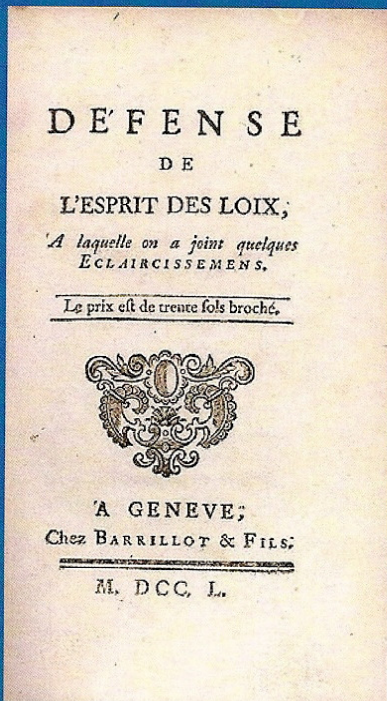


De scheiding der machten en waarom de rechter wetten moet kunnen toetsen aan de Grondwet



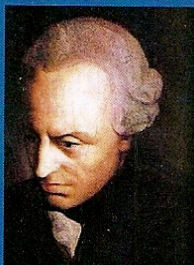
Een aantal juridische beschouwingen naar aanleiding van het initiatief-wetsvoorstel van het lid van de Tweede Kamer Femke Halsema

GENOOTSCHAP TRIAS POLITICA

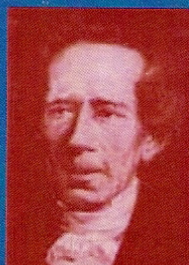
Huib Ghijsen - Jos Immink - Hans Lander - Hans Lodewijks
Middelburg, 30 september 2009



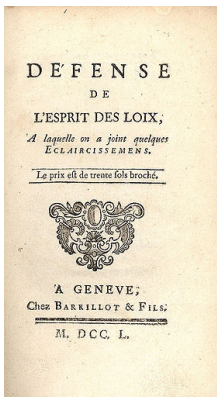
Montesquieu



Kant



Thorbecke

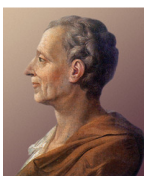


De scheiding der machten en waarom de rechter wetten moet kunnen toetsen aan de Grondwet

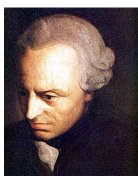
Een aantal juridische beschouwingen naar aanleiding van het initiatief-wetsvoorstel van het lid van de Tweede Kamer Femke Halsema

GENOOTSCHAP TRIAS POLITICA

Huib Ghijsen - Jos Immink - Hans Lander - Hans Lodewijks
Middelburg, 30 september 2009



Montesquieu



Kant



Thorbecke

© 2009, 'De scheiding der machten en waarom de rechter wetten moet kunnen toetsen aan de Grondwet..'
Huib Ghijsen- Jos Immink- Hans Lander- Hans Lodewijks
triaspolitica@zeelandnet.nl
ISBN/NEAN 978-90-9024756-4

Alle rechten voorbehouden, Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt in enige vorm of op enige wijze, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever,

INHOUD

1, Inleiding	
De rechter moet wetten kunnen toetsen aan de Grondwet	
Een tikje op de schouder	3
2. De klassieke grondrechten	6
3. Trias politica	
Wetgevende macht	
Uitvoerende macht	
Rechterlijke macht	
4. Toetsing van wetten aan de Grondwet	
Initiatief voorstel van wet van Halsema	
5. Staat de rechtstaat Nederland nog recht ?	
Stellingen	
Bijlagen	
Bijlage 1 Voorstel van wet van Halsema Kamerstukken	
Bijlage 2 Begrippen	
Bijlage 3 De politie is je beste vriend	

1. Inleiding

De rechter moet wetten kunnen toetsen aan de grondwet

Een tikje op de schouder



Een tikje op de schouder.
“Mijnheer, ik ben van de politie.
Wilt u alstublieft met mij
meekomen?” “Op de vraag
“waarom” kwam geen antwoord.
“Meekomen!” snauwde de agent
in burger of wat deze persoon
ook mocht zijn. Een tweede
functionaris voegde zich bij

Veldwachter Muskes in Wouw 1918

hem en duwde een hard voorwerp in de rug van de aangehoudene. “Snel”, beval hij, “doorlopen en je mond houden!” Een paar meter verder stond een onopvallend personenbusje. De aangehoudene werd daarin geduwd.

Zo begon het. Inmiddels zat hij al twee maanden in een politiecel. Waarom wist hij nog steeds niet. Een verzoek om een advocaat was zonder enige reden afgewezen. Ook zijn dossier, zo dat er al was, mocht hij niet inzien. Een vriendelijke agent zei hem terloops, dat er “aanwijzingen” waren dat hij betrokken zou zijn bij een mogelijke voorbereiding van een terroristisch misdrijf. Volgens een nieuwe wet mocht hij daarom voorlopig worden vastgehouden. En dat kon wel meer dan twee jaar duren.

“Maar de grondwet dan? Mocht dat dan zo maar? Was die wet niet in strijd met de grondwet?”

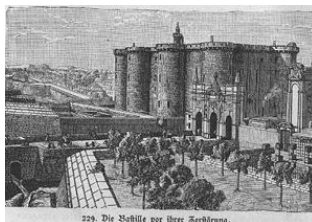
“Zou wel kunnen”, zei dezelfde vriendelijke agent, “maar de wet is aangenomen en de wetgever is de enige die daar over gaat.”

“En de rechter dan? Vindt die dat wel goed? Die wet lijkt me in strijd met de grondwet!”

“Daarover heeft de rechter niets te vertellen, die gaat er niet over of een wet in strijd is met de grondwet” antwoordde de politieman onverstoort.

En zo bleef de burger nog een aantal weken in de cel. Tot bleek dat hij echt niets met terrorisme, een dreigend terroristisch misdrijf of zelfs maar met een vage voorbereiding daarvan te maken had.

Wat nou precies de reden tot verdenking was geweest of wie hem beschuldigd had, kwam hij niet te weten. De wet die zijn aanhouding en vasthouding mogelijk had gemaakt bleef echter bestaan. Het doet een beetje denken aan de “lettres de cachet”, de anonieme aanklachten waardoor iemand in het Frankrijk van de 18e eeuw in de Bastille kon worden opgesloten. Maar het zou vandaag aan de dag in ons vrijheidslievende en democratische Nederland kunnen gebeuren.



Het Nieuw Sartrians Genootschap wilde een openbaar debat organiseren over de oorlog in Irak en de Amerikaanse acties in Iran. Een zaal hiervoor was al besproken, de bekendmaking nog net niet gepubliceerd, toen er een telefoontje kwam van het plaatselijke politiebureau.

“We moeten u mededelen, dat uw bijeenkomst niet door mag gaan. Het is in strijd met de wet tegen het terrorisme om een dergelijke bijeenkomst te houden.”

“Maar de grondwet geeft ons toch vrijheid van meningsuiting en van vergadering? Een dergelijke wet is toch in strijd met de grondwet? “

“Dat kan uw mening wel zijn, maar de wetgever heeft er anders over gedacht en die gaat er over”.

“Dan ga ik naar de rechter!”

“Die heeft er niets over te zeggen, want de wetten zijn onschendbaar”.

Ook dit voorbeeld is niet geheel denkbeeldig en kan vandaag aan de dag in Nederland voorkomen. In beide voorbeelden staat centraal dat de rechter niet de bevoegdheid heeft om een wet te toetsen aan de grondwet. Wij vinden dat niet terecht. In vele andere landen, onder

andere in de Verenigde Staten van Amerika, kan dat wel. Terecht, want ook een wetgever kan fouten maken.



Gerechtigheid Lucas Cranach ca 1537

Daarom pleiten wij ervoor dat de rechter de bevoegdheid krijgt om wetten te toetsen aan de grondwet. En voor steun aan het wetsontwerp dat inmiddels in eerste lezing door de Tweede en Eerste Kamer is

aangenomen. In deze brochure gaan wij hier nader op in. Daarbij besteden wij ook aandacht aan de Trias politica, de leer van de verdeling van de staatsmachten. In die leer houden de wetgevende, de uitvoerende en de rechtsprekende macht elkaar in evenwicht, controleren en begrenzen zij de werking van elk van deze machten afzonderlijk. Ter bevordering van de veiligheid en de vrijheid van de individuele burger.

Anders dan sommigen weleens schijnen te denken: De trias politica is nog steeds van waarde en blijkt zeker in de huidige tijd van onvervangbaar grote waarde. Tegen die achtergrond achten wij ook de toetsing van wetten aan de Grondwet, in het bijzonder aan de klassieke grondrechten, de vrijheidsrechten, van groot belang. Een initiatief-voorstel van wet om die toetsing mogelijk te maken is in eerste lezing door de Eerste en Tweede Kamer aangenomen. In tweede lezing zullen beide Kamers dat voorstel met een tweederde meerderheid moeten aannemen. Of dat ook gebeurt is nog lang niet zeker. Daarom deze korte brochure, daarom dit pleidooi.

2. KLASSIEKE GRONDRECHTEN

In de vroege middeleeuwen was de machtendeling in Europa heel duidelijk: vorst en geestelijke hadden alle macht en deze werd heel eerlijk tussen hen gedeeld. De burger was min of meer een lijfeigene van de (land)adel en was absoluut afhankelijk van de kerk met alle daaraan verbonden leefregels. Voor de adel moest hij, meestal voor niets, heel hard en lang werken en door de geestelijkheid kon hij, in voorkomend geval als boetedoening zo maar op bedevaart worden gestuurd naar bijvoorbeeld Santiago de Compostela, een reis van ongeveer een jaar. Langzaam maar zeker gingen de burgers er toe over dit juk af te werpen.



Magna Carta

Vooral in landen met een sterk centraal gezag dwongen de onderdanen bepaalde rechten af. Als voorbeeld kan men Engeland noemen waar in de Magna Charta (1215) en in de Habeas Corpus Act (1679) verschillende grondrechten werden vastgelegd. Typisch Engels is het dat men het hierna nooit meer nodig heeft gevonden een geschreven grondwet te ontwerpen. In de 18^e eeuw

begon de rest van de Westelijke wereld zich te roeren. Terwijl in Europa de (rechts)filosofen zich nadrukkelijk gingen bemoeien met de verhoudingen tussen de Staat en haar onderdanen, kondigden de Verenigde Staten van Amerika hun Unanimous Declaration of Independence af (1776). Deze geschreven grondwet zou als voorbeeld gaan dienen voor vele andere Staten.

De Fransen kwamen met hun Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. De Bataafsche republiek (De Nederlanden dus) volgden met de "Burgerlijke en Staatkundige Grondregels" in de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk (1798).

Grondrechten zijn gebaseerd op de gedachte dat er bepaalde gebieden moeten zijn waar eenieder vrij is om te doen of te laten wat hem goed dunkt, zonder in conflict te komen met de overheid. Men dacht in de 18^e eeuw dat dit ideaal gerealiseerd kon worden als de overheid geen afbreuk zou kunnen doen aan de



Déclaration des droits de l'homme Akte van Lodewijk XVI

individuele vrijheid en als ieders gelijkheid voor de wet gewaarborgd was. Men zou dus kunnen stellen dat dit een negatief vrijheidsidee is. De machtsuitoefening van de Staat wordt immers beperkt door ze te binden aan door de volksvertegenwoordiging vastgestelde wetten. De macht van de overheid, het bestuur, de rechter en vooral de wetgever dient te worden beteugeld.

We noemen de regels die op dat beginsel zijn gebaseerd "klassieke" grondrechten, ze bevatten de rechten van de burger op overheidsonthouding, die hij daadwerkelijk bij de rechter kan afdwingen.

De klassieke grondrechten, zoals gelijkheid, vrijheid van meningsuiting, het recht van vergadering etc. bleken echter in de praktijk van de 19^e eeuw tekort te schieten. In die tijd begon in Europa de industriële revolutie en ontstond er een nieuwe ongelijkheid, een economische. Machtige industriëlen contra onmachtige arbeiders. De vergelijking met de vroege middeleeuwen dringt zich op. De negatieve vrijheid voor de burger, de grenzen aan de overheidsmacht, boden geen soelaas om deze machtsongelijkheid in te dammen. In de nieuw ontstane werkelijkheid moest de overheid juist wel ingrijpen en de zwakkere partij beschermen door wetgeving. Het “Kinderwetje van Van Houten” (1874) is hier een voorbeeld van. Niet alleen de bescherming van de zwakkere, ook de ontplooiing van de grote massa werd onderdeel van overheidsbemoediging. Dit overheidsoptreden noemen we positieve vrijheid (zorgplicht) en krijgt zijn neerslag in de sociale grondrechten.

Samengevat kun je stellen dat grondrechten in rechtsregels zijn geformuleerd, bijvoorbeeld in de Grondwet of in verdragen en dat ze drie belangrijke functies hebben:

1. afweerfunctie, bijvoorbeeld artikel 7 Grondwet; de vrijheid van meningsuiting
2. democratische functie, bijvoorbeeld artikel 9 Grondwet; vrijheid van vergadering
3. presterende functie, bijvoorbeeld artikel 19 Grondwet; het bevorderen van voldoende werkgelegenheid

3. TRIAS POLITICA

De trias wat ?

De trias politica !

Het gaat om de vrijheid, stupid...

De scheiding der machten nader bekeken.

In april 2003 werd door de rechtbank het vonnis uitgesproken over Volkert van der G, de moordenaar van Pim Fortuyn. Het vonnis leidde tot veel verontwaardiging, ook bij minister Remkes van Binnenlandse Zaken. Deze had zich verbaasd over de in zijn ogen te lage straf. Het vonnis zou hem geïnspireerd hebben door te gaan met de discussie over strafverzwaring. De reacties op de uitspraak van de minister lieten niet op zich wachten. Kende de minister zijn plaats wel? Had hij weleens gehoord over de scheiding der machten? Het programma OVT van de VPRO wijdde er een uitzending aan. In die uitzending zette de Leidse hoogleraar staatsrecht Elias nog eens het belang uiteen van de scheiding der machten, de trias politica. Voor ons ook aanleiding om daaraan nog eens wat aandacht te schenken.

Wat is dat eigenlijk, de scheiding der machten?



Montesquieu

Montesquieu

De trias politica, de leer van de scheiding der machten, is beschreven door de Franse filosoof en staatsrechtgeleerde Charles de Montesquieu (1689-1755). In zijn werk uit 1748 L'Esprit des Lois onderscheidde hij drie belangrijke machten in een staat: de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de

rechterlijke macht. Deze machten zouden onafhankelijk van elkaar moeten worden uitgeoefend en elkaar in evenwicht moeten houden. In een goed politiek systeem zouden ze van elkaar gescheiden moeten zijn, zowel wat de instituties als de personen betreft. De kern van de leer van Montesquieu, de trias politica is dat



Thorbecke

de drie machten elkaar controleren en een concentratie van deze machten tegengaan. Machtconcentratie zou vaak kunnen leiden tot machtsmisbruik, zelfs tot een dictatuur of tirannie. Nou was er in 2003 natuurlijk niemand die minister Remkes er ook maar in het geringst van zou verdenken een dictatuur of een tirannie na te streven. Het was juist een van zijn politieke voorgangers, de liberaal Thorbecke, die de scheiding der machten in de 19e eeuw in Nederlandse grondwet verankerde, zij het dan niet zo absoluut als in de leer van Montesquieu was bedoeld. Eerder was de scheiding van de machten al opgenomen in de staatsregelingen van 1798 (Bataafsche Republiek) en in de volgende grondwetten. Remkes werd weliswaar niet gewantrouwd, maar toch op zijn vingers getikt. Dat lijkt terecht, want in de geschiedenis zijn er genoeg voorbeelden van schending van de leer van de scheiding der machten die tot groot onheil hebben geleid. Denk maar aan het Duitsland onder Hitler en de vele schijnprocessen, zoals het proces tegen Van der Lubbe na de brandstichting van de Rijksdag. Of aan de showprocessen in Rusland onder Stalin. Bedenklijk ook is de inperking van allerlei vrijheidsrechten na 9/11, zowel in Amerika als in andere westerse landen.

We zijn als samenleving dus nog steeds op onze hoede voor een schending van de trias politica. De schending van die beginselen raakt direct aan onze vrijheid, aan de vrijheid van de burger. De staat kan een bedreiging voor

die vrijheid zijn als zijn macht niet in toom wordt gehouden. Daarom moet de vrijheid van het individu beschermd worden. Of, zoals Montesquieu het formuleerde

“De politieke vrijheid die een burger ervaart is het vertrouwen dat ertoe leidt dat iedereen zich veilig voelt; voor deze vrijheid is het van belang dat de regering zodanig is dat een burger geen andere burger hoeft te vrezen.”

En denkt u dan eens aan de “lettres de cachet” in het Frankrijk van voor de revolutie of aan de beknotting van de vrijheid in de Sowjet-Unie, in de Oosteuropese landen of in andere dictaturen, zoals onder Saddam Hoessein of in sommige Aziatische landen. Zoals in China. Hoe zou het in die landen geweest zijn of nu zijn onder de toepassing van de trias politica? Hoe zou het Rusland zijn vergaan als in 1825 de opstand van de decabristen tegen het totalitaire bewind van de tsaar was geslaagd?

Montesquieu was duidelijk:

“Als in dezelfde persoon of in dezelfde institutie de wetgevende macht verenigd is met de uitvoerende macht, is er geen vrijheid; omdat men dan moet vrezen dat dezelfde monarch of dezelfde senaat slechts tirannieke wetten maakt om ze ook op tirannieke wijze uit te voeren.”

Montesquieu constateerde dat van een scheiding van machten in zijn tijd zeker geen sprake was in Turkije en in Italië. We hebben het dus over zijn waarneming in zijn tijd.....

Hoe zou hij hebben geoordeeld over de beknotting van vrijheidsrechten die we in het bijzonder in Amerika en in Engeland hebben gezien in het kader van de strijd tegen het terrorisme?

Hoe zou hij hebben geoordeeld over een aantal wettelijke maatregelen in Nederland?

De trias politica in Nederland.

In Nederland beroemen wij ons er graag op dat wij de scheiding der machten hebben en respecteren. Sinds de staatsregeling van de Bataafsche Republiek in 1798 is in de opvolgende grondwetten de scheiding der machten inderdaad



opgenomen. De vraag is echter gewettigd of die scheiding inderdaad wel zo zuiver is doorgevoerd als door Montesquieu beoogd. Het antwoord moet helaas ontkennend zijn. Zo wordt de wetgevende macht uitgeoefend door de regering (uitvoerende macht) en het parlement (de controlerende macht). In de leer van de trias politica zouden deze machten apart moeten worden uitgeoefend. Een inbreuk op de zuivere scheiding vinden we ook in de rechtsprekende functie van de Raad van State. Vraagtekens kunnen ook gezet worden bij de verkiezing van rechters tot lid van het parlement, zoals enige tijd geleden Boris Dittrich en Aleid Wolfsen. Een gebrek aan respect voor de scheiding der machten bleek ook uit commentaren van leden van de Tweede Kamer over nog lopende rechtszaken of, nog erger, hun demonstratieve aanwezigheid in rechtszalen of bij

demonstraties tijdens of voor de behandeling van een rechtszaak.

Een andere bedreiging van de scheiding der machten is het populisme en de wijze waarop dat vaak door opiniepeilingen gevoed wordt. Dit laatste verschijnsel lijkt steeds vaker tot de vraag te kunnen leiden of een politicus of een groep politici op grond van rationele argumenten en een zuivere afweging van politieke beginselen of op basis van de laatste polls tot standpunten komen. Zeker op het terrein van het strafrecht lijkt enige vrees voor een vermindering van respect voor de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht niet ongegrond.

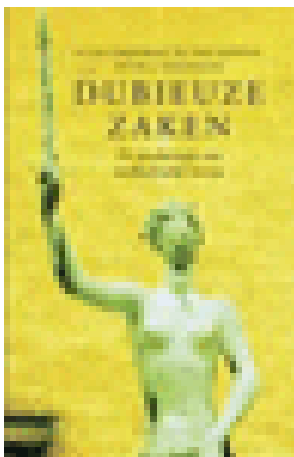
Een voorbeeld van het in de zuiverheid van de leer ongewenst te achten samengaan is dat van de uitvoerende en controlerende macht. Wij zien dat nu in het overleg tussen regering en regeringsfracties in het parlement over de aanpak van de economische crisis. In het vervolg daarvan kunnen we ook een vermenging van de wetgevende en de controlerende macht verwachten als genoemd overleg en de daarbij ontstane consensus (als die er komt....) leidt tot wetgeving. Niet uitgesloten is dat de andere dan de regeringspartijen daarbij door een meer of minder grote meerderheid van de regeringscoalitie buiten spel worden gezet. Niet alleen lijkt daardoor het dualisme, zo dat ooit bestaan heeft, definitief ten grave te worden gedragen, het kan ook de vraag oproepen wie de aldus tot stand gekomen wetten toetst aan de grondwet. Zeker nu de onafhankelijke rechter die bevoegdheid (nog) niet heeft.

Zijn de machten nog competent in hun functioneren?

In de tijd van Montesquieu was de samenleving, ook in het verband van de staat, eenvoudiger en overzichtelijker dan nu. Met het ingewikkelder worden van de

maatschappelijke verbanden en processen lijkt de vraag gewettigd of de drie te onderscheiden machten elk nog voldoende in staat zijn om steeds geloofwaardig te functioneren. Het risico bestaat dat zij in hun separate zwakte steun zoeken bij elkaar en in een vermenging van hun machten en invloedssferen. Enige recente voorbeelden in zowel de huidige politieke uitvoerende en controlerende macht als van de uitvoerende en wetgevende macht duidde ik hierboven al. Op het terrein van de rechtspraak noemde ik reeds de Raad van State en de neiging van politici, leden van de uitvoerende en wetgevende macht, om vrijelijk zich op te stellen tegenover de onafhankelijke rechters. Dat zij in het geval van hun onwelgevallige vonnissen openlijk aankondigen te streven naar maatregelen tot verzwaring van de straffen, is daarbij al lang geen uitzondering meer. Het besef dat door deze vermenging van de machten en verantwoordelijkheden wordt geknaagd aan de wortels van de trias politica en daarmee aan de waarborgen voor de vrijheid van de burger lijkt bij sommigen nauwelijks meer aanwezig.

Mag je dan geen kritisch oordeel meer hebben?



Het zou in strijd zijn met de vrijheid van de burger, ook van de politicus, om niet het recht op kritiek te hebben. Is niet juist de onbevreesde kritiek de balsem voor de vrijheid? Kan niet juist de kritiek het vermogen tot competent functioneren van de machten vergroten? Natuurlijk, maar die kritiek mag niet voorbijgaan aan het grote belang van de scheiding der machten. Bestuurlijke corruptie, nepotisme en concentratie van

de machten dient te worden gesignaleerd en bestreden. Eveneens de onbekwaamheid om een van de machten zuiver en competent uit te oefenen

De zuiverheid en zorgvuldigheid van wetgeving moet boven partijpolitieke belangen op de korte termijn staan. Op schending van de grondwet in wetten moet een toetsing door de onafhankelijke rechter mogelijk zijn. Niet slechts door een select groepje van rechters, maar door elke rechter. Falen van de rechterlijke macht moet eveneens gecorrigeerd kunnen worden. Door andere



rechters, maar in het geval van de bescherming van de rechterlijke groep van binnenuit ook door toetsers van buiten de rechterlijke macht. Juist, omdat in de laatste jaren een groot aantal gevallen naar buiten is gekomen van het falen van de rechterlijke macht, zowel de staande als de zittende magistratuur, dienen middelen tot een onafhankelijk ingrijpen van buiten die macht mogelijk gemaakt te worden. Gebleken is dat de rechters wel onafhankelijk, maar niet onfeilbaar zijn. Een dergelijke mogelijkheid tot correctie moet echter wel uitgaan van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht van de andere te onderscheiden machten. Het grote belang van de vrijheid van de burger vereist een grote zorgvuldigheid en een zuiverheid van oordelen. Aan die eisen te voldoen is niet eenvoudig. De uitdaging tot verbetering echter de moeite waard.

Samenvattend

Samenvattend: er zijn gegronde redenen om de werking van de scheiding der machten in de westerse samenleving en zeker ook in Nederland kritisch onder de loupe te nemen. Daarbij dient gekeken te worden naar een werkelijke scheiding van die machten en het

tegengaan van misbruik van macht. De functie van controle dient daarbij een centrale plaats in te nemen ten aanzien van elke macht die wordt uitgeoefend. Het parlement moet de uitvoerende macht controleren, de rechter de wetgevende macht, een onafhankelijk toetsingsorgaan de rechterlijke macht.

In weinig woorden is daarmee een grootse taak geschetst. Een taak die begint met het kritisch evalueren van de wijze waarop en door wie de verschillende machten nu worden uitgeoefend. Uitgangspunt zal daarbij moeten zijn het handhaven van de scheiding der machten en het versterken van de waarborgen die uit het zuiver en competent uitvoeren van elk van die machten voortvloeit. Het gaat om de vrijheid !

DE WETGEVENDE MACHT

Vraagtekens bij het functioneren van de wetgevende macht

“De vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk” lezen we ietwat plechtig in onze grondwet. In gewoon Nederlands betekent dit dat de regering en het



parlement samen de wetten maken. Waar de uitvoerende macht is opgedragen aan de regering, stellen we hier een niet onbelangrijke vermenging van de uitvoerende en de wetgevende macht vast. Op zich lijkt dat ook het meest praktisch en op de keper beschouwd ook niet echt in strijd met de trias politica van Montesquieu, hooguit met de mythe van de theorie van de zuivere scheiding der machten. De bevoegdheid tot wetgeving in gezamenlijkheid wordt daarbij nog eens benadrukt door de toekenning aan een of meer leden van de Tweede Kamer van het recht om een voorstel van wet in te dienen en te verdedigen. Het initiatief tot een wet kan dus, behalve van de regering, ook vanuit de Tweede Kamer komen. Aan de Eerste Kamer is met name de functie van revisie, van het nog eens kritisch wegen van een voorliggend wetsvoorstel, toegedacht.

Op zich lijken er tegen deze constructie van de wetgevende macht weinig bezwaren aan te voeren. Het zou immers wat merkwaardig zijn als de Tweede Kamer, gebruik makend van haar recht tot initiatief, geheel op eigen houtje wetten zou gaan maken die de regering dan maar zou moeten uitvoeren. Zou dat al zo zijn, dan zou over de praktische uitvoerbaarheid van zo'n wetsvoorstel

toch op zijn minst een goed overleg tussen regering en parlement wenselijk zijn. Feitelijk zou je dan op hetzelfde uitkomen als nu in de grondwet is geregeld.

Toch zijn er in de praktijk bezwaren aan te voeren tegen de wijze waarop de wetten nu tot stand komen. Daarbij kunnen we een aantal aspecten onderscheiden.

Ondeskundigheid.

Het verloop onder de leden van de Tweede Kamer is heel groot. Daardoor is in de laatste decennia de deskundigheid zeer afgenomen. Bovendien blijkt het aantal juristen van niveau en met de nodige ervaring op het terrein van de wetgeving klein en onvoldoende om tegenspel te bieden aan de voorstellen van de regering, die bovendien gesteund wordt door een omvangrijk ambtelijk apparaat.

Waarbij nog extra kan worden aangetekend dat zowel bij politici als bij de ambtenaren de kennis van het staatsrecht aanzienlijk verminderd lijkt. Onzorgvuldige wetgeving en ernstige fouten kunnen en zijn daarvan soms de gevolgen.

Politieke gebondenheid.

Kabinetten in ons land steunen op een politieke meerderheid in de Tweede Kamer. Voorafgaand aan de totstandkoming van een kabinet worden tussen de aan de regering deelnemende partijen afspraken gemaakt over het beleid in de komende periode. De desbetreffende partijen en haar leden in de Tweede Kamer worden geacht aan dat regeerakkoord gebonden te zijn. Voor het vroegere Zeeuwse Eerste Kamerlid Ad Kaland was deze sterke gebondenheid aanleiding de leden in de Tweede Kamer als "stemvee" te betitelen. Hij onderstreepte zijn mening dat de Eerste Kamer aan zo'n regeerakkoord niet gebonden was en onverkort het recht had niet met een wetsontwerp in te stemmen. De politieke praktijk in de Tweede Kamer bewijst nog steeds het gelijk van deze Zeeuw.

Vastgesteld kan worden dat deze gebondenheid de kwaliteit van de wetgeving niet ten goede komt.

Gebrek aan onafhankelijkheid.

In theorie zouden de Eerste en Tweede Kamer onafhankelijk van de regering moeten opereren. In de praktijk kunnen we dat, zoals hiervoor al aangegeven, wel vergeten. Het dualisme bestaat niet. Maar er is meer. Leden van het parlement brengen vanzelfsprekend hun achtergrond mee. In de grondwet staat dan wel met zoveel woorden dat zij “het gehele Nederlandse volk vertegenwoordigen”, de werkelijkheid is anders. Op zich begrijpelijk, formeel ook niet verboden. De maatschappelijke achtergrond van een Kamerlid heeft ongetwijfeld invloed op zijn politieke oordeel over een wetsvoorstel. Ook hierdoor kan de kwaliteit van de wetgeving nadelig beïnvloed worden.

Invloed van adviseurs.

De regering laat zich bij het ontwerpen van een wet vaak bijstaan door externe adviseurs. De oorzaak hiervan is vaak het ontbreken van voldoende deskundigheid in het eigen ambtelijk apparaat. Wie geen vreemde is in Jeruzalem, kan zich voorstellen dat er externe adviseurs zijn die ook op langere termijn graag meer opdrachten zullen ontvangen. Niet geheel onvermijdelijk is dan “wiens brood men eet, wiens woord men spreekt”. En waar de regering veelal de initiatiefneemster is, biedt die de mogelijkheid tot de meeste opdrachten. De leden van de Eerste of Tweede Kamer beschikken over onvoldoende kennis en ervaring om aan die adviezen echt tegenspel te kunnen geven.

Raad van State

Vraagtekens kunnen ook gezet worden bij de adviserende rol van de Raad van State. De Raad van State is niet alleen adviesorgaan van de regering, maar heeft op bestuurlijk terrein ook een aantal



rechtsprekende taken. De vermenging van beide zaken is reeds uitgebreid bekritiseerd, ofschoon er nog steeds niet echt een eind aan is gekomen. Waar de samenstelling van de Raad van State op een niet doorzichtige wijze gebeurt en de leden veelal uit de politiek of aan de, aan de politieke partijen gerelateerde, netwerken afkomstig zijn, lijkt er voldoende reden tot twijfel aan de objectiviteit van de adviezen van de Raad van State. Dat werpt de vraag op of het niet veeleer de voorkeur zou verdienen een wetenschappelijk instituut te verbinden aan de Staten-Generaal om door de inbreng van deskundigheid op die wijze tegenspel te kunnen bieden aan de overmacht van kennis en ervaring in het de regering ondersteunend ambtelijk apparaat en de door de regering aangetrokken externe adviseurs. Dat zou dan kunnen leiden tot het afschaffen van de Raad van State. Waarmee tevens een einde zou komen aan de merkwaardige situatie dat het staatshoofd als voorzitter van de Raad van State adviezen uitbrengt aan de regering waarvan het in formele zin zelf deel uitmaakt.

Valse wetgeving

De wetgeving in formele zin behoort dus toe aan de regering en de Staten-Generaal. Meer en meer doet zich echter een ander fenomeen gelden: de rechtsvorming door de rechter. Tot op het hoogste niveau, dat is de Hoge Raad, heeft de rechterlijke macht – ook de afdeling rechtspraak van de Raad van State - de taak aan zich

getrokken om rechtsregels te vormen. Die taak is de rechterlijke macht noch door de grondwet noch door de wet toegekend. Formeel is de rechter dan ook niet bevoegd tot deze regelvorming, die dan ook als een vorm van valse wetgeving moet worden beschouwd. Strikt genomen is de bevoegdheid van de rechter beperkt tot het rechtspreken op grond van de wetten en waar nodig tot het interpreteren van de wetten. Vastgesteld kan echter ook worden, dat de formele wetgever vaak tekort schiet in de wetgevende taak. Omdat de rechter de verplichting heeft om in alle gevallen tot een uitspraak te komen, ziet hij zich in geval van een leemte in de wetgeving genoodzaakt daarin te voorzien door het eigenstandig scheppen van recht. Dat heeft geleid tot een nogal verwarrend stelsel van jurisprudentie, een wirwar van uitspraken, regels en subregels. Hoewel de pogingen van de rechterlijke macht om in sommige gevallen in een juridische leemte te voorzien en een zekere orde te creëren, is het resultaat van dit buitenwettelijke chaos, een confusio extra legem. Onoverzichtelijk en kostbaar. Bovendien niet te begrijpen voor de burger die “geacht wordt de wet te kennen”. Het zou te simpel zijn dit de rechter te verwijten, het geeft echter wel in toenemende mate aan dat de wetgevende functie in ons staatsbestel niet geheel naar behoren werkt. Gezien vanuit de wenselijke verdeling van machten en bevoegdheden, ook van een trias in minder strakke zin, een slechte zaak. Goede, adequate en duidelijke wetgeving, leesbaar en begrijpelijk, zou een heleboel jurisprudentie overbodig kunnen maken en niet alleen de wet maar ook het recht voor de burger, ook de niet-rechtsgeleerde, een stuk toegankelijker en begrijpelijker kunnen maken.

Samenvattend: de grondlijnen van de wetgevende macht in ons land hebben bewezen van grote waarde te zijn, maar een aantal “randverschijnselen” heeft een negatieve invloed.

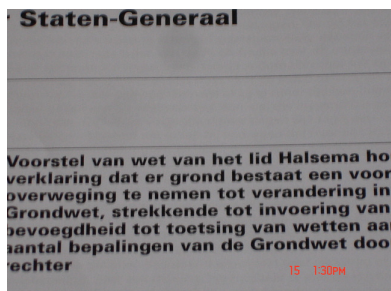
Toetsing van wetten aan de grondwet

Tevens lijkt het, gezien ook de geconstateerde tekortkomingen, ten zeerste wenselijk dat wetten op enigerlei wijze door de rechter getoetst kunnen worden aan de grondwet. Het lijkt niet nodig hiervoor een

apart gerechtshof in het leven te roepen. Volstaan kan worden met het toekennen van deze bevoegdheid aan elke rechter, met uiteindelijk in hoogste instantie de Hoge Raad of een aan die Raad te verbinden Kamer voor staats- en bestuursrecht. Inmiddels is een initiatiefvoorstel van wet in die zin van het Tweede Kamerlid Femke Halsema door de beide kamers der Staten-Generaal aangenomen. Omdat het daarbij om een wijziging van de grondwet gaat, zullen na de volgende verkiezingen beide kamers het wetsontwerp opnieuw en dan definitief moeten vaststellen.

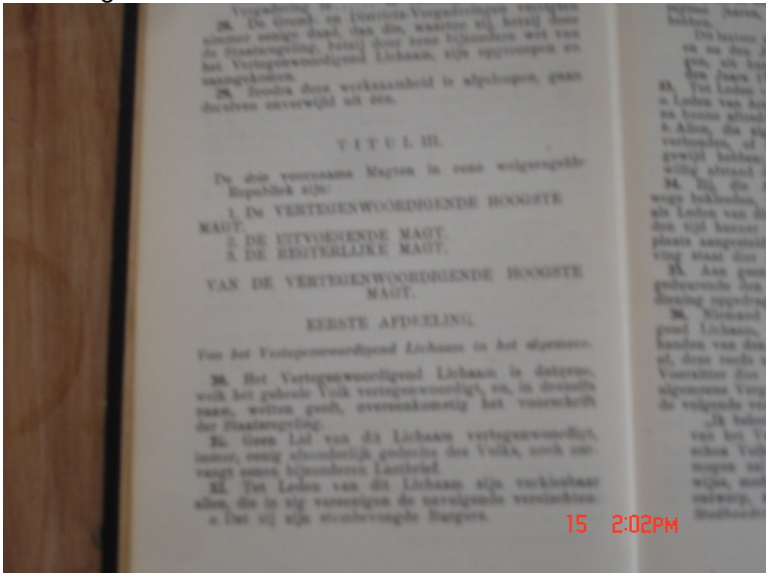
Het is de vraag of dat, hoezeer ook wenselijk, zal gebeuren.

Tot slot van dit hoofdstukje merken we op, dat we hier uitsluitend over de wetten in formele zin hebben gesproken. Wetten dus, die voor het hele land gelden. Naar gelang de situatie kunnen opmerkingen als hiervoor gemaakt echter ook van toepassing worden geacht op regels ("wetten in materiële zin") van lagere overheden.



DE UITVOERENDE MACHT

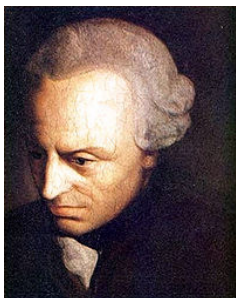
In de “Staatsregeling voor het Bataafsche Volk” van 1798 stond het zo duidelijk: “De drie voornaamste Magten in eene welgeregelde Republiek zijn: 1. De Vertegenwoordigende Hoogste Magt, 2. De Uitvoerende Magt, 3. De Regterlijke Magt.” In de opvolgende staatsregelingen en in de grondwetten van het Koninkrijk Holland (Lodewijk Napoleon) en het Koninkrijk der Nederlanden (vanaf 1814) heeft deze scheiding der machten steeds centraal gestaan. Maar, was die scheiding van de machten wel zo absoluut?



Functioneerden die machten zoals bedoeld in de leer van de trias politica wel onafhankelijk van elkaar? Waren zij als zelfstandige machten in staat elkaar in evenwicht te houden en te controleren? Of bleken zij in de praktijk toch meer een stelsel van checks and balances met in elkaar overgaande machten? Is de “vertegenwoordigende

hoogste magt”, het parlement, de hoogste macht, ook waar het wetgeving betreft? Is de uitvoerende macht slechts belast met het uitvoeren van de wetten en het besturen van het land, met het om even terug te vallen in de terminologie van de staatsregeling van 1798, het “Uitvoerend Bewind”?

De werkelijkheid blijkt anders. Net zo min als in andere landen bestaat bij ons een strikte scheiding van de machten, niet zoals aangegeven door Montesquieu en zeker niet zoals bedoeld door Kant.



Immanuel Kant

“Beïnvloeding van de rechterlijke macht, de wetgevende macht als een schoothondje behandelen... De uitvoerende macht doet blijkbaar wat ze maar wil! Sinds mijn geboorte in de Verlichting heb ik, het algemeen principe van de scheiding der machten, alsmaar

meer gezag verloren. Vandaag besta ik, helaas, enkel op papier. Help het respect in mij te herstellen”, schreef iemand onlangs op de site Facebook.

De dominantie van de uitvoerende macht

Volgens dat citaat wordt de wetgevende macht gedomineerd door de uitvoerende macht. De wetgevende macht doet wat de uitvoerende macht van haar wil. Volgens de Grondwet wordt de wetgevende macht in gezamenlijkheid uitgeoefend door de regering en de volksvertegenwoordiging. In de praktijk zal het initiatief tot het ontwerpen van wetten vrijwel steeds genomen worden door de regering en zal de voorbereiding van de wetten plaats vinden binnen de ministeries.

De volksvertegenwoordiging, waarvan overigens alleen de Tweede Kamer het recht van initiatief heeft, heeft noch de deskundigheid en ervaring noch het apparaat om ten volle of in de belangrijkste mate de wetgevende taak ten volle te kunnen uitoefenen.



Prinsjesdag 2009

De uitvoerende macht speelt zodoende de belangrijkste rol bij de wetgeving. Bezien vanuit de theorie van de trias politica zou wetgeving niet tot de bevoegdheden van de regering dienen te behoren. In de praktijk van het besturen bleken concessies onvermijdelijk. Een daarvan is dat de regering samen met het parlement de wetten maakt. Op zich is dit heel begrijpelijk en aanvaardbaar, mits de volksvertegenwoordiging tenminste een krachtig tegenspel kan bieden en niet als een schoothondje aan de leiband van de regering loopt. In ons land van coalities lijkt de vrees dat het laatste wel het geval is reëel. Wetten worden onder druk van de regering vaak in haast door het parlement gejaagd. Met alle risico's van

onzorgvuldigheden, onuitvoerbaarheid en zelfs strijd met de Grondwet als gevolg. De snelle doorstroming van de Kamerleden, hun vaak korte zittingsduur in het parlement, hun gebrek aan deskundigheid en ervaring en het feit dat het trouw volgen van de eigen regering voor Kamerleden van coalitiepartijen van grote invloed kan zijn op hun verdere carrière vergroot die risico's. Met als gevolg dat in ons staatsbestel de positie van de regering te dominant is geworden en van een elkaar in evenwicht houden van de machten geen sprake is. In plaats van zonder last of ruggespraak te handelen blijken de volksvertegenwoordigers, althans die van de coalitiepartijen, steeds vaker te handelen op last van en met ruggespraak met de regering.

Delegatie

Bij de zuiverheid van procedure bij de wetgeving kunnen door de vergaande invloed van de uitvoerende macht de nodige vraagtekens worden gezet. Dit effect wordt nog eens versterkt door het fenomeen van de delegatie. Dit houdt in dat de uitvoerende macht bij of krachtens de wet ook zelf aan regelgeving mag doen. Een soort wetgeving in de vorm van algemene maatregelen van bestuur of algemeen bindende beschikkingen. Ofschoon uit het oogpunt van doelmatigheid begrijpelijk, is de mogelijkheid tot delegatie, indien die niet streng gelimiteerd en gecontroleerd wordt, in staatsrechtelijk opzicht dubieus.

Controle op de uitvoerende macht

Dit krijgt nog meer reliëf als we constateren dat dezelfde volksvertegenwoordiging die zo zwak opereert op het terrein van de wetgeving, ook de belangrijke taak heeft de uitvoerende macht te controleren. In onze rechtsstaat een functie die in belangrijkheid niet minder is dan de taak als medewetgever. Juist ook door de uitoefening van de controlerende taak zal de volksvertegenwoordiging moeten voorkomen dat de uitvoerende macht te veel de alleenheersende macht wordt. Sommige staatsrechtgeleerden praten veelvuldig over het dualisme,

een door die deskundigen vermeende scheiding tussen de regering en de volksvertegenwoordiging. In de werkelijkheid bestaat dat dualisme niet, zeker niet tussen de regering en de fracties van de coalitiepartijen. Door een gebrek aan echte controle lijkt de regering vaak te kunnen doen wat haar goed lijkt. Zelfs als dat gepaard gaat met ernstige fouten, onrechtmatig handelen en grove onrechtvaardigheden. Een klein voorbeeld is de casus van de klokkenluider in het geval van de ondeugdelijke handgranaten. Een ander voorbeeld is de geheimhouding over de voorbereiding van de besluiten tot steun aan de oorlog in Irak. In het laatste geval ging het zelfs zover, dat een partij als oppositiepartij op hoge toon opening van zaken eiste en vervolgens bij de formatie van een nieuwe regering (kabinet) deze eis inslikte voor een plaatsje op het pluche. Een moderne schotel linzensoep. Geheimhouding gerechtvaardigd als “raison d'état”.

Bedreigingen

Buiten deze de aandacht trekkende casus bestaat het gevaar van een gebrek aan controle van de uitvoerende macht en de daaruit voortvloeiende risico's voor het voortbestaan van de rechtsstaat op vele terreinen. De uitvoerende macht heeft vele verstrekkende taken en bevoegdheden. Een aantal daarvan hebben rechtstreeks met de vrijheid en de rechten van de burger te maken. Zo vallen het openbaar ministerie en de politie onder de verantwoordelijkheid van de regering. Zo ook de AIVD, de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst. Naar aanleiding van – of als voorwendsel tot? – het bestrijden van terrorisme dreigen de persoonlijke vrijheidsrechten van de burger steeds verder ondermijnd te worden. Persoonlijke gegevens worden op grote schaal door de overheidsinstanties verzameld en opgeslagen. Gegevens over onze gezondheid, over onze manier van leven, onze reizen, onze vingerafdrukken, ons DNA, onze biometrische gegevens. Ons paspoort verstrekt de overheid binnenkort meer gegevens dan voor onze

identificatie nodig zijn. Bovendien wordt vaak ten onrechte gesteld dat “het moet van “Europa”.

Biometrische databank is niet vereist door “Europa”

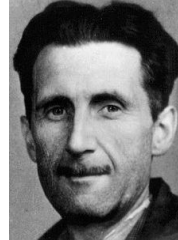
Nederland loopt weer voorop. De EU heeft verordend dat biometrische gegevens, met name het gezicht en twee vingerafdrukken in een digitaal opslagmedium (chip) van het paspoort moeten worden opgeslagen. Doel: beveiliging tegen paspoortfraude en harmonisatie binnen de EU. Wat het laatste betreft: UK, Ierland en Denemarken doen er niet aan mee. Nederland natuurlijk wel. Nederland gaat nog een stap verder. Het doel wordt uitgebreid met rampenbestrijding, opsporing en veiligheidsrisico's voor de staat. De gegevens worden niet alleen in de paspoortchip opgeslagen maar in een centrale database of misschien decentraal in de gemeentelijke databases. De toegang tot deze gegevens wordt per AMVB geregeld. Lekker makkelijk....De politieke discussie gaat nu over een centrale of decentrale database en de veiligheidsrisico's tegen criminele hackers. Niet over de vraag of een dergelijke database, centraal of decentraal wel toelaatbaar is!! “Het moet van ‘Europa’ en Europa heeft het weer gedaan. Het is ongelofelijk dat in een volk dat na de oorlog zo kritisch was op registratie van persoonsgegevens waardoor volkstellingen onmogelijk waren, zich nu als makke schapen laat brandmerken en ringeloren. Niets geleerd van de geschiedenis. Dergelijke gevoelige informatie kan niet alleen door criminele hackers maar ook door corrupte ambtenaren, politieke extremisten en last but not least criminele regeringen of bezetters worden misbruikt. De prijs voor onze “veiligheid” wordt wel erg duur betaald! Je geeft een vinger en.....

“Big brother is watching you”.

Veelal zonder dat de burgers het weten of het zich zelfs maar enigszins lijken te realiseren. Veel van de door de overheid verzamelde en opgeslagen gegevens blijven geheim, ook voor die burgers op wie ze betrekking hebben. In het Zeeuwse werden we kort geleden

geconfronteerd met het ontslag van een politiecommissaris op grond van zowel hem zelf als zijn directe werkgever niet bekende gegevens. Gegevens die waren verzameld door de AIVD en als geheim geclassificeerd.

Beschreef Orwell al niet eens een staat waarin zelfs de gedachten van de burgers voor de staat geen geheim meer waren? Waar mensen spoorloos verdwenen en uit de registers werden geschrapt? Waar de uitvoerende macht oorlog voerde tegen de eigen burgers?



George Orwell

Waar oorlog tot vrede, vrijheid tot slavernij en onwetendheid tot kracht werden bestempeld? Kennen we geen landen waar die wereld van Orwell in 2009 inmiddels een realiteit is ?

Het gaat misschien te ver om te beweren dat de rechtsstaat en onze democratie op instorten zouden staan. Maar er zijn wel redenen tot zorg..

OM en politie

Die zorg wordt groter bij het kennis nemen van de blunders van het OM (het Openbaar Ministerie) en de politie. In strafzaken blijken het OM en de politie vaak zeer onzorgvuldig en met een totaal gebrek aan respect voor de rechten en vrijheden van de burgers te werk gaan. Er zelfs niet voor terug te deinzen de rechters te misleiden. Het voert te ver hier een uitgebreide opsomming van casus te geven. In de media is heel veel aandacht aan een aantal misstanden besteed. Het OM en de politie maken deel uit van de uitvoerende macht en vallen onder de



verantwoordelijkheid van de regering. De regering dient ook op dit terrein door de volksvertegenwoordiging gecontroleerd te worden. Of dat gebeurt en of dat in voldoende mate gebeurt, kan betwijfeld of zelfs ontkend worden.

Politie

Het beeld dat over het functioneren van de politie naar voren komt uit talloze rechtszaken is bepaald niet geruststellend. Integendeel, uit de stukken komt een beeld naar voren van een organisatie die vaak niet competent is en bij wie het boeken van een resultaat vaak meer telt dan het vinden van de waarheid. Veel uitwassen zouden naadloos passen in de door Orwell geschetste samenleving. Ook ten aanzien van de politie gaat het te ver in dit bestek een uitgebreide opsomming van de vele gemaakte fouten te geven. De media hebben hierover al veelvuldig bericht. Een kort poosje “googlen” levert u bovendien een onthutsende en verbijsterende hoeveelheid feiten op. Let wel: geen vermoedens, maar feiten. Voor een “bloemlezing: zie bijlage 1.

Strengere controle noodzakelijk

Een strengere controle van de uitvoerende macht zou gewenst zijn. De uitvoerende macht krijgt een ruimte die haar in een rechtsstaat en democratie niet toekomt. Natuurlijk behoort die controle ook op andere terreinen van bestuur te worden uitgeoefend, maar juist waar het de te eenzijdige invloed op wetgeving en het de verantwoordelijkheid voor functioneren van OM en politie betreft, is een strakkere scheiding van de machten en een onafhankelijker van elkaar opereren van die machten noodzakelijk.

Rechtspraak

Een enkel woord ook nog over de vermenging van de uitvoerende macht en de rechtspraak.

De rechterlijke macht, dat wil zeggen de zittende magistratuur, de echte rechters dus, is volgens de Grondwet onafhankelijk. In ons staatsbestel zijn er naast de “traditionele” rechterlijke macht echter ook een aantal organen die daarnaast recht spreken. Het belangrijkste voorbeeld hiervan is ongetwijfeld de Raad van State. De Raad van State is internationaal zwaar bekritiseerd om zijn gebrek aan onafhankelijkheid. Er worden door de regering nu kleine verbeteringen voorgesteld, maar onvoldoende om weg te nemen dat de Raad van State te zwaar tegen de uitvoerende macht aanleunt om als onafhankelijk beschouwd te kunnen worden. Ook hier dus een onwenselijke invloed van de uitvoerende macht. De rechtspraak door de Raad op het terrein van het vreemdelingenrecht is hiervan inmiddels een berucht voorbeeld. Ook in andere opzichten blijkt op het terrein van het bestuursrecht de uitvoerende macht nog steeds “recht te spreken”, in het bijzonder ook bij de lagere overheden. Ook daar een vermenging van de uitvoerende en de rechtsprekende taken en macht.

Conclusies

Het functioneren van de uitvoerende macht is, gezien vanuit het standpunt van het grote belang van het handhaven van de gedachte van de scheiding der machten, in vele opzichten dubieus. Een van de middelen om de steeds verder gaande dominantie van de uitvoerende macht in te tomen, is het verlenen van de bevoegdheden aan de rechter om wetten te toetsen aan de Grondwet. Daardoor zou in elk geval een bescherming kunnen worden geboden tegen het onverantwoord doordrukken van wetten onder druk van de uitvoerende macht en bij onvoldoende tegenspel door de volksvertegenwoordiging. Belangrijk is ook de verbetering van de controle door het parlement. Voor het laatste is het noodzakelijk dat het gewoon wordt dat de volksvertegenwoordiging inderdaad de “hoogste macht” is. Die hoogste macht moet de regering controleren en corrigeren. De regering dient dat te accepteren, zonder

dat een terechte correctie leidt tot een dreiging met aftreden van het kabinet. Voor de oppositiepartijen dient het primair doel van het corrigeren niet het ten val brengen van een kabinet te zijn . De fracties van de coalitiepartijen dienen het algemeen belang zwaarder te laten wegen dan het belang van het voortbestaan of het aanzien van het door hen gesteunde kabinet. De volksvertegenwoordiging dient meer controlerend en wegend dan “hijgend” te zijn. Dualisme is dan een vanzelfsprekendheid en niet een academisch, in de praktijk niet of nauwelijks bestaand , leerstuk.

DE RECHTERLIJKE MACHT



Heden ten dage kun je bijna geen krant openslaan of in een periodiek gaan lezen zonder dat een of ander artikel gaat over de impact van een rechterlijke uitspraak. Lucia de B, Ina Post en Christel Ambrosius zijn inmiddels heel bekende namen geworden. Als je de media en niet te vergeten de politici zou moeten geloven zijn de rechters niet goed meer in staat het recht op adequate wijze te toetsen. Het is toch heel opmerkelijk te noemen dat de president van de Hoge Raad der Nederlanden zich publiekelijk tot de volksvertegenwoordigers wendt met het verzoek zich wat genuanceerder uit te drukken over gewezen vonnissen. Wankelt onze rechtsstaat nu echt op zijn grondvesten? Laten we eens een kijkje nemen in het systeem van ons rechtsstelsel.

Rechtsregels regelen het bestaan, de werkzaamheden van de staat en zijn organen. Heel veel rechtsregels richten zich in de eerste plaats niet tot de overheid maar tot andere rechtssubjecten (personen, organisaties etc.) Die regels zijn vastgelegd in b.v. het Burgerlijk wetboek, Het Wetboek van Strafrecht, Faillissementswet, statuten van verenigingen, verordeningen, kerkelijk recht etc. Klassiek worden deze regels meestal ingedeeld in rechtsgebieden zoals privaatrecht, strafrecht, staats- en bestuursrecht. In al deze rechtsgebieden treden staatsorganen rechtsvormend op, via wetgeving, bestuur en rechtspraak. Vooral bij de rechtsvorming is de betrokkenheid van de overheid erg groot. Het geheel van al die rechtsregels wordt het *rechtsstelsel* genoemd. Het gaat er dus niet zozeer over de concrete inhoud van de rechtsregel (rijden we links of rechts) maar veel meer over de wijze van rechtsvorming en

rechtshandhaving, kortom hoe zijn de fundamentele rechten gegarandeerd.

Belangrijke items zijn dan ook:

- de positie van de rechterlijke macht (o.a. de rechterlijke organisatie)
- de verhouding tussen bestuurlijke overheid en de rechter
- de verhouding tussen wetgever en rechter (rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften en dergelijke)
- de wijze van waarborging van de grondrechten

Grofweg kunnen we een drietal verschillende rechtsstelsels duiden:

1. Romaans-Germaans rechtsstelsel, gebaseerd op het oude Romeinse recht
2. Common-Law stelsel, gebaseerd op het Common-Law (Engeland na 1066)
3. Socialistisch stelsel, zoals gehanteerd in de voormalige Oostblok-landen

In de westerse continentaal-Europese landen hanteert men in het algemeen het Romaans-Germaanse rechtsstelsel met krachtige wortels in de Germaanse en Romeinse tijd en heel sterk beïnvloed door de Natuurrechtsschool in de zeventiende en achttiende eeuw. Deze rechtsfilosofische stroming probeerde, mede door de enorme technische ontwikkelingen in die tijd, de werkelijkheid te benaderen uit rationalistische wetenschapsopvattingen. Rechtsnormen worden dan opgevat als algemeen geldende abstracte (gedrags)regels. Locke (scheiding van staat en maatschappij), Montesquieu (ja, die van de TRIAS) en Kant (legaliteitsbeginsel – binding van de overheid aan het positieve recht - waren de lichtende voorbeelden). Het systeem van algemeen geldende, abstracte regels, in samenhang met het legaliteitsbeginsel leidde natuurlijk tot de wens van codificatie. Veel geschreven wetten kwamen in die tijd tot stand. Ook indien er niet onmiddellijk sprake

was van codificatie kwam bij de rechtsvorming de bal toch heel duidelijk bij de overheid te liggen.

De TRIAS-leer van Montesquieu werd letterlijk genomen en voor rechtsvorming door de rechter was geen plaats. Iedere jurist kent zijn beroemde zinnen: *le juge est la bouche de la loi*.

Gevolg van die strikte machtenscheiding was wel dat de onafhankelijkheid van de rechter met een groot aantal wettelijk geregelde waarborgen omgeven moest worden. Heel direct is de scheiding tussen bestuur en rechter de reden van het ontstaan van aparte rechterlijke instanties voor de beslechting van geschillen tussen bestuursorganen en burgers. Het bestaansrecht van de administratieve rechtspraak ligt aan dit beginsel ten grondslag.

Hoofdstuk zes van onze grondwet handelt over de rechterlijke macht. De uitwerking komen we tegen in de Wet op de rechterlijke organisatie. In deze wet komen we de volgende gerechten tegen:

- Rechtbanken (19) De uitspraak heet vonnis
- Gerechtshoven (5) - hoger beroep - De uitspraak heet arrest
- Hoge Raad (1) – cassatie- De uitspraak heet arrest
- De Raad voor de Rechtspraak - Spreekt geen recht

Nederland is verdeeld in een aantal rechtsgebieden waarin de rechtbanken en de hoven zijn gelegen. Men kan dus bij deze rechtelijke instanties terecht voor zaken op het gebied van strafrecht, privaatrecht (bijvoorbeeld een conflict over een koopovereenkomst) of administratief recht (belastingen, geschillen met de overheid etc)



Hoge Raad

In het civiel recht en het strafrecht is de rechtbank het laagste gerecht, hier worden zaken inhoudelijk voor het eerst behandeld. Beroep tegen een uitspraak van de rechtbank kan worden ingesteld bij een gerechtshof. Het hof behandelt de zaak inhoudelijk voor de tweede keer. Tegen een uitspraak van het hof kan cassatie worden ingesteld bij de Hoge Raad. Deze behandelt de zaak niet inhoudelijk maar kijkt of het recht goed is toegepast.

In het bestuursrecht lopen de procedures enigszins anders. Allereerst dient bezwaar te worden gemaakt bij de betrokken overheidsinstelling. Na een afwijzende beslissing kan men pas een beroep doen op de rechtbank of een andere gerechtelijke instantie. Dit is afhankelijk van het onderwerp.

Ook hier is het mogelijk in hoger beroep te gaan. Voor bestuurszaken kennen we de volgende gerechtelijke instanties:

- Het College van Beroep voor het hoger onderwijs (CBH)
- Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB)
- De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
- De Centrale Raad van Beroep (CRvB)

Het wordt als een groot goed gezien dat in ons land (en vrijwel alle Westerse landen) in alle conflictsituaties, of dat nu een geschil met de (lokale) overheid of tussen burgers onderling betreft, altijd een beroep kan worden gedaan op een onafhankelijke rechter. Het belang van een eerlijk proces hangt nauw samen met de onafhankelijkheid van de rechters. Om die reden kunnen rechters niet onvrijwillig worden ontslagen en is hun salaris per wet geregeld.

Onafhankelijk kunnen functioneren betekent afwezigheid van druk van regering of parlement het geheim van de raadkamer, maar vooral ook een mentaliteit onder de leden van de rechterlijke macht.

Toch is het handelen van de rechter in toenemende mate onderdeel van (pittige) discussie. Vanwege de maatschappelijke impact richt de meeste aandacht zich op het strafproces. Wat is nu in hoofdzaak het probleem en wat wordt er aan gedaan om, met name in strafzaken de oorzaken van die problemen weg te nemen of te verminderen.

Het is evident dat de maatschappij steeds complexer wordt, niet in de laatste plaats door de technische ontwikkelingen op breed gebied. Dit heeft gevolgen voor de wijze waarop strafbare feiten worden gepleegd maar uiteraard ook op de opsporingstechnieken en sporenonderzoek. Wie is nog in staat om al die ontwikkelingen bij te houden? Toch wordt van de rechter verwacht dat hij tot een weloverwogen oordeel komt over ieder geschil dat hij moet beslechten.

Dat stelt hoge eisen aan zijn opleiding en aan zijn voortdurende ontwikkeling. Om die reden bestaat er in Zutphen een "Stichting Studiecentrum Rechtspleging", waar leden van de rechterlijk macht zich kunnen bekwamen op velerlei gebied. Rechters kunnen zelf aangeven waarin zij zich verder willen ontwikkelen, vrijwel altijd zal een dergelijke studie worden gefaciliteerd.

In de rechtspraak vervult de Hoge Raad (HR) een cruciale rol. Rechters houden rekening met vonnissen van dit hoogste rechtsorgaan (jurisprudentie). De HR toetst niet inhoudelijk maar onderzoekt of het recht op correcte wijze is toegepast. Soms komt het voor dat een zaak wordt terugverwezen naar een andere rechtbank. Dat kan b.v. zijn om nader onderzoek.

De HR kijkt dus kritisch of de rechter zijn huiswerk goed heeft gemaakt en bevordert op die wijze de uniformiteit in de rechtspraak.

De HR doet nog meer in het kader van de kwaliteitsverbetering:

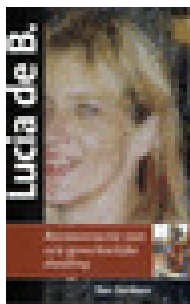
- Overzichtsarresten waarin een probleem overzichtelijk in kaart wordt gebracht en tevens een beslissingskader wordt aangeboden.

- Cassatie in belang der wet. Er ligt een voorstel om de mogelijkheid hiervan uit te breiden. Dat geldt eveneens voor het stellen van prejudiciële vragen.

In behandeling is ook het wetsvoorstel over herziening van zaken waarin mogelijk iets is misgegaan. Hiermee wordt het werk van de Commissie Evaluatie Afgesloten Rechtszaken erkend en verder geregeld.

Onderwerp van discussie blijft of dit alles voldoende is om het onbehagen in de samenleving weg te nemen.

Het moge duidelijk zijn dat de Schiedamse parkmoord een waterscheiding is geweest. Het vermoeden dat er iets vreselijk mis was gegaan gedurende het onderzoek en de daarop volgende strafzaak werd bewaarheid. Ook de zaak Lucia de B. is een dieptepunt. Statistici van naam buitelden over elkaar heen en kwamen vaak tot tegengestelde conclusies.



Toch eist de wet dat de rechter tot een beslissing komt en die kan, zeker achteraf, de verkeerde blijken te zijn.

Om die reden gaan er in de samenleving steeds meer stemmen op om de beslissing voor herziening bij de HR weg te halen. Een metafoor die het in dit verband altijd goed doet is: je laat een slager toch ook niet zijn eigen vlees keuren.

Met andere woorden je moet mensen (wetenschappers) met een heel andere achtergrond op een zaak toelaten. Hoe het ook zij, de rechter zal, ook in de toekomst, kritisch gevolgd worden door de samenleving met de pers voorop. Ook politici zullen zich verdringen om hun oordeel te geven over zaken die op dat moment in het brandpunt staan. Daar is echter niets mis mee. Het gaat immers om “onze” rechtsregels die geschonden zijn en men wil een dader geduid zien die daarvoor verantwoordelijk is. Politici horen nu eenmaal datgene te vertolken wat onder de

mensen leeft. Daar is niets mis mee en daar moeten rechters maar tegen kunnen. Over de wijze waarop dat gebeurt kun je wel eens vraagtekens zetten.

De samenleving is heftig in beweging. Solide structuren lijken verdwenen. Wat goed of kwaad is en uiteindelijk gerechtigheid wordt niet meer als vanzelf aangeleerd (religie, ouders verenigingen etc.) De moraal steunt daardoor in groeiende mate op het strafrecht.

Dit alles legt een enorme claim op de leden van de rechterlijke macht. Moge wijsheid hun deel zijn.

4.Toetsing van wetten aan de Grondwet Initiatief voorstel van wet van Halsema

“De wetten zijn onschendbaar” staat sinds 1848 in onze Grondwet. Dit verbod houdt in dat een rechter een wet niet mag toetsen aan de Grondwet. Een bepaling die in de politieke en juridische wereld van 1848 te begrijpen is, maar inmiddels reeds lang ter discussie staat. Het verbod om een wet te toetsen in de Grondwet is in deze tijd van steeds verdergaande internationale samenwerking ook achterhaald omdat een wet wel getoetst kan worden aan internationale verdragen. Over de wenselijkheid van het verbod is overigens al sinds 1848 gediscussieerd. In de Memorie van Toelichting bij het initiatief-voorstel lezen we : “De ontwerper van onze Grondwet, Thorbecke, had als één van de eersten principiële bezwaren tegen de onschendbaarheidsbepaling in de Grondwet. De grondwettelijke bepaling uit 1848 dat de wetten onschendbaar zijn, was dan ook afkomstig van de regering en niet van de Staatscommissie waarvan Thorbecke deel uitmaakte. Thorbecke vermocht niet in te zien waarom de rechter toetsing van de grondwettigheid van wetten moest worden onthouden. “ In andere landen, zoals de Verenigde Staten van Amerika, is de mogelijkheid tot toetsing van de wetten aan de grondwet een essentieel deel van het rechtstelsel. Dat zou ook hier zo moeten zijn. Zeker waar het de klassieke grondrechten, de vrijheidsrechten, betreft.



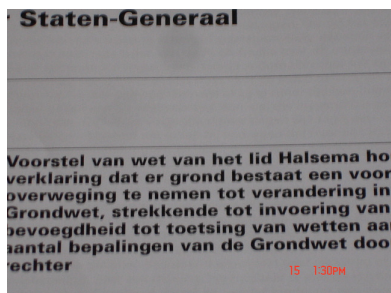
We zullen hier de gehele discussie tussen voor- en tegenstanders van dit verbod niet herhalen. Dat lijkt ook niet nodig, want inmiddels hebben zowel de Tweede als de Eerste Kamer in eerste lezing

ingestemd met een initiatief-wetsontwerp van Femke Halsema om de toetsing van wetten door de rechter aan

de in de Grondwet opgenomen grondrechten. De strekking is beperkt: Dit wetsvoorstel voorziet in de introductie van een beperkte bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter. De rechter zal de bevoegdheid krijgen formele wetten te toetsen aan een aantal, in een nieuw tweede lid van artikel 120 Grondwet met name genoemde klassieke grondrechten. In dit wetsvoorstel is gekozen vooreen systeem van gespreide toetsing. Dat wil zeggen dat de toetsing gaat behoren tot de taakuitoefening van iedere rechter, die in een concreet geschil wordt geconfronteerd met mogelijke strijdigheid tussen een wet en een grondrecht. De keuze voor gespreide toetsing is met name bepaald door de wenselijkheid om toetsing aan de grondwet en die aan internationaal recht op dezelfde wijze te regelen. Het voorstel van wet heeft geen betrekking op de zogenaamde sociale grondrechten. Dat is jammer, maar op zich geen reden om tegen dit voorstel te zijn. Wellicht dat bij een volgende ronde ook de toetsing van wetten aan die sociale grondrechten nog eens aan de orde zullen komen. Nu het initiatief voorstel van wet van Femke Halsema zowel in de Eerste en Tweede Kamer is aangenomen, volgt nog een tweede ronde. De Grondwet kan namelijk alleen gewijzigd worden als eerst een wet is aangenomen die regelt dat wijziging van de Grondwet overwogen wordt. Die overwegingswet moet in de Tweede en Eerste Kamer minstens met de helft plus één van de uitgebrachte stemmen zijn aangenomen. Daarna is (in tweede lezing) voor de Grondwetswijziging in beide Kamers een tweederde meerderheid nodig. Dit voorstel kan pas behandeld worden na nieuwe Tweede Kamerverkiezingen. Sinds 1995 zijn in dit kader geen nieuwe verkiezingen meer nodig voor de Eerste Kamer.

Aangezien het voorstel in de Eerste Kamer is aangenomen met een meerderheid van slechts één stem, lijkt de feitelijke wijziging van de Grondwet nog geen gelopen zaak. Allerminst! Na de volgende verkiezingen

van de Tweede Kamer zal het voorstel opnieuw op de agenda moeten komen. Dan zal het voorstel tot wijziging van de Grondwet in beide kamers met een tweederde meerderheid moeten worden aangenomen. Het is de vraag of dat zal gebeuren. Daarom roepen wij op tot steun aan dit voorstel. U kunt dat doen door uw mening kenbaar te maken aan u bekende of niet bekende leden van de Eerste en Tweede Kamer, aan u bekende politieke partijen en /of ons een briefje of een mailtje te sturen waarin u aangeeft dat u er veel belang aan hecht dat dit voorstel ook in tweede lezing wordt aangenomen.



5. Staat de Rechtstaat Nederland nog recht?

Stellingen

Wordt de TRIAS, de scheiding der machten, nog voldoende toegepast?

Een discussiestuk met drie stellingen

Stellingen:

Stelling 1

Wetten en lagere regelgeving dienen op initiatief of op klacht door een constitutioneel hof getoetst te worden aan de grondwet en internationale verdragen; tevens op kwaliteit en uitvoerbaarheid. Zij dienen door dat hof te kunnen worden vernietigd.

Stelling 2

Over conflicten tussen overheid en burger oordeelt uitsluitend de rechterlijke macht, die volledig onafhankelijk is van het bestuur.

Stelling 3:

Iedere private of publieke organisatie met een openbare functie (dus ook een bedrijf of branche organisatie) moet een (Ombuds)orgaan hebben waarin, naast personen van de betreffende beroepsgroep, een substantieel aantal geïnteresseerde personen van buiten de beroepsgroep - evt vertegenwoordigers van consumenten/gebruikers organisaties - zitting hebben, dat toeziet op een snelle en correcte afhandeling van klachten door burgers/gebruikers en het mandaat heeft zondig een onderzoek in te stellen en toepasselijke sancties op te leggen.

Inleiding

Het principe van de scheiding der machten speelt een belangrijke rol in onze rechtsstaat. Wetgever, bestuur en rechterlijke macht houden elkaar in evenwicht met het

systeem van “check and balance”. Althans dat is de bedoeling. De vraag die wordt opgeworpen is of dit systeem nog afdoende werkt en niet aan slijtage op een aantal plaatsen onderhevig is. De druk om onder controles uit te komen kan groot zijn en doelen kunnen middelen heiligen.

Je zou het zo kunnen samenvatten dat de slager eigenlijk niet zijn eigen vlees zou moeten keuren maar dat toch graag doet, om hem ‘moverende’ redenen.

De rol van de politiek en de uitvoerende machten

Uiteraard speelt de politiek bij het bestuur een belangrijke rol. Kiesrecht, het kunnen maken van keuzes wordt terecht als een groot goed beschouwd. Toch worden er door de politiek overspannen verwachtingen gewekt. De maatschappelijke problemen zijn te gecompliceerd om door eenvoudige keuzes te worden opgelost. Mensen weten ook vaak niet wat ze moeten kiezen en verkiezingsbeloftes kunnen meestal niet worden waargemaakt. De gekozenen in parlement bepalen samen met de regering als “wetgever” wel de regels. Maar de uitvoering en de controle daarop zijn minstens zo belangrijk. Wetgeving is een zaak van politieke compromissen en de uitvoerders zullen het niet altijd volledig eens zijn met bepaalde regels en deze proberen te omzeilen of anders uit te leggen. Ook is er het risico van belangenverstremming, bijvoorbeeld door het inzetten van “rechter plaatsvervangers” en bijfuncties van rechters, parlementariërs, regeringsfunctionarissen, en bestuurders in het algemeen.

Het gaat bij de TRIAS vooral om de uitvoering van de regels, de rechtszekerheid, de structuur en werking van de rechtstaat: is deze uitvoering zodanig georganiseerd dat elk orgaan wordt gecontroleerd, en / of dat zij verantwoordelijkheid moet afleggen aan een openbare (= voor het publiek toegankelijke) instantie.

Hoe zit onze rechtstaat nu in elkaar? Wat zijn daarbij de zwakke c.q. zorgpunten en hoe zouden die verbeterd kunnen worden?

Een korte inleiding over de scheiding der machten en de Nederlandse staatsstructuur staat in de bijlage 2.
Op hoofdpunten ziet onze staatsstructuur er zo uit:
(→ = 'verantwoording verschuldigd aan')

Parlement, → burger

Regering, → parlement

Rechterlijke macht → regering/parlement

Provinciale staten → Burger

Comm. vd Koningin + Gedeputeerde
Staten → Provinciale Staten

Gemeenteraad → Burger

B&W → Gemeenteraad

Waterschappen, Algemeen Bestuur →
Burger

College van Dijkgraaf en Heemraden →
Algemeen Bestuur

Commissaris van de Koningin, Burgemeester en Dijkgraaf
worden door de kroon benoemd.

De Wetgever (Parlement + Regering + Koning) legt geen verantwoordelijkheid af aan een andere instelling. Wel min of meer indirect via de politiek en de verkiezingen, maar dat is voor wat betreft de controle op de rechtmatigheid - ten aanzien van de grondwet en de internationale verdragen - de kwaliteit en de uitvoerbaarheid van de wet - en lagere regelgeving te lang en te 'ver weg'. Een controle is wenselijk om de kwaliteit van de wet - en regelgeving te verbeteren en

burgers tegen onrechtvaardige, onvolledige, inefficiënte en overhaaste wetgeving te beschermen.

Daarnaast wordt er gedelegeerde regelgevende bevoegdheid verleend aan Regering, Minister, Provinciale staten, Gemeenteraad en Waterschap.

De controle op deze lagere wetgeving - AMVB's, ministeriële en gemeentelijke verordeningen - door hogere wetgevende organen of de rechterlijke macht schiet vaak tekort.

Burgers kunnen wel in bezwaar en beroep komen tegen beslissingen die hen direct of indirect in hun belangen treffen, maar niet tegen de daaraan onderliggende regels. Dat is ooit wel de bedoeling geweest - bij de nog in te voeren 4e tranche van de Algemene Wet Bestuursrecht - maar daar is het nog steeds niet van gekomen. Bij het "Bestuur" heerst een grote aarzeling om zo ver te gaan. In een aantal landen waaronder Duitsland, Spanje en België kent men een constitutioneel hof waar de regelgeving onder de loupe kan worden genomen en bepaalde wetten kunnen worden vernietigd. Een dergelijk hof zal ook in Nederland belangrijk werk kunnen doen om de kwaliteit en de rechtvaardigheid van de wetgeving te verbeteren:

Stelling 1:

Wetten en lagere regelgeving dienen op initiatief of op klacht door een constitutioneel hof getoetst te worden aan de grondwet, internationale verdragen, kwaliteit en uitvoerbaarheid en door dat hof te kunnen worden vernietigd.

Conflicten burger versus overheid

Conflicten tussen burger en overheid worden slechts gedeeltelijk beslecht door de rechterlijke macht. Namelijk alleen als de burger na een negatieve beslissing op het bezwaarschrift bij de overheidsinstantie die de gewraakte beslissing heeft genomen, in beroep gaat. Dat beroep

speelt bij de sector bestuursrecht van de gewone rechtbank. Hoger beroep wordt voor de meeste zaken ingediend bij de afdeling rechtspraak van de Raad van State. Voor sociaal zekerheidsrecht en ambtenarenrecht is de Centrale Raad van Beroep het hoogste rechtscollege.

De Raad van State is *het* adviescollege van de regering betreffende wetgeving; de afdeling rechtspraak ("de Afdeling") is formeel wel 'onafhankelijk', maar kan dat in de praktijk nooit zijn. Bovendien geschiedt de rechtspraak in de Afdeling niet door professionele rechters maar door ex-politici en ex-bestuurders, waardoor "het Bestuur" een te grote voorsprong heeft op de individuele burger. Onlangs is de Afdeling zwaar onder vuur komen te liggen als gevolg van wel zeer partijdige beslissingen in het vreemdelingenrecht. Maar ook in vele andere zaken valt de objectiviteit van dit hoogste en belangrijkste rechtscollege voor de Nederlandse burger in twijfel te trekken. 80% van de zaken wordt beslist ten voordele van het Bestuur. Bovendien is de Afdeling geen cassatierechter zoals de Hoge Raad in civiele en strafzaken, waarbij de interpretatie van de wet en eventuele procedurele fouten worden getoetst. Nadat de Awb (1992) van kracht was geworden klaagde het Bestuur dat de rechter teveel op de stoel van de bestuurder ging zitten. Sindsdien toetst de rechter marginaal, dat wil zeggen dat alleen formele en procedurele fouten van het bestuursorgaan tot het gelijk van de burger kunnen leiden, maar naar de inhoud van de bestreden beslissing wordt niet of nauwelijks meer gekeken.

Omdat de rol van de onafhankelijke rechterlijke macht in Nederland te gering is om een rol van betekenis te spelen in de controle van de wetgevende en uitvoerende macht voldoet de rechtstaat Nederland niet aan de principes van de Trias.

Daar komt nog bij dat de overheid de laatste 20 jaar is veranderd van de zorgzame 'vaderlijke staat' naar een dienstverlenende onderneming die beter op de financiële

kleintjes dan op de zwakkeren in de samenleving past. Daarbij komen de problemen rond vreemdelingen en de grote veranderingen in de ziekteverzekeringen en kinderopvang met de extra betrokkenheid van de belastingdienst bij de gerelateerde toeslagen die tot veel problemen en conflicten aanleiding geven. Correcties van fouten gebeuren niet of te laat en de burger is veel extra tijd en ergernis kwijt.

Stelling 2:

Over conflicten tussen overheid en burger oordeelt uitsluitend de rechterlijke macht, die volledig onafhankelijk is van het bestuur.

Uitvoerende overheidsdiensten

Naast het bestuur en de belastingdienst liggen bepaalde departementen (justitie!) en de politie ook regelmatig onder kritisch vuur. De remedie voor gebreken in competenties en kwaliteit bestaat hoofdzakelijk uit het aantrekken en kunnen betalen van beter personeel. Waar het in dit kader aan ontbreekt, is het kunnen bijsturen bij gemaakte fouten en bij verstoorde contacten met de burgers. Justitie en politie blinken niet uit in openheid en klantvriendelijkheid. Net zoals in andere sectoren moeten klachten snel en serieus worden behandeld door een echt onafhankelijke commissie. Dus niet een commissie waar dan alleen mensen van justitie, OM of politie inzitten. Actueel is de discussie over de revisie van strafzaken waarbij kennelijk iets is misgegaan en onschuldigen de gevangenis in zijn gedraaid. Daarbij is het voostel dat ook "leken" een stem moeten hebben in de nieuwe "revisiecommissie" van de hand gewezen. Dit terwijl het juist de leken zijn geweest die balletjes over de Schiedammer Park moordzaak aan het rollen kregen. Daarbij vertelde de Nijmeegse hoogleraar sociaal recht, Peter van Koppen - die zich momenteel inzet voor 6 ten onrechte veroordeelde gevangenen - in Netwerk, dat Hirsch Ballin een wetswijziging erdoor jast waardoor het aanvragen van een revisie in een strafzaak wordt bemoedilijkt.

Dan zijn er in de maatschappij nog de notabele beroepsgroepen die zich voor correcties van buitenaf afschermen met eigen tuchtrechtspraak. Deze 'gilden', die ook in de opleidings sfeer nog veel te veel in de melk hebben te brokkelen (waarom worden advocaten alleen door de "Orde" opgeleid?) ter meerdere versterking van hun macht, dienen door de transparantie golf te worden doorgespoeld.

Tenslotte, ook of juist de rechterlijke macht, die een zodanig cruciale rol speelt in onze rechtstaat, dient onderworpen te worden aan de tucht van de burgerlijke controle. Nu is deze 'macht' erg indirect en ondoorzichtig. Op zichzelf is het juist dat de overheid, het Bestuur, daar een bescheiden rol in moet spelen om de onafhankelijkheid te waarborgen. Burgers kunnen een rechter wel "wraken" als zij vrezen voor de onafhankelijkheid of onpartijdigheid van rechters, maar daar houdt de rechterlijke macht toch niet zo van, waardoor de uiteindelijke beslissing - door de andere rechter - toch nadelig voor de burger wordt beïnvloed. In de zaken die Peter van Koppen onderhanden heeft gaat het vooral om het probleem dat het bewijs dat tot de veroordeling leidde niet aan het vereiste criterium "wettig en overtuigend" voldeed. De Hoge Raad heeft weliswaar de functie om dergelijke zaken te casseren, maar niet iedere zaak leidt tot een cassatie proces. Ook zijn er grote verschillen in strafmaten voor vergelijkbare vergrijpen tussen de verschillende rechtbanken. Een probleem overigens dat ook in de burgerlijke rechtspraak speelt ten aanzien van financieel getinte beslissingen. In dat opzicht doet de rechterlijke macht het niet beter dan juryrechtspraak.

Controle en het moeten afleggen van verantwoordelijkheid en rekenschap leiden tot scherpere op de werkvloer met verhoging van de kwaliteit, waarbij het wegmoffelen van fouten en problemen wordt tegengegaan. Dit geldt in het algemeen voor alle organisaties, overheid en privaat. Om de toegankelijkheid voor burgers, klanten en gebruikers in geval er iets mis

gaat te vergroten en de rechtvaardigheid te verbeteren zou men kunnen denken aan een ombudscommissie per overheids - of bedrijfsbrancheorganisatie waarin zowel deskundigen als geïnteresseerde leken zitting hebben. De “leken” kunnen ook vertegenwoordigers zijn van de belanghebbenden, b.v. consumenten, patiënten, gebruikers etc. De ombudscommissie zorgt ervoor dat klachten correct en snel worden afgehandeld, stelt zonodig een onderzoek in of laat dit instellen en neemt (bestuurlijke) sancties. Hieruit volgt de derde Trias-stelling:

Stelling 3:

Iedere private of publieke organisatie met een openbare functie (dus ook een bedrijf of branche organisatie) moet een (Ombuds)orgaan hebben waarin, naast personen van de betreffende beroepsgroep, een substantieel aantal geïnteresseerde personen van buiten de beroepsgroep – eventueel vertegenwoordigers van consumenten/gebruikers organisaties - zitting hebben, dat toeziet op een snelle en correcte afhandeling van klachten door burgers/gebruikers en het mandaat heeft zonodig een onderzoek in te stellen en toepasselijke sancties op te leggen.

Conclusie:

Door het principe van de Trias toe te passen op alle bestuurs - en organisatielagen in de maatschappij kan de rechtsstaat worden verstevigd. Het elkaar controleren van de verschillende machten in de samenleving biedt de het beste middel tegen scheefgroei en machtsmisbruik. Voor begrippen enz.: zie bijlage 2

Bijlagen

Bijlage 1

Stukken betreffende het initiatief wetsontwerp van Femke Halsema

Bijlage 2

Begrippen

Korte inleiding over de scheiding der machten en de Nederlandse staatsstructuur

Bijlage 3

Een “bloemlezing” van fouten van de politie

Bijlage 1

28 331 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

Nr. 3 MEMORIE VAN TOELICHTING

Inleiding

Sinds 1848 bepaalt de Grondwet dat de rechter wetten niet aan de Grondwet toetst).¹ De «wetten zijn onschendbaar» luidt het adagium waarop in Nederland de staatsrechtelijke verhoudingen zijn gestoeld. Over de wenselijkheid van het verbod is ook sinds 1848 gediscussieerd)².

De ontwerper van onze Grondwet, Thorbecke, had als één van de eersten principiële bezwaren tegen de onschendbaarheidsbepaling in de Grondwet. De grondwettelijke bepaling uit 1848 dat de wetten onschendbaar zijn, was dan ook afkomstig van de regering en niet van de Staatscommissie waarvan Thorbecke deel uitmaakte. Thorbecke vermocht niet in te zien waarom de rechter toetsing van de grondwettigheid van wetten moest worden onthouden. Volgens Thorbecke zou «de Grondwet (...) ophouden Grondwet te zijn; en de gewone wetgever, die zijn bestaan en zijn recht enkel uit de Grondwet ontleent, boven de Grondwet wezen». Hij gaf ook een veelzeggende waarschuwing af: «voor deze nieuwe spreuk zal, geloof ik, ieder als voor een gesloten deur blijven staan».³

Ruim anderhalve eeuw later, in 2000, klinkt deze waarschuwing in wat voorzichtiger bewoordingen door in het advies Grondrechten in het digitale tijdperk van de Commissie Franken. De commissie bepleit daarin de techniekonafhankelijke formulering van de grondrechten)⁴. Dat is noodzakelijk, zo stelt de Commissie, om de grondrechten ook in de informatiesamenleving als baken te laten functioneren voor wetgever, bestuur en rechter. De grondrechten dienen uitgelegd te kunnen worden op een, bij de ontwikkeling van de techniek passende wijze. De Commissie stelt daarbij dat aangezien de

rechter tot die uitleg, meer dan andere instituties, geroepen zal zijn, rechterlijke toetsing tot de mogelijkheden moet behoren. Met de grootst mogelijke meerderheid⁵ pleit de Commissie voor opheffing van het toetsingsverbod voor die grondrechten die naar hun aard directe werking hebben⁶. Het argument van de Commissie Franken kan ook worden uitgebreid naar de klassieke grondrechten die niet techniekafhankelijk zijn. Niet alleen technische maar ook maatschappelijke en economische ontwikkelingen, en de daarbij horende rechtsopvattingen, bewegen zich langs lijnen van

1 De bepaling dat de rechter niet treedt in de beoordeling van de grondwettigheid van verdragen is overigens eerst in 1953 in de Grondwet opgenomen, destijds in artikel 60, derde lid.

2 Het proefschrift van M. L. P. van Houten is een interessante wetenschappelijke studie naar de vraag of rechterlijke toetsing van de wet aan de grondwet en de fundamentele rechtsbeginselen gewenst is. Dit werk bevat ook een overzicht van het verloop van het debat in een groot deel van de vorige eeuw. M. L. P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving, Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*, Zwolle, 1997.

3 J. R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening van de Grondwet, 's-Gravenhage 1921*, p. 60 e.v..

4 Daarmee wordt bedoeld dat een grondrecht zodanig wordt geformuleerd dat de stand der techniek en de huidige kennis en mogelijkheden zo min mogelijk bepalend zijn voor de interpretatie en de reikwijdte ervan. Dit speelt bij uitstek op het gebied van de zogenaamde informatiegrondrechten, omdat de snelle opkomst van de moderne media, de elektronische communicatie en het digitale tijdperk invloed uitoefenen op de samenleving en dus ook op het recht.

5 Er stemde 1 lid tegen, namelijk mr. J. P. H. Donner.

6 Zie het rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, (Commissie Franken), *De adviezen van de Commissie*

Franken, 2000.

Tweede Kamer der Staten-Generaal 2

Vergaderjaar 2001–2002

KST61044

ISSN 0921 - 7371

Sdu Uitgevers

's-Gravenhage 2002

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 1

voortschrijdend inzicht. In de uitleg van grondrechten dient hiermee rekeningte kunnen worden gehouden. Onze samenleving wordt namelijk telkens pluriformer van bevolkingssamenstelling, culturen en opvattingen. Daarbij wordt het risico groter dat het collectieve belang dat de wetgever vertegenwoordigt in het individuele geval een tegengesteld, onrechtvaardig effect heeft. Als dominante meerderheden snel wisselen en minder vanzelfsprekend worden is het eens te meer van belang dat democratische minderheden en individuen zich beschermd weten. Zeker als het gaat om onvervreembare individuele grondrechten zoals het recht op gelijke behandeling, op de vrijheid van meningsuiting, van godsdienst en van pers valt dan moeilijk te verdedigen dat de wetgever, die meestal uitdrukking geeft aan de opvatting van de democratische meerderheid, altijd het enige en het laatste woord heeft. Pluriformiteit van de samenleving leidt onherroepelijk ook tot debatten over botsende belangen, en soms zelfs botsende grondrechten. Zeker als in aanmerking wordt genomen dat de mondigheid van de burger ten opzichte van de overheid de laatste decennia fors is toegenomen. Meer burgers kiezen de weg naar de rechter om bescherming van hun belangen af te dwingen. Door constitutionele toetsing wordt een publiek forum geschapen om deze noodzakelijke debatten op respectvolle en vreedzame wijze te kunnen voeren. Onze culturele basisstructuur in de vorm van grondwet, rechtsbeginselen en wetten, kan dan op een open manier worden geconfronteerd met nieuwe waarden en opvattingen, voordat de wetgever dwingend optreedt en de uitkomst van die debatten in nieuwe wetgeving dicteert¹. Grondrechten noch wetten behoren statisch te zijn. In een zich snel

ontwikkellende, meer en meer internationaal georiënteerde samenleving, dient de verhouding tussen burgers en overheid, en de wetten en grondrechten die deze verhouding bepalen, te kunnen worden herijkt. Zeker waar het de rechtsbescherming van de burger jegens de overheid raakt, laat de noodzaak van toetsing van een individuele zaak aan grondrechten zich gevoelen. Door middel van constitutionele toetsing kunnen de grondrechten dynamiek krijgen, zodat de Grondwet een levende wet en een dragend beginsel in onze rechtstaat kan zijn. Dit wetsvoorstel voorziet in de introductie van een beperkte bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter. De rechter zal de bevoegdheid krijgen formele wetten te toetsen aan een aantal, in een nieuw tweede lid van artikel 120 Grondwet met name genoemde grondrechten.

In de onderhavige Memorie van Toelichting, in hoofdstuk 1, wordt ingegaan op destaastrrechtelijke verschuivingen die de aanleiding zijn voor dit wetsvoorstel. In hoofdstuk 2 worden de varianten van toetsingsrecht in Europa en de Verenigde Staten vergeleken en in hoofdstuk 3 worden de argumenten pro en contra gewogen. In dit wetsvoorstel is gekozen voor een systeem van gespreide toetsing. Dat wil zeggen dat de toetsing gaat behoren tot de taakuitoefening van iedere rechter, die in een concreet geschil wordt geconfronteerd met mogelijke strijdigheid tussen een wet en een grondrecht. De keuze voor gespreide toetsing, die wordt toegelicht in hoofdstuk 4, is met name bepaald door de wenselijkheid om toetsing aan de grondwet en die aan internationaal recht op dezelfde wijze te regelen. Ondergetekende heeft gekozen voor beperking van de rechterlijke bevoegdheid tot de klassieke grondrechten en de daarmee gelijk te stellen bepalingen. Het toetsingsverbod voor de sociale grondrechten, de overige grondwettelijke bepalingen en de ongeschreven fundamentele rechtsbeginselen, wordt dus in stand gelaten. De keuze om de sociale grondrechten voorlopig buiten beschouwing te laten, is gebaseerd op de gedachte dat deze een ander karakter hebben dan de klassieke. De onthoudingsplicht die het overheidsgedrag behoort te kenmerken bij de

1 Dit argument is vooral naar voren gebracht door wijlen VVD-Kamerlid Philippe G. Brood, onder andere terug te vinden in de bundel die ter gelegenheid van zijn onverwachte overlijden is verschenen. D. Berg e.a.: Brood in reflectie, uitgave van de VVD-fractie Tweede Kamer, december 2000.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 2

klassieke grondrechten geeft de rechter een scherper, indringender en meer begrensd toetsingskader dan het geval zou zijn bij de sociale grondrechten die inspanningsverplichtingen bevatten waarbij de overheid de vrijheid heeft deze nader in te vullen. Daarnaast staat ondergetekende op het standpunt dat van de wenselijkheid de rechter de bevoegdheid te geven te kunnen toetsen aan de overige, meer organisatorische en staatsrechtelijke bepalingen van de Grondwet, onvoldoende is gebleken. Hetzelfde geldt voor de toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen. In hoofdstuk 5 worden deze keuzes gemotiveerd.

De Memorie van Toelichting besluit met een artikelsgewijze toelichting (hoofdstuk 6), waarin met name de selectie van de grondrechten die voortoetsing in aanmerking dienen te komen, wordt gemotiveerd.

Opheffing van het toetsingsverbod voor de rechter, met de gelijktijdige beperking van die bevoegdheid tot een omschreven aantal klassieke dan wel daaraan gelijk te stellen grondrechten, leidt naar het oordeel van ondergetekende tot de verantwoorde uitbreiding van de individuele rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid.

1. Het verloop van de discussie over het toetsingsverbod

1.1. Inleiding

Weliswaar was Thorbecke een uitgesproken tegenstander van het toetsingsverbod, de voorstanders waren de afgelopen anderhalve eeuw rijker in aantal. Thorbecke hanteerde het zogenaamde constitutionele argument. Hij oordeelde dat bij gebreke aan de mogelijkheid wetten aan de Grondwet te toetsen, de Grondwet aan juridische kracht zou verliezen: deze «houdt op Grondwet te zijn».

Voorstanders van het toetsingsverbod stelden daar tegenover dat de wetgever als democratisch gelegitimeerde institutie soeverein behoort te zijn in het maken van formele wetten. Dit wordt het democratische argument

genoemd. De belangrijkste vooronderstelling is dat als een wettelijke bepaling en detail afwijkt van de Grondwet, hierover in het parlementaire uitgebreide discussie heeft plaatsgevonden, die door de rechter te allen tijde dient te worden gerespecteerd. Inhoudelijk is deze vooronderstelling verbonden met het argument dat het in ons staatsrechtelijk bestel niet past dat de rechterlijke macht de wetgevende macht achteraf op de vingers tikt. Dit zou afbreuk doen aan de triasgedachte (het trias-politica argument). Voorstanders zetten daarnaast ook het rechtszekerheidsargument in tegen opheffing van het toetsingsverbod: de mogelijkheid dat de rechter een door de wetgever vastgestelde wet terzijde kan schuiven, zou de rechtszekerheid van burgers ondermijnen¹. Tot het midden van de twintigste eeuw bestond er een impasse in de discussie over het toetsingsverbod, doordat de voorstanders ervan zich overheersend wisten op de tegenstanders. In 1953 is echter in de Grondwet de verplichting voor de rechter opgenomen om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten als deze niet verenigbaar zijn met de, een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties (oorspronkelijk artikel 65, nu artikel 94). Op initiatief van de Tweede Kamer, die daartoe het amendement Serrarens² aannam, is toen aanvaard 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 overigens tegen de zin van de regering, die de kwestie van de toetsing aan verdragen «nog niet rijp achtte» voor de Grondwetgever³ en wilde overlaten aan de rechtsontwikkeling. Het debat destijds in het parlement concentreerde zich vooral op het democratische argument (het primaat van de wetgever) tegenover het argument van internationale rechtszekerheid. Voorstanders van verdragstoetsing door de rechter

1 A. H. M. Dölle en J. W. M. Engels, Constitutionele rechtspraak, Groningen, 1989.

2 Bijl. Hand. II 1951/ 52, 2374, nr. 17. Overigens kwam de eis dat sprake moet zijn van «een ieder verbindende bepalingen» niet voor in de aanvankelijke bepaling. Deze eis werd in 1956 op voorstel van de regering toegevoegd, zie Bijl. Hand. 1955/56, 4133 (R 19), nr. 3.

3 MvT, 1951/1952, 2374, nr 3, p. 4

vonden dat de rechtszekerheid niet was gediend met nationaal recht waardoor bescherming tegen schendingen van internationale verdragen zou worden afgesneden. Het amendement werd in de Tweede Kamer aangenomen met 46 tegen 40 stemmen¹.

Logischerwijs zorgde aanvaarding van het amendement voor verdragstoetsing voor een ketenreactie, doordat het toetsingsverbod in een ander daglicht kwam te staan. Vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw

ontstond een rechtsgeleerd debat over de onevenwichtigheid dat rechterlijke bescherming wel is gegeven voor de grondrechten die zijn neergelegd in verdragen, maar niet kan worden geboden voor de (klassieke) grondrechten uit de eigen Grondwet². Een nieuw argument vóór de rechterlijke toetsingsbevoegdheid zag het licht: het verdragsargument.

1.2. De aanloop naar de Grondwetsherziening van 1983

Bij de grondwetsherziening van 1983 is het toetsingsverbod bestendigd in het huidige artikel 120. Dit is vooraf gegaan door uitgebreid debat, beginnend bij de Proeve van een nieuwe Grondwet uit 1966³. Daarin werd constitutionele toetsing aan de klassieke grondrechten voorgesteld⁴. Het voorgestelde artikel 78 van de Proeve luidde aldus:

1. De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen;
2. Wettelijke voorschriften vinden, behoudens het bepaalde van artikel 73⁵, geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar is met de bepalingen van hoofdstuk 1.

Volgens dit voorstel zou de rechter de betreffende wet buiten toepassing dienen te laten bij constatering van een schending van een van de bepalingen van hoofdstuk 1 van de Grondwet. De opstellers van de Proeve beargumenteerden het voorstel onder verwijzing naar de inwerkingtreding van het Verdrag van Rome. Zij constateerden dat de grondrechten in onze Grondwet een verdergaande en aanvullende betekenis hebben dan de rechtstreeks werkende verdragsrechtelijke grondrechten. Het kwam de opstellers ongerijmd voor dat de rechterlijke bescherming zich niet zou uitstrekken over het meerdere dat de eigen grondrechten te bieden hebben, terwijl die bescherming ten aanzien van de verdragsrechten wel wordt geboden. Burgers dienden ook de bijzondere bescherming van de Grondwettelijke grondrechten te kennen.

Wel maakten de opstellers van de Proeve bij de introductie van de toetsingsbevoegdheid een onderscheid tussen de in de Grondwet neergelegde grondrechten en de overige grondwettelijke bepalingen. Men achtte de algemene regel dat de wetten onschendbaar zijn namelijk van onverminderd belang. In algemene zin bleef het toetsingsverbod dan ook van kracht. Omwille van de rechtsbescherming van burgers, ook in internationaal opzicht, werd voor de klassieke grondrechten een uitzondering gemaakt. Men had daarmee voor ogen dat de rechter de bevoegdheid zou hebben de betreffende wet in een concreet geval buiten toepassing te laten, wanneer deze in botsing zou komen met een klassiek grondrecht. In hun ogen bewerkstelligde deze opzet «een juist evenwicht tussen de staatsorganen»⁵

In 1969 verscheen het Tweede Rapport van de «Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet», de commissie Cals/Donner⁷.

Deze Commissie beoordeelde de, in de Proeve voorgestelde gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod als één van de meest verstrekkende wijzigingsvoorstellen van de Proeve. De Commissie signaleerde eerst een aantal bezwaren tegen de invoering van constitutionele toetsing. Men wees erop dat constitutionele toetsing soms dwingt tot beslissingen van politieke aard, waartoe uiteindelijk de Staten-Generaal meer dan de rechter gekwalificeerd is. Ook werd erop gewezen dat formele wetten en verdragen, anders dan lagere regelgeving,

1 Zie J. F. M. Duynstee, Grondwetsherziening 1953, artikel 65 en artikel 66, tweede zin.

2 Zie bijvoorbeeld Proeve van een nieuwe Grondwet (1966) en het Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, 1969 (hierna: het Tweede rapport van de Staatscommissie).

3 Bij de behandeling van de wetsvoorstellen die tot de grondwetswijziging van 1963 hadden geleid, was door de Staten-Generaal kritiek geuit op de Grondwet, die op verschillende punten niet meer bij de tijd zou zijn. In 1963 werd een nieuwe afdeling van het ministerie van Binnenlandse zaken, de afdeling grondwetszaken, belast met de opdracht om, in overleg met een werkgroep van niet-ambtelijke staatsrechtdeskundigen (waarvan ook A.M. Donner deel uitmaakte, de

latere voorzitter van de Staatscommissie Cals/Donner), advies uit te brengen over de vraag naar de wenselijkheid van veranderingen in de Grondwet. Dit advies zou een gedachtenwisseling ter zake dienen te stimuleren. Het advies werd gegoten in de vorm van een concept van een nieuwe Grondwet en uitgebracht onder de naam Proeve van een nieuwe Grondwet. Zie de Proeve, pagina 21–23.

4 De Proeve kende alleen klassieke grondrechten, opgenomen in hoofdstuk 1.

5 Artikel 73 van de Proeve regelde dat bij wet de afkondiging van een zogenaamde uitzonderingssituatie kon worden geregeld, hetgeen onder meer tot gevolg kon hebben dat van bepalingen van hoofdstuk 1, waarin de grondrechten waren neergelegd, kon worden afgeweken.

6 De Proeve, p. 180.

7 Deze Commissie bestond uit J. M. L. Th. Cals (voorzitter), A. M. Donner (voorzitter) en 15 leden, te weten M. Albrecht, N. Cramer, H. Daudt, A. Fortanier-De Wit, J. P. A. Gruijters, J. van der Hoeven, H. J. M. Jeukens, J. M. Kan, D. H. M. Meuwissen, J. W. de Pous, J. H. Prins, Y. Scholten, D. Simons, A. J. Verbrugh en H. B. J. Witte.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 4

tot stand komen in samenwerking tussen de Staten-Generaal en de regering. Formele wetten en lagere regelgeving verschillen aldus wezenlijk van karakter. De Commissie vond dat, alhoewel ons constitutionele recht voorziet in een toetsingsbevoegdheid ten aanzien van die lagere regelgeving, dit niet zonder meer een argument is om ook formele wetten toetsbaar te maken. Totstandkoming van formele wetten vergt immers een zwaardere procedure, die met meer waarborgen is omkleed, waardoor ongrondwettige wetgeving kan worden voorkomen. Voor de tegenstanders van de toetsingsbevoegdheid in de Commissie¹) woog het politieke element in rechterlijke toetsingsbeslissingen zwaar. Zij

achten het gevaar niet denkbeeldig dat de rechter ook in individuele zaken politieke vragen zou moeten beantwoorden. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat de benoeming van rechters onder partijpolitieke druk komt te staan. Het zogenaamde verdragsargument overtuigde deze leden niet omdat zij de toetsing aan internationale verdragen, die bedoeld zijn in uiteenlopende rechtstelsels een minimumniveau van rechtsbescherming te garanderen, van een geheel ander karakter achten dan de in de Grondwet neergelegde grondrechten. Het scheppen van een constitutionetoetsingsbevoegdheid beschouwden deze leden onvoldoende verantwoord, ook nu het verleden niet had uitgewezen dat het ontbreken van die bevoegdheid een leemte veroorzaakte²

Na nauwgezette afweging kwam een meerderheid van de Commissie (11 tegen 6) echter tot de conclusie dat de voordelen zwaarder wegen dan de nadelen. Voor deze meerderheid stond voorop dat de burger zoveel mogelijk in zijn vrijheid dient te worden beschermd. Aangezien juist de klassieke grondrechten de vrijheidssfeer van de burger tegenover de overheid waarborgen, beschouwden deze leden de invoering van rechterlijke toetsingsbevoegdheid als effectief en gerechtvaardigd. Zij oordeelden dat door het algemene karakter van een wettelijke regeling, de wetgever geen of onvoldoende rekening kan houden met de uitwerking ervan in een concreet geval. De rechter bevindt zich daarentegen bij uitstek in de positie om de toepassing van een wet in concreto op zijn grondwettelijke merites te kunnen beoordelen. Waar een wet in zijn uitwerking aan de burgerlijke vrijheden tegenover de staat onvoldoende recht doet, dient de rechter in te kunnen grijpen, aldus de meerderheid van de Commissie. Daarbij komt, en ook dat pleit voor uitbreiding, dat de toetsingsbevoegdheid van lagere regelgeving had bewezen een effectief instrument in individuele rechtsbescherming te zijn. Tot slot wees de (meerderheid van de) Commissie op het verdragsargument. Nu de onschendbaarheid van wetten de facto was doorbroken door de rechtstreekse werking van het Verdrag van Rome, is het grondwettelijke toetsingsverbod een anomalie geworden die uit het staatsrechtelijk systeem zou moeten worden verwijderd³. De (meerderheid van de) Commissie kwam tot de aanbeveling om het toetsingsverbod op te heffen als de klassieke grondrechten in het geding

zijn, overeenkomstig het voorstel in de Proeve. Evenals de opstellers van de Proeve maakte de Commissie Cals/Donner een onderscheid tussen de grondrechten en de overige grondwettelijke bepalingen bij de beoordeling van de wenselijkheid van constitutionele toetsing. Anders dan bij de overige grondwettelijke bepalingen, komt de rechter bij toetsing van de klassieke grondrechten namelijk niet in het vaarwater van de staatsorganisatie terecht, noch doorkruist deze het primaat van de wetgever.

De Commissie benadrukte daarbij dat zij de toetsingsbevoegdheid toespitstop de klassieke grondrechten en de sociale grondrechten buiten beschouwinglaat. Aangezien beide categorieën grondrechten een geheel andere juridische en politieke betekenis hebben, zou rechterlijke toetsingsbevoegdheid van sociale grondrechten geheel andere implicaties hebben voor de wetgever en voor burgers.

1 Ingenomen door de leden Fortanier-De Wit, Donner, Van der Hoeven, Kan, Scholten en Witte.

2 Zie het Tweede rapport van de Staatscommissie, p. 39 en 40.

3 De leden van deze meerderheid wegen de genoemde voor- en nadelen overigens niet gelijk af. Zie het Tweede rapport van de Staatscommissie, p. 38.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 5

In de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 schaarden de achtereenvolgende kabinetten (De Jong en Den Uyl) zich achter het minderheidsstandpunt van de Commissie Cals/Donner¹. Naast de door de commissie-minderheid aangevoerde argumenten, worden daarbij onder andere genoemd de mogelijkheid van langsepende rechtsonzekerheid, van uiteenlopende interpretaties over de grondwettelijkheid van wetten door verschillende hoogste rechterlijke colleges en van vertraging en verzwaring van rechtsprocedures. Het rechtszekerheidsargument kan ook worden teruggevonden in het tweede advies van de Hoge Raad aan de

regering, naar aanleiding van het rapport van de Commissie Cals/Donner)²

Bij de mondelinge behandeling van dit onderwerp in het kader van de grondwetsherziening van 1983 werd door de regering aan de bezwarentoegevoegd dat het wetgevingsproces voldoende instrumenten bevat om te voorkomen dat ongrondwettige wetgeving het licht ziet. Instrumenten die genoemd werden zijn de ambtelijke voorbereiding en de controle van de bewindslieden op het wetsvoorstel, de advisering door de Raad van State, de behandeling door het parlement en de inbreng op het wetsvoorstel van maatschappelijke zijde.

In de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 is, met name halverwege de jaren '70 in het parlement verschillende keren mondeling en schriftelijk met de regering van gedachten gewisseld over rechterlijketoetsing. De politieke partijen waren verdeeld. Hoewel men gevoelig bleek voor het argument dat de bescherming van de vrijheidssfeer van de burger voorop dient te staan, accepteerde men in beide Kamers der Staten Generaal toch uiteindelijk in meerderheid de bestending van het bestaande stelsel. Amendementen of moties vóór invoering van een rechterlijk toetsingsrecht werden niet ingediend³.

1.3. Het Harmonisatiewet-arrest als keerpunt in de discussie⁴

Na de grondwetsherziening van 1983 bleef in de politiek en onder juristen de vraag leven of de nieuwe formulering van het toetsingsverbod betekende dat het de rechter wel was toegestaan de wet te toetsen aan fundamentele rechtsbeginselen. Immers, waar het de rechter duidelijk was verboden om de verenigbaarheid van wetten met de Grondwet te toetsen, was niet vanzelfsprekend het toetsen van wetten aan ongeschreven fundamentele beginselen uitgesloten. Onduidelijk bleef of een wet bijvoorbeeld mocht worden getoetst aan de, niet in de Grondwet opgenomen, beginselen van rechtszekerheid of vertrouwen. Ook was er verschil van mening of het een rechter was toegestaan om bij geconstateerde strijdigheid met deze beginselen, hieraan gevolgen te verbinden.

De gekozen formulering van het nieuwe artikel 120 van de Grondwet, waarin wordt gesproken van de «grondwettigheid der wetten», gaf daarover onvoldoende uitsluitel.

Met het Harmonisatiewet-arrest kwam een voorlopig einde aan deze discussie. In dit arrest kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat artikel 120

van de Grondwet toetsing van de wet aan elke hogere nationale regeling verbiedt, waaronder ook de toetsing aan algemene rechtsbeginselen diende te worden begrepen. Interessant is evenwel dat de Hoge Raad er blijk van gaf zich te realiseren dat de rechtsontwikkeling zich sinds 1983 zodanig heeft ontwikkeld dat de argumenten voor een beperkte opheffing van het toetsingsverbod aan belang hadden gewonnen. De Hoge Raad noemde het toegenomen belang van de rechterlijke toetsing van wetten aan verdragen door hetgroter wordende beroep op internationale bepalingen ter bescherming van de mensenrechten tegen de overheid. Ook wees de Hoge Raad op de ontwikkeling van de zogenaamde contra-legem jurisprudentie: als striktetoepassing van de wet te zeer tegen fundamentele rechtsbeginselen

1 Zie de Nota betreffende het beleid inzake Grondwet en Kieswet van het kabinet De Jong van 24 november 1969, Bijl. Hand. II 1969–1970, 9181, nr 13 en de Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid van het kabinet Den Uyl, Bijl. Hand. II 1972–1973, 12 944, nr. 2, en de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel 1975/1976, 13 872, p. 13–14.

2 Advies van de Hoge Raad naar aanleiding van het Tweede Rapport van de Commissie Cals/Donner, in Adviezen van politieke en maatschappelijke organen, 's-Gravenhage 1970. De Hoge Raad noemt het voorstel «onwenselijk», daar waar hij eerder, in een reactie op de Proeve, nog sprak van een «aanvaardbaar stelsel», zie Adviezen van politieke en maatschappelijke organen, 's-Gravenhage, 1969. Ook de Raad van State kan zich vinden in het regeringsstandpunt.

3 Daarbij zij aangetekend dat PvdA, KVP, ARP en GPV meer twijfels hadden bij de juistheid van het regeringsstandpunt dan VVD, CHU en PPR. Voor een uitgebreidere weergave van de diverse standpunten en parlementaire behandeling zie M.L.P. van Houten, Meer zicht op wetgeving, Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen, Zwolle 1997, P. 140 e.v..

4 HR 14 april 1989, NJ 469.

indruist in het concrete geval, blijft toepassing in dat geval achterwege)¹.

Tot slot wees de Hoge Raad er op dat de veronderstelling die aan het toetsingsverbod ten grondslag ligt – namelijk dat de parlementaire procedure voor het tot stand brengen van wetten voldoende waarborg biedt voor hun rechtsgehalte – niet meer per definitie opgaat. De Hoge Raad verwees in dat verband naar literatuur waarin de ontwikkeling van het parlementaire stelsel in monistische richting, en de daarmee gepaard gaande toenemende invloed van de uitvoerende macht op de totstandkoming van wetten, wordt beschreven.

Tegenover het voorgaande stelde de Hoge Raad echter dat, gelet op de parlementaire geschiedenis, bij de grondwetswijziging van 1983 de argumenten voor de afschaffing dan wel beperking van het toetsingsverbod door de wetgever onder ogen zijn gezien, en kennelijk te licht waren bevonden. De Hoge Raad kwam daarom tot de conclusie dat hij de hem gestelde grenzen zou overschrijden door bevestigend te antwoorden op de vraag of aan rechtsbeginselen mag worden getoetst.

Hoewel de Hoge Raad er in het Harmonisatiewet-arrest expliciet voor koos om de rechtsvormende taak aan de wetgever over te laten, gaf hij met zijn weergave van de ontwikkeling in de rechtsopvattingen aan diezelfde wetgever een duidelijk signaal af de wet te heroverwegen. Na, in eerdere adviezen aan de regering over de wenselijkheid van de afschaffing van toetsingsverbod telkens tot een negatief advies te zijn gekomen, lijkt het Harmonisatiewet-arrest er op te wijzen dat de Hoge Raad «om» is. In de jaren daarna bleek dit inderdaad het geval te zijn.

1.4. Regeringsinitiatieven in de jaren 1990

Het Harmonisatiewet-arrest blies de discussie over het toetsingsverbod in echtseleerde kring en in de nationale politiek nieuw leven in. Ook deregering bleek het signaal van de Hoge Raad op te pakken. In 1989 kondigde de toenmalige regering bij haar aantreden aan de Tweede Kamer een notitie te zenden over de wenselijkheid van constitutionele toetsing. In februari 1991 kwam de regering met een voorlopig standpunt in de Nota inzake rechterlijke toetsing dat zij voor advies voorlegde aan de

Raad van State, de Hoge Raad en diens procureur-generaal, en aan verschillende rechtsgeleerden)². De vraag die in deze nota centraal stond was niet langer òf er een vorm van constitutionele toetsing moest worden ingevoerd maar op welke wijze deze gestalte zou moeten krijgen. Meer in het bijzonder ging het de regering om de omvang van de toetsingsbevoegdheid en de tot toetsing bevoegde rechterlijke instanties.

De voorkeur van de regering leek uit te gaan naar de toevoeging van een tweede lid aan artikel 120 van de Grondwet, waarin wordt bepaald dat een wet buiten toepassing blijft als dit in strijd is met een ieder verbindende bepalingen van de Grondwet. De regering stond voor ogen dat iedere rechter die zou overwegen een wet buiten toepassing te laten op grond van het bepaalde in dit lid, een prejudiciële vraag zou dienen voor te leggen aan de Hoge Raad.

De Hoge Raad en de procureur-generaal brachten bij monde van mr. J. R Emmelink een gezamenlijk advies uit)³. Daarin werd de regering geadviseerd het toetsingsverbod op te heffen voor een aan aantal uitdrukkelijk op te sommen, overwegend klassieke grondrechten. In de hem toebedachte exclusieve positie als prejudiciële instantie zag de Hoge Raad echter niets. Hij stelde voor om de toetsing, net zoals bij de toetsing aan verdragen, over te laten aan iedere individuele rechter die daartoe wordt geroepen: de gespreide of diffuse toetsing. De Hoge Raad functioneert dan als hoogste appèlinstantie (ook in bestuursrechtelijke geschillen). De overige, gevraagde en ongevraagde adviezen die in 1991 en 1992 aan de regering ter zake werden uitgebracht, waren grotendeels van gelijke strekking)⁴.

Over het algemeen werd aangenomen dat het voorstel van de rege-

1 De toepassing van de wet, de uitwerking dus in een concreet geval – en niet de wet zelf – wordt aan het betreffende beginsel getoetst, hetgeen leidt tot het buiten toepassing laten van die wet in dat geval. Dit is dus geen zuivere toetsing van de wet zelf en wordt als zodanig in de jurisprudentie niet in strijd met artikel 120 van de Grondwet geacht.

2 Zie NJCM-bulletin, jrg 17 (1992), nr. 3, p. 233 – 307 en Handelingen NJV 1992-I, pre-adviezen van prof. mr. L. Prakke, mr. T. Koopmans en mr. J.M. Barendrecht, Toetsing, Zwolle 1992.

3 Advies van 31 oktober 1991 in NJCM-bulletin jrg. 7 (1992), p. 243–257..

4 De Nederlandse Juristen Vereniging wijdde aan het onderwerp in 1992 haar jaarvergadering, zie Handelingen NJV, 122e jaargang/ 1992, waarin de preadviezen van prof. mr. L. Prakke, mr. T. Koopmans en mr. J. M. Barendrecht, a.w..

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 7

ring tot (beperkte) opheffing van het toetsingsverbod past in de rechtsontwikkeling en terecht de al eerder gesignaleerde anomalie met de toetsingsplicht van de rechter aan verdragen (artikel 94 van de Grondwet) opheft. Verschillen van inzicht concentreerden zich met name op de, ook door de regering in haar nota opgeworpen vragen. De verschillen van inzicht leidden er ten slotte toe dat de regering van het indienen van een wijzigingswet afzag en, opnieuw, besloot de rechtsontwikkeling haar beloop te laten.

De geschiedenis herhaalde zich bij het aantreden van het kabinet Lubbers- III. De regering kondigde aan het onderwerp opnieuw te willen onderzoeken en vroeg opnieuw advies aan onder andere de Hoge Raad en de Raad van State. Maar ook dit kabinet kon niet tot een standpunt komen en in 1994 meldt de regering dat de discussie van de baan is.

Ook in 1997 was het onderwerp weer aan de orde en vroeg het kabinet om advies aan de Hoge Raad¹. Een kabinetsstandpunt bleef echter weer uit. De Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk zette in 2000 het onderwerp opnieuw op de agenda.

2. Rechtsvergelijking

2.1. Inleiding

Een korte blik over de landsgrenzen leert dat Nederland op dit moment nagenoeg het enige land is in West-Europa dat een totaalverbod kent op constitutionele toetsing. Vrijwel alle ons omringende landen kennen inmiddels constitutionele rechtspraak in één of andere vorm². Er zijn landen waar de grondwet zwijgt over constitutionele toetsing, maar waar zich in de doctrine en de jurisprudentie toch een vorm van constitutionelerechtspraak heeft ontwikkeld (bijvoorbeeld Noorwegen en Denemarken).

Ook zijn er landen die een meer of minder verstrekkende toetsingsplicht

grondwettelijk hebben vastgelegd, meestal opgedragen aan de hoogste rechter (bijvoorbeeld Ierland en Zweden). Daarnaast is er een aantal landen dat een speciaal daartoe aangewezen gerecht heeft belast met de grondwettelijke toetsing. De omvang van de toetsing kan verschillen, net als de wijze waarop wordt getoetst (preventief, vooraf en abstract, of repressief en achteraf) of de selectie van degenen die zich tot het constitutionele gerecht mogen richten (iedere burger, een lagere rechter of alleen het parlement). Maar in al deze landen (bijvoorbeeld Frankrijk, Duitsland, Spanje, Oostenrijk en België) kan een wet door de rechter vanwege strijdigheid met de grondwet worden gepasseerd.

Dölle en Engels³ schrijven de diversiteit in constitutionele toetsing toe aan een aantal factoren. Landen die een uitgebreide en zwaarwegende variant van toetsing kennen, delen dikwijls een federale of semi-federale opbouw van de staat, een turbulent staatkundig verleden en een grondwet die pas na de 19e-eeuwse verheerlijking van de wet en van de rechter als mechanische wetstoepasser («la bouche de la loi»), tot stand is gekomen. In eenheidsstaten met een lang en relatief rustig staatkundig verleden is de traditie van grondwettelijke toetsing of in lichtere mate aanwezig of zelfs afwezig, zoals in Nederland.

Internationaal wordt wel grofweg een onderscheid gemaakt tussen het Europese en het Amerikaanse systeem van constitutionele toetsing. Het meest in het oog springende verschil zou het Constitutionele Hof in het Europese systeem zijn dat de exclusieve bevoegdheid heeft wetten aan de grondwet te toetsen, terwijl het oordeel over de grondwettigheid van formele wetten in het Amerikaanse systeem tot de discretie van iedere rechter behoort. Dat dit onderscheid niet zuiver is, blijkt wel uit de hierboven weergegeven diversiteit van Europese toetsingsmodellen. Ook in een aantal Europese landen is het oordeel over de grondwettigheid van wetten aan de rechter in de gewone rechtsgang toegekend⁴, terwijl in

1 Advies van de Hoge Raad van 11 november 1997. De Hoge Raad is van oordeel dat de situatie sinds zijn advies van 31 oktober 1991 niet is veranderd en blijft bij de uitkomsten van dat advies.

2 Naast Nederland is Finland het enige land dat constitutionele toetsing exclusief aan de

wetgever opdraagt. Zie A. H. M. Dölle en J. W. M. Engels, Constitutionele rechtspraak, Groningen, 1989.

3 A. H. M. Dölle en J. W. M. Engels, a.w..

4 Genoemd kunnen worden Noorwegen, Zweden, Denemarken, IJsland en Griekenland.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 8

andere Europese landen een mengvorm bestaat van geconcentreerde toetsing bij een apart Hof en gespreide toetsing door lagere rechters)¹.

In die Europese landen waar een Constitutioneel Hof opereert, worden de leden van dat hof over het algemeen door politieke instituties gekozen en benoemd, wat vaak betekent dat de samenstelling van het Hof politiekgekleurd is. De benoeming van rechters en officieren van justitie in de Verenigde Staten is ook een politieke aangelegenheid, waardoor het onderscheid tussen het Europese en het Amerikaanse systeem verder aan helderheid inboet. Alle Europese landen die constitutionele toetsing in enigerlei vorm kennen blijven niet verschoond van de meer of minder fundamentele discussie over de verhouding tussen de rechter en de politiek (of democratie), zoals die ook het debat over de rechterlijke toetsing in ons landsinds lang domineert. Het uitgangspunt in die landen is echter niet de vraag naar de wenselijkheid van beperking, of zelfs afschaffing van constitutionele toetsing. Veeleer ligt de nadruk op de gerechtvaardigde vraag naar de wenselijke vormgeving van die toetsing in een evenwichtig systeem van checks and balances.

2.2. Duitsland

In Duitsland is één van de meest duidelijke varianten van geconcentreerde constitutionele toetsing te vinden, opgedragen aan het Bundesverfassungsgericht. De rechter is verplicht wettelijke bepalingen van federaal of deelstaatsrecht toe te passen in overeenstemming met de grondwet, de Verfassung. Als hij in een concreet geschil stuit op mogelijke grondwetschending, dient hij om het oordeel van het Bundesverfassungsgericht te verzoeken. Bij wege van deze prejudiciële procedure wordt de lopende rechtsgang onderbroken. Als er sprake lijkt van een schending van grondrechten door de overheid in een concreet geval bestaat er ook voor burgers de mogelijkheid om rechtstreeks het oordeel van het Bundesverfassungsgericht in te roepen)².

Tot slot hebben ook staatsorganen demogelijkheid om bij interpretatiegeschillen over grondwettelijke bepalingen deze voor te leggen aan dit gerecht.

Behalve deze vormen van grondwetstoetsing, is aan het Bundesverfassungsgericht ook de taak opgedragen om de verenigbaarheid van het bondsrecht en het deelstaatsrecht met de grondwet, los van een concreet geschil, te beoordelen. Deze abstracte toetsing kan worden ingeroepen door burgers (de «Popularklage») en door (een deel van) een staatsorgaan zoals de Bondsregering, een deelstaatsregering, een aantal parlementsleden gezamenlijk (een derde deel) of een gemeente (de «Parteiklage»)³.

Als het Bundesverfassungsgericht in alle bovengenoemde gevallen strijdigheid met de grondwet constateert dan is het bevoegd de betreffende wet te vernietigen. Dit oordeel is voor een ieder, dus ook voor de wetgever, bindend.

2.3. Frankrijk

Frankrijk kent sinds 1958 (de totstandkoming van de vijfde republiek) de Conseil Constitutionnel. Met de oprichting daarvan is gebroken met een lange traditie, die teruggaat tot de Franse revolutie, waarin voor rechterlijke constitutionele toetsing geen plaats was. Deze traditie wortelde in de, nog niet geheel verstomde opvatting van de rechter als «la bouche de la loi». Van oudsher bestond, en bestaat er nog altijd, de angst dat toetsing de rechter op de stoel van de wetgever zou plaatsen («gouvernement des juges»).

In de Constitutie van 4 oktober 1958 is een toetsingsstelsel gecreëerd dat is getekend door de historische omstandigheden⁴. Slechts een beperkte vorm van grondwettelijke toetsing werd verantwoord geacht ter bescherming van de scheiding tussen parlement en regering. Het Franse

1 Bijvoorbeeld Zweden, dat een aparte instantie kent voor de preventieve toetsing, en de repressieve toetsing overlaat aan iedere rechter.

2 Deze vorm van concrete toetsing wordt ingeleid door een «Verfassungsbeschwerde».

3 A. H. M. Dölle en J. W. M. Engels, a.w., p. 33.

4 J. H. Reestman, Constitutionele toetsing in Frankrijk, Nijmegen 1996.

toetsingsmodel is preventief (en dus abstract) en geconcentreerd bij de Conseil constitutionnel. De Conseil heeft de bevoegdheid om (formele) wetten op hun grondwettigheid te beoordelen maar doet dit preventief: vòòr dat de wet in kwestie wordt uitgevaardigd door de regering en vòòrdat deze verbindende kracht krijgt. Eenmaal uitgevaardigde wetten zijn voor iedereen, dus ook voor de rechter, onaantastbaar. De Conseil kanslechts door politieke organen, namelijk door de president, de eersteminister, de voorzitters van beide kamers van het parlement en – sinds 1974 – door een minimaantal van 60 afgevaardigden of senatoren van de Assemblée, worden geactiveerd. Ondanks deze beperkingen, is het bereik van de constitutionele toetsing, als een gevolg van het gepolariseerde Franse politieke klimaat en het gebruik dat parlementariërs hiervan maken, sterk toegenomen. Vrijwel ieder omstreden wetsvoorstel van de regering dat door haar parlementaire meerderheid is aanvaard, wordt door de gebundelde oppositie aan de Conseil ter toetsing voorgelegd.

Deze rol als scheidsrechter tussen de parlementaire meerder- en minderheid heeft aan het werk van de Conseil onmiskenbaar politieke lading gegeven. Het behoeft dan ook weinig verbazing te wekken dat nu in Frankrijk de discussie wordt gevoerd of de Conseil als rechter of als politiek orgaan moet worden aangemerkt.

Ongetwijfeld vervult de Conseil een politieke rol in het Franse bestel. Zijn werkwijze, ingebed in de totstandkomingsprocedure van formele wetgeving, draagt daar aan bij. Toch heeft de Conseil in zijn toetsende arbeid een beduidend andere rol dan de wetgever. Hij dient slechts de grondwettigheid, en niet bijvoorbeeld de wenselijkheid, van wetten te beoordelen en houdt zich in zoverre slechts met rechtsvragen bezig. Door de benoemingsprocedure is de samenstelling van de Conseil echter in elk geval politiek gekleurd. Deze voorziet namelijk in een drietal benoemingsgerechtigden, alle politieke organen, die volledige discretie hebben ten aanzien van de door hen te benoemen leden, en daarnaast in het lidmaatschap van rechtswege van de oud-presidenten van de republiek)¹.

2.4. Scandinavië

In Zweden is men bij de grondwetsherziening in de jaren zeventig van de vorige eeuw overgegaan tot codificatie van het in de rechtspraak erkende principe dat toetsing van de wet aan de grondwet tot de mogelijkheid dient te behoren².

Uitgangspunt in de Zweedse wetgeving is dat bepalingen die strijdig zijn met een hogere regeling (waar onder derhalve ook de grondwet) voor die hogere regeling dienen te wijken en buiten toepassing dienen te blijven. Als het echter wetten of regeringsverordeningen betreffen, kan buiten-toepassing-verklaring slechts volgen als de inbreuk «obvious and apparent» is³. Deze beperkte vorm van constitutionele toetsing is het resultaat van een compromis tussen de verdedigers van het primaat van de democratisch gekozen wetgever en degenen die individuele rechtsbescherming van de burger voorop wensten te stellen en daartoe de rechter optimaal wensten toe te rusten. De Zweedse rechtspraak heeft uitgewezen met deze enigszins open norm goed uit te moeten kunnen⁴.

Noorwegen en Denemarken kennen beiden rechterlijke toetsingsbevoegdheid op basis van het ongeschreven recht dat zich in de jurisprudentie heeft ontwikkeld en intussen stevige wortels in het staatsbestel heeft. De rechter heeft zich de bevoegdheid in deze landen zelf toegedicht want de grondwet zwijgt erover. De toetsing is gespreid (iedere gewone rechter komt de bevoegdheid toe) en concreet (alleen toetsing in voorliggende geschillen). Toetsing kan zowel op formele gronden (de totstandkoming van wetten bijvoorbeeld) plaatsvinden, maar ook op materiële gronden. Denemarken is daarin iets behoudender dan Noorwegen en beperkt de bevoegdheid van de rechter om een wet of de toepassing daarvan, niet constitutioneel te verklaren tot die gevallen waarin sprake is

1 Zie voor meer over het Franse stelsel het in noot 32 genoemde proefschrift van Reestman.

2 Zweden kent geen grondwet in de eigenlijke zin van het woord, doch drie zogenaamde «fundamentele wetten» (Grundlag) die hier gemakshalve met grondwet worden aangeduid, omdat aan deze Grundlag de status toekomt van een constitutie.

3 Hoofdstuk 11, artikel 14 van de Regeringsform (Instrument of Government),

een van de drie fundamentele wetten.
4 Zweden kent naast de hier weergegeven vorm van repressieve toetsing, ook nog een vorm van preventieve toetsing. Daartoe is een speciale juridische raad in het leven geroepen die uit rechters van de hoogste rechtscolleges bestaat en die door de regering of het parlement om advies kan (en in sommige gevallen moet) worden gevraagd.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 10

van grove fouten in de totstandkoming van die wet, of van manifeste schending van de grondwet.)¹

2.5. De Verenigde Staten

In het Amerikaanse constitutionele bestel is de «judicial review», de toetsing door de rechter van wetgeving aan de Constitutie, een essentieel en dragend onderdeel. Bij gebleken strijdigheid met de Constitutie kan de rechter de betreffende wet ongrondwettig verklaren. Deze bevoegdheid komt iedere federale rechter toe, maar het Supreme Court heeft het laatste woord. Gegeven de belangrijke plaats die de constitutionele toetsing in het bestel van de Verenigde Staten inneemt, is het verbazingwekkend dat de Amerikaanse Constitutie niet expliciet in deze mogelijkheid voorziet². Het Supreme Court heeft zich deze bevoegdheid aangemeten door interpretatie van de Constitutie in de belangwekkende uitspraak *Marbury vs Madison* (1803). Sindsdien is constitutionele toetsing niet meer weg te denken uit het Amerikaanse constitutionele systeem en uit de rechterlijke taakopvatting. Het staat voor de bescherming van het primaat van de wil van het volk, en de bescherming tegen inbreuken door de overheid daarop, zoals die is neergelegd in de Constitutie. Hoewel de behoefte aan bescherming tegen een almachtige overheid diep wortelt in de geschiedenis van de Verenigde Staten en haar Constitutie³ is de wijze waarop de Amerikaanse rechter de toetsingsbevoegdheid uitoefent, niet onomstreden. In de loop van de twintigste eeuw heeft het Supreme Court in toenemende mate blijk gegeven van grondwettelijk en politiek activisme, wat het functioneren van het instituut van constitutionele toetsing niet ten goede komt⁴. De voorbeelden waarbij het Supreme Court stuurt in grote maatschappelijke kwesties (met name ten aanzien van burgerrechten zoals de rassenscheiding en abortus), zijn legio.

Dit heeft van velerlei zijde geleid tot het verwijt dat het Supreme court aan «lawmaking» of «policy-making» doet, een fundamentele inbreuk op het beginsel dat het primaat daartoe bij «the people» ligt. Geleidelijk brengt het Hof hiermee zijn bestaansrecht onder vuur, ondanks dat lippendienst wordt bewezen aan de noodzaak van terughoudendheid en er een flink aantal jurisprudentiële criteria zijn ontwikkeld die de uitoefening van derechterlijke taak beperken. Onmiskenbaar is het Supreme Court echter uitgegroeid tot een politieke factor van betekenis. De politieke benoeming van magistraten in de Verenigde Staten is hieraan debet. De politieke kleur van de magistraat bepaalt namelijk mede of hij in een Federaal Hof, dan wel door de President van de Verenigde Staten in het Supreme Court wordt benoemd.

3. Naar constitutionele toetsing in Nederland

3.1. In tred met de Europese Unie

Een belangrijk argument voor constitutionele toetsing is gegeven in 1953 met de introductie van (het huidige) artikel 94 in de Grondwet, de mogelijkheid van verdragstoetsing. Sindsdien wordt het voortbestaande verbod op grondwettelijke toetsing door velen als een anomalie in ons staatsrechtelijke systeem beschouwd. De toetsing aan internationale verdragen is de afgelopen decennia bovendien een effectief instrument gebleken ter bescherming van de individuele vrijheidsrechten van de burger tegen de overheid. Dit blijkt ook wel uit de vlucht die de jurisprudentie op het terrein van de grondrechten de laatste decennia heeft genomen. Door het in stand houden van het grondwettelijke toetsingsverbod heeft het internationale recht een centrale positie gekregen in de nationale rechtsontwikkeling van de grond- en mensenrechten. In plaats van de Nederlandse Grondwet is in toenemende mate het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) van belang voor de

1 A. H. M. Dölle en J. W. M. Engels, a.w., p. 27–29.

2 Gesteld wordt wel dat de bevoegdheid ligt besloten in de «supremacy clause» van artikel VI (section 2) in samenhang met artikel III (section 2), zie o.m. J.H. Ferguson, *The American federal government*, p. 458.

3 Zie daarvoor uitgebreid C. M. Zoethout, *Constitutionalisme*, Arnhem 1995, p. 173–251.

4 C. M. Zoethout, a.w, p. 216 e.v..

inrichting van onze rechtsorde. Ongewild vermindert daarmee ook het rechtstatelijke belang van de grondwet voor onze samenleving. Witteveen stelt in dit verband zelfs: «Het toetsingsverbod is niet zozeer zelf een anomalie, het maakt de Grondwet tot een anomalie»¹. De rechtsfilosoof Cliteur verwoordde het zo mogelijk nog steviger: «het grondwettelijk recht wordt symbolisch recht of hoogstens een handleiding voor het erfelijk koningschap; een dode letter, grondwettelijk recht dat op een bepaald moment eenvoudigweg geen recht meer is. (...) Een interessante vraag is natuurlijk hoe lang het nog zal duren voordat de grondwet definitief zal wegglijden in vergetelheid. (...) Zij ligt aan het infuus, zieltoegend»².

Daar waar fundamentele vragen van rechtsbescherming aan de orde zijn, wordt vaker rechtstreeks verwezen naar het EVRM en naar andere verdragen waarin grond- en mensenrechten zijn neergelegd, zoals het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR).

De uitleg van de (Europese) mensenrechten door internationale of supranationale organen zoals het EHRM en het Europese Hof van Justitie werkt rechtstreeks door in ons nationale rechtstelsel door overname ervan door de nationale rechter. In navolging van Witteveen en Cliteur kan gesteld worden dat Thorbecke gelijk heeft gekregen toen hij stelde dat door het toetsingsverbod de Grondwet aan juridische kracht zou inboeten en, daarmee zou ophouden Grondwet te zijn. De beperkte betekenis van de Grondwet in de rechtsontwikkeling doet zich eens te meer voelen nu in de Europese Unie de aandacht zich concentreert op de constitutionele benadering van grondrechten.

Het op 7 december 2000 in Nice geproclameerde Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie illustreert dit. Opheffing van het grondwettelijke toetsingsverbod past in de Europese ontwikkeling van vergroting van de rechtsbescherming van de burger, die door de Nederlandse overheid als wenselijk wordt beschouwd. In het bijzonder dient dit te gelden voor de klassieke grondrechten die naar hun aard beogen de burger te beschermen tegen ongeoorloofde inmenging door de overheid.

De waarde van onze Grondwet ten opzichte van verdragsgrondrechten mag ook niet gemakkelijk worden onderschat. Het EVRM en andere mensenrechtenverdragen behelzen slechts minimumnormen van rechtsbescherming. Het staat alle verdragsstaten vrij in hun nationale wetgeving méér waarborgen te bieden.

Constitutionele toetsing doet daarbij ook recht aan het vertrouwen in de integriteit van de Nederlandse rechtspraak. Het is moeilijk te rechtvaardigen dat de Nederlandse rechter geen oordeel mag vellen over de grondwettigheid van de eigen wetten terwijl internationaal-rechterlijke colleges met rechters uit landen met zeer afwijkende rechtstelsels, die soms deels nog rechtstatelijk in ontwikkeling zijn en pas onlangs tot de Raad van Europa zijn toegetreden (zoals Moldavië en Georgië), bevoegd zijn verklaard om de rechtstatelijkheid en de eerbiediging van mensenrechten van Nederlandse wettelijke bepalingen te toetsen.

3.2. Uitdijende en diffuus wordende overheidsbevoegdheden

De afgelopen decennia is de klassieke taakstelling van de overheid, met name door de ontwikkeling van de verzorgingsstaat, veranderd. De overheid heeft er vele nieuwe taken bij gekregen met aanzienlijke effecten op de hoeveelheid en de aard van wetgeving. Paradoxaal is de verzwaring van het takenpakket van de overheid hand in hand gegaan met een terugtrek van de wetgever³. Het overheidsoptreden wordt minder door formele wetten gereguleerd, in ruil voor een vloedgolf aan (beleids)instrumentele wet- en regelgeving. In formele wetten worden doorgaans geen, enkel open of vage materiële normen neergelegd, waarbij de materiële normstelling wordt overgelaten aan uitvoerende bestuursorganen. Delegatie van regelgevende bevoegdheid en het toekennen van discretionaire bevoegdheden door de wetgever aan het

1 W. J. Witteveen, *Evenwicht der machten*, Zwolle, 1991, p. 85–86.

2 P. Cliteur: «grondwet ligt op sterven door toetsingsverbod», *NRC-handelsblad*, 15 februari 1993.

3 H. D. Stout, *De betekenissen van de wet*, Zwolle 1994.

bestuur, zijn aan de orde van de dag. Instrumentele kader- en ordeningswetgeving met open normen die door lagere overheden en anderebestuursorganen met de hen toegekende beleids- en beoordelingsruimte worden ingevuld, dragen bij aan een groeiende roep van de burger om rechtsbescherming tegen de overheid¹. De rechter is daardoor nadrukkelijker zijn stempel gaan drukken op de invulling van open bestuurlijke normen en wettelijke termen als «redelijkheid» en «billijkheid». Een deel van de rechtsvormende taak die bij de wetgever hoort is daarmee verschoven naar de rechter die veel interpretatieve vrijheid heeft gekregen. Deze ontwikkeling manifesteert zich vooral in het bestuursrecht maar ook in het straf- en het privaatrecht.

Met de veranderende aard van wetgeving is de kracht van het democratieargument tegen constitutionele toetsing sterk afgenomen. De soevereiniteit van de formele wetgever is namelijk onder druk komen te staan. De wetgever die de totstandkoming van wet- en regelgeving toetst op de verenigbaarheid met de Grondwet en de uitkomst daarvan die door de rechter dient te worden geaccepteerd, blijkt in de praktijk meer en meer een, moeilijk houdbare, formele veronderstelling te zijn. Een groot deel van de, voor burgers bindende normen en regels komt immers buiten de wetgever om tot stand. Daarmee is de formele wetgever op afstand gezet van de grondwettelijke gevolgen van een belangrijk deel van nieuwe wetgeving.

Het staat de rechter vrij lagere wet- en regelgeving te toetsen aan de wet en de Grondwet. Maar bij die toetsing zal hij zich moeten onthouden van een grondwettelijke interpretatie van de wet die er aan ten grondslag ligt.

Bovendien zal hij doorgaans in het concrete geval zich verstoken weten van de opvatting van de formele wetgever over de grondwettigheid van die wet aangezien de wetgever aan die discussie dikwijls niet of onvoldoende is toegekomen.

Echter ook in die, nog altijd talrijke gevallen dat de formele wet de belangrijkste rechtsbron is voor de rechter, is er aanleiding om de exclusiviteit van de toetsing aan de grondwet door de wetgever te relativiseren. In veel gevallen wordt de mogelijkheid van strijd met een grondwettelijke bepaling tijdens de voorbereiding van een wet namelijk niet onderkend of voorzien,

waardoor bij de totstandkoming van een wet toetsing aan de grondwet achterwege blijft)². Voor de wetgever is het bovendien vaak moeilijk, zo niet onmogelijk, om de concrete uitwerking van een wet en de rechtsvragen die daaruit kunnen voortkomen in alle concrete gevallen te voorzien en vooraf vorm te geven. Het instrument van wetswijziging schiet tekort in de individuele rechtsbescherming in concrete, bij de rechter voorliggende geschillen. Als geconstateerde ongrondwettigheid van een wet enkel door de wetgever via tijdrovende wetswijziging kan worden gerepareerd, blijft voor langere tijd de rechtsbescherming tekortschieten. Tot de wijziging wet wordt behoudt de oude wet zijn ongrondwettige uitwerking in concrete gevallen; ongrondwettigheid die door de wetgever bij de voorbereiding dikwijls niet is voorzien. Constitutionele toetsing biedt de mogelijkheid van een (relatief) snelle aanpassing van wetten op gewijzigde maatschappelijke en rechtstatelijke omstandigheden. Het staat de wetgever bovendien altijd vrij een hem onwelgevallige ingreep van de rechter te corrigeren met wetgeving die ook recht doet aan het grondrecht dat volgens de rechter in het geding is.

3.3. De machtscheiding

Het rapport van de Commissie Franken en het daarin vervatte advies ten aanzien van het toetsingsverbod (dat in de inleiding is besproken), heeft het debat opnieuw op de politieke agenda geplaatst. Het rapport was voor de Tweede Kamer aanleiding om bij de schriftelijke behandeling ervan op dit punt vele vragen aan de regering voor te leggen. De regering laat in

1 Wetgeven en de maat van de tijd, Ph.

Eijlander e.a. (redactie), Zwolle 1994.

2 Zie het advies van de Hoge Raad van 31 oktober 1991, in o.m. NJCM bulletin 17 (1992), p. 243–257 en het preadvies van mr. L. Prakke in Toetsing, preadviezen van mr. L. Prakke, mr. T. Koopmans en mr. J. M. Barendrecht, handelingen Nederlandse Juristen Vereniging 1992-I, a.w..

haar beantwoording)¹ opmerken dat opheffing van het toetsingsverbod het afgelopen decennium nog niet rijp is gebleken voor besluitvorming, maar dat de beschouwingen van de Commissie voor het kabinet aanleiding zijn om een en ander opnieuw te overwegen.

Aangezien de regering de discussie over het vraagstuk van de constitutionele toetsing op haar eigen merites en gestructureerd wil voeren heeft zij in de beantwoording van genoemde vragen een afzonderlijke notitie over dit onderwerp aangekondigd. Deze nota was aangekondigd na het zomerreces van 2001 maar blijft tot dusver uit.

De traagheid van de regering is jammerlijk. Wij kijken terug op ruim dertig jaar intensief rechtsgeleerd en politiek debat dat telkens sterker tendeert naar opheffing van het toetsingsverbod. Als daarbij de toenemende onevenredige invloed van de internationale rechter op de nationale rechtsorde, de groeiende macht van de overheid tegenover de burger en de nieuwe eisen van de informatiesamenleving worden genomen, dan wordt slecht houdbaar dat de wetgever nog het alleenrecht heeft op grondwettelijke toetsing. Grondwettelijke toetsing vindt op deze wijze alleen vóóraf en in abstracto plaats, als de toetsing al plaatsvindt.

Toetsingsrecht door de rechter in concreto vergroot de actuele betekenis van een wet en de grondrechten. Rechterlijke toetsingsbevoegdheid naast de toetsing door de wetgever zal dan ook uit een oogpunt van rechtsbescherming een belangrijke aanvulling zijn.

Dit neemt niet weg dat ook in een stelsel van rechterlijke constitutionele toetsing, de grondwettelijke beoordeling van een wet allereerst de taak blijft van de wetgever. Toetsing door de rechter in voorkomende, concrete gevallen zal daaraan steeds complementair zijn. Daarbij spreekt vanzelf dat de rechter aan de weloverwogen toetsing door het parlement in de voorbereiding van een wet grote waarde zal (moeten) toekennen. Hij dient zich terughoudender op te stellen naarmate de wetgever actiever gebruik heeft gemaakt van de hem gegunde afwegingsruimte.

Tegelijkertijd verdient het argument dat de onafhankelijke, voor het leven benoemde en niet democratisch gekozen rechter op de stoel zou gaan zitten van de democratisch gekozen en aan politieke controle onderworpen wetgever, relativisering. Anders dan dikwijls wordt gesuggereerd kent het Nederlandse staatsrecht geen absolute scheiding der machten. Onze staatsorganen functioneren niet gescheiden van elkaar, maar in een zorgvuldig gebalanceerd machtsevenwicht)². De inrichting van de overheid staat niet stil en daarmee is ook de verhouding van de wetgevende, uitvoerende en de rechterlijke macht een dynamische. Het noodzakelijke evenwicht lijkt de laatste jaren echter te verminderen als gevolg van de toenemende verschuiving van de macht van de wetgever naar het bestuur (als klassieke vertegenwoordiger van de uitvoerende macht). Een belangrijke aanwijzing hiervoor is de, eerder genoemde, terugtred van de wetgever (en dus ook van de democratisch gelegitimeerde volksvertegenwoordiging) ten gunste van het bestuur door middel van verregaande delegatie. In een systeem van machtsevenwicht dienen de checks and balances aan onevenwichtige verschuivingen tegenwicht te bieden. Waar de macht van de klassieke volksvertegenwoordiging dreigt te verminderen, dient de rechter een taak toe te komen in individuele rechtsbescherming. Ook het vaak geschetste gevaar dat de rechter die zich mengt in vragen van groot maatschappelijk belang daarmee in politiek vaarwater terechtkomt, tegen de staatsrechtelijke verhoudingen in, is betrekkelijk.

De Hoge Raad heeft in zijn advies van 31 oktober 1991 erkend dat het een vergissing is te veronderstellen dat dergelijke vragen eerder bij de wetgever

Dan bij de rechter thuishoren, als de bescherming van de burger in een concreet geschil in geding is. De betrokken belangen bij een grondwetstoetsing hoeven ook niet altijd zwaarder te wegen of verder strekkend te zijn dan die welke deel uitmaken van de rechtsvormende taak van de rechter op andere gebieden, aldus de Hoge Raad. Daarbij kunnen ook bij

1 TK 2000–2001, 27 460, nr. 2.

2 W. J. Witteveen, Evenwicht der machten. Zwolle, 1991.

de toepassing en interpretatie van gewone wet- en regelgeving zwaarwegende maatschappelijke belangen in het geding zijn. In de Nederlandse rechtstraditie blijkt de rechter over het algemeen bescheiden vorm te geven aan zijn plaats in het machtsevenwicht door grenzen te stellen aan zijn rechtsvormende taak bij de interpretatie van wetten. Naarmate de wetgever meer met open en gelede normstellingen werkt verschuift die taak wel meer naar de rechter. De rechter heeft dienaak in ingewikkelde maatschappelijke discussies opgepakt, maar voornamelijk in die gevallen waarin de wetgever dat meer of minder expliciet aan hem heeft overgelaten. Te denken valt aan de jurisprudentie op het gebied van euthanasie en het stakingsrecht. Naar de opvatting van de ondergetekende schept opheffing van het constitutionele toetsingsverbod voor de rechter dan ook geen competentiestrijd tussen de wetgever en de rechter over de beoordeling van de grondwettelijkheid van een wet. Een voorwaarde is evenwel dat de wetgever blijft doen wat hij altijd al deed en dit wellicht zelfs intensiever doet dan voorheen: namelijk er voor te waken dat ongrondwettelijke wetgeving het licht ziet.

3.5. De rechtszekerheid

Tegen opheffing van het toetsingsverbod wordt vaak ingebracht dat dit de rechtszekerheid van burgers niet ten goede komt. Van een eenmaal in werking getreden wet zal dan de onzekerheid kunnen blijven bestaan dat de rechter deze op enig moment alsnog in strijd met de grondwet acht.

Deze onzekerheid is met de invoering van een vorm van constitutionele toetsing onvermijdelijk maar raakt eerder het principe van rechterlijke toetsing in het algemeen, dan dat het een overtuigend argument tegen constitutionele toetsing in het bijzonder is¹. Dezelfde vorm van rechtsonzekerheid bestaat namelijk al doordat de rechter wetten aan verdragsgrondrechten toetst. Tot op heden heeft dit niet tot onaanvaardbare, voortdurende rechtsonzekerheid over de geldingskracht van nationale wetgeving geleid. Het ligt niet in de rede aan te nemen dat toetsing aan onze eigen grondrechten veel verder strekkende gevolgen zal hebben. En hetzelfde geldt voor de al bestaande bevoegdheid van de rechter omlagere wet- en regelgeving te toetsen. Wel dient uitdrukkelijk de schijn te worden vermeden dat een wet «vogelvrij» is zolang deze niet de grondwettelijke zegen van de rechter heeft. De enkele

mogelijkheid van rechterlijke toetsing doet aan de geldingskracht van een wet niet af. Dat zou onderschatting van de taak en de arbeid van de wetgever zijn en miskenning van de complementaire taak van de rechter. In het geval dat een rechter in een voorliggende zaak een (onderdeel van) een wet toch strijdig met een grondrecht oordeelt, betekent dit ook niet dat de wet en allerechtsgevolgen die deze tot dan toe heeft gehad, te niet worden gedaan.

De rechter krijgt immers niet de mogelijkheid de wet te vernietigen. De wet wordt slechts aangetast voor zover de geconstateerde strijdigheid dat vereist. De rechter zal dan in een concreet geval de wet in zoverre buitentoepassing kunnen laten. In de rechtspraak zijn inmiddels verschillende technieken ontwikkeld om aan een geconstateerde strijdigheid beperkte rechtsgevolgen te verbinden. Deze variëren bijvoorbeeld van het categoriaal buiten toepassing laten van een wet in bepaalde, specifiek genoemde gevallen, terwijl de wet voor het overige volledig van kracht blijft, tot het stellen van een termijn aan de wetgever om het probleem zelf op te lossen alvorens aan strijdigheid met een grondrecht gevolgen te verbinden².

Verwacht mag worden dat de rechter, met inachtneming van zijn rol in het staatsbestel, deze instrumenten zal inpassen. Het initiatief tot het structureel opheffen van een geconstateerde strijdigheid, tot vernietiging of verandering van een wet, blijft te allen tijde primair bij de wetgever.

Gelet op de rechterlijke vrijheid die ons rechtstelsel kent is denkbaar dat verschillende rechters tot verschillende oordelen zullen komen over de

1 Zo merkt ook de Hoge Raad op in zijn meergenoemde advies van 31 oktober 1991.

2 Zie ook hiervoor het buitengewoon nuttige advies van de Hoge Raad van 31 oktober 1991.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 15

grondwettigheid van een wet. Op het oog valt dit het meest eenvoudig te verhelpen door te kiezen voor een vorm van geconcentreerde toetsing, waarbij deze wordt opgedragen aan één daartoe aangewezen – al dan niet nog in het leven te roepen – rechterlijk college. Dit wetsvoorstel voorziet

daarin echter niet. Gekozen is voor een systeem van gespreide toetsing waarbij iedere rechter zelfstandig kan oordelen over de verenigbaarheid van een wet met een van de genoemde grondrechten. In de volgende paragraaf zal deze keuze worden toegelicht.

4. Gespreide toetsing

Een systeem van gespreide toetsing behelst de keuze voor de toetsingsbevoegdheid van iedere rechter. Daarbij worden, ook bij constitutionele toetsing, de gescheiden rechtsgangen (straf-, civiel -, bestuurs-, en fiscaalrecht) met hun afzonderlijke hoogste rechtscolleges in stand gelaten. Nadrukkelijk wordt dus niet gekozen voor een systeem waarin de constitutionele toetsing in handen wordt gelegd van een nog in het leven te roepen constitutioneel hof of een daartoe aan te wijzen reeds bestaand rechterlijk college. Evenmin wordt gekozen voor het systeem dat de regering in de besproken conceptnota inzake rechterlijke toetsing van februari 1991 voor ogen stond: een lagere rechter dient zich bij een geconstateerde schending te wenden tot een daartoe aan te wijzen rechterlijk college voor prejudicieel advies alvorens zelf vonnis te wijzen.

Voor de keuze van gespreide toetsing zijn verschillende argumenten van doorslaggevend belang. Voorop staat dat gespreide toetsing past in het bestaande rechtsstelsel waarbij iedere rechter lagere rechtsnormen (en daarmee vanzelf ook algemeen verbindende voorschriften) toetst op verenigbaarheid met hogere. Ook de toetsing aan internationaal recht valt al in dit kader en is, zoals eerder werd opgemerkt, een aan iedere rechter toekomende bevoegdheid. Ondergetekende beschouwt het als onwenselijk om twee stelsels naast elkaar te introduceren: terwijl voor de toetsing aan internationaal recht het systeem van gespreide toetsing in stand wordt gelaten, zou voor constitutionele toetsing een geconcentreerdtoetsingsstelsel worden geïntroduceerd. Dat zou namelijk een spagaat in de rechterlijke competentie kunnen opleveren die de rechterlijke macht en de rechtspleging kan ontwrichten. Daarbij moet bedacht worden dat als een verdragsgrondrecht in het geding is, in veel gevallen ook een constitutioneel grondrecht van gelijke strekking in geding is of kan zijn en vice versa. Er is dan ook geen sprake van zuiver van elkaar te onderscheiden toetsingsgronden. Het verdient de voorkeur voor beide toetsingsgronden hetzelfde toetsingsstelsel te hanteren.

Het systeem van gespreide toetsing aan internationaal recht functioneert bovendien naar behoren. Er zijn geen inhoudelijke redenen aan te voeren om die toetsing bij de lagere rechters weg te halen. Integendeel, het argument dat het juist deze rechter is die het beste in staat is tot het bieden van effectieve individuele rechtsbescherming aan de burger doet hier opgeld. Voor de toetsing aan een belangrijk deel van internationaal recht, namelijk aan het EU-recht, geldt zelfs dat geconcentreerde toetsing juridisch onmogelijk is. Dat zou in strijd komen met het Europeesrechtelijkstelsel zoals dat wordt uitgelegd door het Europese Hof van Justitie. Dat heeft namelijk uitgemaakt dat elke nationale rechter verplicht is bepalingen van gemeenschapsrecht toe te passen en daarmee strijdige nationale wetgeving, eventueel na prejudicieel advies, buiten toepassing te laten¹. Zelfs als zou het wenselijk worden bevonden, kan deze bevoegdheid de lagere rechter niet worden ontnomen. Indien geopteerd zou worden voor één geconcentreerd toetsingsstelsel zou voor toetsing aan Europees gemeenschapsrecht dus een uitzondering moeten worden gemaakt. Dat zou alsnog leiden tot naast elkaar functionerende toetsingsstelsels. Eén stelsel van geconcentreerde toetsing voor zowel de constitutionele

1 HvJ EG 9 maart 1978, Jur. 1978, p. 629 (Tweede Simmenthal-arrest).

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 16

toetsing als die aan internationaal recht zou daarnaast het belangrijke nadeel hebben dat dit de feitelijke beslechting van geschillen in de gewone rechtsgang, vertraagt. Ieder rechtsgeding waarin een toetsingsvraagstuk aan de orde komt zal immers moeten worden onderbroken teneinde die toetsing bij de bevoegde instantie te doen plaatsvinden. Daar waar het spoedeisende procedures betreft of de redelijke termijn van een berechting in het geding dreigt te raken, klemt dit eens te meer. Bovendien valt te voorzien dat de hoeveelheid zaken waarin toetsing aan internationaal recht een rol speelt, en waarvan mag worden verwacht dat dit in de toekomst slechts in belang en omvang zal toenemen, de toetsingsinstantie zwaar zal belasten,

wat tot verdere vertragingen zal leiden en uiteindelijk wellicht aan behoorlijke rechtspleging in de weg kan staan.

Tot slot kan worden opgemerkt dat de keuze voor gespreide toetsing het meest soepel kan worden ingepast in de bestaande rechterlijke organisatie. Iedere rechter is al vertrouwd met de verdragstoetsing en de stap naar constitutionele toetsing is dan ook inhoudelijk voor de rechter goed te overzien. Daarnaast vergt gespreide toetsing geen aanpassing van de structuur en de organisatie van de rechterlijke macht. In het licht van de recente veranderingen in de organisatie als een gevolg van de Wet op de Raad voor de Rechtspraak en de Wet Organisatie en bestuur gerechten, waardoor de verhoudingen zich nog opnieuw moeten zetten, zal gespreide toetsing op een voor de rechterlijke macht verder weinig belastende manier op een korte termijn gestalte kunnen krijgen.

Als argument tegen deze toetsingsvariant wordt wel ingebracht dat rechtseenheid daaronder zou kunnen leiden. Zoals eerder is opgemerkt is inderdaad niet denkbeeldig dat verschillende rechters aanvankelijk tot verschillende interpretaties van een grondrecht, en haar verenigbaarheid met een wet, zouden komen. Rechtsonzekerheid door verschillende uitkomsten van rechterlijke oordelen is echter inherent aan de rechterlijke arbeid en speelt op alle terreinen van het recht, niet alleen daar waar de grondrechten in geding zijn. Uitgangspunt in de rechterlijke macht is het streven naar rechtseenheid. Daarbij hebben de diverse hoogste rechtscolleges (de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven) een corrigerende werking op elkaar. De praktijk heeft uitgewezen dat als de oordelen van de hoogste burgerlijke, en de strafrechter enerzijds en de administratieve rechter anderzijds uiteenlopen, één der rechters zijn jurisprudentie ter zake aanpast¹. Door aan alle hoogste rechtscolleges de bevoegdheid te laten tot constitutionele toetsing wordtruimte gelaten aan een natuurlijk proces van evenwichtige rechtsontwikkeling, vergelijkbaar met een vorm van «dissenting opinions»². Daarbij kan elk rechtscollege zijn bijzondere expertise aanwenden. Aanvankelijke verscheidenheid in rechtsoordelen kan juist de kracht van het systeem blijken te zijn als het eindresultaat stevig maatschappelijk verankerde rechtseenheid is.

De bij sommigen levende angst voor een gouvernement des juges wordt voorkomen als de macht van het laatste woord niet

in handen van éénrechterlijk college wordt gelegd)³. De praktijk leert dat in landen die een constitutioneel hof kennen, politisering nauwelijks is te voorkomen. Al was het alleen maar in het benoemingenbeleid. Rechterlijke onafhankelijkheid en een onafhankelijk rechterlijk oordeel blijven het beste gewaarborgd in een systeem van gespreide toetsing.

5. Sociale grondrechten, de overige bepalingen van de Grondwet

en de fundamentele rechtsbeginselen

Naar het oordeel van de ondergetekende verdient het de voorkeur het toetsingsverbod ten aanzien van de sociale grondrechten voorlopig te handhaven. De grenzen tussen de klassieke en sociale grondrechten zijn

1 M. L. P. van Houten, Meer zicht op wetgeving, a.w., p. 297.

2 C. J. A. M. Kortmann, Advies over de concept-nota van de regering van februari 1991, NJCM-bulletin 17 (1992), p. 305 e.v..

3 Zie nogmaals C.J.A.M. Kortmann, a.w..

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 17

weliswaar niet altijd even scherp meer te trekken en in hun maatschappelijke betekenis doen de sociale grondrechten niet onder voor de klassieke.

In Europees verband wordt de aandacht voor de sociale grondrechten groter en verschillende grondrechten zijn inmiddels ook in internationaal recht gecodificeerd, zoals in het eerder genoemde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Vanzelfsprekend zal dit een toetsingskader bieden voor de internationaal-rechtelijke colleges.

Niettemin is er wel sprake van een relevant juridisch onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten, zeker vanuit nationaal-rechterlijk perspectief. Klassieke grondrechten bakenen de vrijheidssfeer van de burger jegens de overheid af en scheppen daarmee een onthoudingsplicht van de overheid zich in die vrijheidssfeer te mengen. Onze sociale grondrechten daarentegen creëren, met name door de manier waarop deze zijn geformuleerd, veeleer een inspanningsverplichting van de overheid jegens de burger en de samenleving in het

algemeen. Bij de sociale grondrechten dient de overheid zich in te spannen de vrijheid van burgers actief vorm te geven door de welvaart te spreiden, werkgelegenheid te scheppen, het leefmilieu te bewaken, maatschappelijke ontplooiing mogelijk te maken en wat dies meer zij. De sociale grondrechten kunnen enkel door nadere wetgeving worden gerealiseerd en daarbij is de overheid een grote mate van politieke en beleidsmatige vrijheid gegund.

Het verschil tussen de klassieke en de sociale grondrechten, het onderscheid tussen de onthoudings- en de inspanningsplicht, heeft gevolgen voor de mate van rechtsbescherming die de rechter de burger kan geven.

De klassieke grondrechten geven de rechter een scherper en indringender toetsingskader dan de sociale grondrechten. Door de ruimte die de overheid heeft bij de verwezenlijking van de sociale rechten en de politiekebelangenafweging van het parlement daarbij, kan toetsing door de rechter aan sociale grondrechten slechts marginaal zijn.

Terwijl toetsing aan de klassieke grondrechten bij uitstek past in de groeiende behoefte aan rechtsbescherming tegen de overheid valt dit bij de sociale grondrechten ook minder gemakkelijk te verdedigen. De politiekevrijheid die de wetgever bij de realisering van sociale grondrechten heeft, zet de rechter noodgedwongen op grote afstand. De wijze van verwezenlijking van sociale grondrechten is, veel meer dan bij de klassieke grondrechten, een resultante van politieke keuzes, afwegingen en compromissen. De vraag, bijvoorbeeld, of een wet voldoende tegemoet komt aan de, in artikel 21 van de Grondwet opgenomen plicht van de overheid zorg te dragen voor bescherming en verbetering van het leefmilieu, komt ondergetekende voor als een vraag waarop het antwoord ook door de wetgever (regering en volksvertegenwoordiging) moet worden gegeven. Niet wordt ontkend dat ook een marginale toets aan de sociale grondrechten, mèt eerbiediging van het primaat van de politiek, de rechter een handvat kan bieden om effectieve rechtsbescherming te bieden. Ondergetekende meent echter dat het debat over de noodzaak en de wenselijkheid van toetsing aan de sociale grondrechten nader zou moeten worden gevoerd, alvorens te beslissen de rechter ook deze bevoegdheid te geven. Naar het oordeel van ondergetekende zijn er tot dusver onvoldoende argumenten aangedragen die pleiten voor opheffing van het toetsingsverbod op de organisatorische, de staatsinrichting betreffende bepalingen

van de Grondwet. Bovendien valt moeilijk in te zien dat de rechter uit oogpunt van individuele rechtsbescherming in het kader van concrete geschillenbeslechting snel zal worden geroepen daarover een oordeel te geven. Tot slot dient rechterlijke toetsing aan ongeschreven fundamentele rechtsbeginselen, naar de mening van ondergetekende, verboden te blijven. Deze beginselen worden over het algemeen gekenmerkt door betrekkelijk

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 18

grote vaagheid en zij lenen zich bij uitstek voor meerdere, van elkaar afwijkende, interpretaties. Over de plaats van rechtsbeginselen in de normenhiërarchie bestaat bovendien nog onvoldoende rechtsgeleerde eensgezindheid¹. De ongeschreven rechtsbeginselen bieden onvoldoende basis om de ver strekkende bevoegdheid van de rechter om wetten te passeren, te introduceren. Bovendien lijkt hiervoor, anders dan de toetsingsbevoegdheid waarin dit wetsvoorstel voorziet, onvoldoende draagvlak te bestaan. Om met Prakke te spreken: «als rechtsbeginselen zo belangrijk zijn dat zelfs de wet ervoor moet wijken, dan moeten zij maar in de Grondwet worden opgenomen»². Met andere woorden, dan ligt daar een schone taak voor de (grond)wetgever.

Artikelsgewijs

Artikel II

A

De huidige tekst van artikel 120 Grondwet wordt neergelegd in een eerste

lid. Daarin blijft de hoofdregel vervat dat de rechter niet treedt in de

beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.

B

Een tweede lid wordt toegevoegd waarin, bij wijze van uitzondering op de

hoofdregel van het eerste lid, een toetsingsbevoegdheid wordt neergelegd

voor iedere rechter aan de in dit artikellid genoemde grondwettelijke

bepalingen. In het voorgaande is reeds uitgebreid ingegaan op de keuzes

die in de gekozen formulering besloten liggen.

De selectie van de grondwettelijke bepalingen die in dit wetsvoorstel voor toetsing in aanmerking komen is tot stand gekomen op basis van de omstandigheid dat al de genoemde artikelen ofwel van oudsher worden geschaard onder de klassieke grondrechten (1 tot en met 17) dan wel als zodanig kunnen worden opgevat (de overige genoemde artikelen). Zij komt vrijwel overeen met de opsomming van de artikelen die de Hoge Raad in het eerder genoemde advies aan de regering van 31 oktober 1991 voor ogen stond³. Met de Hoge Raad moet worden geoordeeld dat een limitatieve opsomming van de voor toetsing in aanmerking komende bepalingen de voorkeur verdient boven het opnemen van een omschrijvende karakteristiek (zoals bijvoorbeeld «een ieder verbindende bepalingen »). Dit laatste zou onnodige vaagheid kunnen laten bestaan en de rechter onwenselijke interpretatieve vrijheid laten over de omvang van zijn toetsingsbevoegdheid. Naar het oordeel van de ondergetekende heeft, gelet op al het voorgaande, de opname van de artikelen 1 tot en met 17 (de klassieke grondrechten) in dit wetsvoorstel geen nadere toelichting. Aan deze opsomming zijn bepalingen toegevoegd die naar hun aard onvervreembare rechten (behoudens de in de Grondwet reeds voorziene beperkingen) aan burgers toekennen. Deze bepalingen vertonen de trekken van een grondrecht – zoals de Hoge Raad het verwoordde – en verdienen dezelfde rechterlijke bescherming als de klassieke grondrechten. Kort gezegd betreft het, het recht op rechtsbijstand (artikel 18, eerste lid) het recht van iedere Nederlander op de vrije keuze van arbeid en daarmee het verbod op

dwangarbeid (artikel 19, derde lid), de vrijheid van onderwijs (artikel 23, derde lid), het kiesrecht (artikel 54), het recht op vrijstelling van militaire dienstplicht wegens ernstige gewetensbezwaren (artikel 99)⁴, de garantie dat een vrijheidsbenemende straf slechts door de rechter mag worden opgelegd (artikel 113, derde lid), het verbod op de doodstraf (artikel 114)

1 Preadvies van mr. L. Prakke, in Toetsing, handelingen NJV 1992-I, a.w..

2 Zie zijn preadvies in Toetsing, a.w., p. 32.

3 In dit wetsvoorstel zijn de artikelen 54 en 99 aan de opsomming toegevoegd.

4 Weliswaar kennen wij thans geen militaire dienstplicht, maar de toekomst valt niet te voorspellen.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 19

en het recht op openbare terechtzittingen en gemotiveerde, openbare rechterlijke vonnissen en uitspraken (artikel 121). Deze rechten worden door de ondergetekende van zodanig belang geacht tegen inmenging door de overheid in de fundamentele vrijheden van burgers dat zij dezelfde status en daarmee dezelfde bescherming dienen te hebben als de klassieke grondrechten.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 20

BIJLAGE

De grondrechten waarop dit wetsvoorstel van toepassing is Artikel 1

Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.

Artikel 2

1. De wet regelt wie Nederlander is.
2. De wet regelt de toelating en de uitzetting van vreemdelingen.
3. Uitlevering kan slechts geschieden krachtens verdrag.
Verdere voorschriften omtrent uitlevering worden bij de wet gegeven.
4. Ieder heeft het recht het land te verlaten, behoudens in de gevallen, bij de wet bepaald.

Artikel 3

Alle Nederlanders zijn op gelijke voet in openbare dienst benoembaar.

Artikel 4

Iedere Nederlander heeft gelijkelijk recht de leden van algemeen vertegenwoordigende organen te verkiezen alsmede tot lid van deze organen te worden verkozen, behoudens bij de wet gestelde beperkingen en uitzonderingen.

Artikel 5

Ieder heeft het recht verzoeken schriftelijk bij het bevoegd gezag in te dienen.

Artikel 6

1. Ieder heeft het recht zijn godsdienst of levensovertuiging, individueel of in gemeenschap met anderen, vrij te belijden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet kan ter zake van de uitoefening van dit recht buiten gebouwen en besloten plaatsen regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.

Artikel 7

1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending.

3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlot nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.

4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 21

Artikel 8

Het recht tot vereniging wordt erkend. Bij de wet kan dit recht worden beperkt in het belang van de openbare orde.

Artikel 9

1. Het recht tot vergadering en betoging wordt erkend, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

2. De wet kan regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.

Artikel 10

1. Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.

2. De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.

3. De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens.

Artikel 11

Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.

Artikel 12

1. Het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner is alleen geoorloofd in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen.

2. Voor het binnentreden overeenkomstig het voorgaande lid zijn voorafgaande legitimatie en mededeling van het doel van het binnentreden vereist, behoudens bij de wet gestelde uitzonderingen. Aan de bewoner wordt een schriftelijk verslag van het binnentreden verstrekt.

Artikel 13

1. Het briefgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.

2. Het telefoon- en telegraafgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

Artikel 14

1. Onteigening kan alleen geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander naar bij of krachtens de wet te stellen voorschriften.

2. De schadeloosstelling behoeft niet vooraf verzekerd te zijn, wanneer in geval van nood onverwijld onteigening geboden is.

3. In de gevallen bij of krachtens de wet bepaald bestaat recht op schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade, indien in het algemeen belang eigendom door het bevoegd gezag wordt vernietigd of onbruikbaar gemaakt of de uitoefening van het eigendomsrecht wordt beperkt.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 22

Artikel 15

1. Buiten de gevallen bij of krachtens de wet bepaald mag niemand zijn vrijheid worden ontnomen.

2. Hij aan wie anders dan op rechterlijk bevel zijn vrijheid is ontnomen,

kan aan de rechter zijn invrijheidstelling verzoeken. Hij wordt in dat geval door de rechter gehoord binnen een bij de wet te bepalen termijn. De rechter gelast de onmiddellijke invrijheidstelling, indien hij de vrijheidsontneming onrechtmatig oordeelt.

3. De berechting van hem aan wie met het oog daarop zijn vrijheid is ontnomen, vindt binnen een redelijke termijn plaats.

4. Hij aan wie rechtmatig zijn vrijheid is ontnomen, kan worden beperkt in de uitoefening van grondrechten voor zover deze zich niet met de vrijheidsontneming verdraagt.

Artikel 16

Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

Artikel 17

Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.

Artikel 18

1. Ieder kan zich in rechte en in administratief beroep doen bijstaan.

Artikel 19

3. Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.

Artikel 23

2. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen.

Artikel 54

1. De leden van de Tweede Kamer worden rechtstreeks gekozen door de Nederlanders die de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt, behoudens

bij de wet te bepalen uitzonderingen ten aanzien van
Nederlanders
die geen ingezetenen zijn.

2. Van het kiesrecht is uitgesloten:

a. hij die wegens het begaan van een daartoe bij de wet
aangewezen

delict bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak is veroordeeld tot
een vrijheidsstraf van ten minste een jaar en hierbij tevens is
ontzet

van het kiesrecht;

b. hij die krachtens onherroepelijke rechterlijke uitspraak
wegens een

geestelijke stoornis onbekwaam is rechtshandelingen te
verrichten.

Artikel 99

De wet regelt vrijstelling van militaire dienst wegens ernstige
gewetensbezwaren.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 23

Artikel 113

3. Een straf van vrijheidsontneming kan uitsluitend door de
rechterlijke
macht worden opgelegd.

Artikel 114

De doodstraf kan niet worden opgelegd.

Artikel 121

Met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald vinden de
terechtzingen

in het openbaar plaats en houden de vonnissen de gronden in
waarop zij rusten. De uitspraak geschiedt in het openbaar.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 331, nr. 3 24

Bijlage 2

Begrippen

Bron Wikipedia

Trias politica

De trias politica is een uitwerking van het idee van scheiding der machten binnen een staat. Het is een politiek systeem dat werd bedacht door de verlichte Fransman Charles Montesquieu. Montesquieu heeft de term trias politica overigens nooit zelf gehanteerd.

Horizontale machtenscheiding

Trias politica houdt in dat de macht over drie gescheiden machten verdeeld moet worden:

De wetgevende macht. In Nederland zijn dat de Staten Generaal (Eerste en Tweede kamer). In België is dit de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat voor de domeinen waarvoor het federale parlement bevoegd is. Anders wordt de wetgevende macht er uitgeoefend door resp. het Vlaams parlement, het Waals parlement, het parlement van de Franstalige gemeenschap, de assemblee van het Brussels hoofdstedelijk gewest en het parlement van de Duitstalige gemeenschap.

De uitvoerende macht (de regering, in Nederland zijn dat de koningin en de ministers, in België idem (koning en ministers))

De rechterlijke macht (de rechters)

De machten hebben ieder hun eigen bevoegdheden en hebben ieder hun eigen zelfstandigheid. Al deze machten afzonderlijk hebben ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de burger verantwoordelijkheden door middel van ingebouwde controlemechanismen.

De uitvoerende macht is verantwoording schuldig aan de wetgevende macht, de wetgevende macht is vervolgens verantwoording verschuldigd aan de burgers. De burgers

hebben invloed op de wetgevende macht door middel van verkiezingen.

De rechterlijke macht controleert vervolgens de uitvoering van wetten en regelgeving. De rechterlijke macht zelf kan worden gecontroleerd door middel van openbaarheid van zittingen, openbaarheid van uitspraken, goed klachtrecht en zicht op belangenverstremgeling (nevenfunctieregisters).

Ook de ambtenarij, media en externe adviseurs worden als macht onderkend, dit wordt wel omschreven als Schaduwmacht.

Werking

In theorie is het systeem van de trias politica een van de basisprincipes van de westerse democratie. In de praktijk is een aantal fundamentele beginselen als openbaarheid van uitspraken en verbod op vermenging van functies, hoewel vastgelegd in de Nederlandse Grondwet en in verdragen als het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het EU-verdrag al dan niet terecht, minder van toepassing geworden. Zo zijn er rechters die tevens volksvertegenwoordiger zijn (zie hieronder). Met de uitspraak in de zaak B&P versus het Verenigd Koninkrijk (zie externe link) heeft Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de openbaarheid van uitspraken als absoluut principe verlaten.

Huidige situatie in België

De federale wetgevende macht maakt de wetten en controleert de uitvoerende macht. Ze wordt uitgeoefend door het parlement en de Koning. Het parlement bestaat uit twee kamers, de Senaat en de Kamer van volksvertegenwoordigers. De Kamer van volksvertegenwoordigers oefent ook enkele rechterlijke bevoegdheden uit zoals het opheffen van de onschendbaarheid en het instellen van parlementaire onderzoekscommissies. Tevens is de Kamer betrokken bij de benoemingen of de voordracht van kandidaten voor

sommige functies (raadsheer bij de Raad van State en rechter bij het Arbitragehof).

Opmerking: Het arbitragehof (grondwettelijk hof) kan op verzoek wetgeving toetsen aan de grondwet en internationale verdragen en wetten interpreteren op grond van préjudiciële vragen. Dit bestaat in Nederland niet!

De federale uitvoerende macht bestuurt het land. Ze zorgt ervoor dat de wetten in concrete gevallen worden toegepast en nageleefd. De uitvoerende macht wordt uitgeoefend door de Koning en zijn regering van ministers en staatssecretarissen. De uitvoerende macht heeft echter ook wetgevend initiatiefrecht.

De rechterlijke macht doet uitspraak over geschillen en wordt uitgeoefend door verschillende Hoven en Rechtbanken. Ze controleert ook de wettelijkheid van de daden van de uitvoerende macht.

De scheiding der machten geldt ook op het niveau van de gemeenschappen en de gewesten. Ze hebben elk een aparte wetgevende en uitvoerende macht. De rechterlijke macht wordt echter voor de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten door dezelfde instanties uitgeoefend.

Ter bescherming van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, is er sinds 2002 de Hoge Raad voor de Justitie, die kandidaten voor een benoeming in de magistratuur objectief selecteren en instaat voor een optimale opleiding van de magistraten.

Huidige situatie in Nederland

De kiesgerechtigden kiezen de leden van parlement tijdens de verkiezingen voor de Tweede Kamer. De uitvoerende macht, de regering, is verantwoording schuldig aan de wetgevende macht, door middel van ministeriële verantwoordelijkheid. De rechterlijke macht (Raad van State, rechtbanken, gerechtshoven en Hoge Raad) controleert de toepassing van wetten en regelgeving.

Een belangrijk handvat waarmee het parlement invloed kan uitoefenen op de regering is de (ongeschreven) vertrouwensregel. Dit wil zeggen dat als het parlement geen vertrouwen meer heeft in de regering het parlement de mogelijkheid heeft een motie van wantrouwen in te dienen en zo de regering te dwingen om op te stappen als de motie wordt aangenomen. Verder bestaat deze vertrouwensregel ook tussen de regering en de Eerste Kamer.

De verenigbaarheid van een functie als lid van de Tweede Kamer en als rechter kan dubieus zijn in het licht van de trias politica. Zo waren in Nederland Boris Dittrich en Aleid Wolfsen rechters en tevens Tweede Kamerlid; Boris Dittrich is rechter met buitengewoon verlof bij de rechtbank te Alkmaar. Inmiddels zijn zij beide geen lid meer van de Tweede Kamer. Desalniettemin zijn er meer voorbeelden bekend van rechters die zitting hebben in wetgevende organen en vica versa. Zo zijn er ook Eerste Kamer leden die naast hun werk als volksvertegenwoordiger als 'fulltime' baan rechter zijn. Dit is duidelijk in strijd met de Trias Politica gedachte. Dit speelt onder meer bij de zogenaamde 'rechter-plaatsvervangers'. Dit zijn rechters die meestal maar enkele keren per maand zitting houden bij verschillende rechtbanken en gerechtshoven. Dit werk doen ze naast een andere baan. De rechterlijke macht werft veel rechter-plaatsvervangers om de werkdruk van 'fulltime' rechters te verminderen. Ook worden mensen met expertise op een bepaald rechtsgebied binnengehaald voor complexe zaken (denk aan hoogleraren). Keerzijde van deze praktijk is het gevaar van belangenverstremming en aantasting van objectiviteit. Niet ondenkbaar is dat een wet welke voor de rechter-plaatsvervanger ingeroepen wordt, door de politieke partij van de rechter-plaatsvervanger is afgeschoten, maar toch tot wetgeving geraakt is. Je kunt dan vraagtekens zetten bij de objectiviteit van een dergelijke rechter-plaatsvervanger m.b.t. de interpretatie van die wet.

Hoogleraar rechtssociologie De Groot-Van Leeuwen van de Radboud Universiteit in Nijmegen heeft onderzoek gedaan naar dubbelfuncties binnen de wetgevende en rechterlijke macht in Nederland. Een van haar conclusie was dat dit steeds vaker voorkomt.

Ook in Nederland wordt het principe van de openbaarheid van uitspraken niet meer als leidend principe gezien en wordt de privacy (8.1 EVRM) conform bovengenoemde uitspraak van het EHRM in het algemeen als dominant principe boven de openbaarheid gesteld.

Verder kan er kritiek uitgeoefend worden op de scheiding van machten binnen instituties in Nederland. Een voorbeeld is de functie van de Nederlandse Raad van State, die zowel in de wetgevende macht als rechtsprekende macht ingedeeld kan worden. Na een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zag de Nederlandse staat zich gedwongen om binnen de Raad van State een Afdeling

Bestuursrechtspraak in het leven te roepen aangezien de Raad van State zich bezig hield met rechtspraak én advies gaf bij de totstandkoming van wetten. Luxemburg werd in deze uitspraak (Procola-arrest) op de vingers getikt omdat zij eenzelfde indeling had voor haar Raad van State.

Bijlage 3

Een “bloemlezing” van fouten begaan door de politie. Niet om op alle slakken zout te leggen, niet om ongenuanceerd af te geven op de politie, maar om aan te geven dat veel zaken voor verbetering vatbaar zijn. Dat veel zaken ook daadwerkelijk verbeterd moeten worden, omdat juist de politie de poortwachter van de rechtstaat is.

De slager en zijn eigen vlees

van A tot Z

Aangifte doen

Het ontbreekt de politie dikwijls aan glasheldere regels.

Politie moet aangifte opnemen

U kent zeker wel de problemen die mensen tegenkomen als zij aangifte willen doen. Bijvoorbeeld een meisje dat was aangerand. Toen zij aangifte wilde doen, werd het opnemen van haar aangifte keer op keer uitgesteld. Of de man die aangifte kwam doen van beroving en het gevoel kreeg dat hij zelf als dader werd behandeld. Sinds zijn aangifte heeft hij niets meer van de politie gehoord. Een

zeventienjarig meisje stuitte slechts op weigerachtige agenten toen ze proces-verbaal wilde laten opmaken van een aanranding.

Toch verplicht de wet de politie om aangiften op te nemen. Volgens artikel 163 lid 5 en artikel 165 lid 1 Wetboek van Strafvordering is de politie gehouden de aangifte op te nemen.

In België is het tegenwoordig zelfs mogelijk om via internet aangifte te doen van kleine misdrijven. Een voorbeeld hoe het ook in Nederland beter kan treffen we aan in Amsterdam. Daar bleken agenten bereid naar slachtoffers die ouder waren of slecht ter been zijn toe te gaan, zodat die niet meer naar het bureau hoefden te gaan om aangifte te doen.

Proces-verbaal

Helaas blijkt er ook nogal eens gerommeld te worden met een proces-verbaal. Een 50-jarige brigadier werd door de Middelburgse rechtbank veroordeeld wegens meineed. Volgens een advocaat “het topje van een ijsberg”. De Nationale Ombudsman toonde zich in een rapport uitermate kritisch over de werkwijze van de politie bij het verhoren van verdachten. Volgens de ombudsman gaat de politie bij het verhoren van verdachten vaak onzorgvuldig te werk. Verdachten kunnen in hun verklaring vaak niet kwijt wat ze kwijt willen, omdat de politie te veel uit is op een veroordeling. Aan nuanceringen en ontlastende verklaringen heeft de politie dan kennelijk minder behoefte. Gelet op de eventuele verdere procedure een zeer ernstige zaak. Advocaten dringen al jaren aan op audio- of video-opnamen van verhoren, om te kunnen toetsen of de daarvan opgemaakte processen-verbaal het verhoor goed weergeven.

(Wijk)agenten, meer blauw op straat

Aanzienlijk deel Nederlanders wil meer agenten in buurt

Volgens de Veiligheidsmonitor Rijk (VMR) van het Centraal Bureau voor de Statistiek vindt één op drie Nederlanders dat de politie niet voldoende zichtbaar is in de buurt. Twee op de drie Nederlanders geven aan minder dan één keer per week een agent te zien. De roep om “meer blauw op straat” is er al jaren, zonder zichtbaar effect helaas. Wat te denken van een politiecorps van 1000 mensen, waarvan 400 mensen binnen zitten. Zouden daar wel de juiste prioriteiten worden gesteld? De mening dat de politie ook een stuk actiever aan opsporing zou moeten doen is ook wel eens door een hoofdofficier van justitie geuit. Wie naar de burgers luistert weet dat velen daar al lang zo over denken. Was het niet zo, dat “kleine misdaad niet bestaat?”

Geen (duidelijke) protocollen

Eigen regels, eigen rechter

Agent gaat te vaak eigen gang bij conflictsituaties

Politiemensen varen te vaak een eigen koers in conflictsituaties met burgers, zoals bij uitgaansgeweld, en moeten meer gebruik maken van 'beproefde werkwijzen' om (escalatie van) geweld tegen of door de politie te voorkomen. Te vaak ontbreken nog duidelijke regels of protocollen.

Bereikbaarheid politie

Bij steeds meer politiekorpsen kunnen burgers online aangifte doen van kleine criminaliteit. Mailen met de politie lijkt echter vrijwel onmogelijk. Het online doen van

aangifte daardoor ook. Bij sommige politiekorpsen wordt dat zelfs pertinent geweigerd.

Moord, meened, valsheid in geschrifte, fraude, diefstal, nalatigheid & plichtsverzuim

Politie verzon getuige in zaak drugsbaron

In de zaak tegen drugsbaron Charles Z. heeft de politie bewijs van illegale af luisterpraktijken vernietigd. Een 'verzonnen getuige' bracht de verkregen informatie vervolgens in de rechtszaak naar voren. Zonder dat ze daarvoor toestemming had, brak de politie ook in in de boerderij van Z. en plaatste daar verschillende microfoontjes. De aldus illegaal verkregen informatie werd vernietigd, maar later door een "verzonnen getuige" toch in de strafzaak gebruikt. Daarbij zouden verschillende microfoontjes en andere af luisterapparatuur zijn geplaatst. De politie kon zo meeluisteren met drugsbaron Charles Z. en verzamelde bewijzen tegen hem. Maar omdat deze bewijzen illegaal waren verkregen, werden de opnames vernietigd, schrijft de krant. Vervolgens werd de informatie door een 'verzonnen getuige' in de strafzaak tegen Z. gebruikt.

'Politie vervalste procesprocesverbaal'.

In de zaak-Robert Hörchner gaf mr. H.C. Vermaseren onomwonden toe dat de politie in Den Bosch een vals proces-verbaal had opgesteld'.

Agent zet baan op het spel met doorspelen van informatie

Een hoofdagent van politie heeft vorig jaar het beroepsgeheim geschonden door (vertrouwelijke) informatie te verschaffen aan een burger. Hij had op het politiebureau in het geautomatiseerde systeem gekeken en speelde via zijn vrouw gegevens over openstaande

boetes en een nog uit te voeren gevangenisstraf van vier weken door.

Voor het eerst in de geschiedenis heeft de Nederlandse politie cijfers verzameld over agenten die tijdens hun werk de fout in gaan.

Het programma Zembla bracht in de uitzending 'Foute Agenten' cijfers over agenten die tijdens hun werk de fout in gaan

naar buiten. Door de uitgelekte cijfers kwamen de Zembla-onderzoekers Hetty Nietsch en André Tak tot de schokkende conclusie dat er gemiddeld twee tot drie politiemensen per week worden ontslagen wegens een vergrijp. Nietsch: „En dan hebben we het nog niet over de schorsingen, waarschuwingen of disciplinaire straffen die worden uitgedeeld. Terwijl we hier praten over stevige dingen: geweld, verkrachting, diefstal.”

Meer agenten schuldig aan strafbaar feit

Ook uit andere publicaties is gebleken dat steeds meer agenten zich schuldig maken aan strafbare feiten. Een paar voorbeelden: een rechercheur zou de Amsterdamse Hells Angels hebben getipt over een inval in hun clubhuis, een corrupte agent van de regiopolitie Groningen speelde informatie door aan een bevriende crineel, een agent weigerde hulp bij een fataal ongeluk, een politieman in Enschede reed door na een ernstig ongeval, een politieman hield zijn ex-vriendin gevangen, bedreigde haar met zijn dienstpistool en dreigde haar te vermoorden, de rechtbank veroordeelde een agent voor zware mishandeling en meeneed, een agent bekende moord op dochter, agenten grepen niet in toen in een kelder een vrouw op gruwelijke wijze werd gemarteld, twee agenten vernielden een taxi na een avondje stappen. Uit België kwam het bericht dat agenten in opspraak kwamen door het handelen in drugs en andere frauduleuze praktijken. Bovendien verdienden zij ook nog

bij op een bizarre manier. Ze ontvingen namelijk van begrafenisondernemers tot 60 euro per aangemeld lijk.

Geurproeven onbruikbaar als bewijs

Bijna 2700 geurproeven van de politiekorpsen in Noord- en Oost- Nederland zijn ongeldig. Het gaat om proeven met politiehonden die niet volgens de regels werden uitgevoerd. Het college van procureurs-generaal verklaarde dat het resultaat van deze proeven in lopende strafzaken niet meer kon worden gebruikt als bewijs.

Onbedoeld lekken via Google

Informatie van de politie belandt regelmatig op straat doordat rechercheurs gebruik maken van open bronnen op internet, zoals Google.

Grove fouten bij onderzoek

In een aantal strafzaken, onder andere de zaken Ina Post, Lucia de B, de Schiedamse parkmoord, de Deventer moordzaak, zijn bij het onderzoek en de verhoren grote fouten gemaakt, leidend tot de veroordeling van onschuldigen.

Het afluisteren van journalisten door de overheid in ons land dreigt de gewoonste zaak van de wereld te worden.

Dat hoort natuurlijk niet en is een ernstige bedreiging voor de rechten van de burger, en inbreuk op zijn vrijheid. In verband met het algemeen belang, zijn, ook in Europees verband, extra waarborgen geschapen voor wanneer dat afluisteren kan en wanneer niet.

AIVD, het openbaar ministerie en de politie worden echter nog steeds bij herhaling op deze praktijken betrappt.

De Tweede Kamer is voor een harde aanpak van lichte overtredingen.

Maar de politie en het OM lijken daar anders over te denken. Zij vinden dat daarvoor beter speciale gemeenteambtenaren kunnen worden agesteld. Waarom ontziet men de politie?! 'Wegens een te hoge werkdruk, geldgebrek of professionaliteit?'. Of is hier sprake van een 'verdeel & heers-techniek', omdat ook de politiek inziet dat de effectiviteit van het politieapparaat al jaren te wensen over laat?

Statistieken & leugens

Criminaliteit ligt in werkelijkheid drie keer zo hoog

De sterke daling van de criminaliteitscijfers die alle politiekorpsen in ons land vol trots presenteerden, lijken niet geheel in overeenstemming met de werkelijkheid. Zij vloeiden ook voort uit de afgenomen bereidheid van slachtoffers om aangifte te doen.

Privacy

Agenten gluren in pikant dossier

Meer dan tweehonderd Rotterdamse politieagenten hebben stiekem geprobeerd in te loggen in het afgeschermd, digitale onderzoeksdossier naar de vermeende verkrachting van de voormalige escortdame Sandra K. door Feyenoord-voetballer Robin van Persie. Het legertje glurende agenten had in het pikante dossier helemaal niets te zoeken, omdat het merendeel niet bij het onderzoek naar de zedenzaak betrokken was.

Conclusie

Het voorgaande is slechts een kleine greep uit de vele fouten en de misstanden bij de politie die in de afgelopen jaren in de pers naar buiten kwamen. En de reeks lijkt nog onverminderd door te gaan. Het wordt de hoogste tijd voor bezinning op het functioneren van de politieorganisatie. Daarbij zijn een paar uitgangspunten belangrijk: voldoende politiemensen, voldoende niveau, behoorlijke beloning, bekwame leiding en waar mogelijk een goede samenwerking tussen de verschillende korpsen en diensten. Bovenal zal meer dan tot nu toe de politie er blij van moeten geven ook aandacht te willen besteden aan de kleine criminaliteit, want "kleine criminaliteit" bestaat niet. Door daaraan voorbij te gaan wordt het dagelijks leven van talloze mensen verziekt en het vertrouwen in de rechtstaat ernstig ondermijnd. De politie behoort de "beste vriend" van de burger te zijn, maar heeft wat dat betreft de schijn tegen.

