



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De Nederlandse grondwet - een kritische analyse

Cliteur, P.B.

Citation

Cliteur, P. B. (2003). De Nederlandse grondwet - een kritische analyse. *Civis Mundi: Tijdschrift Voor Politieke Filosofie En Cultuur*, 134-145. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/21155>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/21155>

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

De Nederlandse grondwet – een kritische analyse

in: *Civis Mundi*, oktober 2003, pp. 134-145.

Paul Cliteur

Met mijn vrouw kocht ik laatst in een sieradenwinkel een paar oorbellen. Tijdens het passen vroegen we de verkoopster om advies. Zouden deze grote oorbellen wel passen bij déze jurk? De verkoopster gaf een intrigerend antwoord: "Oh, ja hoor, dat kan wel, het wordt niet verboden in de Grondwet."

Het wordt niet verboden in de Grondwet. Welk beeld van onze constitutie komt hieruit naar voren? Kennelijk wordt deze opgevat als een verzameling van superverboden. Geheel ondenkbaar is dat overigens niet. Het gewone wetboek van strafrecht zou zich kunnen richten op de wat lichtere vergrijpen. En dan een speciaal soort wet, een

“Grondwet”, die nog eens aangeeft *wat absoluut niet geoorloofd is*. Maar wij weten natuurlijk dat het zo niet in elkaar zit. De Grondwet is niet een wet met superverboden, maar een wet die aangeeft wat onze vrijheden en verworvenheden zijn. De nadruk ligt niet op wat ons onthouden wordt, maar op wat ons wordt toegekend. Enigszins chic uitgedrukt: de Grondwet *constitueert* onze vrijheden. De verkoopster had dus eigenlijk moeten zeggen: “Het is geoorloofd, want het staat in de Grondwet.”

Haar uitspraak is wederom een illustratie van de onbekendheid van de Nederlandse Grondwet bij haar burgers. Het is al vaak gezegd en nu ook weer met een eigen woordkeus door Couwenberg: de Nederlandse Grondwet is voor de Nederlanders een “muurbloempje”.

Vanuit dat gegeven is het dan ook niet vreemd dat de Nederlandse regering schroomvallig is om de Grondwet een rol te laten spelen bij het integratieproces of deze aan te bieden aan nieuwe burgers, zoals Afshin Ellian bepleit.¹ Immers die autochtone Nederlanders hebben zelf geen flauw benul van wat de Grondwet behelst. Ook Grondwetspatriottisme à la Habermas zal hier niet gemakkelijk wortel schieten. Patriottisme heeft voor het weldenkend deel van de Nederlandse natie zelfs een half-fascistoïde connotatie en dan nog in combinatie met die Grondwet – daar zit een luchtje aan.

Onze patriotten zijn al lang en lang dood, zo lijkt het. Een boektitel als “Wat zo mooi is aan Nederland”,² zou hier hilarisch klinken en pleidooien voor een herwaardering van de

Grondwet als bron van nationale cohesie zijn volgens sommigen dan ook kansloos.

Ook is al vaak gewezen op het verschil met de Amerikanen die op Grondwetsdag met vlaggetjes zwaaien en papieren petjes opzetten. Zelfs in politseries op de tv wordt men met de Grondwet geconfronteerd: “taking the fifth”.

Toch moeten we feit en norm proberen uit elkaar te houden. Daarmee bedoel ik: de Nederlandse Grondwet zoals die *nu in elkaar zit* kan ongeschikt zijn als bron van sociale cohesie, maar dat betekent nog niet dat *geen enkele Grondwet* binnen de Nederlandse cultuur die functie zou kunnen vervullen. Ook moeten we bedenken dat cultuur geen statisch gegeven is: hoe langzaam ook, opvattingen kunnen wel degelijk veranderen. Welke veranderingen hebben niet plaatsgevonden de laatste jaren binnen de politieke verhoudingen in Nederland en andere Europese landen?³ Het zou te wensen zijn dat ook onze nationale constitutionele cultuur zich in Amerikaanse richting zou ontwikkelen. Maar om die stelling te onderbouwen moet ik eerst verder ingaan op de feiten van onze Nederlandse Grondwet.

Het ideaal van democratie in de Nederlandse Grondwet

Het eerste en belangrijkste bezwaar is dat onze Grondwet niet regelt wat een Grondwet zou moeten regelen. De Grondwet geeft geen of slechts een zeer onvolkomen beeld van de idealen van de Nederlandse politieke orde. Terecht wordt door Couwenberg geconstateerd dat de werkelijke grondslagen van ons bestel niet zijn vastgelegd in de Grondwet (of zijn vastgelegd op een manier waarmee onrecht wordt gedaan aan de ernst van het onderwerp). Het standaardvoorbeeld is natuurlijk de regeling van de parlementaire democratie in de Nederlandse Grondwet.

1 Zie Ellian, Afshin, “Democratie is niet alleen van politici”, in: *Algemeen Dagblad*, 17 mei 2002; Ellian, Afshin, “Burgerschap het wezen van politiek”, in: *Algemeen Dagblad*, 30 maart 2002.

2 Zie bijvoorbeeld: Podhoretz, Norman, *My Love Affair With America*. The Cautionary Tale of a Cheerful Conservative, Encounter Books, San Francisco, California 2000 en D'Souza, Denish, *What's so great about America*, Regnery Publishing, Inc., Washington DC 2002. Nu zijn Podhoretz en D'Souza natuurlijk rechtse auteurs, maar ook linkse schrijvers zijn in de Verenigde Staten niet helemaal wars van een vorm van patriottisme. Zie daarvoor: Cohen, Joshua, ed., *For Love of Country*. Debating the Limits of Patriotism, Martha C. Nussbaum with Respondents, Beacon Press, Boston 1996.

3 Zie voor een voortreffelijke analyse van de politieke verhoudingen binnen verschillende Europese landen: Zakaria, Fareed, *L'Avenir de la Liberté*. La démocratie libérale aux Etats-Unis et dans le monde, traduit de l'anglais par Daniel Roche, Odile Jacob, Parijs 2003. Voor Nederland: Peper, Bram, *Een dolend land*. Over de politieke architectuur van Nederland, Oratie Nijenrode, uitgebreide versie, De Bezige Bij, Amsterdam 2002.

Democratie is een groot ideaal van ons systeem. Maar wat vinden we daarover terug in onze Grondwet? Eigenlijk maar één artikel.⁴ In art. 42, lid 2 lezen we: “De koning is onschendbaar, de ministers zijn verantwoordelijk.” Dit is een enerzijds misleidende en anderzijds cryptische formulering. Misleidend, want daaruit zou men inderdaad – zoals Kummeling en Zwart hebben beweerd – ten onrechte de indruk kunnen krijgen dat het koningschap een belangrijke plaats inneemt in ons bestel.⁵ Deze bepaling is even misleidend als aanduidingen van ons bestel als een “constitutionele monarchie” of als een “parlementaire democratie”⁶ in plaats van – zoals nu doorgaans gebeurt – een “democratische rechtsstaat”.⁷

Een typering als “constitutionele monarchie” of “parlementaire monarchie” is, net als art. 42, lid 2, *genetisch* georiënteerd: het verschaft ons informatie over waar ons bestel uit voortgekomen is. Verschillende Europese staten waren in de 16^e en 17^e eeuw een absolute monarchie, waarin een vorst de “volstrekt en alles omvattende regeermacht heeft, welke rechtens dus onbepakt is”.⁸ Maar ge-

leidelijk aan heeft het koningschap verschillende transformaties ondergaan waardoor het een beperkte monarchie is geworden. De koning moest zijn macht delen met anderen. Een speciale vorm van zo’n beperkte monarchie is dan de parlementaire monarchie, omdat daarin het parlement of de volksvertegenwoordiging “het overwicht heeft gekregen”.⁹

Deze genetische methode van het beschrijven van onze staatsinstellingen heeft heel lang de handboeken beheerst. Het gaf aanleiding tot bijzonder gewrongen constructies en redeneringen, omdat de richting waarin ons bestel zich ontwikkelde telkens moest worden betrokken op archaische bewoordingen – en wat erger is – op idealen uit een andere tijd. Een dergelijke benadering ontleent het zicht aan waarom het werkelijk te doen is in een bepaalde staat.

Neem als voorbeeld de wijze waarop P.A. Diepenhorst in 1931 uitleg geeft aan de onschendbaarheid van de koning die tegenwoordig in art. 42, lid 2 is neergelegd. Diepenhorst zegt: “De kritiek op het regeeringsbeleid moet niet gericht worden tegen den Koning, doch tegen de ministers.”¹⁰

So far, so good. Maar dan gaat hij verder: “De ministers zijn de eerste ambtenaren, onmiddellijk werkzaam onder den Koning. Zij staan den Koning bij in de uitoefening van het overheidsgezag. Zij moeten den Koning voorlichten, raadgeven en met hem overleggen over den gang van zaken. *Het groote onderscheid van andere ambtenaren bestaat echter hierin, dat zij de verantwoordelijkheid voor iedere regeeringsdaad op zich nemen; zij moeten met die verrichte handeling instemmen.*”¹¹

Opvallend is de typering van de ministers als een speciaal soort “ambtenaren”. Zij staan bij Diepenhorst ook nog “onder de koning”. Het is de koning die bij Diepenhorst het “overheidsgezag” uitoefent en niet de ministers. Maar, zo kan men dan vragen, als de ministers *verantwoordelijk* zijn, is het dan niet voor de hand liggend bij *hen* het primaat voor het overheidsgezag te leggen? In die richting zal ons systeem zich langzaam ontwikkelen,

4 Eventueel zou men ook nog kunnen wijzen op art. 44, lid 1 Gw: “Bij koninklijk besluit worden ministeries ingesteld. Zij staan onder leiding van een minister.”

5 Voor een contra-geluid, zie: Bergh, Hans van den, & Vinken, Pierre, *Klein Republikeins Handboek*. Honderd misverstanden over de monarchie, Boom, Amsterdam 2002 en Vinken, Pierre, *Republikeins citatenboek*, Bert Bakker, Amsterdam 2002.

6 Aldus Wijthoff, W.F., *Beknopt leerboek van de Nederlandse staatsinrichting*, De Erven F. Bohn, Haarlem 1955, p. 11. Zie voor een typering van de monarchale staten ook het werk van S.W. Couwenberg, onder andere: Couwenberg, S.W., *Een nieuwe kijk op staatsrecht en staatsrechtbeoefening*, Kok/Agora, Kampen 1992; *Geschiedenis als noodlot*, Kok/Agora, Pelckmans 1995; *Gezag en vrijheid*, Inleiding in de constitutionele rechten en ontwikkelingstheorie, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991.

7 Zie Burkens, M.C., e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht, vijfde druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001, een boek dat tenminste het voordeel heeft dat de juiste uitgangspunten als ordeningsbeginsel voor het staatsrecht worden opgevoerd, zij het dat de belofte die in de ondertitel wordt opgevoerd naar mijn idee niet helemaal kan worden waargemaakt.

8 Wijthoff, O.c., l.c.

9 Wijthoff, O.c., l.c.

10 Diepenhorst, P.A., *Onze staatsinrichting*, Vierde druk, G.J.A. Ruys' Uitgevers-mij., Zeist 1931, p. 92.

11 Diepenhorst, O.c., l.c. De cursivering is overigens van Diepenhorst, niet van mij (PC).

maar de staatsrechtgeleerden kunnen dat maar heel voorzichtigjes uitspreken omdat zij de last van het verleden met zich meetersen. Omdat zij voortdurend achteruit kijken kunnen zij nooit verder springen dan hun pols-stok lang is.

Nu zal men zeggen dat dit allang niet meer het geval is. De hiervoor opgevoerde citaten dateren uit 1931 (Diepenhorst) en 1955 (Wijthoff). Maar volgens mij kan men de manifestaties van de genetische methode ook tegenwoordig nog onderkennen. Ook in het bekende handboek van Van der Pot, voor het eerst verschenen in 1940, later bewerkt door A.M. Donner, L. Prakke, G.J.M. van Wissen en J.L. de Reede weekt zich nog steeds het nadeel van de genetische methode. Men probeert de uitgangspunten van het Nederlandse bestel te begrijpen door het te beschrijven in relatie met wat daaraan is voorafgegaan. Het "nieuwe" kan pas worden uitgebeeld in een conceptueel kader van het "oude".

A.M. Donner over de Grondwetsstudie in Nederland

In 1948 schreef A.M. Donner een interessant opstel over "Grondwetsstudie in Nederland". Hij gaf daarin aan dat wanneer men het handboek van Van der Pot toetst aan de "behandeling van de fundamentele vragen" het boek nogal te wensen overlaat.¹² Krabbe¹³ en Struycken¹⁴ hadden opgeroepen tot een principiële en waarderende benadering van staatsrechtelijke vraagstukken, maar, zo schrijft Donner, de "van nature van alle stelselzucht afkerige Nederlander" komt moeilijk tot een "systematische uiteenzetting van de wijsgerige vooronderstellingen".¹⁵ Deze weinig op beginselen georiënteerde benade-

ring is natuurlijk kenmerkend voor handboeken die een artikelsgewijs commentaar op de Grondwet als uitgangspunt nemen, zoals dat van Buys,¹⁶ maar het geldt ook voor meer systematische benaderingen van het staatsrecht. Kranenburg is teveel op de psychologie georiënteerd,¹⁷ meent Donner, en Van der Pot krijgt te horen dat hij de "kernproblemen van recht en staat" niet meer dan "opervlakkig" heeft aangeroerd.

Dat is forse kritiek wanneer men bedenkt dat Donner zelf later het handboek van Van der Pot is gaan bewerken waardoor het nu nog steeds als de meest uitvoerige behandeling van het Nederlandse staatsrecht in druk is.¹⁸ Het meest saillante van de zaak is echter dat Donner de hier gesignaleerde tekortkomingen van het boek van Van der Pot helemaal niet gerepareerd heeft. De typering van de "van stelselzucht afkerige Nederlander" is dan ook bij uitstek van toepassing op Donner zelf. De man die wel de "paus van het Nederlandse staatsrecht" is genoemd was zelf wars van stelselzucht en systematische uiteenzettingen. Daardoor bleef ook hij wat ik hier genoemd heb de "genetische methode" toepassen, en is in het handboek van Van der Pot/Donner een echte diepgravende benadering van de kernvragen van het staatsrecht ver te zoeken.¹⁹ Vergelijk een Nederlands handboek van het staatsrecht met een boek als dat van de Amerikaan James McClellan, *Liberty, Order, and Justice*²⁰ of zelfs een wat omvang betreft bescheiden boekje als dat van K.C.

16 Buys, J.T., *De Grondwet, toelichting en kritiek*, P. Gouda Quint, Arnhem 1883-1888.

17 Kranenburg, R., *Het Nederlandsch staatsrecht*, zevende druk, H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., Haarlem 1951 (1924).

18 Zij het dat het nu concurrentie ondervindt van Kortmann, C.A.J.M., *Constitutioneel recht*, 4e druk, Kluwer, Deventer 2001.

19 Zie over deze kwestie ook de literatuur en vindplaatsen genoemd in: Cliteur, P.B., "Macht en vrijheid Een reflexie over het werk van S.W. Couwenberg", in: Couwenberg, S.W., *Geschiedenis als noodlot*, Kok/Agora, Pelckmans 1995, pp. 117-140. A.M. Donner verzette zich tegen de systematische benaderingen van het staatsrecht zoals te vinden bij Couwenberg en bij Herman Dooyeweerd.

20 McClellan, James, *Liberty, Order, and Justice*. An Introduction to the Constitutional Principles of American Government, Liberty Fund, Indianapolis 2000 (1989).

12 Zie Donner, A.M., "Grondwetsstudie in Nederland 1848-1948" (1948), in: A.M. Donner, *Tussen het echte en het gemaakte*, Uit de geschriften van Prof. mr. A.M. Donner, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1986, pp. 25-61, p. 33.

13 Krabbe, H., *Die Lehre der Rechtssouveränität*. Beiträge zur Staatslehre, J.B. Wolters, Groningen 1906; Krabbe, H., *Ongezonde lectuur*, J.B. Wolters, Groningen 1913.

14 Struycken, A.A.H., *De Grondwet, haar karakter en waarde*, Gouda Quint, Arnhem 1914; Struycken, A.A.H., *Het staatsrecht van het koninkrijk der Nederlanden*, tweede druk, Gouda Quint, Arnhem 1928.

15 Donner, O.c, p. 34.

Where over constituties²¹ en het verschil is onmiddellijk duidelijk. De Amerikaanse en Britse schrijver werken vanuit concepten en idealen, niet vanuit hetgeen daarvan is verwerklijkt in de tegenstrijdige en verwarde politieke praktijk.²² Als dit stelselzucht is dan zou ik zeggen: "Here, geef ons wat meer stelselzucht".

De feilen van de genetische methode wreken zich tot op de dag van vandaag in de weinig consistente beschouwingen over het rechtsstaatsbegrip in het handboek van Van der Pot.²³

Veelbelovend zou het zijn wanneer de staatsrechtgeleerden de genetische methode zouden verlaten en kiezen voor een *teleologische benadering*. Men zou het (staats)recht, de Grondwet, de grondrechten, de centrale staatsinstellingen moeten benaderen door te vragen naar hun "doel". Niet de vraag "hoe heeft de staat zich ontwikkeld tot wat hij nu is?" moet centraal staan, maar "wat willen wij met de staat?". Niet de vraag "hoe heeft onze parlementaire democratie zich ontwikkeld uit een monarchaal stelsel?", maar "waar moet het met onze democratie naar toe?" Couwenberg

21 Wheare, K.C., *Modern Constitutions*, Oxford University Press, London/New York/Toronto 1951.

22 Waarbij men ook nog zou kunnen verwijzen naar de lange en rijke traditie van de Duitse Verfassungslehre. Ik verwijs alleen naar het tegenwoordig nog gebruikte: Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, Sechste, unveränderte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1983 (1928).

23 De laatste door Donner bewerkte druk van het handboek van Van der Pot dateert uit 1981. Het bevat 652 bladzijden en daarvan zijn er slechts 4 gewijd aan het rechtsstaatsbegrip (pp. 142-146). In die vier bladzijden zal men tevergeefs zoeken naar een antwoord op de vraag wat de rechtsstaat nu eigenlijk is. Er staat dat het woord "rechtsstaat" in de 19e eeuw naar voren komt (p. 142) en er worden wat kenmerken opgesomd die in de loop van de 19e eeuw "vaste vorm" (p. 143) zouden hebben gekregen: Grondwet, machtscheiding, grondrechten. Maar waarom deze en niet andere kenmerken worden opgevoerd, blijft duister. Hoe de verhouding tussen die kenmerken is blijft onverantwoord. "Democratie" wordt ongemotiveerd als een onderdeel van één van de rechtsstatelijke kenmerken opgevoerd (de triasidee). Het is kortom een rommelje in het belangrijkste handboek dat generaties studenten moet inwijden in de beginselen van onze constitutionele orde. Zie Donner, A.M., *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, oorspronkelijk: C.W. van der Pot, bewerkt door A.M. Donner, 11e druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1983, pp. 142-146.

schrijft terecht dat in tegenstelling tot veel andere democratieën wij een zwakke constitutionele cultuur hebben en een politiek weinig inspirerende en integrerende Grondwet als uitvloeisel. Dat lijkt mij goed getroffen. De cultuur is het probleem.

Ook Donner leek oog te hebben voor die culturele dimensie, maar hij heeft het Nederlands volkskarakter of de Nederlandse cultuur voor lief genomen, terwijl hij kritisch had moeten zijn. Natuurlijk moet je dan wel geloven dat een kritische houding vruchten kan afwerpen. Een "cultureel determinist", iemand die denkt dat de cultuur van een land nooit door kritiek kan veranderen, zal dit allemaal zinloos geïnvesteerde energie vinden. Maar cultureel determinisme is uiteindelijk moeilijk vol te houden, denk ik. Het zou althans onze intellectuele inspanningen tot het veranderen van de wereld volledig onbegrijpelijk maken: "Eine Identität ist nie essentialistisch, d.h. sie ist nicht unwandelbar."²⁴

Inspiratie voor zo'n teleologische benadering van het recht kunnen we opdoen bij verschillende Amerikaanse rechtsfilosofen, zoals bijvoorbeeld Lon Fuller. Recht is niet een "feit", maar een culturele constructie met een bepaald doel.²⁵ Ook de rechtsstaat en democratie zijn culturele constructies die een bepaald doel hebben: het dienen van de vrijheid van de burger. Alleen in het licht van dat ideaal, individuele vrijheid, krijgen recht, grondrechten, trias politica en andere staatsrechtelijke structuren en instellingen zin en betekenis.

Een centrale vraag voor het leerstuk van de ministeriële verantwoordelijkheid (art. 42, lid 2 Gw) en daarmee voor onze democratie is de verhouding tussen verantwoordelijkheid en bevoegdheid. Naar mijn idee *vooronderstelt*

24 Aldus terecht: Tibi, Bassam, *Europa ohne Identität? Leitkultur oder Wertebeliebigkeit*, 2e Auflage, Siedler, München 2001 (1998), p. xiii.

25 Zie vooral: Fuller, Lon L., *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, Inc., Chicago 1940 (AMS edition 1978), maar voor de rechtsstaat met name: Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Revised edition, Yale University Press, New Haven and London 1978 (1964). Zie voor een typering van de filosofie van Fuller: Witteveen, Willem J., "Rediscovering Fuller: An Introduction", in: Willem J. Witteveen & Wibren van der Burg, eds., Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 21-51.

verantwoordelijkheid bevoegdheid. Dat wil zeggen dat in een volwassen democratie niet alleen zou behoren te gelden "Indien bevoegd dan verantwoordelijk", maar ook "indien verantwoordelijk dan bevoegd".²⁶ De erkenning van dat laatste leerstuk zou een belangrijke bijdrage leveren aan het oplossen van enkele slepende discussies over de democratische aansturing van het Openbaar Ministerie, vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren en ook discussies over de verhouding van de minister tot het staatshoofd. Ik kom hier nog op terug.

Het ideaal van de rechtsstaat in de Nederlandse Grondwet

Niet alleen het ideaal van de democratie, ook het ideaal van de rechtsstaat wordt in onze Grondwet slechts summier en onbevredigend behandeld. Onze Grondwet begint niet met een plechtige afkondiging van de idealen waarvoor de Nederlandse politieke orde staat, zoals onder andere door Couwenberg bepleit is, maar met een artikel waarin de gelijkheid van alle mensen ongeacht hun afkomst en etnische achtergrond wordt geproclameerd. Dat artikel is door een toevalligheid bij de behandeling van de artikelen in het parlement als eerste geëindigd.

Dit begin van onze Grondwet is in feite symptomatisch voor wat erop volgt: een betrekkelijk willekeurig geheel van grotendeels cryptische formuleringen die alleen begrijpelijk zijn voor wie de Grondwet met een conceptueel kader benadert. Dat conceptueel

26 Zie daarover: Cliteur, P.B., "Indien verantwoordelijk dan bevoegd?", in: M.C. Burkens, E.C.M. Jurgens, A.K. Koekkoek, J.J. Vis, red., *Gelet op de Grondwet*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Den Haag 1998, pp. 124-137.

27 Zie voor een geslaagde hedendaagse inleiding in het Britse staatsrecht: Alder, John, *Constitutional & Administrative Law*, Second Edition, MacMillan, Houndmills 1994 (1989). Veel inzicht verschaft ook nog steeds: Dicey, A.V., *Introduction to the Law of the Constitution*, Tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885). Voor het Amerikaanse staatsrecht is nog steeds onovertroffen: Bryce, James, *The American Commonwealth*, twee delen, The Macmillan Company 1926 (1893) en natuurlijk Madison, James, Hamilton, Alexander, and Jay, John, *The Federalist Papers*, edited by Isaac Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1987.

kader moet men zich hebben eigen gemaakt door bestudering van de doctrine. Men moet als het ware uit de handboeken (de goede!)²⁷ en uit belangrijke werken op het terrein van de politieke- en rechtsfilosofie²⁸ weten dat Nederland het ambieert een uitwerking te geven aan de beginselen van de democratische rechtsstaat. Alleen wanneer men met deze intellectuele bagage gewapend de tekst van de Grondwet benadert, vallen de artikelen op hun juiste plaats.

Dan pas begrijpen we dat de eerste drieëntwintig artikelen kennelijk grondrechten zijn die behelzen aan het individu een overheidsvrije sfeer te waarborgen ter bescherming van het individueel domein. Wel valt dan weer op dat klassieke en sociale grondrechten in een betrekkelijk willekeurige volgorde door elkaar staan en dat de sociale grondrechten niet zijn geformuleerd als "directive principles of state policy", zoals terecht het geval is in enkele overwegend niet-westerse constituties.²⁹ In de Nederlandse constitutie wordt door opname in dezelfde rubriek de schijn hooggehouden dat de klassieke grondrechten eenzelfde positie innemen als de sociale "grondrechten" (die dus eigenlijk geen grondrechten zijn).

Een andere kwestie waaraan de Grondwet geen aandacht besteedt, is de hiërarchie van grondrechten. Zoals gezegd, art. 1 is toevallig vooraan komen te staan en daaruit mogen we niet afleiden dat dit het belangrijkste grondrecht is. Maar welk is dat wel? Het standaardantwoord hierop is dat alle grondrechten gelijkwaardig zijn en dat de rechter in geval van botsing de verhouding in concreto moet bepalen. Maar waarom zou de Grondwetgever als hoogste democratisch gelegitimeerd orgaan daarover geen standpunt kunnen innemen? Terecht antwoordt de minister van binnenlandse zaken, Johan Remkes, op een vraag naar de prioriteit van grondrechten: "Ik

28 Interessant als een intermediair tussen de politieke filosofie en het positieve staatsrecht is: Benn, S.I., & Peters, R.S., *Social Principles and the Democratic State*, 12e druk, George Allen & Unwin, London/Boston/Sydney 1980 (1959) of Lucas, J.R., *The Principles of Politics*, Clarendon Press, Oxford 1966.

29 Zie bijvoorbeeld de constituties van Namibië, Nigeria en India. Voor een uitvoeriger commentaar hierop: Cliteur, P.B., *Rechtsfilosofie*, Ars Aequi, Nijmegen 2002, p. 198.

ben voorstander van een maatschappelijk debat over de dilemma's in de Grondwet. Over de vraag of er een nadere prioriteitstelling nodig is."³⁰

Als een voorschot op die discussie het volgende. Wat mij betreft ligt de vrijheid van godsdienst in de vuurlinie. Eens was dat – naar de bekende stelling van G. Jellinek – de grote katalysator voor de andere grondrechten.³¹ Het huidige artikel 6 van de Grondwet (godsdienstvrijheid) was als het ware het “moederrecht” voor de andere grondrechten, het recht waarvan de andere grondrechten zich hebben “afgesplitst”. Maar godsdienst heeft in 2003 een geheel andere betekenis gekregen dan het had in de 16^e of 17^e eeuw. De Nederlandse samenleving is grotendeels gesecculariseerd. We hebben heel andere opvattingen over de verhouding van kerk en staat dan in de 17^e eeuw. Godsdienst is misschien iets dat we moeten gedogen, maar beslist geen – om maar iets te noemen – kernwaarde voor een goed functioneren van de democratie. Godsdienst is een ervaringsdimensie, zoals psychedelische voorstellingen dat zijn.³² Waardevol en interessant voor het individu misschien, maar niet meer dan dat. Terecht wordt ook door hedendaagse auteurs betoogd dat als men godsdienst tot voorwerp van een grondrecht zou willen verklaren, men de ervaringen die worden gestimuleerd door drugsgebruik ook grondrechtelijk zou moeten beschermen.³³

Bovendien worden we de laatste tijd geconfronteerd met haatzaaiende opmerkingen

die religieus geïnspireerd zijn en die op zijn minst de vraag opwerpen of vrijheid van godsdienst rechtvaardigt dat een inbreuk wordt gemaakt op andere grondrechten.³⁴ Zo kan een gelovige zich met een beroep op de godsdienstvrijheid vergaande beledigingen veroorloven waar een niet-gelovige die dezelfde bewoordingen bezigt vervolgd en veroordeeld zou worden. Is dat geen “discriminatie” van niet-gelovigen? Ook recruitering voor de jihad zou met een beroep op de godsdienstvrijheid kunnen worden verdedigd. Maar is dat terecht?

De rechtsstaat beoogt overheidsmacht te breidelen door het recht. In de Britse traditie meent men dat zulks het best kan geschieden door de overheid zelf te binden aan het gewone recht van alledag.³⁵ De Amerikaanse bijdrage aan de rechtsstaatsidee is de aandacht die men gevraagd heeft voor individuele rechten als een speciale categorie recht,³⁶ uiteindelijk ook inroepbaar voor de rechter (door “judicial review” of het rechterlijk toetsingsrecht).³⁷ Geïmpliceerd is dan de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en daarmee de trias politica als een organisatorische uitwerking van het rechtsstatelijk of constitutionalistisch ideaal.

Over rechterlijke toetsing kunnen we kort

30 Vermeulen, Frank, “Je moet donders uitkijken dat je zelf geen tik van de LPF krijgt”, Interview met Joh. Remkes, in: NRC Handelsblad 30 november 2002.

31 Jellinek, George, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, Vierte Auflage, in: *Dritter Auflage* bearbeitet von Walter Jellinek, Duncker & Humblot, München und Leipzig 1927, p. 43.

32 Een van de filosofen die de analogie van religie en psychedelische ervaringen heeft uitgewerkt is James, William, *The Varieties of Religious Experience. A Study in Human Nature*, edited with an Introduction by Martin E. Marty, Penguin Books, Harmondsworth 1982 (1902).

33 Zie Ree, E. van, “Artikel 31: Drugs als mensenrecht”, in: *Liberaal Reveil*, 1998, nr. 3, pp. 92-99, ook in: G.A. van der List, red., *De rechten van de mens*. Liberale beschouwingen, Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1998, pp. 99-110.

34 Zie voor een overzicht van enkele recente contro-verses: Bijsterveld, S.C. van, “De controversiële godsdienst- en meningsuiting”, Special over Recht & Religie, in: *Ars Aequi*, Juli/Augustus 2003, pp. 29-37.

35 Dit wordt betoogd door Dicey, A.V., *Introduction to the Law of the Constitution*, Tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885) en ook door Hayek, F.A., *The Road to Serfdom*, Routledge & Kegan Paul, London and Henley 1979 (1944).

36 Zie Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London and Henley 1976 (1960).

37 Het beginsel van “judicial review”, gerealiseerd langs rechterlijke weg in 1803. Zie Brewer-Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1989; Capelletti, Mauro & David Golay, *Judicial review, transnational and federal: its impact on integration*, European University Institute Florence, Badia Fiesolana, San Domenico 1981; Zoethout, C.M., *Constitutionalisme*. Een vergelijkend onderzoek naar het beperken van overheids-macht door het recht, Gouda Quint, Arnhem 1995, pp. 295 e.v. en Peters, Jit, *Wie beschermt onze grondwet?*, Oratie Universiteit van Amsterdam, Vossiuspers, Amsterdam 2003.

zijn. Zij wordt sinds 1848 in (tegenwoordig) art. 120 van de Grondwet verboden. Dat wil zeggen: gewone wetten mogen niet worden getoetst aan de nationale constitutie. Maar sinds de jaren vijftig van de 20^{ste} eeuw is via de artikelen 93 en 94 wel de mogelijkheid geopend wetten te toetsen aan internationaal gewaarborgde grondrechten (grondrechten in de verdragen dus). Dat betekent dat – in de woorden van Afshin Ellian – “de Nederlandse Grondwet, dat prachtige kroonjuweel”, het kader “waarbinnen burgers samengebracht en bijeengehouden worden”³⁸ – in die zin stiefmoederlijk wordt behandeld dat het primaat ligt bij het verdrag. Als onze Grondwet kon spreken zou zij tegen de verdragen kunnen zeggen “ik word gediscrimineerd en jullie worden ten onrechte voorgetrokken”. Deze contradictie – want zo mag je het toch wel noemen – heeft daarmee te maken dat tussen de totstandkoming van het toetsingsverbod in 1848 en de doorwerking van het verdragsrecht in de jaren vijftig van de 20^{ste} eeuw ruim honderd jaar ligt. In die tijd zijn de opvattingen over de wenselijke vormgeving aan het rechtsstatelijk ideaal ingrijpend veranderd. Van een Britse zijn we overgestapt op een Amerikaanse vormgeving.³⁹ Maar wat daar ook van zij, een contradictie blijft het en die zou moeten worden opgeheven. Tegenstanders van het toetsingsrecht, vaak politici, antwoorden doorgaans: “maar we hebben al zoveel invloed verloren aan de rechterlijke macht”. Maar dan zouden zij ook tegen de artikelen 93 en 94 moeten pleiten. Dit doen zij echter weer niet, zodat het resultaat van deze patstelling is dat de Grondwet steeds meer “verdwijnt”, verdampt als het ware, omdat een advocaat zich beter kan beroepen op een grondrecht zoals gewaarborgd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden dan datzelfde grondrecht zoals omschreven in de nationale

38 Ellian, Afshin, “Burgerschap het wezen van politiek”, in: *Algemeen Dagblad*, 30 maart 2002.

39 Zie Ryan, Alan, “The British, the Americans, and rights”, in: Michael J. Lacey & Knud Haaksonssen, eds., *A Culture of Rights. The Bill of Rights in Philosophy, Politics, and Law – 1791 and 1991*, in: Woodrow Wilson International Center for Scholars and Cambridge University Press, Cambridge etc. 1991, pp. 366-440.

Grondwet. Als men de nationale Grondwet dus wil handhaven zal eens dat toetsingsverbod moeten worden opgeheven.

Van toetsingsverbod naar de onafhankelijkheid van de rechter

Van het toetsingsrecht komt men op de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Toetsing is immers een bescherming van de burger door de rechter tegenover wetgeving die een inbreuk maakt op rechten van de burger. Deze rol van “Hüter der Verfassung” kan de rechter alleen maar op zich nemen wanneer deze een onafhankelijke positie inneemt tegenover uitvoerende en zelfs deels ook rechterlijke macht.⁴⁰ Eigenlijk is in het toetsingsrecht als onderdeel van de rechtsstaatsidee de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht geïmpliceerd. Het is echter ook mogelijk de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht op te voeren als een uitvloeisel van de leer van de trias politica. De trias politica zou men dan kunnen beschouwen als het organisatorisch principe ter realisering van de rechtsstaatsidee. Maar hoe ook gefundeerd: de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht is altijd beschouwd als een essentieel onderdeel van de rechtstaat. Zij zou dan ook een belangrijke plaats verdienen in onze Grondwet. Is dat ook het geval?

Het ideaal van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht wordt weliswaar geformuleerd in onze Grondwet, maar op een wat merkwaardige manier. Men kan het vinden in art. 117, lid 1 waarin wordt gesteld: “De leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast (...) worden bij koninklijk besluit voor het leven benoemd”.

Eigenlijk wordt hier niet de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht geproclameerd, maar een bepaalde *consequentie* daarvan (of een *voorwaarde* daarvoor). Alsof de

40 Waardoor ook sommigen kritisch oordelen over dat toetsingsrecht. Zie voor een Duitse, Amerikaanse en Britse kritiek: Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Vierte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996 (1931); Bork, R.H., “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, in: *Indiana Law Journal*, Vol. 47, 1971, pp. 1-35; Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), pp. 18-51.

Nederlandse pragmatici het te druk hadden om het ideaal zelf aan de orde te stellen, maar meteen zijn doorgestoten naar de praktische vormgeving van dat ideaal: als je de rechters financieel onafhankelijk maakt van de uitvoerende macht dan behoeven zij ook hun oren niet te laten hangen naar de politiek. En dat is heel verstandig natuurlijk, maar een meer principiële benadering van het vraagstuk was wenselijk geweest.

Wat *is* eigenlijk onafhankelijkheid? Waarom zou je dat wensen? Ten opzichte *van wie* moet onafhankelijkheid institutioneel gewaarborgd worden? Welke consequenties zouden daaraan moeten worden verbonden? Dit alles is voorwerp van grote verwarring. De jongste manifestatie van die verwarring rees naar aanleiding van uitspraken die werden gedaan over de uitkomst van het proces tegen Volkert van der G., de moordenaar van Pim Fortuyn.⁴¹

Volkert van der G. werd in eerste aanleg (bevestigd in hoger beroep, zij het met een geheel andere motivering) veroordeeld tot 18 jaar. Theo de Roos, hoogleraar strafrecht in Leiden, noemde de uitspraak "logisch en goed te verdedigen."⁴² Nog enthousiaster was zijn Nijmeegse collega Ybo Buruma. Deze sprak van een "sieraad voor de rechtsstaat".

Ook aan politici werd commentaar gevraagd op het oordeel van de Amsterdamse rechtbank. In eerste instantie natuurlijk aan de leden van de Lijst Pim Fortuyn. Fractie-leider Herben was ontevreden: "Er gaat volstrekt geen afschrikkende werking uit van deze straf", meende Herben. Hij gaf aan dat voldoende gekken rondlopen die na Balthasar Gerards en Van der G. ook een plaats in de geschiedenis willen. VVD-voorman Zalm gaf aan na dit oordeel snel te willen discussiëren over de automatische invrijheidstelling na tweederde van de straf (het vonnis van de rechtbank betekende dat met aftrek van voorarrest en toepassing van de conventie dat iemand slechts twee derde van zijn straf hoeft uit te zitten Volkert van der G. na 12 jaar

vrij zou komen, een oordeel dat door het Hof later bevestigd zou worden; PC). Verrassend was het commentaar van PvdA-kamerlid Albayrak. Zij wilde kijken of "wraak en genoegdoening" nu wel voldoende tot hun recht komen. Verrassend, omdat wraak en genoegdoening voor de progressieve intellectuele elite een uiterst negatieve gevoelswaarde hebben. De Amsterdamse rechtbank had in een belerende motivering bij het vonnis daar zelfs expliciet afstand van genomen en de "reïntegratiegedachte" nadrukkelijk als modern ideaal van strafrechtspleging naar voren geschoven.

Geen van deze commentaren gaf aanleiding tot groot tumult. Dat was alleen het geval met het commentaar van de minister van binnenlandse zaken, Johan Remkes. Remkes had gezegd: "Ik heb mij enigszins verbaasd over het vonnis, en dat is een understatement."⁴³ *Trouw* noemde het "hoogst ongebruikelijk dat bewindslieden zich uitlaten over uitspraken in rechtszaken".⁴⁴ *Het Parool* sprak van een "ongeschreven regel dat politici zich niet uitlaten over lopende strafzaken, om de rechter niet te beïnvloeden".⁴⁵ Eerste-kamerlid Erik Jurgens (PvdA) laakte dat Remkes meeding in "de nogal hetzerige reacties" van omstanders en aanhangers van Pim Fortuyn. "Dan zit je in verkeerd gezelschap", meende Jurgens. D66-fractievoorzitter Dittrich meende dat het "niet zo handig" was om een uitspraak te doen zoals Remkes gedaan had. Zeker niet als minister. Als motivering gaf hij aan: "Politici moeten de rechter niet onder druk zetten".

Maar ook collega-bewindslieden kritiseerden Remkes. De minister van Justitie, Piet Hein Donner, zei: "Dit is primair een zaak van de minister van justitie". En de minister van justitie vond het het beste om het verloop van de rechtsgang, inclusief het gisteren ingestelde hoger beroep, af te wachten.⁴⁶

Ook premier Balkenende kritiseerde Remkes. In de ministerraad had hij Remkes

41 Rb Amsterdam 15 april 2003.

42 Aangehaald in: "Remkes: 18 is te weinig", in: *Algemeen Dagblad*, 16 april 2003. Zie ook: Roos, Theo de, "Daad Volkert wettigt hogere strafmaat niet", in: *De Volkskrant*, 17 april 2003.

43 Ik volg nog steeds het bericht in het AD, waaraan ook de andere uitspraken van de politici ontleend zijn.

44 "Ministers moeten zwijgen", in: *Trouw*, 18 april 2003.

45 "Remkes zou het wel weten met Volkert", in: *Het Parool*, 16 april 2003.

46 Aangehaald in het *Parool*-artikel.

en de overige bewindslieden nog eens op het hart gedrukt dergelijke uitspraken niet meer te doen.⁴⁷

Het Amsterdamse Hof, de beroepsinstan- tie tegen het vonnis van de rechtbank, kwam eveneens op de uitlatingen van Remkes te- rug. Het Hof van Amsterdam schrijft: "De mededeling van Minister Remkes, voor zover deze de strekking had dat de door de recht- bank opgelegde straf te laag was en dat die strafoplegging de minister heeft verbaasd, was ongepast en riskant, omdat ze de indruk wekte van ministeriële onwetendheid of onverschilligheid aangaande de in het Neder- landse staatsrecht vastgelegde verhouding tussen de rechtspraak en de leden van de re- gering".⁴⁸

Nu moeten we ter beoordeling van de op- merkingen van Remkes twee zaken goed uit elkaar houden. De eerste is de vraag of men het eenvoudigweg *eens is* met Remkes. Was de strafmaat inderdaad te laag? Dat is een ge- heel andere vraag dan een tweede die ons in dit kader in het bijzonder interesseert, name- lijk of een uitlating van een politicus over een vonnis van de rechter in strijd is met het ideaal van de onafhankelijkheid van de rechter- lijke macht, zoals geformuleerd in art. 117, lid 1 van de Grondwet?

Jurgens heeft kennelijk een afkeer van LPFers. En hij meent dat als je een uitspraak doet die aansluit bij de politieke ideeën van de LPF je je in "verkeerd gezelschap" be- vindt. Strict genomen is deze opmerking van Jurgens niet interessant genoeg om in de krant te vermelden. Het geeft gewoon de links aristocratische en anti-populistische ge- zindheid van Jurgens aan, maar voor een dis- cussie over de onafhankelijkheid van de rech- terlijke macht is zijn visie irrelevant.

Dittrich begint met een pragmatisch "niet zo handig"-oordeel, maar geeft daar een toe- spitsing aan die erop lijkt dat hij doelt op het staatkundig ideaal van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht: politici moeten de rechter niet onder druk zetten. Toch is opval- lend in alle reacties hoe aarzelend en slecht ge- motiveerd men zijn afkeuring van Remkes on-

der woorden brengt. De commentaren van de krantenredacties zijn nog het meest duidelijk: "ongebruikelijk" zegt Trouw en Het Parool rept van een "ongeschreven regel" die ge- schonden zou zijn. Maar met dit alles blijft de vraag levensgroot op tafel liggen: handelde Remkes nu in strijd met de Grondwet? Als die Grondwet werkelijk zo belangrijk is mag men toch verwachten dat over zo'n belangrijk uit- gangspunt van ons bestel als de onafhankelijk- heid van de rechterlijke macht duidelijkheid wordt verschaft. Maar het blijkt dat allerlei vragen opkomen. Moet bijvoorbeeld onder- scheid worden gemaakt tussen bewindslie- den, zoals Remkes, en kamerleden, zoals Her- ben? Moeten we verder ook een onderscheid maken tussen lofprijzingen aan het adres van de rechtbank en kritische opmerkingen? Stel nu dat Remkes, net als de strafjurist Buruma, had gezegd: "Dit oordeel van de rechtbank is een sieraad voor de rechtstaat". Had hij dan ook een "ongeschreven regel" geschonden dat politici zich moeten onthouden van com- mentaar op rechterlijke uitspraken? Enerzijds is men geneigd te denken "ja". Immers een positief commentaar is ook een commentaar. Anderzijds: daarmee zou Remkes toch nie- mand onder druk hebben gezet? Of zou hij daarmee het Hof onder druk hebben gezet om toch vooral in hoger beroep het vonnis van de rechtbank te bevestigen?

En hoe zou men moeten denken over de commentaren van De Roos en Buruma? Staan die op gespannen voet met de Grondwet? Of anders de kritische commentaren van N. Roos⁴⁹ en P. Cliteur?⁵⁰ Als het gaat om in- vloed uitoefenen op de rechter is denkbaar dat het Hof zich meer onder druk gesteld voelt door de uitvoerige commentaren van Roos en Cliteur dan door de enkele opmer- king van Remkes. Of heeft Remkes meer "macht" en schuilt daarin het verwerpelijke van zijn commentaar? Maar welke macht dan, immers art. 117, lid 1 sluit juist de directe macht die samenhangt met de financiële po- sitie van de leden van de rechtbank uit en de

47 "Ministers moeten zwijgen", in: Trouw, 18 april 2003.

48 Hof Amsterdam 19 juli 2003.

49 Roos, N.H.M., "Van der G. winnaar in teleurstel- lend arrest", in: NRC Handelsblad, 18 juli 2003. Niet te verwarren met de hiervoor genoemde Theo de Roos.

50 Zie Cliteur, Paul, "Een decadent vonnis", in: *Vrij Nederland*, 28 juni 2003, pp. 47-49.

minister zal het dus, net als ieder ander, van de intellectuele overtuigingskracht van zijn bewoordingen moeten hebben. Hoe intimiderend is dan de verbazing van Remkes?

Het probleem met de Nederlandse Grondwet is dat over dit alles niets, maar dan ook niets geregeld is. Het probleem met het vermaan van het Hof aan het adres van Remkes is dan ook dat helaas heel weinig in het Nederlandse staatsrecht is "vastgelegd", zoals het Hof doet voorkomen. Wat is "vastgelegd", grondwettelijk vastgelegd, is dat de leden van het Hof van Amsterdam zich geen zorgen behoeven te maken over hun positie, want die blijft gewaarborgd ook al valt de hele samenleving, inclusief minister Remkes, over hun arresten heen. Maar wat deze waarborg betekent voor de spelregels tussen uitvoerende macht en rechtsprekende macht, is onduidelijk en een voorwerp van discussie. Aan die discussie probeert het Hof met zijn rechterlijk vermaan aan de minister waarschijnlijk een bijdrage te leveren, maar het is wat mij betreft geen bijdrage van een indrukwekkend niveau. Waar maakt het Hof zich druk over? Over "ministeriële onwetendheid", zegt het Hof. Maar zou het niet veeleer de taak zijn van het parlement zich daarover te bekommeren? Ook wordt gerept over "ministeriële onverschilligheid", maar dat lijkt mij eveneens een taak van het parlement om zich daarover te buigen. Het Hof noemt de opmerkingen van de minister echter ongepast en riskant. Maar waarom ongepast? En wat was daar zo riskant aan? Werde een risico geschapen dat het Hof geen onafhankelijk oordeel meer zou kunnen vellen na de opmerkingen van de minister? Maar die onafhankelijkheid werd toch juist gewaarborgd door art. 117, lid 1 van de Grondwet? Wanneer de minister van binnenlandse zaken op onoirbare wijze zou hebben geprobeerd het vonnis van de rechtbank of dat van het hof te beïnvloeden, bijvoorbeeld door in het geheim telefonisch contact te zoeken met de president van het Hof en deze proberen te beïnvloeden, is misschien sprake van een schending van ongeschreven regels van staatsrecht, maar daar is helemaal geen sprake van geweest. De minister heeft publiekelijk een *uitspraak* gedaan over een strafmaat die hem "verbaasd" heeft. Het is erg onwaarschijnlijk dat een Nederlandse rechter zich door die uitspraak van de

minister ook maar enigszins geïntimideerd heeft gevoeld. De reden dat voor een dergelijk gevoel ook geen enkele basis is, is juist de regeling van artikel 117, lid 1 Gw: rechters zijn geheel onafhankelijk, en de leden van de Amsterdamse rechtbank hebben van de afkeuring van minister Remkes dus even weinig te vrezen als van die van Paul Cliteur.

Intrigerend was ook de reactie van collega-bewindslieden. Wat zou de minister van justitie bedoeld kunnen hebben met zijn commentaar dat dit "primair een zaak is van de minister van justitie"? Een eerste bedenking die zich opdringt is, is dat de minister van justitie wel de *laatste* is die geacht wordt zich met deze zaak te bemoeien. Een minister van binnenlandse zaken kan kritiek nog altijd pareren met de stelling dat hij geen bemoeienis heeft met het departement van justitie. Niemand kan denken dat een minister van binnenlandse zaken gezag heeft over de rechtspraak. Een opmerking van de minister van binnenlandse zaken is dus even onschuldig als een opmerking van de minister van ontwikkelingssamenwerking. Maar met de minister van justitie ligt dit anders. Die zou nog wel eens invloed kunnen doen gelden op de rechtspraak en het is dus zaak hem op de grootst denkbare afstand te plaatsen van de rechters.

Over de redenen die premier Balkenende had Remkes te vermanen kan men helaas alleen maar gissen. Wellicht speelt voor een politicus ook een rol dat niet van belang is of de opmerking van Remkes *werkelijk* in strijd is met een grondwettelijk beginsel, maar dat mensen *denken* dat dit het geval is. Breed aangehangen misvattingen zijn helaas wel politieke feiten. Of ben ik nu te cynisch?

Persoonlijk lijken de opmerkingen van Remkes mij geen probleem. Ik denk zelfs dat we kunnen zeggen dat art. 117, lid 1 Gw het voor politici *mogelijk maakt* zich uit te laten over een vonnis van de rechter. Immers dat artikel maakt het ónmogelijk (althans heel moeilijk) dat een politicus op onoirbare wijze invloed uitoefent op de procesgang en op de strafmaat. Wanneer een rechter zou aangeven dat hij ondanks alle institutionele waarborgen voor zijn onafhankelijkheid die de Grondwet schept niettemin al in zijn oordeel wordt beïnvloed door hetgeen in het publieke debat wordt *gezegd* mist hij misschien de *stamina* voor het ambt dat hij vervult.

Zou misschien de commotie over de uitspraak van Remkes betekenen dat de communis opinio over dit onderwerp veranderd is? We hebben Balkenende aan het woord gelaten. Ruim tien jaar geleden hield een andere confessionele premier, R.F.M. Lubbers, een geruchtmakende rede in Nijmegen. Belangrijkste thema daarvan was: "Nederland is ziek". De meerderheid van de leden van de rechterlijke macht vond toen blijkens een peiling dat de premier zo'n opmerking mocht maken "want 57% vindt dat politici kritiek mogen hebben op rechters en hun beslissingen."⁵¹

Maar wat hier ook van zij, het blijft natuurlijk onbevredigend dat de Grondwet geen nadere uitwerking geeft aan het ideaal van de onafhankelijkheid. Volgens de tekst van de Grondwet zou een minister alleen ongrondwettelijk handelen wanneer hij probeert een rechter te ontslaan omdat diens vonnissen hem mishagen. Eigenlijk staat niet meer in onze Grondwet dan dat. Natuurlijk zou dat een wat enge interpretatie zijn en dat verklaart ook dat velen verleid worden tot de fantasieën zoals die hier zijn weergegeven. Tot zover de kwestie Remkes.

Conclusie

Ik kom tot een afronding. Met deze bijdrage heb ik willen laten zien dat de Nederlandse Grondwet vele feilen kent. Ik ben het in beginsel eens met Afshin Ellian dat de Grondwet een richtinggevend document zou moeten zijn, de basis van onze politieke orde, een grondslag voor het integratiebeleid (ook voor de "integratie" van onze academische en bestuurlijke elite aan wie enige lesjes staatsrecht wel besteed zijn, zou ik zeggen). Maar ik constateer ook dat de huidige Nederlandse Grondwet maar beperkt geschikt is voor die functie. De democratie wordt geregeld (als je daarvan überhaupt kan spreken) in één cryptisch artikel (art. 42, lid 2), de rechtsstaat komen we tegen in verschillende artikelen die gewijd zijn aan grondrechten (de artt. 1 tot en met 23), het toetsingsverbod (art. 120) en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht

51 Josten, Marc, & Tijn, J. van, "De rechterlijke macht van Nederland: een geruuststellend gezelschap", in: *Vrij Nederland*, 2 november 1991, pp. 18-23, p. 20.

(art. 117, lid 1). Een nieuwe Grondwet zou eigenlijk in een preambule de idealen van de Nederlandse democratische rechtstaat moeten formuleren en vervolgens uitwerken in een systematisch opgezette serie artikelen waarbij rechtsstaat en democratie als de belangrijkste ijkpunten gelden.

Kunnen wij ooit zo'n Grondwet verwachten? Een échte Grondwet is overal daar tot stand gekomen waar sprake was van een belangrijke breuk met de traditie. Dat was natuurlijk het geval toen de Amerikaanse kolonies zich onafhankelijk verklaarden van het Britse moederland. Maar het werd ook generaliseerd toen in het na-oorlogse Duitsland een nieuwe Grondwet moest worden ontworpen waarin het verschil werd gemarkeerd met de cultuur van het Derde Rijk. Ook is dat weer het geval in het hedendaagse Afghanistan waar – zo vermeldt de krant – president Harmid Karzai een nieuwe "grote raad" heeft gevormd die nog dit jaar een nieuwe Grondwet moet goedkeuren.⁵² De oude Grondwet dateert van 1964, toen koning Zaher Shah regeerde. In de jaren van de burgeroorlog speelde de Grondwet nauwelijks een rol en het Taliban-bewind hanteerde zijn eigen islamitische wetgeving.

Het is al vaak gezegd: de Nederlandse geschiedenis wordt gekenmerkt door een grote mate van continuïteit en dat is niet gunstig voor een goed uitgewerkte Grondwet. Niettemin is er reden voor optimisme. De Nederlandse politiek is de laatste tijd geconfronteerd met prangende vragen en de instroom van mensen uit premoderne culturen noopt tot een ingrijpend waardeonderzoek.⁵³ Het is niet ondenkbaar dat de confrontatie met ondemocratische en niet-rechtstatelijke opvattingen leidt tot een meer diepgravende bezinning op de beginselen van onze politieke orde dan we geneigd zijn te ontwikkelen wanneer we daartoe niet worden uitgedaagd. Eens moet dat resulteren in een Grondwet die daadwerkelijk de grondslagen van onze politieke orde op een adequate manier formuleert.

52 "Snel Grondwet in Afghanistan", in: *Trouw* 18 juli 2003.

53 Zie daarover: Tibi, Bassam, *Im Schatten Allahs. Der Islam und die Menschenrechte*, Ullstein, Düsseldorf 2003.