeving ervan.

De discussie of een referendumbepaling nodig is en hoe die vorm moet worden gegeven is in Nederland al ruim een eeuw oud. Troelstra (SDAP) deed in 1903 al een wetsvoorstel tot wijziging van de Grondwet ter invoering van een referendumbepaling, ter vervanging van de Eerste Kamer.¹¹ Ook in de jaren zestig werd de vraag opgeworpen of er een grondwettelijke referendumbepaling zou moeten komen. Dat werd echter door de Staatscommissie Cals/Donner afgehouden uit vrees voor wetgevingsvertragingen en ontwrichting van constitutionele verhoudingen. Liever niet dus, maar als het er van zou komen, dan in de vorm van een correctief wetgevingsreferendum.¹² Er vielen best wat vormen te overwegen, want referenda bestaan in vele soorten en maten.¹³ Er wordt gevarieerd tussen wie gerechtigd zijn een referendum te initiëren; tussen een facultatief of verplicht referendum alvorens tot (grond)wetswijziging over te gaan;¹⁴ tussen referendabele onderwerpen;¹⁵ tussen referenda met adviserende of bindende uitkomsten; tussen correctieve referenda¹⁶ of volksinitiatieven; en tussen het wel of niet hanteren van opkomst- of uitkomstdrempels.

Recentelijk hebben we in Nederland ervaring gehad met raadgevende, niet-bindende referenda met een opkomstdrempel, terwijl het voorliggende wetsvoorstel van Van Raak het mogelijk zou maken bindende referenda te organiseren, als correctie op (voorgenomen) beleid en regelgeving, met een uitkomstdrempel. Het verschil tussen de Wrr en het aanhangige wijzigingsvoorstel inzake het correctief bindend referendum is daarom inhoudelijk al groot. Daarnaast was de Wrr een wet in formele zin, en behoefde zij dus noch een tweede lezing noch een tweederdemeerderheid. Hoewel de insteek van de Wrr sympathiek was, werkte die niet naar behoren. Immers, raad en advies zijn naar hun aard niet juridisch bindend, zo werd ook glashelder uit de wetstekst.¹⁷ Toch werd bij de stemmende burger wel de verwachting gewekt dat de uitslag ertoe doet, waardoor een politieke verplichting voor de wetgever ontstond de uitslag van het referendum over te nemen – zelfs als de wetgever zich niet in de uitslag kon vinden. Na drie keer tegen hetzelfde probleem te zijn aangelopen, bij de Europese Grondwet, het associatieverdrag met Oekraïne en de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv), was de maat vol. De wetgever besloot de Wrr te laten implode-

Auteur

1. Mr. J.J. But is onderwijs- en onderzoeksmedewerker aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

Noten

2. *Handelingen II* 2020/21, nr. 4, item 17.
3. *Handelingen I* 2020/21, nr. 21, item 7.
4. 18 mei 1999, zie: *Handelingen I* 1998/99, 26156, nr. 30, p. 1387-1407, ook bekend als de nacht van Wiegel.
5. *Handelingen II* 2017/18, 34724, nr. 26, item 15.
6. Henk Krol (Krol) over opname van de referendumbepaling, *Handelingen II* 2019/20, 35129, nr. 95, item 11, p. 1.

7. <https://stemwijzer.nl/>, stelling 17.

8. Het wetgevingsinitiatief door burgers is ook een vorm van directe democratie, art. 132a Reglement van Orde van de Tweede Kamer. Zou dat niet ook formeel- of grondwettelijk kunnen worden geregeld?
9. Zie in dat kader ook de Ostrogorski-paradox.
10. Eindrapport Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage Drempels, Hoge Dijken, democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam: Boom 2018, p. 143.
11. *Kamerstukken II* 1902/03, 208, nr. 3. Primair trachtte dit voorstel het algemeen kiesrecht, het vrouwenkiesrecht en eventuele vertegenwoordiging te realiseren.

12. Zie voor een nadere uitwerking van de politieke geschiedenis omtrent een referendumbepaling: W.J.M. Voermans, ‘Commentaar op artikel 81 van de Grondwet’, in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2021 (www.Nederland-rechtsstaat.nl).
13. L. Morel, ‘Types of referendums: Provisions and practice at the national level worldwide’, in: L. Morel & M. Qvortrup (eds.), *The Routledge Handbook to referendums and direct democracy*, New York: Routledge 2018, p. 27-59.
14. Ook genoemd, zie o.a. W.J.M. Voermans, ‘Referendum: geloofsartikel of

- hebbing, drama of nuttige correctie?’, *Ars Aequi* 2011, p. 471.
15. Het voorliggende wetsvoorstel sluit referenda uit over het koningschap, het Koninklijk Huis, verandering van de Grondwet, belastingen, de rijksbegroting, uitvoering of goedkeuring van verdragen, uitvoering van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, en voorstellen van de rijkswet. Zie *Kamerstukken I* 2020/21, 35129, nr. A, onder art. 89b, sub a t/m h.
16. Referenda over aanstaande of al genomen beslissingen van de wetgever, om de wetgever te corrigeren.
17. Art. 3 Wrr.



© CSA Images / Getty images

De wetgever besloot de Wrr te laten imploderen. Bijna letterlijk, want de wet tot intrekking van de Wrr bevatte het verbod een referendum te houden over de intrekking

ren.¹⁸ Bijna letterlijk, want de wet tot intrekking van de Wrr bevatte het verbod een referendum te houden over de intrekking.

De Staatscommissie parlementair stelsel kwam in haar rapport *Lage Drempels, Hoge Dijken* vervolgens tot het oordeel dat een bindend correctief referendum wél ‘van waarde en betekenis kan zijn om de noodzakelijke legitimiteit van en het vertrouwen in de representatieve democratie’ te behouden.¹⁹ Een bindend correctief referendum zou kunnen fungeren als ‘ventiel of veiligheidsklep’²⁰ – een vertaling van de door Dicey in 1885 geïntroduceerde term ‘*democratic safety valve*’.²¹ Die veiligheidsklep opent zich zodra de wil van de meerderheid van het volk niet overeenkomt met die van regering of wetgever. Zo begrepen kan het electoraat een *correctie* toepassen op aanstaande wetgeving van de formele wetgever. In de wetenschappelijke literatuur wordt daarom ook gesproken van de *correction-theory*,²² terwijl het correctieve referen-

dum vanwege zijn praktische werking in politieke termen 'noodrem' wordt genoemd.²³ Een referendum kan zo als 'een vorm van tegendruk extra stevigheid geven aan de bestaande democratie en daarmee als een versterking van de in de Nederlandse democratie zo wezenlijke werking van (politieke) *checks and balances*.'²⁴ Met andere woorden: de democratie is erbij gebaat als 'het volk' de volksvertegenwoordiging echt kan terugfluiten.

De antagonist van de *correction-theory* is de *christ-mastree-theory*. Daarin worden referenda vergeleken met constitutionele kerstboomversiering, die een grondwet extra legitimiteitsglans moet geven,²⁵ zonder dat deze werkelijk de invloed van de burger op het wetgevingsproces vergroot. Deze interpretatie vond veel bijval na de val van het ijzeren gordijn, waarbij landen uit de voormalige Sovjet-Unie vaak referendumbepalingen in hun (nieuwe) grondwet opnamen²⁶ om verder te democratiseren,²⁷ zonder dat daadwerkelijk referenda werden georganiseerd. Toch laten recentere empirische studies²⁸ naar referenda zien dat de correctie-theorie tegenwoordig dichter bij de werkelijkheid lijkt te zitten dan de kerstboom-theorie, omdat referenda als aanvulling op de representatieve democratie blijken te functioneren in plaats van als tegenpool van de representatieve democratie.²⁹

Dat het referendum lijkt te werken volgens de correctietheorie heeft geleid tot de breed gedragen assumptie dat een toename van directe democratie, zoals opname van een referendumbepaling in de Grondwet, ook tot een democratischer land leidt. Dat is een aanname die nauwelijks wordt toegelicht, waarschijnlijk omdat zij evident klinkt. Wat is immers democratischer dan direct de burger te raadplegen? Met deze insteek wordt voorbijgegaan aan de vraag hoe wordt vastgesteld wat democratisch in zo'n context betekent, met name in de Nederlandse.³⁰ Betekent democratie meer invloed van alle burgers of

betekent het meer invloed van meerderheden ten koste van minderheden of rechtsstatelijke waarborgen? Of is 'democratie' iets meetbaars? De Economist Intelligence Unit meet elk jaar de zogenoemde *Democracy Index*, waarin de democratiescore van 165 Staten wordt bijgehouden aan de hand van zestig variabelen. In 2020 stond Nederland bijvoorbeeld op een gedeelde 9^{de} plaats, met een score van 8,96.³¹ Het kwantificeren van het begrip democratie is dus kennelijk tot op zekere hoogte mogelijk, en democratiescores zijn met elkaar te vergelijken. Uit zo'n vergelijking tussen landen binnen de Europese Unie (EU) valt overigens af te leiden dat het hebben van een grondwettelijke referendumbepaling niet van significante invloed is voor een hogere democratiescore.³²

Slechts drie EU-landen ontberen een grondwettelijke referendumbepaling: België, Cyprus en Nederland. Gezien de nadruk op en convergentie van democratische waarden en rechtsstatelijkheid in de EU wordt Uniebreed een hoge democratiescore behaald, waardoor de invloed van het hebben van één grondwettelijke bepaling zeer gering wordt. Buiten de EU, maar eveneens dichtbij huis, wordt met en zonder grondwettelijke referendumbepaling ook hoog gescoord. Zo heeft Noorwegen geen grondwettelijke referendumbepaling, maar is het al jaren democratiekampioen. Tegelijkertijd is Zwitserland al eeuwen het schoolvoorbeeld van directe democratie en het effectief organiseren van referenda, waarbij meerdere varianten zijn vastgelegd in haar grondwet. In Zwitserland lijkt de directe democratie de representatieve democratie te complementeren, met name doordat referenda de focus van dominante politieke perspectieven vooraf, de *input*-zijde, verleggen naar politieke beslissingen gericht op één vraagstuk: de uitvoeringszijde van het bestuur, de *output*-zijde.³³ Het electorale gat dat bestaat tussen volksvertegenwoordigers die aanvaarding van een wet voorstaan en het

Dat is precies waar het schuurt in de Nederlandse casus: de vormgeving van het oorspronkelijke wetsvoorstel leek op orde, maar is door een venijnig amendement onbruikbaar geworden

18. Art. IV en V Intrekkingwet wet raadgevend referendum; Zie voor nader commentaar: W.J.M. Voermans, 'De catch-22 van de Intrekking van de wet raadgevend referendum', *NJB* 2018/544, afl. 11, p. 732-738, en T.C. Borman & H.M.B. Breunese, 'De Intrekking van de Wet raadgevend referendum', *Ars Aequi* 2019, p. 308-316.

19. Eindrapport Staatscommissie 2018, p. 141.

20. *Ibid.*

21. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis: Liberty Classics 1982 (1885), p. cviii-cix. Zie ook D. Altman, *Direct Democracy Worldwide*, Cambridge University Press 2011, p. 198.

22. Voermans 2011, p. 477.

23. O.a. *Kamerstukken II* 2020/21, 35129, nr. 14.

24. Eindrapport Staatscommissie 2018, p. 141.

25. M. Suksi, *Bringing in the People. A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff 1993, p. 176.

26. Bijvoorbeeld: art. 56 lid 2 Estse grondwet; art. 14 Letse grondwet; art. 9 Litouwse grondwet; art. 69-74 Oekraïense grondwet; art. 24 Georgische grondwet, etc.

27. Morel 2018, p. 35.

28. Bijvoorbeeld J.G. Matsusaka, 'Direct Democracy Works', *The Journal of Economic Perspectives* 2005, afl. 19, p.185-206;

Y. Peters, 'Zero-Sum Democracy? The Effects of Direct Democracy on Representative Participation', *Political Studies* 2016, afl. 64(3); F. Sager & M. Bühlmann, 'Checks and balances in Swiss direct democracy', in: M. Setälä & T. Schiller (eds.), *Referendums and Representative Democracy. Responsiveness, Accountability and Deliberation*, Oxford: Routledge 2009.

29. Eindrapport Staatscommissie 2018, p. 139; zie ook het Advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2019/20, 35129, nr. 4, waarin aan de complementerende werking op het parlementaire stelsel groot belang wordt toegekend voor een positief advies.

30. Vergelijk G. Boogaard, 'De Grondwet waarborgt de "gemengde democratie": Over de zoektocht naar de gecodificeerde democratie', *RM Themis* 2018, afl. 6, p. 240-250.

31. Rapport The Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2020: In sickness and in health*, p. 9.

32. J.J. But, D.K. Jongkind & W.J.M. Voermans, 'Direct Democracy in the Constitution: Good or Bad for Democracy?', nader te verschijnen.

33. F. Sager & M. Bühlmann, 2009, p. 186-201.

eigenlijke percentage van burgers die vóór zouden stemmen in een referendum, wordt zo inderdaad gedacht.³⁴

Deze blik over de grens geeft het idee dat een referendumbepaling geen noodzakelijke voorwaarde is voor een 'democratischer' land of een hogere democratiescore. Waarschijnlijker is het dat – naast nationale context en bestuurscultuur – de vormgeving bepalend is voor de effectiviteit van de referendumbepaling. Dat is echter precies waar het schuurt in de Nederlandse casus: de vormge-

De Afdeling advisering ging echter niet mee in de opvatting van Van Raak dat de uitkomstdrempel niet in de Grondwet past

ving van het oorspronkelijke wetsvoorstel leek op orde, maar is door een venijnig amendement onbruikbaar geworden.

3. Voorstel en amendering: de uitkomstdrempel

Het wetsvoorstel beoogt primair de nieuwe artikelen 89a tot en met 89f toe te voegen aan de Grondwet.³⁵ Artikel 89d schrijft zowel het gebruik van de uitkomstdrempel voor, als het rechtsgevolg van de uitslag van een referendum. Het grote struikelblok zit in de amendering van de hoogte van deze uitkomstdrempel.

De Staatscommissie Parlementair Stelsel sprak zich uit voor een uitkomstdrempel, in plaats van een opkomstdrempel.³⁶ De opkomstdrempel kwam nog voor in de Wrr.³⁷ en bracht mee dat 30% van de kiesgerechtigden moet hebben gestemd voor een geldige uitslag van een referendum. Dit had tot gevolg dat kiesgerechtigden er strategisch voor konden kiezen niet te stemmen in de hoop dat de opkomstdrempel niet werd gehaald.³⁸ In dat geval is de uitslag van een referendum immers ongeldig. Een uitkomstdrempel probeert dit te voorkomen: het aan de kiezer voorgelegde wetsvoorstel wordt bij referendum verworpen indien een meerderheid van het aantal opgekomen kiesgerechtigden tegen het voorstel stemt én deze meerderheid tenminste een *bepaald* percentage omvat van die kiesgerechtigden.³⁹ Een uitkomstdrempel functioneert dus eigenlijk ook als een opkomstdrempel, maar de geldigheid van de uitslag is alleen afhankelijk van het aantal stemmen tegen het wetsvoorstel.

De Staatscommissie stelde een uitkomstdrempel van 33,3% voor.⁴⁰ Hoewel dit een relatief hoge eis was,⁴¹ viel hier best iets voor te zeggen. De Staatscommissie beoogde met dit percentage de middenweg van twee uitgangspunten te vinden. Enerzijds dient 'de invoering van het bindend correctief referendum de bevolking een reële mogelijkheid [te] bieden zich te kunnen uitspreken nadat het parlementaire wetgevingsproces is afgerond'. Anderzijds

dient 'het bindend correctief referendum een aanvulling op de representatieve democratie te zijn. Het corrigeren van een parlementaire meerderheidsbeslissing is alleen te aanvaarden als een substantieel deel van de bevolking zich in die zin uitspreekt en dat het instrument niet lichtvaardig gebruikt moet worden'.⁴² Met andere woorden, het draagvlak om de uitkomstdrempel te halen moet wel dermate groot zijn dat het representatief is, maar niet dusdanig groot dat dat draagvlak praktisch niet te halen is. Een middenweg tussen de onder- en bovengrens dus.⁴³ Het antwoord op de vraag wat het juiste 'substantiële deel' uitgedrukt in een percentage zou moeten zijn, is tot op grote hoogte arbitrair. Het aanvankelijke wetsvoorstel van Van Raak bevatte daarom de opdracht aan de wetgever bij wet vast te stellen hoe hoog de uitkomstdrempel zou moeten zijn.⁴⁴

Artikel 89d

1. Indien bij het referendum een meerderheid zich tegen het voorstel van wet uitspreekt en deze meerderheid een *bij de wet te bepalen deel omvat van hen die gerechtigd waren aan het referendum deel te nemen*, vervalt het voorstel van rechtswege.
2. [...]
3. De kamers kunnen een voorstel van wet terzake van het vereiste deel van hen die gerechtigd waren aan het referendum deel te nemen alleen aannemen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.'

Zo zou deze politieke vraag aan de formele wetgever en niet aan de grondwetgever worden gelaten. In het voorstel werd ook expliciet toegelicht dat de hoogte van de uitkomstdrempel een zaak is van politieke discussie, en daarom 'niet [past] in een herziening van de Grondwet, maar verder uitgewerkt [dient] te worden in een wet in formele zin'.⁴⁵ Daarnaast is een vastgezette drempel in de Grondwet nauwelijks meer te wijzigen, vanwege de uiteindelijk benodigde tweederdemeerderheid in tweede lezing. Artikel 89d, derde lid, voorzag derhalve in een tussenweg, waarbij het wijzigen van de drempel tenminste twee derden van de stemmen vergde in beide kamers, maar dat niet in twee lezingen hoeft te gebeuren. De twee derden-eis had kunnen voorkomen dat de uitkomstdrempel al te lichtzinnig zou kunnen worden verschoven.⁴⁶

De Afdeling advisering ging echter niet mee in de opvatting van Van Raak dat de uitkomstdrempel niet in de Grondwet past.⁴⁷ Volgens de Afdeling advisering is het opnemen van de 'hoogte van de genoemde drempels cruciaal [...] voor de feitelijke werking van het correctief wetgevingsreferendum en voor een evenwichtige inpassing daarvan in het parlementaire stelsel. Vanwege de wezenlijke aard ervan horen deze elementen in de Grondwet thuis'.⁴⁸ Als motivering wordt verwezen naar een eerder gewezen advies over een wetsvoorstel voor een correctieve referendumbepaling van Duyvendak (GL), Dubbelboer (PvdA) en Van der Ham (D66) uit 2005.⁴⁹ Dat advies bevatte echter de kanttekening dat er 'de laatste jaren aandacht is gekomen voor het herzien, bijvoorbeeld het minder zwaar maken, van de procedure voor grondwetsherziening. Dit zou op termijn aan de bezwaren van de indieners tegemoet kunnen komen'.⁵⁰ In dat advies werd dus

Met zo'n hoge uitkomstdrempel is het gat tussen electoraat en volksvertegenwoordiging niet meer te dichten – precies wat wel beoogd werd met de referendumbepaling

voorgesorteerd op een toekomstig lichtere herzieningsprocedure van de Grondwet, hetgeen een concrete uitkomstdrempel zou rechtvaardigen. Daar is het echter nooit van gekomen.

Na de conclusie dat een concrete uitkomstdrempel wel degelijk in de Grondwet hoort, rijst ook voor de Afdeling advisering de vraag wat de hoogte van de drempel zou moeten zijn. De Afdeling advisering overtreft met een uitkomstdrempel van 40% het percentage van 33,3% dat de Staatscommissie suggereerde, met de volgende redenering:

*'Het wetsvoorstel regelt echter wel dat het voorgestelde referendum wordt voorgelegd aan de in artikel 54 van de Grondwet bedoelde kiesgerechtigden. Artikel 54 regelt wie mag deelnemen aan de verkiezingen voor de Tweede Kamer. Uitgaande van de meerderheid van het aantal kiezers dat gemiddeld bij die verkiezingen opkomt – dat ligt al geruime tijd op of tegen 80% – zou in de systematiek van het wetsvoorstel een uitkomstdrempel van 40% van de kiesgerechtigden passend zijn.'*⁵¹

Op aangeven van dit advies stelde Van der Graaf (CU) in haar amendement voor de uitkomstdrempel te verhogen naar een meerderheid die zich tegen het voorstel van wet uitsprekt en die 'ten minste gelijk is aan een meerderheid van het aantal bij de meest recente verkiezingen van de leden van de Tweede Kamer uitgebrachte geldige stemmen.'⁵² Geheel in lijn met de voorgestelde systematiek van de Afdeling advisering wordt de helft van het laatste opkomstpercentage van de Tweede Kamerverkiezingen het uitgangspunt. Oftewel, indien bij de verkiezingen voor de leden van de Tweede Kamer 1.000.000 kiesgerechtigden zouden stemmen, dan ligt de uitkomstdrempel op 500.001 kiezers.

4. Bezwaren uitkomstdrempel

Hoewel het geamendeerde voorstel op het oog redelijk lijkt, wordt de eerder genoemde bovengrens overschreden: in de praktijk wordt de uitkomstdrempel zó hoog, dat er geen reële mogelijkheid is voor de burger om zich te kunnen uitspreken via een geldig correctief referendum. Dit is extra problematisch omdat het gaat om een voorgestelde grondwettelijke bepaling, waardoor zij niet eenvoudig meer kan worden gewijzigd als zij eenmaal in de Grondwet is opgenomen. Dat ligt anders indien het gegaan zou zijn om een te hoge drempel in formele wetgeving. Bovendien is het maar de vraag of de Grondwet wel de plaats is voor een concrete drempel.

Ten eerste, waarom is deze uitkomstdrempel eigenlijk te hoog? Dat heeft er mee te maken dat bij verkiezingen die niet gaan om de Tweede Kamer, de opkomst vaak vele malen lager ligt.⁵³ Zo lag de opkomst voor het Europees Parlement afgelopen keer op 49,31% van de kiesgerechtigden,⁵⁴ voor de Provinciale Statenverkiezingen op 56,1%,⁵⁵ en voor het Wiv-referendum op 51,54%.⁵⁶ Bij referenda stemmen burgers doorgaans over één wetsvoorstel, terwijl bij Tweede Kamerverkiezingen over een scala aan thema's, beleid en politiek functioneren wordt gestemd. Dat trekt kennelijk meer kiezers. Wat gebeurt er als opkomstpercentages voor referenda zich moeten gaan meten met een uitkomstdrempel gebaseerd op het opkomstpercentage van de laatste Tweede Kamerverkiezingen?

Een snelle rekensom: de uitkomstdrempel ligt op de helft plus één van het aantal kiesgerechtigden van de laatste Tweede Kamerverkiezingen. Dat is in dit geval 78,71%.⁵⁷ 10.462.677 kiesgerechtigden. De uitkomstdrempel komt derhalve op 39,35%⁵⁸ te liggen van het totaal aantal kiesgerechtigden. Bij een (generous) opkomstpercentage van 51,54% zoals bij het laatste Wiv-referendum, moet omgerekend nog steeds 76,35%⁵⁹ van de kiesgerech-

34. *Ibid.*

35. *Stb.* 2021, 58.

36. Eindrapport Staatscommissie 2018, p. 149.

37. Art. 3 Wet Raadgevend Referendum.

38. K. Jacobs (red.) & e.a., *Het Oekraïne-referendum: Nationaal Referendum Onderzoek 2016*, p. 33-36.

39. Tijdens het plenaire debat bleek dit voor verwarring te zorgen, zie *Handelingen II* 2019/20, 35129, nr. 95, item 11, p. 19-20, voor de discussie tussen Kamerleden Van der Graaf (CU) en Baudet (FvD).

40. Eindrapport Staatscommissie 2018, p.150-153.

41. T. van der Meer, 'Voorgestelde uit-

komstdrempel is onrealistisch en onnodig hoog', (*Position paper* op verzoek van de Eerste Kamer, Commissie Binnenlandse Zaken), november 2020, p. 6. Uitkomst-drempels liggen internationaal op ongeveer 30%.

42. Eindrapport Staatscommissie 2018, p. 150-151.

43. Zie ook K. Jacobs, 'De hoogte van de uitkomstdrempel en legitimiteit' (Notitie op verzoek van de Eerste Kamer, Commissie Binnenlandse Zaken), 28 november 2020, p. 2.

44. *Kamerstukken II* 2018/19, 35129, nr. 2, p. 2. onder artikel 89d.

45. *Kamerstukken II* 2018/19, 35129, nr. 3,

p. 7.

46. In het gewijzigde wetsvoorstel is het derde lid komen te vervallen, nu de concrete drempel in het wijzigingsvoorstel is opgenomen.

47. *Kamerstukken II* 2019/20, 35129, nr. 4, p. 24-25.

48. *Ibid.*, p. 24.

49. *Kamerstukken II* 2005/06, 30174, nr. 5.

50. *Ibid.*, p. 3-4.

51. *Kamerstukken II* 2019/20, 35129, nr. 4, p. 28.

52. *Kamerstukken II* 2019/20, 35129, nr.

11.

53. T. van der Meer 2020, p. 4; Zie ook L. Aguiar-Conraria & P.C. Magalhães,

'Referendum Design, Quorum Rules and Turnout', *Public Choice* 2010, p. 63-81.

54. www.europarl.europa.eu/election-results-2019/nl/opkomst/.

55. www.verkiezingsuitslagen.nl/verkiezing/detail/PS20190320.

56. www.verkiezingsuitslagen.nl/verkiezing/detail/NR20180321. Dit opkomstpercentage werd nog opgestuwd door gelijktijdige gemeenteraadsverkiezingen.

57. www.verkiezingsuitslagen.nl/verkiezing/detail/TK20210317.

58. 5.231.339 kiesgerechtigden.

59. 39,35/51,54*100.

Een referendumbepaling die leidt tot enkel ongeldige uitslagen zou nog wel eens een averechts effect kunnen hebben op het vertrouwen van de burger in het bestuur

tigden *tegen* het wetsvoorstel stemmen om de uitkomstdrempel te halen. Met zo'n hoge uitkomstdrempel is het gat tussen electoraat en volksvertegenwoordiging niet meer te dichten – precies wat wel beoogd werd met de referendumbepaling.⁶⁰ Nagenoeg ieder referendum zal immers eindigen met een ongeldige uitslag, waarbij zelfs een verhouding van stemmen voor en tegen van drie tegen één door de wetgever naast zich neergelegd kan worden. Daarmee kan een referendum met deze bepaling als grondslag niet functioneren als politieke noodrem, omdat het nauwelijks een reële mogelijkheid biedt aan burgers zich effectief tegen een wet uit te spreken. Zo bereikt het referendum als instrument niet haar potentieel om als aanvulling op de representatieve democratie te fungeren.

Naast de hoogte van de uitkomstdrempel, kan men zich afvragen of de hoogte van een uitkomstdrempel wel in de Grondwet thuishoort. De Grondwet bevat immers generieke bepalingen en opdrachten aan de wetgever, terwijl lagere regelingen hier concrete invulling aan geven. Deze systematiek volgt zowel in praktisch opzicht uit de zwaarte van de wijzigingsprocedures, als normatief-theoretisch uit de idee dat de Grondwet fundamentele waarden van de samenleving tracht te formuleren. Gelet hierop, lijkt het verstandiger in de Grondwet slechts het procedurevoorschrift op te nemen dat een uitkomstdrempel moet worden gehanteerd. De concrete hoogte van de uitkomstdrempel zou in een formele wet kunnen worden opgenomen, zodat de volksvertegenwoordiging zich hier nog wel over kan uitlaten, maar bijstelling geen acht jaar of langer in beslag hoeft te nemen – als een wijziging er überhaupt al door zou komen. Daarnaast biedt deze indeling de mogelijkheid om 'te leren referenderen'⁶¹ en te lage of te hoge drempels bij te stellen.

5. Hoe nu verder?

Ondanks de problemen rond de vormgeving van de referendumbepaling met een dusdanig hoge uitkomstdrempel, haalde het wetsvoorstel tot wijziging van de Grondwet in eerste lezing in de Eerste Kamer een meerderheid, zij het met tegenzin. De 50Plus-fractie voelde zich gedwongen te kiezen 'tussen twee kwaden: accepteren dat het instrument van een bindend correctief referendum gekoppeld is aan een te hoge uitkomstdrempel die in de praktijk qua uitvoering niet het resultaat oplevert waarvoor het bedoeld was, of accepteren dat, door tegen dit wetsvoorstel te stemmen, een termijn van vier jaar verloren gaat, voordat zich opnieuw een kans voordoet om een bindend correctief referendum met een lagere uitkomstdrempel te realiseren'.⁶² De fractie-Otten stemde ook voor het wetsvoorstel 'met pijn in het hart, vanwege de hoge uitkomstdrempel [...]'.⁶³

In de voorlichting aan de Eerste Kamer werden in aanloop naar de behandeling van het wetsvoorstel nog

twee mogelijkheden genoemd in plaats van de voorliggende uitkomstdrempel.⁶⁴ Allereerst zouden de onderliggende principes voor het correctief bindend referendum, representativiteit en haalbaarheid, grondwettelijk verankerd kunnen worden als leidraad voor een uitvoeringswet. De tweede optie was specifiek, namelijk de vaststelling van een marge in de Grondwet waarbinnen de uitvoeringswet moet blijven.⁶⁵ Tot een novelle is het echter niet gekomen, omdat men in de Eerste Kamer vreesde dat de Tweede Kamer er niet akkoord mee zou gaan en het hele wetsvoorstel in een 'dood moeras' zou eindigen. Nu de Eerste Kamer het voorstel heeft aangenomen, zal dus ook van mogelijkheden de principes of een marge vast te leggen niet direct iets terechtkomen.

Vanuit de Eerste Kamer rees dan nog de vraag of splitsing van het wetsvoorstel een uitweg zou kunnen bieden, waarbij artikel 89d – met de uitkomstdrempel – zou kunnen worden gesplitst van de rest van het voorstel.⁶⁶ Dat recht is voorbehouden aan de Tweede Kamer en dient in tweede lezing eveneens een twee derde meerderheid te behalen.⁶⁷ De Tweede Kamer zal het splitsingsrecht moeten interpreteren en vervolgens moeten beoordelen of splitsing van het wetsvoorstel juridisch mogelijk is. Splitsing is echter hoogst ongebruikelijk, al helemaal in tweede lezing.⁶⁸ Het geringe gebruik van het splitsingsrecht leidt ertoe dat er nauwelijks precedentes zijn waarop kan worden teruggevallen.⁶⁹ De grondwetsgeschiedenis biedt als aanknopingspunt dat de splitsingsmogelijkheid zich voordoet indien 'tussen de in een voorstel tot verandering vervatte bepalingen geen direct verband bestaat'.⁷⁰ De Minister is van oordeel dat splitsing van artikel 89d is uitgesloten, om twee redenen. Artikel 89d en de overige artikelen zijn dermate met elkaar verbonden dat splitsing niet kan 'leiden tot twee volwaardige en los van elkaar te behandelen voorstellen'.⁷¹ Daarnaast bevat artikel 89d het rechtsgevolg van de uitslag (bekrachtiging of het vervallen van het wetsvoorstel), waardoor ook het bindende karakter van een gehouden referendum verloren gaat.

Mij ontgaat waarom splitsing *moet* leiden tot twee los van elkaar te behandelen wetsvoorstellen.⁷² Een gesplitst voorstel dat niet op zichzelf als los voorstel kan dienen kan immers gewoon worden verworpen. Het tweede argument lijkt steekhoudender. Zonder rechtsgevolg ontbreekt inderdaad het bindende karakter. Deze argumentatie wordt (politieke) kracht bijgezet nu artikel 89d als cruciaal en integraal onderdeel van het wetsvoorstel is aangemerkt door de Afdeling advisering. Een georganiseerd referendum met artikel 89a-f zonder 89d als grondslag zou dan ofwel zonder drempel worden gehouden, ofwel moeten worden gekoppeld aan een drempel die niet integraal onderdeel is van de bepaling. Bij een koppeling zal thans een drempel moeten worden geformeerd, voordat een verzoek om een referendum is geagendeerd

in verband met het rechtzekerheidsbeginsel. Of dat werkelijk doorslaggevend zou moeten zijn is maar de vraag. Artikel 89f stelt immers:

‘Alles, wat verder het in deze paragraaf bedoelde referendum betreft, wordt bij de wet geregeld.’

Juist omdat deze juridische vraag uiteindelijk dient te worden geïnterpreteerd door een politiek orgaan – de Tweede Kamer –, is het een politieke vraag die met genoeg politieke wil artikel 89f zou kunnen lezen als opdracht aan de wetgever om een uitkomstdrempel en het rechtsgevolg van een referendum in een formele wet vast te leggen.

6. Conclusie

Een referendumbepaling zoals Van Raak, of zelfs zoals de Staatscommissie (met een lagere maar nog steeds vrij hoge uitkomstdrempel), voorstelde leek de juiste vormgeving te hebben om als aanvulling op de Nederlandse democratie te fungeren. Na amendering van de uitkomstdrempel – met een bijzonder lage kans op een geldige referendumuitslag – zal de huidige balans tussen directe en indirecte democratie niet wijzigen, laat staan de democratie versterken. Het aangebrachte amendement heeft zo de kerstboom-theorie weer nieuw leven ingeblazen, waarbij de referendumbepaling niet meer kan zijn dan een vergeefse poging extra legitimiteitsglans te geven aan onze stoffige Grondwet. Dat is jammer, want een dergelijke structuurwijziging waarbij de burger de mogelijkheid heeft tegen wetsvoorstellen te stemmen had een legitimiteitsimpuls kunnen geven aan toekomstige wetgeving en

beleid, en het bestuur dat daar achter staat. Nu het doel van de bepaling niet verwezenlijkt lijkt te kunnen worden, rijst de vraag of het nog zinnig is om de referendumbepaling in de Grondwet op te nemen. Sterker nog, een referendumbepaling die leidt tot enkel ongeldige uitslagen zou nog wel eens een averechts effect kunnen hebben op het vertrouwen van de burger in het bestuur.

De kans dat het bindend correctief referendum in de tweede lezing, met tweederdemeerderheid, daadwerkelijk de Grondwet haalt, lijkt vooralsnog niet groot. Toch is het niet ondenkbaar dat een tweederdemeerderheid van de leden van beide Kamers dit wetsvoorstel in tweede lezing aanneemt, omdat fracties die aanvankelijk tegen het correctief referendum waren met deze hoge uitkomstdrempel nog nauwelijks iets te vrezen hebben van de door Van Raak voorgestelde referendumbepaling. Mocht de bepaling toch met deze uitkomstdrempel in de Grondwet komen, dan kom je er ook naar alle waarschijnlijkheid de komende decennia niet meer van af. De politieke urgentie voor een werkende referendumbepaling neemt af zodra deze referendumbepaling met een te hoge uitkomstdrempel al is gecodificeerd. De aanvankelijke tegenstanders van het referendum zullen wijzen op het al bestaan van een referendumbepaling en ervoor kiezen de Grondwet niet zo te wijzigen dat het makkelijker wordt om een referendum met geldige uitslagen af te dwingen.

Driemaal is wellicht scheepsrecht voor een grondwettelijke referendumbepaling. Maar indien het zover komt met de huidige vormgeving van het wetsvoorstel, dan lijkt dat de laatste Pyrrhus-overwinning die het verlies van het referendum in ons constitutionele bestel bezegelt. •

60. Eindrapport Staatscommissie 2018, p. 150-151.

61. F. Hendriks, ‘Over de uitkomstdrempel bij een bindend-correctief referendum in Nederland’, (*Position paper* op verzoek van de Eerste Kamer, Commissie Binnenlandse Zaken), 27 november 2020, p. 4.

62. *Handelingen I* 2020/21, 35129, nr. 21, item 7.

63. *Ibid.*

64. T. van der Meer 2020.

65. *Ibid.*, p. 6.

66. *Handelingen I* 2020/21, 35129, nr. 20, item 9.

67. Art. 137, lid 5. Een hoge politieke horde, gezien de huidige zetelverdeling. VVD, CDA, SGP en DENK stemden tegen, zie: *Handelingen II* 2020/21, 35129, nr. 4, item 17. De tegenstanders bezitten nu 55 zetels, en van nieuwe partijen is het standpunt niet altijd bekend.

68. 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 2020 (www.Nederlandrechtsstaat.nl), onder 4 en 9.

69. In 1987 een wijzigingsvoorstel waarbij artikel 97-102 Grondwet zou worden vervangen door artikelen 97 en 98, *Kamerstukken II* 1986/87, 19554, nr. 8; en recenter in 2006, over de rechtstreekse verkiezing van de burgemeester, *Kamerstukken II* 2005/06, 30422, nr. 7. Beide splitsingsvoorstellen werden verworpen.

70. *Kamerstukken II* 1976/77, 14213, nr. 7,

p. 2. Deze toevoeging is expliciet weggelaten uit art. 137 lid 5 Gw, omdat de vraag of sprake is van direct verband ter interpretatie voorligt aan de Tweede Kamer.

71. *Kamerstukken I* 2020/21, 35129, nr. 1, p. 2.

72. Vergelijk H.M.B. Breunese, ‘Wijziging van de Grondwetsherzieningsprocedure’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2021, afl. 2, p. 119.