



# Rol en betekenis van de Grondwet

mr. dr. J.C.A. de Poorter en  
mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen

Aanbevolen citeertitel:

J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2010.

## Colofon

Ontwerp en opmaak: Frans Gijzemijter, Waddinxveen  
Druk: OBT bv, Leiden

© 2010 Raad van State, Den Haag

ISBN 978-94-90830-01-4

Alle rechten voorbehouden: niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad van State (Postbus 20019, 2500 EA Den Haag).



**Deel I**

**Constitutionele toetsing aan grondrechten in het wetgevingstraject 13**

door H.J.Th.M. van Roosmalen

1 Inleiding	15
2 Opzet van het onderzoek	15
2.1 Aanleiding	15
2.2 Onderzoeksvragen	16
2.3 Onderzoeksmethoden	16
3 Interpretatie door de Raad van State	17
3.1 <i>Methoden van interpretatie</i>	18
3.1.1 Een waaier van methoden	19
3.1.2 Artikel 1 van de Grondwet	20
3.1.3 Artikel 6 van de Grondwet	25
3.1.4 Artikel 7 van de Grondwet	28
3.1.5 Artikel 10 van de Grondwet	32
3.2 <i>Gevolgen van interpretatie</i>	35
3.2.1 Geen oordeel	35
3.2.2 Een impliciet oordeel	35
3.2.3 Een niet-rechtstreeks oordeel	36
3.2.4 Een oordeel louter over de wenselijkheid van een (nadere) toelichting	37
3.2.5 Een expliciet oordeel dat er geen strijd is	38
3.2.6 Een oordeel dat er geen strijd is, maar dat toelichting wenselijk is	39
3.2.7 Een oordeel dat er spanning is - of woorden van gelijke strekking	39
3.2.8 Een oordeel dat er strijd is	40
3.3 <i>Rationes voor het maken van een adviesopmerking</i>	41
3.3.1 Anticipatie	41
3.3.2 Articulatie	42
3.3.3 Transformatie	43
3.3.4 Transparantie	44
3.4 <i>Rationes voor het afzien van het maken van een adviesopmerking</i>	45
3.4.1 Abstinentie met het oog op andere actoren	45
3.4.2 Abstinentie om overige staatkundige redenen	46
3.4.3 Abstinentie vanwege gebrek aan onderlinge overeenstemming	47
3.4.4 Abstinentie om technische redenen	47
3.4.5 Articulatie	48

3.4.6 Instemming	48
3.4.7 Omissie	49
3.4.8 Translatie	51
3.5 <i>Motivering van gevolgde methoden</i>	51
3.6 <i>Tussenconclusies en bespiegelingen</i>	53
A Aard van de advisering	53
B Het proces van interpretatie: het gebruik van methoden	55
C Gevolgen van interpretatie: het (niet) maken van een adviesopmerking	56
D Zichtbaarheid van interpretatie	57
4 Interpretatie door de andere actoren in het wetgevingstraject	57
4.1 <i>Uitleg van de Grondwet in de voorbereidende fase</i>	58
4.2 <i>Uitleg van de Grondwet in de parlementaire fase</i>	60
4.3 <i>Tussenconclusies en bespiegelingen</i>	66
5 Grondwetbepalingen en mensenrechtenbepalingen	68
5.1 <i>Artikel 1 van de Grondwet</i>	68
5.2 <i>Artikel 6 van de Grondwet</i>	70
5.3 <i>Artikel 7 van de Grondwet</i>	71
5.4 <i>Artikel 10 van de Grondwet</i>	72
5.5 <i>Tussenconclusies en bespiegelingen</i>	73
6 Conclusies en aanbevelingen	74

## Deel II

### Constitutionele toetsing aan institutionele grondwettelijke bepalingen in het wetgevingstraject

77

door J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen

1	Inleiding	79
1.1	<i>Doelstelling</i>	79
1.2	<i>Onderzoeksvragen</i>	79
1.3	<i>Onderzoeksmethode</i>	80
1.4	<i>Opzet</i>	81
2	Interpretatie door de Raad van State	81
2.1	<i>Inleiding</i>	81
2.2	<i>Interpretatiemethoden</i>	83
2.3	<i>Bijzonderheden</i>	92
	A Clustering	92
	B Democratisch-rechtsstatelijke context	94
2.4	<i>Tussenconclusie</i>	97
3	Kenbaarheid van interpretatie door de Raad van State	97
3.1	<i>Inleiding</i>	97
3.2	<i>Zichtbaarheid</i>	98
3.3	<i>Rationes</i>	102
	A Aard en positionering van de advisering door de Raad van State	102
	B Reeds in deel I in kaart gebrachte rationes voor het al dan niet maken van een adviesopmerking	102
	C Rationes voor het maken van een adviesopmerking in deel II	103
	D Rationes voor het niet maken van een adviesopmerking in deel II	107
3.4	<i>Motivering</i>	108
3.5	<i>Tussenconclusie</i>	113
4	Interpretatie door de Raad van State in relatie tot de wetgever	114
4.1	<i>Inleiding</i>	114
4.2	<i>De memorie van toelichting als eerste aanknopingspunt</i>	114
4.3	<i>Twee verdere aanknopingspunten</i>	116
4.4	<i>De betekenis van interpretatie in een vroegtijdig stadium van het wetgevingstraject</i>	117
4.5	<i>Tussenconclusie</i>	126
5	Conclusies en aanbevelingen	127
5.1	<i>Conclusies</i>	127
5.2	<i>Aanbevelingen</i>	128
5.3	<i>Ter afsluiting</i>	129

## Deel III

### Constitutionele toetsing:

### versterkingsmogelijkheden en vergezichten (essay) 131

door J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen

1 Inleiding	133
2 Constitutionele toetsing nader beschouwd	134
2.1 Vooraf	134
2.2 Aard van de 'advisering' door de Raad van State (in vergelijking tot toetsing door een rechter)	135
2.3 Aard van constitutionele toetsing	139
3 Verbeterpunten binnen de bestaande adviespraktijk van de Raad van State	142
3.1 Inleiding	142
3.2 Voorbereiding	143
3.3 Helderheid, richtinggevendheid en motivering	144
3.4 Instrumentarium: onverplichte adviezen en voorlichting	145
4 Versterkingsmogelijkheden - binnen het bestaande constitutionele kader	146
4.1 Inleiding	146
4.2 Verzuimde motiveringsplicht voor de regering (optie 1)	148
4.3 De regering legt een vraag opnieuw aan de Raad van State voor (optie 2)	149
A 'Informeel wetgevingslus'	149
B Een tweede advies door de Raad van State	150
4.4 Bevoegdheid van elk van beide kamers der Staten-Generaal om een kwestie aan de Raad voor te leggen (optie 3)	151
4.5 Betrokkenheid Raad van State op een eerder moment in het wetgevingstraject (optie 4)	151
5 Vergezichten - ook voorbij het bestaande constitutionele kader?	152
5.1 Inleiding	152
5.2 Toetsing in abstracto - eerste vergezicht	153
5.3 Toetsing in concreto - tweede vergezicht	157







## Woord vooraf

Voor u ligt de tweede uitgave in de serie 'Studies en rapporten'. De eerste uitgave, 'Motivering bij rechtsvorming', verscheen in november 2009. Deze 'Studies en rapporten' belichten aspecten van het werk van de Raad van State die om speciale aandacht en verdere doordenking vragen.

In zijn beide functies, wetgevingsadvisering en bestuursrechtspraak, heeft de Raad van State te maken met de constitutie. Onder dat begrip vallen niet alleen de (geschreven) Grondwet, maar ook de ongeschreven constitutionele beginselen en het Europese constitutionele recht. In die brede zin vormt de constitutie het gemeenschappelijk fundament van de Raad. In het Jaarverslag 2009 is dat nader toegelicht.<sup>1</sup>

In dit rapport doen mr. dr. J.C.A. de Poorter en mevrouw mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen verslag van hun onderzoek naar de wijze waarop de Raad in de achterliggende jaren in zijn adviezen aandacht heeft besteed aan de Grondwet, in het bijzonder de daarin opgenomen grondrechten en institutionele arrangementen. Het rapport valt in drieën uiteen.

Het eerste deel is getiteld *Constitutionele toetsing aan grondrechten in het wetgevings-traject*. Daar wordt uiteengezet op welke wijze en in welke mate klassieke grondrechten in het gehele wetgevingsproces, en in het bijzonder in de adviezen van de Raad van State, een rol spelen.

Het tweede deel, *Constitutionele toetsing aan institutionele bepalingen in het wetgevingstraject*, geeft een beschrijving van de toetsing van wetsvoorstellen aan de institutionele arrangementen die in de Grondwet een plaats hebben gekregen. Zij hebben een wezenlijk ander karakter dan grondrechten.

In beide delen wordt, onder meer aan de hand van uitgebreid jurisprudentie-onderzoek, de vraag beantwoord hoe de Raad van State de Grondwet interpreteert, welke methode hij daarbij hanteert, wat daarvan expliciet in adviezen wordt opgenomen en of daarbij verschillen bestaan tussen de toetsing aan grondrechten of aan institutionele arrangementen.

Het derde deel, *Constitutionele toetsing: versterkingsmogelijkheden en vergezichten (essay)*, plaatst constitutionele toetsing in breder perspectief. Tegen de achtergrond van de in de delen I en II beschreven resultaten wordt in essayistische vorm een

<sup>1</sup> Jaarverslag Raad van State 2009, hoofdstuk *Eén Raad, twee functies*, blz. 51 en volgende.

verkenning uitgevoerd naar mogelijkheden voor versterking van de constitutionele toetsing in het werk van de Raad. Voorts worden enige bespiegelingen gewijd aan constitutionele toetsing in het Nederlandse staatsbestel op de middellange en lange termijn. Vanuit de gedachte dat een schoenmaker zich het best bij zijn eigen leest kan houden, staat ook bij deze (middel)langetermijnmogelijkheden de Raad van State centraal.

Ook deze uitgave verschijnt onder de naam van de auteurs. De inhoud blijft voor hun rekening en geeft niet noodzakelijkerwijs het standpunt van de Raad weer, maar biedt de Raad volop stof voor nadere bezinning. Ik wil de beide schrijvers danken voor hun grote inzet bij dit onderzoek en hen complimenteren met het resultaat. Mijn dank gaat ook uit naar de staatsraden mr. R.J. Hoekstra en mr. drs. B.P. Vermeulen die de beide onderzoekers met raad en daad terzijde hebben gestaan.

Ik ben er van overtuigd dat ook deel 2 uit de serie 'Studies en rapporten' zijn weg zal vinden naar de geïnteresseerde lezer maar bovenal dat het een bijdrage kan leveren aan de actuele bezinning over de aard en functie van de Nederlandse Grondwet, die de basis vormt van onze democratische rechtsstaat.

*H.D. Tjeenk Willink*  
*Vice-President*







# Deel I

Constitutionele toetsing aan  
grondrechten in het wetgevingstraject

door H.J.Th.M. van Roosmalen



# 1 Inleiding

Voor wie meer inzicht wil krijgen in de rol en betekenis van de huidige Grondwet, vormt de uitleg van de Grondwet een belangrijk aanknopingspunt. Een tekst krijgt immers pas betekenis, wanneer men kennis heeft van wat zij die hem uitleggen ermee doen. De drie staatsmachten leggen de Grondwet alle uit, maar normerend is deze uitleg alleen voor zover vervat in democratisch legitimeerde regelgeving of in rechterlijke uitspraken. In het huidige grondwettelijke stelsel is de rechter bevoegd te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van lagere regelgeving en besluiten, maar niet van wetten in formele zin. Constitutionele toetsing<sup>1</sup> in het wetgevingstraject, de toetsing van wetsvoorstellen door alle actoren die betrokken zijn bij de totstandkoming van wet- en regelgeving, neemt in dit stelsel daarom een extra belangrijke plaats in. De vraag rijst naar de kwaliteit en invloed van deze constitutionele toetsing, in het bijzonder voor zover verricht door de Raad van State.

Dit rapport heeft de volgende opbouw. Na een toelichting van de opzet van het onderzoek (Hoofdstuk 2), volgen hoofdstukken over interpretatie van de Grondwet door de Raad (Hoofdstuk 3) en door andere actoren in het wetgevingstraject (Hoofdstuk 4), en een analyse van de plaats die toetsing aan grondwettelijke grondrechtenbepalingen inneemt ten opzichte van toetsing aan verdragsbepalingen (Hoofdstuk 5). Daarna worden conclusies getrokken (Hoofdstuk 6). Het rapport sluit af met een aantal aanbevelingen.<sup>2</sup>

## 2 Opzet van het onderzoek

### 2.1 Aanleiding

Het in verscheidenheid samen leven in veiligheid is een grote uitdaging van deze tijd. De maatschappelijke thema's pluriformiteit en veiligheid kunnen leiden tot overheidsmaatregelen die vragen oproepen in verband met grondwettelijke rechten en vrijheden, zoals het recht op gelijke behandeling, de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging, de vrijheid van meningsuiting en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het onderzoek naar constitutionele toetsing in het wetgevingstraject richt zich vooral op deze, voor het grootste deel

<sup>1</sup> Gedoeld wordt op het constitutionele recht van nationale oorsprong. Zo blijven het constitutionele recht van de Europese Unie, met inbegrip van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, en het EVRM en andere mensenrechtenverdragen buiten beschouwing.

<sup>2</sup> De hoofdttekst is afgesloten op 18 februari 2008.

klassieke, grondrechten zoals beschermd door de artikelen 1, 6, 7 en 10 van de Grondwet.

## 2.2 Onderzoeksvragen

Dit onderzoek wil de vraag beantwoorden welke rol de Grondwet bij de totstandkoming van een aantal geselecteerde wetgevingstrajecten heeft vervuld of had behoren te vervullen en in de toekomst moet vervullen, in de eerste plaats door te kijken naar de advisering door de Raad van State en in de tweede plaats door deze te bezien in het licht van de inbreng van andere actoren in het wetgevingstraject. De centrale onderzoeksvraag valt uiteen in drie deelvragen:

- 1 Wat is de betekenis van de grondrechtenbepaling: een zelfstandige of vooral een aanvullende ten opzichte van mensenrechtenbepalingen in internationale verdragen?
- 2 Wat kan men zeggen over de interpretatie door de Raad van State in termen van methoden en methodologie?
- 3 Wat leert ons de constitutionele toetsing in respectievelijk de voorbereidende fase en de parlementaire fase?<sup>3</sup>

## 2.3 Onderzoeksmethoden

Bij het onderzoek zijn verschillende onderzoeksmethoden gevolgd. Allereerst is breed opgezet dossieronderzoek verricht. Selectie van wetgevingstrajecten vond plaats aan de hand van de interne legisprudentiedatabank van de Raad van State.<sup>4</sup> Wetgevingstrajecten – overwegend uit de periode 2000–2006 – zijn verkend met hulp van inzage in (interne) wetgevingsdossiers van de Raad van State en digitale beschikbaarheid van kamerstukken.

In verschillende stadia van het onderzoek zijn voorlopige bevindingen en de vragen die zij oproepen ter discussie gesteld in uiteenlopende fora, in chronologische volgorde: bijeenkomsten met de Bijzondere Commissie Grondwet van de Raad van State,<sup>5</sup> een bijeenkomst met staatsraden en staatsraden i.b.d., een mini-symposium met staatsraden en externen en een kennisoverleg van de directie Wetgeving. Bij het formuleren van vraagpunten en stellingen voor deze bijeenkomsten is steeds mede gebruik gemaakt van rechtsvergelijkende

<sup>3</sup> Bij initiatiefwetsvoorstellen is de rol van de regering in de praktijk minimaal. Bij ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur is de inbreng van het parlement weer summier of zelfs non-existent.

<sup>4</sup> De legisprudentie betreft het geheel van opmerkingen dat de advieslijnen weergeeft.

<sup>5</sup> De Bijzondere Commissie Grondwet is opgeheven na instelling van het Constitutioneel Beraad op 18 februari 2009, zie ook hierna in deel III.



verkenningen, grotendeels uitgevoerd met medewerking van de verbindings-agenten van constitutionele hoven en hoven met een vergelijkbare jurisdictie, aangesloten bij de Europese Commissie voor Democratie door Recht van de Raad van Europa (de Venetië Commissie). Enkele ideeën zullen ook in dit deel van het eindrapport worden genoemd. Wie denkt aan verbetering of verandering, zal al snel inspiratie willen ontleen aan vergelijkbare situaties of systemen in het buitenland. Daarbij moet men wel bedenken dat ieder land zijn eigen constitutie heeft, zijn eigen geschiedenis, zijn eigen (aardig)heden. Bovendien zijn niet overal equivalenten aan te wijzen van de actoren die vorm geven aan onze Nederlandse wetgevingstrajecten.

Dit onderzoek heeft uitgemond in vier onderzoekspapers die constitutionele toetsing van wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten aan de artikelen 1, 6, 7 en 10 van de Grondwet in kaart brengen. Iedere paper opende met een korte, algemene karakteristiek van de betreffende grondrechtenbepaling, presenteerde een weergave van het onderzoek opgedeeld in verschillende paragrafen per bepaling en sloot af met voorlopige bevindingen. Bij het schrijven van de papers bleven de in § 2.2 geformuleerde onderzoeksvragen nog op de achtergrond. Om die reden zijn de papers niet als bijlagen bij dit rapport gevoegd. Samen vormen ze de bouwstenen voor dit deel van het eindrapport.

### 3 Interpretatie door de Raad van State

De Raad van State (hierna ook afgekort als: de Raad) is een constante factor in het traject dat voorstellen van wet of algemene maatregelen van bestuur afleggen. Hij adviseert altijd.<sup>6</sup> Dit deel van het onderzoek is gericht op een drietal deelvragen:

- 1 Welke methode(n) van interpretatie volgt de Raad?
- 2 Interpreteert de Raad de grondwetbepaling en is dit zichtbaar?
- 3 Motiveert hij de keuze voor de door hem gevolgde methode(n)?

Het stellen van vragen resulteert niet zelden in het oproepen van weer nieuwe vragen - zo ook hier. Wat voor soort methoden volgt de Raad bij de advisering? Volgt hij methoden van interpretatie, of ontleent hij aan deze methoden argumenten? Is de Raad gehouden alle methoden van interpretatie (systematisch)

<sup>6</sup> Daarnaast kunnen ook steeds bijzondere adviseurs worden geraadpleegd, hetzij door de indiener(s), hetzij door de Tweede Kamer of de Eerste Kamer.

te doorlopen? Kan hij volstaan met een taalkundige uitleg of een wetshistorische interpretatie 'als hij er dan al uit is'? Moet de interpretatie zichtbaar zijn?

Bij al deze vragen speelt op de achtergrond de belangrijke vraag naar het verschil tussen advisering door de Raad vooraf en rechterlijke toetsing achteraf. Bij alle in § 2.3 genoemde bijeenkomsten is deze vraag op enig moment aan de orde gekomen, om te beginnen bij de eerste bijeenkomst met de Bijzondere Commissie Grondwet aan de hand van een citaat van Van der Hoeven:

”Wetgeving en wetgevingsbeleid worden gekenmerkt door een algemeen en objectiverend karakter. (...) De Grondwet moet (...) worden uitgelegd, geïnterpreteerd, en die uitlegging en de daaruit voortvloeiende toepassing dient rekening te houden met het als regel algemene karakter van de grondwetsformule en niet door de behoefte van het actuele politieke moment worden bepaald. (...) Toetsing in het kader van rechtspraak draagt een ander karakter. Is bij toetsing in het wetgevingsproces het algemene, het legislatieve element doorslaggevend, bij toetsing in de rechtspraak is het uitgangspunt de confrontatie van de regel met een bijzonder geval. Daarbij blijft veel buiten beschouwing; het kan daarbij zeer wel gaan om een uitzonderlijk geval.”<sup>7</sup>

### 3.1 Methoden van interpretatie

Grondwetten zijn juridische documenten die een grote politieke lading kunnen hebben; ze zijn 'een rechts- en een politiek document in één'.<sup>8</sup> Over de definiëring van interpretatiemethoden kan men eindeloos discussiëren.

Hierna volgen een overzicht van hetgeen dit rapport onder de diverse methoden verstaat en artikelsgewijze overzichten van de aanwending van interpretatiemethoden bij de (totstandkoming van) adviezen.<sup>9</sup> De methoden opgenomen in de onderstaande waaier zijn niet de enig denkbare, maar wel de door de Raad aangewende methoden van interpretatie bij de uitleg van de geselecteerde grondwetbepalingen.

<sup>7</sup> J. van der Hoeven, Advies over de Nota inzake toetsing van wet aan Grondwet (12 april 1991), onder 1 en 2.

<sup>8</sup> D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 186.

<sup>9</sup> Aan de verhouding tussen grondrechten (in de Grondwet) ten opzichte van mensenrechtenbepalingen (in verdragen) is een afzonderlijk hoofdstuk gewijd (hoofdstuk 5).

### 3.1.1 Een waaier van methoden

De *taalkundige* methode neemt het gewoon spraakgebruik tot maatstaf.

Dicht daar tegenaan ligt de *grammaticale* methode, die de bewoordingen van de grondwettekst tot uitgangspunt neemt.

Voor zover de bedoeling van de grondwetgever rechtstreeks blijkt uit de parlementaire stukken, wordt gesproken van de *wetshistorische* methode.

De *rechtshistorische* methode neemt de geschiedenis van een grondwetsbepaling in aanmerking door eerdere grondwetsedities bij de uitleg van de huidige bepaling te betrekken.

De *systematische* methode gaat uit van het stelsel van de Grondwet (*wetssystematisch*) of van het recht (*rechtssystematisch*).

Op het snijvlak van de drie bovenstaande methoden neemt de *teleologische* methode de strekking van de wet tot uitgangspunt. De methode appelleert rechtstreeks aan het nut of het belang van de desbetreffende grondwetsbepaling. Redeneringen naar analogie en a-contrario kan men als afzonderlijke methoden noemen, maar ook zien als toepassingen van de teleologische methode.

Waar vooruitgelopen wordt op een aanhangig zijnde grondwetswijziging, spreekt men van de *anticiperende* methode.

De methode die op zoek gaat naar de betekenis van een grondwetsbepaling in de actuele situatie gelet op ingrijpende maatschappelijke veranderingen, is de *dynamische* methode.

Men kan een grondwetsbepaling ook *verdragsconform* (moeten) uitleggen en dan spreken van de verdragsconforme methode.

Ter afsluiting kan men denken aan een beroep op de fundamentele waarden van het recht, zoals de morele, politieke, sociale of economische uitgangspunten van de rechtsorde als zodanig. Deze zal in het vervolg de *fundamentele waarden* methode worden genoemd.

Het precedent, een door de rechter gegeven uitleg, kan men noemen als afzonderlijke methode, al zal het meestentijds mogelijk zijn 'door te steken' naar de achterliggende, in de betreffende uitspraak gehanteerde methode. Hetzelfde geldt voor een eerder gegeven uitleg in een wetgevingsadvies.

### 3.1.2 Artikel 1 van de Grondwet

Artikel 1 geeft een recht op gelijke behandeling en stelt een verbod van discriminatie. Het discriminatieverbod in de tweede zin van artikel 1 van de Grondwet is een aanvulling op het in de eerste zin gestelde gebod gelijke gevallen gelijk te behandelen. Het recht op gelijke behandeling lijkt weliswaar op een vrijheidsrecht in de klassieke zin, maar wordt vooral beschouwd als een rechtsbeginsel. Aan de ene kant bevat de bepaling een gebod aan wetgever, bestuur en rechter zich te onthouden van ongelijke behandeling van gelijke gevallen en, meer specifiek, van discriminatie op de in het artikel genoemde gronden of op welke grond dan ook. Aan de andere kant geeft artikel 1 uiting aan het gelijkheidsbeginsel. Het (eerste deel van het) artikel vormt vooral een neerslag van het legaliteitsbeginsel, het rechtsstatelijke beginsel dat vereist dat wetgeving geschiedt in de vorm van algemeen geldende regels.

De Raad verstaat onder het gelijkheidsbeginsel 'het beginsel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld: een onderscheid op welke grond dan ook dat niet objectief en redelijk gerechtvaardigd kan worden, is niet toegestaan'. Discriminatie definieert de Raad als volgt: "Daarvan is sprake als onderscheid wordt gemaakt op bepaalde gronden. Onder deze gronden plegen menselijke eigenschappen van een specifiek, elementair karakter te worden genoemd, dat wil zeggen: eigenschappen waarvan in het geheel geen afstand kan worden gedaan, of eigenschappen waarvan geen afstand kan worden gedaan zonder de eigen persoonlijkheid te beschadigen."<sup>10</sup> Deze begripsomschrijvingen zijn ontleend aan de literatuur.

Bij het opstarten van het onderzoek was ten aanzien van artikel 1 van de Grondwet een aantal verwachtingen gerezen. De eerste verwachting luidde dat de wetshistorische methode wel een belangrijke rol zou spelen bij de uitleg van dit grondwetsartikel. De huidige plaats en redactie van artikel 1 dateren van de grondwetsherziening van 1983.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Advies van 13 juni 2001, nr. W02.01.0094 (Twaalfde Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden).

<sup>11</sup> Daarvóór was het recht op gelijke behandeling als volgt geformuleerd: "Een ieder die zich op het grondgebied van het Rijk bevindt, valt gelijke bescherming van persoon en goederen ten deel."

Voorts zouden de dynamische methode en de verdragsconforme methode ook belangrijk kunnen zijn. Van artikel 1 van de Grondwet wordt immers wel gezegd dat dit artikel vooral een rechtspolitieke functie vervult, in de zin dat dominante maatschappelijke opvattingen bepalen of iets als discriminatie moet worden gezien.

Bij de parlementaire behandeling van de grootscheepse grondwetsherziening van 1983 vroegen leden van de Tweede Kamer 'of de conclusie gewettigd was' dat bij een toekomstig beroep op deze bepaling het begrip discriminatie niet meer juridisch, maar alleen in de maatschappelijke of politieke zin bepaalbaar moest zijn, omdat elke verwijzing naar de wel expliciet genoemde discriminatiegronden ontbrak. De regering antwoordde dat de uitdrukkelijk genoemde gronden van het verbod van discriminatie in de non-discriminatiebepalingen van verdragen stonden. Het verbod had in de loop van de jaren de nodige juridische uitwerking gekregen. Vrees voor onzekerheid en onbepaaldheid van het verbod ten aanzien van een van de uitdrukkelijk genoemde gronden deelde de regering daarom niet. In verband met de zinsnede 'op welke grond dan ook' preciseerde zij dat het discriminatieverbod ertoe strekt 'onderscheid te verbieden op grond van eigenschappen of kenmerken van personen die in redelijkheid niet relevant zijn voor het bepalen van aanspraken en verplichtingen op een bepaald gebied van het maatschappelijk leven'. Zij voegde daaraan toe: "Dit zal meebrengen dat slechts ten aanzien van bepaalde kenmerken en eigenschappen van personen het verbod van discriminatie van toepassing zal worden. Welke kenmerken en eigenschappen dat zullen zijn, zal door de maatschappelijke werkelijkheid worden bepaald." Ook de uitdrukkelijk genoemde non-discriminatiegronden hebben zich door de maatschappelijke werkelijkheid als zodanig ontwikkeld, zo besluit de regering.<sup>12</sup>

Uit het onderzoek naar wetgevingstrajecten waarin artikel 1 een rol speelt, blijkt dat deze verwachtingen redelijk worden ingelost.

<sup>12</sup> *Kamerstukken II 1981-1982, 16 905-16 938, nr. 5, p. 16.*

De Raad legt artikel 1 uit in het kader van verschillende vragen. Een eerste vraag luidt of er sprake is van 'gelijke gevallen'. De Raad gebruikt verschillende methoden van uitleg: de verdragsconforme methode,<sup>13</sup> de rechtshistorische methode en de dynamische methode<sup>14</sup> en de teleologische methode en de fundamentele waarden methode.<sup>15</sup> De tekst van het artikel leent zich niet goed voor het volgen van de grammaticale methode.

Bij een tweede vraag, of een gemaakt onderscheid objectief gerechtvaardigd is, hanteert de Raad een combinatie van de wethistorische methode en, vooral, de verdragsconforme methode.<sup>16</sup> Hetzelfde geldt voor de vraag of er in geval van discriminatie zwaarwegende argumenten voor het gemaakte onderscheid zijn en of het onderscheid proportioneel is.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> In de voorbereiding van het advies van 9 oktober 1991, nr. W12.91.0322 (ontwerpbesluit houdende wijziging van het Bijstandsbesluit landelijke normering met betrekking tot onder meer de hoogte van de uitkering voor schoolverlaters van 21 tot 27 jaar); advies van 20 juli 1992, nr. W03.92.0202 (voorstel tot uitvoering van de richtlijn van de Raad van de EG betreffende informatie van de werknemer over zijn arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding); en het advies van 1 juli 2005, nr. W03.05.0101 (voorstel van wet houdende regels inzake inburgering in de Nederlandse samenleving; Wet inburgering).

<sup>14</sup> Beide bij de voorbereiding van het advies van 19 juni 2000, nr. W04.00.0158 (voorstel van wet van de leden Van Wijmen en Ross-van Dorp tot wijziging van de Wet op de adeloom; overerving adeloom in de vrouwelijke lijn).

<sup>15</sup> De eerste in het advies zelf en de tweede bij de voorbereiding, zie het advies van 28 juni 2002, nr. W03.02.0086 (voorstel DNA-onderzoeken bij veroordeelden). Zie § 3.2.6.

<sup>16</sup> Zie het advies van 22 juni 1994, nr. W12.94.0287 (ontwerpbesluit houdende nadere regeling op grond van de Wet bevordering evenredige arbeidsdeelname allochtonen); het advies van 6 oktober 1994, nr. W06.94.0052 (voorstel houdende wijziging van onder meer de Wet op de inkomstenbelasting 1964 in het kader van de invoering van een ouderenaftrek); en het advies van 2 december 1994, nr. W03.94.0366 (voorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet en enige andere wetten teneinde de aanspraak van vreemdelingen jegens bestuursorganen op verstrekkingen, voorzieningen, uitkeringen, ontheffingen en vergunningen te koppelen aan het rechtmatig verblijf van de vreemdeling in Nederland).

<sup>17</sup> Zie het advies van 28 juni 1992, nr. W12.92.0254 (voorstel tot wijziging van onder meer de Wet tijdelijke handhaving leeftijdsgrens verzekerings- en premieplicht AAW).

Bij een uitleg van het begrip 'discriminatie' heeft de Raad zowel gebruik gemaakt van de teleologische methode<sup>18</sup> als van de dynamische methode.<sup>19</sup>

Van een veelheid van methoden bedient de Raad zich bij de vraag of artikel 1 noopt tot het opstellen van nadere regelgeving ter uitwerking van artikel 1 van de Grondwet.

De grammaticale methode volgt de Raad, wanneer hij stelt dat de Grondwet in artikel 1 geen opdracht tot nadere regelgeving bevat.<sup>20</sup> De wetshistorische methode komt van pas, wanneer de Raad opmerkt dat de omstandigheid dat over de horizontale werking van artikel 1 van de Grondwet in de toelichting daarop geen uitspraken zijn gedaan, haar verklaring vindt in de wens van de grondwetgever zich van het geven van concrete voorbeelden te onthouden. Dit kan niet als een aanwijzing worden gezien dat artikel 1 geen betekenis zou hebben voor de verhouding tussen burgers onderling, aldus de Raad. De burger kan voor de rechter op dit artikel een beroep doen.<sup>21</sup>

De Raad ventileert met regelmaat zijn zienswijze dat het wenselijk is dat de Nederlandse gelijke behandeling-wetgeving qua terminologie aansluit bij de Europese terminologie. 'Onderscheid' is geen geschikte term, want afwijking in

<sup>18</sup> Zie het advies van 14 november 1986, nr. W03.86.0265 (voorstel van het lid Groenman houdende regels betreffende rechtsvorderingen door rechtspersonen ter bevordering van gelijke behandeling; Wet groepsacties gelijke behandeling); de term 'discriminatie' die in het grondwetsartikel wordt gebezigd, is iets wezenlijks anders dan het maken van onderscheid zoals genoemd in het wetsvoorstel, aldus de Raad.

<sup>19</sup> Advies van 19 mei 1994, nr. W05.94.0127 (voorstel houdende bepalingen met betrekking tot de educatie en het beroepsonderwijs). De Raad merkte op: "Bij het bezien van het wetsvoorstel in het licht van artikel 1 van de Grondwet kan worden vooropgesteld dat vrijwel algemeen is aanvaard dat een beleid ter vermindering van de achterstandspositie van vrouwen niet per definitie hetzelfde is als een beleid ter discriminatie van mannen. Dat komt ook tot uitdrukking in nationale en internationale regelingen. Voor het voeren van een beleid van voorkeursbehandeling moet wel een overtuigende rechtvaardiging worden gegeven." De Raad had hier kunnen verwijzen naar de wetshistorie ("Artikel 1 van de Grondwet sluit positieve discriminatie - een voorkeursbehandeling van groepen die in een achterstandspositie verkeren - niet uit, mits deze tijdelijk is en nodig om een feitelijke achterstand weg te werken", zie *Handelingen I* 1981-1982, p. 392). Men kan daarom beargumenteren dat hier - verkapt - de wetshistorische methode is gevolgd.

<sup>20</sup> Advies van 28 december 1987, nr. W04.87.0487 (Ontwerp-Algemene wet gelijke behandeling).

<sup>21</sup> Advies van 28 december 1987, nr. W12.87.0565 (voorstel van wet van de leden Van Nieuwenhoven en Haas-Berger houdende regels ter bestrijding van de seksdiscriminatie; Wet tegen seksdiscriminatie).

de Nederlandse wetgeving inzake gelijke behandeling van de Europese terminologie acht de Raad risicovol met het oog op de rol van het Hof van Justitie,<sup>22</sup> en ongewenst.<sup>23</sup>

In het kader van advisering over de problematiek van de botsing van grondrechten heeft de Raad meermalen opgemerkt dat artikel 1 geen bijzondere plaats inneemt. Met hulp van verschillende methoden heeft hij deze conclusie gestaafd.

In zijn advies inzake een regeringsvoorstel voor een Algemene wet gelijke behandeling merkt de Raad op dat noch uit de tekst of de volgorde, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van hoofdstuk 1 van de Grondwet voorrang kan worden afgeleid. Hier volgt de Raad zowel de grammaticale methode als de wetshistorische methode.<sup>24</sup>

Bij de advisering over het initiatiefwetsvoorstel bestrijding van seksediscriminatie merkt de Raad eerst op dat uit de toelichting op artikel 1 van de Grondwet blijkt, dat aan de volgorde waarin de grondrechten in de

<sup>22</sup> Zie het (onverplicht) advies van 31 augustus 2001, nr. W12.01.0337 (implementatie van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep en van richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming); het advies van 7 november 2001, nr. W12.01.0319 (voorstel van wet tot gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs); het advies van 7 november 2001, nr. W13.01.0332 (voorstel van wet houdende gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte); en het advies van 16 augustus 2002, nr. W04.02.0209 (voorstel van wet houdende wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling en enkele andere wetten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/43/EG en richtlijn nr. 2000/78/EG; EG-implementatiewet Awgb).

<sup>23</sup> Zie het advies van 7 juli 2006, nr. W04.06.0160 (voorstel van wet van het lid Arib houdende wijziging van de Wet op de lijkbezorging) en het advies van 28 augustus 2006, nr. W04.06.0337 (voorstel van wet tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling ter uitvoering van Richtlijn nr. 2004/113/EG van de Raad van de Europese Unie van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten). Zie ook het advies van 28 augustus 2006, nr. W04.06.0337 (voorstel van wet tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling ter uitvoering van Richtlijn nr. 2004/113/EG van de Raad van de Europese Unie van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten).

<sup>24</sup> Advies van 28 december 1997, nr. W04.87.0487 (Ontwerp-Algemene wet gelijke behandeling).



Grondwet zijn vastgesteld, geen juridische betekenis mag worden gegeven. Ook hier volgt de Raad de wetshistorische methode. Uit de algemene gelding van andere grondrechten of uit de omstandigheid dat in de meeste afzonderlijke grondrechtartikelen de zinsnede voorkomt, dat het grondrecht aan een ieder toekomt, - welke betekenis men daaraan ook toekent - mag niets worden afgeleid over de verhouding tussen die artikelen en het gelijkheidsbeginsel. Hier gebruikt de Raad de systematische methode.<sup>25</sup>

### *3.1.3 Artikel 6 van de Grondwet*

Het in artikel 6 van de Grondwet neergelegde recht op vrijheid van godsdienst heeft een lange geschiedenis die teruggaat tot de Unie van Utrecht. Het is een van de oudste in Nederland erkende grondrechten - zo niet het oudste - terwijl het eveneens in artikel 6 neergelegde recht op vrijheid van levensovertuiging nog jong is en pas bij de grondwetsherziening van 1983 grondwettelijk is verankerd. Het recht op belijdenisvrijheid in het eerste lid - zowel binnen als buiten gebouwen - is algemeen. Het tweede lid geeft een specifieke bepaling voor belijdenis van godsdienst en levensovertuiging buiten gebouwen en besloten plaatsen. De grondwetgever staat toe dat dit recht wordt beperkt door de formele wetgever. Voor zover beperkingen betrekking hebben op de belijdenisvrijheid buiten gebouwen en besloten plaatsen zijn zij genormeerd in de zin dat ze het belang van het verkeer of het bestrijden of voorkomen van wanordelijkheden moet dienen.

Bij de uitleg van het begrip 'godsdienst of levensovertuiging' volgt de Raad een uitleg waarbij het niet eenvoudig is een methode van interpretatie te herkennen. Waarschijnlijk gaat het om een redenering ontleend aan de teleologische methode.

Bij de advisering over het wetsvoorstel dat ertoe strekt bestaande wetgeving in technisch opzicht aan te passen aan artikel 6, eerste lid, van de Grondwet na invoering van de term levensovertuiging bij de herziening van de Grondwet van 1983, merkt de Raad op dat in sommige artikelen naast de reeds bestaande termen 'levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden' onderscheidenlijk 'stromingen' de termen 'godsdienstige waarden' respectievelijk

<sup>25</sup> Advies van 28 december 1987, nr. W12.87.0565 (voorstel van wet van de leden Van Nieuwenhoven en Haas-Berger houdende regels ter bestrijding van de seksdiscriminatie; Wet tegen seksdiscriminatie).

'stromingen' worden ingevoerd.<sup>26</sup> De Raad wijst erop dat dit strikt genomen geen sequel is van artikel 6, eerste lid, van de Grondwet. Deze opmerking licht hij niet toe.

Bij interpretatie van de beperkingen aan het grondrecht van artikel 6 van de Grondwet wendt de Raad zich vooral tot de taalkundige methode, de wets-historische methode, de systematische methode en de teleologische methode.

Het voorstel voor een Wet openbare manifestaties wil recht doen aan twee grondrechtenbepalingen (de artikelen 6 en 9 van de Grondwet). De Raad merkt in zijn advies op dat de in de artikelen 6 en 9 van de Grondwet voorziene mogelijkheid voor beperkingen op deze grondrechten weliswaar bijna identiek zijn geformuleerd, maar dat dit niet betekent dat er geen relevant verschil tussen beide bestaat.<sup>27</sup> Anders dan artikel 9, tweede lid, van de Grondwet beperkt het tweede lid van artikel 6 van de Grondwet de nadere regeling namelijk tot 'buiten gebouwen en besloten plaatsen'. Ten aanzien daarvan volgt de Raad de systematische methode. Daarnaast gaat het wetsvoorstel uit van het begrip 'openbare plaatsen' in plaats van het aan de grondwettekst ontleende 'buiten gebouwen en besloten plaatsen'. De vraag of beperkingen die aan de uitoefening van het grondrecht in het wetsvoorstel worden aangebracht wel voldoende steunen op de formele wet, beantwoordt de Raad negatief. Het begrip 'openbare plaats' wordt omschreven als 'plaats die krachtens bestemming of vast gebruik openstaat voor het publiek'. In de toelichting op artikel 1 van het wetsvoorstel worden vervolgens enige criteria geformuleerd, waaraan moet zijn voldaan, wil er sprake zijn van een openbare plaats. Op deze wijze wordt naar de mening van de Raad de grondwettelijk geformuleerde beperkingsmogelijkheid 'buiten gebouwen en openbare plaatsen' slechts zeer indirect in de wet in formele zin verwerkt. Een dergelijke uitwerking van de toepassingsfeer van een grondrecht acht de Raad onvoldoende en onduidelijk. De in artikel 6, tweede lid, van de Grondwet bedoelde nadere regeling behoort met een omschrijving van de grondwettelijke begrippen 'buiten gebouwen en besloten plaatsen' in de wet in formele zin zelf te worden vastgelegd. Hier volgt de Raad in ieder geval

<sup>26</sup> Advies van 14 december 1995, nr. W04.95.0534 (voorstel tot wijziging van bepalingen van verschillende wetten in verband met de erkenning van de vrijheid van levensovertuiging als grondrecht).

<sup>27</sup> Advies van 21 oktober 1985, nr. W04.85.0356 (voorstel houdende bepalingen betreffende de uitoefening van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en van het recht tot vergadering en betoging; Wet openbare manifestaties).

de taalkundige methode, al kan men wellicht ook verdedigen dat hij hier de teleologische methode kiest.

Met de wetshistorische methode komt de Raad tot de uitleg dat artikel 6 van de Grondwet ook een sociale component heeft.

Deze interpretatie klinkt in het hele wetgevingstraject van het wetsvoorstel voor een Wet geestelijke verzorging zorginstellingen en justitiële inrichtingen door.<sup>28</sup> De regering lanceert de uitleg, de Raad stemt kennelijk in en in de Tweede Kamer wordt het Eindrapport Overheid, godsdienst en levensovertuiging van een commissie van advies onder voorzitterschap van Hirsch Ballin uit maart 1985 genoemd.<sup>29</sup> In haar rapport stelde de commissie onder meer dat de opvatting over de werking van grondrechten zich in de loop van de tijd heeft ontwikkeld. 'Mede onder invloed van veranderende opvattingen over de overheidstaak wordt thans aangenomen dat klassieke grondrechten ook een sociale component kunnen hebben, inhoudende dat de overheid onder bijzondere omstandigheden tot taak kan hebben te voorkomen dat de daadwerkelijke uitoefening van grondrechten illusoir wordt', zo schreef de commissie.<sup>30</sup> De commissie baseerde zich rechtstreeks op de parlementaire stukken.<sup>31</sup> Alle actoren volgen kennelijk de wetshistorische methode.

Uit zijn advies inzake het voorstel voor de Tijdelijke wet noodopvang drugskoeriers blijkt ook dat de Raad artikel 6 van de Grondwet zo interpreteert, dat het artikel een sociale component heeft.<sup>32</sup>

De wetshistorische methode volgend, heeft de Raad opgemerkt in zijn advisering dat de vrijheid van het belijden van godsdienst ingevolge artikel 6 van de Grond-

<sup>28</sup> Advies van 11 april 1994, nr. W03.93.0619 (voorstel houdende regels met betrekking tot de geestelijke verzorging in instellingen in de zorgsector en justitiële inrichtingen).

<sup>29</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 720, nr. 6, p. 2.

<sup>30</sup> Commissie van advies inzake de criteria voor steunverlening aan kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijk grondslag, *Overheid, godsdienst en levensovertuiging*, Den Haag: stafafdeling Constitutionele Zaken en Wetgeving maart 1988, p. 61.

<sup>31</sup> *Kamerstukken II* 1976-1977, 13 873, nr. 7, p. 8-9.

<sup>32</sup> Advies van 24 januari 2002, nr. W03.02.0031 (voorstel van wet houdende tijdelijke regeling voor de penitentiaire capaciteit ten behoeve van drugskoeriers; Tijdelijke regeling penitentiaire capaciteit drugskoeriers).

wet niet absoluut is.<sup>33</sup> Grondrechten zijn niet absoluut in de zin dat ze altijd moeten prevaleren; ze moeten in het maatschappelijk bestel functioneren in een onderling samenhangende en evenwichtige afweging met andere waarden en belangen.<sup>34</sup>

#### 3.1.4 Artikel 7 van de Grondwet

De vrijheid van meningsuiting in historisch perspectief leert dat de drukpersvrijheid al werd erkend ten tijde van de Republiek. In de Franse periode was dat niet langer het geval, maar sinds 1815 is ze in de Grondwet verankerd. Het begrip 'drukkers' legt de Raad, onder verwijzing naar de jurisprudentie, ruim uit.<sup>35</sup> De achterliggende interpretatiemethode is de dynamische methode.<sup>36</sup>

De bepaling inzake vrijheid van meningsuiting is bij de grondwetsherziening van 1983 uitgebreid van een naar vier leden. De intrede van het digitale tijdperk maakt dat deze grondwetsbepaling opnieuw als kandidaat voor herziening wordt beschouwd.<sup>37</sup> Een eerder voorstel voor herziening is, nadat de Raad daarover (negatief) had geadviseerd, ingetrokken.<sup>38</sup> Bij de voorbereiding van het advies inzake de tweede nota van wijziging van het voorstel tot wijziging van de Tabakswet<sup>39</sup> is gebruik gemaakt van de methode van anticipatie.

De Raad huldigt een ruime interpretatie van de bescherming die artikel 7 van de Grondwet biedt. Zo heeft hij bij de voorbereiding van een ontwerpbesluit voor een regeling inzake adviescommissies, met hulp van de systematische methode,

<sup>33</sup> Advies van 10 december 2004, nr. W03.04.0460 (voorstel van de leden Wilders en Eerdmans tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de uitzonderingspositie van kerkgemeenschappen).

<sup>34</sup> *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3.

<sup>35</sup> Advies van 14 juni 2002, nr. W09.02.0192 (voorstel van het lid Van der Steenhoven tot wijziging van de Luchtvaartwet in verband met een verbod op reclamesleepvliegen).

<sup>36</sup> Vgl. § 3.1.1.

<sup>37</sup> In een brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer schreef de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 15 maart 2007 dat zij ernaar streeft in de loop van het jaar concrete conceptvoorstellen te kunnen presenteren, zie *Kamerstukken II* 2006-2007, 27 460, nr. 5.

<sup>38</sup> Advies van 24 januari 2004, nr. W01.01.0465 (voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepaling inzake de vrijheid van meningsuiting).

<sup>39</sup> Advies van 12 maart 2001, nr. W13.01.0083 (Tweede nota van wijziging op het voorstel van wet tot wijziging van de Tabakswet).

geoordeeld dat de in het ontwerpbesluit voorgestelde geheimhoudingsplicht kan worden beschouwd als een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting. Dit vloeit voort uit het systeem, zeker sinds de grondwetsherziening van 1983.<sup>40</sup>

Het grondwetsartikel bepaalt dat niemand voorafgaand verlov nodig heeft om door de drukpers (of op andere wijzen) gedachten of gevoelens te openbaren en dat er geen voorafgaand toezicht is op de inhoud van radio- en televisie-uitzendingen. Het normatief gehalte van deze bepaling kan men hoog noemen.

Aan de ene kant toetst de Raad streng aan artikel 7. Dit kan door dichtbij de tekst van het grondwetsartikel te blijven – en dus de grammaticale methode te volgen.

De Raad vraagt zich bij de advisering over een wetsvoorstel voor de Mededingingswet af of bij de totstandkoming van het wetsvoorstel een bij de opstelling van de Code voor Dagbladconcentraties verstrekt advies van een drietal deskundigen is betrokken.<sup>41</sup> Dit advies had betrekking op grondwettelijke aspecten van een wettelijke persfusieregeling, in het bijzonder de verenigbaarheid daarvan met artikel 7, eerste lid, van de Grondwet. Een drietal deskundigen oordeelde dat een regeling voor controle van persconcentraties geen preventieve materiële toetsing mocht bevatten, wat er op neerkomt dat de toetsing op geen enkele wijze verband mag houden met een oordeel over de inhoud van publicaties. Een verbod van een concentratie op grond van een marktaandeelgrens achten zij aanvaardbaar. Dat oordeel deelt de Raad, met betrekking tot het voorliggende wetsvoorstel, kennelijk.

Kritisch toetsen kan ook door te interpreteren naar de letter en geest van de bepaling – door een keuze voor de teleologische methode.

Had de Raad het voorstel voor een Wet subsidiëring politieke partijen formeel getoetst aan artikel 7 van de Grondwet,<sup>42</sup> dan was de teleologische methode te herkennen geweest. De Raad merkt immers op, dat het

<sup>40</sup> Advies van 25 februari 1992, nr. W04.91.0459 (ontwerpbesluit houdende regelen met betrekking tot de instelling, de taak, de samenstelling en de werkwijze van onder meer de commissie bedoeld in de artikelen 82a, eerste lid, en 97b, eerste lid, van het Algemeen Rijksambtenarenreglement).

<sup>41</sup> Advies van 1 mei 1996, nr. W10.95.0378 (voorstel houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging).

<sup>42</sup> Zie § 3.5.5.

betreffende voorstel de vrijheid van meningsuiting feitelijk minimaliseert, waar het bepaalt dat het Commissariaat voor de Media gedurende een bepaalde periode geen zendtijd toewijst aan een politieke partij die wegens discriminatie is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke geldboete.<sup>43</sup>

Aan de andere kant blijkt uit een recent advies dat de Raad de teugels niet altijd strak aantrekt.

Bij de voorbereiding van de advisering inzake het wetsvoorstel voor een Tijdelijke wet mediaconcentraties heeft de Raad, blijkens het wetgevingsdossier, gekeken naar de verhouding tussen artikel 7, eerste lid, van de Grondwet en artikel 9 van het wetsvoorstel dat bepaalt dat de Nederlands Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) advies zal vragen aan het Commissariaat voor de Media, voordat de NMa besluiten neemt over mediaconcentraties.<sup>44</sup> Het conceptadvies aan de staatsraden is kritisch: de toelichting zou informatie dienen te verstrekken over de onderwerpen waarop het advies van het Commissariaat voor de Media betrekking heeft, gelet op de in artikel 7, eerste lid, van de Grondwet opgenomen onthoudingsplicht van de overheid. De Raad beslist uiteindelijk om niet te verwijzen naar artikel 7 van de Grondwet.

Verantwoording achteraf ten aanzien van de inhoud van meningsuitingen behoort wel tot de mogelijkheden. Beperking van de vrijheid van meningsuiting kan alleen bij formele wet ("behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet"). Zo kan een geheimhoudingsplicht voor leden van een adviescommissie alleen bij wet in formele zin worden opgelegd, niet bij algemene maatregel van bestuur.<sup>45</sup> Dit kan men zien als een toepassing van de systematische methode, omdat de interpretator kennelijk uitgaat van het systeem van de Grondwet ten aanzien van beperkingen. Beperkingen door lagere regelgevers zijn niet toegestaan ten aanzien van de drukpers, wel ten aanzien van de omroep en andere wijzen van meningsuiting.

<sup>43</sup> Advies van 3 september 1997, nr. W04.97.0256 (voorstel tot regeling van de subsidiëring van politieke partijen).

<sup>44</sup> Advies van 7 december 2006, nr. W05.06.0471 (voorstel van wet tot vaststelling van tijdelijke regels voor mediaconcentraties; Tijdelijke wet mediaconcentraties).

<sup>45</sup> Advies van 25 februari 1992, nr. W04.91.0459 (ontwerpbesluit houdende regelen met betrekking tot de instelling, de taak, de samenstelling en de werkwijze van onder meer de commissie bedoeld in de artikelen 82a, eerste lid, en 97b, eerste lid, van het Algemeen Rijksambtenarenreglement).

Het verbod van censuur geldt niet voor vertoningen voor personen jonger dan zestien jaar. Op grond van artikel 7, derde lid, van de Grondwet kan de wet het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden. Deze passage in de grondwettekst legt de Raad kennelijk restrictief uit – de teleologische methode volgend.

Het wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet en van het Wetboek van Strafrecht en tot intrekking van de Wet op de filmvertoningen beoogt jongeren te beschermen tegen geweld op tv, video en film; basis van de aanpak is zelfregulering van de sector en preventief optreden. De minister kan, volgens het voorstel, een organisatie erkennen die voorziet in regelingen omtrent classificatie en het uitzenden van programmaonderdelen en het toezicht daarop. De regelingen hebben welzeker betrekking op criteria voor de classificatie van programmaonderdelen, waaronder in ieder geval – onder meer – de mate waarin op andere gronden volgens algemeen geldende opvattingen producten niet geschikt zijn voor vertoning aan bepaalde categorieën jeugdigen. De Raad stelt in zijn advies vraagtekens bij het wetsvoorstel in het licht van de grondwettelijk erkende vrijheid van meningsuiting.<sup>46</sup> De Raad adviseert in de toelichting te bespreken onder welke omstandigheden dit onderdeel ('op andere gronden') toegepast kan worden en daarbij te vermelden dat toepassing in alle gevallen beperkt zal zijn door het recht van vrijheid van meningsuiting.

Artikel 7, vierde lid, van de Grondwet bepaalt dat de voorgaande leden niet van toepassing zijn op het maken van handelsreclame. Tabaksreclame is handelsreclame, waaronder is te verstaan 'elk aanbod van goederen en diensten'.<sup>47</sup> Hier is de wetshistorische methode gevolgd.<sup>48</sup> De Raad legt 'handelsreclame' eng uit, onderkennend dat reclamesleepvluchten voor iedere vorm van meningsuiting kunnen worden gebruikt.<sup>49</sup> Ook dit is een interpretatie die is te herleiden tot de parlementaire stukken van de grondwetbepaling.

<sup>46</sup> Advies van 6 juli 1999, nr. W13.99.0190 (voorstel houdende wijziging van de Mediawet en van het Wetboek van Strafrecht, alsmede intrekking van de Wet op de filmvertoningen).

<sup>47</sup> Advies van 12 maart 2001, nr. W13.01.0083 (Tweede nota van wijziging op het voorstel van wet tot wijziging van de Tabakswet).

<sup>48</sup> B.P. Vermeulen, 'Artikel 7', in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, blz. 131.

<sup>49</sup> Advies van 14 juni 2002, nr. W09.02.0192 (voorstel van het lid Van der Steenhoven tot wijziging van de Luchtvaartwet in verband met een verbod op reclamesleepvliegen).

### 3.1.5 Artikel 10 van de Grondwet

Het algemene grondrecht van eerbieding van de persoonlijke levenssfeer is neergelegd in artikel 10 van de Grondwet.<sup>50</sup> Dit artikel is een van de vier grondwettelijke bepalingen die de persoonlijke levenssfeer beschermen. De andere zijn de artikelen 11 tot en met 13 (onaantastbaarheid van het menselijk lichaam, huisrecht en briefgeheim).<sup>51</sup>

Artikel 10 legt in het eerste lid een in rechte inroepbaar grondrecht neer. Een vastomlijnde definitie van het begrip 'persoonlijk levenssfeer' geeft de bepaling niet. In de jurisprudentie van de Raad wordt 'geestelijke integriteit' aangemerkt als een belang dat artikel 10, eerste lid, van de Grondwet beschermt.<sup>52</sup> Deze uitleg is – kennelijk – de uitkomst van aanwending van de wethistorische methode.<sup>53</sup> De grondwetgever heeft aangegeven dat het begrip 'persoonlijke levenssfeer' tal van terreinen bevat, 'welke zeer uiteenlopend zijn van aard en problematiek en waarvan sommige volop in ontwikkeling zijn'. Het is aan de wetgever en rechter dit recht nader gestalte te geven.<sup>54</sup>

De Raad van State heeft artikel 10 van de Grondwet in 1998 zo uitgelegd dat andere dan natuurlijke personen geen recht hebben op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.<sup>55</sup> Qua methoden van interpretatie is dit advies interessant: de Raad wijst een ruime interpretatie af, de wethistorische methode en de dynamische methode verwerpend.

<sup>50</sup> Advies van 24 januari 2002, nr. W01.01.0467 (voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepalingen inzake het recht op brief-, telefoon- en telegraafgeheim).

<sup>51</sup> Men zou hier ook kunnen denken aan artikel 114 van de Grondwet (verbod van doodstraf).

<sup>52</sup> Advies van 29 januari 1990, nr. W03.89.0402 (voorstel houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de opneming van bepalingen omtrent de overeenkomst tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst). Vgl. het advies van 17 juni 1992, nr. W03.91.0561 (voorstel tot enkele wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Beginselenwet gevangeniswezen omtrent de terbeschikkingstelling en de observatie).

<sup>53</sup> *Kamerstukken II* 1979-1980, 16 086, nr. 3, p. 5.

<sup>54</sup> *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 1-5, p. 41.

<sup>55</sup> Advies van 17 juni 1999, nr. W03.98.0594 (voorstel tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg).



Over de reikwijdte van de bescherming van artikel 10 discussieert de Raad bij de voorbereiding van het advies inzake het wetsvoorstel tot wijziging van de in de Gemeentewet opgenomen identificatieplicht voor prostituees.<sup>56</sup>

De adviesopmerking van de Raad luidt aldus:

”De voorgestelde identificatieplicht raakt aan het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als geformuleerd in artikel 10, eerste lid, van de Grondwet alsmede artikel 8 EVRM. De Raad adviseert daarom, de voorgestelde bepaling in de toelichting mede te motiveren tegen de achtergrond van de genoemde bepalingen en de daarin gestelde vereisten.”

In de tekst van het conceptadvies stond dat de voorgestelde identificatieplicht een beperking van het grondrecht inhield. Die tekst is echter aangepast. Een staatsraad meende dat het hier gaat om identificatie in het kader van een beroep of bedrijf, terwijl een andere staatsraad vond dat ook bij de uitoefening van beroep en bedrijf een afweging van grondrechten nodig is en dat er sprake was van meer dan een raakvlak.

Bij of krachtens de wet kan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer worden beperkt. Een identificatieplicht bij het verkrijgen van een rijbewijs moest worden geregeld bij wet in formele zin.<sup>57</sup> Kennelijk legt de Raad het woord 'krachtens' letterlijk uit, de grammaticale methode volgend.<sup>58</sup>

Het tweede en derde lid bevatten sociale grondrechten die betrekking hebben op persoonsgegevens.<sup>59</sup> Men kan stellen dat persoonsgegevens (zie de leden 2

<sup>56</sup> Advies van 25 mei 2000, nr. W03.00.0188 (voorstel tot wijziging van de Gemeentewet; identificatieplicht voor prostituees).

<sup>57</sup> Advies van 15 augustus 1995, nr. W09.95.0260 (ontwerpbesluit houdende wijziging van het Wegenverkeersreglement).

<sup>58</sup> Zie ook het advies van 5 september 2002, nr. W03.02.0287 (ontwerpbesluit tot wijziging van onder meer het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken) en het advies van 2 september 2002, nr. W04.02.0281 (ontwerpbesluit inzake voorzieningen en voorwaarden voor voorzieningen ten behoeve van verhuizing naar de Nederlandse Antillen en Aruba; Tijdelijk besluit tegemoetkoming verhuiskosten Antillianen en Arubanen). Vgl. ten aanzien van artikel 10, tweede lid, van de Grondwet, het advies van 18 april 2003, nr. W04.03.0069 (ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens in verband met de invoering van de landelijk raadpleegbare deelverzameling GBA; Besluit landelijk raadpleegbare deelverzameling GBA).

<sup>59</sup> Mits men uitgaat van een materiële opvatting van het begrip 'sociale grondrechten'.

en 3) ook vallen onder de vrijheid vervat in het eerste artikellid, hetgeen de verhouding tussen enerzijds het eerste lid en anderzijds het tweede en derde lid compliceert.

In zijn advies over het initiatiefwetsvoorstel van het lid Halsema tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, noemt de Raad de bescherming van persoonsgegevens een afzonderlijk grondrecht, dat niet is geformuleerd als een subjectief recht, maar als een regelingsopdracht.<sup>60</sup>

De Raad lijkt genegen artikel 10 van de Grondwet uit te leggen met behulp van de verdragsconforme methode.<sup>61</sup> In zijn recente advies inzake het wetsvoorstel houdende uitbreiding van de bestuurlijke handhavingsinstrumenten in de wetgeving op het gebied van de volksgezondheid merkt de Raad op:

”Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is onder meer neergelegd in artikel 10 van de Grondwet en artikel 8 van het Europese verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM). Uit deze bepalingen volgt dat de overheid slechts een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag maken, indien dat gebeurt op basis van een wettelijke grondslag en als dat in het licht van bepaalde maatschappelijke doelen, waaronder de bescherming van de gezondheid, noodzakelijk en evenredig is.”<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Advies van 21 juni 2002, nr. W01.02.0179 (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).

<sup>61</sup> Zie bijvoorbeeld het advies van 24 januari 2002, nr. W03.02.0031 (voorstel van wet houdende tijdelijke regeling voor de penitentiaire capaciteit ten behoeve van drugskoeriers; Tijdelijke regeling penitentiaire capaciteit drugskoeriers). De Raad merkte op: “De bezoekregeling van artikel 23 van de Tijdelijke regeling is eveneens zuiniger dan die van artikel 38 PBW. Deze afwijkingen van de PBW dienen te worden getoetst aan artikel 10 GW (persoonlijke levenssfeer) en aan artikel 8 EVRM; dit betekent in elk geval dat de noodzaak en de proportionaliteit ervan dragend dienen te worden beargumenteerd.”

<sup>62</sup> Voorstel van 30 januari 2007, nr. W13.06.0521 (voorstel van wet houdende uitbreiding van de bestuurlijke handhavingsinstrumenten in de wetgeving op het gebied van de volksgezondheid; Wet uitbreiding bestuurlijke handhaving volksgezondheidswetgeving).

Het recht op eerbiediging van de persoonlijk levenssfeer is een grondrecht met horizontale werking.<sup>63</sup>

### **3.2 Gevolgen van interpretatie**

Wanneer de Raad een grondwetbepaling heeft uitgelegd, verbindt hij aan deze uitleg een van de volgende acht gevolgen.

#### *3.2.1 Geen oordeel*

De eerste optie is: wel interpreteren, maar uiteindelijk toch geen opmerking maken waaruit de uitleg blijkt. Zie voor voorbeelden § 3.4 waar de rationes voor het afzien van het maken van een adviesopmerking worden behandeld.

Waar de Raad geen opmerking maakt omdat hij instemt met een door de indiener gegeven interpretatie, kan hij wel degelijk uitdrukkelijk hebben stilgestaan bij de betreffende grondrechtenkwesitie.<sup>64</sup>

Bij de advisering inzake het ontwerpbesluit voor een Regeling met betrekking tot de instelling, de taak, de samenstelling en de werkwijze van de commissie bedoeld in onder meer het Algemeen Rijksambtenarenreglement, komt in de Volle Raad de vraag aan de orde of een geheimhoudingsplicht voor leden van adviescommissies wel kan worden gezien als een inbreuk op (dan wel beperking van) artikel 7 van de Grondwet.<sup>65</sup>

#### *3.2.2 Een impliciet oordeel*

Van een impliciete opmerking is sprake wanneer de bewoordingen van een grondrechtenbepaling wordt gebezigd, zonder dat de bepaling zelf met naam en toenaam wordt genoemd.

Bij de voorbereiding van het advies inzake het wetsvoorstel tot invoering van een numurus fixus-stelsel wordt artikel 1 van de Grondwet geïnterpreteerd, waarbij onder meer de vraag aan de orde komt of de omstandigheid dat het wetsvoorstel een cesuur legt bij een bepaald cijfer, willekeurig is en leidt tot ongelijke behandeling waarvoor een rechtvaardiging dient te worden gegeven.

<sup>63</sup> Zie bijvoorbeeld het advies van 15 juni 1994, nr. W13.93.0609 (voorstel van het lid Kohnstamm, houdende regels tot versterking van de rechtspositie van hen die een medische keuring ondergaan).

<sup>64</sup> Zie ook het advies van 18 april 2001, nr. W03.01.0058 (voorstel van wet tot wijziging van de artikelen 139f en 441b van het Wetboek van Strafrecht; uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht).

<sup>65</sup> Zie verder § 3.1.4.

Nader onderzoek leidt tot de conclusie dat het voorgestelde stelsel niet in strijd is met de Grondwet en het IVBPR. De Raad merkt in zijn advies op dat het - 'zolang het uitgangspunt gehanteerd blijft dat alle leerlingen die een VWO-diploma hebben behaald een wettig toegangsbewijs hebben voor het volgen van universitair onderwijs' - de voorkeur verdient alle leerlingen volgens eenzelfde systematiek voor toelating in aanmerking te laten komen.<sup>66</sup>

### 3.2.3 Een niet-rechtstreeks oordeel

Van een niet-rechtstreekse opmerking kan men spreken in geval een uitleg verpakt is in een adviesopmerking over de opportuniteit of noodzaak van een wetsvoorstel.

Het advies inzake een eerste wetsvoorstel voor een Algemene wet gelijke behandeling illustreert deze variant. De Raad wijst er onder meer op dat artikel 1 geen opdracht tot nadere regelgeving bevat en merkt dan op dat de noodzaak van wetgeving in de voorgestelde vorm in twijfel moet worden getrokken.<sup>67</sup>

Ook kan men denken aan de advisering inzake het wetsvoorstel voor een Wet geestelijke verzorging zorginstellingen en justitiële inrichtingen, waarbij de Raad artikel 6 van de Grondwet uitlegt in het kader van de beoordeling van de opportuniteit van het wetsvoorstel.

Bij het initiatiefwetsvoorstel tot strafbaarstelling van negationisme merkt de Raad op dat, tegen de achtergrond van de jurisprudentie, de artikelen 10 van het EVRM en 7 van de Grondwet niet nopen tot een expliciete stafbepaling als voorgesteld ter rechtvaardiging van de aan de orde zijnde beperking van de vrijheid van meningsuiting. Hij oordeelt negatief over de noodzaak van het voorstel.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Advies van 5 december 1997, nr. W05.97.0463 (voorstel tot wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, houdende aanpassingen in het systeem van selectie voor opleidingen waarvoor een toelatingsbeperking is vastgesteld).

<sup>67</sup> Advies van 28 december 1997, nr. W04.87.0487 (Ontwerp-Algemene wet gelijke behandeling).

<sup>68</sup> Advies van 10 augustus 2006, nr. W03.06.0191 (voorstel van wet van het lid Huizinga-Heringa tot strafbaarstelling van negationisme).

### 3.2.4 Een oordeel louter over de wenselijkheid van een (nadere) toelichting

Veel voorkomend is de variant waarin de Raad zich niet uitspreekt over de verenigbaarheid van een wetsvoorstel met de Grondwet, maar wel opmerkt dat (nadere) toelichting over deze verhouding door de indiener van het voorstel gewenst of vereist is.<sup>69</sup>

In zijn advies over het voorstel voor de Koppelingswet acht de Raad van State het noodzakelijk dat de regering in de toelichting aangeeft waarom gemaakte onderscheidingen noodzakelijk zijn, alsmede dat de aangelegde criteria als redelijk en objectief kunnen gelden.<sup>70</sup> Naar het oordeel van de Raad is aan dit aspect verre van voldoende aandacht besteed.

In zijn advies inzake het voorstel voor een Kaderwet Dienstplicht merkt de Raad op dat hij het mede in het licht van artikel 1 van de Grondwet aangewezen acht dat in de toelichting wordt aangegeven welke objectieve en redelijke grond 'kennelijk aanwezig wordt geacht' voor het onderscheid dat het wetsvoorstel maakt tussen mannen en vrouwen.<sup>71</sup>

Soms voegt de Raad aan zijn opmerking, dat (nadere) toelichting over de verhouding van een wetsvoorstel tot de Grondwet gewenst is, iets toe: als toelichten niet mogelijk blijkt, adviseert hij de indiener het voorstel te heroverwegen.

<sup>69</sup> Zie ook het advies van 1 mei 1996, nr. W10.95.0378 (voorstel houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging); het advies van 25 november 2002, nr. W06.02.0402 (ontwerpbesluit houdende het toekennen van bevoegdheden met betrekking tot reclame-uitingen van financiële ondernemingen; Besluit reclame-uitingen financiële ondernemingen); het advies van 11 april 2000, nr. W13.99.0595 (voorstel houdende regels inzake handelingen met geslachtsellen en embryo's); en het advies van 15 juni 1994, nr. W13.93.0609 (voorstel van het lid Kohnstamm, houdende regels tot versterking van de rechtspositie van hen die een medische keuring ondergaan). Zie verder ook het advies van 12 maart 2001, nr. W13.01.0083 (Tweede nota van wijziging op het voorstel van wet tot wijziging van de Tabakswet); de oorspronkelijke memorie van toelichting (bij de nota van wijziging) is - naar het oordeel van de Raad van State - tamelijk summier op het punt van de grondrechtenkwestie.

<sup>70</sup> Advies van 2 december 1994, nr. W03.94.0366 (voorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet en enige andere wetten teneinde de aanspraak van vreemdelingen jegens bestuursorganen op verstrekkingen, voorzieningen, uitkeringen, ontheffingen en vergunningen te koppelen aan het rechtmatig verblijf van de vreemdeling in Nederland).

<sup>71</sup> Advies van 11 april 1995, nr. W07.95.0056 (voorstel houdende bepalingen met betrekking tot de militaire dienstplicht alsmede wijziging van enige wetten en overgangsrecht; Kaderwet dienstplicht).

Te denken valt bijvoorbeeld aan de adviezen inzake het Bijstandsbesluit landelijke normering. In een eerste advies merkt de Raad op dat de motivering van de maatregel niet voldoet aan de eisen die gelden voor een objectieve rechtvaardiging (artikel 1 van de Grondwet). De Raad adviseert daarom de maatregel alsnog toereikend te motiveren.<sup>72</sup> De regering trekt het voorstel in. Bij een volgend ontwerpbesluit voor een Bijstandsbesluit landelijke normering merkt de Raad op dat de toelichting zowel in de breedte als in de diepte onvoldoende motivering voor het voorgestelde onderscheid bevat. Hij adviseert alsnog een toereikende toelichting te geven of anders, indien dit niet mogelijk blijkt, de maatregel te heroverwegen.<sup>73</sup>

In zijn advies inzake het voorstel voor een implementatiewet van richtlijn 91/553/EEG merkt de Raad op dat in de toelichting bij het wetsvoorstel geen verklaring wordt gegeven voor de verschillende benadering van, globaal gezien, enerzijds de private sector en anderzijds de publieke sector. Het verdient aanbeveling het gesignaleerde verschil weg te nemen dan wel toe te lichten, aldus de Raad.<sup>74</sup>

### *3.2.5 Een expliciet oordeel dat er geen strijd is*

Een adviesopmerking kan er voorts toe strekken dat de Raad, gemotiveerd, vaststelt dat het wetsvoorstel waarover hij adviseert niet in strijd is met (bepalingen van) de Grondwet. Een voorbeeld biedt de advisering in het kader van het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van het BW (uitzonderingspositie kerkgenootschappen).<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Advies van 27 november 1990, nr. W12.90.0467 (ontwerpbesluit houdende wijziging van het Bijstandsbesluit landelijke normering met betrekking tot onder meer de hoogte van de uitkering voor schoolverlaters van 21 tot 27 jaar).

<sup>73</sup> Advies van 9 oktober 1991, nr. W12.91.0322 (ontwerpbesluit houdende wijziging van het Bijstandsbesluit landelijke normering met betrekking tot onder meer de hoogte van de uitkering voor schoolverlaters van 21 tot 27 jaar).

<sup>74</sup> Advies van 20 juli 1992, nr. W03.92.0202 (voorstel tot uitvoering van de richtlijn van de Raad van de EG betreffende informatie van de werknemer over zijn arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding).

<sup>75</sup> Advies van 10 december 2004, nr. W03.04.0460 (voorstel van de leden Wilders en Eerdmans tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de uitzonderingspositie van kerkgenootschappen).

De memorie van toelichting wees weliswaar in de inleiding op het belang van de verhouding van het wetsvoorstel tot de grondwettelijke godsdienstvrijheid, maar ging daar verder niet op in, zo constateert de Raad. Vervolgens zet de Raad uiteen, onder meer verwijzend naar de grondwethistorie, dat de huidige regeling naar zijn oordeel een passende regeling vormt, die enerzijds een rechterlijk verbod en ontbinding van een kerkgenootschap mogelijk maakt indien daarvoor gereede aanleiding bestaat, maar die anderzijds rekening houdt met de grondrechtelijke status van de vrijheid van godsdienst zoals geregeld in de Grondwet, het EVRM en het IVBPR.

### *3.2.6 Een oordeel dat er geen strijd is, maar dat toelichting wenselijk is*

Daarnaast maakt de Raad gebruik van de optie expliciet uit te spreken dat het betreffende wetsvoorstel zijns inziens geen strijd oplevert met de Grondwet, maar dat nadere toelichting niettemin wenselijk is.

Een voorbeeld kan men ontlenen aan het advies inzake het wetsvoorstel over positieve actie vrouwen in leidinggevende functies.<sup>76</sup> De memorie van toelichting behoeft aanvulling (er staat onvoldoende vast dat er voldoende gekwalificeerd aanbod van vrouwen is), maar het wetsvoorstel als zodanig roept geen bezwaren op in verband met artikel 1 van de Grondwet, aldus de Raad.

### *3.2.7 Een oordeel dat er spanning is - of woorden van gelijke strekking*

In sommige gevallen drukt de Raad zich minder stellig uit; hij hanteert bijvoorbeeld de uitdrukking 'op gespannen voet staan'.

Nederlanders komen in een ongunstiger positie te verkeren dan de andere burgers van de Europese Unie en dat is moeilijk te verenigen met het gelijkheidsbeginsel, merkt de Raad op in zijn eerste advies inzake het voorstel voor een Wet inburgering.<sup>77</sup> Ook stelt de Raad dat de op Nederland rustende internationale verplichtingen inzake gelijke behandeling in acht zullen moeten worden genomen. Na langs die weg tot een niet te rechtvaardigen rechtsongelijkheid te hebben geconcludeerd, merkt de Raad op: "Ook staat

<sup>76</sup> Advies van 19 mei 1994, nr. W05.94.0127 (voorstel houdende bepalingen met betrekking tot de educatie en het beroepsonderwijs).

<sup>77</sup> Advies van 1 juli 2005, nr. W03.05.0101 (voorstel van wet houdende regels inzake inburgering in de Nederlandse samenleving; Wet inburgering).

een dergelijke rechtsongelijkheid op gespannen voet met het gebod van gelijke behandeling van artikel 1, eerste volzin, van de Grondwet.”<sup>78</sup>

Bij 'woorden van gelijke strekking' kan men denken aan de uitdrukking 'geen sequeel zijn van'.<sup>79</sup>

Voor een terughoudende formulering zal de Raad bijvoorbeeld kiezen bij initiatiefwetsvoorstellen.<sup>80</sup> In een uitzonderlijk geval heeft de Raad voor een absolute stellingname gekozen ten aanzien van een kwestie die niet in het wetsvoorstel zelf besloten lag.<sup>81</sup>

### *3.2.8 Een oordeel dat er strijd is*

Tenslotte zijn er de opmerkingen die de meeste stof doen opwaaien omdat ze ertoe strekken dat het wetsvoorstel in strijd is met een grondwetbepaling. Soms vindt de Raad er geen doekjes om, zoals bij de advisering over het voorstel voor de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugkoeriers.

Het wetsvoorstel verklaart de Penitentiaire beginselenwet (hierna: Pbw) en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen buiten toepassing en stelt in plaats daarvan een aanmerkelijk soberder regeling voor. De Raad van State merkt op dat in artikel 26, dat zorgplichten ten aanzien van gedetineerden bevat, een equivalent ontbreekt van artikel 44, derde lid, Pbw, waarin is bepaald dat bij de verstrekking van voeding zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met de godsdienst of levensovertuiging van gedetineerden. Niet handelen in overeenstemming met die norm leidt, naar de Raad voorkomt, tot strijd met

<sup>78</sup> Bij een tweede advies uitgebracht in het kader van dit wetgevingstraject merkt de Raad op dat hij eerder heeft opgemerkt dat een generieke ongelijke behandeling niet voldoet aan het onder meer uit artikel 1 van de Grondwet voortvloeiende recht van gelijke behandeling.

<sup>79</sup> Advies van 14 december 1995, nr. W04.95.0534 (voorstel tot wijziging van bepalingen van verschillende wetten in verband met de erkenning van de vrijheid van levensovertuiging als grondrecht).

<sup>80</sup> Zo besluit de Volle Raad dat de conclusies met betrekking tot de verhouding van een initiatiefwetsvoorstel tot de vrijheid van meningsuiting in aandachtspunten worden uitgedrukt, omdat dat beter past bij een initiatiefwetsvoorstel, zie het advies van 14 juni 2002, nr. W09.02.0192 (voorstel van het lid Van der Steenhoven tot wijziging van de Luchtvaartwet in verband met een verbod op reclamesleepvliegen).

<sup>81</sup> Advies van 7 augustus 1998, nr. W13.98.0225 (voorstel houdende wijziging van enkele wetten in verband met onder meer invoering van het regresrecht in de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten; Wet invoering en versterking regresrecht in AWBZ en ZFW).



artikel 6, eerste lid, van de Grondwet. De Raad adviseert daarom een bepaling als die van artikel 44, derde lid, van de Pbw ook hier op te nemen.<sup>82</sup>

### **3.3 Rationes voor het maken van een adviesopmerking**

De bestudeerde wetgevingstrajecten overziend, zijn vier rationes aanwijsbaar voor de overweging de Raad een adviesopmerking te maken waaruit zijn interpretatie van een bepaalde grondwettelijke grondrechtenbepaling blijkt: anticipatie, articulatie, transformatie en transparantie.

#### *3.3.1 Anticipatie*

Ten eerste kan anticipatie op toekomstige toetsing door de rechter een reden zijn om een adviesopmerking over een grondwetbepaling te maken.

Een voorbeeld biedt de voorbereiding van het advies inzake het Bijstandsbesluit landelijke normering.<sup>83</sup> De rapporteur in die zaak houdt de Volle Raad voor dat het advies moet ingaan op de vraag of de regeling de rechterlijke toetsing kan doorstaan.

De rapporteur in een andere zaak, het advies inzake de implementatiewet van richtlijn 91/553/EEG, meent dat het nuttig is een adviesopmerking te maken om de regering te waarschuwen.<sup>84</sup>

In weer een andere zaak pleit de Raad voor een limitatieve opsomming van maatregelen in het belang van het onderzoek; een niet-limitatieve opsomming biedt het risico dat nieuwe (niet in de wet genoemde) maatregelen door de rechter niet zullen worden goedgekeurd. Vervolgens verwijst de Raad naar een arrest van de Hoge Raad en een vonnis van de rechtbank Haarlem.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> Advies van 24 januari 2002, nr. W03.02.0031 (voorstel van wet houdende tijdelijke regeling voor de penitentiaire capaciteit ten behoeve van drugskoeriers; Tijdelijke regeling penitentiaire capaciteit drugskoeriers).

<sup>83</sup> Advies van 27 november 1990, nr. W12.90.0467 (ontwerpbesluit houdende wijziging van het Bijstandsbesluit landelijke normering met betrekking tot onder meer de hoogte van de uitkering voor schoolverlaters van 21 tot 27 jaar).

<sup>84</sup> Advies van 20 juli 1992, nr. W03.92.0202 (voorstel tot uitvoering van de richtlijn van de Raad van de EG betreffende informatie van de werknemer over zijn arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding).

<sup>85</sup> Advies van 18 oktober 1999, nr. W03.99.0349 (voorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten omtrent onder meer de toepassing van maatregelen in het belang van het onderzoek).

Anticipatie heeft betrekking op de grote lijnen. Dit kan althans een verklaring zijn voor het verschil in redactie van respectievelijk het conceptadvies afdeling en het conceptadvies staatsraden bij het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Arbeidstijdenwet, het BW en de Algemene wet gelijke behandeling (gewetensbezwaren zondagsarbeid).<sup>86</sup> De volgende passage is ontleend aan het eerstgenoemde conceptadvies:

”Voor werknemers die geen gewetensbezwaren hebben tegen het werken op zondag kan de druk om op zondag te moeten werken sterker toenemen dan nu soms al het geval is. Voor werknemers die zorgtaken thuis hebben kan dit een wezenlijk knelpunt op de arbeidsmarkt betekenen. Dit kan onder omstandigheden leiden tot een zwakkere positie op de arbeidsmarkt van vrouwen, nu die vaker dan mannen in deeltijd (willen) werken. In bepaalde gevallen zou de werkgever genoodzaakt kunnen worden tot keuzes die neerkomen op indirecte discriminatie van vrouwen.”

Het wetgevingsdossier geeft geen uitsluitsel. Het hier genoemde voorbeeld betreft mogelijke botsing van grondrechten.

### 3.3.2 *Articulatie*

Ten tweede kan de Raad besluiten een adviesopmerking te maken om aan te geven dat hij op een gegeven moment veel belang hecht aan een bepaalde uitleg en de behoefte voelt deze kenbaar te maken. De Raad slaat dan met de spreekwoordelijke vuist op tafel ('Articulatie'). Een voorbeeld betreft de advisering door de Raad inzake een regeringsvoorstel voor een Algemene wet gelijke behandeling.<sup>87</sup>

De Raad merkt op dat het non-discriminatiebeginsel in het wetsvoorstel wordt afgewogen tegen andere grondrechten. De opvatting waarvan lijkt te zijn uitgegaan, zo constateert de Raad, is dat de af te wegen grondrechten van gelijke rang zijn. In de toelichting wordt een beschouwing gemist over 'de wel gehoorde opvatting dat artikel 1 van de Grondwet bij conflict met andere grondrechten voorrang zou dienen te krijgen'. De Raad merkt op dat noch

<sup>86</sup> Advies van 23 mei 2000, nr. W12.00.0166 (voorstel van wet van het lid Bakker tot wijziging van de Arbeidstijdenwet, het Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet gelijke behandeling; gewetensbezwaren zondagsarbeid).

<sup>87</sup> Advies van 28 december 1987, nr. W04.87.0487 (Ontwerp-Algemene wet gelijke behandeling).

uit de tekst of de volgorde, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van hoofdstuk 1 van de Grondwet een dergelijke voorrang kan worden afgeleid.

De regering lijkt van dezelfde opvatting te zijn uitgegaan als die welke de Raad huldigt. Toch maakt de Raad een opmerking, kennelijk om op dit belangrijke punt een krachtige, door twee interpretatiemethoden gestaafde interpretatie het land in te sturen.

### 3.3.3 *Transformatie*

Een volgende reden om bij advisering een opmerking over de Grondwet te maken houdt verband met ontwikkelingen in de maatschappij ('Transformatie'). Ter illustratie kan de advisering over het wetsvoorstel voor een Kaderwet dienstplicht dienen.<sup>88</sup>

Het voorstel maakte onderscheid tussen mannen en vrouwen. Bij de voorbereiding van het advies rijst de vraag of bij deze gelegenheid het vraagstuk van de dienstplicht voor vrouwen aan de orde zou moeten worden gesteld. Over deze kwestie zou in het advies een vraag om toelichting kunnen worden opgenomen, omdat het hier een geheel nieuwe wet betreft. Uiteindelijk merkt de Raad in zijn advies op dat hij het mede in het licht van artikel 1 van de Grondwet aangewezen acht dat in de toelichting wordt aangegeven welke objectieve en redelijke grond 'kennelijk aanwezig wordt geacht' voor het onderscheid dat het wetsvoorstel maakt tussen mannen en vrouwen.

Dit voorbeeld illustreert de spanning die bij de advisering kan optreden tussen de ratio 'transformatie' voor het maken van een adviesopmerking, en de hierna te bespreken rationes voor het afzien van het maken van een adviesopmerking.<sup>89</sup> Uiteindelijk komt het dan wel tot een opmerking, maar de gevolgen die de Raad aan zijn interpretatie verbindt, zijn lauw.

Bij de voorbereiding van het advies inzake het voorstel voor de Wet openstelling huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht stelt een staatsraad in de Volle Raad dat de wijziging van de juridische vorm van een algemeen maatschappelijk

<sup>88</sup> Advies van 11 april 1995, nr. W07.95.0056 (voorstel houdende bepalingen met betrekking tot de militaire dienstplicht alsmede wijziging van enige wetten en overgangsrecht; Kaderwet dienstplicht).

<sup>89</sup> Zie § 3.4.

instituut juridisch gezien weliswaar geen enkel probleem is, maar maatschappelijk gezien consequenties heeft voor bepaalde instellingen.<sup>90</sup> Daar zou de regering in de memorie van toelichting aandacht aan dienen te besteden.

Vermeldenswaard is het advies inzake het wetsvoorstel tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken (procederen in eerste aanleg).<sup>91</sup> Over de vraag of andere dan natuurlijke personen een recht hebben op bescherming van de persoonlijke levenssfeer ex artikel 10 van de Grondwet merkt de Raad op:

”In de literatuur bestaat geen eenstemmigheid over de beantwoording van de vraag of andere dan natuurlijke personen aanspraak op een dergelijke bescherming moeten kunnen maken. Zo is bij de totstandkoming van artikel 10 van de Grondwet – overigens zonder nadere argumentatie – betoogd dat rechtspersonen recht hebben op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.<sup>92</sup> De Raad betwijfelt echter of het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer voor rechtspersonen al voldoende is uitgekristalliseerd. (...) De Raad adviseert in de toelichting nader op de grondslag voor en de reikwijdte van de (...) exceptie voor andere dan natuurlijke personen in te gaan. Daarbij dient aandacht te worden besteed aan de criteria voor beschermwaardigheid van de financiële, commerciële en technische bedrijfsgegevens in de civiele procedure.”

De Raad wil (hier) kennelijk geen katalysator zijn die de rechtsontwikkeling aandrijft – en laat dit proces over aan de andere actoren in het wetgevingstraject.<sup>93</sup> Populair is de ratio ‘transformatie’ nochtans niet.

#### *3.3.4 Transparantie*

Ook kan de Raad besluiten een opmerking te maken ten dienste van de helderheid. Men mag aannemen dat dit geschiedt mede met het oog op andere actoren in het wetgevingstraject: de indiener zal dan immers nader ingaan op verenigbaar-

<sup>90</sup> Advies van 23 maart 1999, nr. W03.98.0593 (voorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht; Wet openstelling huwelijk).

<sup>91</sup> Advies van 17 juni 1999, nr. W03.98.0594 (voorstel tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg).

<sup>92</sup> *Kamerstukken II 1975-1976*, 13872, nr.7, p. 35.

<sup>93</sup> De regering houdt, blijkens haar nader rapport, vast aan de door haar gegeven ruime uitleg; zij legt het grondwettelijk recht verdragsconform uit.

heid van het wetsvoorstel met de grondwetbepaling, waardoor het parlement in staat wordt gesteld zijn bijdrage aan constitutionele toetsing in het wetgevings-traject beter te volbrengen.<sup>94</sup>

### **3.4 Rationes voor het afzien van het maken van een adviesopmerking**

Voor het niet maken van een adviesopmerking over grondrechtaspecten zijn afzonderlijke rationes te onderscheiden. Soms is eenvoudig niet meer te achterhalen waarom de Raad heeft geabstineerd, omdat zowel het originele dossier als het schaduw dossier ontbreken<sup>95</sup> of niet zeer informatief zijn.<sup>96</sup>

#### *3.4.1 Abstinentie met het oog op andere actoren*

Voor abstinentie of onthouding van commentaar met het oog op andere actoren in het wetgevingstraject wordt gepleit bij de voorbereiding van het advies inzake het voorstel voor de Wet openstelling huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht.<sup>97</sup> Volgens een staatsraad bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Volle Raad kan de regering evengoed tijdens de parlementaire behandeling duidelijkheid scheppen op het punt van de positie van de kerken.

Als voorbeeld van abstinentie met het oog op de rechter kan men denken aan adviezen waarin de Raad vasthoudt aan het principe dat van geval tot geval moet worden afgewogen waar de grens moet worden getrokken indien de uitoefening van het ene grondrecht een beperking van het andere grondrecht met zich

<sup>94</sup> Zie bijvoorbeeld de voorbereiding van het advies van 6 juli 1999, nr. W13.99.0190 (voorstel houdende wijziging van de Mediawet en van het Wetboek van Strafrecht, alsmede intrekking van de Wet op de filmvertoningen). De tekst van een voorgesteld artikel zou onvoldoende specifiek zijn om te mogen dienen als grondslag voor normering waarbij de vrijheid van meningsuiting in het geding is. Zie ook het advies van 21 oktober 1985, nr. W04.85.0356 (voorstel houdende bepalingen betreffende de uitoefening van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en van het recht tot vergadering en betoging; Wet openbare manifestaties) en het advies van 6 december 2000, nr. W03.00.0410 (voorstel van wet houdende regels over de documentatie van vennootschappen; Wet documentatie vennootschappen).

<sup>95</sup> Advies van 14 mei 1992, nr. W03.92.0184 (voorstel houdende aanpassing van de Wet op de justitiële documentatie en op de verklaringen omtrent het gedrag).

<sup>96</sup> Advies van 7 december 2006, nr. W05.06.0471 (voorstel van wet tot vaststelling van tijdelijke regels voor mediaconcentraties; Tijdelijke wet mediaconcentraties).

<sup>97</sup> Advies van 23 maart 1999, nr. W03.98.0593 (voorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht; Wet openstelling huwelijk).

brengt. Hoe abstracter de afweging wordt gemaakt, hoe meer het gevaar dreigt dat in een concreet geval een evenwichtige afweging achterwege blijft, zo luidt een adviesopmerking eind jaren tachtig.<sup>98</sup>

Dit betekent niet dat de Raad nimmer een afweging in abstracto wenst te maken. Zo heeft hij in zijn advies inzake een tweede regeringsvoorstel voor een Algemene wet gelijke behandeling de artikelen 1 en 23, zesde lid, van de Grondwet in hun onderlinge verhouding geïnterpreteerd,<sup>99</sup> een uitleg die de Raad bevestigde in zijn advies inzake het wetsvoorstel over positieve actie voor vrouwen in leidinggevende posities.<sup>100</sup>

#### 3.4.2 *Abstinentie om overige staatkundige redenen*

Bij de voorbereidingen van de advisering inzake het voorstel voor de Wet openstelling huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht worden argumenten naar voren gebracht voor abstinentie om overige staatkundige redenen.<sup>101</sup> Bij de uitleg van artikel 6 van de Grondwet (in verband met de positie van de kerken) is een argument om geen opmerking te maken dat kerkelijke instellingen daarover thans hun eigen standpunt bepalen en de Raad zich daarin niet behoort te mengen. De scheiding tussen kerk en staat wordt genoemd als reden om af te zien van het maken van een adviesopmerking.

<sup>98</sup> Advies van 28 december 1987, nr. W12.87.0565 (voorstel van wet van de leden Van Nieuwenhoven en Haas-Berger houdende regels ter bestrijding van de seksdiscriminatie; Wet tegen seksdiscriminatie). Vgl. *Kamerstukken II 2004-2005*, 30 091, nr. 41.

<sup>99</sup> Advies van 23 oktober 1990, nr. W04.90.0329 (voorstel houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, hetero- en homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat; Algemene wet gelijke behandeling).

<sup>100</sup> Advies van 19 mei 1994, nr. W05.94.0127 (voorstel houdende bepalingen met betrekking tot de educatie en het beroepsonderwijs).

<sup>101</sup> Advies van 23 maart 1999, nr. W03.98.0593 (voorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht; Wet openstelling huwelijk).

### 3.4.3 *Abstinentie vanwege gebrek aan onderlinge overeenstemming*

Een markant voorbeeld van abstinentie betreft de advisering inzake de Rotterdamwet.<sup>102</sup> De memorie van toelichting noemt de Grondwet,<sup>103</sup> de concept-adviezen ook, maar in het uiteindelijke advies komt geen verwijzing naar de Grondwet voor, uitsluitend naar de Algemene wet gelijke behandeling.<sup>104</sup> "Eén van de eisen die de Algemene wet gelijke behandeling stelt, is het vereiste van proportionaliteit. Het is niet zeker dat het wetsvoorstel aan deze eis voldoet." De reden voor het weglaten van een verwijzing naar artikel 1 van de Grondwet blijkt niet uit het wetgevingsdossier, dat zeer dun is en geen correspondentie bevat tussen rapporteur, staatsraden en wetgevingsjurist. Wellicht is dit een voorbeeld van abstinentie door gebrek aan onderlinge overeenstemming.

### 3.4.4 *Abstinentie om technische redenen*

Een voorbeeld van abstinentie om technische redenen vindt men bij de voorbereiding van het advies inzake het wetsvoorstel tot implementatie van richtlijn 91/553/EEG.<sup>105</sup> In de Volle Raad was verschil van mening gerezen over de vraag of artikel 1 niet teveel werd opgerekt. De suggestie van de rapporteur op te merken dat een ruime uitleg volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, wordt geschrapt omdat het een 'argument ten overvloede' is.

Geabstineerd heeft de Raad ook bij de advisering inzake het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de adeldom in verband met het wegnemen van onevenwichtigheden in het overheidsbeleid ten aanzien van ouders en hun

<sup>102</sup> Advies van 2 februari 2005, nr. W04.04.0576 (voorstel van wet houdende regels die een geconcentreerde aanpak van grootstedelijke problemen mogelijk maken; Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek).

<sup>103</sup> De precieze tekst luidt als volgt: "Daarnaast raken de maatregelen aan het recht op gelijke behandeling, zoals onder andere beschermd door artikel 1 van de Grondwet, artikel 26 van het IVBPR, artikel 5 van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, artikel 14 van het EVRM en artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM."

<sup>104</sup> Vgl. het advies van 16 oktober 2006, nr. W05.06.0319 (Voorstel van wet tot wijziging van onder meer de Leerplichtwet in verband met de invoering van een kwalificatieplicht en een leerwerkplicht en een aanpassing van de regionale meld- en coördinatiefunctie): een informatieplicht moet niet alleen getoetst worden aan de wet - de Wet bescherming persoonsgegevens - maar ook aan de regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

<sup>105</sup> Advies van 20 juli 1992, nr. W03.92.0202 (voorstel tot uitvoering van de richtlijn van de Raad van de EG betreffende informatie van de werknemer over zijn arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding).

kinderen.<sup>106</sup> Bij de voorbereiding van het advies werd de wenselijkheid van de voorgestelde wijziging in verband gebracht met de dan gangbare opvattingen ten aanzien van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Dit is een toepassing van de dynamische methode. Dit stond haaks op de tot dan toe ook door de Raad gevolgde lijn dat de adeldom als historisch instituut niet moet worden geactualiseerd. Men zou de achterliggende uitleg kunnen herleiden tot de wethistorische methode. Omdat de Raad niets pleegt te zeggen over de wenselijkheid in het algemeen van een initiatiefwetsvoorstel, wordt geen keuze gemaakt tussen de interpretatiemethoden die in een verschillende richtingen wijzen.<sup>107</sup>

#### 3.4.5 *Articulatie*

Articulatie is, zoals bekend uit § 3.4.2, een reden om uitdrukkelijk wél een adviesopmerking te maken, maar kan ook een beweegreden zijn voor de tegengestelde actie. Soms maakt de Raad geen opmerking omdat hij een (grondwettelijke) grondrechtenclausule alleen ter sprake wil brengen bij zware gevallen. Dan kan hij met – de betreffende bepaling en – zijn vuist op tafel slaan. Een voorbeeld van een wetgevingstraject waarin deze lijn werd gevolgd, biedt de advisering inzake het wetsvoorstel voor een Spoedwet wegverbreding.<sup>108</sup> De redenering die hier wordt gepresenteerd is dat men een grondrechtenargument moet bewaren voor hard cases, lastige gevallen, moeilijk liggende zaken enzovoort. Hoe dit ook zij, de kwestie is uitvoerig bediscussieerd in de parlementaire fase van het wetgevingstraject.<sup>109</sup>

#### 3.4.6 *Instemming*

Een voor de hand liggende reden om geen adviesopmerking te willen maken is een instemming met een interpretatie die de indiener van het voorstel heeft

<sup>106</sup> Advies van 19 juni 2000, nr. W04.00.0158 (voorstel van wet van de leden Van Wijmen en Ross-van Dorp tot wijziging van de Wet op de adeldom; overerving adeldom in de vrouwelijke lijn).

<sup>107</sup> Overigens, als het hier tot een adviesopmerking was gekomen, was dit een niet-rechtstreeks oordeel geweest. Vgl. § 3.2.3.

<sup>108</sup> Advies van 18 oktober 2002, nr. W09.02.0427 (voorstel van wet houdende regels ter bespoediging en vereenvoudiging van procedures met het oog op het zo spoedig mogelijk vergroten van de capaciteit van een aantal hoofdwegen door middel van een betere benutting en verbreding van die wegen; Spoedwet wegverbreding).

<sup>109</sup> *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 679, nr. 40, p. 5 en p. 14. Zie ook *Kamerstukken I* 2002-2003, 28 679, nr. 128b, p. 6-7.



gegeven.<sup>110</sup> Doorgaans ziet de Raad hierin een reden om geen opmerking te maken.

#### 3.4.7 Omissie

Bij een omissie is de Raad aan een bepaald aspect van een wetsvoorstel dat spanning oproept met een grondrechtenbepaling voorbij gegaan. Als vanzelf maakt hij dan ook geen opmerking.

In dit onderzoek is een aantal gevallen naar voren gekomen waarin sprake was van een omissie die aan het licht kwam, omdat het parlement de betreffende kwestie vervolgens aansneed.

Een voorbeeld is de kwestie van de gewetensbezwaarde trouwambtenaren. De Raad heeft bij de advisering over het voorstel voor de Wet openstelling huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht geen aandacht besteed aan deze kwestie van 'botsende grondrechten' (van enerzijds de trouwlustigen - artikel 1 van de Grondrecht - en anderzijds ambtenaren van de burgerlijke stand - artikel 6 van de Grondwet).<sup>111</sup>

In een ander wetgevingstraject werd bij een wetgevingsoverleg in de Tweede Kamer een vergaande<sup>112</sup> vorm van anticipatie betracht bij de toetsing van het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige

<sup>110</sup> Zie bijvoorbeeld de voorbereiding van het advies van 26 november 1997, nr. W03.97.0476 (ontwerpbesluit houdende vaststelling van de Penitentiaire maatregel en daarmee verband houdende wijziging van enige andere regelingen), het advies van 11 april 1994, nr. W03.93.0619 (voorstel houdende regels met betrekking tot de geestelijke verzorging in instellingen in de zorgsector en justitiële inrichtingen) en het advies van 14 mei 1996, nr. W05.96.0080 (voorstel tot wijziging van bepalingen van de Mediawet, de Wet op de telecommunicatievoorzieningen en de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 in verband met de liberalisering van de mediawetgeving).

<sup>111</sup> Advies van 23 maart 1999, nr. W03.98.0593 (voorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht; Wet openstelling huwelijk).

<sup>112</sup> Sommigen in het wetgevingstraject gaat dit te ver; grondrechten kunnen bij wet beperkt worden, zegt een kamerlid. Hier is in het geheel geen sprake van een probleem, meent een ander. De minister van Justitie stelt dat het recht in kwestie niet absoluut is en dat er altijd een afweging zal moeten plaatsvinden. Zie *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 983, nr. 11, p. 15. Het in regelgeving vervatten van een toetsingskader is, naar het oordeel van deze bewindspersoon, 'ongelooflijk ingewikkeld'.

andere wetten omtrent onder meer de toepassing van maatregelen in belang van het onderzoek. Een van die maatregelen was het afscheren van snor of baard of het knippen van hoofdhaar.<sup>113</sup> Wat nu wanneer de politie beschikt over een foto van een betrokkene die twee jaar geleden is genomen, toen een verdachte nog kort haar had en het voor de identificatie van belang acht dat baard en snor verwijderd worden. Hoe verhoudt zich dit tot artikel 6 van de Grondwet, zo vraagt een kamerlid zich af. Deze, of een vergelijkbare vraag heeft de Raad zich in ieder geval niet gesteld.<sup>114</sup>

Een omissie kan ook aan het licht komen door toedoen van de rechter – actor in termen van constitutionele toetsing nadat het wetgevingstraject is afgesloten.<sup>115</sup>

Soms is moeilijk uit te maken hoe een wetgevingstraject te rubriceren: als een geval van 'Instemming' of van 'Omissie'.<sup>116</sup>

*Vervolg voetnoot 112*

Uiteindelijk doet de minister de belofte de Kamer een brief te sturen over de mogelijkheid in nadere regels een toetsingskader op te stellen over de vraag wanneer een verdachte een beroep kan doen op de vrijheid van godsdienst. Daarvan is nimmer vernomen.

<sup>113</sup> Artikel 61a, eerste lid, onder e, van het wetsvoorstel.

<sup>114</sup> Advies van 18 oktober 1999, nr. W03.99.0349 (voorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten omtrent onder meer de toepassing van maatregelen in het belang van het onderzoek).

<sup>115</sup> Rb 's-Gravenhage 7 september 2005, AB 2005, 398 m.nt. M.J. Kanne, *NJ* 2005, 473 (St. Proefprocessenfonds Clara Wichmann e.a./Staat). In een proefproces oordeelde de rechtbank dat de staat onrechtmatig handelde, want in strijd met artikel 7 van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, onder meer door geen feitelijke of juridische maatregelen tegen de SGP te nemen. Integendeel, zo overwoog de rechtbank, de SGP werd door het verstrekken van subsidie gefaciliteerd; via de Wvpp kon de partij niet worden aangepakt; via deze wet kon niet die beoogde uitvoering worden gegeven aan het bepaalde in artikel 7 Vrouwenverdrag, zo bleek de rechtbank uit de wetgeschiedenis (het advies van de Raad van State en het nader rapport). Andere mensenrechtenbepalingen, waaronder artikel 1 van de Grondwet, liet de rechtbank onbesproken. Het vonnis van de rechtbank is bekrachtigd door het Hof 's-Gravenhage 20 december 2007, *JB* 2008, 37, *NJ* 2008, 133 (St. Proefprocessenfonds Clara Wichmann e.a./Staat). Zie echter ABRvS 5 december 2007, *AB* 2008, 35 m.nt. R.J.B. Schutgens, *JB* 2008, 24, voor een andere afweging en opvatting.

<sup>116</sup> Advies van 19 mei 1994, nr. W05.94.0127 (voorstel houdende bepalingen met betrekking tot de educatie en het beroepsonderwijs) en het advies van 3 november 2000, nr. W03.00.0432 (voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht ter verhoging van de strafmaat bij structurele vormen van discriminatie).

### 3.4.8 *Translatie*

In geval van translatie is het aandachtsveld van de actor verschoven van de grondrechtenbepaling naar – uitsluitend – een internationale verdragsbepaling of een rechtsbeginsel. De adviezen genoemd § 5.1 illustreren deze categorie.

Noemenswaardig zijn de adviezen inzake het voorstel voor een Antillianenwet.<sup>117</sup> Het advies spreekt de taal van het gelijkheidsbeginsel, volgt een 'Europees' toetsingsmodel,<sup>118</sup> maar noemt artikel 1 van de Grondwet niet. Ook komt het voor dat de Raad slechts de vrijheid van meningsuiting als zodanig noemt en relevante bepalingen in de Grondwet en verdragen onvermeld laat.<sup>119</sup>

### 3.5 **Motivering van gevolgde methoden**

Uit het voorgaande volgt dat de Raad niet altijd de vruchten van zijn uitleg zichtbaar maakt voor de buitenwereld, en daar bepaalde redenen voor heeft. Men kan nog een stap verder gaan – en bij het opstarten van dit onderzoek is gevraagd dit te doen – en bezien of de Raad de door hem gevolgde methoden motiveert.

Er is een verschil tussen het motiveren van een uitleg en het motiveren van het volgen van een bepaalde interpretatiemethode. Het onderscheid kan subtiel zijn, hetgeen de gang van zaken rond het initiatiefwetsvoorstel bestrijding van seksediscriminatie illustreert.<sup>120</sup>

De indieners stellen in hun toelichting dat het gelijkheidsbeginsel een speciale plaats inneemt, hoewel bij de herziening in 1983 van de Grondwet geen rangorde van grondrechten is aangegeven. Dit blijkt volgens hen uit het feit dat dit beginsel in alle grondrechten is terug te vinden. De Raad volgt een andere koers, met behulp van zowel de wetshistorische methode als de systematische methode en geeft bovendien aan vast te willen houden

<sup>117</sup> Advies van 26 januari 2007, nr. W03.06.0566 (Gewijzigd voorstel van wet houdende aanvullende maatregelen inzake onder meer de terugzending van Antilliaanse en Arubaanse risicjongeren) en het advies van 1 september 2006, nr. W03.06.0156 (voorstel van wet houdende aanvullende maatregelen inzake onder meer de terugzending van Antilliaanse en Arubaanse risicjongeren).

<sup>118</sup> Zie P. van Dijk en G.J.H. van Hoof (ed.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 1041.

<sup>119</sup> *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 704, A, p. 6-7.

<sup>120</sup> Advies van 28 december 1987, nr. W12.87.0565 (voorstel van wet van de leden Van Nieuwenhoven en Haas-Berger houdende regels ter bestrijding van de seksediscriminatie; Wet tegen seksediscriminatie).

aan het principe dat van geval tot geval wordt afgewogen waar grenzen moeten worden getrokken, indien de uitoefening van het ene grondrecht een beperking van het andere grondrecht met zich brengt: hoe abstracter de afweging wordt gemaakt, hoe meer het gevaar dreigt dat in een concreet geval een evenwichtige afweging achterwege blijft, aldus de Raad.

Met het motiveren van zijn keuze voor een bepaalde of meerdere methoden lijkt de Raad niet bijzonder gepreoccupeerd, ook niet wanneer er sprake is van - intern - strijdige visies en evenmin wanneer de Raad expliciet is verzocht te adviseren over de verhouding van een wetsvoorstel tot gespecificeerde grondwetbepalingen.

Het is ook de vraag of motivering van de keuze voor een of meer methoden zinvol is als de motivering van de uitleg duidelijk is en de conclusie eensluidend. Het is echter niet ondenkbaar dat het in voorkomende gevallen de moeite waard kan zijn met het oog op de uitleg die andere interpretatoren in een later stadium van het betreffende wetgevingstraject zullen geven.

Vanuit het oogpunt van interactie is er veel voor te zeggen dat de Raad zijn keuze voor een (of meer) bepaalde methoden in ieder geval toelicht wanneer de Raad in de aanbiedingsbrief expliciet is verzocht te adviseren over de verenigbaarheid van het wetsvoorstel in kwestie met specifieke grondwetbepalingen.

Dit was het geval bij de advisering over het wetsvoorstel DNA-onderzoek bij veroordeelden.<sup>121</sup> In de aanbiedingsbrief had de regering de Raad expliciet gevraagd te adviseren over de vraag hoe gedwongen en vrijwillig DNA-onderzoek bij ex-veroordeelden zich verhoudt tot onder meer artikel 1 van de Grondwet. Bij de voorbereiding was de vraag aan de orde wat gelijke gevallen zijn in de zin van artikel 1 van de Grondwet (en artikel 14 van het EVRM). De adviesopmerking luidt aldus: "Er is (...) een wezenlijk en relevant verschil met betrekking tot de opsporing en het voorkomen van strafbare feiten tussen personen die voor een gewelds- of zedenmisdrijf veroordeeld zijn en personen van wie dat niet gezegd kan worden." De Raad treedt naar buiten met het standpunt dat er geen sprake is van gelijke gevallen. Denkbaar was echter ook een andere mening: het argument van de schone lei - voor wie zijn straf heeft uitgezeten, is de zaak afgedaan; er is een streep onder gezet

<sup>121</sup> Advies van 28 juni 2002, nr. W03.02.0086 (voorstel DNA-onderzoeken bij veroordeelden).

in de samenleving. Men kan hier respectievelijk de teleologische methode en de fundamentele waarden methode herkennen. Het advies geeft geen inzicht in de reden waarom de eerste methode heeft geprevaleerd. Overigens, na de advisering door de Raad vindt een kabinetswisseling plaats. De nieuwe democratische meerderheid past het wetsvoorstel aan. In de Eerste Kamer komt de kwestie nog eens ter sprake, waarbij de nieuwe minister van Justitie lid was van de Raad van State ten tijde van de advisering.<sup>122</sup>

Ook wanneer de Raad een andere methode van interpretatie kiest dan de indiener (in het geval van extern-tegenstrijdige interpretatie), licht hij niet toe waarom hij het resultaat dat is bereikt via die andere methode, verwerpt.

In zijn advies over het voorstel voor de Koppelingswet legt de Raad artikel 1 van de Grondwet – kennelijk – verdragsconform uit. De regering volgt echter niet de verdragsconforme methode, maar de systematische methode.<sup>123</sup>

### 3.6 Tussenconclusies en bespiegelingen

In grote lijnen kan men stellen dat de Raad bijna altijd interpreteert, zich bedienend van een veelheid aan juridische interpretatiemethoden, maar dat de vruchten van zijn uitleg lang niet altijd zichtbaar zijn in het uiteindelijke advies.

#### *A Aard van de advisering*

Het is bekend dat de Raad van State voor zijn adviezen een drieledig toetsingskader hanteert: de beleidsanalytische toets, de juridische toets en de wetstechnische toets. Paragraaf 3.2.3 laat zien dat interpretatie van een grondrechtenbepaling in sommige gevallen plaats heeft in het kader van de beleidsanalytische toets. In de andere gevallen heeft toetsing aan de Grondwet kennelijk plaats in het kader van de juridische toets, al zijn de gevolgen dan wellicht anders dan in het geval van rechterlijke toetsing.<sup>124</sup> De rechter die toetst, moet met de uitkomst van zijn arbeid naar buiten treden of in ieder geval het hem in het concrete geval voorgelegde geschil tot een einde brengen; op de Raad van State als wetgevingsadviseur rust een dergelijke verplichting niet.<sup>125</sup> Tijdens discussies over methoden van

<sup>122</sup> *Handelingen I* 2003-2004, p. 3936.

<sup>123</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 24 233, nr. 3, p. 7. Zie ook *Kamerstukken II*, 1994-1995, 24 233, A, p. 7-8.

<sup>124</sup> Al kan men wel parallellen zien tussen de 'gevolgen' genoemd in § 3.2 en rechterlijke uitspraak-bevoegdheden.

<sup>125</sup> Zie hierna, onder punt c.

interpretatie en zichtbaarheid van interpretatie kwam steeds de vraag aan de orde wat van advisering dan eigenlijk kan en mag worden verwacht.

De deelnemers aan het mini-symposium was gevraagd mee te willen denken over de vraag hoe men toetsing ex ante door de Raad kan zien op de onderstaande, denkbeeldige, glijdende schaal van externe rechtsvergelijking.

Aan de ene kant van het spectrum kan men bijvoorbeeld Nieuw Zeeland plaatsen. Daar is het de Attorney-General die het advies opstelt en is de Bill of Rights Act de grondrechtencatalogus waaraan hij toetst, aan de hand van een advies van het Ministry of Justice (van het Crown Law Office wanneer het een voorstel uit de koker van voornoemd departement betreft). Hij brengt rapport uit aan het unicamerale parlement. De rechten vervat in de Bill of Rights Act zijn ook inroepbaar bij de gerechten van Nieuw Zeeland. De Attorney-General is de belangrijkste juridische adviseur van de regering. Ofschoon hij geen minister van Justitie is, maakt hij wel deel uit van het cabinet. Slechts bij uitzondering is hij niet juridisch opgeleid. Navraag bij het Ministry of Justice leert dat deze toetsing als een gewone juridische toets wordt gezien, die dan echter uitsluitend betrekking heeft op mensenrechten.

Aan de andere kant van het spectrum bevinden zich stelsels die tijdens een wetgevingstraject een rechterlijk oordeel mogelijk maken. In sommige van deze stelsels vervult de hoogste, algemene rechter deze taak. Zo kunnen in Canada het House of Commons en de Senate een wetsvoorstel voorleggen aan het Supreme Court of Canada. Het hoogste gerechtshof heeft echter het voorbehoud gemaakt dat het niet in zal gaan op vragen die daarvoor ongeschikt zijn, bijvoorbeeld omdat de vraag te weinig juridische inhoud zou hebben. Andere stelsels laten dit over aan een gespecialiseerd, constitutioneel hof. Zo kan de Franse Conseil Constitutionnel een abstracte toets verrichten aan de Grondwet nadat een wet is aanvaard, maar voordat ze wordt afgekondigd. Ook het Poolse stelsel kent een dergelijke prealabele toets.

Tussen de beide uiteinden van het spectrum bevinden zich landen met een institutie zoals de Raad van State, die een prealabele grondwettigheidscontrole verricht en bij die gelegenheid ook opmerkingen kan formuleren met betrekking tot het al dan niet in overeenstemming zijn van ontwerp teksten met de Grondwet.

Sommige deelnemers benadrukten het staatkundig-juridische karakter van de advisering; zij wezen op de verschillen met rechterlijke toetsing (dat wil zeggen, constitutionele toetsing achteraf). Een oud-staatsraad betwijfelde zelfs of men in de context van de wetgevingsadvisering wel van toetsing moet spreken. De Raad doet immers geen uitspraken over de (on)verbindendheid van een regel. Ook werd er op gewezen dat het feit dat juridische formuleringen worden gebruikt in de argumentatie, niets zegt over het gewicht dat aan de verschillende argumenten wordt gegeven, waar de maatschappelijke werkelijkheid bepalend zal zijn.

Anderen stelden voorop dat toetsing aan de Grondwet, ook bij advisering, een juridische toets is, of dat althans zou moeten zijn. Het kan toch niet zijn, zo werd gezegd, dat de Raad als bestuursrechter tot een andere uitleg van de Grondwet komt dan de Raad als wetgevingsadviseur. Bij weer anderen riep dit de vraag op "Waarom eigenlijk niet?".

De Raad van State houdt zich bezig met advisering. In iedere voor het publiek bestemde brochure - en ook in de jaarverslagen - kan men lezen dat de Raad bij de advisering ontwerpregelgeving toetst aan hoger recht, met inbegrip van de Grondwet. Daarbij moet men er dan wel op bedacht zijn dat dit toetsen vooraf (bij de advisering) niet een op een te vergelijken is met toetsing achteraf (in het kader van rechtspraak).

#### *B Het proces van interpretatie: het gebruik van methoden*

Voor de zoektocht naar methoden van interpretatie was het van groot belang inzicht te krijgen in de totstandkoming van adviezen. Op dit punt verdient het aandacht dat wetgevingsdossiers van recente datum relatief dun zijn in verhouding tot het tijdperk voor de digitalisering. De dossiers van het voorstel voor een Antillianenwet en van het initiatiefwetsvoorstel Halsema over constitutionele toetsing bijvoorbeeld, zijn uiterst summier met het verschaffen van informatie over gedachten en ontwikkelingen in de verschillende fasen van advisering. Dat is spijtig.

Uit dit onderzoek blijkt dat de Raad van State vele interpretatiemethoden gebruikt bij de uitleg van de geselecteerde bepalingen. Het lijkt aangewezen niet te krampachtig met interpretatiemethoden om te gaan. Het is niet zo, dat de taalkundige methode en de wetshistorische methode een primaat hebben of zouden moeten hebben. Het is niet meer dan logisch eerst te kijken naar wat er in de Grondwet staat en dan te bezien waarom het daar zo is uitgedrukt, maar het is niet logisch dat het daarbij ophoudt. Bij de uitleg van de Grondwet kan men in

vele gevallen ver komen met de grammaticale methode, de wetshistorische methode, de systematische methode en de teleologische methode. Toch kan het de moeite lonen ook dan de volledige waaier van interpretatiemethoden uit te klappen en de voorliggende grondwettelijke kwestie ook te bezien met hulp van de dynamische methode, maar zeker ook met behulp van de verdragsconforme en de fundamentele waarden methode, waarvan men zelfs kan zeggen dat ze de interpretator altijd voor ogen moeten staan bij de uitleg van grondwetbepalingen. Hoe men verder ook over dit laatste punt denkt: het uitklappen van de waaier kan de Raad helpen een afweging te maken over de vraag of hij een adviesopmerking zal maken, en zo ja, hoe die zal luiden. De waaier kan een handvat bieden bij de totstandkoming van adviezen.

Het opzetten van een juridisch denkkader – het benaderen van een grondrechtenkwestie vanuit verschillende hoeken, met behulp van verschillende methoden van interpretatie – lijkt bijzonder nuttig te zijn, ook – of juist – wanneer twintig staatsraden (bij voorkeur) tot een uitleg moeten zien te komen. Wie de waaier van interpretatiemethoden uitklapt, kan er argumenten van velerlei aard in kwijt – en de kans dat er een verloren gaat, is klein.

#### *C Gevolgen van interpretatie: het (niet) maken van een adviesopmerking*

Acht opties heeft de Raad wanneer hij een grondrechtenbepaling eenmaal heeft uitgelegd – variërend van het niet maken van een opmerking tot het uitspreken van het oordeel dat het betreffende wetsvoorstel in strijd is met de grondwettelijke bepaling. Deze laatste optie is, in tegenstelling tot de eerste, niet veelvoorkomend. De opties waarbij op enigerlei wijze om toelichting wordt verzocht, komen daarentegen wel met regelmaat voor.

De achterliggende redenen om wel een adviesopmerking te maken lopen veelal uiteen. De Raad kan een opmerking maken vooruitlopend op toetsing door de rechter, om de wetgever wakker te schudden, om een ontwikkeling in de maatschappij te accentueren of om te bevorderen dat een andere actor (de indiener) meer duidelijkheid verschaft over de verhouding van een wetsvoorstel tot een grondrechtenbepaling. Anticipatie (de eerste ratio) is de meest voorkomende, met afstand gevolgd door de laatste (transparantie), en op nog grotere afstand door de tweede (articulatie) en de derde (transformatie). Wat kan men daar nu over zeggen? In ieder geval komt naar voren dat de Raad duidelijk het bewustzijn heeft actor onder actoren te zijn bij de uitleg van grondrechtenbepalingen. Daar kan men aan toevoegen dat de Raad zich kennelijk minder geroepen voelt de ontwikkeling van het constitutionele recht verder te brengen. De Raad adviseert.



Dit beeld wordt bevestigd wanneer men ook de andere kant van de medaille daarbij betreft, namelijk wanneer men de redenen in kaart brengt waarom de Raad geen opmerking maakt: hij wil zich bewust onthouden van het maken van een opmerking (abstinentie), hij wil het maken van een adviesopmerking voorbehouden aan ernstige situaties waarin ondubbelzinnig vast staat dat een wetsvoorstel strijdt met een grondrecht (articulatie), hij is het eens met de indiener van het voorstel (instemming), hij heeft het punt niet gezien (omissie) of hij heeft het niet nodig gevonden 'iets' met de Grondwet te doen omdat verdragsbepalingen meer houvast bieden (translatie). Het feit dat de laatstgenoemde ratio (translatie; de verschuiving van aandacht van de (grondwettelijke) grondrechtenbepalingen naar verdragsbepalingen of rechtsbeginselen veel voorkomt, is een veeg teken voor de rol en de betekenis van de Grondwet.

#### *D Zichtbaarheid van interpretatie*

Tot slot rest nog de kwestie hoe ver de Raad gaat - zou willen gaan - met het kenbaar maken van zijn beweegredenen. Als er iets was, dat externe deelnemers bij het minisymposium belangrijk schenen te vinden, was het wel het punt van de zichtbaarheid. Onbegrijpelijk is dat niet. De uitleg van de Grondwet - en daarmee het recht doen aan haar betekenis - is immers een co-productie van verschillende actoren.

Op deze vraag is geen eensluidend antwoord te geven, voor iedere situatie. Wel lijkt het aangewezen dat de Raad zich nader beraadt op deze kwestie. Motivering kan aangewezen zijn in verschillende situaties, zoals in die waarin strijd is ontstaan tussen verschillende methoden, hetzij 'intern', hetzij 'extern' (omdat in de memorie van toelichting voor een andere methode is gekozen).

## **4 Interpretatie door de andere actoren in het wetgevingstraject**

Het proces van constitutionele toetsing in het wetgevingstraject kent drie vaste, algemene fasen. Na de voorafgaande bespreking van de fase van de advisering zal deze paragraaf achtereenvolgens de voorbereidende fase en de parlementaire fase nader belichten.

De voorbereidende fase begint bij de indiener van een voorstel van wet. Aanwijzing 18 voor de regelgeving schrijft voor dat bij het ontwerpen van regelingen wordt onderzocht welke hogere regels de vrijheid van regeling ten aanzien van

het betrokken onderwerp hebben ingeperkt. Ze geldt niet alleen voor regeringsvoorstellen, maar ook voor initiatiefwetsvoorstellen en vindt evenzeer toepassing bij ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur.<sup>126</sup> Deze fase krijgt een vervolg wanneer de indiener, nadat de Raad advies heeft uitgebracht, wederom de gelegenheid krijgt zijn visie te geven in een nader rapport.

De parlementaire fase breekt aan wanneer de Tweede Kamer zich buigt over een voorgelegd wetsvoorstel. Van de Tweede Kamer wordt wel gezegd dat zij zeer letterlijk 'medewetgever' is. Een met regelmaat terugkerend punt van kritiek is dat zij gemakkelijk pleegt mee te gaan in de wensen van de regering die veelal zijn vervat in een regeerakkoord. De Eerste Kamer biedt plaats aan specialisten die veelal een bijzondere deskundigheid met zich brengen. Deze kamer is bijzonder geoccupeerd met het toezien op de kwaliteit van regelgeving. Daarvoor is ze befaamd, al is haar rol voorwerp van discussie.<sup>127</sup>

#### **4.1 Uitleg van de Grondwet in de voorbereidende fase**

Het komt nogal eens voor dat de Raad opmerkt dat de toelichting nader dient in te gaan op de verhouding van het voorliggende wetsvoorstel tot de Grondwet. Alleen daaruit al mag men afleiden dat er in de voorbereidende fase nog altijd ruimte bestaat voor een meer zichtbare interpretatie.

Opvallend is evenwel dat bij verschillende hiervoor besproken wetsvoorstellen van de achterliggende jaren al in de memorie van toelichting uitgebreid is ingegaan op de verhouding tot artikel 1 van de Grondwet en mensenrechtenbepalingen. Hier kan men wijzen op de Rotterdamwet, de Wet inburgering en de Antillianenwet - drie wetgevingstrajecten waarbij de thema's pluriformiteit en veiligheid die de achtergrond vormden voor dit onderzoek centraal stonden. In het wetgevingstraject van de Rotterdamwet noemt de regering ook in haar nader rapport artikel 1 van de Grondwet, ondanks het feit dat de Raad heeft geabstineerd. Ook kan men denken aan het recente wetsvoorstel voor een

<sup>126</sup> In deze eerste fase toetst ook de directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie (sector Wetgevingskwaliteitsbeleid) voorstellen van wet en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur op hun rechtsstatelijke kwaliteit, met inbegrip van de constitutionele toetsing, daarbij samenwerkend met het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (directie Constitutionele Zaken en Wetgeving). Deze deelfase speelt zich echter niet in de openbaarheid af en is buiten het onderzoek gehouden.

<sup>127</sup> Zie ook J.Th.J. van den Berg, J.W.L. Broeksteef & L.F.M. Verhey (red.), *Het Parlement* (Publicaties van de Staatsrechtskring, Staatsrechtconferenties 11), Nijmegen: WLP 2007.

Tijdelijke wet mediaconcentraties, dat vergroting van de pluriformiteit nastreefde door te faciliteren dat een grote dagbladuitgever zelf een eigen radio- of televisiezender kan beginnen.<sup>128</sup>

De vraag wanneer toetsing aan een grondwetartikel moet worden verricht - in abstracto of in concreto - houdt niet alleen de Raad bezig, maar komt ook aan de orde in de voorbereidende fase.

Over het wetsvoorstel voor de Mededingingswet, bijvoorbeeld, zegt de regering dat zij het algemene verbod om een concentratie tot stand te brengen in dit wetsvoorstel op zichzelf niet in strijd acht met artikel 7, eerste lid, van de Grondwet. Maar, zo voegt zij toe, dat artikel begrenst wel de toepassing van het toezicht in het concrete geval van persconcentratie.

Bij het voorstel voor de Wet uitbreiding strafbaarstelling heimelijk camera-toezicht staat voorop dat bij de uitbreiding van het verbod op het heimelijk maken van afbeeldingen rekening moet worden gehouden met mogelijk conflicterende grondrechten: in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer versus het recht op vrije nieuwsgaring. Het wettelijk verbod moet ruimte scheppen voor een afweging van deze grondrechten. Door het opnemen van het bestanddeel wederrechtelijk in de delictsomschrijving van artikel 441b van het Wetboek van Strafrecht wordt de rechter in het kader van deze strafbaarstelling expliciet de mogelijkheid geboden in een concreet geval die afweging te maken.<sup>129</sup>

Een enkele keer moet men vaststellen dat gebrek aan motivering van een gekozen uitleg tot grote onduidelijkheid leidt, zeker als verschillende actoren niet aangeven hoe zij tot een bepaalde uitleg zijn gekomen. Dit was aan de orde bij het initiatiefvoorstel tot wijziging van de Mediawet en de Wet op de telecommunicatievoorzieningen in verband met vrijmaking van de kabel.<sup>130</sup>

Het voorstel hield in dat de kabel niet mocht worden gebruikt als middel van omroepolitiek, maar slechts als middel van transport van gegevens. De oorspronkelijke indiener stelde in de memorie van toelichting dat de

<sup>128</sup> *Kamerstukken II 2006-2007*, 30 921, nr. 3.

<sup>129</sup> *Kamerstukken II 2000-2001*, 27 732, nr. 3, p. 5. Zie ook het debat in de Tweede Kamer, bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2000-2001*, 27 732, nr. 4, p. 1-2.

<sup>130</sup> Het wetsvoorstel is overigens ingetrokken, zie *Kamerstukken II 2004-2005*, 21 422, nr. 8.

grondslagen voor de vrijheid van het verrichten van informatiediensten dezelfde zijn als die welke de beoogde vrijheid van programmadistributie ondersteunen, waaronder artikel 7 van de Grondwet, artikel 10 van het EVRM en artikel 19 van het IVBPR – artikelen die het grondrecht van vrijheid van informatie behelzen.<sup>131</sup> De Raad acht het in de memorie van toelichting gedane beroep op artikel 7 van de Grondwet 'weinig gespecificeerd'. Een stelsel van machtigingen voor het verrichten van informatiediensten door middel van de kabel zou niet op grondwettelijke bezwaren stuiten, indien de kabel zou mogen worden gezien als een middel tot het openbaren van gedachten en gevoelens anders dan door middel van de drukpers, en dus als een middel vallend onder artikel 7, derde lid.<sup>132</sup> In het nader rapport schrijft de indiener dat het de vraag is of de kabel gezien moet worden als een vorm van 'radio en televisie' of als een ander middel dan drukpers, radio of televisie en derhalve als een middel in de zin van artikel 7, derde lid, van de Grondwet. Wanneer aangenomen wordt dat dit laatste het geval is, stuit naar zijn mening het hanteren van een stelsel van vergunningen of aanvullende machtigingen, zoals in de Wet op de telecommunicatievoorzieningen, op grondwettelijke bezwaren. Artikel 7 biedt alleen de mogelijkheid om de grondwettelijke vrijheid van meningsuiting te beperken bij wet in formele zin in geval van schending van de openbare orde, aldus de indiener; dit richt zich echter niet op de inhoudelijke kant van de boodschap die het middel verspreidt.<sup>133</sup> Bij de voorbereiding van behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer wordt gewezen op een verschil van opvatting tussen de initiatiefnemer en de Raad van State.<sup>134</sup>

#### **4.2 Uitleg van de Grondwet in de parlementaire fase**

Wie kennis heeft genomen van discussies binnen de Raad, ziet met bepaalde verwachtingen uit naar de fase van parlementaire constitutionele toetsing, bijvoorbeeld daar waar bekend is dat de Raad in debat is gegaan met de regering, of een pittig standpunt heeft ingenomen dat de regering vervolgens terzijde schuift. Soms kan het dan wat tegenvallen, maar dat ligt zeker niet altijd aan het parlement, zo illustreert onder meer het wetgevingstraject van het wetsvoorstel Kaderwet dienstplicht.

<sup>131</sup> *Kamerstukken II 1989-1990*, 21 422, nr. 3, p. 10.

<sup>132</sup> Advies van 18 september 1990, nr. W13.90.0212 (voorstel van het lid Dees tot wijziging van de Mediawet en de Wet op de telecommunicatievoorzieningen in verband met vrijmaking van de kabel).

<sup>133</sup> *Kamerstukken II 1992-1993*, 21 422, A, p. 5-6.

<sup>134</sup> *Kamerstukken II 1992-1993*, nr. 7, p. 2.

Het parlement staat vooral stil bij de gelijkwaardigheid van man en vrouw in de krijgsmacht zelf. Dat is een andere kwestie dan die speelde bij de Raad, maar naar aanleiding van de uiteindelijke adviesopmerking van de Raad over de verhouding van het wetsvoorstel tot artikel 1 van de Grondwet, had de regering haar memorie van toelichting aangepast.<sup>135</sup> In het kader van de opschorting van de oproeping van dienstplichtigen in werkelijke dienst achtte de regering het niet opportuun alsnog de dienstplicht voor vrouwen mogelijk te maken. Eerder had de (toenmalige) regering het standpunt ingenomen dat militaire dienstplicht voor vrouwen niet aan de orde was zolang de maatschappelijke positie van mannen en vrouwen niet gelijkwaardig is wat betreft inkomen, status en macht. Dit is nog steeds van toepassing ten tijde van de lancering van het wetsvoorstel, gelet op het door de overheid gevoerde emancipatiebeleid, zo stelt de regering.<sup>136</sup>

Het onderzoek laat zien dat in de parlementaire fase soms wordt gedebatteerd op punten waar de Raad volstaat met het maken van een opmerking over de wenselijkheid van toelichting (en niet over strijd).<sup>137</sup> Er is een aantal wetgevings-trajecten aanwijsbaar, waarin het parlement – lees: de Tweede Kamer – over een grondrechtenkwestie discussieert, terwijl de Raad bij de advisering geen opmerking heeft gemaakt.<sup>138</sup> De Tweede Kamer stelt zich zeker niet passief op,<sup>139</sup>

<sup>135</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 245, B, p. 8.

<sup>136</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 24 245, nr. 3, p. 5-6.

<sup>137</sup> Zie bijvoorbeeld het wetgevingstraject van het voorstel tot wijziging van de in de Gemeentewet opgenomen identificatieplicht voor prostituees (vgl. het advies van 25 mei 2000, nr. W03.00.0188, voorstel tot wijziging van de Gemeentewet; identificatieplicht voor prostituees).

<sup>138</sup> Zie hierboven, § 3.4.

<sup>139</sup> Zie het advies van 23 maart 1999, nr. W03.98.0593 (voorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk); het advies van 18 oktober 1999, nr. W03.99.0349 (voorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten omtrent onder meer de toepassing van maatregelen in het belang van het onderzoek); het advies van 3 november 2000, nr. W03.00.0432 (voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht ter verhoging van de strafmaat bij structurele vormen van discriminatie); het advies van 18 april 2001, nr. W03.01.0058 (voorstel van wet tot wijziging van de artikelen 139f en 441b van het Wetboek van Strafrecht; uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht); het advies van 19 juni 2000, nr. W04.00.0158 (voorstel van wet van de leden Van Wijmen en Ross-van Dorp tot wijziging van de Wet op de adeldom; overerving adeldom in de vrouwelijke lijn); het advies van 19 mei 1994, nr. W05.94.0127

ze maakt gebruik van haar recht van informatie en haar recht van amendement. Niet alleen advisering door de Raad van State dient als handvat,<sup>140</sup> maar ook inbreng van externe deskundigen, zoals bij de behandeling van het wetsvoorstel voor een Spoedwet wegverbreding<sup>141</sup> en het wetgevingstraject van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek in verband met de invoering van accreditatie in het hoger onderwijs.<sup>142</sup>

Noch de regering in haar memorie van toelichting, noch Raad in - de voorbereiding van - zijn advies roert de kwestie van vrijheid van meningsuiting aan.<sup>143</sup> In de Tweede Kamer rijzen echter twijfels over de verenigbaarheid van het wetsvoorstel met artikel 7 van de Grondwet naar aanleiding van een artikel van de hoogleraren Koekkoek en Kortmann in het Nederlands Juristenblad. Ruim nadat de Raad had geadviseerd, stelden zij zich op het standpunt dat het vooraf toetsen van nieuwe opleidingen strijdig zou zijn met artikel 7 van de Grondwet.<sup>144</sup>

*Vervolg van voetnoot 139*

(voorstel houdende bepalingen met betrekking tot de educatie en het beroeps onderwijs); het advies van 14 mei 1996, nr. W05.96.0080 (voorstel tot wijziging van bepalingen van de Mediawet, de Wet op de telecommunicatievoorzieningen en de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 in verband met de liberalisering van de mediawetgeving); het advies van 5 juli 2001, nr. W05.01.0166 (voorstel van wet houdende wijziging van onder meer de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek in verband met de invoering van accreditatie in het hoger onderwijs); en het advies van 18 oktober 2002, nr. W09.02.0427 (voorstel van wet houdende regels ter bespoediging en vereenvoudiging van procedures met het oog op het zo spoedig mogelijk vergroten van de capaciteit van een aantal hoofdwegen door middel van een betere benutting en verbreding van die wegen; Spoedwet wegverbreding).

<sup>140</sup> Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 841, nr. 4, p. 7.

<sup>141</sup> *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 679, nr. 40, p. 14. Vgl. ook het wetgevingstraject van de Wet openbare manifestaties, zie *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 427, nr. 4 en *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 427, nr. 8, p. 11.

<sup>142</sup> Stb. 2002, 302.

<sup>143</sup> Advies van 5 juli 2001, nr. W05.01.0166 (voorstel van wet houdende wijziging van onder meer de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek in verband met de invoering van accreditatie in het hoger onderwijs).

<sup>144</sup> *Kamerstukken II* 2001-2002, 27 920, nr. 4, p. 3 en 9.

Parlement en indiener kunnen door interactie de uitleg van een grondrechtenbepaling aanmerkelijk bevorderen. De parlementaire fase van het wetgevingstraject van het wetsvoorstel tot wijziging van verschillende wetten in verband met de erkenning van de vrijheid van levensovertuiging als grondrecht bijvoorbeeld, draagt zeer bij aan de ontwikkeling van de uitleg van het recht op vrijheid van godsdienst of levensovertuiging.

In de memorie van toelichting kan men zowel sporen van de grammaticale methode en de teleologische methode als van de wetshistorische methode onderscheiden.<sup>145</sup> Bij de keuze tussen de woorden 'levensovertuiging' en 'levensbeschouwing' hebben argumenten van praktische aard weliswaar een overheersende rol gespeeld, maar de keuze voor het woord 'levensovertuiging' is in hoofdzaak bepaald door het gegeven dat deze term wordt gebruikt in artikel 6 van de Grondwet, aldus de regering. Op de wetshistorische tour gaat zij, nadat zij heeft onderkend dat een nadeel van dit woord is dat er geen bijvoeglijk naamwoord van bestaat, wat wel het geval is bij het woord 'levensbeschouwing'. De regering wijst erop dat in de memorie van toelichting bij de herziening van de Grondwet ten aanzien van artikel 6 afwisselend de woorden 'levensovertuiging' en 'levensbeschouwing' zijn gebruikt, een enkele keer in combinatie.<sup>146</sup> Als een van de kamerfracties dan vasthoudt aan de grammaticale methode en stelt dat aanpassing van de wetgeving zo nauw mogelijk dient aan te sluiten bij de tekst van de Grondwet,<sup>147</sup> wendt de regering wederom de wetshistorische methode aan.<sup>148</sup> Het 'belijden van een levensovertuiging' is volgens haar nog minder vast omlijnd dan het 'belijden van een godsdienst'. De grondwetgever onthield zich tijdens de algehele grondwetswijziging van 1983 althans van enige omschrijving van het begrip 'levensovertuiging'. Zij volstond met de mededeling dat de nevenschikking met godsdienst een interpretatiemaatstaf gaf.<sup>149</sup> Daarnaast beroept de regering zich op een argument ontleend aan de systematische methode. De regering verklaart godsdienst en levensovertuiging steeds te hebben gezien als twee verschillende vormen van geestelijk leven. Hoewel bij de grondwetsherziening de begrippen levensovertuiging en levensbeschouwing steeds door elkaar zijn

<sup>145</sup> *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 614, nr. 3, p. 2.

<sup>146</sup> *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 29.

<sup>147</sup> *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 614, nr. 4, p. 2.

<sup>148</sup> *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 614, nr. 5, p. 2.

<sup>149</sup> *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 29.

gebruikt, gaat het bij een levensovertuiging volgens haar om een samenhangende levensbeschouwing, die onderscheiden moet worden van het tot uitdrukking brengen van maatschappelijke opvattingen, hetgeen door artikel 7 van de Grondwet en niet door artikel 6 wordt bestreken.

Ook het vraagstuk van de (reikwijdte van de) sociale component van klassieke grondrechten is door de Tweede Kamer expliciet aan de orde gesteld, bijvoorbeeld in het traject van het wetsvoorstel voor een Wet geestelijke verzorging zorginstellingen en justitiële inrichtingen.<sup>150</sup>

Bij verschillende wetgevingstrajecten blijkt de grondrechtenkwestie al 'opgelost' te zijn voordat de Eerste Kamer zich over het wetsvoorstel buigt.

Zo luidde de tekst van artikel 1, tweede lid, van het wetsvoorstel voor de Wet openbare manifestaties die naar de Tweede Kamer werd gezonden anders dan de tekst die aan de Raad van State was voorgelegd; de tekst van het voorstel dat naar de Eerste Kamer werd gezonden, was weer andersluidend dan de tekst die de regering aan de Tweede Kamer aanbood. Dit is ook de redactie die het Staatsblad haalde.<sup>151</sup>

Hier kan men ook denken aan het wetsvoorstel voor een Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers. Na behandeling door de Tweede Kamer heeft artikel 26 van het voorstel een nieuwe redactie gekregen<sup>152</sup> en is een nieuw artikel 24a aan het voorstel toegevoegd als gevolg van aanneming van een amendement.<sup>153</sup> Bij de behandeling van het wetsvoorstel door de Eerste Kamer speelt er geen kwestie meer rond artikel 6 van de Grondwet. De Tweede Kamer heeft ondanks de spoed de kou, die de Raad ook al aanvoelde, uit de lucht gehaald.<sup>154</sup>

<sup>150</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 720, nr. 6, p. 6-7.

<sup>151</sup> *Stb.* 1988, 157.

<sup>152</sup> *Kamerstukken I* 2001-2002, 28 201, nr. 235.

<sup>153</sup> *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 201, nr. 9. Zie ook *Handelingen I* 2001-2002, p. 3498-3499.

<sup>154</sup> Het voorstel, ingediend bij de Tweede Kamer op 25 januari 2002, haalt het Staatsblad en wel al anderhalve maand later, op 6 maart 2002. Zie *Stb.* 2002, 124.



Hetzelfde was het geval in het wetgevingstraject wetsvoorstel houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's. Na kritiek van de Raad<sup>155</sup> en van Tweede Kamerleden is het wetsvoorstel gewijzigd.<sup>156</sup>

Bij wetgevingstrajecten waar een grondrechtenkwesie de Eerste Kamer wel bereikt, stelt de senaat zich zeer actief op,<sup>157</sup> anticiperend ook, bijvoorbeeld bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de Tabakswet.

Een sigarettenfabrikant die een voor het publiek toegankelijk symposium bekostigt over het al dan niet minder schadelijk zijn van een specifiek tabaksproduct, valt niet onder 'handelsreclame', aldus leden van de Eerste Kamer.<sup>158</sup>

De uitgekozen trajecten overziend, lijkt er geen wetgevingstraject aanwijsbaar te zijn waarin een grondrechtenkwesie pas geheel voor het eerst opkomt in de Eerste Kamer. Slechts in een van de gevolgde wetgevingstrajecten heeft de Eerste Kamer een wetsvoorstel verworpen en dan niet eens omwille van een grondrechtenkwesie.<sup>159</sup> De Eerste Kamer toont bij gelegenheid een sterk zelfbewustzijn ten aanzien van haar taak op het terrein van constitutionele

<sup>155</sup> Advies van 11 april 2000, nr. W13.99.0595 (voorstel houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's; Wet inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's).

<sup>156</sup> *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 423, nr. 6.

<sup>157</sup> Een voorbeeld vormt het voorstel tot wijziging van de Mediawet en van het Wetboek van Strafrecht en tot intrekking van de Wet op de filmvertoningen beoogt jongeren te beschermen tegen geweld op tv, video en film waarin regering en Raad zeer van mening verschilden. Zie onder meer *Kamerstukken I* 2000-2001, 26 841, nr. 12a, p. 4-5 en *Handelingen I* 2000-2001, p. 494.

<sup>158</sup> *Kamerstukken I* 2001-2002, 26 472, nr. 59c, p. 8-9. Zie ook *Handelingen I* 2001-2002, 26 472, 24, p. 1240.

<sup>159</sup> Ten aanzien van het voorstel voor een Wet geestelijke verzorging zorginstellingen en justitiële inrichtingen redeneert een deel van de leden dat het voorstel bewoners van de instellingen wel een recht op geestelijke zorg geeft, maar zonder de benodigde gelden daarvoor ter beschikking te stellen. Een ander deel ziet nog steeds de noodzaak niet voor de betreffende regeling. Zie *Handelingen I* 1997-1998, p. 137-138.

toetsing van wetsvoorstellen.<sup>160</sup> Parlementaire actoren neigen er soms, evenals de Raad, toe de grondrechtenclausule niet met naam en toenaam te noemen.<sup>161</sup>

### 4.3 Tussenconclusies en bespiegelingen

Het beeld dat uit deze paragraaf naar voren komt, is dat de kwaliteit van constitutionele toetsing in het wetgevingstraject de optelsom is van de inbreng van alle betrokken actoren samen. En het kan altijd beter. Zowel aan het begin (in de voorbereidende fase) als aan het einde (in de parlementaire fase) is er speling – aan het begin voor een meer zichtbare interpretatie, aan het einde voor een geprononceerde. Ten aanzien van de Raad is bezien of en hoe interpretatie meer zichtbaar en geprononceerd kan, maar ook kan naar wegen worden gezocht om de voorbereidende fase en de parlementaire fase te versterken. Rechtsvergelijking kan daarbij handvatten bieden.

Een goed begin is het halve werk – althans een derde van het werk dat wordt verricht bij constitutionele toetsing van wetsvoorstellen. Als de indiener een grondrechtenkwesie niet aanroert en de Raad volstaat met het maken van een opmerking over de wenselijkheid van toelichting (en niet over strijd), heeft het toetsingstraject geen beste start en speelt de Raad nauwelijks een inhoudelijke rol. Daarom zou het uitgangspunt moeten zijn dat in iedere memorie van toelichting expliciet aandacht wordt besteed aan de vraag of grondwettelijke grondrechten in het geding zijn.

Aan een blik over de grens kan men het voorstel ontlenen Aanwijzing 18 voor de Regelgeving aan te scherpen, bijvoorbeeld door elementen uit het Slowaakse en het Britse stelsel samen te voegen.

In Slowakije verplichten de aanwijzingen voor de regelgeving ertoe dat de toelichting bij ieder wetsvoorstel dat bij het parlement wordt ingediend, een

<sup>160</sup> Bij de plenaire behandeling van de Rotterdamwet, zei een woordvoerder: “Die worsteling heeft te maken met het enerzijds doordringen zijn van de maatschappelijke werkelijkheid in sommige delen van de grootste steden en het beseft dat voor de aanpak van die problemen mogelijk onconventionele maatregelen gewenst zijn. Anderzijds hebben wij, zeker in deze Kamer, te oordelen over de kwaliteit van wetgeving. Daar bestaan in verband met de voorliggende wet vragen over.”

<sup>161</sup> Een voorbeeld vormt de parlementaire fase in het wetgevingstraject van de Rotterdamwet, zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 091, nr. 6, p. 5-7. Zie ook de parlementaire fase in het wetgevingstraject van het voorstel houdende tijdelijke regeling voor de penitentiaire capaciteit ten behoeve van drugscoeriers, zie *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 201, nr. 4.

verklaring bevat dat het wetsvoorstel in overeenstemming is met de Slowaakse Grondwet.

Het Verenigd Koninkrijk heeft nog immer geen geschreven Grondwet. Wel staat boven ieder wetsvoorstel een verklaring van de verantwoordelijke minister dat het voorstel in overeenstemming is met de convention rights; dit zijn de EVRM-rechten die Section 1 van de Human Rights Act 1998 (hierna: de HRA 1998) noemt. Deze verklaringen zijn vereist ex Section 19 van de HRA 1998 voor wetten in formele zin. In beginsel behoeven deze 'Section 19'-verklaringen geen motivering, al kunnen de Explanatory Notes wel meer duidelijkheid bieden.

Op het eerste gezicht lijkt dit wellicht een aantrekkelijke optie, omdat direct de aandacht wordt gevestigd op de Grondwet in het algemeen en op grondrechten in het bijzonder. Een nadeel van een verplichting tot verhoogde articulatie van grondwettelijke kwesties op deze wijze zou echter kunnen zijn dat daarmee juist het tegendeel wordt bereikt.

Volgens een aantal vooraanstaande Britse juristen zou de HRA 1998 door departementen vooral worden gezien als een obstakel: "On too many occasions the government approach is What can we get away with?"<sup>162</sup>

Het voert te ver om louter op basis van dit onderzoek vergaande conclusies te trekken over constitutionele toetsing in de parlementaire fase van wetgevingstrajecten; daarvoor is meer en methodologisch gevarieerder onderzoek geboden. Bij het minisymposium is wel de vraag opgeworpen of en hoe constitutionele toetsing in deze fase van het wetgevingstraject kan worden versterkt, vooral ook de vraag of een (parlementaire) constitutionele commissie een positieve bijdrage zou kunnen leveren.

Verschillende respondenten van het forum van de Venetië Commissie maken melding van het bestaan van een parlementaire commissie in hun land die specifiek toetst aan de grondwet en/of aan verdragen. Sommige commissies spreken over de verenigbaarheid van ieder wetsvoorstel met de grondwet een mening uit, zoals de commissie juridische zaken van het unicamerale Litouwse parlement. Andere commissies functioneren ad hoc. Het Britse Joint

<sup>162</sup> A. Ashworth e.a., Memorandum 2 September 2002, Joint Committee on Human Rights (22<sup>nd</sup> Report of Session 2001-02), <[www.publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk)>.

Committee on Human Rights maakt aan zowel het House of Commons als het House of Lords zijn mening bekend over de verenigbaarheid, of het ontbreken daarvan, van wetsvoorstellen met de HRA 1998 en met verdragen waaraan het Verenigd Koninkrijk is gebonden.

Een kanttekening die men daarbij zou kunnen plaatsen luidt of het Nederlandse stelsel van constitutionele toetsing baat dan wel hinder zal hebben bij instelling van een dergelijke commissie. In het Nederlandse constitutionele bestel gaat het er steeds om een evenwicht van machten te bewerkstelligen of te behouden binnen de grenzen van hetgeen redelijkerwijs mogelijk is; het land moet bestuurbaar blijven. Beantwoording van deze vraag vereist onderzoek dat mede vanuit de betrokken instituties zelf zal moeten worden gedragen.

## 5 Grondwetbepalingen en mensenrechtenbepalingen

Dit hoofdstuk is gewijd aan de verhouding tussen grondrechten (in de Grondwet) ten opzichte van mensenrechtenbepalingen (in verdragen) is een afzonderlijk hoofdstuk gewijd (hoofdstuk 5).

### 5.1 Artikel 1 van de Grondwet

Bij mensenrechtenbepalingen kan men bijvoorbeeld denken aan artikel 14 van het EVRM dat een discriminatieverbod behelst in samenhang met de rechten die dit verdrag garandeert. Sinds kort is dit recht in het Twaalfde Protocol bij het EVRM uitgebreid tot een verbod van discriminatie bij de uitoefening van bij wet toegekende rechten en bij elk overheidshandelen.<sup>163</sup> Ook artikel 26 van het IVBPR is van belang. Deze bepaling bevat eveneens een discriminatieverbod en laat daar het gelijkheidsbeginsel aan vooraf gaan.

In verschillende adviezen refereert de Raad zowel aan artikel 1 van de Grondwet als aan mensenrechtenbepalingen. Desalniettemin laat hij in sommige adviezen iedere verwijzing naar artikel 1 van de Grondwet achterwege, ten gunste van mensenrechtenbepalingen,<sup>164</sup> vaak voorzien van verwijzingen naar internationale

<sup>163</sup> Anders dan artikel 2 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM heeft artikel 14 van het EVRM geen zelfstandige werking.

<sup>164</sup> Advies van 9 december 1993, nr. W03.93.0464 (voorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet in verband met het veilige landen-beginsel) en de voorlichting van 31 januari 2000, nr. W04.99.0581/I (stimulering van bedrijvigheid door middel van de gemeentelijke onroerende-zaakbelastingen).

rechtspraak over de betreffende bepalingen,<sup>165</sup> of van een rechtsbeginsel zonder enige verwijzing naar een grondrechtenbepaling.<sup>166</sup>

In sommige wetgevingstrajecten toetst de Raad uitsluitend aan artikel 26 van het IVBPR, en niet aan artikel 1 van de Grondwet. Hij verwijst dan naar jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>167</sup> Dit hoogste rechtscollege mag, net als iedere andere rechter in Nederland, wetten in formele zin niet toetsen aan de Grondwet, maar wel aan een ieder verbindende verdragsbepalingen. Anticiperend op toetsing van wetgeving door de rechter aan deze verdragsbepalingen om die reden, noemt de Raad van State in de wetgevingsadvisering uitsluitend artikel 26 van het IVBPR.<sup>168</sup> Bij advisering inzake een ontwerpbesluit is dit evenwel ook gebeurd, terwijl de rechter algemene maatregelen van bestuur wel mag toetsen op verenigbaarheid met de Grondwet.<sup>169</sup> In andere adviezen volstaat de Raad met uitsluitend toetsing aan artikel 14 van het EVRM<sup>170</sup> in combinatie met een ander EVRM-recht.

<sup>165</sup> (Onverplicht) advies van 6 april 2006, nr. W03.06.0056 (gewijzigd amendement van het lid Van der Laan inzake het voorstel van wet houdende wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag).

<sup>166</sup> Advies van 7 juni 2000, nr. W04.00.0147 (voorstel van wet tot wijziging van de Gemeentewet met betrekking tot de onroerende-zaakbelastingen).

<sup>167</sup> Zie het advies van 4 december 1991, nr. W06.91.0376 (voorstel tot wijziging van de Algemene wet inzake rijksbelastingen; uitbreiding van de mogelijkheid van bezwaar en beroep) en het advies van 29 augustus 2001, nr. W06.01.0384 (voorstel van wet tot wijziging van belastingwetten; Belastingplan 2002 IV). Zie ook het advies van 13 juli 2000, nr. W03.00.0184 (voorstel van wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het vervallen van de wettelijke leeftijdsgrens voor commissarissen).

<sup>168</sup> Zie het advies van 23 februari 1999, nr. W08.99.0001 (voorstel tot wijziging van de Huursubsidiewet in verband met onder meer het mogelijk maken van jaarlijkse verhoging van de maximale huurgrens) en wellicht ook W13.05.0468. Zie ook het advies van 2 december 2005, nr. W06.94.0267 (voorstel van wet houdende wijziging van de Wet uitkeringen burgeroorlogsslachtoffers 1940-1945 en de Wet uitkeringen vervolgingssslachtoffers 1940-1945 in verband met onder meer de vereenvoudiging van de systematiek toeslag premie ziektekostenverzekering).

<sup>169</sup> Advies van 1 december 2006, nr. W06.06.0508 (ontwerpbesluit tot wijziging van enige fiscale Uitvoeringsbesluiten).

<sup>170</sup> Advies van 24 juni 1992, nr. W03.92.0004 (voorstel houdende nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen); advies van 1 maart 1995, nr. W03.94.0669 (voorstel houdende wijziging van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren en enige andere wetten;

In § 3.1.2 is aangegeven dat mensenrechtenbepalingen aan de wieg hebben gestaan van de huidige redactie van artikel 1 van de Grondwet. Zo bezien werkt het niet bevreemdend dat (interpretaties van) anti-discriminatiebepalingen in verdragen een belangrijke rol spelen bij de uitleg van artikel 1 van de Grondwet. In ieder geval is de rol van mensenrechtenbepalingen groot en brokkelt de betekenis van de grondrechtenbepaling af, in de zin dat de zelfstandige betekenis van artikel 1 van de Grondwet steeds minder groot lijkt te zijn.

## 5.2 Artikel 6 van de Grondwet

Verskillende internationale verdragen beschermen een equivalent recht, zoals artikel 9 van het EVRM. Ook kan men denken aan artikel 18 van het IVBPR, al wordt dit maar in één advies genoemd.<sup>171</sup> Mensenrechtenbepalingen nemen bij de uitleg van artikel 6 van de Grondwet een beduidend minder overheersende plaats in dan bij het hiervoor besproken artikel 1 van de Grondwet. Bewust of onbewust werkt dit door in de redactie van adviezen. Bij de advisering over het initiatiefwetvoorstel tot wijziging van het BW (uitzonderingspositie kerkgenootschappen) rept de Raad van de grondrechtelijke status van de vrijheid van godsdienst 'zoals geregeld in de Grondwet, het EVRM en het IVBPR' - in die volgorde.<sup>172</sup> Bij haar voorstel voor een Wet geestelijke verzorging zorginstellingen en justitiële inrichtingen stelt de regering in de memorie van toelichting dat de eis van toegankelijkheid reeds voortvloeit uit de strekking van artikel 6 van de

### *Vervolg van voetnoot 170*

aanvulling met onder meer de onderwerpen omvang van de taak, arbeidstijd, vakantie en verlof); advies van 27 juni 2003, nr. W05.03.0130 (voorstel van wet houdende wijziging van onder meer de Wet op het primair onderwijs tot opnemings van een grondslag voor uitkeringen aan gemeenten in verband met de eerste opvang van vreemdelingen in het primair en voortgezet onderwijs); en het advies van 26 mei 2005, nr. W03.05.0077 (voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven). Zie ook de voorlichting overeenkomstig artikel 18, tweede lid, Wet RvS van 4 juni 2004 over de Grondwet en Nederlandse kiezers in het buitenland, naar aanleiding van een verzoek van de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties, nr. W04.04.0071/IIA.

171 Advies van 23 mei 2000, nr. W12.00.0166 (voorstel van wet van het lid Bakker tot wijziging van de Arbeidstijdenwet, het Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet gelijke behandeling; gewetensbezwaren zondagsarbeid).

172 Advies van 10 december 2004, nr. W03.04.0460 (voorstel van de leden Wilders en Eerdmans tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de uitzonderingspositie van kerkgenootschappen).

Grondwet en de dienovereenkomstige bepalingen in internationale verdragen, te weten 9 van het EVRM en 18 van het IVBPR;<sup>173</sup> de Raad echter noemt slechts artikel 6 van de Grondwet.<sup>174</sup> Iets soortgelijks doet zich voor bij de advisering inzake het voorstel voor een Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers. Ook daar noemt de Raad alleen artikel 6 van de Grondwet.<sup>175</sup>

Dit is opvallend te noemen, want in vergelijking met de EVRM-bepaling zijn de beperkingsclausules van artikel 6 van de Grondwet mager. Toch wordt deze bepaling op een tamelijk 'nationale' wijze geïnterpreteerd, zeker in vergelijking met artikel 1 van de Grondwet. Het bewustzijn van de in § 3.1.3 gememoreerde, v r teruggaande historie van het grondrecht lijkt hier door te werken.

### 5.3 Artikel 7 van de Grondwet

Equivalenten van artikel 7 van de Grondwet in verdragen waar Nederland partij bij is, zijn artikel 19 van het IVBPR en artikel 10 van het EVRM. Het eerstgenoemde artikel speelt een geringe rol in de jurisprudentie.<sup>176</sup> Tussen artikel 7 van de Grondwet en artikel 10 van het EVRM bestaan verschillen.<sup>177</sup> Daarom is de centrale vraag van deze paragraaf met betrekking tot deze twee grondrechtenbepalingen bijzonder relevant.

Aan de ene kant biedt artikel 7 van de Grondwet meer bescherming dan artikel 10 van het EVRM vanwege het verbod op censuur, het verbod voor lagere regelgevers te treden in de beoordeling van de inhoud van de uiting en het verbod voor lagere regelgevers voor een zelfstandig middel van verspreiding een

<sup>173</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 720, nr. 3, p. 3.

<sup>174</sup> Advies van 11 april 1994, nr. W03.93.0619 (voorstel houdende regels met betrekking tot de geestelijke verzorging in instellingen in de zorgsector en justitiële inrichtingen).

<sup>175</sup> Advies van 24 januari 2002, nr. W03.02.0031 (voorstel van wet houdende tijdelijke regeling voor de penitentiaire capaciteit ten behoeve van drugskoeriers; Tijdelijke regeling penitentiaire capaciteit drugskoeriers).

<sup>176</sup> Advies van 25 november 2002, nr. W06.02.0402 (ontwerpbesluit houdende het toekennen van bevoegdheden met betrekking tot reclame-uitingen van Financiële ondernemingen; Besluit reclame-uitingen Financiële ondernemingen); advies van 24 januari 2004, nr. W01.01.0465 (voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepaling inzake de vrijheid van meningsuiting); en het advies van 18 april 2001, nr. W03.01.0058 (voorstel van wet tot wijziging van de artikelen 139f en 441b van het Wetboek van Stafrecht; uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht).

<sup>177</sup> P.P.T. Bovend'Eert e.a., *De Grondwet. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 20.

algemeen verbod of vergunningstelsel op te leggen.<sup>178</sup> Het verbod op censuur neemt inderdaad een belangrijke plaats in de legisprudentie in.<sup>179</sup>

Aan de andere kant is de bescherming die artikel 10 van het EVRM biedt ruimer ten opzichte van artikel 7 van de Grondwet omdat het eerstgenoemde artikel ook de ontvangstvrijheid omvat, ziet op gedachten, gevoelens en informatie en handelsreclame niet uitsluit van bescherming. Dit laatste punt is duidelijk zichtbaar in de legisprudentie van de Raad.<sup>180</sup>

In zijn advies over een voorstel tot wijziging van artikel 7 van de Grondwet, heeft de Raad opgemerkt op zichzelf de wenselijkheid van een eigen grondwettelijke verankering van grondrechten te onderschrijven. 'Overwegingen van constitutioneel patriotisme' ontslaan echter niet van de plicht na te gaan hoe de verschillende niveaus van grondrechtenbescherming zich juridisch tot elkaar verhouden en aan welke voorwaarden moet zijn voldaan om de veronderstelde aanvullende waarde van 'eigen' grondrechten te realiseren, aldus de Raad.<sup>181</sup>

Nochtans neemt artikel 7 van de Grondwet in de legisprudentie van de Raad en in de bestudeerde wetgevingstrajecten een tamelijk zelfstandige positie in. Over artikel 7 van de Grondwet is veel jurisprudentie die aanknopingspunten biedt voor de uitleg van deze grondrechtenclausule.

#### **5.4 Artikel 10 van de Grondwet**

Verdragsrechtelijk beschermt artikel 8 van het EVRM via het 'right to respect for private and family life' de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, evenals artikel 17 van het IVBPR. Dit laatste artikel speelt in de legisprudentie van de Raad van State nauwelijks een rol. Daarentegen herbergt de legisprudentie-databank negentig opmerkingen over artikel 8 van het EVRM in achtenzeventig

<sup>178</sup> Zie ook artikel 53 EVRM. Vgl. artikel 5 IVBPR.

<sup>179</sup> Zie § 3.1.4.

<sup>180</sup> Advies van 25 november 2002, nr. W06.02.0402 (ontwerpbesluit houdende het toekennen van bevoegdheden met betrekking tot reclame-uitingen van financiële ondernemingen; Besluit reclame-uitingen financiële ondernemingen). Zie ook het advies van 14 juni 2002, nr. W09.02.0192 (voorstel van het lid Van der Steenhoven tot wijziging van de Luchtvaartwet in verband met een verbod op reclamesleepvliegen).

<sup>181</sup> Advies van 24 januari 2004, nr. W01.01.0465 (voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepaling inzake de vrijheid van meningsuiting).



adviezen. Ter vergelijking: artikel 10 van de Grondwet blijft steken op vijfendertig opmerkingen in tweeëndertig adviezen. De zelfstandige betekenis van artikel 10 van de Grondwet, mag men aannemen, is niet altijd groot, maar het is moeilijk precies vast te stellen hoe groot vanwege de verhouding tussen enerzijds artikel 10 en anderzijds de artikelen 11 tot en met 13 van de Grondwet die ook een raakvlak hebben met artikel 8 van het EVRM.

Voor het stellen van beperkingen aan het grondrecht bevat de Grondwet geen materiële criteria, maar deze zijn wel vervat in artikel 8, tweede lid, van het EVRM.<sup>182</sup> Het komt veelvuldig voor dat artikel 10 van de Grondwet weliswaar wordt genoemd, maar dat alleen aan artikel 8 van het EVRM wordt getoetst.<sup>183</sup> Soms staat artikel 10 van de Grondwet letterlijk alleen in een voetnoot.<sup>184</sup> De Raad ziet echter wel degelijk een rol voor deze nationale grondrechtenbepaling. In een advies merkte hij op dat het in strijd zou zijn met het karakter van grondwetsbepalingen, in de Grondwet de stand van de Europese rechtsontwikkeling vast te leggen. De Raad meent hier dat het raadzaam is het grondrecht 'richtlijn-onafhankelijk' te houden.<sup>185</sup>

### 5.5 Tussenconclusies en bespiegelingen

In grote lijnen kan men stellen dat de betekenis van grondwettelijke grondrechtenbepalingen soms tamelijk zelfstandig, dan weer vooral aanvullend is. Het beeld varieert per grondrechtenbepaling.

<sup>182</sup> Advies van 31 maart 2003, nr. W03.03.0001 (voorstel van wet tot wijziging van de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen, de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden, de Penitentiaire beginselenwet en enige andere wetten onder meer naar aanleiding van evaluatieonderzoeken).

<sup>183</sup> Vgl. het verloop van het wetgevingstraject van het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten omtrent onder meer de toepassing van maatregelen in het belang van het onderzoek, in het bijzonder *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 983, nr. 4, p. 2-3; *Kamerstukken II 2000-2001*, 26 983, nr. 5, p. 2; *Kamerstukken II 2000-2001*, 26 983, 11, p. 14. Zie ook het advies van 10 juli 2001, nr. W03.01.0158 (voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en andere wetten in verband met de aanpassing van de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens terzake van telecommunicatie).

<sup>184</sup> Advies van 22 juni 2005, nr. W13.05.0078 (voorstel van wet houdende wijziging van de Ziekenfondswet en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten ter verduidelijking van de grondslag voor verstrekking van persoonsgegevens ten behoeve van de uitvoering van die wetten).

<sup>185</sup> Advies van 24 januari 2002, nr. W01.01.0463 (voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepalingen inzake het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer). Vgl. § 5.1.

Dit beeld kan de reactie oproepen dat men zich dan ernstig af moet vragen of die rol en betekenis van de Grondwet, althans wat betreft de grondrechten-catalogus, sterk gerelativeerd moet worden. Vijf redenen pleiten voor het tegendeel. Ten eerste, de nationale staat is bepaald niet afgeschaft. Men moet zuinig zijn op een grondwet, inclusief de grondrechten-catalogus. Er zijn tijden dat men zich de luxe kan veroorloven zich er niet te zeer mee bezig te houden, maar het tij kan keren – is volgens sommigen al gekeerd. Hoe het ook zij, uitleggen en noemen is onderhoud plegen aan de Grondwet. Ten tweede zijn er verschillen tussen de Grondwet en het EVRM.<sup>186</sup> Ten derde, ook niet onbelangrijk, zijn er verschillen tussen internationale grondrechten-catalogi onderling. Ten vierde leert het onderzoek dat men grondwettelijke grondrechtenbepalingen uitstekend verdragsconform moet interpreteren waar dit nodig en nuttig is. Ten vijfde, alle vaardigheden die men als interpretator opdoet bij de uitleg van de grondwettelijke grondrechten-catalogus, zullen hun nut bewijzen wanneer men wordt geroepen tot uitleg van de staatkundige bepalingen in de Grondwet (buiten hoofdstuk 1).

Ook hier verdient het aanbeveling een positief perspectief te kiezen, want als deze paragraaf een ding bevestigt, is het dit: uitleg is interactie. Waar de rechter de Grondwet interpreteert, legt de wetgever haar ook uit. Waar een sterke rechter een mensenrechtenbepaling interpreteert, ziet men die bepaling ook terug bij de constitutionele toetsing in het wetgevingstraject.

## 6 Conclusies en aanbevelingen

Dit onderzoek naar constitutionele toetsing in het gehele wetgevingstraject leidt tot drie belangrijke conclusies en een serie aanbevelingen die alle de Raad betreffen.

Ten eerste, voor de interpretatie maakt de Raad gebruik van juridische methoden. Toetsing aan de Grondwet geschiedt doorgaans in het kader van de juridische toets die de Raad altijd verricht bij zijn advisering. Alleen waar de Grondwet in beeld komt bij de beoordeling van de opportuniteit van het wetsvoorstel is dit anders. Evenwel kan men ook in die gevallen onderscheid maken tussen een oordeel over de wenselijkheid van het wetsvoorstel en de verenigbaarheid van het wetsvoorstel met de Grondwet. Bij de vraag welke gevolgen de Raad verbindt aan zijn interpretatie (en of hij wel of niet een adviesopmerking maakt), onder-

<sup>186</sup> Zie § 5.3.

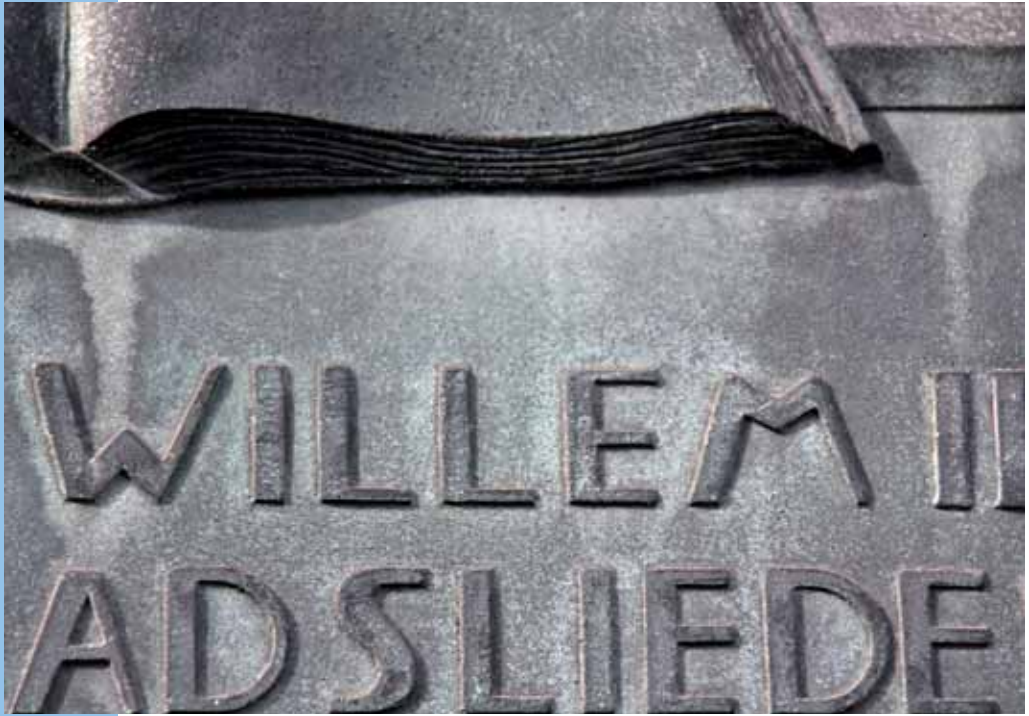
scheidt de Raad zich wel als adviseur van de rechter die toetst in het kader van een concrete geschilbeslechting. De laatste is gehouden een expliciet oordeel te geven. De eerste niet.

Ten tweede, het beeld van constitutionele toetsing van wetsvoorstellen gecompleteerd met de voorbereidende fase en de parlementaire fase is er een van interactie. Constitutionele toetsing in het wetgevingstraject is de optelsom van de inbreng van alle actoren tezamen. Ook geldt, dat de kwaliteit van constitutionele toetsing in het wetgevingstraject de optelsom is van de kwaliteit van alle actoren samen, waarbij men op elkaar reageert. Met andere woorden, het is van belang te bezien hoe de hele linie versterkt kan worden, daarbij in aanmerking nemend dat 'teveel ook niet goed is'. Het gaat uiteindelijk om het vinden van een evenwicht. Waar het gaat om versterking van de advisering door de Raad, verdient het aanbeveling onderscheid te maken tussen het proces van interpretatie, het verbinden van gevolgen aan die interpretatie en het zichtbaar maken van interpretatie.

Ten derde, de rol en betekenis van grondwettelijke grondrechtenclausules ten opzichte van mensenrechtenbepalingen stemmen tot nadenken. De positie van grondrechten ten opzichte van mensenrechten is veelal aanvullend, of in beperkte mate zelfstandig. Hier ziet men hoe belangrijk de wisselwerking tussen jurisprudentie en legisprudentie (en uitleg door de andere actoren in het wetgevingstraject) is. Aan een constitutioneel bouwwerk moet men onderhoud plegen. Niet noodzakelijkerwijs onderdelen vervangen, maar wel bijhouden. Niet te ontkennen valt dat ook de rechter als actor kan bijdragen aan de kwaliteit van constitutionele toetsing in het wetgevingstraject. Zijn bevoegdheden moeten daarom worden heroverwogen. Daarbij moet men wel bedenken dat, als de rechter bijdraagt aan de versterking van de linie, dit ook een weerslag zal hebben op de positie van de actoren in het wetgevingstraject en de mate waarin hun aandeel zou moeten worden versterkt. Ook hier geldt: het gaat uiteindelijk om het bewerkstelligen en handhaven van een evenwicht van machten.

Deze conclusies leiden tot de volgende aanbevelingen:

- 1 Voor het ontwikkelen van legisprudentie (het geheel van opmerkingen die lijnen in de advisering weergeven) is het essentieel dat de Raad zich beraadt op dossieropbouw, hetzij elektronisch, hetzij in traditionele, papieren vorm. Een collectief geheugen behoeft onderhoud.
- 2 Kennis van interpretatiemethoden dient te worden bevorderd door toegepast onderzoek waarbij niet alleen de legisprudentie, maar ook de jurisprudentie wordt betrokken.
- 3 Het verdient aanbeveling methoden van interpretatie bij de voorbereiding te benoemen. Logica gebiedt dat in de eerste plaats taalkundige, wetshistorische, systematische en teleologische methoden worden gevolgd. Daarnaast dient echter afzonderlijk te worden gekeken naar andere methoden, zoals de verdragsconforme methode en de dynamische methode. Een juridische werkwijze in de voorbereiding helpt bij het maken van de (politieke) afweging al dan niet een adviesopmerking te maken. Het is primair aan de (medewerkers van de) directie Wetgeving dit proces te bewaken, hoewel de eindverantwoordelijkheid ligt bij de Volle Raad.
- 4 Door niet alleen de methoden, maar ook de rationes voor het maken van een adviesopmerking bij naam en toenaam stelselmatig in het voorbereidingsproces te noemen, kan de Raad ten aanzien van voorliggende wetsvoorstellen tot een afgewogen oordeel komen over de noodzaak een adviesopmerking te maken en bijdragen aan de ontwikkeling van het constitutionele recht. Het is primair aan de staatsraden (rapporteur) om dit proces te bewaken.
- 5 Het verdient aanbeveling dat de ratio 'translatie' uit het overzicht van 'Rationes voor het niet maken van een adviesopmerking over grondrechtenbepalingen' verdwijnt. De Grondwet heeft geen rol of betekenis wanneer men haar niet noemt.
6. Motivering van gevolgde methoden is in ieder geval aangewezen bij extern-tegenstrijdige interpretatie.



## Deel II

Constitutionele toetsing aan  
institutionele grondwettelijke  
bepalingen in het wetgevingstraject

door J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen



# 1 Inleiding

## 1.1 Doelstelling

In deel I van dit onderzoeksproject is onderzocht welke aandacht een aantal geselecteerde grondrechten heeft gekregen bij de totstandkoming van wetgevingstrajecten, in het bijzonder in de periode van 2000 tot 2006. Ook deel II heeft als onderwerp constitutionele toetsing in het wetgevingstraject. De focus is nu gericht op de institutionele bepalingen van de Grondwet. Daarbij vormen adviezen van de Raad van State uitgebracht tussen 1 januari 2000 en 1 januari 2009 het uitgangspunt.

Een van de conclusies uit het eerste onderzoeksrapport luidt dat het voor de rol en betekenis van de Grondwet noodzakelijk is onderhoud te plegen aan dit constitutioneel bouwwerk. Dit betekent niet dat grote onderdelen vervanging behoeven, maar dat het nuttig en nodig is de kennis over de nationale constitutie goed bij te houden. Bovendien werd in het eerste deel een wisselwerking duidelijk die bestaat tussen legisprudentie en jurisprudentie. De adviseur van de wetgever en de wetgever zelf bleken bij beoordeling van wetsvoorstellen meer aandacht te hebben voor mensenrechtenbepalingen, omdat daar jurisprudentie over ontwikkeld was. Daarin school een van de redenen dat de mensenrechtenbepalingen in verdragen een prominenter rol en betekenis hadden dan gelijksoortige grondwettelijke bepalingen. Deze constatering riep de vraag op of het niet wenselijk is dat ook de rechter een meer geprononceerde rol bij toetsing aan het nationale recht zou kunnen spelen.

Om in bredere zin over constitutionele toetsing te kunnen schrijven, is echter nog meer kennis vereist over de beoordeling van wetsvoorstellen in het licht van het nationale constitutionele recht. De conclusies uit deel I zijn immers gebaseerd op onderzoek dat zich beperkt tot (voornamelijk) klassieke grondrechten. Afronding van dat onderzoek roept een nieuwe vraag op: zal men tot dezelfde bevindingen komen wanneer men ook andere, institutionele bepalingen van de Grondwet in het onderzoek betreft? Alleen op deze wijze kunnen wij een beeld krijgen van de rol en betekenis van de huidige Grondwet bij de constitutionele beoordeling van nieuwe wetsvoorstellen, tegen de achtergrond van het thans geldende rechterlijke toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet.

## 1.2 Onderzoeksvragen

Dit onderzoek wil de vraag beantwoorden welke rol institutionele bepalingen in de Grondwet hebben vervuld en hadden behoren te vervullen bij de beoordeling

van wetsvoorstellen in het licht van de Grondwet en het ongeschreven constitutioneel recht, en in het bijzonder in het kader van het functioneren van de Raad van State als adviseur van de regering. Voor zover mogelijk zal echter ook de inbreng van andere actoren in het wetgevingstraject bij de beantwoording van deze vraag worden betrokken.

De centrale onderzoeksvraag in dit rapport valt uiteen in twee deelvragen:

- 1 Welk beeld levert de interpretatie door de Raad van State op in termen van methoden en de kenbaarheid van interpretatie, mede in het licht van de institutionele bepalingen van de Grondwet in respectievelijk de voorbereidende fase en de parlementaire fase?
- 2 In hoeverre verschilt het beeld bij de institutionele bepalingen van de Grondwet wezenlijk van dat met betrekking tot de (klassieke) grondrechten?

### **1.3 Onderzoeksmethode**

Gelet op de vraagstelling in dit rapport ligt het voor de hand zoveel mogelijk aan te sluiten bij de onderzoeksmethode die voor deel I is ontwikkeld. Wij hebben een representatief aantal grondwettelijke bepalingen geselecteerd aan de hand van een vijftal thema's: 'regering', 'Staten-Generaal', 'wetgever', 'internationale rechtsorde' en 'rechtspraak'. De drie staatsmachten zijn vertegenwoordigd, alsmede de internationale rechtsorde die mede van grote invloed is op het functioneren van deze machten. De geselecteerde grondwettelijke bepalingen hebben sinds de eeuwwisseling een rol gespeeld bij de advisering van de Raad van State in brede zin.<sup>187</sup> Niet alleen adviesopmerkingen bij wetsvoorstellen, maar ook die in voorlichtingen zijn in ons onderzoek betrokken.<sup>188</sup> Dit heeft geleid tot selectie van de volgende grondwettelijke artikelen: 42, 43, 44, 45 ('regering'), 54, 56, 63, 64, 67, 68, 69, 70, 71, 72 ('parlement'), 81, 84, 89 ('wetgever'), 90, 91, 92, 93, 94, 95 ('internationale rechtsorde'), 112, 113, 116, 117, 119, 120, 121 en 122 ('rechtspraak'). Opmerkingen over de betekenis van de Grondwet in het advies over de instelling van de Staatscommissie, alsmede het advies inzake het rechterlijke toetsingsrecht zijn buiten de selectie gehouden. Het gaat er immers juist om een beeld te krijgen van adviezen die niet specifiek

<sup>187</sup> Met een uitzondering van het advies van 15 september 1999, nr. W04.99.0392 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van BZK voor het jaar 2000). Vgl. § 3.3.

<sup>188</sup> Zie artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State.



de rol en betekenis van de Grondwet betreffen. Ons zijn geen dossiers bekend waarin een grondwettelijke kwestie passend binnen de genoemde thema's pas in het parlementaire stadium is opgeworpen, terwijl deze niet zichtbaar in de advisering door de Raad van State was betrokken.

Bij de analyses van de individuele adviesopmerkingen is gekozen voor een systematische werkwijze. Ten eerste is steeds aandacht besteed aan de gehanteerde methoden van interpretatie: welke methode(n) is (zijn) gevolgd bij de voorbereiding van het advies en in het advies zelf? Ten tweede zijn de gevolgen van interpretatie geduid: heeft de interpretatie geleid tot het maken van een adviesopmerking en zo ja, met welke strekking? Ten derde zijn de rationes nader belicht van het al dan niet maken van een adviesopmerking door de Raad van State. Vervolgens is de focus in de analyses verschoven van de adviseur van de wetgever naar de wetgever zelf: naar de interpretatie van de grondwettelijke bepaling in de memorie van toelichting en, indien van toepassing, in het nader rapport en in de parlementaire stukken. De conclusies in dit rapport zijn echter herleidbaar tot onderzoeksgegevens waarvoor een dergelijk voorbehoud niet geldt.

#### **1.4 Opzet**

Het rapport heeft de volgende indeling. Hoofdstuk 2 stelt de interpretatie door de Raad van State centraal. De nadruk in dit hoofdstuk ligt op de gehanteerde methoden van interpretatie. Hoofdstuk 3 heeft als onderwerp de kenbaarheid van de interpretatie door de Raad en gaat in op de redenen die de Raad heeft om al dan niet een adviesopmerking te maken over een zich voordoende constitutionele kwestie. Het vierde hoofdstuk verlegt de aandacht van de adviseur van de wetgever naar de wetgever zelf. Hoofdstuk 5 rondt deze studie af met conclusies en aanbevelingen.

## **2 Interpretatie door de Raad van State**

### **2.1 Inleiding**

Deel I van het Grondwet-project heeft geleid tot accordering van de 'waaier'-werkwijze door de Volle Raad op 18 januari 2008. Deze werkwijze is erop gericht in een vroegtijdig stadium een grondwettelijke kwestie boven tafel te krijgen en te houden, en deze te belichten vanuit zoveel mogelijk hoeken. Uit het onderzoek is gebleken dat op dit punt ruimte voor versterking van de advisering bestond. Dit leidde tot de aanbeveling ten aanzien van grondwettelijke kwesties onder

meer 'de waaier van interpretatiemethoden uit te klappen', ten behoeve van de discussie in de afdelingen en in de Volle Raad (intern) en, uiteindelijk, van de motivering van het advies (extern). Ofschoon het eerste deel onderzoek betrof naar klassieke grondrechten, bleek de waaierwerkwijze in de adviespraktijk ook toepasbaar op andere grondwettelijke bepalingen. Dit onderzoek laat daarvan voorbeelden zien, alsmede van zaken waarin geen sporen van de 'waaier'-werkwijze in de dossiers zijn aangetroffen.

Het meest aansprekende voorbeeld van toepassing van de 'waaier'-werkwijze is het advies van 16 februari 2009 over rechtstreekse betaling van vergoedingen aan politieke ambtsdragers. Bij de voorbereiding van het advies worden de grammaticale, de wetshistorische en de rechtshistorische interpretatie uitgewerkt. In de voorbereiding van het advies is er aandacht voor de strekking van artikel 63 van de Grondwet, gelet op het systeem van de Grondwet en van de ongeschreven constitutie. De voorbereiding leidt tot een goed gemotiveerde adviesopmerking waaruit duidelijk wordt welke argumentatie de Raad van State tot het standpunt brengt dat artikel 63 van de Grondwet, anders dan de regering van mening is, wel van toepassing is ten aanzien van het voorliggende wetsvoorstel, omdat het tegengaan van de overdracht van de vergoedingen naar zijn oordeel toch de geldelijke voorzieningen als zodanig raakt: in ieder geval een wetssystematische en wets-historische argumentatie.<sup>189</sup>

Dit hoofdstuk gaat eerst in op de interpretatiemethoden die al in het eerste deel in de waaier zijn opgenomen, voor zover we deze in dit tweede onderzoek ook hebben aangetroffen bij uitleg van de institutionele bepalingen in de Grondwet (§ 2.1). Vervolgens gaan we in op de vraag of we bij de analyses van de geselecteerde adviesopmerkingen bijzonderheden hebben aangetroffen bij de gevolgde interpretatiemethoden ten opzichte van het eerste onderzoek (§ 2.2). Ter afsluiting proberen we een antwoord te formuleren op de vraag of en hoe de 'waaier'-werkwijze kan worden aangepast teneinde deze ook meer geschikt te maken voor beoordeling van wetsvoorstellen in het licht van de institutionele bepalingen van de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht (§ 2.3).

<sup>189</sup> Advies van 16 februari 2009, nr. W04.08.0444 (voorstel tot wijziging van onder meer de Wet rechtspositie ministers en staatssecretarissen in verband met de rechtstreekse betaling van vergoedingen aan politieke ambtsdragers).

## 2.2 Interpretatiemethoden

Vooraf willen we opmerken dat, waar een grondwettelijke bepaling wordt genoemd in een advies, niet altijd helder is of deze echt wordt geïnterpreteerd. In bepaalde gevallen waar de uitleg van de grondwetsbepaling niet *prima facie* is gegeven, wordt niettemin een interpretatie gegeven, zonder dat deze geëxpliciteerd is. In sommige gevallen vervult de bepaling een rol als een argument inzake een niet-grondwettelijke kwestie.<sup>190</sup> In een ander geval is de interpretatie impliciet. De bepaling doet dan – kennelijk – dienst ter onderbouwing van het standpunt dat regeling van een bepaald onderwerp in de Grondwet niet nodig is.<sup>191</sup> In weer andere gevallen lijkt de bepaling rechtstreeks te worden toegepast, vanuit de opvatting dat op basis van ervaring, die interpretatie als het ware vanzelf gegeven is.<sup>192</sup> Ook die duidelijkheid is echter een product van interpretatie.<sup>193</sup> Een ander voorbeeld ten aanzien van artikel 63 van de Grondwet vormt het advies van 28 juli 2005, waarin de Raad van State constateert dat de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers, die het voorliggende wetsvoorstel beoogt te wijzigen, binnen de werkingssfeer van artikel 63 van de Grondwet valt en daarom slechts met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen kan worden aangenomen.<sup>194</sup> Het ligt voor de hand het deel waarvoor de eis van een gekwalificeerde meerderheid geldt, in een afzonderlijk wetsvoorstel op te nemen, aldus de Raad van State. Toepassing impliceert interpretatie, maar hoe dit zijn beslag heeft gekregen, wordt niet duidelijk.

Zoals in de inleiding is opgemerkt, kan de beoordeling van een wetsvoorstel in het licht van de Grondwet worden verricht aan de hand van de 'waaier'-werkwijze die voortkomt uit het eerste deel. Opgenomen in de waaier zijn de taalkundige

<sup>190</sup> Zie bijvoorbeeld het advies van 8 oktober 2007, nr. W09.07.0306 (ontwerp-Waterschapsbesluit) ten aanzien van artikel 56 van de Grondwet en het advies van 12 maart 2001, nr. W01.01.0018 (voorstel van het lid Van Oven tot wijziging van artikel 14 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden).

<sup>191</sup> Advies van 8 april 2004, nr. W03.04.0024 (kabinetsstandpunt inzake de wenselijkheid van bijzondere bepalingen voor tijdige implementatie van Europese richtlijnen).

<sup>192</sup> Vgl. echter het wetgevingstraject van het wetsvoorstel houdende wijziging van onder meer de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers. De regering besluit het wetsvoorstel niet te splitsen onder verwijzing naar de Grondwetsgeschiedenis, zie *Kamerstukken I* 2005-2006, 30 229, C, p. 1-2.

<sup>193</sup> Een voorbeeld met betrekking tot artikel 89 van de Grondwet vormt het advies van 21 februari 2005, nr. W04.04.0608 (ontwerpbesluit houdende regels voor de brede doeluitkering Sociaal, Integratie en Veiligheid van het Grotestedenbeleid; Besluit brede doeluitkering sociaal, integratie en veiligheid).

<sup>194</sup> Advies van 28 juli 2005, nr. W04.05.0313 (voorstel van wet houdende regeling van de tijdelijke vervanging van leden van de Tweede Kamer en Eerste Kamer der Staten-Generaal, de provinciale staten en de gemeenteraden wegens zwangerschap en bevalling of ziekte).

en grammaticale methoden, de wetshistorische, systematische en teleologische methoden, de rechtshistorische, de anticiperende en dynamische methoden, de verdragsconforme methode en de 'fundamentele waarden'-methode. Voor een inhoudelijke bespreking van deze methoden wordt hier verwezen naar § 3.3.1 van deel I. Deze paragraaf bevat geen uitputtende lijst, maar een gebaseerd op de methoden getraceerd in de voor dat onderzoek geselecteerde adviesopmerkingen.

Ook in dit deelonderzoek hebben we deze interpretatiemethoden uit de waaiër voor grondrechteninterpretatie grotendeels aangetroffen. Het vertrekpunt van de redenering is in de regel uiteraard de tekst van de grondwettelijke bepaling: wat staat er - letterlijk en naar normaal spraakgebruik.<sup>195</sup> Soms worden de *grammaticale* en de *taalkundige* interpretatiemethoden vereenzelvigd met beperkte of restrictieve interpretatie. Hoe men daar ook over denkt, de grammaticale methode - de letter der wet - voert in ieder geval niet zonder meer de boven-  
toon.<sup>196</sup> Een *wetshistorische* methode is meermalen (zichtbaar) gevolgd.<sup>197</sup> Een bijzondere vorm van wetssystematiek als bron van argumentatie vormt het

<sup>195</sup> Zie bijvoorbeeld het advies van 19 juli 2007, nr. W04.07.0094 (deelname van leden van het Europees Parlement aan debatten in de Tweede Kamer): artikel 42 van de Grondwet geeft geen grenzen aan en bevat evenmin een regeling jegens wie de verantwoordelijkheid geldt. Deze interpretatiemethode staat ook aan de basis van het advies van 12 september 2007, nr. W02.07.0254 (ontwerp-mandaat van de Intergouvernementele Conferentie ter herziening van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap) ten aanzien van artikel 81 van de Grondwet: "Daarmee rust op de regering en de Kamers der Staten-Generaal de verantwoordelijkheid voor het tot stand brengen van de wetten, en op hen alleen. Dit ligt niet anders voor wetten tot goedkeuring van verdragen."

<sup>196</sup> Vgl. echter de beschouwingen van Besselink c.s. over de interpretatiëleer van de Raad van State bij artikel 91, derde lid, van de Grondwet, zie *Kamerstukken I* 2003-2004, 27 484, nr. 289: "Wat wel duidelijk is, is dat principieel de letter van de bepaling voorop wordt gesteld en de strekking en het stelsel van de Grondwet - zo die al een rol kan spelen - secundair is."

<sup>197</sup> Zo wordt verwezen in de voorlichting van 19 oktober 2001, nr. W03.01.0523 (voorstel voor een kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie betreffende het Europees arrestatiebevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten) naar een eerder advies van 19 november 1999 inzake de grondwettelijke aspecten van de vestiging in Nederland van buitenlandse en internationale gerechtshoven waarin een uitleg wordt gegeven aan artikel 91, derde lid, van de Grondwet onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van dit artikel. In het advies van 1 mei 2000, nr. W03.00.0049 (voorstel van wet tot wijziging van onder meer de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de modernisering van de organisatie en de instelling van een bestuur bij de

geval waarbij de betekenis van de in de Nederlandse Grondwet opgenomen grondrechten mede wordt bepaald aan de hand van een institutionele bepaling als die van artikel 120 van de Grondwet. In het advies over de verandering in de Grondwet van de bepaling inzake de vrijheid van meningsuiting merkt de Raad op:

”Een dergelijke rechterlijke toetsing aan de GW is naar Nederlands constitutioneel recht uitgesloten als het gaat om wetten in formele zin (artikel 120 GW). Anders dan het geval is in het stelsel van het EVRM, waarin de rechterlijke bescherming van grondrechten en de dynamische interpretatie van die grondrechten door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens centraal staan, is in Nederland bij de grondwetsherziening van 1983 uitdrukkelijk gekozen voor een opzet waarbij grondwetsbepalingen vooral fungeren als zo’n – tot het wezenlijke beperkt, maar tegelijkertijd terminologisch nauwgezet geredigeerd – normatief kader voor de ‘gewone’ wetgeving. In een ook door de Commissie geciteerde passage van de Nota grondwetsherzieningsbeleid 1974 is beklemtoond dat ‘de Grondwet alleen een factor van stabiliteit kan vormen wanneer zij niet te veel wil regelen. Zij dient het kader te bieden waarbinnen veranderingen in de maatschappelijke omstandigheden en in de opvattingen die daaromtrent worden gekoesterd, zullen of kunnen leiden tot herziening of aanvulling van de wetgeving of van andere activiteiten van de overheid’. Dit heeft consequenties voor de beoordeling van de voorgestelde herziening.”<sup>198</sup>

Hier vormt niet zozeer de institutionele bepaling op zichzelf het voorwerp van interpretatie, maar vormt zij een instrument aan de hand waarvan andere grondwetsbepalingen worden geduid.

*Vervolg van voetnoot 197*

gerechten; Wet organisatie en bestuur gerechten) plaatst de Raad het advies over de mogelijkheid van het buiten functie stellen van een rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast in relatie tot artikel 117, derde lid, van de Grondwet in een wetshistorische context: “Uit de memorie van antwoord bij de herziening van de Grondwet in 1983 kan worden opgemaakt dat de term ‘schorsing’ in artikel 117, derde lid, Gw materieel moet worden opgevat en dat elke vorm van op non-actief stellen als zodanig moet worden aangemerkt.” Zie ook het advies van het advies van 19 juli 2007, nr. W04.07.0094 (deelname van leden van het Europees Parlement aan debatten in de Tweede Kamer) ten aanzien van de artikelen 68, 71 en 72 van de Grondwet.

<sup>198</sup> Advies van 24 januari 2002, nr. W01.01.0465 (voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepaling inzake de vrijheid van meningsuiting).

Daarnaast vormen sommige geselecteerde adviesopmerkingen voorbeelden van *teleologische*<sup>199</sup> en *dynamische*<sup>200</sup> interpretatie. Laatstgenoemde methode gaat op zoek naar de betekenis van een grondwetbepaling in de actuele situatie gelet op ingrijpende maatschappelijke veranderingen en speelt een belangrijke rol bij de uitleg van de bepalingen die de ministeriële verantwoordelijkheid betreffen. Tot hoever de ministeriële verantwoordelijkheid gaat, zo benadrukt de Raad in zijn advisering, is niet objectief en voor altijd aan te geven. De reikwijdte is het resultaat van een dynamische wisselwerking tussen regering, coalitiepartijen en oppositie.<sup>201</sup> In zijn advies van 19 juli 2007 ten aanzien van artikel 67 van de Grondwet in relatie tot deelname van leden van het Europees Parlement aan debatten in de Tweede Kamer merkt de Raad op dat door de aanzienlijke ontwikkelingen die de Europese Unie sinds de algehele grondwetswijziging van 1983 heeft doorgemaakt, ook de rol van de Tweede Kamer bij de Europese integratie een andere betekenis heeft gekregen. De Raad van State acht het gewenst dat de Tweede Kamer zoveel mogelijk het instrumentarium heeft om op die ontwikkelingen en dynamiek te kunnen inspelen, maar houdt vast aan grondwettelijke grenzen.<sup>202</sup> Van enige dynamische vorm van interpretatie geeft ook het advies over het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa blijk, waar de Raad van State een opmerking maakt over de overdracht van soevereiniteit aan de EG/EU in relatie tot artikel 92 Grondwet.<sup>203</sup> Toch is daar

199 Zie bijvoorbeeld het advies van het advies van 19 juli 2007, nr. W04.07.0094 (deelname van leden van het Europees Parlement aan debatten in de Tweede Kamer) over de interpretatie van de zinsnede 'beraadslaagt en besluit over het algemeen regeringsbeleid' in artikel 45 van de Grondwet: een voornemen van een minister omtrent de uitvoering van een motie moet in de ministerraad worden behandeld, indien daaraan gevolgen zijn verbonden voor het algemene regeringsbeleid, zoals belangrijke politieke of financiële consequenties.

200 Zie bijvoorbeeld het advies van 17 oktober 2003, nr. W04.03.0313 (regeling van de tijdelijke vervanging van leden van de Tweede Kamer en Eerste Kamer der Staten-Generaal, de provinciale staten en de gemeenteraden wegens zwangerschap en bevalling of ziekte; tweede lezing herziening Grondwet).

201 Advies van 15 september 1999, nr. W04.99.0392 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van BZK voor het jaar 2000).

202 Advies van 19 juli 2007, nr. W04.07.0094 (deelname van leden van het Europees Parlement aan debatten in de Tweede Kamer).

203 Advies van 10 december 2004, nr. W01.04.0517 (voorstel van rijkswet tot goedkeuring van het op 29 oktober 2004 te Rome totstandgekomen Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa). Zie ook het advies van 15 december 2005, nr. W04.05.0338 (Europese arrangementen voor de positie en het functioneren van de nationale staatsinstellingen en hun onderlinge verhouding).

ook wel iets bijzonders aan de hand, omdat de conclusie nu juist lijkt te zijn dat artikel 92 van de Grondwet zich onvoldoende leent voor toepassing op de inmiddels sterk tot ontwikkeling gebrachte EU/EG-praktijk. De Raad constateert dat het volkenrechtelijke model van artikel 92 van de Grondwet in de loop der jaren steeds verder van de realiteit van het gemeenschapsrecht is komen te staan.

In de geselecteerde adviesopmerkingen is meermalen de *rechtshistorische* methode gevolgd<sup>204</sup> en zijn in een enkel geval sporen ontwaard van de *verdragsconforme* methode<sup>205</sup> en ook van de *anticiperende* methode waarbij vooruit wordt gelopen op een aanhangig zijnde grondwetswijziging.<sup>206</sup> In sommige gevallen volgt de adviesopmerking een *rechtssystematische* interpretatie, een klassieke methode van interpretatie, die in het eerste onderzoeksrapport niet als zodanig is benoemd, omdat deze in dat onderzoek geen rol speelde. Een voorbeeld van rechtssystematische argumentatie vormt het advies over de Wet op het hoger onderwijs en onderzoek van 18 april 2006.<sup>207</sup> Bij het opdragen van geschilbeslechting aan het College van beroep voor het hoger onderwijs wordt op basis van de systematiek van het bestuursrecht en het civiele recht een onderscheid gemaakt tussen geschillen over besluiten in de zin van de Awb en andere geschillen.

<sup>204</sup> Zie bijvoorbeeld de voorlichting van afdeling I van 4 juni 2004, nr. W03.04.0127//A (inzake het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming); het advies van 17 oktober 2003, nr. W04.03.0313 (regeling van de tijdelijke vervanging van leden van de Tweede Kamer en Eerste Kamer der Staten-Generaal, de provinciale staten en de gemeenteraden wegens zwangerschap en bevalling of ziekte; tweede lezing herziening Grondwet); en het advies van 6 april 2006, nr. W04.05.0599 (Wet op de parlementaire enquête) ten aanzien van artikel 68 van de Grondwet.

<sup>205</sup> Advies van 26 oktober 2004, nr. W03.04.0452 (ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit DNA-onderzoek).

<sup>206</sup> Advies van 12 oktober 2004, nr. W04.04.0281 (voorstel van wet tot wijziging van de Gemeentewet in verband met de introductie van de rechtstreeks gekozen burgemeester). De Raad merkte op: "Op 19 juli 2004 heeft de Kiesraad op verzoek van de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties advies uitgebracht over de uitsluiting van het kiesrecht van curandi zoals neergelegd in artikel 54, tweede lid, aanhef en onder G, [waarschijnlijk: b, JdP & MvR] van de Grondwet. De Raad beveelt aan dit advies bij het onderhavige voorstel te betrekken en te beoordelen op de eventuele consequenties voor het bepaalde in artikel 2.2."

<sup>207</sup> Advies van 18 april 2006, nr. W05.05.0580 (voorstel van wet tot vaststelling van een nieuwe regeling voor het hoger onderwijs en het onderzoek).

In ons onderzoek hebben we ook gezien dat de Grondwet wordt uitgelegd conform het Statuut; een voorbeeld vormt het advies van de Raad van State van 12 november 2002 over artikel 43 van de Grondwet.<sup>208</sup> De Raad van State merkt over het voorliggende voorstel van rijkswet op:

”Volgens artikel 43 van de Grondwet benoemt de Koning de ministers van het land Nederland. Ingevolge artikel 7 van het Statuut worden deze ministers door hun benoeming tevens lid van de raad van ministers van het Koninkrijk.”

Artikel 43 van de Grondwet heeft in deze uitleg betrekking op de ministers van het land Nederland. Het Statuut kleurt de interpretatie van deze grondwettelijke bepaling; de uitleg volgt immers uit artikel 7 van het Statuut.<sup>209</sup>

Soms is wel duidelijk dat een grondwettelijke bepaling is geïnterpreteerd, maar is niet goed vast te stellen aan welke methode van interpretatie een bepaalde uitleg is ontleend. Soms zijn sporen van een bepaalde methode zichtbaar in de

<sup>208</sup> Advies van 12 november 2002, nr. W03.02.0405 (voorstel van wet houdende aanpassing van de Rijkswet op het Nederlandschap en de Rijkswet van 21 december 2000 tot wijziging van de Rijkswet op het Nederlandschap met betrekking tot de verkrijging, de verlening en het verlies van het Nederlandschap (Stb.618), mede in verband met de totstandkoming van de Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap).

<sup>209</sup> Zie ook het advies van 12 november 2002, nr. W03.02.0405 (voorstel van wet houdende aanpassing van de Rijkswet op het Nederlandschap en de Rijkswet van 21 december 2000 tot wijziging van de Rijkswet op het Nederlandschap met betrekking tot de verkrijging, de verlening en het verlies van het Nederlandschap (Stb.618), mede in verband met de totstandkoming van de Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap).

<sup>210</sup> Zie bijvoorbeeld het advies van 15 september 1999, nr. W04.99.0392 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van BZK voor het jaar 2000): “Artikel 42 van de Grondwet houdt niet alleen in dat de ministers verantwoordelijk zijn voor het handelen van de Koning zelf, maar ook dat zij verantwoordelijk zijn voor de wijze waarop het algemeen belang door de regering wordt behartigd. Anders dan de strafrechtelijke of privaatrechtelijke aansprakelijkheid van ministers of van de staat is de ministeriële verantwoordelijkheid geen afgebakend en juridisch vaststaand begrip. De ministeriële verantwoordelijkheid beperkt zich niet tot de uitoefening van bestaande bevoegdheden net zo min als de informatieplicht van artikel 68 van de Grondwet beperkt is tot het terrein van de bevoegdheden van de ministers en staatssecretarissen. Ministers kunnen ook worden aangesproken op het feit dat zij nalaten ervoor te zorgen dat de nodige bevoegdheden worden geschapen om



tekst van het advies zelf, maar geheel zeker zijn we niet.<sup>210</sup> De motivering van het advies is in die gevallen voor verbetering vatbaar.<sup>211</sup> Dit geldt temeer waar de methode van interpretatie niet zozeer in het advies, maar op basis van het dossier getraceerd is.<sup>212</sup>

Ook komt het voor dat sporenonderzoek niets oplevert. Zo merkt de Raad van State in zijn advies van 19 juli 2007 op dat het afleggen van verantwoording jegens de Staten-Generaal een belangrijke manier is om inhoud te geven aan de ministeriële verantwoordelijkheid. De ministeriële verantwoordelijkheid is evenwel breder, aldus de Raad van State: alleen de leden van de Staten-Generaal kunnen ministers en staatssecretarissen aanspreken op de nakoming van de in artikel 68 van de Grondwet neergelegde inlichtingenplicht, en aldus de ministers en staatssecretarissen ter verantwoording roepen. Het zijn ook alleen de leden van de Staten-Generaal die politieke consequenties kunnen verbinden aan de ministeriële verantwoordelijkheid. De opvatting dat verantwoording is verschuldigd (alleen) jegens de Staten-Generaal, kan men niet op de tekst van artikel 42 van de Grondwet baseren; de uitleg zal door een andere methode van interpretatie zijn ingegeven, maar welke dat is, blijkt niet uit de tekst. Langs welke methode de Raad van State in hetzelfde advies tot de uitleg van artikel 69 van de Grondwet komt dat de personen die de bewindslieden bijstand kunnen verlenen, geen zelfstandige antwoordplicht hebben, is uit de tekst van het advies niet af te leiden. Mogelijk loopt de redenering via de schakel dat uitsluitend ministers verantwoordelijk zijn en gehouden zijn inlichtingen te verstrekken. Ambtenaren antwoorden

*Vervolg van voetnoot 210*

aantasting van het algemeen belang te bestrijden of dat daarvoor noodzakelijke wetswijzigingen uitblijven." Hier bespeurden we een kennelijk teleologische interpretatie. Tot eenzelfde gevolgtrekking kwamen na bestudering van het advies van 10 september 2003, nr. W01.03.0248 (vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Algemene Zaken (III) voor het jaar 2004) ten aanzien van de interpretatie van de Raad dat de informatieplicht van artikel 68 van de Grondwet niet is beperkt tot het terrein van de bevoegdheden van ministers en staatssecretarissen.

<sup>211</sup> Zie de hoofdstukken hierna.

<sup>212</sup> Zie bijvoorbeeld het advies van 19 juli 2007, nr. W04.07.0094 (deelname van leden van het Europees Parlement aan debatten in de Tweede Kamer) ten aanzien van artikel 69 van de Grondwet: dat de ministers en staatssecretarissen zich kunnen laten bijstaan door bijvoorbeeld een regeringscommissaris berust op wetshistorische interpretatie, al blijkt deze niet rechtstreeks uit het advies.

Zie *Kamerstukken II 1976-1977*, 14 224, nr. 3, p.7.

en verschaffen inlichtingen met instemming van de minister. Dat een zelfstandige antwoordplicht van ambtenaren of andere personen is uitgesloten, zou de ministeriële verantwoordelijkheid kunnen doorkruisen.<sup>213</sup>

Soortgelijke opmerkingen kunnen worden gemaakt over de verschillende adviezen waarbij artikel 91 van de Grondwet aan de orde is in relatie tot inwerkingtreding van verdragwijzigingen bij ratificatie door een bepaald percentage lidstaten.<sup>214</sup> Daar is de argumentatie van de Raad van State zeer consistent, ondanks het consequent afwijkende standpunt van de regering, doch de methodiek van argumenteren wordt uit de adviezen niet geheel helder.<sup>215</sup>

Ter afsluiting nog enkele woorden over het verwijzen door de Raad van State in zijn advisering naar rechterlijke uitspraken. In deel I van dit onderzoek over constitutionele toetsing aan grondrechten in het wetgevingstraject kwam meermalen de jurisprudentie van Nederlandse rechtscolleges ter sprake. Dit is in dit tweede deel ten dele anders. Bij de eerste drie thema's - 'regering', 'Statens-Generaal' en 'wetgever' - zijn in alle bestudeerde trajecten ten aanzien van de uitgekozen grondwettelijke bepalingen slechts twee rechterlijke uitspraken - arresten van de Hoge Raad<sup>216</sup> - genoemd door een van de actoren bij

213 Zie ook P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Grondwet. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2004, p. 102. Het betreft mogelijk een teleologische interpretatie, afgaand op de inhoud en strekking van de bepaling en de wetssystematiek.

214 Advies van 23 maart 2000, nr. W11.00.0015 (Verdrag tot wijziging van het Internationaal Verdrag voor de bescherming van planten; Rome, 17 november 1997); advies van 14 april 2004, nr. W02.04.0100, inzake de wijzigingen van het Statuut van de Internationale Organisatie voor Migratie; Genève, 24 november 1998; advies van 17 mei 2004, nr. W03.04.0103 (Protocol bij het Internationaal Verdrag betreffende de instelling van een Internationaal Fonds voor vergoeding van schade door verontreiniging door olie); advies van 10 september 2004, nr. W03.04.0401 (voorstel van wet houdende goedkeuring en uitvoering van het op 22 juni 2001 te Boedapest totstandgekomen Verdrag van Boedapest inzake de overeenkomst voor het vervoer van goederen over de binnenwateren); advies van 15 juni 2000, nr. W02.00.0133 (voorstel van rijkswet, houdende goedkeuring van het op 17 juli 1998 totstandgekomen Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof); en het advies van 2 februari 2007, nr. W07.06.0542 (Protocol van wijzigingen bij het Verdrag betreffende de Internationale Hydrografische Organisatie).

215 Mogelijk was er sprake van grammaticale interpretatie van artikel 91 van de Grondwet en systematische interpretatie in het licht van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking van verdragen.

216 HR 13 januari 1879, *W* 4330 (artikel 89 van de Grondwet); HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 577 (artikel 71 van de Grondwet).

constitutionele toetsing wier inbreng is bestudeerd. Jurisprudentie over de betrokken grondwettelijke bepalingen is dan ook schaarser dan die over de in deel I bestudeerde grondrechten.

Vermeldenswaard is het advies van 22 december 2006 over artikel 44 van de Grondwet. Het voorliggende voorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet beoogde de bevoegdheidstoedeling inzake visumverlening te wijzigen tussen de minister van Buitenlandse Zaken en de minister voor Vreemdelingen en Integratie. De aanpassing zou volgens de memorie van toelichting haar neerslag vinden in een Koninklijk Besluit ex artikel 44 van de Grondwet. Volgens de Raad bood de Vreemdelingenwet zoals deze na de voorliggende wijziging kwam te luiden al voldoende grondslag.<sup>217</sup> De Raad van State gaat niet in op de verhouding Kroon-wetgever, zoals de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State eerder had gedaan in haar uitspraak van 10 oktober 2001. De grondwettelijke bevoegdheid van de Kroon om ministeries in te stellen en taken tussen ministeries te verdelen en her te verdelen zou zinledig zijn, zo oordeelde de Afdeling, indien deze niet tevens betrekking heeft op het overbrengen zonder tussenkomst van de formele wetgever van bevoegdheden van een ministerie naar een ander of nieuw ingesteld ministerie.<sup>218</sup> Deze op het eerste gezicht afwijkende benadering zag echter op een andere situatie dan die welke aan de orde was in het hier genoemde advies: in het bij de Afdeling voorliggende geschil ging het om overdracht krachtens artikel 44 lid 1 van de Grondwet van bevoegdheden aan een andere bewindspersoon die nadien bij wet werd bevestigd. Het advies betrof de omgekeerde situatie waarin het wetsvoorstel eerder tot stand zou komen dan het Koninklijk Besluit.

Met name waar het gaat om de artikelen 93 en 94 van de Grondwet is wel sprake van een rijke jurisprudentie. Sluit de Raad van State zich daarbij expliciet aan? Opvallend was dat de Raad in het advies inzake de goedkeuring van het Europees Sociaal Handvest niet een verwijzing naar rechtspraak opneemt, waar het gaat om de rechtstreekse werking. Nu is in de advisering uiteraard niet de vraag aan de orde óf er sprake is van rechtstreekse werking, maar wíe uiteindelijk over de recht-

<sup>217</sup> Advies van 22 december 2006, nr. W03.06.0460 (voorstel van wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met visa).

<sup>218</sup> ABRvS 10 oktober 2001, AB 2001, 352.

streekse werking beslist. Toch had het wellicht voor de hand gelegen hier naar jurisprudentie te verwijzen, waarin die opvatting steun vindt.<sup>219</sup> Soms wordt echter wel degelijk naar jurisprudentie verwezen, bijvoorbeeld in het advies inzake de Europese Code inzake sociale zekerheid (herzien)<sup>220</sup> en in het advies inzake de Intrekking van het Sanctiebesluit jegens Libië.<sup>221</sup>

## 2.3 Bijzonderheden

### *A Clustering*

Een eerste bijzonderheid die opvalt bij beoordeling van wetsvoorstellen in het licht van de institutionele bepalingen van de Grondwet is clustering van grondwetbepalingen bij de (Grond)wetsystematische interpretatie.<sup>222</sup> Een eerste cluster vormen de artikelen 42 ('regering en ministeriële verantwoordelijkheid'), 44, eerste lid, ('ministeries onder leiding van een minister') en artikel 68, eerste lid, van de Grondwet ('inlichtingenplicht ministers en staatssecretarissen'). Dit komt voor het eerst naar voren in het advies van 15 september 1999, waarin de Raad van State opmerkt:

”Ministeriële verantwoordelijkheid is het staatsrechtelijk uitgangspunt dat de ministers – gezamenlijk en afzonderlijk – aanspreekbaar zijn op het doen en laten van de regering bij de behartiging van het algemeen belang en de vervulling van de taken die aan het ambt van minister zijn verbonden. Het beginsel vormt de basis voor de politieke controle op het functioneren van

219 Zie het advies van 23 december 2003, nr. W12.03.0432 (Voorstel van wet houdende goedkeuring van het op 3 mei 1996 te Straatsburg tot stand gekomen Europees Sociaal Handvest (herzien), met Bijlage, en van het op 9 november 1995 te Straatsburg tot stand gekomen Aanvullend Protocol bij het Europees Sociaal Handvest betreffende een collectief klachtensysteem).

220 Advies van 28 september 2007, W12.07.0317 (voorstel van wet tot goedkeuring van de op 6 november 1990 te Rome tot stand gekomen Europese Code inzake sociale zekerheid; herzien).

221 Advies van 11 mei 2005, W02.05.0119 (ontwerpbesluit houdende intrekking van het Sanctiebesluit Libië 1993).

222 Overigens lijkt deze clustering geen fenomeen te zijn dat zich principieel slechts bij de uitleg van institutionele bepalingen van de Grondwet voor kan doen. Vgl. *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 331, nr. 3, p. 19-20 en - instemmend - het advies van de Raad van State van 21 juni 2002, nr. W01.02.0179 (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).

de regering en stoelt op drie bepalingen in de Grondwet (GW), te weten: dat de regering wordt gevormd door de Koning en de ministers, waarbij de Koning onschendbaar is en de ministers verantwoordelijk zijn (artikel 42), dat de ministeries onder leiding van een minister staan (artikel 44, eerste lid) en dat de ministers en staatssecretarissen de EK of TK de gevraagde inlichtingen verschaffen (artikel 68, eerste lid).<sup>223</sup>

In dit advies brengt de Raad tot uitdrukking dat de ministeriële verantwoordelijkheid zich niet tot de uitoefening van bestaande bevoegdheden beperkt, net zo min als de informatieplicht van artikel 68 van de Grondwet is beperkt tot het terrein van de bevoegdheden van de ministers en staatssecretarissen.<sup>224</sup>

Het advies van de Raad van 16 februari 2009 over de rechtstreekse betaling van vergoedingen aan politieke ambtsdragers legt een verband tussen de artikelen 60 ('ambtsaanvaarding kamerleden'), 63 ('geldelijke voorzieningen') en 67 van de Grondwet ('quorum en stemmingen'):

"In artikel 63 ligt, mede gelet op de artikelen 60 en 67 van de Grondwet, besloten dat de onafhankelijkheid van het individuele Kamerlid niet langs de weg van de geldelijke voorziening behoort te worden aangetast."

Een volgend cluster vormen de artikelen 64 ('ontbinding kamers') en 137 van de Grondwet ('procedure herziening Grondwet'). In zijn advies van 17 oktober 2003 over de geoorloofdheid van het voortzetten van behandeling van wetsvoorstellen tot wijziging van de Grondwet na ontbinding van de Tweede Kamer clustert de Raad van State deze bepalingen.<sup>225</sup> Dit advies, geselecteerd vanwege artikel 64 van de Grondwet,<sup>226</sup> bevat een uitleg van artikel 137 van de Grondwet. De Raad merkt op dat het gewijzigde karakter van de grondwetsontbinding volgens artikel 137 niet los staat van de veranderde betekenis van de ontbindingsbevoegdheid van (thans) artikel 64 van de Grondwet.

<sup>223</sup> Zie ook het advies van 19 juli 2007, nr. W04.07.0094 (deelname van leden van het Europees Parlement aan debatten in de Tweede Kamer).

<sup>224</sup> Zie ook het advies van 10 september 2003, nr. W01.03.0248 (de vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Algemene Zaken (III) voor het jaar 2004).

<sup>225</sup> Advies van 17 oktober 2003, nr. W04.03.0313 (regeling van de tijdelijke vervanging van leden van de Tweede Kamer en Eerste Kamer der Staten-Generaal, de provinciale staten en de gemeenteraden wegens zwangerschap en bevalling of ziekte; tweede lezing herziening Grondwet).

<sup>226</sup> Vgl. § 1.3.

Ook de artikelen 81 ('vaststelling wetten'), 84 ('wijziging wetsvoorstellen') en 105 ('begroting') van de Grondwet vormen samen een cluster in de advisering door de Raad van State. In zijn advies van 16 september 2005 adviseert de Raad van State over een amendement van het voorstel tot wijziging van de Comptabiliteitswet. Het amendement strekt tot volledige zeggenschap van de Tweede Kamer over de eigen begroting. De Raad van State acht het amendement niet verenigbaar met de artikelen 105, 81 en 84 van de Grondwet.

Een cluster vormen tevens de artikelen 116 ('rechterlijke macht') en 117 van de Grondwet ('rechtspositie leden rechterlijke macht'). In zijn advies over de Wet extern klachtrecht redeneert de Raad van State vanuit een beschrijving van de constitutionele rechterlijke onafhankelijkheid, waarbij hij wijst op het geheel van de in de artikelen 116 en 117 van de Grondwet opgenomen rechtspositionele waarborgen voor de rechter.<sup>227</sup>

Bij de adviezen waarin wordt geclusterd, valt verder op dat niet alleen de (Grond)wetssystematiek een rol speelt, maar dat niet zelden de interpretatie ook wordt gekleurd door de staatkundige praktijk en het ongeschreven recht. Een voorbeeld vormen de ministeriële verantwoordelijkheid en de vertrouwensregel (het cluster van de artikelen 42, 44, eerste lid, en 68, eerste lid, van de Grondwet), de onafhankelijkheid van het individuele kamerlid (het cluster gevormd door de artikelen 60, 63 en 67 van de Grondwet) en de (veranderde) verhouding tussen regering en parlement (het cluster bestaand uit de artikelen 64 en 137 van de Grondwet).

### *B Democratisch-rechtsstatelijke context*

De democratisch-rechtsstatelijk context speelt een belangrijke rol in de advisering door de Raad. Ook de Vice-President van de Raad van State gaat in een brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer in op de door het presidium van de Tweede Kamer gedane suggestie om een (externe) instantie te laten beslissen in het geval zich een geschil voordoet tussen de Tweede Kamer en een bewindspersoon over de nakoming van de inlichtingenplicht ex artikel 68 van de Grondwet. Met deze suggestie is een principieel punt in de verhouding tussen regering en Kamer in het geding gebracht, schrijft de Vice-President:

<sup>227</sup> Advies van 27 oktober 2005, nr. W03.05.0306 (voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten in verband met de invoering van extern klachtrecht bij de rechterlijke organisatie).

”In ons parlementaire stelsel is immers, als het gaat om de beoordeling van het optreden van bewindslieden, niet zijnde strafrechtelijke gedragingen, geen andere instantie dan de Kamer zelf competent. In een geschil tussen de Kamer en een bewindspersoon zijn er maar twee mogelijkheden: òf de Kamer laat zich door de bewindspersoon overtuigen, òf de bewindspersoon legt zich bij de wens van de Kamer neer. Dat geldt ook als een individueel lid van de Kamer of een Kamerminoriteit ex artikel 68 van de Grondwet om inlichtingen verzoekt. Het is de essentie van de vertrouwensregel.”<sup>228</sup>

Ook kan men hier het advies over de Wet extern klachtrecht noemen.<sup>229</sup> Bij een strikt grammaticale interpretatie zou men kunnen redeneren dat er in artikel 116, vierde lid, van de Grondwet niet staat dat het toezicht op de ambtsvervulling door leden van de rechterlijke macht *uitsluitend* geschiedt door leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast. Die laatste interpretatie (uitsluitend door leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast) ligt naar het oordeel van de Raad van State echter wel voor de hand tegen de achtergrond van het constitutionele uitgangspunt van rechterlijke onafhankelijkheid.

In zijn advies van 6 april 2006 lijkt de Raad artikel 68 van de Grondwet als kapstok te gebruiken om een kenmerk van de ministeriële verantwoordelijkheid aan de orde te stellen dat tot dan toe nog weinig aandacht had gekregen.<sup>230</sup>

Opmerking verdient ook het advies van 5 september 2002 over het ontwerpbesluit DNA-onderzoek in het licht van artikel 89 van de Grondwet. Aan artikel 89, eerste lid, van de Grondwet kan niet een algemene bevoegdheid worden ontleend om – in afwijking van het legaliteitsbeginsel – onderwerpen te regelen zonder dat de wetgever de bevoegdheid daartoe heeft gedelegeerd, aldus de Raad van State. Daargelaten de vraag of de urgentie van de voorgestane regeling – mede gelet op de beperkte effecten die worden verwacht – zo groot is dat wetgeving moeilijk kan worden afgewacht, komt de Raad tot de slotsom dat het voorliggende ontwerpbesluit DNA-onderzoek in elk geval een materie betreft

<sup>228</sup> *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 362, nr. 4.

<sup>229</sup> Advies van 27 oktober 2005, nr. W03.05.0306 (voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten in verband met de invoering van extern klachtrecht bij de rechterlijke organisatie).

<sup>230</sup> Advies van 6 april 2006, nr. W04.05.0599 (Wet op de parlementaire enquête).

die van zodanige aard en maatschappelijk belang is dat regeling zonder uitdrukkelijke grondslag in de wet niet aanvaardbaar is.<sup>231</sup> Dit is een lezing waarin het legaliteitsbeginsel de uitleg van de grondwettelijke bepaling kleurt.

Men zou de hier gegeven voorbeelden kunnen kenschetsen als toepassingen van een *contextuele* interpretatiemethode. Inderdaad is het de (democratisch-rechtsstatelijke) context, of facetten daarvan, die mede aan de basis staat van de uitleg van de als voorbeeld genoemde grondwettelijke bepalingen. Wij menen echter dat benoeming van een contextuele interpretatiemethode als zodanig geen meerwaarde vertegenwoordigt ten opzichte van andere interpretatiemethoden, zoals de 'fundamentele waarden'-methode en de rechtssystematische methode.<sup>232</sup> Het plaatsen van grondwettelijke bepalingen in de democratische-rechtsstatelijke context als zodanig heeft echter naar onze mening wel een meerwaarde. Wij achten het wenselijk dat bij de uitleg van de institutionele bepalingen van de Grondwet - bij wijze van uitgangspunt - zo mogelijk nadrukkelijk een verbinding tot stand wordt gebracht met achterliggende noties die raken aan de kern van ons constitutioneel bestel. Daarbij denken wij aan democratisch-rechtsstatelijke principes voor zover deze niet zijn vervat in een geschreven regels - het Statuut en verdragen. Zonder al te veel op de volgende hoofdstukken vooruit te lopen, willen we op deze plaats reeds kenbaar maken dat bij uitstek bij geclusterde interpretaties dit een nuttige toevoeging lijkt te zijn. Niet steeds expliciteert de Raad echter in het advies de achterliggende noties die aan zijn grondwetsuitleg ten grondslag liggen, of gaat hij daar uitvoerig op in.<sup>233</sup>

231 Advies van 5 september 2002, nr. W03.02.0287 (ontwerpbesluit tot wijziging van onder meer het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken).

232 Waar het fundamentele rechtsbeginselen betreft, zoals het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur, zijn deze veelal te herleiden tot fundamentele waarden als vrijheid, rechtvaardigheid, rechtsstaat en democratie. Men kan dit type interpretaties - gebaseerd op fundamentele rechtsbeginselen - benoemen als rechtssystematisch. Soms kan dit niet mogelijk blijken te zijn en is een interpretatie alleen terug te voeren op noties als 'democratie' en 'rechtsstaat'.

233 Vgl. het advies van 12 maart 2001, nr. W01.01.0018 (voorstel van het lid Van Oven tot wijziging van artikel 14 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden) en de memorie van toelichting, zoals gewijzigd na het advies van de Raad van State van het Koninkrijk. In de gewijzigde memorie van toelichting wordt het primaat van de wetgever expliciet genoemd, zie *Kamerstukken II 2000-2001*, 27 570 (R 1672), nr. 3. Het advies van de Raad van State van het Koninkrijk verwijst naar een eerder advies van de Raad van State waarin de gekozen uitleg was gebaseerd op een van de aanwijzingen uit de Aanwijzingen voor de regelgeving, in de toelichting waarvan het primaat van de wetgever wordt genoemd.



## **2.4 Tussenconclusie**

Dit hoofdstuk bevestigt het beeld, namelijk dat het hanteren van de 'waaier'-werkwijze ook van nut is bij de uitleg van de institutionele bepalingen van de Grondwet. Klassieke methoden van interpretatie zijn van grote waarde bij de beoordeling van wetsvoorstellen in het licht van grondwettelijke bepalingen, ook buiten het eerste hoofdstuk van de Grondwet. Meer nog dan in het eerste deel komen hier de staatkundige praktijk en het ongeschreven recht in beeld. Dit hoofdstuk brengt verder twee bijzonderheden aan het licht bij de uitleg van de institutionele bepalingen van de Grondwet: de systematische clustering van grondwettelijke bepalingen bij het beantwoorden van constitutionele vragen en de nadrukkelijke betekenis van de democratisch-rechtsstatelijke context bij de interpretatie van deze bepalingen.

Het uitklappen van de waaier is daarom niet genoeg: de Raad zal zich steeds bewust moeten zijn van de contexten waarin hij adviseert, zoals het Koninkrijk en de democratische-rechtsstatelijke context. Ook de Europese context kan van belang zijn bij de interpretatie van de Nederlandse Grondwet. Het advies over deelname van leden van het Europees Parlement lijkt daar aanknopingspunten voor te bieden.

# **3 Kenbaarheid van interpretatie door de Raad van State**

## **3.1 Inleiding**

Dit rapport wijdt aan de kenbaarheid van de interpretatie door de Raad van State een afzonderlijk hoofdstuk. Het feit dat en de wijze waarop de Raad van State grondwettelijke bepalingen interpreteert, kan voor de interne adviseringspraktijk interessante gezichtspunten opleveren. Adviezen kunnen echter ook bijdragen aan de beoordeling van wetsvoorstellen aan de institutionele bepalingen van de Grondwet door de wetgever zelf, op wie daarbij een belangrijke taak rust in het huidige constitutioneel bestel. Zeker in een tijd waarin adviezen openbaar worden gemaakt, vormt de kenbaarheid van grondwettelijke interpretaties een interessant thema, want zichtbaar interpreteren met redengeving is wezenlijk voor de legitimatie en voor een volwaardige bijdrage aan het debat - of het ontlokken - dat zich afspeelt in de legislatieve arena. Kortom, het belang van de kenbaarheid van grondwettelijke interpretatie, niet alleen door de (mede)wetgever, maar ook door diens belangrijkste adviseur, komt in een bijzonder daglicht te staan in een constitutionele orde waarin geen definitieve constitutionele toetsing plaats vindt. Iedere grondwettelijke beoordeling betreft het preliminaire stadium waarin de

wet nog slechts een voorstel is dat als zodanig en automatisch voorwerp is – moet zijn! – van debat.

Kenbaarheid van de toetsing door de wetgever is essentieel in een stelsel waarin het primaat van de wetgever geldt – diens voorlopig laatste woord in constitutionele kwesties aangaande wetten in formele zin. Tegelijkertijd is het een vraag of de adviseur van die wetgever dan ook steeds zijn interpretatie, ontstaan in het kader van advisering, kenbaar moet maken. Daarom beantwoordt dit hoofdstuk eerst de vraag welke gevolgen de Raad van State aan zijn interpretaties verbindt (§ 3.2). Met andere woorden, wat doet hij wanneer hij tot een bepaalde uitleg komt? Maakt hij een opmerking, of doet hij er het zwijgen toe? Hoe ver gaat hij, wanneer hij spanning voelt tussen een wetsvoorstel en de Grondwet? Daarna komen de achterliggende redenen die de Raad van State (mogelijk) heeft voor het al dan niet maken van een adviesopmerking ter sprake (§ 3.3), in het eerste deel de rationes voor het al dan niet maken van een adviesopmerking genoemd. Vervolgens verschuift de focus naar de motivering van de adviesopmerking die de grondwettelijke uitleg gestalte geeft (§ 3.4). In hoeverre is de interpretatie kenbaar, in de zin dat de gegeven argumentatie daaruit blijkt? Anders gezegd: hoe gedegen is de motivering van adviesopmerkingen die institutionele bepalingen van de Grondwet uitleggen?

Samenvattend onderscheidt dit hoofdstuk drie vragen: (1) is het feit dát is geïnterpreteerd als zodanig kenbaar, (2) waarom is dit al dan niet het geval en zo ja, (3) is de argumentatie voor de betreffende uitleg kenbaar uit de tekst van de adviesopmerking?

### 3.2 Zichtbaarheid

De zichtbaarheid van grondwetsinterpretatie door de Raad van State is te herleiden tot de vraag of hij een adviesopmerking wijdt aan de grondwetskwestie, of niet. Vervolgens rijst de vraag om welk type opmerking het gaat. In het eerste onderzoek naar grondwetsinterpretatie werd een achttal varianten onderscheiden:<sup>234</sup> (i) geen opmerking over de grondwettelijke kwestie, (ii) een impliciete opmerking,<sup>235</sup> (iii) een niet-rechtstreekse opmerking,<sup>236</sup> (iv) een

<sup>234</sup> Deel I, § 3.2.

<sup>235</sup> Bij een ‘impliciete opmerking’ wordt wel de taal van een grondwettelijke bepaling gesproken, maar noemt de Raad van State de bepaling niet expliciet.

<sup>236</sup> Van een niet-rechtstreekse opmerking is sprake wanneer de opmerking wordt gemaakt in het kader van de beoordeling van de opportuniteit of noodzaak van het voorliggende wetsvoorstel of ontwerpbesluit.

opmerking louter over de wenselijkheid van toelichting bij het voorliggende wetsvoorstel, (v) een expliciete opmerking dat er geen strijd is met de Grondwet, (vi) een opmerking dat er weliswaar geen strijd lijkt te zijn met de Grondwet, maar dat nadere toelichting bij het wetsvoorstel wenselijk is, (vii) een opmerking dat er spanning is tussen het wetsvoorstel en de Grondwet, of woorden van gelijke strekking, en (viii) een opmerking dat er strijd is met de Grondwet.

Niet alle adviesopmerkingen die bij dit onderzoek zijn betrokken, blijken eenvoudig te classificeren langs deze lijnen. Binnen de categorie wetsvoorstellen zijn er voorstellen van wet ter goedkeuring van een begroting, bijvoorbeeld in het licht van artikel 42 van de Grondwet. Een nota van de minister van BZK over het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Vliegcramp Bijlmermeer kan dan de aanleiding zijn voor een adviesopmerking, hetgeen leidt tot meer abstracte beschouwingen.<sup>237</sup>

Op grond van het tweede onderzoek ontstaat een licht afwijkend beeld ten opzichte van de eerste studie. Niet alle variëteiten zien we terug in deel II: steeds is een opmerking gemaakt, waarmee de eerste variant afvalt. Grondwet-interpretatie bij de voorbereiding van de adviezen waarvan in het advies uiteindelijk niets is terug te vinden, zijn we bij dit onderzoek niet tegengekomen. Soms zien we ook wel een impliciete opmerking dat er geen strijd is met Grondwet<sup>238</sup> of een niet-rechtsteekse opmerking.<sup>239</sup> Waar de regering meende dat een grondwettelijke bepaling 'niet van toepassing' was, achtte de Raad van State deze keuze 'niet overtuigend'.<sup>240</sup>

<sup>237</sup> Advies van 15 september 1999, nr. W04.99.0392 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van BZK voor het jaar 2000).

<sup>238</sup> Vgl. het advies van 19 juli 2007, nr. W04.07.0094 (deelname van leden van het Europees Parlement aan debatten in de Tweede Kamer) ten aanzien van artikel 44 van de Grondwet. Vgl. ook het advies van 24 november 2003, nr. W03.03.0451, (inzake de wijziging van de Reclasseringsregeling 1995 in verband met de reorganisatie van de reclassering) ten aanzien van artikel 89 van de Grondwet.

<sup>239</sup> Advies van 27 februari 2009, nr. W10.09.0003 (voorstel van wet houdende wijziging van de Wet Fonds economische structuurversterking; voedingssystematiek en categorieën te financieren investeringsprojecten).

<sup>240</sup> Advies van 16 februari 2009, nr. W04.08.0444 (voorstel tot wijziging van onder meer de Wet rechtspositie ministers en staatssecretarissen in verband met de rechtstreekse betaling van vergoedingen aan politieke ambtsdragers).

Opvallend is dat de Raad van State in de bestudeerde gevallen zelden expliciet concludeert dat er sprake is van strijd met de Grondwet. Soms heeft dat er mee te maken dat de eventuele strijdigheid met een Grondwetsbepaling zich mogelijk pas zal voordoen bij de feitelijke werking van de wet.<sup>241</sup> In andere gevallen ligt een mogelijke verklaring in de geringe normatieve betekenis van de toepasselijke Grondwetsbepaling; dit leidt dan bijvoorbeeld tot de opmerking dat het voorgestelde, gelet op een bepaald Grondwetsartikel, 'onwenselijk' moet worden geacht.<sup>242</sup> In weer andere gevallen kan een rol spelen dat er geen consensus bestaat over de vraag of sprake is van strijd met de Grondwet en wordt voor een omfloerste formulering gekozen. Een mooi voorbeeld biedt het advies over de OM-afdoening, waarin de Raad van State opmerkt dat, waar het wetsvoorstel het openbaar ministerie in de rol plaatst van quasi-strafrechter, 'de grens van de constitutionnalité' wordt overschreden.<sup>243</sup> De omstandigheid dat beoordeling van de grondwettigheid van een voorstel door de Raad van State nimmer bindend is, heeft ook invloed op de woordkeus.<sup>244</sup> Soms is de Raad van State wel wat stilliger, zoals in zijn onverplicht advies van 16 september 2005:

"De Raad is dan ook van oordeel dat het amendement niet verenigbaar is met de genoemde bepalingen van de Grondwet zoals die thans luiden."<sup>245</sup>

In verschillende adviezen maakt de Raad van State louter een opmerking over de wenselijkheid van toelichting in het licht van een bepaalde grondwettelijke

241 Advies van 27 oktober 2005, nr. W03.05.0306 (voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten in verband met de invoering van extern klachtrecht bij de rechterlijke organisatie).

242 Advies van 18 april 2006, nr. W05.05.0580 (voorstel van wet tot vaststelling van een nieuwe regeling voor het hoger onderwijs en het onderzoek; Wet op het hoger onderwijs en onderzoek).

243 Advies van 16 juli 2004, nr. W03.04.0090 (voorstel van wet houdende wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten; Wet OM-afdoening).

244 Vgl. het advies van 6 februari 2006, nr. W04.05.0565 (voorstel van wet van de leden Van der Ham en Duyvendak tot wijziging van de Kieswet houdende verkorting van de termijn tussen stemming en eerste samenkomst van de Tweede Kamer): "Het wetsvoorstel laat de mogelijkheid open dat niet aan dat voorschrift kan worden voldaan. De Raad adviseert het wetsvoorstel op dit punt nader te bezien."

245 Advies van 16 september 2005, nr. W04.05.0345 (amendement van de leden Dubbelboer en Mastwijk).

bepaling.<sup>246</sup> Deze variant blijkt overigens in verschillende omstandigheden goed bruikbaar. Soms gaat het daadwerkelijk uitsluitend om het herzien,<sup>247</sup> nuanceren<sup>248</sup> of schrappen van passages uit de toelichting;<sup>249</sup> in andere gevallen lijkt achter de gebrekkige motivering in de toelichting ook een dieperliggend materieel probleem schuil te gaan.<sup>250</sup> Met name in de laatste gevallen zou het de richtinggevendheid van de advisering ten goede komen, als het geconstateerde gebrek ook zo scherp mogelijk wordt blootgelegd en niet al te gemakkelijk voor de weg van de blote constatering wordt gekozen.

246 Zie bijvoorbeeld het advies van 10 september 2003, nr. W01.03.0248 (de vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Algemene Zaken (III) voor het jaar 2004) ten aanzien van artikel 42 van de Grondwet; advies van 22 december 2006, nr. W03.06.0460 (voorstel van wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met visa) ten aanzien van artikel 44 van de Grondwet; het advies van 12 oktober 2004, nr. W04.04.0281 (voorstel van wet tot wijziging van de Gemeentewet in verband met de introductie van de rechtstreeks gekozen burgemeester) ten aanzien van artikel 54 van de Grondwet; en het advies van 10 december 2004 (Wet wijziging kiesstelsel Tweede Kamer) ten aanzien van artikel 56 van de Grondwet.

247 Zie het advies van 15 november 2001, nr. W03.01.0446 (voorstel van wet tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de economische delicten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/31/EG; Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel). Zie ook het advies van 23 december 2003, nr. W12.03.0432 (voorstel houdende goedkeuring van het op 3 mei 1996 te Straatsburg tot stand gekomen Europees Sociaal Handvest (herzien), met Bijlage, en van het op 9 november 1995 te Straatsburg tot stand gekomen Aanvullend Protocol bij het Europees Sociaal Handvest betreffende een collectief klachtensysteem), het advies van 22 februari 2007, nr. W11.06.0554 (ontwerpbesluit houdende onder meer wijziging van het Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet) en het advies van 11 mei 2005, W02.05.0119 (ontwerpbesluit houdende intrekking van het Sanctiebesluit Libië 1993).

248 Zie het advies van 28 september 2007, W12.07.0317 (voorstel van wet tot goedkeuring van de op 6 november 1990 te Rome tot stand gekomen Europese Code inzake sociale zekerheid; herzien).

249 Zie het advies van 14 juni 2004, nr. W04.03.0194 (voorstel van wet van de leden Karimi, Dubbelboer en Van der Ham betreffende het houden van een raadplegend referendum over het grondwettelijk verdrag voor de Europese Unie; Wet raadplegend referendum Europese Grondwet).

250 Zie bijvoorbeeld het advies van 29 augustus 2006, nr. W09.06.0259 (voorstel van wet tot goedkeuring van het op 21 december 2005 te Middelburg tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Vlaams Gewest inzake het gemeenschappelijk nautisch beheer in het Scheldegebied).

### 3.3 Rationes

De vraag waarom de Raad van State al niet een adviesopmerking maakt over een bepaalde grondwetskwesitie, leidt noodzakelijkerwijs tot een casuïstische beantwoording. Toch kan ook in meer algemene zin over dit onderwerp wel iets worden opgemerkt.

#### *A Aard en positionering van de advisering door de Raad van State*

Belangrijke aanknopingspunten bieden de aard van de advisering, het moment in het wetgevingstraject waarop advisering plaats vindt, en het constitutionele bestel waarin de beoordeling van wetsvoorstellen in het licht van de Grondwet de twee medewetgevers en daarmee de belangrijkste adviseur van regering en parlement een grote verantwoordelijkheid geven. In het eerste onderzoeksrapport kwam naar voren dat binnen de Raad van State en daarbuiten heel verschillend wordt gedacht over 'de constitutionele toets' verricht door de Raad van State in zijn hoedanigheid als adviseur.<sup>251</sup> 'Juridische ambachtelijkheid' en 'politieke realiteitszin' zijn elementen die in deze discussie met regelmaat zijn genoemd. Konijnenbelt riep het beeld op van een koorddanser.<sup>252</sup> In de vorige paragraaf concludeerden we dat de Raad van State weliswaar vrijwel steeds een adviesopmerking maakt, maar dat het regelmatig voorkomt dat hij niet echt een interpretatie geeft van de betreffende grondwettelijke bepaling. In deze paragraaf gaan we na wat de onderzoeksgegevens opleveren ten aanzien van de beweegredenen van de Raad van State.

#### *B Reeds in deel I in kaart gebrachte rationes voor het al dan niet maken van een adviesopmerking*

In het eerste onderzoeksrapport is een aantal beweegredenen in kaart gebracht voor het maken van een adviesopmerking: (1) *anticipatie* (waarbij de adviesopmerking is ingegeven door toekomstige toetsing door de rechter), (2) *articulatie* (met het maken van de adviesopmerking slaat de Raad van State - bij wijze van spreken - met de vuist op tafel), (3) *transformatie* (ontwikkelingen in de maatschappij zetten aan tot het maken van de betreffende opmerking) en (4) *transparantie* (de opmerking staat ten dienste van de helderheid).<sup>253</sup>

<sup>251</sup> Deel I, § 3.6 onder punt a.

<sup>252</sup> Vgl. W. Konijnenbelt, 'Grondwetsinterpretatie door de Raad van State: wetgevingsadvisering en grondwetsbepalingen in de Grondwet', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten* (Staatsrechtconferentie 2007), Nijmegen: WLP 2008, p. 75.

<sup>253</sup> Zie verder deel I, § 3.3.

Voor het niet maken van een adviesopmerking is in het eerste onderzoek eveneens een aantal rationes geclassificeerd: (1) *abstinentie met het oog op andere actoren* (gemoed met de interpretatie van de grondrechtenclausule, hetzij in het wetgevingstraject hetzij ex post door de rechter), (2) *abstinentie om overige staatkundige redenen* (zoals de scheiding tussen kerk en staat), (3) *abstinentie vanwege een gebrek aan onderlinge overeenstemming* (binnen de Raad van State), (4) *abstinentie om technische redenen* (bijvoorbeeld omdat het een initiatiefwetsvoorstel betrof of een argument ten overvloede), (5) *articulatie* (de Raad van State wil het maken van adviesopmerkingen beperken tot situaties waarin hij – als het ware – door het plaatsen van de opmerking met de vuist op tafel slaat om zo zijn interpretatie kracht bij te zetten), (6) *instemming* (de Raad van State is het simpelweg eens met de regering of indieners), (7) *omissie* (de grondwettelijke kwestie is niet opgemerkt door de Raad van State, maar is later wel naar voren gekomen bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel) en ter afsluiting (8) *translatie* (verschuiving van de aandacht van de grondwettelijke bepaling naar – uitsluitend – een verdragsbepaling of een rechtsbeginsel).<sup>254</sup>

### *C Rationes voor het maken van een adviesopmerking in deel II*

Ook in deze tweede studie komen verschillende van deze beweegredenen voor het maken van een adviesopmerking naar boven. De wens de helderheid te dienen lijkt daarbij de boventoon te voeren,<sup>255</sup> maar ook komt het voor dat een adviesopmerking lijkt te zijn ingegeven door maatschappelijke ontwikkelingen.<sup>256</sup>

<sup>254</sup> Zie verder deel I, § 3.4.

<sup>255</sup> Zie bijvoorbeeld het advies van 13 september 2000, nr. W01.00.0347 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van AZ (III) voor het jaar 2001); het advies van 10 september 2003, nr. W01.03.0248 (de vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Algemene Zaken (III) voor het jaar 2004); het advies van 12 november 2002, nr. W03.02.0405 (voorstel van wet houdende aanpassing van de Rijkswet op het Nederlanderschap en de Rijkswet van 21 december 2000 tot wijziging van de Rijkswet op het Nederlanderschap met betrekking tot de verkrijging, de verlening en het verlies van het Nederlanderschap (Stb.618), mede in verband met de totstandkoming van de Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap). Vgl. ook het advies van 19 juli 2007, nr. W04.07.0094 (deelname van leden van het Europees Parlement aan debatten in de Tweede Kamer) ten aanzien van de artikelen 42, 44 en 45 van de Grondwet.

<sup>256</sup> Advies van 17 oktober 2003, nr. W04.03.0313 (regeling van de tijdelijke vervanging van leden van de Tweede Kamer en Eerste Kamer der Staten-Generaal, de provinciale staten en de gemeenteraden wegens zwangerschap en bevalling of ziekte; tweede lezing herziening Grondwet). Zie ook het advies van 10 december 2004, nr. W01.04.0517 (voorstel van rijkswet tot goedkeuring van het op

In voorkomende gevallen lijkt de Raad van State juist ook dieper op grondwettelijke kwesties in te gaan omwille van de helderheid. Daarbij valt te denken aan grondwettelijke kwesties waarover reeds lang niet is geadviseerd<sup>257</sup> of waarin nog geen duidelijke lijn in de legisprudentie is ontwikkeld.

Ook de behoefte een adviesopmerking te maken om 'met de vuist op tafel te slaan' hebben we bespeurd.<sup>258</sup> Deze ratio, eerder aangeduid als 'articulatie', vermoeden we wanneer de Raad van State aanslaat op een stellige opvatting in de toelichting bij het wetsvoorstel dat er geen sprake is van strijdigheid met de Grondwet. We hebben dat in verschillende dossiers terug gezien. Als voorbeeld noemen we het advies over het Verdrag inzake gemeenschappelijk nautisch beheer in het Scheldegebied,<sup>259</sup> het advies over het Statuut van Rome inzake het internationaal Strafhof<sup>260</sup> en het advies inzake de goedkeuring van het Europees Sociaal Handvest.<sup>261</sup>

*Vervolg van voetnoot 256*

29 oktober 2004 te Rome totstandgekomen Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa) en het (onverplicht) advies van 15 september 2005, nr. W04.05.0338 (gevolgen van de Europese arrangementen voor de positie en het functioneren van de nationale staatsinstellingen en hun onderlinge verhouding).

257 Vgl. het advies van 13 september 2000, nr. W01.00.0347 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van AZ (III) voor het jaar 2001) dat overigens qua motivering zeer uitgebreid was.

258 Vgl. het advies van 13 september 2000, nr. W01.00.0347 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van AZ (III) voor het jaar 2001) waarin de Raad het koningschap grondig beschouwt want 'het collectieve geheugen is nu eenmaal gebrekkig'. Het was de eerste keer sinds 1964 dat de Raad over dit onderwerp had geadviseerd. Vgl. *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 362, nr. 4 (Brief Vice-President van de Raad van State aan de voorzitter van de Tweede Kamer over de reikwijdte van artikel 68 van de Grondwet). Vgl. ook het advies van 5 september 2002, nr. W03.02.0287 (ontwerpbesluit tot wijziging van onder meer het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken) ten aanzien van artikel 89 van de Grondwet.

259 Advies van 29 augustus 2006, nr. W09.06.0259 (voorstel van wet tot goedkeuring van het op 21 december 2005 te Middelburg tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Vlaams Gewest inzake het gemeenschappelijk nautisch beheer in het Scheldegebied) op het punt van artikel 91 van de Grondwet.

260 Advies van 15 juni 2000, nr. W02.00.0133 (voorstel van rijkswet, houdende goedkeuring van het op 17 juli 1998 totstandgekomen Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof) op het punt van artikel 92 van de Grondwet.

261 *Lees op pagina 105*



In andere gevallen is met name het niet onderkennen van enige spanning met de Grondwet de aanleiding voor de Raad van State om – wij noemen dat articulatie – duidelijk aan te geven waar hij staat. Een voorbeeld vormt het advies inzake de OM-afdoening, waar de spanning in relatie tot artikel 113 van de Grondwet in de toelichting door de regering niet was onderkend.<sup>262</sup> Ook in het advies over het strafrechtelijk vervolgbaar maken van het opdracht geven tot en het feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen van overheidsorganen was in de toelichting geen aandacht geweest voor de relatie tot – in dit geval – artikel 119 van de Grondwet. Het vormt naar onze indruk de beweegreden voor de Raad van State om dit punt goed in te scherpen.

Met name waar het gaat om de problematiek van de doorwerking van internationaal recht zien we enkele voorbeelden van anticipatie op toekomstige rechterlijke uitspraken. Het gaat dan vooral om die gevallen, waarbij in de toelichting wordt opgemerkt dat aan een verdragsbepaling geen rechtstreekse werking toekomt en de Raad benadrukt dat het uiteindelijk aan de rechter is om te oordelen over de rechtstreekse werking in de Nederlandse rechtsorde.<sup>263</sup>

Bij dit onderzoek komt het regelmatig voor dat de ratio voor het maken van een adviesopmerking door de Raad van State feitelijk alleen schijnt te zijn gelegen in een rechtstreekse vraag van de regering aan de Raad van State om in te gaan op de grondwettigheid van de voorgestelde regeling.<sup>264</sup> Een voorbeeld hiervan vormt het advies inzake de Wet organisatie en bestuur gerechten, waarbij de

<sup>261</sup> Advies van 23 december 2003, nr. W12.03.0432 (voorstel houdende goedkeuring van het op 3 mei 1996 te Straatsburg tot stand gekomen Europees Sociaal Handvest (herzien), met Bijlage, en van het op 9 november 1995 te Straatsburg tot stand gekomen Aanvullend Protocol bij het Europees Sociaal Handvest betreffende een collectief klachtensysteem) op het punt van artikel 93 van de Grondwet.

<sup>262</sup> Advies van 16 juli 2004, nr. W03.04.0090 (voorstel van wet houdende wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten; Wet OM-afdoening).

<sup>263</sup> Advies van 23 december 2003, nr. W12.03.0432 (Voorstel van wet houdende goedkeuring van het op 3 mei 1996 te Straatsburg tot stand gekomen Europees Sociaal Handvest (herzien), met Bijlage, en van het op 9 november 1995 te Straatsburg tot stand gekomen Aanvullend Protocol bij het Europees Sociaal Handvest betreffende een collectief klachtensysteem), alsmede het advies van 28 september 2007, W12.07.0317 (voorstel van wet tot goedkeuring van de op 6 november 1990 te Rome tot stand gekomen Europese Code inzake sociale zekerheid; herzien).

<sup>264</sup> Deze gevallen kan men, zo men wil, onder de ratio van de transparantie brengen.

regering de vraag stelt of de Grondwet het toelaat dat de voorzitter van het bestuur van een gerecht, tevens rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast, als zodanig bevoegd is tot het opleggen van een schriftelijke waarschuwing aan een rechterlijke ambtenaar met rechtspraak belast bij dat gerecht.<sup>265</sup> Een soortgelijke vraag werd aldaar gesteld over de verenigbaarheid met de Grondwet van het buiten functie stellen van een rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast.

Het onderzoek naar de institutionele bepalingen van de Grondwet voegt nog twee rationes voor het maken van een adviesopmerking toe aan de reeds bekende reeks: (1) bevordering van een *vlotte totstandkoming van wetgeving* en (2) de *taakopvatting* door de Raad van State als adviseur van regering en parlement.

Ten eerste de bevordering van een vlotte totstandkoming van wetgeving. Het maken van een adviesopmerking in het al genoemde advies van 28 juli 2005 ten aanzien van artikel 63 van de Grondwet ('geldelijke voorzieningen') lijkt primair de vlotte voortgang van het wetgevingsproces te dienen: de Raad van State adviseert het deel van het wetsvoorstel waarvoor een gekwalificeerde meerderheid geldt in een afzonderlijk wetsvoorstel op te nemen.<sup>266</sup>

Ten tweede de taakopvatting door de Raad van State als adviseur van regering en parlement. In een van de bestudeerde adviezen over artikel 42 van de Grondwet ('ministeriële verantwoordelijkheid') bestaat bij de voorbereiding van het advies verdeeldheid over de vraag of aan de interpretatie zichtbare gevolgen behoorden te worden verbonden. De gedachte dat de Raad van State bij uitstek het orgaan is om een standpunt in te nemen over de voorliggende kwestie overheerste, maar leidde niet tot een voor een ieder kenbare inhoudelijke beoordeling. De ratio voor het afzien van het maken van een inhoudelijke opmerking leek te zijn

<sup>265</sup> Advies van 1 mei 2000, nr. W03.00.0049 (voorstel van wet tot wijziging van onder meer de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de modernisering van de organisatie en de instelling van een bestuur bij de gerechten; Wet organisatie en bestuur gerechten).

<sup>266</sup> Advies van 28 juli 2005, nr. W04.05.0313 (voorstel van wet houdende regeling van de tijdelijke vervanging van leden van de Tweede Kamer en Eerste Kamer der Staten-Generaal, de provinciale staten en de gemeenteraden wegens zwangerschap en bevalling of ziekte). Vgl. het advies van 22 december 2006, nr. W03.06.0460 (voorstel van wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met visa). De ratio voor het maken van een adviesopmerking lijkt te schuilen in twijfel over de meerwaarde van een aangekondigd koninklijk besluit waar bevoegdheidstoepassing al voldoende grondslag heeft in de wet in formele zin.

gelegen in een gebrek aan onderlinge overeenstemming.<sup>267</sup> De ratio voor het maken van een adviesopmerking – taakopvatting door de Raad van State – is weliswaar een nieuwkomer, maar de ratio voor het afzien van het maken van een inhoudelijke opmerking – gebrek aan onderlinge overeenstemming – is dat zeker niet. Afzien van het maken van een inhoudelijke opmerking kan ook zijn ingegeven door het feit dat de Raad van State instemt met de indiener.<sup>268</sup>

#### *D Rationes voor het niet maken van een adviesopmerking in deel II*

Zoals gezegd heeft, voor zover ons bekend is geworden, de Raad van State nimmer geabstineerd ten aanzien van kwesties rond de geselecteerde institutionele bepalingen in de strikte zin van het woord. Er wordt steeds een opmerking gemaakt, al hebben we reeds op verschillende plaatsen aangegeven dat niet steeds een inhoudelijke opmerking is gemaakt. In een advies komt bij de voorbereiding de zienswijze naar boven dat de Raad van State, ondanks een specifiek verzoek daartoe, geen adviesopmerking behoort te maken, omdat hij zich aan het onderwerp niet zou moeten committeren.<sup>269</sup> Dit advies behelst een beschouwing over het koningschap, een onderwerp dat het tweede kamerlid De Graaf eerder op de politieke en maatschappelijke agenda had geplaatst. Deze ratio voor het *niet* maken van een adviesopmerking geeft in de betreffende zaak echter niet de doorslag.

Ter afsluiting nog enkele woorden over het in deel I gesignaleerde verschijnsel dat de aandacht van de Raad van State van de grondwettelijke bepaling naar – uitsluitend – een verdragsbepaling of een rechtsbeginsel verschuift, waardoor de grondwettelijke bepaling in het geheel niet meer wordt genoemd ('translatie'). In deel II stuiten we op adviezen die de grondwettelijke bepaling op zodanige wijze in haar context plaatsen dat ze zelf in de schaduw daarvan komt te staan. Als voorbeeld kan men denken aan de genoemde adviezen over artikel 42 van de Grondwet in het licht van de ministeriële verantwoordelijkheid en de

<sup>267</sup> Advies van 15 juni 2000, nr. W02.00.0133 (voorstel van rijkswet, houdende goedkeuring van het op 17 juli 1998 totstandgekomen Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof).

<sup>268</sup> Advies van 21 juni 2002, nr. W01.02.0179 (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).

<sup>269</sup> Advies van 13 september 2000, nr. W01.00.0347 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van AZ (III) voor het jaar 2001).

(ongeschreven) vertrouwensregel.<sup>270</sup> Zoals is af te leiden uit hetgeen we hebben geschreven in § 2.3, is het echter geenszins onze bedoeling de gevallen onder deze noemer 'translatie' te brengen.

### 3.4 Motivering

Ofschoon wel steeds een opmerking aan opkomende grondwetskwesties wordt gewijd, blijft enkele malen een *inhoudelijke* opmerking, een *uitleg* behelzend, uit. Een voorbeeld vormt de volgende opmerking uit het advies van 15 juni 2000 over het wetsvoorstel tot goedkeuring van het Statuut van Rome tot oprichting van het Internationaal Strafhof:

"Artikel 27, eerste lid, van het Statuut bepaalt dat aan staatshoofden geen immuniteit toekomt. In de memorie van toelichting wordt slechts gesteld dat van een afwijking van artikel 42, tweede lid, van de Grondwet (onschendbaarheid van de Koning) geen sprake is omdat die bepaling ziet op 'het functioneren van de Koning in de Nederlandse constitutionele rechtsorde'. De Raad leest hierin dat de volkenrechtelijke immuniteit van de persoon van de Koning naar het oordeel van de regering niet is begrepen in artikel 42, tweede lid, van de Grondwet. Hij beveelt aan dit dan uitdrukkelijk in de toelichting te vermelden. Er is een duidelijker motivering nodig waarom er geen sprake is van een spanning tussen artikel 27 van het Statuut en artikel 42 van de Grondwet."<sup>271</sup>

In dit geval is deze benadering, gelet op het standpunt dat de regering innam in haar memorie van toelichting, opmerkelijk. Door de aangegeven stelling te betrekken, had de regering de Raad van State in zekere zin uitgedaagd om een inhoudelijke adviesopmerking te maken.

Kenbaarheid van grondwetsinterpretatie kan daarmee meer facetten hebben dan het enkel benoemen van een grondwetskwestie. Deze constatering leidt tot bespreking van een volgend punt in het onderzoeksrapport: om pas echt iets wezenlijks te kunnen zeggen over de kenbaarheid van interpretatie, is het van belang ook de kwaliteit van de uitleg in de adviesopmerking te belichten. Met andere woorden: is de motivering van de adviesopmerking voldoende

<sup>270</sup> Zie bijvoorbeeld het advies van 15 september 1999, nr. W04.99.0392 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van BZK voor het jaar 2000) ten aanzien van artikel 42 van de Grondwet.

<sup>271</sup> Advies van 15 juni 2000, nr. W02.00.0133 (voorstel van rijkswet, houdende goedkeuring van het op 17 juli 1998 totstandgekomen Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof).

draagkrachtig en steekhoudend? Zoals in hoofdstuk 2 al naar voren is gekomen, blijkt de argumentatie die tot een betreffende uitleg heeft geleid, niet altijd rechtstreeks uit de tekst van een advies. Op deze plaats willen we enige aanvullende opmerkingen maken.

In sommige gevallen stuiten we op adviesopmerkingen die legisprudentievormend zijn door hun opzet en motivering en in zekere zin een *leading opinion* blijken te zijn. Een voorbeeld vormt de al eerder aangehaalde opmerking in het advies van de Raad van State van 15 september 1999 over artikel 42 van de Grondwet ('ministeriële verantwoordelijkheid').<sup>272</sup> Gemeten naar de maatstaven aangelegd in het voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uitgevoerde onderzoek naar motivering van haar uitspraken met een rechtsvormend element, zou deze opmerking kwalificeren als 'zeer breed' en 'diep'. De relevante grondwettelijke bepalingen worden geclusterd en nadrukkelijk in een context geplaatst: het leerstuk van de ministeriële verantwoordelijkheid gepositioneerd ten opzichte van de vertrouwensregel.

Een ander voorbeeld is de recente voorlichting van afdeling II van 15 april 2009 over de Joint Strike Fighter ten aanzien van artikel 68 van de Grondwet.<sup>273</sup> De voorlichting betreft de wijze waarop de Tweede Kamer invulling zou kunnen geven aan haar controlerende functie, rekening houdend met de afwegingen van de regering om informatie over de vervanging van de F-16 niet openbaar te maken, en ook niet vertrouwelijk aan de Kamer te willen overleggen. Dit advies vormt een 'sterk staaltje van legisprudentievorming': niet alleen verwijst het advies naar het eerdere advies over deelname van leden van de het Europees Parlement aan debatten in de Tweede Kamer,<sup>274</sup> maar ook naar de hiervoor reeds ter sprake gebrachte brief van de Vice-President over de reikwijdte van artikel 68 van de Grondwet.<sup>275</sup>

<sup>272</sup> Advies van 15 september 1999, nr. W04.99.0392 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van BZK voor het jaar 2000), zie § 2.3.1. Vgl. het advies van 13 september 2000, nr. W01.00.0347 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van AZ (III) voor het jaar 2001), in de nasleep van de discussie over de constitutionele monarchie aangezwengeld door het kamerlid de Graaf en het advies van 10 september 2003, nr. W01.03.0248 (de vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Algemene Zaken (III) voor het jaar 2004), in de nasleep van de kwestie rond prinses Margarita.

<sup>273</sup> Advies van 15 april 2009, nr. W07.09.0103/II (Joint Strike Fighter).

<sup>274</sup> Advies van 19 juli 2007, nr. W04.07.0094 (deelname van leden van het Europees Parlement aan debatten in de Tweede Kamer).

<sup>275</sup> *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 362, nr. 4.

Als laatste voorbeeld noemen we het onverplichte advies inzake het mandaat van de Intergouvernementele Conferentie ter herziening van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.<sup>276</sup> Tegen de achtergrond van de systematiek van de Grondwet, meer in het bijzonder de goedkeuringsprocedure van verdragen, werkt de Raad onder verwijzing naar onder meer Staatscommissie Biesheuvel de voorwaarden uit waaronder een niet-bindend referendum kan plaats vinden.

In andere gevallen kunnen we echter constateren dat, ook in gevallen waarin bij de voorbereiding van het advies is 'gewaaierd', de sporen daarvan in het uiteindelijke advies nauwelijks zichtbaar zijn. Een voorbeeld daarvan vormt het advies inzake de Wet OM-afdoening.<sup>277</sup> In de voorbereiding was de opvatting verdedigd dat de berechting van strafbare feiten in de zin van artikel 113 van de Grondwet niet uitsluitend aan de rechterlijke macht toekomt op grond van een wetssystematische interpretatie. Door artikel 113, eerste en derde lid, van de Grondwet in onderling verband te bezien, wordt de conclusie getrokken dat berechting die niet tot vrijheidsontneming leidt, niet bij uitsluiting aan de rechterlijke macht is opgedragen. Een andere opvatting gaat ervan uit dat artikel 113, eerste lid, Grondwet eist dat, bij iedere sanctieoplegging die leedtoevoeging beoogt, een onbelemmerde toegang tot de rechter moet zijn. Daarbij wordt aangetekend dat dit weliswaar niet uit de tekst of de wetsgeschiedenis van artikel 113 van de Grondwet voortvloeit, maar dat de ontwikkelingen in de afgelopen kwart eeuw op dit terrein het nodig maken dit artikel te interpreteren *'in the light of present-day conditions'*. Daar wordt aan toegevoegd dat de Grondwet een *'living instrument'* is. Uiteindelijk redt deze dynamische interpretatiemethode het niet. In de Volle Raad wordt echter een interessante bespiegeling gegeven van de toepassing van interpretatiemethoden:

"Het gaat niet om het voortrekken van een bepaalde interpretatiemethode (rechts- en wetshistorisch, systematisch, teleologisch, enz), maar om het onbevangen toepassen van de bruikbare methoden waarna de waarde van de resultaten wordt gewogen. Een formele benadering bij het uitleggen van de begrippen schiet tekort. In het bestuursrecht bijvoorbeeld gaat het om feiten die zowel voor een bestuurlijke sanctie als voor een strafsancie vatbaar zijn.

<sup>276</sup> Advies van 12 september 2007, nr. W02.07.0254.

<sup>277</sup> Advies van 16 juli 2004, nr. W03.04.0090 (voorstel van wet houdende wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitenlandse gerechtelijke afdoening van strafbare feiten; Wet OM-afdoening).

Van artikel 113 van de Grondwet dienen de kernbegrippen 'strafbare feiten', 'berechting (van strafbare feiten)' en 'rechterlijke macht' onder gebruikmaking van de beschikbare interpretatiemethoden en met het wege van de daaruit voortkomende resultaten voldoende evenwichtig te worden gewogen en uitgelegd. 'Evenwichtig' houdt onder meer in dat niet geforceerd tot uitlegkunde wordt overgegaan. De huidige tekst van tendeeft daar enigszins naar bij de begrippen 'berechting' en 'strafbare feiten'."

In het uiteindelijke advies valt over deze interpretatiemethodologie weinig meer terug te vinden, waarschijnlijk omdat het wege van de uit die verschillende interpretaties voorkomende resultaten niet tot eenstemmigheid leidde. De zinsnede *'dat de grens van constitutionaliteit wordt overschreden'* is daarvan het beste bewijs.

Vergelijkbare opmerkingen zouden kunnen worden gemaakt over het advies aangaande het Statuut van Rome inzake het internationaal Strafhof. De Raad van State is duidelijk in zijn standpunt, maar de vraag waarom hij vindt dat ook de in artikel 119 van de Grondwet voorziene vervolging van 'ambtsmisdriven' de in artikel 71 van de Grondwet verleende immunitet niet doorbreekt en de in het Statuut voorziene vervolging dat wel doet, blijft onbeantwoord. Daarmee krijgt het advies een wat apodictisch karakter.

Het is nodig om steeds wanneer een interpretatieve keuze wordt gemaakt, deze van argumenten te voorzien. Het is immers eigen aan de constitutionele toetsing om de dialoog met de wetgever te zoeken. Bestudering van de gang van het ontwerpbesluit waarover de Raad van State op 21 februari 2005 adviseert, illustreert dit punt.<sup>278</sup> Over welk deel van de voorgestelde maatregel een zelfstandige algemene maatregel van bestuur is, verschillen de regering (blijkens de nota van toelichting) en de Raad van State van mening. De regering meent het gehele ontwerpbesluit, terwijl de Raad slechts een artikel deze status toekent. De overige bepalingen berusten volgens de Raad van State op wetsartikelen. In wezen is niet de interpretatie van artikel 89 van de Grondwet zelf in geding. Dat de Raad een maatregel die geen wettelijke grondslag heeft, ziet als een zelfstandige algemene maatregel van bestuur, is een interpretatie die te vanzelfsprekend is om vermeld te worden. Het gaat meer om de toepassing dan de uitleg van artikel 89 van de Grondwet. De regering had het hele

<sup>278</sup> Advies van 21 februari 2005, nr. W04.04.0608 (ontwerpbesluit houdende regels voor de brede doelluitkering Sociaal, Integratie en Veiligheid van het Grotestedenbeleid; Besluit brede doelluitkering sociaal, integratie en veiligheid).

ontwerpbesluit als zelfstandige algemene maatregel van bestuur gepresenteerd, *gelet op* de legisprudentie van de Raad van State:

”Blijkens het thans voorliggende advies is de Raad kennelijk van mening dat het huidige artikel 17, derde lid, van de Financiële-verhoudingswet wel de basis biedt voor een algemene maatregel van bestuur zoals dat nu voor advies is voorgelegd. De aanhef van het besluit en de nota van toelichting zijn op dat punt aangepast in de door de Raad geadviseerde zin. De verwijzing naar artikel 89 van de Grondwet betreft, *gelet op* artikel 4:23 van de Algemene wet bestuursrecht, nu uitsluitend nog artikel 34 van het besluit.”<sup>279</sup>

De eis van een duidelijker argumentatie van een gemaakte keuze geldt zeker voor gevallen waarin we zien dat sprake is van enige vorm van interactie tussen regering en Raad van State op een punt waarop reeds enige tijd van mening wordt verschild. Dat deed zich bijvoorbeeld voor ten aanzien van de kwestie wat rechtens is in de gevallen waarin een verdragswijziging, nadat deze is aanvaard door de betrokken volkenrechtelijke organisatie, pas in werking treedt op een bepaald tijdstip na aanvaarding van de wijziging door een bepaald percentage van de verdragspartijen. In het advies over de inwerkingtredingwet voor het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof nam de Raad van State, onder verwijzing naar eerdere adviezen, het standpunt in dat, als het verdrag in werking is getreden, de wijziging - al geen nadere regeling is getroffen - toch nog achteraf moet worden goedgekeurd.<sup>280</sup> De regering neemt het standpunt in dat de wijziging dan geacht kan worden als besluit van een volkenrechtelijke organisatie tot stand te zijn gekomen. In een later advies over dezelfde problematiek gaat de Raad van State nadrukkelijk in op de redenering van de regering en verwerpt deze.<sup>281</sup> In het nader rapport wordt heel nadrukkelijk de confrontatie met de argumentatie van de Raad van State aangegaan. Niet alleen geeft de regering aan dat en waarom zij bij haar standpunt blijft, maar ook waarom de opvatting van de Raad van State naar haar oordeel onjuist is. Zij bespreekt daartoe ook eerdere adviezen van de Raad van State. Een dergelijke dialoog verscherpt het debat en valt in het kader van de legisprudentievorming toe te juichen.

<sup>279</sup> *Bijvoegsel Staatscourant* 14 juni 2005, nr. 112, ook via <[www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)>.

<sup>280</sup> Advies van 15 juni 2000, nr. W02.00.0133 (voorstel van rijkswet, houdende goedkeuring van het op 17 juli 1998 totstandgekomen Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof).

<sup>281</sup> Advies van 2 februari 2007, Protocol van wijzigingen bij het Verdrag betreffende de Internationale Hydrografische Organisatie.



Wij constateren dat de Raad van State zo nu en dan ook naar eigen eerdere adviezen verwijst en zodoende de samenhang in zijn advisering benadrukt. Sommige van de hiervoor genoemde adviezen vormen een voorbeeld. Het is goed op te merken dat we ook zonder de druk van een contraire redenering aan de zijde van de regering wel verwijzingen zien naar eerdere adviezen. Een voorbeeld vormt bijvoorbeeld de voorlichting van 19 oktober 2001 inzake het Europees arrestatiebevel, waarin op het punt van artikel 91, derde lid, van de Grondwet een duidelijk richtinggevend advies wordt gegeven.<sup>282</sup> Daar staat dan echter wel weer tegenover dat de Raad van State in een aantal adviezen geen verwijzing naar rechtspraak opneemt, waar dat wellicht voor de hand had gelegen. Met name zagen wij dat in de adviezen over de rechtstreekse werking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde, waar de ruime rechtspraak op dat punt niet wordt genoemd in het advies.

### 3.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk blijkt dat in voorkomende gevallen de relevante institutionele grondwettelijke bepaling wel zichtbaar is in het advies, doch dat de interpretatie ervan niet steeds kenbaar is. De redenen daartoe hebben we eveneens besproken in dit deel. Opvallend is dat, naast de reeds uit deel I bekende rationes voor het al dan niet maken van een adviesopmerking, ook sprake is van een duidelijke taakopvatting van de Raad van State als adviseur van regering en parlement die heeft geleid tot het maken van een (inhoudelijke) adviesopmerking. Dit brengt ons bij het laatste punt dat in dit hoofdstuk uitwerking heeft gekregen: de vraag of de argumentatie voor de betreffende uitleg steeds kenbaar is uit de tekst van de adviesopmerking. Het antwoord luidt ten dele bevestigend, ten dele ontkennend. We constateren dat er in termen van kenbaarheid van de interpretatie nog veel ruimte ligt. De vraag rijst echter of het aanbeveling verdient deze ruimte ook steeds te benutten. Wij menen dat het voor de beantwoording van deze vraag wenselijk is nader in te gaan op de wijze waarop de wetgever zelf omgaat met grondwetskwesties, in de hoop meer zicht te krijgen op de vraag in welke gevallen het in eerste instantie wenselijk is dat de Raad van State de ruimte benut die hij mogelijk nog heeft om grondwetskwestie in breder perspectief te plaatsen.

<sup>282</sup> Advies van 19 oktober 2001, nr. W03.01.0523//A (voorstel voor een kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie betreffende het Europees arrestatiebevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten).

## 4 Interpretatie door de Raad van State in relatie tot de wetgever

### 4.1 Inleiding

Zoals hiervoor reeds is gezegd, komt het voor dat de Raad van State een adviesopmerking niet motiveert. Soms klemt dat niet, bijvoorbeeld wanneer de Raad van State de interpretatie deelt die de indiener van het voorliggende wetsvoorstel - gemotiveerd! - heeft weergegeven in de memorie van toelichting.<sup>283</sup> Dit punt illustreert dat de wijze waarop de wetgever zelf omgaat met grondwetskwesties, een aanknopingspunt kan vormen voor de Raad om te bezien in welke gevallen hij er goed aan doet adviesopmerkingen over grondwetskwesties (nader) te motiveren. In dit hoofdstuk zal de (institutionele) grondwetsinterpretatie door de Raad daarom worden bezien in relatie tot de interpretatie door de wetgever zelf. Inzet is het vinden van situaties waarin de Raad zichzelf een verzwaarde motiveringsplicht op zou kunnen leggen. Aandachtspunten zijn daarbij (1) het verband tussen constitutionele interpretatie in de memorie van toelichting en de scherpste van argumentatie in adviezen van de Raad van State en (2) of en in hoeverre op basis van het onderzoek invloed waarneembaar is van het advies van de Raad van State, respectievelijk de (eventueel aangepaste) memorie van toelichting en het nader rapport op de scherpste van de argumentatie in het parlementaire debat. In het bijzonder willen we dit bezien voor adviezen die uitgebreid zijn gemotiveerd, bijvoorbeeld nadat de 'waaier'-werkwijze is toegepast.

### 4.2 De memorie van toelichting als eerste aanknopingspunt

Ofschoon de memorie van toelichting een belangrijk aanknopingspunt is voor meting van de scherpste van motivering van adviezen, heeft de Raad van State een eigen plicht ten aanzien van de constitutionele beoordeling van wetsvoorstellen. Hij zal het wetsvoorstel altijd beoordelen in het licht van alle constitutionele aspecten,<sup>284</sup> zonder beperkt te zijn tot hetgeen de indiener opmerkt.<sup>285</sup>

283 Zie bijvoorbeeld het advies van 21 juni 2002, nr. W01.02.0179 (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) ten aanzien van artikel 54, eerste lid, van de Grondwet. Zie *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 331, nr. 3, p. 19-20.

284 Vgl. bijvoorbeeld toetsing aan artikel 68 van de Grondwet van artikel 52a van het voorstel van rijkswet tot instelling van een Onderzoeksraad voor veiligheid in het onverplicht advies van 10 november 2003,

Het ligt voor de hand te veronderstellen dat de Raad van State er goed aan doet tot een uitgebreide motivering van zijn advies te komen, (1) wanneer de indiener gemotiveerd een bepaald standpunt heeft ingenomen en de Raad van State daarin niet meegaat, maar ook (2) wanneer de Raad een constitutioneel punt opwerpt dat de indiener niet te berde heeft gebracht. Ons onderzoek ondersteunt dit voorstel.

1 Het advies van de Raad van State van 19 februari 2009 over rechtstreekse betaling van vergoedingen aan politieke ambtsdragers, dat we eerder noemden als zeer uitgebreid en goed gemotiveerd, laat zien hoe de Raad van State reageert op de stellingname door de regering in de memorie van toelichting op het punt van de toepasbaarheid van artikel 63 van de Grondwet. Maar het gebeurt ook wel anders, zoals in het advies van 15 juni 2000 over het voorstel van rijkswet ter goedkeuring van het Statuut van Rome over artikel 71 van de Grondwet. Anders dan de regering in haar memorie van toelichting vatte de Raad van State de immuniteit neergelegd in artikel 71 van de Grondwet wel op als een absolute. De sanctiemogelijkheden in de Reglementen van Orde vormen volgens de Raad geen uitzondering. Evenmin vormt artikel 119 van de Grondwet een doorbreking van de immuniteit van artikel 71 van de Grondwet. Deze interpretatie motiveert de Raad echter niet. Zijn opmerking luidt aldus:

”Deze redenering onderschrijft de Raad van State niet. De genoemde sanctiemogelijkheden vormen geen uitzondering op het niet in rechte kunnen worden vervolgd, en ook de in artikel 119 van de Grondwet voorziene vervolging van ‘ambtsmisdrijven’ doorbreekt de in artikel 71 van

*Vervolg van voetnoot 284*

nr. W04.03.0329 (adviesaanvraag inzake de ministeriële verantwoordelijkheid voor de bescherming van vertrouwelijke informatie in relatie tot de onafhankelijkheid van de Onderzoeksraad voor veiligheid, zoals verwoord in het voorstel van rijkswet tot instelling van een Onderzoeksraad voor veiligheid).

<sup>285</sup> Zie bijvoorbeeld de adviesopmerking over artikel 56 van de Grondwet in het advies van 21 juni 2002, nr. W01.02.0179 (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).

de Grondwet verleende immuniteit naar het oordeel van de Raad niet, terwijl de in het Statuut voorziene vervolging dat wel doet. Derhalve is sprake van afwijking van een specifieke bepaling van de Grondwet.”<sup>286</sup>

Zeker de stelling, dat artikel 119 artikel 71 van de Grondwet niet doorbreekt, roept vragen op. Het ontbreken van een motivering is opvallend, omdat de Raad van State de redenering van de regering, dat geen strijd aanwezig is tussen Statuut en Grondwet, niet onderschrijft. Het dossier bevat geen nadere informatie over de voorbereiding van dit deel van het advies.

2 Ook het advies over de OM-afdoening is niet van de meest scherpe motivering voorzien.<sup>287</sup> Het betreft hier een grondwettelijke kwestie in relatie tot artikel 113 van de Grondwet waarover de toelichting niets vermeldde. De Raad van State signaleert het punt wel maar komt – naar alle waarschijnlijkheid door interne verdeeldheid – niet tot een eensluidende opvatting. De opmerking dat de grenzen van de constitutionnalité worden overschreden is nogal verhullend. Een scherpere motivering zou in dit soort gevallen naar onze mening van toegevoegde waarde kunnen zijn.

#### 4.3 Twee verdere aanknopingspunten

- 1 Een breed opgezet, goed beargumenteerd advies is ook aangewezen wanneer over een bepaalde kwestie reeds *sedert lange tijd niet is geadviseerd*.<sup>288</sup>
- 2 Uitvoeriger motivering van de adviesopmerking lijkt ook aangewezen, wanneer de constitutionele kwestie *nog nimmer is opgekomen*. Ter illustratie van dit punt kan men denken aan de situatie die ontstond toen na de Tweede Kamerverkiezingen van 15 mei 2002 vier voorstellen tot herziening van de Grondwet in tweede lezing bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal waren

<sup>286</sup> Advies van 15 juni 2000, nr. W02.00.0133 (voorstel van rijkswet, houdende goedkeuring van het op 17 juli 1998 totstandgekomen Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof).

<sup>287</sup> Advies van 16 juli 2004, nr. W03.04.0090 (voorstel van wet houdende wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten; Wet OM-afdoening).

<sup>288</sup> Vgl. het advies van 13 september 2000, nr. W01.00.0347 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van AZ (III) voor het jaar 2001) en het onverplicht advies van 16 september 2005, nr. W04.05.0345 (amendement van de leden Dubbelboer en Mastwijk).

ingediend, maar de behandeling van deze voorstellen niet was voltooid vóór de ontbinding van de Tweede Kamer op 30 januari 2003. In de vergadering van de Tweede Kamer van 1 april 2003 rees de vraag of de Tweede Kamer in haar nieuwe samenstelling de verdere behandeling van de voorstellen wel ter hand kon nemen. De Voorzitter van de Tweede Kamer achtte het wenselijk het oordeel van de Raad van State te vernemen. De Raad van State geeft een goed gemotiveerd advies waarin de gevolgde rechtshistorische, dynamische en wetssystematische interpretatie helder zijn uitgewerkt.<sup>289</sup> De regering kan zich in het advies vinden en de fracties in de Tweede Kamer kunnen het advies op hoofdlijnen volgen.<sup>290</sup>

#### **4.4 De betekenis van interpretatie in een vroegtijdig stadium van het wetgevingstraject**

Deze paragraaf stelt de betekenis van interpretatie in een vroegtijdig stadium van het wetgevingstraject aan de orde.<sup>291</sup> Niet zelden volgt de indiener de Raad van State,<sup>292</sup> althans betuigt met de in het advies gegeven interpretatie zijn

<sup>289</sup> Advies van 17 oktober 2003, nr. W04.03.0313 (regeling van de tijdelijke vervanging van leden van de Tweede Kamer en Eerste Kamer der Staten-Generaal, de provinciale staten en de gemeenteraden wegens zwangerschap en bevalling of ziekte; tweede lezing herziening Grondwet).

<sup>290</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 200 VII, nr. 47, p. 4.

<sup>291</sup> Ook een onverplicht advies of een voorlichting ex artikel 18, tweede lid, Wet RvS, kan licht werpen op de interactie tussen regering en/of parlement en de Raad als adviseur. Men kan hierbij denken aan het advies van 19 juli 2007, nr. W04.07.0094 (deelname van leden van het Europees Parlement aan debatten in de Tweede Kamer). De interpretatie door de Raad van artikel 42 van de Grondwet vindt instemming in het nader rapport; het presidium van de Tweede Kamer stelt voor in te stemmen met de bevindingen van de Raad.

<sup>292</sup> Zie bijvoorbeeld het advies van 12 november 2002, nr. W03.02.0405 (voorstel van wet houdende aanpassing van de Rijkswet op het Nederlandschap en de Rijkswet van 21 december 2000 tot wijziging van de Rijkswet op het Nederlandschap met betrekking tot de verkrijging, de verlening en het verlies van het Nederlandschap (Stb. 618), mede in verband met de totstandkoming van de Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap) ten aanzien van artikel 43 van de Grondwet en het advies van 21 juni 2002, nr. W01.02.0179 (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) ten aanzien van artikel 56 van de Grondwet. Onder veel meer ook het advies van 21 juni 2006, nr. W03.06.0203 (Wet Sierra Leone Tribunaal).

instemming.<sup>293</sup> Maar de regering volgt het oordeel van de Raad van State niet altijd. Een voorbeeld biedt het wetgevingstraject inzake het initiatiefwetsvoorstel voor een nieuwe Wet op de parlementaire enquête. Het nader rapport luidt:

”De visie van de Raad dat sprake is van een doorkruising van de ministeriële verantwoordelijkheid nu de ambtenaren, conform overigens de huidige Wet op de Parlementaire Enquête, op grond van het wetsvoorstel rechtstreeks door de enquêtecommissie gehoord kunnen worden, vinden de initiatiefnemers [echter] te ver gaan. De ambtenaren zijn immers niet zelf verantwoordelijk ten opzichte van de Kamer voor de inlichtingen die door hen worden gegeven. De mondelinge informatie die een ambtenaar bij een verhoor verstrekt, worden aan de minister toegerekend. Zo valt de door een ambtenaar verstrekte informatie, voor zover deze betrekking heeft op zijn ambtsvervulling, volledig onder de ministeriële verantwoordelijkheid. Over de inlichtingen die de ambtenaar verstrekt, kan de betrokken minister dus door de Kamer ter verantwoording worden geroepen. Naar aanleiding van het advies van de Raad is de memorie van toelichting in voorgaande zin aangevuld.”<sup>294</sup>

Een ander voorbeeld vormt het, overigens goed gemotiveerde, nader rapport dat verscheen nadat de Raad van State op 5 september 2002 had geadviseerd over het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit DNA-onderzoek.<sup>295</sup>

Wie er oog voor heeft, ziet de dialoog tussen Raad en regering en, indien van toepassing, de parlementaire indiener(s), bijvoorbeeld bij de uitleg van artikel 89 van de Grondwet ten aanzien van het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit DNA-onderzoek. Zowel in de adviezen van de Raad van State van 5 september 2002 en van 26 oktober 2004 als in de nadere rapporten wordt de constitutionele kwestie op het scherpst van de snede beargumenteerd. In zijn tweede advies houdt de Raad van State vast aan zijn eigen opvatting inzake de toelaatbaarheid deze regeling op artikel 89 van de Grondwet te baseren, dit keer – aanvullend – gebruik makend van dynamische interpretatie (niet afgeschaft, maar let op de staatsrechtelijke ontwikkelingen sedertdien) en verdragsconforme

293 Zie het advies van 13 september 2000, nr. W01.00.0347 (vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van AZ (III) voor het jaar 2001).

294 Zie *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 415, nr. 6, p. 30.

295 Men herkent hier de rechtshistorische en de wetshistorische (a-contrario) interpretatiemethoden en de wetssystematische interpretatiemethode.

interpretatie (materieel wetsbegrip). De Raad van State bezigt een discursieve wijze van motivering; hij gaat de confrontatie aan met de zienswijze van de regering.

Tekenen van discursiviteit vertonen ook de adviezen rond de kwestie van verdragwijziging bij aanvaarding door een bepaald percentage van de verdragspartijen. In het advies over de inwerkingtredingwet voor het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof neemt de Raad van State, onder verwijzing naar eerdere adviezen, het standpunt in dat, als het verdrag in werking is getreden, de wijziging – als geen nadere regeling is getroffen – toch nog achteraf moet worden goedgekeurd.<sup>296</sup> De regering stelt zich echter op het standpunt dat de wijziging dan geacht kan worden als besluit van een volkenrechtelijke organisatie tot stand te zijn gekomen. In een later advies over dezelfde problematiek gaat de Raad nadrukkelijk in op de redenering van de regering en verwerpt deze.<sup>297</sup> In het nader rapport wordt heel nadrukkelijk de confrontatie met de argumentatie van de Raad van State aangegaan. Niet alleen geeft de regering aan dat en waarom zij bij haar standpunt blijft, maar ook waarom de opvatting van de Raad van State naar haar oordeel onjuist is en bespreekt daartoe ook eerdere adviezen van de Raad van State. Een dergelijke dialoog verscherpt het debat en valt in het kader van de legisprudentievorming toe te juichen.

Dat de dialoog lang kan duren, toont de gang van het amendement Dubbelboer en Mastwijk.<sup>298</sup> Een reactie van indieners na de 'niet verenigbaarheid' (van de Raad van State) of zelfs 'ongrondwettigheid' (van de regering) laat enige jaren op zich wachten. Het kamerlid Mastenbroek licht het gewijzigde amendement als volgt toe:

”Dit amendement brengt daarentegen wel nadrukkelijk tot uitdrukking dat afwijking door de regering van de door de beide kamers opgestelde ramingen in beginsel niet aan de orde kan zijn, tenzij een evident zwaarwegende reden zich hiertegen verzet. Naar het oordeel van de indiener kunnen, bijvoorbeeld,

<sup>296</sup> Advies van 15 juni 2000, nr. W02.00.0133 (voorstel van rijkswet, houdende goedkeuring van het op 17 juli 1998 totstandgekomen Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof).

<sup>297</sup> Advies van 2 februari 2007, nr. W07.06.0542 (Protocol van wijzigingen bij het Verdrag betreffende de Internationale Hydrografische Organisatie)

<sup>298</sup> Advies van 16 september 2005, nr. W04.05.0345 (amendement van de leden Dubbelboer en Mastwijk).

budgettaire afwegingen niet gezien worden als een dergelijke evidente zwaarwegende reden. Algemeen regeringsbeleid kan in deze niet zonder meer een rechtvaardigingsgrond zijn om te treden in de autonomie van de Staten-Generaal ten aanzien van haar controlerende taak ten opzichte van de regering. De Staten-Generaal dient in haar taak als controleur van de regering, zelf de omvang van de daarvoor benodigde middelen vast te kunnen stellen.”<sup>299</sup>

In sommige gevallen volgt de regering het advies van de Raad van State, maar wordt niet of nauwelijks gemotiveerd waarom. Dat valt soms te betreuren, omdat op die manier juist een grondwettelijk punt verdampt en het debat niet verder wordt gebracht. Een voorbeeld vormt het advies inzake het voorstel voor een Besluit tijdelijk financieel toezicht Nederlandse Antillen, Curaçao en Sint Maarten.<sup>300</sup> Hierin constateert de Raad van State onder verwijzing naar onder meer artikel 112 van de Grondwet dat er geen grondslag bestaat voor het openstellen van beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in geschillen als bedoeld in het voorgestelde artikel 26 van het Besluit. In het nader rapport wordt vervolgens opgemerkt:

”De Raad spreekt op grond van juridische en inhoudelijke argumenten zijn voorkeur uit voor een Kroonberoepsprocedure. Besloten is de Raad in die voorkeur te volgen.”

Op de relatie tot de Grondwet wordt derhalve niet expliciet meer ingegaan. In hoeverre het oordeel van de Raad van State op dat punt wordt gedeeld, blijft daarmee onduidelijk.

Ook in het nader rapport bij de Wet organisatie en bestuur gerechten glijd de regering langs het grondwettelijk punt heen. De vraag die voorligt, luidt:

”Laat de Grondwet toe dat – gelet op zijn tijdelijke benoeming als bestuurder – de voorzitter van het bestuur van een gerecht, tevens rechterlijke ambtenaar met rechtspraak belast, als zodanig bevoegd is tot het opleggen van een schriftelijke waarschuwing aan en het buiten functie stellen van een rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast bij dat gerecht?”

<sup>299</sup> *Kamerstukken II 2007-2008*, 29 833, nr. 14.

<sup>300</sup> Advies van 14 augustus 2008, nr. W04.08.0307 (ontwerpbesluit tijdelijk financieel toezicht Nederlandse Antillen, Curaçao en Sint Maarten).



Onder verwijzing naar artikel 117 van de Grondwet komt de Raad van State tot de conclusie dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. In het nader rapport wordt vervolgens opgemerkt dat de regering met de Raad van State van mening is dat de in het voorgestelde artikel 46f van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren geregelde buitenfunctiestelling materieel gelijkenis vertoont met schorsing als bedoeld in artikel 117, derde lid, van de Grondwet. Daarmee wordt nog niet zonder meer gezegd dat de opvatting wordt gedeeld dat artikel 117, derde lid, van de Grondwet zich op dat punt tegen het voorstel verzet. Die twijfel blijft hangen na verdere lezing van het nader rapport:

”De vraag of deze bepaling van de Grondwet het toelaat dat de voorzitter van het gerechtshof bevoegd is tot buitenfunctiestelling van een rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast, moet mede worden gezien vanuit het perspectief dat het buiten functie stellen door de voorzitter van het bestuur - ingevolge het voorgestelde artikel 2.2.1.2 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) een rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast - zou geschieden vanuit zijn positie als rechtspositioneel bevoegd gezag. Vanuit dit perspectief gezien kan de vraag rijzen of de voorzitter van het bestuur wel een gerecht als bedoeld in artikel 117, derde lid, voormeld is. Mede gelet hierop is het derde tot en met vijfde lid van het voorgestelde artikel 46f van de Wvra uit het wetsvoorstel geschrapt.”

De omstandigheid 'dat de vraag kan rijzen' is nog iets anders dan dat de overtuiging van de Raad van State wordt gedeeld dat er sprake is van strijd met artikel 117, derde lid, van de Grondwet. Waaruit de twijfel op dit punt voortvloeit, wordt niet duidelijk.

De betekenis van een kenbare motivering van adviezen van de Raad van State over grondwettelijke kwesties krijgt meer reliëf naarmate we ook de rol van het parlement bij de uitleg van grondwettelijke bepalingen betrekken. De spoeling is hier wel dunner. Niet zelden wordt een voorstel na advisering door de Raad immers niet ingediend bij de Tweede Kamer<sup>301</sup> of wordt het nadien ingetrokken,<sup>302</sup>

<sup>301</sup> Zie bijvoorbeeld het advies van 22 december 2006, nr. W03.06.0460 (voorstel van wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met visa).

<sup>302</sup> Zie bijvoorbeeld het advies van 10 december 2004, nr. W01.04.0517 (voorstel van rijkswet tot goedkeuring van het op 29 oktober 2004 te Rome totstandgekomen Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa), *Kamerstukken II 2004/2005*, 30025 (R1783), nr. 4.

terwijl de Raad en de regering<sup>303</sup> of initiatiefnemers<sup>304</sup> het niet met elkaar eens waren. In een aantal gevallen waarin het de goedkeuring van verdragen betreft, komt het punt waarop regering en Raad van State van mening verschillen, niet bij de parlementaire behandeling aan de orde, omdat de goedkeuringswet door het parlement stilzwijgend wordt goedgekeurd.<sup>305</sup> In andere gevallen zien wij wel dat de Tweede Kamer een grondwettelijke kwestie oppakt, wanneer de Raad van State en de regering van opvatting (lijken te) verschillen.<sup>306</sup> We zien ook dat waar de Raad van State grondwettelijke bepalingen in zijn advisering clustert en in hun democratisch-rechtsstatelijke context plaatst, de kwestie ook in de Tweede Kamer wordt gezien in het licht van onderliggende constitutionele uitgangspunten.<sup>307</sup>

Ten aanzien van de staatsrechtelijke positie van het Kabinet der Koningin, waarover de Raad van State adviseerde als uitvloeisel van het debat over prinses Margarita, verschillen de Raad en de regering enerzijds en leden van de Tweede Kamer anderzijds ten aanzien van artikel 42 van de Grondwet van mening over de stellingen dat i) 'instructie' en 'verantwoordelijkheid' ontkoppeld zijn<sup>308</sup> en ii)

303 Vgl. het advies van 12 oktober 2004, nr. W04.04.0281 (voorstel van wet tot wijziging van de Gemeentewet in verband met de introductie van de rechtstreeks gekozen burgemeester) en het nader rapport ten aanzien van artikel 54 van de Grondwet en het advies van 10 december 2004 (Wet wijziging kiesstelsel) en het nader rapport ten aanzien van artikel 56 van de Grondwet.

304 Advies van 6 februari 2006, nr. W04.05.0565 (voorstel van wet van de leden Van der Ham en Duyvendak tot wijziging van de Kieswet houdende verkorting van de termijn tussen stemming en eerste samenkomst van de Tweede Kamer).

305 Zie onder veel meer: het advies van 23 maart 2000, nr. W11.00.0015 (wijziging van het Internationaal Verdrag voor de bescherming van planten) en het advies van 14 april 2004, nr. W02.04.0100 (wijzigingen van het Statuut van de Internationale Organisatie voor Migratie).

306 Zie, bijvoorbeeld ten aanzien van artikel 71 van de Grondwet (voorstel van rijkswet tot goedkeuring van het Statuut van Rome), *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 484, nr. 5, p. 17 en 27. Zie ook *Handelingen II* 2000-2001, 54, 3970-3971 en *Handelingen II* 2000-2001, 56, 4101-4102. Een ander treffend voorbeeld biedt het advies van 16 juli 2004, nr. W03.04.0090 (voorstel van wet houdende wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten; Wet OM-afdoening) in relatie tot artikel 113 Grondwet, *Kamerstukken II* 2004-2005, 29849, nr. 17 en *Handelingen I* 2005-2006, 36, 1695-1736.

307 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2000-2001, 26 806, nr. 6 (de parlementaire behandeling van de begroting van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2000); *Handelingen II* 1999-2000, p. 9-539 e.v. (begroting van het Ministerie van Algemene Zaken 2001).

308 *Handelingen II* 2003-2004, 8-338 (Van Bommel).

elke minister verantwoordelijk is als het functioneren op zijn of haar terrein ligt. Het zou 'veel beter en helderder' zijn wanneer de minister-president de verantwoordelijkheid draagt, meent een kamerlid.<sup>309</sup> Een ander lid vindt plaatsing onder een begrotingshoofdstuk als zodanig niet van doorslaggevend belang<sup>310</sup> en wijst op de *praktijk* dat de minister-president als eerste verantwoording moet afleggen aan het parlement over het functioneren van het Kabinet van de Koningin.<sup>311</sup> Bij de Raad van State en de regering ziet men een meer *teleologische* interpretatie in het teken van consistentie en continuïteit,<sup>312</sup> terwijl in sommige delen van de Tweede Kamer een *dynamische* interpretatie opgeld doet. Uiteindelijk valt het Kabinet der Koningin onder Begroting III van de Rijksbegroting waarvoor de minister-president verantwoordelijk is.<sup>313</sup> Het advies van de Raad van State was uitvoerig gemotiveerd.

In het dossier omtrent de OM-afdoening zien we evenzeer dat het advies van de Raad van State een belangrijke bijdrage levert aan het debat in de Tweede en Eerste Kamer.<sup>314</sup> De discussie spitst zich hier toe op de vraag wat het verschil is tussen een 'daad van berechting' en een 'daad van vervolging'. Het debat komt echter niet veel verder dan de argumenten die de Raad van State naar voren had gebracht. De omstandigheid dat de Raad van State geen helder standpunt had ingenomen bij zijn beoordeling van het wetsvoorstel in het licht van de Grondwet, lijkt het debat in Tweede en Eerste kamer echter te mankeren.

Door constitutionele toetsing zoveel mogelijk voor het gehele wetgevingstraject te bestuderen – en bij onverplichte adviezen niet alleen het advies van de Raad maar ook de reacties van regering en parlement – hebben we soms moeten constateren dat het nadelig kan zijn dat uit dit traject geen eenduidige interpretatie rolt, dat de knoop van de grondwettigheid niet wordt doorgemaakt: in Nederland wordt bij gebrek aan constitutionele toetsing niet definitief vastgesteld of er sprake is van strijd met de Grondwet.<sup>315</sup> Neem de kwestie rond artikel 71 van de Grondwet in geval van deelname van leden van het Europees Parlement

309 *Handelingen II* 2003-2004, 8-345 (Dittrich).

310 *Handelingen II* 2003-2004, 8-346 (Rouvoet).

311 *Handelingen II* 2003-2004, 8-347 (Rouvoet).

312 Zie ook *Handelingen II*, 2003-2004 8-353 (minister-president Balkende).

313 Zie *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 200 III, nr. 16 (motie Kalsbeek c.s. van 10 februari 2004).

314 *Kamerstukken II* 2004-2005, 29849, nr. 17 en *Handelingen I* 2005-2006, 36, 1695-1736.

315 J. Vis, 'Ik zie, ik zie... geen visie', in *NRC Handelsblad* 15 juli 2009.

aan debatten in de Tweede Kamer. De Raad van State volgt de wetshistorische interpretatiemethode en merkt op:

”De parlementaire immuniteit geldt voor die personen die door een minister of een kamer zijn aangewezen om deel te nemen aan beraadslagingen. EP-leden worden uitgenodigd en dus niet aangewezen. EP-leden genieten dan ook geen uit de Grondwet voortvloeiende parlementaire immuniteit voor hetgeen zij bij hun deelname aan de beraadslaging van de Tweede Kamer zeggen of schriftelijk overleggen.”<sup>316</sup>

De regering ziet het blijkens het nader rapport anders:

”In het onderhavige geval nu is weliswaar geen sprake van personen die aangewezen zijn om bijstand te verlenen, maar evenmin is sprake van personen die (slechts) worden gehoord of die vergaderingen bijwonen: in de door het advies besproken situatie is sprake van Europarlementariërs die metterdaad deelnemen aan de beraadslaging van de Tweede Kamer. Ook de Raad neemt dat tot uitgangspunt, evenals de adviesaanvraag en daaraan ten grondslag liggende motie-Timmermans c.s. Uit de grondwetsgeschiedenis kan niet worden afgeleid dat het begrip ‘andere personen’ in artikel 71 van de Grondwet uitsluitend betrekking heeft op bijstandsverleners. Veeleer zou beslissend moeten zijn de vraag of betrokkenen al dan niet metterdaad deelnemen aan de beraadslaging.<sup>317</sup> Ook de ratio van de parlementaire immuniteit wijst daarop. De parlementaire immuniteit strekt er immers toe de deelnemers aan de parlementaire beraadslaging een optimale uitingvrijheid te geven, zonder dat zij behoeven te vrezen dat zij strafrechtelijk vervolgd of civielrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor door hen gedane

<sup>316</sup> Advies van 19 juli 2007, nr. W04.07.0094 (deelname van leden van het Europees Parlement aan debatten in de Tweede Kamer).

<sup>317</sup> Noot 14 luidt: “Zie ook HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 577, rov. 4.2.” De betreffende passage uit het arrest van de Hoge Raad luidt aldus: “De reikwijdte van artikel 71 Gr.w. is in tweeërlei opzicht begrensd. In de eerste plaats kunnen uitsluitend de leden van de Staten-Generaal, de ministers, de staatssecretarissen en andere personen die deelnemen aan de beraadslaging, een beroep doen op immuniteit en in de tweede plaats is de immuniteit beperkt tot hetgeen zij in de vergaderingen van de Staten-Generaal of van commissies daaruit hebben gezegd of aan deze schriftelijk hebben overgelegd. De tweede begrenzing is niet in geschil.”

uitlatingen. Dat belang is in gelijke mate aan de orde in die gevallen waarin Europarlementariërs aan de beraadslaging deelnemen. Overigens leidt ook de hier relevante Europese regelgeving tot de conclusie dat Europarlementariërs die deelnemen aan de beraadslaging in de Tweede Kamer parlementaire immuniteit genieten.”<sup>318</sup>

De regering ontleent steun voor haar opvatting aan de taalkundige en teleologische interpretatie en bedient zich van gemeenschapsrechtconforme interpretatie. Die laatste methode volgt ook het presidium van de Tweede Kamer, dat echter nog een stapje verder gaat:

”Het kabinet en de Raad van State verschillen van mening over de vraag of de Nederlandse EP-leden als zij deelnemen aan de beraadslaging in de Tweede Kamer, immuniteit genieten. Tot nu toe is echter niet gebleken dat de EP-leden deze kwestie als een probleem ervaren. Dit zou erop kunnen duiden dat zij de mening van het kabinet (immuniteit op basis van Europese regelgeving) delen. Mocht hier ooit discussie over ontstaan dan is naar de mening van het Presidium het EP de eerste aangewezen om helderheid te scheppen (en niet de Kamer).”<sup>319</sup>

In sommige gevallen rijst ook de vraag *wie* de knoop door moet hakken als regering en parlement (en de Raad van State als adviseur) van mening verschillen. Deze vraag werd met name opgeworpen rond het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof in relatie tot artikel 91, derde lid en artikel 92 van de Grondwet. Wat als regering en parlement van mening verschillen over de vraag of een verdrag in strijd met een bepaling in de Grondwet is?<sup>320</sup>

318 Noot 15 luidt: “Van belang zijn hier de artikelen 9 en 10 van het Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van de Europese Gemeenschappen, Publicatieblad Nr. L 152 van 13 juli 1967. Artikel 10 heeft tot gevolg dat artikel 71 Grondwet gelijkelijk van toepassing is op Nederlandse Europarlementariërs als op Kamerleden, wanneer zij deelnemen aan de beraadslagingen in de Tweede Kamer. Daarenboven verleent artikel 9 hen rechtstreeks immuniteit in de uitoefening van hun ambt als Europarlementariër. Zie voorts het arrest van het Hof van Justitie van 10 juli 1986, zaak 149/85 (Wybot).”

319 *Kamerstukken II 2007-2008*, 30 303, nr. 24.

320 Als de regering niet - en naar het oordeel van het parlement ten onrechte - besluit de procedure van artikel 91, derde lid, van de Grondwet te volgen, is het verdrag goedgekeurd als meer dan de helft, maar minder dan tweederde van de parlementariërs heeft ingestemd.

Een ander voorbeeld biedt het advies over het Verdrag inzake gemeenschappelijk nautisch beheer in het Scheldegebied.<sup>321</sup> De Raad van State meende dat de Permanente Commissie van Toezicht op de Scheldevaart (PC) als volkenrechtelijke organisatie in de zin van artikel 92 van de Grondwet moet worden aangemerkt. Daardoor zullen de door deze organisatie gestelde regels, die naar hun aard en inhoud een ieder kunnen verbinden, ingevolge artikel 93 van de Grondwet rechtstreeks werken zodra ze zijn bekendgemaakt. Artikel 2 van het wetsvoorstel, dat uitgaat van voorafgaande goedkeuring, zal daarom moeten worden geschrapt, aldus de Raad van State. De regering deelt dit standpunt niet, overigens zonder dat ingegaan wordt op de criteria die de Raad van State in zijn goed gemotiveerd advies heeft aangelegd. Een confrontatie van argumenten gaat de regering uit de weg. De Tweede Kamer pakt de handschoen op onder verwijzing naar de argumenten die door de Raad van State in zijn advies zijn aangedragen.

#### 4.5 Tussenconclusie

Ook de Raad van State als adviseur heeft een motiveringsplicht: het advies van de Raad is met redenen omkleed.<sup>322</sup> Voor de Raad van State als adviseur geldt eveneens dat voor de legitimatie van zijn positie en voor de overtuigingskracht van zijn adviezen een kenbare en draagkrachtige motivering van groot belang is. Wat in een eerder onderzoek is geconcludeerd ten aanzien van de motivering van rechterlijke uitspraken, geldt ook voor de adviseur: soms kan hij met een minder uitvoerige motivering volstaan, maar andere keren is er juist behoefte aan een richtinggevend advies met een diepgaande motivering.<sup>323</sup> Van welke factoren is dit afhankelijk? Dit onderzoek, voor zover het de motivering van de adviezen van de Raad van State betreft, in relatie tot de wijze waarop een grondwettelijke kwestie in de memorie van toelichting en het nader rapport is gemotiveerd, biedt voor de beantwoording van deze vraag enkele aanknopingspunten.

1 Een *diepgaande motivering* lijkt wenselijk, wanneer de Raad van State zelf een constitutioneel punt opwerpt dat de regering of parlementaire indiener schijnbaar niet heeft opgemerkt. In dat geval is het niet alleen van belang het constitutionele punt te signaleren, maar ook dit goed beargumenteerd te doen.

<sup>321</sup> Advies van 29 augustus 2006, nr. W09.06.0259 (voorstel van wet tot goedkeuring van het op 21 december 2005 te Middelburg tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Vlaams Gewest inzake het gemeenschappelijk nautisch beheer in het Scheldegebied).

<sup>322</sup> Artikel 24, eerste lid, Wet op de Raad van State.

<sup>323</sup> Vgl. J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met rechtsvormende elementen door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009.

2 Een *zeer diepe motivering* is aanbevelingswaardig, indien de regering of parlementaire indiener gemotiveerd een bepaald standpunt heeft ingenomen en de Raad van State daarin niet meegaat. In dat geval lijkt de Raad van State niet te kunnen volstaan met het beargumenteerd weergeven van diens eigen standpunt. Ook zal de confrontatie moeten worden aangegaan met de argumenten die de indiener tot een ander standpunt hebben geleid.

3 In bepaalde gevallen vraagt het advies niet alleen om een diepe motivering, maar ook om een - in termen van legisprudentievorming - *richtinggevend advies*. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een bepaalde constitutionele kwestie nog nimmer is opgekomen. Ook wanneer over een bepaalde kwestie sedert lange tijd niet is geadviseerd, ligt een goed beargumenteerd en breed opgezet advies voor de hand. Overigens is het voorstelbaar dat de breedte van het advies in het laatste geval voor een belangrijk deel kan worden gevonden in een verwijzing naar het eerder advies, mits het eerdere advies zich daarvoor leent. Meer in het algemeen is verwijzing naar eerdere adviezen een belangrijk punt van aandacht in de advisering. Juist door de onderlinge verhouding van het advies tot eerdere adviezen te benadrukken, kan het proces van legisprudentievorming een impuls worden gegeven.

## 5 Conclusies en aanbevelingen

### 5.1 Conclusies

Ons onderzoek bevestigt het beeld dat in de praktijk van de advisering al was ontstaan, namelijk dat het hanteren van de 'waaier'-werkwijze ook van nut is bij de uitleg van de institutionele bepalingen van de Grondwet. Klassieke methoden van interpretatie kunnen, blijkens onze analyses, ook worden gebruikt bij de beoordeling van wetsvoorstellen in het licht van grondwettelijke bepalingen, buiten het eerste hoofdstuk van de Grondwet. Meer nog dan in het eerste deel komen de staatkundige praktijk en ongeschreven recht in beeld. Voorts zijn twee bijzonderheden bij de uitleg van de institutionele bepalingen van de Grondwet naar voren gekomen: de systematische clustering van grondwettelijke bepalingen bij het beantwoorden van constitutionele vragen en de nadrukkelijke betekenis van de democratisch-rechtsstatelijke context bij de interpretatie van deze bepalingen. Het uitklappen van de waaier is daarom niet genoeg: de Raad zal zich steeds bewust moeten zijn van de contexten waarin hij adviseert: het Koninkrijk, Europa en overkoepelend de democratisch-rechtsstatelijke context.

Verder is gebleken dat in voorkomende gevallen de betrokken institutionele grondwettelijke bepaling wel zichtbaar is in het advies, doch dat de interpretatie ervan niet steeds kenbaar is. De redenen daarvoor hebben we eveneens besproken in dit deel. Opvallend is dat naast de reeds uit deel I bekende rationes voor het al dan niet maken van een adviesopmerking, ook sprake was van een duidelijke taakopvatting van de Raad van State als adviseur van regering en parlement die leidde tot het maken van een (inhoudelijke) adviesopmerking. Dit brengt ons bij het laatste punt dat in dit hoofdstuk uitwerking kreeg: de vraag of de argumentatie voor de gevolgde uitleg steeds kenbaar is uit de tekst van de adviesopmerking. Het antwoord luidt ten dele bevestigend, ten dele ontkenend. We constateren dat er in termen van kenbaarheid van de interpretatie nog ruimte ligt. De vraag rijst echter of het aanbeveling verdient deze ruimte ook steeds te benutten. Wij menen dat het voor de beantwoording van deze vraag wenselijk is nader in te gaan op de wijze waarop de wetgever zelf omgaat met grondwetskwesie, in de hoop meer zicht te krijgen op de vraag in welke gevallen het in eerste instantie wenselijk is dat de Raad van State de ruimte benut die hij mogelijk nog heeft om grondwetskwesie in breder perspectief te plaatsen.

Voor de Raad van State als adviseur geldt dat voor de legitimatie van zijn positie en voor de overtuigingskracht van zijn adviezen een kenbare en draagkrachtige motivering van groot belang is. Wat in een eerder onderzoek is geconcludeerd ten aanzien van de motivering van rechterlijke uitspraken, geldt ook voor de adviseur: soms kan hij met een minder uitvoerige motivering volstaan, maar andere keren is er juist behoefte aan een richtinggevend advies met een diepgaande motivering. Van welke factoren is dit afhankelijk? Dit onderzoek, voor zover het de motivering betreft van de adviezen van de Raad van State in relatie tot de wijze waarop een grondwettelijke kwesie in de memorie van toelichting en het nader rapport wordt behandeld, biedt voor de beantwoording van deze vraag enkele aanknopingspunten.

## 5.2 Aanbevelingen

Ten eerste lijkt een *diepgaande motivering* wenselijk, wanneer de Raad van State zelf een constitutioneel punt opwerpt dat de indiener schijnbaar niet heeft opgemerkt. In dat geval is het niet alleen van belang het constitutionele punt te signaleren, maar ook dit goed beargumenteerd te doen.

Ten tweede is een *zeer diepe motivering* aanbevelingswaardig, indien de indiener gemotiveerd een bepaald standpunt heeft ingenomen en de Raad van State daarin niet meegaat. In dat geval lijkt de Raad van State niet te kunnen volstaan



met het beargumenteerd weergeven van diens eigen standpunt. De confrontatie zal ook moeten worden aangegaan met de argumenten die de indiener tot een ander standpunt hebben geleid.

Ten derde vraagt het advies in bepaalde gevallen niet alleen om een diepe motivering, maar ook om een - in termen van legisprudentievorming - *richtinggevend advies*. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een bepaalde constitutionele kwestie nog nimmer is opgekomen. Ook wanneer over een bepaalde kwestie sedert lange tijd niet is geadviseerd, ligt een goed beargumenteerd en breed opgezet advies voor de hand. In dat laatste geval is het, afhankelijk van de motivering van dat eerdere advies, voorstelbaar dat de breedte van het advies in zo'n geval voor een belangrijk deel kan worden gevonden in een verwijzing naar het eerdere advies.

### **5.3 Ter afsluiting**

Aan de ene kant hebben we ook in dit onderzoek kunnen constateren dat de Raad van State steeds de grondwettelijke kwestie onderkent en zichtbaar maakt. Aan de andere kant zien we ook dat in termen van kenbaarheid en richtinggevendheid, mede in relatie tot de wetgever, winst te boeken valt. Door constitutionele toetsing zoveel mogelijk in het gehele wetgevingstraject te bestuderen - en bij onverplichte adviezen niet alleen het advies van de Raad maar ook de reacties van regering en parlement - hebben we kunnen constateren dat uit dit traject niet altijd een eenduidige interpretatie rolt, dat de knoop van de grondwettigheid niet steeds wordt doorgesneden. Zolang dit zo is, doet de Raad van State er goed aan zich daar bewust van te zijn, door blijvend aandacht te houden voor versterking van de door hem verrichte constitutionele toets in het kader van de beoordeling van wetsvoorstellen in het licht van de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht.





# Deel III

Constitutionele toetsing:  
versterkingsmogelijkheden en  
vergezichten (essay)

door J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen



# 1 Inleiding

Ons constitutioneel stelsel geeft ten aanzien van de grondwettigheid van formele wetten en hun verenigbaarheid met ongeschreven recht het laatste woord aan de wetgever: artikel 120 van de Grondwet.<sup>324</sup> De rechter draagt weliswaar ook bij aan de interpretatie van de Grondwet en ongeschreven recht, maar hij kan dat slechts doen zolang de vraag naar de verenigbaarheid van formele wetten met de Grondwet niet in het geding is. Om meer inzicht te krijgen in de rol en betekenis van de huidige Grondwet heeft de Raad van State twee onderzoeken laten uitvoeren naar constitutionele toetsing in het wetgevingstraject. Het eerste onderzoek concentreert zich op enige grondrechten, gekozen op grond van hun relevantie voor de maatschappelijke thema's pluriformiteit en veiligheid. Het tweede onderzoek heeft vooral betrekking op de institutionele bepalingen in de Grondwet. Bij deze onderzoeken is de aandacht gericht op de uitleg van de Grondwet. Zoals in de eerste studie wordt gezegd: een tekst krijgt pas betekenis, wanneer men kennis heeft van wat zij die hem uitleggen ermee doen. Het gaat daarbij voornamelijk om de uitleg die de Raad van State in zijn adviespraktijk aan de Grondwet geeft, in relatie tot de interpretatie door de wetgever zelf. De uitleg van de Grondwet staat evenwel zelden op zichzelf: vrijwel steeds zijn er verbanden met andere bronnen van constitutioneel recht, alsmede met de staatkundige praktijk en de maatschappelijke context.

Dit afsluitende essay brengt enerzijds de resultaten van beide eerdere onderzoeken opnieuw voor het voetlicht en plaatst anderzijds grondwettigheidstoetsing in het wetgevingstraject in een wijder perspectief op constitutionele toetsing, waarbij ook wordt stilgestaan bij mogelijke versterking van de constitutionele toetsing door de rechter. Het essay gaat in op het karakter van constitutionele toetsing in relatie tot de aard van de advisering door de Raad van State (paragraaf 2) en werkt deze gezichtspunten vervolgens nader uit aan de hand van drie modaliteiten, oplopend in termen van ingrijpendheid: 'verbeterpunten', 'versterkingsmogelijkheden' en 'vergezichten' (paragrafen 3 t/m 5).

Paragraaf 2 heeft als onderwerp 'Constitutionele toetsing nader beschouwd'. De inleiding blikt terug op hetgeen hierover in de beide deelonderzoeken naar voren is gekomen (§ 2.1). Daarna volgen de aard van de 'advisering' door de Raad van State (in vergelijking tot toetsing door een rechter) in § 2.2 en de aard van 'constitutionele' toetsing in § 2.3.

<sup>324</sup> De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.

Paragraaf 3 stelt mogelijke verbeterpunten binnen de bestaande adviespraktijk van de Raad van State aan de orde. Deze punten betreffen de voorbereiding van adviezen (§ 3.2), de helderheid, richtinggevendheid en motivering van adviezen (§ 3.3) en onverplichte adviezen en voorlichting (§ 3.4). Het betreft hier suggesties voor versterking van constitutionele toetsing die op korte termijn binnenshuis gerealiseerd kunnen worden (§ 3.3).

Paragraaf 4 onderzoekt, gelet op het in de beide onderzoeken geconstateerde belang van interactie tussen de bij de uitleg van de Grondwet betrokken actoren, versterkingsmogelijkheden voor constitutionele toetsing binnen het bestaande kader, waarbij ook andere actoren die rol en betekenis hebben bij de uitleg van de Grondwet in het wetgevingstraject worden betrokken. Vier opties vinden bespreking: 1) een verzwaarde motiveringsplicht voor de regering, 2) een hernieuwde adviesaanvraag door de regering, 3) het bevorderen van adviesaanvragen door elk van de beide kamers der Staten-Generaal en 4) betrokkenheid van de Raad van State in een eerder moment in het wetgevingstraject. Het gaat in deze paragraaf derhalve om versterking van constitutionele toetsing op de middellange termijn die medewerking van andere organen vereist, doch binnen het bestaande constitutionele kader te realiseren is.

Paragraaf 5 opent ter afsluiting van dit essay al enige vergezichten op constitutionele toetsing op de lange termijn, die het huidige kader te buiten gaan en grondwetsherziening zouden vereisen. Gelet op de onderzoeksresultaten zal met name de betekenis die de Raad van State kan hebben voor constitutionele toetsing in deze verkenning centraal staan. De beschouwingen in deze paragraaf zijn van verkennende aard.

## 2 Constitutionele toetsing nader beschouwd

### 2.1 Vooraf

Alvorens in te gaan op de versterkingsmogelijkheden van grondwettelijke toetsing, willen we eerst de aard van constitutionele toetsing nader beschouwen. Dit doen we in eerste instantie door de aard van de advisering door de Raad van State tegen het licht te houden, mede in vergelijking tot toetsing door een rechter (§ 2.2).

Vervolgens zullen we ingaan op de vraag in hoeverre constitutionele toetsing een andere werkwijze en instelling vraagt dan rechtmatigheidstoetsing door een rechter of in het kader van de advisering door de Raad van State (§ 2.3). We sluiten deze paragraaf af door een aantal randvoorwaarden te benoemen waarbinnen we in het

vervolg van dit essay versterkingsmogelijkheden voor constitutionele toetsing nader willen beschouwen.

## **2.2 Aard van de 'advisering' door de Raad van State (in vergelijking tot toetsing door een rechter)**

In de delen I en II gaat het niet over constitutionele toetsing door een rechterlijke instantie, maar - vooral - over toetsing in het kader van de adviespraktijk van de Raad van State. In deel II is de toetsing van wetsvoorstellen aan de institutionele bepalingen van de Grondwet aan de orde. In deel I wordt ook verslag gedaan van het debat dat binnen de Raad en ook tijdens een symposium op 21 juni 2007 is gevoerd over de aard van de advisering. Aan de ene kant staat de visie die het staatkundig-juridische karakter van de advisering benadrukt in tegenstelling tot rechterlijke toetsing. Een oud-staatsraad betwijfelde zelfs of men in de context van de wetgevingsadvisering wel van toetsing moet spreken, omdat de Raad geen uitspraken doet over de (on)verbindendheid van een regel. Aan de andere kant staat de opvatting dat toetsing aan de Grondwet, ook in het kader van de advisering, primair een juridische toets is. De vraag of het zo kan zijn, dat de Raad als bestuursrechter tot een andere uitleg van de Grondwet komt dan de Raad als wetgevingsadviseur, en waarom dan wel of juist niet, was er een die de deelnemers verdeeld hield. In deel I wordt de knoop voorlopig doorgehakt: omdat de terminologie 'toetsing' voor de Raad vertrouwd is, gezien zijn publieksbrochures en jaarverslagen, kan de term ook bij de advisering worden gebruikt, zij het met de aantekening dat toetsen vooraf (bij de advisering over de algemene regel) niet een op een te vergelijken is met (de voor wetten vooralsnog niet bestaande mogelijkheid van) toetsing achteraf (in een rechterlijke uitspraak over een concreet geval). Het woordgebruik gebezigd in deel II - beoordeling in plaats van toetsing - ontslaat ons niet van de plicht de aard van de advisering in het kader van dit essay zo nauwkeurig mogelijk te duiden.

Samenvattend willen wij stellen dat toetsing een activiteit betreft die doorgaans primair met de werkzaamheden van een rechter wordt geassocieerd, maar die ook breder kan worden getrokken. Van 'toetsing' is sprake wanneer bijvoorbeeld de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als rechter in het kader van de geschillenbeslechting de verenigbaarheid van lagere regelgeving (anders dan wetten in formele zin) en besluiten met de Grondwet beoordeelt. Er wordt echter ook wel van 'toetsing' gesproken wanneer de Raad van State als adviseur een beoordeling geeft van de grondwettigheid van wetsvoorstellen.

De beoordeling van de grondwettigheid van wetsvoorstellen door een adviesinstantie als de Raad van State verschilt echter wezenlijk van de vooralsnog niet bestaande mogelijkheid van grondwettelijke toetsing van wetten die de (gewone) rechter zou verrichten, daargelaten of het om abstracte toetsing dan wel om concrete toetsing gaat.<sup>325</sup> Dat heeft er in de eerste plaats mee te maken dat de constitutionele positie van de Raad als adviseur een heel andere is dan die van een rechter. Een adviseur doet geen bindende uitspraken over de hem voorgelegde kwesties; de geadviseerden – in dit geval de regering en – indirect – de kamers der Staten-Generaal – beslissen. Dit is eigen aan de aard van advisering, al is bij de advisering door de Raad van State mogelijk wel iets bijzonders aan de hand, zoals hierna zal worden betoogd.

Niet alleen zijn regering en Staten-Generaal formeel niet verplicht het advies van de Raad van State over te nemen, ook de Raad is niet verplicht een opmerking te maken. Het onderzoek dat aan de delen I en II ten grondslag ligt, laat duidelijk zien dat er verschillende rationes kunnen bestaan om van het maken van een adviesopmerking af te zien. Ook daarin lijkt de positie van de adviseur te verschillen van die van de rechter, al mag men niet uitsluiten dat ook de rechter, als hij de constitutionele vraag te delicaat vindt, een 'uitweg' zoekt zodat hij aan de vraag niet toekomt.

De positie van de adviseur is een andere dan die van de rechter, maar tegelijkertijd lijkt ook te gelden dat de ene vorm van advisering de andere niet is. In dat opzicht is het opvallend en wellicht niet geheel zonder betekenis dat de Grondwetgever heeft gekozen voor de term 'horen': "De Raad van State of een afdeling van de Raad wordt *gehoord* over voorstellen van wet en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur, alsmede over voorstellen tot goedkeuring van verdragen door de Staten-Generaal."<sup>326</sup> Deze formulering roept herinneringen op aan de rol die de Raad van State ook nu nog vervult in het kader van het Kroonberoep, zij het op veel beperkter schaal dan in het verleden. In dergelijke beroepen wordt, 'de Raad van State gehoord', bij koninklijk besluit beslist. Sinds de Wet op de Raad van State van 1861 was het Kroonberoep het ideaaltype van administratief beroep.<sup>327</sup> De beslissing berustte bij de Kroon. Ter bevordering van de afstandelijkheid van het oordeel werd beslist op advies van de Afdeling voor

<sup>325</sup> Zie hierna, paragraaf 5.

<sup>326</sup> Onze cursivering, JdP en MvR.

<sup>327</sup> M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 17.



de geschillen van bestuur van de Raad van State (AGRVs). Afwijking van het advies moest aan bijzondere regels voldoen.<sup>328</sup> Dat 'contrair gaan' kwam zelden voor.<sup>329</sup> Het moest dan gaan om bezwaren die voor de betrokken minister, die voor de beslissing politiek verantwoordelijk was, onoverkomelijk waren.<sup>330</sup> De Raad van State hield bij het opstellen van adviezen in soortgelijke zaken ernstig rekening met de bedenkingen geuit bij het 'contrair gaan'.<sup>331</sup>

De omstandigheid dat in artikel 73, eerste lid, Grondwet wordt gesproken van het 'horen' van, en niet van het 'adviseren' door de Raad van State, zou er op kunnen wijzen dat aan het advies van de Raad een bijzondere betekenis wordt toegekend, in die zin dat daarvan niet zonder meer doch op zijn minst goed gemotiveerd, kan worden afgeweken. Een wellicht belangrijker aanwijzing voor de omstandigheid dat aan het advies van de Raad van State een bijzondere betekenis toekomt, is dat het horen van de Raad als een verplichte stap in de totstandkoming van wetgeving door de Grondwetgever wordt voorgeschreven. Het bepaalde in artikel 73 van de Grondwet spoort er toe aan nader door te denken over de vraag hoe de Raad - in samenspel met andere actoren die betrokken zijn bij de uitleg van de Grondwet - de constitutionele component in zijn adviezen zodanig kan versterken dat van het standpunt van de Raad van State niet licht wordt afgeweken. Overigens hebben wij niet de indruk dat thans op grote schaal de regering of indiener zonder nadere motivering het advies van de Raad naast zich neer legt. Wij hebben echter in de voorgaande delen van dit project wel geconstateerd dat de aard van de adviserende functie van de Raad soms mee lijkt te brengen, dat hij niet steeds een opmerking maakt over constitutionele kwesties of deze richtinggevend formuleert, noch dat hij deze zeer diep motiveert.

De constitutionele positie van de Raad ten opzichte van de regering heeft ook consequenties voor de strengheid en stelligheid waarmee de Raad in het kader

<sup>328</sup> Zie artikel 58 van de Wet op de Raad van State dat in 1994 kwam te vervallen. Het derde lid bepaalde onder meer: "Indien Onze beslissing van het advies van de Afdeling afwijkt, wordt zij, met redenen omkleed, in het Staatsblad geplaatst met het rapport van Onze Minister, die de beslissing mede ondertekend heeft."

<sup>329</sup> P.J.J. van Buuren, H. Bolt & M. Scheltema, *Kroonberoep en Arob-beroep*, Deventer: Kluwer 1981, p. 276-293.

<sup>330</sup> Zie ook de publieksbrochure *Kroonberoep en beroep ingevolge de Tijdelijke wet Kroongeschillen* van de Raad van State uit 1987, p. 3.

<sup>331</sup> Van Buuren, Bolt & Scheltema 1981, p. 53.

van de advisering de grondwettigheid van wetsvoorstellen beoordeelt. Zoals ook blijkt uit de delen I en II, komt de Raad van State slechts in bijzondere gevallen tot het oordeel dat het wetsvoorstel in strijd is met (bepalingen uit) de Grondwet. Het gaat dan vooral om gevallen waarin de strijdigheid evident is ofwel de argumenten voor het standpunt van de Raad zo overtuigend worden geacht, dat zij niet of nauwelijks weerlegbaar zijn. In de minder onmiskenbare gevallen volstaat de Raad veelal met het oordeel dat de voorgestelde maatregelen 'op gespannen voet staan met de Grondwet' of 'op de grenzen van de constitutionaleiteit stuiten'. De Raad kan daarbij wijzen op punten waarover hij twijfelt en de regering adviseren zich daarover nog eens te beraden of de toelichting op bepaalde punten te verduidelijken. Konijnenbelt heeft er, mede op basis van het onderzoek voor deel I, op gewezen dat een verdergaande, 'strengere' grondwettigheidsbeoordeling op gespannen voet zou kunnen komen te staan met de bijdrage die de Raad van State behoort te leveren aan het rechtsstatelijk gehalte van de wetgeving, als zijn oordeel daardoor in toenemende mate niet zou worden gevolgd.<sup>332</sup>

In dit verband is ook van belang dat de rol van de Raad als adviseur zich niet hoeft te beperken tot de vraag of een wetsvoorstel *in strijd* is met de Grondwet. Het staat de Raad vrij om zich, gelet op zijn taak binnen het constitutionele bestel, ook over de *wenselijkheid* van de voorgestelde maatregelen uit te spreken in het licht van bepaalde constitutionele - of breder: maatschappelijke - ontwikkelingen. De Grondwet kan derhalve ook een rol spelen in het kader van de beoordeling van de opportuniteit, noodzaak of 'passendheid' van het voorstel van wet.<sup>333</sup>

Voor een goed begrip van de aard van de advisering door de Raad is artikel 120 van de Grondwet, en het daaraan ten grondslag liggende constitutionele uitgangspunt dat de wetgever over de grondwettigheid van wetten in formele zin het laatste woord heeft, nog om een andere reden van belang. Genoemde bepaling leidt ertoe dat eventuele ongrondwettigheidsoordelen inzake wetgeving in formele zin in adviezen van de Raad geen vervolg kunnen krijgen in een rechterlijke uitspraak. Van een interactie en wederzijdse kruisbestuiving tussen het proces van advisering en rechtspraak kan op het punt van de beoordeling van wetten in formele zin in het licht van de Grondwet, slechts beperkt sprake zijn.

<sup>332</sup> Konijnenbelt 2008, p. 75.

<sup>333</sup> Zie Deel I, p. 20 (§ 3.2.3).

### 2.3 Aard van constitutionele toetsing

We hebben nu meer zicht op de aard van de advisering door de Raad van State, in het bijzonder op het karakter van de constitutionele toets die de Raad verricht in het kader van de advisering in vergelijking tot constitutionele toetsing door een rechter. De nadruk is daarbij gelegd op de vraag hoe we 'toetsing' begrijpen. Een volgend punt dat onze aandacht behoeft, vormt de betekenis van het *constitutionele* karakter van toetsing. De focus is daarbij gericht op de rechtsnorm waaraan wordt getoetst. We zoeken de betekenis van constitutionele toetsing mede in relatie tot het voorwerp van toetsing: een voorstel van wet of een ontwerpbesluit.<sup>334</sup>

Constitutionele toetsing zoals wij deze term hanteren in dit essay kan betrekking hebben op toetsing aan i) de klassieke grondrechten, ii) de sociale grondrechten, iii) de meer institutionele bepalingen in de Grondwet, iv) ongeschreven staatsrecht, v) rechtsbeginselen en vi) de staatkundige praktijk.<sup>335</sup> Over de vraag of en in hoeverre het feit dat het om toetsing aan een grondwet - en eventueel de andere hier genoemde bronnen van constitutioneel recht - gaat, gewicht in de schaal legt, kan men heel verschillend denken. Men kan met Scalia zeggen, zoals in deel II is gememoreerd, dat "*The problem [of constitutional interpretation] is distinctive, not because special principles of interpretation apply, but because the usual principles are being applied to an unusual text.*" Dit is een quote die ons meerdere handreikingen biedt. Ten eerste roept de aanhaling de vraag op naar de werkwijze bij constitutionele toetsing: het hanteren van de methoden van interpretatie, zoals Scalia zegt, maar ook andere aspecten die de werkwijze van de toetsers betreffen kunnen, en naar wij menen: moeten, bij deze vraag worden betrokken. Ten tweede vestigt het citaat de aandacht op de vraag of onze Nederlandse Grondwet wel zo een bijzondere tekst betreft.

<sup>334</sup> Voorlichtingen in zaken van bestuur (artikel 18, tweede lid, Wet op de Raad van State) en onverplichte adviezen daaromtrent, blijven in beginsel buiten beschouwing, al kan ook daar de Grondwet worden uitgelegd. Het onverplichte advies van 14 oktober 2008 inzake opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet (W04.08.0031//B) vormt daar een voorbeeld van.

<sup>335</sup> Het Statuut, het constitutionele recht van de Europese Unie, met inbegrip van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, en het EVRM en andere mensenrechtenverdragen blijven buiten beschouwing, al kunnen ze relevant zijn bij de uitleg van dit deel van de constitutie. Het Constitutioneel Beraad, waarover meer in § 3.2, richt zich wel mede op deze bronnen van constitutioneel recht bij het uitbrengen van preadviezen.

We beginnen met de laatste vraag. De Raad van State verwoordde het uitzonderlijke karakter van de Grondwet als volgt in zijn advies van 14 april 2008: *”De Nederlandse Grondwet is allereerst een staatkundig document, waarin de fundamentele rechten van burgers en de positie van de belangrijkste staatsinstellingen - hun samenstelling, onderlinge verhoudingen en bevoegdheden - staan beschreven. Aldus zijn in de Grondwet belangrijke waarden neergelegd, zoals de waarborging van fundamentele rechten, democratische besluitvorming en elementen van het legaliteitsbeginsel. De grondwetsbepalingen die deze waarden concretiseren zijn veelal pas goed te verstaan als men ze leest in het licht van de geschiedenis en de totstandkoming van de Grondwet en de daaraan voorafgaande constitutionele documenten die de wording van de Nederlandse staat markeren: de Unie van Utrecht (1579), waarin de vrijheid van geweten in de vorm van de godsdienstvrijheid in de private sfeer voor het eerst werd neergelegd; het Plakkaat van Verlatinge (1581), waarin elementen van volkssoevereiniteit terug te vinden zijn; en de Bataafse Staatsregeling (1798), die onder andere een volwaardige grondrechtencatalogus bevatte, het legaliteitsbeginsel neerlegde en de scheiding van kerk en staat proclameerde.”*<sup>336</sup> De Grondwet is de belangrijkste vindplaats van het Nederlandse constitutionele recht.

De aard van de constitutionele toetsing wordt niet alleen bepaald door de bijzonderheid van het document waaraan wordt getoetst, maar ook door het voorwerp van die toetsing. De toetsing van (een voorstel tot) een wet in formele zin aan de Grondwet versterkt de constatering dat toetsing aan de Grondwet vaak een proces van afweging impliceert waarbij niet alleen in het juridische domein gelegen factoren een rol spelen. Dat is met name het geval omdat, zoals Konijnenbelt schrijft, bij de vaststelling van een wet in formele zin recht en politiek elkaar op onontwarbare wijze ontmoeten.<sup>337</sup> Daarom is het zo dat in vele landen een afzonderlijk Constitutioneel Hof bestaat met een aparte benoemingsprocedure en een van de 'gewone' rechterlijke colleges afwijkende samenstelling. Waar het gaat om de gevallen waarin een constitutionele rechter een bindend oordeel geeft over een wet, komt daar nog een element bij. Het bijzondere karakter van de constitutionele toetsing komt niet alleen tot uitdrukking in de beoordeling van de grondwettigheid, maar evengoed en wellicht nog sterker in de te nemen beslissing nadat de wet in bepaalde gevallen ongrondwettig is geoordeeld. Welke maatregelen worden er in dat geval van de constitutionele rechter verwacht? Dat hangt af van het gekozen stelsel. Het Grondwettelijk Hof van België bijvoorbeeld, kan (delen van) een wet niet alleen buiten toepassing

<sup>336</sup> *Kamerstukken II 2007-2008*, 31 570, nr. 3.

<sup>337</sup> Konijnenbelt 2008, p. 65.

laten, maar ook vernietigen.<sup>338</sup> Niet zelden echter beperkt het Grondwettelijk Hof de reikwijdte van een vernietiging. Het arrest houdt dan een opdracht in aan de wetgever om binnen een bepaalde termijn in herstel te voorzien.<sup>339</sup>

Met de constatering dat de Grondwet met recht een uitzonderlijk document genoemd mag worden, is echter nog niet *zonder meer* gezegd dat de activiteit van grondwettelijke toetsing *over de gehele linie* wezenlijk anders is dan reguliere rechterlijke toetsing of toetsing in het kader van de advisering door de Raad van State aan andere bronnen van hoger recht. Dit lijkt zeker te gelden voor de klassieke grondrechten.

De *beide* deelonderzoeken tonen aan dat men met behulp van klassieke methoden van interpretatie – zoals de taalkundige, wethistorische, wets- en rechtssystematische en teleologische methoden – de Grondwet kan uitleggen.<sup>340</sup> Aan die methoden kan men vervolgens argumenten ontleen, en die moeten – voor zover ze niet in één richting wijzen – weer tegen elkaar worden afgewogen. Welk gewicht aan de verschillende argumenten wordt gegeven, is een vraag waarbij rekening zal moeten worden gehouden met de maatschappelijke werkelijkheid, de democratisch-rechtsstatelijke context waarbinnen de uitlegger zich beweegt en de internationale jurisprudentie. Kennis van de historische achtergrond en van de politieke (staatkundige) praktijk zijn essentieel bij constitutionele interpretatie, in het bijzonder bij institutionele bepalingen van de Grondwet.

Naar onze mening zal veel afhangen van de reikwijdte van grondwettelijke toetsing: of die alleen de (klassieke) grondrechten omvat, of ook andere grondwettelijke bepalingen. Waar het gaat om de toetsing van wetten in formele zin aan klassieke grondrechten kan worden gezegd dat deze behoren tot het type rechtsnormen waarmee de gewone rechter ervaring heeft opgedaan<sup>341</sup> en waar de rechter bovendien wordt 'gestuurd' door de internationale jurisprudentie inzake

<sup>338</sup> Zie ook hierna, paragraaf 5.

<sup>339</sup> Vgl. Grondwettelijk Hof van België 30 oktober 2008, arrest 140/2008.

<sup>340</sup> Deze bevindingen stemmen overeen met die in andere landen. Via het - besloten - forum van de Venetië Commissie lieten vertegenwoordigers van constitutionele hoven, gerechten met een equivalente jurisdictie en internationale mensenrechtenhoven weten alle (in meer of mindere mate) gebruik te maken van (bepaalde) klassieke (traditionele) methoden van interpretatie. Zie ook deel I.

<sup>341</sup> Vgl. ook de begrenzing aangebracht in het initiatiefwetsvoorstel Halsema tot wijziging van artikel 120 Gw.

mensenrechtenbepalingen. Het is anders wanneer de beperkingssystematiek van de klassieke grondrechten (verdragsconform: zie de delen I en II, maar met de daarbij in veel gevallen geldende beoordelingsruimte) een meer materiële inkleuring wordt gegeven, zoals de Raad van State thans in zijn advisering ook poogt te doen. Zulks geldt a fortiori wanneer de constitutionele toetsing zich zou uitstrekken tot sociale grondrechten of de meer institutionele bepalingen die in de Grondwet zijn opgenomen. Alsdan komt de rechter al sneller in de situatie dat hij een min of meer 'politieke' afweging moet maken omdat de rechtsnorm waaraan wordt getoetst minder scherponlijnde normatieve betekenis heeft. Wanneer toetsing van de wet in formele zin aan ongeschreven staatsrecht, rechtsbeginselen of zelfs staatkundige praktijk mogelijk zou worden gemaakt, geldt dat a fortiori. Bovendien doet zich in die gevallen de spanning met het primaat van de politiek ook nog op een andere wijze gevoelen. Wanneer voorstanders van rechterlijke constitutionele toetsing er op wijzen dat het uiteindelijk altijd de (grond)wetgever is die het laatste woord heeft, doordat de Grondwet bij een de wetgever onwelgevallige uitkomst nu eenmaal altijd – althans theoretisch omdat grondwetswijziging in Nederland moeilijk is en lang duurt – kan worden gewijzigd, kan dat in het geval van toetsing aan het ongeschreven constitutionele recht heel wat minder gemakkelijk worden gezegd.<sup>342</sup>

### 3 Verbeterpunten binnen de bestaande adviespraktijk van de Raad van State

#### 3.1 Inleiding

Alvorens in te gaan op mogelijkheden op de middellange en lange termijn tot versterking van de rol en betekenis van de Grondwet door middel van constitutionele toetsing, richt deze paragraaf de aandacht op verbeterpunten die op korte termijn kunnen worden gerealiseerd in de advisering door de Raad van State waar het constitutionele kwesties betreft. Wij doen dat tegen de achtergrond van de bevindingen die zijn opgedaan in het onderzoek dat is verricht in de delen I en II van dit project. Deze verbeterpunten zijn grosso modo in een drietal categorieën onder te verdelen. Allereerst zijn er verbeterpunten die betrekking hebben op de voorbereiding van het advies over de constitutionele kwestie binnen de Raad van State (§ 3.2). De tweede categorie heeft betrekking op de inhoud van het advies zelf en de kenbaarheid van de constitutionele toetsing

<sup>342</sup> Zie de conclusie genomen door A-G Mok bij het *Harmonisatiewet-arrest*, HR 14 april 1989, NJ 1989, 469.

zoals die door de Raad heeft plaatsgehad (§ 3.3). De derde, ten slotte, ziet op benutting van het bestaande instrumentarium dat de Raad ter beschikking staat om aan het constitutionele debat een bijdrage te leveren (§ 3.4).

### **3.2 Voorbereiding**

Wat betreft de voorbereiding van het advies over een constitutionele kwestie onderstrepen de delen I en II van dit project dat voor adequate aandacht voor de Grondwet een uitdrukkelijke, brede voorbereiding van groot belang is.

In beide rapporten wordt er de nadruk op gelegd dat toetsing aan de Grondwet weliswaar plaats vindt in het kader van de juridische toets, maar dat deze toets, zoals we in paragraaf 2 hebben betoogd, meeromvattend is. We hebben ook gezien dat toetsing aan de Grondwet soms wordt verricht in het kader van de beoordeling van de opportuniteit van het wetsvoorstel.

Van groot belang in het kader van de voorbereiding is dat er voldoende aandacht is voor het in kaart brengen van verschillende interpretaties door zoveel mogelijk methoden van interpretatie te volgen. Van belang is vroegtijdig de verschillende wijzen van interpretatie te onderkennen om aldus te voorkomen dat één of enkele ervan ondergesneeuwd raken in de verdere voorbereiding van het advies. Daartoe werd in deel I van het onderzoek reeds de zogenaamde 'waaier-werkwijze' ontwikkeld, waarbij in de voorbereidingsfase reeds verschillende wijzen van interpretatie worden beproefd. Voor het onderzoeksrapport in deel II hebben we enkele adviezen gezien waarin de waaier-werkwijze merkbaar was toegepast.

In dit verband willen we wijzen op een ontwikkeling die sindsdien binnen de Raad van State is ingezet. Bij de voorbereiding van adviezen – alsook van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak – kan een preadvies worden ingewonnen over constitutionele vragen bij het in februari 2009 ingestelde Constitutioneel Beraad. Het Constitutioneel Beraad stelt deze niet-bindende preadviezen op ten behoeve van de afdeling die met de voorbereiding van het advies is belast. Zo kunnen de in het Beraad aanwezige constitutionele kennis en gegeven beoordeling reeds in een vroeg stadium in de voorbereiding van het uiteindelijke advies worden betrokken.

Voor zowel het hanteren van de 'waaier-werkwijze' als de waarde van een preadvies van het Constitutioneel Beraad is vroegtijdige signalering van constitutionele vragen zeer belangrijk. De rapporteur en de medewerker die het voortouw nemen bij de voorbereiding hebben hier een bijzondere rol. Mechanismen die bevorderen dat bij binnenkomst van een adviesaanvraag al snel wordt bezien of

het dossier constitutionele vragen opwerpt van zodanig aard dat deze een bijzondere voorbereiding verdienen, zijn dan ook essentieel.

### **3.3 Helderheid, richtinggevendheid en motivering**

De kwaliteit van de constitutionele toetsing in het wetgevingstraject is de optelsom van de inbreng van alle actoren tezamen, met inbegrip van de Raad van State. De kwaliteit van de constitutionele toetsing lijkt over de hele linie gezien te zijn gebaat bij een meer geprononceerde advisering door de Raad van State. Uit het onderzoek voor de delen I en II blijkt dat de argumentatie van de Raad van State voor een bepaalde adviesopmerking thans niet steeds kenbaar is uit de tekst van het advies zelf. In bepaalde gevallen is dat echter wel wenselijk, juist omdat uitleg een kwestie van interactie is. Ook voor de Raad van State als adviseur geldt dat voor de legitimatie van zijn positie en voor de overtuigingskracht van zijn adviezen een kenbare en draagkrachtige motivering van groot belang is, hoe lastig dat soms misschien ook is voor een meerkoppig adviescollege dat zoveel mogelijk met één stem wil spreken.

Wat in een eerder onderzoeksrapport van de Raad van State is geconcludeerd ten aanzien van de motivering van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State,<sup>343</sup> geldt in zekere zin ook voor de Raad van State als adviseur: soms kan hij met een minder uitvoerige motivering volstaan, maar andere keren is er juist behoefte aan een richtinggevend advies met een diepgaande motivering. Van welke factoren is dit afhankelijk? Het in de delen I en II verrichte onderzoek biedt voor de beantwoording van deze vraag enkele aanknopingspunten. Daarbij kan men denken aan de gevallen waarin de Raad een opmerking maakt op een punt waaraan de indieners nog geen aandacht hebben besteed, of nadrukkelijk een andere richting kiest dan de indiener van het wetsvoorstel. Dan ligt een diepgaande motivering – in het laatste geval: idealiter met een confrontatie van argumenten – voor de hand. In sommige gevallen is er naast een diepgaande argumentatie ook behoefte aan een in zekere zin richtinggevend advies van de Raad. Daarbij lijkt het vooral te gaan om constitutionele aspecten die nog niet eerder zijn opkomen of die naar het oordeel van de Raad reeds enige tijd voor misverstanden zorgen in de legislatieve of staatkundige praktijk. Wij zijn er voorstander van dergelijke aspecten die uitdrukking geven aan de behoefte aan een kenbare, draagkrachtige motivering en onder omstandigheden aan een richtinggevend advies, in de voorbereiding van het advies nadrukkelijker te betrekken.

<sup>343</sup> J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming* (Studies en rapporten 1), Den Haag: Raad van State 2009.



### 3.4 Instrumentarium: onverplichte adviezen en voorlichting

De Raad van State vormt een belangrijke schakel in de keten van constitutionele toetsing van voorstellen van wet. Hij doet dat in de eerste plaats bij de uitoefening van zijn reguliere adviestaak op basis van de artikelen 73 van de Grondwet j<sup>o</sup> 15 en 15a van de Wet op de Raad van State. Maar de adviestaak van de Raad van State reikt verder. Hij heeft als adviesorgaan van de Kroon een belangrijke rol waar het gaat om het in stand houden van het democratisch en rechtsstatelijke besef dat nodig is voor het goed functioneren van onze democratische rechtsstaat. De wetgever heeft dit onderkend door in artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State afdelingen van de Raad tot taak te geven ministers op hun verzoek van voorlichting te dienen in zaken van wetgeving en bestuur. In vroeger tijden heette dit om *bericht en raad* vragen. Dit instrument is ook geschikt voor het voorlichten van de beide kamers der Staten-Generaal over constitutionele kwesties, een mogelijkheid waarin de gewijzigde Wet op de Raad van State zal voorzien. Een vrij recent voorbeeld van voorlichting over constitutionele vragen betrof het verzoek van de staatssecretaris van Defensie aan afdeling II van de Raad van State hem van voorlichting te dienen in verband met de beoogde aanschaf van de Joint Strike Fighter (JSF). Het verzoek betrof de manier waarop de Tweede Kamer invulling zou kunnen geven aan haar controlerende functie, rekening houdende met de afwegingen en de besluiten van de regering die gemaakt zijn bij het besluit informatie over de vervanging van de F-16 niet openbaar te maken en ook niet vertrouwelijk aan de Kamer te willen overleggen.<sup>344</sup> Langs deze weg kan (een afdeling van) de Raad ook bijdragen aan het goede verloop van het democratisch-rechtsstatelijk proces.

Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de mogelijkheid tot het uitbrengen van een onverplicht advies door de Raad. Ingevolge artikel 15, tweede lid, van de Wet op de Raad van State hoort de regering de Raad over alle zaken waaromtrent zij dat nodig oordeelt. Een voorbeeld van een bij uitstek constitutioneel advies vormt het onverplicht advies dat de Raad van State heeft uitgebracht inzake opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet.<sup>345</sup> Zowel bij voorlichting als bij onverplichte adviezen ligt het initiatief bij de regering.<sup>346</sup> Dit is anders voor adviezen die tot stand komen op grond van artikel 16, tweede lid, van de Wet op de Raad van State. In deze bepaling heeft de wetgever de Raad de bevoegdheid gegeven voordrachten te doen omtrent onderwerpen van wetgeving

<sup>344</sup> Voorlichting van een afdeling van de Raad van State van 15 april 2009, W07.09.0103/II.

<sup>345</sup> Onverplicht advies van de Raad van State van 14 april 2008, W04.08.0031/II/B.

<sup>346</sup> En in de toekomst wellicht ook bij de beide kamers der Staten-Generaal.

of bestuur, waaromtrent hij het doen van voorstellen van wet of het uitvaardigen van algemene maatregelen van bestuur wenselijk acht. Ook door middel van een ongevraagd advies heeft de Raad de mogelijkheid om de aandacht te vestigen op constitutionele vragen die naar het oordeel van de Raad nadere doordenking behoeven. Deze bevoegdheid sluit aan bij de taak van de Raad van State om nadrukkelijk bij te dragen aan het constitutionele fundament van onze democratische rechtsstaat.

Naast geprononceerder adviseren over de constitutie zou de Raad nog meer dan thans het geval is daar onverplicht - en zo nodig: ongevraagd - over kunnen en moeten adviseren. Ook het instrument van voorlichting kan een belangrijke rol spelen, zeker wanneer in de toekomst de kamers der Staten-Generaal daar om zullen vragen. Deze mogelijkheden vragen een adviespraktijk van de Raad waarin de constitutionele toetsing, meer nog dan nu, een centrale plaats heeft.

## **4 Versterkingsmogelijkheden - binnen het bestaande constitutionele kader**

### **4.1 Inleiding**

In paragraaf 5 zullen enkele globale vergezichten worden getoond die niet voor niets als zodanig worden gekarakteriseerd. Het betreft alle varianten waarvoor een meer of minder ingrijpende grondwetswijziging nodig is. Daarvoor moeten die modellen nader worden uitgewerkt en moet voor de wijzigingen een breed draagvlak worden gevonden. Daarom bestaat er tegelijkertijd de verplichting na te denken over hoe binnen de bestaande constitutionele kaders tot een versterking van de constitutionele toetsing in het wetgevingstraject kan worden gekomen. In de vorige paragraaf zijn tegen de achtergrond van de bevindingen uit de delen I en II van dit onderzoek enkele aanbevelingen gedaan voor de adviespraktijk van de Raad van State op korte termijn. De meest voor de hand liggende bijdrage bestaat er uiteraard in om de advisering zoals zij thans plaats vindt, zo goed mogelijk te verrichten, zodat regering en Staten-Generaal er niet, of althans niet zonder goede argumenten, omheen kunnen. Dat betekent in de eerste plaats dat de toetsing aan de Grondwet met meer nadruk moet worden verricht. Ten aanzien van de huidige advisering hebben wij moeten constateren dat de grondwetsbepalingen veelal opgaan in de toetsing aan analoge internationaalrechtelijke bepalingen, waarover in ruimere mate jurisprudentie voor handen is. Tevens is het van groot belang dat het advies van de Raad van State goed wordt gemotiveerd.

Waar nodig breed – dat wil zeggen: richtinggevend – en diep. Daarbij is ook de stijl van de motivering, zoals wij in de delen I en II hebben gezien, niet onbelangrijk. Hoe duidelijker en beter gemotiveerd het standpunt van de Raad van State naar voren wordt gebracht, hoe meer gezag zijn advies zal hebben in het verdere wetgevingsproces en bij de latere interpretatie van de wet door de rechter en – indirect – bij diens toetsing aan het internationale recht. Daarnaast is het ook van belang meer nadruk te leggen op de mogelijkheid van het uitbrengen van onverplichte adviezen over constitutionele kwesties en het geven van voorlichting daarover aan de beide kamers der Staten-Generaal.

Deze voorstellen bieden echter geen garantie voor een versterkte rol van het advies van de Raad van State. De regering en het parlement kunnen het advies van de Raad immers – al dan niet goed gemotiveerd – naast zich neerleggen, zonder dat er een uitdrukkelijke of stilzwijgende constitutionele toets voor het advies van de Raad in de plaats komt. Wij vragen ons af of dit zo gelukkig is, willen we de rol van de Raad van State als toetsers a priori serieus nemen. We zijn geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden en deze neiging wordt sterker naarmate vaker moet worden geconstateerd dat het rechtstatelijk en democratisch besef op het niveau van de wetgever afneemt.<sup>347</sup> Om die rol van de Raad van State te versterken zouden op de middellange termijn meer procedurele waarborgen nodig zijn. Daarbij denken wij in een viertal richtingen.

- De eerste betreft een (regeling voor een) verzwaarde motiveringsplicht door de regering.
- De tweede betreft een in het verlengde van de eerste liggende mogelijkheid om opnieuw advies aan de Raad te vragen.
- De derde zou er uit bestaan dat elk van beide kamers der Staten-Generaal de bevoegdheid krijgen een constitutionele kwestie, eventueel voorzien van specifieke vragen, aan de Raad van State voor te leggen.
- De vierde zou er uit kunnen bestaan dat de Raad van State op een eerder moment in het wetgevingstraject, nog voordat de ministerraad bijeenkomt, wordt geconsulteerd.

<sup>347</sup> Zie in dit verband: H.D. Tjeenk Willink, 'Professionaliteit van de rechter in de veranderde democratische rechtsstaat. Enige reflecties naar aanleiding van het Bos van Schinveld', in: *Mijnheer de voorzitter...* (Liber amicorum A.H. van Delden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 3-22.

Het gaat hier om voorstellen die deels in combinaties denkbaar zijn, maar waaruit deels ook een keuze zal moeten worden gemaakt omdat niet goed denkbaar is dat zij naast elkaar kunnen bestaan. In de laatste paragraaf van dit essay zullen wij, waar dat nodig is, keuzen maken. In alle gevallen gaat het nog steeds om een toetsing *ex ante*.

#### **4.2 Verzwaarde motiveringsplicht voor de regering (optie 1)**

Uit het onderzoek in de delen I en II blijkt het belang van interactie tussen de betrokken partners in het wetgevingstraject. Deze constitutionele dialoog versterkt de betekenis die aan constitutionele beginselen en de in de Grondwet opgenomen bepalingen in het wetgevingsproces toekomt. Als uitvloeisel van het in de vorige delen verrichte onderzoek menen wij dat de dialoog langs verschillende lijnen kan worden versterkt. Eerst en vooral denken wij daarbij aan de relatie tussen de regering en haar adviseur. Met name wanneer de Raad meer dan thans reeds het geval is, zijn aandacht richt op de motivering van zijn adviezen, mogen er ook zwaardere eisen worden gesteld aan de motivering in het nader rapport. Dat is met name het geval wanneer de regering wenst af te wijken van een goed gemotiveerd advies van de Raad van State. In dat geval mag worden verlangd dat in het nader rapport niet wordt volstaan met het formuleren van argumenten die het eigen standpunt van de regering ondersteunen; de redenering zal er in zo'n geval ook nadrukkelijk blijf van moeten geven kennis te hebben genomen van de argumenten van de Raad van State en waar mogelijk met die argumenten het debat aan te gaan. Een dergelijke verzwaarde motiveringsplicht zou moeten gelden in de gevallen waarin de Raad gemotiveerd heeft geconcludeerd dat er sprake is van schending van of althans spanning met de Grondwet of andere constitutionele beginselen. Dit heeft ook consequenties voor de wijze van advisering door de Raad: de toetsing aan de Grondwet of andere constitutionele beginselen zal tegen de geschetste achtergrond met meer nadruk moeten worden verricht. In sommige gevallen kan de Raad echter niet veel verder gaan dan de opmerking maken dat de toelichting nog onvoldoende duidelijk is, of een bepaalde element in de argumentatie ontbreekt. In die gevallen zou kunnen worden gedacht aan een uitdrukkelijk advies om de kwestie opnieuw aan de Raad van State voor te leggen, nadat de regering zich erover heeft uitgelaten. Zie hierover hierna in § 4.3.

Iets anders ligt het mogelijk in het geval van een initiatiefwetsvoorstel waarin constitutionele aspecten een rol spelen. De Raad pleegt aan zijn advisering ten aanzien van initiatiefwetsvoorstellen geen dictum te verbinden. Wij werpen de vraag op of dat ook in het geval van een constitutionele kwestie onder alle

omstandigheden nog zo moet zijn. Met name wanneer er constitutionele spanningen worden geconstateerd door de Raad zal hij die in zijn advies melden en mag een dictum of een eenduidige conclusie van de Raad worden verwacht. In elk geval mag ook bij initiatiefwetsvoorstellen worden verwacht dat, als het voorstel ondanks de kritische opmerkingen van de Raad toch wordt voortgezet, voldoende duidelijk wordt gemaakt in de toelichting dat men zich rekenschap heeft gegeven van de argumenten van de Raad en dat met die argumenten ook het debat wordt aangegaan.

#### **4.3 De regering legt een vraag opnieuw aan de Raad van State voor (optie 2)**

In het verlengde van het stellen van zwaardere eisen aan de motivering in het nader rapport zou het naar onze mening wenselijk zijn dat de regering, als een advies met een negatief dictum is uitgebracht of als het er naar uitziet dat de Raad aan een negatief dictum niet ontkomt, een nieuw advies aan de Raad vraagt of nadere vragen door de Raad worden gesteld. Wij denken dan met name aan de gevallen waarin in het kader van de advisering door de Raad een vraag naar de grondwettigheid aan de orde komt die in de toelichting bij het wetsvoorstel, zoals dat aan de Raad is voorgelegd, niet is besproken of naar het oordeel van de Raad onvoldoende is besproken. Een afspraak dat de Raad zich over een bijgestelde memorie van toelichting nogmaals uit kan laten, lijkt in die gevallen een aantrekkelijke optie om de constitutionele toetsing te versterken. Een tweetal varianten is in de uitwerking hiervan denkbaar.

##### *A 'Informeel wetgevingslus'*

In artikel 15 van de Wet op de Raad van State wordt bepaald dat de regering de Raad hoort over voorstellen van wet door de regering aan de Staten-Generaal te doen. Deze bepaling staat naar onze mening niet in de weg aan een zogenaamde 'informele wetgevingslus'. Een verplichting daartoe voor de regering kan aan genoemde bepaling niet worden ontleend. Dat is wellicht ook niet noodzakelijk. Heel goed denkbaar is dat op basis van werkafspraken tussen de regering en haar adviseur een praktijk tot stand wordt gebracht waarbij in constitutionele kwesties de regering een naar aanleiding van opmerkingen van de Raad aangepaste toelichting 'opnieuw' aan de Raad om advies voorlegt. De gedachte is dat bijvoorbeeld door middel van een artikel 22 (Wet RvS)-overleg en daarna schriftelijk bevestigd nadere vragen worden gesteld aan de regering en dat het uitbrengen van het advies wordt opgeschort tot het moment dat op die vragen een antwoord – mogelijk in de vorm van een aangepaste memorie van toelichting – is verkregen. Het horen van de Raad van State wordt dan

vervolgens geacht mede betrekking te hebben op de aangepaste memorie van toelichting. Het is een figuur die vergelijkbaar is met die van de 'bestuurlijke lus' zoals we die kennen uit de bestuursrechtspraak. Hoe dient een dergelijke 'lus' te worden uitgewerkt? Het Reglement van orde voor de ministerraad (RvO Ministerraad) bepaalt thans in artikel 4, tweede lid, sub a, 1°:

”Te dien einde beraadslaagt en besluit de raad onder meer over: de voorstellen van rijkswet en van wet en de ontwerpen van algemene maatregelen van rijksbestuur en van bestuur alvorens deze aan de Raad van State van het Koninkrijk respectievelijk de Raad van State worden aangeboden, alsmede over de consequenties van de ter zake door de Raad van State van het Koninkrijk respectievelijk de Raad van State uitgebrachte adviezen, indien deze ingrijpende kritiek op de inhoud of de vormgeving van het voorstel of ontwerp bevatten.”

Voorstelbaar is dat genoemde bepaling in die zin wordt aangevuld dat daarin wordt opgenomen dat de ministerraad, in het geval de Raad van State om een nadere toelichting vraagt op een constitutioneelrechtelijke punt, hierover beraadslaagt en op de door de Raad van State gestelde vragen een antwoord doet uitgaan eventueel namens de eerstbetrokken minister.

#### *B Een tweede advies door de Raad van State*

In de gevallen waarin de Raad van State (flagrante) strijd met de Grondwet constateert, zouden wij ons kunnen voorstellen dat de Raad van State het advies niet opschort, maar wel een advies uitbrengt en daarmee de ministerraad conform artikel 4, tweede lid, sub a, 1° van de RvO Ministerraad uitnodigt te beraadslagen en te besluiten ter zake van dat advies. Het zou naar onze mening wenselijk zijn dat een naar aanleiding daarvan gewijzigd wetsvoorstel en/of aangepaste memorie van toelichting 'opnieuw' aan de Raad van State voor advies wordt(en) voorgelegd.<sup>348</sup> In dat geval is er geen sprake van een 'lus', maar van een extra ronde waarin de Raad van State voor een tweede maal een advies over dezelfde kwestie uitbrengt. Wat betreft de uitwerking zou tegen die achtergrond een aanpassing van artikel 4, tweede lid, sub a, 1° van de RvO Ministerraad wenselijk zijn in die zin dat de ministerraad zich in een dergelijke geval verbindt 'opnieuw'

<sup>348</sup> Besluit de regering naar aanleiding van het advies van de Raad van State waarin vanuit constitutioneelrechtelijk perspectief ingrijpende kritiek wordt geleverd op het wetsvoorstel als bedoeld in artikel 4, tweede lid, sub a, 1° RvO Ministerraad bij haar standpunt te blijven, dan heeft naar onze mening de in optie 1 beschreven verzwaarde motiveringsplicht te gelden.

advies aan de Raad van State te vragen. Een andere mogelijkheid zou zijn bij constitutionele kwesties altijd een artikel 22-overleg te laten plaats hebben.

#### **4.4 Bevoegdheid van elk van beide kamers der Staten-Generaal om een kwestie aan de Raad voor te leggen (optie 3)**

In het verlengde van het stellen van zwaardere eisen aan de motivering in het nader rapport zou het naar onze mening wenselijk zijn dat elk van beide kamers van de Staten-Generaal de bevoegdheid heeft om een kwestie, eventueel voorzien van specifieke vragen, aan de Raad van State voor te leggen. Wij menen dat daaraan met name dan behoefte bestaat, wanneer de regering het advies van de Raad van State niet heeft gevolgd en de Staten-Generaal zich daarbij niet zonder meer wenst aan te sluiten. Hetzelfde heeft te gelden wanneer bij de parlementaire behandeling van een wetsvoorstel of een voorstel tot goedkeuring van een verdrag een vraag naar de grondwettigheid opkomt die noch in de memorie van toelichting noch in het advies van de Raad van State aan de orde is gesteld, of naar het oordeel van de desbetreffende Kamer daar niet genoegzaam is uitgewerkt. Ook denken wij aan de gevallen waarbij in de Tweede Kamer een amendement wordt aangenomen dat mogelijk constitutionele implicaties heeft.

Het voorstel voor de wet herstructurering van de Raad van State maakt dat mogelijk. Het voorstel voorziet in een mogelijkheid voor elke der kamers der Staten-Generaal – bij amendement ingevoegd – om tijdens de parlementaire behandeling van een wetsvoorstel zonder tussenkomst van de Kroon en bij gewone meerderheid om voorlichting aan – wat thans nog wordt genoemd: een afdeling van – de Raad van State te vragen. Artikel 21a, eerste lid, bepaalt: *”De Afdeling advisering dient op verzoek Onze Ministers dan wel een van beide kamers der Staten-Generaal van voorlichting in aangelegenheden van wetgeving en bestuur.”*<sup>349</sup>

#### **4.5 Betrokkenheid Raad van State op een eerder moment in het wetgevingstraject (optie 4)**

Het lijkt zinvol dat de regering in belangrijke gevallen de Raad van State reeds aan het begin van de wetgevingsketen in de gelegenheid stelt opmerkingen te maken over de constitutionele aanvaardbaarheid van het beoogde wetsvoorstel. Daarbij denken wij aan een moment dat is gelegen vóór de bespreking van het voorstel in de ministerraad of in de vorm van een advies over een nota of vraag van de regering. Op dat moment kan de constitutionele rationaliteit immers nog ten volle een rol spelen bij het tot stand brengen van het wetsvoorstel;

veranderingen zullen op dat moment eenvoudiger te realiseren zijn dan aan het eind van het traject. Voorbeelden waarin de Raad van State reeds in een vroegtijdig stadium in het wetgevingstraject betrokken is geweest, vormen onder meer de onverplichte adviezen naar aanleiding van de nota over de plaatsing van kruitsvluchtwapens en de contourennota over de instelling van een Raad voor de rechtspraak.

Deze vroegtijdige betrokkenheid behoeft geen inbreuk te betekenen op de positie van de Raad als laatste adviseur van de regering. De Raad kan immers de minister van voorlichting dienen of ongevraagd advies uitbrengen.<sup>350</sup> Ook het artikel 22-overleg kan hier gelet op de tekst wellicht een rol spelen.

## 5 Vergezichten - ook voorbij het bestaande constitutionele kader?

### 5.1 Inleiding

Binnen de context van dit essay is de focus primair gericht geweest op de rol van de Raad van State. Bij het onderzoeken van mogelijkheden tot versterking van grondwettelijke toetsing hebben we ons eerst in paragraaf 3 gericht op hetgeen op korte termijn binnen de Raad in het kader van de advisering zou kunnen worden bewerkstelligd: hoe kan én meer aandacht voor de Grondwet en constitutionele beginselen worden gerealiseerd bij de voorbereiding van adviezen, én sterker worden gemotiveerd in het kader van de advisering. In paragraaf 4 hebben we ons gericht op wat binnen het bestaande constitutionele kader op middenlange termijn de mogelijkheden voor versterking van constitutionele toetsing zijn en welke rol de Raad daarbij kan spelen. Dit durfden we aan, omdat de uitkomsten van onze deelonderzoeken lieten zien, en recente ontwikkelingen binnen de Raad aantonen,<sup>351</sup> dat de Raad zich inspant om deze rol in de toekomst nadrukkelijker te vervullen.

In deze vijfde paragraaf durven wij, zij het met enige voorzichtigheid, nog een stapje verder te gaan, voortbordurend op deze versterkingsmogelijkheden: niet, overigens, om vooruit te lopen op wat kan zijn als de Raad als adviseur zijn pad van verbetering en versterking vervolgt; wel omdat we ons realiseren dat

<sup>350</sup> Zie de artikelen 18, tweede lid, en 16, tweede lid, Wet RvS en § 3.4.

<sup>351</sup> Gedoeld wordt op preadvisering door het Constitutioneel Beraad, zie ook paragraaf 3 en het *Jaarverslag 2009*.



sommige in paragraaf 4 benoemde opties – berustend op afspraken tussen wetgever en Raad – de grondwettelijke grenzen zeer dicht kunnen naderen. Daarom opent deze laatste paragraaf enige vergezichten – voorbij het bestaande constitutionele kader. Omdat in het voorafgaande de Raad van State centraal staat, vanuit de gedachte dat een schoenmaker zich het best bij zijn eigen leest kan houden, zal dat ook in deze vergezichten het geval zijn. Als het vervolg van deze paragraaf associaties oproept met een *oratio pro domo*, dan is dit de verklaring.

De opties 1 tot en met 4 uit paragraaf 4 betreffen alle versterking van *ex ante* abstracte constitutionele toetsing. Ons eerste en belangrijkste vergezicht zal dan ook gericht zijn op abstracte toetsing. We doen dit mede op basis van rechtsvergelijkende inzichten die wij in het kader van dit onderzoek hebben opgedaan. Daarnaast willen we echter afzonderlijk ingaan op constitutionele toetsing in concreto. Uit deel I volgt immers dat de rechter bij de uitleg van grondrechten een actor van betekenis is. Bij constitutionele toetsing in concreto verschuift het perspectief: niet de abstracte norm ligt voor, maar een concrete overheids-handeling. We menen in het licht van hetgeen we hebben geschreven in paragraaf 2 dat, mocht wijziging van artikel 120 van de Grondwet op enig moment worden gerealiseerd, met name *geconcentreerde* constitutionele toetsing nog nadere doordinking verdient.<sup>352</sup> Daarbij speelt een rol dat constitutionele toetsing in wezen iets anders lijkt dan reguliere toetsing door de (gewone) rechter. Ook op dit punt stellen we een experimentele benadering voor: eerst bezien wat binnen het bestaande constitutionele kader mogelijk is, maar met in het achterhoofd hoe mogelijkheden toenemen mocht het initiatiefwetsvoorstel Halsema ook de grondwettelijk vereiste tweede lezing doorstaan.

## 5.2 Toetsing in abstracto – eerste vergezicht

De huidige advisering door de Raad van State is een vorm van abstracte toetsing van het wetsvoorstel op zijn constitutionele aanvaardbaarheid.<sup>353</sup> Het is denkbaar dat een instantie de bevoegdheid wordt verleend om een bindend constitutioneel oordeel te geven over het wetsvoorstel, nadat het door beide Kamers der Staten-Generaal is goedgekeurd. Een dergelijke constitutionele toetsing in abstracto kan zowel voor (*ex ante*) als na (*ex post*) afkondiging van een wet plaats vinden. Deze vormen van constitutionele toetsing hebben onmiskenbaar een aantal voordelen.

<sup>352</sup> Vgl. ook het advies van de Raad van State inzake opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet: “Onderzocht zou kunnen worden of een toetsingsbevoegdheid zou moeten worden opgedragen aan een onafhankelijke rechter, waarbij te denken valt aan een constitutioneel hof.”

<sup>353</sup> Zie ook § 2.2.

Ze dienen het ideaal van eenheid van interpretatie en bevorderen de dynamiek in uitleg door staatsinstellingen. Dit geldt zowel voor toetsing voor afkondiging van de wet, als ook voor toetsing in een later stadium. Bij deze laatste variant laat de Belgische praktijk bij het Grondwettelijk Hof zien dat er behoefte bestaat aan het voorschrijven van enige termijn waarbinnen het beroep dient te worden ingesteld.<sup>354</sup> Ook behoort in die variant naar onze mening de mogelijkheid te bestaan de reikwijdte en de gevolgen van een vernietiging enigermate te beperken. Men zou kunnen tegenwerpen dat toetsing in abstracto weinig toevoegt. De wetgever - en in diens kielzog: zijn belangrijkste adviseur - zou eenvoudig zijn werk goed (beter) moeten doen.<sup>355</sup> Voorts zou men kunnen stellen dat een bindend oordeel het debat tussen bij de uitleg van de Grondwet betrokken actoren eerder neerslaat dan goed doet.

Over de voor- en nadelen van abstracte toetsing kan men eindeloos discussiëren. Zou het echter niet nuttig zijn een praktische benadering te kiezen en eerst te werken aan verbeterpunten en versterkingsmogelijkheden? Naar aanleiding van opgedane ervaringen met verschillende gradaties van binding, kan in de toekomst wellicht een beter beeld worden gevormd over nut en noodzaak van een (hard) bindend oordeel over een wet(svoorstel).

Vanuit deze gedachte van een zich langzaam evoluerend model lijkt het vergezocht dat ons ooit door Van der Hoeven is voorgehouden, niet onaantrekkelijk.<sup>356</sup> Hij pleitte ervoor om de toetsing van de grondwettigheid van wetsvoorstellen in abstracte vorm preventief op te dragen aan de Raad van State. Anders dan thans het geval is, zou de Raad gedurende het wetgevingsproces een bindend oordeel geven over de grondwettigheid. Van der Hoeven voerde daartoe aan: *"Ongetwijfeld heeft enerzijds de Raad van State, in plenaire zitting, meer affiniteit tot de juridische merites van grondwetsproblematiek in wetgevend perspectief, dan de rechter en anderzijds staat hij vrijer tegenover de politiek van de dag dan het kabinet en het parlement."* De huidige Grondwet en het constitutionele kader waaraan onze Grondwet uitdrukking geeft, laat voor een dergelijk formeel-bindend oordeel geen ruimte. Grondwetswijziging op dit punt is in dat geval noodzakelijk. Advisering, zoals

<sup>354</sup> In België verricht het Grondwettelijk Hof *ex post* een abstracte grondwettigheidstoets bij vernietigingsberoepen ingesteld binnen zes maanden na afkondiging van de wet.

<sup>355</sup> Dan zou men wat de laatste betreft niet verder willen denken dan verbeterpunten van het type zoals gepresenteerd in paragraaf 3.

<sup>356</sup> J. van der Hoeven, 'Toetsen aan de Grondwet. Hoe en door wie?' (rede uitgesproken na ontvangst van de Thorbeckepenning op 22 maart 1991), *NJB* 1991, p. 784-787, p. 787.

thans grondwettelijk geschiedt door de Raad van State, is immers nimmer bindend, hoe zwaarwegend een advies voor de geadviseerde ook kan zijn.<sup>357</sup>

Een bindend oordeel zou in de plaats kunnen treden van het advies. Dat lijkt echter geen goede optie. Het reguliere advies is immers zoveel meer omvattend dan alleen constitutionele toetsing en wordt bovendien gegeven op een moment dat het parlement zich nog niet heeft kunnen uitspreken. Denkbaar zou zijn dat naast de advisering door de in het wetsvoorstel herstructurerende Raad van State voorziene Afdeling advisering van de Raad van State, na goedkeuring van het wetsvoorstel door beide Kamers der Staten-Generaal doch voor de bekrachtiging van de wet, de Raad of een onderdeel van de Raad, de bevoegdheid krijgt om een bindend oordeel uit te spreken over de grondwettigheid ervan. We kunnen ons voorstellen dat een daartoe strekkend verzoek zou kunnen worden gedaan door de regering of een meerderheid van elk van de kamers der Staten-Generaal. Het belang van een dergelijke toetsing is met name gelegen in de omstandigheid dat gedurende het wetgevingstraject bepaalde aspecten naar voren komen waarmee op het moment van de advisering nog geen rekening kon worden gehouden: niet zozeer bij amendementen, maar vooral ook in de gevallen waarin bepaalde kwesties pas in de parlementaire behandeling naar voren komen, zoals bijvoorbeeld het geval was bij de behandeling van het wetsvoorstel openstelling huwelijk, toen de problematiek van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar zich pas in de parlementaire fase manifesteerde.<sup>358</sup> De Raad of een onderdeel van de Raad zou, voordat de wet in werking treedt, om een bindend oordeel kunnen worden gevraagd. Wij zien deze bindende beoordeling primair als een onderdeel van het wetgevingsproces en niet als een onafhankelijke rechterlijke procedure. Om die reden zou het naar onze mening dan ook moeten gaan om een preventieve toets die uitsluitend door de bij het wetgevingstraject betrokken instituties kan worden gevraagd. De Raad zal, wanneer naast de reguliere *advisering* ook een *bindend oordeel* kan worden gegeven, feitelijk als een constitutionele raad functioneren.

Een adviescollege en een beslissend college zullen echter vragen om verschillende procedures voor samenstelling; daar hebben we in paragraaf 2 op gewezen;

<sup>357</sup> De term 'advisering' als zodanig vindt men in de Grondwet niet terug. De Raad van State of een afdeling van de Raad wordt gehoord over voorstellen van wet. Zie ook hiervoor, paragraaf 2.

De Grondwetgever hanteert de term 'advisering' overigens wel in de parlementaire geschiedenis. Naar normaal spraakgebruik betekent adviseren 'het meedelen van een opvatting'. Dit strookt met de uitleg van dit deel van zijn taak die de Raad in de tijd heeft gegeven.

<sup>358</sup> Advies Raad van State van 23 maart 1999, W03.98.0593, zie deel I.

parlementaire medezeggenschap bij de benoeming van hen die bindende constitutionele oordelen geven, ligt in de rede.

Anno 2010 is niet ondenkbaar dat de Raad van State op termijn een rol kan spelen bij een vorm van bindende constitutionele toetsing, zeker wanneer de praktijk ten aanzien van constitutionele toetsing nog verder versterkt wordt.<sup>359</sup> Als Hoog College van Staat zou de Raad qua samenstelling en ervaring naar onze mening geschikt kunnen zijn voor deze taak. De Raad van State treedt ook als (regulier) adviseur steeds in enigerlei mate in dialoog met de wetgever. Bij abstracte constitutionele toetsing is de dialoog met de wetgever zeer belangrijk. Een zodanig oordeel moet voor de wetgever begrijpelijk en acceptabel zijn. Dit vergt continuïteit en constitutionele *know-how*: naast een degelijke juridische toetsing ook invoelbaarheid van de staatkundige praktijk en de maatschappelijke context. Van der Hoeven schreef daarom in 1991: *”Het beslissen over de grondwettigheid van een formele wet is een werkzaamheid, die weliswaar niet identiek is met wetgevende arbeid, maar toch daarmee zeer verwant is en dicht daarbij komt. Inderdaad is daarin duidelijk een politiek element aanwezig. Zij het dan ook politiek in meer fundamentele zin dan de dagelijkse incidentele regerings-, coalitie- en partijpolitiek. Met dat feit moet terdege rekening worden gehouden bij het zoeken naar een oplossing.”*<sup>360</sup>

Een bindend constitutioneel oordeel van een onderdeel van de Raad van State typeren wij als een vergezicht. Niet alleen omdat daarvoor een wijziging van de Grondwet is vereist, maar ook omdat het verstandig lijkt allereerst met de in paragraaf 4 ontwikkelde opties ervaring op te doen. In dat verband verdient het aanbeveling in te gaan op de vraag tot op welke hoogte vormen van zelfbinding van de wetgever geoorloofd zijn binnen de grenzen van het bestaande constitutionele bestel. Er zijn daarbij verschillende modaliteiten denkbaar, bijvoorbeeld wel zelfbinding van de regering, maar niet van de kamers der Staten-Generaal. Deze laatste vorm van zelfbinding zou op gespannen voet staan met een grondbeginsel van ons constitutionele recht. Verzaakt het parlement immers niet zijn constitutionele plicht door zelfbinding aan te gaan? Men kan betogen dat het een beslissing die constitutioneel uitsluitend bij hem ligt niet aan een andere, niet-gekozen institutie over kan en mag laten. Een absolute zelfbinding lijkt zo op bezwaren te stuiten; analoog aan de procedure van benoeming van burgemeesters, moet het mogelijk blijven in bepaalde gevallen van het advies van de Raad af te wijken, de zogenaamde 'zelfbinding tenzij'.

<sup>359</sup> Vgl. paragraaf 3.

<sup>360</sup> Van der Hoeven 1991, p. 786.

Dergelijke bezwaren staan niet in de weg aan de in paragraaf 4 genoemde opties die de regering betreffen. Mochten op termijn deze opties navolging krijgen (onder gelijktijdige verbetering van de advisering) en tot goede ervaringen leiden, zou een en ander een grondwettelijke basis kunnen krijgen. Ten aanzien van deze punten lijkt grondwetswijziging uiteindelijk zo niet noodzakelijk, dan toch in ieder geval wenselijk te zijn.

### **5.3 Toetsing in concreto - tweede vergezicht**

Een andere mogelijkheid om de constitutionele toetsing in brede zin te versterken bestaat uit rechterlijke toetsing in concreto. Deze optie is gedeeltelijk te realiseren binnen het bestaande constitutionele kader. Op dit moment is er immers al sprake van rechterlijke toetsing aan bepalingen uit de Grondwet mogelijk van andere handelingen dan wetten in formele zin.<sup>361</sup> En dan is er nog het initiatiefwetsvoorstel van het kamerlid Halsema dat in eerste lezing door beide kamers der Staten-Generaal is aangenomen en na de volgende ontbinding-verkiezing van de Tweede Kamer aanhangig zal zijn voor de tweede lezing waarvoor een twee derde meerderheid in beide kamers is vereist. Mede daarom lijkt het niet onverstandig om op die mogelijke grondwetswijziging, waarbij gespreide rechterlijke toetsing aan bepalingen uit de Grondwet die als subjectieve rechten zijn te kwalificeren, mogelijk wordt gemaakt, reeds enigermate te anticiperen. Hier is denkbaar dat de praktijk zich langzaam mee ontwikkelt in de richting van een min of meer geconcentreerde rechterlijke toetsing.

In de huidige praktijk (waarbij toetsing aan de Grondwet slechts mogelijk is van andere handelingen dan wetten in formele zin) en in het voorstel Halsema (waarbij slechts toetsing van wetten in formele zin aan enkele, aangewezen en in de Grondwet opgenomen subjectieve rechten mogelijk wordt gemaakt) is geen sprake van een geconcentreerde rechterlijke constitutionele toetsing. In paragraaf 2 hebben wij benadrukt dat ook bij de toetsing aan grondrechten andersoortige, buiten het juridisch domein gelegen, argumenten een rol kunnen spelen. In dat licht verdient het verdere doordenking of ook deze beperkte doorbreking van artikel 120 van de Grondwet wellicht reden is om, in afwijking van het huidige stelsel van toetsing van mensenrechtenbepalingen in verdragen, voor een geconcentreerde toetsing te pleiten. Dat geldt temeer, zoals uit de bevindingen in paragraaf 2 voortvloeit, wanneer deze voorgestelde partiële doorbreking van het toetsingsverbod wordt verruimd naar andere bepalingen uit de Grondwet. Wanneer toetsing mogelijk zou worden gemaakt aan sociale grondrechten, zelfs

<sup>361</sup> Vgl. bijvoorbeeld ABRvS 22 juli 2009, nr. 200808232/1/H3, LJV: BJ3402.

aan de institutionele bepalingen uit de Grondwet, of nog verder gaand: aan constitutionele beginselen, dan lijkt ons een pleidooi voor een geconcentreerde toetsing overtuigend.

Naast de eerder genoemde behoefte om in laatstgenoemde gevallen een op bijzondere wijze en met voldoende democratische legitimatie samengesteld college te hebben, is het voordeel van een geconcentreerde rechterlijke constitutionele toetsing ook dat de toetsing aan de Grondwet en constitutionele beginselen en de jurisprudentievorming op dat punt met meer nadruk kan geschieden. De interactie tussen de rechtspraak en het wetgevingsproces kan op die wijze worden versterkt. Dat geldt reeds in de bestaande situatie waarbij toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet niet mogelijk is, maar a fortiori wanneer een dergelijke toetsing in Nederland wel ooit tot de mogelijkheden zal behoren. De anticipatie op een mogelijke rechterlijke constitutionele toetsing zal naar verwachting ook een extra impuls betekenen aan de constitutionele toetsing in het wetgevingsproces, op voorwaarde dat op het niveau van de wetgever in voldoende mate wordt geïnvesteerd in democratisch en rechtsstatelijk besef.

Bij een verdere oriëntatie kan de nog niet zo lang geleden weer in de Tweede Kamer geuite behoefte aan een rechtseenheidsvoorziening een aanknopingspunt vormen.<sup>362</sup> De mogelijkheden verkennend voor een rechtseenheidsvoorziening op het punt van de toetsing aan de Grondwet - in de eerste plaats aan klassieke grondrechten en in de toekomst mogelijk ook aan andere grondwettelijke bepalingen, het ongeschreven staatsrecht, constitutionele beginselen en de staatkundige praktijk - is een eerste denkrichting om ook op het niveau van de hoogste rechters een soort constitutioneel beraad in te stellen. In dit beraad zou - zoals dat thans ook gebeurt in het extern voorzittersoverleg - op betrekkelijk informele wijze vanuit de behoefte aan rechtseenheid kunnen worden gesproken over vragen die zich in de jurisprudentie van de hoogste rechtscolleges voordoen.

Een wat verdergaande mogelijkheid betreft een *grand chamber* binnen de verschillende colleges. Een zogenaamde grote kamer biedt de mogelijkheid om een constitutioneelrechtelijk goed onderlegd lid van de verschillende hoogste rechtscolleges als staatsraden-, respectievelijke raadsheren in buitengewone in een meervoudige kamer van het tot een oordeel geroepen college te benoemen.

De mogelijkheid van benoeming van raadsheren in buitengewone dienst bij de Hoge Raad – een mogelijkheid die thans niet bestaat maar waarover wel wordt gedacht – biedt de mogelijkheid om zulks ook bij de Hoge Raad vorm te geven. Voor de hoogste bestuursrechtelijke appelcolleges bevat het wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht reeds een voorstel tot een *grand chamber* en het ziet er naar uit dat het voorstel met inbegrip van de *grand chamber* bij de Tweede Kamer zal worden ingediend.<sup>363</sup>

Een dergelijke grote kamer zou een belangrijke eerste stap kunnen zijn in de uiteindelijke vorming van een institutioneel zelfstandig vormgegeven rechtseenheidkamer van de hoogste rechterlijke colleges in Nederland. Het ligt voor de hand dat gevallen waarin prominent een constitutioneel vraagstuk speelt aan deze rechtseenheidkamer kunnen worden voorgelegd. Vooralsnog denken wij dan aan de gevallen die de hoogste rechtscolleges in appel, respectievelijk in cassatie hebben bereikt; maar niet ondenkbaar is de mogelijkheid van prejudiciële vragen voor lagere rechters te creëren. Het voordeel van de voorzichtige aanpak is dat ervaring kan worden opgedaan met rechterlijke constitutionele toetsing en dat daarvandaan kan worden toegegroeid naar een in alle opzichten voldoende evenwichtig samengestelde rechtseenheidkamer die, waar het gaat om de beoordeling van wetten in formele zin, op termijn meer zou kunnen doen dan alleen constitutionele toetsing aan klassieke grondrechten.

<sup>363</sup> Zie [www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen/Wet-aanpassing-bestuursprocesrecht](http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen/Wet-aanpassing-bestuursprocesrecht).

## **Uitgaven van de Raad van State in de reeks *Studies en rapporten***

S&R-1 *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*

J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen,

Den Haag: Raad van State 2009, ISBN 978-90-9024793-9

S&R-2 *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*

J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen,

Den Haag: Raad van State 2010, ISBN 978-94-90830-01-4

Zie ook: [www.raadvanstate.nl/publicaties](http://www.raadvanstate.nl/publicaties)



