

Vergaderjaar 2013–2014

31 570

Herziening Grondwet

I HERDRUK¹

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 17 februari 2014

Op 10 september 2013 heeft uw Kamer een plenair debat met mij gevoerd over de brief van 6 juni 2013 van het kabinet inzake de motie Engels c.s. en de motie Lokin-Sassen c.s. (*Kamerstukken I*, 2012/13, 31 570, G). In dat debat heb ik toegezegd beide moties uit te voeren.²

In de motie Engels c.s. wordt de regering verzocht, met inachtneming van het advies van de Staatscommissie en van de kabinetsreactie, een voorstel te (doen) ontwikkelen voor de formulering van een algemene bepaling in de Grondwet, waarin wordt uitgedrukt dat Nederland een democratische rechtsstaat is, zo mogelijk uitgewerkt dan wel aangevuld met nadere voorschriften (*Kamerstukken I*, 2011/12, 31 570, B). Bijgaande notitie dient ter uitvoering van deze motie.

Daarbij overweeg ik het volgende. In het kabinetsstandpunt over het advies van de Staatscommissie Grondwet en in de daarop volgende gedachtewisseling met uw Kamer heeft het vorige kabinet aangegeven geen voorstander te zijn van het opnemen van een algemene bepaling in de Grondwet.³ Dat geldt, zoals ik in het debat van 10 september 2013 heb toegelicht, ook voor het huidige kabinet.⁴ De regering is dan ook niet voornemens zelf een daartoe strekkend wetsvoorstel in te dienen. Zoals ik

¹ In verband met toevoeging notitie bij deze brief.

² Zie voor de procedure en het tijdpad van de uitvoering van de motie Lokin-Sassen de brief van 25 september 2013 (*Kamerstukken I*, 2013/14, 31 570, H).

³ *Kamerstukken II*, 2011/2012, 31 570, nr. 20; *Kamerstukken I*, 2011/2012, 31 570, A; *Handelingen I*, 7 februari 2012, EK 18-5.

⁴ Zie ook *Kamerstukken I*, 6 juni 2013, 2012/13, 31 570, G.

in voornoemd debat heb vermeld, laat dit uiteraard onverlet het bepaalde in artikel 82 Grondwet op grond waarvan de Tweede Kamer zelfstandig zou kunnen besluiten tot een dergelijk wetsvoorstel.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
R.H.A. Plasterk

BIJLAGE

1. Inleiding

Een algemene bepaling waarin wordt uitgedrukt dat Nederland een democratische rechtsstaat is, kan op verschillende manieren geformuleerd worden. De formulering kan kort en kernachtig zijn door louter te poneren dat Nederland een democratische rechtsstaat is. Zij kan ook uitgebreider zijn, door een opsomming te bevatten van een aantal waarden. Zo voegt de Staatscommissie Grondwet aan de enkele formulering dat Nederland een democratische rechtsstaat is, een uitwerking toe van een deel van de vereisten van de democratische rechtsstaat.⁵ Naast deze middellange variant is een nog extensievere variant denkbaar, waarin omvattend de kenmerkende vereisten van de democratische rechtsstaat worden uitgeschreven.

In deze notitie wordt een aantal voorstellen geformuleerd voor een algemene bepaling (paragraaf 3). Een aantal overwegingen bij die formuleringen wordt vervolgens nader besproken (paragraaf 4). Alvorens dat te doen wordt eerst kort ingegaan op de aard en functie van een algemene bepaling (paragraaf 2).

2. Aard en functie van een algemene bepaling

De formulering van een algemene bepaling wordt in beginsel in belangrijke mate bepaald door het feit dat zij – in tegenstelling tot een preambule – onderdeel is van het lichaam van de Grondwet. Zij is normatief van karakter en heeft een interpretatieve functie.

2.1. Afbakening ten opzichte van een preambule

Een preambule is een inleidende verklaring bij een constitutie waarin onder meer de aanleidingen, doelen en overwegingen in relatie tot die constitutie staan beschreven. Verschillende constituties kennen preambules. Deze preambules zijn heel divers. Zij kunnen bijvoorbeeld ideologische of historische verwijzingen bevatten, aangeven dat de constitutie de hoogste staatsregeling is, de historische identiteit van een politiek stelsel tot uitdrukking brengen, of refereren aan rechtsstaat en democratie.⁶ Een preambule is vooral een symbolische verklaring die als een klarenstoot fungeert voor een grondwet. Zij preludeert op het lichaam van een grondwet door de principes waarop de constitutionele orde is gebaseerd te introduceren, bijvoorbeeld na een revolutie, of te (her)bevestigen.

Anders dan een preambule is een algemene bepaling niet louter symbolisch. Zij behoort tot het lichaam van de regeling waarin zij is opgenomen. Een algemene bepaling heeft dezelfde juridische status als de andere bepalingen van een regeling. Daardoor heeft zij normatieve kracht. Dit normatieve karakter was voor de Staatscommissie Grondwet een reden de algemene bepaling te verkiezen boven een preambule. «Een algemene bepaling brengt, meer dan een preambule, tot uitdrukking dat de daarin opgenomen beginselen niet alleen declaratoir of verklarend van aard zijn, maar ook en vooral een normatief karakter hebben», aldus de Staatscommissie.⁷

⁵ Zie het Rapport Staatscommissie Grondwet, blz. 40.

⁶ Zie P.B. Voermans en W.J.M. Cliteur, *Preambules*, Kluwer, 2009, blz. 9–11.

⁷ Zie Rapport Staatscommissie Grondwet, blz. 38.

2.2. De functie van een algemene bepaling

De aard van de functie van de algemene bepaling, interpretatief of niet, heeft in debatten met de Eerste Kamer een rol gespeeld in de discussie over de (on)wenselijkheid van het codificeren van een algemene bepaling. Omdat de aard van deze functie van invloed is op de wijze van formuleren van een algemene bepaling, wordt in deze notitie nader ingegaan op de interpretatieve aard van de functie van een algemene bepaling.

De interpretatieve functie houdt in dat grondwettelijke bepalingen en andere wettelijke voorschriften moeten worden begrepen en geïnterpreteerd in het licht van de algemene bepaling.⁸ Een algemene bepaling dient als expliciet interpretatiekader voor de overige bepalingen van de Grondwet, als hulpmiddel als er twijfel is over de vraag hoe de Grondwet moet worden uitgelegd of als er geschillen te beslechten zijn waarbij het gaat om de interpretatie van grondrechten, zoals in geval van botsende grondrechten. Die interpretatie kan plaatsvinden door de wetgever, maar ook – in concrete gevallen – door de rechter; aldus fungeert de algemene bepaling als interpretatierichtsnoer en toetsingsnorm voor zowel de wetgever als de rechter, zij het dat in dat laatste geval de toetsing uiteraard alleen betrekking heeft op overheidsbesluiten en algemeen verbindende voorschriften (anders dan wetten in formele zin).⁹

Omdat een algemene bepaling normatieve kracht heeft, is explicitering van het feit dat Nederland een democratische rechtsstaat is en/of van de kenmerkende vereisten van de rechtsstaat, niet zonder consequenties. Een algemene bepaling staat, omdat zij tot het lichaam van de Grondwet behoort, in wisselwerking met de andere bepalingen van de Grondwet. Omdat het huidige constitutionele recht reeds een genuanceerd samenstel van regels kent waarin tot uitdrukking komt dat Nederland een democratische rechtsstaat is, kan het toevoegen van een algemene bepaling door haar normatieve karakter van invloed zijn op die wisselwerking. Het is mede tegen deze achtergrond dat de interpretatieve functie gelezen dient te worden.

Het normatieve karakter van een algemene bepaling en de interpretatieve functie ervan brengen met zich mee dat de (wijze van) formulering van de algemene bepaling de uitleg die aan Grondwetsbepalingen wordt gegeven kan beïnvloeden. De interpretatieve functie van een algemene bepaling is daarom voor het kabinet een belangrijke reden geweest om geen voorstander te zijn van het opnemen van een dergelijke bepaling in de Grondwet.¹⁰

3. Formuleringen van een algemene bepaling

Een algemene bepaling kan kort en kernachtig zijn. Zij drukt dan louter uit dat Nederland een democratische rechtsstaat is. Ook is het mogelijk een algemene bepaling te formuleren die een beperkte dan wel uitgebreide uitwerking van vereisten van de democratische rechtsstaat bevat. We

⁸ Zie Rapport Staatscommissie Grondwet, blz. 38.

⁹ Zie voor uitleg bij de interpretatieve functie Janneke Gerards, Een algemene bepaling in de Grondwet, in: *De Grondwetsherziening van 1983, 30 jaar oud of 30 jaar jong?*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, juli 2013, blz. 15–25, meer specifiek blz. 20; J.J.J. Sillen, Een doos van Pandora, Over het voorstel een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen, in: *Tijdschrift voor Constitutioneel recht*, april 2011, blz. 130–139, met name blz. 134–137 en A. Meuwese, Staatscommissie-Thomassen: De Grondwet als gereedschapskist voor de rechter, in: *Ars Aequi*, 2011, vol. 60, nr. 4, blz. 284–291.

¹⁰ Zie *Kamerstukken II*, 2011/2012, 31 570, nr. 20, blz. 5–6 en *Kamerstukken I*, 2011/2012, 31 570, A, blz. 17.

kunnen spreken van een beknopte, een middellange en een extensieve variant.

In een formulering waarin wordt uitgedrukt dat Nederland een democratische rechtsstaat is, staat in ieder geval het begrip «rechtsstaat» centraal. Deze formulering kan impliceren dat het begrip «democratie» niet op dezelfde wijze tot uitgangspunt wordt genomen als in een bepaling die luidt: «Nederland is een democratie en een rechtsstaat». De verhouding tussen rechtsstaat en democratie behoeft daarom een nadere toelichting. Over de precieze definitie van het begrip «rechtsstaat» bestaan verschillende opvattingen. Uit de staatsrechtelijk literatuur kan worden afgeleid dat in ieder geval aan een viertal kenmerkende vereisten moet zijn voldaan om van een rechtsstaat te kunnen spreken.¹¹ In de eerste plaats geldt in de rechtsstaat het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat machtsuitoefening door de overheid alleen plaats mag vinden op grond van een wet en binnen de door het recht getrokken grenzen. Het tweede kenmerk is de machtscheiding. De drie categorieën van overheidsmacht, te weten wetgeving, uitvoering en rechtspraak, worden uitgeoefend door drie te onderscheiden machten. Deze machtscheiding heeft in Nederland in het bijzonder gestalte gekregen in een stelsel van elkaar wederzijds controlerende, in evenwicht houdende organen (*checks and balances*) en in de vorm van decentralisatie, waarbij aan andere overheden, zoals gemeenten en provincies, zelfstandige bevoegdheden gelaten worden. Het belang van de onafhankelijkheid van het met rechtspraak belaste deel van de rechterlijke macht heeft binnen deze gedachte van machtscheiding steeds meer nadruk gekregen, waardoor dit als een derde, afzonderlijke rechtsstatelijke eis kan worden aange merkt. Het vierde kenmerkende vereiste van de rechtsstaat betreft de (klassieke) grond- en mensenrechten. Deze rechten moeten omwille van hun fundamentele karakter binnen een rechtsstaat worden beschermd. De grond- en mensenrechten zijn vastgelegd in onder andere de Grondwet, het Europees Verdrag tot de bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), het Handvest van de Europese Unie en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR).

In een formulering van een algemene bepaling die uitdrukt dat Nederland een democratische rechtsstaat is, komt naast de rechtsstatelijkheid ook het democratieprincipe tot uitdrukking. Een democratie waarborgt de mogelijkheid van participatie van burgers in het politieke proces. Burgers of hen vertegenwoordigende instellingen zijn betrokken bij de vaststelling van regelgeving die hen bindt. De uitvoerende macht moet verantwoording afleggen aan vertegenwoordigende colleges. Daarnaast is om van democratie te kunnen spreken actief en passief kiesrecht noodzakelijk. Naast de vier kenmerkende vereisten die in ieder geval aanwezig dienen te zijn wil er sprake zijn van een rechtsstaat, worden soms nog andere (aanvullende) vereisten genoemd die de rechtsstaat kenmerken. Ook wordt soms een vereiste in meerdere delen gesplitst en uitgewerkt, waardoor er eveneens meer vereisten aan de rechtsstaat worden toegekend dan de genoemde vier.

Een vereiste dat soms als vijfde wordt toegevoegd aan de reeds genoemde vier kenmerkende vereisten van de rechtsstaat is het democratieprincipe.¹² Democratie en de kenmerkende vereisten van de rechtsstaat

¹¹ Vgl. *Kamerstukken I*, 2012/13, 31 570, G.

¹² Vgl. bijvoorbeeld W.J.M. Voermans en J.H. Gerards, *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip «rechtsstaat» in de jurisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State*, Den Haag, Raad van State, 2011, blz. 32, en C.J.A.M. Kortmann c.s., *Constitutioneel recht*, zevende druk, Deventer, Kluwer, 2012, blz. 48.

zijn in hun ontwikkeling steeds meer met elkaar vervlochten geraakt.¹³ Zo zijn grondrechten nodig om het pluralistische karakter van een democratie te kunnen garanderen. Het gaat dan niet alleen om het kiesrecht, maar ook bijvoorbeeld om de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van vereniging en het gelijkheidsbeginsel. Ook in het vereiste van machtenscheiding en *checks and balances* schemert het democratieprincipe door. Democratie verdraagt zich immers niet met onevenwichtige machtsconcentraties. Vanwege deze vervlochtenheid van democratie en de rechtsstaat wordt soms gesteld dat zonder het democratieprincipe geen sprake kan zijn van een rechtsstaat. In deze visie is het democratieprincipe inherent aan de tegenwoordige idee van de rechtsstaat.¹⁴ Het begrip «democratische rechtsstaat» zou dan een pleonasme zijn. Meestentijds echter wordt benadrukt dat democratie en rechtsstaat, ondanks hun vervlochtenheid, twee verschillende concepten zijn die niet in elkaar op moeten gaan.¹⁵ In deze visie worden democratie en rechtsstaat veelal beschouwd als twee zijden van dezelfde medaille.¹⁶ Zij vormen elkaar complementerende manieren om met de gevaren van te veel overheidsmacht om te kunnen gaan. Democratie legt de macht in handen van het volk, terwijl tegelijkertijd de rechtsstaat veiligstelt dat machtsuitoefening wordt beperkt door het recht, zodat rechten ook voor minderheden gegarandeerd zijn. De rechtsstaat op zijn beurt garandeert weliswaar de beperking van de macht door het recht, maar deze macht en dit recht dienen wel op democratische wijze gelegitimeerd te zijn, te worden en te blijven. Aan deze complementariteit van democratie en rechtsstaat wordt meer recht gedaan door het democratieprincipe niet (louter) als vijfde kenmerkende vereiste van de rechtsstaat te beschouwen, maar het een eigenstandige plek toe te kennen. Een andere reden om het democratieprincipe niet op te laten gaan in het begrip «rechtsstaat», is dat er een verschil is in gerichtheid. Rechtsstatelijkheid is gericht op het stellen van grenzen aan overheidsoptreden, terwijl democratie veeleer gericht is op het beïnvloeden van dat overheidsoptreden. Democratie en rechtsstaat zijn daarom beide nodig en hebben ieder een eigen waarde. In het begrip «democratische rechtsstaat» komt de complementariteit van rechtsstaat en democratie tot uitdrukking.

Soms is er sprake van meer en andere aan de rechtsstaat toegevoegde kenmerkende vereisten, zoals in het rapport van de *Venice Commission*, die voor de Raad van Europa een studie heeft verricht naar de rechtsstaat en de *rule of law*.¹⁷ Deze commissie presenteert zes elementen, te weten legalisme, rechtszekerheid, het verbod van willekeur, onafhankelijke rechtspraak, respect voor mensenrechten, en non-discriminatie en gelijkheid voor de wet. Het legalisme wordt door de commissie uitgelegd overeenkomstig de uitleg die in de staatrechtelijke literatuur meestentijds aan het legaliteitsbeginsel wordt gegeven, te weten dat machtsuitoefening door de staat alleen mag plaatsvinden op grond van een wet en moet berusten op een door de wet gegeven bevoegdheid. De elementen

¹³ Zie voor deze vervlochtenheid van democratie met de rechtsstatelijke vereisten – in het bijzonder met mensenrechten – ook de uitspraak van het EHRM in de zaak *United Communist party of Turkey and others versus Turkey* van 30 januari 1998, met name paragraaf 45.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld H.E.S. Woldring, Filosofische reflectie op beginselen van de rechtsstaat, in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag, Boom juridische uitgeverij, 2003, blz. 23–42, met name blz. 24.

¹⁵ Zie hiervoor onder meer F.J. van Ommeren, *De rechtsstaat als toetsingskader*, in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag, Boom Juridische uitgeverij, 2003, blz. 7–22, en voorts in dezelfde bundel ook C.M. Zoethout, *Wat is de rechtsstaat?*, blz. 55–77 en J.W. Sap, *Het primaat van de politiek in de democratische rechtsstaat*, blz. 79–106.

¹⁶ «Democratie en de rechtsstaat zijn niet los verkrijgbaar», aldus Ernst Hirsch Ballin in de rechtsstaatlezing *De plek van de Grondwet in politiek en samenleving*, Amsterdam, 11 oktober 2013.

¹⁷ Zie het rapport van de *Venice Commission*, studie nr. 512/2009 van de *European Commission for Democracy through Law* van de Raad van Europa, CDL-AD(2011)003Rev.

die de *Venice Commission* toevoegt, te weten rechtszekerheid, het verbod van willekeur en het gelijkheidsbeginsel, worden door sommige staatsrechtelijke auteurs eveneens gezien als onderdelen van de rechtsstaat, zij het dat zij dan alle tezamen worden gevat onder het legaliteitsbeginsel.¹⁸ Of er sprake is van vier of zes rechtsstatelijke vereisten, is dus ook afhankelijk van de wijze waarop het legaliteitsbeginsel wordt geïnterpreteerd. De door de *Venice Commission* genoemde elementen grondrechten en de onafhankelijke rechterlijke macht komen overeen met de kenmerkende vereisten die voor de rechtsstaat over het algemeen worden genoemd. Het valt op dat deze commissie het vereiste van machtenscheiding niet als separaat element benoemt. Wel bestempelt zij onafhankelijke rechtspraak als een integraal onderdeel van het principe van machtenscheiding.

Naast het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur, die de *Venice Commission* als afzonderlijke kenmerkende vereisten van de rechtsstaat aanmerkt, worden onder het begrip «rechtsstaat» soms nog allerlei andere fundamentele rechtsbeginselen en concepten gevat. Te denken valt dan aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, aan beginselen van behoorlijke rechtspleging en aan het verbod van terugwerkende kracht van strafrechtelijke bestraffing. Dergelijke fundamentele rechtsbeginselen worden meestal echter – zo zij al vervat worden onder het rechtsstatelijkheidconcept – eerder beschouwd als nadere uitwerking van één van de vier kenmerkende vereisten en niet als afzonderlijk af te splitsen vereisten.¹⁹

Het aantal rechtsstatelijke vereisten is als zodanig niet zo relevant voor een formulering van een algemene bepaling. Wel is het voor een formulering van een algemene bepaling van belang bewust te zijn van de mate van extensie die het begrip «rechtsstaat» in verschillende interpretaties kan hebben en van de verschillende inkleuringen die rechtsstatelijke vereisten kunnen krijgen.

In het hiernavolgende komen de drie varianten van een formulering nader aan de orde.

3.1. *Beknopte variant*

Een beknopte formulering die uitdrukt dat Nederland een democratische rechtsstaat is, ligt voor de hand. Zij luidt: «Nederland is een democratische rechtsstaat».

3.2. *Middellange variant*

De Staatscommissie heeft in haar rapport de vraag of er redenen zijn om de Grondwet te wijzigen benaderd vanuit het perspectief van versterking van het normatieve karakter van de Grondwet. Om dit normatieve karakter – oftewel de rechtskracht – te versterken, stelt de commissie voor een algemene bepaling op te nemen waarin de democratische rechtsstaat en elementen daarvan duidelijker tot uitdrukking komen.²⁰ Het voorstel dat de commissie met dit doel heeft geformuleerd luidt:

1. Nederland is een democratische rechtsstaat.

¹⁸ Zie Kortmann c.s. (2012), blz. 48.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld W.J.M. Voermans en J.H. Gerards (2011), blz. 31–32, die dergelijke beginselen zien als rechtsstatelijke gepositieerde (sub)normen (geschreven of ongeschreven).

²⁰ Zie Rapport Staatscommissie Grondwet, blz. 13. Overigens bespreekt de Staatscommissie de normativiteit van de algemene bepaling mede in een context van twee andere onderwerpen, te weten de doorwerking (artikel 93 en 94 Grondwet) en het toetsingsverbod (artikel 120 Grondwet), zie met name blz. 39, 46–47 en 128–129.

2. De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.
3. Openbaar gezag kan alleen worden uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.

Het eerste lid van dit voorstel voor formulering van een algemene bepaling komt overeen met de hierboven geconcipeerde beknopte optie voor een formulering. In het tweede en derde lid zijn vervolgens nadere aspecten van de rechtsstaat opgenomen. De Staatscommissie erkent dat de laatste twee leden aspecten van de democratische rechtsstaat bevatten die in wezen reeds vervat zijn in het eerste lid. Toch acht zij het zinvol de laatste twee leden ook op te nemen, omdat deze leden het concept van de rechtsstaat concretiseren, hetgeen volgens haar bevorderlijk is voor de toepasbaarheid en de toegankelijkheid van de Grondwet.²¹ Concretisering van de verschillende aspecten van de democratische rechtsstaat kan volgens de Staatscommissie verduidelijken dat deze aspecten, waaronder de menselijke waardigheid, de grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen, overheidsgezag normeren.

De Staatscommissie geeft uitleg aan een aantal termen die in haar extensieve formulering zijn opgenomen.²² De term «democratische rechtsstaat» legt de Staatscommissie uit conform de uitleg die daaraan gegeven is bij de beknopte optie voor een formulering. De term «overheid» in het tweede lid ziet, aldus de commissie, «op ieder persoon die (of ambt dat) overheidsgezag uitoefent²³». Onder de term «grondrechten» vervat de commissie niet alleen de grondrechten zoals opgenomen in de Grondwet, maar ook de mensenrechten opgenomen in internationale verdragen. Tot de fundamentele rechtsbeginselen rekent de commissie onder meer het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel *pacta sunt servanda*, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de beginselen van behoorlijke rechtspleging. Bij het eveneens in lid twee opgenomen begrip «menselijke waardigheid» geeft de Staatscommissie aan dat dit begrip een rol kan spelen bij de interpretatie en toepassing van grondrechten, dat het een leidraad kan zijn voor de afweging van belangen in geval van botsende grondrechten en dat het van belang kan zijn in de beantwoording van de vraag of een specifieke beperking op een grondrecht de kern van een grondrecht al dan niet aantast. Het derde lid ten slotte, waarin vervat is dat het openbaar gezag alleen kan worden uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet, expliciteert het legaliteitsbeginsel.

3.3. *Extensieve variant*

In de middellange variant worden twee van de kenmerkende vereisten uitgeschreven. Een extensieve variant kent een bredere uitwerking van kenmerken van de democratische rechtsstaat, door meer vereisten ervan te omvatten. Een extensieve bepaling zou als volgt kunnen luiden:

1. Nederland is een democratische rechtsstaat.
2. Het staatsbestel is een stelsel van elkaar wederzijds controlerende en in evenwicht houdende overheidsorganen.
3. De rechter is onafhankelijk.
4. De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.
5. Openbaar gezag kan alleen worden uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.
6. Een ieder is gelijk voor de wet. Willekeur is verboden. De overheid respecteert de rechtszekerheid.

²¹ Zie Rapport Staatscommissie Grondwet, blz. 40.

²² Zie voor haar uitleg van termen het Rapport Staatscommissie Grondwet, met name blz. 40–42.

²³ Rapport Staatscommissie Grondwet, blz. 40.

In deze extensieve variant zijn de kenmerkende vereisten van de rechtsstaat omvattender opgenomen dan in de voorgaande varianten. Naast het legaliteitsbeginsel en de grondrechten zijn in deze variant machtenscheiding en *checks and balances* en de onafhankelijkheid van het met rechtspraak belaste deel van de rechterlijke macht vervat. Voorts biedt deze extensieve variant in lid 6 ook ruimte aan de aanvullende vereisten die de *Venice Commission* noemt, waardoor naast een algemene formulering van het legaliteitsbeginsel, het verbod van willekeur, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van gelijkheid voor de wet expliciet worden genoemd.

In wezen zijn deze beginselen ook reeds vervat in het vierde lid, dat immers in algemene zin refereert aan fundamentele rechtsbeginselen. Gezien de aandacht voor deze drie specifieke fundamentele rechtsbeginselen in de definiëring van het begrip «rechtsstaat» door de *Venice Commission* is in deze extensieve formulering toch een zesde lid opgenomen waarin deze beginselen worden geëxpliciteerd. Hun explicitering kan van aanvullende waarde zijn, met name ter uitwerking van het in het vijfde lid in algemene termen geformuleerde legaliteitsbeginsel. Ondanks de uitwerking van het gelijkheidsbeginsel, het verbod van willekeur en het rechtszekerheidsbeginsel in het zesde lid, is in dit extensieve voorstel tevens een verwijzing naar fundamentele rechtsbeginselen opgenomen. Het is echter ook zeer wel denkbaar de extensie van deze variant iets in te korten door geen algemene verwijzing op te nemen naar de fundamentele rechtsbeginselen (zoals in lid 4), maar te volstaan met de specifiek door de *Venice Commission* als afzonderlijke kenmerken van de rechtsstaat aangemerkte vereisten die nu in lid 6 afzonderlijk worden genoemd. De (overige) fundamentele rechtsbeginselen worden immers veeleer gezien als uitwerkingen van kenmerkende vereisten van de rechtsstaat, dan dat zij als zodanig aangemerkt worden als de kenmerkende vereisten ervan.

4. Interpretatieve functie en formulering

Uit de bespreking van de aard en functie van een algemene bepaling is gebleken dat haar normatieve karakter en interpretatieve functie van invloed zijn op de formulering ervan. Bij het afwegen van verschillende mogelijke formuleringen voor een algemene bepaling verdient een drietal aspecten nadere aandacht.

Het eerste aspect dat een rol speelt in de formulering is de definiëring van het begrip «democratische rechtsstaat». Het gaat dan niet alleen om de wijze waarop dit begrip precies gedefinieerd wordt, maar ook om de vraag of een algemene bepaling eigenlijk wel een expliciete definitie moet bevatten, of dat volstaan kan worden met de aanduiding dat Nederland een democratische rechtsstaat is. De beknopte variant, die louter stelt dat Nederland een democratische rechtsstaat is zonder het begrip «democratische rechtsstaat» te definiëren, erkent dat dit begrip niet zonder meer eenduidig afgebakend is. Tevens doet deze variant er recht aan dat rechtsstatelijke normen veelal pas betekenis krijgen in een bepaalde context en in een concrete situatie. Voorts erkent deze variant dat het begrip «democratische rechtsstaat» in ontwikkeling is en daarmee onderhevig kan zijn aan verandering. Dit neemt niet weg dat dit begrip niet zonder betekenis is ten aanzien van de materie die geregeld is in grondwettelijke bepalingen over de wetgeving of de samenstelling en werkwijze van staatsinstellingen en hun onderlinge verhoudingen. De extensieve variant daarentegen bevat juist wel een specifieke definitie van het begrip «democratische rechtsstaat». Deze formulering geeft door de gedetailleerde uitwerking mogelijk meer houvast in interpretatiekwesaties over de Grondwet en bij rechterlijke toetsing van wetgeving niet zijnde wetgeving in formele zin. Tegelijkertijd echter, pint deze extensieve variant

het begrip «democratische rechtsstaat» vast op een specifieke definitie, terwijl dit begrip juridisch polyvalent is.²⁴ De middellange variant bevat niet echt een definitie van het begrip «democratische rechtsstaat», doch licht twee kenmerkende vereisten eruit die over het algemeen tot de rechtsstaat worden gerekend, te weten het legaliteitsbeginsel en de grondrechten. De overige vereisten, zoals het vereiste van machtenscheiding en *checks and balances* en de onafhankelijkheid van de rechter zijn weliswaar vervat in het begrip «democratische rechtsstaat» dat is opgenomen in het eerste lid van de middellange formulering, doch zij worden niet geëxpliciteerd.²⁵ De uitlichting van slechts een gedeelte van de vereisten die over het algemeen tot de democratische rechtsstaat gerekend worden, kan de schijn in zich dragen dat de andere vereisten minder belangrijk zijn.

Het tweede aspect dat bij het afwegen van de verschillende formuleringen relevant kan zijn, betreft de (gewenste) verhouding tussen wetgever en rechter. Vanwege haar interpretatieve functie creëert een algemene bepaling de mogelijkheid voor de rechter om andere bepalingen van de Grondwet in het licht van een dergelijke bepaling uit te leggen en om wetgeving – niet zijnde wetgeving in formele zin – eraan te toetsen. De invulling van de formulering kan daarom van invloed zijn op de ruimte die de wetgever dan wel de rechter krijgt in de uitleg van grondwettelijke bepalingen. Een meer gedetailleerde formulering, zoals de extensieve variant, biedt een uitgebreider interpretatierichtsnoer voor de wetgever, maar zeker ook voor de rechter. Uit die extensie zou afgeleid kunnen worden dat beoogd wordt het machtsevenwicht tussen wetgever en rechter in de richting van de rechter te doen bewegen. Een beknopte algemene bepaling daarentegen opteert door haar bescheiden formulering er meer voor dichter bij het huidige machtsevenwicht tussen wetgever en rechter te blijven. Weliswaar kan deze formulering ook een verschil in interpretatie tussen wetgever en rechter opleveren, doch het beoogde doel van de beknopte formulering lijkt veeleer het benadrukken van de waarde van de democratische rechtsstaat voor Nederland te zijn. De middellange variant zit daar uiteraard tussenin. Er is meer verschuiving van wetgever naar rechter voor wat betreft de interpretatie van de Grondwet, doch kwesties omtrent het machtsevenwicht tussen rechter en wetgever blijven meer buiten schot, omdat vooral de kenmerkende vereisten die hiermee samenhangen, te weten de machtenscheiding en *checks and balances* en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht buiten deze formulering blijven. Het beoogde doel van de middellange variant is wellicht eerder het benadrukken van de vereisten die primair relevant zijn voor de burger (de grondrechten en het legaliteitsbeginsel), dan het benadrukken van de waarde van de democratische rechtsstaat als zodanig of van het machtsevenwicht.

Het derde aspect dat een rol kan spelen in de afweging van de verschillende formuleringen betreft de interpretatieve waarde – dat wil zeggen de geschiktheid dan wel bruikbaarheid voor interpretatie – van bepaalde elementen van een formulering van een algemene bepaling. Mogelijk zijn sommige elementen van met name de middellange en extensieve formulering minder geschikt of bruikbaar om als interpretatierichtsnoer te dienen voor de wetgever of – in het concrete geval en voor zover het niet gaat om wetgeving in formele zin – voor de rechter. Belangrijke redenen

²⁴ Zie hierover ook W.J.M. Voermans en J.H. Gerards (2011), blz. 25–26.

²⁵ Mogelijk speelt hierbij een rol dat deze door de Staatscommissie opgestelde formulering is geschreven in de context van een aantal andere adviezen van de Staatscommissie, met name ten aanzien van de doorwerking en voorrang van een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht (artikelen 93 en 94) en van het toetsingsverbod (artikel 120 Grondwet).

hiervoor is de normatieve kracht van de algemene bepaling, waardoor zij in wisselwerking staat met andere bepalingen van de Grondwet. Deze wisselwerking kan de interpretatie van bepaalde elementen van de formulering bemoeilijken. Zo kan de vraag rijzen of bepaalde elementen van een formulering van een algemene bepaling precies stroken met de genuanceerde wijze waarop de democratische rechtsstaat in ons constitutioneel stelsel is vervat. Hierbij mag de mogelijkheid van verlies van nuance door comprimering van de betekenis van het staatsbestel in enkele regels niet worden onderschat. Zo is het mogelijk dat de formulering «dat openbaar gezag alleen kan worden uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet», hetgeen een codificatie is van het legaliteitsbeginsel, mogelijk strenger is dan het huidige constitutioneel stelsel van bevoegdheidsgronden en delegatiemogelijkheden.²⁶ Een dergelijk element kan mogelijk leiden tot interpretatiemoeilijkheden en kan daarom mogelijk minder geschikt zijn als interpretatierichtsnoer.

Vanwege de wisselwerking van een algemene bepaling met de overige bepalingen van de Grondwet kan tevens de vraag spelen of alle elementen die zijn opgenomen in de middellange en extensieve variant nodig zijn. Ook dit is een kwestie van interpretatieve waarde. Een voorbeeld moge dat verduidelijken. Op het eerste gezicht lijkt het element «grondrechten» een voor de hand liggend element in een algemene bepaling. Toch is het de vraag wat dit element daadwerkelijk toevoegt. De grondrechten zijn immers reeds duidelijk opgenomen in de Grondwet en de doorwerking van een ieder verbindende bepalingen van verdragen maakt dat reeds voorzien is in mensenrechtelijke bescherming. Zonder het opnemen van de term «grondrechten» in een algemene bepaling is de wetgever ook gehouden de grondrechten te eerbiedigen en te waarborgen. Ook de rechter kan wetten niet zijnde wetten in formele zin reeds toetsen aan de Grondwet en dus ook aan de in de Grondwet uitgeschreven grondrechten. Bij dit element is het niet zozeer de verwachting dat hij aanleiding zal geven tot interpretatiemoeilijkheden, doch de bruikbaarheid voor interpretatie is gering dan wel afwezig. Gezien het sobere karakter van onze Grondwet ligt het opnemen van een dergelijk element dan ook niet zo voor de hand.

Naast reeds genoemde interpretatieve moeilijkheden en doublures, speelt aangaande de interpretatieve waarde tevens een rol dat sommige elementen door hun aard minder geschikt zijn om als interpretatierichtsnoer te dienen. Het element «menselijke waardigheid» bijvoorbeeld, klinkt vanzelfsprekend en zeker ook sympathiek. Toch kan bij overwegingen over een formulering de vraag spelen wat precies de interpretatieve waarde van «menselijke waardigheid» is. Wellicht is het veeleer zo dat in kwesties van interpretatie en toepassing van grondrechten het begrip «menselijke waardigheid» als zodanig juist zelf nader wordt geïnterpreteerd, dan dat het een interpretatieve functie kan dienen. Deze korte analyse van een paar elementen van de middellange en extensieve formulering van een algemene bepaling duidt erop dat het interpretatieve karakter complexer wordt naarmate er meer elementen in een algemene bepaling worden opgenomen. De beknopte variant levert door haar bescheidenheid in formulering mogelijk minder interpretatieve problemen op. Deze variant houdt meer rekening met interpretatieve risico's van de wisselwerking van een algemene bepaling met de overige bepalingen van de Grondwet. Voorts blijft de beknopte variant meer in lijn met het sobere karakter van de Grondwet, doordat deze variant gestript is van doublures en elementen die naar hun aard minder geschikt zijn voor interpretatie.

²⁶ Zie Sillen (2011), blz. 133–134.

Slotopmerkingen

In deze notitie is een beknopt, een middellang en een extensief voorstel opgenomen voor een formulering van een algemene bepaling waarin wordt uitgedrukt dat Nederland een democratische rechtsstaat is. Een formulering van een algemene bepaling wordt bepaald door de invulling van het begrip «rechtsstaat» en door de gewenste mate van beknoptheid dan wel gedetailleerdheid waarin een algemene bepaling vormgegeven wordt. De formulering van een dergelijke bepaling wordt echter vooral bepaald door het feit dat zij normatief van karakter is en een interpretatieve functie heeft. De interpretatieve functie en het normatieve karakter brengen met zich mee dat bij het formuleren van een algemene bepaling rekening gehouden moet worden met de wisselwerking met andere grondwettelijke bepalingen. Tevens maken deze functie en normatief karakter het van belang – zo er overwogen mocht worden een formulering voor een algemene bepaling voor te stellen – aandacht te schenken aan de interpretatieve waarde van de formulering als geheel als ook van specifieke elementen ervan; te meer daar het opnemen van een algemene bepaling in de Grondwet de verhouding tussen wetgever en rechter kan wijzigen.