

# 9de vergadering

Maandag 24 november 2008

Aanvang 19.45 uur

## Voorzitter: Timmerman-Buck

Tegenwoordig zijn 44 leden, te weten:

Asscher, Van de Beeten, De Boer, Böhler, Broekers-Knol, Doek, Dölle, Dupuis, Duthler, Eigeman, Elzinga, Engels, Franken, Goyert, De Graaf, Hofstra, Holdijk, Ten Horn, Huijbregts-Schiedon, Janse de Jonge, Van Kappen, Klein Breteler, Kox, Leunissen, Meulenbelt, Noten, Peters, Putters, Quik-Schuijt, Rehwinkel, Reuten, Rosenthal, Russell, Smaling, Strik, Swenker, Tan, Terpstra, Timmerman-Buck, Vedder-Wubben, Vliegenthart, De Vries, Werner en Willems,

en mevrouw Ter Horst, minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

alsmede mevrouw Halsema, initiatiefneemster, en de heren Peters, Boogaard en Dragstra, adviseurs.

De **voorzitter**: Ik deel aan de Kamer mede, dat zijn ingekomen berichten van verhindering van de leden:

Thissen, wegens verblijf buitenslands, ook morgen;

Yildirim en Koffeman, wegens ziekte, ook morgen;

De Vries-Leggedoor, wegens persoonlijke omstandigheden.

Deze berichten worden voor kennisgeving aangenomen.

---

Aan de orde is de behandeling van:

- **het Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter (28331).**

De **voorzitter**: Ik heet mevrouw Halsema van harte welkom in dit huis, evenals minister Ter Horst van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Ik heet evenzeer welkom: de heer prof. dr. J. Peters, de heer

G. Boogaard en de heer L. Dragstra, allen adviseur van de initiatiefneemster.

Wij weten allen dat het wetsvoorstel bij ons is ingediend door de Tweede Kamer.

De beraadslaging wordt geopend.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Mevrouw de voorzitter. Het is vandaag een bijzondere dag. Voor zover mij bekend is niet eerder sinds de laatste grondwetsherziening van 1983 een initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Grondwet in deze Kamer behandeld. Namens mijn fractie maak ik de initiatiefneemster, mevrouw Halsema, complimenten, omdat zij het heeft aangedurfd om dit al sinds de Grondwet van 1848 omstrede onderwerp op de parlementaire agenda te plaatsen en om een wetsvoorstel in te dienen.

Het is niet zomaar een wetsvoorstel. Het is een wetsvoorstel dat de verhoudingen in onze constitutionele democratie ingrijpend wijzigt. Het is ook een wetsvoorstel waarvan wij de consequenties zeer zorgvuldig moeten doordenken. Vanzelfsprekend hoort dat bij onze rol als wetgever. Het bijzondere vandaag is dat wij een wetsvoorstel bespreken dat mede over ons eigen functioneren gaat.

Een van de pijlers waarop onze constitutionele democratie is gebaseerd is de trias politica van Montesquieu, een nog altijd levend verhaal, getuige de Nederlandse vertaling die vorig jaar is uitgebracht. Ik hoop dat in dit huis niet uit te leggen. De centrale gedachte is dat het voor een goed functionerende democratische rechtsstaat nodig is dat er een scheiding bestaat tussen de wetgevende, de controlerende en de uitvoerende macht. Het is de wetgevende macht die het normenkader vaststelt. Het is de rechterlijke macht die concrete gevallen aan het normenkader toetst. Om te komen tot het normenkader worden belangen in het openbaar gewogen en met elkaar vergeleken en daarbij worden politieke keuzen gemaakt. De wetgever staat er voor in dat wetten uitvoerbaar, handhaafbaar en in overeenstemming met de Grondwet zijn. De weging van de verschillende belangen en het maken van politieke keuzen gebeurt in het openbaar door volksvertegenwoordigers die democratisch zijn gekozen. Het normenkader zelf is vervolgens voor de rechter een gegeven en kan door hem niet ter discussie worden gesteld. Rechtsers worden niet democratisch gekozen, maar voor het leven

## Duthler

benoemd. De afweging die zij maken bij het toetsen van een concreet geval aan het normenkader – lees de wet – is niet openbaar. Kortom, een wetgever maakt de wet, de rechter past de wet toe. Mijn fractie hecht zeer aan dit beginsel van scheiding der machten.

Nu komt onmiddellijk het argument van de duas politica: de toenemende verwevenheid van bestuur en wetgever, waardoor de corrigerende rol van de rechter belangrijker wordt. Ik wil daarop antwoorden dat de wetgever zelf verantwoordelijk is voor het invullen en handhaven van zijn autonome rol als controleur van de uitvoering.

De initiatiefneemster van het wetsvoorstel is van mening dat de wezenlijke functie van de rechter is: de Grondwet bij de tijd te brengen. De betekenis van grondrechten is afhankelijk van maatschappelijke omstandigheden en van de in de maatschappij levende opvattingen, schrijft zij. Tot zover ben ik het hartgrondig met haar eens. Maar nu komt het: En het is een taak van de rechter om de grondrechten van een eigentijdse interpretatie te voorzien. Hierin verschilt de VVD-fractie grondig van mening met mevrouw Halsema. Indien zich maatschappelijke ontwikkelingen voordoen, zoals die van nieuwe technologieën, dan is het de taak van de wetgever om, zo nodig, de grondrechten aan te passen. Dat is niet een taak van de rechter.

Mevrouw Halsema verwijst naar een artikel van Koops c.s., maar hun conclusie is nu juist dat grondrechten een belangrijk ankerpunt voor de wetgever zijn om technologiegerelateerde maatschappelijke veranderingen in goede banen te leiden. De wetgever en de beleidsmaker hebben daarom de verantwoordelijkheid om bij hun activiteiten niet alleen de grondrechten in acht te nemen, maar ook om het klimaat te scheppen waarin grondrechten kunnen opbloeien en richting kunnen geven aan de maatschappij, schrijven zij. Daar is mijn fractie het hartgrondig mee eens. De verdiscontering van maatschappelijke opvattingen in wet- en regelgeving inclusief de Grondwet behoort plaats te vinden in de Staten-Generaal, democratisch tot stand gekomen, en behoort een afspiegeling te zijn van opvattingen van de Nederlandse bevolking. Dit behoort niet de rechterlijke macht te doen.

Mevrouw de voorzitter. De initiatiefneemster van het wetsvoorstel geeft aan dat zij ervan uitgaat en erop vertrouwt dat de rechter vasthoudt aan het respect dat hij tot nu toe aan de democratisch gelegitimeerde wetgever heeft betoond. De rechter dient groot gezag toe te kennen aan een weloverwogen grondwetinterpretatie van de wetgever, meent zij. Dat is prachtig, maar mijn fractie hecht meer aan wettelijke bepalingen en aan de uitleg die daaraan in de parlementaire geschiedenis en via de jurisprudentie wordt gegeven dan aan vertrouwen.

Mevrouw de voorzitter. Dit waren mijn opmerkingen over de trias politica, een belangrijke beginsel bij de beoordeling van het wetsvoorstel. Ik meen dat mevrouw Strik nu een vraag wil stellen.

De **voorzitter**: Dan is het aan mij om haar het woord te geven. Het woord is aan mevrouw Strik voor een interruptie.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Voorzitter. Mevrouw Duthler spreekt over de trias politica en zij geeft aan het heel belangrijk te vinden dat de normen in de wet alleen

door de wetgever worden geïnterpreteerd. Begrijp ik dat goed?

Mevrouw **Duthler** (VVD): Ik heb inderdaad gezegd dat de wetgever het normenkader van de wet vaststelt.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): U zegt voorts dat als er technologiegerelateerde maatschappelijke ontwikkelingen zijn, de rechter zich dient te onthouden van een interpretatie. Die is aan de wetgever. Er kan echter sprake zijn van jurisprudentie. Die kan een nadere invulling mogelijk maken als nieuwe ontwikkelingen aan de orde zijn die de wetgever bij het tot stand brengen van de wet niet voorzien heeft. Dat kan zeker het geval zijn als het om de Grondwet gaat. Kan dan de jurisprudentie niet dienend zijn bij het levend houden van de Grondwet en op die manier zorgen voor een actueel toetsingskader?

Mevrouw **Duthler** (VVD): Bij de vaststelling van een wet worden verschillende belangen met elkaar vergeleken en dan vindt een afweging plaats. Er worden dan altijd politieke keuzen gemaakt. Ik geef een voorbeeld. Binnenkort behandelen wij in dit huis het wetsvoorstel Bewaarplicht verkeersgegevens. Je kunt dat wetsvoorstel als zeer waardevol beoordelen voor de bestrijding van criminaliteit en voor terrorismebestrijding, maar het maakt ook inbreuk op de privacy van individuele burgers. Dan vindt er een afweging plaats. Het zal dan gaan om de lengte van de termijn voor het bewaren van de verkeersgegevens en de wijze waarop de gegevens bewaard worden. De keus of een termijn van 12, 24 of 6 maanden in acht wordt genomen dan wel een termijn die past bij het proportionaliteitsvereiste van artikel 10 van de Grondwet – met dat artikel wordt de persoonlijke levenssfeer beschermd – behoort in dit huis gemaakt te worden en niet door de rechter.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Een rechter gaat toch niet de gehele wet toetsen aan de Grondwet. Hij gaat toch in een individueel, concreet geval een belangenafweging maken. Vervolgens gaat hij na of de toepassing mogelijk strijdig is met de Grondwet. Dat is toch iets heel anders dan een algemene appreciatie van een wet en bepalen of die al dan niet in overeenstemming met de Grondwet is.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Wanneer in individuele gevallen wordt getoetst – de rechter toetst altijd in individuele gevallen en in concrete zaken – en de rechter concrete casussen zoekt, kan de ene rechter in Arnhem zeggen dat hij vindt dat de wet in strijd is met de Grondwet, maar een rechter in Haarlem of Amsterdam kan een andere mening zijn toegedaan. Hoe zit het dan met de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid?

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Dit is weer een ander argument dan waarin volgens mij de rechtseenheid door de hoogste appelrechter een oplossing kan bieden. Kunt u nog even bij uw bezwaren stilstaan bij hoe zich dit verhoudt tot wat nu al de dagelijkse praktijk is, namelijk dat lagere wetgeving wel wordt getoetst aan de Grondwet en dat de rechter ook wetten kan toetsen aan verdragen?

Mevrouw **Duthler** (VVD): Lagere wetgeving komt op een andere manier tot stand dan formele wetgeving. Formele

## Duthler

wetgeving moet altijd langs de Tweede en Eerste Kamer. Daar zijn de waarborgen veel groter. De toetsing aan verdragen is net als het argument: in het buitenland gebeurt het ook. Ik kom daarop later terug. Het is an sich geen goed argument. Je moet echt kijken hoe het dan zit. Je ziet dat bijvoorbeeld het EG-verdragenrecht voorrang heeft boven de Nederlandse wetgeving en zelfs boven de Grondwet. Dat is het Costa-/ENEL arrest. Het heeft een rechtstreekse werking. Het gewone verdragenrecht is gelijk aan de gewone wetgeving, is beperkt monistisch en heeft altijd een rechtstreekse werking. Bij twijfel mag de Nederlandse wetgever uitleggen. In het geval van het EG-verdragenrecht mag de Nederlandse wetgever nooit uitleggen, maar moet men altijd naar het Hof van Justitie in Luxemburg voor een prejudiciële vraag.

De heer **Engels** (D66): Wat vindt de VVD-fractie van de in de afgelopen decennia toegenomen rechtsvormende rol van de rechter? Ik zal mijn vraag toelichten. U zet de machtscheiding dermate dogmatisch in, dat de rol van de rechter nog heel Kantiaans en volgens de leer van Montesquieu moet worden ingevuld.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Misschien is dit een mooi aanknopingspunt om naar mijn volgende punt te gaan. U spreekt over de rechtsvormende functie van de rechter. Een van de aanleidingen voor dit wetsvoorstel, zo schrijft de initiatiefneemster in de nadere memorie van antwoord, is de kwaliteit van de wetgever. Daarin heeft de initiatiefneemster van het wetsvoorstel weinig vertrouwen. Zij schrijft letterlijk: "Men kan nooit met honderd procent zekerheid garanderen dat de wetgever voldoende zorg besteedt aan de beantwoording van de vraag naar de grondwettigheid van zijn eigen product. Rechtelijke toetsing kan hier een nuttige en aanvullende rol spelen, zowel in gevallen waarin de wetgever verwijtbaar te kort schiet, als in die gevallen waarin daarvan geen sprake is. Rechtvaardigheid voor de individuele burger in het individuele geval staat hierbij centraal." Dit zijn grote woorden en getuigt van weinig vertrouwen in de wetgever. Als het knelpunt bij de kwaliteit van de wetgever zit, moet daar de oplossing worden gevonden. De wetgever heeft de uitdrukkelijke taak gekregen om wetten te toetsen aan de Grondwet. De wetgever is het enige democratisch gekozen orgaan in de trias politica. Ik zou de afwegingen graag in het openbaar willen maken door een democratisch gekozen volksvertegenwoordiging. Het is dan ook de wetgever die het laatste woord moet hebben als het gaat om de beoordeling of een wet al of niet in strijd is met de Grondwet en of er omstandigheden zijn die nopen tot wetgeving waarbij mogelijk inbreuk wordt gemaakt op een grondrecht. Het is de wetgever die daarover het laatste woord heeft.

Bovendien, wie zegt mij dat een rechter hier beter toe in staat is dan de wetgever? Het lijkt mij bijna onontkoombaar dat rechters bij het toetsen van een wet aan de Grondwet in een concreet geval politieke keuzen maken. Het maken van politieke afwegingen en keuzen hoort open en eerlijk in dit huis plaats te vinden en niet in geheime overleggen achter de gesloten deuren van de raadkamer. De oplossing voor de vermeende achterblijvende kwaliteit van de wetgever ligt niet in het ontmantelen van zijn macht, niet in het uithollen van zijn functie, maar in het aanreiken van instrumenten om de kwaliteit

van het uitoefenen van zijn functie te verbeteren. Graag denkt mijn fractie mee, op welke wijze dat zal kunnen.

Begin volgend jaar al praten wij met de minister van Justitie over het onderwerp wetgevingskwaliteit.

De heer **Engels** (D66): Open en eerlijk binnen de wetgevende organen de afwegingen maken. Hoe kijkt de VVD-fractie aan tegen de veelvuldig hoorbare kritiek dat de afweging weliswaar openbaar is, maar dat wat eraan voorafgaat vaak niet openbaar is en dat soms de indruk bestaat dat er afwegingen worden gemaakt die eerder kunnen worden gekwalificeerd als afwegingen op basis van politieke opportuniteit, dan als een volledige rechtmatigheidstoetsing aan een hogere regeling, in dit geval de Grondwet. Hoe gaat u met die kritiek om?

Mevrouw **Duthler** (VVD): Dan nog zeg ik dat het de verantwoordelijkheid van de wetgever zelf is om zijn taken op een goede manier in te vullen. Het is de verantwoordelijkheid om zijn verantwoordelijkheid in te vullen. Het klinkt retorisch, maar zo is het. Daar ligt die verantwoordelijkheid. Je moet dan niet de rechter maar de ruimte geven om politieke afwegingen te maken. Het is aan de wetgever zelf hoe die zijn taak invult en zijn functie opvat.

Ik kom bij de scheidslijn tussen klassieke en sociale grondrechten. Het opheffen van het toetsingsverbod aan de Grondwet wordt in dit wetsvoorstel beperkt tot toetsing aan de klassieke grondrechten. De VVD-fractie vraagt zich af waar de scheidslijn ligt tussen klassieke en sociale grondrechten. Toetsing aan bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel kan tevens toetsing aan een sociaal grondrecht met zich meebrengen, zoals het recht op bijstand. Hoe dient een rechter met een dergelijke situatie om te gaan? Hoe kan een politiek oordeel in een dergelijke situatie worden voorkomen? In het nader voorlopig verslag heeft mijn fractie hiernaar gevraagd, maar geen bevredigend antwoord gekregen.

Mijn fractie voelt niets voor gespreide toetsing door meerdere rechters. Ik gaf dit zojuist al aan. Als er al een constitutionele toetsing toegestaan moet worden, geeft mijn fractie de voorkeur aan geconcentreerde toetsing boven gespreide toetsing. Op die manier wordt de kennis gebundeld en de rechtseenheid bevorderd. Een van de argumenten die in de nadere memorie van antwoord hiertegen wordt gebruikt, is dat politisering van benoemingen in geval van geconcentreerde toetsing moeilijk te voorkomen is en dat gespreide toetsing politisering van de rechtspraak zeer vermindert. Dat kan zo zijn, het feit echter dat geconcentreerde toetsing politisering van benoemingen met zich meebrengt, wil nog niet zeggen dat gespreide toetsing geen politisering van de rechtspraak met zich meebrengt.

Ik vraag nadrukkelijk aandacht voor het onderscheid tussen politisering van benoemingen en politisering van de rechtspraak. Het bezwaar van de VVD-fractie tegen constitutionele toetsing is dat politisering van de rechtspraak dan moeilijk is tegen te gaan. Het gaat immers in de meeste gevallen om het tegen elkaar afwegen van belangen en grondrechten, zo heb ik hiervoor betoogd. Dat hoort gedaan te worden door een politiek orgaan, het democratisch gekozen parlement, in de openbaarheid en niet door voor het leven benoemde rechters in de beslotenheid van de raadkamer.

Een van de vragen die de senator zich stelt bij de beoordeling van een wetsvoorstel is, en ik stel die

## Duthler

nogmaals, voor welk probleem biedt dit wetsvoorstel een oplossing? Het doel van deze wet, zo heb ik begrepen, is het vergroten van de rechtsbescherming van de burger. Is die nu onvoldoende en waaruit blijkt dat? Mijn fractie heeft gevraagd naar voorbeelden. In de nadere memorie van antwoord en in de memorie van antwoord zijn wel voorbeelden van grondrechten gegeven die in het gedrang kunnen komen, maar geen concrete voorbeelden van gevallen waaruit de rechtsbescherming van een burger onvoldoende bleek. Heel graag zou mijn fractie alsnog dergelijke voorbeelden horen. Of hebben dergelijke gevallen zich niet voorgedaan?

Mevrouw de voorzitter. Ik kom tot een afronding. Mijn fractie heeft zeer gemengde gevoelens bij en is bepaald niet overtuigd van de noodzaak van dit wetsvoorstel. Zij ziet dan ook met buitengewone belangstelling uit naar een reactie op de genoemde bezwaren en kanttekeningen.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Toch nog graag een vergelijking met het EVRM. Mevrouw Duthler geeft aan dat de wetgever eigenlijk geen inbreuk maakt op de grondrechten en dat het eigenlijk niet nodig is om hier een rechterlijke toetsing voor te maken. Op tal van punten heeft de rechter echter schending van het EVRM geconstateerd bij de toetsing van wetten.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Mijn punt is dat het argument van de verdragen er heel vaak bij wordt gehaald, net als het buitenland: de rechter mag nu ook al toetsen aan verdragen en in het buitenland gebeurt het ook. Dat zijn voor mijn fractie onvoldoende argumenten. Dan moet je gaan kijken wat het concreet betekent. Daarbij moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen het gewone verdragenrecht en het EG-verdragenrecht.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Ik ga nu even op het EVRM in. Je ziet nu dat, omdat er geen constitutionele toetsing kan plaatsvinden, rechters dan rechtstreeks toekomen aan het EVRM. Daar zit een aantal aan de Grondwet verwante bepalingen in. Daarvan stelt de rechter regelmatig vast dat de toepassing van een wet schending van het EVRM oplevert. Dat gaat dus om bepalingen die soortgelijk zijn aan bepalingen in de Grondwet.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Dan ga ik naar een ander arrest van de Hoge Raad, het Arbeidskostenforfaitarrest. Daarin lees je heel duidelijk dat de Hoge Raad ook moet toetsen of een wet in strijd is met een bepaling uit het EVRM. De rechter zegt: nu er meerdere keuzemogelijkheden zijn en wij in de Nederlandse Grondwet niet de mogelijkheid van constitutionele toetsing kennen, past de rechter een zeer terughoudende opstelling. Hij legt de vraag weer terug bij de wetgever. Op het moment dat wij wel constitutionele toetsing zouden kennen, zou diezelfde rechter zich veel minder terughoudend opstellen. Dat is voor onze fractie ook een belangrijk argument.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Dat is weer een ander argument. Het is niet gezegd dat die terughoudende houding van de Hoge Raad, van de rechter, alleen maar voortkomt uit het toetsingsverbod. De Hoge Raad heeft meerdere malen kenbaar gemaakt, ook in het Harmonisatiearrest, zich sowieso terughoudend te moeten opstellen, alleen al op basis van de verhoudingen in de trias. Dus dat is niet gezegd. Maar ik kom even

terug op de vergelijking met het EVRM. De rechter stelt regelmatig schending van het EVRM vast. Acht mevrouw Duthler dat dan een politiek besluit van de rechter?

Mevrouw **Duthler** (VVD): Dat hangt ervan af. Je hebt verschillende argumenten en die heb ik genoemd. Je hebt het machtenscheidingsargument, het democratische argument, het rechtszekerheidsargument. Ook de politisering van benoemingen is een belangrijk argument voor ons. Dan is er het punt van de toetsing van verdragen. Ja, je mag ook toetsen aan verdragen. Als wij dat tegen elkaar afwegen, wegen die andere argumenten voor ons veel zwaarder.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Ik maak die vergelijking met het EVRM omdat mevrouw Duthler vreest voor een politisering van de rechtspraak. Mijn punt is nu juist dat de rechter niet anders doet dan toetsen. De rechter maakt steeds belangenafwegingen en toetst steeds aan soortgelijke normen.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Dan zou ik u toch mee willen nemen naar het buitenland. Als u kijkt naar de verschillende buitenlanden waarin constitutionele toetsing mogelijk is – wij zijn kennelijk het enige land in Europa dat constitutionele toetsing nog niet kent – zie je dat het altijd politieke benoemingen zijn. Ik heb geen constitutioneel hof ...

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Ik heb het niet over een constitutioneel hof. Daar kwam u mee. U zei dat u daar liever de voorkeur aan gaf. Ik heb het nu over de politisering van de rechtspraak. U maakt een onderscheid tussen politiseren van de rechtspraak en politiseren van benoemingen. Ik heb het over die rechtspraak. Waarom zou, terwijl er nu steeds al een juridische toetsing plaatsvindt op basis van de EVRM-bepalingen, er plotseling gepolitiseerd worden op het moment dat het om grondwetsbepalingen gaat?

Mevrouw **Duthler** (VVD): Bij het toetsen aan verdragen gaat het om het handhaven van minimumnormen en bij toetsing aan de Grondwet gaat het om een interpretatie van de Grondwet. Toetsen aan verdragen en toetsen aan de Grondwet kun je niet met elkaar vergelijken.

De heer **Engels** (D66): Mevrouw de voorzitter. Ik heb een vraag over de vergelijking tussen besluitvorming door de wetgever en besluitvorming door de rechter. De rechter doet dat heel besloten. Dat kunnen wij niet weten. Wij weten dat de rechters in de raadkamer beraadslagen en tot een vonnis komen. Maar wij kunnen alle vonnissen nalezen. Rechters moeten toch hun vonnissen motiveren? Als ik dat vergelijk met de parlementaire praktijk waarin fracties in beslotenheid beraadslagen en besluiten over standpunten, heb ik het idee dat het verschil veel minder groot is dan mevrouw Duthler suggereert. Wat vindt zij daarvan?

Mevrouw **Duthler** (VVD): Natuurlijk had ik dit punt verwacht. De rechter heeft een motiveringsplicht, maar die hoeft geen opening van zaken te geven over de afweging die is gemaakt in de raadkamer. Wij maken hier wel een afweging. In dit huis vindt een debat plaats tussen de verschillende politieke fracties. Dat kun je niet met elkaar vergelijken. Een beraadslaging is iets anders

## Duthler

dan een motivering. Beraadslagingen kunnen leiden tot een motivering.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Voorzitter. Mevrouw Duthler zei: als wij al voor constitutionele toetsing kiezen, dan is het met een constitutioneel hof. Dan paraphraseer ik haar nauwelijks. Ik wil haar daar twee vragen over stellen. De eerste is of zij ook aan gespreide toetsing het voordeel onderkent dat procedures dan niet geschorst behoeven te worden, omdat eerst de gang naar het constitutionele hof moet worden gemaakt. Onderkent zij dat ook als voordeel van gespreide toetsing?

Mevrouw **Duthler** (VVD): Ik onderken vooral een nadeel aan gespreide toetsing en dat is dat het onzeker is hoe een beslissing uiteindelijk uitvalt bij de hoogste rechter.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Mijn vraag is of u ook dit voordeel onderkent. Maar goed, u onderkent vooral het nadeel. Ik dacht overigens ook dat de keuze voor een constitutioneel hof dan wel gespreide constitutionele toetsing ten finale nog niet gemaakt is.

Mevrouw **Halsema**: Dat is aan de regering.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Het is aan de regering, inderdaad. Daar moet de initiatiefneemster nog maar meer over zeggen. Volgens mij is die keuze nog niet ten finale gemaakt. Dan is mijn vraag hoe zwaarwegend dit argument voor mevrouw Duthler is, juist omdat zij stelde dat zij alleen voor constitutionele toetsing zou kiezen met een constitutioneel hof. Stel dat alsnog de keuze voor een constitutioneel hof wordt gemaakt, zou zij dan eventueel wel bereid zijn om haar steun aan het wetsvoorstel te geven? Of zijn de andere argumenten zo zwaarwegend dat zij sowieso haar steun zal moeten onthouden?

Mevrouw **Duthler** (VVD): Mijn fractie heeft zeer grote bezwaren tegen dit wetsvoorstel. Mijn opmerking over het punt van een geconcentreerde toetsing heb ik gemaakt omdat er dan in ieder geval transparantie is. Er is dan immers sprake van politieke benoemingen van de leden van zo'n constitutioneel hof. Maar de bezwaren zijn zeer groot. De heer Rehwinkel moet er maar niet van uitgaan dat de VVD-fractie dan om is.

De heer **Kox** (SP): Mevrouw de voorzitter. Ik krijg graag meer duidelijkheid over de positie van de VVD-fractie. In voetbaltermen ging mevrouw Duthler een beetje met gestrekt been erin. Dit was heel erg duidelijk, dit leidt tot een "nee" tegen dit wetsvoorstel. Zij had het over zeer gemengde gevoelens. Heeft het nog zin om te proberen haar te overtuigen? Een wijziging van de Grondwet doen wij met elkaar natuurlijk. Mevrouw Duthler zei ook dat als er getoetst wordt aan het EVRM dat toetsen aan minimumnormen is. Nu zit hier iemand in de zaal die ooit bij zijn inaugurele rede zei dat juist door het ontbreken van het recht van de rechter om de grondrechten te toetsen, de normen van het EVRM voor de Nederlandse rechter steeds vaker als maximumnormen gaan functioneren, waardoor wij onszelf het recht onthouden om de grondrechten die wij in onze Grondwet hebben staan ruimer te interpreteren. Ziet mevrouw Duthler daar geen voordeel in? Mijn eerste vraag is dus of het nog zin heeft om met haar te debatteren om haar

standpunt te veranderen. Ten tweede vraag ik haar wat zij vindt van de minimum- en maximumnormen.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Ik begin met uw eerste vraag. Wij hebben hier vanavond een debat. Ik wil heel graag de reactie van de regering en van mevrouw Halsema horen. Anders had ik meteen een briefje kunnen invullen met de mededeling dat de VVD-fractie tegen is en dan zouden wij klaar zijn. Dat had minstens een half uur gescheeld. Dat is echter niet gebeurd. Mijn fractie heeft echter wel buitengewoon belangrijke bezwaren tegen dit wetsvoorstel. Zoals ik zojuist al tegen de heer Rehwinkel zei: gaat u daar maar niet van uit. Die woorden herhaal ik nu.

De heer Kox heeft voorts een opmerking gemaakt over de toetsing aan het EVRM en de ruimere uitleg. Daarmee komen wij weer in de discussie over het verdragenrecht. Ik wil ons standpunt nog wel een keer herhalen, maar volgens mij is dat duidelijk.

De heer **Kox** (SP): Professor Peters heeft in zijn inaugurele rede gezegd: omdat de rechter niet mag toetsen, gaan de uitspraken van het Hof in Straatsburg steeds meer functioneren als maximumnorm. Daarmee beroven wij onszelf in feite van het recht om onze eigen grondrechten, waar mevrouw Duthler en ik zo zeer aan hechten, ruimer te interpreteren. Ziet mevrouw Duthler iets in die argumentatie, of ziet zij daar niets in? Zij zei immers dat het minimumnormen zijn.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Daar zie ik niet zo veel in, omdat de Hoge Raad in uitspraken steeds aangeeft zich terughoudend op te stellen, juist vanwege het toetsingsverbod in onze Grondwet. Zodra wij dat toetsingsverbod loslaten, zal de rechter zich bij de toetsing aan verdragen anders opstellen, naar mijn verwachting.

□

De heer **Dölle** (CDA): Mevrouw de voorzitter. Het is ongeveer vier jaar geleden dat in deze Kamer het schriftelijke debat in het kader van de eerste lezing van de voorgestelde grondwetsherziening van start ging. Wij waren vanaf het begin kritisch over het voorstel, dat wel. Wij zijn ook wel kritisch gebleven. Dat neemt niet weg dat wij van opvatting zijn dat dit debat – waarvoor de indiener zeer ruim de tijd heeft genomen en mede in reactie daarop, zij het in mindere mate, ook de Kamer – een dialoog tussen doven was.

Hoe men het ook wendt of keert, invoering van constitutionele toetsing, ook al is die in hoofdzaak beperkt tot het domein van de klassieke grondrechten, betekent een aanzienlijke verandering in het constitutionele bestel. Er wordt gewicht verplaatst van het been van de Nederlandse wetgever naar het been van de Nederlandse rechter. Om het militair te zeggen: de laatste wacht bij de Grondwet wordt afgelost. Het gaat hier dus allerm minst om een bagatel, niet alleen staatsrechtelijk, maar ook rechtspolitiek. Ook mevrouw Halsema blijkt zich daar volledig van bewust. In haar woorden in het Tweede Kamerdebat van 9 september 2004 komt de voorgestelde institutionalisering van constitutionele toetsing tegemoet aan een aantal behoeften. Ik noem een aantal punten die ook zij noemde. Overigens ben ik gecorrigeerd op één punt in de nadere memorie van antwoord; dat zal ik meenemen.

## Dölle

- Sinds Fortuyn zou het volgens velen – niet volgens mevrouw Halsema – wenselijk zijn de volgorde en hiërarchie van de grondrechten opnieuw te doordenken.
- De botsing tussen verschillende culturen in modern Nederland kan beter worden geabsorbeerd.
- De kwaliteit van de wetgeving kan worden verhoogd.
- De nationale Grondwet wordt opgewaardeerd.
- Wij blijven aldus beter in de pas met Europa.
- De individuele rechtsbescherming wordt verhoogd.
- De Grondwet kan makkelijker “bij de tijd” worden gebracht. Ik verwijs in dit verband naar bladzijde 7 van de nadere memorie van antwoord.
- De rechtszaal is een geschikt forum om over veranderende maatschappelijke omstandigheden te discussiëren. Ik verwijs naar bladzijde 12 van de nadere memorie van antwoord.

Onze fractie liet reeds bij de schriftelijke voorbereiding van het voorliggende ontwerp weten dat wij de voornoemde voordelen deels niet als voordelen zien en deels van opvatting zijn dat zij worden overschat, maar dat wij vooral van mening zijn dat de nadelen van de voorgestelde integrale gespreide toetsing te veel onder de korenmaat blijven.

Ik ga in op de voordelen die volgens ons geen voordelen zijn. Wanneer een deel van de voordelen hierin wordt gezocht, dat aanpassing van de uitleg van de Grondwet gemakkelijker verloopt via de rechtszaal dan via de wetgever en de politiek, dan roept dat bij ons vraagtekens op. Indien bijvoorbeeld de nieuwe tijden een hiërarchiëring van grondrechten of een verdiscontering van multiculturaliteit zouden vergen, dan blijft dat voor onze fractie een zaak van de grondwetgever en de wetgever. Zeker, dat gaat met meer hindernissen gepaard en dat gaat omslachtiger. De waarborgfunctie die de Grondwet juist ook bezit, brengt echter mee dat de sloten die op de Grondwet zitten – twee lezingen van wetsvoorstellen, ontbinding Tweede Kamer, gekwalificeerde meerderheden in beide Kamers – bewerkstelligen dat revisie van het constitutioneel bestel casu quo de Grondwet zorgvuldig plaatsvindt. Hierbij worden de Staten-Generaal die volgens diezelfde Grondwet het gehele Nederlandse volk vertegenwoordigen beslissend betrokken.

Het tweede argument dat als voordeel wordt genoemd, is dat de waarde van de Grondwet wordt verhoogd wanneer constitutionele toetsing wordt ingevoerd. Ik zou bijna zeggen: de verschoten banier van de nationale Grondwet, die er nu maar wat flodderig bij hangt, zou weer fier wapperen in de frisse bries die vanuit rechtelijke gremia zal gaan waaien wanneer artikel 120 van de Grondwet gedeeltelijk onklaar is gemaakt. Hieraan ligt impliciet de notie ten grondslag dat de bewaking van de Grondwet, die de laatste twee eeuwen bij de nationale wetgever lag, in dit opzicht in laatste instantie moet verhuizen naar de nationale rechters, in te roepen door alle personen en rechtspersonen, in alle procedures, voor alle rechters. Maar liet de wetgever dan zulke hinderlijke steken vallen, dat die op zichzelf nopen tot deze stap?

Vaak is binnen en buiten het parlement de grondwetigheid van een wet in twijfel getrokken. Dat was het geval bij de Deltawet, de Mammoetwet, de Leesbibliothekenwet, de Wet op de bedrijfsorganisatie en de goedkeuringswet kruisvluchtwapenverdrag. Het kost ook geen moeite om alleen al in deze Kamer recente situaties in herinnering te brengen waarin de constitutio-

naliteit van wetgeving in debat werd gebracht. Het finale oordeel over die kwesties lag al bijna twee eeuwen bij de wetgever, die overigens in zekere zin natuurlijk ook medeauteur is van dezelfde Grondwet. Kunnen wij terugkijkend zeggen dat de wetgever er te vaak te duidelijk naast zat? Nee, dat kunnen wij niet en dat doen de verdedigers van het wetsvoorstel dan ook niet. Zij noemen delen van de Wet werk en inkomen als een voorbeeld van ongrondwettige wetgeving en zij noemen impliciet de Harmonisatiewet uit 1986, maar dat is voorshands een magere oogst.

In dit verband is het goed er nog eens op te wijzen dat de regering, het staatshoofd en alle bewindslieden afzonderlijk, alsmede alle 225 leden van de Staten-Generaal, benevens alle leden van het hoogste adviesorgaan inzake wetgeving, de Raad van State, de eed op de Grondwet hebben afgelegd. De procedure die een wet in formele zin doorloopt, is verder gelardeerd door een uitgebreide correspondentie tussen de beide centrale staatsorganen, de regering en de Staten-Generaal, en wordt in en buiten de vakpers uitgebreid becommentarieerd.

Kunnen de indieners van het wetsvoorstel – de vraag is ook door de VVD-fractie gesteld, zij het iets anders – situaties noemen waarvan wij achteraf moeten zeggen: dat was nu echt een ongrondwettige wet of een ongrondwettige bepaling?

Een derde punt dat als voordeel wordt gepresenteerd, maar door ons als nadeel wordt gezien, is het argument dat wij uit de Europese pas lopen. Dat laatste is ook juist. In alle landen die wel een constitutionele toetsing kennen, is die echter niet steeds op dezelfde wijze georganiseerd. Hier – dan gaat het om veruit de meeste gevallen – is er sprake van geconcentreerde toetsing, daar van diffuse. Hier is de toetsing preventief, daar repressief. Hier is de toetsing beperkt tot delen van de Grondwet, daar is de toetsing algemeen. Hier is sprake van een concrete toetsing, daar van een abstracte. Hier is een beperkt aantal partijen dat de rechter kan inroepen, daar kunnen in beginsel alle burgers dat doen. Hier kan slechts getoetst worden in het geval van onmiskenbare schending van geschreven grondwetsbepalingen, daar kan ook aan beginselen getoetst worden. Kortom, het gaat er voor ons niet om dat wij ons als laatsten, struikelend en de jas nog maar half dicht geknoopt, alsnog scharen in de optocht van voorstanders van constitutionele toetsing. Nee, voor de CDA-fractie staat de vraag centraal of wij deze concrete, hier en nu in dit wetsvoorstel vervatte toetsing willen.

Sommige van de genoemde voordelen worden volgens ons wat overschat. Ik noem het argument dat de constitutionele toetsing voor de individuele rechtsbescherming een aanvullende rol kan vervullen. Daar hebben de voorstellers zonder meer een punt, maar dat punt moet nooit worden overdreven. Hier moet een onderscheid worden gemaakt. Er zijn situaties waarbij zich omstandigheden voordoen die door de wetgever niet zijn voorzien en derhalve niet in de afwegingen van die wetgever zijn verdisconteerd. Zeker is het zo – en dat is natuurlijk altijd al het geval geweest – dat de wetgever niet alle denkbare situaties waarin een bepaalde wet werkt, kan voorzien. Het is in dit verband van belang er allereerst op te wijzen dat ook in het huidige regime, dus zonder rechtelijke toetsing, een zeer behoorlijke juridische bescherming kan worden geactiveerd ten behoeve van burgers en rechtspersonen in de gevallen

## Dölle

die de wetgever niet bij zijn afwegingen heeft betrokken of kon betrekken. Indien in dat type gevallen strikte toepassing van de wet in zodanige mate in strijd komt met beginselen van behoorlijk bestuur dat die toepassing moet worden nagelaten, kan de rechter uit de voeten. Het Harmonisatiearrest in een wat terloopse overweging, het Agrarische-waardebepalingsarrest uit 1978 en andere zogeheten contra legem jurisprudentie bieden hier ook voorbeelden van. Overigens en dat terzijde is er altijd ook nog het leerstuk van de schadeloosstelling op grond van rechtmatige overheidsdaden en er is inderdaad – terecht genoemd – ook de toetsing aan het internationale recht. De hiervoor genoemde toetsing raakt niet aan de geldigheid van de wet zelf. Maar dan de andere kwestie, in dit debat de centrale vraag. Willen wij dat de rechter in omstandigheden die de wetgever wel heeft voorzien en heeft verdisconteerd wetsbepalingen buiten toepassing kan laten als die naar het oordeel van de rechter strijden met een juiste uitleg van de Grondwet, dus dat de rechter de uitleg van de formele wetgever over de verenigbaarheid van wet en Grondwet corrigeert en recenseert?

Mevrouw de voorzitter. Ik kom op de nadelen. De vraag of constitutionele toetsing in de vorm als hier voorgesteld moet worden ingevoerd, heeft in de ogen van de CDA-fractie ook een constitutionele prijs die ervoor moet worden betaald. Die prijs is niet klein en verdient onze aandacht ten volle. Het eerste onderdeel van die prijs is al genoemd, namelijk de rechtsonzekerheid. Boven iedere wet in formele zin hangt in zekere zin een zwaard van Damocles, niet direct maar wel indirect. Als een wetsbepaling in een aandacht trekkende zaak wegens strijd met bijvoorbeeld artikel 1 of artikel 7 of welk ander grondwetsartikel ook buiten toepassing blijft, dan zijn die wetsbepalingen stuk, ook al zullen wij ook na aanvaarding van dit voorstel niet het "stare decisis"-beginsel hebben ingevoerd. De werking inter partes is materieel vaak ergo omnes om het maar eens in overbodig deftig juridisch jargon uit te drukken. Die rechtsonzekerheid wordt nog vergroot door het feit dat iedere rechter en wellicht zelfs iedere bezwaarschriftencommissie tot dit oordeel kan komen. Het verweer dat dit ook nu het geval is met alle lagere regelgeving, zoals raadsverordeningen en ministeriële regelingen is juist, maar gaat voorbij aan de gemiddeld veel grotere impact van onzekerheid rond delen van de nationale wetten en het gaat voorbij aan het feit dat de totstandkoming van wetten met veel meer waarborgen is omgeven als de coproductie die het is van de twee centrale staatsorganen, regering en Staten-Generaal, dan bij raadsverordeningen of een ministerieel besluit, hoe zorgvuldig die natuurlijk ook altijd worden voorbereid.

Een tweede onderdeel van de prijs is dat wij verschillende finale uitleggers krijgen. Zoals wij het zien – wij hebben daar ook over gecorrespondeerd in de schriftelijke voorbereiding – kunnen zich ten minste vier instanties finaal met de interpretatie van de Grondwet bemoeien: de Hoge Raad, de Centrale Raad van Beroep, het College Beroep Bedrijfsleven en de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State. Die vier zijn bepaald geen klonen van elkaar. Om maar het voorbeeld te noemen dat door de indieners in een ander verband is genoemd: de Hoge Raad acht bijvoorbeeld een concreet wetgevingsbevel inconstitutioneel, de Afdeling bestuursrechtspraak juist niet! Zo zijn er meer punten waarop de

vier hoogste gerechten verschillen in de jurisprudentie laten zien.

Een derde punt dat wij eigenlijk niet voldoende beantwoord vinden is de positie van de wetgever als een deel van zijn product, de wet dus, in een bestuursrechtelijke procedure buiten toepassing wordt gelaten wegens strijd met de Grondwet. Dan kan die wetgever niet zelf in beroep komen – de indieners zeggen dat zelf ook terecht – bijvoorbeeld tegen het oordeel van de arrondissementsrechter van Assen. Maar wie wel? Die vraag vinden wij onvoldoende beantwoord en stellen die daarom hier opnieuw. De rechter heeft bijvoorbeeld een besluit van een college van B en W vernietigd, omdat de rechter het met de bezwaarde eens is dat de wetsbepaling waarop het besluit is gebaseerd, bijvoorbeeld een bepaling uit de Wet maatschappelijke ondersteuning, wegens strijd met artikel 1 Grondwet buiten toepassing moet worden gelaten. B en W vinden dat allang best en laten het erbij zitten. Wie kan dit besluit dan in hoger beroep aanvechten of moet de wetgever maar tot reparatie van zijn afgekeurde product overgaan?

Een vierde punt is voor ons principiële en gaat ook gepaard met invoering van constitutionele toetsing en dat ligt in de introductie van de rechter als uitlegger van de materiële inhoud van de in hoofdstuk 1 van onze Grondwet geproclameerde grondrechten, zoals het recht op gelijke behandeling. De grondwettelijke bepalingen zijn in Nederland dikwijls op heel specifieke manier geclausuleerd. Vanuit de PvdA is er meermalen terecht op gewezen dat de formulering van de Nederlandse grondrechten, een formulering die overigens gekozen is omdat er geen constitutionele toetsing was, zich slecht leent voor die rechterlijke toetsing. Die clausulering van grondrechten in onze nationale constitutie komt erop neer dat de grondwetgever het slechts aan de formele wetgever toestaat om grondrechten te beperken. De bescherming zit er dus in dat alle andere nationale en decentrale regelgevers en bestuursorganen wordt ontzegd om op eigen titel die grondrechten in te perken, slechts de wetgever kan dat. De materiële invulling van het grondrecht, zo wilde de grondwetgever het in 1983, is aan de formele wetgever, uiteraard binnen de slaperdijken van het verdragsrecht. Een interruptiedebat liet al zien dat over de hoogte van die dijken verschillend gedacht wordt. Wanneer nu constitutionele toetsing wordt ingevoerd, is het vrijwel onvermijdelijk dat de rechters, althans de hoogste rechters, een interpretatie van het kernrecht – 1, 7, 9, 10 – moeten ontwikkelen. Mevrouw Halsema lijkt dat op bladzijde 10 van nadere memorie van antwoord toe te juichen, omdat een eigen Nederlandse grondrechtendogmatiek bovenop de minimumnormen van het EVRM kan worden opgebouwd.

Een ander markant puntje overigens – dat leert ook het buitenland – waarover wij het nog niet hebben gehad, is dat er aldus lichte wrijving kan ontstaan met de Europeesrechtelijke jurisprudentie van Straatsburg en Luxemburg. Dat lijkt nu al het geval gezien de wrijvingen en botsingen tussen eigenzinnige nationale interpretaties van constitutionele rechters in Duitsland, maar vooral ook in Tsjechië en Polen die als het ware Europese hoven uitdagen. Dit is het punt van de concurrerende dogmatiek waar de rechter als het ware wordt geschoven tussen de grondwetsbepaling en de wetgever.

Het vijfde puntje. Een van de opvallendste elementen in het debat vindt onze fractie de opvatting van de

## Dölle

indieners van het wetsvoorstel dat de rechter bij zijn toetsing van wetsbepalingen aan de Grondwet nauw aansluiting moet zoeken bij de toetsing van verdragen. Dit begrijpen we niet ervan uitgaande dat de indieners niet bedoelen dat de toetsing aan de Grondwet samenvalt met die aan het verdrag wat een zinloze kopiëring zou opleveren. De indieners menen dat de rechter bij zijn toetsingsarbeid nagaat of de wettelijke beperking proportioneel is en of aan het beginsel van de subsidiariteit is voldaan. Is dit niet een onverantwoorde transplantatie van uitlegmethoden die bij de toetsing aan het verdrag logisch is maar die niet zo maar kan worden overgeplaatst? Ik noem slechts enkele punten. In de tekst van de Grondwet is geen aanknopingspunt voor dit type proportionele toetsing te vinden. Wat doet het subsidiariteitsbeginsel zoals we dat in het Europees recht kennen plotseling hier? Graag meer uitleg van wat er precies bedoeld wordt.

Een ander element van de kostprijs van de invoering van constitutionele toetsing ligt in de verdere juridisering of inpoldering van het politieke domein door de rechter. grondwettelijke bepalingen hebben vaak een wat onbestemde formulering. De Grondwet bevat nogal wat Generalklauseln zoals dat wel wordt genoemd, zoals in artikel 1. Het is niet voor niets dat de staatsrechtgeleerde A.M. Donner indringend waarschuwt voor de misvatting dat men een Grondwet kan uitleggen als een belastingwet of als een gemeentelijke verordening. Er zit vaak een politieke dimensie aan de uitleg van de Grondwet, bijvoorbeeld aan artikel 1 Grondwet. De wetgever legt die norm steeds weer opnieuw uit, in elke wet en minstens impliciet. Hij determineert binnen de grenzen van het internationale recht welke categorieën normadressaten aan elkaar gelijk zijn en welke dat niet zijn op grond van een in zijn ogen objectief gerechtvaardigd onderscheid. Wie de finale interpretatie van de Grondwet verlegt naar de rechter neemt een stap die altijd logischerwijs neerkomt op het zetten van een nationaal-rechterlijke kop bovenop de internationaalrechtelijke bescherming van grondrechten. Het spiegelbeeld van deze juridisering is de inperking van de marges voor de wetgever en verdere verplaatsing van de politiek naar de rechtszaal.

Een zevende element is het risico van rechterlijk activisme. Mevrouw Halsema bezweert ons op vele plekken met vele voorvallen uit ons verleden dat Nederlandse rechters zo niet zijn. En de voorbeelden zijn ook wel aannemelijk maar zijn gehaald uit het tijdperk waarin het toetsingsverbod gold dat nu ten dele zou worden opgeheven. Het risico van activisme is sowieso al aanwezig als wij de verdragsuitlegmethode gaan invoeren. Maar er is meer dan dat. Zo benadrukt mevrouw Halsema dat het aan de rechter is om te bepalen welke omstandigheden hij bij zijn toetsingsarbeid meeweegt en welk gewicht hij daaraan hecht. Daarbij gaat het om factoren als de grootte van de meerderheid waarmee de wet is aangenomen, de opstelling van de wetenschap over de wet, de ouderdom van de wet, de interpretatie van de wetgever en de zwaarte van de motivering van de wetgever.

Onze fractie wil graag weten hoe de indieners van het wetsvoorstel dat laatste voor zich zien. Wat is bijvoorbeeld een sterke, wat een zwakke motivering door de wetgever? Is een wet met een nipte meerderheid aanvaard in de Tweede Kamer voller te toetsen, c.q. eerder buiten toepassing te laten wegens schending van

de Grondwet, dan een wet die met daverende meerderheden is aangenomen?

Een ander punt zijn de verschillende revisietrajecten. Dit wetsvoorstel plaatst de rechter boven de wetgever als het gaat om de uitleg van grondwetsbepalingen. Het betoog over de trias is gehouden. Dat laat ik even liggen. Wanneer bij de wetgever een bepaalde uitleg van bijvoorbeeld artikel 7, lid 2 Grondwet, over het censuurverbod voor radio en televisie, bij de vervaardiging van de Mediawet heeft voorgezeten en wanneer bij de rechter die geroepen is in een bepaalde casus over de toepasbaarheid van bepalingen uit dat wetsvoorstel te oordelen, een andere uitleg voorzit, dan gaat de uitleg van de rechter voor. De rechter kan zijn uitleg onder bepaalde omstandigheden later weer aanpassen, maar hij gaat erover. Wil de politiek, bijvoorbeeld de wetgever, echter een andere uitleg van de bewuste grondwetsbepaling, dan wacht hem de lange en moeilijke weg van (grond)wetsherziening.

Een volgend punt is het risico van politisering van de rechterlijke functie. Landen die een robuuste constitutionele toetsing kennen, laten zien dat de rechtersbenoemingen gepolitiseerd raken. Dit gebeurt langs partijlijnen, zoals in Duitsland, langs taalgroepen, zoals in België, en langs levensovertuigingen. Het boek *The Brethren* van Woodward en Armstrong bevat schitterende voorbeelden van het gepalaver tussen de law clerks om voor hun bazen, the nine old men, compromissen over teksten in de uitspraken van het Supreme Court te verkrijgen. Recenter belicht een ook prachtig boek van Jeffrey Toobin, *The Nine, Into the secret world of the Supreme Court*, dat fenomeen. Dikwijls worden constitutionele rechters, niet in de VS overigens, maar wel elders, daarom ook maar voor een beperkte periode en soms door verschillende instanties benoemd of voorgedragen.

Onze fractie zou niet graag willen dat de rekrutering van Nederlandse rechters, die kunnen bogen op een goede reputatie en die een groot vertrouwen genieten, gedeeltelijk gepolitiseerd raakt. Wij zeggen niet dat aanvaarding van dit voorstel dat gevolg moet hebben, zeker niet, maar het is op langere termijn ook niet uit te sluiten.

Ten slotte is de invoering van constitutionele toetsing, zoals gezegd, logisch in federaties, teneinde een grondwettelijk gelegitimeerde arbiter te hebben in de voortdurende grensgevechten tussen deelstaat en federatie. De federalisering van België leidde dan ook tot de invoering van constitutionele toetsing die toen door het Arbitragehof van 1990 ter hand is genomen en via het gelijkheidsbeginsel bijzonder voortvarend, ik mag wel zeggen uitbundig, is uitgebouwd. Het Arbitragehof is inmiddels opgewaardeerd tot grondwettelijk hof en ontvangt bij onze politiek diep verdeelde zuiderburen, wellicht op weg naar confederale verhoudingen, geen slechte recensies. De invoering van constitutionele toetsing is niet alleen in federaties begrijpelijk, maar ook in landen die nog tot in de twintigste eeuw dictaturen kenden en waar een grondig historisch wantrouwen tegen de wetgever bestond. De nachtmerrie van het dramatische verleden van die staten moet mede door de installatie van constitutionele rechtspraak tot bedaren worden gebracht.

Maar dit alles geldt zo niet voor Nederland. Ons Koninkrijk verkeert net als de Scandinavische landen, die overigens wel beperkte vormen van toetsing kennen, en Groot-Brittannië in de gezegende omstandigheid dat de



## Dölle

bewaking van de constitutie in laatste instantie kon worden toevertrouwd aan de wetgever en dus ook aan de volksvertegenwoordiging. Nederland is een oude, gevestigde, gedecentraliseerde eenheidsstaat en een democratische rechtsstaat. De invoering van een integrale, gespreide toetsing in Nederland zou daarom een politiek-cultureel signaal van grote betekenis zijn, evenals de afwijzing overigens. Hoe zacht het juk ook moge blijken, wij aanvaarden met dit voorstel toch een soort algehele rechterlijke curatele over de nationale wetgeving en over de nationale wetgever als interpretator van de Grondwet, door voor het leven benoemde nationale rechters.

Het moge duidelijk zijn dat de CDA-fractie op deze plaats en op dit moment nog niet overtuigd mag heten van de noodzaak om constitutionele toetsing in de vorm als in dit ontwerp voorgesteld, in onze Grondwet in te voeren. De prijs lijkt ons vooralsnog te hoog. Dat neemt niet weg dat wij met grote belangstelling zullen luisteren naar de beantwoording van onze vragen.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): De commissie-Franken heeft met de grootst mogelijke meerderheid gepleit voor opheffing van het toetsingsverbod voor de grondrechten die naar hun aard directe werking hebben. Leidt dit ertoe dat de CDA-fractie nu met de grootst mogelijke meerderheid haar steun aan dit wetsvoorstel zal onthouden? De heer Franken weet hoe dit gaat. Zoiets wordt dan door de indienst prominent voorop gesteld in haar memorie van toelichting. Ik wil echter vooral ingaan op de inhoud. Kunnen wij het misschien tegen de achtergrond van de commissie-Franken ook vanaf de andere kant benaderen? De heer Dölle ziet een flink aantal bezwaren, waarvan ik mij sommige goed kan voorstellen en waarvan sommige door ons worden gedeeld. Kun je misschien toch die eerste voorzichtige stap in de ontheffing van het toetsingsrecht nemen, in de zin dat je deze beperkt tot de klassieke grondrechten, de grondrechten die naar hun aard directe werking hebben, zoals ook de commissie-Franken heeft bepleit? Is het voor de CDA-fractie niet mogelijk het vanaf die kant te benaderen, met die voorzichtigheid?

De heer **Dölle** (CDA): Wij hebben het voorstel uiteraard gelezen en dat is om dit in te voeren. Dat gaat echter op een bepaalde wijze. De heer Rehwinkel heeft net gezegd dat wij later nog wel een hooggerechtshof of iets dergelijks kunnen invoeren of een geconcentreerde toetsing, waarvan de VVD-fractie meer houdt. Ik denk dat dit niet waar is. Nog afgezien van het feit dat je zo'n hof in de Grondwet moet opnemen, is hier sprake van een heel concreet en goed doordacht – althans vanuit andere beginselen dan de onze – voorstel om die toetsing tot stand te brengen. In ons betoog zit geen totale afwijzing van het fenomeen toetsing. Wij spreken vooral over de manier waarop die hier wordt voorgesteld.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Begrijp ik dan goed dat de CDA-fractie op zich de ontheffing van het toetsingsverbod in die beperkte mate, namelijk wanneer het de klassieke grondrechten betreft, wel kan steunen en dat de het de uitwerking is die het de fractie niet mogelijk maakt om de uiteindelijke steun aan de ontheffing van het toetsingsverbod te geven? Het is toch bekend dat ook breder in CDA-kring de behoefte bestaat om het

toetsingsverbod op te heffen, bijvoorbeeld bij de huidige minister van Justitie.

De heer **Dölle** (CDA): Wat dat laatste betreft, neem ik aan dat het CDA in het komende verkiezingsprogramma zaken over toetsing zal zeggen. Dat ligt voor de hand. Dat zijn dan ook de ijkpunten waaraan wij ons zullen houden.

Dit voorstel van de Tweede Kamer, verdedigd door mevrouw Halsema en met haar stempel erop, is heel helder. Dat zegt: wij willen een integrale, gespreide toetsing aan de klassieke grondrechten. Er zitten wel wat rafels aan. Maar dat is het voorstel. Over dat voorstel zijn wij kritisch om redenen dat de voordelen die het najaagt voor een deel van ons juist geen voordelen zijn, dat andere voordelen wat worden overtrokken en dat de nadelen de prijs voor dit wetsvoorstel erg hoog maken. De heer Rehwinkel deelt een aantal van de nadelen, heb ik begrepen. Ik ben benieuwd welke dat zijn. De prijs is te hoog, zeggen wij vooralsnog, maar wij luisteren.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Dit wetsvoorstel bevat geen voorstel voor gespreide toetsing. In de memorie van toelichting en in de stukken wordt daarvoor wel een voorkeur uitgesproken, maar de uitwerking staat los van dit voorstel om het verbod gedeeltelijk op te heffen. Ik heb enkele vragen aan de heer Dölle. Hij heeft gezegd dat er bijna nooit in formele zin strijdigheid met de Grondwet is bewezen. Het punt is nu juist dat er steeds niet kon worden getoetst aan de Grondwet. Verschillende malen is, vooral in de jaren tachtig, aan het EVRM, aan het gelijkheidsbeginsel getoetst. Daarbij moesten wel degelijk fouten worden hersteld in het kader van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en van homo's en hetero's op het gebied van sociale zekerheid en sociale verzekeringen. Achteraf hebben wij er geen spijt van gehad dat wij dat moesten corrigeren. De heer Dölle is bang dat de wetgever onder curatele komt te staan van de rechters. Zo bracht hij het uiteindelijk.

De heer **Dölle** (CDA): Een zachte curatele.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Geloof je niet in de terughoudende toetsing van de rechter? Waarop baseert hij dat de rechter die zou loslaten? Enerzijds zegt de heer Dölle dat het wordt gejuridiceerd, dat wil zeggen dat de rechter zich aan de juridisch toets zal houden, maar anderzijds waarschuwt hij voor een soort politiek activisme dat rechters zouden kunnen uitstralen. Waarop baseert de heer Dölle zijn angst? Tot nu toe heeft de Hoge Raad zich toch ook steeds op het standpunt gesteld dat er in het kader van de scheiding van de machten, terughoudendheid geëist mag worden van rechters.

De heer **Dölle** (CDA): Ik weet dat mevrouw Strik de jurisprudentie kent. In het Harmonisatiewet arrest heeft de Hoge Raad een betrekkelijk terughoudende opstelling gekozen, juist met het oog op artikel 120. De Raad noemt dit ook en schrijft: omdat artikel 120 bestaat, is het ons bijvoorbeeld niet toegestaan aan rechtsbeginselen te toetsen. Daarover hebben wij het nu niet gehad, maar dit is ook zo'n punt.

Mevrouw Strik zegt dat er geen gevallen zijn geweest waarvan je achteraf kunt zeggen dat ze in strijd zijn geweest met de Grondwet. Nee, die ken ik inderdaad niet zo veel. Ik heb hierover een vraag gesteld aan de

## Dölle

indiëners. De woordvoester van de VVD-fractie heeft dit ook gedaan, maar zij vroeg vooral welke burgers zijn geschaad door het feit dat wetten niet buiten toepassing konden worden verklaard vanwege artikel 120. Mijn vraag was of je achteraf kunt zeggen dat van die en die onderdelen van wetten in de rechtswetenschap en de parlementaire geschiedenis communis opinio is ontstaan dat het zo niet kan. Ik ken overigens wel constitutionele rechtspraak waarvan achteraf vaststaat dat die wel heel bijzonder is. Ik doel dan op de Amerikaanse constitutionele rechtspraak die tot bijna acht jaar het sociale programma van president Roosevelt volledig heeft gefrustreerd vanwege een uitleg van de Grondwet.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Dan hebben wij het ook echt over een politiek instituut. De heer Dölle noemt verschillende nadelen en zegt dat de rechtsonzekerheid groter zal worden. Is het niet inherent aan de rechtspraak dat je met elke vorm van toetsing op een bepaald moment een uitspraak kunt krijgen waardoor er even onzekerheid ontstaat doordat er verschillende uitleg mogelijk is? Zou je niet kunnen zeggen dat juist doordat wij die eenheidsrechtspraak hebben, de appelrechter op heel korte termijn korte metten zal kunnen maken met die rechtsonzekerheid? De heer Dölle noemt de verschillende soorten appelrechters, maar dit verschijnsel is ook weer inherent aan het systeem. Dit nadeel geldt voor alle toetsing die wij kennen. Mijn algemene vraag is dus waarom alle nadelen die de heer Dölle noemt, zo specifiek van toepassing zijn op dit punt. Waarom gelden ze niet voor alle toetsing aan hogere normen die wij kennen?

De heer **Dölle** (CDA): Ik denk dat mevrouw Strik in zekere zin een punt heeft. Het gaat echter om die andere zaken die worden getoetst aan verdragen zoals raadsverordeningen, statenbesluiten, ministeriële verordeningen, AMvB's, verdragen. Die zijn overigens zeer snel reparabel als er iets mee is. Ik houd vol dat de wet in formele zin, dus die coproductie van die 225 volksvertegenwoordigers en Hare Majesteits regering om het deftig te zeggen, geadviseerd door de Raad van State, een ander verhaal is. Overigens is die wetgever ook een coauteur van de Grondwet. Mevrouw Strik spreekt steeds over het EVRM, maar dat is een ander verhaal. Als een nationale wet door een nationale rechter aan de nationale Grondwet wordt getoetst, is er sprake van een kwalitatief andere situatie dan wanneer veertig landen, waaronder Rusland, Groot-Brittannië, IJsland, Nederland, gezamenlijk een verdrag sluiten en helemaal aan het einde daarvan staat een rechter in Straatsburg die moet bewaken dat die veertig landen hun afspraken nakomen, dezelfde rechter die enorme marges geeft aan de staten en de nationale wetgevers want die zijn in Rusland anders dan in Groot-Brittannië, Portugal of Griekenland. Ik heb geprobeerd dit duidelijk te maken en ik zie uit naar het debat over dit punt.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): De laatste opmerking van de heer Dölle brengt mij van mijn à propos. Je zou het ook kunnen omdraaien en zeggen dat wij niet afhankelijk willen zijn van die buitenlandse rechter. Wij willen juist in eigen huis en in ons eigen land de normen kunnen vaststellen.

Hiermee kom ik op mijn vraag. De heer Dölle zegt dat de hele wet in formele zin wordt getoetst en dat er al 225

mensen heel goed naar hebben gekeken. Hoe denkt hij echter over de toepassing in individuele gevallen? Daar is de rechtsbescherming toch van groot belang? Ik noem een voorbeeld: de toegang tot de rechter die belangrijk wordt gevonden en die in een specifiek geval, bijvoorbeeld door cumulatie van griffierechten, in een heel concrete situatie wellicht in het geding zou komen. Dan hebben wij het niet over grootschalige rechtsonzekerheid die daardoor ontstaat of het feit dat er al 225 mensen naar hebben gekeken. De wet zelf is niet in het geding, maar in die specifieke situatie kan er wel een noodzaak zijn om die buiten toepassing te laten.

De heer **Dölle** (CDA): Dit punt heb ik al genoemd. Het is altijd zo, niet alleen nu maar ook al honderd jaar geleden, dat de wetgever niet alles kan voorzien. Er zijn situaties die de wetgever niet kon kennen. De Hoge Raad wijst hierop in het Harmonisatiewetarrest. Ik heb gezegd dat rechters in die situaties ook nu al wat mogelijkheden hebben om de burger tegemoet te komen door bijvoorbeeld de contra legem jurisprudentie. Waar het mij om gaat, is de vraag wie er voorgaat als de wetgever iets wel heeft gezien, maar de rechter ziet het anders. Dat is wat mij betreft de kern.

□

De heer **Engels** (D66): Mevrouw de voorzitter. Voor de goede orde meld ik om te beginnen dat ik mijn bijdrage tevens en met genoegen uitspreek mede namens de fractie van de OSF.

Constitutionele toetsing van formele wetgeving is een staatsrechtelijk en politiek belangrijk thema. Het gaat om de vraag welk orgaan oordeelt over de vraag of wetten in overeenstemming zijn met de Grondwet. In ons constitutionele stelsel staat al sinds de Grondwet van 1815 vast dat de wetgever zelf die vraag beantwoordt.

Over dit rechterlijke toetsingsverbod is in de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 lang en indringend gedebatteerd. Die discussie is na 1983 niet verstomd en vooral na de uitspraak van de Hoge Raad in het Harmonisatiewetarrest van 1989 heviger dan ooit voortgezet. In mijn waarneming zijn de verschillende posities inmiddels verder verrijnd en genuanceerd. De wegging van de argumenten voor en tegen het opheffen van het rechterlijk toetsingsverbod van art. 120 GW is aan het verschuiven. Klassieke argumenten lijken aan betekenis te verliezen en nieuwe motieven winnen aan gewicht, zeker buiten de centrale constitutionele instellingen.

In dat perspectief zien de fracties van D66 en OSF het door mevrouw Halsema voorbereide wetsvoorstel als een welkome aanleiding om het debat nu ten principale binnen de wetgevende organen te voeren. Graag complimenteer ik haar met haar initiatief, met de zorgvuldige en inhoudelijke wijze van de voorbereiding en vooral wens ik haar geluk met de op de fractie van het CDA na verworven instemming in de Tweede Kamer in eerste lezing.

Uit een oogpunt van reductie van complexiteit zie ik af van een bespreking van alle relevante elementen van dit vraagstuk, hoe verleidelijk dat ook is. Ik zal mij beperken tot de motieven die voor de standpuntbepaling van onze fracties bepalend zijn.

Laat ik beginnen met de omvang van het vraagstuk te schetsen. Naar geldend staatsrecht toetst de rechter

## Engels

regelgeving aan de Grondwet en aan eenieder verbindende bepalingen van internationale verdragen. De enige uitzondering op de hoofdregel dat de rechter bevoegd en verplicht is rechtsregels op hun grondwettigheid te toetsen, is het grondwettelijke verbod formele wetten te toetsen aan de Grondwet en aan algemene rechtsbeginselen. Wij kunnen dus niet meer in absolute zin spreken over de onschendbaarheid van de wet en over het grondwettelijke interpretatiemonopolie van de wetgever. Slechts de constitutionele toetsing van één, zij het de belangrijkste vorm van regelgeving, de formele wet, is aan het oordeel van de rechter onttrokken. Het wetsvoorstel beoogt dit verbod bovendien slechts gedeeltelijk op te heffen, namelijk uitsluitend voor in de Grondwet limitatief aangeduide bepalingen die betrekking hebben op subjectieve rechten. Het is uiteraard aan de tot grondwetgeving geroepen wetgevende organen zelf of zij die belemmering voor de rechter willen opheffen. Als zij dat doen nemen zij een historisch en fundamenteel besluit, maar slaan zij naar de huidige stand van het recht en de parlementaire democratie niet een wezenlijk nieuwe weg in. In de loop van de constitutionele ontwikkeling is de verhouding tussen wetgever en rechter immers behoorlijk veranderd en zijn rechtsstaat en democratie sterker met elkaar vervlochten geraakt.

Wie de politieke en constitutionele status quo wil handhaven zal dus vooral voor anker moeten gaan liggen bij de klassieke argumentatie. Het zogeheten democratieargument, het machtscheidingsargument en het rechtszekerheidsargument wijzen alle al sinds de 19de eeuw naar het primaat van de wetgever en een afgegrensde plaats voor de rechter. De wetgever beschikt via de rechtstreeks gekozen Tweede Kamer over een volwaardige democratische legitimatie en daarmee ontbreekt op grond van de trias politica de ruimte voor de onafhankelijke, niet democratisch gelegitimeerde rechter om besluiten van de met politiek gezag beklede wetgever achteraf ter discussie te stellen.

Onze fracties delen de waarneming van de initiatiefneemster dat deze argumenten hun beste tijd hebben gehad. Door ontwikkelingen als de onmacht van de wetgever om belangrijke en complexe maatschappelijke ontwikkelingen te reguleren en de toenemende vraagtekens bij de kwaliteit van de wetgeving heeft de centrale plaats en de functie van de wet en de wetgever als waarborg voor de vrijheid en rechtszekerheid van de burger en als garantie voor een stabiel en rechtmatig bestuursoptreden aan betekenis verloren. Tegelijkertijd heeft de rechter zich op basis van zijn grondwettelijke taak en in wettelijke opdracht verder geprofileerd in zijn rechtsbeschermende rol met inbegrip van de toetsing op onrechtmatige regelgeving. Dat komt de rechter regelmatig op kritiek vanuit het kamp van de slagvaardige bestuurders te staan, maar van een "gouvernement des juges" kan niet worden gesproken.

Mevrouw **Duthler** (VVD): U wijst op het toenemende aantal mensen dat vraagtekens plaatst bij de kwaliteit van de wetgever. Bent u het met mij eens dat wij dan iets aan de kwaliteit van de wetgever moeten doen en ons er niet bij neer moeten leggen dat de kwaliteit zodanig is dat wij de rechter meer bevoegdheden moeten toekennen?

De heer **Engels** (D66): Het eerste ben ik met u eens en het tweede niet.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Gaat u verder.

De heer **Engels** (D66): Dank u wel.

Voorzitter. Wat in toenemende mate een probleem vormt voor het bestaande systeem van constitutionele toetsing door de wetgever zelf is de ontwikkeling van onze parlementaire democratie. Velen, waaronder de Hoge Raad, de Raad van State, de Nationale Conventie, de Nationale Ombudsman, de WRR, maar ook vele leden van de academische gemeenschap maken zich zorgen over de ontwikkeling en de effecten van het tot een partijendemocratie verworpen representatieve stelsel.

Anders dan de initiatiefneemster meen ik dat de invloed van de heersende politieke cultuur op de plaats en de rol van de wetgever van een niet te onderschatten betekenis is voor de toetsingsvraag. De analyses bewegen zich in dezelfde richting en hebben een gemeenschappelijke component, namelijk de partijpolitieke kolonisatie van de vertegenwoordigende kiezersdemocratie. De monistische cultuur, waarin wetgevende en uitvoerende macht sterk met elkaar vervlochten zijn geraakt, stimuleert in het wetgevingsproces afwegingen die worden gedomineerd door belangen van partijpolitieke opportuniteit. De meeregerende rol van coalitiefracties holt de positie van het parlement als tegenmacht van de regering vergaand uit. Er is veeleer sprake van machtsconcentratie dan van een machtscheiding. En het meerderheidsbeginsel blijkt vooral een kwantitatief instrument voor machtsverwerving en machtsbehoud. In onze democratie zijn met andere woorden niet de kiezers de dragers van de staat en de democratie, maar de politieke partijen. Dat heeft in de woorden van H.J. Schoo een soort geleide democratie met een regentesk politiek systeem opgeleverd.

De heer **Dölle** (CDA): Het requisitoir is langzamerhand overdonderend en de filippica niet mis te verstaan, maar wij hebben het hier over een wetsvoorstel om het verbod op constitutionele toetsing te relativeren. Ik vraag u daarom ook om voorbeelden te noemen van de schending van de klassieke grondrechten door de gekoloniseerde partijendemocratie.

De heer **Engels** (D66): Met mijn filippica, die bestaat uit het over- en onderschatten van bepaalde argumenten, wil ik aangeven wat de betekenis is van het democratieargument, dat in deze discussie altijd wordt aangehaald. Men heeft het vandaag ook weer gedaan en wel om aan te geven hoeveel maatschappelijk vertrouwen men veronderstelt in de rol van de wetgever en de democratie, al die 225 Kamerleden en Hare Majesteits regering. Overigens vind ik het terecht dat het wetsvoorstel beoogt de rechter een rol te geven naast de wetgever; er is dus geen sprake van een keuze tussen aan de ene kant de rechter en de andere kant de wetgever. Je kunt een en ander natuurlijk verschillend wegen, maar ik heb de bronnen genoemd waaruit ik mijn analyses heb gehaald. Die zorgen bestaan er dus wel degelijk, ook al is mij bekend dat ze niet door iedereen worden gedeeld.

De heer **Dölle** (CDA): De bronnen die u noemt, zijn indrukwekkend. U noemt bijvoorbeeld de academische gemeenschap, de WRR en een aantal niet benoemde, maar zelfverklaarde experts. Dat neemt niet weg dat u nog steeds geen antwoord hebt gegeven op de vraag waar het in het verleden verkeerd ging.

## Engels

De heer **Engels** (D66): Die vraag vind ik helemaal niet zo interessant.

De heer **Dölle** (CDA): Dat blijkt!

De heer **Engels** (D66): U hebt het bij het rechte eind. Ik denk niet dat je fundamentele keuze voor of tegen rechterlijke toetsing moet baseren op een paar zaken waarin het verkeerd is gegaan. Je moet er toch niet aan denken dat wij hier een debat zouden kunnen voeren aan de hand van een lange lijst inconstitutionele wetgeving? Dan was deze discussie natuurlijk ook gelijk overbodig. Dat is dus mijn invalshoek niet. Ik stel de vraag of je een consistent systeem wilt maken op basis van de rechtsontwikkeling en de staatsontwikkeling. Ik vind de staatsontwikkeling heel belangrijk, maar het is niet mijn enige argument. Ik geef dat argument echter wel, omdat ik een kanttekening wil plaatsen bij de nadruk die uw fractie en die van de VVD leggen op het democratieargument. Dat is de zin van mijn betoog.

Voorzitter. De cultuur, die ik zojuist uitvoerig schetste, paste wellicht in het bevoogdende tijdperk van het zuilenstelsel, maar is sinds laten wij zeggen 1966 gaan wringen.

Deze ontwikkeling binnen de wetgevende organen stimuleert de als eerste door Scheltema gesignaleerde partijdigheid van de wetgever, die belemmerend werkt op de zorgvuldigheid van de wetgeving. Het gezag van en het vertrouwen in de wetgever hebben hier onder te lijden. Intussen blijven de hogepriesters van de partijdemocratie volhouden dat deze analyses zo dun zijn als een pannenkoek en uitgaan van een selectieve diagnostiek. Maar het maatschappelijk onbehagen, de teruglopende verkiezingsopkomsten, het functieverlies van politieke partijen, het imagoprobleem van overheid en politici en überhaupt de zogenaamde verplaatsing van de politiek en de democratie naar maatschappelijke en particuliere niveaus zou ook de politieke elite tot nadenken moeten stemmen. Opvallend is overigens dat de verdedigers van het laatste woord van de wetgever zich beroepen op de democratie, maar van een grondwettelijke verankering daarvan niet willen weten.

Met dit alles is de eendimensionale samenvatting van de politieke organen, die de grondwettelijke vrijheden van burgers behoren te waarborgen, met de organen die in dat opzicht zelf bewaking behoeven steeds minder een "matter of logic" geworden.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Ik voel mij aangesproken. Heb ik het goed gehoord dat degenen die het democratieargument noemden zich niet gebonden weten aan de Grondwet?

De heer **Engels** (D66): Ik heb gezegd – maar dat is heel iets anders dan wat u nu suggereert – dat ik het zo opvallend vind dat voorstanders van het handhaven van de huidige situatie, die zich daarbij met name beroepen op het democratieargument, vaak niet de aandrang voelen om enige actie te ondernemen op het beginsel van democratie als volkssoevereiniteit, of het opnemen van de vertrouwensregel in de Grondwet. Dus dat zie ik als een interessante paradox. Ik zou het heel plezierig vinden als degenen die zo vurig spreken over democratie – naar wie ik altijd met genoegen luister, dat hoef ik u niet uit te leggen – ook vooraan zouden lopen in de strijd om de Grondwet wat meer te voorzien van beginselen

van democratie en van de rechtsstaat. Dat is wat ik beoogd heb te zeggen.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Ik constateer tevens dat u nogal pessimistisch bent over die democratie!

De heer **Engels** (D66): Ik heb zorgen over de huidige stand van de democratie. Dat hebt u goed begrepen.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Moeten wij daaraan dan niet iets doen?

De heer **Engels** (D66): Absoluut!

Mevrouw **Duthler** (VVD): In plaats van nu deze constructie in te voeren?

De heer **Engels** (D66): Ik zit een beetje op de lijn van de initiatiefneemster, waar ik in het wetsvoorstel niet zozeer een tegenstelling proef tussen wetgever en rechter, in die zin dat de rechter de wetgever onder curatele stelt of boven de wetgever staat. Zoals ik het voorstel heb gelezen en geïnterpreteerd, is het de bedoeling dat de wetgever volledig in charge blijft en ook die verantwoordelijkheid moet houden voor de zorgvuldigheid van de wetgeving, maar dat het – gelet op de rechts- en staatsontwikkelingen, waarvan ik nog een aantal zal noemen – niet verkeerd zou zijn om ook de rechter een rol te geven, overigens op een heel specifieke manier, anders dan de wetgever.

Ik vraag de initiatiefneemster graag of zij bij nader inzien deze analyse deelt en of zij wellicht om strategische redenen van draagvlakverwerving dit vraagstuk van de democratie min of meer heeft weggeredeneerd.

De nu voorgestelde grondwetswijziging brengt overigens geen verandering in het primaat van de wetgever. In het voorstel is slechts bedoeld, de relatie wetgever-rechter evenwichtiger te maken uit een oogpunt van checks and balances. Het toetsingsmonopolie van de wetgever in de verhouding wet-Grondwet was in internationaal perspectief al niet meer aanwezig. Onze fracties zijn het met de initiatiefneemster eens dat als gevolg van de in 1954 in artikel 94 grondwettelijk geboden opening naar rechterlijke toetsing van wetten aan eenieder verbindende verdragsbepalingen het toetsingsverbod in artikel 120 als een anomalie kan worden aangemerkt.

Dit zogeheten "verdragsargument" versterkt het belangrijkste argument van de initiatiefneemster, namelijk de toegenomen maatschappelijke behoefte aan rechtsbescherming. Ons grondwettelijke stelsel van grondrechtenbescherming is inderdaad van toegevoegde waarde ten opzichte van het verdragsrechtelijke beschermingssysteem. Zowel de staats- als de rechtsontwikkeling is uit een oogpunt van evenwichtigheid gediend met de aanvullende mogelijkheid van constitutionele toetsing van wetten aan grondwettelijk gewaarborgde grondrechten door de rechter, dat wil zeggen achteraf, in concrete individuele gevallen en op grond van rechtmatigheidscriteria.

Daarmee ben ik bijna als vanzelfsprekend aangeland bij het constitutionele argument. De initiatiefneemster ziet in het opheffen van het toetsingsverbod een bijdrage aan een versterking van de Grondwet. De grondrechten zullen meer dynamiek krijgen, waardoor de Grondwet een levend en dragend beginsel in onze democratische

## Engels

rechtsstaat kan zijn. Nu ben ik de eerste om toe te geven dat de betekenis van de Grondwet in de afgelopen decennia is geërodeerd. De Grondwet wordt geacht de fundamentele normen en beginselen te bevatten als grondslag voor de inrichting van de rechts- en gezagsverhoudingen in de staat. Onze materiële en dynamische constitutie loopt echter steeds verder onder de formele en statische Grondwet uit. Dat werkt prestigeverlies en waardevermindering in de hand.

Het functieverlies zet verder door waar de Grondwet als strijdmiddel of zelfs als blokkade tegen politieke hervormingen wordt gehanteerd. Een vitalisering langs de weg van grondrechtentoetsing is echter niet voldoende om de normatieve waarborgfunctie van de Grondwet te herstellen. grondrechtentoetsing is een vooral rechtsstatelijke functie. De Grondwet vraagt om een verdergaande modernisering, vooral op het institutionele vlak: de veelheid aan samengestelde organen en benoemde ambten, de heterogene inrichting van de rechterlijke macht, de uit het lood geraakte inrichting van het decentraal bestuur en de vastlegging van de beginselen van democratie en rechtsstaat.

Minder goed lijken mij de door geleidingen binnen de Nationale Conventie bepleite aankleding van de Grondwet als instrument van maatschappelijke cohesie, met name de gedachte van een naar nationale identiteit strevende preambule, symbolen als vlag en volkslied en een eenvoudiger taalgebruik. Graag vraag ik de initiatiefneemster of zij in het licht van haar uitgesproken liefde voor de Grondwet nog eens nader wil verduidelijken in hoeverre de openstelling van rechterlijke toetsing de geschetste problemen rond de Grondwet kan oplossen.

De heer **Dölle** (CDA): U sprak over de blokkerende werking van de Grondwet. Ik neem aan dat u daarbij buiten de benoemde of gekozen burgemeester ook nog andere voorbeelden voor ogen staan.

De heer **Engels** (D66): Jazeker. Dit voorbeeld misschien.

De heer **Dölle** (CDA): Dat dacht ik al. Is het niet ook inherent aan de Grondwet dat die ervoor zorgt dat zaken die zijn vastgelegd moeilijker wijzigbaar zijn? Is dat niet juist de essentie van de Grondwet?

De heer **Engels** (D66): U spreekt dan over "sloten op de Grondwet". Daar was ik net ook al een beetje bezorgd over. Dat is ook weer een kwestie van appreciatie. Ik kan de initiatiefneemster ook wel zo ver volgen dat het de vraag is wat de waarde van de Grondwet nog is als deze zijn functie gaat verliezen doordat hij in de praktijk onveranderbaar blijkt of veel te ver gaat achterlopen bij onze constitutie. Ik neem in de praktijk waar dat de huidige grondwetsprocedure het heel gemakkelijk maakt voor een eenderde minderheid – zeker in deze Kamer – om herzieningen tegen te houden. Daarmee zijn nachten heengegaan, als ik het mij goed herinner. Dat is voor mij inderdaad een belemmerende factor. Ik zou liever een heel ander soort grondwetsprocedure zien, overigens met waarborgen omkleed. Ik ben het met u eens als u bedoelt te zeggen dat de Grondwet niet zoals een andere formele wet al te snel of gemakkelijk moet kunnen worden veranderd. De sloten die er nu op zitten, vind ik echter wel wat al te groot. Dat vindt u niet en ik begrijp ook wel waarom.

De heer **Dölle** (CDA): Wij spreken hier over grondrechten, dus ik moet voorzichtig zijn, maar ik neem niet aan dat u hoopt dat de rechter die sloten eraf haalt.

De heer **Engels** (D66): Nee, er is geen enkele aanleiding voor mij om te tornen aan de rol van de wetgever, ook niet van de grondwetgever. Ik heb ook niet begrepen dat dat in het voorstel zit. De discussie gaat erover of dit nu een exclusieve rol moet zijn, dan wel of er ruimte is om tot een wat meer evenwichtige verhouding te komen en de rechter een plaats te geven naast of in de buurt van de wetgever. Dat is ook een kwestie van appreciatie, maar ik heb geprobeerd aan te geven hoe ik tegen de argumenten aankijk en dat ik sommige daarvan ook anders weeg, namens onze fracties uiteraard. Op grond van de afweging die ik tot dusverre heb gemaakt – daar ben ik nog niet helemaal klaar mee – is de opening bij onze fracties voor het geven van die plaats van de rechter groter dan bij een aantal fracties die ik tot nu toe heb gehoord.

Dan kom ik langzamerhand toe aan enkele meer concrete vraagpunten. Het wetsvoorstel beoogt alle rechterlijke instanties bevoegd te maken om formele wetgeving te toetsen aan onderdelen van de Grondwet. Het voornaamste argument voor deze keuze voor gespreide toetsing is dat dit het bestaande rechtsstelsel in stand laat, waarin iedere rechter reeds lagere regelgeving constitutioneel toetst. Een bijkomend argument is dat het in handen van één rechterlijk college leggen van constitutionele toetsing van wetten het risico van politisering van de rechterlijke macht meebrengt. De Nederlandse rechter is inderdaad terughoudend waar het gaat om de invulling van zijn rechtsvormende taak. En wij moeten zeker niet toe naar een constitutioneel hof, want dan gaat de deur naar gepolitiseerde benoemingen open en zullen ook oud-politici de rode toga mogen aantrekken. Hoezeer het afwijzen van geconcentreerde toetsing ook te begrijpen is, wij ontkomen niet aan de waarneming dat het bestaande, diffuse stelsel allerminst bevorderend werkt op de rechtseenheid. Wij kennen meerdere hoogste rechters die belast zijn met de zorg voor de rechtseenheid. Dat zij een corrigerende werking op elkaar hebben, zoals de initiatiefneemster meent, geloof ik graag. Inhoudelijk kijken zij naar elkaars beslissingen en over en weer worden plaatsvervangers ingevuld. Maar dat zijn uiteindelijk lapmiddelen. Graag vraag ik de initiatiefneemster of zij niet met mij wil meegaan in de vaststelling dat een meer geconcentreerde of homogene inrichting van de rechterlijke macht na invoering van een rechterlijk toetsingsrecht – waarop ik natuurlijk helemaal niet vooruitloop – niet sterker geboden is.

Ik kom tot een voorlopige afronding. De fracties van D66 en OSF staan open voor de voorgestelde beperkte opheffing van het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet. Zij onderschrijven het belang van een ruimere rechtsbescherming en ook de betekenis van het verdragsargument. Zij aarzelen echter over de effecten van rechterlijke toetsing op de functie en het gezag van de Grondwet. Zij aarzelen zeker bij de waarneming dat de ontwikkeling van de partijdemocratie en de partijdigheid van de wetgever in dit debat geen argumenten kunnen zijn. Met buitengewoon veel belangstelling kijken zij uit naar de reactie van de initiatiefneemster.



De heer **Holdijk** (SGP): Voorzitter. Ik richt mij in mijn bijdrage vrijwel uitsluitend tot de initiatiefneemster.

Ook namens de fracties van de SGP en de Christen-Unie wil ik de initiatiefneemster en verdedigster van het door de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel graag complimenteren vanwege het feit dat het door haar geïnitieerde voorstel het stadium van plenaire behandeling in eerste lezing in deze Kamer heeft bereikt. Het moet haar voldoening verschaffen dat zij ruim zesentwintig jaar na aanbidding van haar voorstel aan de Tweede Kamer, in de gelegenheid is vandaag en morgen de laatste ronde van de parlementaire behandeling mee te maken. Zij zal ongetwijfeld in staat zijn om haar voorstel in deze eindronde even bekwaam te verdedigen als zij dat in de voorafgaande fasen heeft gedaan.

Het voorstel behelst een onderwerp waarover al talloze discussies zonder einde, prof. Geyl citerend, zijn gevoerd, waarover reeksen adviezen zijn uitgebracht in de loop der tijden en waarover vrijwel iedereen die zich op enigerlei wijze met het staatsrecht bezighoudt zijn of haar opinie ten beste heeft gegeven. Voor- en tegenstanders van constitutionele toetsing wisten elkaar maar zelden tot andere gedachten te brengen. Wel kunnen wij, meen ik, constateren dat in de loop der tijd de verhouding in aantallen bepleiters van enige vorm van toetsing versus tegenstanders daarvan is verschoven ten gunste van de eerste groep. Dat hangt voor een deel samen met de verschuiving in argumentatie van de voorstanders, een punt waarop ik in het vervolg van mijn bijdrage vanzelfsprekend hoop terug te komen.

Het idee van constitutionele toetsing is al oud. In het Franse Ancien Régime bijvoorbeeld toetsten de diverse gerechtshoven, verwarrend genoeg "parlements" genoemd, of de wetten van de koning wel spoorden met het geldende recht, inclusief de zogenaamde "lois fondamentales". Dit toetsingsrecht heette het "droit de rémonstrance". De "parlements" waren, zeker in de achttiende eeuw, niet zuinig in het gebruik ervan. De koning kon wel zijn zin krijgen, maar alleen door een zogenaamde "lit de justice" te houden, waarbij hijzelf in het "parlement" verscheen. Te vaak kon hij dat echter niet doen. Het zou als tiranniek zijn gezien en tot oproeren hebben geleid.

Het hedendaagse systeem van constitutionele toetsing, zoals dat bestaat in verreweg de meeste westerse landen, maar niet in Nederland, is ontstaan in de Verenigde Staten, waar het een belangrijk onderwerp was in de Constitutional Convention. Deze vergadering van 55 vertegenwoordigers van de, toen nog, dertien Amerikaanse staten, die plaatsvond in 1787 in Philadelphia, heeft de Amerikaanse Federale Constitutie ontworpen, die nog steeds dient als grondslag van het Amerikaanse staatkundige bestel en van grote invloed is geweest op de vele latere constituties in Europa en elders. De constitutionele toetsing vinden wij echter niet in de Amerikaanse Constitutie. Die heeft het Supreme Court zich, met een beroep op de toelichting die het driemanschap van de Federalist Papers schreef, zelf toegeëigend.

Wat Nederland betreft, is onder andere bij de grondwetsherziening van 1983 uitgebreid gediscussieerd over de vraag of het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet geheel of ten dele moest worden opgeheven. De vraag is ontkennend beantwoord. Vandaag

kunnen wij echter constateren dat constitutionele toetsing "in" is. In de Nederlandse rechtsgeleerde wereld krijgt constitutionele toetsing steeds meer aanhang, al is er bepaald geen sprake van een communis opinio.

De initiatiefneemster erkent weliswaar dat er met het huidige systeem van toetsing in abstracto door wetgever in de wetgevingsfase niets mis is, maar zij is van oordeel dat de toetsing moet worden aangevuld c.q. uitgebreid, complementair, met de mogelijkheid van een rechterlijke toetsing achteraf in een concrete casus, waarin de klassieke grondrechten c.q. de beperkingen daarvan een rol spelen. Haar voorstel wil zij beperken tot gevallen waarin het vestigen van subjectieve rechten aan de orde is en tot een limitatief bepaald aantal grondrechtelijke bepalingen. Wat opvalt, is dat de grondrechten het centrale element in het voorstel vormen en verder de sterk bestuursrechtelijke oriëntatie, de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. De stelling dat grondrechten van grote juridische betekenis zijn, omdat die neergelegd zijn in een grondwet of een verdrag, zal niemand willen tegenspreken. Dat geldt ook voor de stelling dat toepassing van ongrondwettige bepalingen in wetten moet worden voorkomen, dan wel verminderd en zelfs uitgesloten. Als een gewone wet strijdig is met een grondwet of een verdrag dient zij te wijken. Daar ligt een taak voor de wetgever c.q. de grondwetgever.

De initiatiefneemster vindt echter dat de wetgever er te veel op gericht is om de houdbaarheid van bepaalde beperkingen van grondrechten ten opzichte van het EVRM in vergelijking met onze nationale grondwet te bepalen. Zij wil een rechterlijke toetsing in concreto om een aansluiting tot stand te brengen met veranderde en veranderende maatschappelijke opvattingen en nieuwe waarden in de pluriforme samenleving. Zij vindt het een belangrijke taak van de rechter om de grondrechten van een eigentijdse interpretatie te voorzien en zij meent dat de eigen Nederlandse grondrechtendogmatiek een toegevoegde waarde kan hebben ten opzichte van het EVRM.

Niet ontkend zal worden dat de betekenis van grondrechten mede afhankelijk is van maatschappelijke omstandigheden en in de maatschappij levende opvattingen. Dit gegeven echter, gevoegd bij de grondrechtenproliferatie die zich na de Tweede Wereldoorlog heeft voorgedaan en waarvan het einde nog niet in zicht is, plus de achterliggende ideologie, maken het voor ons niet zonder meer vanzelfsprekend dat altijd de meerderheidsopvattingen gevolgd moeten worden. Zien wij het goed dat de initiatiefneemster bij de interpretatie van grondrechten in feite van twee wallen wil kunnen eten? Vriendelijker gezegd: voor twee ankers wil gaan liggen? Nu eens de internationale verdragen en dan weer de nationale Grondwet, al naar gelang de meest vergaande rechtsbescherming? Zo lijkt zij bijvoorbeeld meer brood te zien in de Nederlandse unieke formulering van artikel 1 van de Grondwet dan in de artikelen 14 van het EVRM en 26 van het BUPO-verdrag, omdat deze verdragsartikelen, zoals bekend, slechts minimumnormen bevatten.

Centraal in de verdediging van dit wetsvoorstel staat het zogenaamde anomalieargument. Het gaat dan om de anomalie dat de rechter op grond van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet wetten wel toetst aan verdragen, maar op grond van artikel 120 van de Grondwet niet aan de eigen constitutie. De Grondwet zou door deze anomalie een dode letter worden. Dit argument is juist

## Holdijk

en daarom voor een deel van onze fracties overtuigend. Voor een ander deel is het minder overtuigend en niet afdoende. De genoemde anomalie wordt door het voorstel inderdaad deels opgeheven. Dat is, esthetisch beschouwd, zeker een verfraaiing. Maar feitelijk verandert er door de aanpassing van de Grondwet niets. De aangepaste Grondwet levert, gezien het wetsvoorstel, geen nieuwe criteria voor de rechterlijke toetsing van de wet, naast die welke nu al worden gehanteerd. De voorgestelde grondwetswijziging is in die zin een zuiver cosmetische operatie. Overigens zijn wij niet onverdeeld enthousiast over de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, die immers tot gevolg hebben gehad dat wetten al lang niet meer onschendbaar zijn.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): De heer Holdijk zegt dat het wetsvoorstel voor een deel van zijn fractie niet afdoende is omdat de opheffing van het verbod weinig toegevoegde waarde zou hebben. Wat vindt de heer Holdijk van de bepalingen die op dit moment niet in de verdragen terug te vinden zijn, maar wel in de Grondwet? Daarbij kan men denken aan artikel 23, de vrijheid van onderwijs. Het zou van toegevoegde waarde kunnen zijn als dat aan de Grondwet getoetst zou kunnen worden.

De heer **Holdijk** (SGP): Daar heeft mevrouw Strik theoretisch gelijk in. De internationale verdragen kennen het recht op de vrijheid van onderwijs niet. Als wij het echter hebben over de praktische betekenis, ben ik tot op heden noch ongelukkig met de wetgever, noch met de rechter.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Is het nodig dat er per se eerst grote ongelukken gebeuren voordat een rechtelijke toetsing mogelijk wordt gemaakt? Is het niet in het belang van de toekomst om de toetsing van een wet mogelijk te maken omdat er mogelijk iets ongrondwettigs tot stand is gekomen?

De heer **Holdijk** (SGP): Het zou allemaal kunnen. Ik kan niet in de toekomst zien en wil op de toekomst ook geen voorschot nemen.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Is dat het doorslaggevende argument om al dan niet voor deze wet te stemmen?

De heer **Holdijk** (SGP): Nee, dit wetsvoorstel heeft vele pro's en contra's. Uiteindelijk zullen alle plussen en minnen samen het standpunt van mijn fractie bepalen.

Voorzitter. Ik betoogde dat er, lettend op de stukken die ons gepresenteerd zijn in verband met dit wetsvoorstel, weinig lijkt te veranderen.

De initiatiefneemster lijkt trouwens zelf ook niet zulke grote verwachtingen te hebben van dit wetsvoorstel. Zij verwacht dat het niet om grote aantallen procedures zal gaan en dat de houding van de rechter niet activistisch zal worden. Dat is op zichzelf een geruststellende gedachte. Enerzijds voorziet zij geen fundamentele verandering in de constitutie, maar anderzijds wil zij toch het juiste evenwicht tussen de staatsinstellingen herijken, zo lees ik. Hierbij plaatsen wij echter de nodige vraagtekens. Zoal geen fundamentele verandering, dan menen wij in elk geval wel een verschuiving in de verhouding tussen wetgever en rechter te kunnen constateren. Dat staat vrijwel buiten discussie.

De rechter heeft de afgelopen vijftig jaar een steeds overheersender rol opgeëist en toegekend gekregen. Het is al lang niet meer zo dat de rechter in alle gevallen eenvoudig de wet toepast. Soms fungeert hij als een breekijzer bij de oplossing van maatschappelijke vraagstukken. In het civiele recht vervulde hij die overheersende rol al vanouds, maar daar is het bestuursrecht bij gekomen. Het is moeilijk voorstelbaar, maar vijftig jaar geleden bestond in Nederland de bestuursrechtspraak niet of nauwelijks. Voeg daarbij het Hof van Justitie in Luxemburg, dat door zijn jurisprudentie praktisch in zijn eentje de verregaande bevoegdheden van de Europese Unie heeft bewerkstelligd en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg, dat ons hele rechtsbestel door de toetsing aan het EVRM en het BUPO-verdrag door elkaar heeft geschud. Is het wenselijk dat een klein aantal ongekozen mensen zoveel macht uitoefent? Ten tijde van de Amerikaanse Founding Fathers – waarop ik daarstraks duidde – was de macht van het parlement nog het grote probleem. In onze tijd is het parlement in menig opzicht verschrompeld tot een onmachtige wagen vol met wat in deze Kamer wel eens "stemvee" is genoemd.

Wij zien op dit punt van de verschuiving in staatsrechtelijke verhoudingen als gevolg van het wetsvoorstel ook gevolgen voor onze constitutionele monarchie. Voorkomen moet worden dat de Koning, die bij de inhuldiging trouw heeft gezworen aan de Grondwet en daarbij beloofd heeft die te zullen onderhouden en handhaven, wetsvoorstellen gaat bekrachtigen waarvan achteraf zou blijken dat ze op gespannen voet staan met de Grondwet.

Ten slotte leven bij onze fracties vragen met betrekking tot de voorgestelde gespreide toetsing. Zal dat niet tot uiteenlopende finale interpretaties kunnen leiden, die een bron vormen van rechtsonzekerheid en aan de rechts-eenheid afbreuk doen? Nu al kan zich de situatie voordoen dat de verschillende hoogste rechters in ons land in aan hen voorgelegde geschillen tot verschillende oordelen komen. Gaat dit zich op lager niveau niet in veelvoud presenteren, zonder dat daar andere oplossing voor voorhanden zijn dan beroep en hoger beroep? Met deze vragen wil ik de bijdrage van mijn fractie in eerste termijn afsluiten. Met bijzondere belangstelling zien wij de reactie van de initiatiefneemster op onze beschouwingen en vragen tegemoet.

De heer **Engels** (D66): De mooie uitspraak van de heer Holdijk over de positie van de Koning viel mij op. Ik zou de heer Holdijk willen vragen hoe wij zijn uitspraak moeten zien in het licht van het feit dat rechters rechtspreken in naam der Koningin. Hoe zou de Koning dan in problemen kunnen komen?

De heer **Holdijk** (SGP): Dat is ook een kant van de waarheid. Ik wil echter niet graag een staatshoofd dat trouw gezworen heeft aan de Grondwet, geconfronteerd zien met wetten die achteraf het verwijt kunnen treffen dat zij ongrondwettig waren, althans ten dele.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): De heer Holdijk heeft verschillende bezwaren genoemd, of twijfels geuit. In grote lijn zegt de heer Holdijk echter dat het toch vooral een cosmetische operatie is, waarvan het de vraag is of zij een toegevoegde waarde heeft. Ik begrijp uit de woorden van de heer Holdijk dat hij er niet vanuit gaat

## Holdijk

dat dit wetsvoorstel een grote verschuiving tussen wetgevende en rechtsprekende macht tot gevolg zal hebben. Is dat juist?

De heer **Holdijk** (SGP): Ik denk dat dat de centrale vraag is die vandaag en morgen ter discussie staat. Aan de ene kant kun je de zaak zo bagatelliseren dat het voorstel nog maar weinig te betekenen heeft. Dat hebt u ook kunnen afleiden uit mijn woorden. Er zou op die manier ook geen bezwaar tegen bestaan om het voorstel te steunen, al kan daarbij direct de tegenwerping gemaakt worden, waarom je iets zou steunen dat vrijwel geen betekenis heeft. Aan de andere kant kan niemand overzien welke gevolgen in concreto in de toekomst als gevolg van dit wetsvoorstel zijn te verwachten. Daar kun je heel verschillende taxaties van maken.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Waar staan de fracties van SGP en ChristenUnie in dit verband?

De heer **Holdijk** (SGP): Dat zal aan het eind van het debat blijken.

□

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Voorzitter. Sinds 1848 bepaalt de Nederlandse Grondwet dat de rechter wetten niet aan de Grondwet toetst. De heer Holdijk maakt een interessante stap naar eerdere tijden, met name de achttiende eeuw. De "wetten zijn onschendbaar", luidt het adagium waarop in Nederland de huidige staatsrechtelijke verhoudingen zijn geschoeid. Over de wenselijkheid van het verbod is ook sinds 1848 gediscussieerd. De initiatiefneemster, mevrouw Halsema, verdient waardering voor het feit dat zij de problematiek rond artikel 120 Grondwet uit de kring van sterk verdeelde wetenschappers en lang nadenkende politici heeft gehaald. Al jaren is er discussie over de vraag of het toetsingsverbod van de rechter uit artikel 120 Grondwet opgeheven zou moeten worden. De Grondwet van 1848 legde vast dat de wetgever – regering en parlement – in hoogste instantie de bepalingen van de Grondwet uitlegt en toepast.

Dit wetsvoorstel voorziet in de introductie van een beperkte bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter. Binnen de PvdA-fractie leven daar uiteenlopende opvattingen over. Onze oud-collega Erik Jurgens leverde al in 2005 een zeer kritische inbreng voor het voorlopig verslag bij dit wetsvoorstel, die vooral gericht was op de verhouding tussen de rechtsprekende en de wetgevende macht en de vraag of de rechter met toetsing aan de Grondwet niet te veel op de stoel van de democratisch gelegitimeerde wetgever komt te zitten. In 2007 kwam er antwoord op onze vragen, waarna de nadere procedure heeft plaatsgevonden. Vandaag kunnen wij dan plenair over dit wetsvoorstel spreken, maar de meningen binnen de PvdA-fractie zijn nog steeds verdeeld. De kritiek van Jurgens leeft nog steeds in onze fractie. Anderzijds zien wij er de waarde van in dat met dit wetsvoorstel de Grondwet meer als basis van ons rechtssysteem neergezet kan worden en, vooral ook, de toegankelijkheid van de rechter voor de burger wordt vergroot waar het gaat om een beroep op de klassieke grondrechten. Ik kom er aan het slot van mijn inbreng nog op terug hoe de leden van mijn fractie de wegging tussen de voor- en nadelen van dit wetsvoorstel zullen

maken. Ik zal allereerst achtereenvolgens ingaan op de argumenten die voor de opheffing van het toetsingsverbod pleiten, en de bezwaren die eraan kleven en waarop wij graag een reactie van zowel de indienster als de regering krijgen.

Met het voorliggende wetsvoorstel krijgt de rechter de bevoegdheid om formele wetten te toetsen aan een aantal, in een nieuw tweede lid van artikel 120 met name genoemde klassieke grondrechten. De indienster heeft gekozen voor de beperking van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid tot de klassieke grondrechten en de daarmee gelijk te stellen bepalingen. Ik zou zeggen: de lijn-Franken. Het toetsingsverbod voor de sociale grondrechten, de overige grondwettelijke palingen en de ongeschreven fundamentele rechtsbeginselen worden dus in stand gelaten. Er zijn grofweg twee voordelen aan dit beperkte toetsingsrecht.

Een eerste voordeel is dat de rechtsbescherming van burgers erdoor kan verbeteren. Op dit moment wordt al getoetst aan internationale verdragen, zoals het EVRM, dat een minimumbescherming biedt. Onze Grondwet kent op sommige onderdelen meer bescherming, zoals de vrijheid van meningsuiting (censuurverbod), de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van godsdienst. Wanneer de Nederlandse burger zijn rechtsbescherming bij het Europese Hof in Straatsburg moet halen, duurt dat minimaal zes jaar, waarna de Nederlandse rechter het Europese Hof volgt omdat er voor hemzelf een toetsingsverbod aan de Grondwet bestaat. Dat betekent dat de minimumbescherming die het EVRM biedt ook de maximumbescherming is geworden. Wij zien in de opheffing van het toetsingsverbod dus een opening om de rechtsbescherming van burgers in Nederland, bijvoorbeeld op de onderwerpen van vrijheid van meningsuiting, vrijheid van onderwijs en vrijheid van godsdienst, te verbeteren. Van de indienster willen wij echter wel vernemen op basis waarvan zij van mening is, dat dit daadwerkelijk ook zo zal uitpakken aangezien de rechter toch ook heel terughoudend toetst aan het EVRM. Dat is hier vandaag ook al een aantal keren gezegd. Met andere woorden: is hier echt sprake van een kans en welke ontwikkelingen maken dat de toetsingsmogelijkheid die de initiatiefneemster wil creëren, ook werkelijk zoden aan de dijk zet?

Een tweede voordeel van de opheffing van het toetsingsverbod kan zijn dat de Grondwet, als ik het populair mag zeggen, meer smoel krijgt binnen ons rechtssysteem. Waar wij in tal van landen zien dat de Grondwet ook echt een betekenis heeft in het politieke, maatschappelijke en juridische verkeer, is dat in Nederland nauwelijks het geval. De opheffing van het toetsingsverbod zou de Grondwet tot een meer levend document kunnen maken, waar burgers ook direct een beroep op kunnen doen. Het kan er bovendien toe leiden dat de wetgever, waar dat nu al met internationale verdragen intensiever gebeurt, ook de Grondwet meer als basis en kader voor wetgeving gaat beschouwen. Met andere woorden: mogelijk gaat de wetgever ook intensiever zelf aan de Grondwet toetsen. De vraag die daaruit voortvloeit richting indienster is of daarvoor nu het toetsingsverbod moet worden opgeheven. Is er volgens de indienster iets mis met het huidige systeem van constitutionele toetsing door het democratisch gekozen parlement? Waarom is de indienster zo zeker van de realiteitswaarde van de veronderstelling dat met



## Rehwinkel

de opheffing van het toetsingsverbod voor de rechter het parlement ook anders zal gaan functioneren?

Hiertegenover staat ook een aantal tegenargumenten. Een van de eerste hoogleraren die mij binnen het recht de weg heeft gewezen, Alkema, formuleert het zo: met de argumenten pro en contra toetsing valt met enige goede wil een fraai constitutioneel mozaïek te leggen. Hij plaatste kanttekeningen bij de toetsing door een speciaal constitutioneel hof, waarvoor Halsema overigens ook niet kiest. Volgens mij ook nog niet definitief voor het tegendeel, maar daar horen wij haar ongetwijfeld morgen over. Een ander hoogleraar van wie ik scholing mocht ontvangen, A.M. Donner, die vandaag ook al eerder is aangehaald, vond met een minderheid van leden in de staatscommissie-Cals/Donner het scheppen van een constitutionele toetsingsbevoegdheid onvoldoende verantwoord, ook omdat het verleden niet had uitgewezen dat het ontbreken van die bevoegdheid een leemte veroorzaakte. Wat ons betreft is in dit debat vooral de vraag aan de orde of de behoefte aan een rechterlijk toetsingsrecht tientallen jaren later nog steeds wordt gevoeld, of de manier waarop dit nu wordt geïntroduceerd met dit wetsvoorstel, als ik de woorden van Donner in iets andere zin mag gebruiken, voldoende verantwoord is. Dus niet de vraag of het voldoende onverantwoord is, maar tientallen jaren later staan wij volgens ons voor de vraag of de manier waarop het nu gebeurt, uiteindelijk voldoende verantwoord is.

Erik Jurgens heeft onder het motto "bescherm de wet" ooit de terechtte vraag gesteld: Ministers en Kamerleden zweren en beloven zich aan de Grondwet te houden als zij benoemd worden. Waarom zou een rechter het beter weten? Deze vraag raakt het democratische argument dat ik aan de orde wil stellen en dat anderen al aan de orde hebben gesteld: de wetgever behoort met zijn democratische legitimatie soeverein te zijn in het maken van formele wetten. De initiatiefneemster lijkt daar heel anders in te staan. Zij beantwoordt de vraag of het niet in alle gevallen aan de wetgever moet worden gelaten om tot aangepaste of nieuwe wetgeving te komen "zonder meer ontkennend". Zij ziet zelfs een uitdrukkelijk corrigerende rol voor de rechter weggelegd.

Bij de overtreding van grondwettelijke delegatieverboden wordt het door haar van belang geacht dat de rechter de wetgever gaat "controleren." Tijdens de schriftelijke behandeling was de initiatiefneemster niet helemaal duidelijk of het functioneren van de wetgever nu wel of geen aanleiding vormde om met dit wetsvoorstel te komen. Inmiddels is zij overduidelijk: de vraag naar de grondwettigheid van wetten komt tijdens de parlementaire behandeling van die wetten wat haar betreft niet altijd even goed uit de verf. Die kunnen wij in onze zak steken, zou je denken, maar de handschoenen kan ook worden opgepakt. Toetst het parlement wel in voldoende mate de wet aan de Grondwet? Hier al meer dan aan de overkant, mag ik uit eigen ervaring stellen. En aan die overkant, in de Tweede Kamer, waren juridische kennis en ervaring wel eens in ruimere mate aanwezig. Uit betrekkelijk recent onderzoek bleek dat slechts twee leden van de Tweede Kamer overeenstemming met de Grondwet als kwaliteitseis voor wetgeving noemden. Ik vind dat eerlijk gezegd een tamelijk onthutsend cijfer.

Bij een wetsvoorstel dat ik enige tijd geleden ook mocht behandelen betreffende het tijdelijk huisverbod, viel mij op hoezeer de invalshoeken in Eerste en Tweede

Kamer verschilden. Hier was de inbreng overwegend bestuurlijk-juridisch van aard, aan de andere kant van het Binnenhof veel praktischer. De initiatiefneemster wijst er niet ten onrechte op dat het voor de wetgever onmogelijk is in de toekomst te kijken en alle mogelijke toepassingen van zijn wetten te voorzien. Als de wetgever – na afschaffing van het rechterlijk toetsingsrecht en wetende dat zijn grondwetsinterpretatie bij de rechter een belangrijke rol zal spelen – meer aandacht gaat besteden aan de grondwettelijke aspecten van zijn wetgeving, dan, zo moeten wij toegeven, mag dat als voordeel van die afschaffing worden beschouwd.

De Raad voor de rechtspraak heeft ervoor gewaarschuwd dat het parlement zijn eigen toetsingsplicht niet op de rechter moet afschuiven. Ik wil de initiatiefneemster vragen om op dit risico te reageren. Voorziet zij werkelijk dat het parlement in dit opzicht beter gaat presteren? Omdat ook risico's bestaan aan een rechter die de wetgever – ik citeer nogmaals – "controleert", vraag ik om een uitvoeriger beschouwing op de noodzaak van correctie van de democratische besluitvorming.

Een ander argument dat tegen constitutionele toetsing van formele wetgeving veelal wordt aangevoerd, is dat formele wetten en verdragen anders dan lagere regelgeving, tot stand komen in samenwerking tussen de Staten-Generaal en de regering. Bijvoorbeeld bij de eerdergenoemde discussie in de commissie-Cals/Donner heeft dit argument een belangrijke rol gespeeld. Een toetsingsbevoegdheid van lagere regelgeving hoeft er niet toe te leiden dat ook formele wetgeving aan de Grondwet kan worden getoetst. In 1953 is in de Grondwet de verplichting door de rechter opgenomen om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten als deze niet verenigbaar zijn met de, eenieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Interessant is om nog eens in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel te lezen dat destijds een amendement-Serrarens werd aangenomen, waarin werd uitgesproken dat het beginsel van de onschendbaarheid der wetten uitsluitend betrekking had op de verhouding tussen wet en Grondwet en niet op die tussen wet en verdrag. Dit was tegen de zin van de regering. Zij achtte de kwestie van de toetsing aan verdragen nog niet rijp voor de grondwetgever en wilde deze overlaten aan de rechtsontwikkeling. Door het aannemen van dat amendement werd dus wel de mogelijkheid geïntroduceerd tot verdragstoetsing. Hierdoor kon in het vervolg het verdragsargument ten voordele van wettelijke toetsing aan de Grondwet worden ingebracht. Waarom wel verdragen en waarom niet wetten aan de Grondwet kunnen toetsen?

Behalve van het initiatiefvoorstel kunnen we ook kennisnemen van een notitie die het tweede kabinet-Kok over de problematiek van artikel 120 Grondwet heeft uitgebracht. De kabinetsnotitie gebruikt het verdragsargument om het democratieargument terzijde te schuiven. Het democratieargument, zo meende het tweede kabinet-Kok, heeft veel van zijn betekenis verloren sinds invoering van de rechterlijke toetsing aan verdragen en sinds de voorrang van het Europese recht boven het nationale recht. In veel gevallen gaat het bij de toetsing van verdragsbepalingen om toetsing aan grondrechten die ook in de Grondwet zijn opgenomen. De stap naar rechterlijke toetsing aan de nationale grondrechten, is vanuit dit gezichtspunt logisch en beperkt van omvang.

## Rehwinkel

In de eerste plaats, mevrouw de voorzitter, wil ik het huidige kabinet vragen of het deze visie van het tweede kabinet-Kok deelt. De initiatiefneemster wil ik vragen om te reageren op de bezwaren die Besselink in *Ars Aequi* tegen de visie heeft aangevoerd. Ik licht er één uit. Als je het verdragsargument hanteert, moet je dat ook consequent doen en niet de toetsingsbevoegdheid beperken tot de klassieke grondrechten. Toetsing aan sociale grondrechten, algemene rechtsbeginselen en institutionele grondwetsbepalingen is bijvoorbeeld in verdragscontext mogelijk. Ten slotte opnieuw een vraag aan het kabinet. Vindt dit kabinet, evenals Kok II, dat er geen principieel onderscheid hoeft te zijn tussen de toetsing van formele en lagere wetgeving aan de Grondwet?

In de discussie over opheffing van het toetsingsverbod komen we ook het trias-politica-argument tegen. Het zou niet passen dat de rechterlijke macht de wetgevende macht achteraf op de vingers tikt. In dit opzicht vond ik het advies van de Raad van State en de reactie van de initiatiefneemster daarop interessant. De Raad van State maakt de vergelijking met de wijze waarop de rechter toetst aan internationale verdragen. Hij wijst erop dat doorgaans niet de verbindendheid van een wetsbepaling als zodanig wordt beoordeeld. De rechter beoordeelt vooral de vraag, of een bepaalde wijze van toepassing toelaatbaar moet worden geacht. Sprake is dan van een aanvullende functie van de rechter ten aanzien van de wetgever in plaats van "op de vingers tikken".

De initiatiefneemster spreekt bij de toetsing van wet aan Grondwet onder de kop "Machtenscheiding" van een complementaire rol van de rechter. Indien in de parlementaire behandeling nadrukkelijk is gemotiveerd dat een wet in overeenstemming is met de Grondwet, zal de rechter zich bij de toetsing van de wet terughoudender moeten opstellen. De initiatiefneemster stelt: "bij een terughoudende toetsing past het dat de rechter zich inspant om de betreffende wetsbepaling zoveel mogelijk in stand te laten en deze bepaling zo nodig conform de Grondwet uitlegt in plaats van deze bepaling buiten toepassing te verklaren".

Ik wil aan het kabinet vragen of het preciezer inzicht kan verschaffen in de vraag in hoeverre bij verdragstoetsing de verbindendheid van een wetsbepaling als zodanig wordt beoordeeld. De initiatiefneemster vraagt of zij kan noemen wanneer zij grondwetsconforme uitleg door de rechter kennelijk niet mogelijk acht en wetsbepalingen door hem buiten toepassing wil laten verklaren. Zorgelijk vind ik de uitspraak van de initiatiefneemster in de nadere memorie van antwoord, dat "het in het licht van de individuele rechtsbescherming zo belangrijk is dat de burger naar de rechter kan stappen en aan deze onafhankelijke en onpartijdige instantie de vraag kan voorleggen of de geldende wetgeving wel in overeenstemming is met de Grondwet". Het beoordelen of geldende wetgeving wel in overeenstemming is met de Grondwet, lijkt ons niet zozeer de taak van de rechter, wel het zoeken naar grondwetsconforme uitleg.

Als laatste noem ik het rechtszekerheidsargument dat tegen constitutionele toetsing kan worden aangevoerd. De mogelijkheid dat de rechter een door de wetgever vastgestelde wet terzijde kan schuiven, zou de rechtszekerheid van burgers ondermijnen. Maar dan moet de blik weer richting lagere regelgeving en internationaal recht worden gericht. Ook hier kan dat de burger overkomen. Toch verlangt het aspect van de rechtszekerheid een

meer principiële beschouwing. Op dit punt vind ik de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel niet erg overtuigend. Rechtsonzekerheid wordt door de initiatiefneemster onvermijdelijk geacht; bovendien moet de indruk niet worden gewekt dat een wet vogelvrij is zolang deze geen grondwettelijke zegen van de rechter heeft. De rechter zal in een concreet geval de wet enkel in zoverre de aantasting reikt, buiten toepassing kunnen laten. Maar wel degelijk kunnen burgers en anderen worden getroffen door wetsbepalingen waarop zij meenden te kunnen rekenen, maar die buiten toepassing zijn verklaard. Ik wil de initiatiefneemster vragen daarop te reageren en aan te geven op welke wijze zij daar aandacht aan besteedt. Overigens geeft de initiatiefneemster zoals eerder gezegd aan dat een meerwaarde van toetsing aan de Grondwet – boven toetsing aan het EVRM – kan worden gezien in de extra bescherming die de Nederlandse Grondwet soms biedt, bijvoorbeeld op het terrein van de onderwijsvrijheid.

Ik deel met de initiatiefneemster dat dit als een bijdrage aan de rechtszekerheid kan worden beschouwd, al blijft daarbij de vraag openstaan wat dit de facto voor de burger oplevert als de rechter terughoudend toetst zoals nu ook bij het EVRM het geval is. Die vraag is ook door anderen gesteld.

Naast de rechtszekerheid is ook de rechtseenheid in het geding. Gekozen is voor een gespreide toetsing. Iedere rechter wordt bevoegd om strijd tussen wet en Grondwet te constateren. Het wetsvoorstel kiest niet voor de totstandkoming van een constitutioneel hof. Ook bij lagere regelgeving en verdragstoetsing vindt gespreide toetsing plaats. Daarom kan deze keuze wat mij betreft worden gebillijkt. Gehoopt wordt op een "natuurlijk proces van evenwichtige rechtsontwikkeling". Toch wil ik het kabinet vragen hoe gevolgd gaat worden dat niet allerlei verschillende interpretaties van grondrechten gaan ontstaan. In hoeverre denken zowel de indienster als de regering dat voorkomen kan worden dat de benoeming en de beslissingen van rechters steeds politieker worden? De politisering van de rechterlijke macht lijkt ons met anderen een slechte zaak. Dat gevaar zou er vooral kunnen zijn bij een constitutioneel hof. Wij zouden nog eens precies willen vernemen hoe de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht gewaarborgd wordt.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): U bent bang dat voor bepaalde groepen burgers rechtsonzekerheid ontstaat als een deel van een wet buiten toepassing kan worden verklaard. Als een rechter in een bepaald geval meent dat er sprake zou kunnen zijn van strijdigheid met de Grondwet, ontstaat jurisprudentie en moet er opnieuw worden geoordeeld. Is het dan niet beter dat mocht er inderdaad sprake zijn van strijdigheid toetsing mogelijk is? Zou dat niet te prefereren zijn boven rechtszekerheid, terwijl de strijdigheid met de Grondwet blijft bestaan?

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Misschien wel, maar ook al zou dat te prefereren zijn dan geldt nog het element van de rechtsonzekerheid. Mensen denken op een bepaling die wettelijk tot stand is gekomen te kunnen rekenen, maar als die bepaling dan door de rechter buiten toepassing wordt verklaard, blijkt dat niet het geval te zijn. Ik geef toe dat zo iets misschien te verkiezen valt boven het andere. Het feit dat de bepaling door de rechter buiten toepassing is verklaard, levert namelijk de

## Rehwinkel

burger ook iets op. Dat gegeven hebben wij centraal gesteld. Aan het begin van mijn betoog heb ik erop gewezen dat wij het element van de rechtsbescherming vooropstellen. Het voorgaande neemt niet weg dat wel degelijk het aspect van de rechtszekerheid telt.

De heer **Dölle** (CDA): In een eerdere fase van dit debat, met name in de schriftelijke voorbereiding, heeft de Partij van de Arbeid met zeer veel nadruk gesteld dat de formulering van de Nederlandse klassieke grondwetsbepalingen, mede met het oog op het feit dat er destijds geen constitutionele toetsing was, zodanig is dat in feite artikel 1 en andere artikelen worden ingevuld door de wetgever in formele zin. De Grondwet bevat een verbod voor ieder ander om dat te doen, maar de wetgever in formele zin heeft een opvatting over bijvoorbeeld het beginsel van gelijkheid of het recht op roken in kleine cafés. Mijn vraag is: speelt dit argument nog een rol bij de afweging, dus het argument dat de formulering van de Nederlandse Grondwet zodanig is dat de artikelen worden ingevuld door de wetgever in formele zin?

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Ja, dat speelt zeker een rol bij de afweging. Daarom hebben wij daarover ook vragen gesteld. Het lijkt ons van belang dat dit aan de wetgever voorbehouden blijft. Dat element miste ik vanavond bij de eerder gedachtewisseling. Het is uiteindelijk altijd weer de wetgever die deze mogelijkheid naar zich toe kan trekken, dus die naar aanleiding van een rechterlijke uitspraak wel degelijk kan kiezen voor wijziging van de wettelijke regeling. Dat kan hij ook doen als hij zich niet kan vinden in een rechterlijke uitspraak. U zult moeten toegeven dat ook het andere aspect geldt, het aspect dat ik aangaf in de gedachtewisseling met mevrouw Strik, namelijk dat er ook het element van de rechtsbescherming is. Dat telt voor ons, maar zeker ook dit argument, dat ook al bij de schriftelijke behandeling aan de orde was.

De heer **Dölle** (CDA): Stel dat, gelet op artikel 1, Grondwet, delen van de Vreemdelingswet door de rechter zodanig wordt uitgelegd dat de desbetreffende bepalingen feitelijk niet meer gelden, dan zal de wetgever volgens u zich aan reparatie van de wet moeten zetten. Betekent dat dan ook niet dat de wetgever eventueel de bepalingen van de Grondwet moet herzien?

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Voor die keuze staat hij. Hij moet een conclusie trekken. Nogmaals, het eerste en het laatste woord is aan de grondwetgever dan wel de wetgever.

De heer **Dölle** (CDA): Formeel zou dan bij een uitspraak op grond van het EVRM het laatste woord aan de 47 lidstaten zijn. De facto is dat niet zo. Hier geldt dat aspect in mindere mate, maar de wetgever staat als het ware met de handen op de rug. De jurisprudentie kan met iedere uitspraak veranderen. Als de wetgever zijn inzichten wil laten gelden, moet hij als het ware achter de ontwikkelingen aanhobbelen. Hij moet dan later de wet of de Grondwet herzien.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Ik wil niet meteen voor een zo negatieve duiding kiezen als achteraan hobbelen. Ik zie namelijk ook de positieve kant, namelijk dat de wetgever gedwongen wordt om, misschien wel voor de

eerste keer, goed aandacht aan een bepaald aspect te besteden. Dan is er een stimulans voor wetgevers en grondwetgevers. Ik ben het wel met u eens dat wij niet in de situatie moeten komen dat de rechter de wetgever gaat controleren en de rechter de wetgever op de vingers gaat tikken. Daarom heb ik ook bezwaar aangetekend tegen het gebruik van dat soort termen. Ik kies meer voor de positieve invalshoek: wetgevende en rechtsprekende macht kunnen elkaar stimuleren.

De heer **Dölle** (CDA): Dat is een fijn beeld, alleen, ik ben bang dat dat niet altijd het beeld van de werkelijkheid zal blijken te zijn. Ik denk aan België en aan allerlei omstandigheden. Het ging mij om de situatie waarin beide machten conflicteren. De grondwetsherziening is een product van de wetgever. In een bepaalde constellatie kan de rechter of het college voor beroep de woorden van de wet en de betekenis daarvan anders uitleggen dan de wetgever. Dan moet de wetgever een veel zwaardere weg gaan volgen dan de rechter om tot herstel te komen.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): En gaat mij erom dat de wetgever dan wel de grondwetgever het woord niet ontnomen wordt en hij tot een nieuwe regeling kan komen.

Mevrouw de Voorzitter. Na het bespreken van de argumenten voor en tegen de opheffing van de constitutionele toetsing kom ik tot een afweging. Nogmaals, wij zien dat er argumenten voor en tegen zijn. Dat is ook wel gebleken tijdens de schriftelijke behandeling van dit wetsvoorstel. De discussie over de constitutionele toetsing kent een lange geschiedenis die ons nu uiteindelijk in de Eerste Kamer heeft doen belanden. Thorbecke was een uitgesproken tegenstander van het toetsingsverbod – zeg ik voor degene die zich al dan niet in zijn traditie willen scharen – maar heeft in dit opzicht niet zijn stempel kunnen drukken. Bezien we wat de voortdurende poging tot staatsrechtelijke vernieuwing aan sporen heeft achtergelaten, dan zien we dat in de Proeve van een nieuwe Grondwet uit 1966 door, nogmaals, een meerderheid van de staatscommissie-Cals/Donner en ook in verschillende kabinetsnotities voor wettelijke toetsing aan de Grondwet is gepleit.

Ik steek nu de hand in eigen boezem, mijnheer Rosenthal: dit gebeurde niet met de befaamde Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid van het kabinet-Den Uyl, zo vaak het meest progressieve kabinet ooit genoemd. De Raad van State, de Hoge Raad, de Raad voor de Rechtspraak en de Nederlandse Vereniging voor de Rechtspraak adviseerden positief over dit wetsvoorstel. Staatsrechtelijk en politiek Nederland is en zal ook wel verdeeld blijven. Tegen deze achtergrond wordt de toetsing in dit wetsvoorstel daarom beperkt tot wettelijke bepalingen waaraan de burger een directe aanspraak jegens de overheid kan ontlenen. Niet gekozen wordt voor een constitutioneel hof, maar voor de ons bekende gespreide toetsing, waarbij de wetgever alsnog maatregelen kan nemen ter versterking van de rechts-eenheid. De constitutionele toetsing biedt de mogelijkheid van aanpassing aan gewijzigde maatschappelijke en rechtsstatelijke omstandigheden en kan de toegankelijkheid van de rechter voor de Nederlandse burger vergroten. Ten slotte biedt de opheffing van het toetsingsverbod nadrukkelijker de mogelijkheid om de rol van de Grondwet als basis voor ons rechtssysteem te

## Rehwinkel

verstevigen. Afhankelijk van de beantwoording van de nog door ons gestelde vragen, zijn dit voor mij en een aantal medefractiegenoten argumenten op basis waarvan wij ertoe neigen om de voorziene afschaffing van het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet inderdaad voldoende verantwoord te vinden. Het argument dat de wetgever met zijn democratische legitimatie soeverein dient te zijn in het maken van formele wetten is echter voor een ander deel van mijn fractie zo zwaarwegend dat het vooralsnog voornemens is, tegen het wetsvoorstel te stemmen. Daarom wachten wij met nog meer belangstelling dan anders de reactie van de regering en zeker ook die van de indienster af.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): U hebt heel uitvoering en helder de voors en tegens uiteengezet. Kunt u misschien iets meer helderheid verschaffen over wat voor u doorslaggevend is om toch in te kunnen stemmen met dit initiatiefwetsvoorstel? Is er voor degenen die nog zwaarwegender redenen hebben om tegen te stemmen geen enkele mogelijkheid om hen nog van mening te doen veranderen?

De heer **Rehwinkel** (PvdA): In de eerste plaats is het element van de rechtsbescherming een belangrijk element. De toegankelijkheid van de rechter voor de burger zien wij als een duidelijke waarde van dit wetsvoorstel. Wij vinden het belangrijk dat de Grondwet een heel andere plek in onze samenleving zou kunnen krijgen, een meer centrale rol. Ik heb aan het eind gezegd dat een aantal mensen nog niet kan instemmen met dit wetsvoorstel. Wij allen overigens nog niet, want wij wachten de beantwoording af, maar een aantal mensen heeft er meer moeite mee, met name vanwege het democratieargument, het argument dat de soevereiniteit van de wetgever in zekere zin wordt aangetast, als ik dat zo mag uitdrukken.

□

De heer **Kox** (SP): Mevrouw de voorzitter. Wie als Kamerlid een initiatiefvoorstel tot wijziging van de Grondwet indient, moet een lange adem hebben. Het voorstel van mevrouw Halsema, voor het eerst voorgelegd in 2002, zal op zijn vroegst in 2011 opgenomen kunnen worden in de Grondwet. Dat betekent een draagtijd van bijna negen jaar; daar legt zelfs een olifant het ruim bij af. De kans is aanwezig dat mevrouw Halsema de eindstemming over haar voorstel zelf niet meer meemaakt als Kamerlid – als het al ooit daartoe zal komen – gezien de regels van haar partij. Dat zouden wij erg jammer vinden. Nu zij meer tijd heeft – haar boek is af en het congres is geweest – kan zij wellicht een initiatiefvoorstel in haar eigen partij indienen om dit soort erg brute regelingen iets te temperen.

Met dit voorstel verzekert Femke Halsema zich hoe dan ook van een plaats in een mooi lijstje van parlementariërs, met onder andere Pieter Jelles Troelstra en Hendrik Pieter Marchant. Troelstra wilde ons in 1903 het algemeen kiesrecht en het referendum bezorgen in ruil voor afschaffing van de Eerste Kamer. Marchant stelde in 1919 het actief vrouwenkiesrecht voor. Troelstra's voorstel haalde het niet – daarom bestaan wij nog steeds – maar het kiesrecht kwam er gelukkig toch. Het voorstel van Marchant haalde het wel, maar leidde na invoering in 1922 tot grote winst voor de protestantse en katho-

lieke partijen die zich juist tegen Marchants voorstel verzet hadden. Ik wil maar zeggen mevrouw Halsema, het kan verkeren met initiatiefvoorstellen om de Grondwet te wijzigen.

De heer Dölle staat overigens in mijn gezichtsveld.

De heer **Dölle** (CDA): U was zo mooi bezig, maar ik wilde zeggen: en toen werd Marchant ook nog katholiek.

De heer **Kox** (SP): Echt waar, het moet niet gekker worden. Ik moest even nadenken. Bij mevrouw Duthler sprak ik zojuist in voetbaltermen: met gestrekt been erin komen. Ik vind dat collega Dölle op zijn minst solliciteert naar een gele kaart, want hij maakt voortdurend bewegingen alsof hij gaat interrumperen, maar dan gaat hij weer terug en gaat hij weer zitten. Nu kwam hij met een interruptie die hij volgens mij niet eens bedoelde.

Wat ook het lot van het voorstel van mevrouw Halsema zal zijn, de complimenten zijn in ieder geval op zijn plaats voor de indienster van dit voorstel tot wijziging van artikel 120 van de Grondwet.

Artikel 120 van de Grondwet zegt tot nu toe dat de rechter niet treedt in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen. Als het voorstel de eindstreep haalt, mag de rechter daarna wetten van de Staten-Generaal wel toetsen aan een aantal regels van de Grondwet. Die betreffen vooral de klassieke grondrechten die de burger beschermen tegen de almacht van de Staat, plus een aantal andere regels waaronder artikel 1, het verbod op discriminatie, en de regels betreffende de verkiezingen van de Tweede Kamer, de Provinciale Staten en de gemeenteraden. Sociale grondrechten blijven buiten beschouwing, net als de rest van de Grondwet. Ik hoor de indienster graag nog even toelichten waarom zij voor die beperking gekozen heeft en niet voor het voorstel van mijn collega Jan de Wit aan de overkant om het toetsingsverbod in zijn geheel te schrappen. Dat zou ook een interessante mogelijkheid zijn.

Als dit voorstel wordt aangenomen, zal Thorbecke – wat verderop op de gemeentelijke begraafplaats – een zucht van verlichting slaken. Hij vond het al nergens op slaan dat de regering in 1848 buiten hem om het toetsingsverbod in "zijn" Grondwet invoegde. Zo stelt de wetgever zich boven de Grondwet, zei een boze Thorbecke in de toenmalige versie van Den Haag Vandaag. Die ingreep was voor hem als liberaal, die er juist alles aan gelegen was om de burger te beschermen tegen de macht van de Staat en al zijn organen, een doorn in het oog, zeg ik tegen de heer Rosenthal en mevrouw Duthler. Maar ondanks zijn fulmineren staat in de Grondwet sinds 1848 dat de wetten onschendbaar zijn.

De heer **Dölle** (CDA): Ik wil hierover toch nog even wat zeggen, ondanks de gele kaart. U zegt dat de regering het buiten Thorbecke om in de Grondwet zette, maar de Grondwet is indertijd aanvaard door een Kamer met een liberale meerderheid. Zo dramatisch als u het nu voorstelt, was het ook niet.

De heer **Kox** (SP): Nee, maar ik sprak ook niet over de liberale fractie die toen feitelijk niet eens bestond, maar ik sprak over Thorbecke en die was boos. Daarover zijn wij het toch wel eens.

## Kox

De heer **Dölle** (CDA): U zei bijvoorbeeld iets tegen de almacht van de Staat en u roept daarbij de hulp van een andere staatsmacht in, want de rechter is ook een staatsmacht. Daarvan wil ik niets zeggen, maar als u vervolgens ook nog een keer zegt dat de regering buiten Thorbecke om het toetsingsverbod in de Grondwet zette, gaat mij dat iets te ver. De toenmalige grondwetgever wilde dat zo.

De heer **Kox** (SP): Ik zei ook dat Thorbecke dat zei. Het is allemaal nog na te lezen, mevrouw de voorzitter. De heer Dölle is soms te gretig. Dat geeft niets, want dat verlevendigt het debat.

Ondanks het fulmineren van Thorbecke tegen de aantasting van "zijn" Grondwet, staat sinds 1848 in de Grondwet dat wetten onschendbaar zijn. Inmiddels luidt de formulering anders, maar de betekenis is hetzelfde gebleven. De kracht ervan echter niet. Sinds 1953 mag de rechter wetten toetsen aan die bepalingen van internationale verdragen die voor iedereen bindend zijn, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, zeg maar de enige echte Europese grondwet, waarin een groot aantal Europees bindende grondrechten staat die voor een groot deel gelijk opgaan met de klassieke grondrechten uit onze Grondwet. Hoewel uit de parlementaire behandeling blijkt dat destijds weinigen dachten dat het EVRM veel invloed in Nederland zou krijgen, is het tegendeel het geval gebleken. De rechter toetst veelvuldig wetten aan het EVRM, waarmee de onschendbaarheid van de wet, zoals geformuleerd in artikel 120 van de Grondwet, een fictie is geworden. Die onschendbaarheid was er niet voor de lagere wetgeving, want die wordt sinds jaar en dag door de rechter getoetst aan hogere wetgeving, waaronder de Grondwet.

Waarom is het toetsingsverbod niet eerder ingeperkt? Omdat de meerderheid van het parlement er tot nu toe de voorkeur aan gaf en geeft, de fictie van artikel 120 in stand te houden. Die suggereert ook dat als het eropaan komt de wetgever in dit land de baas is en niet de rechter. Dat standpunt wordt gelegitimeerd door degelijke democratische overwegingen, dat moet gezegd. De Staten-Generaal vertegenwoordigen immers volgens artikel 50 van de Grondwet het hele Nederlandse volk. Welke macht kan daar nu boven gaan? Mevrouw Duthler hoort dat ik goed naar haar heb geluisterd.

Bij nogal wat criticasters van deze opvatting kun je echter horen dat handhaving van artikel 120 in de huidige vorm niet de macht van het parlement beschermt, maar veeleer de macht van de regering, die het parlement steeds vaker vage wetten met ruime bevoegdheden voorlegt, bevoegdheden die daarna zonder rechterlijke tussenkomst en parlementaire bemoeienis door de regering te gebruiken zijn. Dat is voor de criticasters een extra reden om voor afschaffing of beperking van het toetsingsverbod te pleiten. Een van hen is professor Peters; dat treft. Hij stelde in zijn inaugurele rede in 2003 dat de parlementaire interpretatie van de Grondwet niet vrij van opportunisme is en dat daartegen toetsing door de rechter een goede waarborg zal zijn. Volgens professor Peters leidt het toetsingsverbod er ook toe dat rechters, de Hoge Raad inclusief, de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg, steeds meer beschouwen als maximumnormen en hun rechtspraak daarop aanpassen, terwijl het EVRM bedoeld was om minimumnormen vast te leggen voor de burgers van de Europese lidstaten.

Schrap het verbod en geef de rechter de ruimte om verder te gaan dan het Hof in Straatsburg, is zijn devies. Misschien kan mevrouw Halsema in haar antwoord aangeven hoe wij er voordeel van kunnen hebben als wij met een beperking van het toetsingsverbod meer ruimte creëren om onze eigen grondrechten tot volle waarde te laten komen. Daar kunnen wij veel mensen mee plezier maken, als ik goed geluisterd heb.

Professor Peters inspireerde Wouter Bos later dat jaar bij zijn Wittenberglezing in Monnickendam. Daar gaf Bos aan dat de PvdA inmiddels gedraaid was van tegenstander tot voorstander van beperking van het toetsingsverbod. Dat in navolging van Klaas de Vries, die tot dan toe een minderheid in zijn partij vertegenwoordigde met zijn pleidooien tegen het toetsingsverbod. Hoe de vlag er nu bij hangt, is de vraag, maar dat is wel vaker zo bij de PvdA. Dat houdt het debat ook spannend.

Mevrouw de voorzitter. Lang niet iedereen is ervan overtuigd dat opheffing van het toetsingsverbod in de praktijk iets zal betekenen. Tien jaar terug zei Frits Bolkestein in zijn Thorbeckelezing dat schrappen van het toetsingsverbod van marginale betekenis was.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Ik vind dat u het ook wel spannend maakt. U nam in het voorlopig verslag nog met grote zorg kennis van dit wetsvoorstel. Het werd gezien als een mogelijke breuk met het huidige functioneren van de parlementaire democratie. Ik kan zo nog even doorgaan, maar het is dus nog best spannend. Steunt de SP-fractie dit wetsvoorstel nu wel of niet? Ik ben benieuwd naar uw eindconclusie.

De heer **Kox** (SP): Ja, ik ook. Ik kan moeilijk zeggen dat ik benieuwd ben naar wat ik direct voorlees, want dat weet ik wel. Maar ik kan u zeggen dat het niet alleen aan de PvdA, het CDA of de VVD gegeven is om intensieve discussies over dit onderwerp te hebben. Dat staat u ons toch wel toe, denk ik? Wat de uitkomst ook zal zijn, dat neemt niet weg dat er inderdaad redenen tot zorg zijn. Dat is ook de reden waarom wij hier een zwaar debat aan wijden. Is dat voldoende?

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Voorlopig.

De heer **Kox** (SP): Zoals ik zei, Frits Bolkestein zei in zijn Thorbeckelezing dat het schrappen van het toetsingsverbod van marginale betekenis was. Dat lijkt de Eerste Kamerfractie van zijn partij hem vandaag na te zeggen, als zij vraagt voor welk probleem dit voorstel een oplossing zou zijn. Ik ben wel benieuwd hoe op de gemeentelijke begraafplaats gereageerd is op het verhaal van mevrouw Duthler, want ik kan mij toch voorstellen dat Thorbecke er nu echt van overtuigd is dat het afgelopen moet zijn dat de VVD zich voortdurend als erfgenaam van Thorbecke uitroept. Op dit punt zeker niet.

De CDA-fractie wil al helemaal niet af van het toetsingsverbod. Als de rechter mag gaan toetsen, komt volgens collega Dölle boven elke wet het zwaard van Damocles te hangen, zoals hij dit voorjaar in de Staatscourant uitlegde. Zoiets tast de rechtszekerheid aan en dat moeten wij dus maar beter niet doen, is zijn positie. Bij zijn vergelijking met het zwaard van Damocles denk ik: het zou ook iets anders kunnen zijn. Het zou ook de vangrail van Halsema kunnen zijn. In beide gevallen is er iets waar je tegenaan kunt lopen, maar in het eerste

## Kox

geval betekent het jouw einde en in het andere geval betekent het jouw redding.

Is dit een Schwalbe of niet van de heer Dölle?

De heer **Dölle** (CDA): Een vangrail, ja. Wat wij bedoelen met een vergelijking met het zwaard van Damocles moet niet dramatischer gemaakt worden dan het is. Wij bedoelden daarmee te zeggen dat grote delen van de wetgeving, de WWI, de WOM, de Vreemdelingenwet en andere regelgeving, onder omstandigheden broos kunnen worden vanwege de doorwerking van één casus. Als één student gelijk krijgt bij de Harmonisatiewet, krijgen alle studenten gelijk, om maar eens iets te noemen. Dat is een punt van zorg. Daarmee wordt het mogelijk gemaakt dat grote delen van de wetgeving onzeker worden. Dat is ernstiger dan dat er onzekerheid is over de gemeenteraadsverordening van Tilburg, van Groningen of over het besluit van de minister. Dat is veel sneller te repareren.

De heer **Kox** (SP): Ik ben blij dat de heer Dölle zegt dat de opmerking over het zwaard van Damocles wat zwaar aangezet was. Mijn alternatief van de vangrail van Halsema duidde erop dat door het invoegen van een beperkte toetsingsmogelijkheid, een wet die als zodanig goed is maar even ergens dreigt te ontsporen, gecorrigeerd kan worden. Dus als wij het daar een beetje over eens kunnen worden, kunnen wij vervolgens nog lekker doorsteggelen over de vraag of het een vangrail is die wij moeten aanleggen.

Voor de uitleg van dit wetsvoorstel, mocht het gepromoveerd worden tot wet, is belangrijk dat wij helder aangeven wat onze redenen zijn om tot beperking van het toetsingsverbod over te gaan en welke redenen wij niet hebben. Mijn fractie vindt niet dat wij de beperking van het toetsingsverbod moeten bepleiten met een verwijzing naar andere landen. De indienster doet dat wel maar dat had van ons niet gehoeven. Enerzijds zijn wij eigen baas en hebben wij weinig reden om op dit punt ontevreden te zijn over de gang van zaken in ons land. Anderzijds is er geen sprake van een zwart-witverhouding maar eerder van een scala aan grijstinten als wij de verschillende varianten inzake constitutionele toetsing vergelijken, zoals de heer Dölle uitlegde en dat is ook logisch. In alle democratische landen speelt de zorg over een juiste verhouding tussen rechtspreker en wetgever. Daarin zijn wij niet bijzonder, en daarom is onze regeling ook niet echt heel bijzonder en afwijkend. Wat vindt de indienster hiervan?

Wij vinden ook niet dat als onderbouwend argument gebruikt moet worden dat de rechter fouten van het parlement moet kunnen herstellen of, zoals door de indienster gezegd werd, de wetgever moet corrigeren of controleren. Wij mogen de rechter niet als excuustruus gebruiken. Als parlement moeten wij er zelf voor zorgen dat er zorgvuldig gekeken wordt naar de grondwettigheid van wetsvoorstellen. Dat doen wij vaak maar niet altijd goed genoeg. Ik wijs op de kritiek van mijn fractie op aannamen eind vorig jaar van twee wetsvoorstellen waarin straffen met terugwerkende kracht werden verzwakt. Wij vonden dat in strijd met artikel 16 van de Grondwet. Of recente en aanstaande voorstellen betreffende massale en langdurige dataregistratie zich verdragen met de geest van de artikelen 12 en 13 van onze Grondwet, valt volgens ons nog te bezien. Mijn collega Dölle meldde eerder dat het wetsvoorstel

dualisering gemeentebestuur wellicht schuurt met de grondwettelijke regel dat de gemeenteraad aan het hoofd van de gemeente staat. In al deze gevallen zou het parlement meer werk hebben kunnen maken – naar onze mening hebben moeten maken – van zijn taak tot constitutionele toetsing van wetsvoorstellen. Ik hoor graag de opvatting van de indienster en suggesties van haar kant hoe het parlement zijn werk beter zou kunnen doen. Kunnen wij wellicht op dit punt iets leren van andere parlementen? Tja, je vraagt maar eens wat aan mevrouw Halsema. Dan krijg je er misschien wel antwoord op. Wie weet! Het kan allemaal helpen en wij hebben gemerkt dat elke hulp in dit geval wenselijk is.

Als wij ons werk goed doen, zal de rechterlijke macht na invoering van een tweede lid in artikel 120 niet overbelast raken, denkt mijn fractie en dat is maar goed ook. Als wij slordig werk leveren of opportunisme toelaten als het om de grondrechten gaat, dan zullen wij door de rechter op de vingers worden getikt en zullen wij onszelf in ons hemd zetten. En dat moeten wij niet willen.

Als beperken van het toetsingsverbod ertoe leidt dat het parlement zichzelf scherper gaat houden, dan is dat mooi meegenomen. Maar de eigenlijke reden zou moeten zijn dat wij de burger betere bescherming bieden dan nu het geval is tegen wetten die door bepaalde ontwikkelingen na totstandkoming van een wet, tot ongewenste en niet billijke aantasting van fundamentele rechten van een of meer burgers in concrete gevallen leiden. Dan is een rechterlijke correctie via de toetsing aan onze eigen Grondwet welkom en wellicht ook wat eenvoudiger dan de toetsing aan het EVRM. Zo'n correctie kan ertoe leiden dat vervolgens de wetgever de wet aanpast, maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn. Dat is ter beoordeling aan de wetgever. In dat geval is er ook geen sprake van botsing van wetgever en rechter maar van samenspel, zoals het hoort in een democratische rechtsstaat, zoals de indienster ook uitlegt in de memorie van antwoord. Het mag duidelijk zijn dat rechterlijke toetsing niet mag leiden tot buiten werking stellen van een wet als zodanig. De wetgever blijft wat ons betreft over de wetten als zodanig gaan. Dat recht hoort in een democratie onvervreemdbaar bij het parlement. Het parlement heeft het eerste en het laatste woord, zoals mijn collega Rehwinkel terecht zegt. Wat dat betreft blijft er een duidelijk onderscheid met die landen waar een dergelijk gevolg van een toetsing wel mogelijk is. Die kant moeten wij in de toekomst niet op, omdat dan de kans dat de rechter gepolitiseerd raakt, zal toenemen. Ik ga ervan uit dat de indienster er precies zo over denkt? Vandaar ook dat wij het verstandig vinden van de initiatiefneemster dat er geen voornemen is om een speciaal constitutioneel hof in te stellen. Zij laat ons stelsel intact, zoals dat ook functioneert als het gaat om toetsing van wetten aan het EVRM.

Voorzitter. grondrechten heten niet voor niets zo.

De heer **Kox** (SP): Nee, want de wetgever is altijd bij machte om te zeggen: als de rechter er zo over denkt, dan passen wij de wetgeving op deze manier aan. De wetgever kan ook zeggen: wij vinden in dit geval dat de rechter een heel verstandige uitspraak doet, die wij ook zou bedoeld zouden hebben als wij het hadden geweten. Dit parlement blijft altijd bij machte en verplicht verantwoordelijk om de juiste wetten voor dit land te maken. Soms zal het parlement dat doen nadat de

## Kox

rechter heeft uitgesproken dat in een concreet geval de wet op een bepaalde manier uitgelegd moet worden, omdat die anders schuurt met een bepaling in een van de klassieke grondrechten. Dat samenspel vind ik geen tegenstelling tussen rechtspreker en wetgever.

De heer **Dölle** (CDA): De heer Kox is erg harmonieus.

De heer **Kox** (SP): Ik heb dat soms. Dat zijn van die avonden!

De heer **Dölle** (CDA): Maar het moet ook niet te gek worden, mijnheer Kox.

De heer **Kox** (SP): Ik had mevrouw Duthler voor mij, dus ik dacht: wij kunnen toch niet altijd even radicaal zijn!

De heer **Dölle** (CDA): De heer Kox zegt in feite: de wetgever blijft uiteindelijk de baas. De rechter kan zeggen dat wij artikel 10 in een bepaalde casus op deze manier dienen uit te leggen. Het gaat dan om een situatie die de wetgever had voorzien. De wetgever heeft een situatie voorzien en afgewogen, en de rechter zegt dat de wetgever dat verkeerd heeft gedaan, althans in de betrokken casus. De heer Kox zegt nu dat het parlement het laatste woord heeft, want dat kan op de uitspraak van de rechter reageren. Daaraan voorafgaand kan echter de vraag gesteld worden waar de rechter dat vandaan haalt.

De heer **Kox** (SP): De Grondwet zegt dat de rechter dat mag doen. Als de Grondwet dat zegt, dan mag de rechter dat doen. Ik weet dat deze kwestie al erg lang speelt tussen de heer Dölle en collega Engels. De heer Dölle heeft daar zelfs over gepubliceerd. In dat boek werden zij het al niet eens en dat zal wel zo blijven.

De heer **Dölle** (CDA): Ik zou de stellingname van de christendemocratie niet weg willen psychologiseren.

De heer **Kox** (SP): Er is geen haar op mijn hoofd die daar aan denkt.

De heer **Dölle** (CDA): U bent daar niet te beroerd voor, als het erop aankomt.

Ik wijs erop dat onze Tweede Kamerfractie hierover al een duidelijk standpunt heeft ingenomen. Wij zitten op één lijn.

De heer **Kox** (SP): Daar zeg ik helemaal niets over. Ik wil alleen zeggen dat de heer Dölle de zaak niet moet overdramatiseren. Het zwaard van Damocles heeft hij al iets gerelativeerd, maar als wij deze beperking van het toetsingsverbod opnemen, dan zal het echt geen filerijden voor de rechtbank worden. Dat zal echt alleszins meevallen. Tot op heden kunnen wij aardig goed omgaan met de uitspraken van de rechter waarin de EVRM wordt betrokken. Dat leidt niet tot grote chaos in ons rechtsstelsel en dat leidt niet tot overuren in het parlement. Ik vraag aan de CDA-fractie – en daarmee doe ik niets af aan de consistentie van het betoog van de heer Dölle – om de zaak iets te relativeren, iets minder spookbeelden op te roepen en iets meer de werkelijkheid onder ogen te zien.

De heer **Dölle** (CDA): Dit is zo langzamerhand een

therapeutische zitting. Wij roepen geen spookbeelden op. Ik heb zelfs aan het eind van mijn verhaal gezegd dat het hier vooral ook gaat om een politiek-cultureel symbolisch zeer belangrijk besluit. Natuurlijk komen er geen files voor de rechtbank. Natuurlijk zal het een tijd duren voordat wij echt botsingen zullen meemaken. Dat ben ik direct met de heer Kox eens. Er gebeurt hier echter iets als wij het wetsvoorstel aanvaardden. Wij aanvaardden als wetgever, zo hebben wij dat gezegd, het – hopelijk dan zachte – juk van de rechter.

De heer **Kox** (SP): Nu spreekt de heer Dölle weer over een juk. Het juk van de rechter.

De heer **Dölle** (CDA): Het zachte juk.

De heer **Kox** (SP): Ja, maar ik weet niet wat een zacht juk is. Dat moet de heer Dölle aan een os vragen, die kan het misschien uitleggen, maar volgens mij zal die os het niet eens zijn met de term "zacht juk". Het gaat erom dat wij ons niet moeten laten wijsmaken dat het een chaos is in landen waar wel constitutionele toetsing plaatsvindt. Als ik bij mij in de buurt bij Popel over de grens ga, dan kom ik nog steeds in een beschaafd land. Als ik bij Venlo over de grens ga, is daar ook niets aan de hand. Het is een keuze om een constitutionele toetsing in te voeren, maar ons land zal niet met grote drama's geconfronteerd zal worden als het voorstel van mevrouw Halsema wordt aangenomen.

De **voorzitter**: U kunt uw betoog vervolgen.

De heer **Kox** (SP): Ik was bezig te vertellen dat grondrechten niet voor niets zo heten. Zij zijn de wettelijke grond waarop de ordening van de samenleving steunt. Maar zij zijn niet onveranderlijk in omvang en betekenis. De grondrechten die in 1848 in de Grondwet van Thorbecke kwamen, golden niet voor de slaven die wij er toen op nahielden op de Antillen, in Suriname en in Indonesië. Die moesten nog vijftien jaar wachten voordat zij voor de wet van slaaf tot mens werden. Wij hoefden het desbetreffende grondwetsartikel niet te wijzigen, wij wijzigden slecht de interpretatie ervan. Er kunnen nieuwe grondrechten worden toegevoegd, zoals het beroemde artikel 1 uit 1983. Grondrechten ontwikkelen zich en dat is een goede zaak, omdat de samenleving zich ontwikkelt.

De heer **Dölle** (CDA): Die slavernij is een interessant punt, want het Amerikaans Hooggerechtshof hield de slavernij in stand in enkele uitspraken, maar in latere uitspraken niet meer. Daar ziet men het geweldig effect dat de rechterlijke toetsing van de Grondwet ook kan hebben.

De heer **Kox** (SP): Ik had al nooit de drang om mij verantwoordelijk te voelen voor wat er in Amerika besloten werd, maar wat er ooit door het Hooggerechtshof in Amerika besloten is over de slavernij, is voor mij echt geen enkele reden om van de zinnigheid van mijn argument af te wijken. Het grondrecht dat in de Grondwet van 1848 geformuleerd werd over bijvoorbeeld de gelijke bescherming van persoon en goed, gold niet voor alle mensen die toen nog slaaf en geen mens waren. Het artikel hebben wij gehandhaafd, de interpretatie van het artikel hebben wij laten ontwikkelen en dat is een goede zaak geweest.

## Kox

Het is in ons land aan het parlement gegeven om grondrechten te ontwikkelen. Dat is een zware verantwoordelijkheid voor ons parlementariërs en een goede reden voor onze kiezers om ons zeker op dit punt in de gaten te houden. Als wij dit wetsvoorstel aannemen – dat zullen wij nog maar eens moeten zien – wordt de rechter als bescheiden medeontwikkelaar van onze grondrechten toegevoegd. Dat is volgens mijn fractie alleszins redelijk. Mijn fractie staat daarom, alles afwegende, positief tegenover dit wetsvoorstel, als de indienster het met ons eens is dat wij haar voorstel moeten zien als een aanvulling op ons werk en niet als een uitholling ervan. Als de indienster het ook met ons eens is dat het parlement precies daarom na vandaag niet achterover kan leunen, maar juist meer werk moet maken van zijn eigen mogelijkheden tot optimale constitutionele toetsing van de wetsvoorstellen die hier worden voorgelegd, is er naar de mening van mijn fractie pas sprake van echte modernisering van ons staatsrecht. In dat geval is mijn partij daar natuurlijk voorstander van. Ik zie de antwoorden van de indienster van het wetsvoorstel met belangstelling tegemoet, evenals de reactie van de minister van Binnenlandse Zaken, want wij willen natuurlijk ook graag weten wat de regering, alles aanhorende, van dit initiatiefwetsvoorstel denkt.

□

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Voorzitter! De Tweede Kamer wordt wel eens verweten door de waan van de dag te worden geregeerd. Dit initiatiefwetsvoorstel laat zien dat er nog een andere realiteit is, of dat sommige wanen wel erg lang kunnen duren. Constitutionele toetsing is namelijk een onderwerp dat politici en staatsrechtgeleerden al ruim 150 jaar bezighoudt. Gedurende deze periode is het aantal voorstanders van een beperkte constitutionele toetsing gegroeid, van de relatief eenzame positie van Thorbecke naar meerderheden in staatscommissies, appelrechtshouders, adviesorganen en uiteindelijk ook een kabinet.

De verschuiving van argumenten hield gelijke tred met de verandering van omstandigheden in ons staatsbestel. De principiële vraag is in het parlement meermaals onderwerp van debat geweest, meestal op basis van een regeringsnota. Nog niet eerder echter is het debat zo diepgravend en uitputtend gevoerd in de Staten-Generaal, simpelweg omdat er nog geen wetsvoorstel voorlag. Ik vind het een grote verdienste van de initiatiefneemster dat zij deze principiële onbesliste kwestie heeft gegoten in een initiatiefvoorstel. Daarbij heeft zij zeer gestructureerd en omvattend de historische ontwikkeling en de argumenten in kaart gebracht. Zij dwingt het parlement hiermee alle argumenten onder ogen te zien en kleur te bekennen. Het debat is nog steeds actueel en levendig en het momentum om een keuze te maken, is hier.

Een citaat: "De Grondwet bevat de neerslag van historische verworvenheden en vormt de uitdrukking van continuïteit." Te denken valt aan het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van godsdienst, meningsuiting en onderwijs en het algemeen kiesrecht. Tegelijkertijd moet geconstateerd worden dat het symbolisch-inspirerende en het juridisch-normatieve gehalte van onze Grondwet beperkt is. De Grondwet wordt niet daadwerkelijk "gekend" en niet wezenlijk "gevoeld" als het juridische

basisdocument van de Nederlandse staat. Zij is niet – zoals de Constitution van de Verenigde Staten – de klarenstoot waarmee een nieuwe staat zijn juridische grondslag proclameert; zij is ook niet de proclamatie van fundamentele waarden die een bolwerk moeten opwerpen tegen een herhaling van eerdere omverwerping van de rechtsstaat, zoals het Duitse Grundgesetz. Zij is, anders dan deze "sterke" grondwetten, geen grondslag voor nationale trots en identificatie.

Tot zover de analyse die de Raad van State onlangs gaf op het voorstel herziening Grondwet. Het kabinet dat deze visie deelt, beoogt de Grondwet te versterken door de kennis van de Grondwet te bevorderen en door versterking van de symbolisch-inspirerende functie en het juridisch normatieve gehalte door middel van wijziging van de Grondwet.

De zwakke functie van de Grondwet wordt al langer als een probleem ervaren, maar het lijkt alleen maar nijpender te worden. De behoefte aan een nationaal anker doet zich immers des te meer voelen in de toenemende Europeanisering. Vertrouwen in de eigen identiteit verkleint de vrees om teloor te gaan in het grote geheel van culturen en normen. Ook in een multiculturele samenwerking heeft een herkenbaar normenkader een samenbindende functie die wij goed kunnen gebruiken.

Het initiatiefvoorstel heft gedeeltelijk de uitzonderingspositie van de Grondwet op en doet daarom meer recht aan de hoofdregel dat lagere normen aan hogere normen kunnen worden getoetst. De betreffende bepalingen van de Grondwet worden daarmee het normatieve toetsingskader voor alle nationale wet- en regelgeving. Met deze toegenomen individuele rechtsbescherming worden twee doelstellingen van het kabinet vervuld: de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet groeit, maar ook de symbolisch-inspirerende functie zal aan kracht winnen. Want doordat burgers voor de rechter een beroep op de grondrechten kunnen doen, zullen zij zich de Grondwet ook meer toe-eigenen en er zich ook meer mee identificeren. Een belangrijke voorwaarde om de Grondwet als inspiratiebron te laten dienen. En al is de Britse situatie een andere, "bringing the rights back home", zoals de Britten dat beoogden met de invoering van de Human Rights Act, is ook een cruciaal gevolg van onderliggend wetsvoorstel.

De grondwetsherziening in 1953, die onder andere rechterlijke toetsing van direct werkende verdragsbepalingen mogelijk maakte, heeft voor een keerpunt gezorgd in de discussie over constitutionele toetsing. Door deze grondwetsherziening heeft het belang van de mensenrechtenverdragen in de Nederlandse jurisprudentie een enorme vlucht genomen. Het is toe te juichen dat de rechters kunnen toetsen aan het EVRM, wij kunnen het ook niet meer anders voorstellen, maar de ongelijke posities van de Grondwet enerzijds en het EVRM anderzijds hebben twee gevolgen. Het EVRM vormt nu de belangrijkste mensenrechtelijke basis voor de rechtsbescherming van burgers in Nederland. Bij gebreke van een landelijk toetsingskader komen rechters immers meteen toe aan deze verdragsbepalingen. Anderen hebben hier ook de zorg uitgesproken dat dit zou kunnen betekenen dat het als maximum rechten wordt uitgelegd terwijl het ooit bedoeld is als minimum rechten. Het tweede is dat de nationale invulling van de klassieke grondrechten daarmee geheel wordt bepaald door jurisprudentie van het Hof in Straatsburg. En dat is, zoals



## Strik

ik juist aangaf, toch gek, omdat dit verdrag uitgaat van minimumnormen en het ruime formuleringen en beperkingsgronden kent omdat het tenslotte voor een scala van rechtssystemen aanvaardbaar moest zijn. Het andere spiegelbeeldige gevolg is dat de Grondwet geen enkele rol speelt bij de invulling van deze rechten. Door het achterwege blijven van de toetsing vindt er geen rechtsvorming plaats. De bepalingen staan er maar wat te staan en zonder gebruik verliezen ze hun betekenis en daar helpt geen Jip-en-Janneketaal aan. Daarmee missen wij een kans om ons eigen nationale niveau te ontwikkelen en om rechtsvorming te laten ontstaan ten aanzien van rechten waar het EVRM en andere verdragen niet in voorzien. Ik denk bijvoorbeeld aan de vrijheid van onderwijs, maar ook het verbod op preventieve censuur. Onze rechters zijn daar zeer wel toe in staat en kunnen op deze wijze de grondrechten tot leven brengen en bij hun belangenafweging antwoorden formuleren op maatschappelijke en soms ook technologische ontwikkelingen. Rechterlijke toetsing kan dus een belangrijke bijdrage leveren aan de rechtsbescherming van burgers, maar ook de betekenis van de Grondwet actueel houden. Dat doet uiteraard niets af aan de primaire verantwoordelijkheid van de wetgever om ervoor te zorgen dat alleen grondwettige wetten het licht zien.

De heer **Engels** (D66): Mevrouw de voorzitter. Ik heb nu een aantal keren voorbij horen komen de betekenis van de Grondwet en meer specifiek dat vooral ook de symbolische betekenis van de Grondwet zou kunnen stijgen als wij het pad van dit voorstel zouden opgaan. Daar heb ik twee vragen over. Hoe moet ik het nu eigenlijk zien dat de symbolische waarde van de Grondwet toeneemt als wij alleen maar de rechtsbeschermingswaarde verhogen? Wat betekent dat voor de juridisch-normatieve functie van de Grondwet als wij die vooral in de sleutel van symboliek, maatschappelijke cohesie en ander maatschappelijke functies gaan plaatsen? Gaan wij de Grondwet dan juist niet tekort doen?

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Ik denk dat die twee heel goed samengaan. Het kabinet zet met die herziening van de Grondwet nu een beetje in op louter vergroting van de symbolische waarde door de taal toegankelijker te maken en er eventueel een preambule aan vast te koppelen. Mijn betoog is dat juist door de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet te vergroten, door burgers de mogelijkheid te geven om er ook een beroep op te doen bij de toetsing van wetten in formele zin, je de inhoudelijke waarde, de substantiële waarde van de Grondwet ook groter maakt. Dat heeft meteen weer consequenties voor de symboliek van de Grondwet, de kracht van de Grondwet die burgers ook voelen als een soort anker. Het gaat leven, omdat mensen de Grondwet beter kennen, omdat ze haar kunnen gebruiken in procedures, omdat zij hun bescherming biedt. Het is dus niet of het een of het ander, zoals ik nu het idee heb dat het kabinet vooral inzet op het symbolische. Ik denk dat je door het een als vanzelf ook het andere versterkt.

Voorzitter. Het argument van anderhalve eeuw geleden tegen constitutionele toetsing kwam voort uit de toenmalige constellatie dat regering en Staten-Generaal praktisch helemaal uit juristen bestonden die naar eer en geweten wetsvoorstellen toetsten aan de Grondwet, nog niet gehinderd door fractiediscipline. Het kon niet anders

of gedurende een wetgevingsproces zouden alle aspecten met betrekking tot de grondwettigheid moeten zijn onderzocht en gewogen. Wat moest een eenzame rechter daar nu nog tegenin kunnen brengen? Kon die het beter weten? Hoewel dit een begrijpelijke houding is valt hier toch tegenin te brengen dat wij zelfs, al zouden wij 225 juristen in het parlement hebben, niet de uitwerking van een wet op verschillende individuen en omstandigheden zouden kunnen voorzien. En eigenlijk is dat maar goed ook, zou je kunnen zeggen, want wetten specifiek op een individueel geval gemaakt zijn slechte wetten en hoort de wetgever ook niet te maken. Dus hoe cruciaal de fase van wetgeving ook is, de check achteraf door een rechter die een rechtsbepaling toetst op een concreet geval vormt een onmisbare aanvulling op de taak van de wetgever.

De weerstand die nu nog vaak te horen is bij de wetgevende macht tegen constitutionele toetsing – ik hoor die ook vanavond – lijkt nu vooral voort te komen uit een angst dat de rechter zich te veel op het politieke vlak zou begeven. Het interpreteren van de algemene normen die grondrechten vaak zijn heeft onmiskenbaar politieke elementen in zich, zo is de gedachte. Uiteraard spelen in het wetgevingsproces politieke vragen een rol omdat er beleidsmatige keuzes worden gemaakt en doelen gesteld. Die ruimte heeft de politiek, maar dan uiteraard binnen de kaders van de grondrechten. Toch wil ik hier ook nog een relativerende opmerking maken over iets dat ik vanavond eigenlijk nog niet zo veel heb gehoord. In toenemende mate is onze wetgeving, ook onze wetgeving in formele zin, uit Brussel afkomstig. Daar is door de Raad van Ministers in Brussel over besloten en wij moeten de richtlijnen implementeren en de daarvoor nodige wetgeving behandelen. Vaak gaat het dan niet meer zozeer om uitvoerige politieke debatten of beleidsmatige keuzes die wij kunnen maken. Ook dan is het des te belangrijker dat er nog een toetsing aan de Grondwet plaatsvindt, zeker wanneer straks met gekwalificeerde meerderheid in de Raad wordt besloten en zelfs de regering niet kan voorkomen dat er tegen de Grondwet in wetten kunnen worden gemaakt.

De heer **Dölle** (CDA): Voor een goed begrip: bedoelt u dat wat door Europa wordt opgelegd en volgens de rechter in strijd is met onze Grondwet, niet van toepassing hoeft te zijn? Ik wijs op het conflict dat de Duitsers hebben met Europa. Bedoelt u dat?

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Ik zou niet graag willen dat een wet die in strijd is met onze Grondwet zomaar zijn beloop kan hebben omdat de regering zich daaraan in Brussel heeft geconformeerd. Ik vind het wel goed dat dan op nationaal niveau de toets kan plaatsvinden. Dat kan vervelende consequenties hebben, dat geef ik meteen toe. Dat zou als uiterste consequentie hebben dat de regering terug moet naar de onderhandelingstafel in Brussel. Het zij zo. Liever dat dan dat er strijdigheid bestaat met de Grondwet.

De heer **Dölle** (CDA): Als Europa tot ons komt in de vorm van verordeningen of anderszins, dan kunnen wij daaraan toch niet meer zoveel doen wegens strijdigheid met de Grondwet?

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): De heer Dölle noemt

## Strik

verordeningen. Ik spreek over richtlijnen die een staat echt moet omzetten. Dan spreek je over wetten in formele zin. Dan is het toch logisch dat die zich verhouden tot de Nederlandse Grondwet? In eerste instantie is het natuurlijk aan de regering om ervoor te waken dat dit ook gebeurt, dat de wet daarmee in lijn is. Maar als dat niet het geval is, terwijl het parlement buitenspel staat en geen politieke keuzen heeft kunnen maken, vind ik het goed dat op deze manier wel wordt getoetst of de wet zich met de Grondwet verhoudt, al zal dit terughoudend gebeuren.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Een richtlijn wordt geïmplementeerd in wetgeving. Bij die implementatie liggen er verschillende politieke keuzen voor. Die politieke afweging hoort mijns inziens dan ook in dit huis plaats te vinden en niet te worden doorgeschoven naar de rechter. Ik zie die politieke afweging, ook als het gaat om Europese richtlijnen, wel degelijk plaatsvinden.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Natuurlijk, bij de omzetting van richtlijnen heb je ruimte om iets meer te doen dan een richtlijn vraagt. Dan spelen de nationale koppen een rol. Maar een richtlijn legt ook bepaalde verplichtingen op, waar je niet altijd meer onderuit komt. Straks krijgen wij te maken met de Richtlijn Dataretentie, waarbij wij ons misschien heel veel vragen zullen stellen, terwijl wij toch verplicht zullen zijn een bepaalde bewaartermijn op te leggen.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Juist bij de vaststelling van die bewaartermijn doen zich politieke keuzen voor.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Absoluut.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Bewaren wij 3 maanden of 24 maanden? In het ene geval kunnen wij zeggen: het is proportioneel, wij voldoen aan het privacyrecht uit de Grondwet. Een rechter zal zeggen: ik vind toch niet dat het proportioneel is en daarom vind ik het in strijd met artikel 10 van de Grondwet.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Ja, dat ben ik helemaal met mevrouw Duthler eens, maar ik wilde even het onderscheid maken tussen wetten waarbij wij wel en niet louter en alleen de politieke beleidskeuzen hier kunnen maken. De fracties van VVD en CDA hebben vooral aangegeven die bevoegdheid te willen houden. Ik heb de relativering aangegeven dat het ook voor het parlement niet altijd mogelijk is bepaalde beleidskeuzen te maken, omdat die al elders, op een ander niveau, zijn gemaakt. Nu kom ik aan de rol van de rechter met betrekking tot die politieke keuzen.

Als de wetgever de politieke beleidskeuzen heeft gemaakt, is het dan niet juist de juridische toets van een rechter die burgers kan beschermen tegen de willekeur van een te politiek getinte interpretatie van deze grondrechten, bijvoorbeeld vanuit de wens bepaalde wetgeving tot stand te laten komen? Ook hier vullen de rollen elkaar weer aan. Er komen doorgaans namelijk helemaal geen wetten tot stand die een flagrante schending van de grondrechten opleveren. Mogelijke spanning van enkele wetsbepalingen met de Grondwet zitten praktisch altijd in de periferie, daar waar je verschillen van opvatting en weging kunt hebben. Die

weging kun je heel moeilijk in abstracto maken, maar alleen bij toetsing van een concreet geval.

Is niet juist daarvoor de onafhankelijke rechter, die boven de partijen staat en alle belangen zo zuiver mogelijk weegt, de meest aangewezen figuur? De rechter is geschoold en getraind in toetsing en belangenafweging en heeft geen ander belang en geen ander dan een juridisch argument en uitgangspunt. De traditionele terughoudendheid van de rechter zal ook niet worden opgeheven door dit wetsvoorstel, nu het slechts gedeeltelijk het toetsingsverbod opheft en nu de memorie van toelichting uitdrukkelijk vermeld dat uit deze opheffing niet volgt dat de rechter de wet aan ongeschreven fundamentele rechtsbeginselen mag toetsen. De memorie van toelichting vermeld sowieso dat de rechter terughoudend zal moeten blijven toetsen. Dus ook wat hier is gezegd en wat hier is geschreven in de wetgevingsstukken zal daartoe bijdragen.

Er is hier vaak gesproken over de vraag of de wetgever onfeilbaar zou zijn of de rechter feilbaar. Ik denk dat wij daarover niet op deze manier moeten spreken. Het gaat erom te waarborgen dat beide hun rol goed vervullen. Daarin zijn zij complementair. Je kunt nooit uitsluiten dat er fouten worden gemaakt. Juist daarom is het zo belangrijk die complementaire functie te kunnen vervullen.

De heer **Dölle** (CDA): Op het gevaar af in herhaling te vallen: over die complementaire functie bij zaken die niet voorzienbaar zijn, geven wij mevrouw Strik wat mij betreft gelijk. Dat is een kwestie die in Nederland overigens niet zoveel grote problemen hoeft op te leveren. Waarom het mij steeds weer gaat, ook bij de heer Kox, is de volgende vraag. Als de wetgever bij zijn afwegingen die leiden tot een bepaalde wet een situatie heeft voorzien, waarna de rechter in een concrete casus die dat realiseert, zegt: dat heeft u, wetgever, verkeerd of onvoldoende gezien, en hij stelt zijn oordeel daarvoor in de plaats. Vindt u dat goed? Zoals mevrouw Strik heeft gezegd, is hij anders dan de wetgever, misschien bovenpartijdig. Hij is erin getraind. Hij kan die afwegingen beter maken. Begrijp ik het zo goed?

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Ja, maar de heer Dölle spreekt vaak over een politieke weging. Dat is het lastige. Ik zie niet zo goed hoe de rechter die maakt. Ik zie rechters juridische beslissingen nemen. Ik zie hen juridische belangenafwegingen maken. Dat zijn sowieso per definitie al andere besluiten dan de politiek neemt. Bij de politiek kunnen wel andere elementen een rol spelen, bijvoorbeeld wat het doel van de wet is. Daartegenover staat de rechterlijke toets. Het is dus mogelijk dat de juridische toets beperkingen oplegt aan de politieke beleidsvrijheid die de wetgever zich wil permitteren. Dat is mogelijk. Dat is misschien het punt van de heer Dölle. Maar de Hoge Raad zal geen instructies geven aan de wetgever over de wijze van oplossing. Het EHRM doet dit wel, maar de Hoge Raad niet. De volgende stap is dus weer aan de wetgever. Die besluit over het wel of niet aanpassen van de wet. Het is dus niet zo dat de rechter volledig gaat treden in de rol van de wetgever. Het blijven twee verschillende verantwoordelijkheden.

De heer **Dölle** (CDA): Het concrete wetgevingsbevel geeft bijvoorbeeld de Afdeling bestuursrechtspraak wel, zie het

## Strik

kiesrecht van Nederlandse ingezetenen op de Antillen, om een punt te noemen. Voor het overige zullen wij afwachten hoe mevrouw Halsema en haar corona zullen uitleggen wat precies die kop op het verdrag is, wat die rechtmatigheidsargumenten zijn, de proportionaliteit, subsidiariteit enzovoorts. Daarnaar zij wij heel benieuwd.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Wij gaan er met belangstelling naar luisteren. Dit wetsvoorstel beoogt in onze ogen geen fundamentele verschuiving in de positie van de rechter, anders dan een limitatieve opsomming van een aantal grondwetsbepalingen waaraan straks de wet in formele zin mag worden getoetst. De rechter heeft ook geen oordeel over mogelijke strijdigheid van een wet met de Grondwet, maar over de toepassing van een bepaalde wet of een onderdeel daarvan in een concrete situatie. Is daar strijdigheid, dan blijven deze buiten toepassing. Zoals ik net al heb gezegd, is het dan aan de wetgever om daarop een antwoord te formuleren of vervolgstappen te zetten.

De heer Dölle noemde zojuist het voorbeeld van de arrondissementsrechter in Assen. Ik ga ervan uit dat er verder weinig gebeurt als er geen beroep wordt ingesteld en het blijft bij die arrondissementsrechter. Dan is er weinig kapot en is er weinig reden voor rechtsonzekerheid. Het moet vaker worden erkend en het moet zwaarwichtig genoeg zijn om in beroep te gaan. Als het blijft bij een uitspraak bij een kantonrechter, hoeft de wetgever daar naar mijn mening niets mee te doen. Dit terzijde.

De heer **Dölle** (CDA): Het gaat mij erom dat decentrale overheden die het oneens zijn met een bepaalde toepassing van de wet in een bepaalde situatie, er geen belang bij hebben om er tegen op te komen. Mijn vraag aan de indienst was hoe zij dit ziet.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Ik heb de indruk dat als het zo'n laag gewicht heeft, als er sprake is van zo'n laag belang, er dan niet iets op het spel staat. Maar laten wij inderdaad de antwoorden afwachten.

Dit wetsvoorstel zorgt dus voor meer checks and balances om onze wetgeving in overeenstemming te houden met de Grondwet zonder de rechter de plaats van de wetgever te laten innemen. Het biedt daarmee tevens een oplossing voor de gevallen die simpelweg niet waren of zijn te voorzien ten tijde van de behandeling van het wetsvoorstel. Het vormt dus een essentiële herstelbaarheid, een waarborg voor gevallen waarin toepassing van de wet een onvoorziene strijd met de Grondwet zou opleveren. Hoe zorgvuldiger de wetgever heeft stilgestaan bij de grondwettigheid van alle aspecten van een wet, hoe minder vaak de rechter bepalingen ook buiten toepassing zal moeten laten. Bovendien speelt het totstandkomingsproces van een wet een belangrijke rol bij de rechterlijke toetsing. Dus hoe explicieter de vragen over de grondwettigheid aan de orde zijn geweest en zijn beantwoord, hoe meer de rechter kan en zal rekening houden met de bedoeling en de interpretatie van de wetgever. Rechterlijke toetsing achteraf kan dus ook juist een extra prikkel zijn voor de wetgever om de toepassing van een wet zo grondig mogelijk te onderzoeken op grondwettigheid en om zijn toets van de wet aan de grondrechten ook zo expliciet mogelijk in de wetgevingsstukken te verwerken wat ook weer de rechtszekerheid ten goede komt.

In de literatuur en ook in de wetgevingsstukken is de vraag vaak opgeworpen of gespreide toetsing niet zou kunnen leiden tot rechtsonzekerheid op het moment dat de kantonrechter in Zutphen een wettelijke bepaling buiten toepassing heeft gelaten. Ik zie geen grond voor deze vrees. Ook nu ondervinden wij geen last van grote onzekerheden bij gespreide toetsing van lagere regelgeving of toetsing aan verdragen. De hoogste appelrechter zal ook bij de toetsing van wetten voorzien in rechtseenheid die overigens sneller wordt bereikt dan een uitspraak van het Hof in Straatsburg. De praktijk laat bovendien zien dat het rechterlijk systeem zo flexibel is dat een dergelijke rechtsvraag in appel doorgaans snel wordt behandeld. De rechtsonzekerheid hoeft daarom niet per se van lange duur te zijn en ook niet langer dan de duur van een prejudiciële vraag die door een constitutioneel hof zou moeten worden beantwoord. Bovendien zal die onzekerheid meestal ook een kleine groep justitiabellen betreffen, omdat de rechter alleen in een specifiek geval een wettelijke bepaling buiten toepassing heeft gelaten.

Twee aparte stelsels van toetsing, gespreide toetsing bij lagere wetgeving en bij toetsing aan verdragen enerzijds, en centrale toetsing bij wetten aan de Grondwet anderzijds, daar moeten wij toch niet aan denken. Ik hoor graag hoe de VVD-fractie hierover denkt. De vraag is toch welke bijzonderheid de toets van de toepassing van een wet in formele zin rechtvaardigt dat er een apart hof voor in het leven zou moeten worden geroepen. Voor elke rechter is toetsing business as usual. De praktijk laat bovendien zien dat constitutionele hoven juist eerder neigen tot politieke profilering en daarom sneller in het vaarwater van de bevoegdheden van het parlement zullen geraken.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Een kort antwoord. Mijn fractie volgt de redenering dat je in geval van een constitutionele toetsing niet ontkomt aan het maken van politieke afwegingen. Het feit dat de benoeming van de rechters van een hof, politieke benoemingen zijn, leidt ertoe dat het transparanter is. Daarom geven wij de voorkeur aan politieke benoemingen bij een hof.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Krijgt het constitutionele hof dan alleen de toetsing van wetten in formele zin en blijft de andere toetsing dan bij de andere rechters?

Mevrouw **Duthler** (VVD): De constitutionele toetsing zou alleen door een hof moeten worden uitgevoerd en niet door andere rechters.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Daarmee wordt de toetsing van lagere regelgeving aan de Grondwet dus weggehaald bij de gewone rechter en overgeheveld naar het constitutionele hof.

Mevrouw **Duthler** (VVD): U vroeg mij naar de redenering van de VVD-fractie voor een constitutioneel hof. Dit is de redenering.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Ik vroeg of het betekent dat u twee stelsels naast elkaar wil laten bestaan of dat alle toetsing naar het constitutionele hof wordt overgeheveld. Bij dat laatste denk ik aan de toetsing van lagere regelgeving aan de Grondwet en van wetten aan verdragen.

## Strik

Mevrouw **Duthler** (VVD): Dan komen wij weer terug bij uw argument dat een rechter lagere regelgeving wel aan de Grondwet mag toetsen. Mijn fractie benadrukt echter dat de procedure voor de toetsing van de totstandkoming van lagere regelgeving een andere is dan die voor formele wetgeving. Zoals de heer Dölle al zei, komt formele wetgeving altijd tot stand in een samenspel tussen de Staten-Generaal en de regering. Die procedure is veel zwaarder. Je kunt beide vormen van toetsing dan ook niet met elkaar vergelijken.

De **voorzitter**: Wij hebben morgen ook nog. Vervolgt u uw betoog.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Voorzitter. Het wetsvoorstel beperkt zich tot subjectieve rechten en laat de bepalingen die als algemene taakstelling kunnen worden beschouwd buiten beschouwing. In de literatuur, maar ook door verdragsstaten en toezichthoudende comités van verdragen worden sociale grondrechten steeds vaker gelijkwaardig geacht aan de klassieke grondrechten. Ook in de algemene politieke doelstellingen die aan overheden zijn gericht, zijn vaak nog elementen te halen die "justiciable" zijn en waar de rechter een beroep op kan doen. Zo is de gedachtegang.

De introductie van individueel klachtrecht, ook bij sociale grondrechten – ik denk aan het verdrag voor vrouwenrechten en binnenkort het internationaal verdrag inzake sociale, economische en culturele rechten – bevestigt deze tendens. Hoe kijkt de initiatiefnemer naar deze ontwikkeling? Zou dit ook consequenties moeten hebben voor de rechterlijke toetsing aan de algemeen taakstellende bepalingen van de Grondwet?

Daarnaast is er in de literatuur steeds meer draagvlak voor de benadering dat rechters niet alleen eenieder verbindende normen in verdragen moeten kunnen toetsen, maar dat ze sowieso gehouden zijn, de wet zo uit te leggen dat deze verdragsconform is. Rechters moeten in deze redenering actieve verdragsbepalingen toetsen, ook al zijn ze niet direct werkend. Zou deze laatste ontwikkeling ook haar neerslag kunnen hebben op de mogelijkheid van de nationale rechter om aan taakstellende bepalingen, de sociale grondrechten te toetsen, zelfs met een toetsingsverbod? Is de rechter niet al bevoegd om lagere regelgeving wel aan deze bepalingen te toetsen? Waarom acht de indiener het dan toch wenselijk om deze anomalie in stand te houden.

Mijn fractie complimenteert de initiatiefneemster met het feit dat ze al zo veel draagvlak heeft weten te vergaren dat dit gevoelige onderwerp aan de orde is gekomen in de Eerste Kamer. Het is nu aan de senaat om deze kleine stap te zetten die het mogelijk maakt om de toepassing van wetten, waarmee zij zelf heeft ingestemd, door de rechter te laten toetsen aan een aantal bepalingen van de Grondwet. Die stap is klein, omdat de rechter al zo vaak toetst aan de Grondwet en verdragen.

Door de toegenomen delegatie aan de lagere wetgever is de rechter nu al gehouden om tot toetsing over te gaan van normen die voorheen in de wet werden vastgelegd. Maar niettemin is het wetsvoorstel een stap in de richting van completere rechtsbescherming en mijn fractie juicht dat toe, omdat de rechter en de wetgever complementair zijn, omdat de toepassing van de wet niet in alle gevallen voorziene effecten heeft en omdat wij burgers in dergelijke gevallen niet met lege handen willen laten staan.

Mijn fractie hecht eraan dat de subjectieve rechten de plaats krijgen in het rechtssysteem die ze verdienen, namelijk als toetsingskader voor alle nationale wet- en regelgeving. Zodra burgers een beroep kunnen doen op de Grondwet, is die ook hun anker en zullen zij zich de klassieke grondrechten eigen maken. Het emancipeert hen van de wetgever, die nooit kan uitsluiten dat zelfs in een systeem van evenredige vertegenwoordiging de belangen van een minderheid in de verdrukking raken. Met de aanneming van dit voorstel kunnen wetgevers, burgers en rechters gezamenlijk de Grondwet tot een "living instrument" maken. En dat is een door de coalitie begeerde doelstelling.

De beraadslaging wordt geschorst.

Sluiting 23.12 uur