

# Toetsing van wetgeving door het parlement

Joost Sillen<sup>1</sup>

**Toetsing aan grondrechten door het parlement staat in de belangstelling. Hoe vervult het parlement zijn toetsingstaak? En hoe kan het parlement die toetsing verbeteren? In deze bijdrage worden enkele concrete voorstellen gedaan.**

## Inleiding

Toetsing aan grondrechten door het parlement staat in de belangstelling.<sup>2</sup> Ook de Tweede Kamer heeft er aandacht voor. Een half jaar geleden nam zij de motie-Klein aan die de regering vraagt een 'constitutionele toets' op te nemen in de memorie van toelichting bij wetsvoorstellen.<sup>3</sup> Volgens de indiener hoort de Kamer weliswaar zelf deze wetsvoorstellen te toetsen, maar doet zij dat in de praktijk helemaal niet.<sup>4</sup> Een enquête (van enige jaren geleden) bevestigt het beeld dat bij Tweede Kamerleden grondrechtentoetsing niet bepaald *on top of mind* is. Op de vraag: 'waarop beoordeelt u wetsvoorstellen?' antwoordden enkele van de 134 deelnemende Kamerleden 'internationale verdragen' en slechts twee van hen 'Grondwet'.<sup>5</sup> Het beeld doemt op van een Kamer die de grondrechtentoetsing ernstig veronachtzaamt. Is het echt zo bar en boos gesteld met de toetsingstaak van de Kamer?

## Wat is grondrechtentoetsing?

Om iets nuttigs te kunnen zeggen over de wijze waarop de Kamer zich van haar toetsingstaak kwijt, moeten wij eerst bezien wat grondrechtentoetsing is. In essentie vereist zij de beantwoording van twee vragen: beperkt het wetsvoorstel een grondrecht en, zo ja, mag dat?

De beantwoording van de eerste vraag is meestal eenvoudig. Een wetsvoorstel dat afluisteren op grote schaal mogelijk maakt, beperkt het recht op privacy.<sup>6</sup> Een wets-

voorstel dat rituele slacht verbiedt, beperkt de vrijheid van godsdienst.<sup>7</sup> Een wetsvoorstel dat het verheerlijken van terrorisme strafbaar stelt, begrenst de vrije meningsuiting.<sup>8</sup> De moeilijkheid zit meestal in de vervolgvraag: als een wetsvoorstel een grondrecht beperkt, is die beperking dan geoorloofd? Beantwoording van die vraag vereist het maken van onderscheid tussen toetsing aan de grondrechten uit de Nederlandse Grondwet en die uit het EVRM.

De Nederlandse Grondwet maakt het de wetgever niet bepaald moeilijk. Hij mag de meeste grondrechten volledig beperken zonder dat de Grondwet daaraan ook maar enige voorwaarde stelt. Dat geldt onder meer voor de godsdienstvrijheid, de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy.<sup>9</sup> Eén grondrecht mag hij uitsluitend beperken met het oog op een bepaald doel: de verenigingsvrijheid.<sup>10</sup> Twee andere mag hij slechts beperken met in achtname van een bepaalde procedure, te weten: het huisrecht en het briefgeheim.<sup>11</sup> Slechts drie grondrechten mag hij in het geheel niet beperken: het discriminatieverbod, het petitierecht en het verbod op de doodstraf.<sup>12</sup> De wetgever handelt daarom niet snel in strijd met Nederlandse grondrechten. Sterker nog: het zal hem enige moeite kosten dat te doen.

De beperkingsregels van het EVRM – het voor Nederland belangrijkste mensenrechtenverdrag dat bindend wordt uitgelegd door het Straatsburgse Hof – zijn een stuk strenger. Zij eisen (in de kern) dat een grondrechtenbeperking proportioneel is en voldoet aan het subsidiariteitsvereiste.<sup>13</sup> Dat betekent dat er een redelijke balans moet bestaan tussen de grondrechtenbeperking en het doel dat daarmee wordt gediend; en dat er geen minder ingrijpend middel voor handen mag zijn om dat nagestreefde doel te bereiken.

Nu is het interessante dat in de meeste gevallen geen eenduidig antwoord bestaat op de vraag of aan deze EVRM-voorwaarden is voldaan. Een voorbeeld illustreert dat. Is een verbod op ritueel slachten verenigbaar met de vrijheid van godsdienst? De Grondwet staat zo'n verbod toe. Zij laat de wetgever volledig vrij in het beperken van

**De wetgever handelt niet snel in strijd met Nederlandse grondrechten. Sterker nog: het zal hem enige moeite kosten dat te doen**

de godsdienstvrijheid. Het EVRM begrenst de vrijheid van de wetgever wel: het eist dat de beperking proportioneel is en voldoet aan het subsidiariteitsvereiste. Ten eerste moet daarom worden vastgesteld of er een redelijke balans bestaat tussen de beperking van de godsdienstvrijheid en het doel van het verbod op rituele slacht. Dat doel is: bescherming van het dierenwelzijn of, iets ruimer geformuleerd, de 'goede zeden'.<sup>14</sup> Weegt de bescherming daarvan op tegen deze beperking van de godsdienstvrijheid? Als ik mijn studenten deze vraag voorhoud, dan staken de stemmen. De ene helft laat het leed van de koe wier hals ritueel wordt doorgesneden, zwaarder wegen. De andere helft meent dat een kundig toegebrachte halssnede niet veel gruwelijker is dan de normale slacht: het schieten van een stalen pen in de kop van het beest. Zij vinden dat de godsdienstvrijheid zwaarder weegt dan dit dierenleed. Beide opvattingen zijn standpunten van redelijke mensen; van slimme studenten die een tijdje goed over de vraag hebben nagedacht, en toch beantwoorden zij haar verschillend. De stemmen staken eveneens als ik hun vraag of het dierenleed met minder ingrijpende maatregelen kan worden voorkomen. Is – zoals nu de regel is<sup>15</sup> – het bedwelmen van het dier als de slacht niet voorspoedig verloopt, een probaat middel om ernstig lijden te voorkomen? Sommigen menen van wel; anderen van niet, omdat het dier zo nog steeds een langere doodsstrijd kent dan bij de reguliere slacht.<sup>16</sup>

Dat redelijke mensen, zoals mijn studenten, fundamenteel van mening verschillen over de vraag of het wetsvoorstel rechtmatig is, is kenmerkend voor grondrechtentoetsing. De toetsing aan grondrechten is geen louter technische aangelegenheid. Zij vergt in de kern een morele afweging, en over morele vraagstukken, over wat goed en slecht is, wordt verschillend gedacht.

Dat betekent uiteraard niet dat er nooit wetsvoorstellen worden ingediend die evident in strijd zijn met grondrechten. Dat gebeurt wel, ook in Nederland. Het PVV-voorstel om het dragen van een boerka te verbieden – en dus niet gelaatsbedekkende kleding in het algemeen – is evident in strijd met het discriminatieverbod.<sup>17</sup> Immers, een bepaald soort religieuze kleding wordt verboden, terwijl andere gelaatsbedekkende kleding dat niet wordt. Het plan om een geheel verbod op de bouw van minaretten in te stellen, is om dezelfde reden evident in strijd met de Grondwet en het EVRM. Ik ken echter geen voorbeelden van evident met grondrechten strijdige wetsvoorstellen die het Staatsblad halen. De behandeling van het boerkaver-

## Dat is inherent aan grondrechtentoetsing: meestal zijn er geen duidelijke antwoorden

bodvoorstel ligt al tijden stil; het minarettenverbod is niet verder gekomen dan een wetsvoorstel tot het houden van een referendum over zo'n verbod.<sup>18</sup> En ook de behandeling dáárvan ligt al jaren stil. Kennelijk is parlementaire besluitvorming een effectieve sta-in-de-weg voor zulke wetsvoorstellen. Overigens wekt dit alles op een buitenstaander de indruk dat zelfs de indiener zo'n voorstel niet werkelijk serieus neemt en dat zijn drijfveer enkel effectbejag is.

Kortom: wetten die evident in strijd zijn met de Grondwet of het EVRM halen het Staatsblad niet. Wel zijn er wetten over wier verenigbaarheid met de Grondwet of EVRM redelijk denkende mensen, waaronder rechters in mensenrechtenhoven, van mening kunnen verschillen. Dat is inherent aan grondrechtentoetsing: meestal zijn er geen duidelijke antwoorden.

### Waarom is er dan toch zo veel kritiek, ook vanuit de Kamer zelf?

Als de grondrechtentoetsing door de Kamer goed gaat, waarom is er dan zoveel kritiek op, ook vanuit de Kamer zelf? Ik zie vier oorzaken.

Ten eerste ontstaat door grondrechtenkritiek op wetsvoorstellen het beeld dat wetten niet deugen. Dat beeld is onterecht. Een wetsvoorstel dat op gespannen voet staat met grondrechten is nauwelijks een probleem. Slechts van belang is welke voorstellen het Staatsblad halen. En, zoals gezegd, is de kwaliteit daarvan volgens mij aan de maat.

Dat met enige regelmaat wordt beweerd dat een wetsvoorstel in strijd is met grondrechten, komt mede doordat het niet moeilijk is een dergelijke strijdigheid te construeren. Zoals gezegd, vergt toetsing aan grondrechten een morele afweging en over de uitkomst daarvan kunnen redelijke mensen, ook deskundigen, van mening verschillen. Ik roep daartoe bijvoorbeeld het debat over het regeringsvoorstel voor een – neutraal geformuleerd – verbod op gelaatsbedekkende kleding in herinnering.<sup>19</sup> De Raad van State meende in 2011 dat het voorstel in strijd was met de godsdienstvrijheid uit het EVRM.<sup>20</sup> In 2014

#### Auteur

1. Mr. drs. J.J.J. Sillen is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Deze bijdrage is een bewerking van een voordracht gehouden op 2 juni 2016 tijdens een door de Tweede Kamer georganiseerd symposium over constitutionele toetsing.

#### Noten

2. Vergelijk P. van Sasse van Ysselst, 'Constitutionele toetsing van wetgeving ex ante', *NJB* 2016/1036, afl. 21, p. 1480-1485.

3. *Kamerstukken II* 2015/16, 34300, VII, 48.

4. *Handelingen II* 2015/16, 23, p. 26.

5. B.R. Dorbeck-Jung, 'Zicht op wetgevingskwaliteit. Welke eisen achten leden van de Tweede Kamer de belangrijkste kwaliteits-eisen?', *Regel/Maat* 2003, p. 139.

6. Zoals het in internetconsultatie gegeven voorstel voor een nieuwe Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten mogelijk maakt (<https://www.internetconsultatie.nl/wiv>).

7. *Kamerstukken II* 2007/08, 31571, 1 e.v.

8. *Kamerstukken II* 2015/16, 34466, 1 e.v.

9. Art. 2 lid 4, art. 4, 6, 7, 9, 10, 11, 15 Gw.

10. Art. 8 Gw.

11. Art. 12, 13 Gw.

12. Art. 1, 5, 114 Gw.

13. J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011, p. 152-158.

Daarnaast vereist het Hof dat de beperking 'relevant and sufficient' is (p. 155 e.v.). Ik laat dat vereiste hier buiten beschouwing.

14. Art. 9 lid 2 EVRM.

15. Vergelijk *Kamerstukken II* 2015/16, 31571, 27.

16. Vergelijk *Kamerstukken II* 2007/08, 31571, 3.

17. *Kamerstukken II* 2006/07, 31108, 1 e.v.

18. *Kamerstukken II* 2011/12, 33010, 1 e.v.

19. Het wetsvoorstel is inmiddels ingetrokken (*Kamerstukken II* 2015/16, 33165, 6)

en vervangen door een voorstel voor een verbod op het dragen van die kleding in enkele specifieke plaatsen of sectoren (*Kamerstukken II* 2015/16, 34349, 1 e.v.).

20. *Kamerstukken II* 2011/12, 33165, 4, p. 6.

## Het gezag van een dergelijke toetsingscommissie die oordeelt langs coalitie- en oppositielijnen, zal onder die praktijk ernstig te lijden hebben

achte het Straatsburgse Hof een vergelijkbaar Frans verbod echter met het EVRM verenigbaar.<sup>21</sup>

Grondrechtenkritiek op wetsvoorstellen is niet alleen makkelijk te construeren; zij levert ook een buitengewoon effectief politiek *frame* op. Het *frame* is zo succesvol omdat het ongelijkwaardigheid tussen de criticus en de indiener van het wetsvoorstel suggereert: de criticus vindt het voorstel niet alleen een slecht plan; hij heeft het recht aan zijn zijde staan. De indiener heeft dan wat uit te leggen. De kritiek op de nieuwe Mediawet van staatssecretaris Dekker is daarbij illustratief. Omroep Max, bij monde van Jan Slagter, was daarover zeer kritisch. Niet omdat zij het uitzenden van entertainment op de publieke omroep aan banden legt, maar omdat de staatssecretaris ermee volgens Omroep Max op ongrondwettige wijze probeert toezicht uit te oefenen op haar uitzendingen door gelijkgestemden te benoemen in de Raad van Toezicht van NPO.

Een andere succesfactor van die grondrechtenkritiek is dat de media daarover graag en uitgebreid schrijven.<sup>22</sup> De journalist doet dan niet langer verslag van de zoveelste Haagse ruzie, maar van een rechtsstatelijke misstand. In de strijd tegen de nieuwe Mediawet verschenen in de landelijke dagbladen zelfs artikelen waarin het beleid van de staatssecretaris werd vergeleken met de ontmanteling van de vrije pers in Polen;<sup>23</sup> een ontmanteling die onderdeel is van de totale teloorgang van de rechtsstaat aldaar. Veel effectiever kan een *frame* niet zijn; veel absurder evenmin.

Het gevolg van al die kritiek is, dat de Kamer zélf gaat geloven dat zij de grondrechtentoetsing veronachtzaamt. Het Kamerlid realiseert zich dat hij eigenlijk niet precies weet wat de Grondwet of het EVRM bepaalt, laat staan dat hij deze bij het uitbrengen van zijn stem laat meewegen. De motie-Klein getuigt van die onzekerheid. Volgens mij is die onzekerheid echter niet nodig. Zeker, het gemiddelde Kamerlid zal niet met de Grondwet of het EVRM in de hand wetsvoorstellen beoordelen. Maar dat hoeft ook niet. Proportionaliteit en subsidiariteit zijn notities die diep zijn ingesleten in ons morele denken. Ieder die zich een oordeel probeert te vormen over een wetsvoorstel, komt er als vanzelf bij uit. Juristen hebben daarop niet het monopolie.<sup>24</sup> De rechtsstaat, waarvan deze notities deel uitmaken, is eerst en vooral een *mind set*. En die *mind set* is in een land als het onze, met een lange rechtstatelijke traditie, ruimschoots aanwezig.

### Voorstellen tot verbetering van de parlementaire grondrechtentoetsing

Volgens mij gaat het dus goed met de grondrechtentoetsing door de Tweede Kamer. Maar het is te prijzen dat de Kamer het nóg beter wil doen.

Sommigen willen de parlementaire toetsing versterken om de rechter op afstand te houden.<sup>25</sup> Mij lijkt dat de verkeerde motivatie. Allereerst verklaart de rechter nu maar zelden een wet in strijd met het EVRM.<sup>26</sup> Verder is

lang niet zeker dat een uitdrukkelijker parlementaire toets tot meer terughoudendheid van de rechter leidt. Er bestaat weliswaar Straatsburgse jurisprudentie waaruit blijkt dat het Hof de wetgever meer vrijheid laat als het parlement uitvoerig toetst, maar een vaste lijn is dat niet.<sup>27</sup> Bovendien is onduidelijk of de Nederlandse rechter hetzelfde zal doen. Tot slot is het zo dat als de wetgever niet duidelijk is over de beleidsdoelen van de wet en over de gemaakte belangenafweging, de rechter, ook de Nederlandse, nogal eens met de wetgever 'meedenkt'.<sup>28</sup> Een minder expliciete parlementaire grondrechtentoets, kan de wetgever dus het voordeel opleveren van een coöperatieve rechter. Wat de rechter zal doen als het parlement uitdrukkelijker gaat toetsen, is dus ongewis. Het is ook niet belangrijk. De Kamer moet zelf beslissen of en hoe zij haar toetsingstaak wil verbeteren. Hoe de rechter daar vervolgens op reageert, is aan hem.

Hoe kan die toetsingstaak nu worden verbeterd? Twee voorstellen zijn recent in de Kamer aan de orde gekomen.

Allereerst is de eerder genoemde (en aanvaarde) motie-Klein als zo'n verbetering gepresenteerd. Zij is dat echter niet of maar zeer beperkt. De motie roept immers de regering op een grondrechtenparagraaf toe te voegen aan haar wetsvoorstellen. Dat deed de regering al,<sup>29</sup> maar ook overigens is in nevelen gehuld hoe zo'n paragraaf de eigen werkwijze van de Kamer verbetert.

Een ander voorstel is afkomstig van het lid Taverne. Hij bepleit een Kamercommissie voor constitutionele zaken.<sup>30</sup> Omdat deze enkel zou adviseren over de grondwettigheid van wetsvoorstellen, en dus geen wetsvoorstellen zou kunnen tegenhouden, was hoongelach van collega-Kamerleden zijn deel.<sup>31</sup> Ik deel die kritiek niet. De Grondwet draagt het aannemen of verwerpen van een wetsvoorstel op aan de Tweede Kamer als geheel. Zij staat niet toe dat die taak aan een commissie van de Kamer wordt toegekend. Het moet critici echter worden toegegeven: Taverne's voorstel was niet erg uitgewerkt. Maar dat wil niet zeggen dat het meteen moet worden afgeserveerd. Taverne stelde voor dat 'zijn' Kamercommissie wetsvoorstellen zou toetsen aan de Grondwet. Als daaraan het EVRM als toetssteen zou worden toegevoegd, zou zo'n commissie dan de parlementaire grondrechtentoetsing kunnen verbeteren?

Taverne is bepaald niet de eerste die voorstelt een dergelijke Kamercommissie in te stellen. Velen gingen hem voor. Sommigen stelden zich daarbij een commissie voor die – bij meerderheid – een oordeel uitspreekt over de verenigbaarheid van wetsvoorstellen met grondrechten.<sup>32</sup> Dat commissieoordeel geldt vervolgens als een advies aan de Kamer voor de plenaire behandeling van het voorstel. In het Verenigd Koninkrijk bestaat een commissie die zo werkt: de *Joint Committee on Human Rights*. De regels van het Britse parlement vereisen dat de Commissie een oordeel geeft over wetsvoorstellen, desnoods door te stemmen. Minderheidsopvattingen zijn niet toe-



De 'Grondwetbank' op de Hofplaats in Den Haag, met het Tweede Kamergebouw op de achtergrond. © Jan Kranendonk

gelaten.<sup>33</sup> Opvallend is dat de leden van de commissie in de praktijk vrijwel nooit stemmen, maar dat hun oordelen zijn gebaseerd op consensus, unanimititeit.

Nu kan ook een Taverné's commissie de opdracht worden gegeven een oordeel te vellen over de verenigbaarheid van een wetsvoorstel met grondrechten. Ik kan mij echter niet goed voorstellen dat haar dat, net als de *Joint Committee on Human Rights*, vrijwel steeds op basis van consensus zal lukken. In Nederland zijn commissieverslagen nu vaak niet meer dan een verzameling partijstandpunten. Om vanuit daar de stap te zetten naar een unaniem oordeel – dat wil zeggen: naar een beredeneerd oordeel over de proportionaliteit en subsidiariteit van het wetsvoorstel door coalitie- en oppositieleiden gezamenlijk – lijkt mij méér dan een brug te ver. Waarschijnlijk zal het gevolg van zo'n opdracht zijn, dat regeringswetsvoorstellen (en dat

zijn de meeste wetsvoorstellen) door de commissieleden van de coalitie met grondrechten verenigbaar zullen worden geacht en dat de oppositieleiden daarover juist anders denken. Dat meningsverschil is niet per se het gevolg van een machtsspel, maar wordt veroorzaakt door verschillende opvattingen over goed en slecht. Het zal echter duidelijk zijn dat het gezag van een dergelijke toetsingscommissie die oordeelt langs coalitie- en oppositielijnen, onder die praktijk ernstig te lijden zal hebben.

Waarom lukt het de Britse *Joint Committee on Human Rights* dan wél om op basis van consensus een oordeel te vellen? De politieke kleur van haar leden is immers ook divers, zodat ook zij over de verenigbaarheid van een voorstel met grondrechten van mening kunnen verschillen. Dat zij toch consensus weten te bereiken, verklaart Hiebert als volgt:<sup>34</sup>

21. EHRM 1 juli 2014 (GK), appl. nr. 43835/11 (S.A.S./Frankrijk).

22. Er was ook kritiek: W. Pekelder, 'Hoe Jan Slagter de mediawet sloopte', *Trouw* 8 februari 2016, p. 11.

23. Bijv. N. Van Eijk, 'Poolse toetstanden in Hilversum', *de Volkskrant* 12 januari 2016, p. 20; N. Klein, 'Ook 'Poolse' toetstanden in onze media', *de Volkskrant* 14 januari 2016, p. 22. In een analyse van het (toen aanstaande) debat over de behandeling van de Mediawet in de Eerste Kamer merkte *NRC Handelsblad* op 'Polen is hét frame' (J. Benjamin & E. Van Oteren, 'Veel branie, wat minder resultaat', *NRC Handelsblad* 27 februari 2016, p. 7).

24. De veelgehoorde klacht dat steeds minder juristen lid zijn van de Kamer, is – wat dit onderwerp betreft – naar mijn oordeel dan ook onterecht.

25. Zo vroegen de organisatoren van het Tweede Kamer-symposium over constitutionele toetsing van 2 juni 2016 de sprekers in te gaan op de vraag welke gevolgen een versterking van de parlementaire toetsing voor de verhouding wetgever-rechter zou hebben.

26. J.J.J. Sillen, 'Tegen het toetsingsrecht', *NJB* 2010/2231, afl. 43, p. 2742-2745.

27. J.H. Gerards, 'Procedural review by the ECtHR – A typology', in: J.H. Gerards & E. Brems (red.), *Procedural review in Euro-*

*pean fundamental rights cases*, Cambridge: Cambridge University Press, te verschijnen.

28. J.H. Gerards, 'Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: WLP 2007, p. 173.

29. *Kamerstukken II* 2015/16, 34300, VII, 62, p. 1.

30. *Handelingen II* 2014/15, 60, p. 5.

31. *Handelingen II* 2014/15, 60, p. 5-8.

32. Bijv. P.P.T. Bovend'Eert, 'Versterken van de positie van het Nederlandse parlement bij de vaststelling van wetten. Het Amerikaanse Congres als voorbeeld voor verandering van de wetsprocedure', in: J.A. van

Schagen (red.), *Parlement en kwaliteit van wetgeving*, Den Haag: Sdu 2003, p. 54 (de taakopdracht van 'zijn' commissie is overigens breder dan grondrechtentoetsing) en J.P. Loof, 'Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid van het wetgevingsproces', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: WLP 2007, p. 120-121.

33. Zie bijv. R. Rogers & R. Walters, *How parliament works*, London/New York: Routledge 2015, p. 338.

34. J. Hiebert, 'Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?', *International Journal of Constitutional Law*, 2006, p. 15-17.

Ten eerste telt het *House of Commons* – de meest politieke kamer van het Britse parlement – meer dan vier keer zo veel leden als de Nederlandse Tweede Kamer. Lang niet voor ieder lid ligt daarom roem en faam in het verschiet. Daardoor is het eenvoudiger leden te vinden die minder politiek denken, met name onder de zogenoemde *back benchers*. Die zijn makkelijker tot compromissen te bewegen. Bovendien is het met zulke aantallen (de regeringsfractie van de *Tories* telt 330 leden!) lastig om een strakke fractiediscipline te handhaven, in elk geval lastiger dan in de Nederlandse Tweede Kamer.<sup>35</sup> Ook dat vergroot de mogelijkheid om compromissen te sluiten. Bovendien wordt de commissie bijgestaan door twee gezaghebbende externe juristen, die kennelijk grote invloed hebben op de besluitvorming in de commissie.

Ten tweede is deze Britse toetsingscommissie een *Joint Committee*, dat wil zeggen: een commissie van het *House of Commons* en het *House of Lords* gezamenlijk. Elk huis vaardigt zes leden af. Beide afvaardigingen weerspiegelen de krachtsverhouding van 'hun' kamer van het parlement. Maar anders dan voor de Nederlandse Eerste Kamer bestaan voor het *House of Lords* geen verkiezingen. Ongeveer een kwart van zijn leden is partijloos. Daarnaast heeft een fikse aantal *Liberal Democrats* zitting in de *Lords*, terwijl deze in de *Commons* nauwelijks vertegenwoordigd zijn. Door die samenstelling is de dominantie van de coalitieleden in de afvaardiging van de *Lords* lang niet zeker. De coalitiedominantie in de *Joint Committee* als geheel wordt daardoor dikwijls doorbroken.

Nu is dat laatste, althans in theorie, ook in Nederland mogelijk: ook hier kunnen de twee Kamers een zogenoemde gemengde commissie instellen.<sup>36</sup> En wellicht kan ook zo de coalitiedominantie in die gemengde commissie worden doorbroken. Met de huidige samenstelling van de Eerste Kamer, waarin de regeringscoalitie geen meerderheid heeft, is dat zeker denkbaar. Maar zelfs als dat zou lukken, en de Nederlandse commissie óók aan de andere, zojuist genoemde, succesfactoren van de *Joint Committee on Human Rights* voldoet, dan nog ben ik geen voorstander van een parlamentscommissie die wetsvoorstellen aan grondrechten toetst op basis van consensus.

Zulke consensusvorming maskeert wat grondrechtentoetsing in wezen is: het vellen van een moreel, en daarmee hoogst politiek, oordeel. Precies vanwege dit politieke karakter van grondrechtentoetsing is bij de algehele grondwetsherziening van 1983 besloten de toetsing van de wet aan de Grondwet bij de wetgever te laten.<sup>37</sup> Als dát de *raison d'être* van het toetsingsverbod is, moet worden voorkomen dat deze meningsverschillen bij de parlementaire behandeling van wetsvoorstellen onder het tapijt worden geveegd en er een Kamercommissie wordt ingesteld die zich gedraagt als een quasi-rechterlijk ambt.

Een parlamentscommissie als de *Joint Committee on Human Rights* zie ik dus niet zitten. Ik zie voor Taverne's commissie wel een andere nuttige taak, namelijk feitenonderzoek. Schutgens wees al eerder op het belang daarvan.<sup>38</sup> Grondrechtentoetsing is, in de kern, belangenafwegen. Weegt de beperking van het grondrecht op tegen het doel dat het wetsvoorstel dient? Kan dat doel op een andere, minder ingrijpende wijze worden bereikt? Om die vragen goed te kunnen beantwoorden, is het zaak dat de Kamer die belangen kent. Ter voorbereiding

## Ideologie komt pas in het spel als – op basis van de verzamelde feiten – belangen worden gewogen

van de behandeling van het eerder genoemde verbod op rituele slacht zou deze Kamercommissie zich bijvoorbeeld de vragen kunnen stellen: lijdt een dier inderdaad meer door rituele slacht?; om hoeveel dieren gaat het?; welk belang hechten gelovigen aan die rituele slacht?; welke vormen van rituele slacht staan islam en jodendom toe?; achten die religies het geoorloofd dat dieren bedwelmd worden voor de slacht?<sup>39</sup>

Om twee redenen denk ik dat een Kamercommissie dat feitenonderzoek uitstekend kan verrichten. Ten eerste beschikt de Kamer over voldoende middelen: zij kan zelf onderzoek doen, kan onderzoek laten doen, kan hoorzittingen met deskundigen beleggen, inspraak vragen van belangengroepen, enzovoorts. Ten tweede is feitenonderzoek waardevrij, zodat ook een divers samengestelde Kamercommissie haar collegiaal kan verrichten. Ideologie komt pas in het spel als – op basis van de verzamelde feiten – belangen worden gewogen. De werkwijze van enquêtecommissies laat dit zien. Deze commissies slagen er op uitstekende wijze in de voor hun relevante feiten te verzamelen en doen dat eensgezind. Die eensgezindheid eindigt echter – en dat bewijst mijn eerdere stelling – als zij (politiek geladen) conclusies trekken of aanbevelingen doen.<sup>40</sup> Door zulk feitenonderzoek zal de parlementaire toetsing van wetsvoorstellen aan grondrechten beter geïnformeerd kunnen verlopen. En dat is winst.<sup>41</sup>

### Parlementaire toetsing aan institutionele grondwetsbepalingen

De huidige discussie spitst zich toe op de parlementaire toetsing van wetsvoorstellen aan grondrechten. Die toetsing wordt gekenmerkt door het meestal open karakter van de beperkingsclausules van (EVRM-)grondrechten, waardoor redelijke mensen van mening kunnen verschillen over de vraag of een wetsvoorstel met grondrechten verenigbaar is én door het feit dat die toetsing ook zonder specifieke juridische kennis kan worden verricht. Met rechtsstatelijke intuïtie kom je een heel eind. In de huidige discussie blijft de toetsing aan de institutionele bepalingen van de Grondwet onderbelicht. Die bepalingen zijn echter wel belangrijk, zeker in een constellatie als de onze, waarin de wetgever een belangrijke rol heeft bij de toetsing aan grondrechten. Dan is het van belang dat het politieke spel volgens de regels verloopt en bevoegdheden worden gerespecteerd.

Tussen toetsing aan grondrechten en toetsing aan institutionele bepalingen bestaan belangrijke verschillen. Ten eerste is de betekenis van institutionele bepalingen doorgaans een technische. Toetsing eraan vergt meestal géén moreel oordeel,<sup>42</sup> wat niet wegneemt dat de bepalingen onduidelijk kunnen zijn. Ten tweede vereist deze toetsing vaak wél specifieke, juridische kennis. Intuïtie is doorgaans onvoldoende. Dat komt omdat het institutione-

# Vraag vaker voorlichting of advies van de Raad van State over de uitleg van het institutionele staatsrecht, zodat een duidelijke 'legisprudentie' ontstaat

le staatsrecht, waaronder de verdeling van bevoegdheden, dikwijls gewoonweg de weerslag is van een keuze. Aan die keuze ligt weliswaar een gedachte ten grondslag, het voorkomen van machtsconcentratie bijvoorbeeld, maar die kan op veel verschillende wijzen worden gerealiseerd. De Nederlandse is er daar slechts één van.

In de praktijk wordt bij lastige toetsingsvragen van institutionele aard advies of voorlichting van de Raad van State ingewonnen.<sup>43</sup> Zie ik het goed, dan handelen regering en parlement vervolgens ook naar het oordeel van de Raad.<sup>44</sup> Ik vind dat verstandig: de uitleg van institutionele bepalingen vergt expertise en de Raad bezit die. Mijn advies zou zijn om vaker voorlichting of advies van de Raad te vragen over de uitleg van het institutionele staatsrecht, zodat een duidelijke 'legisprudentie' ontstaat. Ook kan worden overwogen de bevoegdheid om voorlichting te vragen toe te kennen aan een deel van de Kamer, bijvoorbeeld een derde van haar leden in plaats van de huidige meerderheid. In landen waarin geschillen over zulke institutionele bepalingen aan een constitutioneel hof kunnen worden voorgelegd, zoals in Duitsland, kunnen meestal ook minderheden zo'n institutionele klacht aanhangig maken.<sup>45</sup> Slepende conflicten kunnen

zo worden voorkomen of opgelost, zoals over de actuele vraag of de Grondwet toestaat dat de Kamer afgesplitste fracties minder rechten geeft.<sup>46</sup> Een Kamerminderheid de bevoegdheid toekennen om voorlichting door de Raad te vragen, is bovendien eenvoudig. De Grondwet hoeft er niet voor te worden gewijzigd.<sup>47</sup>

## Slot

Volgens mij is het dus niet slecht gesteld met de grondrechtentoetsing door de Kamer. Dat neemt niet weg dat die toetsing kan worden verbeterd. Ik heb daartoe twee voorstellen gedaan die eenvoudig zijn in te voeren. Ten eerste zou de Kamer meer werk kunnen maken van feitenonderzoek, zodat zij de toetsing aan grondrechten beter geïnformeerd kan laten plaatsvinden. Ten tweede vereist zorg voor grondrechten dat het politieke spel volgens de regels wordt gespeeld. De Raad van State zou daarbij een nog belangrijkere rol kunnen spelen dan nu al het geval is. Hem zou vaker om voorlichting kunnen worden gevraagd over de uitleg van de institutionele bepalingen van de Grondwet. Bovendien kan worden overwogen de bevoegdheid daartoe niet alleen aan Kamerminderheden toe te kennen, maar ook aan een Kamerminderheid. •

35. Ook het Britse districtenstelsel zorgt voor een minder strakke fractiediscipline.

36. R.J.B. Schutgens, 'Toetsing in het wetgevingsproces versterkt', *Regel/Maat* 2012, p. 205, m.nt. 41, meent dat zo'n gemengde commissie op gespannen voet staat met art. 85 Gw. Volgens die bepaling overweegt de Eerste Kamer een wetsvoorstel 'zoals het door de Tweede Kamer aan haar is gezonden'. Ik deel die opvatting niet. Naar mijn oordeel legt de bepaling vast dat de Eerste Kamer wetsvoorstellen niet kan amenderen. Dat leden van de Eerste Kamer zich in commissieverband buigen over een voorstel dat nog niet aan de Eerste Kamer is gezonden, doet daaraan geen afbreuk.

37. *Kamerstukken II* 1973/74, 2, p. 12.

38. Schutgens 2012, p. 199. Hij geeft hetzelfde voorbeeld als ik, met vergelijkbare vragen.

39. Bij de behandeling van het wetsvoorstel door de Eerste Kamer kwamen deze vragen alsnog aan bod.

40. S.C. Loeffen, *Parlementair onderzoek* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2013, p. 188-189; E.R. Muller & N.J.P. Coenen, *Parlementair onderzoek in Nederland*, Den Haag: Sdu 2002, p. 98-99. Overigens vormt de samenstelling van enquêtecommissies – anders dan die van gewone Kamercommissies – vaak geen getrouwe afspiegeling van de krachtsverhoudingen in de Kamer (Loeffen 2013, p. 141-142).

41. De regering kan daar overigens aan

meehelpen door in de memorie van toelichting van haar wetsvoorstellen steeds uitdrukkelijk verslag te doen van het onderzoek dat de Aanwijzingen voor de regelgeving voorschrijven (Ar 6, 7 en 18).

42. Dat neemt niet weg dat de Grondwet enkele institutionele bepalingen kent die wél zo'n moreel oordeel (in de vorm van een belangenafweging) vereisen, zoals art. 41 Gw, dat bepaalt dat de Koning 'met inachtneming van het openbaar belang' zijn Huis inricht. De bepaling vergt een afweging tussen het belang van politieke verantwoording voor de Koning en zijn privacy. Ik meen echter dat zij in de minderheid zijn.

43. Voorlichting kan in elke fase van wetgevingsprocedure worden gevraagd, zowel

door de regering als door beide Kamers van het parlement (art. 21 Wet RvS).

44. Zoals bij de vraag of grondwetsherzieningsvoorstellen in tweede lezing uitsluitend mogen worden behandeld door de Kamer die volgt op door de Grondwet voorgeschreven ontbinding of dat ook een Kamer die later is verkozen dat mag (*Kamerstukken II* 2003/04, 29200, VII, 36).

45. Zie met betrekking tot Duitsland: K. Schlaich & S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, München: Beck 2015, nr. 88, met verdere verwijzingen.

46. *Kamerstukken II* 2015/16, 34444, 7.

47. Art. 75 lid 1 Gw.