



FORUM

DE VLEESPOTTEN VAN DE PARLEMENTAIRE TOETSING (EEN REACTIE OP SILLEN)

GEERTEN BOOGAARD - 29.09.2016

‘Voor welk probleem is dit de oplossing?’ Sinds Mozes een heel volk mee op woestijnreis nam, weten we dat je de zaak in beweging kunt krijgen met een goed verhaal over het beloofde land. Maar het animo daalt na verloop van tijd onherroepelijk. De herinneringen aan de slavernij vervagen, die aan de vleespotten van Egypte worden juist scherper. De zin van de hele onderneming gaat wankelen. ‘Waarom al die moeite, Mozes?’ Wie de Proeve ener Grondwet uit 1966 voor de Grondwet van na de Tweede Wereldoorlog houdt, ziet het staatsrecht van de afgelopen vijftig jaar al snel als een lange woestijnreis door de politieke opportuniteit. Dan is het niet verwonderlijk dat ter gelegenheid van het vergeten van de laatste Staatscommissie Grondwet vragen opkomen als: ‘Waarom al die moeite? Wat was ook al weer het probleem?’ Dat geldt in het bijzonder voor het weinig wilde voorstel van de Werkgroep-Proeve om de rechter toe te staan in een voorkomend concreet geval niet de wet maar de Grondwet toe te passen. Bijna alle westerse democratieën verwerkten hun oorlogsverleden in een vorm van constitutionele toetsing en ook in Nederland waren alle grote fracties in de Tweede Kamer ooit een keer voor het voorstel. Maar nooit tegelijkertijd en daarom is het er niet van gekomen. Nu de PVV en de VVD de indruk hebben gekregen dat grondrechtenbescherming een linkse hobby is, zal dat voorlopig niet veranderen. Een goede gelegenheid, kortom, om het eens over de vleespotten uit het verleden te hebben. Wat was er eigenlijk mis met toetsing van wetgeving door het parlement?

Weinig, aldus Joost Sillen tijdens een Symposium Constitutionele Toetsing in de Oude Zaal van de Tweede Kamer en onlangs in het Nederlands Juristenblad. Op verzoek van NederlandRechtsstaat.nl onderwerp ik zijn artikel aan een zogenaamde ‘article review’, inclusief reactie op de ingenomen stellingen. Dat doe ik graag, omdat het onderbouwde standpunt van een gerespecteerde collega meer verdient dan een tendentieuze inleiding over Mozes en een woestijnreis. Ik zal de argumenten van collega Sillen langslopen, afgewisseld met hier en daar een eigen opvatting, voor de gelegenheid van het debat een beetje polemisch ingestoken.

Centraal in zijn betoog staat de toetsing aan grondrechten, die Sillen naar goed gebruik splitst in het bepalen van de reikwijdte van een grondrecht enerzijds en het rechtvaardigen van de inperking daarvan anderzijds. Het eerste gaat over de vraag of het luiden van een kerkklok dan wel het bouwen van een minaret überhaupt

onder de vrijheid van godsdienst valt. Het tweede gaat over de vraag of, aangenomen dat het luiden van een klok of het bouwen van minaret inderdaad onder de vrijheid van godsdienst valt, dat gebeier of die minaret vervolgens mogen worden verboden. Het tweede is een ingewikkelde kwestie waar reeds vele dikke boeken over zijn verschenen. Wel gaat het daarbij telkens over dezelfde vragen. Wordt het grondrecht beperkt door de juiste instantie? Wordt een grondrecht beperkt volgens de juiste procedure? Wordt het grondrecht beperkt met het oog op een toelaatbaar doel? En uiteindelijk de evenredigheid: staat de beperking in verhouding tot het doel van die beperking?

Anders dan in het EVRM het geval is, zijn de beperkingsclausules in de Nederlandse Grondwet hoofdzakelijk geformuleerd als een competentievoorschrift. Het recht op vergadering en betoging wordt erkend, zegt artikel 9 Grondwet, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. Sillen leest die bepaling zo dat de wetgever de demonstratievrijheid 'volledig mag beperken zonder dat de Grondwet daaraan ook maar enige voorwaarde stelt.' Zelfs als de wet eenvoudig bepaalt dat er in het geheel niet meer gedemonstreerd mag worden, dan nog is de Grondwet volgens Sillen niet geschonden. Met dit standpunt plaatst Sillen zich in een redelijk extreme positie. Zelfs de meest verstokte positivist zal toch moeten toegeven dat de demonstratievrijheid uit de Grondwet is geredigeerd als een *hoofdregel* waarop een *uitzondering* kan worden gemaakt. Als de Grondwet had willen bepalen wat Sillen erin leest, dan had het veel meer voor de hand gelegen om dat zo te formuleren: het recht op betoging *kan* door de wet worden erkend. 'Of niet,' leest iedereen er dan wel terecht achteraan. Dat tekst van de Grondwet is op dit moment echter anders, en op basis daarvan wordt doorgaans aangenomen dat van een grondrecht altijd minimaal 'gebruik van enige betekenis' moet overblijven. Hoe dat ook zij, voor het beoordelen van de toetsing aan de grondrechten uit de Grondwet door het parlement wordt de lat niet te hoog gelegd. Behoudens de gevallen waarin de wetgever de doodstraf weer zou invoeren, zijn schendingen van de grondrechten uit de Grondwet door de wetgever in de benadering van Sillen eigenlijk nauwelijks meer te construeren.

Anders ligt het bij de beperking van de toetsing van de grondrechten uit het EVRM. Toetsing daarvan vereist een inhoudelijk oordeel over de evenredigheid van de beperking, aldus de tekst van het EVRM. Van die toetsing merkt Sillen op dat het in de kern een morele ('en daarmee hoogst politieke') afweging is waarover redelijke mensen verschillend kunnen denken. Hij illustreert dat met een voorbeeld over de aanhoudende meningsverschillen onder weldenkende studenten over het verbieden van rituele slacht. De implicatie van deze op zichzelf juiste observatie is niet onmiddellijk duidelijk. Voor de toetsing aan grondrechten gaat er de suggestie van 'your guess is as good as mine' vanuit, hoofdzakelijk om onzekere parlementariërs een hart onder de constitutionele riem te steken. Maar als deze eigenschap van grondrechtentoetsing moet worden doorgetrokken naar een institutionele bevoegdheidsverdeling, dan gaat er nogal wat rechtspleging op de

helling. Waarschijnlijk zijn de studenten van Sillen ook verdeeld over de vraag of Wilders haat zaait. Moet de Strafkamer van de Hoge Raad daarom de deuren sluiten? Is de Civiele Kamer altijd *ultra vires* als zij een uitspraak doet in een zaak waarin redelijke mensen van mening kunnen verschillen? Is niet bijna elke rechtsstrijd *juist* een strijd over zaken waarover redelijke mensen van mening verschillen? Of vellen de Strafkamer en de Civiele Kamer geen *morele* oordelen? Of vellen zij wel morele oordelen, maar zijn die dan weer niet inherent *politiek*? Wat is dan het verschil?

Het argument dat de toetsing aan het EVRM bij het parlement moet worden gelaten omdat het morele oordelen zijn waar redelijke mensen over van mening verschillen, zou wat mij betreft dus moeten worden aangevuld. Ofwel met een betoog dat er iets heel bijzonders aan de hand is met het beoordelen van de proportionaliteit van een grondrechtenbeperking wat allemaal niet speelt bij het gemiddelde civiele oordeel over redelijkheid, billijkheid danwel wat krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt. Ofwel we moeten grote delen van de rechtspleging, waar dagelijks morele oordelen worden geveld, zo snel mogelijk ook naar de volksvertegenwoordiging overhevelen, zoals destijds het idee was van een *référé législatif*.

Waar toetsing aan grondrechten uit de Grondwet door Sillen praktisch onmogelijk wordt gemaakt doordat de Grondwet in zijn lezing nauwelijks eisen meer stelt, is een werkelijke schending van de inhoudelijke eisen die het EVRM wel stelt eveneens moeilijk denkbaar. ‘Schending’ betekent voor Sillen een ‘evidente schending’, daar waar redelijke mensen niet meer van mening verschillen. Tegen deze achtergrond neemt Sillen zijn centrale stelling in: ‘wetten die evident in strijd zijn met de Grondwet of het EVRM halen het staatsblad niet’ en dus ‘gaat de grondrechtenrechtentoetsing door de Kamer goed.’ Ik vraag mij af of deze redenering hier goed verloopt. Er zijn vele feitelijke redenen waarom een wetsvoorstel het Staatsblad wel of niet haalt. De leerplicht danken wij aan de afwezigheid van het Kamerlid Schimmelpenninck die even daarvoor van zijn paard was gevallen en de donorplicht passeerde onlangs de Tweede Kamer omdat het Kamerlid Wassenberg zijn trein miste. Zegt dat iets over de kwaliteit van de parlementaire besluitvorming over deze fundamentele kwesties? ‘Het paard was slimmer dan zijn baas’, grapte men in 1900 en nu heet het dat Wassenberg wel meer gemist heeft dan zijn trein. Alvorens het resultaat te laten tellen zoals Sillen doet, moet volgens mij eerst worden vastgesteld *dat* het parlement inhoudelijk werk maakt van de grondrechtentoetsing op basis van de Grondwet. Juist daarover gaat bij voortduring de klacht. De Tweede Kamer zou er veel te weinig werk van maken en zelfs in de Eerste Kamer gaat het bij grondrechten toch vooral over het EVRM en nauwelijks over de Grondwet. Ook zonder dat dat een garantie voor de toekomst is, zegt het uiteraard iets geruststellends over de veiligheidsvoorschriften in de kerncentrale van Borssele dat er nog nooit een kernramp heeft plaatsgevonden. Behalve als niemand die voorschriften daar kent. Dan zegt het niet

meer dan dat ze gelukkig nog niet nodig zijn geweest.

Evenzo zegt het mij niet zoveel als het parlement om feitelijke en/of politieke redenen blijkbaar altijd aan de goede kant van de streep eindigt, zeker niet als die streep ruim uit zicht wordt getrokken. Grondrechtentoetsing door het parlement kan wat mij betreft pas ‘goed’ zijn als het ook een serieus punt van parlementaire debat is. Dat iets niet doorgaat, omdat de grondrechten te zwaar wegen. *Daar* zou de discussie over moeten gaan. Ik zie dan voor de rechter wel een rol weggelegd. Vermoedelijk werkt constitutionele toetsing precies zo uit als de huidige toetsing aan het EVRM: in de regel is het geen probleem, soms zal het goed zijn dat de rechter ingrijpt, soms juist niet, maar over de hele line wint de kwaliteit van de parlementaire toetsing. De rechter kan het zich helemaal niet permitteren om bij voortduring alle politieke overwegingen van de wetgever over te doen, maar zijn schaduw zal de wetgever waarschijnlijk wel veel nadrukkelijker bij de Grondwet doen stilstaan. Juist de rechter vereist dat de belangen *geïnformeerd* worden afgewogen, zoals Sillen graag zou zien.

Maar nu het de bedoeling is om ondanks het hardnekkige bestaan van artikel 120 Grondwet toch iets van de grondrechtentoetsing te maken, kan ik mij wel vinden in de genoemde voorstellen om de parlementaire toetsing te versterken. Met Sillen zou ik het jammer vinden als de Vaste Commissie Constitutionele Zaken *de facto* de grondrechtentoetsing door het parlement onder het tapijt zou vegen. Of dat noodzakelijk zal gebeuren, vraag ik mij af. De vergelijking met de Parlementaire Enquêtecommissies is hier terecht, als de gedepolitiseerde variant van het afleggen van politieke verantwoordelijkheid. Dergelijke commissies zijn inderdaad effectiever in het uitzoeken van de neutrale feiten dan in het aanwijzen van de politiek schuldige. Als er boter wordt verdeeld, dan belandt die op miraculeuze wijze vaak altijd zorgvuldig verdeeld op ieders hoofd, zodat niemand in de hoek komt te staan. Toch stelt Sillen de zaken wel heel digitaal voor. Het feitenonderzoek is niet altijd volledig waardevrij, en politieke oordelen zijn niet per se een kwestie van pure ideologie. Zaken lopen in een Parlementaire Enquêtecommissie vaak veel meer door elkaar, en daarom is een Vaste Commissie voor Constitutionele Zaken als gepolitiseerde variant van parlementaire grondrechtentoetsing een interessant experiment om de *ex-ante* toetsing van wetsvoorstellen te verbeteren. En werkt het niet, dan houden we er gewoon weer mee op.

We hebben immers altijd de Raad van State nog. Dit Hoog College van Staat loopt zich al langer warm als constitutioneel hof. Niet alleen worden de netelige kwesties van de Koninkrijksrelaties in toenemende daar ter officieuze ‘beslechting’ belegd, maar er is ook al een Constitutioneel Beraad geïnstalleerd dat het beste wat de Raad aan constitutionele kennis te bieden heeft onder één noemer brengt. Met Sillen meen ik dat de Tweede Kamer daar best wat vaker voorlichting aan mag vragen. En, zou ik eraan willen toevoegen, het zou eigenlijk voor iedereen

mogelijk moeten zijn zaak aan het Constitutioneel Beraad voor te leggen en de Raad zo tot een ongevraagd advies te verlokken. Ook dat kan allemaal zonder wijziging van de Grondwet. Een vleespot in de woestijn, om de moed erin te houden.