

De heer **Engels** (D66): Voorzitter. Ook wij hebben in onze fractie nog eens gesproken over de gebeurtenissen tijdens het debat van vorige week. Wij betreuren het nog steeds dat met dit wetsvoorstel de mogelijkheid van een administratieve scheiding, zonder rechterlijke tussenkomst, wordt afgewezen. Verder hebben wij problemen met de status en de rechtskracht van het ouderschapsplan. Dat is in onze ogen te verplichtend en vormt een te grote aantasting van de partijautonomie en een te grote aantasting van de individuele verantwoordelijkheid die wij voor ouders zien voor de behartiging van de belangen van hun kinderen, ook in het kader van een echtscheiding. Ik heb het dan nog niet over de inhoudelijke nadelen van het ouderschapsplan in verplichtende zin, omdat dit niet in alle situaties bijdraagt aan een betere situatie voor de kinderen, nog afgezien van de maatschappelijke nadelen van kosten, tijd en dergelijke. Dit alles afwegende – het zal geen verrassing zijn – zal ook mijn fractie in dit geval tegen het wetsvoorstel stemmen.

De heer **Franken** (CDA): Voorzitter. Mijn fractie heeft zich kritisch opgesteld tegenover de regeling van het ouderschapsplan. De minister heeft onzes inziens echter zodanige toezeggingen gedaan, dat de rechter de vrijheid heeft om, als er moeilijkheden ontstaan over de indiening van het ouderschapsplan, de behandeling van eenzijdige verzoeken voort te zetten. Daarmee is de regeling werkbaar, zodat deze in het belang van het kind kan worden gehanteerd. De CDA-fractie zal daarom voor het wetsvoorstel stemmen.

In stemming komt het wetsvoorstel.

De **voorzitter**: Ik constateer dat de aanwezige leden van de fracties van GroenLinks, de VVD en D66 tegen dit wetsvoorstel hebben gestemd en die van de overige fracties ervoor, zodat het is aangenomen.

Ik geef gelegenheid tot het afleggen van stemverklaringen vooraf over de motie.

Mevrouw **Broekers-Knol** (VVD): Voorzitter. Wij hebben vorige week de reactie gehoord van minister Rouvoet op de motie van mevrouw Strik. Het antwoord van de minister was in onze ogen dusdanig, dat wij geen noodzaak zien voor de motie. Derhalve zullen wij de motie niet ondersteunen.

Mevrouw **Westerveld** (PvdA): Voorzitter. Ook mijn fractie heeft uitvoerig en actief deelgenomen aan het debat over het wetsvoorstel. Het debat heeft geleid tot deze motie. Mijn fractie heeft na rijp beraad besloten om de motie te steunen, met name omdat wij deze opvatten als een ondersteuning van het door de minister voor Jeugd en Gezin ingezette beleid. Wij vinden het noodzakelijk, dit hier toe te lichten, ook al omdat het woord financiële ondersteuning is gevallen. In de formulering zien wij daar geen aanleiding voor.

In stemming komt de motie-Strik c.s. (30145, letter G).

De **voorzitter**: Ik constateer dat de aanwezige leden van de fracties van de VVD, de ChristenUnie en de SGP tegen de motie hebben gestemd en die van de overige fracties ervoor, zodat zij is aangenomen.

De vergadering wordt enkele ogenblikken geschorst.

Aan de orde is de voortzetting van de behandeling van:

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

(Zie vergadering van 24 november 2008.)

De beraadslaging wordt hervat.

De **voorzitter**: Ik heet mevrouw Halsema wederom welkom in deze Kamer, sinds gisteravond. Ook heet ik de minister van BZK welkom, alsmede de heren Peters, Boogaard en Dragstra, de adviseurs van de initiatiefneemster.

Het woord is aan mevrouw Halsema.

Mevrouw **Halsema**: Voorzitter. Een interessante vraag bij de inburgeringstoets die vreemdelingen moeten afleggen zou kunnen zijn: als u meent dat een wet tot schending heeft geleid van een van uw grondrechten, kunt u zich dan bij de rechter op de Grondwet beroepen? Het staat te bezien of het volgens ons geldende staatsrecht juiste antwoord, neen, blijkt geeft van een zeer geslaagde inburgering, dan wel duidt op herinneringen aan een land van herkomst waar de overheid zich niet aan rechterlijke uitspraken hoeft te storen. Met deze gewaagde en retorische vraag had ik niet durven openen, als ik hem zelf had verzonnen. Dat is dan ook niet het geval. Ik heb hem voor de gelegenheid geleend van onze huidige minister van Justitie, de heer Hirsch Ballin. Nu denkt u wellicht dat ik hiermee al te openlijk en handig gebruik maak van een erkend en langdurig pleitbezorger van constitutionele toetsing van CDA-huize, maar ik gebruik het voorbeeld met een ander doel. Wellicht meer dan enig ander onderwerp bezit constitutionele toetsing namelijk geen partijpolitieke kleur. De beoordeling van de wenselijkheid van de invoering ervan varieert in vrijwel alle politieke partijen. Het CDA is daarin niet uniek, noch zijn de PvdA of de VVD dat.

Laat ik u zeggen dat het voor mij een grote eer is om namens de Tweede Kamer mijn initiatiefwetsvoorstel te mogen verdedigen. Ik heb gisteren goed en gebeoid naar u allen geluisterd, en uw openheid en nieuwsgierigheid gewaardeerd. Voor mij als Tweede Kamerlid is de atmosfeer in uw debat een zeer welkome afwisseling. Ik waardeer het ook dat er bij vrijwel alle fracties, of zij nu neigen naar een voor- of tegenstem, belangstelling bestaat voor de andere kant van het verhaal. Het behoeft geen betoog dat ik hoop uw Kamer te zullen overtuigen van de noodzaak, constitutionele toetsing in te voeren.

Uw staatsrechtelijke en niet partijpolitieke argumentatie spreekt mij zeer aan. Dit lijkt mij eveneens in lijn te liggen met het oordeel dat prof. Kortmann gaf over dit wetsvoorstel. Het zei: dit is geen groen, maar een rijp wetsvoorstel.

Ik weet dat de Kamer lang heeft moeten wachten op de definitieve behandeling en beantwoording van de schriftelijke vragen. Dit heeft hier en daar tot een opgetrokken wenkbrauw geleid. Ik excuseer mij daarvoor. Ik hoop dat de leden er begrip voor hebben dat voor een Tweede Kamerlid een initiatiefwet als deze een zware operatie is. Ik heb hierop inmiddels generaties medewerkers versleten. De enige constante daarbij is de heer Peters, die naast mij zit. Hij wordt deze keer geassisteerd door de heer Dragstra en de heer Boogaard. De voorzitter van de Kamer heeft deze heren gisteren al voorgesteld.

Ik heb gisteren met veel plezier naar de inbreng van de Kamer geluisterd. Toch stellen de verschillende inbrengen mij voor twee problemen. In de eerste plaats is de Kamer zo diepgravend en uitgebreid geweest, dat deze ochtend de tijd voor mij erg kort was om alles even grondig te bestuderen en te beantwoorden. Ik sluit daarom niet geheel uit dat de Kamer mij op een omissie betrapt. Ik hoop die bij interruptie of in de tweede termijn te verbeteren. Ik sluit ook een enkele doublure niet uit.

Een tweede en fundamenteeler probleem waarmee de Kamer mij confronteert, is het volgende. Niet alleen varieert de appreciatie van constitutionele toetsing, maar ook de inschattingen van de betekenis en de gevolgen ervan door de verschillende leden wisselen sterk. Waar de ene spreker vermoedt dat constitutionele toetsing voornamelijk een cosmetische en esthetische verandering oplevert, beoordeelt de andere spreker het als het zwaard van Damocles dat boven ons hoofd hangt, of als een noodzakelijke vangrail. Dit kan uiteraard onmogelijk allemaal tegelijkertijd waar zijn.

Ik realiseer mij goed dat niemand de precieze effecten van het wetsvoorstel kan voorspellen. Ik veronderstel dat de leden van de Kamer zich dit ook realiseren. Een wet waarmee wordt beoogd een heel bescheiden verandering aan te brengen in de staatsrechtelijke verhoudingen, kan op deze nog niet ingetreden veranderingen moeilijk nu al worden beoordeeld. Bij mijn inschattingen van de gevolgen van de wet, bijvoorbeeld voor het gedrag van de rechters en voor de betekenis voor de Staten-Generaal, baseer ik mij vooral op de ervaringen uit het verleden met vergelijkbare veranderingen. Mijs inziens hebben ervaringsfeiten uit het verleden de grootste voorspellende kracht. Ik realiseer mij echter dat ik geen garanties kan geven.

Het is mijs inziens goed om nog eens op te merken dat wij bij dit voorstel optreden als grondwetgever. Dat is een andere taak dan de taak bij wetgeving, die vaak beleid inhoudt en door beleidsambities wordt gerechtvaardigd. Het doel bij constitutionele toetsing is veeleer om "een bordje bij de afgrond te plaatsen", zoals prof. Cliteur dit ooit verwoordde. Dat bordje staat er, ongeacht of er sinds lang iemand in de afgrond is gestort. De Grondwet is er ook, zoals juist de leden van de senaat heel goed weten, om ongewenste ontwikkelingen tegen te gaan. Ongewenste ontwikkelingen zijn nooit geheel te voorspellen.

Mijn inbreng bouw ik als volgt op. Als eerste zal ik ingaan op mijn belangrijkste motieven om constitutio-

nele toetsing te bepleiten, namelijk verbetering van de rechtsbescherming en versterking van de rol en de betekenis van de Grondwet. Daarna zal ik achtereenvolgens stilstaan bij het zogenaamde democratieargument – dat door alle sprekers naar voren is gebracht – de eventuele gevolgen voor de trias politica, en de rechtszekerheid. Daarbij zal ik vanzelfsprekend volop aandacht besteden aan de zorgen die ik bij een aantal van de sprekers heb geproefd over de politisering van de rechtspraak en het verminderende primaat van de wetgever. Ik heb de afzonderlijke vragen en opmerkingen van de leden op onderwerp gerangschikt en niet op volgorde van de sprekers. Ik zal proberen alle sprekers zo veel mogelijk recht te doen.

Ik kom om te beginnen op de verbetering van de rechtsbescherming. Het was mijs inziens vooral de heer Rehwinkel die benadrukte dat constitutionele toetsing ook een nieuwe kans zou moeten opleveren in de rechtsbescherming van burgers. Ik wijs als eerste nog eens op het verschil in toetsing door de wetgever en toetsing door de rechter. De wetgever toetst vooraf en in abstracto, de rechter achteraf en in concreto. De wetgever kan onmogelijk alle individuele gevallen overzien waarin zijn wet wordt toegepast, noch is hij geëquipeerd om individuele rechtsbescherming te bieden. Een burger kan niet naar de wetgever stappen als hij meent dat zijn grondrechten zijn geschonden door een wet. Hij kan de geldigheid van deze wet wel aanvechten in concrete civielrechtelijke, bestuursrechtelijke en desnoods strafrechtelijke procedures. Enkel de rechter kan maatwerk en rechtvaardigheid bieden in het individuele geval. Ik zeg alvast nadrukkelijk dat hierbij geen sprake is van concurrentie of van een competentieconflict, maar van onderscheiden en aanvullende taken van wetgever en rechter.

Hierbij mag gesteld worden dat ongeacht of wetsbepalingen in de toekomst onverbindend zouden worden verklaard, de enkele mogelijkheid van toetsing de rechtsbescherming van de burger al verbetert. Voorheen had het immers geen zin om een beroep op de Grondwet te doen als een formele wet in het geding was. Nu kan de burger trachten om zijn grondwettelijke rechten jegens de wetgever geldend te maken. Dat op zichzelf is al winst.

Rechtelijke toetsing geeft aanvullende individuele rechtsbescherming ten opzichte van de wetgever. Dit doet het ook ten opzichte van verdragstoetsing. Omgekeerd kan verdragstoetsing aanvullend zijn op toetsing aan de Grondwet. Eerlijk gezegd sprak het beeld van de heer Holdijk mij wel aan; niet zozeer het beeld dat ik van twee walletjes zou willen eten, als wel het beeld dat ik voor twee ankers wil gaan liggen. Soms kennen verdragen grondrechten die de Grondwet niet kent. Zo is er bijvoorbeeld het recht op leven en het recht om te huwen. Een andere keer biedt juist de Grondwet meer bescherming. Dit is ook gisteren door vrijwel alle sprekers genoemd. Te denken valt aan het verbod op censuur, de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs.

Daarbij is het EVRM bedoeld als een verdrag met minimumnormen. Op enkele punten, niet alle, kent het Hof in Straatsburg daarbij veel beoordelings- en beleidsvrijheid toe aan de lidstaten. Dat wordt een "margin of appreciation" genoemd. Die komt de wetgever én de rechter toe. Bij toetsing aan de Grondwet is de rechter niet gebonden aan de uitleg door het

Europese Hof. Hij kan zelf de proportionaliteit en subsidiariteit van de toepassing van de wetsbepaling toetsen. Daarmee is uitdrukkelijk niet gezegd dat de toetsing altijd vol zal zijn. De rechter zal bij de rechtsbescherming die hij toekent aan de grondrechten, de interpretatie van de wetgever meenemen en meewegen, maar ook de interpretatie van soortgelijke artikelen in het EVRM. Een gunstig gevolg daarvan zou kunnen zijn dat Nederland minder snel veroordeeld wordt door het Hof te Straatsburg, of dat burgers minder snel naar Straatsburg moeten om daar hun recht te halen. De praktijk wijst uit dat bijvoorbeeld Duitsland, met zijn heel goede grondrechtenbescherming op nationaal niveau, veel minder gedingen uitlokt in Straatsburg. Dat is in het licht van rechtsbescherming van burgers zeer toe te juichen. Tony Blair had het in dit verband over "bringing the rights home".

De heer **Dölle** (CDA): Ik wil hierop ingaan. Dat hebben wij gisteren ook gedaan. Stel dat de rechter geconfronteerd wordt met een burger die bezwaar maakt tegen een wet, bijvoorbeeld tegen de wet die wij zojuist hebben besproken en waarin het ouderschapsplan wordt voorgeschreven. Mevrouw Halsema stelt dat de rechter dit dan in de casus van de bezwaarmaker gaat toetsen. Daarom herhaalt zij deze woorden. De rechter beziet of de inperking proportioneel of subsidiair is. Hij beziet of de wetgever te ver is gegaan. Hij vormt zich verder een oordeel over wat bijvoorbeeld in het kader van het ouderschapsplan de inhoud is van artikel 10 en de vrijheid van levenssfeer. Dringt de rechter op die manier niet noodzakelijkerwijs door in wat tot nu toe een afwegingsveld van de wetgever is? Daarbij staat het bordje al bij de afgrond, namelijk in de vorm van het verdrag. Wij hebben dan toch te maken met politisering? Ik vind het frappant dat mevrouw Halsema stelt dat de uitleg van de wetgever één factor is, maar dat andere factoren ook meespelen, bijvoorbeeld de duur van de wet, de meerderheid waarmee de wet is aangenomen en de zaken die de wetenschap erover heeft gemeld. Heb ik mevrouw Halsema zo goed begrepen?

Mevrouw **Halsema**: Ik wil niet onbeleefd zijn. Toch wil ik de heer Dölle vragen om nog even te wachten tot ik verder ben gevorderd met mijn inbreng. Ik zal namelijk uitgebreid ingaan op de vraag of de rechter hiermee in het politieke domein stapt. Dat is mijns inziens niet het geval, omdat hij de juridische werking toetst. Ik kom hier nog uitgebreider op terug.

De heer Dölle vroeg indringend naar voorbeelden van ontbrekende rechtsbescherming in het verleden die constitutionele toetsing nu zouden rechtvaardigen. Mevrouw Duthler vroeg hier eveneens uitgebreid naar. Tot dusver ben ik, ook in de Tweede Kamer, opzettelijk zeer terughoudend geweest in het geven van voorbeelden. Eerlijk gezegd zou ik hierin, met het welnemen van de Kamer, willen volharden. In de eerste plaats omdat voorbeelden enkel bewijs uit het ongerijmde opleveren. Bij het ontbreken van de mogelijkheid hiertoe zijn ze immers ook niet getoetst. Daarnaast zou ik erop willen wijzen dat het niet mijn taak is. Terecht is er in deze Kamer van verschillende kanten op gewezen, ik dacht met name door de VVD-fractie, dat de rechter niet op de stoel van de wetgever moet gaan zitten. Tegelijkertijd zou de wetgever, in casu de grondwetgever, de rechter ook niet moeten willen instrueren hoe hij in het individuele

geval dient te handelen. Ik zei al dat het bovendien kan gaan om een bordje bij het ravijn of, om de heer Kox te parafaseren, om een vangrail. Constitutionele toetsing is dan vooral preventief, maar daardoor niet minder waardevol.

Ik wil er wel op wijzen – in zoverre ga ik mee in het verzoek om voorbeelden te noemen – dat er de afgelopen decennia meer dan 50 veroordelingen zijn geweest door het Hof te Straatsburg. Dit lijkt mij wel een signaal, zeker omdat er belangrijke wetten bij zaten, zoals de Krankzinnigenwet en de afschaffing van het kroonberoep. Professor Heringa uit Maastricht brengt het relatief geringe aantal veroordelingen van Duitsland door het Europese Hof in verband met de rechtsbescherming die de Duitse grondwet biedt.

Vervolgens kom ik te spreken over de versterking van de rol van de Grondwet. Vele sprekers vroegen mij, nog eens aan te geven – volgens mij vroeg de heer Engels van de D66-fractie hier zeer expliciet om – op welke wijze constitutionele toetsing bijdraagt aan verlevendiging van onze Grondwet. Mijn voorstel is hierin een bescheiden stap. Ik realiseer mij dit ten volle. Het is echter wel een stap vooruit. Uiteraard is constitutionele toetsing geen remedie tegen alle kwalen waar onze Grondwet aan zou kunnen lijden. Bovendien zou ik niet het gras voor de voeten van de regering willen wegmaaien die zelf ook ambities heeft wat betreft het verlevendigen van de Grondwet. De regering wijst echter zelf – mevrouw Strik haalde het ook aan – op het zwakke normatief juridische karakter van onze Grondwet. Mij lijkt dat daar waar de Grondwet voor burgers is als een gesloten deur, zoals Thorbecke het ooit verwoordde, deze ook voor burgers weinig leeft. Ik ben over het algemeen opzettelijk terughoudend met vergelijkingen met de Verenigde Staten, aangezien ik met veel sprekers in deze Kamer de gevaren zie van de Amerikaanse rechtspraak. Het is echter opvallend dat iedere of vrijwel iedere Amerikaanse burger het First Amendment uit zijn hoofd kent en dat heeft naar mijn idee ook te maken met het beroep dat burgers erop kunnen doen. Dat is hun onvervreemdbare recht.

Ik ben er ook van overtuigd dat de Grondwet door toetsing aan de subjectieve rechten terreinwinst kan boeken ten opzichte van het EVRM. Uit onderzoek, waar ik ook naar verwijs in de stukken en dat door een van de hier aanwezige secondanten is verricht, blijkt dat bij parlementaire toetsing vooraf aan het EVRM inmiddels meer aandacht en groter gewicht wordt gegeven dan aan de Grondwet. De onderzoekers brengen dit in verband met het ontbreken van constitutionele toetsing in concrete geschillen. Zorgwekkend vond ik ook het onderzoek waarnaar de heer Rehwinkel verwees. Dit was voor mij nieuw. Nog maar een gering aantal leden uit de Tweede Kamer – ik hoor van de heer Noten dat het er twee waren – beschouwt toetsing aan de Grondwet als een deel van hun parlementaire taak. Dit is natuurlijk verontrustend.

Dan kom ik op het democratieargument. Ik wil allereerst wat uitgebreid ingaan op de indruk die kennelijk bij een aantal Kamerleden is ontstaan dat ik met dit wetsvoorstel kritiek zou willen uitoefenen op het werk dat deze Kamer als wetgever en grondwetgever doet. Dat is geenszins het geval en dat zou, zeker voor een Tweede Kamerlid, ronduit aanmatigend zijn. Wel heb ik willen wijzen op een aantal meer algemene politicolo-gische ontwikkelingen die in de wetenschap en ook in

het parlement, zowel in de Eerste als in de Tweede Kamer, nauwelijks worden betwist, bijvoorbeeld de verplaatsing van de politiek en de toegenomen betekenis van regeerakkoorden, coalitietrouw en fractiediscipline in de afgelopen anderhalve eeuw. Ik geloof dat er weinig mis is met de toetsing door het parlement. Ik geloof evenmin, zoals door vele sprekers is opgemerkt, dat sprake is van flagrante schending van grondrechten. Veeleer gaat het om grensgevallen en kwesties waarin de wetgever, zoals vaker opgemerkt, onmogelijk de consequenties in het individuele geval kan overzien.

De heer **Rehwinkel** en de heer **Kox** hebben wat mij betreft volkomen gelijk als zij erop wijzen dat ik met constitutionele toetsing een aanvulling op het parlementaire werk probeer te creëren en zeker niet – ik herhaal het nog maar eens – de uitholling ervan nastreef. Mevrouw **Duthler** heeft gelijk dat constitutionele toetsing geen garantie geeft dat de Kamers beter gaan wetgeven. Dit hebben wij als parlementariërs in Tweede en Eerste Kamer vooral zelf in de hand. Wel meen ik dat rechterlijke toetsing ons hierbij kan helpen en de regering eveneens, zoals minister **Ter Horst** naast mij terecht opmerkt. Ik gaf zo-even al aan dat verdragstoetsing heeft geleid tot een groter bewustzijn in beide Kamers van het belang van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Overigens staat mijn voorstel op geen enkele manier in de weg dat beide Kamers alles eraan doen wat zij nodig vinden om hun werk optimaal te kunnen uitvoeren. Ik stel, zo breng ik in herinnering, beperking van het toetsingsverbod voor de rechter voor en dat kan nooit verward worden met een toetsingsverbod voor de wetgever.

De fractie van de SP vroeg mij om suggesties te doen voor verbetering van grondwetstoetsing door het parlement. Ik moet bekennen dat ik graag zou willen meedenken, op allerlei momenten. Ik hoop dat ik mij in dit debat beperk tot de behandeling van mijn eigen wetsvoorstel.

De heer **Kox** (SP): Ik zit vol bewondering te luisteren naar de beantwoording van mevrouw **Halsema** die afgelopen zaterdag in Tilburg terecht aankondigde dat het tijd werd dat zij ging regeren. Zij doet het immers erg goed. Ik vind dit echter net iets te veel regeren, namelijk zeggen: ik heb er wel zin in, maar ik wil er niets over zeggen. Zij heeft een punt als zij zegt dat het niet haar taak is om kritiek op het parlement uit te oefenen. Ik stelde mijn vraag ook niet om kritiek uit te oefenen. Mevrouw **Halsema** heeft het proces goed bestudeerd. Ik vraag haar wat het parlement nog beter kan doen teneinde te voorkomen dat er een situatie ontstaat die sommigen van ons vrezden, namelijk dat de rechter van alles en nog wat moet gaan doen. Mevrouw **Halsema** heeft de ontwikkelingen in het buitenland bestudeerd. Ik doelde daar met name op. Als wij lering willen trekken uit hetgeen in het buitenland gebeurt op dit punt, kunnen wij dan daar voorbeelden vandaan halen, niet zozeer om aan te geven wat dit parlement niet goed doet, maar om aan te geven wat het beter zou kunnen doen? Ik daag mevrouw **Halsema** dus uit om iets minder ministerieel en iets meer parlementair te reageren.

Mevrouw **Halsema**: Ik moet wel bekennen dat ik de afgelopen tien jaar de kunst een beetje heb lopen afkijken. Het is leuk om dit een keer in de praktijk te kunnen brengen. Binnen het bestek van het initiatiefvoor-

stel kan ik de heer **Kox** wel degelijk antwoord geven. Tot op zekere hoogte is sprake van communicerende vaten. Op het moment dat de wetgever en de grondwetgever hun werk goed doen en goed en uitgebreid toetsen aan de Grondwet, zal de rechter uiteraard terughoudender zijn. Als de wetgever uitgebreid beargumenteert waarom een wet geformuleerd is, zoals is gebeurd, zal de terughoudendheid van de rechter veel groter zijn. Die voorbeelden kennen wij natuurlijk ook uit het buitenland en van verdragstoetsen.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Ik vind mevrouw **Halsema** wat aan de voorzichtige kant, vooral waar zij dat in het verleden minder was. In het verleden heeft zij gezegd dat de vraag van de grondwettigheid van wetten en verdragen bij de parlementaire behandeling niet goed uit de verf komt. Met de heer **Kox** daag ik haar uit om iets meer te illustreren in welke mate het voor haar aanleiding is geweest, zoals blijkt uit de schriftelijke behandeling, om met dit wetsvoorstel te komen.

Mevrouw **Halsema**: Ik heb zojuist wel degelijk aangegeven dat grondwetstoetsing in Tweede en Eerste Kamer minder belangrijk aan het worden is. Ik beschouw dat, gezien het niveau van bescherming dat onze Grondwet biedt, wel degelijk als problematisch. Daar waar het EVRM de afgelopen jaren juist in belang is toegenomen, zie je in het onderzoek dat bij de behandelingen van wetten dikwijls uitgebreid wordt verwezen naar het EVRM maar ofwel niet ofwel zijdelings en kort naar de Grondwet. Daar wij onze Grondwet van groot belang vinden, zouden wij ons dat allemaal aan moeten trekken en zouden wij ervoor moeten zorgen dat grondwetstoetsing weer meer in het hart van ons vak komt.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Zou het in dat opzicht dienstbaar zijn als de regering bij wetsvoorstellen alvast in een aparte paragraaf in de memorie van toelichting aandacht besteedt aan de relatie tot de grondrechten, aandacht besteedt aan de Grondwet als het EVRM? Op die manier wordt het ons in herinnering gehouden dat er expliciet bij elk wetsvoorstel moet worden gecheckt of er strijd zou kunnen ontstaan met de grondrechten.

Mevrouw **Halsema**: Pardon, ik begrijp niet precies hoe u uw vraag begon.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Wij hebben het over de mogelijkheden om te waarborgen dat wij voldoende aandacht besteden aan de grondrechten, aan de vraag of een wet daarmee in overeenstemming is. Zou het daarvoor dienstbaar zijn als de regering daar in een wetsvoorstel standaard aandacht aan besteedt, in een apart paragraafje, zodat het voor het parlement een herinnering is en de regering die toets al expliciet laat zien?

Mevrouw **Halsema**: Dat zou het zeker kunnen zijn. Wel is het natuurlijk zo dat de Raad van State ook in zijn advies over een wet aandacht besteedt aan Grondwet en EVRM.

Ik maak van deze gelegenheid gebruik om op te merken – ik zag wat beweging in het vak – dat daar waar ik een verschuiving waarneem van Grondwet naar EVRM, er niet gezegd is dat bijvoorbeeld in de senaat niet meer aan de grondrechten wordt getoetst. Dat gebeurt natuurlijk wel degelijk. De verwijzing is daarbij

Halsema

echter vaker naar het EVRM en minder vaak naar de Grondwet.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Ik sta bij deze interruptiemicrofoon omdat ik vind dat de indruk nu te veel wordt gewekt dat in deze Kamer nooit of te weinig gekeken wordt naar de Grondwet. Ik noem twee voorbeelden van wetgeving uit het zeer recente verleden, waarbij wij wel degelijk hebben gekeken naar grondrechten. Het eerste voorbeeld is de Wet tijdelijk huisverbod. Daar zat geen rechterlijke toets in. Het ging om vrijheidsbeneming door de burgemeester. Via een motie van de heer Dölle is die rechterlijke toets erin gekomen. Het tweede voorbeeld is de wet die een versoepeling van de voorwaarden voor adoptie voor paren van gelijk geslacht beoogde. Die is in deze Kamer is heel nadrukkelijk getoetst aan het gelijkheidsbeginsel. Ik wil heel graag de indruk weg nemen dat wij niet of onvoldoende naar de Grondwet kijken.

Mevrouw **Halsema**: Nogmaals, ik heb die indruk niet willen vestigen. Ik heb zojuist daarom nogmaals beklemtoond dat grondrechtentoetsing wel degelijk een rol speelt in beide Kamers. In neem ook ogenblikkelijk aan dat het een grotere rol speelt in de senaat dan, helaas, dikwijls in de Tweede Kamer. Wat dat betreft zal ik nooit badinerend zijn over het werk dat u doet. Maar er is wel degelijk een verschuiving waargenomen, niet door mij maar door onderzoekers. Ik geef dus niet mijn mening weer, maar ik geef weer wat in onderzoek is vastgesteld. In die onderzoeken, waarover wij in de stukken rapporteren, staat dat het EVRM een grotere rol gaat spelen ten koste van de Grondwet. De verklaring die daarvoor wordt gegeven, is dat het toenemend belang van het EVRM verbonden is aan de toetsing in concreto aan het EVRM. Dat is voor mij een ondersteunend argument voor het idee dat wetgever en rechter elkaar aanvullen en niet met elkaar in conflict zijn. Toetsing in concreto betekent namelijk dat ook de wetgever zich daarmee gestimuleerd voelt om zijn taak nog serieuzer en uitbundiger uit te voeren dan hij of zij al deed.

De heer **Engels** (D66): Als ik het goed heb, zijn wij nog bezig met het democratieargument. Mevrouw Halsema zegt dat zij daar als lid van de Tweede Kamer terughoudend in is. Zij wil geen kritiek uitoefenen op de wetgever en het democratisch stelsel, maar heeft wel allerlei publicaties gelezen, hopelijk heel veel dezelfde als ik gelezen heb. Mijn vraag betreft de monistische trekken in het stelsel. Wat zeggen die nu precies over de waarde en de kracht van het democratieargument waar zo sterk de nadruk op wordt gelegd, juist door fracties die zich tot nu toe in deze Kamer heel aarzelend hebben opgesteld over het voorstel van mevrouw Halsema?

Mevrouw **Halsema**: Ik geloof dat de heer Engels zelf in eerste termijn deze vraag heeft beantwoord. Ik wil het best voor hem herhalen. Met name in de Tweede Kamer speelt de politieke opportuniteit, bijvoorbeeld in coalitieverband, een grotere rol. Dat zou ten nadele kunnen zijn van de rol als grondwetgever. Dat argument heeft de heer Engels zelf aangedragen en ik kan mij er iets bij voorstellen.

De heer **Dölle** (CDA): De suggestie die inderdaad in de literatuur veel opduikt, is het bekende dualisme dat er

eigenlijk nog maar twee machten zijn en dat het parlement zijn positie heeft ingeleverd door zich horig te verklaren via regeerakkoorden. Ook al is dat zo, is daarmee nog bepaald niet gezegd dat het parlement zijn eed aan de Grondwet heeft ingeleverd en accepteert dat er wetgeving komt die strijdig is met de Grondwet omdat men nu eenmaal in coalitieverband zit. Ik ben het eens met mevrouw Duthler dat in deze Kamer jarenlang, althans in de tien jaar dat ik hier zit, debat is geweest rondom artikel 23 en op tal van andere terreinen. Hierbij is wel degelijk zeer serieus aan de Grondwet getoetst. Wij zeiden niet: nou ja, wij zitten nu met een regeerakkoord dat kennelijk de Grondwet wil schenden, dus wij schenden maar mee.

Mevrouw **Halsema**: Nee, maar ik heb ook uitdrukkelijk gezegd dat er wat mij betreft geen sprake is van flagrante schending van de grondrechten. Daar waar er sprake zou kunnen zijn van schending, betreft het grensgevallen. Volgens mij is dit door een groot aantal sprekers in deze Kamer ook benadrukt. De belangrijkste reden om aanvullende toetsing in concreto door de rechter te willen, is dat de wetgever, ongeacht het opereren in coalitieverband of als oppositiepartij, onmogelijk alle gevolgen voor de individuele burger kan overzien van de wet die door die wetgever gemaakt wordt. Dat is het hoofdargument om te pleiten voor constitutionele toetsing. Ik zou hier graag een derde argument aan toevoegen. Er wordt om concrete voorbeelden gevraagd. Zelfs als er geen voorbeelden te noemen zouden zijn – en die zijn er wel: wij hebben inmiddels te maken met 50 veroordelingen over een aantal decennia bij het Europees Hof – dan nog is het goed om een bord bij het ravijn te zetten.

De heer **Dölle** (CDA): Bij het punt van die 50 schendingen hoort nog wel een ander verhaal, namelijk dat het vaak om oude wetgeving ging en dat Nederland in met name het EVRM met 47 landen afspraken heeft gemaakt maar daarop te laat of onvoldoende de nationale wetgeving heeft aangepast. Dat is een andere situatie. Verder vraag ik mij af of mevrouw Halsema heeft overwogen om op enig moment in haar wetsvoorstel de variant op te nemen van een onmiskenbare, duidelijke schending? Dat zou het veel duidelijker hebben gemaakt. Ik vraag dit omdat zij tot tweemaal toe de term "flagrant" gebruikte.

Mevrouw **Halsema**: Nee, dat heb ik niet overwogen omdat ik mijn wetsvoorstel beschouw als het in overeenstemming brengen van de formele wet met het algemene principe dat in Nederland gehanteerd wordt, dat lagere normen getoetst mogen worden aan hogere normen en dat de rechter daarbij ruimte toekomt om te beoordelen op beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit.

De heer **Kox** (SP): Voorzitter. De antwoorden en verwijzingen van mevrouw Halsema naar de veroordelingen bij het Hof en de verwijzing, ook van deze Kamer, naar het EVRM en de Grondwet zijn nuttig. Ik begreep de reactie van collega Dölle niet, dat hij daar uit afleidt dat de initiatiefneemster of andere fracties die haar voorstel steunen, deze Kamer beschuldigen van het schenden van de eed op de Grondwet. Mijnheer Dölle, u ziet het allemaal zo zwaar. Ik heb dat gisteren ook al gezegd.

Halsema

Kunt u op zijn minst proberen, zich even in de positie te verplaatsen van de voorstanders van dit wetsvoorstel, dat dit een aanvulling is, een samenspel en geen competitie en dat het geen aanval is? U noemde mij gisteren te harmonieus, maar u bent wel erg conflictueus op dit punt.

De heer **Dölle** (CDA): Ik wil niet zeggen dat ik het zo zwaar inzag als u bij de schriftelijke voorbereiding vier jaar geleden van het voorstel, want dat was ook wel even wat.

De heer **Kox** (SP): U, nota bene iemand van het CDA, verwijt het toch iemand van een andere politieke partij niet dat sprake is van voortschrijdend inzicht? Wij hebben geleerd, ook van de antwoorden van mevrouw Halsema. Ik nodig u uit, dat ook te proberen. Misschien is het voorstel helemaal niet zo strijdig met wat het CDA graag zou willen. Het is al helemaal geen verwijt aan de Kamer dat zij de eed in de Grondwet schendt. Ik heb niet begrepen dat de Hoge Raad al druk doende is, na te gaan in welke gevangenis wij gestopt moeten worden vanwege die schending.

De heer **Dölle** (CDA): De strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid is ook nooit geactiveerd. U werpt zich nu op als de advocaat van mevrouw Halsema, maar ik zeg niet dat zij ons beschuldigt. Ik zeg dat in de literatuur vaak wordt gewezen op de verkleving, het monisme. Wij mogen daar niet uit afleiden – ik maak dat op uit sommige interrupties – dat wij een loopje nemen met onze eed op de Grondwet. Als dat niet wordt gedaan, moet dat argument ook niet worden genoemd.

Mevrouw **Halsema**: Dit is geen vraag aan mij.

De heer **Engels** (D66): Nee, dit is een vraag aan fracties die soortgelijke geluiden laten horen als waar de heer Dölle zojuist op doelde. Daarom sta ik hier ook maar even. Ik geloof niet dat iemand van de fracties die een specifieke kijk hebben op het democratieargument, anders dan de fracties van VVD en CDA willen betogen dat de wetgevende Kamers maar een loopje nemen met de Grondwet. Dat is niet aan de orde. Of wij bespreken het democratieargument vanuit de opvatting dat dit nu het leidende beginsel moet zijn om onder alle omstandigheden enige vorm van rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet af te wijzen. Of wij zien naar het democratieargument als iets waar een ontwikkeling in zit die in ieder geval in maatschappelijk opzicht tot de opvatting kan leiden dat er behoefte is om naast de wetgever – aan wiens positie wij niets willen afdoen – ruimte te geven aan een rechter om uit een oogpunt van rechtsbescherming maar ook anderszins aanvullend een rol te spelen. Daar gaat het over en niet over de vraag of de wetgever faalt in zijn toetsing van de Grondwet.

De heer **Dölle** (CDA): U zegt het al: de rechter die qua rechtsbescherming en anderszins een functie kan vervullen naast de wetgever. Het is dat fascinerende "anders", waar wij het steeds over hebben.

Mevrouw **Halsema**: Overigens merk ik op dat veel van de zorgen die worden geuit, bijvoorbeeld door de CDA-fractie ook pleiten tegen verdragstoetsing.

Voorzitter. Dat er met constitutionele toetsing sprake is van een aanvulling en niet van uitholling van het werk van de Kamer kan ook afgeleid worden uit het feit dat wij allen hier democratie en rechtsstaat als aanvullend en niet als conflictueus of tegengesteld ervaren. Democratie in Nederland is veel meer dan de helft plus één. Naast meerderheidsbesluitvorming zijn minderheidsbescherming, grondrechten en een onafhankelijke rechterlijke macht, controle op het bestuur en een systeem van cheques en balances voor ons allen even wezenlijk.

Tot nu toe wordt de toetsing door de rechter aan het EVRM niet als bezwaarlijk ervaren vanuit democratisch oogpunt, zoals ik zo-even al opmerkte. Met de ervaring die wij daarmee hebben, denk ik dat wij ook niet beducht hoeven te zijn voor een overactieve rechter bij constitutionele toetsing. Er zijn wat dat betreft, ook een aantal ervaringsfeiten uit het verleden. Ik noem er een aantal.

In het Harmonisatiewetarrest – ik dacht dat dit gisteren door een aantal sprekers gisteren is genoemd – reageert de Hoge Raad op de wijziging van de Grondwet van 1983. Voordien stond in de Grondwet: wetten zijn onschendbaar. Sindsdien staat in de Grondwet: de rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.

De Hoge Raad kreeg vervolgens de vraag voorgelegd of de nieuwe tekst van het toetsingsverbod zich verzette tegen toetsing van een formele wet aan ongeschreven rechtsbeginselen. Naar de letter van de Grondwet zou dat kunnen, zodat de Hoge Raad voor de zelfstandige keuze stond om het toetsingsverbod restrictief of extensief uit te leggen. De Hoge Raad somt in zijn arrest de argumenten op die pleiten voor toetsing aan rechtsbeginselen, maar geeft de argumenten tegen toetsing aan rechtsbeginselen veel meer gewicht.

De Hoge Raad noemt met name dat de regering bij de wijziging van de tekst duidelijk stelde dat het niet de bedoeling was om de strekking van de oude onschendbaarheidsregel te wijzigen. Aangezien dat niet in het parlement werd weersproken of geamendeerd, was dit voor de Hoge Raad zwaarwegend en volgde hij dus de uitleg van de wetgever. Daarnaast wees de Hoge Raad in het arrest nadrukkelijk op zijn traditionele plaats in het staatsbestel, die zou leiden naar een ruim toetsingsverbod. Kortom, de Hoge Raad toonde zich in dit arrest bewust van de Nederlandse verhoudingen en handelde daarnaar. In het Harmonisatiewetarrest had de Hoge Raad zich met andere woorden veel meer vrijheid kunnen toedichten, maar doet dat bewust niet. Ook nu geldt dat de Hoge Raad op elk moment zijn jurisprudentie kan herzien en kan overgaan tot toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen ook als dit voorstel wordt verworpen.

De Hoge Raad heeft zich überhaupt terughoudend getoond wanneer het gaat om toetsing van formele wetten aan andere normen. Artikel 94 van de Grondwet geeft de rechter de bevoegdheid en de plicht om de toepassing van de formele wet achterwege te laten. Deze bevoegdheid heeft de Hoge Raad niet uitgebreid door ook aan ongeschreven volkenrecht te toetsen. Lees bijvoorbeeld het arrest op de decembermoorden. Hij heeft het ook niet gebruikt om zelfstandig de bepalingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens te interpreteren. Dat wil zeggen: verdergaand dan het Europees Hof bijvoorbeeld doet. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het arrest alimentatieplicht lesbische ouders.

De Nederlandse rechter verleent tot dusver pas rechtsbescherming als het Europese Hof dat zelf ook doet en loopt dus niet voor de muziek uit.

Meer in het algemeen kan gezegd worden dat de rechter de formele wetgever niet voor de voeten wil lopen. In het arbeidskostenforfaitarrest oordeelt de Hoge Raad dat een bepaalde wettelijke voorziening in strijd is met internationaal recht. Deze wettelijke voorziening wordt dan buiten toepassing gelaten. Maar de Hoge Raad lost het daardoor ontstane rechtstekort niet op. Dat vraagt namelijk rechtspolitieke keuzes en die keuzes laat de Hoge Raad als het even kan aan de formele wetgever. Opvallend is ook dat de voorrang die de formele wetgever daarbij krijgt zelfs geldt ten nadele van de burger die om rechtsbescherming vroeg. Die heeft dan immers wel gelijk gekregen, maar het levert hem niets op.

De ruimte die de Hoge Raad aan de formele wetgever laat, gaat zelfs zo ver dat de Hoge Raad principieel weigert, wetgevingsbevelen te geven, ook niet als de verplichting tot wetgeving uit het EG-recht voortvloeit. Er zijn veel meer voorbeelden te noemen. Alle versterken ze naar mijn idee het beeld dat de rechter uit eigen beweging enkel complementaire bescherming biedt. Hij is er niet op uit om de wetgever dwars te zitten of vliegen af te vangen, maar wel om de in het constitutionele recht noodzakelijke controle en tegenwicht te bieden.

De heer **Dölle** (CDA): Ik wil een nuancering aanbrengen, als u dat goed vindt. Ik doel op de terughoudendheid van de rechter die u waarneemt omdat de rechter de "goedheid" heeft, niet aan ongeschreven rechtsbeginzelen te toetsen. Dat levert dan overigens uitspraken op die totaal niet meer veranderbaar zijn en dat is dus echt absoluut de heerschappij van de rechters. Ik vind dat op zichzelf nog geen geweldig bewijs. De terughoudendheid van de rechter in het Harmonisatiewetarrest, motiveert hij met de tekst van artikel 120 Grondwet en de wil van de grondwetgever die er in 1983 achter zat. Wij gaan nu eventueel die tekst veranderen. Het is niet gezegd dat de rechter dan nog weerstand hoeft te voelen om er – populair gezegd – forser tegenaan te gaan.

Mevrouw **Halsema**: U hebt daarin gelijk. De Hoge Raad verwijst inderdaad naar het toetsingsverbod, maar niet alleen daarnaar. Hij verwijst ook naar zijn traditionele plaats in ons rechtsbestel. Hij erkent dus ook duidelijk dat hij die plaats heeft. Ik heb ook opgemerkt dat de Hoge Raad ook nu de vrijheid heeft om veel activistischer te zijn dan het geval is. Opzettelijk stelt de Hoge Raad zich buitengewoon terughoudend op.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Zou die terughoudendheid niet afnemen op het moment dat wij de constitutionele toetsing mogelijk maken? Dan verandert er immers wat. Ik kan mij voorstellen dat de Hoge Raad zich dan minder terughoudend gaat opstellen. Het is zoals de heer Dölle zei: het is juist vanwege het constitutionele toetsingsverbod dat de rechter zich terughoudend opstelt. Ik betwijfel de eerdere uitlating van mevrouw Halsema, als zou de rechter zich terughoudend gaan opstellen, gezien dit arrest en eerdere uitlatingen van de Hoge Raad in andere arresten.

Mevrouw **Halsema**: Welke arresten bedoelt u?

Mevrouw **Duthler** (VVD): Ik doel op het Arbeidskostenforfaitarrest van 1999 en het eerder genoemde Harmonisatiewetarrest.

Mevrouw **Halsema**: Daarin beklemtoont de Hoge Raad juist zijn terughoudendheid. Ik zou het willen omkeren. Al in het begin van mijn betoog heb ik gezegd dat garanties nooit te geven zijn. De Nederlandse rechter is echter vanaf de jaren vijftig, toen hij de mogelijkheid van verdragstoetsing kreeg, altijd bijzonder terughoudend geweest. Hij heeft zich nooit activistisch opgesteld. Daarmee is een traditie gegroeid die door de Hoge Raad ook wordt benadrukt. Het vermoeden dat die opstelling na opheffing van het toetsingsverbod zou kunnen wijzigen in een volstrekt andere houding van de rechter, wordt althans door de ervaringen uit het verleden niet geschraagd. Ik zou hier nog een argument aan willen toevoegen. Zowel bij de behandeling van dit wetsvoorstel in de Tweede Kamer als hier in de senaat, wordt door mij en alle fracties beklemtoond dat wij geen activistische rechter wensen. Dat is ook voor een rechter buitengewoon belangrijke informatie.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Ik heb niet gesproken van een enorme omslag in de houding van de rechter op dit punt. Ik ga ervan uit dat de rechter zich minder terughoudend zal opstellen. In het Arbeidskostenforfaitarrest wordt echter nadrukkelijk gezegd dat als er belangrijke keuzen van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat. De belangrijke vraag is waar het primaat ligt als er rechtspolitieke keuzen en afwegingen moeten worden gemaakt: bij de wetgever of bij de rechter?

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Mevrouw Duthler verwijst naar het Arbeidskostenforfaitarrest. De Hoge Raad geeft daarin toch duidelijk aan dat er veel respect moet zijn voor de wetgever en dat er dus geen instructies moeten worden gegeven? Ik begrijp niet dat u juist dit arrest aanhaalt.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Dat was in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen. Wij praten nu over een wetsvoorstel waarmee dat staatsrecht eventueel zou worden gewijzigd.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): De staatsrechtelijke verhoudingen behelzen meer dan alleen dat toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Daarbij gaat het immers om alle soorten van toetsing die rechters nu al moeten uitvoeren. Men toetst nu ook al aan het EVRM.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Natuurlijk, maar wij spreken nu over de verhouding tussen de rechter en de wetgever. Dat zijn toch belangrijke instituties in ons staatsrechtelijk systeem.

Mevrouw **Halsema**: Laat ik in reactie op mevrouw Duthler zeggen dat ik geen fundamentele wijziging van onze staatsrechtelijke verhoudingen bepleit. Ik sta een graduele wijziging voor, uitgaande van de gedachte dat de rechter al heel lang aan het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens mag toetsen, maar ook lagere regelgeving mag toetsen. Daarmee ontstaat er geen breuk, maar vindt er een uitbreiding plaats. Ik zal zo meteen betogen dat met dit wetsvoorstel de formele wet

in overeenstemming wordt gebracht met de algemene norm die in Nederland geldt, namelijk dat lagere aan hogere normen mogen worden getoetst. De rechter is daarbij in het algemeen door de jaren heen terughoudend geweest. Ik vind dat de rechter daarin ook mag worden vertrouwd, juist gezien de staat van dienst en de historie die hij heeft. Zelfs denk ik dat waar het vermoeden zou kunnen rijzen dat de rechter activistisch wordt, dat vermoeden geschraagd zou moeten worden met voorbeelden van waar de rechter neigt naar activisme.

De heer **Engels** (D66): Ik kan dat alleen maar ondersteunen. Wij stellen nu vast dat uit geen enkele uitspraak van de rechter, ook niet van de Hoge Raad, blijkt dat de rechter de neiging heeft zijn constitutionele plaats zelf te willen veranderen. In elke uitspraak wordt bevestigd dat de rechter zijn rol hooguit ziet naast die van de wetgever en zeker niet daarboven. Tot nu toe blijkt dat wij alleen op basis van angst en vermoedens kunnen spreken van een mogelijk activistische rol. Dat lijkt mij buitengewoon mager.

Mevrouw **Halsema**: Misschien ten overvloede plaats ik nog een korte opmerking hierover: de rechter geeft ook geen bevelen aan de provinciale wetgever.

Voorzitter. De heer Rehwinkel verwees naar het artikel van de heer Besselink, die meent dat toetsing aan verdragen niet te vergelijken is met een constitutionele toetsing. U zult niet verbaasd zijn als ik zeg dat ik het daarmee niet eens ben. Het gaat niet om de toetsing van wetten in zijn algemeenheid aan verdragen, maar aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Slechts die elementen van verdragen zijn hier voor ons relevant, die subjectieve rechten vestigen voor de burgers zonder dat nadere tussenkomst van de wetgever nodig is. Zij kenmerken zich doordat zij direct inroepbaar zijn. Daar vallen dus de zogenaamde sociale grondrechten en ongeschreven rechtsbeginselen buiten. De suggestie dat toetsing aan zulke bepalingen iets anders is dan toetsing aan de Grondwet, miskent dat het Europees Verdrag met zijn voor een ieder verbindende bepalingen, voor ons zijn op te vatten als constitutionele normen. Het EVRM vervangt onze eigen Grondwet eigenlijk voor een stukje. Dat is niet alleen jammer, maar ook onnodig. Ik zou – ten overvloede, voor het geval ik de Kamer niet zou kunnen overtuigen – kunnen verwijzen naar het redactioneel van het NJCM-bulletin van 2007. Ik kan desgewenst ook de paginanummers noemen.

Ik kom op het argument van de mogelijke verschuiving in de trias politica. Daarover zijn nogal wat vragen gesteld door de verschillende sprekers. Ik dank hen daarvoor. Met de VVD-fractie ben ik van mening dat de verhoudingen in de trias politica dynamisch zijn en dus niet bevroren in de tijd. Dat is ook goed. Tegelijkertijd wil ik de indruk graag wegnemen dat, zoals de heren Dölle, Rehwinkel en mevrouw Duthler vrezten, met dit wetsvoorstel mogelijk een principiële herziening van de trias politica zou worden beoogd. Ook de zorg dat de rechtspraak zou kunnen politiseren, of dat de politiek zich naar de rechtspraak zou kunnen verplaatsen, wil ik met klem bestrijden. Als ik het boud zou mogen zeggen: ik zou mijn voorstel voor constitutionele toetsing zelfs niet hebben gedaan, als ik gedacht had dat dit tot een politisering van de rechtspraak zou kunnen leiden. Naar mijn inzicht is de kern van de trias politica dat er een onderscheid kan worden gemaakt in functies. Dat zijn de

welbekende wetgevende, uitvoerende en juridische functie. Deze functies zijn opgedragen aan verschillende organen. Daarmee wordt de machtenscheiding bereikt. Vervolgens moeten die organen dan in een checks-and-balancesverhouding tot elkaar worden gezet, om ook een machtsevenwicht te bereiken. Overigens denk ik niet dat ik hiermee voor deze Kamer veel nieuws heb gezegd. Waarschijnlijk is dit informatie die deze Kamer iedere dag weer tot zich neemt.

Ik ben het met de VVD-fractie eens dat de wetgevende functie neerkomt op het vaststellen van een normenkader, terwijl de juridische functie onder andere neerkomt op het toetsten van de ene norm aan de andere. De vraag of een bepaalde wet in overeenstemming is met de Grondwet, maakt in zekere zin onderdeel uit van de juridische functie die binnen een staat moet worden uitgeoefend. Met andere woorden, de juridische vraag of een gemeentelijke verordening in strijd is met een provinciale verordening is in de kern niet anders dan de vraag of een formele wet in overeenstemming is met de Grondwet. Natuurlijk geef ik graag toe dat er ook veel verschillen zijn aan te voeren in het voorbeeld dat ik net heb aangehaald. Verschillende fracties hebben overigens gewezen op de verschillen die bestaan. Het gaat mij nu om het theoretische onderscheid tussen de functies.

U hebt mij gisteravond uitgedaagd om juist op dit meer abstracte niveau een principiële discussie met u te voeren. Op dit principiële niveau stel ik vast dat het constitutionele toetsingsverbod in zekere zin de uitzondering is op de hoofdregel van de machtenscheiding. Artikel 120 Grondwet draagt de beantwoording van een vraag die naar zijn aard ten minste voor een deel onder de juridische functie valt geheel op aan politieke organen. Historisch is dat wel te verklaren, maar in mijn ogen is het niet meer opportuun.

Mijn wetsvoorstel komt er in de kern op neer om bij de juridische beoordeling van een vraag of een wet in overeenstemming is met de Grondwet ook die organen te betrekken waaraan wij in de regel juridische beoordeling opdragen, de rechter. Deze juridische beoordeling wil zeggen een beoordeling achteraf, concreet en op grond van rechtmatigheidscriteria, zo zeg ik graag de fracties van D66 en de OSF na. Mijn voorstel, zo zeg ik met nadruk, betekent dus geen politisering van het recht, maar de consequente toepassing van de hoofdregel die al geldt in de trias politica: lagere normen mogen aan hogere normen worden getoetst. De wetgever raakt zijn monopolie op wetgeving niet kwijt, althans niet meer en anders dan in een democratische rechtsstaat gebruikelijk is, namelijk politiek binnen de grenzen van het recht.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): De vraag is vooral in hoeverre de rechter zal dienen te streven naar grondwetsconforme uitleg. Een aantal sprekers heeft gisteren aan de orde gesteld dat er geen behoefte is aan een rechter die een principiële afweging maakt of wetgeving in overeenstemming is met de Grondwet. De vraag is in hoeverre u wilt uitspreken dat de rechter, misschien rekening houdend met gewijzigde maatschappelijke omstandigheden, toch moet streven naar een zo veel mogelijke grondwetsconforme uitleg. Dan zijn wij terug bij het democratieargument, dat toch uitgangspunt is. In die zin kun je je zelfs afvragen of er sprake is van een uitzondering op de trias politica. In principe moet het de wetgever zijn die de algemene regels stelt. Ook blijft het – daar is gisteravond ook verschillende keren op

gewezen – voor de wetgever, zelfs bij constitutionele toetsing, mogelijk om daarna alsnog die algemene regels bijvoorbeeld anders te stellen. Ik nodig u uit om vooral daarop in te gaan. U wekt soms de indruk een rechter te willen die de mogelijkheid heeft van een eigen principiële benadering om te kijken of wetgeving in overeenstemming is met de Grondwet, terwijl de benadering van anderen, die op zichzelf misschien niet onwelwillend tegenover constitutionele toetsing staan, is dat daarbij zo veel mogelijk grondwetsconformiteit uitgangspunt moet zijn.

Mevrouw **Halsema**: Ik kan dat met een heel simpel bevestigend “ja” beantwoorden. Ik meen mij te herinneren dat dit bijvoorbeeld in het debat in de Tweede Kamer een rol heeft gespeeld. Ook toen is door mij uitdrukkelijk gezegd dat er grondwetsconform wordt getoetst door de rechter en, zo zegt mijn secondant mij nog even voor, dat hij daarbij zo veel mogelijk een conflict zal trachten te vermijden. Het gaat hierbij veel meer om onderscheiden taken dan om conflicten. Het gaat veel meer om dialoog dan om tegenstellingen.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Ik denk dat deze benadering weerklank kan vinden, maar u hebt ons wel degelijk op het verkeerde been gezet, bijvoorbeeld met opmerkingen als: ik kan u antwoorden in reactie op vragen dat het functioneren van de wetgever aanleiding vormt. Dan wekt u de indruk dat de wetgever overruled, gecorrigeerd moet worden en dat, in de woorden van gisteren, de wetgever eventueel op de vingers getikt moet worden. De benadering die u nu kiest, is veel acceptabeler. U spreekt over “aanvulling”. Dat is een andere benadering dan wij soms zijn tegengekomen.

Mevrouw **Halsema**: Ik weet niet of er strijdigheid is; ik heb het in ieder geval niet beoogd. Ik heb zo-even wel gezegd dat hier sprake is van communicerende vaten, maar daarmee beoog ik niet zozeer de vrijheid van de rechter te vergroten als wel de verantwoordelijkheid van de Staten-Generaal te beklemtonen, wat toch iets anders is. De rechter moet wat mij betreft grondwetsconform toetsen. Daarbij zijn de Staten-Generaal er natuurlijk altijd verantwoordelijk voor om zo veel en zo uitgebreid mogelijk te toetsen aan de Grondwet en aan het EVRM.

Gisteravond heb u mij terecht voorgehouden: hoe moet het als de wetgever recht geschapen heeft; dat moet de rechter toch toepassen in plaats van toetsen? Daarin hebt u gelijk en dat zal ook het geval zijn. Dat leid ik af uit de jurisprudentie die in de voorbereidende stukken is uitgewerkt en die gisteravond ook over de tafel is gegaan. De kern van de jurisprudentie is dat de rechter zich schikt en richt naar inhoudelijke afwegingen die door de wetgever zijn gemaakt.

Met dit voorstel blijft het primaat van de politiek uitdrukkelijk overeind. De wetgever en de grondwetgever houden uiteindelijk het laatste woord. De verhoudingen in de trias zullen wel zodanig zijn dat de rechter vanuit zijn juridische functie grondwettelijke argumenten zal kunnen inbrengen in de maatschappelijke discussie die vervolgens door de wetgever kunnen worden meegenomen in zijn gewone werk. Grondrechtenbescherming is een taak die wetgever en rechter uiteindelijk delen. Het zou mooi zijn, als wij onze Grondwet dan ook zo inrichten dat zij beiden aan de invulling van die taak

kunnen bijdragen, ook op het niveau van de formele wetgeving.

Graag maak ik nog een aantal opmerkingen over politieke benoemingen, waarvoor alle afgevaardigden hun vrees hebben uitgesproken. Ik denk dat deze vrees Kamerbreed wordt gedeeld, ook door mij. Ik kan hier ook heel simpel en enigszins boud over zijn. Als bij mij op enig moment de vrees had bestaan dat dit wetsvoorstel zou kunnen leiden tot politieke benoemingen, ook dan zou ik het niet ingediend hebben, omdat wij naar mijn idee dan het kind met het badwater zouden weggooiden en ik ook vrees voor Amerikaanse toestanden, waarop door velen hier is gewezen. Waarom verwacht ik dat niet? Ik verwacht geen politieke benoemingen, omdat wij niet voorstellen om een constitutioneel hof in te stellen. Dat leidt tot de politieke benoemingen zoals wij weten uit Duitsland en Frankrijk. Hoewel het Amerikaanse Supreme Court geen constitutioneel hof is, fungeert het in feite voor een groot gedeelte wel als zodanig. Een constitutioneel hof zal ook eerder geneigd zijn te komen tot politieke uitspraken. Daarmee zal het de wetgever wel voor de voeten lopen en ontstaan er conflicten zoals bij de New Deal van Roosevelt, zoals de heer Dölle terecht opmerkte.

Geen Amerikaanse toestanden met politiek benoemde rechters; daar leidt mijn voorstel met gespreide toetsing ook in het geheel niet toe. Waarom meen ik dat nu zo zeker te weten? Dat is toch een beetje ervaring met toetsing aan het EVRM, maar bijvoorbeeld ook de ervaring met toetsing aan euthanasie, aan stakingsrecht en aan redelijkheid en billijkheid in het burgerlijk recht. Ik zou u eigenlijk de wedervraag willen voorleggen. Wij vertrouwen onze rechters zo veel toe, ook gezien de vaak vage normen in wetgeving en kaderwetgeving. Waarom zou dat ophouden nu de rechter aan een aantal grondwetsbepalingen zou mogen toetsen, aan subjectieve rechten? Dat lijkt mij niet te rijmen met het vertrouwen dat wij op andere momenten wel in de rechter stellen. Dat is dezelfde rechter die nu zeer veel respect aan de wetgever betoont, die zijn traditionele plaats al meer dan twee eeuwen kent en die, om met de heer Dölle te spreken, nooit blij heeft gegeven los te willen komen van zijn traditionele plaats. Daar heb ik net veel voorbeelden van gegeven. Bovendien heb ik in de Tweede Kamer, noch in de senaat iemand horen pleiten voor politieke benoemingen of voor politisering van het recht. Daarmee mag toch verondersteld worden dat daarmee de weg ernaartoe effectief is afgesneden.

De heer **Dölle** (CDA): Mevrouw Halsema komt nog te spreken over de subsidiariteit, de proportionaliteit en de manier waarop wordt getoetst, neem ik aan?

Mevrouw **Halsema**: Ik meen het wel. Vanochtend was sprake van grote spoed, dus ik hoop dat ik daarin volledig ben. Anders hoop ik dat de heer Dölle mij respijt geeft tot de tweede termijn, maar ik heb het beloofd.

De heer **Dölle** (CDA): Onze fractie heeft ook gezegd dat de aanvaarding van dit wetsvoorstel niet hoeft te leiden tot dramatische politisering. Er kan echter wel een dynamiek op gang komen, want zelfs vroeger is al eens in de Tweede Kamer gediscussieerd over de positie van de leden van de Hoge Raad. Het ging erom of die te “D66-achtig” was. Ik refereer aan het Van der Burg-debat en dat van anderen. Dus zo’n debat is al een keer

gevoerd en het is terecht afgehouden. Het was ten onrechte opgevoerd, maar zelfs in die pacifistische, post-verzuilingstijd kwam het al eens een enkele keer voor. Mevrouw Halsema spreekt steeds over de Hoge Raad, maar wij hebben het ook over de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en over de Afdeling bestuursrechtspraak, die ook fel in discussie is over vreemdelingenrecht, om maar eens wat te noemen. Als mevrouw Halsema het toetsingsverbod loslaat, dan kan er heel goed een dynamiek ontstaan die uiteindelijk zal leiden, vermoedelijk via fracties in de Tweede Kamer, tot een aandring om meer invloed te hebben op de voordrachtlijstjes voor de benoemingen van rechters in die clubs. Ik zeg niet dat het gebeurt, maar zij moet bepaald niet uitsluiten dat de kans wordt vergroot door aanvaarding van dit wetsvoorstel.

Mevrouw **Halsema**: Dat wordt toch weersproken door het feit dat alle bevoegdheden die de Nederlandse rechter al heeft nooit hebben geleid tot politisering van de rechterlijke macht. Ik meen dat onze rechterlijke macht een grote mate van onafhankelijkheid en onpartijdigheid kent, waar wij deze ook zeer om moeten waarderen. Als ik mij de inbreng van de heer Dölle goed herinner, dan zou hij een pleitbezorger voor een constitutioneel hof zijn als hij al voor constitutionele toetsing mocht zijn. Dan moet je juist voor politieke benoemingen gaan vrezten.

De heer **Dölle** (CDA): Dat kunt u niet gehoord hebben in mijn bijdrage.

Mevrouw **Halsema**: Excuus, dan was het in de bijdrage van de VVD-fractie.

Mevrouw **Duthler** (VVD): Misschien kan mevrouw Halsema mij uitleggen waarom het maken rechtspolitieke afwegingen, waaraan een rechter soms niet zal ontkomen als hij iets gaat toetsen aan de Grondwet, niet leidt tot politisering van de rechtspraak. Mevrouw Halsema verklaarde dat net wel, maar ik snap het nog niet.

Mevrouw **Halsema**: Ik heb allereerst benadrukt dat een rechter vooral juridische afwegingen maakt en geen rechtspolitieke, en dat wij in Nederland een lange traditie kennen van rechters die een grote mate van terughoudendheid betrachten en die rechtspolitieke vragen altijd hebben overgelaten aan en hebben teruggebracht naar de wetgever. Mevrouw Duthler veronderstelt nu dat rechtspolitieke vragen wel door de rechter worden gesteld en beantwoord. Dat bestrijd ik. Bovendien zegt zij dat dit vanzelfsprekend zal leiden tot politisering van de rechterlijke macht. Ook die vanzelfsprekendheid staat volgens mij niet vast, maar het een en ander is vooral afhankelijk van de inrichting van het rechterlijk bestel.

Mevrouw **Duthler** (VVD): De rechter zal in sommige gevallen niet kunnen ontkomen aan het maken van rechtspolitieke afwegingen. Ik gaf zojuist al het voorbeeld van de wet waarmee de versoepeling van adoptievoorwaarden voor paren van gelijk geslacht wordt geregeld. In de Eerste Kamer is de afweging ten gunste van het gelijkheidsbeginsel uitgevallen, maar zij had net zo goed de andere kant kunnen uitvallen. Als een rechter wordt geconfronteerd met de vraag of die wet in een

concreet geval in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, dan kan ik mij niet anders voorstellen dan dat er toch politieke keuzen moeten worden gemaakt.

Mevrouw **Halsema**: De vraag van mevrouw Duthler verbaast mij nu toch enigszins, omdat wij de rechter bevoegdheid geven op het gebied van een groot aantal kwesties die politiek veel gevoeliger liggen. Ik gaf het voorbeeld van euthanasie en van stakingsrecht. Deze heeft niet geleid tot politisering van het recht of tot politieke benoemingen. De rechter heeft die bevoegdheden en onze rechterlijke macht is buitengewoon onafhankelijk en onpartijdig. Zou ons vertrouwen in de rechter dan plotseling stoppen als hij bevoegdheid krijgt om een beperkt aantal subjectieve rechten aan de Grondwet te toetsen? Dat komt mij niet logisch over, temeer omdat de rechter al de bevoegdheid heeft om iets te toetsen aan het EVRM. Dat heeft ook niet geleid tot politisering.

De **voorzitter**: Met het oog op de klok, wil ik mevrouw Halsema vragen haar betoog te vervolgen. Ik bespeur ook enige herhaling.

Mevrouw **Halsema**: Ik ben bijna aan het eind.

Voorzitter. Er is een aantal vragen gesteld over de gevolgen van mijn voorstel voor de rechtszekerheid dan wel de rechtsonzekerheid. Beeldend als het debat soms werd, was dit vooral een tegenstelling tussen "het zwaard van Damocles" en "de vangrail van Halsema". Ik denk nog na over de vraag of ik dat misleidende beeldspraak vind. Hieruit volgt al dat dit wetsvoorstel deels een kwestie is van appreciatie. Wanneer wij Damocles zouden vervangen door Vrouwe Justitia wordt het immers juist een geruststellende gedachte dat haar zwaard van het recht ook boven de overheid hangt. Dan klinkt het immers als de kern van de rechtsstaat. Dat geldt ook wanneer ik de rechtszekerheid dan wel de rechtsonzekerheid presenteer als iets wat met de aard van de zaak gegeven is.

Een constitutioneel systeem dat is opgebouwd door imperfecte mensen kan niet meteen perfecte uitspraken doen. Daarvoor is een constitutionele dialoog nodig. Een dialoog veronderstelt nu eenmaal altijd een zekere mate van voorlopigheid. In zoverre geef ik de fracties die daar gisteren op wezen graag toe, dat de uitbreiding van de dialoog over grondrechten naar de rechter deze voorlopigheid kan laten toenemen. Rechtsbescherming gaat nu eenmaal gepaard met een zekere mate van rechtsonzekerheid. Inderdaad, wat wij willen aan rechtsbescherming tegen schending van de grondrechten, verliezen wij in zekere mate aan rechtszekerheid. Dit is een afweging die gemaakt moet worden.

Hierbij wil ik wel beklemtonen dat de toename relatief is. Immers, het aantal instanties dat een wet in formele zin buiten toepassing kan laten, wordt niet verhoogd. Het aantal wetten dat buiten toepassing kan worden gelaten, wordt ook niet verhoogd. Die principiële stappen zijn al gezet door het toestaan van toetsing aan een eenieder verbindende bepaling uit verdragen bij de toepassing van een verdrag. Het enige wat verandert, zijn de argumenten die kunnen leiden tot het buiten toepassing laten. Juist van de gebruikte argumenten zal dit afhangen. Als de rechter in een concreet geval een wet buiten toepassing laat, maar dat doet met argumenten die zich ook tot andere gevallen uitstrekken, kunnen deze

andere gevallen profiteren van de verwachting dat in vergelijkbare gevallen ook vergelijkbaar wordt besloten. Zoals ik al eerder heb opgemerkt, is dat niet erg waarschijnlijk, want de rechter gaat voorzichtig om met zijn rechtsvormende taak.

In dit opzicht is de situatie niet fundamenteel anders dan bij de toetsing aan verdragen. Door verschillende fracties is de onzekerheid genoemd als gevolg van het feit dat het doorlopen van een rechtsgang nu eenmaal tijd vergt. Ondanks dat wij ons er dikwijls over beklagen dat de snelheid hoger zou kunnen zijn, moet ik zeggen dat ons rechtssysteem nog altijd in staat is om in belangrijke zaken snel te beslissen. Ik verwijs nog maar eens naar het Harmonisatiewet arrest, maar dat geldt ook voor de heel recente procedure rondom ABN AMRO.

Een voordeel van mijn voorstel is dat het aantal procedures beperkter wordt als de eigen rechter aan de eigen grondrechten mag toetsen. Dat scheelt toch weer een paar jaar rechtsonzekerheid ten opzichte van de procedures bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Wanneer rechtsonzekerheid ontstaat omdat de betrokken partij het niet opportuun acht om door te procederen tegen het buiten toepassing laten van een wet, bijvoorbeeld door de rechtbank in Assen, moet ik zeggen dat in het algemeen geldt dat het rechtssysteem zal moeten leven met een afwijkende uitspraak van de rechtbank in Assen. Het systeem heeft in de afgelopen jaren bewezen wel grotere uitdagingen aan te kunnen. Daarbij geldt dat de bereidheid om in beroep te gaan, zal afhangen van het belang van de zaak en van de uitspraak. Als er weinig belang bestaat bij een uitspraak, is er ook weinig rechtsonzekerheid. Als er veel belang bij is, zal het vraagstuk waarschijnlijk niet blijven steken in het arrondissement Assen, maar ook elders in het land worden opgeworpen.

Ik zou het argument van de CDA-fractie dat juist formele wetten met rust moeten worden gelaten, omdat zij belangrijk zijn, willen omdraaien en willen vragen of niet juist tegen belangrijke wetten individuele rechtsbescherming zou moeten openstaan. Ik ga hier ook elders op in.

De VVD-fractie wijst erop dat een formele wet met meer waarborgen is omkleed. Dat verschil zie ik als een reden waarom niet voor veel rechtsonzekerheid gevreesd hoeft te worden. Als de waarborgen hebben gefunctioneerd, zal de rechter er niet licht van afwijken. Ik ben hierop al eerder ingegaan.

Eerlijk gezegd is het argument van de fracties van de SGP en de ChristenUnie dat het buiten toepassing laten van een wet de Koning in verlegenheid brengt, omdat deze zijn handtekening onder deze wet heeft staan, voor mij nieuw. In reactie daarop vraag ik mij af of dit anders is wanneer Straatsburg constateert dat er sprake is van een schending van het EVRM die terug te leiden is naar een formele wet. Ik weet niet precies wat erger is; een handtekening van de Koning onder een wet waarvan de toepassing in voorkomende gevallen in strijd is met de Grondwet zonder dat daartegen rechtsbescherming openstaat, of een handtekening van de Koning die is gezet in de wetenschap dat de rechter in voorkomende gevallen een aandeel zal leveren in het beschermen van de grondrechten.

Ik hoef deze fracties niet te vertellen dat wij de ministeriële verantwoordelijkheid kennen, zodat de verantwoordelijkheid voor de bekrachtiging van de wet is neergelegd bij de ministers en niet bij de Koning. Hoewel

dit argument nieuw is voor mij, is dit geen bezwaar geweest om in de verkiezingsprogramma's van deze partijen te pleiten voor invoering van constitutionele toetsing, dus ik hoop dat de democratie hier haar werk doet.

Dan heb ik nog de volgende nabrander. Verschillende sprekers hebben laten weten angstig te zijn voor het aanbrengen van een hiërarchie of rangorde in grondrechten. Ik denk dat de regering zich hierover heel duidelijk uitspreekt in de nota. Er dient geen hiërarchie te zijn in grondrechten. Bij een conflict tussen grondrechten vertrouwt de regering de concrete afweging aan de rechter toe. Ik sluit mij daar graag volledig bij aan.

De heer **Dölle** (CDA): Er is nog een vraag die u niet hebt beantwoord. Ik heb allerm minst de illusie namens de fractie van de Partij van de Arbeid te moeten spreken, die dit punt naar voren heeft gebracht bij de schriftelijke voorbereiding. De Nederlandse grondrechten zijn in die zin geclausuleerd dat aan alle anderen dan de formele wetgever is verboden om hieraan vorm te geven. Dat wordt aan de formele wetgever overgelaten. De formele wetgever zet bijvoorbeeld een ouderschapsplan in de wet, om maar wat te noemen. Er komen burgers, organisaties, mediaoptredens en procedures. De rechter moet dan beoordelen of de verplichting tot een ouderschapsplan in strijd is met bijvoorbeeld artikel 10 van de Grondwet. Ik leg er steeds de nadruk op dat de rechter dan een methode moet hebben om te toetsen aan rechtmatigheid, zoals u dat noemt. Als ik de schriftelijke voorbereiding goed begrijp, moet hij het ouderschapsplan toetsen aan de subsidiariteit en aan de proportionaliteit die bij de wetgever heeft voorgezeten toen hij dit product vanmiddag bevestigde. Ik blijf erbij dat dit een wonderlijke transplantatie is van de uitlegmethoden die wij kennen in het verdragsrecht en in het bestuursrecht. Deze worden nu losgelaten op de 225 parlementariërs die in coproductie met het kabinet, geadviseerd door de Raad van State, na jarenlange correspondentie en plenaire debatten een product hebben afgeleverd. Er moet echt meer duidelijkheid over komen waaraan de rechter zal toetsen, als het gaat om proportionaliteit en subsidiariteit.

Mevrouw **Halsema**: De heer Dölle heeft inderdaad het antwoord op die vraag van mij tegoe. Deze vraag komt er in wezen op neer of de bepalingen in de Grondwet zich wel lenen voor rechterlijke toetsing. De wijze waarop de zogenaamde beperkingsclausules zijn geformuleerd, zou tot de mijns inziens onterechte conclusie kunnen leiden dat alleen toetsing door de formele wetgever tot de mogelijkheden behoort. In de Grondwet wordt meestal gesteld dat beperkingen bij of krachtens de wet mogelijk zijn. De wetgever noemt slechts in een enkel geval doelcriteria. Vandaag de dag kan niet meer volgehouden worden dat iedere beperking aanvaardbaar is, zolang deze maar aan de formele criteria voldoet.

Een vergelijking met het Belgische en het Duitse recht op dit punt is nuttig. De Belgische Grondwet van 1831 is goed te vergelijken met de Nederlandse. Deze is gebaseerd op groot vertrouwen in de wetgever. In het feit dat een beperking van een grondrecht bij of krachtens de wet dient plaats te vinden, lag volgens de grondwetgever de grootste waarborg voor de vrijheden van de burger. Inmiddels is er nogal wat veranderd. Het Belgisch Grondwettelijk Hof blijkt prima te kunnen

toetsen aan de nogal formeel en strak geformuleerde grondwetsbepalingen waarin grondrechten zijn verankerd. Bij gebrek aan toetsingsmaatstaven vindt de rechter inspiratie bij het EVRM.

Ook de Nederlandse rechter kan dat doen. Deze doet dat in de praktijk al in gevallen waarin toetsing aan de Grondwet wel is toegestaan. Zo oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak in 1996 dat op grond van artikel 7, lid 3, Grondwet een recht op geluidsversterking voortvloeiend uit evangelisatieactiviteiten beperkt kon worden, maar dat deze beperkingen proportioneel en noodzakelijk dienden te zijn. Deze uitspraak lijkt aan te knopen bij de noodzakelijkheidstoets van het EVRM. Het aanknopen bij het EVRM en andere verdragen levert geen zinloze kopiëring op. De rechter is bij toetsing aan de Grondwet niet gebonden aan de interpretatie van het Europees Hof die in de verdragsbepaling is geïncorporeerd en kan dus een meer op Nederland toegesneden toetsing verrichten.

Ook de Duitse Grondwet is niet scheutig als het gaat om materiële toetsingscriteria. Het Bundesverfassungsgericht zag hierin echter geen problemen. Het zogenaamde Übermassverbot of proportionaliteitsbeginsel speelt in zijn jurisprudentie een belangrijke rol.

Ik begrijp niet zo goed waarom toetsing door Nederlandse rechters aan proportionaliteit en subsidiariteit in het kader van de toetsing aan grondwettelijke grondrechten onverantwoord zou zijn. De regering achtte het in 2000 in een reactie op het rapport van de commissie-Franken – dat ik overigens met veel waardering heb gelezen – vanzelfsprekend dat beperkingen van grondwettelijke grondrechten moesten voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Deze eisen zouden zelfs impliciet in de beperkingsclausules besloten liggen. De heer Dölle zou toch niet willen zeggen dat de wetgever beperkingen van grondrechten tot stand mag brengen als deze disproportioneel zijn of als er nog genoeg alternatieven te bedenken zijn? Dan spreken wij over subsidiariteit. Mijns inziens is zijn argument meer dat de wetgever de toets van proportionaliteit en subsidiariteit moet verrichten. De wetgever moet dat inderdaad doen, maar dit wil niet zeggen dat de rechter, concrete rechtsbescherming biedend, hierin geen aanvullende rol kan spelen.

De heer **Dölle** (CDA): Mevrouw Halsema is nu een stuk helderder. Zij haalt nu voorbeelden uit Duitsland en België aan, twee typisch federale systemen – althans in België vanaf 1980 – waar dit type toetsing inderdaad bij de hoven ligt, bij het arbitragehof, tegenwoordig het grondwettelijk hof want het is enorm uitgebreid, en in Karlsruhe. Dit wil zij ongeveer naar Nederland overplaatsen. Zo begrijp ik haar opvatting. Ik kom hierop graag in tweede instantie terug.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Ik wil de heer Dölle nog een vraag stellen. Ik begrijp het zo dat het handvatten kunnen zijn voor de toetsing die de rechter altijd doet in een individueel geval. Het is dus niet zo dat hij zal bezien of de wet in haar geheel voldoet aan de criteria. Het zijn puur richtsnoeren aan de hand waarvan de rechter een individuele belangenafweging maakt of er in dat concrete geval strijd zou kunnen zijn met de Grondwet. Dat kunnen toch zeer wel hanteerbare criteria zijn?

De heer **Dölle** (CDA): Ook dat ben ik met mevrouw Strik

eens, maar wij hebben het hier al eerder over gehad. Als iets niet voorzien is, geen probleem. Als iets wel door de wetgever is voorzien en bewust is gewild en de rechter zegt in een concreet geval dat het niet proportioneel is wat de wetgever heeft gewild, dan geldt dit voor alle vergelijkbare gevallen – wat ik noem: “de wet raakt stuk” – en dit is een buitengewoon belangrijke verandering ten opzichte van het huidige systeem.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Ik sluit mij dit keer bij de heer Dölle aan. Dit sluit ook aan bij de discussie die wij eerder hebben gevoerd over de vraag wat nu precies de rol van de rechter zou zijn bij de introductie van de constitutionele toetsing. Mevrouw Halsema zegt dat de rechter de wettelijke afwijkingsbepalingen op proportionaliteit zal beoordelen. Het is natuurlijk de vraag hoe dit zich verhoudt tot wat wij eerder met elkaar hebben gewisseld in dit debat, namelijk of het wel de taak van de rechter is om de proportionaliteit daarvan te beoordelen.

Nogmaals, ik breng het opnieuw onder de aandacht, volgens ons is het vooral de taak van de rechter om naar grondwetsconformiteit te streven en niet om te doen wat de wetgever in hoofdzaak – en wat ons betreft ook ten finale – hoort te doen, namelijk om te bepalen of ook bijvoorbeeld gerechtvaardigd bij wet wordt afgeweken van de Grondwet.

Mevrouw **Halsema**: Voorzitter. Ik geef nu een korte reactie, maar ik kom hierop graag in tweede termijn terug, omdat ik de gevoeligheid begrijp. Voor alle duidelijkheid: wij willen van Duitsland alleen de maatstaf van proportionaliteit overnemen. Dit is overigens niet nieuw. De regering heeft dit ook voorgesteld in haar reactie op de bevindingen van de commissie-Franken. Als ik het mij goed herinner, werd dit destijds naar voren gebracht door minister De Vries. Ook bij grondwetsconforme toetsing speelt proportionaliteit nog altijd een rol zoals die ook bij verdragstoetsing een rol speelt.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Ik zeg het maar even voor alle duidelijkheid, wat de regering vindt en wat de heer De Vries vindt, is niet automatisch wat mijn fractie zal vinden. Dat durf ik wel te zeggen nu de heer De Vries er niet is.

Mevrouw **Halsema**: Maar mijnheer Rehwinkel, de onafhankelijkheid van de senaat kennende, leef ik ook in die veronderstelling. Ik had dit alleen bedoeld als een geheugensteuntje.

□

Minister **Ter Horst**: Mevrouw de voorzitter. In de eerste plaats spreek ik namens de regering waardering uit voor de indienst van dit initiatiefvoorstel, met name voor haar vasthoudendheid. Zij is hier jaren mee bezig geweest en kan het nu in deze Kamer verdedigen.

Ik sta hier als adviseur van de Kamer. Ik sta hier uiteraard ook om daar waar dat gewent is, de visie van het kabinet op het initiatiefvoorstel te geven. Er zijn een paar specifieke vragen aan mij gesteld. Die zal ik beantwoorden, ook al is al veel door mevrouw Halsema besproken. Ik zal proberen die antwoorden niet te dubbelen.

Verskillende woordvoerders hebben gesproken over de effecten van de rechterlijke toetsing op de functie en

het gezag van de Grondwet. De heer Engels heeft daarover gesproken. Hij heeft zijn aarzelingen geuit. Mevrouw Strik heeft erover gesproken. Zij verwacht hier het nodige van en zij is van mening dat het voorstel zal bijdragen aan versterking van de Grondwet. Het kabinet staat inderdaad voor versterking van de Grondwet. Een aantal leden heeft daarover gesproken. Het kabinet is daarom bezig met de instelling van een staatscommissie Grondwet. Wij beogen die versterking van de Grondwet te bereiken via een aantal denkbare wijzigingsvoorstellen. Het kan dan gaan over de preambule, algemene bepalingen, aanvulling en herziening van de grondrechtencatalogus waaronder het techniekonafhankelijk maken van de grondrechten. Het gaat dus niet om voorstellen om door niet-juridisch taalgebruik de toegankelijkheid van de Grondwet te veranderen en te verbeteren. Ik zeg dit nog eens nadrukkelijk want ik meen dat de term jip-en-janneketaal weer is gevallen. Dit is zeker niet de bedoeling, hoewel het natuurlijk nooit kwaad kan om je duidelijk uit te drukken.

Of versterking van de Grondwet kan worden bereikt met het huidige initiatiefvoorstel, is mijns inziens de vraag. Misschien kan het, maar dat alleen kan geen reden zijn voor de beoordeling van het initiatiefvoorstel. Het gaat om vele voor- en nadelen. Ik kom hier nog op terug.

Veel fracties hebben gewezen op de kwaliteit van wetgeving. Zij hebben de vraag gesteld of de gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod geen brevet van onvermogen zou zijn aan het adres van de wetgever. Die discussie is ook al met mevrouw Halsema gevoerd. De regering is van mening dat artikel 81 van de Grondwet de wetgevende taak opdraagt aan de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk. Zij staan borg voor de kwaliteit en de constitutionele houdbaarheid van wetgeving, daarin ondersteund door onder andere de adviserende taak van de Raad van State. De gedachte dat wetgever en rechter op verschillende wijze in het proces zouden staan, vind ik wel begrijpelijk. Mevrouw Halsema zei het al, de een toetst vooraf in algemene zin en de ander zou achteraf toetsen in concrete gevallen. Toch zijn er situaties denkbaar – de heer Dölle heeft erop gewezen – waarin de rechter een situatie zou moeten beoordelen die de wetgever wel degelijk voor ogen heeft gehad. Daar zit dan zeker een spanning, maar ook in dat geval overstijgt het oordeel van de rechter niet het individuele geval.

De fractie van de Partij van de Arbeid heeft mij een aantal vragen gesteld en ik voel mij uiteraard niet vrij om daar niet op te antwoorden. Zij heeft gevraagd of het kabinet de visie deelt dat de stap naar de rechterlijke toetsing aan de nationale grondrechten logisch en beperkt van omvang is uit het gezichtspunt dat toetsing aan verdragen al mogelijk is en dat het daarbij veelal gaat om grondrechten die ook in de Grondwet zijn opgenomen. Het kabinet heeft begrip voor de gedachtegang die daaruit spreekt, maar acht die niet per se logisch, vooral niet omdat de beoordeling van het initiatiefvoorstel nu eenmaal niet enkel uit dit perspectief kan worden gezien. Voor wat betreft de omvang van de toetsing, wijs ik erop dat in verdragen al aanzienlijk wat grondrechten zijn verankerd die ook in de Grondwet zijn opgenomen. Toch zou dit de stap nog niet beperkt maken. Er zijn ook diverse verschillen tussen de nationaal en internationaal verankerde grondrechten. Die zijn in de schriftelijke behandeling van het voorstel

uitvoerig aan de orde geweest. Ik noem onder andere de verschillen in beperkingssystematiek van de nationale en internationale grondrechten en enkele typisch Nederlandse grondrechten zoals het censuurverbod.

De PvdA-fractie heeft ook gevraagd: vindt het kabinet evenals het kabinet-Kok II dat er geen principieel onderscheid hoeft te zijn tussen de toetsing van formele en lagere wetgeving aan de Grondwet? Dat onderscheid hoeft er inderdaad niet per se te zijn. Dat neemt echter niet weg dat er de nodige verschillen zijn tussen lagere en hogere regelgeving. Ik wijs onder andere op de vele waarborgen waarmee het proces voor de totstandkoming van wetten in formele zin is omgeven en de mede daardoor snelle herstelbaarheid van lagere regelgeving. Een van de woordvoerders heeft daar ook over gesproken.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Is het niet zo dat de rechter altijd heel nadrukkelijk kijkt naar het totstandkomingsproces, vervolgens dus ook rekening houdt met de argumenten die daarin zijn gewisseld en ook langs die weg een wet uitlegt?

Minister **Ter Horst**: Ja.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Acht u dan niet het risico groot, zoals u eerder in uw betoog aangaf, dat een rechter toch een ander oordeel in de plaats stelt van het oordeel van de regering en de Staten-Generaal over een bepaalde wetsbepaling?

Minister **Ter Horst**: Dat zou kunnen. Ik heb gezegd dat als de rechter achteraf toetst in individuele gevallen, hij een andere opvatting daarover kan hebben dan de wetgever. Als die mogelijkheid niet zou bestaan, kun je je afvragen waarom überhaupt toetsing aan de Grondwet noodzakelijk zou zijn.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Ziet u dat vaak gebeuren?

Minister **Ter Horst**: Het is er nog niet, dus dat weten wij niet.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Vindt u in het algemeen dat de rechter zich terughoudend opstelt ten aanzien van de toetsing van bestaande wetten, bijvoorbeeld aan verdragen?

Minister **Ter Horst**: Een van de woordvoerder sprak over "het zwaard van Damocles", een andere over een "cosmetische operatie". Het hangt er dus van af hoe je dat beoordeelt. Als je denkt dat de mogelijkheid niet bestaat dat de rechter daaraan toetst en een andere uitspraak doet dan de wetgever, is het onzin om positief te zijn over dit initiatiefwetsvoorstel. En als je die mogelijkheid juist heel erg vindt, moet je dit wetsvoorstel niet aanvaarden, omdat de rechter anders een onacceptabele positie zou gaan innemen.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Het is interessant dat de minister deze perspectieven schetst. Mij interesseert echter vooral wat het kabinet uiteindelijk vindt. Die vraag heb ik nadrukkelijk gesteld: vindt het kabinet net als het kabinet-Kok II dat er reden is om tot die beperkte introductie van constitutionele toetsing over te gaan?

Minister **Ter Horst**: Het ging net over "afgronden". Ik bouw mijn betoog op als een "cliffhanger". Aan het eind ervan kom ik dus op dat punt terug.

De PvdA-fractie heeft ook gevraagd: kan het kabinet preciezer inzicht verschaffen in de vraag in hoeverre bij verdragstoetsing de verbindendheid van een wetsbepaling als zodanig wordt beoordeeld? Daarop zal ik antwoord geven. Ik hoop dat de Kamer het mij niet kwalijk neemt dat het enigszins technisch wordt.

Bij verdragstoetsing gaat het evenals in het huidige voorstel over de mogelijkheid van buitentoepassing-verklaring van een bepaling als deze nationale wettelijke bepaling strijdig is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Daarmee is nog niet gezegd dat de bepaling in het algemeen haar gelding heeft verloren. Afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval zal de rechter meestal slechts oordelen dat die bepaling in dat concrete geval geen toepassing mag hebben. Het effect van buiten toepassing laten kan echter wel neerkomen op onverbindend verklaren van de wetsbepaling als deze zich voor geen enkele andere toepassing leent dan een die strijdig is met de internationale norm. De rechter kan bovendien verder gaan en de onverbindendheid van een wettelijke bepaling in het algemeen constateren. Eerst zal hij echter proberen om de wettelijke bepaling verdragsconform uit te leggen. Ook kan hij een verdrags-schending constateren en de opheffing daarvan overlaten aan de wetgever. Daarnaast kan hij bepalen dat de buitentoepassinglating of verbindendheid geen terugwerkende kracht heeft. Hij zal dus diverse technieken toepassen om ongewenste schokken in de rechtsontwikkeling te voorkomen. In sommige gevallen kan de rechter echter overgaan tot de onverbindendheidsverklaring van het wettelijk voorschrift. De gevolgen van verdragstoetsing kunnen dus beperkt blijven tot het concrete geval, dan wel doorwerken in de verbindendheid van een deel van de regeling in het algemeen of van de hele regeling in het algemeen. Ik denk dat ik daarmee de vraag van de vertegenwoordiger van de PvdA-fractie heb beantwoord.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Dan vrees ik dat er in dit geval geen cliffhanger meer komt.

Minister **Ter Horst**: Jawel, jawel, jawel.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): De vraag was niet wat er allemaal kan – dat wisten wij al – maar in welke mate het gebeurt. In welke mate is er sprake van een rechter die vrij principieel een bepaling in haar geheel onverbindend moet verklaren wegens strijd met een verdrag?

Minister **Ter Horst**: Ik weet niet of de regering dat beter weet dan uzelf. Het gaat dan om feitelijkheden en niet meer om de beoordeling daarvan.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Ik durf toe te geven dat ik het niet weet, maar ik had gehoopt dat u er wat meer inzicht in kon bieden. Zo was de vraag bedoeld.

Minister **Ter Horst**: Dan moet ik u inderdaad teleurstellen. Het wordt dan een cliffhanger voor de tweede termijn. Ik zal kijken of het ons lukt om in uw pauze daarvan voorbeelden te vinden.

De PvdA-fractie heeft ook gevraagd: hoe gaat gevolgd worden dat niet allerlei verschillende interpretaties van grondrechten ontstaan? De vooronderstelling die in die vraag besloten ligt, lijkt te zijn dat verschillende interpretaties van grondrechten een probleem zijn. Dat lijkt mij niet per se het geval, zolang het bijvoorbeeld gaat om verschillende interpretaties van verschillende grondrechten of van verschillende onderdelen daarvan. Dat kan natuurlijk anders liggen bij verschillende interpretaties van een en hetzelfde grondrecht. Bij het volgen van de wijze waarop diverse rechters de grondrechten interpreteren, is een schone taak weggelegd voor onder andere de rechtsinstanties in hoogste aanleg en voor de rechtswetenschap.

Na de laatste vraag van de PvdA-fractie kom ik echt tot de afronding van mijn betoog. De heer **Rehwinkel** heeft gevraagd: in hoeverre denkt het kabinet dat voorkomen kan worden dat de benoemingen en beslissingen van rechters politieker worden? Wij weten natuurlijk nooit hoe de toekomst zich ontwikkelt. Mijn verwachting is in ieder geval dat de benoemingen niet politieker zullen worden. Daarbij speelt een rol dat in dit wetsvoorstel primair wordt gekozen voor gespreide toetsing en niet voor een constitutioneel hof, zoals mevrouw Halsema heeft betoogd. In dat geval zou de verwachting van politisering misschien reëler zijn dan in het voorstel dat zij nu doet.

Ik kom toe aan enkele pro's en contra's die dit kabinet ziet. Daarna zal ik aangeven hoe deze zich volgens het kabinet tot elkaar verhouden. Wij hebben dit in het kabinet gedeeld. Als argumenten voor een gedeeltelijke opheffing van het verbod zoals in het voorstel van mevrouw Halsema staat, zien wij: het wegnemen van de anomalie dat de wet niet kan worden getoetst aan nationale klassieke grondrechten en wel aan vergelijkbare rechten in verdragsbepalingen; de verbetering van de individuele rechtsbescherming; het levendiger maken van de Grondwet. Daarentegen worden de volgende nadelen gezien. De rechterlijke toetsing van wetgeving zal wellicht het primaat van de politiek ondergraven; de wetgever behoort toe te zien op de grondwettelijkheid. Verder heeft de constitutionele toetsing geen meerwaarde; toetsing aan internationale mensenrechtenverdragen voorziet al in voldoende rechtsbescherming. Daarnaast wordt rechtsonzekerheid in de hand gewerkt omdat de rechter wetgeving buiten toepassing kan laten.

De Kamer zal begrijpen dat de genoemde voor- en nadelen niet binnen één persoon zijn gecombineerd. Dat zou buitengewoon moeilijk zijn. Het kabinet bestaat natuurlijk uit meerdere personen. Wij dachten dat het zinvol was om de Kamer inzicht te geven in de voor- en nadelen die zijn afgewogen. Voordat het kabinet zijn oordeel kan geven, zal uiteraard het debat in deze Kamer moeten zijn afgerond. De voorlopige conclusie die het kabinet trekt, is dat de voordelen niet op voorhand zwaarder wegen dan de nadelen.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Dat kabinetten uit meerdere personen bestaan, is al wat langer het geval. In een eerder kabinetsperiode, die van het kabinet-Kok II, lukte het toch om tot een zekere voorkeur te komen voor de introductie van de bevoegdheid van de rechter om formele wetten te toetsen aan klassieke grondrechten. Dat is ook het voorstel zoals dat nu voorligt en ook eerder door de commissie-Franken is gedaan. Het advies van die commissie was destijds in belangrijke mate het

motief om tot die voorkeur te komen. Ik begrijp dat die voorkeur er bij dit kabinet niet is.

Minister **Ter Horst**: Dat hebt u goed begrepen. Ik denk dat het verschil van inzicht binnen het kabinet niet veel anders is dan binnen een aantal fracties in deze Kamer. Het is een onderwerp waarover mensen principiële standpunten hebben. De conclusie is juist dat in het oordeel van het kabinet-Kok II de balans naar de positieve kant doorsloeg. Alles afwegende, laat dit kabinet die balans naar de andere kant doorslaan.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): U zegt dat het na de beraadslagingen hier in het kabinet opnieuw aan de orde zal zijn. Is het niet vooral zaak dat deze Kamer bij de behandeling van dit wetsvoorstel over een opvatting van dit kabinet kan beschikken? Ik neem aan dat de minister haar rol als adviseur goed wil vervullen. Vanuit de achtergrond van de PvdA-fractie, die deel uitmaakt van de coalitie, komt het op mij een beetje over als een brevet van onvermogen dat het kabinet geen duidelijk advies aan de Kamer geeft.

Minister **Ter Horst**: Volgens mij hebt u het advies samengevat. Ik heb u gezegd dat u op dat punt de juiste conclusie trekt. Waarom ontbreekt in uw ogen het advies?

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Omdat het advies er volgens mij op neerkomt dat er voor- en nadelen zijn, en dat het advies niet luidt...

Minister **Ter Horst**: Wat ik gezegd heb is dit: alles afwegende is het kabinet voorlopig tot de conclusie gekomen dat de voordelen niet op voorhand zwaarder wegen dan de nadelen.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Ik vroeg u of dit kabinet, evenals het kabinet-Kok II, een voorkeur heeft voor de introductie van de bevoegdheid van de rechter om formele wetten te toetsen aan klassieke grondrechten.

Minister **Ter Horst**: Het antwoord daarop is nee. Mag ik er nu vanuit gaan dat u de term "brevet van onvermogen" intrekt?

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Ik begrijp dus, dat het tegendeel het geval is?

Minister **Ter Horst**: Ja, het tegendeel is het geval.

De heer **Rehwinkel** (PvdA): Dan trek ik de woorden "brevet van onvermogen" in.

Minister **Ter Horst**: Dank u.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): De minister noemt drie voordelen en drie nadelen. Wegen deze even zwaar? Kan ik concluderen dat de regering uiteindelijk neutraal adviseert?

Minister **Ter Horst**: Neen. Ik zeg het nog een keer: alles afwegende is het kabinet voorlopig tot de conclusie gekomen dat de voordelen niet op voorhand zwaarder wegen dan de nadelen. Simpelere geformuleerd: de nadelen wegen zwaarder dan de voordelen.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Ik heb nog twee vragen over de nadelen. Een daarvan is dat de burgers al voldoende verdragsrechtelijke bescherming genieten. Er is al vaker als argument aangedragen dat een aantal heel cruciale grondwetbepalingen, namelijk vrijheid van godsdienst, vrijheid van onderwijs en het verbod van preventieve censuur alleen gewaarborgd zijn in onze Grondwet. Heeft het kabinet zich er voldoende van vergewist of het niet belangrijk is om de burger ook op die punten rechtsbescherming te bieden? Het andere punt is het gevaar van het politiek primaat, dat zou worden afgenomen door de rechter. Als u verwijst naar de verdragsrechtelijke bescherming, ziet u dan grondslag voor de verwachting dat de rechter dan zal treden in het politiek primaat? Met andere woorden: hoe apprecieert u op dit moment de rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan verdragen? Vindt u dat het daarbij aan de orde is dat de rechter het politiek primaat schendt van de wetgever?

Minister **Ter Horst**: Ik gaf niet voor niets een aantal argumenten die in het kabinet zijn uitgewisseld. Dezelfde argumenten spelen ook een rol in het debat in uw Kamer. Er zijn leden van het kabinet die de rechtsbescherming zwaarder laten wegen en er zijn er die het politieke primaat zwaarder laten wegen. Beide standpunten kun je innemen, maar in meerderheid was het kabinet van mening dat het politieke primaat met name bij de wetgever moet liggen en niet bij de rechter. De mogelijkheid bestaat dat de rechter een uitspraak doet die niet overeenkomt met wat de wetgever heeft beoogd. Je kunt dat uitleggen als een betere rechtsbescherming, maar ook als het treden in het politieke primaat. Geldt dat ook voor de toetsing aan verdragen? Het antwoord is: ja, in zekere zin wel. Ook bij de toetsing aan een verdrag kan het voorkomen dat de rechter zegt dat wat de wetgever heeft beoogd, daarmee in strijd is.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Mijn vraag was: gebeurt dat ook? Als u kijkt naar de toetsing door de rechter over de afgelopen jaren, hebt u dan een gerechtvaardigde verwachting dat dit nu ook gaat gebeuren bij toetsing aan de Grondwet?

Minister **Ter Horst**: Ook de heer Rehwinkel vroeg of dit vaak voorkomt. Het lastige met uw vraag is: als wij zouden zeggen: nee, het komt nooit voor, dan moeten wij ons afvragen waarom wij behoefte hebben aan het wetsvoorstel.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): Dan zit je weer met de vangrailconstructie, namelijk de waarborg die ervoor moet zorgen dat er ook in het individuele, concrete geval, recht wordt gedaan aan de Grondwet. Dit is niet hetzelfde als een wet politiek beoordelen. Het gaat om een belangenafweging in een individueel geval.

Minister **Ter Horst**: Ik begrijp uw redenering. U zegt: de rechter toetst in een individueel geval, maar de wetgever beoogt regels te stellen, niet voor een individueel geval, maar voor een hele groep. Toch heeft die afweging zo plaatsgevonden.

De heer **Kox** (SP): Politiek is een levendig vak, zo kunnen wij vandaag weer zien. Mijn idee was eerst dat de minister een gelijk spel weergaf, maar bij de beslissing

blijkt dat de wedstrijd toch op punten is gewonnen door de tegenstanders van het voorstel. Ik dacht: dat komt natuurlijk omdat wij het CDA in de regering hebben zitten. Als ik goed naar u probeer te luisteren, is dat het punt niet eens. Er is ook een draai gemaakt in de Partij van de Arbeid. Het is niet zo dat u moet zeggen: Kok II is nu eenmaal geen Balkenende IV, wij moeten het nu doen met het CDA en daarom verandert ons standpunt. Nee, ik heb het idee dat ook het standpunt van de Partij van de Arbeid in de regering draait. Is dat wel chic? De regering geeft eerst een signaal aan een initiatiefnemer: ga uw gang, wij zitten op die lijn. Vervolgens draait niet alleen het kabinet, omdat er een andere fractie bijkomt, maar ook het deel van het kabinet dat er altijd al zat. Wij hebben het over een initiatief van de Tweede Kamer. Er mag dan enige coulance worden verwacht van de regering. Nu komt u opeens als een duveltje uit een doosje met de mededeling: wij zijn ook tegen!

Minister **Ter Horst**: Ik geloof dat het mevrouw Halsema was die zei dat het zo prettig was dat er in deze Kamer geen partijpolitiek werd bedreven.

De heer **Kox** (SP): Dat zei mevrouw Halsema niet. Zij zei: dit wetsvoorstel is er een waarover de standpunten zich niet langs links of rechts laten verdelen. Dat heeft echter iets te maken met staatsrecht. Dit is wel degelijk een Kamer waarin politieke partijen zitten. Ik constateer dat er een fractie is die eerst in de regering zat en voor dit wetsvoorstel was, maar nu weer in de regering zit en ertegen is. Daar mag enige uitleg voor komen.

Minister **Ter Horst**: Mag ik de geachte afgevaardigde vragen hoe hij bij die constatering komt? Ik kan mij niet herinneren dat ik er iets over gezegd heb.

De heer **Kox** (SP): Uit uw beantwoording kreeg ik de indruk dat niet het simpele feit dat het CDA was toetreden tot de regering de verklaring was voor de wijziging van het standpunt van de PvdA; anders moet u het gewoon zeggen. Dan is het helder en dan is het politiek. Als het niet zo is, hebt u iets uit te leggen.

Minister **Ter Horst**: Nu ja, dan heb ik iets uit te leggen.

De heer **Dölle** (CDA): Ook ik wilde de heer Kox vragen hoe hij bij zijn standpunt komt, maar de minister vroeg dat al. De regering spreekt als regering en niet via partikelen daaruit.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): De beoordeling door de vakministers lijkt mij bijzonder belangrijk in dit geval, te weten de minister van BZK en de minister van Justitie. Hebben zij hierin een zwaardere stem gehad? Wat is hun beoordeling?

Minister **Ter Horst**: Voorzitter. Ik waardeer de pogingen, maar ik hoop dat u het mij niet kwalijk neemt dat ik de Kamer het antwoord op die vraag schuldig moet blijven.

De heer **Engels** (D66): Ik heb vastgesteld dat de minister zelf heeft gesproken over verschillen van inzicht in de ministerraad. Het is staatsrechtelijk heel interessant dat wij daarover nu eens iets te horen krijgen, dus daar zal ik de minister niet op aanvallen. De heer Kox heeft geprobeerd te analyseren of de verandering van het

standpunt binnen het kabinet, ten opzichte van het eerdere kabinet-Kok iets te maken heeft met de rol van de Partij van de Arbeid. Ik vraag het nu iets anders dan mevrouw Strik heeft gedaan: is het zo dat de verschillen van inzicht zo lagen dat de PvdA-ministers eigenlijk nog steeds door wilden, maar de anderen niet?

Minister **Ter Horst**: U mag daarover allerlei bespiegelingen hebben. Ik heb gemeend u de afwegingen en de argumenten te moeten meedelen die in het kabinet hebben gespeeld. Ik heb geen argumenten gekoppeld aan politieke partijen. Ik heb ook geen argumenten gekoppeld aan de portefeuilles van individuele ministers en dat wil ik ook niet gaan doen. Ik heb gezegd dat, alles afwegende, het kabinet tot een voorlopige conclusie is gekomen. Verder wachten wij met grote belangstelling de behandeling in de Kamer af.

De heer **Schuurman** (ChristenUnie): Een vrij gangbaar standpunt van het kabinet in zo'n geval is: wij zullen het parlement volgen, zowel de Eerste als de Tweede Kamer. U zult er argumenten voor gehad hebben om het in dit geval niet te doen, maar ik heb het bij initiatiefwetsvoorstellen meer dan eens meegemaakt dat er van de kant van het kabinet wordt gezegd: wij laten het oordeel aan de beide Kamers van de Staten-Generaal over. Dat zal ook nu een rol hebben gespeeld. Die informatie zal de minister ons toch niet willen onthouden? Ik zeg daarbij dat zij dit niet aan de politieke kleur van ministers hoeft te verbinden.

Minister **Ter Horst**: Dat begrijp ik. Mij is echter gevraagd naar het standpunt van het kabinet. Dat heb ik gegeven. Het is immers verstandig om antwoorden te geven op de vragen die in de Kamer worden gesteld. Verder heb ik gezegd dat het kabinet uiteraard met belangstelling de behandeling van dit voorstel in de Kamer afwacht. Het kabinet zal zoals gebruikelijk zijn oordeel daarna vellen.

Mevrouw **Strik** (GroenLinks): De vorige behandeling in de Tweede Kamer vond nog plaats tijdens de zittingsperiode van een ander kabinet. Toen heeft de minister van Binnenlandse Zaken een positief advies gegeven over dit wetsvoorstel. Destijds zat ook het CDA al in de regering. Hoe is het mogelijk dat het vorige kabinet positief oordeelde en er nu blijkbaar anders wordt geoordeeld, terwijl niet alle partijen zijn gewisseld? Wat zijn de nieuwe argumenten? Wat is er gebeurd?

Minister **Ter Horst**: Ik heb de argumenten van het huidige kabinet gegeven. Ik had geen zitting in het vorige kabinet en weet ook niet precies wat het vorige kabinet tot zijn conclusies op dit punt heeft gebracht. Uiteraard was de samenstelling van dat kabinet anders. Ik kan alleen melden welke argumenten het huidige kabinet heeft gewisseld en wat de voorlopige opvatting van het kabinet is over dit wetsvoorstel. Dat is mijn rol.

De heer **Schuurman** (ChristenUnie): Als een vorige regering een standpunt heeft ingenomen is dat, vanwege de continuïteit van een regering, ook het standpunt van een nieuw kabinet, tenzij het nieuwe kabinet beargumenteerd tot een andere visie komt. Ik verbaas mij erover dat dit in dit geval niet zo is gegaan.

Minister **Ter Horst**: Is dit een vraag?

De **voorzitter**: Zoals de heer Schuurman zelf al zei, was dit een opmerking. Daaraan houden wij ons.

De beraadslaging wordt geschorst.

De vergadering wordt enkele ogenblikken geschorst.

Aan de orde is de voortzetting van:

- **de algemene financiële beschouwingen naar aanleiding van de Miljoenennota 2009 (31700).**

De **voorzitter**: De minister van Financiën is in ons midden. Ik deel de Kamer mede dat de staatssecretaris van Financiën in aantocht is. Het woord is aan de minister van Financiën.

De beraadslaging wordt hervat.



Minister **Bos**: Voorzitter. Ik dank de leden voor hun gewaardeerde bijdragen aan dit debat. Ik zal eerst ingaan op enkele relatief principiële en fundamentele vragen die zijn gesteld over de toestand van het kapitalisme en alle orderingsvraagstukken die daaraan vastzitten. Vervolgens zal ik wat meer stilstaan bij het ontstaan, de aard en de omvang van de kredietcrisis, en bij vragen als hoe wij de afgelopen tijd hebben geïnterveneerd, wat wij als toekomst van het financieel stelsel zien, wat mogelijkerwijs gevolgen zijn voor de reële economie, wat dit vervolgens betekent voor bijvoorbeeld de koopkracht en de begroting die op Prinsjesdag is ingediend en wat wij te verwachten hebben van Europa. Ik zal afsluiten met alles bij elkaar te vegen wat ik op dat moment nog niet heb beantwoord.

Goethe was een optimist. Toen hij zei: "Zwei Seelen wohnen, ach! in meiner Brust", kende hij uiteraard het boek van Robert Reich nog niet waarnaar de heer Terpstra verwees. Volgens Robert Reich hebben wij namelijk minstens vier zielen in onze borst. Iedereen heeft te maken met het feit dat hij denkt als consument, maar ook als belegger, als werknemer en als burger. Het hart van de analyse van Robert Reich in zijn boek "Supercapitalism" is zijn stelling dat altijd de consument en de belegger in ons het winnen van de werknemer en de burger in ons. Ik vind dit een interessante analyse. Zeker in cultureel-normatieve zin is dit een meer fundamentele analyse van de oorzaak van de huidige financiële crisis dan gemakzuchtig zeggen dat de crisis is veroorzaakt door Wallstreet of door graaizuchtige bankiers.

In veel opzichten hebben de bankiers namelijk gedaan wat wij graag wilden in onze rol van consument of belegger. Wij wilden hoge rendementen op onze belegde pensioencenten. Daarom vonden wij het prima dat pensioenfondsen zich opstelden als actieve aandeelhouders op de beurs. Omdat wij als consument graag financieel voordeel willen hebben als wij iets kopen, vinden wij globalisering prima als wij het merken in onze portemonnee. Als werknemer maken wij ons daarbij wellicht tegelijkertijd wel wat zorgen over de vraag wat dit betekent voor banen hier versus banen daar. Als burger maken wij ons wellicht tegelijkertijd zorgen over de vraag of de politiek nog greep heeft op de macht van het grote geld. Dan denk ik dat de analyse van Robert

Reich in een heleboel opzichten helaas wel klopt, namelijk dat de burger en de werknemer in ons het vaak afleggen tegen de consument en de belegger in ons. Dit betekent mijns inziens dat het, als wij proberen ten diepste te kijken naar de oorzaken van deze financiële crisis, te gemakkelijk is om de schuld weg te schuiven richting anderen, al helemaal als een en ander zich ver over de "plas" op Wallstreet afspeelt. In een heleboel opzichten is de crisis begonnen in onszelf, waar wij steeds weer te maken hebben met verschillende wensen, belangen en ambities die op een gegeven moment met elkaar schuren en een onderlinge spanning vertonen.

Het grotere verhaal achter deze financiële crisis is volgens mij een verhaal dat ons noopt om fundamentele na te denken over een nieuwe balans tussen steeds maar meer willen en op een gegeven moment durven zeggen dat het genoeg is. Een nieuwe balans tussen enerzijds alleen maar op de korte termijn georiënteerd zijn en anderzijds durven nadenken over het borgen van belangen die voor de samenleving als geheel ook op de langere termijn veilig gesteld dienen te worden. Een nieuwe balans tussen alleen maar denken in termen in winstbejag, ook binnen het bedrijf en het bedrijfsmodel, en durven om ook grotere, publieke belangen centraal te stellen. Een nieuwe balans tussen het creëren van meer en meer rijkdom en welvaart en de risico's die daar ongetwijfeld mee gepaard gaan. En tot slot dus ook een nieuwe balans in het waarderen van markten ten opzichte van overheden; een failliet van het denkmodel dat markten het alleen maar goed en beter doen als de overheid op een zo groot mogelijke afstand staat en een impuls voor dat denken dat zich gelukkig met name in Europa ook sterk geworteld heeft, namelijk dat sterke markten en sterke overheden elkaar juist nodig hebben om uiteindelijk op de lange termijn de grotere belangen van de samenleving als geheel te kunnen dienen.

De heer **Reuten** (SP): Ik ben blij dat het laatste deel van het betoog er nog achteraan kwam. Ik vind het voorgaande deel toch wel heel individualistisch geredeneerd. Het gaat in dit geval om institutioneel toezicht op onder andere individuen.

Minister **Bos**: Ik had eigenlijk voorbereid om te zeggen dat het materialisme van de SP een van de aanjagers van de financiële crisis is. Ik heb dit achterwege gelaten, omdat ik het te provocatief vond. Echter, als de heer Reuten mij hiertoe uitnodigt, maak ik de opmerking alsnog. Ik bedoel hiermee dat als er in Nederland één partij is die meteen naar het vragenuurtje snelt op het moment dat de koopkracht van mensen in het geding komt of de reële waarde van pensioenen van mensen in het geding komt, het de SP is. Overigens terecht, want dit zijn belangrijke zaken. Echter, wij moeten ons realiseren welke druk dit legt op een economisch systeem, welke druk het legt op een financieel systeem en welke druk het legt op bijvoorbeeld pensioenfondsen die met pensioencenten aan het beleggen zijn op de beurs. Dit soort mechanismen leidt tot een drang om steeds maar meer rijkdom te creëren ten bate van ons allemaal; graag, ik wil zelf ook niets liever. Gaandeweg vergeten wij dat dit ook gepaard gaat met grote risico's, totdat ze zich ineens voordoen en schade aanrichten en wij met elkaar in de ellende terecht komen, waarin wij nu terecht zijn gekomen. Het is niet alleen maar een kwestie van individualisme. Het is iets waar wij allemaal mee te