

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/175725>

Please be advised that this information was generated on 2019-06-19 and may be subject to change.

De grondwettigheid van wetgevingsreferenda

Prof. mr. R.J.B. Schutgens en mr. drs. J.J.J. Sillen*

1. Inleiding

De Nederlandse Grondwet draagt de vaststelling (en daarmee de wijziging of intrekking) van wetten op aan de volksvertegenwoordiging en de regering¹ – niet aan de bevolking. Algemeen wordt daaruit afgeleid dat een bindend referendum niet zonder grondwetswijziging kan worden ingevoerd. Zolang de Grondwet op dit punt niet wordt aangepast, geldt dat een referendum in Nederland nooit meer kan opleveren dan een advies. Tegelijkertijd kan het niemand zijn ontgaan dat de regering en de Staten-Generaal de uitslag van adviserende referenda buitengewoon serieus nemen. Zowel na afloop van het referendum over de Europese grondwet als van het Oekraïne-referendum ontstond een vrij breed gedragen gevoel dat de wetgever deze uitslagen ‘niet zomaar’ naast zich neer kon leggen. Kennelijk kan van de uitslag van adviserende referenda veel meer gezag uitgaan dan hun staatsrechtelijke vormgeving op het eerste gezicht doet vermoeden.

Deze bijdrage gaat over de grondwettigheid van bindende en adviserende wetgevingsreferenda die berusten op *gewone* wetgeving. Na een verduidelijking van het onderscheid tussen beide typen referenda (paragraaf 2) problematiseren wij de algemeen aanvaarde stelling dat bindende wetgevingsreferenda in strijd zijn met de Grondwet (paragraaf 3).² Vervolgens gaan wij in op toelaatbaarheid van bij wet ingestelde adviserende referenda, waarvan wij menen dat die onder omstandigheden (eveneens) ongrondwettig zijn (paragraaf 4).

Onze beschouwingen zijn ook relevant voor gemeentelijke referendumverordeningen. Het juridisch kader daarvoor is namelijk vergelijkbaar met dat voor nationale wetgevingsreferenda. In beide gevallen worden immers besluiten aan een referendum onderworpen die afkomstig

zijn van een orgaan waaraan de Grondwet regelstellende bevoegdheid opdraagt en waarvan de leden stemmen zonder last, met immuniteit vergaderen en geacht worden de gehele bevolking te vertegenwoordigen. Ook werpen wij een blik op het Belgische en Duitse federale recht. Deze twee rechtsstelsels zijn interessant, omdat ook daarin bepalingen ontbreken waarin eenduidig te lezen is dat de (federale) wetgever referenda mag organiseren.

2. Bindende versus adviserende referenda

Waarin verschilt een ‘bindend’ referendum precies van een adviserend referendum?

Een bindend referendum zal doorgaans zo worden ingericht dat de uitslag zélf onmiddellijk – dus zonder tussenkomst van de wetgever – leidt tot aanneming of verworping van de voorgelegde wet.³ De referendumuitslag krijgt effect zonder nadere besluitvorming door de wetgever. Een andere vormgeving is echter denkbaar. Men zou kunnen regelen dat de wetgever na een geldige referendumuitslag verplicht is de voorgelegde wet vast te stellen of in te trekken. Hoewel minder voor de hand liggend, is een dergelijke vormgeving goed mogelijk en ook zij levert een als bindend te beschouwen referendum op.⁴ Een bindend referendum is met andere woorden een referendum waarvan een geldige uitslag noodzakelijk leidt tot aanpassing van het geldende recht, middellijk dan wel onmiddellijk.

Adviserende referenda leiden er nooit toe dat onmiddellijk het geldende recht verandert. Bij deze referenda is daarvoor altijd nadere besluitvorming door de politieke ambten nodig. Daarbij laten adviserende referenda – als het goed is – de politieke beslissingsruimte onverlet. Paragraaf 4 van deze bijdrage gaat over de vraag of, en zo ja wanneer, de wetgever bij zijn nadere besluitvorming

* Prof. mr. R.J.B. Schutgens is hoogleraar Algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit en redacteur van dit tijdschrift. Mr. drs. J.J.J. Sillen is hoofddocent Staats- en bestuursrecht aan dezelfde universiteit.

1. Hoewel de Grondwet dat niet voorschrijft, geschiedt deze goedkeuring, indien uitdrukkelijk, bij wet (art. 4 Rgbv).
2. Zie onder meer de adviezen van de Raad van State bij het wetsvoorstel-Van Klaveren voor een referendum over het Nederlandse EU-lidmaatschap (*Kamerstukken II* 2015/16, 34423, 4, p. 5), bij het (gestrande) voorstel tot een referendum over het Verdrag van Lissabon (*Kamerstukken II* 2007/08, 31259, 5, p. 2) en bij de Tijdelijke referendumwet (*Kamerstukken II* 1999/2000, 27034, B, p. 2). Zie bijv. ook: E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Het gehele Nederlandse volk: dus alle burgers? Artikel 50 Grondwet-lezing’, donderdag 10 maart 2016 (eenlandensamenleving.nl/cms/wp-content/uploads/2016/03/Hirsch-Ballin-Volledige-Lezing-Artikel-50-lezing-2016.pdf); de brief van de Minister voor Bestuurlijke vernieuwing en Koninkrijksrelaties van 2 november 2005 (*Kamerstukken II* 2005/06, 30184, 2, p. 5); de brief van de Minister van BZK aan de Tweede Kamer van 29 november 2002 (*Kamerstukken II* 2002/03, 23987, 28, p. 2) en het rapport van de Staatscommissie-Biesheuvel, *Relatie kiezers-beleidsvorming. Eindrapport van de staatscommissie van advies inzake de relatie kiezers-beleidsvorming*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1985, p. 85.
3. Vgl. art. 89d van het toenmalige voorstel tot Verandering in de Grondwet, strekkende tot opneming van bepalingen inzake het correctief referendum (*Kamerstukken II* 1997/98, 26156, 2) op grond waarvan reeds door de Staten-Generaal aangenomen (maar nog niet bekrachtigde) wetten bij een geldige, afwijzende kiezersuitspraak van rechtswege kwamen te vervallen. Dit is de meest voor de hand liggende vormgeving van een bindend wetgevingsreferendum. Het is theoretisch niet uitgesloten dat een bindend wetgevingsreferendum zo wordt ingericht dat na afloop wél nog besluitvorming door de politieke organen nodig is. In dat geval is het referendum bindend als het constitutionele recht de politieke ambten er duidelijk toe verplicht de uitslag te volgen.
4. Een andere variant van een dergelijk, wat omslachtig, bindend referendum zou kunnen zijn dat de regering na een afwijzende uitslag verplicht is de bekrachtiging aan het betrokken voorstel te onthouden. Ook bij een dergelijke vormgeving is evident sprake van een bindend referendum.

tóch feitelijk aan een adviserende uitslag gebonden kan raken.

Opgemerkt zij dat een adviserend referendum wel degelijk verplichtingen voor de wetgever in het leven kan roepen, zonder daardoor 'bindend' te worden in de door ons bedoelde zin. De Wrr verplicht de wetgever bijvoorbeeld om na een afwijzende volksuitspraak 'zo spoedig mogelijk' middels een nieuw wetsvoorstel te beslissen over het lot van de afgewezen wet.⁵ Dit type referendum kan de politieke organen dus wel degelijk in procedurele zin verplichten, maar het gaat daarbij uitdrukkelijk niet om binding ten aanzien van de inhoud van de te nemen beslissing.

3. De grondwettigheid van bindende wetgevingsreferenda

Stel, de wetgever wijzigt op enig moment – bijvoorbeeld omdat duidelijk is dat grondwettelijke invoering van een bindend referendum het nooit gaat halen – art. 11 Wrr als volgt:

'Indien onherroepelijk is vastgesteld dat een referendum heeft geleid tot een uitspraak tot afwijzing van een wet, trekken de regering en de Staten-Generaal zo spoedig mogelijk die wet in.'

Waarom is een dergelijk, bij gewone wet ingevoerd, bindend referendum ongrondwettig? Wij toetsen deze fictieve formele wet aan drie grondwettelijke normen: die over de wetgevende bevoegdheid van de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk (art. 81 e.v.), het lastverbod (art. 67 lid 3 Gw) en de vertegenwoordigingsbepaling (art. 50).

3.1. De attributie van wetgevende bevoegdheid (art. 81 e.v. Gw)

Bindende wetgevingsreferenda worden doorgaans in strijd geacht met art. 81 Gw, dat regering en Staten-Generaal gezamenlijk bevoegd verklaart om formele wetten vast te stellen. Zo betoogt de Raad van State:

'De Grondwet bepaalt in artikel 81: "De vaststelling van de wetten geschiedt door de regering en de Kamers der Staten-Generaal gezamenlijk". Daarmee rust op de regering en de Kamers der Staten-Generaal de verantwoordelijkheid voor het tot stand brengen van de wetten, en op hen alleen. Dit ligt niet anders voor wetten tot goedkeuring van verdragen. Voor een bindend (wetgevings)referendum, is grondwetswijziging nodig.'⁶

De wetgever stelt de wetten vast, en dus niet de bevolking. Deze *a contrario*-redenering heeft de charme van de eenvoud. Toch twijfelen wij. Zij is evident juist voor de

gevallen waarin de wetgever de hem toekomende bevoegdheid uitsluitend zelf mag uitoefenen, zoals bij het verlenen van toestemming voor het huwelijk van de Koning of het vaststellen van wetten die de drukpersvrijheid beknotten.⁷ De wetgever mag echter tal van onderwerpen overlaten aan een ander. Weliswaar kan die ander dan nog steeds geen wetten *vaststellen*; in de wetgevingspraktijk is wel geaccepteerd dat aan hem diverse bevoegdheden met betrekking tot *gelding* van de wet kunnen worden gedelegeerd. Zogenoemde tijdelijke wetten zijn daarvan een pregnant voorbeeld. Zo bepaalt art. 5.10 lid 1 Crisis- en herstelwet:

'Deze wet vervalt op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.'⁸

Als het geoorloofd is, de regering de bevoegdheid te delegeren om een wet haar gelding te ontnemen, waarom zou de volgende bepaling in de Wrr dan niet door de beugel kunnen?

'Indien onherroepelijk is vastgesteld dat een referendum heeft geleid tot een uitspraak tot afwijzing van een wet, vervalt zij.'

Het enige verschil met de voorgenoemde bepaling is dat de bevoegdheid om de wet te doen vervallen niet aan de regering, maar aan het electoraat wordt gedelegeerd.⁹ In talloze andere gevallen delegeert de wetgever de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen aan individuele ministers of staatssecretarissen. Het gaat daarbij dus om het doorspelen van regelstellende bevoegdheid aan een eenhoofdig, niet-democratisch verkozen ambt. Als dat allemaal is toegestaan, waarom mag dan niet aan het electoraat de bevoegdheid worden doorgespeeld om regels vast te stellen?¹⁰

Delegatie van overheidsbevoegdheden aan het kiezerscorps klinkt de Nederlandse jurist wellicht vreemd in de oren. In het Jaarverslag van de Raad van State over 2016 wordt zulke delegatie zelfs ongeoorloofd geacht. In het kader van de Wet raadgevend referendum schrijft vice-president Donner:

'[P]ublieke bevoegdheid [is] ook publieke plicht (...). Daarom kan de wetgever de wetgevende bevoegdheid niet naar goeddunken delegeren of overlaten aan niet-publiekrechtelijke instellingen. (...) Bij een raadplegend referendum wordt de verantwoordelijkheid voor de besluitvorming overgedragen aan een daartoe niet bevoegd orgaan: de opgekomen kiezers.'¹¹

Waarom eigenlijk? Voor Duitse juristen is delegatie aan de kiezer veel minder vreemd dan voor ons. Het concept vormt zelfs de kern van het (enige) arrest van het *Bundes-*

5. Art. 11 Wrr.

6. *Kamerstukken II* 2007/08, 31091, 4, p. 11-12.

7. Resp. art. 28 en art. 7 Gw.

8. De Aanwijzingen voor de regelgeving staan deze vorm uitdrukkelijk toe, zie Ar 181.

9. Wellicht zou men willen tegenwerpen dat wetten als de Crisis- en herstelwet uitdrukkelijk als tijdelijk zijn bedoeld. Te betogen valt echter dat de wetgever ook met een generieke referendumwet als die in de hoofdtekst (alle) wetten als tijdelijk aanmerkt.

10. Afgezien van de domeinen waarvoor de Grondwet een delegatieverbod kent.

11. Jaarverslag Raad van State 2016, p. 21.

verfassungsgericht over de verenigbaarheid van bij wet geregelde referenda met de Duitse grondwet.¹² In 1958 dienden de oppositiefracties in de Bondsdag een motie in die de Bondsregering opriep te voorkomen dat het Duitse leger zou worden uitgerust met atoomwapens. De motie wordt verworpen, net als een later wetsvoorstel voor een *Volksbefragung* hierover. De deelstaat Hamburg schrijft vervolgens bij wet wel zo'n *Volksbefragung* over atoomwapens uit. Bremen doet hetzelfde. De Bremense wet bepaalt dat de uitkomst van het referendum dient ter *Unterricht* voor zowel de Bremense landsregering als voor de door haar afgevaardigde leden voor de Bondsraad.¹³ De Bondsregering vraagt het *Bundesverfassungsgericht* om beide wetten onverenigbaar te verklaren met de federale grondwet. Het *Verfassungsgericht* benadrukt dat volgens de aangevallen landswetten dezelfde burgers kiesgerechtigd zijn bij dit referendum als bij de verkiezing van de landsparlementen. De referenda zijn daarom meer dan vrijblijvende opiniepeiling.¹⁴ De wetten verlenen de kiezers een overheidsbevoegdheid.¹⁵ In typisch Duits juristenproza overweegt het:

‘Die angegriffenen Gesetze schaffen also die Rechtsgrundlage (...) für eine Teilnahme des Bürgers als Glied des Staatsvolkes bei der Ausübung von Staatsgewalt; nach den Gesetzen soll das Volk als Verfassungsorgan des demokratischen Staates an der Bildung des Staatswillens teilhaben.’¹⁶

De bevolking neemt door de wet dus deel aan de uitoefening van overheidsbevoegdheid. Die deelname is weliswaar geoorloofd, maar wel aan grondwettelijke grenzen gebonden.¹⁷ Die worden hier overschreden. De grondwet verdeelt bevoegdheden tussen de bond en de landen. Defensie, waarop deze twee landsreferendumwetten betrekking hebben, behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de bond.¹⁸ De landswetgever kon de kiezers in de *Länder* daarom niet de bevoegdheid verlenen zich over dat onderwerp uit te spreken. Het Hof verklaart de wetten zuiver daarom nietig; dat daarbij aan de bevolking werd gedelegeerd, vormde geen probleem. Anders dan Duitsland, waar de grondwet bepaalt: ‘Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus’,¹⁹ kent Nederland geen volkssoevereiniteit. Dat verklaart wellicht waarom een

concept als delegatie aan het kiezerscorps de Nederlandse jurist weinig vertrouwd voorkomt. Net als de Nederlandse Grondwet is ook de Belgische grondwet niet gebaseerd op volkssoevereiniteit. De Belgische constitutie vertrouwt de soevereiniteit toe aan ‘de Natie’.²⁰ Dat is ‘een abstracte, ondeelbare en blijvende collectiviteit die de burgers uit het verleden, het heden en de toekomst omvat’.²¹ Vanwege die nationale soevereiniteit kan de Kamer van Volksvertegenwoordigers, die tezamen met de regering en soms de Senaat de federale wetgevende bevoegdheid uitoefent,²² niet worden beschouwd als vertegenwoordiger van het kiezerscorps. Art. 42 van de Belgische grondwet brengt dat tot uitdrukking:

‘De leden van beide Kamers vertegenwoordigen de Natie en niet enkel degenen die hen hebben verkozen.’

België heeft daarom een stelsel met, zoals de Belgische Raad van State dat noemt, een ‘strikt representatief karakter’.²³ Daarin kunnen burgers hun mening laten horen tijdens verkiezingen, door verzoekschriften tot de overheid te richten en door gebruikmaking van hun (politieke) grondrechten, maar zijn referenda waarbij de volksvertegenwoordiging aan de uitslag van het referendum wordt gebonden, zonder grondwetswijziging verboden.²⁴ Gelet op de vele vormen van delegatie die in de Nederlandse wetgevingspraktijk toelaatbaar worden geacht en gelet op de gedachte van delegatie aan het kiezerscorps betwijfelen wij of art. 81 Gw in alle gevallen zelfstandig de conclusie kan dragen dat beslissende wetgevingsreferenda onverenigbaar zijn met de Nederlandse Grondwet. Daarvoor is art. 50 Gw nodig.

3.2. Het vertegenwoordigende stelsel en het vrij mandaat (art. 50 en 67 lid 3 Gw)

Art. 50 Gw en zijn voorgangers luiden sinds 1814 onveranderd: ‘De Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk.’ De bepaling markeerde een duidelijke breuk met het stelsel van de Republiek, waarin de leden van de Staten-Generaal eerst en vooral afgezanten waren van hun eigen provincie. Deze ‘vertegenwoordigers’ moesten de belangen van hun principaal behartigen:

12. De Duitse grondwet bepaalt zelf dat er soms een referendum moet worden gehouden, zie bijv. art. 29 GG.

13. BVerfG 30 juli 1958, 8 E 104 (Volksbefragung), 107. Tegelijkertijd bepaalt de Bremense wet dat het referendum niet de beslissingsvrijheid van de landsregering aantast.

14. BVerfG 30 juli 1958, 8 E 104 (Volksbefragung), 111-112.

15. Dat het referendum niet bindend is, maar slechts adviserend, doet daaraan volgens het Hof niet af. Het overweegt: ‘Verfassungsorgane handeln organschaftlich, d. h. sie üben Staatsgewalt aus, nicht nur wenn sie rechtsverbindliche Akte setzen, sondern auch, wenn sie von Befugnissen Gebrauch machen, die nicht unmittelbar verbindliche Wirkungen hervorrufen (...)’ (BVerfG 30 juli 1958, 8 E 104 (Volksbefragung), 114).

16. BVerfG 30 juli 1958, 8 E 104 (Volksbefragung), 114.

17. BVerfG 30 juli 1958, 8 E 104 (Volksbefragung), 115-116: ‘das Tätigwerden als Staatsorgan – gleichgültig in welcher Form und mit welcher Wirkung es geschieht – im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat durch Kompetenznormen verfassungsrechtlich [ist, RS/JS] begrenzt.’

18. BVerfG 30 juli 1958, 8 E 104 (Volksbefragung), 116-118.

19. Art. 20 lid 2 GG. Het artikellid vervolgt: ‘Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.’

20. Art. 33 lid 1 Belgische grondwet: ‘Alle machten gaan uit van de Natie.’

21. A. Alen & K. Muylle, *Handboek van het Belgische Staatsrecht*, Mechelen: Kluwer 2011, nr. 110.

22. Zie art. 36 en 74 Belgische grondwet.

23. RvS 15 mei 1985, *Parl.St.*, Kamer 1983-84, 783/2, NA, geciteerd in: J. Velaers, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving, Vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen: Maklu 1999, p. 230.

24. Zie bijv. Alen & Muylle 2011, nr. 111.

de provincie, die bindende stemopdrachten kon meegeven.²⁵ In het nieuwe Koninkrijk moesten Kamerleden het algemeen belang dienen, niet de deelbelangen van specifieke groepen.²⁶ Bij de laatste grote grondwetswijziging, in 1983, werd deze oeroude bepaling onder algemene instemming gehandhaafd. Het was een heel andere tijd dan de begindagen van het Koninkrijk. Inmiddels hadden politieke partijen vergaande invloed verworven op ‘hun’ volksvertegenwoordigers,²⁷ en leken (en lijken) hun fracties zich soms wel degelijk als vertegenwoordigers van deelbelangen te profileren.²⁸ Niettemin stelt de memorie van toelichting bij het grondwetswijzigingsvoorstel onomwonden dat ‘ook thans’ de Staten-Generaal ‘gezamenlijk inderdaad héél het Nederlandse volk moeten vertegenwoordigen’. De regering achtte dit nog altijd de ‘opdracht voor de Staten-Generaal’.²⁹

Om die opdracht te kunnen vervullen, ziet het Kamerlid zijn positie versterkt door het lastverbod, inmiddels vervat in art. 67 lid 3 Gw. Niemand kan de volksvertegenwoordiger bindende steminstructies geven. Zo verkrijgt het Kamerlid juridisch de onafhankelijke positie om daadwerkelijk naar eigen overtuiging het algemeen belang te kunnen dienen, in plaats van te stemmen volgens de aanwijzingen van anderen – anderen die, zo is de gedachte, als zij stemopdrachten konden verstrekken, daarmee hun eigen belangen zouden bevorderen in plaats van die van het collectief.³⁰ Juridisch bezien betekent dit lastverbod volgens de grondwetsgeschiedenis dat ‘niet de ongeldigheid van een stemming [zal] kunnen worden ingeroepen op de grond, dat een lid van de kamer anders stemde dan in zijn fractie was overeengekomen’.³¹ In combinatie met art. 50 Gw verzekert de bepaling dat een Kamerlid ‘als zodanig in generlei specifieke mandaatverhouding mag staan’.³²

3.2.1. Het lastverbod

Maakt een bindend referendum inbreuk op het lastverbod? Anders dan de vertegenwoordigingsbepaling heeft het lastverbod slechts een beperkt toepassingsbereik. Een bindend wetgevingsreferendum kan daardoor zo worden vormgegeven dat het lastverbod niet wordt geraakt. Dat is het geval als de referendumwet bepaalt dat een door de kiezer verworpen wet automatisch haar rechtskracht verliest. Deze regeling laat de positie van de individuele

volksvertegenwoordiger onaangetast en vormt daarmee geen uitzondering op het lastverbod.

Zelfs ten aanzien van onze fictieve referendumwet, die regering en Staten-Generaal opdraagt een verworpen wet in te trekken, valt echter vol te houden dat zij geen inbreuk maakt op het lastverbod. De wet legt hier immers een verplichting op aan de wetgever als zodanig. Het betreft een algemene, voor de gehele Staten-Generaal geldende plicht om in overeenstemming met een referendumuitslag te handelen, en geen concrete instructie aan individuele volksvertegenwoordigers. Zulke wetgevingsplichten zijn er wel meer. Zo verplichten EU-recht en andere internationale regelgeving frequent tot regelstelling. Van dergelijke wetgevingsplichten wordt terecht nooit betoogd dat zij in strijd zijn met het lastverbod. Zolang een bindende referendumwet niet meer doet dan in algemene zin de verplichting in het leven roepen om de uitslag van het referendum te volgen, kan worden volgehouden dat zij niet in strijd komt met het lastverbod.³³

Het wordt ingewikkelder als volksvertegenwoordigers zichzelf op vrijwillige en individuele basis verplichten tot het volgen van een referendumuitslag. Stel dat de wetgever op enig moment een referendum uitschrijft over het voortbestaan van het Koninkrijk, en dat de Tweede Kamer bij algemene stemmen een motie aanvaardt waarin alle Kamerleden beloven de uitslag over te nemen. Is een dergelijke vorm van zelfbinding in strijd met het lastverbod?

Een uitspraak van de Kroon van een kleine twintig jaar geleden suggereert van niet. De Arnhemse burgemeester stelde Kroonberoep in tegen de Arnhemse referendumverordening.³⁴ Art. 16 lid 1 van die verordening luidt dat de raad bij het uitschrijven van een referendum vooraf bepaalt of de uitslag van het referendum ‘direct gevolgd wordt’. Kiest de raad daarvoor, dan bepaalt de verordening dat

‘dat deel van de raad dat zich bij een besluit van de raad om een referendum te houden heeft uitgesproken voor zelfbinding, dienovereenkomstig [beslist].’³⁵

Als wij het goed zien, beoogt de verordening voor raadsleden die vooraf beloven de referendumuitslag te volgen, een rechtsplicht te scheppen om achteraf de daad bij het woord te voegen. Anders dan de Arnhemse burge-

25. Uitgebreid: P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden. Deel I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, p. 503-505.

26. D.J. Elzinga, G. Hoogers & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 544; C.A.J.M. Kortmann (bew. door P.P.T. Bovend'Eert e.a.), *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016 (7e druk), p. 210.

27. J.J.J. Sillen, ‘Politieke partijen en de uitoefening van het passief kiesrecht’, in: H. Broeksteeg & R. Tinnevelt (red.), *Politieke partijen als anomalie van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 139-153.

28. Gelet op de namen van enkele partijen die anno 2017 in de Kamer vertegenwoordigd zijn – 50plus, de Partij voor de Dieren – en gelet op het programma van enkele andere – de PVV, DENK – lijkt de profilering op deelbelangen eerder sterker dan minder te zijn geworden.

29. *Kamerstukken II 1976/77, 14222, 3, p. 9 (MvT)*. Vgl. de instemmende reactie van de CDA-fractie, die – terecht – meende dat een goede en getrouwe Staten-Generaal ‘schuldig zijn alle mensen te representeren’ en ‘niet bepaalde volksdelen of groepen’ (*Kamerstukken II 1976/77, 14222, 6, p. 9 (VV)*).

30. Heel illustratief koppelt de Duitse grondwet in art. 38 daarvan het vrij mandaat direct aan de vertegenwoordigingsopdracht: ‘Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages (...) sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen.’ Zie Oud 1967, p. 492 voor vergelijkbare voorbeelden.

31. *Kamerstukken II 1976/77, 14224, 3, p. 6 (MvT)*.

32. *Kamerstukken II 1976/77, 14224, 6, p. 6 (MvA)*.

33. Iets anders is, dat de wetgever op grond van het lex-specialis-beginsel altijd van een dergelijke wet kan (en mag) afwijken.

34. KB 21 september 1994, *Stb.* 1994, 735 (Arnhemse referendumverordening).

35. Art. 16 lid 2 sub a Referendumverordening Arnhem 1993.

meester vond de Kroon deze bepaling niet in strijd met het lastverbod:

‘De ratio van het grondwettelijk verbod [van last, RS/JS] is daarin gelegen dat binnen het vertegenwoordigend stelsel de volksvertegenwoordiger naar eigen overtuiging handelt en bij stemmingen niet is gebonden aan een lastgeving; dat wil zeggen dat een andere persoon of een andere instantie hem geen rechtens bindende instructie kan opleggen met betrekking tot zijn stemgedrag.’³⁶

Volgens de Kroon is van een dergelijke lastgeving geen sprake bij de in de verordening bedoelde zelfbinding.

‘Het individuele raadslid krijgt immers geen directe last van zijn kiezers opgelegd; hij beperkt zijn vrije beslissingsruimte op vrijwillige basis uit de volheid van zijn bevoegdheden. Hij aanvaardt daarmee, voordat de kiezers hebben gesproken, een politieke binding aan hun uitspraak. Zomin als een *politieke binding* vooraf aan partijstandpunten, is deze *politieke binding* in strijd met het verbod van stemmen onder last.’ [cursivering RS/JS]

De Kroon noemt de zelfbinding van volksvertegenwoordigers aan een referendumuitslag een ‘politieke binding’, die zij op één lijn stelt met de ‘politieke binding’ van volksvertegenwoordigers aan het programma van hun partij. Belofte van volksvertegenwoordigers om zich naar de partijlijn te schikken zijn als nietig te beschouwen.³⁷ Anders gezegd: het zijn slechts *gentlemen’s agreements* zonder juridische afdwingbaarheid – en juist daardoor laten zij de constitutionele positie van de volksvertegenwoordiger onaangetast. Vertaald naar de Arnhemse situatie: zelfbinding door een volksvertegenwoordiger is juridisch krachteloos. Hoewel de gewraakte bepaling anders suggereert, kan het raadslid niet worden gedwongen om een bepaalde stem uit te brengen – en juist daarom komt de bepaling niet in strijd met het verbod van last.³⁸

3.2.2. De vertegenwoordigingsbepaling

Een bindend referendum maakt wél inbreuk op de vertegenwoordigingsopdracht van art. 50 Gw. De opdracht om het gehele Nederlandse volk te vertegenwoordigen is volgens de grondwetgever van 1983 nog altijd bedoeld om Kamerleden in te scherpen dat zij het algemeen belang voor ogen moeten houden.³⁹ Kamerleden mogen er dus

niet naar streven om exclusief de wensen van een bepaald deel van het electoraat te verwerkelijken ten nadele van de gerechtvaardigde belangen van het algemeen.

Mogelijk kán worden gedacht dat het volgen van de referendumuitslag geen inbreuk maakt op deze vertegenwoordigingsbepaling. De redenering kan zijn dat het Kamerlid slechts eigen afwegingen moet maken zolang het electoraat zich niet zelf duidelijk over een thema uitspreekt, maar dat een ‘volksvertegenwoordiger’ de wél kenbare wensen van het ‘vertegenwoordigde’ electoraat juist moet volgen.⁴⁰ Ook zou men kunnen redeneren dat de behartiging van deelbelangen juist bij het volgen van een geldige referendumuitslag niet aan de orde is. Dan heeft immers het *gehele* electoraat de gelegenheid gehad om zich uit te spreken.

Dit miskent echter de strekking van de vertegenwoordigingsbepaling.⁴¹ Art. 50 Gw is een opdracht aan de Staten-Generaal om in plaats van het electoraat en ten behoeve van de gehele bevolking het algemeen belang te dienen. Democratische besluitvorming is uitsluitend mogelijk via de volksvertegenwoordiging en daarbuiten dus niet.⁴² Zeker: dit is een nogal 19e-eeuwse, meritocratische benadering. De gedachte is immers, dat besluitvorming binnen de Staten-Generaal van *betere* kwaliteit is, of op zijn minst met zodanige institutionele waarborgen omgeven, dat de *kans* op evenwichtige besluitvorming binnen de Staten-Generaal groter is dan daarbuiten. Binnen de Staten-Generaal wordt namelijk besloten door personen die juist vanwege hun besluitvormende kwaliteiten verkozen zijn, zo is het idee.⁴³ Via art. 50 Gw krijgen deze volksvertegenwoordigers de opdracht om het algemeen belang, en geen deelbelangen te behartigen. Daarbij hoeven de verkozenen door het lastverbod niet te buigen voor druk van buitenaf.⁴⁴ Tot slot: men komt binnen de Staten-Generaal tot besluitvorming door een openbaar debat tussen de volksvertegenwoordigers, die daarbij ieder argument naar voren kunnen brengen dat hun goedgevoelt, zonder angst voor vervolging.⁴⁵ Dit ‘institutionele arrangement’ als geheel moet de kans op een afgewogen besluit vergroten – en juist daarom is dit de door de Grondwet voorgeschreven wijze van democratische besluitvorming. Deze benadering van de vertegenwoordigingsbepaling is, als gezegd, ouderwets en er valt zeker af te dingen op de gedachte dat dit arrangement zonder meer evenwichtigere besluiten oplevert, maar de gedachte ligt volgens ons wel in het geldend staatsrecht besloten. Deze gedachte kan overigens ook terughoudender worden geformuleerd:

36. KB 21 september 1994, *Stb.* 1994, 735, p. 3 (Arnhemse referendumverordening).

37. In de literatuur wordt dat breed aangenomen, zie P.P.T. Bovend'Eert, *Regeerakkoorden en regeringsprogramma's* (diss. Nijmegen), Den Haag: SDU 1988, p. 157, met verwijzingen. Deze nietigheid is volgens ons geïmpliceerd in HR 18 november 1988, *AB* 1989/185 (Arubaanse verkiezingsafspraken).

38. Deze redenering is zelfreferentieel: het lijkt erop dat de aangevochten bepaling niet door vernietiging van haar rechtskracht beroofd hoeft te worden – en dus door de beugel kan, juist omdat de daarin vervatte plicht toch geen rechtskracht heeft.

39. Vgl. Kortmann 2016, p. 210.

40. Zie ook, uitgebreider, de bijdrage van Boogaard in deze aflevering van *RMThemis*.

41. Zie ook Hirsch Ballin 2016, p. 3.

42. Zie ook Boogaard in deze aflevering van *RMThemis*.

43. Het is de vraag hoe overtuigend zo'n meritocratisch argument nog is, maar het ligt onmiskenbaar aan het vertegenwoordigend stelsel ten grondslag. Vgl. R. de Jong, *Van standspolitiek naar partijloyaliteit. Verkiezingen voor de Tweede Kamer 1848-1887* (diss. Amsterdam UvA), Hilversum: Verloren 1999, p. 72-73.

44. Bij verkiezingen en dus ook bij de stemming over een referendum geldt overigens een stemgeheim, dat de kiezer minimaal dezelfde vrijheid geeft om zonder druk van buitenaf zijn stem te bepalen.

45. Art. 71 Gw.

wellicht is niet voor iedereen overtuigend dat besluitvorming binnen het parlement evenwichtiger is dan besluitvorming daarbuiten, maar deze besluitvorming is op zijn minst iets wezenlijk anders. Voor de gewone referendumkiezer geldt immers geen met art. 50 Gw vergelijkbaar gebod. De referendumkiezer kan én mag bij wijze van spreken beslissen op grond van zuiver eigenbelang, emotie of eender welke andere, in het licht van art. 50 Gw illegitieme grond. De gewone kiezer maakt bovendien geen deel uit van een orgaan waarbinnen de besluitvormers na onderling, openbaar debat tot hun beslissingen komen.

Oud merkt terecht op dat de Grondwet al in 1815 voorschreef dat de Staten-Generaal het *gehele* Nederlandse volk zouden vertegenwoordigen. Dat was in een tijd dat Eerste Kamerleden werden benoemd en Tweede Kamerleden werden gekozen door Provinciale Staten – voor wie slechts een zeer beperkt kiezerscorps bestond. Dit elitaire gezelschap kreeg de opdracht om alle Nederlanders te vertegenwoordigen; een duidelijke opdracht dus om ook de belangen te behartigen van degenen die niet op de betrokken volksvertegenwoordiger hadden gestemd of hadden kunnen stemmen.⁴⁶ Art. 50 Gw verplicht de Kamerleden nog altijd om zelf af te wegen wat het algemeen belang vergt – hoe moeilijk dat soms ook is vast te stellen – en dat gebeurt niet door de visie van een meerderheid van het electoraat slaafs te volgen, omdat dan geen acht wordt geslagen op de belangen van de ‘verliezende’ minderheid en degenen die niet zijn opgekomen of mochten opkomen, maar wel behoren tot het ‘Nederlandse volk’.⁴⁷

4. De grondwettigheid van adviserende wetgevingsreferenda

Anders dan van bindende referenda wordt van adviserende referenda doorgaans aangenomen dat zij niet in strijd zijn met de Grondwet, zodat zij bij gewone wet of

raadsverordening kunnen worden ingesteld. Uit de betrokken wet of verordening blijkt dat adviserende, niet-bindende karakter: het referendum heeft geen gevolg voor de gelding van het voorgelegde besluit, noch scheidt het voor de politieke ambten de rechtsplicht om een geldige uitslag te volgen.⁴⁸ Juridisch gezien behoudt de volksvertegenwoordiging dus de ruimte om te beslissen hoe de uitslag moet meewegen. Volgens ons moet dit behoud van politieke beslissingsruimte *reëel* zijn, wil daadwerkelijk van een adviserend, en daarmee grondwettig referendum sprake zijn. Zijn de omstandigheden rond een referendum zodanig dat de politiek de uitslag slechts slaafs kan volgen, dan kan er feitelijk niet meer van een adviserend referendum worden gesproken. Het referendum komt dan in strijd met art. 50 Gw.

In deze paragraaf bezien wij van verschillende typen adviserende referenda het risico dat zij art. 50 Gw schenden, doordat daarvan een zodanige politieke druk uitgaat dat de beslissingsruimte van de volksvertegenwoordiging illusoir wordt. Hieronder zijn vier typen adviserende referenda schematisch weergegeven.⁴⁹

Adviserende wetgevingsreferenda kunnen om te beginnen worden onderscheiden naar onderwerp. Een ‘correctief’ referendum strekt tot mogelijke afwijzing van een reeds genomen besluit; een ‘niet-correctief’ referendum ziet op een onderwerp waarover het bevoegde orgaan nog moet beslissen. Een tweede relevant onderscheid betreft de vraag wie het referendum initieert. Bij een raadgevend referendum komt het initiatief vanuit het electoraat; bij een ‘raadplegend’ referendum legt het tot besluitvorming bevoegde orgaan zelf een kwestie⁵⁰ aan het electoraat voor. Combinatie van deze criteria levert vier varianten op. De IVe daarvan (het raadplegend correctief referendum) zal in de praktijk niet voorkomen. Moeilijk voorstelbaar is immers dat een bevoegd orgaan eerst zijn besluitvorming afrondt en vervolgens de bevolking nog

	Referendumonderwerp	
	Onderwerp is een reeds genomen besluit van een bevoegd orgaan	Onderwerp waarover nog geen besluitvorming heeft plaatsgevonden
Initiatief voor het referendum vanuit het electoraat	II Raadgevend correctief (Oekraïne-referendum)	I Raadgevend volksinitiatief
Initiatief voor het referendum vanuit het orgaan dat over het referendumonderwerp zal besluiten	IV Raadplegend correctief	III Raadplegend referendum (EU-grondwet-referendum)

46. Oud 1967, p. 487.

47. Vgl. Kortmann 2016, p. 210.

48. Vgl. het advies van de Raad van State bij de Tijdelijke referendumwet, *Kamerstukken II* 1999/2000, 27034, B, p. 2, met de aanbeveling om ‘geen suggesties te wekken met betrekking tot de mogelijke werking van de voorgestelde referendumvorm en de verschillen met een bindend referendum duidelijk aan te geven’. De oorspronkelijke toelichting bevatte de mededeling dat de uitslag ‘vrijwel even bindend zal zijn’ als een bindend referendum. Het advies leidde tot aanpassing van de memorie van toelichting.

49. Zie ook de brief van de Minister van BZK aan de Tweede Kamer van 29 november 2002, *Kamerstukken II* 2002/03, 23987, 28, p. 1-2.

50. Ook correctieve referenda berusten op regelgeving zodat ook hun bestaan in algemene zin berust op een initiatief van de wetgever. Bij raadgevende referenda komt echter juist de concrete referendumvraag vanuit het electoraat.

verzoekt zich daarover uit te spreken.⁵¹ De referendumtypen I, II en III daarentegen zijn in Nederland ooit voorgesteld of voorgekomen. Het raadgevend volksinitiatief (type I) werd voorgesteld door de Staatscommissie-Biesheuvel die in 1985 adviseerde over de relatie tussen kiezers en beleidsvorming.⁵² De Tijdelijke referendumwet (2002-2005) en de Wet raadgevend referendum (2015-heden; de basis voor het Oekraïne-referendum) waren raadgevende correctieve referenda (type II). De Wet raadplegend referendum Europese Grondwet (2005-2008) maakte een raadplegend referendum mogelijk (type III). In de volgende paragrafen bezien wij per referendumtype de politieke druk die daarvan te verwachten is. Deze druk is het gevolg van de aard van de initiatiefnemer, de deelname van volksvertegenwoordigers aan de campagne en de opkomst in combinatie met de relatieve omvang van het ‘winnende kamp’ bij het referendum. Deze druk verschilt per referendumtype. Voor alle adviserende referenda geldt naar ons oordeel overigens dat zij sowieso ongrondwettig worden als een substantieel deel van de volksvertegenwoordigers in de aanloop naar het referendum te kennen geeft de uitslag zonder meer te zullen volgen. Hoewel een dergelijke zelfbinding door volksvertegenwoordigers, als gezegd,⁵³ niet in strijd is met het lastverbod, geeft de volksvertegenwoordiger daarmee wel de ruimte op om achteraf, in het licht van alles wat dan bekend is, een eigen afweging te verrichten. De politieke kosten van woordbreuk zijn in zulke gevallen immers zo groot, dat de volksvertegenwoordiger zijn eigen beslissingsruimte illusoir maakt. Met een belofte om de uitslag te volgen, handelt een volksvertegenwoordiger daardoor in strijd met de opdracht die art. 50 Gw hem stelt. Als een substantieel deel van de volksvertegenwoordigers zulke verklaringen aflegt, komt het referendum als zodanig met de Grondwet in strijd, omdat het vertegenwoordigend stelsel formeel niet, maar feitelijk wel degelijk ondergraven raakt.⁵⁴ Dat was aan de orde bij het referendum over de Europese grondwet, waarbij een meerderheid van de Tweede Kamerfracties vooraf verklaarde de uitslag, al dan niet bij een voldoende opkomst, te zullen volgen.⁵⁵ Bij de bespreking hierna laten wij die omstandigheid – die ieder adviserend referendum sowieso ongrondwettig maakt – buiten beschouwing.

4.1. Type I: raadgevend volksinitiatief

Een volksinitiatief berust op een algemene⁵⁶ referendumregeling die een beperkt gedeelte van de kiezers de mogelijkheid geeft om een concreet, maar nog niet ingediend, (idee voor een) wetsvoorstel aan het gehele electoraat te doen voorleggen. De adviserende, niet-bindende variant van het volksinitiatief roept geen spanning met de Grondwet op. Een raadgevend volksinitiatief is immers weinig meer dan een opiniepeiling in een officieel jasje. Ook zo’n officiële opiniepeiling kan een sterk politiek effect hebben, vooral als daarbij een hoge opkomst resulteert in een duidelijke meerderheidsuitspraak. Van belang is echter dat het niet de politieke organen zijn die het initiatief tot het referendum nemen. De wetgever moet weliswaar het verschijnsel volksinitiatief als zodanig mogelijk maken – waarmee hij impliciet te kennen geeft dit instrument van waarde te achten – maar hij heeft niet de hand in de keuze van de concrete thema’s die aan het electoraat worden voorgelegd.

Bij deze constellatie houdt de volksvertegenwoordiging de handen vrij. De politieke ambten zijn op geen enkele wijze gecommiteerd aan het concrete referendum dat er wordt georganiseerd. Zij kunnen dus rustig afwachten wat het referendum oplevert, hoeven zich niet in de campagne te mengen en kunnen een (eventuele) geldige uitslag weliswaar in ogenschouw nemen, maar hoeven deze niet in de weg te laten staan aan de eigen afweging. Juist omdat het volksinitiatief niet wordt georganiseerd om een in de Staten-Generaal uitgekristalliseerd besluit te verwerpen, zal nadere besluitvorming, het in kaart brengen van belangen en mogelijkheden en een reëel nader debat mogelijk en meestal ook nodig zijn. De politiek behoudt onzes inziens doorgaans ook alle ruimte om naar aanleiding van een geldige uitslag nader onderzoek te laten doen naar mogelijkheden om aan die uitslag recht te doen, het besluit uit te stellen tot de tijd rijp is of te onderzoeken of gedeeltelijk aan de kiezerswens tegemoetgekomen kan worden. Een kiezersuitspraak dat euthanasie bij ouderen met een duidelijke levenseindewens wettelijk geregeld zou moeten worden, bijvoorbeeld, biedt de Staten-Generaal, zelfs als deze uitslag gevolgd wordt, nog veel ruimte om bij de uitwerking eigen afwegingen te maken en allerhande (algemene) belangen in de concrete regeling daarvan te verdisconteren.⁵⁷ Als het volksinitiatief

51. Vgl. de notitie van de Minister van BZK van 29 november 2002 (*Kamerstukken II 2002/03, 23987, 28, p. 4*), volgens welke het organiseren van een raadplegend correctief referendum ‘geenszins voor de hand ligt’.

52. Staatscommissie-Biesheuvel, *Relatie kiezers-beleidsvorming. Eindrapport van de staatscommissie van advies inzake de relatie kiezers-beleidsvorming*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1985, p. 63-78. Lokaal bestaan referendumvarianten met trekken van een volksinitiatief, maar voor zover wij hebben kunnen nagaan behoudt de raad zich daarbij – ook na voldoende ondersteuningsverklaringen voor een referendum – toch de eindbeslissing voor over het organiseren en de precieze formulering. Zie bijv. art. 5 lid 4 Nijmeegse Referendumverordening.

53. Paragraaf 3.2.1.

54. Ook de Raad van State lijkt, zij het voorzichtiger, zo te redeneren, als hij schrijft dat ‘het in ons constitutionele stelsel niet past bij de verantwoordelijkheid van de wetgever om zonder inhoudelijke heroverweging de uitkomst van het raadgevende referendum te volgen’. Tegen die achtergrond benadrukt de Afdeling dat verklaringen van politici om de referendumsuitslag op voorhand of na het referendum zonder inhoudelijke heroverweging te volgen, leiden tot een situatie die zich niet verdraagt met het karakter van het niet-bindende referendum en op gespannen voet staat met de Grondwet (*Kamerstukken II 2015/16, 34423, 4, p. 5*). Zie ook *Kamerstukken II 2007/08, 31259, 5, p. 3-4*.

55. www.parlement.com/id/vh8ml7j9udxm/referendum_europese_grondwet (geraadpleegd 7 juli 2017).

56. Uit de aard der zaak kan een volksinitiatief, anders dan bij raadplegende referenda het geval is, niet incidenteel door de wetgever worden uitgeschreven.

57. Overigens moet worden toegegeven dat de referendumvraag door haar concrete formulering de nadere beslissingsruimte van de politieke ambten wel degelijk kan minimaliseren. Een volksinitiatief om ‘het homohuwelijk in de Grondwet te verbieden’ laat weinig ruimte voor nuancering bij de uitwerking daarvan.

een thema betreft dat een politieke *no go* is – opzegging van het NAVO-lidmaatschap bijvoorbeeld – kunnen politici zelfs reeds vooraf verklaren dat zij aan een bepaalde uitslag *geen* gevolg zullen geven. Het raadgevend volksinitiatief vormt daarom als zodanig de geringste bedreiging voor het grondwettelijk stelsel.

4.2. Type II: raadgevend correctief referendum (Oekraïne-referendum)

Het raadgevend correctief referendum heeft veel met het raadgevend volksinitiatief gemeen. Net als bij een raadgevend volksinitiatief zorgt een deel van het electoraat, en niet de wetgever, ervoor dat het referendum wordt georganiseerd. Anders dan bij het volksinitiatief wordt bij een correctief referendum echter een reeds aangenomen wetsvoorstel aan de kiezer voorgelegd. Dat heeft ten minste twee gevolgen.

Ten eerste zullen politici daardoor sneller dan bij een raadgevend volksinitiatief geneigd zijn in de campagne in de aanloop naar het referendum stelling te nemen. Ten tweede, omdat het referendum gaat over een concreet besluit, is de uitslag duidelijker en daardoor moeilijker te passeren. Bij het Oekraïne-referendum waren deze omstandigheden ook zichtbaar. Na enige aarzeling mengden alle partijen zich in de referendumcampagne. Toen de uitslag regering en (de meerderheid binnen de) Staten-Generaal tegenviel, leken zij het niet aan te durven om die naast zich neer te leggen door het verdrag zonder mitsen of maren te ratificeren. Er is veel politieke tijd en energie geïnvesteerd in het vinden van een ‘geitenpaadje’ tussen het volgen van de referendumuitslag en onvoorwaardelijke ratificatie. Tegelijkertijd is er naar dat geitenpaadje wel steeds gezocht; enige politieke afwegingsruimte restte blijkbaar toch.

Wij menen dat deze gevolgen van het raadgevend correctief referendum weliswaar duidelijk spanning opleveren met de Grondwet, maar dat de kans dat daardoor de reële beslissingsruimte van de volksvertegenwoordiging illusoir wordt niet zo groot is dat dit referendumtype moet worden afgewezen.

4.3. Type III: raadplegend referendum (EU-grondwet)

Wij zien duidelijk spanning met de Grondwet bij raadplegende referenda – referenda dus die op initiatief van de wetgever worden uitgeschreven. Op dit punt verschillen wij van oordeel met (een meerderheid binnen) de Staatscommissie-Biesheuvel die hierover in 1985 een visie formuleerde die ook later nog in overheidsstukken resoneert.⁵⁸ Deze commissie vond dat het enkele feit dat een referendum formeel niet bindend is ‘nog niet ten volle de conclusie rechtvaardigt dat grondwetswijziging achterwege kan blijven’. Aan een volksuitspraak zal volgens de commissie ‘immers behoudens bijzondere omstandigheden gevolg moeten worden gegeven’ en ‘dit is ook juist de bedoeling van het houden van een dergelijke raadpleging’. Met deze overwegingen valt volledig in te stemmen. De commissie meent vervolgens echter dat het erop aankomt of het bevoegde orgaan zélf beslist tot de raadpleging. Juist een door de wetgever uitgeschreven referendum zou met de Grondwet stroken, omdat het bevoegde orgaan als het ware zelf zijn beslissingsruimte inperkt.⁵⁹ Wij zien dit anders.⁶⁰ Immers, juist als het referendum *niet* door de wetgever wordt uitgeschreven, houdt hij de handen vrij. Raadplegende referenda daarentegen zijn uiterst dubieus. Met een *raadpleging* peilt de wetgever bewust de visie van het electoraat over een concreet, door hem gekozen thema, waarover hij nog moet besluiten. Reeds dat initiatief verkleint de politieke beslissingsruimte aanzienlijk. Wie immers zelf besluit dat een referendum alle kosten en moeite van het organiseren waard is en vervolgens, zoals naar alle waarschijnlijkheid het geval is, actief aan de publieksvoorlichting of de referendumcampagne deelneemt, kan dat referendum achteraf bezwaarlijk terzijde schuiven als de uitkomst hem niet bevalt.⁶¹ Kort gezegd: wie een ander om advies vraagt, kan dat later eigenlijk moeilijk negeren. Dat geldt te meer als de complete bevolking om advies is gevraagd.⁶²

Mét raadpleging van het gehele electoraat manoeuvreert de wetgever zich in de positie dat hij nauwelijks nog een eigen afweging kan verrichten. Dit referendumtype maakt volgens ons dan ook het risico dat art. 50 Gw wordt geschonden zo groot, dat het onder de huidige Grondwet moet worden afgeraden dit soort referenda te organiseren. Dat geldt *a fortiori* als een raadplegend referendum wordt

58. Staatscommissie-Biesheuvel 1985, p. 85. Zo bijvoorbeeld ook de Circulaire aan de gemeentebesturen van de Minister van BZK van 27 januari 1995, *Stcrt.* 1995, 21. De visie wordt ook instemmend aangehaald in *Kamerstukken II* 2002/03, 23987, 28, p. 2-3.

59. De commissie concludeert, geheel anders dan wij, dat juist een raadgevend volksinitiatief ongrondwettig is, omdat dat een externe inmenging in de grondwettelijke bevoegdheidstoedeling oplevert, waaraan het bevoegde orgaan niet heeft meegewerkt.

60. Net als Prakke, zie diens minderheidsopinie als lid van de Staatscommissie-Biesheuvel, zie Staatscommissie-Biesheuvel 1985, p. 85.

61. Interessant is in dit verband ABRvS 5 maart 1998, *JB* 1998/79 (*Amsterdamse referendumverordening*). De Kroon had een Amsterdamse referendumverordening vernietigd omdat die een volksinitiatief mogelijk maakte. Volgens de Kroon zijn referenda uitsluitend toegestaan als de raad zelf per concreet geval beslist tot het houden daarvan. De visie is vergelijkbaar met die van de Staatscommissie-Biesheuvel. Het vernietigings-KB gaat bij de Afdeling echter onderuit omdat er ook bij een raadgevend volksinitiatief nog voldoende eigen beslissingsruimte van de raad kan overblijven. In een ouder KB, *Stb.* 1914, 614 (Almelose kermis), ter vernietiging van de verordening waarin de Almelose bevolking om advies wordt gevraagd over herinvoering van de Almelose kermis, oordeelde de Kroon (begrijpelijkerwijs) dat juist een raadplegend referendum sowieso ongrondwettig is: ‘dat de beslissing in deze wel is waar formeel blijft aan den gemeenteraad, maar dat de bedoeling van den Raad niet anders kan zijn dan een onderzoek te doen naar den wensch van de meerderheid der kiezers, ten einde daarmede rekening te houden bij de te nemen beslissing; dat zodanig onderzoek moet worden beschouwd als het houden van ruggespraak door den gemeenteraad met de gezamenlijke kiezers’. Weliswaar lijkt een raadplegend referendum niet in strijd met het lastverbod in strikte zin, maar het staat inderdaad op zeer gespannen voet met de gedachte van het vertegenwoordigend stelsel, te weten dat *in* de volksvertegenwoordiging wordt besloten.

62. *Kamerstukken II* 2005/06, 30309, 4, p. 2 (RvS) (‘De Grondwet staat niet toe dat de wetgever gebonden is aan de uitslag van het raadplegend referendum. De uitslag kan wel beschouwd worden als een zwaarwegend advies, zo stelt de initiatiefnemer. De Raad onderkent dat de uitslag van een raadplegend referendum formeel niet bindend kan zijn. Bij het raadplegend referendum over de Europese Grondwet is echter zichtbaar geworden dat een duidelijke uitslag, bij een hoge opkomst, politiek gezien feitelijk bindend is.’)

gecombineerd met een opkomstdrempel. Als de wetgever het initiatief neemt tot een volksraadpleging én daarbij vooraf vastlegt bij welke opkomst hij die uitslag als ‘relevant’ beschouwt, dan valt een geldige uitslag realiter niet meer te negeren.⁶³ Een dergelijke gang van zaken achten wij in strijd met art. 50 Gw.

5. Conclusie

Het lastverbod (art. 67 lid 3 Gw) *an sich* hoeft niet geraakt te worden door invoering van bindende wetgevingsreferenda, en zelfs ten aanzien van art. 81 Gw – dat doorgaans klaarblijkelijk uiteenlopende vormen van delegatie toelaat – kan betwijfeld worden of het in alle gevallen aan bindende referenda in de weg staat. Bindende wetgevingsreferenda wijken echter wel degelijk steeds af van de vertegenwoordigingsopdracht van art. 50 Gw, op grond waarvan democratische besluitvorming plaatsvindt in de Staten-Generaal en niet daarbuiten. Daarom kunnen bindende referenda uitsluitend worden ingevoerd door ze in de Grondwet zelf op te nemen.

Adviserende wetgevingsreferenda hoeven niet in strijd te zijn met die vertegenwoordigingsopdracht, mits de Staten-Generaal reële beslissingsvrijheid behouden. De kans dat die beslissingsvrijheid ontbreekt is bij raadplegende referenda, zeker als zij een opkomstdrempel bevatten, zó groot, dat zij naar ons oordeel moeten worden afgewezen. Ook bij raadgevende correctieve referenda bestaat de kans dat de beslissingsvrijheid van de Staten-Generaal illusoir wordt. Wij achten die kans echter niet zo groot dat zij daarom zonder meer achterwege moeten blijven.

63. Ook de Raad van State redeneert zo als hij schrijft: ‘Daarnaast bestaat het gevaar bij het opnemen van een [opkomst]drempel [in de Wrr] (...) dat het advies een dwingender karakter krijgt op het moment dat deze drempel gehaald wordt. Indien vooraf wordt bepaald dat een uitslag geldig is als de meerderheid tegen is en die meerderheid een bepaald deel van het electoraat vertegenwoordigt, kan het niet-bindende karakter in de praktijk worden ondermijnd.’ (*Kamerstukken II 2013/14, 33934, 4, p. 2*).