

Vergaderjaar 2002–2003 Nr. 289<sup>1</sup> Tweede herdruk<sup>2</sup>

**27 484 (R 1669)**

## **Goedkeuring van het op 17 juli 1998 totstandgekomen Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof**

### **BRIEF VAN DE MINISTER VOOR BESTUURLIJKE Vernieuwing EN KONINKRIJKSRELATIES**

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 30 juni 2003

In december 2001 aanvaardde de Eerste Kamer de motie-Jurgens c.s. waarin de regering verzocht werd om een aantal deskundigen in het constitutionele recht nader onderzoek te laten doen naar de betekenis van de procedure van art. 91, derde lid, van de Grondwet. Hierbij zend ik u het onlangs door deze deskundigen uitgebrachte onderzoeksrapport «De constitutionele bepalingen over verdragen die van de Grondwet afwijken en de opdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties.» Het kabinet zal zo spoedig mogelijk na het zomerreces met een reactie komen op de in dit rapport opgenomen aanbevelingen.

De Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties,  
Th. C. de Graaf

<sup>1</sup> De eerder verschenen stukken inzake dit wetsvoorstel zijn gedrukt onder EK nrs. 237 t/m 237c, vergaderjaar 2000–2001, en EK nrs. 174 en 174a, vergaderjaar 2001–2002.

<sup>2</sup> I.v.m. foutief vergaderjaar.

## **De constitutionele bepalingen over verdragen die van de Grondwet afwijken en de opdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties**

Rapport van het Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

### **Colofon**

Dit rapport is geschreven in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, naar aanleiding van de in de Eerste Kamer aangenomen motie-Jurgens c.s. van 18 december 2001, welke in een bijlage bij dit rapport is weergegeven. Dit rapport is van de hand van Dr. Leonard F. M. Besselink. Bij de totstandkoming zijn inhoudelijk verder betrokken geweest, prof. mr. H. R. B. M. Kummeling, hoogleraar staatsrecht aan de Universiteit Utrecht en prof. mr. R. de Lange, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam. Een concept van het rapport is besproken in de onderzoeksgroep Staatsrecht van het Instituut voor Staats- en bestuursrecht, Universiteit Utrecht. Hand- en spandiensten zijn verricht door Tessa Dopheide. Het rapport is een vervolg op de in opdracht van ditzelfde ministerie geschreven studie *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, van L. F. M. Besselink, H. R. B. M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendelts, met medewerking van S. Prechal, uitgegeven bij Europa Law Publishing in 2002, ISBN 9076871108; NUR 823.

## **Inhoudsopgave**

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>4</b>
1.1	De achtergrond en opzet van dit onderzoek	4
1.2	De motie-Jurgens c.s.	5
1.3	De opzet van dit rapport	5
<b>2</b>	<b>Analyse</b>	<b>6</b>
2.1	Toepassing van artikel 91 lid 3	6
2.1.1	De afwezigheid van grondwettelijke criteria voor «afwijken van de Grondwet»	6
2.1.2	Een gewone meerderheid beslist of een gekwalificeerde meerderheid nodig is	7
2.1.2.1	Procedurale gevolgen van een meerderheidsoordeel over het afwijken van de Grondwet voor de positie van de Eerste Kamer	7
2.1.2.2	De positie van de regering bij goedkeuring door de Staten-Generaal	10
2.1.2.3	Gebondenheid aan artikel 6 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking	12
2.1.2.4	«... voor zover nodig met toepassing van artikel 91 lid 3»....	14
2.1.3	Zinvolheid van gewone meerderheidsbeslissing over de vraag of gekwalificeerde meerderheid nodig is	15
2.2	Schijnbare tegenstrijdigheden in de relatie 92 Grw en 91 lid 3 Grw	17
2.2.1	Opdracht van belangrijke bevoegdheden aan boven-nationale organisaties geen afwijken van de Grondwet	17
2.2.2	Afwijking van relatief ondergeschikte grondwetsbepalingen vergt wel een gekwalificeerde meerderheid	19
2.2.3.	«Verregaande overdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties vergt geen gekwalificeerde meerderheid»	22
2.2.4	Conclusie	23
2.3	Conclusie	23
<b>3</b>	<b>Remedies en alternatieven</b>	<b>24</b>
3.1	Het belang van oplossing van geconstateerde constitutionele problemen	24
3.2.	Het vereiste van gekwalificeerde meerderheid voor goedkeuring in combinatie met een gewone meerderheid die over afwijken beslist	28
3.3	Constitutionele patstellingen	29
3.3.1	Alternatieven wanneer de wetsvorm wordt gehandhaafd	29
3.3.2	Alternatieven wanneer uitdrukkelijke goedkeuring niet bij wet zou geschieden	31
3.3.3	Het voorschrift van artikel 6 lid 2 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen	33
3.4	De paradox van Jurgens	34
3.4.1	Het ontbreken van materiële criteria omtrent «afwijken van de Grondwet»	34
<b>4</b>	<b>Conclusie</b>	<b>36</b>
<b>5</b>	<b>Samenvatting van voorstellen</b>	<b>38</b>
	<b>Bijlage – Motie van het lid Jurgens c.s.</b>	<b>40</b>
	<b>Literatuurlijst</b>	<b>42</b>
	<b>Lijst verkort aangehaalde literatuur</b>	<b>42</b>

# 1 INLEIDING

## 1.1 De achtergrond en opzet van dit onderzoek

De Grondwet kent een verzwaarde procedure voor het veranderen van haar bepalingen. Deze procedure wordt gekenmerkt door een behandeling in twee «lezingen». In eerste lezing wordt een voorstel tot wijziging van de Grondwet bij wet in overweging genomen, met gewone meerderheden in beide kamers. Daarna dient in tweede lezing de voorgestelde grondwetswijziging behandeld te worden door een nieuw gekozen Tweede Kamer, die het voorstel slechts met ten minste twee derden van de stemmen kan aanvaarden; ook de Eerste Kamer (die daarvoor niet opnieuw gekozen hoeft te worden) kan het voorstel in tweede lezing slechts met een meerderheid van ten minste twee derden van de stemmen aannemen (artikel 137 Grondwet). De Grondwet gaat er vanuit dat het aangewezen kan zijn om partij te worden bij verdragen die bepalingen bevatten die afwijken van de Grondwet, dan wel tot zodanig afwijken noodzaken. Het partij worden bij een dergelijk verdrag wordt vergemakkelijkt doordat niet eerst wijziging van de Grondwet hoeft te worden afgewacht, voordat het Koninkrijk aan een dergelijk verdrag gebonden wordt. De Grondwet bepaalt in artikel 91, derde lid, dat dit reeds mogelijk is indien de kamers van de Staten-Generaal het verdrag hebben goedgekeurd met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen:

«Indien een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet dan wel tot zodanig afwijken noodzaken, kunnen de kamers de goedkeuring alleen verlenen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.»

Deze procedure is – naar men tegenwoordig veelal aanneemt<sup>1</sup> – vier maal toegepast. Driemaal geschiedde dit door de wetgever, namelijk bij de wettelijke goedkeuring van het Verdrag tot oprichting van een Europese Defensie Gemeenschap (Stb. 1954, 25), van de Overeenkomst met Indonesië inzake overdracht Nieuw-Guinea (Stb. 1962, 363) en van het Statuut van het Internationaal Strafhof (Stb. 2001, 343). Daarnaast heeft de Eerste Kamer bij de goedkeuring van het Lockerbie-verdrag gemeend, net als de Raad van State, dat dit verdrag afweek van de Grondwet, althans tot afwijken noodzaakte. Derhalve heeft zij het verdrag met de door artikel 91, derde lid, vereiste meerderheid goedgekeurd.<sup>2</sup>

Dit laatste voorval in samenhang met de latere goedkeuring van het Statuut van het Internationaal Strafhof, heeft geleid tot een hernieuwde reeks vragen en debatten, alsmede een advies van de Raad van State, over de toepasselijkheid van deze procedure en de moeilijkheden waartoe zij leidt of kan leiden.<sup>3</sup>

Dit alles mondde uit in de motie-Jurgens c.s. van 18 december 2001, die aanleiding is tot dit rapport over enige moeilijkheden in verband met de procedure van artikel 91 lid 3 van de Grondwet en de verhouding van deze bepaling tot artikel 92 van de Grondwet, welke laatste bepaling buiten twijfel stelt dat bij verdrag bevoegdheden van rechtspraak, bestuur en wetgeving kunnen worden opgedragen aan volkenrechtelijke organisaties, behoudens de toepasselijkheid van artikel 91 lid 3. De motie strekt ertoe te bestuderen «in hoeverre de problematiek geregeld in art. 91, lid 3, en de verwijzing naar art. 91, lid 3 in art. 92, een andere regeling behoeft, alsmede over de vraag of en, zo ja, hoe deze problematiek is geregeld in de lid-staten van de Europese Unie». Vooraf zij erop gewezen dat – in overleg met het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties – de vraag hoe deze kwestie in andere EU-landen is geregeld, buiten dit onderzoeksrapport valt. Volstaan wordt met de opmerking dat in de constitutionele praktijk van die landen er geen mogelijkheid is om partij te worden bij een verdrag dat in strijd is met de grondwet van die lidstaat.

<sup>1</sup> Wij komen daar hieronder op terug.

<sup>2</sup> Handelingen EK 1998–1999, 10 november 1998, 66–102, r.k. Hierover Kortmann 1999 en Jurgens 1999.

<sup>3</sup> Onder meer TK 1999–2000, 26 800 VI, [65] A (Advies van de Raad van State); EK 2000–2001, 27 484 (R 1669), nr. 237; EK 2000–2001, 27 484 (R 1669), nr. 237a, EK 2000–2001, 27 484 (R 1669), nr. 237b, EK 2000–2001, 27 484 (R 1669), nr. 237c.; Handelingen EK 11 september 2001, 1697–1711.

<sup>4</sup> Zo werden de constituties van Duitsland, Frankrijk, België en Ierland geamendeerd. In Portugal vond een grondige herziening van delen van de Constitutie plaats. Ook in Finland werd een wet aangenomen met constitutionele status om het partij worden bij het Statuut mogelijk te maken. Zie voor een overzicht van constitutionele wijzigingen van verschillende landen met het oog op het Statuut van het ICC: [http://www.coe.int/T/E/Legal\\_Affairs/Legal\\_co-operation](http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation), link naar Transnational criminal justice (criminal law, International Criminal Court), Documents, Country Information.

<sup>5</sup> Onder meer België, Duitsland, Frankrijk, Ierland, Portugal, Zweden; terwijl in ander landen de constitutie werd aangepast vanwege het lidmaatschap van de EU, c.q. bepaalde wijzigingen in het EU-Verdrag, zoals in Italië (bevoegdheden van de regio's), Oostenrijk (federale bevoegdheden, bevoegdheden parlement, buitenlandse betrekkingen), Finland (bevoegdheden parlement en verkiezbaarheid EP), Frankrijk (bevoegdheden parlement), Portugal (o.m. implementatie wetgeving).

<sup>6</sup> EK 2001–2002, 27 484, 237c, nr. 174.

<sup>7</sup> «Vaststellend, dat over de vraag of een verdragsbepaling afwijkt van de GW thans wordt beslist op grond van art. 6 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen 1994, welk artikel regelt dat de vraag of een verdrag een gekwalificeerde meerderheid behoeft, wordt beantwoord in een bepaling van de desbetreffende goedkeuringwet, terwijl deze bepaling bij gewone meerderheid wordt vastgesteld».

<sup>8</sup> «Van mening dat, als een gewone meerderheid kan vaststellen of er een gekwalificeerde meerderheid nodig is, twijfel mogelijk is of handhaving van de eis van gekwalificeerde meerderheid zinvol is».

<sup>9</sup> «Overwegend, dat [...] een algemene opdracht van bestuurlijke, wetgevende en rechtsprekende bevoegdheden aan bovenationale organisaties krachtens art. 92 GW op zichzelf niet een afwijking betreft van de GW, terwijl strijd met specifieke grondwetsbepalingen wel kan leiden tot «afwijken van de grondwet», ook als die specifieke afwijking van ondergeschikt belang is vergeleken bij de vergaande opdracht van bevoegdheid en die het verdrag bevat (zoals recent het geval was bij het verdrag inzake het Internationaal Strafhof)».

<sup>10</sup> «Van mening dat, [...] twijfel mogelijk is of handhaving van de eis van gekwalificeerde meerderheid zinvol is, mede in relatie tot *de vergaande overdracht van bevoegdheden geregeld in art. 92 GW, welke immers geen gekwalificeerde meerderheid behoeft*» (cursivering toegevoegd).

<sup>11</sup> Hierbij valt te denken aan de vraag wanneer er sprake is van een volkenrechtelijke organisatie waaraan bevoegdheden worden opgedragen in de zin van artikel 92 van de Grondwet; of en in hoeverre het toegestaan is bevoegdheden over te dragen aan andere dan volkenrechtelijke organisaties; en sommige punten die naar voren zijn gebracht in het advies van de Raad van State over artikel 91 lid 3, TK 1999–2000, 26 800 VI A.

Dit betekent dat wanneer men toch partij wil worden bij een dergelijk verdrag eerst de betreffende constitutionele bepaling gewijzigd dient te worden, hetgeen in veel lidstaten in de laatste decennia is gebeurd (onder meer vanwege de wens partij te worden bij het Statuut van het ICC,<sup>4</sup> maar ook voor wat betreft (wijziging van) het EU-Verdrag<sup>5</sup>).

## 1.2 De motie-Jurgens c.s.

De motie-Jurgens c.s. van 18 december 2001,<sup>6</sup> waarvan de integrale tekst in een bijlage bij dit rapport is opgenomen, stelt in wezen vragen op twee hoofdpunten, namelijk over de toepassing van artikel 91 lid 3 en over de verhouding van deze bepaling tot artikel 92 van de Grondwet.

### – de toepassing van artikel 91 lid 3

Wat betreft de toepassing van de procedure van artikel 91 lid 3 worden in de motie de volgende twee kwesties naar voren gebracht. De eerste is de constatering dat de tekst van art. 91, lid 3 GW «geen criteria verschaft voor de vraag of een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet, dan wel tot zodanige afwijking noodzakelijk, terwijl het van het antwoord op deze vraag afhangt of de Kamers der Staten-Generaal aan het verdrag alleen met een meerderheid van twee-derden der stemmen hun goedkeuring kunnen verlenen.» Ten tweede wordt vastgesteld dat de vraag of er sprake is van van de Grondwet afwijkende verdragsbepalingen wordt beantwoord door een gewone meerderheid; hierdoor beslist een gewone meerderheid over de vraag of een gekwalificeerde meerderheid nodig is.<sup>7</sup> «Overwegend, dat deze procedure tot gevolg heeft dat op voorstel van de regering een gewone meerderheid van beide Kamers vaststelt of er al dan niet sprake is van afwijking van de Grondwet en of er dus een meerderheid van twee-derden der stemmen is vereist». De motie spreekt als mening uit dat mag worden betwijfeld of dit zinvol is.<sup>8</sup>

### – de relatie tot artikel 92

Over de verhouding van de gekwalificeerde meerderheidseis (artikel 91 lid 3) tot de mogelijkheid om bij verdrag bevoegdheden over te dragen aan volkenrechtelijke organisaties (artikel 92 Grondwet), worden in de motie drie punten naar voren gebracht. Als eerste wordt overwogen dat een opdracht van bevoegdheid aan «bovenationale» organisaties ex artikel 92 van de Grondwet niet per se een afwijken van Grondwet behelst in de zin van artikel 91 lid 3, en derhalve geen goedkeuring bij gekwalificeerde meerderheid vergt. Daarbij wordt geconstateerd dat een afwijking van specifieke grondwetsbepalingen van relatief «ondergeschikt belang» wél een gekwalificeerde meerderheid vergt.<sup>9</sup>

Ten tweede ligt in de motie het oordeel besloten dat een verregaande overdracht van bevoegdheid ex artikel 92 Grondwet niet, althans niet altijd, een gekwalificeerde meerderheid vergt<sup>10</sup>.

Ten derde ligt in de motie de mening besloten dat betwijfeld mag worden of handhaving van de verwijzing in artikel 92 naar het vereiste van de twee-derden meerderheid voor van de Grondwet afwijkende verdragen zinvol is. Tevens is impliciet de vraag aan de orde of artikel 91 lid 3 van de Grondwet überhaupt gehandhaafd moet blijven.

## 1.3 De opzet van dit rapport

Deze vragen zullen in hoofdstuk 2 van dit rapport achtereenvolgens worden besproken. Wij zullen zien dat deze vragen onmiddellijk verwante vragen oproepen, waarop wij nader zullen moeten ingaan. Wij zullen echter vermijden al te diep in te gaan op vragen die te zeer buiten de reikwijdte van de motie vallen.<sup>11</sup>

Na bespreking van de vragen die in de motie-Jurgens c.s. opwerpt en een aantal daaraan gerelateerde moeilijkheden die zich in de huidige

constitutionele praktijk voordoen, zullen we mogelijke remedies voor de geconstateerde gebreken in kaart brengen.

## 2 ANALYSE

### 2.1 Toepassing van artikel 91 lid 3

#### 2.1.1 De afwezigheid van grondwettelijke criteria voor «afwijken van de Grondwet»

De motie-Jurgens c.s. wijst erop dat een deel van de problemen wordt veroorzaakt door het ontbreken van materiële criteria om te bepalen wanneer er sprake is van «afwijken» in de zin van artikel 91 lid 3 van de Grondwet. Artikel 91 lid 3 van de Grondwet spreekt slechts van «verdragen die bepalingen bevatten die afwijken van de Grondwet, dan wel tot zodanig afwijken noodzaken» zonder dat aangegeven wordt wanneer hiervan sprake is. De vraag wanneer er sprake is van «afwijken», is in de loop van de tijd nogal veel gediscussieerd. Wij willen die discussie hier niet ten principale overdoen,<sup>12</sup> maar moeten daar hieronder wel een paar opmerkingen over maken, omdat van het antwoord op deze vraag afhangt of het betreffende verdrag met een meerderheid van twee derden van de stemmen moet worden aangenomen. Wij willen erop wijzen dat vòòr 1983 de Grondwet wel een extra criterium bevatte. Artikel 63 (oud) Grondwet, luidde als volgt:

«Indien de ontwikkeling van de internationale rechtsorde zulks vordert, kan in een overeenkomst worden afgeweken van bepalingen van de Grondwet.»

Oorspronkelijk was een vrijblijvender formulering gekozen, namelijk

«In het belang van de ontwikkeling van de internationale rechtsorde kan in een overeenkomst worden afgeweken van bepalingen van de Grondwet».<sup>13</sup>

Bij amendement werd echter een tekst aangenomen die een scherper criterium formuleerde: alleen als de ontwikkeling van de internationale rechtsorde een afwijking van de Grondwet vordert, is het partij worden bij een dergelijke verdrag geoorloofd.<sup>14</sup>

De ratio van deze aangescherpte eis was dus dat het niet te gemakkelijk moest zijn om bij verdrag van de Grondwet af te wijken. Het criterium werd in 1983 geschrapt enerzijds omdat er andere belangen zijn dan de ontwikkeling van de internationale rechtsorde die het partij worden bij verdragen die van de Grondwet afwijken kunnen vergen, die niet bijdragen aan de ontwikkeling van de internationale rechtsorde, en anderzijds omdat het begrip internationale rechtsorde nogal open is:

«Enerzijds ondergaat het begrip internationale rechtsorde immers een voortdurende maatschappelijke ontwikkeling, waardoor het geen scherpe grenzen kan inhouden. Anderzijds is het ook denkbaar dat los van de internationale rechtsorde het nodig kan zijn bij verdrag regels vast te stellen die een afwijking van de Grondwet met zich brengen. Gelet op deze beide overwegingen menen wij ons voorstel tot het doen vervallen van de bedoelde clause te moeten handhaven.»<sup>15</sup>

Het ontbreken van materiële criteria berust dus op een doelbewuste keuze van de grondwetgever. Een nader vereiste voor de mogelijkheid van de Grondwet af te wijken is daarmee in de tekst van de Grondwet zelf niet gegeven. Dit betekent dit echter niet dat daarmee elke afwijking

<sup>12</sup> Fleuren, 2002 met verwijzingen naar oudere literatuur; Oud, 1970, 330–332; Recht en Raketten, 1984; Besselink, 1984; Roos, 1986; Besselink 1987; Heringa, 1992; Burkens e.a. 1992; Besselink, 1993; Akkermans/Koekoek 1992.

<sup>13</sup> TK 1951–1952 2374, nr 7.

<sup>14</sup> Amendement Bruins Slot c.s. TK 2374, nr 33.

<sup>15</sup> NNG, Vb, 69; zie overigens aldaar 8, 86–87 (waar wordt voorgesteld het oude criterium facultatief te noemen: «Indien een verdrag bepalingen kent welke afwijken van de Grondwet dan wel tot zodanig afwijken noodzaken of de ontwikkeling van de internationale rechtsorde een afwijken van de Grondwet vordert, ...») en p. 96.

toelaatbaar is, noch dat een eventuele invoering van een materieel criterium niet gewenst zou kunnen zijn. Wij komen daar hieronder op terug. We merken hier nog op dat ook andere grondwetsbepalingen een gekwalificeerde meerderheid voorschrijven voor het aannemen van bepaalde besluiten.<sup>16</sup> Bij deze andere grondwetsbepalingen heeft zich in de praktijk tot dusver geen ernstige betwisting voorgedaan met betrekking tot de vraag of het onderwerpelijke besluit in voorkomende gevallen daadwerkelijk een gekwalificeerde meerderheid vergt.<sup>17</sup> Hoewel meningsverschil in concrete gevallen niet op voorhand is uitgesloten, is het bij althans sommige van deze bepalingen ook minder voor de hand liggend dat zich meningsverschil voordoet over de toepasselijkheid van deze bepalingen en daarmee over de vraag of een betreffend besluit met twee derden moet worden aangenomen. Dit is met name het geval bij de wetten betreffende de uitkeringen aan de Koning en leden van het koninklijk huis (40 lid 3) en voor de geldelijke voorzieningen voor (gewezen) kamerleden en hun familiebetrekkingen (63 lid 3).<sup>18</sup> Uit de toepassingspraktijk van deze andere bepalingen kunnen wij dus niet veel leren voor de beantwoording van de vragen die door de motie-Jurgens c.s. worden opgeworpen.

### *2.1.2 Een gewone meerderheid beslist of een gekwalificeerde meerderheid nodig is*

Omtrent de toepassing van artikel 91 lid 3 van de Grondwet wordt – controverserig over de zinvolheid daarvan daargelaten – algemeen aanvaard dat de vraag of zich een afwijken van de Grondwet in de zin van deze bepaling voordoet, met gewone meerderheid moet worden beslist. Wij zullen hier bespreken waarom dit het geval is en of dit een zinvolle praktijk is. Praktisch is het beslissen bij gewone meerderheid over de vraag of een gekwalificeerde meerderheid benodigd is, een gevolg van het voorschrift dat een verdrag dat afwijkt van de Grondwet bij wet moet worden goedgekeurd, terwijl deze wet moet bepalen dat van zo'n afwijken sprake is. Artikel 6 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen luidt:

- «1. Indien een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet of tot zodanig afwijken noodzakelijk, wordt dit verdrag aan de uitdrukkelijke goedkeuring onderworpen.
2. In het voorstel van wet tot goedkeuring van een zodanig verdrag wordt tot uitdrukking gebracht dat de goedkeuring wordt verleend met inachtneming van het bepaalde in artikel 91, derde lid, van de Grondwet.»

Wanneer in de Tweede Kamer discussie zou ontstaan over de vraag of het verdrag wel of niet van de Grondwet afwijkt, zal de afwijkingsclausule, als zij nog niet in het wetsvoorstel voorkwam, bij amendement in het wetsvoorstel worden opgenomen; of, wanneer zo'n bepaling in het wetsvoorstel voorkomt, maar de Tweede Kamer meent dat er van afwijken geen sprake is, zal zij bij amendement daaruit verwijderd worden. Omdat met het aannemen of verwerpen van het betreffende amendement geen verdragsgoedkeuring wordt bewerkstelligd, maar slechts het wetsvoorstel wordt gewijzigd, wordt over dergelijke amendementen bij gewone meerderheid besloten. Een gewone meerderheid beslist dus over de vraag of een verdrag met gekwalificeerde meerderheid moet worden goedgekeurd.

#### *2.1.2.1 Procedurele gevolgen van een meerderheidsoordeel over het afwijken van de Grondwet voor de positie van de Eerste Kamer*

Het gegeven dat de Tweede Kamer met gewone meerderheid oordeelt over de vraag of een verdrag afwijkt van de Grondwet (of daartoe

<sup>16</sup> Artikelen 29 lid 2, 30 lid 1, 40 lid 3, 63, 137 lid 4 en 5, 138 lid 2.

<sup>17</sup> Ook niet in de zaak van den Bergh tegen de Staat, die leidde tot het beroemde arrest HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248.

<sup>18</sup> Artikel 29 lid 1 van de Grondwet bepaalt dat onder «uitzonderlijke omstandigheden» een lid van het koninklijk huis van de erfopvolging kan worden uitgesloten, hetgeen blijkens het tweede lid van dit artikel dient te geschieden bij gekwalificeerde meerderheid. Dit leent zich in theorie voor de uitleg dat de vraag of zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen, onderscheiden moet worden van de vraag of deze persoon moet worden uitgesloten. Maar praktisch lijken deze vragen niet van elkaar te scheiden, althans niet op de manier waarop men de vraag of een verdrag afwijkt van de Grondwet kan scheiden van de vraag of het verdrag moet worden goedgekeurd.

noodzaak), heeft een aantal procedurele gevolgen. Deze komen pregnant naar voren wanneer de drie actoren die te zamen de wetgever vormen, onderling van mening verschillen over de vraag of een verdrag wel of niet in overeenstemming is met de Grondwet. Er kunnen zich dan vele varianten voordoen, waarbij ook een rol speelt of en hoe een eventueel afwijken wordt vastgelegd in het goedkeuringsvoorstel. Romme merkte bij de behandeling van de voorloper van artikel 91 lid 3 op dat bij het vaststellen daarvan «men zo ongeveer tot de Zaterdagavondpuzzel in de couranten [komt], waarmede men zich bepaald een hele tijd kan bezighouden. Men komt dan tot zeer vele gevallen, die ter zake dienende zijn [...] – zelf ben ik tot 23 gekomen.»<sup>19</sup>

De hoofdvarianten zijn intussen beschreven.<sup>20</sup> Schematisch kunnen de verschillende combinaties van onderling afwijkende antwoorden op de vraag of een verdrag afwijkt van de Grondwet als volgt worden weergegeven.

Regering	Tweede Kamer	Eerste Kamer
-	-	+
+	-	+
-	+	-
+	+	-
-	+	+
+	-	-

Men kan echter zeer verschillend denken over hoe in die varianten de verschillende actoren constitutioneelrechtelijk gesproken op elkaar zouden dienen te reageren wanneer zich tussen hen meningsverschil voordoet. Wij maken daarover de volgende opmerkingen.

– *De Tweede Kamer heeft geen afwijkingsbepaling in het goedkeuringsvoorstel opgenomen, maar de Eerste Kamer meent dat het verdrag van de Grondwet afwijkt*

In de literatuur en door de Raad van State wordt gesteld dat als de Eerste Kamer wordt geconfronteerd met een wetsvoorstel tot goedkeuring waarin *geen* bepaling is opgenomen die tot uitdrukking brengt dat het betreffende verdrag afwijkt van de Grondwet, de Eerste Kamer dit voorstel moet verwerpen indien zij van mening is dat er wel degelijk van zulk afwijken sprake is.<sup>21</sup>

Deze voorstelling van zaken is echter niet in overeenstemming met de praktijk. In het enige relevante geval dat zich tot nog toe heeft voorgedaan, namelijk bij de goedkeuring van het Lockerbie-verdrag, heeft de Eerste Kamer de door de Raad van State voorgestelde handelwijze niet gevolgd. Toen heeft de Eerste Kamer namelijk wel degelijk artikel 91 lid 3 toegepast en het wetsvoorstel pas aangenomen geacht toen het een meerderheid heeft verkregen van ten minste twee derden van de stemmen. Zij deed dit bij monde van de voorzitter, die vaststelde dat het betoog van senator Jurgens, ertoe strekkend dat het verdrag afweek van de Grondwet en derhalve artikel 91 lid 3 diende te worden toegepast, niet door leden van de kamer was tegengesproken en daarmee de opvatting van de Kamer vertolkte. Vervolgens stelde de voorzitter:

«Verlangt iemand stemming? Dat is niet het geval. [...] Verlangt iemand aantekening? Dat is niet het geval. Ik stel vast, dat het wetsvoorstel met algemene stemmen is aangenomen, en dus met de vereiste meerderheid van ten minste twee derde van de stemmen.»<sup>22</sup>

Het gegeven dat de goedkeuring van dit verdrag met (voor Nederlandse begrippen) enige haast gepaard ging, kan gezien de (eveneens voor Nederlandse begrippen) zeer uitvoerige aandacht die aan het afwijken van

<sup>19</sup> Handelingen TK 1952–1953, 1907–1908.

Romme heeft van deze bewering zelf een puzzel gemaakt door in het midden te laten hoe hij tot 23 gevallen kwam.

<sup>20</sup> TK 1979–1980, 15 049 (R 1100), nr. 7, p. 8–9; TK 1990–1991, 21 214 (R 1375), nr. 8, p. 6–7; Duynstee 1954, onder artikel 63, p. 43–48; Kortmann en De Graaf 1984; Vierdag 1995, 72–73; Akkermans/Koekkoek 1992, 850–852; Koekkoek 2000, 451–452; Fleuren 2002, 70–73.

<sup>21</sup> Vierdag 1995, 73; Van der Pot/Donner 2001, 581; Fleuren 2002, 71; Koekkoek 2000, 451 (of een novelle vragen); Kortmann 2001, 167–168, stelt naar aanleiding van het goedkeuringsvoorstel over het Lockerbie verdrag dat de EK het voorstel had moeten verwerpen, en dat anders handelen niet alleen in strijd met Rijkswet goedkeuring is, maar ook met de Grondwet; Kortmann 1999, stelde dat de EK het voorstel «had moeten verwerpen of om een novelle moeten vragen»; Kortmann en de Graaf 1984 (dus vòòr de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen) echter, stelden dat de EK niet grondwettelijk gebonden is aan het oordeel van regering en/of Tweede Kamer; Oud 1970, 331; Duynstee 1954, 48; Raad van State, TK 1999–2000, 26 800 VI A, 4: «Indien regering en Eerste Kamer van oordeel zijn dat er een afwijking is, maar de Tweede Kamer aanvaardt na amendering van de afwijkingsclausule in de Tweede Kamer het voorstel met eenvoudige meerderheid, dan zal het voorstel niet door de Eerste

<sup>22</sup> Handelingen EK 1998–1999, 66–102.



dit verdrag van de Grondwet door beide kamers besteed is, geenszins afbreuk doen aan de waarde van dit precedent.

De handelwijze van de Eerste Kamer bij het Lockerbie-verdrag is uit constitutioneel oogpunt correct. Vermoedelijk is de gedachte dat de Eerste Kamer in het hier aan de orde zijnde geval het wetsvoorstel dient te verwerpen, gebaseerd op de idee dat het aannemen van het voorstel zou betekenen dat zij zich bindt aan de opvatting van de Tweede Kamer over het afwijken van de Grondwet. Zoals wij hieronder nog nader zullen uiteenzetten, is er geen rechtsgrond aan te wijzen op grond waarvan de Eerste Kamer gebonden zou zijn aan het oordeel van de Tweede Kamer omtrent het al dan niet afwijken van de Grondwet. Bovendien ligt de door de Eerste Kamer bij het Lockerbie-verdrag gevolgde gedragslijn ook in praktisch opzicht voor de hand; door aldus haar eigen oordeel te geven over het afwijken van de Grondwet, voldoet zij ten volle aan artikel 91 lid 3 van de Grondwet en geeft zij de door haar gewenste goedkeuring aan het verdrag.

Een probleem zou deze praktijk opleveren, als blijkt dat in een onderhavig geval wel een gewone maar geen twee-derde meerderheid voorhanden is geweest in de Tweede Kamer (geval a), of als wel een gewone maar geen twee-derde meerderheid voorhanden is in de Eerste Kamer (geval b). In het eerste geval (geval a) dient, zodra de Eerste Kamer van mening is dat het verdrag afwijkt van de Grondwet, zich de vraag aan of het voorstel wel door de Tweede Kamer is aangenomen, nu deze het voorstel met minder dan twee derden van de uitgebrachte stemmen heeft aanvaard. Het is denkbaar dat de Eerste Kamer dan vaststelt dat het voorliggende voorstel niet door de Tweede Kamer is aangenomen en derhalve verder buiten behandeling moet blijven. Dit veronderstelt echter dat de Eerste Kamer bevoegd is na te gaan of een door de Tweede Kamer aan haar gezonden voorstel inderdaad is aangenomen. Het is twijfelachtig of de Eerste Kamer die bevoegdheid heeft. Aannemend dat de Eerste Kamer dient te handelen op basis van de veronderstelling dat een haar door de Tweede Kamer toegezonden voorstel op grondwettige wijze is aangenomen en geen bevoegdheid heeft om hiernaar nader onderzoek te verrichten, zal de Eerste Kamer zelf het voorstel moeten beoordelen. In het geval de Eerste Kamer meent dat een wetsvoorstel afwijkt van de Grondwet, maar er een gewone meerderheid voorhanden is die kleiner is dan twee derden van de uitgebrachte stemmen (geval b), zal de voorzitter van de Eerste Kamer moeten vaststellen dat het voorstel niet is aangenomen. Dit is een onontkoombaar gevolg van deze benadering en onzes inziens in overeenstemming met de Grondwet.

<sup>23</sup> Aldus bijvoorbeeld Fleuren 2002, 71: «Kan het voorstel in de Eerste Kamer niet op een meerderheid van ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen rekenen, dan is het uiteraard verworpen.» TK 1979–1980, 15 049 (R 1100), nr. 7, p. 10: «Indien Regering en Tweede Kamer beide van oordeel zijn dat een verdrag van de Grondwet afwijkt en dit in het wetsontwerp tot uitdrukking komt, zal de Eerste Kamer het wetsontwerp slechts met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen kunnen aannemen»; TK 1979–1980, 15 049 (R 1100), nr. 10, p. 7: «Aangenomen moet worden dat ofwel uit de tekst van het wetsontwerp dat naar de Eerste Kamer gaat, ofwel uit de discussie die door de Tweede Kamer en de regering is gevoerd, blijkt dat het artikel 5.2.1 [91] derde lid van toepassing is. De Eerste Kamer zal dit wetsontwerp dan slechts met twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen kunnen aannemen.»

<sup>24</sup> Geheel terecht aldus Kortmann en De Graaf 1984, 1152.

– *De Tweede Kamer heeft wel een afwijkingsbepaling in het wetsvoorstel opgenomen, maar de Eerste Kamer meent dat het verdrag niet van de Grondwet afwijkt*

Bezien we het tegenovergestelde geval, waarin de Eerste Kamer wordt geconfronteerd met een goedkeuringsvoorstel waarin *wel een bepaling is opgenomen dat het verdrag afwijkt van de Grondwet, maar terwijl de Eerste Kamer meent dat het betreffende verdrag niet afwijkt.*

In dit geval rijst vooral de praktische vraag wanneer het wetsvoorstel door de Eerste Kamer aangenomen of verworpen moet worden geacht. Opnieuw wordt hier wel over gesteld dat het voorstel slechts is aangenomen als de Eerste Kamer het heeft aangenomen met ten minste twee derden van de stemmen.<sup>23</sup>

Opnieuw lijkt dit standpunt ingegeven door de gedachte dat de Eerste Kamer in dit geval gebonden is aan het oordeel van de Tweede Kamer. Dit echter is niet in overeenstemming met de constitutionele positie die de Grondwet aan de Eerste Kamer toekent. Het is vanzelfsprekend dat de Eerste Kamer in haar procedureel handelen niet gebonden kan worden door de tekst van een door haar te behandelen wetsvoorstel.<sup>24</sup> Een

wetsvoorstel kan een kamer niet binden (een *wet* die strikt procedurele voorschriften behelst eventueel wel<sup>25</sup>).

Deze kamer heeft blijkens de Grondwet een zelfstandig oordeel te vellen over wetsvoorstellen en kan deze naar eigen inzicht verwerpen en aannemen. Dit geldt in zijn algemeenheid, maar geldt *a fortiori* wanneer het gaat om het oordeel over de grondwettigheid van wetsvoorstellen. Dit is bij gewone wetgeving het geval en tevens bij wetsvoorstellen tot goedkeuring van verdragen.

Vooreerst dient de Eerste Kamer daarom bij gewone meerderheid te beslissen over de vraag of het verdrag van de Grondwet afwijkt. In het hier aan de orde zijnde geval oordeelt de Eerste Kamer (in tegenstelling tot de Tweede Kamer) dat het verdrag niet afwijkt van de Grondwet. De vervolgvraag die daarna rijst is: moet het voorstel worden aangenomen geacht wanneer er een gewone meerderheid is voor het goedkeuren van het verdrag, ook wanneer die meerderheid kleiner is dan twee derden van de stemmen?

Men zou kunnen denken dat het antwoord op deze vraag negatief is, indien het wetsvoorstel ondubbelzinnig zou uitdrukken dat het verdrag afwijkt van de Grondwet en wordt aangenomen met toepassing van artikel 91 lid 3 van de Grondwet (wij zullen hieronder zien, dat dit echter in de praktijk niet zo ondubbelzinnig geschiedt). Zou immers de Eerste Kamer met een gewone meerderheid, zijnde minder dan twee derden van de stemmen, een wetsvoorstel aannemen dat zo'n bepaling inhoudt, dan zou zij hebben meegewerkt aan de totstandkoming van een wet die inhoudelijk niet in overeenstemming is met wat er werkelijk gebeurd is. De vraag is dan of de Kamer kan bewerkstelligen dat een wetsvoorstel wordt aangenomen volgens een andere procedure dan de tekst van dat voorstel suggereert? Anders gezegd, moet de Eerste Kamer een verdrag weigeren goed te keuren omdat de tekst van het goedkeuringsbesluit iets over de totstandkomingsprocedure meldt dat onjuist is, of moet zij goedkeuren omdat zij het partij worden bij het betreffende verdrag wenst? Moet zij vóór stemmen vanwege de verdragsgoedkeuring of tégen stemmen vanwege de verwijzing naar 91 lid 3 van de Grondwet?<sup>26</sup>

Onzes inziens overweegt de juridische strekking van een grondwettig tot stand gekomen goedkeuringswet – namelijk om de regering te machtigen het koninkrijk te binden aan een verdrag – boven een tekstueel gebrek dat daarop geen betrekking heeft, dat de Eerste Kamer niet kan herstellen, en overigens de Eerste Kamer niet kan dwingen die tekst in acht te nemen. Hiervoor pleit vooral dat het zelfstandige grondwettigheidsoordeel van de Eerste Kamer geëerbiedigd dient te worden. Dit oordeel dient zwaarder te wegen dan datgene wat de tekst van een gewone wet accidenteel en *post facto* suggereert. De bepaling in het wetsvoorstel is in deze optiek te beschouwen als niet meer dan een kennelijke verschrijving, die wanneer zij tot wet zou worden verheven, *post facto* het reeds geschiede niet ongedaan kan maken. Daarom zal de kamer kunnen menen dat het voorstel is aangenomen zodra het een gewone meerderheid heeft behaald, ook als deze kleiner is dan het aantal stemmen dat voor een gekwalificeerde meerderheid nodig is.

De Raad van State meent dat deze visie de juiste is, en dat inderdaad het met gewone meerderheid aangenomen voorstel grondwettelijk is vastgesteld.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> De materiële normen van een wet kunnen de kamers nooit binden. Zou dat anders zijn, dan kan de wet nooit bij wet gewijzigd worden. Artikel 6 lid 2 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen is een materiële bepaling, omdat deze bepaling poogt voor te schrijven welke inhoud een wet dient te hebben. Zie hieronder paragraaf 2.1.2.2.

<sup>26</sup> Aldus Fleuren 2002, 71.

<sup>27</sup> TK 1999–2000, 26 800 VI A, 4.

#### 2.1.2.2 *De positie van de regering bij goedkeuring door de Staten-Generaal*

Wij maken nog een aantal opmerkingen over de positie die de regering inneemt indien de Tweede en Eerste Kamer een goedkeuringsvoorstel hebben aangenomen, maar de regering meent dat beide of een der kamers over het afwijken ten onrechte een ander standpunt hebben ingenomen dan de regering. Dit is van belang ten eerste in het geval

waarin de Staten-Generaal (althans een der kamers) meenden dat het verdrag niet afwijkt van de Grondwet en het verdrag naar de mening van de Staten-Generaal is goedgekeurd, terwijl de regering meent dat het verdrag wèl afwijkt van de Grondwet. Ten tweede kan het geval zich voordoen dat een verdrag naar de mening van de Staten-Generaal (althans een der kamers) afwijkt van de Grondwet en met gekwalificeerde meerderheid is goedgekeurd, terwijl de regering meent dat het verdrag niet van de Grondwet afwijkt. Omdat dan een (putatief) door de Staten-Generaal aangenomen besluit voorligt, zal de regering hebben te besluiten over de bekrachtiging. Moet of mag de regering dan nagaan of het besluit wel met de juiste meerderheid is aangenomen? Het is verleidelijk te denken dat de regering, voor een soortgelijk dilemma wordt geplaatst als de Eerste Kamer wanneer deze wordt geconfronteerd met een goedkeuringsvoorstel dat berust op basis van een tegengesteld oordeel dan haar eigen oordeel over het al dan niet afwijken van de Grondwet. Men zou kunnen denken dat de regering ter zake een eigen bevoegdheid heeft te oordelen over het afwijken en de gevolgde procedure, te meer daar het niet slechts een oordeel betreft over slechts de opportuniteit van het al dan niet bekrachtigen van het wetsvoorstel, maar ook een oordeel over de grondwettigheid van het (althans putatief) aangenomen voorstel. De Raad van State lijkt zich op dit standpunt te stellen. De Raad is namelijk van mening dat de regering in zulke gevallen beslist, namelijk door bekrachtiging achterwege te laten.<sup>28</sup> Wij menen dat dit niet een juiste handelwijze zou zijn. Uit artikel 91 van de Grondwet volgt immers dat het goedkeuringsrecht toekomt aan de Staten-Generaal. De goedkeuringsbevoegdheid legt de Grondwet dus bij de Staten-Generaal alleen. Aangezien deze goedkeuringsbevoegdheid ook in het geval van artikel 91 lid 3 bij de Staten-Generaal berust, is dit bij van de Grondwet afwijkende verdragen niet anders dan bij andere verdragen. Een uiteindelijke beslissingsmacht door gebruikmaking van de bevoegdheid ex artikel 87 van de Grondwet om de bekrachtiging van het voorstel te weigeren, zou de goedkeuringsbevoegdheid van de Staten-Generaal doorkruisen.<sup>29</sup> Deze opvatting betekent niet dat het voorschrift van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen dat uitdrukkelijke goedkeuring de vorm van een wet dient aan te nemen, met de goedkeuringsbevoegdheid van de Staten-Generaal in strijd is – zomin als dit betekent dat de regering helemaal geen oordeel heeft te vellen over het al dan niet afwijken van de Grondwet, en daarmee over de vraag of de goedkeuring op de juiste wijze is verleend. De wetsvorm heeft onder meer als voordeel dat zij de betrokkenheid van de regering bij de parlementaire goedkeuring waarborgt, die om praktische en politieke redenen gewenst is. De hier geformuleerde opvatting impliceert slechts dat wanneer verdragsgoedkeuring de vorm van een wet aanneemt – dat is bij uitdrukkelijke goedkeuring – het bekrachtigingsrecht van de Koning ex artikel 87 van de Grondwet dient te worden gebezigd in overeenstemming met het voorschrift van artikel 91 van de Grondwet: een niet-bekrachtiging van een goedkeuring die beide kamers hebben verleend, is constitutioneel niet toelaatbaar. Zou dit anders zijn, dan zou de situatie ontstaan dat de Staten-Generaal wel hun goedkeuring hebben verleend aan een verdrag, en strikt genomen voldaan is aan het grondwettelijk vereiste van artikel 91 lid 1 van de Grondwet, maar deze goedkeuring niet uit een besluit blijkt omdat de regering het totstandkomen van het goedkeuringsbesluit heeft verhinderd door het niet te bekrachtigen.<sup>30</sup> Deze opvatting sluit in het geheel niet uit dat de regering op constitutionele gronden besluit het Koninkrijk niet aan een door de Staten-Generaal goedgekeurd verdrag te binden (namelijk door de volkenrechtelijke rechtshandeling die instemming met binding aan het verdrag uitdrukt – volkenrechtelijke ratificatie of het equivalent daarvan – achterwege te laten). Die constitutionele reden voor niet-binding kan bij uitstek gelegen zijn in de gedachte dat het verdrag afwijkt van de Grondwet maar ten

<sup>28</sup> Ibidem: «Indien regering en Tweede Kamer der Staten-Generaal van oordeel zijn dat sprake is van een afwijking, maar de Eerste Kamer der Staten-Generaal tot een andere conclusie komt en het voorstel met eenvoudige meerderheid aanvaardt, dan zal de regering eveneens de bekrachtiging achterwege moeten laten, tenzij zij alsnog het standpunt van de Eerste Kamer overneemt.»

<sup>29</sup> Voor oudere bezwaren tegen de wetsvorm als vorm van parlementaire goedkeuring, zie Duynstee 1954, artikel 61, p. 26.

<sup>30</sup> Terecht stelt Sondaal 1984, p. 155–156: «De vorm van een wet voor de uitdrukkelijke goedkeuring van een verdrag is strict genomen oneigenlijk. Immers, wetgeving is een daad van regering en parlement, terwijl het bij de goedkeuring van een verdrag uitsluitend om een parlementaire handeling gaat.»

onrechte niet conform de procedure van artikel 91 lid 3 van de Grondwet is goedgekeurd.

De regeringsbevoegdheid het Koninkrijk niet te binden aan een goedgekeurd verdrag, vloeit voort uit het gegeven dat een goedkeuringsbesluit het karakter van een juridisch verlof heeft. Een verlof het Koninkrijk te binden aan een door de Staten-Generaal goedgekeurd verdrag, impliceert de juridische mogelijkheid, niet de plicht, deze binding volkenrechtelijk tot stand te brengen.<sup>31</sup> De verdragsluitende bevoegdheid is aldus verdeeld over regering en Staten-Generaal; de goedkeuringsbevoegdheid berust echter bij de Staten-Generaal.

Tevens heeft de regering zich een oordeel te vormen over afwijken van de Grondwet aan het begin van de goedkeuringsprocedure. Indien er van zodanig afwijken sprake zou zijn, moet de regering immers het betreffende verdrag ter uitdrukkelijke goedkeuring aan de Staten-Generaal voorleggen. Indien het zou gaan om een verdrag dat onder de uitzonderingen op het goedkeuringsvereiste valt, en derhalve helemaal niet ter goedkeuring zou hoeven worden voorgelegd, dan is het constitutioneel de meest zuivere handelwijze indien de regering reeds bij twijfel over afwijken van de Grondwet, het verdrag ter goedkeuring voorlegt.

Kort samengevat is de rol van het grondwettigheidsoordeel van de regering bij de goedkeuring en verdragsluiting de volgende:

1. Indien de Staten-Generaal menen dat een verdrag niet van de Grondwet afwijkt en het vervolgens goedkeuren, zal de regering de goedkeuringswet dienen te bekrachtigen, maar kan de regering ertoe besluiten het Koninkrijk niet volkenrechtelijk aan dat verdrag te binden omdat het verdrag naar de mening van de regering afwijkt van de Grondwet.
2. Indien de Staten-Generaal menen dat een verdrag afwijkt van de Grondwet en het goedkeuringsvoorstel verwerpen, dan is het oordeel van de regering over afwijking van de Grondwet niet relevant. De regering kan in dit geval het Koninkrijk niet binden aan het verdrag omdat parlementaire goedkeuring ontbreekt. Het oordeel van de Staten-Generaal dat het verdrag afwijkt van de Grondwet is in dit geval doorslaggevend.<sup>32</sup>
3. Indien de Staten-Generaal menen dat een verdrag afwijkt van de Grondwet en het goedkeuringsvoorstel aannemen, terwijl de regering meent dat het verdrag niet afwijkt, kan de regering besluiten het Koninkrijk niet te binden aan het verdrag omdat het meent dat het niet afwijkt van de Grondwet. Aangezien de regering er meestal geen belang bij zal hebben het Koninkrijk niet te binden aan het bedoelde verdrag, zal de regering in de praktijk echter in deze gevallen meestal berusten in het oordeel van de Staten-Generaal, waarmee het oordeel van het parlement heeft overwogen. De algemene conclusie moet dus zijn, dat het oordeel van de regering over de vraag of het verdrag afwijkt van de Grondwet bij de goedkeuringsprocedure niet kan overwegen.

### 2.1.2.3 *Gebondenheid aan artikel 6 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking*

De procedurele knoop van het gewone meerderheidsbesluit over de vraag omtrent het afwijken van de Grondwet door een verdrag, gevolgd door een gekwalificeerde meerderheid ter goedkeuring van een afwijkend verdrag, vindt een onmiddellijke aanleiding in artikel 6 lid 2 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Zoals wij zagen, schrijft dit voor dat in «het voorstel van wet tot goedkeuring van een zodanig verdrag [...] tot uitdrukking [wordt] gebracht dat de goedkeuring wordt verleend met inachtneming van het bepaalde in artikel 91, derde lid, van de Grondwet.»

<sup>31</sup> Sondaal 1984, 138 en 149; Oud, 293.

<sup>32</sup> Dit is onzes inziens ook het geval indien het een verdrag betreft dat onder de uitzonderingen bedoeld in artikel 7 en 9 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Het in bedoeld geval toch binden van het Koninkrijk terwijl de Staten-Generaal goedkeuring hebben onthouden, zou onzes inziens ongrondwettig zijn.

Zoals we in de voorgaande paragraaf zagen, lijkt bij de procedurele complicaties de vraag een rol te spelen welke binding uit kan gaan van het al dan niet opnemen van de clausule bedoeld in artikel 6 lid van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Mede omdat de wetgever zich – zoals we hieronder zullen zien – in de praktijk niet houdt aan het voorschrift van de Rijkswet, moet men zich echter afvragen of dit voorschrift de wetgever überhaupt wel *kan* binden.

In elk geval heeft dit voorschrift geen hogere rang wanneer een verdrag wordt goedgekeurd bij rijkswet; een bijzondere wet gaat immers voor een algemene wet (zo goed als een latere voor een eerdere gaat). Onder meer het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, dat mede aanleiding is voor dit rapport, en de Overeenkomst met Indonesië over de soevereiniteitsoverdracht over Nieuw-Guinea, zijn bij rijkswet goedgekeurd.<sup>33</sup> Op grond van de normenhiërarchie kan in deze gevallen het voorschrift van artikel 6 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen de wetgever eenvoudigweg niet binden.

Of er wel een binding kan uitgaan van het voorschrift van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen indien een verdrag bij gewone wet wordt goedgekeurd, hangt af van de hiërarchische verhouding tussen rijkswet en wet. Deze rangorde is niet zeker. De literatuur is daarover verdeeld, terwijl ook de wetgever niet altijd consistent is geweest op dit punt.<sup>34</sup> Uit HR 4 april 1990, BNB 1990, 156, r.o. 4.3 kan worden afgeleid dat de verhouding tussen rijkswet en wet die kan zijn van *lex specialis* en *generalis*. Dit veronderstelt dat geen hiërarchische rangorde werd aangenomen tussen rijkswet en wet. De voorrang van een *lex specialis* boven een *lex generalis* is immers uitsluitend van betekenis voor regels van gelijke hiërarchische rang.<sup>35</sup> Het belangrijkste verschil tussen een wet en een rijkswet is de territoriale gelding binnen het Koninkrijk. Ten principale kan men zich afvragen of de territoriale werking van een regeling *per se* van doorslaggevende betekenis is voor haar hiërarchische rang. Er zijn wetten voorstelbaar die een beperkte territoriale werking hebben; maar dit verandert niets aan hun rang in de normenhiërarchie. Dat het in het genoemde arrest ging om een «vrijwillige» rijkswet in de zin van artikel 38 van het Statuut, kan uiteraard geen enkele invloed hebben op haar plaats binnen de normenhiërarchie.

Daar staat tegenover dat artikel 49 van het Statuut voor het Koninkrijk suggereert dat een rijkswet van hogere rang kan zijn dan een gewone wet. Daarop baseert de Hoge Raad zijn genoemde arrest echter niet.

Voor het voorschrift van artikel 6 lid 2 van de Rijkswet betekent dit, dat het dus geen juridisch bindende rol kan spelen in de gevallen waarin een (van de Grondwet afwijkend) verdrag bij rijkswet wordt goedgekeurd, zoals onder meer het geval was bij de goedkeuring van het Statuut van het Internationaal Strafhof. Zij kan geen hogere rang hebben dan een latere rijkswet en derhalve de rijkswetgever niet binden. Maar ook wanneer een verdrag bij gewone wet wordt goedgekeurd is verdedigbaar dat de wetgever niet juridisch gebonden is aan het voorschrift van artikel 6 lid 2 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. De gewone wetgever is mogelijk anderszins gebonden aan dit voorschrift. Een en ander relateert de normatieve waarde van dit voorschrift aanzienlijk. Het betekent ook dat men de waarde van het wel of niet opnemen van de afwijkingsclausule in een wetsvoorstel tot goedkeuring van een verdrag – zo die überhaupt al enige juridisch bindende waarde zou hebben – niet moet overschatten. De (minst genomen) onzekerheid over de bindende waarde van artikel 6 lid 2 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, versterkt de conclusie dat de opneming van de afwijkingsclausule in een wetsvoorstel de Eerste Kamer niet kan binden aan het oordeel van de Tweede Kamer.

<sup>33</sup> Een blik op <http://www.overheid.nl/wetten/> levert bijna 90 vermeldingen op van voor Nederland in werking getreden verdragen die bij rijkswet zijn goedgekeurd. Blijkens een mededeling op de betreffende site niet zijn opgenomen «goedkeuringswetten van verdragen voorzover deze verdragen niet in dit wettenbestand zijn opgenomen, tenzij de goedkeuringswet tevens bepalingen bevat die niet rechtstreeks op de goedkeuring van het verdrag betrekking hebben.» Het aantal goedkeuringen bij rijkswet is daarom waarschijnlijk aanzienlijk groter.

<sup>34</sup> Zie onder meer Van Houten 1997, 197, voetnoot 141; en de literatuur vermeld door advocaat-generaal Van Soest in zijn conclusie bij HR 4 april 1990, BNB 1990, 156, paragraaf 5, 1–13.

<sup>35</sup> Het is ook moeilijk voorstelbaar dat een hogere norm voorrang zou hebben als *specialis* van een lagere *generalis*; dan is toch de hogere hiërarchische rang doorslaggevend.

In de praktijk wordt tot nu toe in voorkomende gevallen in de wet niet onvoorwaardelijk bepaald dat het verdrag afwijkt van de Grondwet en daarom artikel 91 lid 3 wordt toegepast. In plaats daarvan is in de drie gevallen waarin wordt aangenomen dat de wetgever de procedure van artikel 91 lid 3 heeft gevolgd de volgende formule gebruikt:<sup>36</sup>

«De goedkeuring geschiedt voor zover [of: voor zoveel] nodig met inachtneming van het bepaalde in [voorheen: artikel 63; thans:] artikel 91, derde lid, van de Grondwet.»<sup>37</sup>

Bovendien is in alle drie gevallen in de goedkeuringswet niet precies aangegeven van welke bepalingen wordt afgeweken. In de goedkeuringswet van het EDG-verdrag werd in de preambule slechts gesteld:

«voor zoveel, gelijk de internationale rechtsorde zulks vordert, in deze overeenkomsten wordt afgeweken van de Grondwet, in het bijzonder van de bepalingen van het tiende hoofdstuk [Van de Defensie] daarvan».

Een nadere wettelijke aanwijzing van de concrete bepalingen waarvan zou worden afgeweken, bleef achterwege.<sup>38</sup> Bij de Overeenkomst over Nieuw-Guinea is helemaal in het midden gelaten of wel werd afgeweken, en of zo'n eventueel afwijken nu artikel 1 of artikel 2 van de toenmalige Grondwet betrof. In de goedkeuringswet van het Statuut van het Internationaal Strafhof, wordt in de preambule vermeld:

«voor zover het Statuut bepalingen bevat die afwijken van de Grondwet, in het bijzonder artikel 42 en 71, goedkeuring overeenkomstig artikel 91, derde lid, van de Grondwet dient te geschieden.»

Uit de behandeling van deze drie wetten blijkt wel dat verschillende bepalingen een rol hebben gespeeld, maar dat in het midden bleef van welke nu echt werd afgeweken.

– *gevolgen van de voorwaardelijke formule*

Uit geen van deze drie formuleringen is af te leiden of, en zo ja, van welke grondwetsbepalingen werd afgeweken. Daarmee is onduidelijk wat de opvatting van de wetgever was. Ook uit andere bronnen, zoals de Handelingen en kamerstukken, blijkt die niet vast te stellen. In alle drie gevallen was er òfwel twijfel bij hetzij regering, hetzij een der kamers, over de vraag of een verdragsbepaling wel afweek van de Grondwet, òfwel verschil van mening over de vraag van welke grondwetsbepaling er werd afgeweken (en soms zowel twijfel omtrent het een en verschil van mening over het ander).

Bij de Overeenkomst over Nieuw-Guinea heeft de regering zich van begin tot einde op het standpunt gesteld dat het verdrag van geen der bepalingen van de Grondwet afweek.<sup>39</sup> Bij het Statuut voor het Internationaal Strafhof heeft de regering zich afgezet tegen de opvatting dat het van artikel 15 Grondwet afweek, en slechts gerede twijfel geuit over de conformiteit met artikelen 42 en 71 van de Grondwet.<sup>40</sup> Kamerleden leken soms de opvatting van de Raad van State te volgen dat van artikel 15 van de Grondwet wel degelijk werd afgeweken. Men kan in deze gevallen niet zeggen dat de wetgever meent dat sprake is van afwijken.

Tevens valt niet vast te stellen of in de drie hier bedoelde gevallen wel gebruik is gemaakt van de procedure die een gekwalificeerde meerderheid vergt. De toepasselijkheid van deze procedure is namelijk, blijkens de woorden «voor zover» of «voor zoveel», slechts voorwaardelijk in de

<sup>36</sup> Deze voorwaardelijke formule gaat terug op een suggestie door Romme gedaan bij de behandeling van de grondwetsherziening van 1953; hij suggereerde formules als «geacht wordt af te wijken» in de Grondwet zelf, om te voorkomen dat binnen en tussen kamers het te moeilijk zou worden om tot overeenstemming te komen of er daadwerkelijk sprake is van afwijken, Handelingen TK 1952–1953, 1907. Dit is destijds overgenomen door de regering die meende dat de destijds gebezigde formule «indien de ontwikkeling van de internationale rechtsorde zulks vordert kan .. worden afgeweken van bepalingen van de Grondwet» toestaat dat een goedkeuringswet in twijfelgevallen een dergelijke voorwaardelijke bepaling bevat, Handelingen TK 1952–1953, 1911.

<sup>37</sup> Zie artikel 2 Rijkswet goedkeuring Internationaal Strafhof; artikel 2 van de Overeenkomst met Indonesië inzake overdracht Nieuw-Guinea; artikel 6 van de goedkeuring van het Verdrag tot oprichting van een Europese Defensie Gemeenschap.

<sup>38</sup> In de stukken en debatten werd slechts gesproken van afwijking van de bepalingen over de verplichte krijgsmacht. Over afwijking van de bepaling omtrent het oppergezag over de krijgsmacht (artikel 68 Grw, in hoofdstuk II) is niet gesproken. Duynstee 1954 brengt deze bepaling wel ter sprake.

<sup>39</sup> Zie hierover Van den Bergh 2002, 1065.

<sup>40</sup> Overigens gaf Duynstee reeds te kennen het beperken van de koninklijke onschendbaarheid in een internationaal strafrechtelijk verdrag te beschouwen als een afwijken van de Grondwet, Duynstee 1954, 26

bedoelde wetten vermeld, terwijl deze wetten daadwerkelijk aangenomen zijn met een meerderheid van meer dan twee derden van de stemmen. Hierdoor is niet duidelijk geworden of deze meerderheid vereist was. Dit zou pas duidelijk kunnen zijn geworden indien over de betreffende wetsvoorstellen zou zijn gestemd met een meerderheid van meer dan de helft, maar minder dan twee derden van de uitgebrachte stemmen – in dat geval had men immers moeten vaststellen of de wetsvoorstellen in overeenstemming met de Grondwet waren vastgesteld, en was er definitief uitsluitel ter zake.

De in de praktijk gekozen benadering heeft in de genoemde gevallen de scherpe kantjes afgeslepen van de vraag of wel vaststaat dat er in een concreet geval van de Grondwet wordt afgeweken, en van welke bepalingen dan zou worden afgeweken. Dat was ook de bedoeling en geheel in overeenstemming met wat daarover bij de grondwetsherziening van 1953 is gezegd.<sup>41</sup> Door de in de praktijk gekozen formule in een wetsontwerp te hanteren, wordt voorkomen dat een kamer of regering die het niet eens is met het oordeel dat een verdrag van een specifieke bepaling afwijkt, het wetsvoorstel daarom meent niet te kunnen aannemen of te bekrachtigen, hoewel de binding van het Koninkrijk aan het verdrag wel kan rekenen op goedkeuring door een meerderheid van twee derden in de kamers en overigens ook door de regering gewenst wordt. In deze gevallen is bij gebruikmaking van de formule «voor zover nodig», echter niet vast te stellen of daadwerkelijk gebruik is gemaakt van de procedure van artikel 91 lid 3.

De kwestie zou anders komen te liggen wanneer een voorstel tot goedkeuring door een of beide kamers met gewone meerderheid, niet zijnde twee derden van de stemmen, werd aangenomen geacht, terwijl de andere kamer of de regering meent dat het met twee derden van de stemmen had moeten worden aangenomen. De gebezigde voorwaardelijke formulering omtrent afwijken en toepassing van artikel 91 lid 3 van de Grondwet, zou in dit soort gevallen geen uitkomst bieden, juist omdat zij slechts een voorwaardelijke mening van de wetgever uitdrukt en geen uitsluitel geeft of er wel wordt afgeweken van de Grondwet. De formule «voor zover nodig» kan dus niet altijd het probleem oplossen.

### *2.1.3 Zinvolheid van gewone meerderheidsbeslissing over de vraag of gekwalificeerde meerderheid nodig is*

De zinvolheid van de procedure dat bij meerderheid wordt beslist of een gekwalificeerde meerderheid nodig is, hangt direct samen met de *ratio* van deze gang van zaken. Deze *ratio* kan los worden gezien van de specifieke vorm van de amendering van een wetsvoorstel waarin zou worden uitgesproken of er van afwijken van grondwetsbepalingen sprake is.

#### *– het verscheiden oogmerk van de twee besluiten*

Het is van belang goed te onderscheiden tussen enerzijds het besluit dat een tweederde meerderheid vergt en anderzijds het besluit dat met een gewone meerderheid genomen wordt. Het gewone meerderheidsbesluit besluit gaat over de vraag of er sprake is van een verdrag dat afwijkt van de Grondwet. Dit is iets anders dan het besluit om het afwijkende verdrag goed te keuren en heeft niet het rechtsgevolg de binding van het Koninkrijk aan het verdrag al dan niet goed te keuren. De gekwalificeerde meerderheidsbeslissing daarentegen beoogt niet vast te stellen of er sprake is van «afwijken», maar beoogt goed te keuren dat het Koninkrijk gebonden wordt aan een van de Grondwet afwijkend verdrag. Dit onderscheid is helder en ook praktisch goed te maken.

#### *– de ratio van de eis van een gekwalificeerde meerderheid*

De eis van een twee-derde meerderheid die nodig is om het Koninkrijk te

---

<sup>41</sup> Zie hiervoor voetnoot 36.

kunnen binden aan een van de Grondwet afwijkend verdrag, vindt zijn ratio niet in de vraag of er wel of niet wordt afgeweken van de Grondwet – een vraag die gewoonlijk immers bij eenvoudige meerderheid beantwoord wordt – maar in de «materiële grondwetswijziging» die besloten ligt in het partij worden bij een dergelijk verdrag.<sup>42</sup> Zou men reeds bij gewone meerderheid partij kunnen worden bij een van de Grondwet afwijkend verdrag, dan zou dit al te eenvoudig de weg openstellen naar wat neerkomt op grondwetswijziging bij verdrag.<sup>43</sup>

Dit is de sleutel tot goed begrip van de zin om te onderscheiden tussen de beslissing over de afwijkingsvraag enerzijds en de goedkeuring van het verdrag waardoor de Grondwet materieel wordt gewijzigd anderzijds. Dit kan worden duidelijk gemaakt door te vergelijken wat er gebeurt als een gewoon wetsontwerp afwijkt van de Grondwet, en wat er zou gebeuren ten aanzien van een verdrag dat afwijkt van de Grondwet als we niet de bepaling van artikel 91 lid 3 zouden hebben.

– *een gewoon meerderheidsbesluit gevolgd door een gekwalificeerd meerderheidsbesluit*

Zoals we hierboven al opmerkten, is het volkomen normaal dat het besluit over de vraag of een te nemen besluit in overeenstemming is of afwijkt van de Grondwet bij gewone meerderheid wordt genomen.<sup>44</sup> Ook over de grondwettigheid van een wetsvoorstel wordt immers met gewone meerderheid besloten.

Zou bij gewone wetgeving de meerderheid van een kamer menen dat een bepaald wetsvoorstel afwijkt van de Grondwet, dan zijn er drie mogelijkheden:

- men wijzigt het wetsvoorstel lopende de besluitvormingsprocedure zodanig dat het niet langer afwijkt van de Grondwet,<sup>45</sup> of
- men verwerpt het wetsvoorstel, of
- men wijzigt de Grondwet (hetgeen de wetgever niet zelf kan doen).

Zou men geen bepaling als artikel 91 lid 3 in de Grondwet hebben – zoals het geval is in andere landen van de EU – dan beschikt men bij de goedkeuring van een verdrag dat afwijkt van de Grondwet slechts over twee van de genoemde drie mogelijkheden, namelijk het verwerpen van goedkeuringsvoorstel of de Grondwet wijzigen. Anders dan bij gewone wetgeving, ligt het bij verdragsgoedkeuring niet in de macht van de regering of Tweede Kamer of wetgever om hetgeen goedgekeurd wordt lopende de procedure te wijzigen.<sup>46</sup>

Nu is het zo, dat het lopende de procedure van verdragsluiting (van initiële parafering van teksten tot en met het volkenrechtelijk instemmen met binding aan het verdrag) in veel landen niet ondoenlijk blijkt de in het geding zijnde grondwetsbepaling te wijzigen. In Nederland pleegt men echter lang te doen over grondwetswijziging, hetgeen mede wordt veroorzaakt door de gewoonte de verkiezing van een nieuwe Tweede Kamer wegens grondwetsherziening uit te stellen tot verkiezingen die periodiek of om andere redenen moeten worden gehouden. Dit maakt het in de ogen van betrokkenen onpraktisch, althans ingewikkeld om eerst de Grondwet te wijzigen voordat men partij wordt bij het verdrag, zoals in andere landen de gewone gang van zaken is.

Op ondervanging van dit praktische bezwaar is nu de vereenvoudigde procedure van artikel 91 lid 3 gericht. De bepaling maakt het mogelijk partij te worden bij een van de Grondwet afwijkend verdrag, zonder dat formele grondwetswijziging hoeft te worden afgewacht. Te meer nu er geen grondwettelijke plicht is de betreffende afwijkende grondwetsbepalingen vervolgens daadwerkelijk te wijzigen – hoezeer zulks ook gewenst kan zijn<sup>47</sup> – kan men ook zeggen dat omdat deze bepaling het mogelijk maakt partij te worden bij zo'n verdrag, zij toestaat dat de Grondwet materieel wordt gewijzigd. Goedkeuring van een van de

<sup>42</sup> Strikt genomen wordt de Grondwet niet gewijzigd. Wel wordt door de binding aan het bedoelde verdrag een rechtsfeit of rechtsregel in het leven geroepen die de toepassing van grondwettelijke regels in zodanig ander perspectief plaatst dat deze materieel gewijzigd wordt. Kortheidshalve wordt, conform het spraakgebruik, hier de term «materiële grondwetswijziging» gehanteerd.

<sup>43</sup> TK 1951–1952, 2374, nr. 8; TK 1951–1952, 2374, nr. 10; EK 27 484, 236 c: het «gaat om verdragen waarvan het verbindend worden materieel gelijk staat aan het wijzigen van de Grondwet».

<sup>44</sup> Dit is vermoedelijk wat Oud 1970 bedoelt, wanneer hij op p. 331 stelt: «Zou men hier een gequalificeerde meerderheid eisen, dan zou immers de beslissing over de al of niet grondwettigheid der overeenkomst van de gewone naar de gequalificeerde wetgever zijn verplaatst, hetgeen met de beginselen van ons staatsrecht in strijd zou zijn.»

<sup>45</sup> Hetgeen lopende de procedure slechts kan totdat het voorstel door de Tweede Kamer is aanvaard, zie artikel 84 van de Grondwet.

<sup>46</sup> Behoudens de mogelijkheid van het maken van een voorbehoud bij de bepalingen van het verdrag die van de Grondwet afwijken, mits dit volkenrechtelijk mogelijk is. Indien het tot heronderhandeling komt die tot een andere tekst leidt, zou de nieuwe tekst opnieuw moeten worden voorgelegd.

<sup>47</sup> Van Emmerik 2002, 85. Naar algemeen volkenrecht is er geen plicht een constitutionele regel die niet in overeenstemming is met een verdragsrechtelijke plicht te wijzigen in overeenstemming daarmee. Een bijzonder verdragsregime zou wel zo'n plicht kunnen behelzen. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG is af te leiden dat dit het geval is met het EG-Verdrag.



Grondwet afwijkend verdrag bij gekwalificeerde meerderheid is goedkeuring van een materiële wijziging van de Grondwet.

– *parallelle met procedure voor grondwetswijziging*

Het gegeven dat over de vaststelling van de afwijking in eerste instantie met gewone meerderheid wordt besloten, en bij geconstateerd afwijken vervolgens met gekwalificeerde meerderheid toegestaan kan worden dat de constitutie materieel gewijzigd wordt, loopt parallel aan de procedure van grondwetswijziging die wij kennen. Ook daar wordt immers eerst door de gewone wetgever de inhoud vastgesteld van de voorgestelde verandering (artikel 137, eerste lid, Grondwet), en kan deze verandering vervolgens slechts door de gekwalificeerde wetgever – de eigenlijke grondwetgevende vergadering in de optiek van andere Europese constituties – worden aangenomen (artikel 137, vierde lid, Grondwet).

– *de zinvolheid van een gewoon meerderheidsbesluit over de gekwalificeerde meerderheidseis*

We kunnen op basis van het voorgaande vaststellen dat het volkomen in overeenstemming is met het stelsel van de Grondwet om eerst bij gewone meerderheid te stemmen over de vaststelling dat een verdrag afwijkt van de Grondwet, om vervolgens het van kracht worden van een dergelijk van de Grondwet afwijkende regeling met gekwalificeerde meerderheid mogelijk te maken.

– *argument inzake constitutionele interpretatiemacht*

Men zou kunnen redeneren vanuit het hypothese dat, juist omdat een gekwalificeerde meerderheid beslist over de goedkeuring, het ook een gekwalificeerde meerderheid zou moeten zijn die beslist over het afwijken van de Grondwet. Aldus zou men echter de ultieme constitutionele interpretatie-macht bij een minderheid van ten minste een derde van de uit te brengen stemmen in beide kamers leggen. Een parlementaire minderheid kan dan immers de mening dat een verdrag niet afwijkt van de Grondwet doorzetten, tegenover een gewone meerderheid die meent dat het wel afwijkt. Dit wijkt af van de normale praktijk van constitutionele interpretatie en is onder de huidige constitutionele verhoudingen moeilijk te rechtvaardigen.<sup>48</sup>

## **2.2 Schijnbare tegenstrijdigheden in de relatie 92 Grw en 91 lid 3 Grw**

De motie-Jurgens c.s. stelt dat opdracht van belangrijke bevoegdheden aan «bovenationale» organisaties op basis van artikel 92 van de Grondwet op zichzelf geen afwijking behelst van de Grondwet en derhalve geen gekwalificeerde meerderheid vergt. Daartegenover vergt een verdrag waarbij wordt afgeweken van bepalingen van ondergeschikt belang in vergelijking met een «verregaande overdracht van bevoegdheden», als waarvan bij goedkeuring van het Statuut voor het Internationale Strafhof sprake was, wel een gekwalificeerde meerderheid.

In deze stellingen liggen drie punten besloten. Ten eerst is de suggestie dat een opdracht zelf van bevoegdheid aan een bovenationale organisatie geen afwijken van de Grondwet behelst; ten tweede dat afwijking van relatief ondergeschikte grondwetsbepalingen wel zulk «afwijken» is; en tenslotte dat ook verregaande «overdracht» van bevoegdheden geen gekwalificeerde meerderheid vergt. Wij wijden aan elk van deze punten enige opmerkingen.

### *2.2.1 Opdracht van belangrijke bevoegdheden aan bovenationale organisaties geen afwijken van de Grondwet*

Artikel 92 van de Grondwet luidt als volgt:

<sup>48</sup> Oud 1970, 33 stelt: «Zou men hier een gequalificeerde meerderheid eisen, dan zou immers de beslissing over de al of niet grondwettigheid der overeenkomst van de gewone naar de gequalificeerde wetgever zijn verplaatst, hetgeen met de beginselen van ons staatsrecht in strijd zou zijn.»

«Met inachtneming, zo nodig, van het bepaalde in artikel 91, derde lid, kunnen bij of krachtens verdrag aan volkenrechtelijke organisaties bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak worden opgedragen.»

Hieruit blijkt inderdaad dat niet elke opdracht van bevoegdheid tot wetgeving, bestuur of rechtspraak leidt tot een afwijking van de Grondwet. De verwijzing naar artikel 91 lid 3 impliceert echter dat sommige «opdrachten» wel degelijk een afwijking van de Grondwet kunnen vormen.

Vooraf wanneer het gaat om een opdracht van bevoegdheden die binnen de nationale rechtsorde niet bestaanbaar zijn, kan een opdracht onmogelijk tot afwijken van de Grondwet leiden. Hierbij gaat het om bevoegdheden die uitsluitend in de internationale betrekkingen tussen staten en andere volkenrechtelijke rechtssubjecten bestaan, zoals de rechterlijke bevoegdheid van het Internationaal Gerechtshof om bepaalde geschillen tussen staten aan zijn rechterlijk oordeel te onderwerpen, de bevoegdheid van de VN Veiligheidsraad om bepaald gedrag toe te staan in het verkeer tussen staten (bijvoorbeeld geweld toe te staan jegens staten in het kader van het zevende hoofdstuk van het VN Handvest), enzovoorts. Al deze bevoegdheden interfereren niet met de bevoegdheden die nationale ambten krachtens de Grondwet hebben of met de rechtspositie van burgers onder de Grondwet.

Verskil van mening kan bestaan over de vraag of een verdrag dat bevoegdheden opdraagt of regelt in de internationale betrekkingen, welke worden uitgeoefend op een wijze die niet in overeenstemming is met bepalingen of fundamentele beginselen van de Grondwet die mede in grondwetsbepalingen tot uitdrukking komen, wel of niet afwijkt van de Grondwet. Een imaginair voorbeeld is dat van een internationaal strafhof dat bij of krachtens verdrag bevoegd wordt gemaakt de doodstraf op te leggen en te doen uitvoeren.<sup>49</sup> Is dit strijdig met de grondwetsbepaling, die inhoudt dat de doodstraf niet kan worden opgelegd (artikel 114 Grondwet)? Men zou kunnen zeggen dat artikel 114 slechts betreft het opleggen van de doodstraf binnen de Nederlandse rechtsorde, welke geheel gescheiden is van de internationale rechtsorde, en dat dus een dergelijk verdrag niet afwijkt van de Grondwet.<sup>50</sup>

Dit is anders in een meer robuuste uitleg van artikel 114 Grondwet, dat zich immers niet alleen richt tot de Nederlandse rechter, maar ook tot de wetgever. Daarbij speelt een rol dat de wetgever, althans de Staten-Generaal en de regering, wezenlijk betrokken zijn bij de internationale rechtsvorming door middel van de nationale regeling van de verdragssluitende bevoegdheid. Het is niet gemakkelijk vol te houden dat de internationale rechtsorde en de nationale rechtsorde, mede gezien de Nederlandse constitutionele regels met betrekking tot de verhouding van die rechtsordes tot elkaar, beschouwd moeten worden als van elkaar gescheiden, aparte en volkomen van elkaar onafhankelijke rechtsordes. De goedkeuring van een verdrag dat het opleggen van de doodstraf mogelijk maakt, is daarom het meewerken van de nationale ambten aan het mogelijk maken van het opleggen van de doodstraf (waarbij dat het niet is uitgesloten dat dit gebeurt in Nederland indien een dergelijk internationaal strafhof zich alhier zou vestigen). Een dergelijk verdrag zou tevens kunnen betekenen dat personen die zich onder Nederlandse rechtsmacht bevinden, kunnen worden blootgesteld aan het opleggen van de doodstraf, terwijl artikel 114 Grondwet de strekking heeft burgers daartegen te beschermen.

Daarnaast zijn er gevallen waarbij bij of krachtens verdrag een verplichting in het leven wordt geroepen die vooral gericht is op een binnen de nationale rechtsorde te bewerkstelligen feitelijke of rechtstoestand. Hiervan is denkbaar dat verdragsrechtelijk deze rechtstoestand afwijkt van de Grondwet, of op een wijze in het leven moet worden geroepen die van de Grondwet afwijkt. Wanneer de rechtsgrondslag krachtens verdrag door

<sup>49</sup> Fleuren 2002, 67–68.

<sup>50</sup> Dit is de opvatting van Fleuren. Niet helemaal duidelijk is of het Fleuren erom gaat dat het scheppen van verdragsbepalingen buiten de reikwijdte van de Grondwet valt – hetgeen altijd het geval is – of dat er gaat om de instantie die de bevoegdheid verkrijgt om de doodstraf op te leggen. Onduidelijk is daarmee of er in zijn visie wél sprake is van afwijken van de Grondwet als een Nederlandse rechter zou worden gedwongen op basis van een internationaal verdrag de doodstraf op te leggen.

organen van volkenrechtelijke organisaties wordt geschapen, of bedoelde feitelijke of rechtstoestand in het leven wordt geroepen door volkenrechtelijke organisaties aan wie daartoe bij verdrag de bevoegdheid is opgedragen, dan is er sprake van een opdracht in de zin van artikel 92 van de Grondwet, welke afwijkt van de Grondwet of althans tot zulk afwijken kan noodzaken.

Daargelaten in welke concrete gevallen daarvan sprake is, moeten wij concluderen dat de verwijzing in artikel 92 naar artikel 91 lid 3 van de Grondwet betekent dat er gevallen zijn waarin de opdracht van bevoegdheden aan een internationale organisatie kan (noodzaken tot) afwijken van de Grondwet. Met name wanneer het gaat om verdragen waarbij aan (organen van) internationale organisaties bevoegdheden worden toegekend die de constitutionele regels en verhoudingen binnen de Nederlandse rechtsorde wijzigen of daartoe noodzaken, kan dit leiden tot afwijken van de Grondwet. Wij wijzen erop dat het voorziene – maar nooit tot stand gekomen – lidmaatschap van de Europese Defensie Gemeenschap aanleiding was tot het opnemen van artikel 91 lid 3 en van een verwijzing in artikel 92 naar deze bepaling.

Zoals reeds opgemerkt, werd blijkens de parlementaire verhandelingen vooral gedacht aan afwijking van de grondwettelijke bepalingen over de dienstplicht, welke dienstplicht in het kader van de EDG zou kunnen worden verricht. In de staatsrechtelijke literatuur werd overigens ook de omvang van de opdracht van bevoegdheid zelf, en de overdracht van bevoegdheid aan de EDG die daarin besloten lag, beschouwd als een afwijken van de Grondwet.<sup>51</sup>

### *2.2.2 Afwijking van relatief ondergeschikte grondwetsbepalingen vergt wel een gekwalificeerde meerderheid*

De motie-Jurgens c.s. stelt dat zich een belangrijke opdracht of overdracht van bevoegdheid aan volkenrechtelijke organisaties kan voordoen die kennelijk geen afwijking van de Grondwet behelst en dus met gewone meerderheid mogelijk is, terwijl hieraan relatief ondergeschikte afwijkingen van specifieke bepalingen van de Grondwet, zoals de bepalingen over immuniteit (artikel 42 en 71 Grondwet) een gekwalificeerde meerderheid vergen. Wij staan daar hier bij stil.

Vooraf kan men zich afvragen of er wel grondwetsbepalingen zijn waarvan gezegd kan worden dat deze van ondergeschikt belang zijn. De bepalingen over immuniteit van ambtsdragers en volksvertegenwoordigers hebben de laatste decennia in bijna alle ons omringende EU-lidstaten en daarbuiten, in het brandpunt van de politieke belangstelling gestaan. Ook de immuniteit van politieke ambtsdragers in verband met oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid heeft politiek en juridisch volop in de belangstelling gestaan in en buiten de EU-landen. Hoewel het wellicht geruststellend is dat de immuniteit van kamerleden en ambtsdragers in Nederland niet dezelfde aandacht heeft getrokken,<sup>52</sup> is er weinig reden om de betreffende grondwetsbepalingen te kwalificeren als van «ondergeschikt belang» of van «relatief ondergeschikt belang». Eerder zou men er vanuit moeten kunnen gaan dat regels die in de Grondwet staan, *eo ipso* van groot belang zijn.<sup>53</sup>

Desalniettemin komt uit de motie-Jurgens naar voren dat in de huidige constitutionele praktijk de constitutionele relevantie van de opdracht zelfs van omvangrijke bevoegdheden van wetgevende, bestuurlijke en rechtsprekende aard laag ingeschat wordt, terwijl daarentegen constitutionele relevant slechts die bijkomstige aspecten van die opdracht worden geacht die een duidelijk aanknopingspunt hebben in de letterlijke tekst van de Grondwet.

De paradox die daaruit voortvloeit tussen een zware procedure voor wat gezien wordt als een relatief ondergeschikt en min of meer toevallig neveneffect van de opdracht van bevoegdheden aan volkenrechtelijke

<sup>51</sup> Aldus met name Duynstee 1954.

<sup>52</sup> Dit is mede vanwege de geringe omvang van de immuniteit ex artikel 71 Grondwet, welke zich slechts uitstrekt tot hetgeen in vergaderingen is gezegd of daaraan schriftelijk is overgelegd. Strafrechtelijke vervolging zoals ingesteld namelijk tegen kamerlid Van Dijke zou in andere Europese landen een opheffing van parlementaire immuniteit vergen.

<sup>53</sup> Wel is door Prakke terecht vastgesteld dat artikel 31 lid 1 van de Grondwet naast artikel 25, tweede volzin, overbodig is, zie Van der Pot, Donner 2001, 417, maar het feit dat niemand dit bij de grondwetsherziening van 1983 is opgevallen, suggereert dat die bepaling wellicht zo overbodig nog niet is.

<sup>54</sup> Struycken 1915, 347: «In onze eerste Grondwetten vond men het niet noodig, het beginsel nadrukkelijk uit te spreken, maar geen twijfel kan erover bestaan, dat men het van den aanvang af in ons staatsrecht, als met de monarchie onafscheidelijk verbonden, begrepen heeft geacht. ... eenstemmigheid heerschte [in 1815] daarover, dat de onschendbaarheid des Konings «een staatkundig axioma is van de eenhoofdige regeering», dat als zoodanig in de Grondwet niet uitdrukkelijk behoeft worden genoemd. [Colenbrander, II, 1815, blz. 111, 117, 141, 143, 147.] ... De koninklijke onschendbaarheid is dan ook onder de werking van de Grondwet van 1815 nimmer betwijfeld geworden, zooals bij de herziening van 1840 van de zijde der Kamer en der Regeering beiden is bevestigd [Handel. 1840, I, blz. 108, 227, 253, 274].»

<sup>55</sup> Aldus betekent de in het Nederlandse staatsrecht dominerende opvatting dat artikelen 93 en 94 Grondwet van geen betekenis zijn voor de doorwerking van EG-recht in de nationale rechtsorde zeker een afwijking van deze bepalingen van de Grondwet. Ook wanneer deze bepalingen wel van betekenis zouden zijn voor die doorwerking, is het de vraag of het EG-recht wel altijd in overeenstemming met de grenzen van die bepalingen doorwerkt; dit kan worden betwijfeld ten aanzien van de vraag of voor die doorwerking equivalente eisen als die aan de «eenieder-verbinding» in de zin van artt. 93 en 94 Grondwet worden gesteld, en of altijd aan het publicatievereiste van artikel 93 moet worden voldaan voordat de gevraagde doorwerking kan gelden. Tevens zal een Nederlandse rechter gedwongen kunnen zijn om een formele wet te toetsen aan ongeschreven beginselen van Gemeenschapsrecht, hetgeen afwijkt van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet in samenhang met artt. 93 en 94 zoals uitgelegd

<sup>56</sup> Wel hebben de kamers alle relevante verdragen en hun wijzigingen met een meerderheid van meer dan twee derden aanvaard.

<sup>57</sup> Op deze paradox is overigens reeds gewezen door Duynstee 1954, 34–42 op p. 34: «De moeilijkheid ligt hier in de onevenwichtigheid tussen het gewicht van zaken, voor welke de zware procedure van grondwetsherziening vereist is, en het gewicht van bijv. een soevereiniteitsoverdracht welke bij eenvoudige «overeenkomst», goedgekeurd bij eenvoudige meerderheid, zou kunnen plaatsvinden.» Hij behandelt deze kwestie zeer uitvoerig en stelt deze geheel in de sleutel van soevereiniteitsoverdracht. Hij neemt uiteindelijk het volgende standpunt in, p. 40: «In het verleden (bv. Kolen- en Staal-Gemeenschap) was soevereiniteitsopdracht (overdracht, afstand) zonder meer mogelijk door uitoefening van de normale tractaatmacht des Konings. Door invoeging van artikel 63 [thans 91 lid 3] zal men dergelijke gevallen voor de toekomst mogen beschouwen als afwijkingen van de Grondwet in de zin van dit artikel, indien grondwettelijk veronderstelde Nederlandse overheidsmacht over wordt

<sup>58</sup> Advies Raad van State, 1999–2000, 26 800 VI A, 3; de «geest van de Grondwet» waarde ook door paragraaf 3 van het advies van de RvSt TK 1983–1984, 17 980 A, nr. 9 over de plaatsing van kruisraketten.

organisaties, terwijl een gewone procedure in de praktijk volstaat ook voor substantiële overdracht van bevoegdheid wordt gezien als een ongerijmdheid.

Het komt ons voor dat er enige grond is voor deze gedachte, zowel met het oog op het specifieke geval van de immuniteit als meer in het algemeen. Zo is de vermelding van de onschendbaarheid van de Koning in zekere zin een toeval, dat voortvloeit uit de specifieke vorm die de grondwettelijke regeling van de ministeriële verantwoordelijkheid in 1848 verkreeg: «De Koning is onschendbaar, de ministers zijn verantwoordelijk» luidt de compacte formulering die toen in de Grondwet werd opgenomen en nu te vinden is in artikel 42 lid 2 van de Grondwet.

Voordien werd de onschendbaarheid van de koning in de Grondwet niet genoemd. Uiteraard was de koning naar Nederlands constitutioneel recht onschendbaar, maar dit was zo vanzelfsprekend dat dit niet in de Grondwet uitdrukkelijk was opgenomen.<sup>54</sup> Gegeven de onbetwijfelde en ontwikkelbare onschendbaarheid van de Koning, was het mogelijk geweest de politieke ministeriële verantwoordelijkheid in te voeren zonder vermelding van de koninklijke onschendbaarheid.

Meer in het algemeen is opvallend dat de grootste overdracht van bevoegdheid in Europese context, die aan de Europese Unie, hoewel haar ontwikkeling en de talrijke wijzigingsverdragen ongetwijfeld belangrijke wijzigingen in de nationale constitutie situatie hebben gebracht – waarvan goed verdedigbaar is dat deze ook (noodzaken tot) afwijken van concrete grondwetsbepalingen<sup>55</sup> – nog nooit gepaard is gegaan met bewuste inachtneming van artikel 91 lid 3 van de Grondwet.<sup>56</sup>

De door de motie-Jurgens c.s. gesignaleerde paradox<sup>57</sup> is in hoge mate het gevolg van een *black letter* benadering van de Grondwet. De uitleg van de rechtsregels vervat in de Grondwet is in de constitutionele praktijk rond artikel 91 lid 3 – in afwijking van elders in onze rechtsorde gangbare interpretatie-methoden zoals in de grondrechtelijke jurisprudentie – sterk literalistisch en restrictief. Men vreest in de constitutionele praktijk – en ook in sommige academische kringen – de ongrijpbaarheid van wat in een fameuze trits door de Raad van State wordt genoemd «de geest, strekking en systematiek van de Grondwet».<sup>58</sup> Strijd hiermee levert in de visie van de Raad van State geen afwijking van de Grondwet op. Pas strijd met «concrete en specifieke bepalingen» van de Grondwet zou een afwijking

in de zin van artikel 91 lid 3 kunnen zijn.<sup>59</sup> Slechts bij wijze van sluitpost stelt de Raad van State nog dat bij het onderzoek naar de inhoud van een grondwetsartikel «de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten en strekking» wel mede in aanmerking moeten worden genomen. Hoe dit laatste zich precies verhoudt tot het eerste, wordt in de leer van de Raad van State niet helemaal duidelijk. Wat wel duidelijk is, is dat principieel de letter van de bepaling voorop wordt gesteld en de strekking en het stelsel van de Grondwet – zo die al een rol kan spelen – secundair is.

De regering herhaalt veelvuldig de interpretatie-leer van de Raad van State. Maar zelf blijkt zij niet altijd in staat die interpretatie-leer te volgen wanneer zij dreigt te stuiten op een bepaling die ook naar de letter in de weg staat aan een verdrag. Zo blijkt uit de reactie op de adviezen van de Raad van State bij het Lockerbie-verdrag en het verdrag inzake het Internationaal Strafhof, dat zij het begrip «rechter» in artikelen 15 en 17 van de Grondwet uitlegt op een wijze die los staat van (of zelfs in strijd is met) de bewoordingen en geschiedenis van deze bepalingen. In de regeringsuitleg worden onder de bepaling namelijk ook toegang tot buitenlandse en internationale rechterlijke instanties gebracht. Daartoe beroept de regering zich uitsluitend op strekking van de Grondwet, een strekking die niet gedekt wordt door de specifieke bewoordingen van haar bepalingen, waarin immers verwezen wordt naar «de wet», waarbij het weinig twijfel lijdt dat hiermee een besluit van de regering en Staten-Generaal gezamenlijk wordt bedoeld. Het heeft er iets van weg dat de *black letter* doorslaggevend is om te stellen dat een verdrag niet afwijkt van de Grondwet, behalve wanneer de letter zelf het tegendeel suggereert; in dit laatste geval is de strekking en het stelsel van de Grondwet doorslaggevend.

Ook de Raad van State zelf is soms niet in staat zijn eigen strenge interpretatie-leer te volgen. Zo bleek uit het advies over de goedkeuring van het Lockerbie-verdrag dat de Raad van State wel van mening was dat het verdrag afweek van de Grondwet en dat artikel 91 lid 3 moest worden toegepast, maar specificeerde de Raad niet van welke bepalingen werd afgeweken.<sup>60</sup> Overigens verwijst de Raad bij het beoordelen van de grondwettigheidsaspecten van wetgeving in concrete gevallen veelvuldig naar de strekking van grondwetsbepalingen en het stelsel van de Grondwet, met name wanneer het gaat om de betekenis van het legaliteitsbeginsel, dat de Hoge Raad reeds in het Meer en Berg-arrest geheel en al liet berusten op het stelsel van de Grondwet.<sup>61</sup>

Ten slotte komt de Raad van State in botsing met de eigen interpretatie-leer omtrent de betekenis van artikel 91 lid 3 van de Grondwet, in eenzelfde advies waarin deze leer werd geformuleerd, te weten het advies over de vestiging van buitenlandse en internationale jurisdicties en de toepassing van artikel 91 lid 3.<sup>62</sup> Daar stelt de Raad dat er grondwetsbepalingen zijn die wezenlijke waarborgen inhouden, waarvan bij verdrag onder bepaalde (door de Raad niet nader gespecificeerde) omstandigheden niet mag worden afgeweken, ook niet met gebruikmaking van de procedure van artikel 91 lid 3. Daarbij noemt de Raad met name de grondrechten neergelegd in hoofdstuk 1 van de Grondwet. Van deze grondwetsbepalingen mag dus niet (altijd) bij verdrag worden afgeweken, ook niet met een gekwalificeerde meerderheid. Dit is een opvatting die slechts mogelijk is op basis van de veronderstelling dat er constitutionele beginselen zijn die aan sommige grondwetsbepalingen een zodanig fundamentele betekenis toekennen dat zelfs waar de letter van de Grondwet afwijking toestaat, de geest, althans de strekking en systematiek, van de Grondwet daaraan in de weg staat. Deze ongeschreven constitutionele beginselen zijn niet anders te begrijpen dan als samenhangend met het stelsel, de strekking en de geest van de Grondwet. In de Grondwet zelf zijn dergelijke principes immers niet in specifieke bepalingen neergelegd.

Bij de invoering in 1953 van de bepaling die thans te vinden is in artikel 91 lid 3 van de Grondwet, is inderdaad gezegd dat deze bepaling toepassing

<sup>59</sup> Een afwijkende formulering van de interpretatie-leer geeft de Raad in zijn advies van 19 oktober 2001, TK 2001–2002, 23 490, nr 209, over het EU kaderbesluit mbt het Europees arrestatiebevel. Hier wordt niet tegenover elkaar gesteld concrete bepalingen van de Grondwet en de geest, strekking en systematiek van de Grondwet, maar ongeschreven beginselen en grondwetsbepalingen (zie nr. 4). In dit advies wordt geconcludeerd tot niet afwijken van artikel 2 van de Grondwet op basis van voornamelijk de strekking en deels de systematiek van deze bepaling in het kader van een kamermotie en de parlementaire controle op 3e-pijlerbesluiten.

<sup>60</sup> TK 1998–1999, 26 221, A, 2; wellicht komt dit voort uit de grote spoed waarmee het is uitgebracht; het advies werd op dezelfde dag uitgebracht als het werd aangevraagd.

<sup>61</sup> HR 13 januari 1879, W 4330: «... dat evenmin de wet van 1818, als de Grondwet, waarnaar deze wet verwijst, noch eenige andere wet eenige omschrijving inhoudt van hetgeen onder zoodanige algemeene maatregelen van inwendig bestuur moet worden verstaan; O., dat alzoo de vraag, hoever de bevoegdheid des Konings, met opzigt tot de onderwerpen die daarbij kunnen worden geregeld, zich uitstrekt, moet worden beantwoord uit het stelsel der Grondwet ten aanzien van de macht des Konings in het algemeen; ...». De strekking en het stelsel van de Grondwet speelt een belangrijke rol bij de recente adviezen van de Raad over het hoofdschap van de gemeenteraad en het aan de raad ontnemen van belangrijke bestuurlijke bevoegdheden bij de «dualisering» van het gemeentebestuur, TK 20 002 001, 27 751 A; ten aanzien van de tussentijdse ontbinding van de raad en de delegatie-terminologie van artikel 129 lid 4 Grondwet, advies 15 februari 2002, W04.01.0675; over een zelfstandige amvb tot regeling over DNA

<sup>62</sup> TK 1999–2000, 26 800 VI A, 6.

vindt in die gevallen waarin een verdrag «afwijkt van bepaalde concrete artikelen onzer Grondwet».<sup>63</sup> Tevens stemde de regering echter in met de visie van senatoren Van Walsum en Sassen dat artikel 63 (thans 91 lid 3) «nooit is geschreven is om afwijkingen van ... fundamentele essentialia van ons staatsbestel mogelijk te maken»; daarbij dacht Sassen aan «ons zelfstandig staatsbestaan als Koninkrijk onder Oranje en als parlementaire democratie».<sup>64</sup> De regering stelde in reactie op de opmerkingen van Sassen vast dat het Koninkrijk niet partij kan worden bij een verdrag indien «dat de fundamentele of essentialia van de nationale rechtsorde, bijvoorbeeld het monarchaal-parlementair stelsel, *zelfs voor zover zij niet in bepalingen van de Grondwet zijn belichaamd*» aan de ontwikkeling van de internationale rechtsorde zou opofferen.<sup>65</sup>

De grondwetgever van 1953 stond dus allerm minst op het standpunt – zoals de interpretatieleer van de Raad van State impliceert – dat elke afwijking van geest, strekking en stelsel van de Grondwet bij verdrag toelaatbaar geacht moet worden en zonder gekwalificeerde meerderheid kan worden goedgekeurd. De grondwetsgeschiedenis wijst, integendeel, uit dat het de opvatting van de grondwetgever was, dat afwijking van – al dan niet in de Grondwet vastgelegde – essentialia van het constitutioneel bestel niet toegestaan is, ook niet wanneer deze essentialia en fundamentele niet in de grondwetsbepalingen zijn neergelegd, zelfs niet indien daarvoor een gekwalificeerde meerderheid zou bestaan.<sup>66</sup>

De enige uitweg om toch partij te kunnen worden bij een verdrag dat afwijkt van essentialia is dus een voorafgaande grondwetsaanpassing waardoor die essentialia – zelfs indien deze voorheen niet in de Grondwet waren geregeld – gewijzigd worden, zodat alsnog toetreding tot het bedoelde verdrag mogelijk wordt.

### 2.2.3. «Verregaande overdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties vergt geenkwalificeerde meerderheid»

Na het voorgaande kunnen wij kort zijn over het derde punt. De motie-Jurgens c.s. gaat uit van het standpunt dat het opdragen van bevoegdheid tot het bestraffen van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid een belangrijke «overdracht» van bevoegdheid is. Dit is niet de gelegenheid om nader in te gaan op de specifieke vraag in hoeverre het Statuut van het Internationaal Strafhof afwijkt van de Grondwet, met name of door dit verdrag de rechtsmacht van of toegang tot de rechter in de zin van relevante grondwetsbepalingen (met name artikelen 15, 17 en 113) wordt ontnomen. Wel willen wij erop wijzen dat artikel 92 van de Grondwet niet spreekt van «overdracht» maar van «opdracht» van bevoegdheden.<sup>67</sup> Het attribueren van bevoegdheid aan een volkenrechtelijke organisatie is uiteraard iets anders dan het delegeren of afstand doen van een bevoegdheid die oorspronkelijk bij een nationaal ambt lag en daardoor niet meer bij het nationale ambt ligt.<sup>68</sup> «Overdracht» suggereert het laatste, «opdracht» eerder het eerste, maar misschien mede het laatste (vervreemding van bevoegdheid). Niet elke opdracht behelst een afwijken van de Grondwet, met name niet het toekennen van een bevoegdheid die niet in enigerlei vorm berustte bij een nationaal ambt (attributie). Hiermee is reeds de zinvolheid gegeven van de verwijzing in deze bepaling dat een opdracht aan een volkenrechtelijke organisatie «zo nodig» met inachtneming van artikel 91 lid 3 kan geschieden. Hoe dit zij, een verregaande overdracht van bevoegdheid waarmee bevoegdheden van nationale ambten worden weggenomen en de constitutionele rechten van burgers worden gewijzigd, kan wel degelijk een afwijken van de Grondwet behelzen en derhalve slechts met gekwalificeerde meerderheid worden toegestaan. Zojuist zagen wij dat blijkens de grondwetsgeschiedenis van 1953 een zeer verregaande overdracht van bevoegdheid aan een volkenrechtelijke organisatie die de fundamentele en essentialia van het constitutioneel bestel wijzigen niet met toepassing van

<sup>63</sup> Handelingen EK 1952–1953, 484 en 480.

<sup>64</sup> Ibid., 469. Van Walsum was bezorgd over verdragen die niet in verdragsbepalingen zelf, maar in de preambule (door gebruik van de woorden «Wij volkeren van ... en het Koninkrijk der Nederlanden») of los van concrete bepalingen een erkenning van de door hem en zijn politieke groepering verworpen idee van volkssoevereiniteit zou impliceren, hetgeen volgens hem in strijd met «het systeem en de geest van onze grondwet» zou zijn, Handelingen EK 1952–1953, 462, tweede kolom. Het antwoord van de regering op deze specifieke opmerking behelst een verwijzing naar een «ethisch postulaat dat zowel de regering als Staten-Generaal ... zich ernstig hebben te beraden of niet door de preambule of op andere wijze zodanig in strijd met de Grondwet wordt gehandeld, dat ernstig overwogen dient te worden, en dit ook in verband met de consequenties die daaruit zouden kunnen worden afgeleid, in hoeverre wel medewerking kan worden verleend», Handelingen EK 1952–1953, 484, tweede kolom. He

<sup>65</sup> Ibid., blz. 480, l.k., cursivering toegevoegd.

<sup>66</sup> Van Raalte 1954, 30.

<sup>67</sup> Of van een opdracht of van een overdracht sprake is, kan mede afhangen van het antwoord op de vraag of de bevoegdheid van het internationale ambt subsidiair – zoals het geval is bij het Statuut van het Internationaal Strafhof – of exclusief is en of daardoor de rechtsmacht van nationale ambten en toegang van de burger tot de nationale instanties wegneemt of niet.

<sup>68</sup> Zie hierover reeds Duynstee 1954, 34–42; Roos 1986; Besselink 1987.

(thans) artikel 91 lid 3 van de Grondwet kan worden mogelijk gemaakt. Daartoe is voorafgaande grondwetswijziging noodzakelijk.

#### *2.2.4 Conclusie*

Over de vraag of de verwijzing in artikel 92 naar artikel 91 lid 3 van de Grondwet wel zinvol is, nu het enkele opdragen of zelfs overdragen van bevoegdheid nog geen afwijken van de Grondwet behelst, moeten we het volgende concluderen. Soms vormt een dergelijke opdracht of overdracht wel degelijk een afwijken van de Grondwet. Dat is ook de essentie van de verwijzing in artikel 92 naar artikel 91 lid 3. dat daarvan in de praktijk niet veel te merken is, ligt meer aan de gebezigde vorm van grondwetsinterpretatie dan aan de betekenis van de verwijzing zelf. Dat deze interpretatie-praktijk de betekenis van de verwijzing en daarmee de betekenis van de Grondwet bij verdragsluiting uitholt, wordt dus niet door deze grondwetsbepaling veroorzaakt, maar door de wijze waarop ze wordt toegepast.

### **2.3 Conclusie**

Op basis van de voorgaande paragrafen concluderen wij op hoofdpunten het volgende.

Er is een wezenlijk onderscheid tussen enerzijds de vraag of er sprake is van een verdrag dat afwijkt van de Grondwet (of tot zulk afwijken noodzaakt) en anderzijds de vraag of dat verdrag moet worden goedgekeurd (dit is de vraag of de regering toestemming krijgt het koninkrijk aan het verdrag te binden). Dat over het eerste bij gewone meerderheid en over het tweede bij gekwalificeerde meerderheid wordt beslist, is gerechtvaardigd en zinvol. Het heeft een zekere parallellie met de grondwetswijzigingsprocedure zoals deze thans is ingericht.

Het in de praktijk apart behandelen van deze twee vragen, vindt voor wat betreft de behandeling in de Tweede Kamer een concreet aanknopingspunt in de wenselijkheid om in het goedkeuringsvoorstel vast te leggen dat een goed te keuren verdrag afwijkt van de Grondwet, conform de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen in artikel 6 lid 2. Maar ook wanneer men deze aanleiding niet zou hebben, zou de procedure in beginsel volgens deze twee stappen (beslissing over afwijken bij gewone meerderheid en beslissing over goedkeuring bij gekwalificeerde meerderheid) dienen te geschieden. Dit is zonder meer het geval voor de behandeling in de Eerste Kamer, die immers geen amendementsrecht heeft en dus niet over een eventuele afwijkingsclausule in een wetsvoorstel kan stemmen.

Men kan ten minste vraagtekens stellen bij de bindende kracht van het voorschrift van artikel 6 lid 2 van de genoemde Rijkswet. Of men dit voorschrift in de praktijk in acht neemt, is zeer onduidelijk nu nog nimmer een goedkeuringswet ondubbelzinnig tot uitdrukking heeft gebracht dat een verdrag inderdaad afwijkt van de Grondwet. Daardoor is onzeker of de procedure van artikel 91 lid 3 ooit door de wetgever wel gebezigd is. De praktijk van voorwaardelijke toepassing van de gekwalificeerde meerderheidsprocedure blijkt ingegeven te zijn door het ontbreken van een oplossing voor het geval zich tussen de drie bij de goedkeuring betrokken actoren verschil van inzicht voordoet omtrent de vraag of in een voorliggend verdrag afwijkt (of noopt tot afwijken) van de Grondwet. Hoewel deze praktijk acute problemen tot nu toe heeft voorkomen, is er thans geen waarborg dat er geen onoplosbare constitutionele patstellingen ontstaan tussen de betrokken instellingen zodra een meningsverschil aan de dag treedt en er geen twee derde meerderheid in beide kamers voorhanden is.

Wat betreft de verwijzing in artikel 92 naar artikel 91 lid 3 van de Grondwet, hebben wij vastgesteld dat deze betekenisvol is. Niet elke opdracht

van bevoegdheid aan een volkenrechtelijke organisaties behelst (of leidt tot) een afwijken van de Grondwet.

De motie-Jurgens c.s. signaleert dat de huidige praktijk uitgaat van een vorm van grondwetsinterpretatie die tot de paradox leidt dat sommige verregaande vormen van bevoegdheidsoverdracht aan internationale organisaties bij gewone meerderheid geschieden, terwijl min of meer toevallige en bijkomende afwijkingen van de letter van de Grondwet de goedkeuring van een verzwaarde meerderheid vergt. Een dergelijke paradox doet zich in de praktijk inderdaad voor. Dit erodeert de waarde en betekenis van de Grondwet voor het functioneren van de constitutionele organen.

### **3 REMEDIES EN ALTERNATIEVEN**

De motie-Jurgens c.s. stelt de vraag aan de orde of en in hoeverre de problematiek geregeld in artikel 91 lid 3, en de verwijzing naar artikel 91 lid 3 in artikel 92, een andere regeling behoeft. Wij behandelen in dit hoofdstuk deze vraag in het licht van de resultaten van de analyse die in het vorig hoofdstuk werd gegeven.

Daartoe bespreken wij eerst het belang dat gemeoid is met een oplossing van de in het vorige hoofdstuk geconstateerde problemen. In dit kader bespreken wij de wenselijkheid van handhaving of wijziging van het voorschrift van artikel 6, tweede lid, van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.

Vervolgens bespreken wij kort het handhaven van de eis van een gekwalificeerde meerderheid voor het goedkeuren van een verdrag terwijl een gewone meerderheid volstaat bij het stemmen over de vraag of een verdrag afwijkt van de Grondwet (of tot afwijken noopt).

Daarna gaan wij in op eventuele oplossingen voor de constitutionele patstellingen waartoe de huidige wijze van verdragsgoedkeuring kan leiden wanneer de kamers (en voor zover relevant de regering) van mening verschillen over de vraag of een verdrag wel daadwerkelijk afwijkt van de Grondwet (of tot afwijken noopt).

Ten slotte gaan wij in op de vraag of de verwijzing naar artikel 91 lid 3 in artikel 92 van de Grondwet dient te vervallen. Daarbij gaan wij in op de vraag of het mogelijk is door (grond-) wetswijziging te voorkomen dat zich de vanuit constitutioneel oogpunt nefaste paradox van Jurgens<sup>69</sup> voordoet. Hierbij komt de vraag aan de orde of niet materiële criteria moeten worden gebruikt om vast te stellen of een verdrag afwijkt van de Grondwet.

#### **3.1 Het belang van oplossing van geconstateerde constitutionele problemen**

Zoals wij aan het einde van het vorige hoofdstuk stelden, doet zich in de huidige praktijk de paradox voor dat sommige verregaande vormen van bevoegdheidsoverdracht aan internationale organisaties bij gewone meerderheid geschieden, terwijl min of meer toevallige en bijkomende afwijkingen van de letter van de Grondwet de goedkeuring van een verzwaarde meerderheid vergen. Een dergelijke paradox dreigt de waarde en betekenis van de Grondwet te eroderen. Daarmee is het belang gegeven van een oplossing die het zich voordoen van deze paradox zoveel mogelijk beperkt.

Er is thans geen waarborg dat geen onoplosbare constitutionele patstellingen ontstaan tussen de betrokken constitutionele instellingen zodra een meningsverschil aan de dag treedt tussen de Tweede en Eerste Kamer omtrent het al dan niet afwijken van de Grondwet, vooral als in een van beide kamers slechts een gewone meerderheid voor goedkeuring van het betreffende verdrag is. In het licht van de constitutionele legitimatie en

---

<sup>69</sup> Zie voetnoot 57.



democratische controle op het voeren van de buitenlandse betrekkingen en de binnen de rechtsorde geldende rechtsregels, is zulks zeer onwenselijk. De uit genoemde patstellingen resulterende onzekerheid omtrent de vraag of een onderwerpelijk verdrag wel of niet is goedgekeurd, is niet alleen een puur constitutioneelrechtelijk probleem. Het kan in voorkomende gevallen ook een grote en onoverkomelijke belemmering in de buitenlandse betrekkingen van het koninkrijk opleveren, en het lands- en koninkrijksbelang ernstige schade toebrengen.

Zoals we zagen wordt thans op pragmatische wijze gepoogd te voorkomen dat zich dergelijke patstellingen voordoen. Enerzijds kan men vermoeden dat men liever niet heeft dat er discussie ontstaat over de vraag of een verdrag zou afwijken van de Grondwet, onder andere omdat dit tot bedoelde patstellingen kan leiden. Anderzijds speelt bij het ontstaan van de hier bedoelde patstellingen het voorschrift van artikel 6 lid 2 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen een rol: door het niet (of niet eenduidig) volgen van dit procedurevoorschrift, heeft men patstellingen voorkomen. Op zichzelf echter heeft dit vermijden van duidelijkheid over de vraag of een verdrag daadwerkelijk afwijkt (of tot afwijken noopt), extern potentieel ingrijpende consequenties. Dit is van betekenis voor het waarderen van de noodzaak van het oplossen van de in het vorige hoofdstuk geconstateerde problemen.

Wij gaan daarom eerst kort in op het belang dat gemoeid is met het volgen van het voorschrift van artikel 6 lid 2 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, dus met duidelijkheid omtrent de vraag of een verdrag afwijkt (of noopt tot afwijken) van de Grondwet. Wij zullen daarbij aangeven dat met name de uitleg en toepassing van verdragen door de rechter – en daarmee de werking van verdragen in de nationale rechtsorde – gediend is met deze duidelijkheid.

### *3.1.1 Is het wenselijk dat in het goedkeuringsbesluit ondubbelzinnig wordt bepaald dat het verdrag afwijkt?*

De vraag of een verdragsbepaling afwijkt van de Grondwet, is niet alleen van belang voor de actoren die betrokken zijn bij de verdragsgoedkeuring. Ook voor de rechtspraak is deze vraag van belang. Gegeven de onderworpenheid van de uitvoerende macht en de rechter aan de wet,<sup>70</sup> is de opvatting van de wetgever dat een verdragsbepaling in overeenstemming is met de Grondwet of juist daarvan kan afwijken van aanzienlijke betekenis voor de uitleg van relevante rechtsregels van zowel het verdrag als de Grondwet en hun toepassing. Bovendien is de strekking van artikel 120 van de Grondwet dat de rechter het oordeel van regering en Staten-Generaal (de wetgevende en verdragsluitende macht) omtrent de grondwettigheid van wetten en verdragen heeft te eerbiedigen.<sup>71</sup> Dit is van betekenis in de volgende gevallen.

Indien het gaat om niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen (en daarop gebaseerde besluiten van volkenrechtelijke organisaties) zal de rechter geen voorrang kunnen verlenen aan de betreffende internationale bepaling. Artikel 94 van de Grondwet, zoals uitgelegd door de Hoge Raad, laat op zichzelf beschouwd al geen andere conclusie toe, maar dit geldt des te sterker voor de verdragsbepalingen (en daarop gebaseerde besluiten van volkenrechtelijke organisaties) waarvan de wetgever heeft bepaald dat deze niet afwijken van de Grondwet.

Ook wanneer er een uitleg van een verdragsbepaling mogelijk is die ruimte laat voor een grondwetsconforme toepassing (terwijl tevens een andere uitleg of toepassing denkbaar is die afwijkt van de Grondwet), zal de rechter moeten kiezen voor een uitleg en toepassing die in overeenstemming is met de Grondwet. Een uitvoerend orgaan dat een bepaling van een verdrag of een daarop gebaseerd besluit van een volkenrechtelijke organisatie toepast op een wijze die afwijkt van de Grondwet, terwijl dit niet noodzakelijkerwijs volgt uit dat verdrag of besluit, kan zich

<sup>70</sup> Wij beperken onze hier volgende opmerkingen tot de positie van de rechter; hierover Schutte 2003, Fleuren 2002, Besselink 1996.

<sup>71</sup> Aldus HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248.

niet beroepen op de voorrang van de internationale bepaling indien regering en Staten-Generaal het betreffende verdrag niet als afwijkend van de Grondwet hebben geoordeeld, zelfs indien het een ieder verbindende bepaling in de zin van artikel 94 van de Grondwet betreft. Een rechter kan dan niet anders oordelen dan dat dit uitvoerend orgaan handelt in strijd met de Grondwet. Dit rechterlijk oordeel is niet anders dan toetsing van het betreffende overheidshandelen aan de Grondwet met eerbiediging van het grondwettigheidsoordeel van regering en Staten-Generaal over het verdrag.

Een derde geval betreft een een ieder verbindende bepaling van een verdrag waarvan de toepassing door een Nederlands bestuursorgaan noodzakelijkerwijs leidt tot afwijken van de Grondwet. Het is verdedigbaar dat ook hier de rechter het oordeel van regering en Staten-Generaal dat er van zulk afwijken geen sprake is, dient te eerbiedigen, hoezeer de rechter ook kan menen dat dit oordeel ongegrond was.<sup>72</sup> De belangrijkste argumentatie voor deze benadering is de volgende.

De Grondwet behoudt het oordeel omtrent de vraag of een verdrag afwijkt van de Grondwet voor aan de Staten-Generaal.<sup>73</sup> Dit vloeit onmiddellijk voort uit de samenhang tussen artikelen 91 lid 3 en 120 van de Grondwet. De bevoegdheid om na te gaan of een verdrag in overeenstemming is met de Grondwet of daarvan afwijkt is blijkens deze bepalingen uitdrukkelijk onttrokken aan het oordeel van de rechter. In deze context moet bedacht worden dat het binden van het Koninkrijk aan een verdrag dat afwijkt van de Grondwet, neerkomt op een «materiële grondwetswijziging». Een dergelijke constitutionele wijziging vergt de legitimatie die artikel 91 lid 3 daaraan verschafft. Het binden van het Koninkrijk aan een verdrag dat een dergelijke constitutionele wijziging met zich brengt, kan immers niet zonder hetzij voorafgaande formele grondwetswijziging, hetzij de vereenvoudigde procedure van artikel 91 lid 3 worden bewerkstelligd. Het in een concreet rechtsgeschil toelaten dat de rechter tegen het oordeel van Staten-Generaal in constateert dat het verdrag de (betekenis en werking van) grondwetsbepalingen heeft gewijzigd, is met deze fundamentele constitutionele regels onverenigbaar.<sup>74</sup>

De conclusie moet zijn dat het oordeel van Staten-Generaal (of wetgever) met betrekking tot de vraag of een verdrag wel of niet van de Grondwet afwijkt, belangrijke consequenties heeft voor de bevoegdheid van de rechter om verdragsbepalingen toepassing te verlenen in afwijking van grondwettelijke bepalingen. Daarmee wordt ook de betekenis van de grondwettelijke plichten voor het bestuur bepaald, alsook de bescherming die burgers kunnen ontlenen aan de Grondwet.

Dit alles is echter gebaseerd op de premisse dat er ook daadwerkelijk een oordeel *is* van Staten-Generaal (of wetgever) over het al dan niet afwijken van een verdrag van de Grondwet. Zoals we in het vorig hoofdstuk hebben geconcludeerd, is zelfs in de drie gevallen waarin een goedkeuringswet melding maakte van de procedure van (thans) artikel 91 lid 3, niet vast te stellen of de wetgever inderdaad meende dat het verdrag van de Grondwet afweek (of daartoe noopte); in het geval van het Lockerbieverdrag trad aan het licht dat de Eerste Kamer ter zake een ander oordeel velde dan de Tweede Kamer. Daarmee mag men ten minste ernstig betwijfelen of de rechter de betreffende verdragen mag toepassen in afwijking van de Grondwet.

Vanuit het oogpunt van rechtstoepassing en de doorwerking van verdragen (en daarop gebaseerde besluiten van volkenrechtelijke organisaties) in de Nederlandse rechtsorde is het onwenselijk om onduidelijkheid te laten bestaan omtrent het oordeel van de wetgever over het al dan niet afwijken van de Grondwet. In zoverre dient de strekking van het voorschrift van artikel 6 lid 2 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen een zeer belangrijk doel.

<sup>72</sup> Zie hierover Schutte 2003, 36–37.

<sup>73</sup> Zo men wil: aan de verdragsluitende macht van Staten-Generaal en regering.

<sup>74</sup> Deze opvatting heeft ook gevolg voor de betekenis van het begrip «wettelijke voorschriften» in artikel 94 van de Grondwet. Artikel 94 heeft voor wat betreft grondwettelijke voorschriften slechts betrekking op het buiten toepassing laten van grondwettelijke voorschriften wegens strijd met een ieder verbindende bepalingen van een verdrag dat met inachtneming van artikel 91 lid 3 is goedgekeurd.

### 3.1.2 Is het wenselijk dat in het goedkeuringsbesluit de grondwetsbepalingen worden aangewezen waarvan het verdrag afwijkt?

Een andere vraag is of het nodig is in het goedkeuringsbesluit ook te vermelden van welke grondwetsbepalingen het goed te keuren verdrag afwijkt. De tekst van artikel 6 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen noodzaakt hier niet toe. In zijn advies over artikel 91 lid 3, achtte de Raad van State het niet nodig dat in een goedkeuringsvoorstel wordt aangewezen van welke grondwetsbepalingen in een voorkomend geval door een verdrag wordt afgeweken.

Zoals wij in het vorige hoofdstuk zagen, is in de praktijk door de wetgever slechts in twee van de vier gevallen verwezen naar grondwetsbepalingen waarvan zou worden afgeweken. Wanneer dit gebeurde, gebeurde het echter op voorwaardelijke en niet uitputtende wijze. Wel werd in de memorie van toelichting op het voorstel aangewezen van welke bepalingen wellicht zou worden afgeweken. Een memorie van toelichting bindt echter de wetgever noch andere instellingen.<sup>75</sup> Zij verschafft hooguit een aanwijzing hoe het betreffende voorschrift zou kunnen zijn bedoeld, hetgeen mede afhankelijk is van de vraag of het gestelde onomstreden is gebleven gedurende de procedure van wetgeving. Een en ander betekent dat tot nu toe onzeker is geweest van welke grondwetsbepalingen een verdrag afweek.

In het licht van hetgeen in de vorige sub-paragraaf is gesteld, is daarmee onzeker of de rechter in voorkomend geval aan een bepaling van een voorliggend verdrag zonder meer toepassing kan geven. Dit heeft tweemaal gevolg. Enerzijds zou de rechter (en het bestuur) kunnen menen dat dit in de weg staat aan toepassing van de verdragsbepaling op een wijze die afwijkt van de Grondwet, hetgeen in de internationale betrekkingen tot moeilijkheden kan leiden. Anderzijds zou het niet nader aanwijzen van welke grondwetsbepalingen wordt afgeweken, de mening kunnen doen post vatten dat men bij de uitleg en de toepassing van het verdrag van *alle* bepalingen van de Grondwet mag afwijken. Dit laatste zou zeer ingrijpend kunnen zijn, omdat daarmee elke grondwettelijke waarborg van procedurele of materiële aard verdwenen is bij de toepassing van het betreffende verdrag. Zo zou een verdrag waarvan eigenlijk alleen is vastgesteld dat het noopt tot afwijken van hoofdstuk 7 van de Grondwet (decentrale overheden), tevens zo mogen worden toegepast dat deze toepassing ook afwijkt van het bepaalde in hoofdstuk 1 van de Grondwet (grondrechten).

Deze argumenten leiden tot de conclusie dat de huidige het wenselijk is dat komt vast te staan van welke grondwettelijke bepalingen de wetgever, althans Staten-Generaal en regering, meent dat een verdrag afwijkt, al was het in min of meer algemene termen.

Thans is het zelfs in algemene termen niet duidelijk of de wetgever (althans Staten-Generaal) meent dat er sprake is van afwijken – ook niet in algemene termen. Wel is het voorstelbaar dat niet alle specifieke bepalingen hoeven te worden opgesomd, maar dat in meer algemene zin bepaald wordt van welk hoofdstuk van de Grondwet het verdrag afwijkt (vgl. de goedkeuringswet van de EDG), of van welk in de Grondwet tot uitdrukking gebracht of aan de Grondwet ten grondslag liggend beginsel wordt afgeweken. Daarmee wordt voorkomen dat het zich al te snel voordoet dat een verdrag achteraf blijkt af te wijken van de Grondwet of tot afwijken noopt. In dit geval dient, naar algemeen wordt aangenomen, het betreffende verdrag opnieuw te worden goedgekeurd met inachtneming van artikel 91 lid 3 van de Grondwet. Tegelijkertijd wordt echter voldoende zekerheid geboden aan de rechtspraak, met name de rechter. Deze kan zo weten bij welke in het geding zijnde grondwetsbepalingen en beginselen een grondwetsconforme uitleg van het verdrag geboden is, c.q., welke bepalingen hij wel en welke hij niet buiten toepassing mag

<sup>75</sup> Hoewel soms ook de rechter zich zodanig uitdrukt dat het lijkt dat de memorie van toelichting hetzelfde als de wet is.

laten wegens strijd met een een ieder verbindende verdragsbepaling.

### 3.1.3. Conclusie

We hebben vastgesteld dat constitutioneelrechtelijke belangen van principiële, staatkundige en rechtspraktische aard gemoeid zijn met de oplossing van sommige in het vorige hoofdstuk geconstateerde problemen. Wij gaan nu over tot het bespreken van de vraag voor welke van de punten die in de motie-Jurgens c.s. worden aangesneden, oplossingen kunnen worden gevonden door regelgeving. Sommige van die punten bleken in het vorige hoofdstuk niet problematisch te zijn. Voor de volledigheid noemen wij die hieronder. Waar echter wel problemen bestaan, zullen wij aangeven welke inhoud en vorm mogelijke oplossingen kunnen aannemen.

## **3.2. Het vereiste van gekwalificeerde meerderheid voor goedkeuring in combinatie met een gewone meerderheid die over afwijken beslist**

In het voorgaande hoofdstuk hebben wij geconcludeerd dat de gekwalificeerde meerderheidseis voor verdragsgoedkeuring, naast de beantwoording van de afwijkingsvraag bij gewone meerderheid, zinvol is. Weliswaar wijkt deze procedure af van de normale wijze van grondwetswijziging, maar zij sluit voldoende aan bij het huidige stelsel, en daar zelfs een zekere parallellie in zien. Bij grondwetsherziening wordt immers in eerste lezing door de wetgever bij gewone meerderheid vastgesteld welke wijziging in overweging zal worden genomen. In tweede lezing kan deze wijziging dan slechts aanvaard worden door een meerderheid van twee derden van de stemmen in beide kamers. Het verschil tussen beide procedures zit in het ontbreken van een verplichte tussentijdse kamerontbinding bij goedkeuring van een verdrag dat van de Grondwet afwijkt. Enigerlei tussenkomst van de kiezer is er bij een dergelijke verdragsgoedkeuring niet.<sup>76</sup>

De zinvolheid van de huidige eis van een versterkte meerderheid hangt mede samen met de omstandigheid dat door partij te worden bij een verdrag dat van de Grondwet afwijkt, de betekenis van grondwettelijke regels materieel anders wordt doordat afwijkende verdragsbepalingen voor Nederland gaan gelden («materieële grondwetswijziging»). Een dergelijke constitutionele wijziging rechtvaardigt de waarborg van een verzwaarde procedure, zoals ook voor grondwetswijziging een verzwaarde procedure geldt. Dat het partij worden bij een dergelijk van de Grondwet afwijkend verdrag plaatsvindt volgens een lichtere procedure dan die van grondwetswijziging, kan gebillijkt worden, te meer omdat de procedure van grondwetsherziening vrij zwaar is en in de praktijk tijdrovend.

Vanzelfsprekend is deze lichtere procedure echter niet, zoals een vergelijking met andere landen uitwijst. De zinvolheid van de huidige regeling hangt, gezien het zojuist gestelde, samen met de procedure van grondwetsherziening zoals die thans is neergelegd in artikelen 137 tot 139 van de Grondwet. Zou de procedure van grondwetswijziging fundamenteel gewijzigd worden, dan zou dit mede aanleiding moeten zijn de zinvolheid van de procedure van artikel 91 lid 3 te bezien. Daarbij ligt het niet voor de hand om bij een vereenvoudiging van de procedure van grondwetsherziening, het partij worden bij van de Grondwet afwijkende verdragen nog verder te vergemakkelijken. Het prijsgeven van constitutionele waarden die in grondwettelijke voorschriften hun neerslag vinden door middel van het sluiten van verdragen, zou niet veel eenvoudiger moeten zijn dan het wijzigen van de Grondwet. De eigenheid van deze waarden is uitdrukking en vormgeving van de in vrijheid gekozen politieke ordening. Het

<sup>76</sup> Behoudens de mogelijkheid van een facultatief raadplegend referendum, dat echter meestal op de zeer hoge drempels zal afstuiten, en wanneer die worden genomen, niet bindend is.

prijsgave van deze waarden is prijsgeven van deze politieke vrijheid. Het kan wenselijk en nodig zijn dit te doen. Vanzelfsprekend is dit echter niet. Het afschaffen van de eis van een versterkte meerderheid voor het partij kunnen worden bij een verdrag dat van de Grondwet afwijkt (of tot afwijken noopt) bepleiten wij daarom niet.<sup>77</sup>

### 3.3 Constitutionele patstellingen

Keren wij onze aandacht nu naar de kwestie hoe constitutionele patstellingen die zich thans kunnen voordoen rond de toepassing van artikel 91 lid 3 van de Grondwet, kunnen worden voorkomen. Wij wijzen er daarbij nogmaals op dat de pragmatische wijze waarop die patstellingen in de besluitvormende praktijk feitelijk zijn vermeden, niet betekent dat die patstellingen ook in de toekomst zullen worden voorkomen. Bovendien hebben we hierboven moeten concluderen dat de huidige onzekerheid, die veroorzaakt wordt door de voorwaardelijke toepassing van de procedure van artikel 91 lid 3, voor de rechtspraak vanuit constitutioneel oogpunt, zo goed als uit internationaalrechtelijk oogpunt, onbevredigende gevolgen heeft. Voor de rechtspraak is het belangrijk om te weten of er naar het oordeel van de wetgever, althans verdragsluitende macht, sprake is van verdragen die in bepaalde opzichten afwijken van de Grondwet. Zien wij het goed, dan is de moeilijkheid in wezen gelegen in het gegeven dat uitdrukkelijke goedkeuring geschiedt bij wet (artikel 4 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen), de wetgever zelf bij uitsluiting heeft te beslissen over de grondwettigheid van zijn producten (artikel 120 Grondwet), terwijl binnen de wetsprocedure niet op voorhand duidelijk is wiens oordeel over de grondwettigheid moet overwegen bij verschil van mening tussen de actoren die te zamen de wetgever vormen, met name bij verschil van mening tussen de kamers der Staten-Generaal. Oplossingen dienen dan ook op deze punten te worden gezocht. In de nu volgende sub-paragrafen gaan wij een aantal alternatieven na, die erop gericht zijn te voorkomen dat er onzekerheid bestaat over het oordeel dat de Staten-Generaal hebben gegeven over de vraag of een verdrag afwijkt van de Grondwet.<sup>78</sup> Daarbij onderscheiden we tussen alternatieven waarbij de wetsvorm wordt gehandhaafd (§ 3.3.1) en die waarbij dat niet het geval is (§ 3.3.2).

<sup>77</sup> Wij wijzen op het voorstel van J. A. Peters in zijn inaugurele rede, verkort gepubliceerd in NRC Handelsblad 18 maart 2003, p. 6. De procedure van grondwetswijziging wil hij vereenvoudigen door deze te beperken tot wijziging in slechts één lezing met twee-derde meerderheid, zelfs bij wijzigingen die grondrechten herroepen. Daarnaast stelt hij daarentegen voor om bij aanzienlijke overdracht van bevoegdheden bij verdrag een verplicht en bindend referendum te houden. Hiermee wordt voor verdragen die afwijken van de Grondwet een procedure ingevoerd die lijkt op de huidige procedure van grondwetswijziging, zij het dat de kiezersinbreng rechtstreeks is. Gewone grondwetswijziging zou dus makkelijker moeten worden dan het partij worden bij een verdrag dat van de Grondwet afwijkt althans aanzienlijke bevoegdheden overdraagt aan andere volkenrechtelijke rechtssubjecten.

<sup>78</sup> Op de positie van de regering gaan wij niet apart in, nu uit het gestelde over de positie van de regering in paragraaf 2.1.2.2 hierboven, blijkt dat voor de goedkeuring (anders dan voor de vraag of het koninkrijk aan een goedgekeurd verdrag moet worden gebonden) het oordeel van de regering niet doorslaggevend is.

#### 3.3.1 Alternatieven wanneer de wetsvorm wordt gehandhaafd

Indien de goedkeuring van verdragen die van de Grondwet afwijken zou dienen te blijven geschieden bij wet, dan zijn daarbinnen twee hoofdvarianten te onderscheiden van oplossingen, namelijk al naar gelang zij uitgaan van de gebruikelijke bicamerale behandeling van het betreffende verdrag, of van behandeling door de verenigde vergadering van de Staten-Generaal.

##### a. Bicamerale behandeling

Wanneer men een wetsvoorstel tot goedkeuring van een verdrag bicameraal zou blijven behandelen, is het probleem van uiteenlopende oordelen alleen op te lossen door de kamers te binden aan het oordeel van een bepaalde instantie. Dit kan een instantie zijn die intern is aan de Staten-Generaal, of – zoals in het buitenland veelal het geval is – aan een externe instantie.

Bij een externe instantie kan men denken aan een bestaande instantie, zoals de Raad van State of een rechterlijke instantie zoals de Hoge Raad, of aan een op te richten instantie, zoals een Constitutionele Raad van nader te bepalen samenstelling. Essentieel is dat zij de bevoegdheid krijgt een de kamers bindend oordeel te vellen over de vraag of een verdrag afwijkt van de Grondwet, en zo ja welke (groep van) bepalingen of grondwettelijke beginselen dit betreft. Aangezien het opdragen van een

dergelijke bevoegdheid aan een externe instantie een wijziging aanbrengt in de constitutionele interpretatie-macht zoals die thans uit het stelsel van de Grondwet voortvloeit, is daarvoor waarschijnlijk een grondwetswijziging noodzakelijk.<sup>79</sup> Bij een interne instantie gaat het om het leggen van een dergelijke beslissing bij een *parlementaire* instantie. Daarvoor zijn drie alternatieven denkbaar.

- Ten eerste kan men een der kamers bevoegd maken tot het geven van een de andere kamer bindend oordeel. Zowel om de reden dat deze kamer iets meer verwijderd is van de sterk door coalitiedwang bepaalde politiek van alledag, als vanwege de veel grotere en meer serieuze aandacht van deze kamer voor constitutionele aspecten van de besluitvorming, alsmede omdat in buitenlandse bicamerale stelsels aan senaten een meer prominente constitutioneelrechtelijke rol is weggelegd, ligt het in deze optie voor de hand om deze functie aan de Eerste Kamer toe te kennen. In dit geval dient wel een procedure te worden vastgesteld waardoor de Eerste Kamer in voorkomend geval daarover een uitspraak doet die vervolgens de Tweede Kamer bindt bij het verder behandelen van het wetsvoorstel.<sup>80</sup>
- Ten tweede kan men denken aan het toekennen van een rol aan de verenigde vergadering van de Staten-Generaal, die de uitsluitende bevoegdheid kan krijgen een uitspraak te doen over het al dan niet afwijken van de Grondwet door een verdrag, waarna de kamers op de gewone wijze het wetsvoorstel verder behandelen met inachtneming van artikel 91 lid 3 van de Grondwet. Dit heeft het grote voordeel dat er wel een eenduidig oordeel bestaat over het al dan niet afwijken, maar de kamers in hun normale constitutionele rol en positie verder beraadslagen en besluiten. Daardoor worden de relatieve constitutionele posities van de kamers in het proces van wetgeving geëerbiedigd. Dit past ook in het patroon van de Grondwet, waarin de verenigde vergadering optreedt in gevallen waarin divergerende opvatting in hoge mate onwenselijk worden geacht.
- Ten derde kan men denken aan een commissie uit de beide kamers die een uitspraak kan doen over het al dan niet afwijken van de Grondwet. Een voorbeeld hiervan is de Finse *Perustuslakivaliokunta*, of Constitutioneelrechtelijke Commissie, die op basis van uitvoerige raadpleging van deskundigen gezaghebbende uitspraken doet over de grondwettigheid van wetsvoorstellen en andere constitutionele aangelegenheden, mede in hun verhouding tot (mensenrechten-)verdragen.<sup>81</sup> In Nederland zou een dergelijke commissie paritair moeten zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van elke kamer, en tevens van adequate facilitaire, ondersteunende en financiële middelen zijn voorzien die het mogelijk maken op ruime schaal de noodzakelijke deskundigenrapporten te kunnen genereren (met gebruikmaking van het middel van hoorzittingen e.d.).

<sup>79</sup> Dit betreft een aanvulling artikel 91 lid 3, ertoe strekkend dat de kamers bij de goedkeuring van het voorstel gebonden zijn aan het oordeel van de betreffende externe instantie omtrent het afwijken. Indien de externe instantie de Hoge Raad is, dient wellicht artikel 120 van de Grondwet aangepast te worden (men kan twijfelen of een oordeel als bedoeld wel behoort tot de rechterlijke taak van de Hoge Raad; indien dit niet zo is, dan is artikel 120 niet in het geding); indien een nieuwe Constitutionele Raad wordt opgericht, is het wenselijk daaraan een grondwettelijke grondslag te verschaffen. De opdracht tot uitleg van de Grondwet aan een externe instantie, heeft een precedent in artikel 146 van de Grondwet van 1814, waarbij de commissie-Van Hogendorp tot interpretatie bevoegd werd verklaard.

<sup>80</sup> Dit lijkt op een voorstel van Duynstee 1954, en Schutte 1984, 259–260.

<sup>81</sup> Constitutie van Finland, gepubliceerd door het Finse ministerie van Justitie, <http://www.om.fi/constitution/3340.htm>. Artikel 74: «Constitutional Supervision; The Constitutional Law Committee shall issue statements on the constitutionality of legislative proposals and other matters brought for its consideration, as well as on their relation to international human rights treaties.» Zie ook artikel 38 (2) van het reglement van orde van het Finse parlement, <http://www.om.fi/constitution/3481.htm>: «If, in respect of a legislative proposal or another matter under preparation in a Committee, a question arises as to its constitutionality or relation to human rights treaties, the Committee shall request a statement on the matter from the Constitutional Law Committee».

In alle drie opties is er pas een waarborg dat de Staten-Generaal een eenduidig oordeel zal geven over het al dan niet afwijken van de Grondwet, indien de kamers gebonden zijn aan het oordeel van de interne instantie. Ten aanzien van de eerste optie, menen wij dat zozeer wordt afgeweken van de normale bevoegdheden dat grondwetswijziging wenselijk zou zijn. Met name ten aanzien van de tweede en derde optie rijst de vraag of een wettelijke bepaling kan volstaan of dat grondwetswijziging nodig is.

Aannemend dat de wetgever vermag de verenigde vergadering bevoegdheid te attribueren (zie hieronder § 3.3.2), is het de vraag of hier geldt dat de wetgever de kamers in hun wetgevende taak kan binden. *Materiële* normen van de wet binden de wetgever niet, in die zin dat een wet niet bindend kan voorschrijven welke inhoud de wetgever aan een wetsvoorstel moet geven. Men kan hier echter zeggen dat een wettelijke

bepaling die het oordeel over afwijken van de Grondwet opdraagt aan de verenigde vergadering of aan een bicamerale commissie een organieke bepaling is (zie artikel 91 lid 1 Grondwet) die van procedurele aard is en deze niet legt bij een instantie buiten de volksvertegenwoordiging. Grondwetswijziging is voor een dergelijke opdracht niet nodig, omdat de (rijks-)wet door een dergelijk procedure-voorschrift de kamers kan binden. Indien men echter meent dat een dergelijke binding een te grote inperking is van de bestaande bevoegdheid van de kamers onder artikel 91 lid 1 van de Grondwet in samenhang met de beginselen van het bicamerale stelsel, zou dit grondwetswijziging vergen. Hiervoor zou een aanvulling van artikel 91 lid 3, ertoe strekkend dat de kamers bij de goedkeuring van het voorstel gebonden zijn aan het oordeel van de betreffende interne instantie omtrent het afwijken, volstaan.

#### *b. Behandeling door de verenigde vergadering*

Een andere manier om divergerende oordelen van de kamers te voorkomen, is de behandeling van het wetsvoorstel tot goedkeuring van een relevant verdrag op te dragen aan de verenigde vergadering. Ook hier zijn verschillende opties denkbaar.

- Ten eerste zou aan de verenigde vergadering kunnen worden opgedragen de behandeling van alle bij wet goed te keuren verdragen. Indien hiervoor gekozen zou worden, dient de Grondwet daartoe gewijzigd te worden. Uit het stelsel van de Grondwet vloeit voort dat de behandeling van wetten bicameraal geschiedt, behalve in de gevallen waarin de Grondwet bepaalt dat deze door de verenigde vergadering worden behandeld. Aanpassing van artikel 91 van de Grondwet dient hiervoor uitkomst te bieden. Voordeel van deze optie is de snellere behandeling van goedkeuringsvoorstellen, in het algemeen en in het geval waarin over afwijken wordt getwijfeld, en de bundeling van deskundigheid van tweede en eerste kamerleden, ook in gevallen waarin over een eventueel afwijken van de Grondwet verschil van mening is.
- Ten tweede zou men meer toegespitst de behandeling van de goedkeuring van verdragen waarover gerede twijfel bestaat dat deze afwijken van de Grondwet (of tot afwijken nopen), kunnen opdragen aan de verenigde vergadering. Deze procedure dient in deze optie te worden gevolgd indien over een ter stilzwijgende of uitdrukkelijke goedkeuring voorgelegd verdrag twijfel ontstaat omtrent de vraag of het niet afwijkt van de Grondwet.<sup>82</sup> Ook voor deze optie is aanpassing van artikel 91 van de Grondwet noodzakelijk. Voorafgaand aan een bepaling omtrent de vereiste gekwalificeerde meerderheid, zou in aansluiting op bestaande procedures kunnen worden bepaald, dat wanneer bij een der kamers of bij ten minste een vijfde van het aantal leden van een der kamers gerede twijfel rijst over de vraag of een ter goedkeuring voorliggend voorstel niet afwijkt van de Grondwet, de behandeling van het voorstel geschiedt door de verenigde vergadering, indien deze na zorgvuldig onderzoek van oordeel is dat het verdrag afwijkt van de Grondwet.<sup>83</sup> Nadere procedurevoorschriften kunnen worden gegeven in de reglementen van orde van de kamers en de verenigde vergadering of bij wet.

#### *3.3.2 Alternatieven wanneer uitdrukkelijke goedkeuring niet bij wet zou geschieden*

<sup>82</sup> Voor een recent voorbeeld waar een dergelijke gerede twijfel na de goedkeuring ontstond, zie EK 2001–2002, 27 624 (R 1677), 207 e.v., EK 2002–2003, 27 624 (R 1677), nrs 31 a, b en c (motie Jurgens c.s.) en Handelingen EK 2002–2003, 4 februari 2003, 562–570 en 18 februari 2003, 574–580.

<sup>83</sup> Vgl. artikelen 5, 8 en 9 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.

De Grondwet schrijft niet voor dat uitdrukkelijke goedkeuring bij wet dient te geschieden. Er is daarom geen grondwettelijk bezwaar tegen het gebruik van een andere besluitvormingsprocedure dan die van de wet. Deze procedures kunnen in theorie dezelfde zijn als aangeduid in de vorige paragraaf, dat wil zeggen dat het denkbaar is de goedkeuring bicameraal of in verenigde vergadering te doen plaatsvinden. Meningsverschil tussen de kamers ter zake van het oordeel of een verdrag

al dan niet afwijkt van de Grondwet kan eveneens voorkomen worden op de manieren die in de vorige paragraaf werden aangegeven. Daarbij is er wel een verschil: nu het niet gaat om formele wetgeving, is grondwetswijziging minder snel geïndiceerd, omdat het gaat om een procedure *sui generis* die uitwerking geeft aan het voorschrift van artikel 91 lid 1 van de Grondwet, en daarin een voldoende basis vindt.

Over de opdracht van de goedkeuring aan de verenigde vergadering, welke ons de meest voor de hand liggende optie lijkt wanneer goedkeuring niet bij wet geschiedt, maken we de volgende opmerkingen. Ons aansluitend bij de mening van een aantal gezaghebbende staatsrechtsgeleerden,<sup>84</sup> lijkt ons op zich ook voor een dergelijke opdracht geen grondwetswijziging nodig, omdat uit het stelsel van de Grondwet slechts blijkt dat over *wetgeving* bicameraal moet worden besloten, maar niet per se over andere zaken.

De regering hield bij de grondwetsherziening van 1983 vol dat het niet aan de kamers zelf kan worden overgelaten om te besluiten of en wanneer wordt beraadslaagd en besloten door de verenigde vergadering, buiten de gevallen aangewezen in de Grondwet. Een voorstel in de Proeve van een Nieuwe Grondwet van 1966 om mogelijke twijfel weg te nemen dat de kamers zelf zouden kunnen besluiten of wel of niet in verenigde vergadering over een kwestie wordt beraadslaagd en besloten, werd door de regering niet overgenomen, terwijl een amendement van gelijke strekking vóór de stemming werd ingetrokken.<sup>85</sup> Nochtans is voor de sterke beperking van de autonomie van het parlement die in het regeringsstandpunt besloten ligt, geen uitdrukkelijke grondslag te vinden in de Grondwet. Weliswaar komt de verenigde vergadering soms bijeen buiten gevallen in de Grondwet bepaald, maar dan gaat het om ceremoniële bijeenkomsten, waarin bijvoorbeeld buitenlandse staatshoofden het parlement toespreken. Beraadslaagd wordt er bij die gelegenheid niet. In het Reglement van Orde van de Verenigde Vergadering wordt verschil gemaakt tussen bijeenkomsten waarin niet beraadslaagd en besloten wordt en die waarin dit wel gebeurt. Desalniettemin worden er buiten de gevallen in de Grondwet bepaald door de verenigde vergadering procedurele besluiten genomen bij de jaarlijkse zitting van de verenigde vergadering waarin de troonrede wordt voorgelezen. Het gaat dan om het instellen van een commissie van in- en uitgeleide, die het staatshoofd begeleidt bij binnenkomst en het verlaten van de vergadering. Daarover is in de praktijk nooit door de vergadering zelf beraadslaagd of besloten. Desalniettemin is het geenszins onmogelijk dat de vergadering dit zou doen. Het gaat hier in de praktijk om weinig belangrijke kwesties, maar het wijst uit dat beraadslagen en besluiten zonder uitdrukkelijke grondwettelijke grondslag niet ten principale is uitgesloten.

De kwestie is in zoverre van belang dat wanneer men zou opteren voor het opdragen van de goedkeuring van verdragen aan de verenigde vergadering, het de vraag is of daarvoor de Grondwet gewijzigd moet worden. Geconstateerd moet worden dat het bij de grondwetsherziening van 1983 ging om de keuze tussen enerzijds een opdracht door de Grondwet en anderzijds het aan de kamers zelf overlaten of men apart of in verenigde vergadering zou beraadslagen en besluiten. Ons interesseert echter de vraag of het de *wetgever*, aan wie in artikel 91 lid 1 wordt opgedragen nadere regels te stellen over de wijze waarop de Staten-Generaal verdragen dienen goed te keuren, vrijstaat aan de verenigde vergadering een rol toe te kennen.

In één van de varianten (zowel in de vorige als in deze paragraaf) gaat het om de verenigde vergadering die een oordeel velt over *afwijken* van de Grondwet, terwijl de kamers op de gewone wijze vervolgens beslissen over goedkeuring van een verdrag. Onzes inziens kan dit geregeld worden bij wet (Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen).

Een andere vraag is of het de wetgever vrijstaat de *goedkeuring* op te dragen aan de verenigde vergadering, of dat daarvoor eerst de Grondwet

<sup>84</sup> Oud, 1967–1970, I, 652; De Graaf en Kortmann 1984, 1153; Bovend'Eert/Kummeling 2000, 58.

<sup>85</sup> TK 14 224, nr. 3, 7–8; en TK 14 224, nr. 11; Proeve 1966, artikel 49 en pp. 110–111.



dient te worden gewijzigd. Onzes inziens staat artikel 91 lid 1 aan een dergelijke opdracht niet in de weg. Dit lid spreekt immers van de goedkeuring door de «Staten-Generaal». In de letter van het derde lid van artikel 91 is echter wel een obstakel voor goedkeuring door de verenigde vergadering. Dit derde lid spreekt namelijk van «de kamers» die hun goedkeuring alleen kunnen verlenen met een meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen. Dit veronderstelt dat de kamers en niet de verenigde vergadering over de goedkeuring stemmen. Er zijn geen aanwijzingen dat bij deze formulering van het derde lid voorop stond het onmogelijk te maken om aan de verenigde vergadering een rol toe te kennen. Waarschijnlijk ging de grondwetgever zozeer uit van de wijze waarop tot dan toe de uitdrukkelijke goedkeuring van verdragen grondwettelijk dat de vraag welke andere wijzen van goedkeuring denkbaar zijn, niet opkwam. Hoe dit zij, de woorden lijken ondubbelzinnig. De meest voor de hand liggende conclusie is daarom dat, indien men aan de verenigde vergadering bij wet de bevoegdheid wil opdragen verdragsgoedkeuring te verlenen, in het derde lid de woorden «de kamers» moeten worden vervangen door «de Staten-Generaal». Tevens dient men in geval men de verenigde vergadering de bevoegde instantie maakt om over goedkeuring te besluiten, te kiezen of dit alleen zal gelden voor van de Grondwet afwijkende verdragen of voor alle uitdrukkelijk goed te keuren verdragen. In elk geval zal men een bepaling moeten opnemen die regelt hoe een verdrag ter goedkeuring door de kamers naar de verenigde vergadering kan worden verwezen. Voor wat betreft van de Grondwet afwijkende verdragen, kan bijvoorbeeld worden bepaald:

«Wanneer bij een der kamers of bij een vijfde van het aantal leden van een der kamers gereede twijfel rijst over de vraag of een ter goedkeuring voorliggend voorstel niet afwijkt van de Grondwet, geschiedt de behandeling van het voorstel door de verenigde vergadering indien deze na zorgvuldig onderzoek heeft geoordeeld dat het verdrag afwijkt van de Grondwet».

### *3.3.3 Het voorschrift van artikel 6 lid 2 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen*

De Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen schrijft voor dat in de goedkeuringswet van een verdrag dat afwijkt van de Grondwet het bestaan van deze afwijking tot uitdrukking wordt gebracht. De in de praktijk gebezigde formulering is dat de goedkeuring wordt verleend «voor zover nodig met inachtneming van artikel 91, derde lid, van de Grondwet». Dit betekent dat het voorschrift van de Rijkswet niet wordt gevolgd. Te meer nu überhaupt onzeker is of dit voorschrift de wetgever bij verdragsgoedkeuring kan binden, zou dit wellicht leiden tot de vraag of we deze bepaling niet beter gewoon kunnen afschaffen.

Hiertegen pleit sterk hetgeen hierboven werd aangetoond, namelijk dat het voor de rechtspraktijk van groot belang is te weten of een verdragsbepaling naar het oordeel van de Staten-Generaal, aan wie de Grondwet dit oordeel voorbehoudt, afwijkt van de Grondwet, en zo ja, van welke bepalingen het verdrag afwijkt. Onze conclusie moet dan ook zijn dat bij verdragsgoedkeuring in het goedkeuringsbesluit behoort te komen vast te staan of een verdrag afwijkt (of noopt tot afwijken) van de Grondwet, en zo ja, om welke grondwetsbepalingen dit gaat.

Dit betekent dat het wenselijk is dat het voorschrift, thans gedeeltelijk vervat in artikel 6 lid 2 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, degenen die het besluit tot verdragsgoedkeuring nemen daadwerkelijk bindt.

We zagen in het vorige hoofdstuk dat twijfel kan rijzen of de Rijkswet de wetgever bij verdragsgoedkeuring kan binden. Indien men in relevante

gevallen de goedkeuring van verdragen wil blijven voorbehouden aan de wetgever, dan is het wenselijk het bedoelde voorschrift, op te nemen in de Grondwet.

Indien men de goedkeuring van verdragen die van de Grondwet afwijken (of daartoe nopen) niet langer voorbehoudt aan de wetgever, zou het voorgestelde voorschrift gewoon in de Rijkswet kunnen blijven staan. Er kan immers geen twijfel aan bestaan dat de Staten-Generaal, anders dan de wetgever, wel worden gebonden door de (rijks-)wet. Dat de Grondwet op dit punt geen wijziging behoeft, is een bijkomend voordeel van het niet langer aan de wetgever voorbehouden van verdragsgoedkeuring. Het voorschrift van thans artikel 6 lid 2 zou kunnen komen te luiden:

«Het goedkeuringbesluit wijst aan van welke bepalingen van de Grondwet (of van welk aan de Grondwet ten grondslagliggend beginsel) wordt afgeweken, of tot afwijking van welke bepalingen van de Grondwet (of van welk aan de Grondwet ten grondslag liggend beginsel) het verdrag noodzaakt.»

### 3.4 De paradox van Jurgens

De motie-Jurgens c.s. stelt de vraag of de verwijzing naar artikel 91 lid 3 in artikel 92 van de Grondwet dient te vervallen. In het vorige hoofdstuk hebben wij geconcludeerd dat deze verwijzing zinvol is, omdat niet elke overdracht van bevoegdheid afwijken van de Grondwet impliceert. Om *deze* specifieke reden is grondwetswijziging niet geïndiceerd. Dit was echter kennelijk niet de achtergrond van de vraag. Veeleer lijkt die ingegeven door wat wij eerder de «paradox van Jurgens» noemden: voor ingrijpende overdrachten van bevoegdheden wordt in de praktijk geen gekwalificeerde meerderheid nodig geacht, maar wel voor min of meer collaterale afwijkingen die relatief gezien aan de bevoegdheidsoverdracht ondergeschikt zijn. Indien men het optreden van deze paradox wil tegengaan – en daar is alle reden toe – dan dient men zich te bezinnen op de vraag of de regelgeving niet moet worden aangepast.

De motie-Jurgens c.s. suggereert dat de genoemde paradox bijdraagt aan twijfel over de zinvolheid van de gekwalificeerde meerderheidseis. Impliciet suggereert dit dat wellicht deze eis dient te vervallen. Wij zoeken de oplossing elders.

#### 3.4.1 Het ontbreken van materiële criteria omtrent «afwijken van de Grondwet»

Waarom doet de paradox van Jurgens zich voor? Hiervoor zijn twee redenen aan te wijzen. De eerste is, zoals de motie-Jurgens overigens zelf al aangeeft, het ontbreken van materiële criteria om te bepalen wanneer sprake is van «afwijken van de Grondwet». De tweede reden beschreven wij in het vorig hoofdstuk, namelijk dat de huidige interpretatie van de Grondwet in de context van artikel 91 lid 3, gekenmerkt wordt door een te literalistische en restrictieve benadering.

Deze benadering wordt gekenmerkt door een ontkenning van de betekenis van het stelsel, de strekking en geest van de Grondwet ten faveure van een nagenoeg exclusieve nadruk op de letter van de Grondwet. Een afwijking bij verdrag van de intentie, strekking en het stelsel van de Grondwet die niet tot de letter van specifieke bepalingen van de Grondwet te herleiden is, zou toelaatbaar zijn en met gewone meerderheid goedgekeurd kunnen worden.

De Raad van State heeft voorgesteld bij een volgende grondwetswijziging de woorden «afwijken van de Grondwet» in artikel 91 lid 3 te wijzigen in «afwijken *van de bepalingen* van de Grondwet», zoals de bepaling vòòr 1983 luidde.<sup>86</sup>

Een dergelijke wijziging, in samenhang met de (onzes inziens t)è

<sup>86</sup> TK 1999–2000, 26 800 VI A.

stringente uitleg van «afwijken van de Grondwet», kan echter slechts leiden tot codificatie van het misverstand dat men bij gewone meerderheid partij kan worden bij een verdrag dat afwijkt van het stelsel, de strekking en de intentie van de Grondwet. Zelfs kan dit het misverstand in de hand werken dat het toegestaan zou zijn om bij verdrag af te wijken van essentialia en fundamenten van de Grondwet. Dit is een onjuiste uitleg van de Grondwet, althans in strijd met de bedoeling van de grondwetgever van 1953 (die overigens betrekking had over een voorschrift dat handelde over «afwijken van de bepalingen van de Grondwet»). Wij achten daarom de door de Raad van State voorgestane wijziging niet wenselijk.

Gezien de onwenselijkheid van het zich voordoen van de paradox van Jurgens en de hardnekkigheid waarmee telkenmale wordt geponeerd dat strijd met de strekking, het stelsel en de intentie van de Grondwet geen «afwijken van de Grondwet» in de zin van artikel 91 lid 3 is, zou het veeleer wenselijk zijn om de Grondwet in die zin uit te breiden dat een wezenlijke overdracht of beperking van bevoegdheid nationale ambten – ook wanneer zulks niet voortvloeit uit letterlijke bepalingen van de Grondwet – een gekwalificeerde meerderheid vergt. Daarmee zou de bedoeling van de wijziging van 1953 beter tot uitdrukking worden gebracht.

Nu zou tegen een dergelijke grondwetswijziging kunnen worden ingebracht dat niet op voorhand vaststaat wanneer sprake is van een dergelijke wezenlijke overdracht of beperking van bevoegdheden. Geenszins doorslaggevend achten wij de overweging dat dit door «politieke overwegingen» bepaald wordt.<sup>87</sup> De Grondwet is immers vooral een politiek document dat de orde van de openbare samenleving – dat wil zeggen de *res publica*, de politieke orde – beoogt te reguleren en te funderen. Alle besluiten omtrent de uitleg en toepassing van de Grondwet zijn derhalve in essentie politieke besluiten. Meer specifiek geldt dat elk besluit om bij verdrag een bevoegdheid tot wetgeving, bestuur of rechtspraak op te dragen aan een volkenrechtelijke organisatie of een andere volkenrechtelijke entiteit een hoogst politiek besluit is, ook wanneer het gaat om een meer beperkte opdracht die niet tot afwijken van de Grondwet leidt.

Een van de twee argumenten die bij de grondwetswijziging van 1983 gebruikt werden om het in 1953 bij amendement ingevoerde vereiste dat bij verdrag slechts van de Grondwet mag worden afgeweken «indien de ontwikkeling van de internationale rechtsorde zulks vordert» weer te laten vervallen, was dat het begrip «internationale rechtsorde» niet altijd scherp was af te bakenen. Maar dat ging voorbij aan de ratio voor het aanscherpen van de eis bij amendement. Deze ratio was dat het niet te snel toelaatbaar zou moeten worden zijn om bij verdrag van de Grondwet af te wijken. Deze ratio geldt te meer, nu vijftig jaar na de grondwetsherziening van 1953 en twintig jaar na die van 1983 een intussen aanzienlijke overdracht van bevoegdheid plaats heeft gevonden in het kader van met name de Europese integratie, en van tijd tot tijd krachtige pleidooien worden gevoerd voor verdere overdracht van bevoegdheden. Hiermee is allerminst gesteld dat deze en andere overdrachten niet wenselijk zouden zijn – integendeel, juist zou elke constitutionele controversie die nu over die overdrachten mogelijk is<sup>88</sup> zijn weggenomen, als zij gesanctioneerd waren geweest conform artikel 91 lid 3 van de Grondwet.

De technische vraag kan rijzen of de hierboven voorgestelde uitbreiding van de grondwets tekst zou moeten worden ingevoegd in artikel 92, waar het gaat om opdracht aan volkenrechtelijke organisaties, of in artikel 91 lid 3. In eerste instantie doen zich belangrijke overdrachten van bevoegdheid voor aan volkenrechtelijke organisaties. De Raad van State heeft in het kruisraketten-advies gesteld dat deze bepaling niet uitsluit dat bevoegdheid wordt opgedragen (of overgedragen) aan andere staten, maar dit gebeurde zonder nadere motivering. Zou de interpretatie van de Raad van

<sup>87</sup> Bijvoorbeeld Fleuren 2002, 74, die ter zake spreekt van een «gevaar». Daarentegen Sondaal 1986, 154: «Door het ontbreken van een objectieve maatstaf is oordeelsvorming vereist waarmee de vraag, of een verdrag afwijkt van de Grondwet, speelbal kan worden en wordt van het politieke krachten spel. Men kan dat betreuren of toejuichen, het is niet anders. Dat ontslaat ons niet van de plicht om bij de toepassing van de Grondwet toch naar vermogen uit te gaan van concrete, objectief meetbare gegevens.»

<sup>88</sup> Zie daarover Besselink c.s. 2002.

State de juiste zijn, dan zou het beter zijn de voorgestelde uitbreiding van de grondwettelijke bepalingen niet in artikel 92 maar in artikel 91 lid 3 op te nemen.

Er zij op gewezen dat bij een meer robuuste uitleg van de Grondwet dan thans in de praktijk van artikel 91 lid 3 wordt gebezigd, het mogelijk is ook zonder grondwetswijziging eenzelfde doel te bereiken als kan worden bewerkt door invoering van een grondwettelijk criterium van «wezenlijke overdracht of beperking». In zo'n meer robuuste benadering zouden het stelsel en de strekking van de Grondwet de plaats moeten krijgen die hun toekomt. Daarmee zou de constitutionele interpretatie die de constitutionele organen bezigen meer in lijn komen met de gewone rechterlijke interpretatie die in Nederland gebruikelijk is, en met de voornamelijk teleologische benadering van het Europees Hof voor de rechten van de mens en het Hof van Justitie van de EG, zoals die in onze eigen rechtsorde doorwerkt en daarmee voor ons op relevante constitutionele gebieden geldend wordt.

#### **4 CONCLUSIE**

Het voorgaande onderzoek levert de volgende conclusies op omtrent de door de motie-Jurgens c.s. opgeworpen vragen rond de betekenis en toepassing van artikel 91 lid 3 en 92 van de Grondwet.

- De praktijk om over de vraag of een verdrag afwijkt van de Grondwet (of tot zulk afwijken noodzaakt) te beslissen bij gewone meerderheid, terwijl over de vraag of zo'n afwijkend verdrag moet worden goedgekeurd bij gekwalificeerde meerderheid wordt besloten, is zinvol en sluit goed aan bij de procedure voor grondwetswijziging. Door partij te worden bij zo'n verdrag wordt (veelal: de betekenis van) de Grondwet gewijzigd, althans in materiële zin. Men kan zeggen dat sprake is van «materiële grondwetswijziging». Voor het laten vervallen van het vereiste van een gekwalificeerde meerderheid voor de goedkeuring van dergelijke verdragen is vanuit dit perspectief geen reden.
- Wel achten wij het vanuit constitutioneel oogpunt bezwaarlijk dat zich in de huidige praktijk de paradox kan voordoen dat voor aanzienlijke overdrachten van bevoegdheid bij verdrag geen gekwalificeerde meerderheid nodig is, maar deze wel nodig is voor een relatief minder ingrijpende opdracht die min of meer accidenteel afwijkt van de letter van de Grondwet. Het ontbreken van enige verhouding tussen het constitutionele belang van een concrete opdracht van bevoegdheid bij verdrag en de vraag of een gekwalificeerde meerderheid nodig is, is mede gevolg van een al te literalistische en restrictieve uitleg van de Grondwet, waarbij strijd met de strekking en het stelsel van de Grondwet geen grond is voor de conclusie dat een verdrag afwijkt van de Grondwet. Het afstappen van de al te rigide interpretatie die thans gebezigd wordt, zou kunnen betekenen dat de gesignaleerde paradox zich minder vaak voordoet.
- Het voorstel van de Raad van State om bij een volgende grondwetsherziening weer de woorden «afwijken *van de bepalingen* van de Grondwet» in artikel 91 lid 3 van de Grondwet in te voeren, zoals voor 1983 het geval was, lijkt ons minder gelukkig. Deze herziening zou de mening kunnen doen postvatten dat de te rigide uitleg van de Grondwet in de huidige praktijk, gecodificeerd wordt, en dat een verdrag dat in strijd is met de strekking en het stelsel van de Grondwet met een gewone meerderheid kan worden goedgekeurd. Nu deze mening zich in de praktijk reeds lijkt vast te zetten, achten wij het geraden, vanuit

een hechten aan de betekenisvolheid van de Grondwet, ernstig in overweging te nemen de Grondwet aan te vullen met een bepaling waardoor de goedkeuring van een verdrag dat een bevoegdheidsopdracht behelst welke een wezenlijke overdracht inhoudt, een gekwalificeerde meerderheid vergt. Een dergelijke bepaling zal voorkomen dat de gesignaleerde paradox zich voordoet.

- De Raad van State achtte het desgevraagd niet nodig de Grondwet te wijzigen voor wat betreft de gevolgen van een verschil van inzicht tussen kamers en regering over de grondwettigheid van een verdrag, omdat de Grondwet ter zake «een duidelijke regeling» zou bevatten.<sup>89</sup> Wij kunnen de Raad van State daarin niet volgen. De huidige procedure van verdragsgoedkeuring kan in geval van controverse tussen met name de kamers over de vraag of een verdrag afwijkt van de Grondwet tot constitutionele impasses leiden, zonder dat daaruit onder de huidige regels daaruit enigerlei uitweg bieden. Dit is in het licht van de constitutionele legitimatie en democratische controle op het voeren van de buitenlandse betrekkingen en de binnen de rechtsorde geldende rechtsregels, niet wenselijk. In voorkomende gevallen kan deze stand van zaken een grote en onoverkomelijke belemmering in de buitenlandse betrekkingen van het koninkrijk opleveren, en zelfs het lands- en koninkrijksbelang schaden. Ten slotte, is het ook voor de werking en toepassing van verdragen in de nationale rechtsorde van betekenis of een verdrag wel of niet afwijkt van de Grondwet. Het oordeel daarover is immers aan de Staten-Generaal voorbehouden (artikel 91 lid 3 Grondwet) en aan de rechter onttrokken (artikel 120 Grondwet). De zich bij de huidige procedures voordoende onduidelijkheid ter zake leidt daarom tot rechtsonzekerheid.

Wij doen een reeks alternatieve voorstellen die de bedoelde patstellingen in de toekomst zullen kunnen voorkomen. Deze zijn schematisch hieronder samengevat.

Bij een en ander speelt een rol of in het goedkeuringsbesluit van een van de Grondwet afwijkend verdrag moet worden bepaald dat er sprake is van een dergelijk afwijken. Wij hebben aangegeven waarom het nodig is zulks te doen en daarbij tevens aan te wijzen van welke bepalingen wordt afgeweken. Dat in de praktijk geen van beide geschiedt, is met name voor de rechtspraktijk onwenselijk.

Dat een goedkeuringsbesluit dient aan te geven dat van de Grondwet wordt afgeweken, is thans voorgeschreven in artikel 6 lid 2 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Als echter goedkeuring van dergelijke verdragen bij (rijks-) wet geschiedt, kan de (rijks-)wetgever door deze bepaling (waarschijnlijk) niet gebonden worden. Dit kan (mede) een reden vormen om de goedkeuring van verdragen die van de Grondwet afwijken, niet langer op te dragen aan de wetgever maar aan de Staten-Generaal. Hiervoor kan in beginsel wijziging van de Rijkswet volstaan. Het voorschrift dat het goedkeuringbesluit aanwijst van welke bepalingen wordt afgeweken, kan dan in de Rijkswet worden gegeven. Zou de goedkeuring van de betreffende verdragen voorbehouden blijven aan de wetgever, dan is het noodzakelijk het bedoelde voorschrift in de Grondwet op te nemen.

Tot slot maken wij de volgende opmerking. Wellicht zullen enkele van de genoemde voorstellen tot aanpassing van de Grondwet constitutionele vreesachtigheid opwekken. Een bepaling die een gekwalificeerde meerderheid eist voor wezenlijke overdrachten van bevoegdheid, zou in de ogen van sommigen wellicht teveel mogelijkheden bieden om de internationale samenwerking te bemoeilijken. Wij menen echter dat het tegendeel het geval is. Een meer robuuste opvatting van «afwijken van de Grondwet» in artikel 91 lid 3, respectievelijk het onderwerpen van

<sup>89</sup> Kamerstuk 26 800 VI A, p. 4: «Ook indien een van de actoren een van de [andere] twee afwijkend oordeel heeft, bevat de Grondwet een duidelijke regeling».

verregaande overdrachten van overheidsbevoegdheid aan een gekwalificeerde meerderheidseis, zal bijdragen aan een meer bewuste discussie en besluitvorming over de betekenis van de constitutionele beginselen en bepalingen voor de internationale betrekkingen van Nederland. Het zal een constitutioneel debat bevorderen dat uiteindelijk de constitutionele legitimiteit van de internationale en Europese samenwerking waaraan Nederland deelneemt, alleen maar kan vergroten. Dit zou bovendien meer in overeenstemming zijn met de constitutionele discussie die daaromtrent in andere lidstaten van de Europese Unie wordt gevoerd. Het zou daarmee Nederland constitutioneelrechtelijk meer in lijn brengen met de ons omringende landen.

## **5 SAMENVATTING VAN VOORSTELLEN**

1. Handhaving van de eis van een gekwalificeerde meerderheid van een verdrag in de zin van artikel 91 lid 3 van de Grondwet.
2. Handhaving van de verwijzing in artikel 92 naar artikel 91 lid 3 van de Grondwet.
3. Indien een literalistische uitleg aan de grondwetsbepalingen blijft worden gegeven bij de beantwoording van de vraag of een verdrag afwijkt van de Grondwet (of tot afwijken noopt), dient artikel 92 of artikel 91 lid 3 van de Grondwet te worden uitgebreid, in die zin dat de goedkeuring van een verdrag dat een wezenlijke overdracht van bevoegdheid inhoudt, een meerderheid vergt van ten minste twee derden van de stemmen in de kamers of de verenigde vergadering van de Staten-Generaal.
4. Vaststelling van het voorschrift dat het goedkeuringsbesluit aanwijst van welke bepalingen van de Grondwet of van welke aan de Grondwet ten grondslag liggende beginselen wordt afgeweken (of tot afwijking van welke bepalingen en beginselen het verdrag noodzaakt). Dit voorschrift dient opgenomen te worden in de Grondwet indien de goedkeuring van betreffende de verdragen krachtens artikel 91 lid 1 bij wet blijft worden opgedragen aan de wetgever (zoals thans is geregeld in artikel 6 lid 1 juncto 4 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen). Bedoeld voorschrift kan worden opgenomen in de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen ter vervanging van het huidige artikel 6 lid 2 van deze Rijkswet, indien deze de goedkeuring van de betreffende verdragen niet langer opdraagt aan de wetgever maar aan de Staten-Generaal.
5. Eén van de volgende opties dient te worden gerealiseerd ten einde te voorkomen dat de kamers van de Staten-Generaal tot een tegengesteld oordeel komen over het afwijken van de Grondwet door een verdrag – dit ten einde de thans mogelijke constitutionele patstellingen te voorkomen, en tevens om negatieve gevolgen voor de toepasbaarheid van bedoelde verdragen door de rechter te beperken.
  - a. Indien de wetsvorm voor goedkeuring wordt gehandhaafd (artt. 6 lid 1 jo. 4 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen)
    - i. Bicamerale behandeling
      1. externe instantie geeft bindend oordeel over «afwijken»
        - waarschijnlijk grondwetswijziging benodigd met nadere regeling in Rijkswet goedkeuring
      2. interne instantie geeft bindend oordeel
        - a. Eerste (of Tweede) Kamer
        - b. verenigde vergadering – grondwetswijziging niet strikt

- noodzakelijk
- c. bicamerale commissie – grondwetswijziging niet strikt noodzakelijk
- ii. Behandeling door de verenigde vergadering
  - 1. alle uitdrukkelijk goed te keuren verdragen
  - 2. alleen verdragen waarvan de verenigde vergadering op verzoek van een der kamers of een vijfde van het aantal leden van een der kamers heeft vastgesteld dat het afwijkt van de Grondwet (of daartoe noopt) – wijziging van artikel 91 lid 3 («kamers») noodzakelijk
- b. Indien goedkeuring niet langer verleend wordt bij wet  
Zelfde varianten als onder a, zij het dat bij behandeling door de verenigde vergadering wijziging van artikel 91 lid 3 (het woord «kamers») nodig is.

Voorgesteld 18 december 2001

De Kamer,

gehoord de beraadslaging over de uitleg van art. 91, lid 3 juncto art. 92 Grondwet (GW);

constaterend, dat de tekst van art. 91, lid 3 GW geen criteria verschaft voor de vraag of «een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet, dan wel tot zodanige afwijking noodzaken», terwijl het van het antwoord op deze vraag afhangt of de Kamers der Staten-Generaal aan het verdrag alleen met een meerderheid van twee-derden der stemmen hun goedkeuring kunnen verlenen;

overwegend, dat thans een consistente uitleg bestaat van art. 91, lid 3, waarbij een algemene opdracht van bestuurlijke, wetgevende en rechtsprekende bevoegdheden aan bovennationale organisaties krachtens art. 92 GW op zichzelf niet een afwijking betreft van de GW, terwijl strijd met specifieke grondwetsbepalingen wel kan leiden tot «afwijken van de grondwet», ook als die specifieke afwijking van ondergeschikt belang is vergeleken bij de vergaande opdracht van bevoegdheden die het verdrag bevat (zoals recent het geval was bij het verdrag inzake het Internationaal Strafhof);

vaststellend, dat over de vraag of een verdragsbepaling afwijkt van de GW thans wordt beslist op grond van art. 6 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen 1994, welk artikel regelt dat de vraag of een verdrag een gekwalificeerde meerderheid behoeft, wordt beantwoord in een bepaling van de desbetreffende goedkeuringswet, terwijl deze bepaling bij gewone meerderheid wordt vastgesteld;

overwegend, dat deze procedure tot gevolg heeft dat op voorstel van de regering een gewone meerderheid van beide Kamers vaststelt of er al dan niet sprake is van afwijking van de Grondwet en of er dus een meerderheid van twee-derden der stemmen is vereist;

van mening dat, als een gewone meerderheid kan vaststellen of er een gekwalificeerde meerderheid nodig is, twijfel mogelijk is of handhaving van de eis van gekwalificeerde meerderheid zinvol is, mede in relatie tot de vergaande overdracht van bevoegdheden geregeld in art. 92 GW, welke immers geen gekwalificeerde meerderheid behoeft;

verzoekt de regering om op korte termijn een kleine groep van deskundigen in de staatkunde en in het constitutionele recht een rapport te doen uitbrengen aan de regering over de vraag in hoeverre de problematiek geregeld in art. 91, lid 3, en de verwijzing naar art. 91, lid 3 in art. 92, een andere regeling behoeft, alsmede over de vraag of en, zo ja, hoe deze problematiek is geregeld in de lid-staten van de Europese Unie;

---

<sup>90</sup> Kamerstuk, EK 2001–2002, 237c, Nr. 174.



en op grond daarvan, zo het advies naar de mening van de regering daartoe aanleiding geeft, een wetsvoorstel te formuleren dat mogelijk nog kan worden betrokken bij de Grondwetsherziening 2002, en gaat over tot de orde van de dag.

Jurgens  
Van de Beeten  
Platvoet  
Kohnstamm  
De Vries  
Ruers  
Bierman

## Literatuurlijst

### Lijst verkort aangehaalde literatuur

Akkermans/Koekkoek 1992

Akkermans, P. W. C. en Koekkoek A. K., *De Grondwet: een artikelsgewijs commentaar*, tweede druk, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992

Van den Bergh 2002

Bergh, G. C. J. J. van den, Twee derden. In: *NJB*, 2002, aflevering 22, p. 1065

Besselink 1984

Besselink, L. F. M., De ziel van de Leviathan – de paradox van de soevereiniteit. In: *Internationale Spectator*, jrg. 38, 1984, afl. 6, blz. 364–371

Besselink 1987

Besselink, L. F. M., Bespreking Roos [1986] in: *Recht & Kritiek* jrg. 13 [1987], nummer 1, p. 99–104

Besselink 1993

Besselink, L. F. M. De constitutie van Europa: de verenigbaarheid van het Verdrag betreffende de Europese Unie met de Nederlandse constitutie, in: *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 1993, 48e jaargang nr 6, p. 370–376

Besselink 1996

Besselink, L. F. M., De staatsrechtelijke regeling van aanvaarding en invoering van verdragen in Nederland. [Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland] WEJ Tjeenk Willink – Deventer 1996, IV + 52 pp.

Besselink c.s. 2002

Besselink, L. F. M., H. R. B. M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendelts m.m.v. S. Prechal, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*. Europa Law Publishing, Groningen 2002. xii + 279 pp. NUR 823; ISBN 90-76871-10-8

Bovend'Eert/Kummeling 2000

Bovend'Eert, P. P. T en H. R. B. M. Kummeling, *Van Raalte's Het Nederlands Parlement*, Deventer 2000

Brouwer 1992

Brouwer, J. G. Wijkt het Unie-Verdrag van Maastricht af van de Grondwet of het Statuut? In: *NJB*, 1992, p. 1045–1048

Burkens e.a. 1992

Burkens, M. C. en Vermeulen, B. P., Kortmann, C. A. J. M., Sewandono, I., Besselink, L. F. M. Reacties op Heringa. In: *NJB*, 1992, aflevering 27, p. 861

Duynstee 1954

Duynstee, F. J. M., *Grondwetsherziening 1953: De nieuwe bepalingen omtrent de buitenlandse betrekkingen in de Grondwet*, Deventer, Kluwer, 1954, onder artikel 63

Van Emmerik 2002

Emmerik, M. L. van, De Grondwet en afwijkende verdragen. In: *Wetten, woorden, wensen. Opstellen over constitutie, wetgeving en beleid*. Bundel ter gelegenheid van het afscheid van J. A. Peters als directeur CZW. Den Haag, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2002, p. 79–88

Fleuren 2002

Fleuren, J. W. A. Verdragen die afwijken van de Nederlandse Grondwet. In: Breillat, D., Kortmann, C. A. J. M., Fleuren, J. W. A., e.a. *Van de constitutie afwijkende verdragen*, publikaties van de Staatsrechtkring, Deventer, Kluwer, 2002, p. 52–70

Jurgens 1999

Jurgens, E. Hoe moet de senaat artikel 91 lid 3 toepassen? In: *NJB* 1999, p.

Kortmann en De Graaf 1984

Kortmann, C. A. J. M. en Th. de Graaf, en, De procedure tot goedkeuring van verdragen ex artikel 91 derde lid Grondwet. In: *NJB*, 1984, aflevering 37, p. 1149–1154

Kortmann 1999

Kortmann, C. A. J. M., De Eerste Kamer uit de bocht. In: *NJB* 1999, p. 255

Heringa 1992a

Heringa, A. W. De verdragen van Maastricht in strijd met de Grondwet. In: *NJB*, 1992, aflevering 24, p. 749–752

Heringa 1992b

Heringa, A. W. Naschrift. In: *NJB*, 1992, aflevering 27, p. 865–866

Van Houten 1997

Houten, M. L. P. van, *Meer zicht op wetgeving*, Zwolle 1997

Koekkoek 2000

*De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*. A. K. Koekkoek, red.. 3e druk, WEJ Tjeenk Willink, Deventer 2000. Daarin: F. M. C. Vlemminx en M. G. Boekhorst, Artikel 91 en 92, pp. 450–455

NNG Vb

Naar een nieuwe Grondwet, deel Vb: buitenlandse betrekkingen, 's Gravenhage, Staatsuitgeverij, 1983, p. 6 e.v.

Oud 1967

Oud, P. J. *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, deel I, 2e druk, Zwolle, Tjeenk Willink, 1967

Oud 1970

Oud, P. J. *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, deel II, 2drukt, Zwolle, Tjeenk Willink, 1970

Peters 2003

Peters, J. A. Inaugurele rede, Universiteit van Amsterdam. Verkort gepubliceerd als Grondwetkunde voor imams is flauwekul. In: *NRC Handelsblad* 18 maart 2003, p. 6.

Van der Pot/Donner

Pot, C. W. Van der , Donner, A. M. *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door Prakke, L., de Reede, J. L., van Wissen, 14e druk, Zwolle, Tjeenk Willink, 2001

Van Raalte 1954

Raalte, E van. *De Grondwet: Wijzigingen van 1953*. N. Samson NV, Alphen aan den Rijn 1954

Recht en raketten 1984

*Recht en raketten*, speciaal themanummer *NJB* 1984, af. 15, pp. 437–476

Roos 1986  
Roos, N. H. M. *Grondwet en kruisraketten*, Assen, Van Gorcum, 1986

Schutte 1984  
Schutte, J. J. E., Goedkeuring en uitvoering van verdragen. In: *Kracht van Wet. Opstellen over publiekrechtelijke wetgeving, aangeboden aan Mr. W. J. Eijkern*. Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 249–260

Schutte 2003  
Schutte, Camilo, De stille kracht van de Nederlandse Grondwet: beschouwingen rond het verbod aan de rechter om verdragen aan de Grondwet te toetsen. In: *RM Themis* 2003, nr. 1.

Sondaal 1984  
Sondaal, H. H. M., *De Nederlandse Verdragspraktijk*. Proefschrift Leiden. Den Haag, TMC Asser Instituut, 1984.

Struycken 1915  
A. A. H. Struycken, *Het Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden*, dl. I, Arnhem 1915

Vierdag 1995  
Vierdag, E. W., *Het Nederlandse Verdragenrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink 1995

### **Websites**

<http://www.coe.int/T/E/LegalAffairs/Legalco-operation>, link naar Transnational criminal justice (criminal law, International Criminal Court), Documents, Country Information

<http://www.om.fi/constitution/>

<http://www.overheid.nl/wetten/>

### **Handelingen en Kamerstukken**

- TK 1951–1952, 2374, nr. 8;
- TK 1951–1952, 2374, nr. 10;
- Handelingen EK 1952–1953, 462, 480–484;
- Handelingen TK 1952–1953, 1907–1911;
- TK 1979–1980, 15 049 (R 1100), nr. 7, p. 8–9;
- TK 1983–1984, 17 980 A, nr. 9;
- TK 1990–1991, 21 214 (R 1375), nr. 8, p. 6–7;
- Handelingen EK 1998–1999, 10 november 1998, 66–102, r.k.;
- TK 1999–2000, 26 800 VI, A;
- EK 2000–2001, 27 484 (R 1669), nr. 237;
- EK 2000–2001, 27 484 (R 1669), nr. 237a;
- EK 2000–2001, 27 484 (R 1669), nr. 237b;
- EK 2000–2001, 27 484 (R 1669), nr. 237c;
- Handelingen EK 11 september 2001, 1697–1711;
- EK 2001–2002, 27 484, 237c, nr. 174;
- Handelingen EK 2002–2003, 4 februari 2003, 562–570 en 18 februari 2003, 574–580.