

## ARTIKELEN

## Toetsing in het wetgevingsproces versterkt

R.J.B. Schutgens

## 1. Nieuwe doordenking van de toetsing door de wetgever

Er zijn twee aanleidingen om de constitutionele toetsing door de wetgever opnieuw aandacht te schenken. Om te beginnen hebben in het afgelopen decennium twee 'zware' commissies onderzoek gedaan naar mogelijkheden om de Nederlandse Grondwet (Gw) te versterken. Bij de *Nationale conventie* resulteerde dat onder andere in het advies, de toetsing tijdens het wetgevingsproces te verbeteren.<sup>1</sup> De *Staatscommissie Grondwet* constateerde dat het kwestieus is of de Grondwet in het wetgevingsproces 'wel de aandacht krijgt die zij verdient'. Daarom adviseerde ook zij 'de betekenis van de Grondwet in de wetgevingsprocedure te vergroten' en stelde daartoe enkele maatregelen voor.<sup>2</sup> Bovendien zal de tweede lezing van het 'voorstel-Halsema' (moeten) leiden tot een evaluatie van de toetsing door de wetgever zelf. Paradoxaal genoeg geldt dat zowel bij aanneming als bij verwerping daarvan. Zou de rechter inderdaad bevoegd worden om de wet aan de Grondwet te toetsen – daar lijken overigens nog maar weinigen in te geloven – dan noodzaakt dat al tijdens het wetgevingsproces tot een actievere en kritischere toetsing. Wordt daarentegen het voorstel-Halsema verworpen, dan maakt 'de politiek' daarmee een bewuste keuze om de sinds 1848 bestaande 'traditie van niet-toetsing'<sup>3</sup> voor lange tijd te continueren. Een (her)bevestiging van ons – internationaal gezien – wat archaische grondwettelijk stelsel waarin de wetgever geacht wordt het beter te weten dan de rechter, zou moeten leiden tot een vernieuwd streven om het dan als wetgever ook echt beter te *doen*.<sup>4</sup>

Deze bijdrage begint met een kleine relativering (par. 2), om daarna uiteen te zetten waarom versterking van toetsing tijdens het wetgevingsproces wel degelijk

- 1 Rapport van de Nationale conventie, *Hart voor de publieke zaak*, 2006, p. 47. Overigens was deze aanbeveling uitdrukkelijk gekoppeld aan het advies om art. 120 Gw te schrappen.
- 2 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 44-45. Te weten: versterking van de juridische ondersteuning bij de ministeries en bij de Kamers (zie ook par. 4 hierna), vergroting van het constitutioneel bewustzijn van politici en expliciete aandacht voor de Grondwet in de advisering van de Raad van State (zie ook par. 4.1).
- 3 HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet), r.o. 4.5.
- 4 Curieus is het opiniestuk van de VVD-Kamerleden Blok, Dijkhoff en Taverne in de NRC van 23 februari 2012 'Verdragen mogen niet langer rechtstreeks werken', dat voorstelt om (zelfs) rechterlijke toetsingsoordelen op grond van art. 94 Gw vatbaar te maken voor correctie door de wetgever. De bedoeling zou zijn dat de wetgever weer zijn verantwoordelijkheid neemt bij het bewaken van de grondrechten. Een dergelijk plan laadt toch wel een stevige verantwoordelijkheid op de wetgever. Vergelijkbare ideeën zijn te vinden in *Onbetwistbaar recht? Juridisering en het evenwicht tussen rechtsstaat en democratie* (Geschrift 113), Teldersstichting 2012.

waardevol is (par. 3). Daarna volgt een overzicht van richtingen waarin men die versterking kan zoeken (par. 4).

Hoewel dit themanummer is gewijd aan de toetsing van wetsvoorstellen aan de Grondwet als zodanig, ga ik vooral in op de toetsing aan de grondrechten. De grondrechten zijn immers verreweg de voornaamste bron van inhoudelijke normstelling aan de wetgever, of kunnen dat zijn. Vanwege de nauwe verbondenheid met dit thema komt op verschillende plaatsen ook de toetsing aan internationale mensenrechten aan bod.

## 2. Enige relativisering

De eerlijkheid gebiedt om vooraf een relativiserende opmerking te maken: er is hier geen sprake van een nijpend probleem. Het stemt weliswaar niet tot vrolijkheid dat een enkele politieke partij met evident ongrondwettige voorstellen komt, zoals een verbod op het bezit van een heilig boek of een belasting op het dragen van bepaalde religieuze kleding, maar het overgrote gedeelte van deze plannen brengt het niet eens tot wetsontwerp. Het feit dat dit soort ideeën al vroeg worden 'uitgezeefd', lijkt mij een aanwijzing voor de waakzaamheid van de bestaande instituties. Gelet op de uitkomsten van het wetgevingsproces zie ik drie redenen waarom niet kan worden geconcludeerd dat de wetgever als zodanig vaak constitutionele steken laat vallen.

Ten eerste is het lastig om geldende wetgeving aan te wijzen die duidelijk in strijd is met de Grondwet. Tijdens de eerste lezing van het voorstel-Halsema werd in de Senaat gevraagd om voorbeelden van ongrondwettige wetgeving. Halsema kon dergelijke voorbeelden gelukkig niet geven; volgens haar was er 'geen aanleiding om te veronderstellen dat de wetgever bewust wetten tot stand heeft gebracht die in praktijk grondrechten schenden'.<sup>5</sup> Ook een door Sillen eind 2010 verrichte zoektocht naar wetenschappelijke bijdragen waarin juridische auteurs betoogden dat bepaalde wetgeving in strijd is met de Grondwet, leverde slechts twee voorbeelden op.<sup>6</sup>

Ten tweede. Als de rechter op basis van artikel 94 Gw veelvuldig wetsbepalingen buiten toepassing zou laten wegens strijd met internationale mensenrechten, dan zou dat een aanwijzing kunnen zijn dat de wetsprocedure vaak wetgeving oplevert die (tevens) in strijd is met haar grondwettelijke evenknie. Welnu, het aantal gevallen waarin de (hoogste) nationale rechter formele wetgeving in strijd oordeelt met verdragsrecht, is vrij beperkt.<sup>7</sup> Het argument dat wetgeving in strijd is met verdragsrecht wordt weliswaar frequent in stelling gebracht, maar zelden

5 *Kamerstukken I* 2006/07, 28 331, C, p. 5.

6 J.J.J. Sillen, 'Tegen het toetsingsrecht', *NJB* 2010, p. 2742-2748, hier p. 2744.

7 Sillen 2010, p. 2745, doorzocht met de zoektermen "94 + Grondwet" en "94 Gw" de *NJ*, de *AB* en de *BNB* voor periode 2000-2009 en vond negen gevallen waar de wet buiten toepassing werd gelaten. Een deel daarvan is bovendien niet te beschouwen als wetgeving die het resultaat is van een onjuiste afweging in het wetgevingsproces (zie de volgende voetnoot).

R.J.B. Schutgens

gehonoreerd.<sup>8</sup> Daar komt nog bij dat het in een deel van de gevallen waar de rechter wel wetgeving buiten toepassing laat, gaat om verouderde wetgeving die door de toetsende rechter bij de tijd wordt gebracht.<sup>9</sup> Dat is weliswaar een belangrijke functie van het toetsingsrecht van artikel 94 Gw, maar hier kan bezwaarlijk worden gezegd dat de wetsprocedure onrechtmatige wetgeving opleverde; hoogstens dat de wetgever te lang inactief is gebleven terwijl maatschappelijke opvattingen evolueerden.

Ten derde. Nederland wordt met enige regelmaat veroordeeld door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Uit de casuïstiek spreekt weliswaar niet steeds een even groot engagement met de grondrechten, maar ook hier ligt het probleem zelden bij de wetgever, maar meestal bij de wijze waarop de executieve de wet in een concreet geval toepast.<sup>10</sup>

Mijn conclusie is dan ook dat er vooralsnog weinig aanwijzingen zijn dat het wetgevingsproces vaak constitutionele wetgeving oplevert. De met vele waarborgen omgeven wetsprocedure lijkt te doen wat zij moet doen: zij vormt een zeef waarin constitutionele wetsvoorstellen meestal blijven hangen.

### 3. Waarom versterking wel degelijk zinvol is

Ondanks het voorgaande is een versterking van de toetsing tijdens de wetsprocedure zinvol.

Om te beginnen kan een grotere aandacht voor de conformiteit met de Grondwet (tijdens het wetgevingsproces én daarbuiten) bijdragen aan het vestigen van een 'constitutionele cultuur'.<sup>11</sup> Door actieve toepassing van en toetsing aan een bepaalde set normen<sup>12</sup> gaat de toepasser deze normen op den duur vaak in meer of mindere mate internaliseren – dat is althans mijn ervaring met juridische studenten, en ik zie weinig redenen waarom dat bij de deelnemers aan het wetgevings-

8 Dat komt waarschijnlijk mede doordat de rechter schending van een internationaal grondrecht vaak kan voorkomen door verdragsconforme wetsinterpretatie of door nadere eisen te stellen voor een rechtmatige uitoefening van op de wet berustende bevoegdheden. Een voorbeeld van het eerste is de Grondwet- en verdragsconforme interpretatie van art. 137c Sr, waarbij strikt genomen 'beledigende' uitingen dat niet meer zijn als zij in het maatschappelijk debat een godsdienstige of politieke opvatting vertolken (zie o.a. HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203, r.o. 3.4.4 (Van Dijke) en Rb. Den Haag 23 juni 2011, *AA* 2012, p. 290-294 (Wilders). Anders: HR 16 juni 2009, *NJ* 2009, 379). Een voorbeeld van het tweede is de strafrechtelijke ontruiming van kraakpanden. Art. 551a Sv geeft daartoe een niet-geclausuleerde bevoegdheid, die volgens de Hoge Raad slechts conform art. 8 EVRM wordt uitgeoefend als de ontruimden gelegenheid hebben gekregen naar de rechter te stappen, HR 28 oktober 2011, *LJN* BQ9880. In beide gevallen blijft de 'kern' van de wet overeind.

9 Denk aan de jurisprudentie na het Straatsburgse Benthem-arrest of jurisprudentie uit de jaren tachtig waarbij verouderde, op 'traditioneel-christelijke' leest geschoeide bepalingen uit Boek 1 BW via art. 8 EVRM worden gemoderniseerd, zie bijv. HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585 (Ongehuwde ouders).

10 Zie bijv. EHRM 10 januari 2012, nr. 22251/07 (*G.R. t. Nederland*) en EHRM 14 februari 2012, nr. 7094/06 (*Romet t. Nederland*).

11 Term van de Staatscommissie Grondwet, p. 46.

12 Dat geldt overigens ook voor andere normen dan grondrechten.

proces anders zou zijn. Weliswaar lijkt de wetgever als zodanig de Grondwet niet met voeten te treden, maar dat neemt niet weg dat het mogelijk geen overbodige luxe is als enig besef van het belang van de grondrechten bij sommige individuele Kamerleden meer gaat leven.

Daarnaast draagt een actievere toetsing vóóraf bij aan de wetgevingskwaliteit omdat zij wetgeving oplevert die berust op een zorgvuldigere weging van feiten en argumenten. In ieder geval scheppen de grondrechten een afwegingskader dat ertoe dwingt om alle voor- en nadelige effecten van wetgeving zorgvuldig in kaart te brengen en te bezien of de kosten tegen de baten opwegen.<sup>13</sup> Bovendien valt niet uit te sluiten dat de wetgever beter in staat is om de gerechtvaardigheid van een grondrechtsbeperkende maatregel te beoordelen dan de rechter. Weliswaar komt die beoordeling – zowel bij de rechter als bij de wetgever – uiteindelijk neer op een normatieve keuze, maar die keuze kan beter en eenvoudiger worden gemaakt naarmate daarvoor meer feitelijke informatie beschikbaar is.

De gebeurtenissen rond het in de Eerste Kamer gesneuvelde verbod op rituele slacht is een goed voorbeeld.<sup>14</sup> Het normatieve probleem is eenvoudig samen te vatten: weegt het leed dat dieren wordt bespaard op tegen de aantasting van de godsdienstvrijheid van moslims en joden? Het lijkt op het eerste gezicht een nogal subjectieve kwestie, maar het is niet onwaarschijnlijk dat de beantwoording van de vraag eenvoudiger en ‘objectiever’ wordt als men beter geïnformeerd is over de *feiten*: zijn er inderdaad aanwijzingen dat dieren meer lijden door rituele slacht? Zijn er andere ‘koosjere’ slachtvormen die minder dierenleed meebrengen? Zal een verbod leiden tot de import van nog dierenvriendelijker geslacht vlees? Hoeveel personen consumeren uitsluitend vlees van ritueel geslachte dieren? Hoe ervaren deze personen zelf een verbod op rituele slacht? Elk van de antwoorden op deze vragen zou de afweging kunnen vereenvoudigen – en wellicht zelfs ongeacht de morele vooronderstellingen van degene die daarover oordeelt.

Welnu, het wetgevingsproces is beter toegerust dan het gerechtelijke proces om het feitenonderzoek te verrichten dat voor deze beantwoording nodig is. Tijdens het wetgevingsproces is daarvoor meer tijd. Bovendien kan de wetgever veel gemakkelijker dan de rechter derden uitnodigen om hun visie toe te lichten – deskundigen, belangengroeperingen of burgers –, hij kan hoorzittingen organiseren en onderzoeksbureaus inschakelen. Dat alles kan hij doen zonder dat zijn actieve rol hem kwetsbaar maakt voor het verwijt van partijdigheid of mee procederen en mét de mogelijkheid om de kwestie zolang als nodig te laten liggen zonder de redelijke termijn te overschrijden. Kortom: de wetsprocedure en haar ambtelijke voortraject bieden meer gelegenheid voor een grondig onderzoek naar alle relevante feiten dan de op geschilbeslechting tussen twee partijen toegesneden procedure voor de rechter. De wetsprocedure is dan ook bij uitstek de gelegenheid om

13 Zie daarover uitgebreid par. 4.4.

14 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 571, nr. 2.

R.J.B. Schutgens

te beoordelen of een wetsvoorstel voldoet aan de eisen van geschiktheid, effectiviteit, proportionaliteit en subsidiariteit.<sup>15</sup>

Bovendien is de wetgever beter dan de rechter in staat om op enig moment het totale effect van een reeks aan grondrechtsbeperkende maatregelen te evalueren. Zelfs als uit een reeks van maatregelen die – bijvoorbeeld – de privacy beperken, elke individuele maatregel rechterlijke toetsing doorstaat, blijft het mogelijk dat de optelsom daarvan op zeker moment de privacy in onaanvaardbare mate aantast.<sup>16</sup> Een actief onderzoekende wetgever kan en moet dit soort conclusies soms trekken; daarvoor kan niet op de rechter worden geleund.

Tot slot kan een zeker ‘constitutioneel patriotisme’ grond zijn om in de wetsprocedure meer aandacht te besteden aan – specifiek – de Grondwet. Velen lijken het te betreuren dat juist de Nederlandse Grondwet nauwelijks leeft in het parlementaire debat, laat staan daarbuiten.<sup>17</sup> Een intensievere toetsing tijdens het wetgevingsproces zou er inderdaad aan kunnen bijdragen dat onze Grondwet meer gaat ‘leven’. Overigens ziet dit argument voor versterking van de toetsing in de wetsprocedure, anders dan de voorgaande argumenten, meer op het proces dan op het resultaat.<sup>18</sup> Zeker op het terrein van de grondrechten kan evenwichtige wetgeving immers ook worden bereikt door een actieve toetsing aan het verdragsrecht; de Grondwet als zodanig is daarvoor niet per se nodig.<sup>19</sup>

Mijn conclusie is dat een versterking van de toetsing in de wetsprocedure niet noodzakelijk is om een acute dreiging van rechterlijke veroordelingen weg te nemen, maar dat zij toch zinvol zou zijn, omdat zij bijdraagt aan een constitutionele (althans mensenrechtelijke) cultuur, evenwichtigere wetgeving oplevert en omdat zij mogelijk de positie van de Grondwet zou versterken.

- 15 Een terechte tegenwerping zou zijn dat dit niet alleen geldt voor potentieel onconstitutionele, maar voor alle wetgeving. Wie bijvoorbeeld het rapport leest van de enquêtecommissie Dijsselbloem (over de onderwijsvernieuwingen in de jaren negentig) kan weinig anders concluderen dan dat hier in de wetgevingsprocedure iets goed is misgegaan. Ook al is de betreffende wetgeving niet grondrechtsbeperkend, toch hadden de Kamers ook hier actief tegenwicht moeten bieden aan overambitieuze, doordrivende bewindslieden.
- 16 Ontleend aan het lezenswaardige preadvies van J.P. Loof, *Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces* (preadvies Staatsrechtconferentie 2007), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 85-128, i.h.b. p. 117-118. Volgens Loof ontbreekt overigens bij de wetgever het totaaloverzicht over deze vragen. Dat is reden te meer om een actieve, onderzoekende rol voor (organen van) de wetgever te versterken.
- 17 Zie par. 1 van deze bijdrage en art. 2 sub d van het instellingsbesluit voor de Nationale conventie, *Stcrt.* 2005, nr. 251 en de adviesopdracht aan de Staatscommissie Grondwet, *Stcrt.* 2009, nr. 10354.
- 18 Dit is overigens een op de wetgever gerichte variant van het bekende ‘verdragsargument’ voor schrapping van art. 120 Gw: het is ongerijmd, zo luidt dat argument, dat de rechter wel toetst aan internationale grondrechten, maar niet aan hun evenknie in de Nederlandse Grondwet.
- 19 Het is natuurlijk niet uit te sluiten dat Straatsburg (bepaalde) EVRM-rechten ooit terughoudender gaat interpreteren. Mocht dat gebeuren, dan zal een versterkte toetsing aan de Grondwet meer blijken te zijn dan een cosmetische operatie: wat in dat geval internationaal verloren gaat, blijft dan immers nationaal behouden.

#### 4. Richtingen waarin de versterking kan worden gezocht

Deze paragraaf behandelt enkele richtingen waarin een versterking van de toetsing tijdens de wetsprocedure kan worden gezocht. Er zijn reeds vele mooie wetenschappelijke bijdragen over dit onderwerp beschikbaar; daar is dan ook dankbaar uit geput.<sup>20</sup> In beginsel komen slechts veranderingen aan de orde waarvoor geen grondwetswijziging nodig is. Gezien de lauwe reacties op de rapporten van de Nationale conventie en de Staatscommissie Grondwet lijkt het immers weinig realistisch om te verwachten dat een substantiële grondwetswijziging er voorlopig in zou zitten. Om die reden blijft de belangrijkste stok achter de deur voor het versterken van de toetsing in de wetsprocedure – gehele of gedeeltelijke schrapping van artikel 120 Gw – verder onbesproken: het lijkt immers onwaarschijnlijk dat het voorstel-Halsema het nog gaat redden.

Drie ‘actoren’ spelen achtereenvolgens een rol bij de totstandkoming van de formele wet:<sup>21</sup> de regering en de onder haar verantwoordelijkheid werkzame ambtenaren, de Raad van State als onafhankelijke wetgevingsadviseur en tot slot de Staten-Generaal. Ten aanzien van alle drie is wel voorgesteld om door scholing en uitbreiding de grondrechtelijke en constitutionele expertise van de ambtelijke ondersteuning te vergroten.<sup>22</sup> Grotere ambtelijke expertise op juridisch-grondrechtelijk terrein is toe te juichen, maar zij lijkt mij slechts een eerste stap naar een versterkte toetsing tijdens het wetgevingsproces. De technisch-juridische kant van grondrechtelijke kwesties heeft het karakter van een ondergrens – of zij kán dat krijgen als de wetgever de problematiek zo benadert.<sup>23</sup> Dat doet echter geen recht aan de rol die de wetgever in de Grondwet krijgt toebedacht. Het grondwettelijk stelsel vereist voor rechtmatige beperking van haast alle grondrechten de tussenkomst van de wetgever. Daarmee kent de constitutie de wetgever een centrale rol toe bij het bewaken en beschermen van de grondrechten: elke grondrechtsbeperking van enige substantie behoeft immers de instemming van de democratisch gelegitimeerde wetgever, die daartoe beslist na een openbaar debat. Versterking van de toetsing tijdens het wetgevingsproces moet dan ook inhouden dat de wetgever *die* opdracht serieus neemt. Hij moet zich niet uitsluitend richten op de vraag hoe groot de kans is dat men door de technisch-juridische ‘ondergrens’ schiet, maar van alle grondrechtsbeperkende wetgeving zo kritisch en indringend mogelijk zin en noodzaak toetsen, de effectiviteit beoordelen, de beschikbaarheid van minder ingrijpende alternatieven bezien, enzovoort. Juist een versterking van de *politieke* beantwoording van die vragen zou een meerwaarde kunnen hebben. De democratische legitimatie waarover de wetgever beschikt, geeft hem een ‘vrijere’ positie: hij is veel minder verplicht tot terug-

20 Zie o.a. de verschillende preadviezen voor de Staatsrechtconferentie 2007 en het rapport J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2010.

21 Ik laat initiatiefwetgeving even buiten beschouwing.

22 Rapport Nationale conventie, p. 47, Rapport Staatscommissie Grondwet, p. 45, P.P.T. Bovend'Eert, *De wetgevende macht van het parlement* (preadvies Staatsrechtconferentie 2006), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 101.

23 Zie par. 4.2 over Britse ervaringen met dit verschijnsel.

R.J.B. Schutgens

houdendheid en ingetogenheid dan de rechter en hij is niet gehouden om een oordeel dat een wetsvoorstel een grondrecht te zeer beknot (of dat een bepaalde grondrechtelijke waarde juist tot wetgeving noopt) door een zeer precieze motivering in te passen in eerdere rechtspraak. Dat betekent dat een wetgever die de toetsing aan de Grondwet serieus neemt, de door die Grondwet beschermde rechten veel actiever (als hij dat wil, zelfs activistischer) kan en mag beschermen dan de rechter en dat hij dat kan doen zonder zijn *staatsrechtelijke* positie in gevaar te brengen.<sup>24</sup>

De toetsing door de politieke ambten kan mijns inziens het best worden versterkt door verbetering van de 'dialogoog' tussen de verschillende ambten die aan het wetgevingsproces deelnemen, door te komen tot bewustere en beter geïnformeerde afwegingen in het parlement en door de Raad van State en de Staten-Generaal een zelfstandigere positie tegenover de regering te geven.<sup>25</sup>

#### 4.1 *Versterking van de positie van de Raad van State: indringender motiveren en verzwaarde motiveringsplichten*

Recent is binnen de Raad van State zelf onderzoek gedaan naar mogelijkheden om de bijdrage aan de grondwetstoetsing te verbeteren. Dit breed opgezette onderzoek leverde enkele interessante suggesties op.<sup>26</sup> Omdat het rapport onderwerp is van een afzonderlijke bijdrage, ga ik er slechts kort op in.

Om te beginnen leidt een analyse van een groot aantal wetgevingsadviezen uit de afgelopen jaren tot de conclusie dat de motivering van sommige adviesopmerkingen te summier is.<sup>27</sup> In de openbare eindversie van het advies is dan onvoldoende zichtbaar waarom de Raad tot een bepaalde adviesopmerking komt. Het rapport beveelt dan ook aan, indringender te motiveren, vooral ten aanzien van constitu-

24 Om een voorbeeld te noemen: een (verstandige) rechter zal in verband met zijn staatsrechtelijke positie niet snel uitspreken dat het gelijkheidsbeginsel verplicht tot openstelling van een homohuwelijk (EHRM 24 juni 2010, AA 2011, p. 299, *Schalk & Kopf t. Oostenrijk*); de wetgever daarentegen heeft alle ruimte voor het innemen van het (toegegeven, door schrijver dezes van harte ondersteunde) standpunt dat een faire benadering van het gelijkheidsbeginsel wel degelijk tot openstelling van een homohuwelijk verplicht.

25 Voor de veranderingen die de grootste kans maken de dialoog binnen de wetsprocedure te versterken, is een grondwetswijziging onontkoombaar; dat geldt bijvoorbeeld voor een aan de Eerste Kamer toe te kennen terugzeggerecht voor (inconstitutionele en andere) wetsvoorstellen (zie bijv. J.A. Peters, *Het tweekamerstelsel in Nederland: nut en doel* (preadvies Staatsrechtconferentie 2006), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 152; E. Knippenberg, *De senaat. Rechtsvergelijkend onderzoek naar het House of Lords, de Sénat, de Eerste Kamer en de Bundesrat* (diss.), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 277) of voor figuren waarbij de rechter de wetgever termijnen kan stellen om wetgeving in overeenstemming met de Grondwet te brengen.

26 De Poorter & Van Roosmalen 2010. Zie daarover uitgebreider de bijdrage van Vermeulen & Van Roosmalen in deze aflevering.

27 De Poorter & Van Roosmalen 2010, p. 144.

tionele kwesties die pas bij de Raad zelf in het vizier komen. Bovendien zou de Raad over constitutionele kwesties vaker spontaan advies moeten uitbrengen.<sup>28</sup> Bij een substantieel gedeelte van de wetgevingsadviezen over grondrechtelijke kwesties blijkt de meeste aandacht uit te gaan naar de conformiteit met verdragsrechtelijke grondrechten. Begrijpelijkerwijs maakt de beschikbaarheid van een grote hoeveelheid jurisprudentie over de internationale grondrechten overtuigende advisering gemakkelijker. Het gevolg is echter wel dat de vraag naar de conformiteit met grondwettelijke grondrechten vaak ondergesneeuwd raakt. Intensieve toetsing aan de Grondwet zelf is daarom (toch) vereist.

Het advies over het verbod op rituele slacht bevat een mooi voorbeeld van ‘zelfstandige’ toetsing aan de Grondwet, waarbij de conformiteit met artikel 6 Gw los van de conformiteit met artikel 9 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) wordt beoordeeld. Daartoe vult de Raad de formele beperkingsclausule van artikel 6 Gw aan met een (ongeschreven) materieel toetsingskader. Juist de toetsing aan dit kader leidt tot de conclusie dat het wetsvoorstel ‘op de grenzen van art. 6 stuit’. Als de Raad vaker zo te werk zou gaan, zou hij de positie van de Grondwet zeker versterken – zij het onder de voorwaarde dat de andere deelnemers aan het wetgevingsproces het gehanteerde toetsingskader ook onderschrijven (zie par. 4.4).

De genoemde aanbevelingen kunnen door de Raad eenvoudig eenzijdig worden gerealiseerd. Het rapport doet echter ook aanbevelingen om de dialoog met de regering te versterken; daarvoor is medewerking van deze laatste natuurlijk vereist. Een eerste mogelijkheid is de introductie van een verzwaarde motiveringsplicht bij het passeren van een negatief dictum van de Raad. De regering zou dan in het Nader rapport dragende argumenten moeten geven die het achterwege laten van aanpassingen rechtvaardigen. Ten tweede kan de regering voorstellen die zij naar aanleiding van een wetgevingsadvies wél aanpast, opnieuw aan de Raad voorleggen.<sup>29</sup> Dit soort voorstellen bouwt enige ‘procedurele verzwaaring’ in het wetsproces in, die een zekere barrière opwerpt tegen het al te lichtvaardig passeren van negatieve wetgevingsadviezen.<sup>30</sup> Wel zal voor de implementatie daarvan minstens het Reglement van orde voor de ministerraad (RVOMR) of zelfs de Wet op de Raad van State (Wet RvS) moeten worden gewijzigd. Anders dan nu zou het geschreven constitutionele recht bovendien de dicta waarin een wetgevingsadvies kan uitmonden, moeten vastleggen, waarna kan worden

28 De Raad is tot spontane advisering bevoegd op grond van art. 21 Wet RvS. Overigens benadrukt Konijnenbelt volgens mij terecht dat de Raad van State juist doordat zijn adviezen niet bindend zijn, ervoor moet waken zoveel en zo indringend aan de Grondwet te toetsen dat in de politiek een reflex ontstaat van ‘daar heb je ze weer’. In dat licht is het verstandig om het spontaan advies met beleid in te zetten. W. Konijnenbelt, *Grondwetsinterpretatie door de Raad van State; wetgevingsadviesgeving en grondwetsbepalingen in de Grondwet* (preadvies Staatsrechtconferentie 2007), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 74.

29 Daartoe is de regering nu weliswaar bevoegd (art. 17 lid 2 Wet RvS), maar niet verplicht.

30 Zie voor dit alles De Poorter & Van Roosmalen 2010, p. 148-151.



bepaald bij welke dicta een verzwaarde motiveringsplicht voor de regering in werking treedt. Een grondwetswijziging is hiervoor echter niet nodig.<sup>31</sup>

#### 4.2 *Versterking van de positie van de Staten-Generaal: een Algemene Commissie voor grondrechten en constitutionele toetsing*

Ter versterking van de toetsing door de Staten-Generaal is het instellen van (een) algemene Kamercommissie(s) voor grondrechten en constitutionele toetsing het overwegen waard.<sup>32</sup> Momenteel worden wetsvoorstellen slechts voorbereid door vaste, aan de verschillende ministeriële departementen gekoppelde Kamercommissies. De 'constitutionnalité' van een voorstel moet daarbij concurreren met andere beleidsmatige, politieke en financiële aspecten daarvan, en geniet wellicht daardoor niet steeds bijzondere aandacht. Dat wordt anders als een vaste Kamercommissie elk wetsvoorstel uitsluitend op zijn constitutionnalité beoordeelt. Deze commissie zou zelfstandig aan de Kamer moeten rapporteren, naast het rapport dat de departementale commissie over een wetsvoorstel uitbrengt.

In het Verenigd Koninkrijk is met een dergelijke commissie ervaring opgedaan. Bij de totstandkoming van de *Human Rights Act 1998*<sup>33</sup> werd tegelijkertijd het *Joint Committee on Human Rights* (JCHR) ingesteld.<sup>34</sup> Deze bicamerale commissie is speciaal belast met het onderzoek naar de conformiteit van wetsvoorstellen met het EVRM.<sup>35</sup> Om deze toetsing efficiënt te kunnen verrichten, wordt de commissie bijgestaan door een *Legal Adviser*. Deze (uit de academische wereld gerekruteerde) deskundige ambtenaar maakt een voorselectie door alle wetsvoorstellen<sup>36</sup> op hun verenigbaarheid met het EVRM te beoordelen. Hij zet het *Committee* op het spoor van voorstellen waarvan het grondrechtelijke effect een zekere drempelwaarde overschrijdt, zodat een onderzoek door de commissie zelf is aangewe-

31 De dicta berusten op beleid van de Raad. Het zijn er zes, uiteenlopend van blanco tot het advies om een wetsvoorstel niet te zenden aan de Tweede Kamer. Zie J.L.W. Broeksteeg e.a., *Zicht op wetgevingskwaliteit*, Den Haag: WODC 2005, p. 550. Overigens is het niet onmogelijk dat de regering in het RVOMR zichzelf extra verplichtingen zou opleggen bij bepaalde (in dat RVOMR genoemde) dicta van de Raad.

32 Art. 17 RVOTK maakt het instellen van een dergelijke commissie mogelijk; art. 34 RVOEK is wat minder duidelijk.

33 Waarschijnlijk ten overvloede: de HRA 1998 schept een genuanceerd toetsingsstelsel dat de traditionele parlementaire soevereiniteit verzoent met het rechterlijk toetsingsrecht. De HRA draagt de rechter op om de wet zo veel mogelijk EVRM-conform te interpreteren. Biedt interpretatie onvoldoende soelaas, dan moet de rechter de wet toepassen, maar spreekt hij tegelijkertijd een 'declaration of incompatibility' uit, waarna de wetgever de geconstateerde strijdigheid met het EVRM kan redresseren. Zo is bij het bewaken van de grondrechten een belangrijke rol voor de wetgever weggelegd.

34 Zie o.a. *Report on the Working Practices of the JCHR 2006*, te vinden op <[www.publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtrights/239/23907.htm](http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtrights/239/23907.htm)>; F. Klug & H. Wildbore, 'Breaking New Ground: The Joint Committee on Human Rights and the Role of Parliament in Human Rights Compliance', *EHRLR* 2007, p. 231-250; en M.C. Tolley, 'Parliamentary Scrutiny of Rights in the United Kingdom: Assessing the Work of the Joint Committee on Human Rights', *Australian Journal of Political Science* 2009, maart, p. 41-55 met literatuurverwijzingen.

35 Afgezien daarvan doet het JCHR op eigen initiatief algemene onderzoeken naar de grondrechteneerbiediging door de Britse overheid. Overigens eist de HRA 1998 het bestaan van deze commissie niet.

36 Althans, alle regeringsvoorstellen; *private member's bills* worden op *ad hoc*-basis getoetst.

zen.<sup>37</sup> In dat geval gaat de commissie schriftelijk in debat met de indiener en organiseert zij zo nodig hoorzittingen. Uiteindelijk rapporteert zij aan beide huizen van het parlement. De adviezen spelen vaak een prominente rol in de daaropvolgende debatten en de oordeelsvorming van het parlement als geheel.

In parlementaire debatten en in de media wordt veelvuldig en in positieve zin aan de adviezen van de commissie gerefereerd.<sup>38</sup> Bovendien lijkt er door (of sinds) de instelling van de commissie in beide huizen van het parlement een grotere bewustheid te zijn van mensenrechtelijke kwesties.<sup>39</sup> Er is ook wetgeving waarbij de rapporten van het JCHR aanwijsbaar hebben bijgedragen aan de totstandkoming van amendementen met een positief effect op de mensenrechtenbescherming.<sup>40</sup>

Een dergelijke<sup>41</sup> commissie zou, naar ik vermoed, ook in Nederland de parlementaire aandacht voor de constitutionaliteit van wetsvoorstellen doen toenemen. Het ligt voor de hand, een Nederlandse variant de opdracht te geven om zowel aan de internationale mensenrechten als aan de nationale Grondwet te toetsen.

Overigens leren de Britse ervaringen ook dat verwachtingen niet té hooggespannen moeten zijn. Hoewel het werk van het JCHR in het Verenigd Koninkrijk binnen en buiten het parlement doorgaans zeer wordt gewaardeerd, is het daadwerkelijke effect van zijn adviezen volgens een aantal onderzoekers lastig te meten.<sup>42</sup> Procentueel is het aantal wetsvoorstellen waarbij het werk van de commissie daadwerkelijk tot een aanpassing leidt, vrij gering.<sup>43</sup> Vooral bij dubieuze voorstellen waar de regering zelf sterk aan hecht, blijft het corrigerend effect van de commissie soms onvoldoende.<sup>44</sup> Blijkbaar geldt ook in het Verenigd Koninkrijk dat de handreikingen en adviezen die een adviseur aan de volksvertegenwoordiging doet, slechts voldoende effect sorteren als die volksvertegenwoordiging zich tegenover de regering voldoende onafhankelijk opstelt (durft op te stellen).

Leerzaam is nog een van de conclusies van een in 2006 verrichte evaluatie naar de werkzaamheden van het JCHR.<sup>45</sup> Tot dan toe mondden de adviezen van de com-

37 23rd Report of Session 2005-06, p. 25-26, te vinden via <[www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/human-rights-committee/leg-scru-2010-11/](http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/human-rights-committee/leg-scru-2010-11/)> (geraadpleegd in februari 2012). Op de laatstgenoemde pagina wordt bevestigd dat deze in 2005 beschreven werkwijze nog steeds wordt toegepast.

38 Tolley 2009, p. 46-47.

39 Tolley 2009, p. 49.

40 Klug & Wildbore 2007, p. 241. Dat laatste hoeft natuurlijk niet per se te betekenen dat de commissie niets bijdraagt; het lijkt vrij aannemelijk dat de wetenschap dát er tijdens de wetsprocedure intensief wordt getoetst, ertoe bijdraagt dat de regering haar voorstellen vooraf al kritischer en zorgvuldiger beziet.

41 Mij lijkt een bicamerale commissie niet nodig, bovendien zou die op gespannen voet staan met art. 85 Gw, op grond waarvan de Senaat een wetsvoorstel overweegt 'zoals het door de Tweede Kamer aan haar is gezonden'.

42 Volgens Tolley 2009, p. 53, is 'the jury still out' op het punt van de effectiviteit van de commissie.

43 Te weten: 16 van 500 voorstellen. Tolley 2009, p. 48, en *Report on the Working Practices of the JCHR* 2006, nr. 9.8.

44 Dat doet overigens denken aan de in Nederland wel gehoorde klacht dat de regering de Raad van State slechts volgt voor zover hij suggesties doet op punten die voor de regering van ondergeschikt belang zijn.

45 Zie het in voetnoot 34 genoemde rapport.

R.J.B. Schutgens

missie uit in een schatting van het risico dat het betreffende voorstel zou leiden tot een veroordeling door het Straatsburgse Hof of een 'declaration of incompatibility.' Deze aanpak leidde van verschillende zijden tot de klacht dat de commissie zich daardoor 'quasi-legalistic' zou opstellen en dat haar adviezen te veel een vorm van 'second-guessing' naar mogelijke rechterlijke oordelen inhielden. Naar aanleiding hiervan is het JCHR ertoe overgegaan zijn 'eigen geluid' in de adviezen te laten klinken,<sup>46</sup> dat wil zeggen dat het een eigen, in eerste instantie politieke afweging maakt die niet het Straatsburgse minimum opzoekt, maar daarboven gaat zitten en onderzoekt of bepaalde grondrechten rakende wetgeving gewenst en opportuun is.<sup>47</sup> Een Nederlandse tegenhanger van het JCHR zou dat ter harte moeten nemen: zij zou ertoe moeten bijdragen dat de Kamers zelf een kritische, politieke toetsing verrichten, waarbij de juridische toelaatbaarheid van wetsvoorstellen het start- en niet het eindpunt is.<sup>48</sup>

#### 4.3 Een actievere houding van de Staten-Generaal

Zonder een letter aan het geschreven recht te veranderen kunnen de Staten-Generaal zichzelf een actievere rol aanmeten. Hiervoor is al betoogd dat een kritische betrokkenheid van de wetgever bij grondrechtsbeperkende maatregelen een toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de (op grond van art. 94 Gw) toetsende rechter, omdat de wetgever veel beter in staat is om algemeen feitenonderzoek te verrichten teneinde de opportuniteit van grondrechtsbeperkende regelgeving te beoordelen. Mij lijkt op het terrein van kritisch onderzoek vooral voor de beide Kamers een schone taak weggelegd. Deze zouden zich minder volgzzaam kunnen opstellen ten opzichte van de regering en zelf deskundigen kunnen horen, betrokkenen kunnen uitnodigen, enzovoort.<sup>49</sup>

Bovendien zouden de Kamers meer initiatief kunnen ontplooiën bij het evalueren van grondrechtsbeperkende wetgeving. Loof constateerde in 2007 al dat de regering de Kamers soms over de streep trekt met de toezegging dat de grondrechtsbeperkende wetgeving na verloop van tijd geëvalueerd zal worden.<sup>50</sup> Of er van zulke evaluaties wat terechtkomt, is vervolgens maar de vraag. Ook hier overheerst een lijdzame opstelling: men wacht rustig af of de regering een toegezegde evaluatie verricht, in plaats van zulke evaluaties zelf op de agenda te zetten of zelfs te (doen) verrichten. Belangrijker nog is het volgende. Als de indiener de

46 *Report on the Working Practices of the JCHR* 2006, nr. 12.7.

47 Een dergelijke 'policy-oriented approach' werd ook in de literatuur bepleit, zie S. Evans, 'Improving Human Rights Analysis in the Legislative and Policy Processes', *Melbourne University Law Review* 2006, p. 665-703.

48 Natuurlijk verschillen een 'rechterlijke' en een 'politieke' toetsing niet principieel, maar hoogstens gradueel. In beide gevallen wordt immers een normatief oordeel geveld over de verenigbaarheid van de wet met een grondrecht. Een dergelijke beoordeling is nooit zuiver technisch ('de sprong van Scholten'). De staatsrechtelijke positie (en taak) van de rechter dwingt hem echter tot een veel terughoudendere opstelling. Voor de wetgever zijn de marges veel breder: hij kan veel verder gaan bij het vellen van deze normatieve oordelen en hij hoeft bovendien op geen enkele manier te verhullen dát hij normatieve oordelen velt.

49 Overigens zou daarvoor mogelijk de ondersteunende staf van de Kamers moeten worden uitgebreid.

50 Loof 2008, p. 118.

Kamer(s) slechts tot instemming kan bewegen door een evaluatie te beloven, houdt blijkbaar een substantieel gedeelte van de Kamer er al bij het aannemen van het betreffende voorstel serieus rekening mee dat de betreffende wet onvoldoende zal opleveren. Niettemin lijkt grondrechtsbeperkende (of andere) wetgeving, indien zij eenmaal in het *Staatsblad* staat, zelden te worden ingetrokken.<sup>51</sup> ‘Politologisch’ is dat begrijpelijk: om wetgeving te schrappen of te verzachten moet een nieuwe (intrekkings)wet tot stand komen. De totstandbrenging daarvan kost, zoals bij elke nieuwe wet, moeite en overredingskracht, waarbij de politieke bewijslast als het ware omdraait: waar het bij totstandbrenging van de oorspronkelijke wet aan de indiener was om nut en noodzaak van een bepaalde grondrechtenbeperking aan te tonen, moet de indiener van een intrekkingswet de wenselijkheid van *schrapping* van een grondrechtsbeperkende maatregel aantonen. Dit ervaringsfeit zou de Kamers ertoe moeten brengen om bij grondrechtsbeperkende wetgeving waarvan het nut van meet af aan betwijfeld wordt, geen genoegen te nemen met de belofte van een evaluatie, maar de betreffende wet in plaats daarvan voor beperkte duur aan te nemen.<sup>52</sup> Een ‘horizonbepaling’ zal de hier geconstateerde bewijslastomkering (gedeeltelijk) tegengaan, immers als de beperkte werkingsduur is verstreken, is nieuw wetgevend handelen nodig om de wet te bestendigen in plaats van om haar in te trekken. Zo zal juist nut en noodzaak van een ‘verlenging’ moeten worden aangetoond.

De Kamers lijken zich bij twijfel over wetsvoorstellen vaak tevreden te laten stellen met de toezegging dat de verantwoordelijke bewindspersoon de nieuwe, grondrechtsbeperkende bevoegdheden terughoudend zal (doen) toepassen.<sup>53</sup> (Ook) dit getuigt van een onnodig lijdzame opstelling van ons parlement. Immers, de bewindspersoon die terughoudendheid toezegt, zal zich daaraan nog wel gebonden voelen, maar na verloop van tijd vervluchtigt zo’n belofte en rest eerst de letter van de wet. Dié zou dan ook in orde moeten zijn en de Kamer(s)

51 Dat lijkt mij overigens niet iets van de afgelopen jaren. In het Wetboek van Strafrecht (Sr) staan verscheidene obsoleete bepalingen die niet worden ingetrokken. Men denke aan het mijns inziens op zeer gespannen voet met de Grondwet staande art. 147 Sr, dat godslastering verbiedt. Weliswaar lijkt het OM van de vervolging hiervan geen prioriteit te maken, maar daarmee is de bepaling nog niet geschrapt of gemitigeerd.

52 Dit idee is van Loof 2008, p. 119.

53 Loof 2008, p. 115; in de Eerste Kamer lijkt dit instrument soms een alternatief voor het (ontbrekende) recht van amendement, zie Peters 2007.

R.J.B. Schutgens

moet(en) daarvoor haar (hun) verantwoordelijkheid nemen.<sup>54</sup> De Tweede Kamer moet ervoor zorgen dat de wettekst weergeeft wat zij aanvaardbaar acht en niet de toelichtende stukken of debatverslagen. In voorkomende gevallen zou zij de regering daarom moeten vragen een wetsvoorstel aan te passen<sup>55</sup> – als een belofte immers gemeend is, kan zij best in de wet zelf worden opgenomen – of zelf moeten amenderen.

#### 4.4 Vaststelling van een gemeenschappelijk kader voor toetsing aan de grondrechten

De toetsing aan de grondwettelijke grondrechten zou erbij gebaat zijn als regering, Staten-Generaal en Raad van State gezamenlijk het 'kader' vaststellen met de materiële hulpnormen voor de toetsing van wetsvoorstellen aan de klassieke grondrechten.<sup>56</sup> Zoals al gememoreerd, is het grootste gedeelte van de grondwettelijke grondrechten nauwelijks normstellend voor de formele wetgever. Daardoor moet de wetgever bij de toetsing van wetsvoorstellen zijn eigen toetsingskader vaststellen door verschillende materiële hulpnormen – proportionaliteit, subsidiariteit, enzovoort – 'in te lezen' in de Grondwet.<sup>57</sup> De toetsing in het wetsproces zou erbij gebaat zijn als alle betrokken partijen deze toetsing verrichten via precies hetzelfde, breedgedragen kader.

Het materiële kader dat voor een vruchtbare grondwetstoetsing onontbeerlijk is, lijkt niet altijd consequent te worden toegepast. Dat is bijvoorbeeld te zien aan de wisselvalligheid waarmee al dan niet het bestaan van een kernrechtler wordt

- 54 Recent werd opzien gebaard door een (mondelinge) uitspraak van de Haagse kantonrechter, waarin een orthodoxe jood van rechtsvervolgning werd ontslagen voor overtreding van de wettelijke identificatieplicht op een zaterdag, omdat deze volgens zijn geloofsregels op de sabbat niets bij zich mocht dragen. De overwegingen van de kantonrechter waren mede gebaseerd op uitlatingen van de toenmalige minister Donner, die bij de behandeling van de wet zei dat met de betreffende groep orthodoxe joden 'in de uitvoeringspraktijk vermoedelijk rekening gehouden [zal] moeten worden' (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 218, nr. 21). Een dergelijke uitzondering ware beter in de wettekst zelf opgenomen. Overigens geef ik toe dat (ook) het genoegen nemen met toezeggingen in plaats van een volwaardig amendement 'politiek' wel valt te begrijpen: een toezegging kan gemakkelijk aan één fractie worden gedaan, en geldt – als anders fracties niet meteen protesteren – ook gemakkelijk als 'aangenomen'. Voor (het aannemen van) een door de regering aangepaste versie van een wetsvoorstel en voor amendering moet een Kamermeerderheid meewerken.
- 55 Art. 84 lid 1 Gw; in voorkomende geval kan de aanhangigmaker hetzelfde worden gevraagd, art. 84 lid 2 Gw.
- 56 Over verschillende hulpnormen uitgebreid R.J.B. Schutgens, 'Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet', *RegelMaat* 2007, p. 12-27.
- 57 Zowel Kummeling als Verhey heeft bezwaren tegen het inlezen van materiële normen als proportionaliteit en subsidiariteit in de Grondwet. Inderdaad zou het veel beter zijn als dergelijke normen uit de grondwettekst zelf zouden blijken. De Grondwet zou op dit punt dan ook moeten worden aangevuld – zoals ook de Staatscommissie Grondwet voorstelde. Zolang een dergelijke grondwetwijziging er echter niet in zit, lijkt mij het inlezen van deze normen in de bestaande tekst aanvaardbaar en zelfs noodzakelijk om de Grondwet enige substantie te geven. Zie H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse Grondwet niet zou misstaan', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 233-250, L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning?', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 216-232.

aangenomen. De memorie van toelichting bij hoofdstuk 1 van de Grondwet leert dat 'de notie van het kernrecht weliswaar aantrekkelijke kanten heeft', maar dat zij niettemin 'als een zelfstandige beperkingsgrond niet aanvaardbaar is'.<sup>58</sup> Wél zou gelden dat '[i]n het algemeen in geen enkele beperkingsbevoegdheid de bevoegdheid [mag] worden gelezen het betreffende grondrecht illusoir te maken'.<sup>59</sup> Aan dat verbod op illusoir maken wordt soms gerefereerd in toelichtende stukken op wetgeving<sup>60</sup> en in wetgevingsadviezen. De Raad van State is – blijkens zijn advies bij het ritueel slachtverbod – wél een aanhanger van de norm dat in de Grondwet een verbod op kernrechtbeperking moet worden gelezen.<sup>61</sup>

Vastlegging van een toetsingskader zou deze wisselvalligheid verminderen. Natuurlijk, dat toetsingskader zal slechts een beperkt aantal materiële normen bevatten, die ook nog eens rijkelijk vaag van aard zullen zijn. Het zal waarschijnlijk neerkomen op een stuk of vier, vijf vereisten als proportionaliteit, subsidiariteit of effectiviteit. Toch meen ik dat een vast toetsingskader van toegevoegde waarde is. Het structureert en focust het debat tussen regering, Kamers en Raad van State, en in ieder geval maakt het dat wetgevingsadviezen iets minder gemakkelijk gepasseerd kunnen worden. Waarom zou je je als politicus bijvoorbeeld veel gelegen laten liggen aan het door de Raad van State ingenomen standpunt dat een verbod op rituele slacht de kern van de godsdienstvrijheid raakt, als er niet eens overeenstemming over is, dát de Grondwet zo'n kernrechtleer bevat?<sup>62</sup> Bovendien krijgen de in aanleg vage begrippen waaruit het kader zal zijn opgebouwd, wél betekenis als zij consequent worden toegepast en 'ingevuld'. Idealiter worden de betreffende normen (beter) geïnternaliseerd door de politici.<sup>63</sup>

Tot slot nog dit. Idealiter zou de Grondwet zelf het toetsingskader moeten bevatten. Aangezien substantiële grondwetswijzigingen in ons land de facto onmogelijk zijn, zou men kunnen beginnen om het toetsingskader in een gewone wet vast te leggen. Positiefrechtelijk zijn daar volgens mij weinig bezwaren tegen,<sup>64</sup> en zo zou

58 *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 19.

59 *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 7, p. 33. De vraag is natuurlijk wat het verschil is met een kernrechtleer.

60 De regering refereert er bijvoorbeeld uitdrukkelijk aan bij het debat over het verbod op rituele slacht, *Kamerstukken I 2011/12*, 31 571, D.

61 De Staatscommissie Grondwet (Rapport, p. 55) stelt voor een (minder gelukkig geformuleerde) vorm van de proportionaliteitseis en een algemene kernrechtbepaling in de Grondwet te codificeren.

62 Merk op dat de MvT (*Kamerstukken II 2007/08*, 31 571, nr. 3, zie par. 1 en 7) de redenering volgt dat de godsdienstvrijheid op basis van art. 6 Gw door de wet kan worden beperkt, *zodat* een wettelijk verbod op rituele slacht is toegestaan. Hier wordt in de beperkingsclausule van art. 6 Gw dus überhaupt geen materieel normenkader ingelezen.

63 Het vaststellen en consequent toepassen van het bedoelde toetsingskader zouden een manier kunnen zijn om uitvoering te geven aan de door de Staatscommissie Grondwet aanbevolen versterking van het constitutioneel bewustzijn van politici (Rapport, p. 45).

64 Aangezien de wetgever moet worden betrokken bij (haast) elke specifieke grondrechtsbeperkende maatregel, mag die wetgever mijns inziens ook zichzelf een algemeen kader stellen voor de wijze waarop hij dat doet. Het nadeel hiervan is natuurlijk dat een formeel-wettelijk toetsingskader (van welke aard ook) op grond van de posterior- en de specialisregel op een later moment altijd genegeerd kan worden.

ervaring kunnen worden opgedaan met de ontwikkeling van het bedoelde kader. Uiteindelijk kan het dan uitmonden in een grondwetswijziging.

#### 4.5 *De rechter en de afweging van de wetgever*

Tot slot kan ook de rechter een rol spelen bij het verbeteren van de toetsing in het wetgevingsproces, althans voor zover het gaat om toetsing aan eenieder verbindende verdragsbepalingen (art. 94 Gw).

Natuurlijk zal het bestaan van de rechterlijke bevoegdheid om tot stand gekomen wetgeving in strijd te oordelen met het verdragsrecht, al in de wetsprocedure haar schaduw vooruitwerpen en meer aandacht genereren voor de conformiteit van wetsvoorstellen met het internationale recht.<sup>65</sup> Echter, ook door de wijze waarop de rechter van deze bevoegdheid gebruik maakt, zou hij kunnen bijdragen aan een betere toetsing door de wetgever.<sup>66</sup> Als de rechter aan het internationale recht toetst, zou hij met behulp van de relevante parlementaire stukken zo nauwkeurig mogelijk moeten nagaan of de betreffende wet berust op een zorgvuldige en volledige afweging. Dat houdt in dat hij nagaat of de gevolgen van de wet goed in kaart zijn gebracht, of beleidsalternatieven zijn onderzocht, of er substantiële argumenten zijn aangevoerd voor de proportionaliteit van grondrechtenbeperking en of het (type) geval dat hem wordt voorgelegd de wetgever voldoende duidelijk voor ogen heeft gestaan en dus kan worden geacht te zijn meegewogen. Naarmate in de wetsprocedure vollediger en zorgvuldiger is getoetst, zou de rechter de wet minder snel buiten toepassing moeten laten. Omgekeerd geldt dat hoe minder zorgvuldig de toetsing tijdens het wetgevingsproces geweest blijkt te zijn, hoe meer ruimte er resteert voor een intensieve toetsing door de rechter zelf.

Benadrukt moet worden dat buiten toepassing laten bij een onvolledige afweging niet betekent dat op de wetgever een algemene motiveringsplicht wordt gelegd naar analogie van de motiveringsplichten die reeds op bestuur en rechter rusten. De burger heeft recht op een genoegzaam gemotiveerd besluit, vonnis of arrest en daarom kan de *enkele* afwezigheid van een deugdelijke motivering voor de (hogere) rechter grond zijn voor een vernietiging. Voor de wetgever geldt een dergelijke rechtens afdwingbare motiveringsplicht niet en dat zou alleen al in het licht van de recente trends als 'finaliteit', snelle afdoening en concentratie op de materiële geschilpunten ook zo moeten blijven. In het geval van de wetgever zou moeten gelden dat de rechter de constatering dat een wet op een onvolledige afweging berust, slechts gebruikt als vertrekpunt voor zijn eigen toetsing. Als er

65 Het al geconstateerde verschijnsel dat de toetsing aan verdragsrecht in het wetsproces een preponderante rol inneemt ten opzichte van die aan de Grondwet lijkt een aanwijzing dat dit 'Damo-cles-effect' inderdaad optreedt.

66 Het idee is natuurlijk niet nieuw. Gerards heeft al een warm pleidooi gehouden voor het buiten toepassing laten van wetgeving 'wegens gebrek aan informatie', J.H. Gerards, *Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?* (preadvies Staatsrechtconferentie 2007), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 161-199. In mijn dissertatie wordt een interpretatie van art. 120 Gw bepleit die er niet aan in de weg staat dat de rechter de wet buiten toepassing laat in gevallen waarvan onvoldoende blijkt dat zij door de wetgever 'bewust' zijn meegewogen, *Onrechtmatige wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009, hoofdstuk 12. Overigens kom ik zelden iemand tegen die zich hierdoor laat overtuigen.

in het wetgevingsproces onvoldoende op bepaalde aspecten is ingegaan, kan de rechter indringender toetsen of de betreffende wet (volgens hem) voldoet aan vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit, kernrechterbiediging, enzovoort. Een onvolledig afgewogen wet kán wel, maar hoeft dus niet buiten toepassing te worden gelaten.

Deze werkwijze kan twee heilzame effecten hebben op de toetsing in het wetgevingsproces. Ten eerste zet zij – binnen redelijke grenzen<sup>67</sup> – een ‘bonus’ op intensieve toetsing door de wetgever zelf. Hoe zorgvuldiger en vollediger de afweging is, hoe geringer immers de ruimte die de rechter nog zal zien om zelf de materiële afweging over te doen. Ten tweede zal er meestal nog ruimte blijven voor een nadere afweging door de wetgever. Als de rechter – bijvoorbeeld – oordeelt dat een specifiek, grondrechtenbeperkend effect van een wet niet is voorzien, zodat de wet buiten toepassing kan blijven, sluit dat niet uit dat de wetgever voor het bedoelde geval alsnog een nadere regeling treft. Uiteindelijk leidt dat tot vollediger en genuanceerdere wetgeving.

## 5. Slot

Hiervoor kwamen verschillende mogelijkheden aan de orde om zonder grondwetswijziging de toetsing binnen de wetsprocedure te versterken. Al deze ideeën kunnen daaraan bijdragen. De belangrijkste voorwaarde voor het succes ervan ligt echter buiten het bereik van een academische beschouwing: het komt uiteindelijk aan op de wil van de politieke ambten om het *commitment* op te brengen om de toetsing tijdens het wetgevingsproces te versterken. Laten wij hopen dat de – naar ik vrees onafwendbare – mislukking van het voorstel-Halsema een aanleiding is om zich daar met nieuw elan aan te wijden.

67 Vanzelfsprekend geldt deze mogelijkheid tot afweging door de wetgever alleen daar waar enige ruimte zit in internationale bepalingen en jurisprudentie. Een formele wet die de regering verplicht personen uit te leveren, ook als zeker is dat zij in het ontvangende land gefolterd zullen worden, is onverbindend, hoe uitvoerig doordacht zij ook is. De Straatsburgse jurisprudentie laat hiervoor eenvoudig geen ruimte.