



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Nederlands constitutioneel recht in het raam van een Europese grondwet

Voermans, W.J.M.; Broeksteeg, J.L.W.; Bruin, M.Th; Drewes, J.; Munneke, S.A.J.

Citation

Voermans, W. J. M. (2003). Nederlands constitutioneel recht in het raam van een Europese grondwet. In J. L. W. Broeksteeg, M. T. Bruin, J. Drewes, & S. A. J. Munneke (Eds.), *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie* (pp. 107-115). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3709>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3709>

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

Nederlands constitutioneel recht in het raam van een Europese grondwet

1. De aanleiding: het boek

'Een heel mooi boek, dat boek *De Nederlandse en de Europese Unie* van Besselink, Kummeling, de Lange, Mendelts, en Prechal. Niet alleen bevat het originele analyses van de wederzijdse relatie tussen de Nederlandse Grondwet en de Europese Unie, het getuigt van kritische belangstelling voor de Grondwet, bevat het rake conclusies, en leuke aanbevelingen, waaronder enkele trouvailles.' Dat zouden wat mij betreft de slotzinnen kunnen zijn van een (mijn) recensie van dit boek. Toch verdient het wellicht nog beter. Het boek genereert namelijk in zijn kielzog vele nieuwe vragen op een terrein van de interactie tussen het Europese en Nederlandse constitutionele recht; een terrein waar relatief weinigen zich nog waagden.² Misschien definieert het boek zelfs een nieuw onderzoeksterrein: dat van de ontwikkeling van de verweven Nederlands-communautaire-constitutie. In deze bijdrage wil ik, in verkennende zin, kijken naar de betekenis die de toenemende verwevenheid van de EU-constitutie³ met de Nederlandse constitutie heeft voor de Nederlandse Grondwet.

1. Prof. dr. Wim Voermans is hoogleraar staats- en bestuursrecht bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.
2. Zie voor een van de uitzonderingen 'hart-en-nieren-pionier' Ernst Hirsch Ballin die al vroeg aandacht heeft gevraagd voor de vervlochtenheid van de Nederlands met de Europese constitutie. E.M.H. Hirsch Ballin, Vervlochten constituties. Nederland in de Europese rechtsorde, in: A.K. Koekkoek (red.), *Bijdragen aan een Europese grondwet*, Publikaties van de staatsrechtkring (staatsrechtconferenties), nr. 5, Deventer 2000, p. 11-19.
3. Onder constitutie in materiële zin versta ik hier, in navolging van Hirsch Ballin, de normen die bepalen welke organen, onder welke voorwaarden bevoegd zijn tot het vaststellen van binnen een rechtsorde geldende rechtsnormen. Zie E.M.H. Hirsch Ballin, *Vertrouwen op het recht*, over de plaats van de wet in de rechtsorde, (oratie KUB), Alphen aan den Rijn 1982, heruitgegeven als tweede herziene druk getiteld *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn, 1989. Dit constitutiebegrip omvat mede de normen die de instelling, regeling van de omvang en samenstelling, en de inrichting van de ambten beheersen.

2. De waarde van onze Grondwet in EU⁴-verband

2.1 Grondwet EU-conform

Het onderzoek van Besselink c.s. werd uitgevoerd in opdracht van een nieuwsgierig ministerie, dat van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Dat ministerie had een aantal vragen op het boodschappenlijstje die in de kern eigenlijk neer kwamen op één vraag: is er reden om tot wijziging van de Grondwet over te gaan vanwege de ontwikkeling van de rechtsorde van de Europese Unie, en zo ja, op welke wijze dan? Het antwoord van de onderzoekers is dat in zijn algemeenheid noch het EG-recht, noch het EU-recht aanleiding vormen om de Grondwet te wijzigen.⁵ Ik denk dat weinigen deze conclusie zullen betwisten. Dat dat zo is stemt echter wel tot nadenken. Die conformiteit zegt namelijk tegelijkertijd iets over het flexibele, open systeem⁶ van onze Grondwet, maar net zo goed iets over de betrekkelijke leegheid en de rigiditeit ervan en het weinig sturende karakter ten aanzien van de rechtsontwikkeling van diezelfde Grondwet. De geringe normatieve kracht van de Nederlandse Grondwet, vooral bekritiseerd door wat Peters in zijn oratie 'grondwetsrelativisten' noemt,⁷ heeft verschillende negatieve gevolgen die ook van betekenis zijn voor de relatie tot het EU-recht.

Ten eerste leidt het huidige karakter van de Nederlandse Grondwet ertoe dat herzieningen en vernieuwingen van die Grondwet mede vanwege de zware wijzigingsprocedure lastig tot stand te brengen zijn. Of dat nu erg is of niet is een kwestie van inschatting. Velen houden het er op dat de Nederlandse Grondwet een bewust sober en voornamelijk codificerende en registerend karakter heeft.⁸ Al zou je je, als je de geschiedenis van de grondwetsherzieningen overziet, af kunnen vragen of de Grondwet altijd hoofdzakelijk dat karakter heeft

4 Bij het bespreken van zaken die van doen hebben met het communautaire constitutionele recht gebruik ik eenvoudigheidshalve de aanduiding Europese Unie (EU). Strikt genomen is dat niet steeds correct omdat constitutioneel recht van de EU ook voortkomt uit de Europese Gemeenschap (EG). In de voorstellen voor de Europese Grondwet die door de Europese conventie zijn voorbereid, wordt aan dit verwarrende onderscheid EU, EG (gelukkig) een eind gemaakt.

5 L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendelits, m.m.v. S. Prechal, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen 2002, p. 209. De onderzoekers maken een klein voorbehoud. Als men, zoals sommigen, van mening is dat art. 93 en 94 van de Grondwet de toepassing, rechtstreekse werking en voorrang van het EG-recht in de weg kunnen staan, dan dient dat obstakel wel uit de Nederlandse Grondwet te worden verwijderd.

6 De Nederlandse Grondwet wordt gekenmerkt door een *open systeem*, dat inhoudt dat de Grondwet geen volledige en uitputtende regeling van de staatsorganisatie inhoudt. Ze biedt een kader waarbinnen veranderingen in de maatschappelijke omstandigheden en de opvattingen die daaromtrent worden gekoesterd, via wetgeving en andere overheidsactiviteiten kan worden afgewikkeld. Zie ook Besselink e.a., a.w. 2002, p. 9.

7 J.A. Peters, *Wie beschermt onze Grondwet?*, oratie gehouden op 14 maart 2003 UvA. Verschijnt binnenkort in druk.

8 Aldus ook de inschatting van de Commissie-Franken, *Grondrechten in het digitale tijdperk*, 's-Gravenhage 2000, p. 46 e.v.

gehad,⁹ die overtuiging dat dat wel zo is, vormt in discussies over grondwets-herziening vaak een reden te meer om af te zien van tijdgebonden reacties, of ingrijpende staatsrechtelijke vernieuwingen. Dat drukt de Grondwet in een neerwaartse spiraal: de overtuiging dat de Grondwet niet stuurt – of op zijn Leids: modificeert – krijgt de connotatie dat de Grondwet ook niet behoort te modificeren.¹⁰ Dat proces zorgt er voor dat de Grondwet ten aanzien van de rechtsontwikkeling steeds meer achterop raakt, steeds meer gedateerde normen gaat bevatten en als het ware leegloopt. Slak (politieke ontwikkeling) en huis (grondwet), om de Thorbecke-metafoor te gebruiken, raken van elkaar gescheiden.¹¹ Dat knaagt aan de potentie van de Grondwet als kader voor rechtsontwikkeling, waardoor het nog minder vanzelfsprekend wordt belangrijke kaders en normen voor rechtsvorming in die Grondwet neer te leggen. De weg er naar toe is moeilijk, en als het al lukt stuurt en normeert de Grondwet nauwelijks (mede ten gevolge van het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet), en als die niet normeert, relativiseert dat het gezag van de Grondwet nog meer. Dat heeft op zijn beurt het gevolg dat veel constitutioneelrechtelijke vernieuwingen in de afgelopen jaren niet meer de route gaan via de Grondwet, maar worden neergelegd in ‘gewone’ wetten. De Algemene wet bestuursrecht, de Gemeentewet en Provinciewet, de Tijdelijke referendumwet, kennen voorbeelden van dat verschijnsel. Dergelijke wetten, die veel normen bevatten die materieel behoren tot het constitutionele recht, kunnen volgens mij het best worden aangeduid als ‘constitutionele wetten’. Ze bevatten immers normen die bepalen onder welke voorwaarden organen bevoegd zijn tot het stellen van binnen de Nederlandse rechtsorde geldende rechtsnormen. Bepalingen als die van art. 4:23 Awb (wettelijke basis voor subsidieverstrekking) en art. 10:13 tot en met 10:20 Awb vormen hiervan voorbeelden.

Ook de bescherming van fundamentele rechten geschiedt meer en meer buiten-grondwettelijk. Die bescherming wordt steeds verdragsrechtelijker ingevuld en ‘bij de tijd gehouden’. Met name de actieve EVRM-rechter zorgt er voor dat de grondrechtsontwikkeling voeling houdt met maatschappelijke ontwikkelingen. De betekenis van de grondwettelijke grondrechtsbescherming ‘verpietert’ hier gedeeltelijk door.

Dat onze Grondwet niet strijdt met het EU-recht is daarom nauwelijks verwonderlijk en zeker geen verdienste. De conformiteit is voor een deel uitdrukking van de leegheid van de Grondwet: 45 jaar communautaire rechtsontwik-

9 Onderdelen van de grondwetswijzigingen aan het einde van de 19^{de} en het begin van de 20^{ste} eeuw, zoals de zekerstelling van de wetgevingsruimte voor de Kroon in 1887, de beslechting van de kies- en schoolstrijd in 1917, zijn zonder meer te zien als ‘sturend’ en ‘programmatisch’ en niet het codificeren van bestaand recht of voordien breed aangehangen, haast dwingende, rechts-overtuigingen

10 Zie in deze zin ook J J Pelle en P W C Akkermans, *Historisme en de Grondwet*, in P W C Akkermans e a., *Twee eeuwen grondwetgeving in Nederland*, Publikaties van de staatsrechtkring (staatsrechtconferenties), nr 1, Deventer 1997, m n., p 115 e v

11. Ook Van der Hoeven heeft er op gewezen dat de betekenis en de waarde van de Grondwet worden ondergraven als ze zich te ver verwijdt van het staatkundige denken en de constitutionele realiteit J van der Hoeve, *De plaats van de Grondwet in het constitutionele recht*, Zwolle 1958, p 130

keling hebben er geen enkel spoor in achter gelaten. Dat is voor een Grondwet met een voornamelijk registrerende en codificerende functie wat minnetjes.

2.2 De kritische dimensie van de Grondwet

Dat brengt me tot een tweede punt in de verhouding Nederlandse Grondwet en het EU-recht. In het Europa van de 25 lidstaten zullen de huidige besluitvormingsarrangementen, met name die geënt op de traditionele communautaire methode, op de een of andere manier onder vuur komen te liggen. Het gewicht van de Nederlandse stem in communautaire besluitvormingsprocessen zal onvermijdelijk verminderen. Een manier om met een kleiner wordende stem in de communautaire besluitvorming wezenlijke Nederlandse belangen, zoals exclusief Nederlands geachte bevoegdheden, elementen van nationale en culturele, en zelfs staatsrechtelijke identiteit, te waarborgen is verankering van dergelijke belangen in de Grondwet. Op zo'n manier kan een grondwet, zoals Peters en Van der Vlies dat noemen,¹² een *kritische functie* vervullen ten opzichte van het internationale en het communautaire recht. Dat is een mooie gedachte, maar onze Grondwet leent zich daar op dit ogenblik absoluut nog niet voor. Dat is te meer jammer omdat – zo men die kritische functie in zou willen zetten – wel enige haast is geboden; die kritische functie is namelijk alleen echt goed te gebruiken op het intergouvernementele toneel en is minder vanzelfsprekend uit te buiten in de nieuwe constitutionele besluitvormingsarrangementen van na de Europese Grondwet. Op veel terreinen zullen dan waarschijnlijk spelregels van betrekkelijk normale meerderheidsbesluitvorming gaan gelden.¹³

3. Verweven constituties en de rol van de Nederlandse Grondwet

Nu zou men zich af kunnen vragen: wat deert het? Onze zwak werkende Grondwet is slechts een voordeel voor de onbelemmerde doorwerking van het internationale recht, het hindert de doorgroei van het Nederlandse constitutionele recht nauwelijks – die ontwikkeling vindt zijn weg via rechterlijke verdragstoepassing en constitutionele wetten – en het legt de ontwikkeling en doorwerking van het EU-recht geen stobreed in de weg. Die Grondwet past goed bij onze praktische koopmansgeest, die wars lijkt van grote grondwettelijke idealen en schema's,¹⁴ zeker waar die maar een sta-in-de-weg zouden vormen voor optreden in internationaal verband. Ik zou daar toch enkele hele praktische kanttekeningen bij willen plaatsen. Ten eerste is het, zoals Eijsbouts

12 J A Peters, a w. 2003, (manuscript oratie), p 15, Zie het preadvies van I C van der Vlies, in *De betekenis van de Grondwet voor de Europese rechtsorde, Preadviezen voor de Vereniging voor de Vergelykende Studie van het recht van België en Nederland*, Deventer 1998, p 14

13. Zie bijvoorbeeld art. I-22 en I-24 van de ontwerp-grondwet van 20 juni 2003, CONV 820/03

14 In die zin hebben wij een naar karakter antirevolutionaire Grondwet de Nederlandse Grondwet schept veel meer bevoegdheden voor overheidsorganen en -lichamen dan dat de bevoegdheidsuitoefening ervan beperkt

volgens mij overtuigend vaststelt, tot op zekere hoogte negeren van de Europese constitutionele ontwikkelingen, zowel op het politieke als op het staatsrechtelijke vlak een buitengewoon feilbare strategie.¹⁵ Dat geldt ook voor het debat over ons Nederlandse constitutionele recht. Onze zwak werkende Grondwet, krijgt wellicht straks – afgaande op de huidige Conventievoorstellen – een veel sterker modificerende en ideologisch beladener Europese Grondwet¹⁶ boven zich, die onze nationale Grondwet wellicht nog verder inhoudelijk doet leeglopen. Die Europese Grondwet refereert echter wel aan de Nederlandse politieke en grondwettelijke structuur. Het voorgestelde art. 1-5 voor de Europese Grondwet¹⁷ luidt:

'Art 1-5 Betrekkingen tussen de Unie en de lidstaten

1 De Unie eerbiedigt de nationale identiteit van haar lidstaten, die besloten ligt in hun fundamentele, politieke en grondwettelijke structuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur. Zij eerbiedigt de essentiële staatsfuncties, met inbegrip van de verdediging van de territoriale integriteit, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de binnenlandse veiligheid.'

Dit artikel uit het voorgestelde Deel I, titel I welke handelt over de doelstellingen van de Unie zal mede het toetsingkader gaan vormen voor de wijze waarop de Unie haar bevoegdheden uitoefent. Als zodanig vormt onze Grondwet wat dat betreft geen eenvoudig en welomlijnd handvat voor de rechter die wil bezien of de Unie wellicht met te weinig ontzag of aandacht voor onze staatsrechtelijke basisstructuur heeft gehandeld. Omdat die Europese Grondwet zich met onze Grondwet gaat bemoeien heeft het wellicht ook zin om binnen het Nederlandse constitutionele recht toch meer aandacht te hebben voor de Europese constitutie. Dat zou, theoretisch gezien, binnen, buiten en zonder de Grondwet kunnen.

3.1 Het vervlechten van de Nederlandse en de EU-constitutie binnen de Nederlandse Grondwet

Een eerste methode om de Nederlandse Grondwet af te stemmen op de EU is een pad waarop Besselink c.s. zich hebben begeven in de vorm van aanbevelingen die ze bij hun rapport hebben gevoegd. De aanbevelingen van Besselink c.s. hebben een sterk intern karakter. Ze strekken ertoe om bijvoorbeeld de rechtstreekse werking voorrang van het EG-recht te verankeren in de Grondwet, het lidmaatschap van de Europese Unie erin uit te drukken, een – naar mijn smaak wel erg vergaande, en gezien de partijstructuren onnodige – inlichtingenplicht te vestigen voor Nederlandse europarlementariërs, het wegne-

15 W T Eijsbouts, President, parlementen, fundamentele, Europa's komende constitutie en het Nederlandse ongemak, *Nederlands Juristenblad* 28 maart 2003, p 665, die daarbij als illustratie de nu al bijna historische onderschatting van Van Aartsen van de Conventie noemt

16 Zie als voorbeeld art 1 en 2 van de ontwerp-grondwet die de voorzitter van de Conventie Giscard d'Estaing op 20 juni 2003 aan de Europese Raad in Thessaloniki voorlegde, CONV 820/03

17 CONV 820/03

men van nationale hindernissen voor snelle en eenvoudige implementatie, het mogelijk maken van bevoegdheidstoekenning aan grensoverschrijdende lokale en regionale samenwerkingsvormen, e d ¹⁸ Om de Nederlandse Grondwet werkelijk – als toetssteen voor Europese besluitvorming – uitdrukking te laten geven aan de basisstructuur en de essentiële functies van de staat zou er veel meer moeten gebeuren. De Grondwet hier au besoin de la cause nog snel vol te laten lopen met ‘typisch Nederlandse dingetjes’ is een in velerlei opzicht onbegaanbaar pad. Het zou ook niet rijmen met de het voorgestelde tweede lid van art. I-5 van de Europese Grondwet, dat luidt

‘2. Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Grondwet voortvloeien. De lidstaten maken het de Unie gemakkelijker haar taak te vervullen en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de in de Grondwet genoemde doelstellingen in gevaar kunnen brengen.’

Doelbewust alsnog nationale obstructies in de Nederlandse Grondwet inbouwen is niet naar de geest, noch letter van dit artikelid, zelfs al zou dat snel kunnen volgens de methode Peters ¹⁹. Aan de andere kant: de bestaande Grondwet ongewijzigd handhaven heeft ook zo zijn nadelen, zoals in de vorige paragraaf aan de orde kwam.

3.2 Het vervlechten van de Nederlandse en de EU-constitutie buiten de Nederlandse Grondwet: constitutionele wetten

Een tweede methode om de Nederlandse constitutie te vervlechten met de Europese voert buiten de Grondwet om. Dat lijkt een op het oog een wat wild plan, maar is het in wezen niet: het sluit aan bij de praktijk die ik al eerder signaleerde dat de laatste jaren in Nederland – naar inhoud gemeten – constitutioneel recht regeling vindt buiten de Grondwet om. Met name zien we dat terug in verdragen, maar ook in ‘gewone’ (wat ik noemde ‘constitutionele’) wetten. Konijnenbelt heeft in een preadvies voor de Raad voor het binnenlands bestuur uit 1987 al eens aandacht gevraagd voor de betekenis en positie van algemene structurerende wetten die constitutioneel recht bevatten, zoals bijvoorbeeld de Gemeentewet ²⁰. Volgens Konijnenbelt moet de Gemeentewet, net als sommige andere organieke wetten, worden gezien als een wet die formeel weliswaar een parlementaire wet is, maar die materieel behoort tot de structurerende wetten waaraan meer belang en gewicht toekomt dan aan andere, bij-

18. Zie Besselink c.s. a.w. 2002 p. 209-220.

19. Peters stelt in zijn oratie voor om grondwetswijziging te vergemakkelijken door ontbinding van de Tweede Kamer achterwege te laten: een lezing met een tweederde meerderheid. J.A. Peters a.w. 2003 (manuscript oratie) p. 7-9.

20. W. Konijnenbelt *De Gemeentewet als bijzondere wet*: onderzoek naar de plaats van de Gemeentewet en andere organieke wetten in ons recht. Preadvies voor de Raad voor het Binnenlands Bestuur. s. Gravenhage 1987.

zondere wetten.²¹ Deze structurerende wetten komt dan, volgens Konijnenbelt, ook eigenlijk een eigen plaats toe tussen de Grondwet en gewone wetten. Als organieke, structurerende wetten zouden ze niet alleen een bijzondere positie verdienen ten opzichte van gewone wetten, maar ook een eigen vaststellings- en wijzigingsprocedure. Aan de hand van een kleine rechtsvergelijking stelt Konijnenbelt vast dat in Frankrijk, Duitsland en België ook constitutionele wetten voorkomen gepositioneerd tussen Grondwet en gewone wetten. Die constitutionele wetten hebben daar een bijzondere positie en (soms) bijzondere totstandkomingsprocedure.²² Ook Nederland kent het verschijnsel van de organieke wet (i.e. een door de Grondwet geëiste wet op institutioneel gebied) zij het dat ons constitutionele recht daaraan geen enkel gevolg verbindt. Konijnenbelt bepleit, naar buitenlands voorbeeld, wel zo'n bijzondere positie voor die organieke, zware wetten wel. Ik heb daarover mijn aarzelingen. Het begrip organieke wet heeft in Nederland betrekkelijk weinig onderscheidend vermogen. Voorshands is niet altijd duidelijk welke wetten nu wel en welke niet als een organieke wet zijn te bestempelen. De Grondwet biedt daarvoor geen criterium. Wat is bijvoorbeeld het karakter van de Wet openbaarheid van bestuur of de Algemene wet bestuursrecht? Ten tweede legt het begrip organieke wetten de nadruk op het institutionele, terwijl constitutionele wetten betrekking op voorwaarden waaronder organen geldende rechtsnormen kunnen scheppen binnen de rechtsorde. Het zijn geen identieke categorieën. Juist voor die constitutionele wetten ligt een bijzondere positie meer voor de hand dan voor de organieke wetten. Constitutionele wetten drukken namelijk belangrijke elementen van de basisstructuur van onze staatsrechtelijke inrichting uit. Onze Grondwet drukt eveneens, in een betrekkelijk toevallige samenstelling, bepaalde basiselementen van ons constitutionele recht uit. Lang niet alle constitutioneel recht staat in de Grondwet: steeds minder zelfs. Ons constitutionele recht heeft een veel breder bronnenbereik en is versnipperd over ongeschreven recht, organieke en constitutionele wetten. Maar hoe leggen we straks aan het Hof van Justitie (of enige andere communautaire rechter), de Commissie, de Raad, e.a. uit waar dat Nederlandse constitutionele recht begint, waar het eindigt en wat het dragende organisatieprincipe is? Dat is wellicht een wat flauwe vraag, maar enige interne duidelijkheid op dat punt zou geen kwaad kunnen indien we bijvoorbeeld in toekomstige EU-discussies over openbaarheid van bestuur, algemene leerstukken van bestuursrecht, decentralisatie, rechterlijke onafhankelijkheid, e.d. met enig gezag het Nederlandse constitutionele recht als argument in Europa in stelling willen brengen. Grondwettelijke erkenning van constitutionele wetten – en wellicht hun bijzondere positie – is daartoe één van de mogelijkheden. Het voordeel van deze aanpak is dat – vanwege het betrekkelijk technische karakter ervan – ze waarschijnlijk vrij snel via grondwetswijziging tot stand kan worden gebracht.

21. W. Konijnenbelt, *a.w.* 1987, p. 17.

22. W. Konijnenbelt, *a.w.* 1987, p. 23-26.

3.3 Zonder een Grondwet?

Radicaal, maar zeker niet ondenkbaar, is het zonder een Grondwet verder te gaan. Een stevige Europese Grondwet zou de zwak werkende Nederlandse Grondwet wel eens zodanig kunnen overschaduwen, dat een discussie ontstaat over de toegevoegde waarde die onze Nederlandse Grondwet dan nog heeft. Die toegevoegde waarde kan natuurlijk liggen in de verankering van typisch Nederlands constitutioneelrechtelijk erfgoed, zoals een aantal grondrechten waarin noch de EU-Grondwet, noch internationale verdragen voorzien en de instelling van ambten en hun bevoegdheden. Daarnaast heeft de Nederlandse Grondwet een misschien niet overweldigende, maar een onmiskenbare, symbolische functie.

Daartegenover staat weer dat de Grondwet de Nederlandse burgers nu een aantal zaken in het vooruitzicht stelt die het door de werking van het toetsingsverbod niet waar kan maken. De werking van de huidige Grondwet is uitgeleverd aan de wil van de formele wetgever. Die wetgever is alleen via de wetten van zelfrestrictie te weerhouden van schending van de Grondwet. Er op te wijzen dat dat in Nederland zelden of nooit gebeurt, overtuigt maar ten dele. In enkele zaken is het duidelijk dat de wetgever, bewust of onbewust, wel in strijd met de Grondwet heeft gehandeld.²³ Veelal ligt het echter subtieler. Schending of niet schending is een vraag die gezien de aard van ons systeem nauwelijks manifest wordt, of aan de orde komt. Zo zijn er soms bij de behandeling van wetsvoorstellen wel vragen over grondwettigheid, maar het uiteindelijke antwoord op die vragen is dan geheel overgelaten aan de wetgever zelf en niet aan enige andere instantie. De schendingsvraag vervluchtigt. In Nederland hechten we, op een aantal goede gronden, aan de 'supremacy' van onze formele wetgever. Het vreemde is wel dat we een Grondwet hebben die, op papier althans, een hogere status heeft dan een formele wet. Dat verwacht en komt de transparantie en geloofwaardigheid van ons systeem niet ten goede. Eén van de manieren om aan die situatie een eind te maken is, al dan niet gedeeltelijke, afschaffing van het toetsingverbod. Een andere manier is afschaffing van de Grondwet, althans afschaffing van de bijzondere positie ervan en de zware herzieningsprocedure. Dat laatste is een minder radicale breuk met het bestaande systeem dan de invoering van toetsingsverbod, dat ten opzichte van de rechter en Grondwet, het systeem van 'supremacy' van de formele wetgever beëindigt. Afschaffing van de bijzondere status van de Grondwet en de herzieningsprocedure is in feite een bestending van de huidige situatie met een aantal mogelijke voordelen op het terrein van het bij de tijd houden van die Grondwet. Ik zie echt niet in waarom een herzieningsprocedure met een dubbele lezing en versterkte meerderheid ons wel, en constitutionele traditie, politieke cultuur en langdurig bestendige verhoudingen ons niet van de 'waan van de dag' (of wat daarvoor doorgaat) kunnen weerhouden.

Toch is er een laatste, welhaast dodelijk, tegenargument voor enige gedachte aan de afschaffing van de Grondwet of (slechts) de bijzondere positie ervan. Grondwetten hebben vaak het karakter van een staatsrechtelijk 'acquis' van

23. Zie bijvoorbeeld HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248 (Van den Bergh).

een land. Daarmee presenteer je je op het wereldtoneel als ‘nette’ staat, het fungeert als brevet van bekwaamheid, een soort clubkaart voor beschaafde naties. Van der Tang wijst er in zijn dissertatie *Grondwet en grondwetsidee* op dat er zich naar zijn weten nimmer een ontwikkeling van betekenis heeft voorgedaan waarbij men zich van het instrument van de Grondwet heeft afgewend.²⁴ Dat verklaart waarschijnlijk ook waarom in federaties deelstaten die voordien al grondwetten hadden (denk hierbij aan het voorbeeld van de Verenigde Staten) die, zelfs al zijn ze nagenoeg gelijklopend aan de federale grondwet, later bijna nooit vanwege obsoletie afschaffen. Sterker nog: deelstaten die later toetreden tot een federatieverband, maken vaak alsnog een grondwet.²⁵

4. Waar leidt dit allemaal toe?

De ontwikkeling in de richting van een geschreven EU-grondwet zal, dat is een weinig gedurfde stelling, de staatsrechtgemeenschap de komende jaren behoorlijk bezig gaan houden. Wat zal de betekenis er van zijn, hoe zullen de Nederlandse Grondwet en het Nederlandse constitutionele recht interacteren en vervlochten raken met het Europese constitutionele recht? Die vraagstukken vallen nu nog nauwelijks te overzien en het zal de opdracht van de staatsrechtbeoefenaren zijn de komende jaren de ontwikkelingen op de voet te volgen. Een eerste beschouwing van enkele EU-grondwetsvoorstellen leert dat in Nederland een discussie over de bronnen van constitutioneel recht gerelateerd aan de rol en waarde van de Grondwet in Europees perspectief in een nieuw daglicht komt te staan.²⁶ Bij het bestuderen van de toekomstige dynamiek van Nederlands en EU-constitutioneel recht zal het boek van Besselink c.s. in ieder geval van grote waarde zijn. De in onderzoek zo vaak gemiste nulmeting is daarmee in ieder geval voorzien.

24. G.F.M. van der Tang, *Grondwet en grondwetsidee*, (diss. EUR), Gouda Quint, 1998, p. 379.

25. Een verschijnsel dat in een wat ander verband door Van der Tang treffend als ‘me-tooism’ wordt gekarakteriseerd. G.F.M. van der Tang, *a.w.* 1998, p. 250 e.v.

26. Zie voor eerste verkenningen op dit terrein R. Barents, Naar een Europese constitutie, *Nederlands Tijdschrift voor Europees recht*, deel I (december 2001), nr. 11/12, p. 305-312 en deel II (februari 2003), nr. 1/2, p. 39-47.