



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De mythes van Van der Schyff over het initiatiefwetsvoorstel-Halsema

Peters, J.A.; Boogaard, G.

Citation

Peters, J. A., & Boogaard, G. (2009). De mythes van Van der Schyff over het initiatiefwetsvoorstel-Halsema. *Nederlands Juristenblad*, 84(40), 2628-2630. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/61439>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/61439>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).


De mythes van Van der Schyff over het initiatiefwetsvoorstel-Halsema

Jit Peters , Geerten Boogaard , datum 20-11-2009

Datum

20-11-2009

Auteur

Jit Peters , Geerten Boogaard 

Vakgebied(en)

Staatsrecht / Algemeen

Internationaal publiekrecht / Mensenrechten

Wetgeving

Gw art. 120; EVRM art. 53;

NJB 2009, 1852, afl. 37, p. 2408-2414

Misschien geïnspireerd door het succes van Dan Brown deed Van der Schyff in het *NJB 2009, 1852, afl. 37, p. 2408-2414* een poging om de argumentatie van Femke Halsema vóór invoering van een beperkte vorm van constitutionele toetsing door te prikken. Althans, het 'verdragsargument' berust volgens hem op mythes. Zou dat eenmaal blijken, dan zou de rest van de argumentatie vanzelf wegzinken in het resterende drijfzand.

Het artikel zet, kortom, nogal fors in. Het loopt vervolgens echter zelf leeg tot een veel bescheidener conclusie: 'een van de meest gebruikte argumenten voor het uitbreiden van rechterlijke toetsing in Nederland roept meer fundamentele vragen op dan vaak wordt gedacht'. Die conclusie levert meteen onze eerste vraag op: 'wie denken dat?'. Dat is ook onze grootste vraag na het lezen van het stuk. Want Van der Schyff zwakt telkens zijn conclusies weer af als hij meent een mythe ontmaskerd te hebben. Het verdragsargument is in ieder geval niet 'automatisch voldoende reden', geen 'springplank', niet 'vanzelfsprekend', niet 'zo maar' en nog zo wat. Maar wie beweert dat eigenlijk? De initiatiefneemster toch niet? Als er dan al mythes ontmaskerd worden, dan zijn het toch vooral mythes die Van der Schyff zelf verzonnen heeft.

Mythe 1: eenheid van functie en doel. Van der Schyff begint met het argument dat de Grondwet een ander document is dan een verdrag. Dat is zonder meer correct. Het is zelfs een open deur. Maar daarmee hoeft de Grondwet nog niet meteen te worden weggezet als een verwaarloosbaar document. 'De Grondwet moet niet primair worden gezien als een document dat geboden bevat die bedoeld zijn om overheidsoptreden te sturen, maar veel meer als een document dat een bepaalde constitutionele praktijk bevestigt', aldus Van der Schyff. Daarmee miskent hij naar onze mening dat de Grondwet niet alleen bevoegdheden toekent maar ook 'checks and balances' inbouwt en burgers beoogt te beschermen. Niet voor niets begint de Grondwet in hoofdstuk 1 met de klassieke grondrechten. Inderdaad, een verdrag is nog geen Grondwet maar toch valt niet te ontkennen dat juist het EVRM door de toetsing van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) tegenwoordig meer een constitutioneel karakter heeft dan een traditioneel verdragskarakter. Dat geldt in het bijzonder voor Nederland. Vergelijken mag dus best.

De opmerking van Van der Schyff dat het EVRM van meet af aan bedoeld was om door de rechter te worden afgedwongen, door het EHRM, en nog wel middels '*an autonomous interpretation*' kan niet onweersproken blijven. Het EVRM was niet onlosmakelijk verbonden met de rechtsmacht van het Hof. Die moest expliciet worden erkend. Onmogelijk konden de verdragsluitende staten bevroeden welke dynamiek het verdrag zou krijgen door de uitleg van het Hof. Het Hof bepaalt wat het verdrag inhoudt door het als een levend document te beschouwen. Het is ermee op de loop gegaan op een voor 'de *founding fathers*' onvoorzienbare wijze. Het is wat stug om te stellen dat het de bedoeling was dat de staten onderworpen zouden worden aan een onafhankelijke toetsing van een supranationale instantie. Het verdrag voorziet in een minimumbescherming en zeker niet in een harmonisatie zoals Van der Schyff beweert. Art. 53 EVRM spreekt hier boekdelen.

Mythe 2: eenheid van toepassing. Volgens Van der Schyff is voor het verdragsargument vereist dat het handhaven van grondrechten hetzelfde is als het handhaven van mensenrechten. Dat doorzien wij niet onmiddellijk. Maakt het voor de Nederlandse burger veel uit of men zijn recht op vrijheid van meningsuiting een grondrecht noemt of een mensenrecht? Mag het één wel geschonden worden en het andere niet? Mag art. 7 Gw wel geschonden worden en art. 10 EVRM niet? De rechter toetst nationale voorschriften aan beide artikelen, waarbij alleen een uitzondering geldt voor de wet in formele zin. Toegegeven, de beperkingclausules in de Nederlandse Grondwet zijn veelal als competentiebepalingen geformuleerd en lenen zich minder voor toetsing door de rechter. Dat is ook in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer aangegeven. Het is ook geen nieuw argument, en voor ons zeker niet doorslaggevend. De rechter zal altijd toetsen of nog enige betekenis van het grondrecht over blijft en of er sprake is van een onevenredige beperking. Dat is geen mythe maar juist de

uitdrukkelijke bedoeling van de initiatiefneemster. En uit het *Harmonisatiewet* arrest weten we hoe zwaar de rechter in Nederland leunt op de bedoelingen van de grondwetgever.

Mythe 3: toegevoegde waarde. Ons inziens heeft constitutionele toetsing zeer zeker toegevoegde waarde. Die ligt vooral in het opwaarderen en revitaliseren van de Grondwet. De Nederlandse rechter is nu, op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad, gehouden tot tamelijk slaafse navolging van de oordelen die van de Straatsburgse Olympus worden verkondigd. Dappere burgers kunnen het Hof soms verleiden tot nieuwe, baanbrekende jurisprudentie, maar daar gaan vele jaren overheen. Er liggen immers nog stapels zaken op het Hof te wachten. Constitutionele toetsing biedt de rechter de mogelijkheid de Grondwet bij de tijd te houden. Dat is belangrijk, zeker gezien de ingewikkelde en langdurige procedure van grondwetsherziening die Nederland kent, en tevens gezien de onwil die wij bij achtereenvolgende regeringen bespeurd hebben om die procedure aan te vangen.

Een bijkomend argument is dat in een aantal gevallen onze Grondwet ook echt verdergaat dan het EVRM. Dat geeft Van der Schyff ook toe. Deze toegevoegde waarde is niet beperkt tot de onderwijsvrijheid, maar betreft bijvoorbeeld ook het censuurverbod uit art. 7 Gw. Al deze voorbeelden zijn in de toelichtende stukken van het initiatiefwetsvoorstel-Halsema te vinden.

De opmerking van Van der Schyff dat het tekortschieten van ons parlement bij toetsing aan de Grondwet niet gecompenseerd moet worden door rechterlijke toetsing maar door zelfreflectie van het parlement doet buitengewoon naïef aan. Het parlement besteedt, in navolging van de regering, meer aandacht aan het EVRM dan aan de Grondwet, simpelweg omdat het EVRM door de rechter gehandhaafd wordt en onze Grondwet niet.

Helaas compenseer je dat niet met zelfreflectie. Exemplarisch is wat ons betreft een opmerking van een VVD-senator tijdens het debat over het voorstel-Halsema. Zij stelde, enigszins dramatisch: 'De oplossing voor de vermeende achterblijvende kwaliteit van de wetgever ligt niet in het ontmantelen van zijn macht, niet in het uithollen van zijn functie, maar in het aanreiken van instrumenten om de kwaliteit van het uitoefenen van zijn functie te verbeteren. (...) Begin volgend jaar al praten wij met de minister van Justitie over het onderwerp wetgevingskwaliteit.' Wie dat debat over wetgevingskwaliteit (van 10 februari van dit jaar) leest, moet toch constateren dat het overal over ging, behalve over toetsing aan de Grondwet. Het woord 'Grondwet' werd er minder dan tien keer in de mond genomen, en niet eenmaal in verband met toetsing door het parlement.

Het voorgaande hoeft ook niet te verbazen. De toetsing aan de Grondwet wordt nu verricht door politici. Die zijn per definitie niet onpartijdig. De rechter is dat wel. Het voorstel-Halsema pleit er overigens niet voor om de toetsing door de wetgever af te schaffen of irrelevant te maken. Integendeel. Wat het voorstel beoogt is introductie van een aanvullende toetsing naast die van de wetgever, niet in plaats van die van de wetgever. Rechterlijke toetsing kan wat ons betreft de toetsing door de wetgever alleen maar beter maken.

Constitutionele toetsing is uiteindelijk ook een vorm van rechtsbescherming tegen de formele wetgever. Ook die maakt fouten. Dat blijkt wel uit het *Harmonisatiewet* arrest en uit veroordelingen in Straatsburg. Onlangs bleek weer dat we van de regering als medewetgever niet een al te nauwkeurige naleving van de Grondwetsbepalingen hoeven te verwachten. Althans, het voorstel (*Kamerstukken* 31 956) om de eilandsraden van Bonaire, Saba en Sint Eustatius kiesrecht te geven voor de Eerste Kamer is vrij evident in strijd met art. 55 Gw. Dit artikel komt niet in het wetsvoorstel-Halsema voor, zodat we ons graag aansluiten bij de oproep van Van der Schyff dat het parlement de toetsing aan de Grondwet nooit te serieus kan opvatten. Maar voor de mogelijke discriminatie die ontstaat wanneer de op Bonaire woonachtige niet-Nederlanders door hun kiesgerechtigdheid voor de eilandsraden indirecte invloed op de samenstelling van de Eerste Kamer krijgen en de in Nederland woonachtige niet-Nederlanders niet (zie hetzelfde wetsvoorstel), willen we wel graag rechtsbescherming gebaseerd op de Grondwet bieden. Waarom zouden we weer op een uitspraak van een internationaal gerechtshof willen wachten, zoals die van het Hof van Justitie van de EG over het kiesrecht voor het Europees Parlement?

Mythe 4: onze rechterlijke organisatie is ingericht op toetsing aan de Grondwet. Dat lijkt ons toch geen mythe. Van der Schyff schrijft: 'Het klopt dat de Nederlandse rechter het internationaal recht over het algemeen succesvol toepast maar het is daarmee nog niet vanzelfsprekend dat dit met de Grondwet ook het geval zal zijn.' Wij merken op dat de rechter alle regelgeving reeds aan de Grondwet toetst, met uitzondering van de formele wet. Hij heeft met toetsing aan de Grondwet zelfs langere ervaring dan met toetsing aan het EVRM.

Is er behoefte aan een constitutioneel hof als coördinator, zoals Van der Schyff beweert? Ook deze vraag is uitvoerig besproken bij de behandeling van het wetsontwerp en daarover hebben ook de Raad van State en de Hoge Raad geadviseerd. Om daar kort op in te gaan: de Belgische ervaring leert ons dat het uiterst onwenselijk is dat iedere rechter toetst aan het EVRM en alleen het constitutionele hof aan de Grondwet. Er zal dan vaak een competentiegeschil ontstaan als de materie van de grond- en mensenrechten gelijk is (zie het preadvies van Jan Velaers voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 2008). Om ook de toetsing aan het EVRM bij een constitutioneel hof te leggen brengt een grotere rechtsbescherming verder van huis.

Wat zien wij dan als het 'verdragsargument'? Vooral dit: het constitutioneel toetsingsverbod is een uitzondering op de hoofdregel van de verdeling van de rechtsprekende en wetgevende macht. De vanzelfsprekende rol van de rechterlijke macht als toetsers van lager recht aan hoger recht wordt door art. 120 Gw beperkt. Toch heeft dat nooit betekend dat de

rechter niet aan de Grondwet mocht toetsen; bij lagere regelingen was dat immers wel toegestaan. De (formeel) *wetten* moesten echter onschendbaar blijven, zoals de voorlopers van art. 120 het ook formuleerden. De wetgever moest zijn eigen rechter blijven. Sinds de rechterlijke macht steeds enthousiaster wetten aan verdragen is gaan toetsen (ook aan verdragen waar geen *visible hand* van een internationaal hof bestaat, zoals het IVBPR of zelfs het naar aanleiding van een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep opgezegde zesde deel van de Europese Code inzake sociale zekerheid) is dat argument aan het afbrokkelen. De overtuigingskracht van een bepaling, die in wezen een uitzondering is, dus ook. Misschien is het daarom beter van het 'anomalie-argument' te spreken.

Dat Van der Schyff overigens helemaal niet zo stellig is, blijkt wel als hij zich uiteindelijk kan voorstellen dat de rechter wel aan art. 23 Gw gaat toetsen. En met zijn voorstel om een 'interpretatierichtsnoer' in de Grondwet op te nemen beoogt hij een dynamiek waarbij de nationale rechter grondrechtenbescherming mede vormgeeft op basis van de eigen nationale constitutie. Dat zijn precies de doelen die het wetsvoorstel-Halsema volgens ons ook dient.

Natuurlijk zijn er ook tegenargumenten. De vraag in hoeverre onze eigen Grondwet nu eigenlijk 'toetsbaar' is springt daarbij het meest in het oog. Toch lijken noch de Hoge Raad, noch de Raad van State, noch het Bundesverfassungsgericht of het Belgische Constitutioneel Hof ooit een onoverkomelijk probleem in tamelijk formele beperkingsclausules te hebben gezien. Maar tegenargumenten kunnen naar onze overtuiging gewoon worden afgewogen tegen andere argumenten. Daar is niets mythologisch aan.

Voetnoten

[*]

Prof. mr. J.A. Peters is hoogleraar staatsrecht, Universiteit van Amsterdam.

[**]

Mr. G. Boogaard is junior docent staatsrecht, Universiteit van Amsterdam. Beiden zijn opgetreden als adviseur van Femke Halsema bij de verdediging van het wetsontwerp.