



## FORUM

### WAARBORGEN

**ERNST HIRSCH BALLIN - 16.10.2017**

Eind juni van dit jaar nam de Tweede Kamer in eerste lezing een wetsvoorstel aan inzake de opnemings van een ‘algemene bepaling’ aan het begin van de Grondwet. Die bepaling zou moeten luiden: ‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.’ Deze woorden moeten ons wel als muziek in de oren klinken. Of is het eerder muzak, geruststellende achtergrondmuziek? Het kabinet-Rutte II had gekozen voor een ‘sobere’ bepaling; dat zou passen bij onze Grondwet. Daarom verwierp het de uitgebreidere tekst die door de Staatscommissie Grondwet in 2010 was voorgesteld, met een duidelijk meer normatief gehalte. In de tekst die nu bij de Eerste Kamer voorligt, ontbreekt een normadressaat: de grondwetgever vermaant enkel zichzelf. Ook de verwijzing naar de menselijke waardigheid is weggelaten, terwijl die toch een richtsnoer voor interpretatie van grondrechten vormt.

Deze algemene bepaling is een poging een compromis te vinden tussen het opnemen van een preambule, waarin de grondwetgever – zoals in veel andere landen – de richtinggevende ideeën zou verwoorden (maar van hoogdravende teksten houdt niet iedereen), en de huidige situatie, waarin het aan de burgers wordt overgelaten de algemene kenmerken van het staatsbestel te omschrijven. De woorden grondrechten en democratische rechtsstaat brengen de wezenlijke samenhang van democratie en rechtsstaat in elk geval tot uitdrukking. Maar wat betekent hier toch het woordje ‘waarborgt’, dat de Grondwet, als de wijziging inderdaad tot stand komt, aan zichzelf toeschrijft?

Artikel 120 van de Grondwet verbiedt de rechter de grondwettigheid van wetten te beoordelen. Zeker, dit neemt niet weg dat de wetgever gehouden is de grondrechten en andere grondwetsbepalingen in acht te nemen. Maar van een waarborg in de zin dat men zich als burger op de Grondwet kan beroepen wanneer de wetgever zijn grondrechten heeft aangetast (wellicht door een wettelijke bepaling met een niet voorzien gevolg), kan men niet spreken. De enige echte waarborg van grondrechten is artikel 94 van de Grondwet, voor zover het om internationaal verankerde grondrechten gaat – maar van die waarborg wil de grootste Kamerfractie blijkens haar verkiezingsprogramma 2017 nu juist af.

Politieke discussies over het mankerende waarborgkarakter van de Grondwet zijn meestal afgesloten met de zelfgenoegzame constatering dat – ook al mag de rechter dat niet beoordelen – de wetgever zelf beoordeelt of een wet in overeenstemming is met de grondrechten. Meer in het bijzonder wordt daarbij gewezen op de advisering door de Raad van State die bij de behandeling van een wetsvoorstel voorligt, en op de taakopvatting van de Eerste Kamer, die (nog?) meer dan de Tweede Kamer op de grondwettigheid zou letten.

Pal voor het zomerreces heeft de behandeling van een wetsvoorstel op het gebied van het onderwijs wel duidelijk gemaakt dat het precies daaraan schort. Het ging om een wetswijziging waardoor een openbare school een ‘samenwerkingschool’ kan worden die tevens bijzonder onderwijs aanbiedt van een religieuze of levensbeschouwelijke richting. Een openbare school is echter grondwettelijk verplicht tot neutraliteit. De Eerste Kamer had daarom nog eens extra aan de Raad van State gevraagd of het wetsvoorstel grondwettelijk door de beugel kon. Het antwoord was duidelijk: nee. Maar de meerderheid steunde de staatssecretaris van Onderwijs, die vond dat de politiek het heft in eigen hand moet nemen als het om grondwettigheidsvragen gaat: ‘Het is uiteindelijk aan ons, de wetgevers, om een antwoord op de vraag te geven of een en ander verenigbaar is met die Grondwet.’

De Kamermeerderheid stelde zichzelf gerust met een zogenoemde ‘teleologische uitleg’ van de Grondwet, zonder erbij te zeggen hoe die de betekenis van een grondwettelijke eis opzij kan zetten. Daarmee was het normatief effect van de grondwetsbepaling weg. Men kan dan moeilijk van ‘toetsen’ spreken, en nog veel minder van ‘waarborgen’.

Inmiddels is de Eerste Kamer begonnen met de behandeling van de voorgestelde algemene bepaling. Dit biedt een uitgelezen kans om na te gaan of de beoordeling van de grondwettigheid van wetten in eigen beheer werkelijk zo’ goed werkt dat waarborging door onafhankelijke rechtspraak overbodig is. ‘Waarborgen’ is nu eenmaal iets anders dan het zelf naar eigen oordeel goed doen.

*Deze bijdrage verscheen op 5 september in SC, Wetten en regels verklaard.*