

Wetgever en constitutie

Wetgever en constitutie

Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid

ISBN: 978-90-5850-449-4

Dit boek is een uitgave van:

Wolf Legal Publishers

Postbus 31051

6503 CB Nijmegen

www.wolflegalpublishers.nl

Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprecht, Postbus 882, 1180 AW te Amstelveen.

Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior written permission of the publisher.

© 2009

Vereniging voor wetgeving en Wetgevingsbeleid

Wetgever en constitutie

Verslag van het symposium, gehouden op 23 april 2009
ter gelegenheid van de algemene ledenvergadering
van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid

Met preadviezen van
Prof. dr. L.F.M. Verhey
Prof. dr. M. Kuijer
Prof. dr. L.A.J. Senden

Redactie en verslag
Mr. H.R. Schouten

Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid

opgericht 27 september 1989

Bestuur

Rob van Gestel (voorzitter)

Hedi Schouten (secretaris)

Wanda Weeber (adjunct secretaris)

Thomas van der Sanden (penningmeester)

mw. mr. H. Dekker, mw. mr. J.E. Biesheuvel-Vermeijden, dhr. mr. G.J.A. Hamilton,

dhr. mr. drs. J.K. Beetstra, dhr. mr. dr. J.T.K. Bos, dhr. mr. H. Heida, dhr. mr.

H.J.H.L. Kortjes, dhr. mr. drs. P.J.P.M. van Lochem, dhr. mr. G.P.I.M. Wuisman,

dhr. mr. J.A.P. Veringa

Contributie

€ 30,- voor gewone leden en € 25,- voor collectieve leden

Inhoud

Enkele beschouwingen over de mug en de olifant

L.F.M. Verhey

1. De Mosquito-casus	1
1.1 Een juridische verkenning	1
1.2 Het politieke debat	2
1.3 Het constitutionele tekort	3
1.4 Conclusie	5
1.5 Wetgever en constitutie	6
2. Constitutie en Grondwet	7
2.1 Internationalisering van de constitutie	7
2.3 Vervlochten constituties	9
2.4 Grondwet: beperkt normatief	11
2.5 Een normatievere Grondwet?	12
2.6 Conclusie	15
3. De wetgever	16
3.1 Inleiding	16
3.2 De regering	16
3.3 De Raad van State	19
3.4 De Tweede Kamer	21
3.5 De Eerste Kamer	23
3.6 Conclusie	25
3.7 Remedies?	26
4. Wetgever en rechter: een constructieve dialoog	27
4.1 Ambivalente houdingen	27
4.2 De wetgever: een actieve houding	29
4.3 De rechter: consistente terughoudendheid	33
5. Slot	40

De betekenis van het Europees verdrag voor de rechten van de mens voor de nationale wetgever

M. Kuijer

1. Inleidende opmerkingen over het EVRM	44
1.1 Ontstaansgeschiedenis	44
1.2 Meerwaarde van een regionaal toezichtmechanisme	46
1.3 Inhoud van het verdrag	47
1.4 Toezichtmechanisme	48
1.5 De status van het EVRM-acquis in de Nederlandse rechtsorde	50
1.6 De receptie van het verdrag in de Nederlandse rechtsorde	52
1.7 De rol van het EVRM in het wetgevingsproces	56

1.8 Mogelijke maatregelen ter versterking van de implementatie van het EVRM in het nationale wetgevingsproces	59
2. Het EVRM in de gereedschapskist van de wetgevingsjurist	63
2.1 Noodzaak om een (wettelijke) regeling tot stand te brengen	63
2.2 Handhaafbaarheid van wetgeving in het licht van het EVRM	67
2.3 Procedurele (rechts)bescherming	68
2.4 Positieve verplichtingen	75
2.5 Eigendomsrecht	77
2.6 Nieuwe MER: Mensenrechten Effect Rapportage	80
3. Actie van de wetgever zodra mensenrechtelijke conformiteit in twijfel wordt getrokken	82
4. Afsluitende opmerkingen	83

Europese kaders en kwaliteitseisen voor de Nederlandse wetgever: naar een gedeelde verantwoordelijkheid

L.A.J. Senden

1. Inleiding	87
2. Kwaliteit van wetgeving: een gedeelde verantwoordelijkheid	90
2.1 Het Europese 'Betere regelgeving' beleid	90
2.2 Nadere begripsbepaling en onderzoekskader	93
3. Europese inhoudelijke kwaliteitseisen	96
3.1 Juridische eisen	97
3.2 Beleidsanalytische eisen	101
3.3 Wet(geving)stechnische eisen	107
4. Procesmatige eisen	111
4.1 Implementatie, uitvoering en handhaving van Europese regels	111
4.1.1. <i>De implementatie- en uitvoeringsplicht: beperking van de institutionele autonomie</i>	111
4.1.2 <i>Tijdigheid</i>	115
4.1.3 <i>De plicht tot effectieve handhaving: inkadering van de procedurele autonomie</i>	118
4.1.4 <i>Notificatieplicht</i>	125
4.2 Consultatie, ex ante- en ex post evaluatie	127
4.3 Transparantie en toegankelijkheid	130
5. Het Verdrag van Lissabon	131
6. Tot besluit: herbezinning op de inrichting van de institutionele autonomie	133

Jaarrede: Beelden doen er toe

W.J.M. Voermans

1. Omgekeerde of ongedeelde percepties	139
2. Zelf opgeroepen beelden: wie kaatst moet....	141
3. Alles is relatief	142

4. Het onderzoek van Murphy, Tyler en Curtis	143
--	-----

Forumdiscussie

Reactie op het preadvies van Kuijer door Michiel van Emmerik	147
Discussie en vragen uit de zaal	148
Reactie op het preadvies van Verhey door Jit Peters	149
Discussie en vragen uit de zaal	150
Reactie op het preadvies van Senden door Wim Voermans	152
Discussie en vragen uit de zaal	153

Enkele beschouwingen over de mug en de olifant

Prof. dr. L.F.M. Verhey¹

1. De Mosquito-casus

1.1 Een juridische verkenning

Op 10 december 2008 zond de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een brief aan de Tweede Kamer over de inzet en de noodzaak van de zogeheten Mosquito. De Mosquito is een apparaatje dat een voor jongeren² hinderlijke toon produceert. Uit onderzoek is gebleken dat het door een groot aantal gemeenten wordt ingezet om hangjongeren op bepaalde plaatsen te weren. De Tweede Kamer had in een eerder stadium gevraagd om een regeringsstandpunt met het oog op de grondwettigheid daarvan.

In reactie op dit verzoek heeft de minister in een bij de brief gevoegde 'juridische verkenning' onderzocht of de Mosquito een inbreuk vormt op grondrechten, meer in het bijzonder het recht op bewegingsvrijheid (artikel 12 IVBPR en artikel 2 Vierde Protocol EVRM), het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (artikel 11 Grondwet en artikel 8 EVRM) en het discriminatieverbod (artikel 1 Grondwet en diverse verdragsbepalingen). De conclusie komt er – kort gezegd – op neer dat het gebruik van de Mosquito met deze grondrechten in strijd is.

Bijzondere aandacht trekt de toetsing aan artikel 11 Grondwet. Hoewel met het fysieke ongemak dat de Mosquito veroorzaakt volgens de minister 'nog niet evident sprake is van een inperking van genoemd grondrecht'³, geven de genoemde omstandigheden voldoende serieuze aanknopingspunten om niettemin met deze normstelling rekening te houden. Aldus', aldus nog steeds de minister, 'is een formeelwettelijke grondslag vereist⁴, indien inzet van het instrument beleidsmatig wenselijk wordt geoordeeld. Daarvoor is vereist dat er een dringende maatschappelijke behoefte aan het instrument aanwezig is, alsmede dat bij de inzet voldaan kan worden aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit⁵.

¹ Luc Verhey is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht en raadgever in buitengewone dienst bij de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie.

² Met 'jong' wordt hier bedoeld op alle personen tot ongeveer 30 jaar. De Mosquito werkt derhalve niet bij oudere jongeren.

³ Is er nu wel of geen sprake van een beperking van het grondrecht van artikel 11 Grondwet? In de verkenning wordt dat in het midden gelaten.

⁴ De bij de grondwetsherziening van 1983 aanvaarde uitzondering op dit uitgangspunt, gelegen in de redelijke uitleg van het grondrecht, acht de regering in casu niet van toepassing. Bijlage bij brief, p. 7.

⁵ Bijlage bij brief, p. 8.

Over de vraag of in casu aan die eisen is voldaan, wordt in de juridische verkenning geen duidelijke uitspraak gedaan; het hangt af van de bijzondere feiten en omstandigheden. Wat de specifieke eis van subsidiariteit betreft wordt gesteld dat het gezien de bestaande bevoegdheden nog te vroeg lijkt om 'tot een nieuw instrumentarium over te gaan'. Dit neemt echter niet weg, zo is te lezen in de verkenning, 'dat voorzienbaar is op momenten dat sprake zal zijn van een verminderde 'toezicht- en handhavingsdichtheid' de Mosquito een functie en daarmee een meerwaarde kan hebben'⁶. Als dat laatste juist zou zijn, zou een wettelijke regeling wel weer te overwegen zijn, maar daarover zegt de genoemde verkenning vervolgens niets. Op dit punt blijft de verkenning onhelder⁷.

1.2 Het politieke debat

Welke conclusie trekt de minister hieruit? In genoemde brief stelt de minister dat zij de inzet van de Mosquito 'nodig noch wenselijk acht' en dat zij 'gemeenten hiertoe dan ook niet zou willen aanmoedigen'⁸. Om die reden is zij niet voornemens een wettelijke regeling op te stellen die het gebruik hiervan mogelijk maakt. Gemeenten kunnen, aldus de minister, aan de hand van de genoemde juridische verkenning beoordelen of zij het gebruik van Mosquito's willen handhaven.

In het Algemeen Overleg van 25 februari 2009 heeft de minister haar standpunt nader toegelicht. Naar haar oordeel zijn er geen duidelijke conclusies te trekken als het gaat om de vraag of de inzet van de Mosquito in strijd is met de Grondwet en 'andere internationale verdragen voor de rechten van de mens'⁹. Omdat die duidelijkheid er niet is, moeten de gemeenten zelf maar een afweging maken. Desgewenst kan de rechter daarover een uitspraak doen, aldus de minister. Ondanks herhaald aandringen van de CDA-, VVD- en SGP-fractie¹⁰ wilde de minister in het bijzonder geen antwoord geven op de vraag of voor het gebruik van de Mosquito een formeel-wettelijke grondslag noodzakelijk is:

'Ja, dat zou kunnen. De vraag is of voor alles een formeel-wettelijke grondslag nodig is. Een aantal zaken wordt natuurlijk geregeld op basis van de APV, dus je hoeft niet voor alles een wettelijke grondslag te hebben. Ik weet niet wie er nu precies over die wettelijke grondslag is begonnen, maar ik was het niet'¹¹.

⁶ Bijlage bij brief, p. 6.

⁷ Later stelt de minister echter dat de meerwaarde van de Mosquito gering is. Dat zou erop kunnen duiden dat zij het gebruik van de Mosquito niet in overeenstemming acht met de proportionaliteits-eis: Kamerstukken II 2008-2009, 28684, nr. 205, p. 12.

⁸ Kamerstukken II 2008-2009, 28684, nr. 188.

⁹ Kamerstukken II 2008-2009, 28684, nr. 205, p. 15.

¹⁰ Terzijde merk ik op dat met name de bijdrage van de PvdA-fractie aan het debat juridisch gezien op zijn zachtst gezegd niet sterk was. Wellicht houdt dit verband met het feit dat na het vertrek van Wolfsen – die in zijn nieuwe functie van burgemeester van Utrecht overigens een warm voorstander blijkt van de Mosquito – geen enkele jurist meer deel uitmaakt van de PvdA-fractie.

¹¹ Kamerstukken II 2008-2009, 28664, nr. 205, p. 17. Dit is feitelijk onjuist. Voorafgaand aan het AO was de minister in haar juridische verkenning zelf ingegaan op de vraag of een formeel-wettelijke grondslag nodig is.

Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat naar het oordeel van de minister wellicht geen sprake is van een inbreuk op de grondrechten. Doch dat blijkt voorbarig, want even later stelt de minister:

‘De vraag is dan of het beoogde doel een inbreuk op de grondrechten rechtvaardigt. Mijn antwoord op die vraag is dus negatief¹².

Niettemin blijft de minister weigeren met een wetsvoorstel te komen. Nog daargelaten of een wettelijke regeling juridisch nodig is – zoals gezegd wilde de minister daar geen uitspraak over doen – is zij naar het oordeel van de minister ook onwenselijk. Het zou maar tot ingewikkelde juridische kwesties kunnen leiden die de bewegingsruimte van gemeenten zouden kunnen inperken:

‘Als wij bovendien zouden bedenken hoe die wettelijke grondslag eruit zou moeten zien, dan wordt de wettekst door de Raad van State helemaal getoetst aan internationale verdragen¹³. Dat zou ertoe kunnen leiden dat de Mosquito in strijd is met de grondrechten. Dat betekent dus dat het dan niet meer mag¹⁴.

Uiteindelijk heeft de minister haar zin gekregen. De Tweede Kamer nam genoegen met de toezegging van de minister met de VNG in overleg te treden over een richtlijn voor het gebruik van de Mosquito.

1.3 Het constitutionele tekort

Uit constitutioneel oogpunt is het standpunt van de minister opmerkelijk. Ik volsta met twee kanttekeningen.

In de eerste plaats spreekt de minister zichzelf voortdurend tegen. Haar stelling dat onduidelijk is of een formeel-wettelijke grondslag voor het gebruik van de Mosquito noodzakelijk is, staat op gespannen voet met haar conclusie in de eerder door haar uitgebrachte juridische verkenning. Daarin stond immers – ik herhaal het nog maar eens – dat een formeel-wettelijke grondslag vereist is indien inzet van het instrument beleidsmatig wenselijk wordt geoordeeld. Ook hetgeen de minister opmerkt over de proportionaliteit is tegenstrijdig. Enerzijds stelt zij dat het onduidelijk is of er een inbreuk is, anderzijds neemt zij het standpunt in dat de inbreuk niet proportioneel is (en derhalve onrechtmatig). De minister heeft tijdens het overleg met de Tweede Kamer beide, onderling onverenigbare standpunten door elkaar heen gebruikt.

Nu komt het wel vaker voor dat bewindslieden tijdens een debat in de Tweede Kamer, soms improviserend, niet altijd consistent handelen. What's new? Maar er is meer aan de hand. Ernstiger vind ik het – en dat is mijn tweede punt – dat de minister blijkens haar opstelling stelselmatig en bewust weigert datgene te doen

¹² Kamerstukken II 2008-2009, 28684, nr. 205, p. 21.

¹³ Dat is kennelijk bezwaarlijk.

¹⁴ Kamerstukken II 2008-2009, 28684, nr. 205, p. 24.

wat je van een regering als mede(grond)wetgever mag verwachten: een duidelijk standpunt innemen over hoe de Grondwet (en internationale verdragen) moet worden geïnterpreteerd en op grond daarvan zonodig passende maatregelen nemen.

Wat waren in dit geval de opties? De minister had een duidelijke keuze moeten maken:

- of er is strijd met de Grondwet en/of internationale verdragen in welk geval bezien moet worden of de wetgever door middel van een wettelijke regeling deze strijdigheid kan en wil opheffen;
- of er is geen strijd met de Grondwet en internationale verdragen in welk geval gemeenten in beginsel vrij zijn om een eigen regeling te treffen.

Het laatste geval is het minst ingewikkeld. Wetgever en bestuur hebben dan meer vrijheid. Uiteraard moeten ook in die situatie staatsrechtelijke grenzen in acht worden genomen. Zo dient rekening te worden gehouden met het legaliteitsbeginsel dat eist dat een gemeentelijk bestuursorgaan slechts kan besluiten tot de inzet van de Mosquito indien daarvoor een toereikende grondslag in een algemeen verbindend voorschrift aanwezig is¹⁵.

Het eerstgenoemde geval waarin geconcludeerd zou worden dat er in beginsel wel een inbreuk is, is gecompliceerder. Het vergt om te beginnen nader onderzoek. Komt de wetgever tot het oordeel dat de inbreuk niet door wetgeving kan worden weggenomen (bijvoorbeeld omdat het gebruik van de Mosquito onder alle omstandigheden disproportioneel is) of is de wetgever om beleidmatige redenen niet bereid de strijdigheid door het creëren van een wettelijke grondslag weg te nemen, dan zal de wetgever bij monde van de regering gemeenten duidelijk moeten maken dat de inzet van genoemd middel niet is toegestaan. Doet deze situatie zich voor dan is het dus niet mogelijk dat de regering met de VNG gaat spreken over de totstandkoming van een richtlijn voor het gebruik van de Mosquito, zoals de minister heeft toegezegd. Dat laatste impliceert immers dat het gebruik van de Mosquito in beginsel wél zou zijn geoorloofd.

Kan de inbreuk wel door wetgeving worden opgeheven en bestaat in beginsel daartoe ook de politieke bereidheid, dan wordt doorgaans gestart met de voorbereiding van wetgeving. Omdat het gezien de Grondwet om formele wetgeving zal gaan, zal dat de nodige tijd in beslag nemen. Tot het moment van inwerkingtreding van de wettelijke regeling blijft het gewenste optreden onrechtmatig en dus niet toegestaan.

Aan dat alles is de minister niet toegekomen. Zij laat immers de prealabele vraag (is er een inbreuk of niet) in het midden. Zij heeft wel onderzoek gedaan, maar trekt

¹⁵ Dat kan een autonome gemeentelijke verordening zijn. Anders ligt het dan weer indien particulieren tot de inzet van de Mosquito zouden besluiten. Ik laat die situatie hier verder rusten. Zie Bijlage bij brief, p. 3, 8 en 9.

er geen conclusies uit. In wezen zegt zij tegen het bestuur en de rechter: zoek het maar uit. Uiteindelijk komt zij politiek hiermee weg. In de Tweede Kamer bleek geen meerderheid te vinden voor een andere benadering. Een motie van de CDA-, de VVD- en de SGP-fractie om de regering te bewegen tot indiening van een wetsvoorstel die het gebruik van de Mosquito moet gaan regelen, werd verworpen¹⁶.

1.4 Conclusie

Maken wij van een mug een olifant? Is de hiervoor geschetste casus een incident in een zaak die uit constitutioneel oogpunt – zeker in relatie tot andere actuele vraagstukken – als een bagatel kan worden beschouwd? Dat lijkt niet erg waarschijnlijk. Hoe dan ook is de ‘aconstitutionele’ houding van de regering in de Mosquito-casus wat mij betreft een schoolvoorbeeld van hoe het niet moet. Een duidelijk brevet van onvermogen¹⁷.

De vraag hoe vaak het voorkomt dat de (mede)wetgever op deze wijze omgaat met constitutionele vraagstukken is moeilijk te beantwoorden. Daarvoor is meer onderzoek nodig. Niettemin bestaat er de nodige onvrede. Tijdens een recent symposium onder de veelzeggende titel ‘De onzichtbare Grondwet’ constateerde Foqué, in navolging van anderen, dat ‘de rechtsvormende rol van zowel de wetgever als de executieve afneemt en beide machten zich steeds minder de spiegel van de constitutionele rechtsstaat laten voorhouden’¹⁸. Dit oordeel wordt niet empirisch of anderszins onderbouwd. Gezien echter het feit dat Foqué een breder levend gevoel lijkt te verwoorden, is er voldoende aanleiding om de thematiek die naar voren komt in de Mosquito-casus in het bredere kader van het thema ‘wetgever en constitutie’ te plaatsen en vanuit dat perspectief een aantal aspecten in beschouwing te nemen. Daartoe dient dit preadvies.

Het preadvies heeft de volgende structuur. Allereerst zal ik ingaan op het begrip ‘constitutie’. Daaruit zal blijken dat onze constitutie niet alleen veelomvattend is maar ook in snel tempo internationaliseert. Dat heeft belangrijke gevolgen voor de

¹⁶ Kamerstukken II 2008-2009, 28684, nr. 201. Verworpen bij stemming van 10 maart 2009. Een motie (nr. 200) waarin de regering wordt aangespoord om met de gemeenten afspraken te maken ertoe leidend dat particulieren voor het gebruik van de Mosquito altijd gemeentelijke toestemming moeten hebben, werd wel aangenomen. Klaarblijkelijk gelden voor particulieren strengere eisen dan voor de overheid zelf.

¹⁷ Aldus ook NRC Handelsblad in het redactioneel commentaar op 29 januari 2009, p. 9.

¹⁸ R.M.G.E. Foqué, in: De onzichtbare Grondwet. Woord- en beeldverslag van het Symposium op 27 februari 2008, uitgegeven door het ministerie van BZK, p. 54. Hij verwijst daarbij naar de Jaarverslagen van de Raad van State waarin de vice-president Tjeenk Willink bij herhaling op vergelijkbare tendenzen heeft gewezen. Zie verder C.A.J.M. Kortmann, Staatsrecht en raison d’Etat, Afscheidscollege op 27 februari 2009, Deventer 2009. Soms richt de kritiek zich specifiek op een specifiek onderdeel van de wetgever. Zie bijvoorbeeld M.A.D.W. de Jong, H.R.B.M. Kummeling, De teloorgang van de Tweede Kamer als medewetgever, in: P.P.T. Bovend’Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten, M.A.D.W. de Jong (red.), De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, Kluwer Deventer 2009, p. 67 e.v.

positie van de wetgever. In de tweede plaats komt in meer specifieke zin de Grondwet aan bod. Daarbij gaat het met name om de vraag of deze in het licht van recente ontwikkelingen en met het oog op de gewenste constitutionele toetsing aanpassing behoeft. Vervolgens ga ik dieper in op de bijdrage van de wetgever aan de ontwikkeling van de constitutie en meer in het bijzonder de rol die de verschillende actoren in het wetgevingsproces in dat opzicht spelen. Ten slotte komt de rol van de rechter aan de orde. Met het oog daarop zal ik de – op het eerste gezicht paradoxaal ogende – stelling innemen dat de constitutionele toetsing door de wetgever kan worden versterkt indien wij (eindelijk) ertoe zouden overgaan het rechterlijk toetsingsverbod gedeeltelijk op te heffen.

1.5 Wetgever en constitutie

Het thema ‘wetgever en constitutie’ is breed. Hoe breed blijkt onder meer uit de uitnodiging die met het oog op de behandeling van de preadviezen is uitgegaan. Deze vermeldt een drietal aspecten. De constitutie vormt, ten eerste, de grondslag voor de wetgevende bevoegdheid. Daarnaast stelt de constitutie het kader voor de wetgever; zij stelt grenzen aan het vermogen van de wetgever. De wetgever wordt ook aan dat kader gehouden. Ten slotte geeft de wetgever zelf mede vorm aan de (levende) constitutie. De wetgever maakt ook regels die - in brede zin - van constitutionele aard zijn.

De vraag die aan mij gesteld is of ik ‘de betekenis van de constitutie (in genoemde brede zin - i.e. inclusief het ongeschreven recht) voor - met name - de nationale en decentrale wetgever zou willen belichten’. Uiteraard kan en wil ik in het bestek van dit preadvies deze thematiek niet uitputtend behandelen. Ik zal mij beperken tot enkele losse beschouwingen waarbij de drie hiervoor genoemde aspecten niet duidelijk van elkaar zullen worden onderscheiden.

Hoewel het belang van decentrale wetgeving voor de constitutie niet mag worden onderschat zal ik me om praktische redenen vooral concentreren op de nationale wetgever. Voorts zal ik mij vooral richten op de Grondwet als onderdeel van de constitutie in brede zin. Hoewel aan twee belangrijke terreinen – het EVRM en het EU-recht – afzonderlijke preadviezen worden gewijd, zal ik er soms echter vanwege de onderlinge samenhang van de onderdelen van de constitutie niet aan ontkomen buiten het strikte grondwettelijke kader te treden.

Waar hebben we het precies over? Daar beginnen al meteen de moeilijkheden. Over de in de thematiek gehanteerde begrippen (‘wetgever’ en ‘constitutie’) zijn bibliotheken volgeschreven. Daarover volgen nu enkele algemene beschouwingen. Ik beoog daarmee niet primair iets nieuws te zeggen, maar wel inzichtelijk te maken binnen welke kaders wij ons bewegen en hoe deze kaders in het licht van de hedendaagse omstandigheden moeten worden beoordeeld.

2. Constitutie en Grondwet

2.1 Internationalisering van de constitutie

Het begrip 'constitutie' wordt in de wetenschappelijke literatuur veel gebruikt en overal net even anders gedefinieerd¹⁹. Algemeen gangbaar is het onderscheid tussen de formele en de materiële constitutie. Bij de formele constitutie wordt bedoeld op een wet met een hogere rechtskracht die slechts via een bijzondere, verzwaarde procedure kan worden gewijzigd, doorgaans grondwet genoemd²⁰. Meestal bevat de grondwet regels die als fundamenteel voor de staatsinrichting kunnen worden beschouwd, maar dat hoeft niet het geval te zijn. Bij de materiële constitutie gaat het daarentegen wel om de inhoud en het karakter van de regels. Dit begrip kan worden gedefinieerd als het geheel van regels dat de grondslagen van het staatsbestel bevat²¹.

Als we spreken over de Nederlandse constitutie gaat het om veel meer dan de Grondwet. Wat er precies wel of niet toe behoort is moeilijk precies te bepalen. Constitutioneel recht is in elk geval ook te vinden in organieke wetten (denk aan de Kieswet, de Gemeentewet en de Provinciewet), het Statuut, het EU-recht, het internationale recht (waaronder de mensenrechtenverdragen, zoals bijvoorbeeld het EVRM) en het ongeschreven recht.²² Binnen het ongeschreven recht kunnen weer twee categorieën worden onderscheiden: de algemene rechtsbeginselen die in de rechtspraak zijn ontwikkeld (zoals het rechtszekerheidsbeginsel) en het ongeschreven recht dat geldt in de verhouding tussen regering en Staten-Generaal (zoals de vertrouwensregel).

Kan er strikt genomen nog wel worden gesproken van een Nederlandse constitutie? In elk geval niet in de zin dat deze uitsluitend bestaat uit regels die binnen het Nederlandse staatsbestel worden vastgesteld. Door de openheid van ons rechtstelsel voor beïnvloeding door het internationale recht, is dat ook nooit zo geweest. Inmiddels echter is de internationalisering van het recht zo ver voortgeschreden dat belangrijke delen van de Nederlandse constitutie door het internationale en het Europese recht worden bepaald.

Die invloed is het eerst en het meest zichtbaar geworden op het terrein van de grondrechten. De laatste dertig jaar heeft de Nederlandse rechter via artikel 93 en 94 Grondwet in zodanig ruime mate toepassing gegeven aan de internationale grondrechtenbepalingen dat deze de overeenkomstige grondwetsbepalingen in betekenis voor de rechtspraktijk hebben overvleugeld. Maar ook in andere opzichten wordt het constitutionele recht direct of indirect door internationale

¹⁹ Voor een uitgebreid overzicht G.F.M. van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, Gouda Quint 1998, p. 15 e.v.

²⁰ G.F.M. van der Tang, a.w., p. 50 e.v.

²¹ M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Kluwer Zwolle 2006, p. 44, 45.

²² C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer Deventer 2008, p. 27.

factoren beïnvloed. De rechtspraak van het EHRM blijkt naast de bescherming van grondrechten in bredere zin bij te dragen aan de handhaving van de ‘rule of law’ in de verdragsstaten²³. Diezelfde rechtspraak heeft er ook toe bijgedragen dat de betekenis van de rechterlijke rechtsvorming is toegenomen²⁴. In algemene zin heeft de toenemende invloed van het internationale recht er mede toe geleid dat binnen het Nederlandse staatsbestel een andere invulling wordt gegeven aan het constitutionele beginsel van de machtsverdeling tussen wetgever, bestuur en rechter.

De invloed van de internationalisering op de constitutie blijft niet beperkt tot de rechterlijke rechtsvorming op grondrechtelijk gebied. Het belang van het EU-recht kan ook in dit opzicht nauwelijks worden overschat²⁵. Zo heeft de noodzaak tot snelle omzetting van EG-richtlijnen geleid tot een soepele interpretatie van het legaliteitsbeginsel door in een aantal gevallen afwijking van een wet in formele zin via lagere regelgeving toe te staan²⁶. Het EU-recht heeft voorts in sterke mate bijgedragen aan de totstandkoming van verzelfstandigde markttoezichthouders die zich – ook omdat zij op een weinig vrijblijvende wijze participeren in EU-netwerken van collega-toezichthouders -- goeddeels onttrekken aan de ministeriële verantwoordelijkheid en daarmee afbreuk doen aan nationale beginselen van democratie en publieke verantwoording²⁷. Dit zijn maar twee voorbeelden die duidelijk maken dat het EU-recht niet alleen in belangrijke mate het materiële recht bepaalt, maar ook de toepassing van nationale constitutionele beginselen in meerdere opzichten sterk beïnvloedt²⁸.

Overigens is er niet alleen sprake van invloed van het EU-recht op het nationale recht. Ook het omgekeerde is het geval. Binnen de EU zijn in de rechtspraak van het Hof van Justitie en in de Europese wetgeving constitutionele regels en beginselen ontwikkeld die in belangrijke mate zijn gebaseerd op de nationale

²³ Jeroen Schokkenbroek, Het EVRM als instrument ter handhaving van de rule of law, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70^{ste} verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Kluwer Deventer, p. 441 e.v.

²⁴ Ik kom hier later nog op terug. Zie par. 4.1.

²⁵ Zie over het EU-recht het preadvies van L.A.J. Senden.

²⁶ L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendelts m.m.v. S. Prechal, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Europa Law Publishing Groningen 2002, p. 95 e.v., W.J.M. Voermans, *Gedelegeerde insubordinatie. Lagere regels die afwijken van parlementaire wetgeving*, in: P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten, M.A.D.W. de Jong (red.), *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann*, Kluwer Deventer 2009, p. 47 e.v.

²⁷ L.F.M. Verhey, N. Verheij, *De macht van de marktmeesters. Markttoezicht in constitutioneel perspectief*, Preadvies NJV, Kluwer Deventer 2005, p. 139 e.v.

²⁸ Overigens geldt dit niet alleen voor het EU-recht maar, hoewel wellicht in mindere mate, voor het internationale recht in bredere zin. M. Scheltema, *Staatsrecht zonder staat*, NJB 2006, p. 192 e.v. en van dezelfde auteur *Democratie, rechtsstaat en internationalisering*, in: C.W. Noorlander, J.L.W. Broeksteeg, N.S. Efthymiou, H.G. Hoogers (red.), *Het volk regeert. Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21^e eeuw*, WLP Nijmegen 2008, p. 127 e.v.

constituties van de lidstaten²⁹. Dit laatste vindt uitdrukkelijk erkenning in artikel 6 EU-Verdrag. Daarin wordt bepaald dat de Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, 'welke beginselen de lidstaten gemeenschappelijk hebben'³⁰. Ook in de secundaire EG-wetgeving (verordeningen, richtlijnen) zijn constitutionele beginselen nader uitgewerkt waarbij de rechtsstelsels van de lidstaten als inspiratiebron hebben gefungeerd³¹.

2.3 Vervlochten constituties

Uit het voorgaande blijkt dat niet alleen het internationale recht doorwerkt in de nationale constitutie, maar dat ook het omgekeerde aan de orde is: de nationale constituties zijn van rechtstreekse invloed op de internationale rechtsvorming. Intussen is er in Nederland een tendens aan het ontstaan die een stap verder gaat en die een zeker tegenwicht lijkt te willen bieden tegen een te vergaande internationalisering. Nationale constitutionele beginselen zijn niet alleen een inspiratiebron voor internationale rechtsvorming, maar worden in toenemende mate ook gezien als beginselen die aan die rechtsvorming grenzen dienen te stellen. In een aantal andere EG-lidstaten bestaat dat constitutionele tegenwicht al veel langer en is dat soms sterk verankerd in de nationale constitutionele traditie³². In de Nederlandse rechtsorde echter is het een nieuw geluid dat op gespannen voet staat met de in Nederland traditionele openheid voor en voorrangverlening aan het internationale recht.

De recente katalysator voor deze tendens is de Kadi-zaak waarin eerst het Gerecht van Eerste Aanleg en vervolgens het Hof van Justitie arrest heeft gewezen. Het ging in deze zaak om door de EU overgenomen sanctiebesluiten van de VN-Veiligheidsraad waarin eigendommen en tegoeden van met naam en toenaam vermelde natuurlijke en rechtspersonen werden bevroren zonder dat in dat verband bepaalde minimumwaarborgen van behoorlijk bestuur en rechtsbescherming werden geëerbiedigd. Uiteindelijk heeft het Hof in deze zaak beslist dat dergelijke besluiten, ook al zijn zij van de VN afkomstig, geen afbreuk kunnen doen aan de constitutionele beginselen van het EG-verdrag waarvan de grondrechten deel uitmaken. De EG-verordening die het VN-besluit had omgezet in

²⁹ L.F.M. Besselink, Een samengestelde Europese constitutie, oratie UU, Europa Law Publishing Groningen 2007.

³⁰ In het Verdrag van Lissabon worden sommige van deze beginselen gepreciseerd of nader uitgewerkt.

³¹ Voorbeelden zijn de Europese regels inzake openbaarheid van bestuur en de bescherming van persoonsgegevens.

³² Het meest bekend is de opstelling van het Duitse Bundesverfassungsgericht in zijn vermaarde rechtspraak in onder meer het Solange-arrest en het Maastricht Urteil. Zie voor een uitvoerig overzicht van de spanningsrelatie tussen het Hof van Justitie en de nationale (constitutionele) rechters van de EG-lidstaten: Monica Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2006.

de EG-rechtsorde, werd daarop door het Hof met de grondrechten van Kadi in strijd geacht³³.

De vraag rijst of de Nederlandse rechter op een vergelijkbare wijze bescherming had kunnen bieden tegen het onrechtmatige VN-besluit. Naar geldend recht luidt het antwoord ontkennend. Een ieder verbindende verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties hebben immers op grond van artikel 93 en 94 Grondwet binnen de Nederlandse rechtsorde absolute voorrang. Dit heeft Besselink en Wessel onlangs tot het voorstel gebracht om de Grondwet te wijzigen³⁴ teneinde de voorrang van een ieder verbindende bepalingen af te zwakken. Deze voorrang zou in hun visie moeten worden gehandhaafd, tenzij sprake is van 'strijd met fundamentele constitutionele beginselen van de democratische rechtsstaat'³⁵. De binnenkort in te stellen staatscommissie zal zich onder meer over dit vraagstuk gaan buigen³⁶.

De conclusie uit het voorgaande is dat er geen separate Nederlandse constitutie meer bestaat. Als gevolg van de internationalisering van het recht is de Nederlandse constitutie sterk verweven geraakt met Europese en internationale constitutionele normen. In dat verband wordt wel gesproken over vervlochten constituties³⁷ of een samengestelde Europese constitutie³⁸. Dergelijke concepten impliceren dat er geen strikte hiërarchie is tussen het internationale en het nationale constitutionele recht, maar eerder van een wederzijdse beïnvloeding met ruimte voor een zekere differentiatie.

³³ HvJ EG 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05P en C-415/05P. Zie de bespreking van Armin Cuyvers, Tussen Scyllii en Charybdi: terrorisme, rechtsbescherming en de verhouding tussen rechtsordes in Kadi, AA 2009, p. 155 e.v.

³⁴ Andere voorstellen tot wijziging van de Grondwet in verband met de internationalisering van het staatsrecht laat ik hier buiten beschouwing. Zie voor een overzicht M.L. van Emmerik, De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde, RM Themis 2008, p. 145 e.v. met vele verwijzingen naar literatuur en andere relevante documenten.

³⁵ L.F.M. Besselink, R.A. Wessel, Naar een bredere constitutionele verankering van het monisme. De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht, 8 december 2008. Het rapport is geschreven in opdracht van het ministerie van BZK.

³⁶ Kamerstukken II 2008-2009, 31570, nr. 8. Zie eerder hierover de uitvoerige beschouwingen van de Raad van State inzake de aan de staatscommissie te verlenen opdracht: Kamerstukken II 2007-2008, 31570, nr. 3, p. 21 e.v. De Raad komt tot een vergelijkbare aanbeveling als Besselink en Wessel: geen voorrang van internationale bepalingen voor zover die 'afwijken van wezenlijke constitutionele waarden en tegen die afwijkingen geen effectieve rechtsbescherming openstaat' (p. 25).

³⁷ E.M.H. Hirsch Ballin, Vervlochten constituties. Nederland in de Europese rechtsorde, in: A.K. Koekkoek, Bijdragen aan een Europese grondwet, Staatrechtconferentie 2000, Deventer 2000, p. 11 e.v.

³⁸ L.F.M. Besselink, Een samengestelde Europese constitutie, oratie UU, Europa Law Publishing Groningen 2007.

Waarom deze uitvoerige beschouwing over de ‘constitutie’? Om duidelijk te maken dat de wetgever tegenwoordig in de dagelijkse praktijk te maken heeft met een ingewikkeld stelsel van constitutionele normen dat op verschillende niveaus totstandkomt en elkaar wederzijds beïnvloedt. Dat betekent dat de toetsing van regels door de wetgever aan de ‘constitutie’ geleidelijk gecompliceerder en veelomvattender is geworden omdat het in veel mindere mate dan vroeger gaat om constitutionele normen die uitsluitend binnen de Nederlandse rechtsorde gelden en tot ontwikkeling zijn gekomen.

Maar dat is het niet alleen. Daarnaast geldt dat de wetgever wil hij invloed hebben, veel sterker dan voorheen moet anticiperen op internationale ontwikkelingen. Dat impliceert eerst en vooral vroegtijdige betrokkenheid bij de totstandkoming van regels op Europees en internationaal niveau³⁹. In dat kader past de erkenning van de nationale parlementen en regeringen als actoren in de Europese besluitvorming. De activiteiten van nationale organen zijn allang niet meer beperkt tot het nationale speelveld; zij zijn in veel opzichten Europese instituties geworden die moeten opereren binnen de Europese constitutionele kaders⁴⁰.

2.4 Grondwet: beperkt normatief

Waar blijft in deze context onze eigen grondwet? De laatste tijd bestaat daarover veel discussie. Deze lijkt voort te komen uit de marginale rol die de Grondwet speelt in de huidige tijd waarin niet alleen sprake is van internationalisering maar waarin eerst en vooral maatschappelijke, economische en politieke nervositeit de boventoon voert. Constitutionele normen raken in het maatschappelijke debat op de achtergrond. Voor zover ze al een rol spelen, worden ze fragmentarisch behandeld zonder acht te slaan op de samenhang met andere regels en beginselen van de democratische rechtsstaat. Dat heeft volgens Foqué ook gevolgen voor de Grondwet:

‘De betekenis van de Grondwet wordt dan niet alleen goeddeels onzichtbaar, maar zij verkruint en versplintert tegelijkertijd in onderling tegenstrijdige flarden van betekenis, waardoor gemeenschappelijke waardeoriëntaties van het democratisch samenleven in onderlinge verscheidenheid dreigen te verschromelen en te eroderen’⁴¹.

Dat leidt tot een pleidooi voor ‘een meer zichtbare Grondwet als rechtsstatelijk baken in de vaak woelige stormen die ons bestel doormaakt’⁴².

³⁹ In dezelfde zin Nota vertrouwen in wetgeving, Kamerstukken II 2008-2009, 31731, nrs. 1-2, p. 9 en 10.

⁴⁰ Zie ook Jaarverslag Raad van State 2008, p. 31.

⁴¹ R.M.G.E. Foqué, a.w., p. 50.

⁴² R.M.G.E. Foqué, a.w., p. 55.

Hoewel onze Grondwet ontegenzeggelijk belangrijke constitutionele regels bevat en in dat opzicht wel degelijk normatieve betekenis heeft, is, zoals de Raad van State het uitdrukt, 'het symbolisch en het juridisch-normatieve gehalte van onze Grondwet' relatief beperkt⁴³. De Grondwet bevat hoofdzakelijk regels over instituties en hun bevoegdheden en weinig tot geen achterliggende waarden en beginselen. Ook overigens – met name op grondrechtelijk gebied - is de Grondwet niet erg normatief van aard. Veel wordt aan de formele wetgever en aan de praktijk overgelaten.

Over de vraag of dat moet veranderen, lijken we in Nederland voorsnog sterk verdeeld. Tot voor kort was de heersende opvatting dat het relatief beperkte normatieve karakter van onze Grondwet een goede zaak is. Als we het al eens zouden kunnen worden over welke waarden en beginselen in de Grondwet zouden moeten worden opgenomen, voorzag men strijd over de betekenis daarvan voor het overheidsbeleid en voor de uitleg van de overige grondwettelijke bepalingen⁴⁴. De huidige situatie zorgt daarentegen voor de nodige flexibiliteit om naar gelang de omstandigheden naar bevind van zaken te handelen.

2.5 Een normatievere Grondwet?

Wellicht is hierin onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen verandering aan het komen. In elk geval is het normatieve karakter van de Grondwet weer onderwerp van debat. Dat blijkt onder meer uit het rapport van de Nationale Conventie van 2007 dat zich op verzoek van de regering onder meer heeft gebogen over de vraag in hoeverre de Grondwet nog past in de huidige tijd en samenleving⁴⁵. In dat rapport wordt als probleem aangeduid dat de Grondwet in bepaalde opzichten minder geschikt is om 'een samenbindende en instructieve functie voor de samenleving te vervullen'. Dat hangt samen, aldus de Nationale Conventie, met de weinig inzichtelijke inhoud en structuur van de Grondwet. Om dat te veranderen pleit de conventie voor de opname in de Grondwet van een preambule en van een hoofdstuk 'Algemene Bepalingen'. Bij dat laatste valt te denken⁴⁶ aan codificatie van:

⁴³ Kamerstukken II 2007-2008, 31570, nr. 3, p. 7.

⁴⁴ Proeve van een nieuwe grondwet, Den Haag 1966, p. 39, 40.

⁴⁵ Hart voor de publieke zaak. Aanbevelingen van de Nationale Conventie voor de 21e eeuw, Den Haag 2006, p. 42-44. Overigens blinkt dit rapport niet uit door een uitvoerige en gedegen onderbouwing van de daarin opgenomen standpunten.

⁴⁶ Vergelijk de voorstellen van C.A.J.M. Kortmann, Wegwerprecht: oude dame of frisse juf?, in: De Grondwet herzien. 25 jaar later. 1983-2008, Ministerie van BZK Den Haag 2008, p. 7 e.v. die 'geheel gratis en voor niks' (p. 17) voorstelt om een hoofdstuk Algemene bepalingen op te nemen bestaande uit de volgende twee artikelen:

Artikel 1

1. Nederland is een democratische rechtsstaat.

2. Nederland respecteert en waarborgt de menselijke waardigheid, de gelijkheid van allen voor de wet, de rechtszekerheid en de overige fundamentele rechtsbeginselen.

Artikel 2

- het beginsel van de democratische rechtsstaat;
- het beginsel van de gedecentraliseerde eenheidsstaat;
- het lidmaatschap van de Europese Unie;
- de levensbeschouwelijke neutraliteit van de staat.

Voorts doet de Nationale Conventie voorstellen om de toetsing aan de Grondwet door zowel de wetgever als de rechter te versterken⁴⁷.

Er kan niet worden volgehouden dat de regering na verschijning van het rapport van de Nationale Conventie voortvarend te werk is gegaan. Het kabinetsstandpunt verscheen ruim een jaar later⁴⁸. Voor zover het gaat om de Grondwet wordt veel doorgeschoven naar de staatscommissie die op grond van het coalitieakkoord van begin 2007 zou worden ingesteld. Omdat ten tijde van het schrijven van dit preadvies – maart 2009 - de staatscommissie nog steeds niet met haar werk is begonnen, is de kans op zelfs maar de aanvang van het voor een eventuele grondwetswijziging vereiste wetgevingsproces nog in deze kabinetsperiode inmiddels verkeken.

De belangrijkste oorzaak voor de ontstane vertraging is onduidelijkheid en onenigheid over wat precies aan de staatscommissie gevraagd moest worden. Eerst op 25 januari 2008 – het kabinet was toen al bijna een jaar bezig – is hierover advies gevraagd aan de Raad van State. Nadat de Raad advies had uitgebracht⁴⁹ heeft het nog driekwart jaar geduurd voordat na herhaaldelijk overleg tussen de regering en de Tweede Kamer politieke overeenstemming over de opdracht aan de staatscommissie werd bereikt⁵⁰. Opnieuw geen schoolvoorbeeld van hoe de regering en parlement met de constitutie zouden moeten omgaan.

Het advies van de Raad van State biedt een heldere analyse van de thema's die de regering in de adviesaanvraag had aangestipt en, daarmee samenhangend, van de opdracht die aan de staatscommissie zou moeten worden verleend. Hoe de Raad staat tegenover mogelijke versterking van het normatieve karakter van de Grondwet is minder duidelijk. Met het oog op de mogelijke opname van een preambule en een hoofdstuk Algemene Bepalingen wordt in het advies gesteld:

'Het is niet denkbeeldig dat de Nederlandse samenleving zo verscheiden en veelkleurig is dat de inhoud van een preambule of een hoofdstuk algemene bepalingen oppervlakkig wordt, zodat een ieder die kan onderschrijven, of dat men

Overheidsinstellingen bezitten alleen bevoegdheden die hun uitdrukkelijk bij of krachtens de Grondwet of de wet zijn toegekend.

⁴⁷ Hart voor de publieke zaak, a.w., p. 45 e.v.. Zie hierna uitgebreider par. 4.

⁴⁸ Kamerstukken II 2007-2008, 30184, nr. 14. Overigens blijven in deze kabinetsreactie de constitutioneelrechtelijke aspecten sterk onderbelicht.

⁴⁹ Kamerstukken II 2007-2008, 31570, nr. 3.

⁵⁰ Kamerstukken II 2008-2009, 31570, nr. 8.

in het geheel niet tot een eensluidende tekst zal kunnen komen, zodat het debat eerder verdeelt dan samenbindt⁵¹.

Er moet overigens rekening mee worden gehouden, zo stelt de Raad vervolgens, dat 'nieuw in de Grondwet opgenomen beginselen geleidelijk aan een bindende kracht zullen krijgen die daarmee is niet beoogd'.

Blijkt uit deze passages een duidelijke reserve tegenover opname van achterliggende beginselen, verderop in het advies neemt de Raad voor zover het gaat om bescherming van de democratie en de positie van minderheden een ander standpunt in. Op dit punt adviseert de Raad te onderzoeken of het aanbeveling verdient:

'het waarborgkarakter van de Grondwet te versterken, *bij voorbeeld* (curs. LV) door de beperkingsmogelijkheden van grondrechten meer materieel te omschrijven of door ongeschreven constitutionele beginselen in de vorm van concrete, bindende bepalingen in de Grondwet vast te leggen⁵².

Waarom de Raad in dat verband wel voorstander is van vastlegging van algemene beginselen en de elders in het advies daartegen geopperde bezwaren hier niet zouden gelden, blijft in het midden. De Raad is op dit punt niet consistent.

Zoals de Raad in zijn advies stelt is de behoefte aan meer grondwettelijke waarborgen misschien het sterkst bij de bij de grondwetsherziening van 1983 aanvaarde systematiek van beperking van grondrechten⁵³. Thans geeft deze een dominante rol aan de formele wetgever. Bij veel grondwettelijke grondrechten geldt dat beperkingen slechts geoorloofd zijn indien zij gebaseerd zijn op een wet in formele zin. De rechter kan vanwege het toetsingsverbod ex artikel 120 Grondwet niet toetsen of de wetgever deze taak rechtens juist heeft uitgevoerd. Omdat, anders dan de meeste verdragsbepalingen, de meeste grondwetsartikelen geen nadere materiële eisen stellen ligt er wel een heel zware verantwoordelijkheid bij de wetgever. In wezen geldt op grond van de huidige grondwets tekst dat de meeste grondrechten zonder nadere begrenzing door de formele wetgever beperkt kunnen worden⁵⁴.

De regering heeft zich tijdens een vorige kabinetsperiode nog op het standpunt gesteld dat materiële eisen die aan een beperking gesteld moeten worden zoals bijvoorbeeld het beginsel van proportionaliteit, reeds in de huidige grondwets tekst moeten worden ingelezen. Opneming van dergelijke vereisten in de Grondwet zou

⁵¹ Kamerstukken II 2007-2008, 31570, nr. 3, p. 16.

⁵² Kamerstukken II 2007-2008, 31570, nr. 3, p. 19.

⁵³ Destijds gebaseerd op M.C. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer 1971. Voor een overzicht van de toen gevoerde discussie en de ontwikkelingen nadien L.F.M. Verhey, *Het grondwettelijk beperkingssystematiek: handhaving of herbezinning?*, NJCM-Bull. 2003, p. 216 e.v.

⁵⁴ Aldus ook de Raad van State: Kamerstukken II 2007-2008, 31570, nr. 3, p. 26.

om die reden niets toevoegen⁵⁵. Dit standpunt is mijns inziens onjuist⁵⁶. De grondwetgever heeft bij de herziening van 1983 uitdrukkelijk niet voor opnemng van dergelijke eisen in de Grondwet gekozen. Voor wijziging van die keuze is een regeringsstandpunt alleen niet voldoende; er is een grondwetswijziging voor nodig⁵⁷.

Resumerend zal als met het oog op mogelijke versterking van het normatieve karakter van de Grondwet de opdracht aan de staatscommissie naar het zich laat aanzien de nodige aanknopingspunten bevatten. Deze zal betrekking hebben op onder meer de het al dan niet opnemen van een preambule, de verhouding tussen wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden en besluiten van volkenrechtelijke organisaties en verdragsbepalingen⁵⁸ en de beperkingssystematiek van grondrechten⁵⁹. Indien de staatscommissie op deze (en wellicht ook andere punten) met concrete voorstellen tot grondwetswijziging zou komen, dan biedt dat wellicht uitzicht op een uit juridisch oogpunt normatievere Grondwet. Of dergelijke voorstellen ooit werkelijkheid zullen worden is de vraag. Gezien de ervaringen in het verleden zal het vermoedelijk lastig zijn politieke overeenstemming hierover te bereiken.

2.6 Conclusie

Wat betekent het voorgaande voor de wetgever? Indien de Grondwet inderdaad in bovenbedoelde richting zou worden aangepast zijn vanuit een puur constitutioneelrechtelijk perspectief verschillende gevolgen denkbaar. Enerzijds zouden zij de wetgever meer houvast kunnen bieden bij de toetsing aan de Grondwet tijdens het wetgevingsproces, omdat een normatievere Grondwet meer inhoudelijke richtsnoeren bevat. Anderzijds stellen diezelfde richtsnoeren ook grenzen aan wat een wetgever vermag. Uiteraard hangt het feitelijke effect daarvan ook af van de vraag of de rechter, anders dan nu het geval is, het eindoordeel van de wetgever mag toetsen aan de Grondwet⁶⁰.

⁵⁵ Kamerstukken II 2000-2001, 27460, nr. 1, p. 6. In dezelfde richting S.C. den Dekker-van Bijsterveld, Grondrechtelijke belangen in wetgeving, in: Recht doen door wetgeving. Opstellen over wetgevingsvraagstukken aan mr. E.M.H. Hirsch Ballin, Zwolle 1990, p. 203 e.v. en R.J.B. Schutgens, Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet, Regelmaat 2007, p. 12 e.v.

⁵⁶ H.R.B.M. Kummeling. Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse grondwet niet zou misstaan, in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), Grensverleggend staatsrecht, Deventer 2001, p. 233 e.v., m.n. p. 248, L.F.M. Verhey a.w., p. 229. Beide auteurs menen dat de Grondwet op dit punt aanvulling behoeft. Zie ook hierna par. 4.2.

⁵⁷ Blijkens de adviesaanvraag aan de Raad van State twijfelt de regering op grondrechtelijk gebied aan de geschiktheid van de Grondwet als toetsingskader. De Raad van State heeft in reactie daarop geoordeeld dat 'de Grondwet aan betekenis zou winnen als de beperkingsclausules van grondrechten waar nodig zouden worden aangevuld met limitatief opgesomde doelcriteria ... en als buiten twijfel wordt gesteld dat beperkingen van grondrechten in het licht van die doelcriteria noodzakelijk en proportioneel moeten zijn'. Zie Kamerstukken II 2007-2008, 31570, nr. 3, p. 27.

⁵⁸ Zie hiervoor par. 2.2.

⁵⁹ Kamerstukken II 2008-2009, 31570, nr. 8, p. 1.

⁶⁰ Zie hierna uitgebreider par. 4.

Gaan grondwetswijzigingen zoals hiervoor bedoeld, ook echt helpen? Gaat de Grondwet daarmee ook daadwerkelijk een meer samenbindende en instructieve functie vervullen in het wetgevingsproces en daarbuiten? Dat is zeer de vraag. Dat is ook en zelfs in de eerste plaats van andere factoren afhankelijk. In dit verband heeft de Raad van State in zijn advies zijn zorg geuit over het feit dat ‘de kennis en het begrip voor de constitutionele waarden waarop het staatsbestel rust en de staatkundige spelregels die daarbij horen, bij volksvertegenwoordigers, bewindlieden, ambtenaren en journalisten zijn afgenomen’⁶¹. Dat probleem dat veel dieper steekt dan eenvoudige juristerij is niet met een grondwetswijziging op te lossen. Dat wil uiteraard niet zeggen dat een grondwetswijziging niet te overwegen zou zijn, maar wel dat we het belang daarvan niet moeten overschatten.

3. De wetgever

3.1 Inleiding

Tot dusverre heb ik vrijwel steeds gesproken over de ‘wetgever’. Daarachter gaat uiteraard een hele wereld schuil. Uit artikel 81 Grondwet blijkt al dat de ‘wetgever’ in feite niet één orgaan, maar een samenstel van organen is. Uit de in de Grondwet geregelde procedure blijkt in formeel-juridische zin hoe deze organen – regering, Tweede Kamer en Eerste Kamer – zich wat de totstandkoming van wetgeving betreft tot elkaar verhouden. Daarnaast schrijft artikel 73, eerste lid, Grondwet verplichte advisering voor door de Raad van State. Over elk van deze organen volgt nu in hun relatie tot de constitutie een korte beschouwing.

3.2 De regering

Veruit de meeste wetgeving komt tot stand op initiatief van de regering. In veel gevallen zal zij daarmee politieke doelstellingen willen bereiken. Om die reden zou verondersteld kunnen worden dat de druk om de grenzen op te zoeken van wat constitutioneel mogelijk is, in bepaalde gevallen groot zal zijn. Dat neemt niet weg dat er in de praktijk ook binnen de regering ‘checks and balances’ zijn die kunnen bijdragen aan een deugdelijke toetsing van wetsvoorstellen en beleidsvoornemens aan constitutionele regels en beginselen. Daarnaast is van belang dat tijdens de departementale voorbereiding van wetgeving adviescolleges en belangenorganisaties de nodige invloed uitoefenen.

De toetsing aan constitutionele rechtsnormen maakt deel uit van het wetgevingskwaliteitsbeleid van de regering. In de nota ‘Zicht op wetgeving’ wordt ‘rechtmatigheid en gerichtheid op verwerkelijking van rechtsbeginselen’ aangeduid

⁶¹ Kamerstukken II 2007-2008, 31570, nr. 3, p. 8. Zie ook het Jaarverslag Raad van State 2007, p. 26.

als een van de eisen waaraan wetgeving behoort te voldoen⁶². Deze eis dient tezamen met de andere kwaliteitseisen een rol te spelen bij de toetsing van wetsvoorstellen voorafgaande aan de behandeling in de ministerraad⁶³. Deze eisen zijn onlangs nog eens door de regering bevestigd in samenhang met het voorstel alle kwaliteitseisen en de nadere uitwerking daarvan, onder te brengen in een integraal afwegingskader voor beleid en wetgeving. Ook wenst de huidige regering meer aandacht te besteden aan de betekenis van het internationale en Europese recht⁶⁴.

De rechtmatigheidseis is door de regering niet verder uitgewerkt, ook niet in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Daarin staat alleen het voorschrift dat 'bij het ontwerpen van regelingen wordt onderzocht welke hogere regels de vrijheid van regeling ten aanzien van het betrokken onderwerp hebben ingeperkt'⁶⁵. In het verleden heb ik wel gepleit voor een zekere operationalisering. Zo zou in de Aanwijzingen op grondrechtelijk gebied kunnen worden gepreciseerd aan welke eisen grondrechtsbeperkingen in de regel moeten voldoen⁶⁶. De vraag is of het veel zal helpen. Er is een risico van een vlucht in gedetailleerde richtlijnen, checklists en toetsingskaders, terwijl het eigenlijk gaat om andere zaken. Voor een kwalitatief goede toetsing aan constitutionele normen is van veel groter belang dat er goede wetgevingsjuristen en beleidsambtenaren zijn die oog hebben voor constitutionele vraagstukken.

In hoeverre de departementale toetsing aan constitutionele normen kwalitatief aan de maat is, is in zijn algemeenheid moeilijk te zeggen. Uit al wat ouder onderzoek naar een zeer beperkt aantal wetten ontstaat een gemengd beeld. Enerzijds wordt, onder meer blijkend uit memories van toelichting, regelmatig aandacht besteed aan de betekenis van hogere rechtsnormen, met name als het gaat om Europees recht en mensenrechtenverdragen. Anderzijds zijn er gevallen waarin in de parlementaire stukken niet wordt ingegaan op de relevante aspecten waar dat gelet op de te regelen materie wel voor de hand had gelegen of vindt een zodanig summiere

⁶² Kamerstukken II 1990-1991, 22008, nrs. 1-2, p. 23 e.v. Daarmee werd bedoeld op verenigbaarheid met het internationale en communautaire recht, de Grondwet en algemene rechtsbeginselen. Bij het laatste wilde de regering – in verband met het toen net gewezen Harmonisatiewet-arrest (zie ook hierna par. 4) - vooral aandacht besteden aan het rechtszekerheidsbeginsel.

⁶³ De minister van Justitie heeft hier blijkens Ar 254 een primaire verantwoordelijkheid voor de 'toetsing van wetgeving op rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit, met inbegrip van de constitutionele, Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke toetsing van wetgeving'.

⁶⁴ Nota vertrouwen in wetgeving, Kamerstukken II 2008-2009, 31731, nrs. 1-2, p. 7, 9 en 10.

⁶⁵ Ar 18.

⁶⁶ L.F.M. Verhey, Implementatie van het EVRM voor de wetgever, NJCM-Bull. 1996, p. 103 e.v. en nog eens herhaald in S. Klosse, M.G.W.M. Peeters, S.J.P. Ubachs, L.F.M. Verhey (red.), Op zoek naar kwaliteit. Een onderzoek naar de toepassing en operationalisering van wetgevingskwaliteitseisen, SDU Den Haag, p. 271. Zie ook P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, Grondrechten en de regering als medewetgever, in: R. de Lange (red.), Wetgever en grondrechten, Staatsrechtconferentie 2007, WLP Nijmegen 2008, p. 31 e.v., m.n. p. 57 e.v. waaruit blijkt dat in de praktijk bij het ministerie van BZK reeds met een toetsingsmodel voor de grondrechten wordt gewerkt.

behandeling plaats dat weinig inzichtelijk is welke interpretaties zijn gehanteerd of welke afwegingen zijn verricht⁶⁷.

Wellicht vormen de toetsing aan het EVRM en het EU-recht een uitzondering op het algemene beeld. In het algemeen wordt aan daarmee samenhangende aspecten tijdens de voorbereiding van wetsvoorstellen relatief veel aandacht besteed. De Aanwijzingen voor de regelgeving schrijven op dit specifieke terrein voor dat in de memorie van toelichting de verhouding 'tot bestaande en komende internationale en communautaire regelingen' aan de orde moet komen⁶⁸. In de departementale voorbereiding zijn er op deze gebieden ook speciale voorzieningen getroffen⁶⁹. Maar belangrijker is hier misschien nog dat op de betreffende terreinen sterke internationale rechters actief zijn die de wetgever dwingen tot alertheid. Of die alertheid ook altijd leidt tot goede resultaten is een andere kwestie.

De Grondwet lijkt daarmee vergeleken minder aandacht te krijgen. Het is in dat licht bezien niet verwonderlijk dat de Nationale Conventie voor zover het gaat om de Grondwet verbetering van de toetsing in het wetgevingsproces noodzakelijk achtte. De toelichting op een wetsvoorstel zou nadrukkelijk aandacht moeten besteden aan verenigbaarheid met de Grondwet. Het kabinet zou ervoor moeten zorgen dat bij de voorbereiding van wetsvoorstellen constitutionele toetsing een prominentere plaats krijgt door toetsing van alle wetsvoorstellen door de constitutionele afdeling van de rijksdienst en de uitkomsten van die toetsing te melden aan de ministerraad, aldus de conventie⁷⁰. Wat er met deze aanbeveling gebeurt is onduidelijk. De kabinetsreactie op het rapport van de Nationale Conventie zegt er niets over.

Een complicatie bij de toetsing is dat vooraf niet altijd in voldoende mate kan worden voorzien hoe de uitleg van een constitutionele norm zich zal ontwikkelen. Risico's dat een regeling in een later stadium (op een bepaald onderdeel) in strijd wordt bevonden met het Europese en internationale recht, kunnen niet altijd worden vermeden. Een voorbeeld daarvan is de Wet herstructurering varkenshouderij. Weliswaar is in de literatuur⁷¹ aandacht besteed aan de mogelijke relevantie van artikel 1, Eerste Protocol EVRM voor de korting van varkensrechten, maar dit is eerst op grotere schaal geschied na de indiening van het wetsvoorstel⁷².

⁶⁷ S. Klosse e.a., a.w., p. 256. Aan dit rapport zijn hier enkele passages ontleend.

⁶⁸ Ar 212.

⁶⁹ Gewezen kan worden op de Interdepartementale Commissie voor Europees Recht (ICER) en het mensenrechtencluster bij de Directie Wetgeving van het ministerie van Justitie. Zie verder hierover het preadvies van Kuijer.

⁷⁰ Hart voor de publieke zaak, a.w., p. 47.

⁷¹ Onder meer Ch.W. Backes, J.E. Hoitink, Eigendom van 'milieuvuivingsrechten', NJB 1999, p. 1759 e.v. met reacties van P. de Haan, T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik en naschrift, p. 2022 e.v.

⁷² Vergelijk S. Klosse e.a., a.w., p. 67 e.v. en p. 257. Zowel de regering als de Raad van State in zijn advies besteden geen aandacht aan de betekenis van artikel 1, Eerste Protocol EVRM. Zie ook W.S.R. Stoter, Belangenafweging door de wetgever, SDU Den Haag 2000, p. 208 die uit de

Ook op dat moment was overigens nog onzeker welke betekenis in dit verband aan artikel 1, Eerste Protocol EVRM moest worden toegekend⁷³, mede als gevolg van afwezigheid van duidelijke jurisprudentie van het EHRM. Onder deze omstandigheden is toetsing aan het EVRM tijdens de departementale voorbereiding van het wetsvoorstel niet onmogelijk, maar soms wel een gecompliceerde aangelegenheid. Kritiek daarop krijgt dan al snel het karakter van wijsheid achteraf⁷⁴.

Uiteindelijk staat of valt alles met de politieke bereidheid van bewindslieden om voldoende met constitutionele aspecten rekening te houden. De hiervoor beschreven Mosquito-casus illustreert dat dat niet altijd vanzelf spreekt. Dat hier sprake is van een verslechterende situatie is moeilijk te staven. Als we de Raad van State moeten geloven is dat wel het geval; naar zijn oordeel strekt het steeds verder afnemend constitutioneel besef zich ook uit tot bewindslieden⁷⁵. Wat hiervan zij, het lijkt niet te ver te gaan om te stellen dat, mede gelet op de politieke rationaliteit die in de besluitvorming van de regering een belangrijke rol speelt, een kwalitatief goede constitutionele toetsing door de regering niet onder alle omstandigheden is gewaarborgd.

3.3 De Raad van State

Indien het wetsvoorstel door de ministerraad is aanvaard, wordt het voor advies aanhangig gemaakt bij de Raad van State⁷⁶. De Raad komt op verschillende manieren in aanraking met constitutionele regels. Dat is niet in de laatste plaats het geval vanwege het feit dat de Raad zelf in zijn huidige vorm al geruime tijd ter discussie staat wegens vermeende strijd met een belangrijk onderdeel van de constitutie, te weten artikel 6 EVRM. Het is nog onduidelijk of het naar aanleiding van het Kleyn-arrest⁷⁷ ingediende voorstel van Wet herstructurering Raad van State de eindstreep zal halen⁷⁸. De Eerste Kamer heeft onlangs een kritisch voorlopig verslag uitgebracht⁷⁹. Geen enkele optie kan op dit moment worden

parlementaire stukken afleidt dat de verenigbaarheid van de korting van de varkensrechten met het EVRM pas door de Eerste Kamer aan de orde wordt gesteld.

⁷³ Ook de rechterlijke colleges verschilden van mening. Uiteindelijk meende de Hoge Raad dat de betreffende wet in beginsel niet met artikel 1, Eerste Protocol EVRM in strijd is. Zie HR 16 mei 2001, NJ 2002, 469 m.n. T. Koopmans, AB Klassiek 2003, nr. 45, p. 448 e.v., m.n. J.E.M. Polak en JB Select 2004, nr. 24, p. 515 e.v. m.n. L.F.M. Verhey. Hierover verder par. 4.3.

⁷⁴ Overigens kan deze omstandigheid moeilijk een rechtvaardiging zijn om in de memorie van toelichting *in het geheel geen* aandacht te besteden aan EVRM-kwesties.

⁷⁵ Zie hiervoor par. 2.3.

⁷⁶ In algemene zin hierover T.C. Borman, De wetgevingsadvisering door de Raad van State, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 2000 en T.C. Borman, T. Barkhuysen en R.A.J. van Gestel, De wetgevingsadvisering door de Raad van State, Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, WLP Nijmegen 2008.

⁷⁷ EHRM 6 mei 2003, AB 2003, 211 m.n. BdW en LV.

⁷⁸ Kamerstukken I 2008-2009, 30585, nr. A.

⁷⁹ Kamerstukken I 2008-2009, 30585, nr. B.

uitgesloten. In de al dan niet nabije toekomst zal moeten blijken welke consequenties de uitkomst van het besluitvormingsproces zal hebben voor de wetgevingsadvisering.

De Raad maakt in de wetgevingsadvisering blijkens het door haar zelf ontwikkelde toetsingskader⁸⁰ onderscheid tussen de beleidsanalytische⁸¹, de juridische en wetstechnische toets. De juridische toetsing betreft toetsing aan 'hoger recht', toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen en ten slotte de vraag of het voorstel past in het rechtssysteem als geheel⁸². Onder hoger recht verstaat de Raad het internationaal en Europees recht, de Grondwet en het Statuut. Bij toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen gaat het in de woorden van de Raad om 'toetsing aan algemene eisen van rechtsstaat en democratie, beginselen van constitutioneel recht (zoals het primaat van de wetgever) en andere algemene rechtsbeginselen'⁸³. Blijkens de jaarverslagen kunnen onder deze laatste noemer een reeks van algemene noties en beginselen aan de orde komen: het legaliteitsbeginsel, het primaat van de formele wetgever, het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van adequate rechtsbescherming en het evenredigheidsbeginsel.

Overigens lijkt de betekenis van het toetsingskader voor de dagelijkse werkwijze beperkt. De Raad gaat in de praktijk eerder uit van een op het concrete voorstel 'common sense' benadering dan van een strikte toepassing van het abstracte toetsingskader. Het kader wordt vooral aanvullend gehanteerd als checklist om te voorkomen dat zaken over het hoofd worden gezien⁸⁴. Daar is niets mis mee, maar geeft tegelijkertijd de relatieve waarde aan van toetsingskaders zoals door de Raad ontwikkeld.

Uit onderzoek⁸⁵ blijkt dat de verenigbaarheid met geschreven en ongeschreven recht in veel adviezen van de Raad van State aan bod komt. Dit wil niet zeggen dat de Raad altijd een duidelijk bevestigend of ontkennend antwoord geeft op de vraag naar die verenigbaarheid⁸⁶. De adviezen zijn vaak in vragende zin geformuleerd.

⁸⁰ Jaarverslag Raad van State 1998, p. 27 e.v.

⁸¹ Deze terminologie is pas later geïntroduceerd. Zie Jaarverslag Raad van State 2002, p. 41 en een nadere uitwerking in Jaarverslag Raad van State 2003, p. 151-152.

⁸² Jaarverslag 2002, p. 50 e.v.

⁸³ Jaarverslag 2002, p. 50. Zie eerder Jaarverslag 1998, p. 39. De Raad van State spreekt in dit verband wel van 'beginselen van behoorlijke regelgeving'. Hierover T.C. Borman, a.w., p. 39 met literatuurverwijzingen.

⁸⁴ J.L.W. Broeksteeg, E.M.J. Hardy, S. Klosse, M.G.W.M. Peeters, L.F.M. Verhey, Zicht op wetgevingskwaliteit. Een onderzoek naar de wetgevingsadvisering van de Raad van State, WODC-reeks 233, Den Haag 2005, p. 509. Zie ook B.R. Dorbeck-Jung, Beelden over de wetgevingsadvisering van de Raad van State, Den Haag 2003, p. 269.

⁸⁵ J.L.W. Broeksteeg e.a., a.w., p. 514-515. Aan dit rapport zijn de onderhavige passages ontleend. Zie voor een samenvatting van de belangrijkste bevindingen L.F.M. Verhey, Wetgevingsadvisering door de Raad van State: alleen *common sense* of ook gericht beleid?, Regelmaat 2005, p. 69 e.v.

⁸⁶ Voor zover het de Grondwet betreft geeft Konijnenbelt als verklaring voor deze terughoudendheid dat als de Raad te vaak zou komen tot het oordeel van ongrondwettigheid, de Raad niet meer serieus zou worden genomen. W. Konijnenbelt, Grondwetsinterpretatie door de Raad van State:

Dit kan leiden tot de aanbeveling om in het voorstel of in de toelichting ‘nadere aandacht’ te schenken aan de verhouding tussen het voorstel en een hogere rechtsregel of beter te motiveren waarom het voorstel met een bepaalde rechtsregel verenigbaar is. Tot een duidelijke verklaring van onverenigbaarheid met die rechtsregel komt het in die gevallen echter niet. In andere gevallen komt de Raad wel tot een duidelijke stellingname.

Tussen beide benaderingen in zitten de gevallen waarin de Raad weliswaar niet expliciet tot strijdigheid concludeert, maar wel tot een duidelijke standpuntbepaling komt. Een bekend voorbeeld is het voorstel van Wet dualisering gemeentebestuur. De Raad komt in zijn advies over dit voorstel niet tot het oordeel dat er strijd is met de Grondwet, maar de Raad formuleert wel sterke grondwettelijke bezwaren, met name betrekking hebbend op het hoofdschap van de Raad (art. 125, eerste lid, Grondwet). Op grond hiervan stelt de Raad zich op het standpunt dat voorafgaande grondwetswijziging is vereist⁸⁷. De regering kwam hier tot een andere interpretatie van de Grondwet en nam het advies niet over.

Het laatste brengt mij op een algemener punt. Constitutionele regels en beginselen laten niet zelden ruimte voor interpretatie. In dergelijke gevallen kunnen er verschillen van opvatting mogelijk zijn over wat uit een bepaalde rechtsnorm voortvloeit. Die verschillen blijken zich in de praktijk met name voor te doen bij wetsvoorstellen die politiek omstreden zijn. De discussie tussen Raad van State en regering over het voorstel van Wet dualisering gemeentebestuur is daar een voorbeeld van. Politiek en staatsrecht zijn in dat soort gevallen moeilijk van elkaar te onderscheiden. De vraag is waar de grens ligt tussen wat wel en niet geoorloofd is. Waar gaat een redelijke interpretatie over in een ontoelaatbare ‘raison d’Etat’-redenering⁸⁸? Die grens zal altijd voorwerp van discussie blijven.

3.4 De Tweede Kamer

Nadat de regering haar reactie op het advies van de Raad van State heeft geformuleerd en het wetsvoorstel waar nodig en gewenst heeft aangepast, volgt indiening bij de Tweede Kamer. De Tweede Kamer als zodanig neemt in eerste instantie geen standpunt in. In de schriftelijke fase blijft het bij het stellen van vragen en het maken van opmerkingen over het wetsvoorstel door elke fractie afzonderlijk. Constitutionele vraagstukken treden daarbij zelden op de voorgrond. Uiteindelijk moet tijdens de plenaire behandeling blijken of het wetsvoorstel, al dan

wetgevingsadvies en grondwetsbepalingen in de Grondwet, in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Staatsrechtconferentie 2007, WLP Nijmegen 2008, p. 61 e.v., m.n. p. 74.

⁸⁷ Kamerstukken II 2000-2001, 27751, nr. A, p. 6.

⁸⁸ Daarover, met smeulige voorbeelden, C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d’Etat*. Afscheidscollège op 27 februari 2009, Deventer 2009. Onder een beroep op de ‘raison d’Etat’ verstaat Kortmann (p. 7) ‘het al dan niet uitdrukkelijk aanvoeren van (veelal buitenjuridische) argumenten om zich buitenwettelijke bevoegdheden aan te meten, om de toepassing van rechtsregels te ontgaan of om deze een betekenis te verlenen die zij van origine niet of zeer waarschijnlijk niet hadden’. Anders gezegd: het doel heiligt de middelen.

niet na amendering, de steun krijgt van een parlementaire meerderheid. Pas in dat stadium neemt de Kamer een standpunt in, maar een duidelijk inzichtelijke afweging door de Kamer als zodanig vindt niet plaats. Elke fractie maakt terzake een eigen afweging die leidt tot een bepaald stemgedrag.

Er is weinig empirisch onderzoek gedaan naar de rol van de Tweede Kamer in het wetgevingsproces⁸⁹. In de staatsrechtelijke literatuur zijn de opvattingen echter overwegend kritisch. In een recente bijdrage vatten De Jong en Kummeling de kritiek kort samen. De Tweede Kamer zou te weinig tijd besteden aan haar medewetgevende taak en in de discussie met de regering zou zij te weinig een eigen standpunt innemen. Al met al zou de Kamer een te geringe bijdrage leveren aan kwalitatief goede wetgeving⁹⁰.

Hoewel de feitelijke onderbouwing van deze kritiek wankel is, is aannemelijk dat zij in elk geval juist is voor zover het gaat om juridische aspecten. Het lijkt niet overdreven te stellen dat de belangstelling van Kamerleden daarvoor gering is. Onder meer als het gaat om toetsing aan de grond- en mensenrechten zou de Kamer tekort schieten⁹¹. In de literatuur worden verschillende factoren genoemd die daaraan bijdragen. Bovend'Eert noemt als algemene verklaring voor het gebrekkig functioneren van de Kamer als medewetgever onder meer de monistische verhouding tussen de regering⁹² en de parlementaire meerderheid en de gebrekkige werkwijze van de Kamer⁹³. Specifiek met het oog op de juridische beoordeling van wetsvoorstellen wordt door velen gewezen op het geringe aantal juristen in de Kamer en op de gebrekkige juridische ondersteuning.

In het verleden is een aantal initiatieven genomen om te komen tot versterking van de rol van de Tweede Kamer als medewetgever. Er is onder meer een Bureau wetgeving ingesteld. Voorts zijn in procedureel opzicht maatregelen genomen, zoals de introductie van een wetgevingsoverleg⁹⁴. De algemene indruk is dat dit niet tot substantiële verbeteringen heeft geleid.

⁸⁹ Om die reden is het ook moeilijk om een goed onderbouwd oordeel te vellen. Zie G.J. Veerman, Interventie preadvies Bovend'Eert, in: J.Th.J. van den Berg, J.L.W. Broeksteeg, L.F.M. Verhey (red.), *Het Parlement, Staatsrechtconferentie 2006*, WLP Nijmegen 2007, p. 118.

⁹⁰ M.A.D.W. de Jong en H.R.B.M. Kummeling, De teloorgang van de Tweede Kamer als medewetgever, in: P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten, M.A.D.W. de Jong (red.), *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer 2009, p. 67 met literatuurverwijzingen. Ik noem in het bijzonder P.P.T. Bovend'Eert, *Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid*, SDU Den Haag 2003, p. 11 e.v., m.n. p. 47 e.v. en van dezelfde auteur, *De wetgevende macht van het parlement*, in: J.Th.J. van den Berg, J.L.W. Broeksteeg, L.F.M. Verhey (red.), *Het Parlement, Staatsrechtconferentie 2006*, WLP Nijmegen 2007, p. 91 e.v.

⁹¹ M.A.D.W. de Jong en H.R.B.M. Kummeling, a.w., p. 91, J.P. Loof, *Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces*, in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Staatsrechtconferentie 2007, WLP Nijmegen 2008, p. 85 e.v.

⁹² In deze zin ook de Nationale Conventie 2006, p. 26.

⁹³ P.P.T. Bovend'Eert 2007, a.w., p. 97 e.v.

⁹⁴ Zie voor een kort overzicht P.P.T. Bovend'Eert 2007, a.w., p. 104 e.v.

In het lopende proces van parlementaire zelfreflectie is er weinig aandacht voor verbetering van de wetgevingsfunctie van de Kamer⁹⁵. De recente voorstellen van een daartoe ingestelde stuurgroep gaan in de richting van een verschuiving naar controle achteraf op de uitvoering van wetgeving. Voorts wil men meer zelf de eigen agenda bepalen door een proactievare opstelling. Het gaat hier om nuttige voorstellen die de uitoefening van de wetgevingsfunctie wellicht positief zullen beïnvloeden. Tot een verbetering van toetsing aan constitutionele aspecten zullen deze voorstellen echter niet leiden⁹⁶.

De vraag is of dat laatste acceptabel is. Zoals zo vaak zitten hier twee kanten aan. In de eerste plaats is de Tweede Kamer eerst en vooral een vertegenwoordigend orgaan waarin gedebatteerd wordt en moet worden over politiek en maatschappelijk relevante thema's. Met de uitoefening van die kernfunctie heeft de Kamer het, blijkens ook het proces van parlementaire zelfreflectie, al moeilijk genoeg. Dat bij het zoeken naar verbetering van het functioneren de Kamer in deze voor onze democratie roerige tijd niet primair gekeken wordt naar een verbetering van de constitutionele toetsing, is niet geheel verwonderlijk. Anderzijds doet de Kamer er verstandig aan om de kwaliteit van zijn wetgevende arbeid – wellicht niet spectaculair maar vaak wel van grote maatschappelijke betekenis – niet te veronachtzamen. Als het gaat om professionalisering van de werkwijze op dit gebied valt er nog wel de nodige winst te boeken⁹⁷. Daarin past ook een kwalitatief betere en consistentere toetsing aan constitutionele normen.

3.5 De Eerste Kamer

De laatste fase van het wetgevingsproces wordt gevormd door de behandeling in de Eerste Kamer. Anders dan in de Tweede Kamer geldt de wetgevingskwaliteit in de Eerste Kamer traditioneel als een belangrijk aandachtspunt. Onlangs heeft in de Eerste Kamer hierop een nadere bezinning plaatsgevonden. Dit heeft geleid tot de opstelling van een aantal 'aandachtspunten voor wetgevingskwaliteit'⁹⁸. Deze lijken sterk op het door de Raad van State ontwikkelde toetsingskader. Rechtmatigheid vormt vanzelfsprekend een belangrijk toetsaspect. Hieronder valt onder meer toetsing aan de Grondwet, aan internationale regelgeving – waarbij

⁹⁵ Stuurgroep parlementaire zelfreflectie, Vertrouwen en zelfvertrouwen, Analyse en aanbevelingen, Den Haag maart 2009. Zie eerder Kamerstukken II 2008-2009, 31845, nr. 1.

⁹⁶ Hoewel de stuurgroep wel signaleert: 'Constitutionele waarden zijn als het ware verdwenen uit het parlementaire debat'. Zie rapport stuurgroep, p. 12.

⁹⁷ Daarbij valt te denken aan kwantitatieve en kwalitatieve versterking van de staf van de Kamer en een zorgvuldigere collectieve voorbereiding van wetsvoorstellen in commissieverband. Zie hierover de eerder genoemde literatuur.

⁹⁸ Jaarbericht Eerste Kamer 2007-2008, p. 23. De aandachtspunten zijn te vinden op www.eerstekamer.nl. Eerder heeft de Voorzitter van de Eerste Kamer aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, de vice-president van de Raad van State en de president van de Algemene Rekenkamer het voorstel gedaan de toetsing van de kwaliteit van de wetgeving 'gezamenlijk onder ogen te zien en elkaar bij ieders taak daarin te versterken'. Zie Y.E.M.A. Timmerman-Buck, De kracht van het parlement, in: J.Th.J. van den Berg, J.L.W. Broeksteeg, L.F.M. Verhey (red.), Het Parlement, Staatsrechtconferentie 2006, WLP Nijmegen 2007, p. 5.

een onderscheid wordt gemaakt tussen verdragsrecht, EVRM/mensenrechten en EU-recht – en Koninkrijksaspecten. Bij toetsing aan rechtsbeginselen lijkt de Eerste Kamer zich vooral te richten op het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod op terugwerkende kracht. In de Jaarberichten doet de Eerste Kamer op hoofdlijnen verslag over de wijze waarop zij in de praktijk met deze toetsing is omgegaan.

Formeel-juridisch gezien heeft de Eerste Kamer een sterke positie. Zij heeft immers de bevoegdheid om een wetsvoorstel af te wijzen. In zijn rechtsvergelijkende proefschrift heeft Knippenberg echter op overtuigende wijze de paradoxale gevolgen hiervan aangetoond. De Duitse Bondsraad, de Britse House of Lords en de Franse senaat kunnen geen van allen wetsvoorstellen tegenhouden. Zij hebben in de praktijk echter meer invloed dan de Eerste Kamer.

Een plausibele oorzaak voor dat laatste is dat de genoemde senaten beschikken over andere instrumenten – het amendementsrecht dan wel een terugzendrecht – die proportioneler zijn dan de absolute vetobevoegdheid. Die instrumenten moet de Eerste Kamer helaas ontberen. Dat brengt Knippenberg tot de slotsom dat, ondanks in de parlementaire praktijk ontstane constructies als de ‘novelle’ en de ‘toezegging’, ‘een absoluut vetorecht dat slechts het wetsvoorstel in zijn geheel kan treffen ongeschikt is ter bijsturing van regelgevingvoorstellen’⁹⁹. Of zoals van den Berg het uitdrukt: ‘De Eerste Kamer heeft voor al die vliegen op het venster behoefte aan goede vliegenmeppers; het enige waarover zij nu beschikt is een voorhamer’¹⁰⁰.

De ongeschiktheid van alleen het vetorecht is ook gebleken in gevallen waarin constitutionele aspecten aan de orde zijn. Een traumatische ervaring betrof de beruchte behandeling van de Harmonisatiewet. De Eerste Kamer had grote bezwaren tegen deze wet omdat studenten als gevolg hiervan plotseling zouden worden geconfronteerd met een beperking van de inschrijvingsduur. Uiteindelijk is zij onder grote politieke druk achter de schermen toch overstag gegaan. Later oordeelde de Hoge Raad dat de wet in strijd was met het rechtszekerheidsbeginsel¹⁰¹. Deze gang van zaken heeft de nodige invloed gehad en wellicht in een aantal gevallen geleid tot een halsstarriger houding van de Eerste Kamer¹⁰².

Het basisprobleem is echter onopgelost gebleven. Dat probleem is dat de Eerste Kamer in wezen geen geschikte instrumenten heeft om constitutionele en andere tekortkomingen in wetsvoorstellen te corrigeren. Het ziet er niet naar uit dat dat op korte termijn gaat veranderen. Ondanks verstandige pleidooien van velen¹⁰³ is er

⁹⁹ E.T.C. Knippenberg, *De Senaat. Rechtsvergelijkend onderzoek naar de House of Lords, de Sénat, de Eerste Kamer en de Bundesrat*, diss. UM, SDU Den Haag 2002, p. 182.

¹⁰⁰ J.Th.J. van den Berg, *De eerste Kamer, of: de zin van rivaliteit*, Universiteit Leiden 2006, p. 18.

¹⁰¹ HR 14 april 1989, NJ 1989, 489. Hierover later meer.

¹⁰² P.P.T. Bovend'Eert, H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Kluwer Deventer 2004, p. 44.

¹⁰³ Ik noem in het bijzonder het evenwichtige voorstel van Kummeling om een terugzendrecht te introduceren waarbij uiteindelijk het oordeel van de Eerste Kamer kan worden overruled door een beslissing door de Verenigde Vergadering met een tweederde meerderheid. H.R.B.M. Kummeling,

nooit ook maar een begin van overeenstemming geweest over een terugzittingsrecht of andere aanpassingen die bovenstaande situatie zouden kunnen verbeteren¹⁰⁴. Dat zal in de nabije toekomst niet anders zijn.

3.6 Conclusie

In het bovenstaande heb ik geprobeerd in kort bestek de recente ontwikkeling van de Nederlandse constitutie en meer in het bijzonder van de Grondwet te schetsen. Ook ben ik ingegaan op de wijze waarop de wetgever en de diverse organen die in het wetgevingsproces participeren, aan constitutionele rechtsnormen plegen te toetsen en aan de ontwikkeling daarvan trachten bij te dragen. Mijn beschouwingen vat ik samen door middel van enkele conclusies.

- De Nederlandse constitutie is geleidelijk geïnternationaliseerd. Er is in wezen een gemengde constitutie ontstaan met nationaalrechtelijke, Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke elementen. De constitutionele rol van de wetgever is hierdoor veelomvattender en ingewikkelder geworden. Niet alleen is het moeilijker geworden om tijdens het wetgevingsproces aan de diverse, elkaar wederzijds beïnvloedende constitutionele normen te toetsen en daaraan verder vorm te geven, het is ook steeds vaker nodig om op nieuwe ontwikkelingen te anticiperen op internationaal en Europees niveau. Dit geldt met name voor de Europese Unie. Regering en parlement zijn in belangrijke mate Europese actoren geworden.
- Tegen de achtergrond van deze vergaande internationalisering speelt de Grondwet een steeds marginalere rol. Daarover lijkt toenemende onvrede te bestaan. Er gaan steeds meer stemmen op om het normatieve karakter van de Grondwet te versterken door een aantal algemene beginselen van democratie en rechtsstaat in de Grondwet te verankeren en de grondrechtelijke beperkingsclausules met materiële eisen aan te vullen. Of hierover op korte termijn politieke overeenstemming valt te bereiken, moet worden afgewacht.
- Naar de kwaliteit van de constitutionele toetsing door de wetgever is te weinig empirisch onderzoek gedaan om harde conclusies te trekken. Niettemin geven het wel bestaande onderzoek alsook de opvattingen van veel ervaringsdeskundigen, van wetenschappelijke experts en soms ook van de organen die participeren in het wetgevingsproces zélf, aanleiding tot de conclusie dat de toetsing van wetsvoorstellen aan constitutionele normen, niet altijd de aandacht krijgt die het verdient. De meeste aandacht lijkt in dat verband nog uit te gaan naar het EVRM en het EU-recht.

De Nederlandse Eerste Kamer, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Tjeenk Willink Zwolle 1992, p. 38 e.v.

¹⁰⁴ Zie voor een kort overzicht van de gevoerde discussies over mogelijke wijzigingen: P.P.T. Bovend'Eert, H.R.B.M. Kummeling, a.w., p. a.w., p. 52 e.v.

- Daarbij komt, zo blijkt uit het bovenstaande, dat de organen die in het wetgevingsproces bij uitstek de constitutionaliteit van wetsvoorstellen beoordelen – de Raad van State en de Eerste Kamer – om uiteenlopende redenen weinig invloed uitoefenen. Het zijn met name de regering en de meerderheid van de Tweede Kamer die de inhoud van de wetgeving bepalen, maar daar speelt - niet onbegrijpelijk - de politieke rationaliteit een belangrijke rol.

De Mosquito-casus die ik in het begin van dit preadvies ontleedde, staat dus waarschijnlijk niet op zichzelf; de kwaliteit van de constitutionele toetsing door de wetgever lijkt niet onder alle omstandigheden voldoende te zijn gewaarborgd.

3.7 Remedies?

Is de situatie voldoende ernstig dat we moeten nadenken over remedies en zo ja, welke remedies komen dan in aanmerking? Die vraag is niet gemakkelijk te beantwoorden. Er zijn grofweg twee mogelijke gedachtelijnen.

De eerste gedachtlijn is hiervoor reeds aan bod geweest. De (grond)wetgever als geheel of de actoren in het wetgevingsproces afzonderlijk kunnen zélf verschillende maatregelen nemen om de toetsing aan en de ontwikkeling van constitutionele normen te verbeteren. Te denken valt aan versterking van de constitutionele toetsing in de departementale voorbereiding, vergroting van de constitutionele expertise bij het bureau wetgeving in de Tweede Kamer, professionalisering van de behandeling van wetgeving in commissieverband en meer aandacht bij politieke partijen voor juridische deskundigheid bij de opstelling van de kandidatenlijsten. Ook zijn al mogelijke grondwetswijzigingen aan de orde geweest zoals het aanvullen van de grondrechtelijke beperkingsclausules en de regeling van een terugzendrecht voor de Eerste Kamer.

Gezien het voorgaande laat ik deze eerste gedachtlijn hier verder rusten. Ook het antwoord op de vraag of uitsluitend ontwikkeling van die gedachtlijn voldoende is, laat ik in het midden. Laat ik volstaan met de constatering dat tot dusverre daarvan nog niet veel terecht is gekomen. Initiatieven om te komen tot versterking van de constitutionele toetsing door de wetgevende organen hebben weinig tot geen zichtbare veranderingen teweeggebracht.

Het is daarom de moeite waard om ook de tweede gedachtlijn hier in beeld te brengen. Heeft de wetgever misschien een steun in de rug nodig door verhoging van de druk van buitenaf? Of is het wellicht zo dat er al wel externe druk is, maar deze – wil deze effectiever zijn – anders moet worden ingevuld?

In een staatsbestel als het onze komen we dan al snel uit bij de rechter¹⁰⁵. Eerder in dit preadvies kwam reeds terloops het toenemende belang van diens rol aan de

¹⁰⁵ In het navolgende gaat het alleen over rechterlijke toetsing in juridische procedures. Andere varianten zijn ook denkbaar. Zie het rapport van de Raad van State, Terugkoppelen naar de

orde. Door in het bijzonder het EVRM en het EU-recht is de invloed van de rechterlijke rechtsvorming sterk toegenomen. Hoe dient deze ontwikkeling te worden gezien in relatie tot de rol van de wetgever? En hoe dient in dat licht gezien de discussie over artikel 120 Grondwet te worden beoordeeld¹⁰⁶? Daarover gaat het laatste deel van dit preadvies.

Verdere uitwerking van de tweede gedachtelijn betrekking hebbend op rechterlijke toetsing, betekent niet dat de eerste gedachtelijn uit beeld verdwijnt. Integendeel, mijn stelling is juist dat een evenwichtige rechterlijke toetsing een prikkel kan zijn voor de wetgever om de eigen positie opnieuw in ogenschouw te nemen en aanpassingen te overwegen die de constitutionele toetsing door de wetgever zélf kunnen verbeteren. Beide gedachtelijnen sluiten elkaar dus geenszins uit. Het gaat om de totstandbrenging van een subtiele wisselwerking, om het entameren van wat, enigszins rooskleurig, geduid kan worden als een ‘constructieve dialoog’¹⁰⁷.

4. Wetgever en rechter: een constructieve dialoog

4.1 Ambivalente houdingen

De wetgever neemt tegenover de rechter een ambivalente houding aan. Aan de ene kant is de wetgever beducht om macht aan de rechter prijs te geven. Die beduchtheid heeft tot dusverre steeds het debat over wijziging van artikel 120 Grondwet beheerst. Als het gaat om de vraag of een besluit van de formele wetgever in overeenstemming is met de Grondwet dient de democratisch gelegitimeerde wetgever zélf het laatste woord te hebben, zo is de traditionele opvatting altijd geweest.

Tegelijkertijd verwaarloost de wetgever haar constitutionele taak soms schromelijk. Niet zelden worden zaken door stilzitten van de wetgever aan de rechter overgelaten. Soms, zo stelt Kortmann, ‘lijkt het er zelfs op dat de regering en (vooral) het parlement weinig zelfbewustheid meer bezitten, de jurisprudentie wat beteuterd aanschouwen en voor deze buigen in plaats van op gezette tijden corrigerend op te treden’¹⁰⁸. In andere gevallen betreft het een bewuste politieke strategie om de rechter maar zijn gang te laten gaan, zoals de *Mosquito*-casus illustreert.

wetgever, Den Haag 2006. In het bijzonder zij verwezen naar het daarin opgenomen rapport van J.H. van Kreveld, Teruggokkelen naar de wetgever.

¹⁰⁶ Over dit onderwerp is zoals bekend veel geschreven. Ik volsta naast de nog hierna te noemen literatuur met verwijzing naar L. Prakke, T. Koopman, J.M. Barendrecht, *Toetsing, Preadviezen NJV*, Zwolle 1992.

¹⁰⁷ Deze term is niet nieuw. Zie naast talrijke andere literatuur waarin deze of vergelijkbare termen worden gebruikt J. H. Gerards, *Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?*, in: R. de Lange (red.), a.w., p. 161 e.v.

¹⁰⁸ C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer Deventer 2008, p. 363.

Ambivalentie is niet voorbehouden aan de wetgever. Ook de rechter zendt vaak dubbele signalen uit. Van consistentie is in de rechtspraak niet altijd sprake.

Enerzijds heeft de Hoge Raad zichzelf in de loop van de tijd onmiskenbaar een steeds ruimere rechtsvormende taak toegekend¹⁰⁹. Daarbij gaat het niet alleen om klassieke gevallen waarin de rechter zoekt naar een oplossing die – in de terminologie van de standaardjurisprudentie van de Hoge Raad – past bij het stelsel van de wet en aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen¹¹⁰. Als het gaat om de toetsing van wettelijke voorschriften aan het EVRM en andere verdragsbepalingen op grond van artikel 94 Grondwet gaat de rechter soms verder¹¹¹. De vraag wanneer en op welke grond de rechter zich een vergaande rechtsvormende taak aanmeet, wordt in de rechtspraak niet duidelijk beantwoord. Kortmann uit daar niet onterechte kritiek op¹¹². Voor zover het om toepassing van het EVRM betreft lijkt de Hoge Raad zich in belangrijke mate te baseren op de verplichting ex artikel 13 EVRM om te zorgen voor een ‘effectieve rechtsbescherming’¹¹³. Maar wat precies uit die verplichting voortvloeit blijft in het midden.

In sommige gevallen wijst de rechter echter ook nadrukkelijk op de keerzijde van de medaille en predikt hij terughoudendheid op staatsrechtelijke gronden. Daartoe worden verschillende formuleringen gebezigd. Zo oordeelt de Hoge Raad in het Harmonisatiewet-arrest dat een ruim toetsingsverbod zoals vastgelegd in artikel 120 Grondwet, ‘wezenlijk is voor de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel’¹¹⁴. In het Arbeidskostenforfait-arrest overweegt de Hoge Raad dat als het gaat om ingrijpen in wettelijke regelingen, de rechter ‘in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen’ een terughoudende opstelling past¹¹⁵. In het Waterpakt-arrest zegt de Hoge Raad dat de op de Grondwet berustende verdeling

¹⁰⁹ Een greep uit de overvloedige literatuur over de toenemende rechterlijke rechtsvorming: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer, Zwolle 1988, G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, 4^e druk bewerkt door T. Koopmans, Deventer 1999, S.K. Martens, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, NJB 2000, p. 747 e.v., W.M.T. Keukens, M.C.A. van den Nieuwenhuizen (red.), Raad en Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Ars Aequi Nijmegen 2008, P.P.T. Bovend'Eert, Wetgever, rechter en rechtsvorming. ‘Partners in the business of law’, in: P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten, M.A.D.W. de Jong (red.), De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, Kluwer Deventer 2009, p. 27 e.v.

¹¹⁰ HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (Quint Te Poel).

¹¹¹ Soms gaat de rechter daarbij zo ver dat de rechter door de rechtspraak zelf vastgestelde regels bindend te achten en te beschouwen als rechtsregels die jegens de daarbij betrokkenen dienen te worden toegepast. Zie CRvB 24 juli 2008, AB 2008, 316 waarbij het ging om de Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006. Zie eerder HR 28 juni 1996, NJ 1997, 495 (rolrichtlijnen).

¹¹² C.A.J.M. Kortmann, De rechtsvormende taak van de Hoge Raad, in: W.M.T. Keukens, M.C.A. van den Nieuwenhuizen (red.), a.w., p. 31 e.v. Hij meent dat de rechter zich zou moeten beperken tot rechtstoepassing en rechtsvinding. Het betreft hier overigens deels een definitiekwestie. Zie voor de verschillende betekenissen van rechtsvorming P.P.T. Bovend'Eert 2009, a.w., p. 28 e.v.

¹¹³ HR 12 mei 1999, AA 1999, p. 668 e.v., m.n. J. Zwemmer (Arbeidskostenforfait). Voor uitbouw van artikel 13 EVRM als grondslag voor de rechtsvormende taak van de rechter is gepleit door S.K. Martens, a.w., p. 747 e.v..

¹¹⁴ HR 14 april 1989, AA 1989, p. 578 e.v. m.n. E.M.H. Hirsch Ballin.

¹¹⁵ HR 12 mei 1999, AA 1999, p. 668 e.v., m.n. J. Zwemmer.

van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen mee brengt 'de rechter niet vermog in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming'¹¹⁶. En ten slotte zijn er de bekende arresten waarin de Hoge Raad om principiële redenen overweegt dat de gevraagde correctie op een wettelijke regeling valt 'buiten de rechtsvormende taak van de rechter'¹¹⁷.

Het geheel overziend gaat het om formuleringen die steeds hetzelfde beogen duidelijk te maken, namelijk dat de rechter zijn plaats moet kennen en in beginsel buiten het politieke domein dient te blijven. Maar wanneer zich een dergelijk geval voordoet en de rechter ten koste van de wetgever moet terugtreden, blijft vaak onduidelijk.

Cruciaal voor een effectief samenspel tussen wetgever en rechter is dat beide staatsmachten hun domeinen in de praktijk beter afbakenen en met respect voor elkaars onderscheiden posities ieder hun eigen rol spelen. Dat lijkt vanzelfsprekend maar is het allerm minst. Het vergt niet alleen inzicht in de constitutionele spelregels, maar ook het vermogen om in elk concreet geval die spelregels zorgvuldig toe te passen en soms ook te preciseren. Wat het daarbij niet gemakkelijker maakt is dat over de interpretatie van de spelregels niet zelden verschil van opvatting mogelijk is. Het debat over de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter is daarvan een duidelijk voorbeeld.

Hieronder probeer ik kort aan te geven in welke richting wetgever en rechter zich zouden moeten begeven om het samenspel effectiever te maken. Samengevat komt mijn betoog erop neer dat de wetgever zich actiever dient bezig te houden met constitutionele ontwikkelingen en de rechter de grenzen van zijn bevoegdheden duidelijker dient aan te geven. De Grondwet zou in dat samenspel een prominentere rol moeten krijgen.

4.2 De wetgever: een actieve houding

De huidige opstelling van de wetgever is niet alleen ambivalent, maar kan ook als te defensief en te passief worden gekenschetst. Enerzijds is er een krampachtig vasthouden aan de eigen bevoegdheden, anderzijds wil of kan zij soms niet ingrijpen in gevallen waarin dat wel voor de hand had gelegen. Het is juist deze combinatie die bijdraagt aan terreinverlies.

In de afweging om al dan niet in te stemmen met de gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod zoals voorgesteld in het onlangs door de Eerste Kamer

¹¹⁶ HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691.

¹¹⁷ Bijvoorbeeld HR 12 oktober 1984, NJ 1985, 230 (Optierecht Nederlanderschap) en HR 23 september 1988, NJ 1989, 740 (naamrecht).

goedgekeurde initiatiefvoorstel Halsema¹¹⁸, zouden voor de grondwetgever in elk geval twee overwegingen een belangrijke rol moeten spelen.

In de eerste plaats is dat het besef dat het nauwelijks leidt tot extra parlementair machtsverlies. Voor zover op grondrechtelijk gebied een machtsverschuiving ten gunste van de rechter gevreesd zou moeten worden, heeft deze onder invloed van het EVRM allang plaatsgevonden. Overigens kan worden gesteld dat de rechter in de uitoefening van zijn toetsingsbevoegdheid ex artikel 94 Grondwet - ondanks de hiervoor gesignaleerde onduidelijkheid omtrent de grenzen van zijn rechtsvormende taak - in het algemeen de nodige terughoudendheid betracht. Ik kom hier nog op terug.

Een tweede belangrijke overweging is dat de gedeeltelijke opheffing van het grondwettelijk toetsingsverbod het belang van de Grondwet weer kan doen toenemen. Zoals gezegd is de Grondwet in de rechtspraak geleidelijk naar de achtergrond gedrongen. Het is het EVRM dat de klok slaat. Dat komt omdat rechter en wetgever in een onderlinge wisselwerking er elkaar toe aanzetten om de in het EVRM neergelegde rechtsnormen nader in te vullen¹¹⁹. Bij de Grondwet ontbreekt die wisselwerking. Dat is mijn inziens een belangrijke oorzaak van de marginale rol die de Grondwet thans in de praktijk speelt.

Gesteld is wel dat het initiatiefvoorstel Halsema weinig oplevert, omdat de Grondwet op grondrechtelijk gebied niets toevoegt aan hetgeen reeds in internationale verdragen is geregeld. Dat is naar mijn oordeel te eenvoudig. De Grondwet legt eigen accenten, werkt bepaalde aspecten op een op de specifieke Nederlandse situatie gerichte wijze uit en biedt soms ook meer bescherming. Toetsing aan de Grondwet zal dus in bepaalde gevallen wel degelijk iets extra kunnen betekenen.

Maar dat is het niet alleen. De mogelijkheid van toetsing aan de Grondwet zou de eenzijdige oriëntatie van de rechter op het EVRM en de rechtspraak van het EHRM kunnen bijstellen. De rechter zal in dat geval de grondrechten van de burger waarschijnlijk niet alleen interpreteren in het licht van het EVRM, maar ook de Grondwet veel nadrukkelijker in zijn overwegingen betrekken. Als gevolg daarvan kan hij losser komen van Straatsburgse sferen¹²⁰. Hij zal misschien ook eerder geneigd zijn een interpretatie te geven aan het EVRM die beter aansluit bij de specifieke grondwettelijke context. Dat behoeft niet slecht uit te pakken voor de wetgever. Wellicht zelfs integendeel. Omdat de grondwettelijke grondrechtenbepalingen, anders dan de bepalingen van het EVRM, uitdrukkelijk uitgaan van het primaat van de wetgever mag worden aangenomen dat de rechter ook eerder

¹¹⁸ Kamerstukken I 2004-2005, 28331, nr. A. Hierover J.A. Peters, Geen groen maar rijp voorstel. De angst voor constitutionele toetsing, in: P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten, M.A.D.W. de Jong (red.), De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, Deventer 2009, p. 99 e.v.

¹¹⁹ Hoewel ook hier de situatie voor verbetering vatbaar is, zoals de Mosquito-casus illustreert. Vergeleken met de Grondwet krijgt het EVRM in het wetgevingsproces echter veel aandacht. Zie hiervoor par. 3.2.

¹²⁰ J.A. Peters, a.w., p. 115.

bereid is het oordeel van de wetgever omtrent de gerechtvaardigheid van een grondrechtsbeperking te respecteren.

Dat laatste spreekt uiteraard niet vanzelf. Aannemelijk is immers dat de rechter alleen bereid is het oordeel van de wetgever in stand te laten indien en voor zover zij de wettelijke maatregel die het grondrecht beperkt, deugdelijk heeft onderbouwd¹²¹. De wetgever heeft als het ware een grondrechtelijke motiveringsplicht waarbij uiteindelijk de rechter kan bezien of zij op een toereikende wijze aan die verplichting heeft voldaan.

Dat de wetgever onder druk van een mogelijke rechterlijke toetsing kan komen tot een kwalitatief betere voorbereiding van wetgeving, kan worden geïllustreerd aan de hand van de Britse Human Rights Act. Een opmerkelijk aspect van deze wet is dat de verantwoordelijke minister wettelijk verplicht is zich uitdrukkelijk uit te spreken over de verenigbaarheid van de door hem voorgestelde wetgeving met het EVRM. Dit dwingt tot een grondige toetsing tijdens de departementale voorbereiding van wetsvoorstellen. Ook stimuleert deze regeling het parlement uitdrukkelijk naar EVRM-aspecten te kijken, zeker als de verantwoordelijke minister zich op het standpunt heeft gesteld geen positieve verklaring van verdragsconformiteit te kunnen afgeven. De werkzaamheden van de parlementaire Select Committee on Human Rights die is opgericht na de inwerkingtreding van deze wet, bevestigen dat het Britse parlement zich inderdaad actief opstelt¹²².

De situatie in Nederland is op dit punt anders. Een uitdrukkelijke wettelijke regeling omtrent EVRM-toetsing tijdens het wetgevingsproces ontbreekt. Niettemin wordt in de toelichting bij wetsvoorstellen, zoals hiervoor al werd aangegeven, relatief vaak aandacht besteed aan EVRM-aspecten. De prikkel daartoe is aanwezig vanwege de mogelijkheid van rechterlijke toetsing op grond van artikel 94 Grondwet. Indien rechterlijke toetsing aan de grondwettelijke grondrechten mogelijk wordt, zal ook de Grondwet in het wetgevingsproces een prominentere rol kunnen krijgen. Dat alleen zal uiteraard niet voldoende zijn om een grotere belangstelling en betrokkenheid van de wetgever te realiseren. Uit het voorgaande is genoegzaam gebleken dat daarvoor meer nodig is dan een eenvoudige grondwetswijziging. Niettemin kan de mogelijkheid van rechterlijke toetsing aan de Grondwet bijdragen aan een scherper besef van en een levendiger debat omtrent de inhoud van onze Grondwet.

De vraag die hiervoor al aan de orde kwam is of mede met het oog op de voorgestelde rechterlijke toetsing, de grondwettelijke beperkingsclausules met materiële criteria moeten worden aangevuld. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan de ook in het EVRM neergelegde noodzakelijkheidseis. Daaronder vallen blijkens de rechtspraak in elk geval ook de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

¹²¹ Uitvoerder hierover J.H. Gerards, a.w., p. 164 e.v.

¹²² Uitbreider L.F.M. Verhey, Rechtsvorming in vergelijkend perspectief: de Engelse Human Rights Act 1998, in: W.M.T. Keukens, M.C.A. van den Nieuwenhuizen (red.), Raad en Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Ars Aequi Nijmegen 2008, p. 193 e.v.

Om twee redenen vind ik dat de Grondwet in bovenbedoelde zin moet worden aangevuld¹²³. In de eerste plaats kan daardoor worden verhelderd aan welke eisen een grondrechtsbeperking moet voldoen. Op dit moment wordt dat bij veel grondrechten in zijn geheel aan de wetgever overgelaten. Zeker als de rechter bevoegd zou worden om wetten aan de grondwettelijke grondrechten te toetsen, is het gewenst dat rechter, rechtszoekenden en ook de wetgever zélf meer duidelijkheid wordt geboden over de beginselen en criteria die de wetgever bij het beperken van grondrechten in acht dient te nemen.

Daarnaast vind ik het onjuist – en dat is de tweede reden – om het bieden van die zekerheid aan de rechter over te laten. Indien de grondwetgever uiteindelijk zou besluiten om het initiatiefvoorstel Halsema te aanvaarden, is het ook diens taak zélf de inhoudelijke criteria waaraan wetgeving getoetst dient te worden, preciezer te bepalen. Vervolgens dienen die criteria in concrete gevallen door de wetgever en in voorkomende situaties door de rechter te worden toegepast.

In het verlengde hiervan ligt dat rechterlijke toetsing van wetten aan ongeschreven algemene rechtsbeginselen verboden blijft. Een dergelijke bevoegdheid geeft de rechter te veel vrijheid omdat niet vaststaat aan welke beginselen hij zal toetsen en ook niet welke invulling hij aan deze beginselen zal geven. Bovendien zou een dergelijke toetsing vrijwel onaantastbaar zijn voor corrigerend optreden door de wetgever. In geval de rechter strijd met de Grondwet zou constateren is als reactie daarop een grondwetwijziging denkbaar. Bij strijd met een ongeschreven rechtsbeginsel daarentegen rest in beginsel alleen wijziging van de wet die door de rechter onrechtmatig is bevonden¹²⁴.

Het initiatiefvoorstel Halsema volgt dezelfde lijn¹²⁵. In de toelichting wordt terecht Prakke geciteerd: als rechtsbeginselen zo belangrijk zijn dat zelfs de wet ervoor moet wijken, dan moeten zij maar in de grondwet opgenomen worden¹²⁶. Dat laatste is overigens in een enkel geval te overwegen. Denkbaar is dat in lijn met het door de Eerste Kamer ontwikkelde toetsingskader¹²⁷ het rechtszekerheidsbeginsel¹²⁸ en het verbod op terugwerkende kracht in de Grondwet worden verankerd. Deze beginselen zijn van groot belang en bieden bovendien met het oog op toetsing voldoende houvast.

¹²³ H.R.B.M. Kummeling. Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse grondwet niet zou misstaan, in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), Grensverleggend staatsrecht, Deventer 2001, p. 233 e.v., m.n. p. 247 e.v. Anders R.J.B. Schutgens, Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet, Regelmaat 2007, p. 12 e.v.

¹²⁴ L. Prakke, Bedenkingen tegen het toetsingsrecht, Preadvies NJV, Zwolle 1992, p. 32. Zie ook M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, Beginselen van de democratische rechtsstaat, Zwolle 2006, p. 188 e.v.

¹²⁵ Kamerstukken II 2001-2002, 28331, nr. 3, p. 18-19.

¹²⁶ L. Prakke, a.w., p. 32.

¹²⁷ Zie hiervoor par. 3.5.

¹²⁸ Zie C.A.J.M. Kortmann, a.w, p. 20 die voorstelt om het rechtszekerheidsbeginsel met zoveel woorden in de Grondwet op te nemen. Ik voel er echter niets voor om daar waar hij voorstelt om in de Grondwet ook te refereren aan 'overige fundamentele rechtsbeginselen', rechterlijke toetsing van wetten in deze brede zin daaraan mogelijk te maken.

4.3 De rechter: consistente terughoudendheid

Een actieve houding van de wetgever in bovenbedoelde zin is echter niet voldoende. Ook van de rechter mag het nodige worden verwacht. Zeker indien de rechter na aanvaarding van het initiatiefvoorstel Halsema de bevoegdheid zou krijgen om wetten aan een aantal grondwettelijke grondrechten te toetsen, mag van hem worden verwacht dat hij een aanzienlijke terughoudendheid betracht en nauwkeurig aangeeft waar de grenzen van zijn bevoegdheid liggen in verhouding tot wat primair als de taak van de wetgever moet worden beschouwd.¹²⁹

Tegen deze achtergrond besluit ik dit preadvies met een beschouwing over waar die grenzen in elk geval uit dienen te bestaan. Daarbij gaat het er om dat:

- in beginsel de wetgever bepaalt of een in de wet vast te leggen grondrechtsbeperking noodzakelijk is in een democratische samenleving en derhalve de rechter de wet als zodanig terughoudend moet toetsen;
- in beginsel de wetgever bepaalt in hoeverre in de wet uitzonderingen op de daarin opgenomen voorschriften moeten worden gemaakt met het oog op individuele gevallen of categorieën van gevallen en derhalve de rechter met afwegingen van de wetgever terzake uitdrukkelijk rekening dient te houden;
- de indringendheid van de rechterlijke toetsing afhangt van de mate waarin de wetgever weloverwogen tot een beslissing over bovenbedoelde punten is gekomen;
- in het geval de rechter vaststelt dat een wet in strijd is met een grondwettelijke of verdragsnorm, in beginsel de wetgever bepaalt hoe die strijd moet worden weggenomen.

Deze uitgangspunten zijn in belangrijke mate reeds in de bestaande rechtspraak te vinden. Het probleem is dan ook niet zozeer dat deze uitgangspunten in de rechtspraak niet zouden zijn aanvaard alswel dat zij in de praktijk niet helder en consistent worden toegepast.

Bij veel klassieke verdragsrechten geldt als norm dat een beperking ‘noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving’. In dat kader stelt het EHRM als eis dat ‘een dringende maatschappelijke behoefte’ moet zijn aangetoond. Tevens gelden hier de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

De vraag of een grondrechtsbeperkende wet als zodanig noodzakelijk is in bovenbedoelde zin is een rechtsvraag. Is er immers geen noodzaak tot het bij wet beperken van het betreffende recht, dan is er strijd met het grondrecht. De interpretatie van die norm is echter in de eerste plaats een zaak van de politiek en behoort derhalve primair door de wetgever plaats te vinden¹³⁰. De Hoge Raad

¹²⁹ Zie hierover J.H. Gerards, a.w., p. 175 e.v.

¹³⁰ Om deze reden ben ik het niet eens met de stelling dat toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel een volledig juridische activiteit is. In deze zin R.J.B. Schutgens, a.w., p. 17.

heeft in het Varkenshoudersarrest deze notie terecht erkend. De Raad¹³¹ overweegt terzake van het eigendomsrecht ex artikel 1, Eerste Protocol EVRM:

‘Artikel 1 lid 2 van het Eerste Protocol bepaalt, voor zover hier van belang, dat de bepalingen van het eerste lid op geen enkele wijze het recht aantasten, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk *oordeelt* (curs. LV) om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang’.

en:

‘Waar het gaat om de beoordeling van wat in het algemeen belang is en de keus van de middelen om dat dit belang te dienen, komt de wetgever een ‘wide margin of appreciation’ toe¹³².

De vraag of de Wet herstructurering varkenshouderij in overeenstemming is met het EVRM, beantwoordde de Raad vervolgens bevestigend:

‘dat het in beginsel aan de wetgever is om te beoordelen welke maatregelen ter bereiking van dergelijke doelstellingen noodzakelijk en aanvaardbaar zijn en dat niet gezegd kan worden dat de wetgever met de bestreden maatregelen is getreden buiten de hem toekomende ‘wide margin of appreciation’¹³³.

Het komt er dus op neer dat de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid terzake heeft. Dat betekent niet dat voor een rechterlijke beoordeling geen plaats meer is, maar deze kan mijns inziens alleen marginaal zijn. Aansluiting kan worden gezocht bij het Landbouwvliegersarrest waarin de Hoge Raad overwoog dat de rechter een niet door de formele wetgever gegeven rechtsregel alleen onverbindend kan verklaren indien:

‘het betreffende overheidsorgaan (...) *in redelijkheid* niet tot het betreffende voorschrift is *kunnen* (curs., LV) komen¹³⁴.

Een dergelijke willkeursoets zou ook op wetten in formele zin kunnen worden toegepast.

Het kan in rechterlijke procedures niet alleen gaan om de toetsing van de wet *in abstracto*, maar ook en eigenlijk juist vooral om de toetsing van de toepassing van

¹³¹ HR 16 november 2001, AB 2002, 25 m.n. PJJ van Buuren, NJ 2002, 469 m.n. T. Koopmans en E.A. Alkema, AB Klassiek 2003, nr. 45, p. 448 e.v. en JB Select 2004, nr. 24, p. 515 m.n. L.F.M. Verhey. Enkele passages uit deze paragraaf zijn door laatstgenoemde annotatie geïnspireerd.

¹³² R.o. 6.2.2.

¹³³ R.o. 7.2. Dit oordeel betrof verschillende kortingen op de varkensrechten die de wetgever had opgelegd.

¹³⁴ HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251, r.o. 6.1.

de wet *in concreto*. Met recht kan worden betoogd dat deze twee soorten toetsing van elkaar moeten worden onderscheiden¹³⁵. Gelet op de aard van de rechterlijke taak richt de rechter zich op laatstgenoemde toetsing.

Gesteld kan worden dat de rechter als het gaat om de toetsing *in concreto* zich meer mag veroorloven en derhalve indringender mag toetsen. Zolang de rechter daarbij blijft binnen de grenzen van de wet en de rechter deze verdrags- of grondwetsconform kan uitleggen, is er in beginsel geen probleem. Lastiger wordt het als de rechter via de concrete toetsing impliciet toch de wet zélf ter discussie stelt. Deze situatie deed zich voor in het reeds genoemde Varkenshoudersarrest. Artikel 1, Eerste Protocol EVRM is volgens de Hoge Raad immers niet alleen geschonden indien de wet niet voorziet in een 'fair balance' tussen het algemeen belang en de bescherming van individuele rechten in algemene zin. Ook als de wet *in concreto* onevenredig voor individuen uitpakt, is er sprake van strijd:

'Aan het vereiste van een 'fair balance' is niet voldaan, indien sprake is van een 'individual and excessive burden', een individuele en buitensporige last, voor de betrokken persoon¹³⁶.

Het Hof was volgens de Hoge Raad gelet op deze eis ten onrechte voorbij gegaan aan de vraag of de Wet herstructurering varkenshouderij voor een of meer eisers in verband met bijzondere omstandigheden een 'individual and excessive burden' vormen.

Van belang in dit geval was dat de wetgever in dit probleem had beoogd te voorzien in het op de wet gebaseerde Besluit hardheidsgevallen. Dit was een algemene maatregel van bestuur die voor bepaalde groepen van gevallen waarbij toepassing van de wet zou leiden tot 'onbillijkheden van overwegende aard', regels stelde omtrent de mogelijkheid om de hoogte van de varkensrechten in afwijking van de wet vast te stellen. Deze regeling zou echter, naar eisers beweerden, op hen niet van toepassing zijn. Mede in dat licht bezien vond de Hoge Raad dat alsnog onderzoek moest worden verricht naar de vraag of voor een of meer eisers de wet buiten toepassing moest worden gelaten zolang niet was voorzien in een adequate financiële compensatie.

De gevolgen hiervan voor de wetgever zijn potentieel verstrekkend. Het lijkt te betekenen dat de wetgever steeds door middel van wettelijke hardheidsclausules recht moet doen aan de bijzonderheden van het individuele geval. Dat is een onmogelijke opgave zonder dat de rechtszekerheid die een wettelijke regeling nu juist beoogt te bieden, wordt aangetast. Een en ander klemt te meer nu regering en parlement tijdens de totstandkoming van de Wet herstructurering varkenshouderij uitdrukkelijk hebben stilgestaan bij de vraag of voorzien zou moeten worden in een schadevergoedingsregeling voor de getroffen varkenshouders en deze vraag

¹³⁵ E.M.H. Hirsch Ballin, Een levende Grondwet, Regelmaat 2005, p. 161 e.v.

¹³⁶ HR 16 november 2001, NJ 2002, 469 r.o. 6.2.2.

weloverwogen ontkennend hebben beantwoord¹³⁷. Door hieraan voorbij te gaan en de wetgever te dwingen tot verdere verfijning rijst de vraag wat er per saldo nog overblijft van de 'wide margin of appreciation' die de Hoge Raad de wetgever zegt te willen bieden¹³⁸.

Uit het voorgaande blijkt al dat de mate waarin de wetgever weloverwogen tot een beslissing is gekomen, een relevante factor is. Heeft de wetgever zijn keuzes goed gemotiveerd en bij die keuzes uitdrukkelijk en weloverwogen aangegeven op welke wijze hij de uit verdragsrecht of Grondwet voortvloeiende criteria interpreteert, dan is er reden voor de rechter om zich terughoudend op te stellen¹³⁹. De toetsing moet dan marginaal blijven. Is de wetgever echter slordig geweest, heeft hij zaken over het hoofd gezien of bepaalde aspecten in ogenschouw genomen maar bewust geen standpunt ingenomen¹⁴⁰, dan is er aanleiding voor een intensievere toetsing. De wetgever kan immers alleen aanspraak maken op grotere rechterlijke terughoudendheid als hij zijn huiswerk goed heeft gedaan en zich op een toereikende wijze van zijn motiveringsplicht heeft gekweten.

Dat deze factor voor de rechterlijke opstelling van belang kan zijn, is gebleken in het Harmonisatiewetarrest. In cassatie was betoogd dat de in de zogeheten Doorbraakarrest¹⁴¹ aanvaarde lijn dat strikte toepassing van de wet onder omstandigheden zozeer in strijd kan komen met fundamentele rechtsbeginselen dat zij achterwege moet blijven, ook in het geval van de Harmonisatiewet moest worden gevolgd. De Hoge Raad wees dit betoog af¹⁴².

'Dit betoog miskent het wezenlijke verschil tussen enerzijds: het in bepaalde (groepen van) gevallen buiten toepassing laten van een wetsbepaling op de grond dat toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden (in de regel: de wijze waarop de overheid is opgetreden) in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel, en anderzijds: het wegens zulk een strijd buiten toepassing laten van een wetsbepaling op grond van omstandigheden welke bij haar totstandkoming in de afweging zijn betrokken, dus in gevallen waarvoor zij nu juist is geschreven. Het eerste raakt niet aan de verbindende kracht van de betrokken bepaling en staat de rechter ingevolge voormelde jurisprudentie vrij; het tweede ontnemt echter aan die bepaling haar verbindende kracht en is de rechter ingevolge artikel 120 Grondwet verboden'.

¹³⁷ Zie de conclusie plv. Procureur-Generaal, punt 7.9.4.2-7.9.6, bij HR 16 november 2001, NJ 2002, 469.

¹³⁸ Over deze problematiek in het licht van het EVRM: T. Loenen, Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid. Over verfijning van regelgeving, vage of open normen, en concrete toetsing van grondrechten, RM Themis 1996, p. 123 e.v.

¹³⁹ Vergelijk R.J.B. Schutgens, a.w., p. 21 e.v.

¹⁴⁰ Zoals in de eerder behandelde Mosquito-zaak.

¹⁴¹ HR 12 april 1978, NJ 199, 533. Zie ook HR 15 juli 1988, RvdW 1988, 133.

¹⁴² HR 14 april 1989, AA 1989, p. 578 e.v., m.n. E.M.H. Hirsch Ballin. Zie r.o. 3.9.

In het geval van de Harmonisatiewet deed zich het tweede geval voor:

‘Bij de totstandbrenging van de gewraakte bepalingen van de Harmonisatiewet zijn immers de verwachtingen welke bij de daardoor getroffen studenten waren gewekt door de voorheen geldende regelingen, in de afwegingen betrokken’.

De crux van het verschil tussen de situaties zoals door de Hoge Raad aangeduid, zit hem derhalve in het al dan niet verdisconteren van de relevante omstandigheden tijdens het wetgevingsproces. Bij het Doorbraakarrest ging het om met de belastingwetgeving strijdige instructies van de belastingdienst waaraan de belastingplichtige, naar de rechter vaststelde, gerechtvaardigde verwachtingen kon ontlenu. Cruciaal is dat het ging om bewuste afwijkingen door het bestuur die het hoofd beoogden te bieden aan gevolgen waar de wetgever niet aan gedacht heeft en waarschijnlijk, gegeven de doelstelling van de wet, ook niet door de wetgever zijn gewild. Indien in dat concreet geval de wet buiten toepassing blijft wordt naar het klaarblijkelijke oordeel van de Hoge Raad de wet *als zodanig* niet aangetast. Men zou zelfs kunnen betogen dat het bestuur door in bovengenoemde gevallen van de wet af te wijken juist meer recht doet aan het belang dat de wet beoogt te dienen.

Anders is de Harmonisatiewetcasus. In dat geval had de wetgever het door de studenten bestreden gevolg van die wet wel onder ogen gezien en met zoveel woorden in de belangenafweging betrokken. Onder die omstandigheden acht de Hoge Raad zich niet in de positie om het resultaat van die bewust door de wetgever gemaakte afweging, hoewel de Raad uitdrukkelijk overweegt dat deze in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel¹⁴³, als onrechtmatig terzijde te schuiven. Hirsch Ballin plaatst vraagtekens bij het onderscheid tussen de Doorbraakjurisprudentie en het Harmonisatiewetarrest. Is het redelijk, zo vraagt hij zich af, om ‘onvolledige belangenafwegingen door de wetgever ter zijde te schuiven, terwijl onrechtmatige belangenafwegingen onschendbaarheid genieten¹⁴⁴?

De kritiek van Hirsch Ballin snijdt op zichzelf gezien hout. Het onderscheid lijkt in deze specifieke situatie inderdaad moeilijk te rechtvaardigen. Los van de casus van de Harmonisatiewet¹⁴⁵ acht ik het echter wel juist dat de rechter rekening houdt met de mate waarin de wetgever een bewuste afweging heeft gemaakt en de wetgever duidelijk heeft aangegeven hoe hij de toepasselijke constitutionele norm interpreteert. Indien dat laatste zich voordoet dient de rechter zich in beginsel aan dat oordeel te conformeren. Dat is – zoals ik hiervoor al aangaf – alleen anders indien de rechter oordeelt dat er sprake is van evidente strijd met de toepasselijke norm, omdat de wetgever *in redelijkheid* niet tot het betreffende voorschrift is *kunnen* komen.

¹⁴³ R.o. 3.1.

¹⁴⁴ AA 1989, p. 590.

¹⁴⁵ Hiervoor heb ik aangegeven dat de rechter wetten alleen onverbindend zou mogen verklaren wegens strijd met een algemeen rechtsbeginsel voor zover dat beginsel specifiek in de Grondwet is vastgelegd. Ik ben het derhalve eens met de beslissing van de Hoge Raad in dit arrest om toetsing van wetten aan ongeschreven algemene rechtsbeginselen af te wijzen.

Indien de rechter oordeelt dat een wet in strijd is met een toepasselijke constitutionele norm, is niet gezegd dat hij altijd zelf die strijdigheid opheft. Als er in een dergelijk geval verschillende mogelijkheden zijn en daarbij een politieke keuze gemaakt moet worden, dient de rechter de beslissing daaromtrent in beginsel aan de wetgever over te laten.

Een subtiel voorbeeld van rechterlijke terughoudendheid in deze zin is het Arbeidskostenforfaitarrest¹⁴⁶. Aan de orde was de rechtsgeldigheid van de in 1992 ingevoerde verhoging van het arbeidskostenforfait in de Wet Inkomstenbelasting. De stelling van belanghebbende was dat die verhoging voor belastingplichtigen die – omdat hun werkelijke kosten hoger waren dan de forfaitair bepaalde kosten – daarvan geen profijt hadden gehad, in strijd was met het internationale vastgelegde discriminatieverbod. De Hoge Raad oordeelde dat dit inderdaad het geval was, maar moest vervolgens constateren dat het buiten toepassing laten van de desbetreffende regeling voor de betrokkene geen soelaas bood. De Hoge Raad meende dat het wegnemen van de door de wettelijke regeling veroorzaakte lacune vooralsnog aan de wetgever moest worden overlaten.

Het voorgaande betreft een bekend dilemma dat reeds in eerdere arresten van de Hoge Raad met zoveel woorden aan de orde was gesteld¹⁴⁷. Nieuw was echter dat de Hoge Raad deze omstrede lijn uitvoeriger heeft gemotiveerd. Allereerst als het gaat om de weergave van de argumenten voor en tegen van een dergelijke benadering:

‘In zodanige situaties dienen, met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, twee belangen tegen elkaar afgewogen te worden. Voor het zelf in het rechtstekort voorzien pleit dat de rechter daardoor aan de belanghebbende direct een effectieve bescherming kan bieden, maar ertegen pleit dat in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk een ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past.’

Vervolgens maakt de Hoge Raad duidelijk dat zijn opstelling afhankelijk is van de situatie. Indien de oplossing zich gemakkelijk laat afleiden uit het wettelijke stelsel, kan de Hoge Raad daarin zelf voorzien:

‘Deze afweging zal in het algemeen ertoe leiden dat de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden.’

¹⁴⁶ HR 12 mei 1999, AA 1999 afl. 9, p. 668 e.v. m.n. J.W. Zwemmer. Hierover uitgebreid S.K. Martens, a.w., p. 747 e.v.

¹⁴⁷ Voor het eerst in HR 12 oktober 1984, NJ 1985, 230 (Optierecht Nederlanderschap). Zie hiervoor par. 4.1.

Zijn er evenwel politieke keuzes in het geding dan treedt de rechter in beginsel terug:

‘In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de in 3.14 bedoelde staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied.’

Indien de wetgever echter ondanks strijd met grondrechten blijft stilzitten, kan de rechter alsnog ingrijpen:

‘Niet uitgesloten is echter dat de afweging anders moet uitvallen ingeval de wetgever ermee bekend is dat een bepaalde wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling in de zin van voormelde verdragsbepalingen leidt, maar nalaat zelf een regeling te treffen die de discriminatie opheft¹⁴⁸.

Zoals gezegd was de Hoge Raad in casu van oordeel dat de opheffing van de ongelijke behandeling vooralsnog aan de wetgever moet worden overgelaten, maar maande deze wel aan tot haast:

‘De Hoge Raad gaat er van uit dat de regering met de nodige spoed een wetsontwerp zal indienen dat recht doet aan de op de Nederlandse Staat rustende verdragsverplichtingen op dit punt’.

Het arrest¹⁴⁹ is een mooi voorbeeld van hoe rechter en wetgever zouden kunnen komen tot een effectief samenspel waarbij zowel het domein van de rechter als dat van de wetgever wordt gerespecteerd.

¹⁴⁸ Deze laatste zinsnede was in andere bewoordingen ook reeds terug te vinden in HR 31 januari 1990, RvdW 1990, 61.

¹⁴⁹ Hier ligt tot op zekere hoogte een parallel met de Britse Human Rights Act op grond waarvan de rechter een wet in strijd kan verklaren met het EVRM (‘declaration of incompatibility’) maar niet bevoegd is om de wet buiten toepassing te laten. Doet een dergelijk geval zich voor dan moet de wetgever de geconstateerde strijd opheffen. Hierover uitgebreider L.F.M. Verhey, a.w. (2008), p. 193 e.v. Zie voorts J.H. Gerards, a.w., p. 189 e.v.

5. Slot

In dit preadvies zijn verschillende aspecten van het thema ‘wetgever en constitutie’ aan de orde gekomen. De betekenis van de internationalisering van de constitutie, de relatief beperkte rol van de Grondwet, de bijdragen van de verschillende actoren in het wetgevingsproces en ten slotte de wisselwerking tussen wetgever en rechter kwamen aan bod. Uiteraard was een uitputtende behandeling in het bestek van dit preadvies niet mogelijk en ook niet gewenst. Wel heb ik geprobeerd deze thema’s op hoofdlijnen en in hun onderlinge samenhang te analyseren en op onderdelen voorstellen te doen teneinde de constitutionele toetsing door de wetgever te verbeteren. Deze voorstellen waren er in het bijzonder op gericht om het belang van onze Grondwet voor de wetgevings- en rechtspraak te doen toenemen.

Ik keer terug naar de vraag die ik stelde aan het begin van het preadvies: maken wij van een mug een olifant? Laat de kwaliteit van de constitutionele toetsing in het wetgevingsproces zodanig te wensen over dat wij aanpassingen van ons bestel moeten overwegen? In het voorgaande bleek al dat die vraag moeilijk te beantwoorden is. Deugdelijk empirisch onderzoek ontbreekt. Daar komt bij dat onzeker is dat voorstellen tot verbetering zoals hiervoor gedaan, daadwerkelijk zullen bijdragen aan een betere toetsing. De Mosquito-casus illustreert dat. Ondanks het feit dat in die casus het EVRM in het geding is en de rechter derhalve reeds op dit moment de wetgever op de vingers zou kunnen tikken, vond er door regering en Tweede Kamer een uiterst gebrekkige toetsing plaats. Dergelijke gevallen zullen zich blijven voordoen. Het is bovendien zo dat de kwaliteit van de toetsing in het wetgevingsproces niet alleen of misschien zelfs niet primair afhangt van juridische factoren. Het belang van nieuwe richtlijnen of regels moet – zelf als het gaat om grondwetswijziging – niet worden overschat.

Misschien is het zelfs zo dat de ontwikkeling van overheid en samenleving in een internationaliserende context zo verstrekkend is dat oplossingen gezocht dienen te worden buiten de geldende kaders. Donner wijst in verband met het verzelfstandigd markttoezicht op de geleidelijke ineenschuiving van wetgeving, bestuur en rechtspraak en waarschuwt voor ‘een naarstig pogen om de feiten in het keurslijf van de bestaande grondwettelijke orthodoxie van scheiding van machten, democratische controle en rechterlijke toetsing te dwingen’. Het gaat niet slechts om een kwestie van verschuiving van bevoegdheden:

‘Nodig is een andere conceptie op het functioneren van het overheidsbestuur en de wijze waarop gecontroleerd en getoetst kan en moet worden. Dat is niet eenvoudig een kwestie van aanpassing van de Grondwet, het vergt een andere indeling en ordening van overheidsmacht¹⁵⁰.

¹⁵⁰ J.P.H. Donner, Grondwet en constitutie in de toekomst, in: M.C. Burkens e.a. (red.), Gegeven de Grondwet, Kluwer Deventer 1998, p. 8 e.v., m.n. p. 19.

In welke richting we het dan moeten zoeken blijft vervolgens in het midden. Dat laat echter onverlet dat de hedendaagse politieke, economische en maatschappelijke ontwikkelingen in een internationaliserende context ingrijpend zijn. Zoals uit het voorgaande bleek leidt dit ook tot een veranderende constitutie en tot een veranderende positie van nationale wetgever en rechter.

Tegen deze bredere achtergrond is het van belang dat wij blijven nadenken over de kwaliteit van de constitutionele toetsing en over manieren om die te verbeteren. Deze is wezenlijk voor de toekomst van onze democratische rechtsstaat. Er is met het oog daarop geen reden om zelfgenoegzaam achterover te leunen. Ook dat illustreert de Mosquito-casus. Gegeven de feitelijke gang van zaken in het wetgevingsproces is de kwaliteit van de constitutionele toetsing niet in alle gevallen gewaarborgd. Dit noopt tot een nadere bezinning over mogelijke aanpassingen.

Ten slotte vat ik een aantal van mijn bevindingen samen in een beperkt aantal stellingen:

1. De constitutionele toetsing door de wetgever kan worden versterkt indien het rechterlijk toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet gedeeltelijk wordt opgeheven. Daartoe dient het initiatief voorstel Halsema kracht van wet te krijgen.
2. De Grondwet dient, mede met het oog de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, te worden aangevuld met een aantal materiële eisen waaraan beperkingen van grondwettelijke grondrechten dienen te voldoen.
3. De vraag of een grondrechtsbeperkende wet noodzakelijk is in een democratische samenleving in de zin van het EVRM is primair een politieke vraag en dient daarom eerst en vooral door de wetgever te worden beantwoord.
4. Het is onjuist als regering en parlement – zoals in de Mosquito-casus – zich onthouden van een oordeel inzake de grondwets- en verdragsconformiteit van een wetsvoorstel of andere overheidsmaatregel. Het betreft hier een onaanvaardbare vorm van rechtsweigering door de wetgever¹⁵¹.

¹⁵¹ Zie in dezelfde zin het preadvies van Kuijter.

De betekenis van het Europees verdrag voor de rechten van de mens voor de nationale wetgever

Prof. mr. M. Kuijer¹

In dit preadvies zal aandacht worden besteed aan de betekenis van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: 'EVRM') voor de Nederlandse wetgever. In de eerste paragraaf van dit preadvies zullen enkele inleidende opmerkingen worden gemaakt over het EVRM en de receptie van het verdrag in de Nederlandse rechtsorde. Daarbij zal een korte schets worden gegeven van de ontstaansgeschiedenis van het EVRM, de inhoud van het verdrag en het Straatsburgse toezichtmechanisme. Tevens zal aandacht worden besteed aan de receptie van het verdrag in de Nederlandse rechtsorde en de meerwaarde van een regionaal mensenrechtenverdrag in aanvulling op de constitutionele kaders die zijn neergelegd in de Grondwet. Ten slotte zal worden stilgestaan bij de betekenis van het EVRM in het wetgevingsproces in Nederland in algemene (en meer procedurele) zin, waarbij enkele suggesties worden gedaan teneinde de implementatie van het EVRM-acquis in het nationale wetgevingsproces te versterken. In de tweede paragraaf van dit preadvies wordt aandacht besteed aan de kwaliteitseisen die de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: 'EHRM') stelt aan nationale wetgeving. Gezien de omvang van dit preadvies kan hierbij slechts aandacht worden geschonken aan enkele in het oog springende en meer algemene valkuilen voor een wetgever. In de derde paragraaf zal aandacht worden geschonken aan de rol van de wetgever zodra mensenrechtelijke conformiteit van wetgeving in twijfel wordt getrokken. In de vierde paragraaf worden enkele afsluitende opmerkingen gemaakt.

¹ Martin Kuijer is raadadviseur mensenrechten op het Ministerie van Justitie, bijzonder hoogleraar mensenrechten aan de Vrije Universiteit Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Arnhem. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven. Een woord van dank aan Erwin Arkenbout, Tessa Dopheide en Joyce Dreessen voor commentaar op een eerdere versie.

1. Inleidende opmerkingen over het EVRM

1.1 Ontstaansgeschiedenis²

Op 4 november 1950 werd het EVRM officieel ondertekend in het *Palazzo Barberini* te Rome door dertien regeringsvertegenwoordigers van “European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law”. Het EVRM kwam tot stand in de Raad van Europa. Deze intergouvernementele organisatie werd op 5 mei 1949 opgericht in London door tien landen: België, Denemarken, Frankrijk, Ierland, Italië, Luxemburg, Nederland, Noorwegen, het Verenigd Koninkrijk en Zweden. Initiatieven voor een nauwere samenwerking tussen Europese landen bestonden reeds voor de Tweede Wereldoorlog, maar werden pas serieus bekeken na de oorlog. Tijdens de oorlog hadden vrijheidsbewegingen en regeringen in ballingschap nauw samengewerkt in hun strijd tegen het Nazi regime. Dit leidde tot het besef dat een Europees samenwerkingsverband wenselijk was.³ De verschrikkingen van het Derde Rijk mochten nooit meer plaatsvinden op het Europese continent. De vaak gewelddadige geschiedenis tussen de Europese landen moest voorgoed tot het verleden behoren. Om dit te bewerkstelligen waren twee pijlers essentieel. De eerste pijler steunde op economische samenwerking. Zo kwam in 1951 de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal tot stand, een samenwerkingsverband voor de meest belangrijke industrietakken in Europa, teneinde economische stabiliteit in de regio te garanderen. Eén van de voorlopers van de huidige Europese Unie. In de tweede plaats moesten de mechanismen worden versterkt teneinde naleving van de beginselen van democratie, rechtsstaat en mensenrechten te verzekeren. Stabiliteit in de regio zou slechts op lange termijn gewaarborgd kunnen worden indien mensenrechten werden gerespecteerd. Hierbij zou de Raad van Europa een centrale rol gaan vervullen. In dit verband is het geen toeval dat Straatsburg, een grensplaats tussen de twee Europese grootmachten Frankrijk en Duitsland, werd gekozen als zetel voor de Raad van Europa en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het was een symbool van de wens van de traditionele rivalen om te kiezen voor samenwerking teneinde grove schendingen van de meest fundamentele mensenrechten te voorkomen in de toekomst.

Tijdens de *Hague Conference* in 1948 werden voorstellen voor een Europese organisatie gemaakt en in 1949 werd een bijeenkomst samengeroepen op initiatief

² Zie bijvoorbeeld R.A. Lawson, “50 jaar EVRM in vogelvlucht”, in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 Jaar EVRM*, Leiden: NJCM-Boekerij, 2000, pp. 3-18 en P.H. Teitgen, “Introduction to the European Convention on Human Rights”, in: R.St.J. Macdonald e.a. (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993, p. 11.

³ R.A. Lawson & H.G. Schermers, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1999, p. xv.

van Sir Winston Churchill om oprichting van de Raad van Europa te bespreken. Bij de oprichting van de Raad van Europa stond strijd tegen een mogelijke heropleving van het fascisme en de mogelijke uitbreidende invloed van het communisme centraal. Dit kan men ook terugvinden in de preambule van het Statuut van de Raad van Europa, waarin de lidstaten bevestigen “their devotion to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true sources of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy”. Volgens artikel 3 van het Statuut moet elke lidstaat van de Raad van Europa “de beginselen van de heerschappij van het recht, alsmede het beginsel, krachtens hetwelk een ieder, die onder zijn rechtsmacht is gesteld, de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden behoort te kunnen genieten” aanvaarden. Elke Europese staat die in staat en bereid is om aan deze standaarden te voldoen kan lid worden van de Raad van Europa. Daar staat tegenover dat een lidstaat van de Raad van Europa die niet langer aan deze standaarden voldoet kan worden geschorst of zelfs uit de organisatie kan worden gezet (artikel 8 van het Statuut). Deze situatie is slechts één keer voorgekomen. In 1969 heeft Griekenland zich uit de organisatie teruggetrokken toen men op het punt stond uit de organisatie te worden gezet omwille van de mensenrechtenschendingen begaan door het militaire bewind.

Eén van de wijzen waarop de Raad van Europa zijn doelstellingen wenste te bereiken was volgens het Statuut “the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms”. En zo werden onderhandelingen opgestart binnen het kader van de Raad van Europa om een mensenrechtenverdrag tot stand te brengen. Daarbij was men zich uiteraard bewust van de gelijktijdige inspanningen in het kader van de Verenigde Naties. Op 10 december 1948 was de Universele Verklaring tot stand gebracht door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties. Het was een belangwekkend document, maar een niet juridisch bindend document. De Europese landen, die het meest rechtstreeks waren geconfronteerd met de wreedheden van het Nazi regiem, wilden een stap verder gaan. Zij wilden een juridisch bindend document tot stand brengen. Die wens leefde ook binnen de VN, maar het bleek uitzonderlijk lastig te zijn om op een politiek gevoelig terrein als mensenrechten op mondiaal niveau overeenstemming te bereiken. Uiteindelijk kwamen de twee VN-mensenrechtenverdragen (het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten) pas in 1966 tot stand. Bij de Europese landen leefde de wens om met meer voortvarendheid een document tot stand te brengen. In 1949 stelde de *European Movement* (een samenwerkingsverband van diverse non-gouvernementele organisaties) een conceptverdrag op. Deze tekst werd besproken in de Raad van Europa. Het werk vlotte snel en op 4 november 1950 kon het EVRM worden aanvaard: een juridisch bindend document met een autonoom toezicht-mechanisme. Het EVRM trad op 3 september 1953 in werking. Voor Nederland is het EVRM goedgekeurd bij wet van 28 juli 1954; sinds 31 augustus 1954 is

Nederland gebonden aan het EVRM. Het EVRM heeft gelding in alle delen van het Koninkrijk der Nederlanden.

In de jaren '50 traden twee grote landen in Europa toe: Duitsland en Turkije. In de decennia daarna traden andere West-Europese landen toe tot het systeem, zoals Spanje, Portugal en Griekenland. Met de val van de Berlijnse muur in de jaren '90 werd het stelsel toegankelijk voor landen uit Oost- en Midden Europa. Binnen enkele jaren verdubbelde het aantal lidstaten, hetgeen grote consequenties had voor de werklust van het Hof. Het Verdrag is thans van toepassing op meer dan 800 miljoen justitiabelen. Het Verdrag kent 47 Hoge Verdragsluitende Partijen. Het is in 18 tijdzones van toepassing. En momenteel liggen grofweg 100.000 zaaksdossiers bij het Straatsburgse Hof te wachten op een beslissing.

1.2 Meerwaarde van een regionaal toezichtmechanisme

Uiteraard moeten mensenrechten primair op nationaal niveau bescherming vinden. Soevereiniteit van staten dicteert dat interne aangelegenheden, zoals de inrichting van de rechtspraak, van het penitentiaire stelsel, van het onderwijs, van de sociale voorzieningen, et cetera, primair een aangelegenheid zijn van de nationale autoriteiten. Nationale autoriteiten zijn ook veel beter gepositioneerd en geëquipeerd om die primaire bescherming te bieden, niet alleen omdat zij kunnen inspelen op de (juridische) cultuur van de eigen samenleving, maar ook omdat zij het eerste aanspreekpunt vormen voor de betrokken burgers. Het is ook organisatorisch ondoenlijk om deze eerste linie bescherming van mensenrechten over te laten aan een internationaal orgaan. Maar *naast* deze bescherming op nationaal niveau dient mijns inziens toezicht op naleving van mensenrechten op supranationaal niveau te zijn verzekerd. Dit wordt ingegeven door grofweg twee redenen. In de eerste plaats de noodzaak om een forum te hebben op internationaal niveau om mensenrechtelijke vraagstukken te bespreken en elkaar aan te spreken op mensenrechtelijke vraagstukken. Lange tijd werden mensenrechtelijke vraagstukken gezien als een zuiver interne – en bovendien politiek gevoelige – aangelegenheid van iedere afzonderlijke staat. Dat betekende dat geen geschikt forum voor staten bestond om elkaar aan te spreken in geval van verontrustende ontwikkelingen op mensenrechtelijk gebied. Er was met andere woorden geen internationaal vangnet voorhanden. De internationale gemeenschap heeft erkend dat dit gemis gerepareerd moest worden. In verscheidene gremia van de Verenigde Naties kan tegenwoordig een discussie over mensenrechtelijke vraagstukken plaatsvinden. Men kan hierbij denken aan de Universal Periodic Review en de verdragscomités die zijn ingesteld op basis van de 'core human rights treaties'. De tweede reden heeft betrekking op de spiegel die een internationaal orgaan een nationale samenleving kan voorhouden als het gaat om mensenrechtelijke vraagstukken. Laat me een voorbeeld geven. In Nederland vonden we het lange tijd heel normaal dat een burgemeester van een stad een persoon kon doen opnemen in een psychiatrische inrichting. Dit was het systeem

zoals wij het kenden en we vonden het de normaalste zaak van de wereld. Totdat een internationaal orgaan (in dit geval het Europees Hof voor de Rechten van de Mens) met meer distantie keek naar de Nederlandse praktijk en ons er op wees dat het toch eigenlijk heel vreemd was dat opname van psychiatrische patiënten niet werd gelast door een onafhankelijke rechter na het inwinnen van medisch advies.⁴ Tegenwoordig is dat verankerd in onze juridische cultuur en komt het ons vreemd voor dat we ooit een systeem hebben gehanteerd waarin voor een dergelijke zware ingreep in de persoonlijke levenssfeer niet een centrale rol voor de rechter is weggelegd. Het is goed om een kritische spiegel te hebben die met meer distantie naar de nationale stand van zaken kijkt. Een regionaal systeem dient niet te worden beschouwd als een inmenging op het nationale rechtssysteem, maar als een aanvulling op het nationale rechtssysteem.

1.3 Inhoud van het verdrag

Het EVRM bevat in het algemeen burgerlijke en politieke rechten voor individuen, groepen van individuen en rechtspersonen (maar niet voor een minderheid als entiteit). Deze rechten en vrijheden zijn ten dele opgenomen in het oorspronkelijke verdrag uit 1950, en ten dele in later tot stand gekomen aanvullende protocollen.

De Eerste Titel van het EVRM bevat de volgende rechten en vrijheden:

- artikel 2: recht op leven (het 13e Protocol verbiedt de veroordeling tot en de tenuitvoerlegging van de doodstraf);
- artikel 3: verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing;
- artikel 4: verbod van slavernij en dwangarbeid;
- artikel 5: recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid;
- artikel 6: recht op een eerlijk proces;
- artikel 7: verbod van terugwerkende kracht van strafbepalingen;
- artikel 8: recht op eerbiediging van privéleven, familieleven, woning en correspondentie;
- artikel 9: vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst;
- artikel 10: vrijheid van meningsuiting;
- artikel 11: vrijheid van vereniging en vergadering;
- artikel 12: recht om te huwen en een gezin te stichten;
- artikel 13: recht op een effectief nationaal rechtsmiddel bij (vermeende) schending van één van de rechten uit het EVRM en de protocollen;
- artikel 14: verbod van discriminatie bij de uitoefening van rechten uit het EVRM en de protocollen (dit artikel heeft een zogenaamd accessoir karakter hetgeen inhoudt dat slechts geklaagd kan worden over discriminatie bij "het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld"; de door het EVRM geboden rechtsbescherming is op dit punt versterkt door de inwerkingtreding van het 12^e Protocol waarin een 'autonoom' discriminatieverbod is neergelegd).

⁴ Zie uitvoeriger: M. Kuijer, "Artikel 5 EVRM en de (procedurele) bescherming van de psychiatrische patiënt", in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekery, 2000, pp. 61-83.

Het Eerste Protocol bevat de volgende rechten⁵:

- artikel 1: bescherming van eigendom;
- artikel 2: recht op onderwijs en vrijheid van onderwijs;
- artikel 3: recht op vrije en geheime verkiezingen.

Het Vierde Protocol bevat de volgende rechten en vrijheden⁶:

- artikel 1: verbod van vrijheidsbeneming wegens schulden;
- artikel 2: bewegingsvrijheid;
- artikel 3: verbod van uitzetting van onderdanen;
- artikel 4: verbod van collectieve uitzetting van vreemdelingen.

In het Zevende Protocol is ondermeer het recht op hoger beroep in strafzaken neergelegd, maar dit Protocol heeft Nederland (nog) niet geratificeerd.⁷

1.4 Toezichtmechanisme

Het oorspronkelijke toezichtmechanisme, zoals dat was neergelegd in het Verdrag van 1950 zelf, voorzag in een interstatelijk klachtrecht bij een Europese Commissie voor de Rechten van de Mens.⁸ Over twee wezenlijke elementen konden de verdragsluitende partijen geen overeenstemming bereiken: (a) het individueel klachtrecht, en (b) de verplichte rechtsmacht van een Hof dat op basis van een openbare en judiciële procedure recht zou spreken. Om die reden werden beide elementen neergelegd in facultatieve clausules. Het was optioneel voor staten om het individueel klachtrecht en/of de verplichte rechtsmacht van het Hof te aanvaarden. Ook in Nederland bestond oorspronkelijk de nodige argwaan tegen een individueel klachtrecht. Eén van de belangrijkste ontwikkelingen in de eerste 20 jaar van het EVRM is geweest dat een overweldigende meerderheid van verdragspartijen beide optionele clausules hebben aanvaard.⁹ Sinds 1990 was het bovendien verplicht voor een *nieuw* toetredend land om direct beide clausules te aanvaarden.

⁵ Niet alle Protocollen bij het EVRM bevatten aanvullende materiële bepalingen; sommige Protocollen hebben betrekking op hervorming van het Straatsburgse toezichtmechanisme.

⁶ Bij de ratificatie van dit Protocol heeft Nederland een verklaring afgelegd met de strekking dat Nederland en de Nederlandse Antillen in het kader van artikelen 2 en 3 van het Protocol beschouwd moeten worden als afzonderlijke gebieden. Verder is een voorbehoud gemaakt ten aanzien van artikel 3: in de wetgeving mag een onderscheid worden gemaakt tussen Nederlandse onderdanen die in Nederland woonachtig zijn en Nederlandse onderdanen wonend op de Nederlandse Antillen.

⁷ Zie hierover de brief aan de Tweede Kamer van 12 oktober 2004, *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 800 VI, nr. 9.

⁸ H.G. Schermers (red.), *The Influence of the European Commission of Human Rights* (Mordenate College Publications No. 1), Den Haag: T.M.C. Asser Instituut, 1992, pp. 3-29.

⁹ H.G. Schermers, "European Court of Human Rights", in: Weber (red.), *Fundamental Rights in Europe and North America*, Den Haag: Kluwer Law International, 2001, p. ECHR-8.

Op 1 november 1998 trad het 11^e Protocol in werking en werd het toezichtmechanisme drastisch hervormd.¹⁰ Centraal stond de vervanging van de Commissie en het part-time Hof door één nieuw orgaan, het nieuwe Hof dat voltijds zitting zou hebben. Binnen het Hof werd de mogelijkheid van een soort intern appel geschapen (re-hearing) voor uitzonderlijke gevallen. Binnen het Hof zouden drie gremia bestaan: een comité van drie rechters om unaniem zaken niet-ontvankelijk / kennelijk ongegrond te verklaren, Kamers van 7 rechters, en een Grote Kamer van 17 rechters voor uitzonderlijke zaken.¹¹

De tragiek van het 11e Protocol was dat insiders bij de inwerkingtreding van het Protocol al wisten dat het onvoldoende zou gaan zijn.¹² In paragraaf 1.1 werd reeds geschetst hoe in de jaren '90 een groot aantal landen uit Midden en Oost Europa aansluiting bij de Raad van Europa zocht. In 2001 stelde het Comité van Ministers van de Raad van Europa een werkgroep in om mogelijke oplossingen te onderzoeken.¹³ De bevindingen van deze werkgroep legden de basis voor een nieuw protocol, het 14e Protocol dat onder Nederlands voorzitterschap van de Raad van Europa in mei 2003 werd aangenomen.¹⁴ Dit Protocol is tot dusverre echter niet in werking getreden: alle 47 lidstaten hebben het 14^e protocol ondertekend, doch slechts 46 lidstaten zijn ook overgegaan tot ratificatie. De Doema van de Russische Federatie blokkeert inwerkingtreding van het 14^e Protocol. De drie essentiële maatregelen die in dit 14e Protocol worden voorgesteld zijn¹⁵:

- de introductie van een alleenzittende rechter die zaken niet-ontvankelijk kan verklaren (de nieuwe artikelen 26 en 27 van het EVRM)¹⁶; thans geschiedt dit door een comité van drie rechters;
- het bestaande comité van drie rechters krijgt de bevoegdheid om kennelijk *gegronde* klachten af te doen (een nieuwe artikel 28, eerste lid, onderdeel b, van het EVRM);

¹⁰ Zie ondermeer: A. Drzemczewski, "A major overhaul of the European human rights convention control mechanism: Protocol No. 11", in: *Collected Courses of the Academy of European Law VI/2* (1995), pp. 121-210; Y.S. Klerk, *Het ECRM-toezichtmechanisme* (diss. Maastricht, 1995), Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1995, pp. 515-604; R.A. Lawson, "Een nieuw Europees Hof voor de Rechten van de Mens", in: *NJB* 1998, pp. 1903-1907; H.G. Schermers, *Een nieuw Europees Hof voor de Rechten van de Mens* (oratie Leiden, 1993); en K. de Vey Mestdagh, "Protocol Nr. 11 bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens", in: *NJCM-Bulletin* 1994, pp. 679-680. Zie tevens het nummer van het *NJCM-Bulletin* gewijd aan het 11^e Protocol (22/7 uit 1997).

¹¹ Zie meer uitgebreid over de huidige procedure voor het EHRM: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten*, Ars Aequi Libri: Nijmegen, 2008 (tweede druk).

¹² H.G. Schermers, 'Adaptation of the Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights', *ELR* 1995, p. 559.

¹³ De zogenaamde 'Evaluation Group' die op 27 september 2001 het Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights aanbood.

¹⁴ Zie meer uitgebreid: H. Janssen, "Protocol 14 bij het EVRM", in: *NJCM-Bulletin* 2006, pp. 123-133.

¹⁵ Zie uitgebreider M. Kuijer, "'Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: luctor et emergo?"; in: *Ars Aequi* 2008, pp. 424-434.

¹⁶ Dit betekent ook dat een *unus iudex* zaken die kennelijk ongegrond zijn kan afdoen. Voor de beeldvorming: dat zijn ongeveer 93 à 94% van alle zaken in Straatsburg.

- het invoeren van een nieuw ontvankelijkheidscriterium dat met zich brengt dat zaken van klagers die niet een 'significant disadvantage' hebben geleden, niet ontvankelijk worden verklaard, tenzij de eerbied voor de EVRM-rechten zich daartegen verzet.

1.5 De status van het EVRM-acquis in de Nederlandse rechtsorde

Op basis van artikel 93 van de Grondwet hebben verdragsbepalingen, die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden, verbindende kracht in de nationale rechtsorde. Op basis van artikel 94 van de Grondwet vinden binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing, indien deze niet verenigbaar zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Op basis van beide Grondwetsbepalingen komt aan EVRM-bepalingen absolute voorrang toe. Belangrijker is de vraag wat de status in de Nederlandse rechtsorde is van uitspraken van het Straatsburgse Hof. Door deze uitspraken wordt de nogal basale EVRM-tekst geïnterpreteerd en verder uitgewerkt. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen uitspraken van het Hof in zaken tegen Nederland en uitspraken van het Hof in zaken tegen derde landen.

Wat betreft de eerste categorie (de 'Nederlandse zaken') bepaalt artikel 46, eerste lid, EVRM dat alle verdragsstaten verplicht zijn zich te houden aan einduitspraken¹⁷ van het EHRM in zaken waarbij zij partij zijn. Deze verplichting houdt in om de klager zoveel als mogelijk een *restitutio in integrum* (herstel van de oude situatie) te geven en om maatregelen te treffen teneinde vergelijkbare schendingen in de toekomst te voorkomen. Hoe een staat dit laatste bewerkstelligt is in beginsel aan de staat zelf.¹⁸ Uitspraken van het Hof zijn immers declaratoir van aard. Het Hof heeft niet de bevoegdheid om rechterlijke uitspraken te vernietigen of wettelijke maatregelen buiten toepassing te verklaren. Wel is recentelijk een trend waarneembaar¹⁹ dat het Hof niet-bindende aanbevelingen doet over de te nemen herstelmaatregelen.²⁰ Deze trend is voornamelijk zichtbaar in zogenaamde *pilot*

¹⁷ Zie artikel 44 EVRM. Uitspraken van de Grote Kamer gelden als einduitspraak. Een uitspraak van een Kamer van het Hof krijgt pas kracht van gewijsde indien (a) partijen verklaren dat zij niet zullen verzoeken om verwijzing van de zaak naar de Grote Kamer (op basis van artikel 43 EVRM), (b) indien na drie maanden vanaf de datum van de uitspraak van de Kamer niet is verzocht om verwijzing van de zaak naar de Grote Kamer, of (c) het college van de Grote Kamer het verzoek om verwijzing heeft afgewezen.

¹⁸ Soms zal aanpassing van de wet het meest in de rede liggen (zie § 1.7 voor een recent voorbeeld), maar in voorkomende gevallen kan dit ook worden bereikt door wijziging van een jurisprudentiële lijn of een wijziging van het beleid (bijvoorbeeld aanpassing van de Vreemdelingencirculaire).

¹⁹ Bij het VN-Mensenrechtencomité en het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens bestaat deze praktijk reeds langer. Zie hierover o.a. I. Boerefijn, "Billijker genoegdoening", in: *NJCM-Bulletin* 2004, p. 920-923 en I. Boerefijn, "Follow-up of the views of the United Nations treaty bodies", in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (red.), *The execution of Strasbourg and Geneva human rights decisions in the national legal order*, 1999, p. 101-112.

²⁰ Bijvoorbeeld de heropening van een nationale strafprocedure (zie EHRM 12 mei 2005, Öcalan t. Turkije, appl. no. 46221/99, § 210).

judgments van het Hof waarin een systematisch gebrek in de nationale wetgeving aan de kaak wordt gesteld, als gevolg waarvan vele kloonzaken over dezelfde schending van het EVRM bij het Hof zijn/worden ingediend. In de Poolse Broniowski zaak stelde het Hof: “With a view to assisting the respondent State in fulfilling its obligations under Article 46, the Court has sought to indicate the type of measure that might be taken by the Polish State in order to put an end to the systemic situation identified in the present case”.²¹

In de praktijk verloopt de implementatie van EHRM-uitspraken tegen Nederland zonder grote problemen²²: op basis van artikel 41 EVRM toegekende schadevergoedingen worden tijdig betaald²³ en algemene maatregelen worden genomen om soortgelijke schendingen in de toekomst te vermijden.²⁴ Dat beeld wordt bevestigd in documenten van het Comité van Ministers dat toeziet op de naleving van de tenuitvoerlegging van EHRM-uitspraken²⁵ en documenten van de Parlementaire Assemblée van de Raad van Europa²⁶.

Wat betreft de tweede categorie (uitspraken van het Hof tegen andere landen) is het belangrijk om op te merken dat de Nederlandse rechter de zogenaamde incorporatie-doctrine aanhangt: de uitleg die het Hof heeft gegeven aan een bepaalde EVRM-bepaling wordt ‘ingelezen’ in de bepaling. Ook de wetgever reageert op EHRM-uitspraken tegen andere landen. De recente discussie inzake de raadsman bij het politieverhoor is hiervan een goed voorbeeld. Naar aanleiding van een uitspraak van het Hof in een Turkse zaak²⁷ speelde de discussie over het recht op rechtsbijstand tijdens politieverhoren ook in Nederland op.²⁸ Op 28 januari 2009 gaf de Minister van Justitie aan dat hij de Tweede Kamer rond Pasen zal inlichten over de gevolgen van de Straatsburgse uitspraak voor de Nederlandse rechtsorde.²⁹ Op deze wijze ontstaat (al realiseer ik me dat je erg voorzichtig moet zijn met deze terminologie) een de facto erga omnes werking van het EVRM-

²¹ EHRM [GC] 22 juni 2004, Broniowski t. Polen, appl. no. 31443/96, § 194.

²² Zie ook M.L. van Emmerik, “Verplichtingen voor de wetgever na Straatsburgse uitspraken op grond van het EVRM”, Staatsrechtconferentie 2007 *Wetgever en grondrechten*.

²³ Zie bijvoorbeeld tabel 15 van appendix 2 van het eerste jaarverslag van het Comité van Ministers inzake de tenuitvoerlegging van EHRM-uitspraken (*Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights*, Council of Europe, 2007 – te vinden op de website http://www.coe.int/t/e/human_rights/execution/CM_annreport2007_en.pdf).

²⁴ Zie uitvoeriger: C.C. Engering & N.A. Liborang, “Judgments of the European Court of Human Rights against the Netherlands and their effects: an overview 1960-1997”, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (red.), *The execution of Strasbourg and Geneva human rights decisions in the national legal order*, 1999, p. 29-61.

²⁵ http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/execution/.

²⁶ Zie bijvoorbeeld het rapport van Marie-Louise Bemelmans-Videc van juli 2007 (*The effectiveness of the European Convention on Human Rights at national level*, ASJur (2007) 35 rev) en de oudere rapporten van Erik Jurgens (*Implementation of judgments of the European Court of Human Rights*; te vinden via ‘working documents’ en ‘rapporteur: Jurgens’ op <http://assembly.coe.int>).

²⁷ EHRM [GC] 27 november 2008, Salduz t. Turkije, appl. no. 36391/02. Zie ook: EHRM 11 december 2008, Panovits t. Cyprus, appl. no. 4268/04.

²⁸ Zie o.a. de Kamervragen van Heerts (PvdA) en Pechtold (D66), resp. 2009, nr. 1087 en 2009, nr. 1088.

²⁹ Kamerstukken II 2008-2009, Aanhangsel Handelingen II, nr. 1377.

acquis. Dit lijkt ook in lijn met de verplichting op grond van artikel 26 van het Weense Verdragenverdrag om een verdrag te goeder trouw uit te leggen en toe te passen. Uiteraard is de praktijk soms weerbarstiger. Het kan voor de Nederlandse wetgever (of rechter) soms behoorlijk lastig zijn om algemene conclusies te trekken uit een uitspraak van het Hof tegen een ander land. Het Straatsburgse Hof interpreteert het EVRM immers 'in concreto' op basis van de specifieke omstandigheden van het individuele geval. Veelvuldig heeft het Hof aangegeven dat het niet de taak van het Hof is om 'in abstracto' uitspraak te doen.³⁰ Dit leidt niet zelden tot twijfels in hoeverre een uitspraak van het Hof was ingegeven door specifieke eigenaardigheden van de voorliggende zaak. Ook hier is echter een trend waarneembaar dat het Hof zich in toenemende mate in meer algemene bewoordingen uitlaat over de algemeen toepasselijke uitgangsbeginselen van de eigen jurisprudentie. Zo is het Hof steeds vaker gebruik gaan maken van een opsomming van 'applicable principles' voordat deze algemene uitgangspunten worden toegepast op de concrete zaak. De 'indicatieve waarde' van uitspraken van het Hof is des te groter als de uitspraak afkomstig is van de Grote Kamer van het Hof.³¹

1.6 De receptie van het verdrag in de Nederlandse rechtsorde

De eerste decennia van zijn bestaan had het EVRM veel weg van een slapend Doornroosje. Het was enerzijds vanuit theoretisch oogpunt een document van groot belang. Voor het eerst in de geschiedenis lukte het om overeenstemming te bereiken over een juridisch bindend verdrag, waarin mensenrechten waren neergelegd. Bovendien werd een internationaal toezichtmechanisme, waar individuele personen konden klagen over vermeende mensenrechtenschendingen in een Verdragsstaat, ingesteld. Dit was een grote stap voorwaarts. Veel staten zagen mensenrechtenkwesties tot dan toe immers als een zuiver interne aangelegenheid, als één van de meest politiek gevoelige beleidsterreinen. Met andere woorden, het EVRM was een schoonheid. Maar wel eentje die in een diepe slaap verkeerde in de eerste 20 à 25 jaar van zijn bestaan.

Dat kwam voornamelijk doordat velen het praktische belang van het EVRM niet terstond onderkenden. De Nederlandse regering zei tijdens het ratificatieproces van het EVRM 'dat het complex regelingen van de Nederlandse wet, zowel van strafrechtelijke als van andere aard, voldoende waarborgen biedt dat deze beginselen in ons land eerbiediging zullen vinden'. Verder werden er weinig woorden vuil gemaakt aan de materiële bepalingen van het EVRM (wel aan de

³⁰ Eerder bekritiseerd in mijn *Blindfold of Lady Justice*, Leiden, 2004, p. 441.

³¹ Eén kanttekening: juist voor een wetgever kunnen gemotiveerde niet-ontvankelijkheidsbeslissingen ook van onschatbare waarde zijn aangezien hierin doorgaans is aangegeven wat wél EVRM-proof is. Een goed voorbeeld van dat laatste is de (gemotiveerde) niet-ontvankelijkheidsbeslissing van het Hof in de zaak Van der Velden t. Nederland (appl. nr. 29514/05 van 7 december 2006), waarin het Hof aangaf dat (toepassing van) de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden door de Straatsburgse beugel kon.

Preambule).³² Advocaten, rechters en wetenschappers onderkenden het belang evenmin. Advocaten deden zelden een beroep op het EVRM uit vrees dat de rechter hun zaak niet meer serieus zou nemen (een rechter tijdens een zitting over het EVRM, ook wel het Verdrag van Rome genoemd: ‘ach, laat u dat Rome maar aan de katholieken over’). Rechters waren derhalve vrijwel onbekend met het EVRM. Als een advocaat toch een beroep op het EVRM durfde te doen bleek de rechter soms niet eens in het bezit te zijn van een tekst van het EVRM. In 1968 moest de kantonrechter te Den Helder bekennen dat hij niet in staat was geweest om binnen de wettelijke termijn uitspraak te doen. De reden daarvoor was: ‘[...] dat bij de voorbereiding van het vonnis evenwel is gebleken, dat noch ter griffie van het Kantongerecht te Den Helder, noch ter griffie of ten parkette van de Rechtbank te Alkmaar een exemplaar van de tekst van het Verdrag van Rome, d.d. 4 november 1950 aanwezig was, zodat deze onmisbare studiebron van het ministerie van Justitie uit ‘s-Gravenhage moest worden betrokken’.³³ Wetenschappers en eminente juristen als Leijten waren evenmin erg gepassioneerd over het EVRM: ‘Het Verdrag van Rome tot bescherming van de rechten van de mens is zo vaag en houdt binnen die vaagheid nog zoveel slagen om de arm, dat wij wel volslagen tot barbarij zullen moeten zijn vervallen, voor iemand er – alle directe werking ten spijt – met succes een beroep op kan doen en zijn we eenmaal barbaren geworden, dan trekken we ons zelfs van het Verdrag niets meer aan’.³⁴ Nederland liep dus niet echt warm voor dat Verdrag van Rome. En die onbekendheid met het EVRM – ook in andere Verdragspartijen – zorgde voor inactiviteit in Straatsburg in die jaren. Zonder enige vorm van ironie schreef een commentator in de 70’er jaren: ‘The European Court of Human Rights enjoyed a busy year in 1976 and delivered judgment in five cases’.³⁵ De griffie vertelde Wiarda – die twijfelde of het rechterschap in Straatsburg wel te combineren viel met zijn lidmaatschap van de Hoge Raad – dat het rechterschap in Straatsburg hem niet meer dan twee dagen per jaar zou kosten.³⁶

Die mentaliteit veranderde langzaamaan in de jaren ’70. Daar zijn naar alle waarschijnlijkheid meerdere redenen voor te geven. In de eerste plaats emancipeerde de samenleving. Individualisme en de mondige burger kenmerkten de maatschappij. Burgers werden gewoon om overheidshandelen dat een aantasting vormde van hun individuele rechten of belangen aan te vechten. Een mensenrechtendocument was een geschikt middel om in te zetten bij dit nieuwe activisme. In de tweede plaats speelde wellicht een minder principiële reden een rol. Bij de sectie strafrecht van de Rijksuniversiteit Leiden zette professor Melai een

³² Zie meer uitgebreid over de Nederlandse ratificatie van het EVRM: Y.S. Klerk en L. van Poelgeest, “Ratificatie à contre-coeur: de reserves van de Nederlandse regering jegens het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het individueel klachtrecht”, in: *RMThemis* 1991, pp. 220-246.

³³ Kantonrechter Den Helder, 24 december 1968, VR 1969, 20.

³⁴ J.C.M. Leijten, “Het fluorideringsarrest”, in: *t Exempel dwinght*, Zwolle, 1975, p. 314.

³⁵ J. Andrews, “Council of Europe”, in: *ELR* 1977, p. 154.

³⁶ B.E.P. Myjer, *Bij een vijftigste verjaardag*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2001, p. 7 (voetnoot 14).

aantal promovendi aan het werk om een proefschrift te schrijven over de invloed van het EVRM op het Nederlandse straf(proces)recht. Door hun publicaties ontstond een nieuwe interesse in het praktisch belang van het EVRM. Het verklaart ook waarom in de beginjaren Nederlandse juristen het EVRM vooral praktisch belang toedichtten in het bestuursrecht (het traditionele rechtsgebied voor bestudering van grondrechten) en het strafrecht. Opvallend is dat de doorwerking van het EVRM in het privaatrecht (uitgezonderd het personen-, familie- en jeugdrecht) minder snel en minder vergaand is verlopen. Advocaten begonnen langzaam de waarde van het EVRM voor hun praktijk te onderkennen en beriepen zich (terecht of ten onrechte) vaker op het EVRM. En zo kwamen de eerste zaken tegen Nederland bij het EHRM: *Engel* (1975) over het militair tuchtrecht, *Winterwerp* (1979) over de Krankzinnigenwet, *X&Y* (1985) over de noodzaak om strafrechtelijk instrumentarium in te zetten bij ernstige (seksuele) vergrijpen, *Bentham* (1985) over het Kroonberoep, *Berrehab* (1988) over het vreemdelingenrecht, en *Kostovski* (1989) over anonieme getuigen. Het gegeven dat het EHRM in elk van deze zaken een schending constateerde, illustreerde de daadwerkelijke betekenis van het EVRM voor de rechtspraktijk. Bekendheid met het EVRM werd groter bij nationale rechters die zich vaker moesten uitlaten over de verenigbaarheid van nationale regelgeving met het EVRM. De Stichting Studiecentrum Rechtspleging (SSR) die ten behoeve van de rechterlijke organisatie (zittende magistratuur, Openbaar Ministerie, RAIO's en gerechtssecretarissen) de beroepsopleidingen verzorgt, besloot decennia geleden om cursussen over het EVRM aan te bieden. Ook wetgevende instanties gingen meer systematisch onderzoeken of wetsvoorstellen wel 'Straatsburg-proof' waren, waarover later meer. Nieuwe wetgevingsjuristen krijgen tegenwoordig bij de Academie voor Wetgeving een mensenrechtelijke cursus.³⁷ Tegenwoordig worden jaarlijks tussen de 500 en 600 klachten tegen Nederland ingediend bij het EHRM. Slechts een klein percentage hiervan, ongeveer een 40tal (in 2008: 42), wordt aan de Regering voorgelegd voor commentaar. En dat resulteert per jaar in 5 à 10 schendingen (in 2008 werd bij wijze van hoge uitzondering *geen* schending tegen Nederland geconstateerd). Die paar zaken waarin een schending wordt geconstateerd kunnen echter nog steeds grote gevolgen hebben voor de Nederlandse rechtsorde. Men hoeft slechts te refereren aan de commotie in juridisch Nederland naar aanleiding van de uitspraak van het Hof in de *Salah Sheekh* zaak (waarin de uitzetting van een vreemdeling naar Somalië centraal stond).

Het EVRM is vandaag de dag één van de meest belangrijke internationale documenten voor de Nederlandse rechtsorde. Belangrijke rechtsgebieden zijn onder invloed van Straatsburgse uitspraken substantieel gewijzigd: het stelsel van administratieve rechtspraak, het familie- en jeugdrecht, het sociale zekerheidsrecht, het straf(proces)recht, het vreemdelingenrecht, et cetera.

³⁷ En ook bij de nieuw op te zetten trainee-opleiding voor overheids(staf)juristen is een module mensenrechten opgenomen van 56 studie uren.

Overigens is de laatste jaren een verschuiving van het strafrecht naar het vreemdelingenrecht zichtbaar. Egbert Myjer, de huidige Nederlandse rechter in het EHRM, schatte in 2006 dat op dit moment 80 procent van de zaken tegen Nederland vreemdelingenzaken zijn.³⁸ Het EVRM heeft deze praktische betekenis mede kunnen verwerven door de wijze waarop ons eigen Grondwettelijke stelsel is ingericht. Vanwege het zogenaamde toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet (de nationale rechter mag wetten niet toetsen aan de Grondwet) is het EVRM hét constitutionele document geworden voor de Nederlandse rechter. Op basis van artikelen 93 en 94 Grondwet mag die Nederlandse rechter immers wel wetten toetsen aan het EVRM, en doet dat ook veelvuldig.³⁹

De populariteit van het EVRM is een stuk groter dan de Nederlandse wetgever voor mogelijk hield bij de ratificatie van het verdrag. En in dat verband verwijs ik altijd graag naar een uitspraak van het gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen van januari 2004 in de zaak Amigoe tegen het Land De Nederlandse Antillen, waarin de rechter de noodzaak bespreekt om zich bij het rechterlijk métier te richten op richtinggevende basiswaarden: ‘Dit alles geldt temeer als ooit – er wordt in het vooronder door sommigen hoopvol over gefluisterd – het Schip van de Nederlandse Antillen zijn ankers zou lichten om het beschutte, zij het soms wat roerige, binnenwater van het Koninkrijk te verlaten en zich op die immense, zo betoverende doch ook zo verraderlijke, zee der onafhankelijkheid te begeven. Dan toch zal het Schip zeewaardig moeten zijn, deugdelijk geconstrueerd en uitgerust, en geleid door goed opgeleide en betrouwbare stuurlieden, die, afgaande op de fonkelende sterren van recht en wet, in de duisternis van de Grote Wereld, een veilige koers weten te bepalen’. Twee keer raden op welke ‘fonkelende sterren’ men het juridische sextant moet richten... inderdaad de bepalingen van het EVRM.

Die populariteit heeft een prijs. Het EHRM bezwijkt bijna onder het eigen succes. Zoals hierboven reeds werd gememoreerd liggen op dit moment grofweg 100.000 zaaksdossiers te wachten op een beslissing van het EHRM. En ondanks de toegenomen productiviteit (dankzij Protocol 11 en maatregelen van het Hof zelf om efficiëntie te vergroten in interne werkprocessen), loopt deze achterstand maandelijks op met zo’n 1000 à 1500 zaken. De nationale rechtsorde moet de eerstelijns rechtsbescherming bieden. Het EHRM is een subsidiair mechanisme dat na uitputting van alle effectieve nationale rechtsmiddelen kan fungeren als een vangnet. Dat kan ook niet anders. Straatsburg heeft geen mandaat om op te treden als eerstelijns constitutioneel rechter van Europa. Het heeft, zoals gezegd, de menskracht en het budget niet. Het Hof heeft onvoldoende mogelijkheden om jaren nadat de geclaimde mensenrechtenschending heeft plaatsgevonden de feiten vast te stellen, waarbij eveneens moet worden bedacht dat het Hof

³⁸ A. Buyse, “Full swing er tegenaan! Interview met prof. Mr. B.E.P. Myjer”, in: T. Barkhuysen, M. Kuijjer & R.A. Lawson (red.), *55 Jaar EVRM*, Leiden: NJCM, 2006, pp. 33-34.

³⁹ Zie hierover uitgebreider het preadvies van prof. L.F.M. Verhey.

geografisch zijn werk vaak op honderden (zo niet duizenden) kilometers afstand doet van de plek waar deze feiten zich afspelen. Om die reden is eerstelijns rechtsbescherming door de nationale autoriteiten, waaronder de nationale wetgever, essentieel.

1.7 De rol van het EVRM in het wetgevingsproces

Nederland kent – net als de meeste lidstaten van de Raad van Europa – geen specifieke mensenrechtentoets (human rights impact assessment)⁴⁰ en evenmin een Vaste Kamercommissie Mensenrechten in de Tweede Kamer van de Staten-Generaal. Het ontbreken van een dergelijke toets betekent echter niet dat er in het wetgevingsproces geen rekening wordt gehouden met mensenrechten.⁴¹ Bij het ontwerpen van nieuwe wet- en regelgeving behoort te worden gekeken hoe deze zich verhoudt tot mensenrechtelijke standaarden zoals ook neergelegd in de diverse internationale instrumenten. Dit wordt op verschillende momenten in het wetgevingsproces getoetst. Ik ga deze momenten chronologisch langs.

De leidraad voor de wetgever bij het ontwerpen van nieuwe wet- en regelgeving zijn de ‘Aanwijzingen voor de Regelgeving’.⁴² Daarin zijn de kwaliteitseisen opgenomen waaraan nieuwe wetgeving moet voldoen. In Aanwijzing 18 staat: ‘Bij het ontwerpen van regelingen wordt onderzocht welke hogere regels de vrijheid van regeling ten aanzien van het betrokken onderwerp hebben ingeperkt’. Bij de toelichting wordt expliciet verwezen naar het EVRM. En Aanwijzing 212 legt wetgevingsjuristen een plicht op om in de toelichting bij een wetsvoorstel stil te staan bij de verenigbaarheid van het wetsvoorstel met internationale mensenrechtelijke standaarden. Fundamentele rechten vormen zo een belangrijke toets bij de eerste fase van het ontwerpen van regelgeving.

De primaire verantwoordelijkheid voor dit proces ligt bij het betrokken departement zelf. Zo nodig kan advies worden ingewonnen bij de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie. In 2008 zijn omstreeks 95 adviezen gegeven aan andere medewerkers van de directie Wetgeving, omstreeks 195 adviezen aan medewerkers van andere directies van het ministerie van Justitie en omstreeks 75 adviezen aan medewerkers van andere departementen. Zo is in de afgelopen jaren geadviseerd over de Militaire Ambtenaren Wet van 7 november 2007⁴³ van het ministerie van Defensie, de Wet onafhankelijk netbeheer (de Splittingswet) van

⁴⁰ Zie voor een uitvoerige analyse hoe de verschillende lidstaten van de Raad van Europa in hun wetgevingsproces aandacht besteden aan de EVRM-conformiteit van een voorgestelde regeling: de bijlage bij GT-DH-PR B(2008)005 van 25 februari 2008 van het Raad van Europa *Committee of experts for the improvement of procedures for the protection of human rights* (DH-PR).

⁴¹ Zie ook P. van Sasse van Ysselt, “Grondrechten en de regering als medewetgever”, in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten (Staatsrechtconferentie 2007)*, WLP 2008, pp. 48-59.

⁴² Stcr. 2002, 97.

⁴³ Stb. 2007, 480.

23 november 2006 van het ministerie van Economische Zaken⁴⁴, de Wet op het financieel toezicht van 28 september 2006 van het ministerie van Financiën⁴⁵, het wetsvoorstel investeren in jongeren van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid⁴⁶. Maar ook over de oprichting van een nationaal instituut mensenrechten (NIRM), terrorismebestrijding en mensenrechten, de vrijheid van meningsuiting, de aanpassing van de AC-procedure, de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag, artikel 15C van de Kwalificatierichtlijn, de Staatkundige Hervormingen Nederlandse Antillen, de aanwezigheid van de raadsman bij politieverhoor, maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast, opvoedingsondersteuning door burgemeesters, en gewetensbezwaarde trouwambtenaren.

Ook in de volgende fasen komen mensenrechten uitgebreid aan bod. In de ontwerpfasen worden nieuwe wettelijke maatregelen ter consultatie voorgelegd aan externe betrokkenen, onder wie vertegenwoordigers van de advocatuur en de rechterlijke macht. In de toelichting bij wetsvoorstellen dient steeds gemotiveerd te worden ingegaan op de adviezen van deze personen en instanties, hetgeen kan leiden tot aanpassingen van het wetsvoorstel. Daarnaast is het gebruikelijk dat het Nederlands Juristen Comité Mensenrechten ongevraagd advies geeft over mensenrechtelijke aspecten van belangrijke wetsvoorstellen.

Ook bij de zogenaamde WKB-toets kunnen mensenrechtelijke complicaties worden gesignaleerd. Voordat een wetsvoorstel naar de ministerraad gaat wordt onder andere getoetst of mensenrechtenaspecten voldoende aan de orde komen in de toelichting. Middels een effectiviteitstoets wordt bezien of de beweerde effecten op mensenrechtelijke standaarden zijn onderkend en zo ja, of die voldoende zijn onderbouwd. Het wetsvoorstel Regeling van de rechtsgevolgen van het niet-meewerken aan een huisbezoek i.v.m. controle van de leefsituatie in de sociale zekerheid is hiervan één van de vele voorbeelden.

Na instemming van de ministerraad wordt de voorgenomen regelgeving voorgelegd aan de Raad van State, die de regering en het parlement adviseert over wetgeving en bestuur. De Raad van State hanteert een beleidsanalytische toets, een juridische toets en een wetstechnische toets en onderzoekt of een voorgestelde regeling in overeenstemming is met internationaal erkende mensenrechtelijke standaarden. Indien daar onduidelijkheid over bestaat, dan zal de Raad daarover een aanbeveling doen. Zo kan worden gewezen op de advisering van de Raad van State betreffende de terugzendregeling van Antilliaanse en Arubaanse risicojongeren.⁴⁷

⁴⁴ Stb. 2006, 614.

⁴⁵ Stb. 2006, 475.

⁴⁶ Wetsvoorstel 31 775.

⁴⁷ Advies van 1 september 2006 (zie Kamerstukken II 2006/07, 30 962, nr 4).

Ook in het parlementaire proces ten slotte vormt de conformiteit met internationaal erkende mensenrechtelijke standaarden een belangrijk onderdeel.⁴⁸ Het parlement verzoekt de regering regelmatig om een nadere toelichting bij de mensenrechtelijke aspecten van een voorgestelde regeling. Als voorbeeld verwijs ik naar de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot goedkeuring van het Europees Verdrag inzake de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van internationale niet-gouvernementele organisaties, waarin een automatisch verbod van organisaties op een terrorismelijst was opgenomen.⁴⁹ Tijdens de parlementaire behandeling is uitgebreid stilgestaan bij de voorhanden zijnde rechtsbescherming en de vereisten van artikelen 6 en 13 EVRM. Uiteraard hoeft het debat tussen regering en parlement niet beperkt te zijn tot een specifiek aanhangig wetsvoorstel. In meer algemene zin kan worden gewezen op de jaarlijkse rapportage die de Regering aan de Kamer toezendt over Straatsburgse uitspraken tegen Nederland en maatregelen die getroffen zijn ter uitvoering van eerdere uitspraken van het EHRM tegen Nederland.⁵⁰

Daarnaast bevat een aantal wetten een evaluatiebepaling, middels welke de wetgever de wetgeving na een aantal jaren dient te evalueren. Ook de eventuele effecten op het terrein van fundamentele rechten kunnen daar uiteraard deel van uit maken. Zo zegde de minister van Justitie bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel afgeschermd getuigen toe om “de werking van de regeling in den brede over vier of vijf jaar te evalueren”.⁵¹

Ten slotte kan het EVRM uiteraard een rol spelen voor de wetgever *na* een veroordelende uitspraak van het EHRM in een Nederlandse zaak. Ik noem slechts één recent voorbeeld. Op 22 november 2007 deed het Hof uitspraak in de zaak Voskuil.⁵² In deze zaak werd een journalist gedurende zeventien dagen op last van

⁴⁸ Zie J.-P. Loof, “Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces”, in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten (Staatsrechtconferentie 2007)*, WLP 2008, pp. 85-127 (de stelling kan worden aanvaard “dat het Nederlandse parlement als medewetgever het *relatief* nog helemaal niet zo slecht heeft gedaan, zowel wat betreft de aandacht in het parlementaire debat met betrekking tot de relevante mensenrechtenvraagstukken als wat betreft de uiteindelijk gemaakte en in de wet neergelegde afweging tussen de in het geding zijnde individuele rechten en vrijheden en de maatschappelijke belangen die de wet beoogt te dienen”).

⁴⁹ Kamerstukken 28 764.

⁵⁰ Zie voor de rapportage over 2008: Kamerstukken II 2008-2009, 30 481, nr. 4. Echter, deze rapportage leidt doorgaans niet tot een echt debat met het parlement over de mensenrechtelijke implementatie van het EVRM.

⁵¹ Kamerstukken 29 743, nr. 78. Bij anti-terrorisme wetgeving is vaker de toezegging gedaan om de in te voeren wetgeving te evalueren; zie ook Handelingen 2004-2005, 5 juli 2005, EK 32 32-1495 en Handelingen 2006/07, nr. 5, pp. 217-218. Zie tevens mijn “Human-Rights-Oriented Evaluation of Security Legislation:

National Practice and European Guidance from the ECHR”, in Albers/Bielefeldt/Weinzierl (red.), *Menschenrechtliche Standards der Sicherheitspolitik. Beiträge zur rechtsstaatsorientierten Evaluierung von Sicherheitsgesetzen*, nog te verschijnen.

⁵² EHRM, 22 november 2007, Voskuil t. Nederland, appl. no. 64752/01. Zie ook: *NJ* 2008, 216, met noot van E.J. Dommering en *NJCM-Bulletin* 2008, p. 75 ev., met noot van G. Schuijt.

de rechter gegijzeld wegens het niet noemen van een bron. Het Hof stelt in deze uitspraak dat de bronbescherming voor journalisten een van de basisvoorwaarden is voor de persvrijheid. Zonder deze bescherming zouden bronnen kunnen worden afgeschrikt om de pers te helpen bij het informeren van het publiek over zaken van algemeen belang, als gevolg waarvan de vitale rol van de pers als ‘publieke waakhond’ kan worden ondermijnd. Het Hof geeft aan dat een bevel tot het onthullen van een bron alleen kan worden gerechtvaardigd door een ‘overriding requirement in the public interest’. In casu kwam een unaniem Hof tot het oordeel dat het belang van de Nederlandse regering bij het kennen van de identiteit van de bron van klager niet opwoog tegen het belang van de journalist om die bron niet te onthullen, en dat derhalve artikel 10 EVRM is geschonden. Ten tijde van de uitspraak van het Hof was het verschoningsrecht van journalisten niet wettelijke geregeld. Naar aanleiding van deze uitspraak heeft de Minister van Justitie in de Tweede Kamer laten weten het verschoningsrecht voor journalisten nu ook wettelijk te willen vastleggen. Op 28 november werden de eerste contouren van een wettelijke regeling besproken in de Kamer. Na het inwinnen van het advies van de Nederlandse Vereniging van de Journalistiek en het Genootschap van Hoofdredacteuren is een wetsvoorstel opgesteld. Momenteel is de consultatieronde van het wetsvoorstel afgerond. De adviezen van de diverse organisaties zullen waar nodig leiden tot aanpassing van het wetsvoorstel, waarna het wetsvoorstel naar de Raad van State zal worden gestuurd voor advies.

In § 1.5 gaf ik reeds aan dat een veroordelende uitspraak van het EHRM niet noodzakelijkerwijze hoeft te betekenen dat de wetgever in actie moet komen. Verdragsconforme interpretatie door de nationale rechter van een bestaande wettelijke bepaling én verdragsconforme toepassing van bestaand beleid door het bestuur geniet waar mogelijk de voorkeur. Dit kan worden bevorderd door de voorgestane interpretatie respectievelijk toepassing neer te leggen in een brief aan de Kamer. Zie bijvoorbeeld de brief van de Staatssecretaris van Justitie aan de Kamer na de uitspraak van het Hof in de Salah Sheekh zaak: “De toetsing van asielaanvragen aan artikel 3 EVRM dient te geschieden met inachtneming van de in deze uitspraak van het Hof opgenomen elementen”.⁵³

1.8 Mogelijke maatregelen ter versterking van de implementatie van het EVRM in het nationale wetgevingsproces

In het verleden zijn reeds meerdere maatregelen voorgesteld om de implementatie van het EVRM-acquis in het nationale wetgevingsproces te versterken.⁵⁴

⁵³ Kamerstukken II 2006-2007, 29 344, nr. 64.

⁵⁴ Zo werd bijvoorbeeld op een Raad van Europa conferentie in Stockholm (*International Conference on Systematic Work for Human Rights Implementation*) in november 2008 door o.a. Thomas Hammarberg gepleit voor het opstellen van een alomvattend Nationaal Actieplan Mensenrechten. Nederland kent dergelijke documenten wel voor specifieke deelgebieden, zoals mensenhandel en racisme. Zie tevens de bijdrage van Marie-Louise Bemelmans-Vidéc (“The effectiveness of the European Convention on Human Rights at national level: the parliamentary dimension”) tijdens de

Zo is onder andere door Barkhuysen en Van Emmerik gepleit voor een ‘ICER-mensenrechten’.⁵⁵ Er zou een interdepartementale werkgroep in het leven moeten worden geroepen – het liefst door de bestaande Interdepartementale Commissie voor Europees Recht uit te breiden – om op meer structurele wijze procedures voor het EHRM en uitspraken van het EHRM tegen andere lidstaten te monitoren die direct relevant zijn voor de Nederlandse rechtsorde. De werkgroep zou kunnen worden samengesteld uit deskundige ambtenaren van de diverse (vak)departementen, die de implicaties van (toekomstige) EHRM-uitspraken voor hun wetgeving en beleidsterrein kunnen duiden. Het voorstel kreeg in 2004 vrijwel unanieme bijval in de VAR.

Dit voorstel betekent dat de wetgever reeds in een vroegtijdig stadium moet anticiperen op Straatsburgse ontwikkelingen bij het ontwerpen van EVRM conforme wetgeving. Men hoeft daarvoor niet een zaak tegen Nederland af te wachten. Bovendien zou de overheid zich desgewenst kunnen voegen in ook voor Nederland belangrijke zaken tegen andere verdragsstaten, zodat een poging kan worden gedaan om de Europese rechtsontwikkeling in een bepaalde, gewenste richting te sturen. Bij het voorstel zijn wel enkele praktische kanttekeningen te plaatsen. Mijn eerste kanttekening heeft betrekking op de (praktische) mogelijkheden om zich vaker te voegen in EHRM-zaken tegen andere landen. De tweede kanttekening heeft betrekking op de toegevoegde waarde van een ‘ICER-mensenrechten’ bij het structureel monitoren van EHRM-uitspraken.

Interventie in zaken tegen andere landen is momenteel niet altijd goed mogelijk. Nog afgezien van de noodzaak om prioriteiten te stellen in de werkvoorraad zal lang niet altijd bekend zijn bij de autoriteiten in Nederland welke zaken voor commentaar zijn gecommuniceerd aan de regeringen van andere landen. Er wordt wekelijks een lijst van gecommuniceerde klachten gepubliceerd door het Hof, maar een lijst van slechts namen en *application numbers* is weinig zinvol bij het beoordelen of interventie nuttig kan zijn. Ik ben derhalve van mening dat het voorstel om pro-actiever te interveniëren in zaken tegen andere landen onder de huidige stand van zaken stukloopt op praktische overwegingen. Dit betekent uiteraard niet dat het voorstel inhoudelijk geen merites zou hebben. Dat is ook onderkend door de *Groupe de Reflection* dat werkzaam was onder het *Steering Committee for Human Rights* (CDDH) en waarin gesproken werd over de lange-termijn effectiviteit van het Hof. Ook dit gremium toonde zich voorstander van een groter gebruik van derdeninterventies. Achterliggende gedachte hierbij was dat de werklast van het Hof (op termijn) zou verminderen als niet-aangeklaagde staten actiever betrokken zouden zijn in *leading cases* van het Hof waarin de algemene

Stockholm conferentie *Towards stronger implementation of the European Convention on Human Rights at national level* van 9 juni 2008, te vinden op <http://assembly.coe.int/ASP/APFeaturesManager/defaultArtSiteView.asp?ID=783>.

⁵⁵ T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, Preadvies VAR 2004, VAR-reeks 132, Den Haag 2004, p. 94-95 en M. van Emmerik, “Verplichtingen voor de wetgever na Straatsburgse uitspraken op grond van het EHRM”, in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten – preadviezen voor de Staatsrechtconferentie 2007*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

beginselen uit de Hofjurisprudentie ter discussie staan, zodat zij deze jurisprudentie tegen andere landen ook eerder geneigd zijn toe te passen op hun eigen nationale rechtsstelsel: “Such interventions could both increase the States parties’ understanding of the Court’s caselaw as it applied in their national circumstances and allow the Court to appreciate better the impact of judgments in countries other than the Respondent State. Insofar as this could result in the principles contained in leading judgments being applied more widely, there was thus also potential for States parties to anticipate and resolve situations likely to generate future applications to the Court. To this extent, therefore, greater use of third party interventions could, over time, help reduce the Court’s caseload”.⁵⁶ Het Hof werd opgeroepen om de kwaliteit van de beschikbare informatie te verbeteren, bijvoorbeeld “by making the weekly list of communicated cases more user-friendly, to include for example a clearer indication of their nature; or taking the initiative itself to identify applications that could lead to judgments of principle applicable beyond the respondent State and then inviting States to intervene as third parties”.⁵⁷ Tevens werd aanbevolen om de (technische) mogelijkheden te onderzoeken voor een (digitaal) forum waarop regeringsvertegenwoordigers aandacht kunnen vragen voor specifieke zaken die aanhangig zijn voor het Hof en potentieel significant kunnen zijn voor de ontwikkeling van de Straatsburgse jurisprudentie. Concluderend, het voorstel om vaker te interveniëren kan nuttig zijn, maar momenteel is het nog niet altijd uitvoerbaar. Men werkt echter aan verbetering van de praktische uitvoerbaarheid van het voorstel.

Dan mijn tweede kanttekening bij een ‘ICER-Mensenrechten’. Het structureel monitoren van de EHRM-uitspraken tegen andere landen gebeurt uiteraard ook nu al door zowel het Agentschap Internationale Mensenrechtenprocedures bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken als bij de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie (voorzover EHRM-uitspraken betrekking hebben op het beleidsterrein van Justitie). Mij komt het voor dat de meerwaarde van een ‘ICER-Mensenrechten’ er slechts in gelegen is dat een volledig interdepartementale werkgroep wordt opgetuigd. Ik betwijfel of we om die reden een ‘ICER-Mensenrechten’ nodig hebben. Vrijwel alle zaken die tegen Nederland aanhangig zijn voor het EHRM hebben betrekking op het beleidsterrein van het Ministerie van Justitie. Deze vreemdelingrechtelijke of strafrechtelijke jurisprudentie is niet of nauwelijks relevant voor andere vakdepartementen. Natuurlijk zijn er in de Straatsburgse jurisprudentie tegen andere landen incidenteel ook uitspraken te vinden die wél relevant kunnen zijn voor een ander vakdepartement. Maar deze behoefte kan op een andere wijze ondervangen worden.

Naar mijn mening is aan drie dingen behoefte: (a) kennis bij de wetgever over het EVRM moet zodanig zijn dat men potentiële EVRM-kwesties kan onderkennen en identificeren bij het maken of behandelen van een wetsvoorstel, (b) vakdepartementen moeten op een makkelijke wijze aan informatie kunnen komen, en (c) vakdepartementen moeten zonodig worden geïnformeerd over

⁵⁶ DH-S-GDR(2009)006, § 28.

⁵⁷ Ibidem, § 30.

belangwekkende ontwikkelingen in de Straatsburgse jurisprudentie die ook relevant kan zijn voor hun beleidsterrein. In deze drie behoeften zou als volgt kunnen worden voorzien. In de eerste plaats moet geïnvesteerd worden in een verplichte basale EVRM-cursus voor alle wetgevingsjuristen.⁵⁸ De Academie voor Wetgeving zou deze cursussen kunnen verzorgen. Op dit moment is een EVRM-cursus reeds verplicht voor Academisten en wordt een optionele cursus aangeboden voor zittende wetgevingsjuristen. In de tweede plaats moet geïnvesteerd worden in het opzetten van een 'Kenniscentrum Mensenrechten' via een website. Momenteel is het Ministerie van Justitie bezig om een dergelijke website op te zetten. Het idee is dat men op die website niet alleen actuele ontwikkelingen kan volgen, maar dat ook een soort veelvuldig voorkomende Q&A wordt opgenomen en bouwstenen worden aangereikt voor een memorie van toelichting voor rechtsvragen die veelvuldig worden gesteld⁵⁹. Ten derde zou op dit punt ook de juridische functie bij desbetreffende beleids- en uitvoeringsafdelingen kunnen worden versterkt. Laat me een voorbeeld noemen. Sinds kort zijn drie medewerkers van de IND vrijgesteld om zich bezig te houden met voorbereiding van verweerschriften in EHRM-procedures, met het implementeren van EVRM-acquis en met het adviseren van beslismedewerkers over EVRM-gerelateerde onderwerpen. Tevens is bij de Directie Migratiebeleid een centraal aanspreekpunt voor mensenrechtelijke vraagstukken. Dergelijke ontwikkelingen zijn mijns inziens voor de praktijk belangrijker dan een 'ICER-Mensenrechten'.

Verder kan in dit verband worden gewezen op de oprichting van een nationaal instituut mensenrechten (NIRM). In een brief van 18 juli 2008 aan de Tweede Kamer heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het kabinetsstandpunt inzake de oprichting van een NIRM uiteengezet.⁶⁰ De taken van dit NIRM zijn nog niet definitief vastgesteld, maar het kabinetsstandpunt spreekt wel van een taak bij de mensenrechtelijke advisering over wetgeving.

Tot slot, wellicht een enkele opmerking over een andere mogelijkheid om de implementatie van het EVRM in het nationale wetgevingsproces te versterken. Sommigen hebben het verlangen geuit dat in het Nederlandse parlement een specifieke commissie zou worden gevormd die zich bezig houdt met mensenrechtelijke vraagstukken.⁶¹ Dit voorstel is uiteraard gebaseerd op de praktijk in het Britse parlement waar een *Joint Committee on Human Rights* is

⁵⁸ Maar men kan een vergelijkbare opmerking ook maken voor parlementariërs en hun medewerkers; zie ook M.L. van Emmerik, "Verplichtingen voor de wetgever na Straatsburgse uitspraken op grond van het EVRM", in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten (Staatsrechtconferentie 2007)*, WLP 2008, pp. 129-160.

⁵⁹ Men kan bekijken of men hierbij aansluiting moet zoeken bij de reeds bestaande KCW-site.

⁶⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 200 VII, nr. 75.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld de conclusies en aanbevelingen van de door het Nederlands Helsinki Comité (NHC) georganiseerde conferentie 'Nederland en de Europese waarden: de rol van de Raad van Europa en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens' op 22 november 2007. De conclusies en aanbevelingen zijn bij brief van 14 januari 2007 voorgelegd aan de Eerste en Tweede Kamer door de voorzitter van het NHC.

ingericht.⁶² Dit comité bestaat uit 12 leden van de *House of Commons* en de *House of Lords* gezamenlijk. Het comité houdt zich bezig met mensenrechtelijke vraagstukken in het Verenigd Koninkrijk (niet in individuele zaken). Eén van de taken van het comité is de volgende: “It scrutinises all Government Bills and picks out those with significant human rights implications for further examination”. Een dergelijk initiatief kan de kwaliteit van het debat tussen regering en parlement over de mensenrechtelijke aspecten van een bepaald wetsvoorstel alleen maar ten goede komen.

2. Het EVRM in de gereedschapskist van de wetgevingsjurist

2.1 Noodzaak om een (wettelijke) regeling tot stand te brengen

Hierboven benadrukte ik reeds de noodzaak voor een wetgevingsjurist om te onderkennen dat aan een wetsvoorstel een mensenrechtelijk aspect kleeft. Vaker dan men zou denken is een inmenging met een mensenrecht aan de orde. In dat geval bestaat de noodzaak om een ordentelijke wettelijke regeling tot stand te brengen. Maar ik wil hierbij tevens een kanttekening plaatsen. De wetgever zal zich immers ook moeten afvragen of een nieuwe wettelijke regeling (met de introductie van de mensenrechtenbeperkende maatregel) wel altijd noodzakelijk is in licht van het reeds bestaande instrumentarium. Laat mij beide situaties toelichten.

In de eerste situatie is er juist wél een noodzaak om een ordentelijke wettelijke regeling tot stand te brengen aangezien men een maatregel wenst te introduceren die een inmenging vormt op een EVRM-bepaling.

Vele bepalingen van het EVRM vereisen een nationaal wettelijke grondslag. Zo spreekt artikel 5 EVRM (vrijheidsberoving) van “overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure” en kan een inmenging in het privéleven, het familie- en gezinsleven, het huisrecht, de correspondentie (allen artikel 8 EVRM), de godsdienstvrijheid (artikel 9 EVRM), de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM), de vrijheid van vereniging (artikel 11 EVRM) slechts worden gerechtvaardigd indien deze is “voorzien bij wet”. Ook het eigendomsrecht (artikel 1 Eerste Protocol) vereist een wettelijke grondslag indien sprake is van ontneming respectievelijk regulering van eigendom. En vrijheidsbeperkende maatregelen (artikel 2 Vierde Protocol) moeten eveneens voorzien zijn bij wet.

Welke kwaliteitseisen stelt het EHRM aan het begrip ‘wet’? Bij de beoordeling van dit vereiste kunnen drie elementen worden onderscheiden: de wettelijke basis (*‘basis in domestic law’*), toegankelijkheid van de wettelijke basis (*‘accessibility’*), en voorzienbaarheid van de wettelijke basis (*‘foreseeability’*).

Aan het vereiste van een wettelijke basis is voldaan als de beperkende maatregel berust op een rechtsvoorschrift, dat afkomstig is van een – krachtens attributie of

⁶² http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/joint_committee_on_human_rights.cfm.

delegatie – tot wetgeving bevoegde nationale instelling. Wetgeving in formele zin is dus niet vereist. In de Straatsburgse jurisprudentie is aanvaard dat ook een vaste bestuurlijke praktijk ('*settled practice*') kan worden gekwalificeerd als wettelijke basis.⁶³ Hetzelfde geldt voor internationale regelgeving indien het nationale recht daar naar verwijst.⁶⁴ Ten slotte kan ook een vaste jurisprudentielijn een afdoende wettelijke basis voor een beperking vormen.⁶⁵ De Nederlandse zaak *M.M.* is een voorbeeld waarbij het EHRM niet overtuigd was dat een inmenging in artikel 8 EVRM een wettelijke basis had.⁶⁶ Volgens de destijds geldende wetgeving (artikelen 125 f en 125 g, eerste lid, Sv) was het tappen van telefoongesprekken slechts gerechtvaardigd indien aan twee voorwaarden was voldaan: het bestaan van een gerechtelijk vooronderzoek en een bevel van de rechter-commissaris. In casu was aan geen van beide voorwaarden voldaan.

Deze wettelijke basis dient voor justitiabelen algemeen toegankelijk te zijn. In de *Khan* zaak⁶⁷ moest het Hof oordelen over een Britse zaak waarin het gebruik van af luisterapparatuur niet wettelijk was geregeld. Het gebruik van dergelijke apparatuur was slechts geregeld in (niet-bindende) richtlijnen van het ministerie van Binnenlandse Zaken die niet direct voor het publiek toegankelijk waren.

De wettelijke basis dient voorts voldoende duidelijk te zijn. Bij dat laatste moet worden bedacht dat het Hof heeft erkend dat het voor het nationale recht vrijwel ondoenlijk is voor ieder concreet geval de norm zo precies te formuleren dat deze geheel is toegesneden op het betreffende geval. Daarom is het onvermijdelijk dat het nationale recht een zekere discretionaire bevoegdheid overlaat aan de rechter of de uitvoerende macht.⁶⁸ De wettelijke basis dient echter wel afdoende waarborgen te bevatten teneinde willekeur te vermijden.⁶⁹ Dit deelvereiste is voornamelijk van belang bij opsporingsmethoden die een inbreuk maken op mensenrechten. In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat de wettelijke basis moet preciseren tegen welke personen de wettelijke bevoegdheid kan worden gebruikt, door wie de wettelijke bevoegdheid mag worden gebruikt, de te volgen procedure (bijvoorbeeld machtiging van een rechter-commissaris), onder welke omstandigheden de bevoegdheid mag worden gebruikt, de precieze reikwijdte van de bevoegdheid (bijvoorbeeld welke informatie mag worden opgeslagen), eventuele toezichtmechanismen (is voorzien in ex post facto onafhankelijk toezicht door een rechter) en de duur dat de wettelijke bevoegdheid kan worden toegepast (inclusief voorziening wanneer de opgeslagen informatie wordt vernietigd).⁷⁰

⁶³ EHRM 2 augustus 1984, appl. no. 8691/79, NJ 1988, 534 (Malone), § 69.

⁶⁴ EHRM 28 maart 1990, appl. no. 10890/84, NJ 1991, 739 (Groppera Radio AG), § 68.

⁶⁵ EHRM 24 april 1990, appl. no. 11801/85 (Kruslin), § 28-29.

⁶⁶ EHRM 8 april 2003, appl. no. 39339/98 (M.M.).

⁶⁷ EHRM 12 mei 2000, appl. no. 35394/97, NJ 2002, 180, NJCM 2000, 1255, EHRC 2000, 54 (Khan).

⁶⁸ EHRM 23 september 1998, Reports 1998-VII (McLeod) en EHRM 25 maart 1983, Serie A-61 (Silver).

⁶⁹ EHRM 2 augustus 1984, appl. no. 8691/79, NJ 1988, 534 (Malone), § 79: "in accordance with the law does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of law requiring it to be compatible with the rule of law".

⁷⁰ EHRM 4 mei 2000, appl. no. 28341/95 (Rotaru).

Stilzitten van een wetgever terwijl wél sprake is van een maatregel die een inbreuk vormt op één van de hierboven genoemde EVRM-bepalingen zal dan ook kunnen leiden tot problemen. Ik noem in dat verband één recent voorbeeld: de mosquito.⁷¹ Op 10 december 2008 heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een notitie naar de Tweede Kamer gezonden met daarin de resultaten van de (juridische) verkenning naar de inzet van de mosquito, een apparaatje dat een voor jongeren hinderlijke zoemtoon verspreidt met als doel overlastgevende jongeren van hun hangplaatsen te verwijderen.⁷² De notitie concludeert dat momenteel een formeel wettelijke grondslag voor het gebruik van de mosquito ontbreekt. Dit geeft in beginsel de gemeente de ruimte om door gebruik van haar verordenende bevoegdheid in een juridische grondslag te voorzien. Indien ook een verordening ontbreekt, is de inzet van het instrument ontoelaatbaar. Ook aan het gebruik van de verordening kleven echter bezwaren ingeval het middel inbreuk maakt op in de Grondwet verankerde grondrechten. Dan is immers een (specifiek) formeel wettelijke grondslag vereist (waarbij wordt opgemerkt dat artikel 172, tweede lid, van de Gemeentewet te onbepaald van karakter is). Bij de inzet van de mosquito zijn volgens de notitie enkele grondrechten in het geding: het recht op bewegingsvrijheid, het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam en het discriminatieverbod. Met name de proportionaliteits- en subsidiariteitseis die uit relevante EVRM-bepalingen voortvloeien maken dat er weinig ruimte lijkt voor de inzet van de mosquito, aangezien er allerlei andere wettelijke mogelijkheden zijn om overlast te beperken. Ook zal een te ruime inzet van de mosquito, zonder nader onderscheid van de doelgroep, volgens de notitie op gespannen voet staan met het discriminatieverbod. Tot zover een gedegen juridische analyse van het probleem. Om die reden is de minister niet voornemens om een wettelijke regeling op te stellen. Uit het Algemeen Overleg van 25 februari 2009 zou men echter kunnen afleiden dat men het gebruik van de mosquito niet op voorhand wil uitsluiten.⁷³ Indien dat het geval is zal men mijns inziens een formeel wettelijke regeling moeten initiëren (waarbij men tevens zal moeten in gaan op de mensenrechtelijke bezwaren die in de hierboven aangehaalde notitie worden geïdentificeerd). Stilzitten van de wetgever is dan geen optie.

Dan de tweede (spiegelbeeldige) situatie. In hoeverre is invoering van een nieuwe wettelijke regeling waarin de EVRM-beperkende maatregel is opgenomen wel noodzakelijk? In meerdere EVRM-bepalingen wordt deze eis gesteld. Artikelen 8 t/m 11 EVRM vereisen bijvoorbeeld dat een inmenging in het recht zoals omschreven in het eerste lid 'noodzakelijk in een democratische samenleving' moet zijn. Een 'democratische samenleving' wordt gekenmerkt door pluralisme,

⁷¹ Ik zal niet al te uitgebreid ingaan op de materie, in het preadvies van prof. L.F.M. Verhey is de feitelijke achtergrond van de mosquito-problematiek uitvoeriger beschreven.

⁷² Kamerstukken II 2008-2009, 28 684, bijlage bij nr. 188.

⁷³ Kamerstukken 2008-2009, 28 684, nr. 205.

tolerantie en ruimdenkendheid.⁷⁴ Het woord ‘noodzakelijk’ impliceert dat een dringende maatschappelijke behoefte (*‘pressing social need’*) aanwezig is om inbreuk te maken op het in artikel 8 EVRM neergelegde recht. Zo zal een wetgever moeten aangeven:

- dat een beperkende maatregel een reëel maatschappelijk probleem bestrijdt;
- dat de wettelijke maatregel *effectief* kan zijn in de bestrijding van dat maatschappelijke probleem;
- en waarom – in aanvulling op reeds bestaande wettelijke mogelijkheden – *nieuwe* regelgeving noodzakelijk is.

Bij dit laatste dient tevens gekeken te worden naar het *cumulatieve* effect van het samenspel van reeds bestaande wettelijke maatregelen. Dat geldt voornamelijk bij maatregelen die mogelijk gevolgen hebben voor de privacy van burgers. Het Rathenau Instituut heeft op indringende wijze aandacht gevraagd voor deze problematiek: “[...] de bevoegdheidsuitbreidingen [leggen] een steeds omvangrijker deel van het persoonlijke leven bloot[...] [Ze hebben] het potentieel om daarin steeds dieper door te dringen. Dit betekent dat elk van de maatregelen niet meer afzonderlijk op zijn gevolgen kan worden beoordeeld, maar dat tevens moet worden gekeken naar het versterkende effect dat hij heeft op de privacyaantasting van andere maatregelen. Dan zou kunnen blijken dat de gevolgen van een afzonderlijke maatregel nog wel aanvaardbaar zijn, maar dat zij in combinatie met de gevolgen van andere maatregelen een te grote inbreuk op de privacy betekenen”.⁷⁵

Voor de Nederlandse wetgever is een dergelijke plicht opgenomen in aanwijzing 6, eerste lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving: “tot het totstandbrengen van nieuwe regelingen wordt alleen besloten, indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan”. Verder zal een inbreuk slechts dan gerechtvaardigd zijn indien een redelijke verhouding bestaat tussen de ernst van de inbreuk en de zwaarte van het belang dat met de inbreuk wordt gediend (proportionaliteit). Voor de proportionaliteitstoets zal onder andere van belang zijn wie deze maatregelen gaat opleggen, welke procedurele waarborgen worden geschapen, de duur van deze maatregelen. Staten hebben daarbij wel een eigen beoordelingsruimte (*‘margin of appreciation’*). Deze beoordelingsruimte is groter ingeval van maatregelen die betrekking hebben op de nationale veiligheid.⁷⁶ Staten hebben doorgaans ook een grotere beoordelingsruimte indien de bescherming van de publieke moraal in het geding is of in geval van een maatregel in het domein van sociaal-economisch beleid.⁷⁷ Het Hof laat staten daarentegen weinig beoordelingsruimte indien de ‘kern’ van het in het eerste lid van artikel 8 EVRM neergelegde recht aangetast wordt.

⁷⁴ EHRM 7 december 1976, appl. no. 5493/72, NJ 1978, 236 (Handyside), § 49.

⁷⁵ Vedder e.a. (red.), *Van privacyparadijs tot controlestaat? Misdaad- en terreurbestrijding in Nederland aan het begin van de 21ste eeuw*, Den Haag: Rathenau Instituut, 2007, p. 69.

⁷⁶ EHRM 28 oktober 1994, appl. no. 14310/88, NJ 1995, 509 (Murray), § 47.

⁷⁷ EHRM 21 februari 1986, appl. no. 8793/79, NJCM 1986, 546 (James), § 46 en EHRM 17 oktober 1986, appl. no. 9532/81 (Rees), § 37.

Een minder terughoudende opstelling ten aanzien van zogenaamde horizonbepalingen of evaluatiebepalingen op grond waarvan de regelgeving temporeel beperkte geldigheid heeft of op grond waarvan de regelgeving geëvalueerd zal worden verdient aanbeveling.⁷⁸ Heeft de regelgeving ons dat gebracht wat wij ervan hadden verwacht? Blijkt de regelgeving wel effectief te zijn? Beperkt de regelgeving in de praktijk de mensenrechtelijke standaarden niet teveel?

Ik geef wederom een voorbeeld van deze tweede situatie. Enige tijd geleden werd gesproken over de strafbaarstelling van apologie (verheerlijking, vergoelijking, bagatellisering en ontkenning van zeer ernstige misdrijven). Hier kon men zich afvragen of een dergelijke strafbaarstelling een 'noodzakelijke' inmenging in de vrijheid van meningsuiting was gezien de reeds bestaande wetgeving. Zo bestond reeds artikel 131 van het Wetboek van Strafrecht, waarin opruiing strafbaar is gesteld. In het losbladige commentaar op het Wetboek van Strafrecht wordt dit begrip omschreven als "het opwekken van de gedachte aan enig feit, het trachten de mening te vestigen dat dit feit wenselijk of noodzakelijk is en het verlangen op te wekken om het in het leven te doen treden". Zo is in oudere rechtspraak opruiing aangenomen bij het uiting geven aan hoge morele waardering voor een strafbare handeling.⁷⁹ Bovendien kan gewezen worden op de artikelen 137c tot en met 137g van het Wetboek van Strafrecht. Artikel 137d Sr is de kern van deze hatespeech bepalingen; hierin is strafbaar gesteld hij die in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, aanzet tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht of hun hetero- of homoseksuele gerichtheid. Het is derhalve zeker niet uit te sluiten dat uitlatingen die verheerlijking, vergoelijking, bagatellisering of ontkenning van terroristische misdrijven ook vallen binnen het bereik van artikel 131 of artikelen 137c en volgende van het Wetboek van Strafrecht. Men moet zich dan afvragen wat de meerwaarde is van een *nieuwe* strafbaarstelling.

2.2 Handhaafbaarheid van wetgeving in het licht van het EVRM

Indien wordt besloten tot wetgeving dient de wetgevingsjurist zich terdege rekenschap te geven van overwegingen van handhaafbaarheid en uitvoering bij de totstandkoming van nieuwe regelgeving. Ook vanuit een EVRM-perspectief is dit wezenlijk. Voorbeeldige (strikte) regelgeving die niet gehandhaafd wordt omdat in de praktijk van alledag de regelgeving niet te handhaven valt, levert ook vanuit EVRM-perspectief problemen op. Bedacht moet immers worden dat niet-naleving

⁷⁸ Zie tevens de Kabinetsreactie op het advies van de commissie 'Uitdragen kernwaarden van de rechtsstaat' van 5 december 2008 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 29 279, nr. 83, p. 6): "Daarnaast is in de eerder genoemde Nota Vertrouwen in wetgeving het belang van evaluatie van beleid en wetgeving benadrukt en wordt thans gewerkt aan het opzetten van een Clearing house voor wetsevaluatie, zodat een meer systematische praktijk van het evalueren van wetten wordt ingericht en de resultaten van deze evaluaties breed toegankelijk worden gemaakt".

⁷⁹ HR 26 juni 1916, NJ 1916, 703.

van de nationale wet in voorkomende gevallen automatisch een schending van het EVRM oplevert. De zaak Doerga kan dienen als voorbeeld.⁸⁰ Eind januari 1995 werden de telefoongesprekken van Doerga, die op dat moment gedetineerd was in de penitentiaire inrichting te Leeuwarden, afgeluisterd vanwege betrokkenheid bij een onjuiste tip over een ophanden zijnde gewelddadige vluchtpoging. De afgeluisterde telefoongesprekken werden op band opgenomen en bewaard. Het huishoudelijk reglement van de desbetreffende inrichting gaf aan dat de bandopnames “direct” gewist zouden worden. In oktober 1995 kwam een bom tot ontploffing onder de auto van de ex-vriendin van Doerga. De ex-vriendin liep zelf geen ernstig letsel op, maar haar zoon – die bij haar in de auto zat – verloor zijn linkerbeen. Doerga werd verdacht van betrokkenheid bij deze aanslag. Op basis van deze verdenking werden de eerdergenoemde bandopnames in opdracht van de landelijk officier van justitie ter beschikking gesteld van het opsporingsonderzoek inzake de bomaanslag. Doerga werd veroordeeld, mede op basis van de op band opgenomen telefoongesprekken van Doerga met zijn ex-vriendin en met zijn zus (die hij waarschuwde nooit in de buurt van de auto van zijn ex-vriendin te komen). Vervolgens diende Doerga een klacht in bij het EHRM. Hij klaagde over een schending van zijn rechten onder artikel 8 EVRM vanwege het feit dat zijn telefoongesprekken in de penitentiaire inrichting waren afgeluisterd, opgenomen en bewaard. Het Hof was van oordeel dat de regelgeving (circulaire alsook huisregels) onvoldoende helder en gedetailleerd waren wat betreft de omstandigheden waaronder de penitentiaire autoriteiten telefoongesprekken van gedetineerden mochten afluisteren, opnemen en bewaren, als ook wat betreft de te volgen procedures. Dit gebrek aan helderheid kwam bijvoorbeeld tot uitdrukking door de interpretatie die is gegeven aan de notie “direct wissen”. In het onderhavige geval betekende dit dat de bandopnames na meer dan 8 maanden nog niet waren gewist. Met andere woorden, “direct wissen” klinkt vanuit rechtsstatelijk perspectief heel mooi. Maar als tevoren kan worden ingeschat dat deze voorwaarde in de dagelijkse praktijk tot problemen zal leiden, is het weinig zinvol een dergelijke passage op te nemen. Op die manier is het risico van EVRM-schendingen hoog.

2.3 Procedurele (rechts)bescherming

Door de hele jurisprudentie van het Hof zijn voorbeelden te vinden van het grote belang dat in Straatsburg wordt gehecht aan procedurele (rechts)bescherming op nationaal niveau. Ik noem een tweetal voorbeelden.

- ° Bij uitzetting naar het land van herkomst van een vreemdeling kunnen de uitzettende autoriteiten stuiten op artikel 3 EVRM, dat ondermeer een verbod van non-refoulement bevat. De uitzettende autoriteiten zullen in strijd met de vereisten van artikel 3 EVRM handelen indien (a) een asielzoeker heeft aangetoond dat in zijn persoonlijke situatie “substantial

⁸⁰ EHRM, 27 april 2004, Doerga – Nederland (appl. no. 50210/99).

grounds” zijn om te veronderstellen dat sprake is van een “real risk” voor een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling in het land van herkomst⁸¹, of (b) indien de asielzoeker kan aantonen dat hij behoort tot een kwetsbare groep die systematisch wordt getroffen door geweld.^{82 83} Bij deze *non-refoulement* zaken eist het Hof “a full and ex nunc assessment”.⁸⁴ De boodschap is helder: een te marginale toetsingsmogelijkheid voor de bestuursrechter verhoudt zich slecht met de Straatsburgse vereisten. De wetgever heeft gereageerd in de zogenaamde asielbrief van 24 juni 2008 (‘Naar een effectievere asielprocedure en een effectiever terugkeerbeleid’⁸⁵): “Het is wenselijk de mogelijkheid te verruimen om later opgetreden uitzettingsbeletselen in een lopende procedure mee te nemen. Wij stellen dan ook voor om, met het bestaande artikel 83 Vw 2000 als uitgangspunt, het mogelijk te maken dat de rechter rekening houdt met alle relevante omstandigheden en wijzigingen van het recht. Daardoor kan de rechter rekening houden met pas tijdens het beroep beschikbaar gekomen documenten of met tussentijds gewijzigd beleid. [...] De voorgestelde verruiming van het huidige toetsingskader van artikel 83 Vw 2000 versterkt de bestaande toetsing door de rechtbank in het licht van de door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg gestelde eis van een ‘full and ex nunc assessment’ van de vraag of er een beletsel is tegen de uitzetting van de vreemdeling op grond van artikel 3 EVRM”.

- o Bij het gebruik van indringende opsporingsbevoegdheden zal een inmenging in artikel 8 EVRM (denk aan de doorzoeking van een woning) doorgaans slechts proportioneel worden geacht door het Hof indien wettelijk voorzien is dat de opsporingsbevoegdheid slechts kan worden ingezet nadat een voorafgaande (en specifieke) machtiging door een rechter-commissaris is verkregen.⁸⁶ Zo kan ook worden gewezen op de

⁸¹ Met andere woorden, in deze gevallen worden "special distinguishing features" vereist van de vreemdeling (zie o.a. Vilvarajah t. het VK, uitspraak van 30 oktober 1991, appl. nr. 13163/87).

⁸² Salah Sheekh t. Nederland, uitspraak van 11 januari 2007, appl. nr. 1948/04. In de uitspraak in de zaak NA t. het VK (van 17 juli 2008, appl. nr. 25904/07) wordt dit gedeelte van de jurisprudentie als volgt samengevat door het Hof zelf: "The Court's findings in that case as to the treatment of the Ashraf clan in certain parts of Somalia, and the fact that the applicant's membership of the Ashraf clan was not disputed, were sufficient for the Court to conclude that his expulsion would be in violation of Article 3".

⁸³ Recentelijk heeft het EHRM in de zaak F.H. t. Zweden (uitspraak van 20 januari 2009, appl. nr. 32621/06) geoordeeld dat de algemene situatie in Irak onveilig en problematisch is, maar dat deze algemene situatie niet dermate ernstig is dat deze zou leiden tot een schending van artikel 3 EVRM indien de klager daarheen zou worden teruggestuurd. Volgens het EHRM kan de algemene veiligheidssituatie in een land van herkomst dusdanig zijn dat elke uitzetting naar dit land noodzakelijkerwijs een schending van artikel 3 EVRM zou opleveren. Het EHRM tekent daarbij aan dat het een zodanige benadering alleen zou volgen in de meest extreme gevallen van algemeen geweld.

⁸⁴ Salah Sheekh t. Nederland, uitspraak van 11 januari 2007, appl. nr. 1948/04, § 136.

⁸⁵ Kenmerk 5525460/08/DVB.

⁸⁶ EHRM 9 december 2004, appl. no. 41872/98, NJB 2005, nr. 137 (Van Rossem).

recente uitspraak van het Hof in de zaak Sanoma.⁸⁷ Het Hof merkt op dat het verontrustend is dat de bevoegdheid in artikel 96a Sv om inbeslagneming te vorderen toekomt aan een opsporingsambtenaar, en niet, zoals in het oude artikel 105 Sv, aan de rechter-commissaris.

Verder komt dit belang van procedurele rechtsbescherming tot uiting in de tekst van artikel 13 EVRM: er dient een effectief nationaal rechtsmiddel voorhanden te zijn indien een persoon een “arguable” klacht heeft dat zijn rechten onder het EVRM zijn geschonden. Deze bepaling legt de wetgever derhalve de verplichting op om stelselmatig aandacht te besteden aan toegang tot de rechter indien een wetsvoorstel mensenrechtelijke aspecten bevat. Artikel 13 EVRM is een uiting van het subsidiaire karakter van het Straatsburgse mechanisme. De wetgever dient er zorg voor te dragen dat de nationale rechtsorde de primaire EVRM-bescherming biedt. In de diverse landen van de Raad van Europa valt op dat vlak nog een verbeteringslag te maken. Dit is ook een kwestie die men zich op Straatsburgs niveau aantrekt (voornamelijk in het licht van de overweldigende werklust van het EHRM). In 2004 werd een aanbeveling aangenomen door het Comité van Ministers van de Raad van Europa⁸⁸ waarin lidstaten werden opgeroepen de nationale rechtsmiddelen te verbeteren: “Recommends that member states [...] ascertain, through constant review, in the light of case-law of the Court, that domestic remedies exist for anyone with an arguable complaint of a violation of the Convention, and that these remedies are effective [...]; review, following Court judgments which point to structural or general deficiencies in national law or practice, the effectiveness of the existing domestic remedies and, where necessary, set up effective remedies, in order to avoid repetitive cases being brought before the Court [...]”. De aanbeveling voorziet tevens in een mogelijkheid voor lidstaten om de assistentie in te roepen van de Raad van Europa bij de implementatie van deze aanbeveling. Tot nu toe is slechts twee maal gebruik gemaakt van deze mogelijkheid: in 2006 riep Slovenië hulp in bij het ontwerpen van een wetsvoorstel inzake rechtsherstel bij overschrijding van de redelijke termijn én Servië heeft assistentie gevraagd bij een wetsvoorstel waarin het constitutionele gerechtshof een nieuwe rol kreeg als appelinstantie bij mensenrechtelijke zaken. Verbetering van nationale rechtsmiddelen heeft een bijzondere betekenis gekregen ten aanzien van nationaal rechtsherstel bij overschrijding van de redelijke termijn in rechterlijke procedures. Dat is gedeeltelijk verklaarbaar door het volume van redelijke termijnzaken in Straatsburg. In 2007 had bijna 18,5% van de uitspraken van het Hof betrekking op het vereiste van berechting binnen een redelijke

⁸⁷ EHRM 31 maart 2009, appl. no. 38224/03 (Sanoma), § 62: “It is disquieting that the prior involvement of an independent judge is no longer a statutory requirement”. Zie eveneens de forse *dissenting opinion* van de Ierse rechter Power in deze zaak. Zij omschrijft de destijds van toepassing zijnde regelgeving als ‘draconisch’...

⁸⁸ Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session).

termijn.⁸⁹ Het Hof zelf heeft daarbij een rechtstreeks verband gelegd met gebrekkige rechtsbescherming op nationaal niveau. In de Scordino uitspraak stelt het Hof: “[T]he reason why [the Court] has been led to rule on so many length-of-proceedings cases is because certain Contracting Parties have for years failed to comply with the “reasonable-time” requirement under Article 6 § 1 and have not provided for a domestic remedy for this type of complaint”.⁹⁰ Reeds in 2000 had het Hof dit aspect van de problematiek onder de aandacht gebracht door in de Poolse zaak Kudla een schending van artikel 13 EVRM te constateren wegens het ontbreken van een nationaal rechtsmiddel tegen overschrijdingen van de redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM.⁹¹ Sindsdien heeft het onderwerp in meerdere gremia aandacht gekregen. Het Hof zelf heeft in de bekende Scordino uitspraak zelf enige handvaten gegeven hoe een dergelijk nationaal rechtsmiddel gestalte zou moeten krijgen: “[S]ome States [...] have understood the situation perfectly by choosing to combine two types of remedy, one designed to expedite the proceedings and the other to afford compensation”.⁹² Enige maanden later heeft ook de Venice Commission van de Raad van Europa (adviesorgaan van de Raad van Europa over constitutionele aangelegenheden, waarin Pieter van Dijk het Nederlandse lid is) zich uitgesproken over de materie.⁹³ Opvallend is dat de Venice Commission ten aanzien van een preventief middel (mogelijkheid om een termijnoverschrijding te voorkomen door een versnelling van de procedure te bewerkstelligen) verder ging dan het Hof in de Scordino zaak: “While the payment of pecuniary compensation must be granted in cases where undue delays have occurred pending the possibly necessary reforms and improvements of the judicial systems and practices, it should not be regarded or accepted as a form of fulfilment of the obligations stemming from Article 6 and from Article 13 of the Convention. The Venice Commission considers therefore that Council of Europe member States should provide in the first place adequate procedural means of ensuring that cases are processed by courts in a foreseeable and optimum manner. These procedural means respond in the first place to the obligation of securing the reasonable time requirement”.⁹⁴ In maart van dit jaar heeft de hierboven (in § 1.7) reeds genoemde *Groupe de Reflection* voorgesteld om een nieuw Raad van Europa instrument op te stellen inzake nationale rechtsmiddelen tegen overschrijdingen van de redelijke termijn.⁹⁵ Deze materie heeft ook gevolgen voor Nederland. Het bestuursrecht kent geen specifieke wettelijke grondslag voor het toekennen van schadevergoeding als gevolg van rechterlijke

⁸⁹ Zie het Annual Report 2007 of the European Court of Human Rights, Table of violations by Article and by country.

⁹⁰ EHRM 29 maart 2006, Scordino t. Italië (No. 1) (appl. no. 36813/97), § 174-175.

⁹¹ EHRM, 26 oktober 2000, Kudla t. Polen (appl. no. 30210/96), § 147-149.

⁹² EHRM 29 maart 2006, Scordino t. Italië (No. 1) (appl. no. 36813/97), § 186.

⁹³ Rapport van december 2006; doc. CDL-AD(2006)036rev. Het rapport is gereproduceerd in: *Can excessive length of proceedings be remedied?*, Science and Technique of Democracy Collection No. 44, CE Publishing, 2007.

⁹⁴ Ibidem, § 237-238.

⁹⁵ Zie doc. DH-S-GDR(2009)012 Addendum van 11 maart 2009, § 9-14. Zie eveneens het zeer informatieve Secretariaatsdocument: DH-S-GDR(2009)001 van 8 januari 2009.

termijnoverschrijdingen. In het civiele recht kennen we weliswaar de actie uit onrechtmatige rechtspraak, maar de jurisprudentie van de Hoge Raad is strikt. Er dienen bij de voorbereiding van de beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen te zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.⁹⁶ Met name in het strafrecht⁹⁷ en in het bestuursrecht⁹⁸ heeft de rechter een actieve rol op zich genomen om dit gemis aan een wettelijke regeling te compenseren. Toch is onlangs besloten om ook in Nederland werk te maken van een wetsvoorstel rechtsherstel bij overschrijding van de redelijke termijn. In dat kader zal de wetgever onder andere een keuze moeten maken of men termijnen en bedragen wil fixeren, hoe men de procedure wil inrichten (en welke rechter oordeelt over de vraag of de redelijke termijn is overschreden), en wat gedaan kan worden ten aanzien van 'preventieve' rechtsmiddelen.⁹⁹

Tot slot zou ik graag de aandacht willen vestigen op twee andere kwesties die mogelijk in de toekomst voor de wetgever een steeds grotere significantie zullen krijgen als het gaat om het vraagstuk van het verankeren van procedurele rechtsbescherming: (a) de opkomst van het bestuursrechtelijke instrumentarium waarbij wordt voorzien in de mogelijkheid tot het opleggen van bestuurlijke boetes die als een 'criminal charge' moeten worden gekwalificeerd, en (b) het gebruik van materiaal afkomstig van de AIVD of een andere inlichtingen- of veiligheidsdienst als bewijsmateriaal in rechterlijke procedures.

In de eerste plaats kort aandacht voor de opkomst van het bestuursrechtelijke instrumentarium waarbij wordt voorzien in de mogelijkheid tot het opleggen van bestuurlijke boetes die als een 'criminal charge' moeten worden gekwalificeerd tot gevolg hebbend dat 'strafrechtelijke' waarborgen moeten zijn ingebouwd in bestuursrechtelijke rechtsbescherming. In deze zin liggen meerdere gedachten besloten: (a) bestuursrechtelijke maatregelen zijn in opkomst, (b) deze

⁹⁶ Deze jurisprudentielijn is onlangs bekritiseerd door het gerechtshof 's-Gravenhage (LJN: BH3856, 24 februari 2009), zie met name r.o. 4.8.

⁹⁷ Zie o.a. HR 17 juni 2008 (LJN: BD2578), waarin regels worden neergelegd over matiging van de op te leggen straf bij overschrijding van de redelijke termijn (in deze uitspraak heeft de Hoge Raad niet-ontvankelijkheid van het OM als 'sanctie' uitgesloten). Deze jurisprudentie biedt derhalve geen rechtsherstel in geval van vrijspraak of OVAR.

⁹⁸ Zie voor schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn o.a. ABRS 24 december 2008 (LJN: BG8294, met noot van L.J.A. Damen in *Ars Aequi* 2009, p. 244 ev) en CRvB 26 januari 2009 (LJN: BH1009). Zie voor vermindering van de opgelegde boete bij overschrijding redelijke termijn o.a.: HR 22 april 2005 (LJN: AT4464), CBb 03 juli 2008 (LJN: BD6635), HR 19 december 2008 (LJN: BD0191).

⁹⁹ Momenteel kan gewezen worden op artikel 20 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat de rechter voorschrijft te waken tegen onredelijke vertraging van de procedure en zondig (op verzoek of ambtshalve) maatregelen treft. Partijen kunnen door middel van een brief aan de griffie van het gerecht op spoedige afdoening aandringen.

bestuursrechtelijke maatregelen schuren dicht tegen het strafrecht aan¹⁰⁰, en (c) het gevolg hiervan is dat ‘strafrechtelijke’ waarborgen moeten zijn ingebouwd in bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

De indruk bestaat dat de wetgever steeds vaker een beroep doet op een bestuursrechtelijk instrumentarium ter handhaving van nieuwe normen. Het strafrecht is bij uitstek een *ex post facto* instrument. Het strafrecht wordt in de regel geactiveerd *nadat* een feitelijke gebeurtenis reeds heeft plaatsgevonden. Nu zal het de autoriteiten er vaak om te doen zijn om bepaald maatschappelijk onwenselijk gedrag te *voorkomen*. Terroristen wegens gepleegde strafbare feiten vervolgen is minder aantrekkelijk dan de terroristische aanslag trachten te voorkomen. Er zijn twee manieren waarop de wetgever heeft gereageerd. In de eerste plaats is het moment waarop het strafrecht geactiveerd kan worden naar voren geschoven in de tijd. Meest markante voorbeeld: de strafbaarstelling van de voorbereidingshandelingen. In de tweede plaats heeft het strafrecht ingeboet aan belang en is gekozen voor het bestuursrechtelijke instrumentarium. En dat blijft allang niet meer beperkt tot maatregelen in de bestrijding van het terrorisme, denk aan maatregelen in de bestrijding van voetbalvandalisme en ernstige overlast, of de aanpak van zogenaamde 12-minners die verantwoordelijk zijn voor ernstige overlast maar nog niet strafrechtelijk aansprakelijk zijn volgens de wet. Dit betekent een toename van bestuursrechtelijke regelgeving, waarin maatregelen worden geïntroduceerd die gekwalificeerd moeten worden als ‘criminal charge’ in de autonome betekenis van artikel 6 EVRM (denk aan de bestuurlijke boete). Dat heeft tot gevolg dat ‘strafrechtelijke’ waarborgen moeten zijn ingebouwd in bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Denk bijvoorbeeld aan de cautieplicht en het nemo tenetur beginsel (niemand kan worden gedwongen aan zijn eigen veroordeling mee te werken). Geldt bijvoorbeeld het zwijgrecht voor een onderneming bij een bedrijfsbezoek van de Nma en hoe moet in een daaropvolgende rechterlijke procedure worden omgegaan met zelfbelastende verklaringen die tot stand zijn gekomen als gevolg van de medewerkingsplicht ex artikel 5:20 Awb? Vooralsnog regelt de wetgever dergelijke situaties niet. In de Vierde Tranche Awb wordt hierover wel een bepaling opgenomen, en wel artikel 8:28a Awb wanneer het verhoor plaatsvindt bij de bestuursrechter. Dit is slechts één denkbare situatie waarin de wetgever strafrechtelijke waarborgen analoog moet gaan toepassen bij het bieden van bestuursrechtelijke rechtsbescherming teneinde te voldoen aan de vereisten van artikel 6 EVRM.

Ten slotte een enkel woord over het gebruik van materiaal afkomstig van de AIVD of een andere inlichtingen- of veiligheidsdienst als bewijsmateriaal in rechterlijke procedures. Vroeger bestond een strikte scheiding tussen het inlichtingencircuit en het judiciële domein. Echter, in toenemende mate wordt AIVD-materiaal tegenwoordig wel gebruikt in rechterlijke procedures. In het strafprocesrecht kan

¹⁰⁰ Zie ook de recente nota van het kabinet waarin voor toekomstige wet- en regelgeving de uitgangspunten worden geschetst voor de keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving (Kamerstukken II 2008-2009, 31 700 VI, nr. 69).

gewezen worden op de wet afgeschermdde getuigen die op 1 november 2006 in werking is getreden¹⁰¹, in het bestuursrecht (inclusief het vreemdelingenrecht) kan gewezen worden op de toepassing van artikel 8:29 Awb en artikel 87 Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002¹⁰² en de voor het EHRM aanhangige zaak R.¹⁰³, en in het burgerlijk procesrecht vormt de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Staat / Meinen (aangaande de voormalige omwonenden van Ayaan Hirsi Ali) een illustratief voorbeeld van de materie¹⁰⁴. Een absoluut verbod op het gebruik van AIVD-materiaal in rechterlijke procedures lijkt om meerdere redenen onwenselijk. Het zou de effectieve berechting van personen verdacht van betrokkenheid bij terrorisme ernstig bemoeilijken. Het publiek zou het naar alle waarschijnlijkheid onbegrijpelijk vinden dat hoogst relevant bewijsmateriaal dat in handen is van een overheidsdienst niet wordt gedeeld met de rechterlijke macht. Een absoluut verbod op het gebruik van AIVD-materiaal in rechterlijke procedures lijkt ook niet noodzakelijk vanuit EVRM-perspectief. In de Al-Nashif zaak oordeelde het EHRM: “Where national security considerations are involved certain limitations on the type of remedies available to the individual may be justified [...] Article 13 requires a remedy ‘as effective as it can be’ ”.¹⁰⁵ Ook de *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on human rights and the fight against terrorism* uit 2002 stellen dat “the imperatives of the fight against terrorism may . . . justify certain restrictions to the right of defence, in particular with regard to: . . . (ii) the arrangements for access to the case-file”.¹⁰⁶ Tegelijkertijd roept het gebruik van AIVD-materiaal ontegenzeggelijk mensenrechtelijke vragen op die

¹⁰¹ Zie de toelichting bij dit wetsvoorstel (Kamerstukken 2003-2004, 29 743, nr. 3). Voorafgaande aan het wetsvoorstel hadden enkele rechterlijke uitspraken zich met deze materie beziggehouden; zie bijvoorbeeld rechtbank Rotterdam van 18 december 2002 (LJN AF2141) en gerechtshof 's-Gravenhage van 21 juni 2004 (LJN AP2058). Bewust is gekozen voor een constructie die lijkt op het verhoor van de bedreigde getuige. Dat betekent dat het verhoor van de afgeschermdde getuige in handen is gesteld van een onafhankelijke rechter die de taak heeft het tekort aan participatie van de verdediging te compenseren. Ook zal de rechter gebonden zijn aan bijzondere motiveringsverplichtingen. Ten slotte moet bedacht worden dat een veroordeling niet uitsluitend en zelfs niet in beslissende mate gebaseerd mag worden op een verklaring van de afgeschermdde getuige.

¹⁰² Zie hierover uitgebreider M. Kuijper, “From Lawless to a human rights approach in the fight against terrorism: the Council of Europe standards”, in: S. Parmentier & H. Wermölder, *Fundamental rights and fundamental responsibilities*, Antwerp – Oxford – New York: Intersentia, verwacht.

¹⁰³ De zaak betreft een persoon die door de AIVD wordt beschouwd als een gevaar voor de nationale veiligheid vanwege betrokkenheid bij terroristische activiteiten. Betrokkene ziet het als zijn islamitische plicht actief deel te nemen aan de gewelddadige Jihad. De Nederlandse regering is voornemens betrokkene uit te zetten. Voor het Hof speelt de vraag of daadwerkelijke uitzetting strijdig zou zijn met de vereisten van artikel 3 EVRM (appl. no. 25424/05).

¹⁰⁴ HR 20 oktober 2006.

¹⁰⁵ EHRM, 20 juni 2002, Al-Nashif t. Bulgarije (appl. no. 50963/99), § 136. In de recente uitspraak van het Hof in de zaak A. t. het VK van 19 februari 2009 (appl. no. 3455/05) moest het Hof ook oordelen over de effectiviteit van nationale rechtsmiddelen in een terroristische context. Het Hof concludeerde dat civiele en bestuursrechtelijke rechtsmiddelen voorhanden waren om te klagen over detentieomstandigheden en dat artikel 13 niet vereist “[...] a remedy allowing a challenge to primary legislation before a national authority on the ground of being contrary to the Convention”.

¹⁰⁶ Aanvaard op 11 juli 2002 bij de 804e vergadering van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, Principle IX, § 3.

voornamelijk betrekking hebben op het recht op een eerlijk proces, equality of arms, het recht op adversarial proceedings, de rechten van de verdediging, et cetera. Mijn verwachting is dat de wetgever in de toekomst nog geconfronteerd zal worden met deze materie.

2.4 Positieve verplichtingen

Onder het EVRM rusten primair ‘negatieve’ verplichtingen op staten: de overheid dient zich te onthouden van optreden dat een inbreuk maakt op de vrijheidssfeer van een burger. In de jurisprudentie van het Hof zijn echter in toenemende mate ook positieve verplichtingen aanvaard¹⁰⁷; in dat geval wordt juist wel van de overheid verwacht dat deze actief ingrijpt in het maatschappelijk verkeer. In het laatstgenoemde geval ontstaat staatsaansprakelijkheid onder het EVRM indien een overheid *niet* heeft ingegrepen. De grens tussen positieve verplichtingen en negatieve verplichtingen is niet altijd scherp te trekken. In oudere jurisprudentie van het Hof was een duidelijk ander toetsingscriterium te vinden. Bij positieve verplichtingen hanteerde het Hof een ‘fair balance’ test waarbij het een ruime margin of appreciation liet aan de lidstaten. Tegenwoordig is het leerstuk van de positieve verplichtingen stevig verankerd in de Straatsburgse jurisprudentie en is het toetsingsschema van het Hof bij beide soorten verplichtingen grofweg hetzelfde.¹⁰⁸ Dat is bijvoorbeeld terug te vinden bij immigratiezaken onder artikel 8 EVRM. Vroeger kon men een duidelijk verschil zien tussen enerzijds de toelating van een vreemdeling om gezinshereniging mogelijk te maken (positieve verplichting) en anderzijds de inmenging van de autoriteiten in het familieleven van een vreemdeling bij eventuele uitzetting (negatieve verplichting). Dat onderscheid is vervaagd in de Straatsburgse jurisprudentie.

Er zijn meerdere voorbeelden van positieve verplichtingen in de Straatsburgse jurisprudentie die minder relevant zijn voor de wetgever, bijvoorbeeld de plicht voor de autoriteiten om een effectief onafhankelijk onderzoek in te stellen bij vermeende schending van sommige EVRM-bepalingen¹⁰⁹, de plicht voor autoriteiten om

¹⁰⁷ Het Hof introduceerde dit concept in de Marckx-zaak betreffende artikel 8 EVRM: “[...] it does not merely compel the State to abstain from such interference; in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective ‘respect’ for family life” (EHRM, 13 juni 1979, Marckx t. België (Series A-31), § 31).

¹⁰⁸ R.A. Lawson, “Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de ‘fair balance’-test”, in: *NJCM-Bulletin* 1995, pp. 558-573 en 727-750.

¹⁰⁹ Zie bijvoorbeeld in het kader van artikel 2 EVRM: McCann t. het VK, 27 september 1995 (Serie A-324) en Ramsahai t. Nederland, 15 mei 2007 (appl. no. 5446/03). Zie bijvoorbeeld voor artikel 3 EVRM: Labita t. Italië, 6 april 2000 (appl. no. 26772/95).

informatie te verschaffen¹¹⁰, of de plicht voor autoriteiten om beschermende maatregelen te treffen¹¹¹.

Echter, er bestaan ook positieve verplichtingen die zich rechtstreeks richten tot de wetgever. In de zaak X. en Y. tegen Nederland moest het Hof oordelen over het feit dat het seksueel misbruik van een wilsonbekwame minderjarige slechts via privaatrechtelijke wijze kon worden gesanctioneerd. Het Hof bemoeide zich – bij wijze van uitzondering – met de vraag welk middel de wetgever had moeten kiezen om een bepaald fenomeen te reguleren: “The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions”.¹¹² De Nederlandse wetgever handelde nog voordat het EHRM uitspraak had gedaan.¹¹³ Ook kan een wetgever verplicht zijn de toepasselijke wetgeving te wijzigen omdat de verdragsschending rechtstreeks voortvloeit uit het enkele bestaan van de desbetreffende wetgeving. Zo achtte het Hof het EVRM geschonden omwille van het enkele bestaan van wetgeving op grond waarvan vrijwillige homoseksuele handelingen tussen jonge mannen strafbaar waren gesteld.¹¹⁴

Meer in het algemeen kan een verplichting op de overheid rusten om wetgeving in te stellen teneinde naleving van de vereisten van het EVRM te garanderen. In het kader van de volksgezondheid kan specifiek worden gewezen op de uitspraak van het Hof in de zaak Öneriyildiz.¹¹⁵ In deze zaak kwamen negen familieleden van Öneriyildiz om het leven na een gasexplosie in een sloppenwijk gebouwd aan de rand van een vuilnisbelt. Het Hof was van oordeel dat artikel 2 EVRM (mede) was geschonden omdat de staat verzuimd had om een wettelijk en administratief-rechtelijk kader in te stellen om effectief op te kunnen treden tegen bedreigingen van het recht op leven. Het Hof gaf daarbij aan dat er een bijzondere plicht bestond voor de overheid/wetgever om op te treden in de context van gevaarlijke activiteiten, waarbij speciale nadruk dient te liggen op regelgeving m.b.t.

¹¹⁰ Bijvoorbeeld: Öneriyildiz t. Turkije, 30 november 2004 (appl. no. 48939/99) over gevaren voor de volksgezondheid; Guerra t. Italië, 19 februari 1998 (appl. no. 14967/89) over gevaren voor de volksgezondheid; Gaskin t. het VK, 7 juli 1989 (appl. no. 10454/83) over persoonlijk dossier van een kind dat is opgenomen in een pleeggezin.

¹¹¹ Bijvoorbeeld: Osman t. het VK, 28 oktober 1998 (appl. no. 23452/94). Indien de autoriteiten kennis hebben of kennis behoren te hebben van “the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party” dienen zij elke redelijke maatregel te nemen teneinde dit gevaar te neutraliseren.

¹¹² X. & Y. t. Nederland, 26 maart 1985 (appl. no. 8978/80), § 27. Zie meer recentelijk: Janković t. Kroatië, 5 maart 2009 (appl. no. 38478/05), waarin het Hof eveneens oordeelde dat adequate juridische bescherming geboden moest worden via het strafrecht en niet via het privaatrecht.

¹¹³ Wet van 27 februari 1985, Staatsblad 1985, 115.

¹¹⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 22 oktober 1981, Dudgeon t. het VK, Serie A-45.

¹¹⁵ Öneriyildiz t. Turkije, 30 november 2004 (appl. no. 48939/99).

vergunningen, vestiging, exploitatie, veiligheid, controle en preventieve maatregelen om het leven van burgers te beschermen.

In het kader van de rechterlijke organisatie kan bijvoorbeeld worden verwezen naar de uitspraak van het Hof in de zaak Scordino¹¹⁶, waarin het Hof stelde: “Article 6 § 1 imposes on the Contracting States the duty to organise their judicial systems in such a way that their courts can meet each of its requirements”. Dat betekent bijvoorbeeld dat men bij wetgeving betreffende rechtsbijstand moet zorgen dat het recht op toegang tot de rechter afdoende gewaarborgd is in het wettelijk stelsel.¹¹⁷

Voor het privaatrecht kan worden gewezen op de zaak Pla en Puncernau¹¹⁸ over discriminatoire behandeling van biologische en geadopteerde kinderen in een testamentaire clause. Het Hof gaf toe dat het theoretisch gezien geen zuiver privaatrechtelijke geschillen hoeft te beslechten. Toch zal het Hof ingrijpen indien (de interpretatie van een nationaal gerecht van) een juridische bepaling onredelijk, willekeurig of, zoals in casu, strijdig met het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM en, meer in het algemeen, met de onderliggende beginselen van het Verdrag, voorkomt. Meer recentelijk paste het Hof deze benadering ook toe in een Zweedse zaak, waarin het huurders volgens de huurovereenkomst niet was toegestaan om zonder toestemming zonweringen, (schotel)antennes en dergelijke aan te brengen aan de woning. Gezien de specifieke feiten van de zaak oordeelde het Hof dat de huurovereenkomst niet door de beugel kon.¹¹⁹ In de uitspraak werd de staatsaansprakelijkheid van de Zweedse autoriteiten gekoppeld aan de (onjuiste) interpretatie van de overheidsrechter van de privaatrechtelijke overeenkomst. Maar hieruit kan worden afgeleid dat een wetgever er verstandig aan doet zich te bemoeien met privaatrechtelijke relaties indien mensenrechten in het gedrang dreigen te komen.

2.5 Eigendomsrecht

Bij het voeren van sociaal-economisch beleid of bij grote ruimtelijke ordeningsprojecten zal een overheid al snel te maken krijgen met het eigendomsrecht zoals dit is neergelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol.¹²⁰

¹¹⁶ Scordino t. Italië (No. 1), 29 maart 2006 (appl. no. 36813/97), § 183.

¹¹⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM, 9 oktober 1979, Airey t. Ierland (Series A-32), § 25: “[...] fulfilment of a duty under the Convention necessitates some positive action on the part of the State; in such circumstances, the State cannot simply remain passive and there is no room to distinguish between acts and omissions [...] The obligation to secure an effective right of access to the courts falls into this category of duty”.

¹¹⁸ EHRM, 13 juli 2004, Pla en Puncernau t. Andorra (appl. no. 69498/01).

¹¹⁹ EHRM, 16 december 2008, Khurshid Mustafa en Tarzibachi t. Zweden (appl. no. 23883/06). Overigens wil ik één rechtsoverweging de lezer niet onthouden. In § 47 merkt het Hof op dat het verbod op het plaatsen van schotelantennes niet gerechtvaardigd werd door esthetische overwegingen: “[...] it should be mentioned that the applicants' flat was located in one of the suburbs of Stockholm, in a tenement house with no particular aesthetic aspirations”.

¹²⁰ Zie voor meer achtergrondinformatie o.a. J.P. Loof, H. Ploeger & A. van der Steur (red.), *The right to property – the influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker Publishing, 2000.

Doorgaans zal een wetsvoorstel niet snel strijdig zijn met het EVRM, maar de wetgevingsjurist moet wel zorg dragen voor een deugdelijke motivering bij het wetsvoorstel. Dat laatste zorgt regelmatig voor kritiek van de Raad van State. Om die reden zal ik enige aandacht besteden aan enkele veelvoorkomende vragen.

Als eerste stap dient te worden bekeken of de wetgever ‘eigendom’ reguleert in de autonome betekenis van het EVRM. Het begrip ‘eigendom’ is in de Straatsburgse jurisprudentie zeer ruim. Zo is het niet beperkt tot eigendom van stoffelijke zaken: ook rechten en belangen die een economische waarde vertegenwoordigen, kunnen onder het begrip eigendom vallen.¹²¹ Het begrip is niet beperkt tot privaatrechtelijke eigendom, maar kan ook aanspraken met een publiekrechtelijke grondslag omvatten, bijvoorbeeld een aanspraak op een sociale zekerheidsuitkering.¹²² Financiële belangen verbonden aan de uitoefening van economische activiteiten worden eveneens gekwalificeerd als eigendom, te weten: goodwill¹²³, cliëntèle¹²⁴, of ‘legitieme verwachtingen’ die een ondernemer mocht koesteren op basis van overheidshandelen.¹²⁵ Tevens is onder andere als ‘eigendom’ gekwalificeerd: grond¹²⁶, illegale doch gedoogde bouwwerken¹²⁷, het recht om te verhuren¹²⁸, aandelen¹²⁹, een patent¹³⁰, een door de rechter of arbiter erkende claim tegen de staat¹³¹, een van rechtswege erkende vordering uit onrechtmatige daad¹³², een zekerheidsrecht¹³³, een vergunning¹³⁴ en een aanvraag merkdepot¹³⁵. In beginsel valt toekomstig, nog te verwerven eigendom *niet* onder het bereik van artikel 1 van het Eerste Protocol.¹³⁶

Als tweede stap zal bekeken moeten worden of het wetsvoorstel een ‘inmenging’ in het ongestoorde eigendomsrecht inhoudt. In zijn algemeenheid moet worden gezegd dat het Hof al snel een inmenging aanneemt. Er is reeds sprake van een inmenging indien “the possibility of exercising the right to property” de facto

¹²¹ Zie o.a. EHRM, 23 februari 1995, Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH t. Nederland (Serie A-306B).

¹²² EHRM, 16 september 1996, Gaygusuz t. Oostenrijk (Reports of Judgments and Decisions 1996-IV No. 14).

¹²³ EHRM, 26 juni 1986, Van Marle t. Nederland (Serie A-101), § 41-42.

¹²⁴ EHRM, 26 juni 1986, Van Marle t. Nederland (Serie A-101), § 41 en EHRM 25 maart 1999, Iatridis t. Griekenland, § 54.

¹²⁵ EHRM, 29 november 1991, Pine Valley t. Ierland (Serie A-222), § 51.

¹²⁶ EHRM 23 november 2000, Voormalige koning van Griekenland t. Griekenland, appl. no. 25071/94.

¹²⁷ EHRM 18 juni 2002, Öneriyildiz t. Turkije, appl. no. 48939/99, § 140-142.

¹²⁸ EHRM 19 december 1989, Mellacher t. Oostenrijk (Serie A-169)

¹²⁹ ECRM 12 december 1993, Bramelid en Malmström t. Zweden, D&R 38, 18. De bepaling kan ook een rol spelen bij aantasting van het bijbehorende stemrecht: EHRM 25 juli 2002, Sovtransavto t. Oekraïne, appl. no. 48553/99.

¹³⁰ EHRM 6 juli 2004, Smith Kline en French Laboratories Ltd. t. Nederland, appl. no. 64512/01.

¹³¹ EHRM 9 december 1994, Stran Greek Refineries t. Griekenland, § 59-62.

¹³² EHRM 20 november 1995, Pressos Compania Naviera SA e.a. t. België, § 31.

¹³³ EHRM 23 februari 1995 Gasus Dosier- en Fördertechnik t. Nederland, § 53.

¹³⁴ EHRM 8 april 2008, Megadat.com t. Moldavië, appl. no. 21151/04.

¹³⁵ EHRM 11 oktober 2005, Anheuser-Busch t. Portugal, appl. no. 73049/01.

¹³⁶ EHRM, 13 juni 1979, Marckx t. België (Serie A-31), § 50.

aanzienlijk beperkt wordt.¹³⁷ In dat geval zal de wetgever moeten bepalen of in het onderhavige geval sprake is van ‘regulering’ van eigendom danwel ‘ontneming’ van eigendom. Hierbij is van belang om op te merken dat het Hof eveneens ‘ontneming’ van eigendom constateert indien sprake is van “de facto taking of property”.¹³⁸

Als derde stap – en voor de wetgevingsjurist de meest belangrijke – dient te worden beargumenteerd waarom de inmenging in het ongestoorde genot van het eigendomsrecht proportioneel is. Het Hof zal acht slaan op de volgende factoren:

- (a) het algemeen belang dat gediend is door de inbreukplegende maatregel
Uitgangspunt is dat het EHRM de Verdragsstaten een zeer ruime beleidsvrijheid laat. Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat de *margin of appreciation* van de wetgever op het terrein van de tenuitvoerlegging van sociaal-economisch beleid zeer ruim is.¹³⁹ Ten aanzien van kwesties op het terrein van ‘social justice’ zal het EHRM de keuze van de nationale wetgever respecteren tenzij de nationale beleidskeuzes “manifestly without reasonable foundation” zijn.
- (b) de proportionaliteit tussen de inbreukmakende maatregel in verhouding tot het nagestreefde algemeen belang
Ook hier geldt dat het EHRM de Verdragsstaten doorgaans een ruime *margin of appreciation* laat. In de zaak AGOSI stelde het EHRM: “The State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question”.¹⁴⁰
- (c) de procedurele waarborgen voor de betrokkenen (wederom het belang van adequate rechtsbescherming, maar ook of sprake is van een overgangs-regime)
Meer waarde hecht het Hof aan de procedurele waarborgen die in de wetgeving zijn neergelegd voor eventueel gedupeerden. De maatregelen moeten zijn neergelegd in toegankelijke en precieze wetgeving¹⁴¹. Verder mogen de maatregelen niet arbitrair zijn en moeten de totstandkoming en de toepassing van de maatregelen zijn onderworpen aan eerlijke en behoorlijke procedures op bestuurlijk niveau. Ook rechtsbescherming zal in dit kader weer een belangrijke rol spelen. En indien van toepassing de vraag of de wetgever heeft voorzien in een overgangstermijn zodat burgers hun gedrag kunnen aanpassen aan de nieuwe regelgeving.

¹³⁷ EHRM, 23 september 1982, Sporrang & Lönnroth t. Zweden (Serie A-52), § 60.

¹³⁸ EHRM, 28 oktober 1999, Brumarescu t. Roemenië (appl. no. 28342/95), § 76.

¹³⁹ EHRM, 19 december 1989, Mellacher t. Oostenrijk (Serie A-169), § 45.

¹⁴⁰ EHRM, 24 oktober 1986, AGOSI t. het VK (Serie A-108), § 52.

¹⁴¹ EHRM, 9 november 1999, Spacek t. Tsjechië, § 54: “The Court considers that when speaking of ‘law’, Article 1 of Protocol No. 1 alludes to the same concept to be found elsewhere in the Convention, a concept which comprises statutory law as well as case-law. It implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability”.

- (d) (in geval van ontneming van eigendom) de maatregelen ter compensatie van geleden verlies

In geval sprake is van 'ontneming' van eigendom zal het niet aanbieden van compensatie slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden niet in strijd zijn met artikel 1 van het Eerste Protocol.¹⁴² Dit betekent echter niet dat altijd sprake moet zijn van een volledige schadeloosstelling. Het EHRM neemt als uitgangsprincipe dat een "redelijke verhouding" moet bestaan tussen de schade en de hoogte van de compensatie.¹⁴³ Op terreinen gerelateerd aan 'social justice' geldt dat het EHRM genoegzaam neemt met lagere schadeloosstellingen.¹⁴⁴ Bij de beoordeling van de redelijkheid van de geboden compensatie zal het EHRM ook rekening houden met het risico dat inherent is aan commerciële bedrijfsuitoefening.¹⁴⁵

Het EHRM laat verdragspartijen in beginsel een ruime *margin of appreciation* en constateert zelden een schending.¹⁴⁶ Toch kan een wetgever tegen de lamp lopen: onteigening en regulering van eigendom moet ordentelijk bij wet worden geregeld met een deugdelijke motivering waarom de inmenging proportioneel is. Daarbij moet de wetgever voorkomen dat langere tijd onduidelijkheid blijft bestaan over de omvang van een eigendomsrecht, terwijl eveneens van belang kan zijn dat de wetgever voorziet in een overgangstermijn zodat burgers hun gedrag kunnen aanpassen aan de nieuwe regelgeving. Ten slotte moet de wetgever voorkomen dat nieuwe regelgeving de tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak waarin een claim tegen de overheid werd gehonoreerd doorkruist.¹⁴⁷

2.6 Nieuwe MER: Mensenrechten Effect Rapportage

Voor wetgeving op het terrein van de ruimtelijke ordening en milieu is de zaak *Hatton*¹⁴⁸ van belang, aangezien het er op lijkt dat bij toekomstige wet- en

¹⁴² EHRM, 21 februari 1986, *James t. VK* (Serie A-98), § 54.

¹⁴³ Zie bijvoorbeeld EHRM 11 januari 2001, *Platakou t. Griekenland*, appl. no. 38460/97, § 56-57, waarin de staat slechts 25% van de waarde van het onroerend goed bood zonder hiervoor een rechtvaardiging te kunnen aandragen.

¹⁴⁴ "Legitimate objectives of 'public interest', such as pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the full market value. Furthermore, the Court's power of review is limited to ascertaining whether the choice of compensation terms falls outside the State's wide margin of appreciation in this domain", zie bijvoorbeeld EHRM, 21 februari 1986, *James t. het VK* (Serie A-98), § 54 en EHRM, 9 december 1994, *Holy Monasteries t. Griekenland* (Serie A-301A), § 71.

¹⁴⁵ Zo stelde het Hof in de zaak *Pine Valley*: "The applicants were engaged on a commercial venture which, by its very nature, involved an element of risk [...] This being so, the Court does not consider that the annulment of the permission without any remedial action being taken in their favour can be regarded as a disproportionate measure".

¹⁴⁶ Zie ook T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht* (preadvies VAR 2004), Boom Juridische uitgevers, 2004, p. 79.

¹⁴⁷ EHRM 28 maart 2000, *Dimitrios Georgiadis t. Griekenland*.

¹⁴⁸ EHRM, 2 okt. 2001, *Hatton e.a. - Verenigd Koninkrijk* (appl. no. 36022/97; *NJB* 2001, 51; *M&R* 2002, 15, nt Kamminga), § 97.

regelgeving een soort van mensenrechten effect rapportage moet zijn uitgevoerd. In 2001 deed een Kamer van het Hof uitspraak in de zaak. Het Hof moest zich uitspreken over de vraag of de Britse autoriteiten het recht op privé-leven, neergelegd in artikel 8 EVRM hadden geschonden door te weinig bescherming te bieden aan de omwonenden van luchthaven Heathrow tegen de geluidshinder van de nachtvluchten. De Kamer van het Hof overwoog dat de enkele verwijzing naar het economisch welzijn van het land onvoldoende was om de rechten van anderen opzij te zetten op het bijzonder delicate terrein van het milieu. De staat was verplicht de inbreuk op de in artikel 8 neergelegde rechten zoveel mogelijk te beperken door te zoeken naar alternatieve maatregelen die de mensenrechten het minste belasten: “The Court would, however, underline that in striking the required balance, States must have regard to the whole range of material considerations. Further, in the particularly sensitive field of environmental protection, mere reference to the economic well-being of the country is not sufficient to outweigh the rights of others. [...] It considers that States are required to minimise, as far as possible, the interference with these rights, by trying to find alternative solutions and by generally seeking to achieve their aims in the least onerous way as regards human rights. In order to do that, a proper and complete investigation and study with the aim of finding the best possible solution which will, in reality, strike the right balance should precede the relevant project”. Het Hof lijkt hier een soort ‘mensenrechten effect rapportage’ op nationaal niveau in te stellen. Daarbij is opvallend dat de Straatsburgse interpretatie verder gaat dan de Nederlandse milieueffectrapportage: er dient onafhankelijk onderzoek te worden verricht naar gezondheidseffecten, economische noodzaak, et cetera.¹⁴⁹ Het is juist dat in deze zaak intern appel werd ingesteld door de Britse regering tegen de Kameruitspraak. Het is ook juist dat de Grand Chamber van het Hof¹⁵⁰ tot de conclusie kwam dat artikel 8 EVRM niet was geschonden, maar daarbij deed de Grand Chamber geen afstand van de hierboven weergegeven rechtsoverweging 97 uit de uitspraak van de Kamer. De Grand Chamber maakte ‘slechts’ een andere afweging dan de Kamer. Op basis van de specifieke feiten van het geval kwam de Grand Chamber tot het oordeel dat de uitgevoerde studies en onderzoeken voorafgaand aan de invoering van het Britse beleid inzake nachtvluchten van en naar Heathrow voldoende waren. De vingerwijzing voor (regelgevende) autoriteiten lijkt derhalve nog steeds van kracht te zijn.

¹⁴⁹ Zie R. van Gestel & J. Verschuuren, ‘Nachtvluchten aan banden door art. 8 EVRM’, in: *NJCM-Bulletin* 2002, pp. 154-162.

¹⁵⁰ EHRM [GC], 8 juli 2003, *Hatton – Verenigd Koninkrijk* (appl. no. 36022/97; *NJB* 2003, nr. 40).

3. Actie van de wetgever zodra mensenrechtelijke conformiteit in twijfel wordt getrokken

Ondanks alle inspanningen van de wetgever bij de totstandkoming van wet- en regelgeving is het uiteraard mogelijk dat de mensenrechtelijke conformiteit van de wet ernstig in twijfel wordt getrokken, bijvoorbeeld door internationale toezichtmechanismen op het terrein van de mensenrechten. Dat brengt mij bij de laatste plicht voor de wetgever. In een dergelijke situatie hoeft een wetgever niet te wachten totdat het EHRM een schending constateert van het EVRM. Beter is het om in een dergelijk geval zelf in actie te komen.¹⁵¹ Ik geef drie recente voorbeelden op vreemdelingrechtelijk terrein:

° Bij de interpretatie van het EVRM maakt het Hof met enige regelmaat gebruik van de bevindingen van het Europees Comité tegen Foltering (CPT).¹⁵² Dit comité heeft in juni 2007 een bezoek gebracht aan de drie landen van het Koninkrijk. Het in december 2007 vastgestelde rapport over dit bezoek is door de Minister van Justitie in januari 2008 aan het parlement aangeboden, inclusief de eerste bevindingen van de zijde van de Regering.¹⁵³ De definitieve reactie is op 15 januari 2009 aan het CPT gestuurd¹⁵⁴ (en eveneens aan de Kamer¹⁵⁵). In het CPT rapport werd onder andere aangedrongen op sluiting van de detentieboten ten behoeve van vreemdelingendetentie. De Staatssecretaris van Justitie heeft in november 2007 aangegeven dat overwogen werd de detentieboot Stockholm buiten gebruik te stellen. Inmiddels worden de beide detentieboten te Rotterdam, de Stockholm en de Reno, niet meer gebruikt. De detentieboot Kalmar te Dordrecht is pas op 2 mei 2007 in gebruik genomen en voldoet aan alle daaraan te stellen eisen. Om die reden blijft deze detentieboot vooralsnog open tot en met de ingebruikname medio 2010 van de nieuwbouw op het terrein van Rotterdam Airport.

° In diverse bij het EHRM aanhangige zaken tegen Nederland werd geklaagd dat het afwijzen van een verblijfsvergunning regulier vanwege het niet beschikken over een geldige machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) strijdig was met het uitoefenen van familielevens, als bedoeld in artikel 8 EVRM. In enkele gevallen stelde het Hof daarbij de vraag aan de Regering of het tegenwerpen van het mvv-vereiste gelet op de specifieke omstandigheden van het geval niet “excessief formalistisch” was.

¹⁵¹ Soms kom ik wel eens iemand tegen die teleurgesteld is dat het niet tot een veroordelende uitspraak van het Hof is gekomen. Mijsn inziens wordt daarbij miskend dat het uiteindelijke doel (een EVRM-conform beleid en een grotere rechtsbescherming voor het individu) centraal dient te staan. Het lijkt mij juist de voorkeur te hebben dat een staat naar aanleiding van een incident besluit om in meer algemene zin stappen te ondernemen.

¹⁵² Zie bijv. EHRM (ontv.), 25 januari 2005, Narcisio t. Nederland, appl. no. 47810/99.

¹⁵³ Brief van 29 januari 2008, kenmerk 5523152/07/6.

¹⁵⁴ Kenmerk 5583124/09/6.

¹⁵⁵ Brief van 11 februari 2009, kenmerk 5586938/09/6.

Dit heeft de Staatssecretaris van Justitie er toe gebracht om aan de Kamer aan te kondigen dat zij het mvv-beleid op specifieke aspecten zal gaan aanpassen.¹⁵⁶

° Ten slotte een voorbeeld waarbij het VN-comité tegen foltering (het CAT) een signaal af gaf over de aanmeldprocedure (AC-procedure)¹⁵⁷. Gedurende de 38^e zitting bij het VN-comité tegen foltering (CAT) van mei 2007 werd kritiek geuit op de AC-procedure. In de *concluding observations*¹⁵⁸ stelt het CAT: “The Committee is concerned about the difficulties faced by asylum-seekers in the European part of the Kingdom of the Netherlands in substantiating their claims under the accelerated procedure of the 2000 Aliens Act, which could lead to a violation of the non-refoulement principle provided for in article 3 of the Convention. The Committee is particularly concerned that [...] the 48-hour timeframe of the accelerated procedure may not allow asylum seekers, in particular, children, undocumented applicants and others made vulnerable to properly substantiate their claims”. Inmiddels is een wijziging in de AC-procedure aangekondigd.

4. Afsluitende opmerkingen

Op 24 maart 2009 stelden de leden Heerts en Van Dam (beiden PvdA) Kamervragen aan de Minister van Justitie over de werkdruk bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.¹⁵⁹ Eén van de vragen had betrekking op hetgeen Nederland doet om deze werkdruk bij het Hof te beteugelen. Uiteraard overheerst de internationale dimensie bij de inspanningen van Nederland om een bijdrage te leveren aan de institutionele uitdagingen waar het Hof zich mee geconfronteerd ziet.¹⁶⁰ Maar minstens zo belangrijk zijn de inspanningen op nationaal niveau om de eerstelijns bescherming van het EVRM te waarborgen en verder te optimaliseren. En rust op de wetgever een belangrijke taak. Zo kunnen maatregelen worden genomen ter versterking van de implementatie van het EVRM in het wetgevingsproces. Naar mijn mening is aan drie dingen behoefte: (a) kennis bij betrokkenen in het wetgevingsproces over het EVRM moet zodanig zijn dat zij potentiële EVRM-kwesties kunnen onderkennen en identificeren bij het maken van wetgeving, (b) vakdepartementen moeten op een makkelijke wijze aan informatie kunnen komen, en (c) vakdepartementen moeten zonodig worden geïnformeerd

¹⁵⁶ Brief van de Staatssecretaris van Justitie van 29 oktober 2008 (TK 2008-2009, 19 637, nr. 1235). Het besluit is in werking getreden op 2 mei 2009 (Stb. 2009, 198).

¹⁵⁷ Ook de bevindingen van dit comité worden regelmatig betrokken in de uitspraken van het EHRM; zie bijvoorbeeld EHRM, 27 november 2008, Salduz t. Turkije (appl. no. 36391/02), §§ 42 en 43.

¹⁵⁸ CAT/C/NET/CO/4 van 16 mei 2007, § 7.

¹⁵⁹ 2009Z05397.

¹⁶⁰ Nederland is nauw betrokken bij de wijze waarop de cruciale bepalingen van Protocol nr. 14 ondanks de Russische non-ratificatie toch ten uitvoer kunnen worden gelegd. Daarbij speelt een door de Regering gevraagd advies van de Adviescommissie volkenrechtelijke vraagstukken (CAVV) een belangrijke rol. Onder Nederlands voorzitterschap is bovendien door de reeds eerder genoemde *Groupe de Reflection* een groot aantal voorstellen gedaan om de werkdruk van het Hof te beteugelen. Verder zet Nederland zich in voor een grotere financiële bijdrage en betaalt het Ministerie van Justitie op vrijwillige basis een extra medewerker van de griffie van het EHRM.

over belangwekkende ontwikkelingen in de Straatsburgse jurisprudentie die ook relevant kunnen zijn voor hun beleidsterrein. In dat kader moet mijns inziens worden geïnvesteerd in een verplichte basale EVRM-cursus voor alle wetgevingsjuristen, in het opzetten van een ‘Kenniscentrum Mensenrechten’ via een website, en in de versterking van de juridische functie bij desbetreffende beleids- en uitvoeringsafdelingen.

Na deze meer procesmatige opmerkingen heb ik in het tweede gedeelte van dit preadvies getracht enkele meer inhoudelijke aspecten te identificeren waar de wetgever veelvuldig tegen het EVRM-acquis oploopt. Bij mensenrechtelijke vraagstukken dient de wetgever zijn verantwoordelijkheid te nemen en niet af te schuiven op de rechter: indien een mensenrechtenbeperkende maatregel in de praktijk wordt toegepast dient een deugdelijke wettelijke basis voorhanden te zijn (§ 2.1). Daarbij zal een wetgever zich echter ook de vraag moeten stellen of een nieuwe wettelijke regeling waarin een mensenrechtenbeperkende maatregel wordt geïntroduceerd daadwerkelijk ‘noodzakelijk’ en handhaafbaar is (§ 2.1 en 2.2), waarbij ik tevens een minder terughoudende opstelling ten aanzien van zogenaamde horizonbepalingen of evaluatiebepalingen heb bepleit. Bij de totstandkoming van een wetsvoorstel dient expliciet te worden toegelicht waarom het wetsvoorstel conform mensenrechtelijke standaarden is, waarbij verwezen kan worden naar Aanwijzingen 18 en 212 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. In dit preadvies zijn twee voorbeelden genoemd waarin een deugdelijke toelichting essentieel kan zijn bij het voorkomen van latere twijfels over EVRM-conformiteit: het eigendomsrecht (zie § 2.5) en wetgeving op het terrein van ruimtelijke ordening en milieu (zie § 2.6). Bijzondere aandacht dient een wetgever te schenken aan beschikbare rechtsbescherming bij toepassing van wetgeving waarin mensenrechtenbeperkende maatregelen zijn opgenomen (zie § 2.3). In dit verband is aandacht besteed aan de opkomst van het bestuursrechtelijke instrumentarium waarbij wordt voorzien in de mogelijkheid tot het opleggen van bestuurlijke maatregelen die als een ‘criminal charge’ moeten worden gekwalificeerd, en aan het gebruik van materiaal afkomstig van de AIVD of een andere inlichtingen- of veiligheidsdienst als bewijsmateriaal in rechterlijke procedures.

Ten slotte heb ik getracht een beeld te schetsen *wanneer* een wetgever in actie dient te komen als gevolg van het EVRM-acquis. Daarbij is in het bijzonder aandacht besteed aan de positieve verplichtingen die op een wetgever kunnen rusten op grond van het EVRM (zie § 2.4) en aan de rol van de wetgever indien de mensenrechtelijke conformiteit van wetgeving in twijfel wordt getrokken (zie § 3). De invloed van het EVRM-acquis reikt in de Nederlandse rechtsorde verder dan aanpassing van regelgeving nadat het EHRM een veroordelende uitspraak tegen Nederland heeft uitgesproken.

Stellingen:

1. In de Nederlandse rechtsorde heeft het EVRM als regionaal toezichtmechanisme op mensenrechtelijk terrein niet alleen meerwaarde *naast* de Grondwet, het EVRM heeft zich ontwikkeld tot hét constitutionele document in onze rechtsorde.
Toelichting: Het EVRM houdt de Nederlandse samenleving de noodzakelijke spiegel voor als het gaat om mensenrechtelijke vraagstukken. Een regionaal mechanisme heeft derhalve grote waarde naast de verankering van constitutionele waarden in onze nationale Grondwet. Echter, in Nederland is het EVRM uitgegroeid tot hét constitutionele document in onze rechtsorde. Dat valt deels te verklaren door het toetsingsverbod ex artikel 120 Grondwet, in samenhang met de artikelen 93 en 94 Grondwet. Zie nader §§ 1.2, 1.5 en 1.6.

2. Verdere versterking van de implementatie van het EVRM-acquis in het wetgevingsproces moet niet worden gezocht in de creatie van nieuwe institutionele mechanismen (zoals een ICER-Mensenrechten), maar in versterking van educatie, kennismanagement en de juridische functie van beleids- en uitvoeringsinstanties.
Toelichting: Naar mijn mening is aan drie dingen behoefte: (a) kennis bij betrokkenen in het wetgevingsproces over het EVRM moet zodanig zijn dat zij potentiële EVRM-kwesties kunnen onderkennen en identificeren bij het maken van wetgeving, (b) betrokkene in het wetgevingsproces moeten op een makkelijke wijze aan informatie kunnen komen, en (c) betrokkenen in het wetgevingsproces moeten zonnodig worden geïnformeerd over belangwekkende ontwikkelingen in de Straatsburgse jurisprudentie die ook relevant kunnen zijn voor hun beleidsterrein. In dat kader moet mijns inziens worden geïnvesteerd in een verplichte basale EVRM-cursus voor alle wetgevingsjuristen, in het opzetten van een ‘Kenniscentrum Mensenrechten’ via een website, en in de versterking van de juridische functie bij desbetreffende beleids- en uitvoeringsafdelingen. Zie nader § 1.8.

3. Een minder terughoudende opstelling ten aanzien van zogenaamde horizonbepalingen of evaluatiebepalingen op grond waarvan de regelgeving temporeel beperkte geldigheid heeft of op grond waarvan de regelgeving geëvalueerd zal worden verdient aanbeveling.
Toelichting: Het EVRM – net als de Aanwijzingen voor de regelgeving – verplicht de wetgever stil te staan bij de vraag of een (nieuwe) wettelijke regeling wel noodzakelijk is. Deze vraag is soms lastig te beantwoorden, zeker in de fase van het opstellen van een wetsvoorstel. Om die reden verdient het aanbeveling om minder terughoudend te zijn ten aanzien van horizon- en evaluatiebepalingen, zeker ingeval die regelgeving ingrijpt in

mensenrechtelijke standaarden. Heeft de regelgeving ons dat gebracht wat wij ervan hadden verwacht? Blijkt de regelgeving wel effectief te zijn? Beperkt de regelgeving in de praktijk de mensenrechtelijke standaarden niet teveel? Zie nader § 2.1.

4. Bij mensenrechtelijke vraagstukken dient de wetgever zijn verantwoordelijkheid te nemen en niet af te schuiven op andere actoren: de wetgever dient zich uit te spreken over verdragsconformiteit van een wetsvoorstel of ander overheidsoptreden. In dit verband moet toegezien worden op strikte naleving van aanwijzingen 18 en 212 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Toelichting: Het EVRM vereist doorgaans een deugdelijke wettelijke basis voor mensenrechtenbeperkende maatregelen. Daarbij zal een wetgever zich ook de vraag moeten stellen of een nieuwe wettelijke regeling waarin een mensenrechtenbeperkende maatregel wordt geïntroduceerd daadwerkelijk 'noodzakelijk' en handhaafbaar is. Een uitgebreide toelichting waarom het wetsvoorstel volgens de wetgever conform mensenrechtelijke standaarden is, is noodzakelijk voor een vruchtbare dialoog in het wetgevingsproces over mensenrechtelijke aspecten. Daarbij dient een wetgever bijzondere aandacht te schenken aan beschikbare rechtsbescherming bij toepassing van wetgeving waarin mensenrechtenbeperkende maatregelen zijn opgenomen.

Europese kaders en kwaliteitseisen voor de Nederlandse wetgever: naar een gedeelde verantwoordelijkheid

Prof. dr. L.A.J. Senden¹

*Key consideration - The better regulation principles should be applied when EU law is being transposed and implemented by the Member States.*²

1. Inleiding

Wanneer het gaat over de kwaliteit van Europese wetgeving geschiedt dat meestal in nogal negatieve of zorgelijke zin. Er wordt dan gewezen op de gebreken van deze wetgeving en bovenal op de consequenties die dat heeft voor de lidstaten en de nationale rechtsordes,³ zo ook veelvuldig in de Nederlandse literatuur.⁴ Dat is niet zo verwonderlijk, gezien de aandacht in Nederland voor wetgevingskwaliteitsbeleid reeds sinds de jaren 80 en het opstellen van concrete Aanwijzingen voor de regelgeving in 1992.⁵ Mede onder druk van Nederland heeft het thema van wetgevingskwaliteit in het voorbije decennium ook op Europees niveau steeds

¹ Hoogleraar Europees recht, Universiteit van Tilburg. Een woord van dank is allereerst gericht aan de eerste lichting studenten van de Topklas van de Universiteit van Tilburg (FRW), die waardevolle bouwstenen hebben aangeleverd voor de vervaardiging van dit preadvies. Voorts dankt de auteur de deelnemers aan de jaarvergadering van de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid voor hun kritische commentaar op de daar gepresenteerde versie van dit preadvies, dat zoveel mogelijk verwerkt is in dit stuk.

² Aanhef van de Better Regulation website van de Europese Commissie. http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/transp_eu_law_en.htm#_transposition, laatst geconsulteerd op 9 april 2009.

³ Zie bijvoorbeeld A.E. Kellermann e.a. (red.), *Improving the Quality of Legislation in Europe*, Kluwer, The Hague/Boston/London, 1998 en E.M.H. Hirsch Ballin en L.A.J. Senden, *Co-actorship in the development of European law-making. The quality of European legislation and its implementation and application in the national legal order*, TMC Asser Press 2005.

⁴ Onder andere J.H. Jans, De kwaliteit van de Europese milieuregelgeving, *SEW* 1990, pp. 503-525, H.J. Bronkhorst, Deugdelijkheid van EG-regelgeving, in het bijzonder op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, preadvies voor de Vereniging van agrarisch recht advocaten, Deventer 1993, H. Hijmans, Over de kwaliteit van Europese regelgeving, *RegelMaat* 1997, pp. 192-198, E.L.H. de Wilde, Gebrekkige Europese regelgeving kent alleen maar verliezers, *SEW* 11 (2000), pp. 401-413. Zie ook het verslag van het symposium van de Raad van State over "De kwaliteit van de Europese regels in de praktijk van wetgeving, bestuur en rechtspraak", 5 april 2001, J.P.H. Donner, De kwaliteit van de Europese regels, *RegelMaat* 2001/6, p. 222 en W. Voermans, Ph. Eijlander, R. van Gestel, I. de Leeuw, A. de Moor-van Vugt en S. Prechal, *Kwaliteit, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Een onderzoek naar de kwaliteit van EG-regels en de gevolgen daarvan voor de uitvoering en handhaving binnen Nederland*, dec. 2000, onderzoek uitgevoerd i.o.v. het Ministerie van Justitie.

⁵ Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992. Die aandacht blijkt verder onder meer uit de Operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit en de instelling van de werkgroep-Koopmans in het kader van de Commissie Toetsing Wetgevingsprojecten.

meer aandacht gekregen. Een concreet resultaat van die nationale bemoeienis zien we terug in de aanname van het Interinstitutioneel Akkoord inzake de redactionele kwaliteit van EG-regelgeving in 1998.⁶ De nadruk in zowel debat als onderzoek heeft daarmee tot dusverre vooral gelegen op hetgeen de EG/EU kan leren van de lidstaten op dit terrein.

De vraag die de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid mij nu echter heeft verzocht te behandelen in dit preadvies, is feitelijk een omgekeerde: welke kaders en kwaliteitseisen stelt het Europese – constitutionele - recht voor de nationale wetgever en in hoeverre is de Nederlandse wetgever zich daar wel voldoende van bewust? Deze omkering van perspectief is vooral interessant omdat daarmee het vizier niet enkel is gericht op de implementatie-eisen die het Europese recht stelt, maar op het gehele Europese 'Betere regelgeving' beleid zoals dat zich de afgelopen jaren heeft ontwikkeld en op het in kaart brengen van de (mogelijke) implicaties daarvan op het nationale vlak.

Een doctrinaire benadering van bovenstaande vraag zou een preliminair onderzoek veronderstellen naar wat het 'Europese constitutionele recht' nu eigenlijk inhoudt en wat daar wel en niet onder valt, om dat vervolgens als kader te hanteren voor de beantwoording ervan. Hoe interessant men een dergelijke benadering vanuit academisch oogpunt ook mag vinden, vanuit het oogpunt van de nationale wetgevingspraktijk lijkt deze mij weinig vruchtbaar. Deze zal immers vooral gebaat zijn bij een meer functionele benadering die kan leiden tot een zo volledig mogelijk beeld van de eisen die het Europese recht in zijn volle breedte stelt aan de kwaliteit van wetgeving en aan het wetgevingsproces en waar de nationale wetgever zich rekenschap van moet geven. Meer algemeen, welke kaders stelt het Europese recht voor de Nederlandse wetgever?

Uitgaande van deze functionele benadering, zal hierna eerst worden besproken op welke wijze het thema van de kwaliteit van wetgeving c.q. betere regelgeving in de EU tot een gedeelde verantwoordelijkheid van de EU-instellingen en de lidstaten wordt gemaakt (par. 2). Vervolgens zal nader worden bekeken welke inhoudelijke eisen en kaders uit het Europese recht – daaronder begrepen primair, secundair en tertiair recht⁷ - voortvloeien voor de nationale wetgever en voor de inhoud van nationale wetgeving. Met het oog op de beoordeling in hoeverre de Nederlandse wetgever zich daar rekenschap van geeft, zullen de Aanwijzingen voor de

⁶ Zie nader over dit akkoord, par. 3.3. De kwaliteit van EG-regelgeving was zowel inzet van het Nederlandse Voorzitterschap van de EU in 1997 als in 2004; zie hierover het ICER-rapport, te vinden op http://www.minbuza.nl/binaries/ecer-en-ecir--nieuw-/ecer/pdf/icer/adviezen/2004/icer_2004_kwaliteit_regelgeving.pdf.

⁷ Met tertiair wordt soft law bedoeld; de velerlei Europese instrumenten die geen juridische verbindende kracht zijn toegekend, maar desalniettemin bepaalde indirecte juridische effecten en effecten in de praktijk kunnen genereren.

regelgeving (Ar) als leidend toetsingskader worden genomen⁸ alsook de bevindingen van de opeenvolgende Visitatiecommissies wetgeving in aanmerking worden genomen (par. 3). Behalve inhoudelijke eisen kunnen we ook Europese procesmatige en procedurele eisen en kaders onderscheiden, die meer de inrichting van het wetgevingsproces betreffen en die van belang zijn voor de nationale wetgever en het nationale wetgevingsproces. Ook in dit verband zullen de Aanwijzingen voor de regelgeving als toetsingskader worden gehanteerd, als zijnde het primaire en bindende raamwerk of de ‘wet voor wetgevers’⁹ waarbinnen de Europeesrechtelijke dimensie van het Nederlandse wetgevingsproces gestalte krijgt (par. 4). Benadrukt zij dat mijn benadering in deze hoofdzakelijk een theoretisch-inventariserende is, in de zin dat vergelijkenderwijs wordt gekeken naar de Europese en de nationale eisen zoals die zijn vastgelegd in de Ar,¹⁰ en niet die van de praktijk van een wetgevingsjurist. In een afzonderlijke paragraaf zullen kort enkele ontwikkelingen worden geduid in het Verdrag van Lissabon die potentiële implicaties hebben voor het nationale wetgevingsproces en voor de inrichting van de Ar (par. 5).

Ter afsluiting zal worden geëvalueerd in hoeverre de bevindingen, in hun onderlinge samenhang beschouwd, een voldoende bewustzijn van de Nederlandse wetgever reflecteren ten aanzien van de relevantie van Europese kwaliteitseisen voor het nationale wetgevingsproces. In het bijzonder, zijn er Europese eisen of beginselen die in de Aanwijzingen ontbreken of die onderbelicht zijn? Meer fundamenteel, is de systematiek in de Aanwijzingen voor de regelgeving, die is ingegeven door de institutionele autonomie van de lidstaten als het gaat om de implementatie van Europese wet- en regelgeving,¹¹ nog wel adequaat in het licht van de Europese ‘Betere regelgeving’ ontwikkelingen van de laatste jaren? Is aanpassing wenselijk en zo ja, op welke wijze? (par. 6) Deze evaluatie zal ook aanleiding zijn voor de formulering van enkele stellingen, met het oog op de discussie tijdens de jaarvergadering van de Vereniging.

⁸ Hetgeen niet wil zeggen dat dit de enige relevante nationale bron van kwaliteitseisen is (zie in het bijzonder ook Titel 1.2 van de Awb inzake ‘Uitvoering van bindende besluiten van organen van de Europese Gemeenschappen), maar enige beperking in de omvang van de analyse is nodig gebleken gezien de beperkte beschikbare ruimte en voorbereidingstijd voor dit preadvies. Voorts zijn niet de ‘101 Praktijkvragen inzake de implementatie van EG-regelgeving’ meegenomen in de analyse, maar de ter vervanging daarvan in maart jl. aangenomen ‘Handleiding Wetgeving en Europa. De voorbereiding, totstandkoming en nationale implementatie van Europese regelgeving’, Ministerie van Justitie.

⁹ Zie voor deze kwalificatie van de Aanwijzingen vanwege de algemene normstelling ervan ten aanzien van de kwaliteiten die regelingen moeten bezitten, W.J. Witteveen, *Nomoi. Portalis en de Aanwijzing der Aanwijzingen*, *Regel/Maat* afl. 2005/1, p. 43.

¹⁰ Daarbij werkend vanuit de klassiek juridische methode, dit wil zeggen mij baserend op een analyse van vooral wet- en regelgeving, beleidsstukken, jurisprudentie en literatuur.

¹¹ Daarover nader par. 3.2.

2. Kwaliteit van wetgeving: een gedeelde verantwoordelijkheid

2.1 Het Europese ‘Betere regelgeving’ beleid

Werd halverwege de jaren 80 nog in de literatuur opgemerkt dat Europese wetgeving “Terra incognita der Gesetzgebungslehre” was en dat er nog geen enkel fundament voor een specifiek Europees wetgevingsbeleid was gelegd,¹² anno 2009 is er duidelijk veel veranderd. In het nieuwe millennium heeft de Europese Commissie ‘betere regelgeving’ tot prioriteit en speerpunt gemaakt van haar beleid,¹³ na de vele kritische geluiden in de jaren 90 over het corpus van Europese wetgeving. In een breed scala aan rapporten en documenten werd geconcludeerd dat er sprake was van overvloedige en kwalitatief tekortschietende Europese wetgeving, die allerlei onnodige financiële en administratieve lasten voor het bedrijfsleven genereerde.¹⁴ De noodzaak voor een effectievere, democratischere en transparantere Europese Unie werd dan ook langs veel verschillende kanten gesignaleerd.¹⁵

In 2001 zijn de fundamentele voor het Betere Regelgeving (hierna: BR-) beleid gelegd met het Mandelkern rapport¹⁶ en het Commissie Witboek European Governance.¹⁷ Op basis van deze twee documenten heeft de Commissie in 2002 een mededeling aangenomen,¹⁸ waarin ze drie nadere mededelingen aankondigde

¹² T. Bruha en H. Kindermann, *Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1986, Heft 4, p. 293.

¹³ Zie behalve de hierna te bespreken beleidsdocumenten van de Commissie, ook de brochure die voor het bredere publiek is opgesteld: *Betere regelgeving eenvoudig uitgelegd*, te vinden op: http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/brochure/br_brochure_nl.pdf

¹⁴ Zonder hier volledigheid te pretenderen, kan worden gewezen op het Sutherland Report (SEC(92)2044), the report of the group of independent experts on legislative and administrative simplification of 21 May 1995 (Molitor report, COM(95)288), het Deregulation Now Report en het UNICE Regulatory Report 1995, ‘Releasing Europe’s Potential through Targeted Regulatory Reform’. Van de zijde van de lidstaten, zie bijvoorbeeld het rapport van de Werkgroep kwaliteit van EG-regelgeving. Aandachtspunten en voorstellen (rapport Koopmans) en het Rapport Public van de Franse Conseil d’Etat, *Etudes et Documents*, 44, 1993. Van de zijde van de Europese instellingen zelf, zie de Mededeling van de Commissie ‘Follow-up op het Sutherland rapport’, COM(93)361 def., het Bourlanges rapport van het Europees Parlement betreffende de werking van het EU-Verdrag en de Resolutie van de Raad van 8 juli 1996 over samenwerking tussen ambtelijke diensten bij de tenuitvoerlegging van de wetgeving inzake de interne markt, *Pb.* 1996, C 224/5. Voor een uitvoerige bespreking van deze rapporten zie J. van Marissing, Vier rapporten inzake de kwaliteit van EG-regelgeving. Molitor, Koopmans, Deregulation Now en het Rapport Public. Oude wijn in nieuwe zakken? Of wordt het reculer pour mieux sauter?, *SEW*, vol. 44 (1996), nr. 4, p. 124. Meer algemeen, H. Xanthaki, The problem of quality in EU legislation: What on earth is really wrong?, *CMLRev.*, vol. 38(2001), nr. 3, p. 615.

¹⁵ De Verklaring van Laeken van de Europese Raad van 15.12.2001, die de aanzet heeft gegeven tot de instelling van de Europese Conventie en het daaruit voortvloeiende Constitutioneel Verdrag voor Europa, kan mede als een reactie op deze kritiek worden gezien.

¹⁶ Te vinden op: http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf

¹⁷ COM(2001)428 def.

¹⁸ Mededeling van de Commissie - Europese governance : Een betere wetgeving, COM(2002)275 def.

ter verbetering van de wetgeving: de eerste behelst een actieplan voor de vereenvoudiging en verbetering van de regelgeving,¹⁹ de tweede betrof de bevordering van een cultuur van dialoog en inspraak (consultatie)²⁰ en de derde het systematiseren van effectbeoordeling.²¹ Deze drie mededelingen zijn tegelijkertijd aangenomen, eveneens in 2002. Voor onze doeleinden hier is met name de eerste mededeling inzake het Actieplan van belang, die als vertrekpunt de vraag neemt: hoe kunnen de instellingen en de lidstaten voor een betere wetgeving zorgen? Deze vraagstelling duidt er reeds op dat de Commissie betere regelgeving als een gedeelde verantwoordelijkheid ziet. Elders in het Actieplan is dat geëxpliciteerd, daar waar het de basis beoogt te leggen voor de ontwikkeling van een 'gemeenschappelijke wetgevingscultuur binnen de Unie' en concrete maatregelen voorstelt niet alleen voor de Commissie, maar ook voor het EP, de Raad én de lidstaten. De ratio hierachter is als volgt verwoord:

“Met de vereenvoudiging en verbetering van de regelgeving wordt beoogd de communautaire wetgeving ten behoeve van de burgers beter af te stemmen op de problemen die zich voordoen, de op handen zijnde uitbreiding en de technische en plaatselijke realiteit. Door een minder ingewikkelde redactie moet zij gemakkelijker door de lidstaten en betrokken actoren toe te passen zijn en voor iedereen leesbaarder en toegankelijker worden. In combinatie met een verbetering van de wetgevingsprocedures en institutionele gebruiken, moet een dergelijke actie zowel voor het bedrijfsleven als voor de overheden tot tijdwinst en kostenverlagingen leiden. Het uiteindelijke doel is een grote rechtszekerheid op het grondgebied van een weldra uitgebreide Unie te bewaren, de sociaal-economische subjecten de mogelijkheid te bieden daadkrachtiger op te treden en aldus bij te dragen tot een grotere geloofwaardigheid van het optreden van de Gemeenschap in de ogen van haar burgers. Het is niet de bedoeling te dereguleren of de slagkracht van de Gemeenschap aan banden te leggen.”²²

De daartoe te ontwikkelen BR-strategie concentreert zich volgens de Commissie op de drie belangrijkste stadia van het wetgevingsproces: 1) opstelling en presentatie van voorgestelde besluiten door de Commissie; 2) de behandeling daarvan door het Europees Parlement en de Raad en; 3) de uiteindelijke toepassing van deze besluiten door de lidstaten. Met het oog daarop behelst het Actieplan bovenal maatregelen die een goede omzetting en toepassing van Europese wetgeving door de lidstaten moeten garanderen. In de latere Bekendmaking van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement 'Betere regelgeving met het oog op economische groei en meer banen in de

¹⁹ Mededeling van de Commissie - Actieplan "Vereenvoudiging en verbetering van de regelgeving", COM(2002)278 def.

²⁰ Mededeling van de Commissie - Naar een krachtige cultuur van raadpleging en dialoog - Voorstel inzake algemene beginselen en minimumnormen voor raadpleging van de betrokken partijen door de Commissie, COM(2002)704 def.

²¹ Over effectbeoordelingen en consultatie, zie par. 4.2.

²² COM(2002)287 def, p. 3.

Europese Unie' (2005) zien we dat de Commissie nog sterker de nadruk legt op betere regelgeving als een gedeelde verantwoordelijkheid.²³ Dit document ademt in zekere zin de geest van *co-actorship*,²⁴ in de drie hoofdlijnen die daarin worden uitgezet: het bevorderen van de ontwikkeling en toepassing van hulpmiddelen inzake betere regulering, vooral wat betreft impact assessment en vereenvoudiging; nauwere samenwerking met de lidstaten voor een consequente toepassing van betere regelgevingsbeginselen in de hele EU op alle wetgevingsniveaus; en versterking van de constructieve dialoog tussen alle wetgevingsinstanties op EU en nationaal niveau en met de belanghebbenden.

Ook in de communicatie naar het bredere publiek toe via de websites van de Europese Unie, zien we dat 'Betere regelgeving' wordt gepresenteerd als een brede strategie om het reguleringsklimaat in Europa te verbeteren, door middel van een breed spectrum aan initiatieven om bestaande regelgeving te consolideren, te codificeren en te vereenvoudigen en door de kwaliteit van nieuwe wetgeving te verbeteren via een betere evaluatie en beoordeling van waarschijnlijke economische, sociale en milieu effecten van voorgenomen wetgeving. Uitdrukkelijk wordt daarbij ook gesteld dat:

In Europe, regulatory environment is developed both by the European Union and its Member States. Thus Better Regulation is about improving the regulatory framework both at the European *and national* level.²⁵ [cursivering-LS]

Aan deze documenten en het daarop gebaseerde BR-beleid ligt derhalve sterk de gedachte ten grondslag dat betere regelgeving in de EU niet alleen een verantwoordelijkheid is voor de Europese wetgever, maar slechts gerealiseerd kan worden indien daartoe een gezamenlijke inspanning wordt geleverd;²⁶ de lidstaten c.q. de nationale wetgevers zullen daar dus ook de nodige stappen in moeten zetten en zich moeten onthouden van maatregelen of handelingen die een contraproductief effect genereren ten aanzien van het Europese BR-beleid. Dat zien we ook terug in de recente 'Derde strategische evaluatie van betere regelgeving in de Europese Unie',²⁷ waarin onder de te nemen vervolgstappen de rol van de nationale wetgever wordt benadrukt. Deze betreffen allereerst de nauwe samenwerking tussen de Commissie en de voor de omzetting van EU-wetgeving verantwoordelijke nationale autoriteiten, met het oog op de verspreiding van beproefde methoden waarmee administratieve lasten snel kunnen worden

²³ COM(2005)97 final, pp. 2-3.

²⁴ Hirsch Ballin en Senden 2005, a.w. en L.A.J. Senden, De Lidstaten en de kwaliteit van Europese wetgeving: geen consumenten, maar actoren, *SEW* 2006, nr. 2, pp. 46-60.

²⁵ http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/br_what_en.htm. Laatste geconsulteerd op 7.4.2009.

²⁶ Vgl. G. Majone, *Regulating Europe*, Routledge 1996, p. 266 en ook de bijdragen in S. Weatherill (ed.), *Better Regulation*, Hart Publishing Oxford, 2007.

²⁷ COM(2009)15 def.

verminderd. In een bijlage bij deze mededeling²⁸ worden dienaangaande een zevental verzoeken specifiek tot de lidstaten gericht. Ten tweede, worden lidstaten die op 31.12.2008 nog geen nationale reductiedoelstelling hadden vastgesteld, verzocht dit te doen voor de voorjaarsbijeenkomst van de Europese Raad. Ten derde, zal de Commissie nauw samenwerken met de nationale autoriteiten om de duidelijkheid en de coherentie van nationale ontwerpwetgeving te verbeteren in het kader van de op Richtlijn 98/34/EG (de zogenoemde Notificatierichtlijn; zie par. 4.1.4. hierna) gebaseerde kennisgevingsprocedure.²⁹

In de navolgende paragrafen zal nader worden ingegaan op de grondslagen van en de wijze waarop dit uitgangspunt van gedeelde verantwoordelijkheid naar voren komt in verschillende Europese rechtsbronnen en welke concrete verplichtingen dit met zich meebrengt voor de nationale wetgever. In dit verband zij opgemerkt dat het hierbij niet altijd gaat om nieuwe verplichtingen, maar ook om de reeds langer bestaande nationale implementatie-, uitvoerings- en handhavingsplichten ten aanzien van Europese wetgeving. Het BR-beleid voegt daar echter een nieuwe dimensie aan toe. Een aspect dat nu eerst nog verheldering verdient, betreft de kwestie ten aanzien waarvan die gedeelde verantwoordelijkheid eigenlijk verondersteld kan worden te bestaan; wat behelzen de begrippen ‘betere regelgeving’ en ‘kwaliteit van wetgeving’ in de Europese context? Hieronder volsta ik met enkele algemene opmerkingen over deze complexe problematiek, vooral ter nadere verklaring van het onderzoekskader.

2.2 Nadere begripsbepaling en onderzoekskader

Een eerste algemene constatering is dat ‘kwaliteit’, op zichzelf genomen, een *breed* begrip is dat niet direct eigen is aan het recht en de juridische discipline, maar daarbinnen een zekere en toenemende relevantie heeft gekregen. Het begrip vindt zijn oorsprong vooral in new public management theorieën, waarin kwaliteit wordt opgevat als ‘het product of de dienst dat voldoet aan de verwachtingen van gebruikers en stakeholders.’³⁰ Kwaliteitsevaluatie betreft echter niet alleen de kwaliteit van het door een organisatie geleverde product of dienst, maar de totaliteit van de verwachtingen van de gebruiker of ontvanger. In het verlengde daarvan beoogt kwaliteitsbewaking een bepaald kwaliteitsniveau te garanderen en te verzekeren dat het productieproces voortdurend zo wordt gemanaged dat dit

²⁸ COM(2009)16, (“De administratieve lasten in de Europese Unie verlagen”).

²⁹ Ter vergelijking, in de eerste strategische evaluatie was slechts één expliciet verzoek aan de lidstaten gericht; COM(2006)689 (“Betere regelgeving in de Europese Unie: een strategische evaluatie”).

³⁰ Vgl. ook de vier *absolutes* van *quality management*, zoals geïdentificeerd door Ph. Crosby, *Quality is Free*, New York; McGraw-Hill, 1979: 1) kwaliteit betreft het voldoen aan vereisten, niet ‘goodness’ of ‘elegance’; 2) het systeem voor het waarborgen van kwaliteit is preventie, niet beoordeling of waardering; 3) de performance standaard moet ‘nul gebreken’ zijn, niet “that’s close enough”; en 4) het meten van kwaliteit is de Prijs van Nonconformiteit, niet indexen.

niveau gehandhaafd blijft.³¹ Het kwaliteitsbegrip is aldus een multi- en interdisciplinair concept. Wat betekent dit voor de hantering ervan in de specifieke context van - Europese - wetgeving?

Ten eerste kan worden gesteld dat het denken over wetgeving in termen van kwaliteit een verbreding met zich brengt van het palet aan *inhoudelijke beginselen en eisen* waaraan wet- en regelgeving dient te voldoen. Daar waar juristen traditioneel veelal de nadruk leggen op het waarborgen van klassieke 'waarden-georiënteerde' rechtsstatelijke eisen en beginselen waar wetgeving aan moet voldoen, zoals legaliteit, rechtszekerheid, consistentie en duidelijkheid, leggen economen veel meer nadruk op kwaliteit van wetgeving vanuit het oogpunt van effectiviteit en efficiëntie.³² Als zodanig stijgt het kwaliteitsbegrip dus reeds uit boven het meer traditionele begrip 'legitimiteit' en de gebruikelijke, constitutionele invulling daarvan en voegt het ook een meer doelgerichte dimensie toe aan de organisatie van het wetgevingsbedrijf en de beoordeling daarvan.³³

In de literatuur wordt in dit verband wel een onderscheid gemaakt tussen 'quality of legislation', duidend op de mate waarin wordt voldaan aan criteria die voortvloeien uit constitutionele beginselen, en 'regulatory quality', duidend op de mate waarin wetgeving, als een middel om uitdrukking te geven aan publieke belangen en beleid, succesvol is in het ten uitvoer leggen van beleid om ontwikkeling van de private sector te bevorderen, eerlijke marktcondities, stabiele instituties etc.³⁴ Waar inderdaad de eerste term meer gangbaar is in de juridische literatuur, is de tweede term meer gangbaar in de (Engelstalige) economische en ook politicologische literatuur. Hoewel dit onderscheid vanuit een strikt disciplinair oogpunt bezien dan ook te begrijpen valt, sluit dit mijns inziens niet goed aan bij de meer omvattende benadering die wordt gevolgd in het kader van het Europese BR-beleid. Uit de bespreking in par. 2.1 kan al worden opgemaakt dat dit beleid gericht is op het verbeteren van wetgeving, wetgevingscomplexen en wetgevingsprocessen in velerlei opzichten en vanuit dit oogpunt bezien, krijgt bovenstaand onderscheid of loskoppeling dan iets kunstmatigs. Waren de BR-inspanningen van de EU aanvankelijk inderdaad sterk verbonden met de invoering en verdere ontwikkeling

³¹ Zie het rapport van de CEPEJ van de Raad van Europa, mei 2008, opgesteld met het oog op het verzekeren van de kwaliteit niet van wetgeving maar van rechtspraak. Beschikbaar op: http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp

³² In deze zin C.M. Radaelli, *How Context Matters: Regulatory Quality in the European Union*, paper presented for PSA Conference, Lincoln, 5-8 April 2004, p. 5, <http://www.psa.ac.uk/journals/pdf/5/2004/Radaelli.pdf>

³³ Inzake de waardengeoriënteerde dimensie en de doelgerichte dimensie van het kwaliteitsbegrip, maar dan in relatie tot de rechterlijke macht, zie. E. Mak, *De rechtspraak in balans: een onderzoek naar de rol van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen in het kader van de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007.

³⁴ W. Voermans, *The Quality of EU Legislation: What Kind of Problem, by What Kind of Standards*, *Erasmus Law Review*, 2009, vol. 2, no. 1, p.8.

van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit³⁵ en lag als zodanig de nadruk sterk op het vergroten van de ‘constitutionele legitimiteit’ van de EU, vanaf 2000 is het BR-beleid steeds sterker gekoppeld aan de in de Lissabon strategie verankerde doelstellingen, ertoe strekkende om de EU tot meest toonaangevende kenniseconomie te maken in 2010.³⁶ Daarmee dient het BR-beleid duidelijk ook de ‘economische legitimiteit’³⁷ van de EU te vergroten.³⁸ Anders gezegd, het BR-beleid heeft niet alleen betrekking op het verbeteren van ‘quality of legislation’ in bovenstaande zin, maar daarnaast duidelijk ook op het verbeteren van ‘regulatory quality.’ Vooral in het instrument van de effectbeoordeling zien we dat deze verschillende rationaliteiten samen komen en dat zowel overwegingen van ‘quality of legislation’ als van ‘regulatory quality’ daarin een plaats (moeten) vinden.

Ten tweede, het kwaliteitsbegrip toegepast in de specifieke context van wetgeving legt ook een sterke nadruk op het *proces* zelf en de inrichting daarvan, en dan niet alleen op de acceptatie van de uitoefening van overheidsbevoegdheid maar ook op de participatie daarin. Daar waar de democratische legitimatie van een rechtssysteem laag is, of althans als zodanig wordt ervaren, kan een op kwaliteit gebaseerde aanpak van dienst zijn omdat deze erop is gericht om gebruikers, betrokken partijen, etc. in het besluitvormingsproces te betrekken. Deze dimensie van het kwaliteitsbegrip refereert aan het waarborgen van een zekere ‘sociale of inhoudelijke legitimiteit’; legitiem is het overheidsoptreden dat het beste beantwoordt aan de verwachtingen en noden van het publiek en dat in staat is om de problemen op te lossen waar het mee te maken heeft.³⁹ Participatie kan daar een belangrijke bijdrage aan leveren.

Uit het voorgaande volgt dat het realiseren van betere regelgeving niet slechts kan worden afgemeten aan de mate waarin een wettelijke regeling voldoet aan bepaalde inhoudelijke eisen, maar ook afhankelijk is van de manier waarop het wetgevingsproces is ingericht. Het gaat in die zin dus niet alleen om beginselen waar de wetgeving als product aan moet voldoen, maar ook om beginselen waar het totstandkomingsproces aan moet voldoen. Het is tegen deze achtergrond dat in het vervolg van dit preadvies een onderscheid wordt gemaakt tussen

³⁵ Zoals onder meer blijkt uit de Conclusies van de Europese Raad van Edinburgh en de daaraan gehechte Verklaring inzake subsidiariteit, *Bull. EG* 12/1992, p. 15.

³⁶ Zie de Conclusies van de Europese Raad van Lissabon van maart 2000 en http://ec.europa.eu/growthandjobs/key/index_en.htm. Overigens was ook reeds voor de kredietcrisis duidelijk dat de Lissabon doelstellingen niet zouden worden gehaald.

³⁷ Zie voor een eerder gebruik van deze termen A. Meuwese en L.A.J. Senden, ‘European impact assessment and the choice for alternative regulatory instruments’, in: J.M. Verschuuren (Ed.), *The impact of legislation: A critical analysis of Ex Ante evaluation*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 137-174.

³⁸ Beide ratios komen duidelijk naar voren in de reeds eerder genoemde grondleggende Commissie mededeling voor het BR-beleid, zie noot 18.

³⁹ P. Pescatore, *Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté Européenne*, *CDE*, vol. 10, p. 507.

inhoudelijke eisen en procesmatige eisen waaraan wetgeving en de totstandkoming ervan moet voldoen.

In dit verband dient nog een tweede algemene constatering te worden gemaakt over het kwaliteitsbegrip. Behalve een breed begrip, is kwaliteit ook een *dynamisch* begrip waarvan de precieze invulling kan verschillen, afhankelijk van context, plaats⁴⁰ en tijd, de functie van de te onderzoeken organisatie of activiteit en van het perspectief dat men inneemt; dat van het product, van het proces of dat van de organisatie zelf, zijn cliënten of het algemene publiek.⁴¹ Voorts hangt de invulling en beoordeling ervan ook sterk af van de verwachtingen die dienaangaande (kunnen) worden gekoesterd. Als zodanig is kwaliteit dus niet een inherente eigenschap van een product zoals wetgeving, maar wordt deze bepaald door externe factoren, bovenal door het oordeel van de makers en de gebruikers.⁴² De concrete eisen die aan de kwaliteit van wetgeving worden gesteld en vooral hun relatieve belang kunnen derhalve verschillen naargelang we het hebben over Nederlandse wetgeving of Europese wetgeving, gezien vooral ook de verschillende functies die deze wetgeving vervult.⁴³ Dat neemt echter niet weg dat er wel een zekere harde kern aan gedeelde kwaliteitseisen kan worden geïdentificeerd. Ter illustratie van dit punt, volledigheid van wetgeving kan worden gezien als een belangrijke wetgevingskwaliteitseis, zowel Europees als nationaal. Toch verschilt het relatieve belang van deze eis, aangezien in de Europese context er vaak sprake is van een streven slechts naar harmonisatie van wetgeving en niet van uniforme wetgeving.

3. Europese inhoudelijke kwaliteitseisen

In de context van het Nederlandse wetgevingsproces is van regeringswege een min of meer vaste lijst vastgesteld van kwaliteitscriteria voor wetgeving, allereerst in de Nota Zicht op Wetgeving⁴⁴ en later in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Ar 254 betreft aldus de toetsing van wetgeving op “rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit”. Volgens de toelichting omvat dit met name de volgende eisen van goede wetgeving: a) rechtmatigheid; b) uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid; c) doeltreffendheid en doelmatigheid; d) subsidiariteit en evenredigheid; e) onderlinge afstemming; f) eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

⁴⁰ Vgl. Radaelli 2004, *a.w.*

⁴¹ E. Van der Kam, *Kwaliteit gewogen*, Den Haag, BJu, 2001.

⁴² In deze zin G.J. Veerman, *De wet als zinsbegoochelingstoestel. Over de kwaliteit van wetgeving*, oratie Universiteit van Maastricht, 25 juni 2004, p. 13. Tekst beschikbaar op: <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=967>.

⁴³ Hirsch Ballin en Senden 2005, *a.w.*, pp. 11-13 en 29-30.

⁴⁴ Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2.

Op Europees niveau ontbreekt een dergelijke – formele - lijst. In de literatuur zijn wel inventarisaties gemaakt van criteria die maatgevend worden geacht voor de kwaliteit van EG-regelingen, bijvoorbeeld door Piris en Timmermans in 1997, beiden destijds hooggeplaatste ambtenaren bij de juridische dienst van de Raad resp. de Commissie. Zij kwamen tot het volgende overzicht: 1) noodzakelijkheid van de regeling; 2) proportionaliteit en evenredigheid; 3) subsidiariteit; 4) keuze van het juiste instrument; 5) (beperking van het) volume van regelingen, de regeldichtheid en de regelingslasten; 6) coherentie met bestaande maatregelen; 7) zorgvuldigheid, in de zin van voorafgaande consultatie van belanghebbenden; 8) uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid; 9) redactionele kwaliteit; 10) de toegankelijkheid (onder meer in de vorm van beheer, consolidatie en codificatie van regelingsteksten).⁴⁵ Wat opvalt in dit rijtje is dat strikt juridische eisen als legaliteit en rechtmatigheid niet worden genoemd, terwijl dat in Ar 254 uitdrukkelijk wel het geval is. In een ruime opvatting van kwaliteit van wetgeving dient dit echter wel als het startpunt te worden genomen; wetgeving die strijdig is met het legaliteitsbeginsel en andere rechtmatigheidseisen zal immers nooit als deugdelijke wetgeving kunnen worden aangemerkt.

Willen we een zo volledig mogelijke inventarisatie maken van Europese eisen die mogelijkwerwijs gevolgen sorteren voor de nationale wetgever, dan kan dit slechts door een systematische analyse uit te voeren van verschillende Europese rechtsbronnen, op het niveau van het primaire, secundaire en tertiaire recht. Een goede kapstok voor deze analyse biedt mijns inziens het kader zoals de Raad van State dat heeft gecreëerd voor de toetsing van Nederlandse wetgevingsvoorstellen, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen juridische eisen, beleidsanalytische en wet(geving)stechnische eisen.⁴⁶ Deze driedeling biedt het meest omvattende onderzoekskader om de verschillende eisen in te rangschikken en heeft ook het voordeel van aansluiting bij een in Nederland gebruikelijke benadering.

3.1 Juridische eisen

De EG mag ingevolge artikel 5, alinea 1 EG slechts optreden binnen het raamwerk van de haar opgedragen bevoegdheden en zal voor elk besluit een rechtsgrondslag in het EG (dan wel EU-)Verdrag moeten kunnen aanwijzen. In het uitoefenen van die bevoegdheid moet aan allerlei procedurele eisen (zoals het

⁴⁵ Hun visie zoals samengevat in Voermans e.a. 2000, a.w., pp. 3-4.

⁴⁶ Zie hierover J.L.W. Broeksteeg, E.M.J. Hardy, S. Klosse, M.G.W.M. Peeters, L.F.M. Verhey, *Zicht op wetgevingskwaliteit. Een onderzoek naar de wetgevingsadvisering van de Raad van State*, WODC onderzoek, BJu, 2005. Piris heeft in de Europese context het onderscheid gemaakt tussen formele of technische en materiële of inhoudelijke kwaliteit. Ik acht dit onderscheid hier minder bruikbaar omdat daarin de juridische of rechtmatigheidseisen niet goed naar voren komen, terwijl dit als een zeer belangrijke, op zichzelf staande categorie kan worden gezien. Zie J.-C. Piris, *The Quality of Community Legislation: the Viewpoint of the Council Legal Service*, pp. 25-38, in: Kellermann 1998, a.w., p. 28.

motiveringsvereiste) en inhoudelijke eisen (zoals eerbiediging van de grondrechten) worden voldaan. Vanzelfsprekend gaat het hier echter om verplichtingen of rechtmatigheidseisen die aan de Europese wetgever worden opgelegd en niet aan de nationale wetgever. De lidstaten hebben echter wel een taak erop te letten dat de EG/EU conform het attributiebeginsel en andere rechtmatigheidseisen opereert en handelt binnen de marges van de overgedragen bevoegdheden. Deze controle kan bovenal plaatsvinden in het kader van de werkzaamheden van de Raad(swerkgroepen) en het Coreper, daarbij in meerdere of mindere mate gecontroleerd en gestuurd door de nationale parlementen.⁴⁷

Desalniettemin zijn er ook belangrijke Europees-juridische eisen aan te wijzen die de nationale wetgever direct in zijn vrijheid beknotten en die deze nimmer uit het oog mag verliezen.⁴⁸ Zo stelt het EG-Verdrag allerlei grenzen aan de nationale reguleringsvrijheid, in het bijzonder in de interne markt bepalingen. De nationale wetgever moet ervoor zorgen dat *alle* wet- en regelgeving die op nationaal niveau wordt vastgesteld niet in strijd komt met de vrij verkeer bepalingen, dus geen onderscheid maakt tussen nationale producten, diensten, personen en kapitaal en die afkomstig uit andere EU-landen, tenzij daar een objectieve rechtvaardiging voor bestaat die tevens aan het evenredigheidsvereiste voldoet. Hij moet uiteraard ook zorgen voor inachtneming van de mededingings- en staatssteunbepalingen en van alle andere bepalingen in de Verdragen die een bepaald gebod of verbod voor de lidstaten inhouden.

Meer algemeen moet de nationale wetgever ervoor zorgen dat nationale wet- en regelgeving voldoet aan de fundamentele rechtsbeginselen en grondrechten zoals erkend in het kader van de EU, telkens wanneer de nationale wetgever optreedt “binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie”.⁴⁹ Daaronder valt in elk geval ook de situatie waarin een lidstaat gebruik maakt van de ruimte die het EG-

⁴⁷ Afhankelijk van de (constitutionele) procedure waarin lidstaten voorzien op dit punt. Zie hierover bijvoorbeeld O. Tans, C. Zoethout en J. Peters, *National Parliaments and European Democracy. A Bottom-Up Approach to European Constitutionalism*, Europa Law Publishing 2007 en L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendelts, S. Prechal, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Europa Law Publishing 2002.

⁴⁸ Vgl. ook de in 4.1.4 nader te bespreken (procedurele) notificatieplicht, waarvan niet-nakoming tot niet-toepasselijkheid kan leiden van vastgestelde technische voorschriften zoals het Hof van Justitie EG vaststelde in de beruchte Securitel zaak; zaak C-194/94, *CIA Security t. Securitel*, *Jur.* 1996, p. I-2201.

⁴⁹ Zaak 5/88, *Wachauf*, *Jur.* 1989, p. 2609. Vgl. ook artikel 51 van het Handvest van de Grondrechten van de Unie, dat juridisch bindend zal worden na inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Dit artikel hanteert een beperktere formulering, door te stellen dat toetsing van nationale maatregelen aan het Handvest mogelijk is “uitsluitend wanneer zij [de lidstaten-LS] het recht van de Unie ten uitvoer brengen.” De toelichting op dat artikel gaat echter uit van de ruimere formulering in de jurisprudentie. Voor een bespreking van deze problematiek, zie P.J.G. Kapteyn, De reikwijdte van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie als onderdeel van een Grondwet voor Europa, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2004-3, pp. 111-119. Zie verder ook S. Prechal en T. Heukels, Algemene beginselen in het Nederlandse recht en het Europese recht: rechtsvergelijking en interactie, *SEW* 5(1986)mei, p. 287 e.v.

recht laat om af te wijken van dat recht.⁵⁰ De beginselen omvatten zowel geschreven als ongeschreven beginselen. Te denken valt hier in het bijzonder aan het waarborgen van het gelijke behandelingsbeginsel en het beginsel van wederzijdse erkenning. De wetgever mag niet onverkort nationale eisen opleggen aan producten, diensten en personen en kapitaal die afkomstig zijn uit andere EU-landen, maar moet in beginsel uitgaan van de gelijkwaardigheid van de normen en regels op basis waarvan deze worden geproduceerd, respectievelijk geleverd en werkzaam zijn.⁵¹

Behalve uit het primaire – geschreven en ongeschreven – recht, vloeien uiteraard ook uit het secundaire recht, dat is vastgesteld op grond van de verschillende rechtsgrondslagen in de Verdragen, de nodige specifieke rechtmatigheidseisen voort. Bijzondere aandacht verdient daarbij vooral de situatie die zich in de praktijk nogal eens voordoet, waarbij een richtlijn slechts minimumharmonisatie behelst en lidstaten derhalve nog discretionaire ruimte laat om verdergaande maatregelen te treffen dan voorzien in de richtlijn. De gedachte is nogal eens dat zolang maar aan de minimumnorm uit de richtlijn is voldaan, al het andere dan geoorloofd is. Dit is echter niet het geval; daar waar bij maximum of totale harmonisatie de richtlijn inderdaad zowel de onder- als bovengrens aangeeft van waar een lidstaat zich aan te houden heeft, geldt bij een minimum harmonisatierichtlijn dat deze slechts de ondergrens behelst en het Verdrag zelf de bovengrens. Dit betekent dat een lidstaat er altijd voor moet zorgen dat elk stuk regelgeving ter omzetting van een minimum harmonisatierichtlijn (of kaderbesluit) waarbij de wetgever de discretionaire beleidsruimte invult die hem is gelaten, zich verdraagt met de Verdragsbepalingen en met algemene rechtsbeginselen en grondrechten. Nederland maakt nogal eens gebruik van deze mogelijkheid van verdergaande regulering⁵² en de wetgever moet zich derhalve goed rekenschap geven van de daarbij in acht te nemen primairrechtelijke regels en beginselen.

Een algemene plicht daartoe vloeit overigens voort uit het in artikel 10 EG vervatte beginsel van Gemeenschapstrouw. Op grond daarvan is de nationale wetgever gehouden, als onderdeel van de lidstaat waar hij deel van uitmaakt, alles in het werk te stellen om aan alle inhoudelijke eisen die uit het primaire en secundaire EG-(en ook EU-) recht voortvloeien gehoor te geven en moet hij zich onthouden van alle maatregelen die de doelstellingen van de EG/EU in gevaar zouden kunnen brengen. Dit geldt ook in de situatie dat de Gemeenschap (nog) niet heeft opgetreden.⁵³

⁵⁰ Zie onder meer zaak C-260/89 *ERT*, *Jur.* 1991, p. I-2925 en zaak C-368/95, *Familiapress*, *Jur.* 1997, p. I-3709.

⁵¹ Inzake goederen, zie reeds zaak 120/78, *Cassis de Dijon*, *Jur.* 1979, p. 649.

⁵² Daarbij is overigens de grens met *goldplating* soms moeilijk te trekken. Zie daarover par. 4.1.2. en 4.1.3.

⁵³ Zie punt 8 van het Protocol betreffende de toepassing van het subsidiariteits- en het evenredigheidsbeginsel, gehecht aan het Verdrag van Amsterdam.

Weerslag op het nationale niveau

Op welke wijze wordt nu in de Nederlandse wetgevingspraktijk gehoor gegeven aan voornoemde rechtmatigheidseisen? Voor de beantwoording van deze vraag kijken we hieronder naar de relevante Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar).

Ar

“Bij het ontwerpen van regelingen wordt onderzocht welke hogere regels de vrijheid van regeling ten aanzien van het betrokken onderwerp hebben ingeperkt,” zo stelt Aanwijzing 18. De toelichting geeft aan dat daaronder in elk geval ook EU regels worden verstaan. Met de recente Achtste wijziging van de Ar in september 2008 is daar expliciet aan toegevoegd: “Wat EU-regelgeving en andere regelgeving betreft valt, behalve aan richtlijnen, verordeningen en besluiten, te denken aan algemene leerstukken als het burgerschap van de Europese Unie, het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal en de Europese mededingingsregels.” Verder worden onder hogere regels rechtsbeginselen gevat, met name het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Een expliciete verwijzing naar rechtsbeginselen die in het kader van de EG/EU tot ontwikkeling zijn gekomen en van toepassing zijn, ontbreekt echter. Wel wordt verwezen naar het EVRM en het IVBPR. Wanneer het Verdrag van Lissabon in werking treedt, zou hier ook een verwijzing naar het Handvest voor de Grondrechten van de Unie moeten worden opgenomen.

De reeds genoemde Ar 254 betreft meer algemeen de toetsing van wetgeving op “rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit”, met inbegrip van een Europeesrechtelijke toetsing. Rechtmatigheid vormt het eerste element in deze toetsing. Niet alleen implementatie wetgeving, maar ook autonome regelgeving zal dus altijd een rechtmatigheidstoets in het licht van het Europese recht moeten ondergaan. Voor implementatie wetgeving geldt dan dat er feitelijk sprake is (of althans zou moeten zijn) van een dubbele controle; de eerste wordt uitgevoerd door het inhoudelijk betrokken en voor de implementatie verantwoordelijke ministerie, de tweede door het Ministerie van Justitie als eindverantwoordelijke. Met het oog op het verzekeren van de eenheid van de uitleg van het Europese recht werkt het Ministerie van Justitie samen met het Ministerie van Buitenlandse Zaken. Een zeer belangrijke meer specifieke Europese rechtmatigheidseis vinden we in Ar 131c, namelijk die inzake de plicht tot wederzijdse erkenning: “Voor zover een regeling, die niet strekt tot implementatie van EU regelgeving, eisen stelt aan goederen, keuringen of diensten, wordt tevens een clause van wederzijdse erkenning opgenomen.”

Met deze Aanwijzingen wordt het belang onderkend van het voldoen van Nederlandse wetgeving aan Europees-juridische eisen, ook of juist wanneer het gaat om de vaststelling van autonome regelgeving die niet wordt aangenomen ter implementatie van Europese wetgeving. Tegelijkertijd blijkt de Nederlandse

wetgevingspraktijk op dit punt nog behoorlijk weerbarstig, gegeven de rapporten van de drie opeenvolgende Visitatiecommissies wetgeving (2000, 2003 en 2007).⁵⁴

Zo concludeerde de Visitatiecommissie wetgeving in 2000 dat op de ministeries de beleidsmatige invalshoek in verhouding tot de juridische zwaarwegender is geworden en dat er “gedesinvesteerd is in de juridische functie”.⁵⁵ Wat specifiek de Europeesrechtelijke dimensie van dit probleem betreft, constateerde de commissie dat er tijdens de visitaties met regelmaat uitspraken zijn gedaan dat er binnen het desbetreffende ministerie “onvoldoende aandacht bestaat voor de Europese component van beleid en regelgeving.”⁵⁶ Zij concludeerde tevens dat er niet altijd en overal voldoende kennis aanwezig was met het oog op de toetsing van autonome regelgeving aan internationale en Europese regelgeving.⁵⁷ Bijna 10 jaar na dato blijken deze obstakels nog niet overwonnen, integendeel zelfs. Zo blijkt uit de rapportage van de derde Visitatiecommissie dat er nog steeds onvoldoende capaciteit beschikbaar is om de Europese dimensie van de juridische functie te behartigen. Ook in het kader van de wetgevingsadvisering door de Raad van State is herhaaldelijk op tekortkomingen c.q. problemen in de juridische toetsing aan Europese regelgeving gewezen zoals die ten ministerie plaatsvindt.⁵⁸ Het kabinet heeft in het Programma Vernieuwing Rijksdienst⁵⁹ het belang onderkend van versterking van de internationale en Europese dimensie van het beleid en van de noodzaak om EU-kennis en ervaring binnen de Rijksoverheid te vergroten. In uitwerking daarvan is het Programma Versterking Juridische Functie Rijk vastgesteld, dat onder andere voorziet in een versterking van de Academie voor Wetgeving, het Kenniscentrum Wetgeving en het Expertisecentrum Europees Recht en het laten opdoen van ervaring ‘buitenshuis’. Onderzoek van de volgende visitatiecommissie zal moeten uitwijzen of dit tot de gewenste resultaten heeft geleid. Een ander punt van aandacht is in dit verband dat er in recente jaren – zowel op Europees als op nationaal niveau – steeds meer nadruk is komen te liggen op beleidsanalytische eisen en ex ante toetsing van wetgeving, in het bijzonder langs de weg van effectbeoordelingen. In die beoordelingen lijkt er maar weinig oog te zijn voor juridische randvoorwaarden, zo althans op het Europese niveau.⁶⁰

3.2 Beleidsanalytische eisen

In het kader van de beleidsanalytische toets die de Raad van State uitvoert, wordt gekeken naar 1) noodzaak van wetgeving (redengeving), 2) doeltreffendheid en

⁵⁴ Resp. *Regels en risico's*, Kamerstukken II, 2000-2001, 27475, nr. 2; *Van wetten weten*, Kamerstukken II, 2003-2004, 29349, nr. 1; *Met recht verbonden*, rapport van maart 2007.

⁵⁵ *Regels en risico's*, a.w., p. 25.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 28.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁸ Broeksteeg e.a. 2005, a.w, pp. 50-68.

⁵⁹ Kamerstukken II, 2007-2008, 31 201, nr., pp. 16-17.

⁶⁰ Zie Meuwese en Senden 2009, a.w.

doelmatigheid (effectiviteit) en 3) naleefbaarheid en handhaafbaarheid (uitvoering).⁶¹ Op Europees niveau zien we deze aspecten ook duidelijk terug, vooral in het kader van de nadere uitwerking van de subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginselen zoals die in het Europese BR-beleid gestalte heeft gekregen. Daarnaast heeft ook de ontwikkeling van het beginsel van nuttige werking of *effet utile* daar sterk aan bijgedragen.⁶²

Het vertrekpunt op primairrechtelijk niveau vormt derhalve artikel 5, alinea 2, resp. 3 EG en de daarin vervatte beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit, volgens welke de Europese wetgever niet zomaar elke overgedragen bevoegdheid ook daadwerkelijk mag uitoefenen c.q. mag uitoefenen op willekeurig welke wijze. Terzake van elke voorgenomen handeling zal na moeten worden gegaan of de lidstaten een bepaalde doelstelling zelf niet voldoende kunnen verzekeren en of de Unie dat beter kan en zo ja, in welke vorm die handeling dan zal moeten worden gegoten. De wetgever is verplicht om in zijn regulering niet verder te gaan dan strikt noodzakelijk is. De teneur van deze beginselen is dat het beste op het laagst mogelijke niveau wordt gehandeld en op de minst ingrijpende en meest eenvoudige wijze. De Europese wetgevingsinstellingen zullen telkens hun handelen in dit licht moeten verantwoorden.

Dit vindt verdere uitwerking in het Protocol betreffende de toepassing van het subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel (gehecht aan het Verdrag van Amsterdam, 1996). Zo moeten de redenen voor de conclusie dat een doelstelling van de EG beter door de Gemeenschap kan worden bereikt, met kwalitatieve en waar mogelijk ook met kwantitatieve indicatoren worden gestaafd (punt 4). De Gemeenschap treedt slechts wetgevend op voorzover nodig; geeft de voorkeur aan richtlijnen boven verordeningen, aan kaderrichtlijnen boven gedetailleerde richtlijnen (punt 6); laat zoveel mogelijk ruimte voor nationale besluiten en, behoudens de noodzaak van correcte tenuitvoerlegging, bieden communautaire maatregelen de lidstaten alternatieve mogelijkheden om de doelstellingen ervan te realiseren (punt 7). Dit laatste kan men uitgedrukt zien in de (vooralsnog vrij zeldzame) gevallen waarin een richtlijn voorziet in de mogelijkheid van omzetting via zelf- of coreguleringsmechanismen, bijvoorbeeld een collectieve arbeids-overeenkomst. Bij de uitoefening van haar initiatiefrecht dient de Commissie alle financiële of administratieve lasten voor de Gemeenschap, nationale regeringen, lokale overheden, bedrijfsleven en burgers tot een minimum te beperken en evenredig te laten zijn met het te bereiken doel (punt 9).

In het Interinstitutioneel Akkoord Beter Wetgeven uit 2003 (IIA)⁶³ wordt het voorgaande bevestigd en op grond van dit Akkoord moet de Commissie er tevens voor zorgen dat de actie die ze voorstelt de noodzaak van een effectieve

⁶¹ In deze zin, Broeksteeg e.a. 2005, a.w., p. 28.

⁶² Zie ook de Handleiding Wetgeving en Europa, a.w., p. 81.

⁶³ Pb. EU 2003, C 321.

implementatie in aanmerking neemt (punt 12). De drie instellingen erkennen voorts de noodzaak om in daartoe geëigende gevallen of waar het Verdrag niet uitdrukkelijk een bepaald rechtsinstrument voorschrijft, alternatieve reguleringsmechanismen te gebruiken (punt 16), zij het onder bepaalde voorwaarden (punt 17). Daartoe beschrijft het IIA in het bijzonder de mechanismen van co-regulering en zelfregulering (punten 18-23). Ook benadrukt het IIA de rol van effectbeoordelingen met het oog op de verbetering van de kwaliteit van Europese wetgeving, in het kader waarvan de drie instellingen in ogenschouw moeten nemen of voorgenomen handelingen wel een adequate en doeltreffende toepassing zullen kunnen krijgen in de lidstaten (punt 27) en daarnaast ook sociale, economische en milieu-effecten van voorgenomen wetgeving moeten beoordelen (punt 28). In het kader van die effectbeoordelingen hebben ook effectiviteit (doeltreffendheid) en efficiency (doelmatigheid) als meer algemene maatstaven voor Europees optreden de laatste jaren steeds meer gewicht gekregen, tot uitdrukking komend bijvoorbeeld in kosten-baten analyses.

Weerslag op het nationale niveau

Bovenstaande eisen zijn primair richtinggevend voor de Europese wetgevingsinstellingen. Daar komt bij dat de eisen aangaande noodzaak van regelgeving en van effectiviteit en efficiency sterk politiek-economisch getint zijn. Toch brengen ook deze – in verschillende opzichten - bepaalde plichten of beperkingen met zich mee voor de nationale wetgever.

Allereerst kan ook hier vanuit de grondgedachte van het beginsel van de gemeenschapstrouw en van de nuttige werking van het gemeenschapsrecht worden geredeneerd dat de nationale wetgever alles in het werk moet stellen om te handelen in de geest van de doelstellingen van het gemeenschapsrecht en geen contra-productieve maatregelen mag nemen. Wanneer de Europese wetgever bijvoorbeeld heeft geconcludeerd dat bindende wetgeving aangaande een bepaalde materie (nog) niet nodig is en dat vanwege het zelfregulerende vermogen van een bepaalde sector met een aanbeveling kan worden volstaan, dan zal de nationale wetgever niet zonder meer kunnen besluiten tot omzetting van deze aanbeveling in nationale bindende wetgeving. Of wanneer een Europese minimum harmonisatierichtlijn is vastgesteld die beoogt administratieve lasten voor het bedrijfsleven zoveel mogelijk te beperken, dan mag de nationale wetgever niet zonder meer die lasten verzwaren in het kader van de uitoefening van de discretionaire ruimte die de richtlijn hem laat. Gebeurt dat wel, dan missen de BR inspanningen op het Europese niveau hun doel. Gesteld kan derhalve worden dat de Europese beleidsanalytische eisen ook door (zouden) moeten werken in de nationale beleids- en wetgevingspraktijk.⁶⁴

⁶⁴ Vgl. Majone 1996, *a.w.*, p. 266 e.v., die de volgende belangrijke obstakels signaleert in dit verband: gebrek aan wederzijds vertrouwen, een zwak engagement ten aanzien van de gezamenlijke doelstellingen en de verleiding om politieke korte-termijn voordelen te laten prevaleren boven een langere termijn politieke en beleidsgeloofwaardigheid.

Voorts kan vanuit de optiek van genoemde beginselen worden betoogd dat de nationale wetgevingspraktijk dusdanig moet zijn ingericht dat deze zo vroegtijdig en zo adequaat mogelijk inspringt in het Europese wetgevingsproces en de beleidsanalytische afweging die op Europees niveau wordt gemaakt. Gegeven dat de Raad – en daarmee de lidstaten zelf – op grond van het hierboven besproken raamwerk verantwoordelijkheid draagt voor toepassing van de verschillende beleidsanalytische eisen, betekent dit dat alle op enigerlei wijze van overheidswege betrokkenen bij het besluitvormingsproces in de Raad medeverantwoordelijkheid dragen in deze. Hun bijdrage aan het Europese besluitvormingsproces is medebepalend voor de uitkomst ervan en daarmee ook voor de wijze en mate waarin de nationale wetgever in zijn reguleringsvrijheid wordt beperkt en de mate waarin Europese wetgeving al dan niet adequaat in het reeds bestaande rechtssysteem zal kunnen worden ingepast. Ten aanzien van dit laatste punt bieden de eisen van handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid zekere handvatten voor een prealabele juridische beoordeling door de nationale wetgever, in het bijzonder van wetgevingsjuristen. Hoe nu is het Nederlandse wetgevingsproces volgens de Ar hierop ingericht?

Ar

Aanwijzing 329, onder a. bepaalt dat bij de “voorbereiding van EG-regelgeving” de in § 2.1 van de Ar opgenomen aanwijzingen inzake het gebruik van regelgeving in acht moeten worden genomen, die inderdaad een aantal vergelijkbare beleidsanalytische eisen behelst zoals we hieronder zullen zien. De formulering van Ar 329a verleidt mij echter tot twee preliminaire opmerkingen. Allereerst, er wordt vreemd genoeg slechts gesproken van voorbereiding van *EG* regelgeving (terwijl de aanhef zelf wel van *EU* regelgeving spreekt), waarmee *EU* besluiten zoals kaderbesluiten van de toepassingsfeer van Ar 329 en daarmee van § 2.1 lijken te zijn uitgesloten. Dit komt mij onjuist voor. Ten tweede, wederom naar zijn woord genomen, sluit de bovenstaande formulering voorbereiding van *implementatie* regelgeving uit, hetgeen mij eveneens als te beperkend en onjuist voorkomt. Zoals hierboven reeds beargumenteerd, zouden de Europese beleidsanalytische eisen ook moeten doorwerken op het niveau van de implementatie.

Tegen deze bezwaren zal ingebracht kunnen worden dat we moeten concluderen dat § 2.1 van de Ar reeds van toepassing is op nationale implementatie wetgeving op grond van een lezing van andere Aanwijzingen, namelijk 1, 2 en 328 in hun onderlinge samenhang; volgens deze aanwijzingen zijn de Ar van toepassing op algemeen verbindende voorschriften en implementatie van *EU* regelgeving [mijn curs.] in het nationale recht vindt plaats door middel van het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. De recente Handleiding Wetgeving en

Europa bevestigt dit beeld,⁶⁵ daar waar deze ingaat op de institutionele autonomie van lidstaten om hun wetgevingskader naar eigen inzicht in te richten en toe te passen op de vaststelling van implementatie regelgeving. Nederland heeft van deze institutionele autonomie gebruik gemaakt door voor implementatie van Europese regelgeving in beginsel uit te gaan van het normale wetgevingskader zoals dat voor de vaststelling van autonome (niet implementatie betreffende) wetgeving geldt, zo stelt de Handleiding.⁶⁶ Dat uitgangspunt brengt dan logischerwijs met zich mee dat § 2.1 automatisch ook toepassing vindt op alle implementatie wetgeving. De aanwijzingen in Hoofdstuk 8 dienen aldus “als een aanvulling of specificatie van de algemene regels over wetgeving [te] worden gezien.”⁶⁷ Deze verduidelijking in de Handleiding aangaande de verhouding van hoofdstuk 8 tot de overige aanwijzingen is welkom, want op basis van een enkele lezing van de Aanwijzingen zelf is deze verhouding niet op voorhand duidelijk en geenszins vanzelfsprekend naar mijn mening. In dit opzicht lijkt er zeker ruimte voor verbetering van de Aanwijzingen (daarover meer in par. 6).

Paragraaf 2.1 Ar bevat een aantal aanwijzingen waarvan gezegd kan worden dat ze corresponderen met de voornoemde EG/EU eisen. Deze betreffen: het vaststellen van de noodzaak van nieuwe regelingen (Ar 6); het vooraf beoordelen van noodzaak en alternatieven voor overheidsinterventie (Ar 7); het zoveel mogelijk aansluiten bij het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector(en) (Ar 8); het beoordelen van de effectiviteit van een voorgenomen regeling, de neveneffecten alsook de lasten daarvan voor de overheid, burgers, bedrijven en instellingen (Ar 9); de vraag of handhaving in voldoende mate gerealiseerd kan worden (Ar 11); het opleggen van zo beperkt mogelijke lasten voor burgers, bedrijven en instellingen (Ar 13); de kwestie dat de voor belanghebbenden nadelige gevolgen van een regeling niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de te dienen doelen (Ar 15); en het leggen van taken en bevoegdheden op decentraal niveau, tenzij het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze door decentrale overheden kan worden behartigd (Ar 16). Hoewel subsidiariteit in het geheel niet wordt genoemd en evenredigheid slechts in een specifiek opzicht, alluderen de verschillende aanwijzingen duidelijk wel aan die beginselen.

In Ar 329 zelf en de toelichting op punt a. wordt gesteld dat deze aanwijzing ‘vanzelfsprekend [...] ook van toepassing is op degenen die deelnemen aan (overleg ter voorbereiding van) besluitvorming in de Raad’, waaronder raads werkgroepen, de Permanente Vertegenwoordiging bij de EU, de ambtelijke Coördinatiecommissie voor Europese integratie- en associatieproblemen (CoCo)

⁶⁵ En ook de literatuur, zie A. van den Brink, *Regelgeving in Nederland ter implementatie van EU-recht*, 2004, p. 57 en J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, AAL 2002, 2^{de} druk, pp. 39-46.

⁶⁶ *A.w.*, pp. 107-108.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 109. De toepasselijkheid van de algemene aanwijzingen op implementatieregelingen kan ook uit de toelichting op sommige Aanwijzingen worden opgemaakt, zoals die terzake van Ar 56.

en de Raad van Ministers zelf. Maar ook hier wordt niet uitdrukkelijk gewezen op een door de betrokkenen uit te voeren subsidiariteits- en proportionaliteitstoets ten aanzien van de voorgenomen wet- en regelgeving. Er wordt slechts gesteld dat er in deze gremia steeds aandacht moet worden besteed aan de gevolgen voor de nationale wetgeving en dat men zich in dit verband onder meer moet afvragen of er voor eventuele implementatie een wettelijke grondslag is, dat men moet streven naar aansluiting bij instrumenten waarin de nationale wetgeving reeds voorziet en dat er gestreefd wordt naar het vaststellen van geloofwaardige en reële implementatietermijnen. Ook de navolgende aanwijzingen die de voorbereiding van EU regelgeving betreffen, verwijzen op geen enkele manier naar voornoemde beginselen (Ar 330-332). Dit mag opmerkelijk heten, omdat Nederland anderszins veel nadruk legt op toepassing en handhaving van de subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginselen, meest recentelijk in de context van de Verdragsherziening.⁶⁸ Behalve dat is duidelijk dat in de Nederlandse wetgevingspraktijk zoals die zich op basis van de in de Ar 330-332 voorziene procedures ontvouwt, er wel degelijk veel nadruk ligt op controle op de naleving van de beginselen van attributie, subsidiariteit en proportionaliteit.⁶⁹ Dit betreft in het bijzonder de werkzaamheden van de Werkgroep beoordeling nieuwe Commissievoorstellen (Werkgroep BNC), de zogenaamde “fichesprocedure” en de te volgen werkwijze wanneer een Europees voorstel substantiële consequenties zal hebben voor het nationale recht en in het bijzonder de vaststelling van formele wetgeving vereist. In die zin verbaast het dan ook dat deze beginselen als maatstaven ter beoordeling van nieuwe Commissievoorstellen niet in dit deel van de Aanwijzingen zelf zijn opgenomen, doch slechts de te volgen procedures.

Die maatstaven vinden we overigens wel in de eerder gememoreerde Ar 254, terzake van de door het Ministerie van Justitie uit te voeren wetgevingstoetsing van voorstellen van wet en AMvB's alvorens deze voor te leggen aan de ministerraad (de reeds in par. 3 genoemde Ar 254). De elementen in deze wetgevingstoetsing betreffen behalve rechtmatigheid (zie 3.1), met name uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, doeltreffendheid en doelmatigheid, subsidiariteit en evenredigheid (de in deze par. besproken beleidsanalytische eisen), onderlinge afstemming en eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid (hierna 3.3). Terzake van subsidiariteit en evenredigheid wordt wel verwezen naar enkele van de in § 2.1 vervatte aanwijzingen, maar niet naar hoofdstuk 8.

Hoewel de Ar als zodanig dus feitelijk ook een beleidsanalytische toetsing voorschrijven voor betrokken ambtenaren en (wetgevings)juristen in het kader van

⁶⁸ Het is vooral op instigatie van Nederland dat de in het Grondwettelijk Verdrag voor Europa en zijn Protocolen voorziene procedure voor een grotere rol van de nationale parlementen in de subsidiariteitstoets is aangescherpt in de tekst van het Verdrag van Lissabon en de daaraan gehechte Protocolen. Zie hierover ook par. 5.

⁶⁹ In deze zin ook de Handleiding, a.w., p. 51.

de voorbereiding van Europese wetgeving, zijn de elementen van die toetsing nogal beperkt omschreven in de Ar en weinig uitgewerkt.⁷⁰

3.3 Wet(geving)stechnische eisen

Aanvankelijk lag de nadruk van het Europese BR-beleid sterk op de wet(geving)stechnische aspecten van Europese wetgeving. Dat kan worden opgemaakt uit de inhoud en focus van een aantal Commissie en Raadsdocumenten uit de jaren 90. Allereerst is daar de resolutie van de Raad van ministers inzake de redactionele kwaliteit van de EG-wetgeving uit 1993, die tien richtsnoeren bevat.⁷¹ In 1996 is dit gevolgd door Verklaring nr. 39 inzake de redactionele kwaliteit van de communautaire wetgeving, gehecht aan het Verdrag van Amsterdam. Op zijn beurt heeft deze Verklaring geleid tot de aanneming in 1998 van het Interinstitutioneel Akkoord betreffende de gemeenschappelijke richtsnoeren voor de redactionele kwaliteit van communautaire wetgeving.⁷²

Het IIA Redactionele kwaliteit (en ten dele ook reeds de resolutie) legt de volgende algemene beginselen vast: (1) communautaire wetgevingsbesluiten moeten duidelijk, eenvoudig en nauwkeurig zijn geredigeerd; (2) er moet rekening worden gehouden met de aard van het betrokken besluit en met het al dan niet bindende karakter ervan; (3) er moet rekening worden gehouden met de doelgroep, zodat de betrokkenen ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen, en met degenen die uitvoering moeten geven aan het besluit; (4) bepalingen moeten zo beknopt en zo homogeen mogelijk worden geformuleerd, te lange artikelen en zinnen moeten worden vermeden, alsook onnodig ingewikkelde bewoordingen en een overmatig gebruik van afkortingen; (5) tijdens het gehele redactieproces moet rekening worden gehouden met het veelalige karakter van communautaire wetgeving en begrippen die eigen zijn aan een bepaalde nationale rechtsorde mogen slechts met de nodige omzichtigheid worden gehanteerd; (6) de gebruikte terminologie dient coherent te zijn, niet alleen binnen een en hetzelfde stuk wetgeving maar ook ten opzichte van reeds geldende besluiten, vooral wanneer die hetzelfde gebied betreffen. Voor dezelfde begrippen dienen dezelfde namen te worden gebruikt, waarbij zo min mogelijk afwijkend van de betekenis die in het gewone, juridische of technische taalgebruik daaraan wordt gegeven.

⁷⁰ Vgl. ook de kritiek van Veerman 2004, a.w., p. 13, over het te open karakter van de Ar en R.A.J. van Gestel, Wat kan de Nederlandse wetgever leren van de wijze van voorbereiding van Europese regelgeving?, in: R.A.J. van Gestel en J. van Schooten (red.), *Europa. De toekomst van de nationale wetgever*, Wolf Legal Publishers 2008, p. 47.

⁷¹ *Pb. EG* 1993, C 166/1. Besproken door C.S. Valkenburg, Hulp voor de Europese wetgever?, *NJB* 4 november 1993, afl. 39, p. 1399 e.v.

⁷² *Pb. EU* 1999, C 73/1. De richtsnoeren zijn verder uitgewerkt in de Gemeenschappelijke Praktische Handleiding van de Commissie, de Raad en het EP, met het oog op toepassing daarvan voornamelijk door de linguïsten-juristen werkzaam binnen de Europese instellingen. Zie <http://eur-lex.europa.eu/nl/techleg/index.htm>

Richtsnoer 12 legt vast dat het regelgevend gedeelte van een bindend besluit geen bepalingen mag bevatten die niet regelgevend zijn, zoals wensen of politieke verklaringen; richtsnoer 14 dat waar nodig termen worden omschreven of gedefinieerd; en richtsnoer 16 dat verwijzingen naar andere besluiten zoveel mogelijk dienen te worden vermeden, alsook kruisverwijzingen en cascadebepalingen. Richtsnoeren 20 t/m 22 stellen dat bepalingen die data, termijnen, uitzonderingen, afwijkingen of verlengingen bevatten nauwkeurig moeten worden geredigeerd, dat vervallen bepalingen of bepalingen die zonder toepassing of voorwerp zijn geworden uitdrukkelijk worden ingetrokken. Technische aspecten dienen in bijlagen te worden opgenomen en mogen geen nieuwe rechten of verplichtingen bevatten die niet reeds in het regelgevend gedeelte zijn opgenomen.

Volgens het latere IIA Beter Wetgeven (2003) treffen het Europees Parlement en de Raad alle nodige maatregelen om onnauwkeurigheden of incoherenties te voorkomen in het kader van de in de medebeslissingsprocedure aangenomen teksten. Ze kunnen daartoe een korte termijn overeenkomen om die juridische controle vóór de uiteindelijke aanneming van een besluit mogelijk te maken (punt 31).

Hoe verplichtend zijn de richtsnoeren in deze Interinstitutionele akkoorden? In punt 7 van de preambule van het IIA Redactionele kwaliteit wordt gesteld dat de richtsnoeren “niet van juridisch bindende aard zijn.” Interinstitutionele akkoorden zijn inderdaad van een wat onduidelijke juridische status. Toch mogen we gevoeglijk stellen dat in elk geval de instellingen zich ten opzichte van elkaar hebben verbonden tot naleving van de richtsnoeren en deze op die grond voor hen onderling verbindend zijn.⁷³ Desalniettemin is de vraag relevant in hoeverre deze wetstechnische eisen terug te voeren zijn tot algemene beginselen van gemeenschapsrecht. In dit verband komt in het bijzonder het beginsel van rechtszekerheid in beeld, in combinatie met het zich ontwikkelende transparantiebeginsel.⁷⁴ Deze beginselen brengen met zich mee dat Europese wetgeving duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig moet zijn, met het oog op de kenbaarheid en voorspelbaarheid van het recht voor de burger. In het bijzonder moeten burgers de reikwijdte kunnen kennen van de plichten die hen op worden gelegd.⁷⁵ De richtsnoeren kunnen als een nadere uitwerking van deze beginselen

⁷³ Nader hierover L.A.J. Senden, *Soft law in European Community law*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 284-287. Volgens art. 295 van het (nog niet van kracht zijnde) nieuwe Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie raadplegen het Europees Parlement, de Raad en de Commissie elkaar en bepalen zij in onderlinge overeenstemming de wijze waarop zij samenwerken. Daartoe kunnen ze interinstitutionele akkoorden sluiten “die een bindend karakter kunnen hebben.”

⁷⁴ Nader hierover S. Prechal en M. de Leeuw, *Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New Legal principle?*, *Review of European Administrative Law*, vol. 0, nr. 1, 2007, pp. 51-61.

⁷⁵ Zie reeds Zaak 70/83 *Kloppenborg*, *Jur.* 1984, p. 1075 en Zaak T-115/94 *Opel Austria*, *Jur.* 1997, II-2739.

worden gezien. Voorts komen de in de richtsnoeren vervatte eisen soms ook in de tekst van afzonderlijke richtlijnen naar voren.

Het beginsel van rechtszekerheid is ook van cruciaal belang voor wat betreft de eisen waar de vaststelling van nationale implementatiewetgeving aan moet voldoen. Als zodanig is het van belang hier al te constateren dat het Hof van Justitie een vergelijkbare standaard aanlegt in de rechtspraak inzake de eisen waaraan Europese wetgeving moet voldoen en de eisen waaraan nationale implementatiewetgeving moet voldoen. Deze laatste rechtspraak wordt in par. 4 afzonderlijk besproken, omdat deze nauw samenhangt met de wijze van implementatie.

Weerslag op het nationale niveau

Hoewel getuige de preambule van het IIA Redactionele kwaliteit de richtsnoeren “dienen te worden beschouwd als instrumenten voor intern gebruik van de instellingen” en bestemd zijn voor “de communautaire instellingen bij de vaststelling van hun wetgevingsbesluiten”, zijn deze ook bestemd voor “diegenen die in het kader van de communautaire instellingen aan de uitwerking en de redactie van wetgevingsbesluiten meewerken, ongeacht of het om de uitwerking van de oorspronkelijke tekst gaat, dan wel om de diverse wijzigingen die daarin in de loop van de wetgevingsprocedure worden aangebracht.” Deze personen worden dus mede verantwoordelijk gehouden voor de naleving van de in het IIA vervatte algemene beginselen.

Voor zover de IIA-richtsnoeren als een uitwerking van het beginsel van rechtszekerheid kunnen worden gezien, brengt het voorgaande met zich mee dat vooral ook de nationale ambtenaren en juristen die in het kader van de Raad (in het Coreper of in Raadswerkgroepen) betrokken zijn bij het opstellen van Europese regelingen, zich niet alleen bezig kunnen en mogen houden met de juridische en politieke- en beleidsmatige kant van Europese wetgeving, maar ook oog moeten hebben voor de wetstechnische kant daarvan.⁷⁶

Ar

Aanwijzing 329 onder b onderschrijft deze plicht, door er uitdrukkelijk op te wijzen dat het IIA Redactionele kwaliteit in acht wordt genomen bij de voorbereiding van EG-regelgeving. De toelichting is enigszins onduidelijk op dit punt, maar het lijkt voor de hand te liggen dat daarin wordt bedoeld dat Nederlandse ambtenaren die betrokken zijn bij de verschillende voorbereidingsfasen van EG-regelgeving, ambtelijke deskundigen die door de Commissie worden geconsulteerd en degenen die deelnemen aan besluitvorming in de Raad,⁷⁷ vanaf het begin aandacht moeten schenken aan eisen van goede wetgeving en dat dit ook het in aanmerking nemen

⁷⁶ Zie in deze zin reeds Valkenburg 1993, a.w., pp. 1402-1403.

⁷⁷ In het bijzonder de Raadswerkgroepen, de Permanente Vertegenwoordiging bij de EU, Coco en de Raad van Ministers zelf.

omvat van het IIA.⁷⁸ Volgens de toelichting komen de IIA-richtsnoeren inhoudelijk overeen met een aantal Aanwijzingen.⁷⁹ Deze betreffen: het streven naar duidelijkheid en eenvoud van regelingen en naar een bestendig karakter ervan (Ar 10), het gebruik van zo beknopt mogelijke formuleringen (Ar 52); het zoveel mogelijk volgen van normaal spraakgebruik en het vermijden van woorden die te weinig bepaald of onduidelijk zijn (Ar 54); het vermijden van verschillende termen voor het duiden van dezelfde begrippen (Ar 58), van afkortingen (Ar 60) en van verwijzingen die ten koste gaan van de toegankelijkheid (Ar 78); het hanteren van een bepaalde structuur (Ar 94), bepaalde benamingen (Ar 97), onderverdeling in leden (Ar 99); het opnemen van een considerans die de strekking van de regeling en het motief daartoe kort in hoofdzaak weergeeft (Ar 117-118); termen die een te weinig bepaalde of een van het spraakgebruik afwijkende betekenis hebben, worden gedefinieerd (Ar 121); en beoordeling van de noodzaak van overgangsbepalingen (Ar 165). Voor de terminologie in nationale regelingen wordt in beginsel aangesloten bij die van verwante EU- en internationale regelingen, tenzij deze niet voldoende is gepreciseerd, men door afwijking beter kan aansluiten bij elders in nationale regelingen gehanteerde terminologie of dit beter Nederlands zou opleveren (Ar 56). Deze aanwijzing wordt (uiteraard) met name van belang geacht voor implementatie regelingen. Voorts bepaalt Ar 330 dat betrokkenen bij de voorbereiding c.q. onderhandeling over Europese regelgeving ervoor moeten zorgen dat de centrale wetgevingsafdelingen van de betrokken ministeries tijdig daarbij worden ingeschakeld, omdat dit problemen bij de implementatie kan voorkomen en een bijdrage kan leveren aan de 'juridische kwaliteit' van de EU regelgeving. Met die term lijkt men hier vooral de wetstechnische aspecten van Europese regelgeving op het oog te hebben, maar eenduidig is dat niet.

Omdat we ervan uit moeten gaan dat de algemene aanwijzingen zowel van toepassing zijn op autonome als op implementatie regelgeving, vinden bovenstaande Aanwijzingen ook toepassing bij de voorbereiding van implementatie wetgeving. Maar ook in dit verband moeten we constateren dat er ruimte is voor de nodige verbetering. Zo heeft de derde Visitatiecommissie Wetgeving gesignaleerd dat (wetgevings)juristen te weinig deel uitmaken van onderhandelingsdelegaties in Brussel. Niet alleen puur wetstechnische aspecten van het regelgevingsproces krijgen daarmee niet de aandacht die ze verdienen, maar dat geldt ook voor belangrijke aspecten als de toekomstige inpasbaarheid van Europese regelgeving in het nationale rechtssysteem en de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid ervan. De commissie heeft het kabinet dan ook de aanbeveling gedaan om meer prioriteit te geven aan, en in het bijzonder meer middelen vrij te

⁷⁸ Feitelijk wordt enkel in de toelichting onder punt a. naar al deze betrokken partijen verwezen en niet onder punt b. Punt a betreft het in acht nemen van de aanwijzingen in par. 2.1 van de Ar.

⁷⁹ Gezien de ontstaansgeschiedenis van het IIA Redactionele kwaliteit zoals kort geduid in par. 1, verbaast het niet dat we in dit verband inderdaad de nodige overeenstemming kunnen traceren.

maken voor, het opnemen van (wetgevings)juristen in onderhandelings-delegaties.⁸⁰

4. Procesmatige eisen

Speciale aandacht verdient de wijze waarop de hiervoor besproken inhoudelijke Europese eisen hun beslag krijgen - of althans zouden moeten krijgen - in het nationale wetgevings- en implementatieproces en welke procesmatige c.q. procedurele eisen daarbij in het vizier komen (4.1). Als zodanig zijn veel van deze eisen inmiddels wel 'oude bekenden', maar de vraag rijst hier hoe zij in het bredere BR-beleid passen en of ze op enigerlei wijze worden aangescherpt in het licht daarvan. Met het oog op het operationaliseren en beter naleven van de inhoudelijke eisen in de wetgevingspraktijk, is in elk geval wel duidelijk dat in het kader van het Europese BR-beleid een aantal mechanismen toenemende nadruk krijgt, waaronder ex ante evaluatie en vereenvoudiging van wetgeving, die niet helemaal zonder gevolgen blijven voor het nationale wetgevingsproces (4.2 – 4.3).

4.1 Implementatie, uitvoering en handhaving van Europese regels

Het EG/EU-recht schrijft niet op algemene wijze voor hoe de lidstaten, i.e. de nationale wetgevers, precies te werk moeten gaan terzake van de voorbereiding, omzetting, uitvoering en handhaving van Europese wet- en regelgeving en welke mechanismen daarvoor in stelling moeten worden gebracht. Er is als zodanig dus sprake van zowel institutionele als procedurele autonomie van de lidstaten om dit proces en de bijbehorende procedures naar eigen inzicht in te richten. Door de jaren heen is deze autonomie van de lidstaten echter wel steeds verder ingekaderd door een aantal fundamentele implementatie- en handhavingseisen die met name het Hof heeft geformuleerd in zijn jurisprudentie en die de grondslag en de reikwijdte van de implementatieplicht hebben verduidelijkt, in elk geval ten aanzien van richtlijnen en verordeningen. Behalve dat er (uiteraard) sprake moet zijn van een inhoudelijk correcte implementatie (zie 3.1), moet implementatie de nodige waarborgen voor rechtszekerheid bieden (4.1.1), tijdig plaatsvinden (4.1.2.), effectieve handhaving verzekeren (4.1.3) en aan notificatie eisen voldoen (4.1.4). Deze eisen worden eerst geschetst en daarop aansluitend hun weerslag op het nationale niveau.

4.1.1. De implementatie- en uitvoeringsplicht: beperking van de institutionele autonomie

Wat verordeningen en richtlijnen betreft, zijn de eisen ten aanzien van omzetting en uitvoering terug te voeren op enkele bepalingen in het EG-Verdrag en de

⁸⁰ Van wetten weten, a.w., par. 2.5.4. en Aanbevelingen 4-6.

interpretatie daarvan door het Hof van Justitie. Wat kaderbesluiten betreft, is voornamelijk artikel 34 EU richtinggevend en de praktijk die de Commissie heeft ontwikkeld en in mindere mate de jurisprudentie van het Hof.

Ten aanzien van richtlijnen legt artikel 249 EG een resultaatsverbintenis op aan de lidstaten, maar mogen nationale instanties zelf de vorm en middelen kiezen voor het realiseren daarvan. De precieze reikwijdte van de implementatieplicht en de nationale beoordelingsruimte die deze laat, kan enkel worden afgeleid uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, die hier als volgt kan worden samengevat.⁸¹ Uitgangspunt bij de wijze van implementatie is dat de lidstaten in ieder geval verplicht zijn “om de meest passende vormen en middelen te kiezen om zo het nuttig effect van de richtlijnen te verzekeren.”⁸² Niet elke vorm of middel zal derhalve in een gegeven geval kunnen leiden tot correcte implementatie; de keuze ervan moet worden afgestemd op het te bereiken resultaat. Dat betekent dat de inhoud van de richtlijn in belangrijke mate bepalend is voor het vaststellen welke implementatie middelen en vormen zijn toegestaan.⁸³ Uit de rechtspraak kunnen verder de volgende drie centrale eisen worden afgeleid die aan implementatie maatregelen worden gesteld: 1) de genomen maatregelen moeten daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn verzekeren; 2) ze moeten voldoende waarborgen voor rechtszekerheid bieden en 3) effectieve rechtsbescherming verzekeren.⁸⁴ Specifiekere eisen die daaruit voortvloeien, betreffen de juridische afdwingbaarheid van implementatie maatregelen (ze moeten niet alleen feitelijk binden maar ook rechtens); ze moeten voldoende bepaald en nauwkeurig zijn, evenals helder, duidelijk en kenbaar. Dit komt erop neer dat degenen die door de implementatie maatregelen worden geraakt, de daarin vervatte rechten en verplichtingen moeten kunnen kennen. Deze eisen heeft het Hof mede gefundeerd op artikel 10 EG – het beginsel van gemeenschapstrouw - en op het beginsel van nuttig effect, onder meer met het oog op het realiseren van een uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht.

Voorgaande eisen beperken de mogelijke wijzen van implementatie aanzienlijk en daarmee ook de institutionele autonomie van de lidstaten. Ze moeten bovenal een duidelijk wettelijk kader creëren en doorgaans algemeen verbindende voorschriften vaststellen.⁸⁵ Te ‘zachte’ wijzen en middelen van implementatie heeft het Hof inderdaad bij herhaling afgewezen, omdat deze niet voldoende tegemoet komen aan de gestelde eisen. Zo volstaat het nemen van feitelijke maatregelen niet en het vaststellen van beleidsregels evenmin, omdat daar een inherente afwijkings-

⁸¹ Voor een uitgebreide beschouwing, zie S. Prechal, *Directives in EC law*, Oxford University Press 2005.

⁸² In die zin reeds Zaak 48/7, *Royer*, *Jur.* 1976, p. 497.

⁸³ Van den Brink 2004, a.w., p. 36.

⁸⁴ Zaak 29/84, *Commissie v. Duitsland*, *Jur.* 1985, p. 1661. Later herhaald in vele andere uitspraken.

⁸⁵ Zie de *TA-Luft* zaken: zaak C-361/88, *Jur.* 1991, p. I-2567 en zaak 59/89, *Jur.* 1991, p. I-2607.

bevoegdheid aan verbonden is vanwege de beperkte dwingende werking ervan⁸⁶ en deze eveneens tekort schieten op het punt van de kenbaarheid.⁸⁷ Ook zelfregulering als implementatiewijze zal niet snel in aanmerking kunnen komen, tenzij de Europese regeling in kwestie daarin expliciet voorziet of de lidstaat op enigerlei wijze zorgt draagt voor inhoudelijke correctheid daarvan en voor toepasselijkheid op alle betrokkenen. Concreet betekent dat, dat door private partijen gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten of milieuconvenanten dan algemeen verbindend moeten worden verklaard.⁸⁸ Toch heeft het Hof erkend dat er andere passende wijzen en maatregelen ter implementatie kunnen zijn, zolang deze maar aan bovenstaande eisen voldoen. Het gaat dan bovenal om de delegatie van de vaststelling van implementatie regelgeving aan lagere overheden⁸⁹ (waarbij de lidstaat wel eindverantwoordelijke blijft) en om implementatie door middel van een 'algemene juridische context'.⁹⁰ Bij dit laatste kan worden gedacht aan een reeds bestaande regeling in combinatie met een vaste, bestendige jurisprudentielijn.⁹¹

De conceptualisering van het kaderbesluit in artikel 34 lid 2 sub b EU vertoont veel gelijkenis met die van de richtlijn in artikel 249 EG. Het enige verschil betreft de expliciete uitsluiting van directe werking van kaderbesluiten. Het Hof heeft in de roemruchte Pupino uitspraak, naast de toepasselijkverklaring van de artikel 10 EG plicht tot gemeenschapstrouw in het kader van de Derde EU-Pijler, de gelijkenis tussen beide bepalingen tot uitgangspunt genomen voor zijn redenering en zijn uiteindelijke conclusie dat ook ten aanzien van kaderbesluiten een plicht tot conforme interpretatie bestaat voor de nationale rechter.⁹² Mogen we op basis daarvan concluderen dat ook de implementatieplicht en bijbehorende eisen ten aanzien van kaderbesluiten eensluidend zijn aan die van richtlijnen? De meningen zijn daarover verdeeld. Het ene kamp haakt aan bij het gegeven dat de sterkere positie van de lidstaten vooral tot uiting komt in de eis dat kaderbesluiten slechts met unanimiteit kunnen worden aangenomen; eenmaal aangenomen, moet de nationale wetgever zorgen voor effectieve omzetting en naleving daarvan en is er geen reden of bezwaar tegen het hanteren van de stringente implementatienormen zoals die terzake van richtlijnen gelden. De Commissie is deze mening toegedaan, getuige haar controle op de implementatie van kaderbesluiten.⁹³ Het andere kamp vertrekt vanuit de stelling dat de lidstaten op het terrein van het strafrecht zoveel mogelijk soevereiniteit hebben willen behouden en dat om die reden ook bij de

⁸⁶ Vgl. V.J.M. Bekkers e.a., *Brussel en Nederland: tegenliggers, spookrijders of reisgenoten? Implementatie van EG-regelingen in de Nederlandse rechtsorde*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1993, pp. 103-104.

⁸⁷ *TA-Luft* zaken, a.w.

⁸⁸ Vgl. Prechal 2005, a.w., p. 86.

⁸⁹ Zie reeds gev. zaken 51-54/71, *International Fruit Company II*, Jur. 1971, p. 1107.

⁹⁰ Zie bv. zaak C-190/90, *Commissie v. Nederland*, Jur. 1992, I-3265.

⁹¹ Zaak 235/84, *Commissie v. Italië*, Jur. 1986, p. 2291.

⁹² Zaak C-105/03, *Pupino*, Jur. 2005, p. I-5285.

⁹³ Zie bv. COM(2001)771 def, p. 5.

implementatie de nodige ruimte aan de lidstaten moet worden gelaten om naar eigen inzicht het met een kaderbesluit beoogde resultaat in het eigen strafrecht vast te leggen. De Raad is deze mening toegedaan en meent zelfs dat implementatie ook via niet-bindende maatregelen moet kunnen geschieden. Dit wordt mede afgeleid uit het feit dat de Commissie geen controlebevoegdheid is gegeven en geen inbreukprocedure kan starten bij niet-omzetting.⁹⁴

Juridisch gezien en bovenal vanuit de systematiek van het Europese recht redenerend, is de eerste visie mijns inziens overtuigender om de volgende redenen. Zoals hierboven gezien, heeft het Hof bij de formulering van de implementatieplicht voor richtlijnen aangeknoopt bij het beginsel van gemeenschapstrouw van artikel 10 EG en het beginsel van nuttige werking (uniforme toepassing). De toepasselijkheid van het beginsel van gemeenschapstrouw in de context van de Derde Pijler heeft het Hof reeds in Pupino aanvaard en er lijkt geen valide reden te zijn waarom het beginsel van nuttige werking in de context van de Derde Pijler geen toepassing zou moeten of hoeven te vinden. Voorts zijn er ook belangrijke, zeer soevereiniteitsgevoelige terreinen binnen de Eerste Pijler die zich kenmerken door besluitvorming bij unanimitieit. Dat betreft bijvoorbeeld de harmonisatie van het belastingrecht. Soevereiniteitsvoorbehouden kunnen op dat terrein ten tijde van de besluitvorming worden gemaakt, maar zijn nadien niet toegestaan als het gaat om de omzetting, uitvoering en handhaving van de eenmaal vastgestelde richtlijnen, tenzij daarin uitdrukkelijk toegestaan. Er lijkt wederom geen goede reden te zijn waarom dat terzake van eenmaal overeengekomen Europese regels op het terrein van het strafrecht anders zou zijn. Materiële regelstelling zonder effectieve omzettings- en handhavingplicht gaat ook ten koste van de geloofwaardigheid van de EU.⁹⁵ Mocht het Hof die vraag krijgen voorgelegd, dan zijn er meer voortekenen die wijzen op een redenering van het Hof gebaseerd op de analogie tussen artikel 249 EG en 34 EU dan op de verschillen daartussen.⁹⁶

⁹⁴ Over deze twee visies, zie M.J. Borgers, Europese normen voor de implementatie van kaderbesluiten, in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen en J.B.H.M. Simmelink, *Implementatie van kaderbesluiten*, Wolf Legal Publishers 2006, pp. 5-35.

⁹⁵ Dit lijkt ook een onderliggende gedachte aan de Pupino uitspraak; indien geen mogelijkheid tot effectieve bescherming van rechten ontleend aan kaderbesluiten, wat is daar dan de toegevoegde waarde van voor de burger? De ontwikkelingen terzake in het Verdrag van Lissabon reflecteren ook een dergelijke erkenning. Zie nader de volgende voetnoot.

⁹⁶ Overigens verliest die vraag aan belang op het moment dat het Verdrag van Lissabon in werking zal treden, gegeven dat de huidige Derde Pijler dan feitelijk in de Eerste Pijler wordt geïntegreerd (in de artt. 81-89 van het Werkingsverdrag) en dan in beginsel dezelfde besluitvormingsprocedure gaat gelden (de gewone wetgevingsprocedure, nu co-decisie). Een consequentie daarvan is ook dat het kaderbesluit als rechtsinstrument verdwijnt. Over de gevolgen die dat zal hebben voor de bestaande kaderbesluiten, zie Protocol No. 36, gehecht aan het Verdrag van Lissabon. Art. 9 in combinatie met art. 10, lid 3 bepaalt dat in beginsel voor een periode van 5 jaar de juridische effecten van de handelingen van de instellingen, organen, bureaus en agentschappen van de Unie die op basis van het EU-Verdrag zijn aangenomen gehandhaafd zullen blijven totdat deze ingetrokken, nietig verklaard of gewijzigd zijn.

Verordeningen tenslotte, zijn op grond van artikel 249 EG verbindend in al hun onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in de lidstaten. Het Hof heeft al vroeg uitgemaakt dat op grond van de artikel 10 EG plicht, het gelijkheidsbeginsel en de noodzaak van uniforme toepassing, het lidstaten niet is toegestaan om verordeningen of bepalingen daarvan in nationale regels over te nemen.⁹⁷ Nationale voorschriften ter uitvoering van verordeningen mogen slechts worden uitgevaardigd in zoverre als dat noodzakelijk is.⁹⁸ Uitputtende voorschriften van een verordening mogen niet worden uitgewerkt of aangevuld door nationale regels. Verwijzen is wel toegestaan. Lidstaten zijn voorts verplicht om nationaal recht dat strijdig is met de verordening expliciet aan te passen; de kenbaarheid van het recht c.q. de rechtszekerheid vereist dit.⁹⁹ Aanpassing van die wetgeving dient in beginsel te geschieden door middel van een regel die tenminste gelijke verbindende kracht heeft als de te wijzigen regel.¹⁰⁰ Meer algemeen kan worden gesteld dat het uiteindelijk afhankelijk is van de inhoud van een verordening (en daarin al dan niet vervatte algemene of specifieke opdrachten) of de nationale wetgever een onthoudingsplicht, een regelingsbevoegdheid of regelingsplicht heeft ten aanzien van de uitvoering van verordeningen.¹⁰¹ Zegt de verordening niks over uitvoeringsmaatregelen, dan kan de lidstaat daar desondanks toe verplicht zijn wanneer nationale voorschriften nodig zijn voor de volledige toepassing van de verordening. Het beginsel van de gemeenschapstrouw verplicht daar dan toe. Regelingsbevoegdheid bestaat zolang een lidstaat ervoor zorgt dat verwezenlijking van het doel en de strekking van een verordening niet in gevaar wordt gebracht, belemmerd of bemoeilijkt (zogenaamd doorkruisingsverbod).¹⁰² Tegelijkertijd nopen voornoemde beginselen er echter ook toe dat de nationale wetgever terughoudend moet zijn ten aanzien van het uitvaardigen van regelgeving op het terrein waarop een verordening van toepassing is.

4.1.2 Tijdigheid

Een onderdeel van de implementatie- en uitvoeringsplicht dat specifiek de aandacht vraagt, betreft tijdigheid. Richtlijnen bevatten termijnen voor de omzetting

⁹⁷ Zaken 39/72, *Commissie v. Italie*, Jur. 1973, p. 101, 34/73, *Variola*, Jur. 1973, p. 981 en 94/77, *Zerbone*, Jur. 1978.

⁹⁸ Zaak 39/70 *Fleischkontor*, Jur. 1971, p. 49. In sommige gevallen kunnen veel en vergaande maatregelen ter uitvoering zijn vereist, zoals de vrij recente REACH-verordening laat zien. De preambule van deze verordening benadrukt dat de uitvoering ervan aan de nodige specifieke rechtmatigheids- en wetstechnische eisen moet voldoen, zoals niet-discriminatoire toepassing van de verordening, het in acht nemen van het evenredigheidsbeginsel en het voorzorgbeginsel en het verzekeren van de toegankelijkheid van informatie over de verordening. Zie ook J.K.B.H. Kwisthoud, A.H. Swart-Bodrij en H. Woldendorp, *De uitvoeringswet REACH: stof tot nadenken over de uitvoering van Europese verordeningen*, NTER, nr. 7/8 2007, p. 143.

⁹⁹ Vgl. de reeds genoemde *Variola* zaak. J. Bonnes, *Uitvoering van EG-verordeningen in Nederland*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, pp. 67-68.

¹⁰⁰ Bonnes 1994, a.w., p. 71.

¹⁰¹ Bonnes 1994, a.w., pp. 40-41.

¹⁰² Zaak 31/74 *Galli*, Jur. 1975, p. 47.

ervan. Die termijnen zijn juridisch verbindend en niet-naleving ervan betekent dat een lidstaat vanaf de dag dat de implementatietermijn is verstreken in gebreke is en daarmee onrechtmatig handelt, tenzij in een specifieke (overgangs)regeling is voorzien. Echter reeds vanaf de publicatiedatum van een richtlijn in het Publicatieblad tot het einde van de implementatietermijn mogen lidstaten geen regelingen meer vaststellen die de verwezenlijking van de richtlijn ernstig in gevaar zouden brengen.¹⁰³ Daarbij maakt het niet uit of het gaat om het vaststellen van maatregelen specifiek ter omzetting van de richtlijn of om autonome regelgeving.¹⁰⁴ Deze onthoudingsverplichting heeft het Hof meer recentelijk ook toegepast op verlengde omzettingstermijnen en op overgangsperioden van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn is verstreken.¹⁰⁵ Recente jurisprudentie roept voorts de vraag op hoever de plicht strekt van de nationale wetgever om zich anderszins rekenschap te geven van Europese verplichtingen tijdens de omzettingsperiode van een richtlijn. Wat als er sprake is van bestaand nationaal recht dat qua onderwerp aansluit bij een nieuwe richtlijn waarvan de omzettingstermijn nog niet is verstreken, maar dat niet dient ter omzetting van die richtlijn; geldt te dien aanzien dan dat het tijdens de omzettingsperiode wel binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht valt en op grond daarvan in overeenstemming moet zijn met de algemene beginselen van gemeenschapsrecht? Waar het gaat om nationaal recht dat een eerdere richtlijn implementeert, heeft het Hof die vraag bevestigend beantwoord in de zaak Mangold. Waar dat niet het geval is, luidt het antwoord vooralsnog ontkennend.¹⁰⁶

Volgens punt 33 van het IIA Beter Wetgeven stellen de drie instellingen in alle richtlijnen een bindende termijn voor omzetting vast die zo kort mogelijk is en in de regel niet langer dan twee jaar. Zij 'wensen' tevens dat de lidstaten een extra inspanning leveren om de richtlijnen binnen de gestelde termijn om te zetten en benadrukt wordt dat de Commissie haar samenwerking met de lidstaten op dit punt zal versterken. In punt 37 worden lidstaten ook verzocht onverwijld een coördinator voor de omzetting aan te wijzen. Enigszins dreigend worden de lidstaten er aan 'herinnerd' dat de Commissie bij niet-naleving van de omzettingstermijn een inbreukprocedure kan starten. In een Mededeling uit 2002 heeft de Commissie haar inbreukprocedure beleid toegelicht, waarbij ze enerzijds aankondigde meer preventieve maatregelen te nemen en door samenwerking met de lidstaten mogelijke inbreuken aan te pakken. Anderzijds kondigde ze een harder inbreukprocedure beleid aan ingeval lidstaten in schendingen blijven volharden en in het bijzonder ingeval van niet-tijdige implementatie. Het (onder de maat) presteren van de lidstaten op dit vlak wordt openbaar gemaakt, aan de hand van jaarlijkse rapporten (scoreboards) die vergelijkenderwijs de omzettingspercentages

¹⁰³ Zaak C-129/96, *Inter-environnement Wallonie*, *Jur.* 1997, p. I-7411.

¹⁰⁴ Zaak C-14/02, *ATRAL*, *Jur.* 2003, p. I-4431.

¹⁰⁵ Zie resp. zaak C-144/04, *Mangold*, *Jur.* 2005, p. I-9981 en zaak C-138/05, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, *Jur.* 2006, p. I-8339. Zie de bespreking hiervan door R. Ortlep en M. Verhoeven, *Richtlijnen: communautaire verplichtingen tijdens de omzettingstermijn*, *NTER* 2009, nr. 3.

¹⁰⁶ Zaak C-427/06, *Bartsch*, arrest van 28 sept. 2008, n.n.g. Zie ook Ortlep en Verhoeven 2009, a.w.

laten zien van de verschillende lidstaten. Vast staat tevens dat het Hof niet snel geneigd is nationale redenen voor niet-tijdige implementatie te accepteren.

In 2007 heeft de Commissie een nieuwe mededeling vastgesteld die onder meer naleving van implementatietermijnen moet verbeteren.¹⁰⁷ Vier belangrijke terreinen signaleerde de Commissie daarin die voor verbetering vatbaar zijn en waarop het voorstellen daartoe heeft gedaan: 1) preventie; 2) doeltreffende reactie; 3) verbetering van werkmethoden; en 4) versterking van dialoog en transparantie. Ook in haar meest recente jaarverslag legt de Commissie een sterke nadruk op de aanpak van 'de wijdverbreide late omzetting van richtlijnen' en op de noodzaak 'van een voortdurende, pro-actieve samenwerking tussen de Commissie en de lidstaten om het algemene beheer van de wetgeving te verzekeren [...]'.¹⁰⁸ Daarbij gaat het onder meer om de conformiteitscontrole van omgezette teksten, vergadering van comités en deskundigen, inspecties, vragenlijsten, verslagen over tenuitvoerlegging, bezoeken ter plaatse, voorafgaande kennisgeving van ontwerpen van technische regelgeving en het SOLVIT-netwerk.¹⁰⁹ De Commissie geeft daarin ook aan voorstellen voor nieuwe richtlijnen gepaard te laten gaan met op risico gebaseerde omzettingsplannen, waarin de noodzakelijke werkzaamheden naar inhoud en verwachte moeilijkheidsgraad van de tenuitvoerlegging worden aangegeven.¹¹⁰

Vooral vanuit een oogpunt van tijdige implementatie, heeft de Commissie ook haar mening uiteen gezet over de praktijk van *goldplating*. Daarbij gaat het om meer doen in het omzettingproces dan op grond van de Europese handeling (meestal een richtlijn) is vereist. De Commissie ziet dit als een vorm van overregulering die weliswaar in zichzelf niet onrechtmatig is, maar vaak wel tot onrechtmatigheid kan leiden op het moment dat er daardoor te laat wordt geïmplementeerd dan wel incorrect. Die risico's zijn aanzienlijk wanneer een lidstaat meer wil gaan regelen dan strikt genomen vereist is op basis van een richtlijn (zie ook hierna). Behalve dat kan *goldplating* of het plaatsen van nationale koppen op Europese regelgeving onwenselijk zijn vanuit het perspectief van subsidiariteit, proportionaliteit en lastenverlichting (zie 3.2). De Commissie wijst *goldplating* in het bijzonder ook af omdat het vaak leidt tot kosten die men had kunnen vermijden.¹¹¹

¹⁰⁷ Mededeling van de Commissie. Een Europa van resultaten – toepassing van het gemeenschapsrecht, COM(2007)502 def. Uit het 25e Jaarverslag van de Commissie over de controle op de toepassing van het gemeenschapsrecht (2007), COM(2008)777 def, p. 3, kan onder meer worden opgemaakt dat eind 2007 bij de Commissie meer dan 3400 klachten en inbreukdossiers in behandeling waren en dat voor richtlijnen met een omzettingstermijn voor 2007 64,55% van alle kennisgevingen te laat was.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 8-9.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 7. Zonder dit overigens nader toe te lichten of uit te werken.

¹¹¹ Zie http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/glossary_en.htm en IP 05(93), 'Less red tape = more growth: Commission package for better regulation'.

Kaderbesluiten bevatten eveneens termijnen voor de omzetting ervan. Ze worden echter niet expliciet bestreken door bovenstaande bepalingen uit het IIA en juridisch gezien, ligt de situatie ten aanzien van handhaving van en controle op niet tijdig geïmplementeerde kaderbesluiten anders omdat de Commissie daartegen niet op kan treden middels een inbreukprocedure. Dat doet echter niet af aan de plicht tot tijdige omzetting. Er heeft zich een praktijk ontwikkeld waarin de lidstaten verslagen opstellen over de wijze waarop ze kaderbesluiten in de nationale rechtsorde hebben geïmplementeerd. De grondslag daarvoor is niet te vinden in het EU-Verdrag, maar in de tekst van de kaderbesluiten zelf. Hoewel het de Raad is die daarin wordt opgedragen om te bekijken in hoeverre de lidstaten de nodige maatregelen tot naleving van de kaderbesluiten hebben getroffen, is het de Commissie die het voortouw neemt in de evaluatieprocedure. Doel van die procedure is vast te stellen in hoeverre de lidstaten de kaderbesluiten correct en tijdig hebben omgezet.¹¹²

Ten aanzien van verordeningen geldt dat daarmee strijdend nationaal recht tijdig wordt aangepast. Bepalingen van verordeningen die door de rechter niet volledig kunnen worden toegepast, moeten zijn uitgevoerd door middel van nationale uitvoeringsregels uiterlijk zodra de verordening van toepassing wordt.¹¹³

Het IIA Beter Wetgeven bevat ook een meer algemene bepaling – waarbij niet naar specifieke rechtsinstrumenten wordt verwezen – over “een betere omzetting en toepassing van Europees gemeenschapsrecht in de lidstaten”. Daarin worden de lidstaten opgeroepen om, in overeenstemming met artikel 10 EG, te zorgen voor een snelle en juiste omzetting van gemeenschapsrecht in nationaal recht binnen de daarvoor gestelde termijnen. Dit wordt onontbeerlijk geacht voor een samenhangende en doeltreffende toepassing van die wetgeving door de rechter, het overheidsbestuur, de burgers en de economische en sociale subjecten (punt 32).

4.1.3 De plicht tot effectieve handhaving: inkadering van de procedurele autonomie

Uit artikel 10 EG en het beginsel van nuttige werking vloeit ook een plicht voort voor de lidstaten om alle algemene en bijzondere maatregelen te nemen die geschikt zijn om nakoming en handhaving van Europese (implementatie- en uitvoerings)regelgeving te verzekeren en om te voorkomen dat de doelstellingen van de EU in gevaar komen.¹¹⁴ Uitgangspunt is dat de lidstaten zelf zorg dragen voor handhaving van Europese regelgeving, maar als gevolg van ontwikkelingen zowel in de jurisprudentie als in de Europese wetgeving kunnen we stellen dat ook

¹¹² Borgers 2006, a.w., p. 19 e.v.

¹¹³ Bonnes 1994, a.w., pp. 68-69.

¹¹⁴ Zaak 68/88, *Commissie v. Griekenland (Griekse maïs)*, Jur. 1989, 2965. Zie ook C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag, BJu 2008, p. 33.

het beginsel van de nationale procedurele autonomie niet meer onverkort geldt.¹¹⁵ Zo blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat handhaving voldoet aan de eisen van gelijkwaardigheid (of non-discriminatie), doeltreffendheid (effectiviteit) en evenredigheid. Hoewel de aard van de sancties – civielrechtelijk, tucht-/ strafrechtelijk of bestuursrechtelijk – doorgaans ter vrije bepaling is, moeten sancties wel een daadwerkelijk afschrikwekkende werking hebben.¹¹⁶ In zijn algemeenheid geldt dus dat de nationale wetgever niet alleen nationale instanties dient aan te wijzen die belast zijn met de omzetting, uitvoering en toepassing van Europese regels, maar ook maatregelen dient te treffen in verband met effectieve handhaving en de (toezichts)procedures die daarbij moeten worden gevolgd. Het stellen van sancties op inbreuken op Europese normen is daar een onderdeel van.¹¹⁷ Wanneer implementatie neerkomt op het wijzigen van reeds bestaande wet- of regelgeving, kan terzake van de handhaving worden aangesloten bij het handhavingssysteem waarin die wet- of regelgeving reeds voorziet, zolang daarmee aan bovenstaande eisen is voldaan. Overigens zij in dit verband opgemerkt dat het doelmatigheidsvereiste voorrang krijgt boven het gelijkwaardigheidsvereiste, als toepassing van dat laatste vereiste niet zou leiden tot een effectieve sanctionering van een inbreuk op een Europese regel.¹¹⁸

Behalve deze algemene, primairrechtelijke eisen die het Hof aan effectieve handhaving en rechtsbescherming heeft gesteld, heeft het in sommige gevallen verdergaande specifieke verplichtingen geformuleerd,¹¹⁹ die in meerdere of mindere mate een interventie van de zijde van de nationale wetgever vergen (afhankelijk ook van het nationale rechtssysteem). Dit betreft bijvoorbeeld het creëren van bepaalde beroepsmogelijkheden, het hanteren van bepaalde termijnen en de hoogte van de te verkrijgen (schade)vergoedingen. Daar waar de nationale rechter wordt genoopt tot het buiten toepassing laten van met Europees recht strijdige nationale wetgeving, legt dat feitelijk ook een plicht op de nationale wetgever om die wetgeving aan te passen. Daarnaast kan ook secundaire wetgeving zelf een plicht op de lidstaten leggen om bepaalde, specifieke sanctiemaatregelen te treffen.

¹¹⁵ Zie hierover bv. M. Dougan, *National remedies before the Court of Justice: issues of harmonisation and differentiation*, Hart Publishing Oxford 2004, p. 227 e.v.

¹¹⁶ Zaak 14/83, *Von Colson en Kamann*, *Jur.* 1984, p. 1891. Behalve aan deze instrumentele eisen dienen handhavingsmaatregelen (uiteraard) ook te voldoen aan grond- en mensenrechtelijke waarborgen, zoals het verdedigingsbeginsel, onder meer voortvloeiend uit het EVRM. Hierover nader Adriaanse 2008, a.w.

¹¹⁷ Zie ook K.J.M. Mortelmans, *Europees recht en de nationale rechter: verworvenheden en uitdagingen*, Deventer, Kluwer 2004, p. 13.

¹¹⁸ Zaak 199/82, *San Giorgio*, *Jur.* 1983, p. 3595.

¹¹⁹ Feitelijk als gevolg van toetsing van nationale regelingen aan de Europese eisen van doelmatigheid en gelijkwaardigheid.

Weerslag op het nationale niveau

Op welke wijze gaat Nederland om met bovenstaande eisen die de nationale autonomie aan banden leggen? Gegeven het uitgangspunt van institutionele autonomie, heeft Nederland ervoor gekozen om implementatie wetgeving binnen de normale kaders tot stand te laten komen en bijgevolg worden implementatieregels vastgesteld “via de gebruikelijke wetsprocedure en op het geëigende niveau.”¹²⁰ Het ontbreken van een afzonderlijke of specifieke wetsprocedure voor de implementatie van Europese regelgeving is echter niet geheel zonder problemen, zoals we hieronder zullen zien.

Ar

Hoofdstuk 8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving ziet uitdrukkelijk op de ‘Voorbereiding en implementatie van EU-regelgeving’ en beoogt een handvat te zijn voor tijdige en juiste implementatie. Onder implementatie wordt ingevolge Ar 328 verstaan: “de uitvoering van een bindend besluit van de Raad van de Europese Unie, van het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk of van de Commissie van de Europese Gemeenschappen in het nationale recht door middel van het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften.” Toegelicht wordt dat het uitvoeren van besluiten door middel van algemeen verbindende voorschriften in de regel uit de volgende elementen bestaat:

- a. het vastleggen van de rechten en verplichtingen die in de Europese besluiten gewaarborgd worden;
- b. het aanpassen van nationale regels die strijdig zijn met die besluiten en
- c. het creëren van noodzakelijke uitvoerings- en handhavingsstructuren.

De toelichting specificeert dat op verordeningen slechts punten b. en c. van toepassing zijn, hetgeen spoort met de eerder gememoreerde jurisprudentie van het Hof. De toelichting is echter nogal misleidend, daar waar deze stelt dat het “denkbaar is” dat besluiten op grond van de titels V and VI van het EU-Verdrag noodzaken tot het vaststellen van implementatieregelingen. Immers, op grond van artikel 34, lid 2 sub b EU bestaat er wel degelijk een verplichting tot implementatie voor kaderbesluiten.

Wat verder opvalt, is dat in het vervolg van hoofdstuk 8 weliswaar wordt ingegaan op de wijze van omzetting van Europese regelgeving, maar niet op de beperkingen en voorwaarden die het Europese recht – in het bijzonder de rechtspraak van het Hof van Justitie – daaraan heeft gesteld. Dat gebeurt evenmin in de reeds hiervoor besproken § 2.1 van de Ar. Een verwijzing naar die rechtspraak ligt slechts (erg impliciet) besloten in bovenstaande omschrijving van implementatie als het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften.

¹²⁰ ICER-advies Versnelde Implementatie: Bijlage bij Kamerstukken II 1998/99, 26 200 VI, nr. 65, p. 2, zoals aangehaald door Van den Brink 2004, a.w., p. 70.

Daar waar Ar 339 uitdrukkelijk de afweging betreft die moet worden gemaakt aangaande het niveau van regeling waarop implementatie dient plaats te vinden, wordt de vraag centraal gesteld of de Grondwet dan wel het primaat van de wetgever vereist dat voorschriften in de wet zelf moeten worden opgenomen of dat dat in gedelegeerde wetgeving kan. Deze aanwijzing vormt getuige de toelichting een nuancering ten opzichte van Ar 22, die het primaat van de wetgever ten aanzien van autonome regelgeving voorop stelt. De richtsnoeren in Ar 339 laten aldus een versoepeling zien ten aanzien van het gebruik van gedelegeerde wetgeving voor implementatie regelgeving.¹²¹ Die richtsnoeren betreffen bovenal de mate waarin het de implementeren besluit nog beleidsinhoudelijke keuzes toestaat, de gedetailleerdheid ervan, de duur van de implementatietermijn, verwachte toekomstige wijzigingen en of in het bestaande systeem van regelgeving in kwestie vaker voor delegatie van regelgevende bevoegdheid is gekozen. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief bezien, is implementatie bij wege van gedelegeerde wet- of regelgeving acceptabel en rechtmatig zolang daarmee maar aan de vereisten van kenbaarheid, rechtszekerheid en dwingende werking is voldaan. Ar 25-34a inzake delegatie en mandaat van regelgevende bevoegdheid dienen die waarborgen te bieden en te verzekeren. De eindverantwoordelijkheid dienaangaande blijft bij de lidstaat liggen. Met de Achtste wijziging van de Ar zijn echter ook de grenzen van implementatie via delegatie duidelijker aangegeven in de nieuwe Ar 33a en 34; er mag niet worden voorzien in delegatiebepalingen die afwijking of wijziging van hogere regelgeving door lagere regelingen mogelijk maken. In de toelichting op Ar 339 wordt dit nogmaals bevestigd.¹²²

In Ar 347 wordt uitgegaan van de mogelijkheid dat een te implementeren regeling geen nieuwe nationale regeling behoeft. Zeer summier wordt ingegaan op de situatie waarin van die mogelijkheid gebruik mag worden gemaakt (de nationale regelgeving is reeds geheel in overeenstemming met het EU-besluit), maar er wordt vooral nadruk gelegd op de procedurele randvoorwaarden; er moet mededeling worden gedaan van het te implementeren besluit in de Staatscourant evenals van de bestaande nationale regelingen die reeds aan het te implementeren besluit voldoen en van de datum van ingang.

¹²¹ Uitgebreid hierover de Handleiding Wetgeving en Europa, *a.w.*, pp. 109-116.

¹²² Daarmee is een einde gekomen aan een lange discussie in Nederland of door de regering gekozen versnelde implementatiewijzen wel door de beugel kunnen vanuit het perspectief van democratische besluitvorming. Naar aanleiding van de motie van Eerste Kamerlid Jurgens heeft het kabinet uiteindelijk voor 'adequate, maar reguliere' delegatiemogelijkheden gekozen, die afwijking van hogere wetgeving door lagere regelgevers ter implementatie van Europese wetgeving niet toestaat. Zie in het bijzonder Kamerstukken *EK* 2005-2006, 21 109 A, *EK* 2007-2008, 26 200 VI en 21 109 E. Voor een nader onderzoek van deze problematiek vanuit het oogpunt van Nederlands constitutioneel recht, zie Besselink e.a. 2002, *a.w.* en de kabinetsreactie daarop in *EK* 2006-2007, 26 200 VI, nr. 65 en 21 109 B.

Aanwijzingen 340 en 340a gaan specifiek over de implementatie van verordeningen. Ingevolge Ar 340 mogen verordeningen niet in een nationale regeling worden overgenomen, tenzij daar een bijzondere reden voor is. Die kan eruit bestaan dat de verordening zelf een opdracht bevat tot het treffen van uitvoeringsmaatregelen of dat anders in ernstige mate afbreuk wordt gedaan aan de begrijpelijkheid van een nationale regeling. De toelichting vervolgt dat verordeningen overigens wel vaak nopen tot het opnemen van bepalingen in nationale regelgeving inzake sanctionering, rechtsbescherming en aanwijzing van met de uitvoering belaste instanties. De nationale wetgever moet daarbij voorkomen dat de inhoud van de verordening wordt gewijzigd. Ar 340a zegt voorts nog dat bij de implementatie van verordeningen moet worden gezien of bestaande ontheffingsbepalingen in nationale wetgeving op het terrein van verordeningen aanpassingen behoeven of ongewijzigd kunnen worden toegepast.

Als zodanig reflecteren deze Aanwijzingen wel de belangrijkste hierboven besproken Europeesrechtelijke randvoorwaarden die het Hof heeft geformuleerd terzake van de uitvoering van verordeningen. Toch kan men twijfelen over de volledigheid ervan. Zo ontberen ze een verwijzing naar de eisen van een gelijkwaardige en doelmatige handhaving en rechtsbescherming van verordeningen en hun uitvoeringsmaatregelen.

Betrokken ministeries dienen een implementatieplan op te stellen waarin zo gedetailleerd mogelijk wordt aangegeven op welke wijze het betrokken besluit zal worden geïmplementeerd, daaronder begrepen Derde Pijler kaderbesluiten en in comitologie vastgestelde gedelegeerde regelingen (Ar 334). In 1997 is de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) opgericht om de interdepartementale coördinatiestructuur te verbeteren. De ICER-I (Implementatie) is het algemeen platform voor overleg over implementatie en moet mede voorkomen dat er strijd met het EG/EU-recht is bij het tot stand brengen van Nederlandse regelgeving.¹²³ De ICER-I bewaakt periodiek de voortgang van de implementatietrajecten en heeft daartoe allereerst een modelplan opgesteld. Dit plan moet beginnen met de hoofdlijnen van de betrokken regeling en de manier waarop het geïmplementeerd zal worden (bij wet/AMvB/ministeriële regeling of een combinatie daarvan). Verder worden daarin aangegeven: de voor de implementatie verantwoordelijke ministerie(s), de kosten en administratieve lasten van implementatie (berekend volgens het standaardkostenmodel) en de data voor de uiterste implementatie en voor de behandeling in de ministerraad. Sinds november 2007 wordt de voortgang van het implementatietraject bewaakt aan de hand van

¹²³ Voor een kritische zelfevaluatie van het functioneren van de ICER, zie ICER evaluatie 2007, 'Van werk naar werking, meer focus voor de ICER', 2007. www.minbuza.nl/binaries/ecer-en-ecir--nieuw-ecer/pdf/icer/adviezen/2007/icer-2007-van-schelven.pdf. Voor een historisch perspectief op de ICER en andere Nederlandse coördinatiemechanismen, zie J.C. van Haersolte en J.S. van den Oosterkamp, De coördinatie van Nederlandse standpunten over Europees recht en Europees beleid in de Haagse praktijk, *SEW* 4(2003) april, pp. 129-140.

het elektronische voortgangsbewakingssysteem, de i-Timer.¹²⁴ Dit is een vroeg waarschuwingssysteem dat dreigende termijnoverschrijdingen meldt.

De volgende termijnen gelden voor het voorleggen van ontwerp-implementatieregelingen; ingeval van AMvB's, moeten deze minstens 9 maanden voor afloop van de implementatietermijn aan de ministerraad worden voorgelegd en ingeval van wetten, minstens 18 maanden van tevoren (Ar 335). Het implementatieplan dient aan te geven of formele wetgeving noodzakelijk is, dan wel volstaan kan worden met een algemene maatregel van bestuur. Nationale raadpleging van adviesorganen en representatieve colleges vindt zoveel mogelijk tijdens de voorbereidingsfase van Europese regelgeving plaats, tenzij de te implementeren regeling wezenlijke beleidskeuzen openlaat die nog niet in de eerdere fase van advisering aan de orde zijn geweest (Ar 336 j. 333). In implementatieregelingen worden verder geen andere regels opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn (Ar 337) en de wetgever moet zich aldus onthouden van het plaatsen van 'nationale koppen' op Europese regelgeving. Ook moet de wetgever zich beperken in zijn streven naar harmonisatie van regelgeving op nationaal niveau, in gevallen waarin soortgelijke onderwerpen worden geregeld; wijzigingen met het oog op het zoveel mogelijk afstemmen van vergelijkbare regelingen naar vorm en inhoud zijn niet wenselijk wanneer dat af zou doen aan tijdige implementatie (Ar 47-48). Om een correcte implementatie te verzekeren, zou het wellicht aanbeveling verdienen om in de Ar niet alleen te vermelden dat er niet meer mag worden geïmplementeerd dan noodzakelijk is, maar dat omgekeerd al het noodzakelijke wel echt geïmplementeerd moet worden, gezien de eis die het Hof heeft gesteld van een zo volledig en nauwkeurig mogelijke implementatie. Die eis vindt men niet uitgedrukt in de Ar. Wel zouden we Ar 341-343, inzake de wijze waarop de statische en dynamische verwijzingsmethoden mogen worden gebruikt, zo kunnen begrijpen dat deze niet alleen beogen het nuttig effect van Europese bepalingen te verzekeren maar ook een volledige implementatie. Voorts bepaalt de bij de Achtste wijziging nieuw ingevoerde Ar 343a dat meteen aan het begin van de toelichting bij een implementatie regeling moet worden vermeld dat deze strekt tot implementatie, met verwijzing naar de EU-regeling in kwestie, evenals de uiterste datum waarop de implementatie moet zijn gerealiseerd en een verwijzing naar het onderdeel van de toelichting waarin de transponeringstabel is opgenomen.

Eveneens met het oog op het voorkomen van vertraging bij de implementatie, wordt zoveel mogelijk aangesloten bij instrumenten waarin de bestaande wetgeving reeds voorziet. Getuige de toelichting gaat het hier om onder meer vergunningenstelsels, handhavingsmechanismen en systemen van rechtsbescherming (Ar 338). In zekere zin wordt hier dus uitgegaan van een gelijke toepassing van het recht, ongeacht de herkomst van de regelgeving. Er wordt echter nergens gealludeerd aan de specifieke eisen die het Hof aan handhavings-

¹²⁴ i-Timer staat voor 'interdepartementaal Termijnbewakingssysteem Europese regelgeving'.

en rechtsbeschermingsmechanismen en systemen heeft gesteld, laat staan dat de implicaties daarvan voor het nationale wetgevingsproces nader worden geduid. Daarmee wordt bijvoorbeeld het risico gelopen dat een gelijkwaardige toepassing van nationaal procesrecht niet voldoet aan het doelmatigheidsvereiste.

Op basis van het voorgaande mogen we concluderen dat de Aanwijzingen zelf en de daarin voorziene procedures zeker een bewustzijn van de Nederlandse wetgever reflecteren van het belang van een correcte en tijdige implementatie en uitvoering van Europese regels. De vraag is echter of dit een voldoende bewustzijn reflecteert. Zo zijn hierboven reeds enige onvolkomenheden in de Ar gesignaleerd. Feit is ook dat Nederland nog steeds kampt met implementatie achterstanden.¹²⁵ Daarvoor zijn verschillende oorzaken aan te wijzen. Allereerst kan gesteld worden dat het bestaande bewustzijn onvoldoende zijn beslag krijgt in de wetgevingspraktijk, doordat er geen sprake is van een optimale naleving van de Aanwijzingen. Zo wordt wel degelijk nationaal beleid meegenomen bij de vaststelling van implementatie regelgeving.¹²⁶ Andere door de Staatssecretaris van Europese Zaken in 2003-2004 erkende interne oorzaken zijn: te laat beginnen met advisering, consultaties en overleg met het parlement; onvoldoende alarmerende werking van de bestaande voortgangsbewaking; beperkte capaciteit binnen de departementen en het moeten implementeren op een (te) hoog niveau van wetgeving (veelal de wet).¹²⁷ De vraag is of sindsdien de situatie is verbeterd en wat de effecten zijn van de maatregelen die genomen zijn ter verbetering, zoals de invoering van het i-Timer waarschuwingssysteem. Hoewel het te vroeg is om algemene conclusies te trekken over het effect van dit systeem, wijzen de eerste tekenen op een reductie van het aantal termijnoverschrijdingen en zijn de meeste ministeries positief over het nut ervan.¹²⁸ Op het punt van de wetgevingsadvisering zijn de Ar aangepast, zodat deze in een eerder stadium plaatsvindt (Ar 336 j. 333). Wat capaciteit betreft, hebben we reeds hiervoor geconstateerd dat er eerder sprake is van teruggang dan van vooruitgang, alhoewel er door het huidige kabinet initiatieven ter verbetering worden ontplooid.¹²⁹ Verder laten de laatste implementatiestatistieken wel belangrijke vooruitgang en verbetering zien, maar zijn we nog (lang) niet waar we moeten zijn.¹³⁰ In dit verband is ook van belang dat

¹²⁵ Oorzaken van implementatieproblemen die begin jaren 90 bestonden, bleken 10 jaar later nog onverminderd groot. Zie meer in detail hierover Van den Brink 2004, a.w., pp. 13-34.

¹²⁶ De hiervoor reeds geduide praktijk van *goldplating* of het plaatsen van 'nationale koppen'. Recent onderzoek suggereert dat dit probleem wellicht minder groot is dan gedacht: 'Nationale koppen op EG-regelgeving. Tweede ronde van meldingen van het bedrijfsleven over 'koppen' in de Nederlandse wet- en regelgeving, juridisch bekeken', Leiden, april 2007, i.o.v. het Ministerie van EZ. Maar nader onderzoek dienaangaande is gewenst.

¹²⁷ Kamerstukken II, 2003-2004, 21 109, zoals samengevat door Van den Brink 2004, a.w., pp. 31-32.

¹²⁸ Ministerie van Buitenlandse Zaken, 'Het Nederlandse voortgangsbewakingssysteem implementatie EG-richtlijnen/EU-kaderbesluiten', *DGES-BJA*, 20-04-2008, Den Haag, p. 5.

¹²⁹ Met name in het kader van het Programma Versterking Juridische Fuctie Rijk.

¹³⁰ Zie IP/09/297, 19 februari 2009, *Scorebord interne markt/jaarverslagen van SOLVIT en van de Wegwijzerdienst voor burgers: de lidstaten houden een hoog omzettingpercentage maar de praktische toepassing van de regels vereist meer actie*. Volgens deze rapportage heeft Nederland

andere oorzaken naar voren komen in meer recent onderzoek van zowel de Algemene Rekenkamer over de implementatie van richtlijnen¹³¹ als van het Ministerie van VROM naar afgesloten implementatietrajecten met termijnoverschrijdingen.¹³² Deze wijzen erop dat niet alleen implementatietrajecten waarbij het formele wetgevingsproces moet worden gevolgd grote(re) risico's van vertraging in zich dragen, maar ook die waarbij meerdere partijen betrokken zijn, waarbij er sprake is van meerdere niveaus van regelgeving en waarbij richtlijnen keuzemogelijkheden en onduidelijkheden bevatten.

Een belangrijke vraag is dan in hoeverre de Aanwijzingen voor de regelgeving in hun huidige vorm adequaat zijn ingericht, gegeven al deze oorzaken voor niet-tijdige (en mogelijk ook incorrecte) implementatie. Zo valt bijvoorbeeld op dat het ICER-I en nu ook de i-Timer een grote nadruk op termijnen leggen, maar dat dit in de Ar zelf nogal beperkt gebeurt. Er worden weliswaar termijnen genoemd voor het voorleggen van voorstellen aan de ministerraad, maar een aanwijzing inzake de wijze waarop meer algemeen tijdigheid van implementatie moet worden verzekerd in de verschillende fasen van het nationale wetgevingsproces – bijvoorbeeld bij de behandeling in beide Kamers – ontbreekt.¹³³ Voorts kan gesteld worden dat daar waar keuzemogelijkheden worden gelaten in de richtlijn, men geruime tijd voor het starten van de implementatietermijn al veel gerichtere gedachten daarover moet hebben ontwikkeld. In het licht daarvan kan worden betwijfeld of de termijn gegeven in Ar 334 (twee maanden) voor het komen met een implementatieplan wel zo geschikt is. Op dit punt is er derhalve zeker de nodige aanleiding voor nader onderzoek, hetgeen ook wordt onderstreept door bewindslieden in reactie op het onderzoek van de Algemene Rekenkamer.¹³⁴

4.1.4 Notificatieplicht

Ten aanzien van nationale (ontwerp)implementatiemaatregelen geldt doorgaans een zogenaamde notificatieplicht, dit wil zeggen een verplichting tot kennisgeving

wat de omzetting van internemarktrichtlijnen betreft haar beste resultaat ooit behaald dan wel geëvenaard. In concreto: op 10.11.2008 had Nederland een omzettingsdeficit van 0,4%, zijnde 7 van in totaal 1611 richtlijnen. Echter, per die datum liepen er 54 inbreukprocedures tegen Nederland (bron: Internal Market Scoreboard 18: Transposition and application of Internal Market rules, gehecht aan IP/09/297).

¹³¹ Kamerstukken II 2008/2009, 31 498, nr. 2.

¹³² Kamerstukken II 2008/2009, 21 109, nr 190.

¹³³ Uit het genoemde recente onderzoek komt naar voren dat vertraging in deze fase onder meer ontstaat als gevolg van tijdrovende discussies, de wens om aparte wetsvoorstellen samen te voegen en over het reces heen tillen in verband met andere prioriteiten op de agenda van de Kamer.

¹³⁴ Zij stellen dat het zaak is meer inzicht te vergaren over de factoren die een tijdige implementatie bedreigen en over de indicatoren die in die gevallen waarneembaar zijn. Naast een vergrote interdepartementale alertheid in de implementatiefase, zou per indicator moeten worden bepaald of en hoe deze (beter) in het proces van voorbereiding kan en moet worden vervlochten. Zie het rapport van de Algemene Rekenkamer, *a.w.*

daarvan aan de Commissie. De grondslag voor die verplichting kan verschillen; op grond van richtlijn 98/34/EG geldt een algemene notificatieverplichting van voorgenomen technische implementatiemaatregelen,¹³⁵ op grond van art. 95, lid 4 en 5 EG geldt een plicht tot kennisgeving van het nemen van afwijkende nationale maatregelen na implementatie; en daarnaast bevatten richtlijnen en ook verordeningen in de regel een verplichting om de genomen nationale maatregelen bij de Commissie te melden. Het implementatieproces is pas afgerond indien ook de notificatie heeft plaatsgevonden en het niet nakomen ervan kan aanleiding geven tot een inbreukprocedure.

Weerslag op het nationale niveau

In het verleden heeft de Nederlandse wetgever deze procedurele Europese rechtmatigheidseis uit het oog verloren, in het bijzonder de eisen op grond van de oude Notificatierichtlijn.¹³⁶ Dit heeft aanleiding gegeven tot de *Securitel* zaak waarin het Hof van Justitie EG vast stelde dat niet-notificatie de rechtsgeldigheid van de nationale regeling kan aantasten. Deze affaire was ook een reden om de eerste Visitatiecommissie wetgeving in te stellen.¹³⁷

Ar

De Aanwijzingen voor de regelgeving behelzen specifieke aanwijzingen hierover, maar nogal verspreid. Bij de voorbereiding van regelingen moet steeds worden bezien of het ontwerp van de regeling moet worden genotificeerd aan de EU (meestal de Commissie) op grond van een Europeesrechtelijke verplichting (Ar 261a). Uit de toelichting blijkt dat deze aanwijzing inderdaad is ingegeven door de uitspraak van het Hof in de *Securitel* zaak. Indien notificatie heeft plaatsgevonden, moet dat in de toelichting op de nationale regeling worden vermeld (Ar 261b). Ar 329 onder c geeft aan dat bij de voorbereiding van EG-regelgeving de Aanwijzingen voor EG-notificatiebepalingen¹³⁸ in acht moeten worden genomen. Paragraaf 8.6 (Ar 345-347) betreft specifiek de kennisgeving van (ontwerp)implementatieregelingen aan de Commissie. Ar 345 legt daartoe de verantwoordelijkheid bij het eerstverantwoordelijke ministerie. Met de Achtste wijziging is Ar 346 aangepast, als gevolg waarvan transponeringstabellen meer nadruk krijgen alsook de datum van implementatie. Waar Europese besluiten een kennisgevingsverplichting behelzen ten aanzien van de voorgenomen of vastgestelde nationale implementatie regelingen, moet de eerstverantwoordelijke minister de Minister van Buitenlandse Zaken onverwijld in kennis stellen van:

- "a. de daartoe voorgenomen of vastgestelde implementatieregelingen en de bijbehorende transponeringstabel(len);
- b. de bestaande nationale regelingen waarmee reeds aan het te implementeren

¹³⁵ Richtlijn 98/34/EG van het EP en de Raad betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, *Pb. EG* 1998, L. 204/37.

¹³⁶ Richtlijn 83/189, *Pb. EG* 1983, L 109.

¹³⁷ Zie de brief van het kabinet aan de Tweede Kamer d.d. 13.10.1997, Kamerstukken II 1997/98, 25 389, nr. 27 en 1997/98, 25 389, nr. 29.

¹³⁸ *Stcrt.* 2000, 107.

besluit wordt voldaan en de bijbehorende transponeringstabel;
 c. de datum met ingang waarvan de te implementeren EU-regeling in de Nederlandse rechtsorde van toepassing is, of met ingang waarvan de effectieve werking ervan verzekerd is.”

Implementatiemaatregelen van richtlijnen dienen voortaan via het elektronische notificatiesysteem ter kennis van de Commissie te worden gebracht. Van andere besluiten gebeurt dat nog steeds per brief.

De notificatieverplichting is nu ook verder uitgewerkt in de Handleiding Wetgeving en Europa. Deze geeft voorschriften voor de opname, inhoud en vormgeving van notificatieverplichtingen in nieuwe EU-regelingen die uitgangspunten vormen voor degenen die bij de voorbereiding van die regelingen betrokken zijn.¹³⁹ Luidens Ar 337a moeten we notificatieverplichtingen zien als een feitelijke handeling, die niet moeten worden geïmplementeerd. De ICER-N is specifiek gericht op het notificatieproces.

4.2 Consultatie, ex ante- en ex post evaluatie

Verbetering van kwaliteit van wetgeving kent volgens het IIA Beter Wetgeven drie speerpunten: ten eerste, aan de indiening van wetgevingsvoorstellen voorafgaande raadpleging door de Commissie (punt 26); ten tweede, effectbeoordelingen (punten 27-30); en ten derde, het bevorderen van coherentie van teksten (punt 31; zie 4.3). Voor de afwegingen die op grond van het Protocol inzake subsidiariteit en proportionaliteit moeten worden gemaakt, worden raadpleging en effectbeoordeling als belangrijke instrumenten gezien (punten 28-30). Daarbij gaat het echter niet alleen om afweging van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit, maar ook om economische, sociale en milieuaspecten. Aangegeven wordt dat de Commissie het geïntegreerde proces van voorafgaande effectbeoordeling blijft toepassen bij belangrijke wetgevingsvoorstellen, waarbij in één enkele beoordeling de verschillende aspecten bij elkaar worden gebracht. In de toelichting bij wetgevingsvoorstellen moet de Commissie aangeven hoe de effectbeoordeling haar voorstel heeft beïnvloed. Ook het EP en de Raad worden aangespoord effectbeoordelingen uit te laten voeren wanneer de medebeslissingsprocedure van toepassing is en de drie instellingen bekijken gezamenlijk of ze een gemeenschappelijke methode kunnen ontwikkelen.

Effectbeoordeling - of ex ante evaluatie – heeft sinds het sluiten van het IIA een hoge vlucht genomen, als zijnde het mechanisme waarlangs de Commissie in de praktijk de Europese kwaliteitseisen probeert te operationaliseren,¹⁴⁰ in het

¹³⁹ Pp. 184-190.

¹⁴⁰ Uitgebreid hierover A.C.M. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking*, Kluwer, 2008 en ook haar preadvies voor de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid uit 2008, 'Impact assessment als onderdeel van een 'gemeenschappelijke wetgevingscultuur' in Europa', in *Effectenanalyse in Europees en nationaal verband*, Wolf Legal Publishers 2008, pp. 39-70.

bijzonder de beleidsanalytische eisen. Van een gezamenlijke methode van de drie Europese instellingen is op dit moment echter nog geen sprake. In recente jaren zijn wel verschillende stappen genomen om de kwaliteit van het instrument zelf te verbeteren, alsook de toepassing ervan in de praktijk.¹⁴¹ In dit verband is ook van belang op te merken dat de Raad in sommige aanbevelingen specifiek ingaat op kwaliteitsaspecten waar nationale wetgeving aan zou moeten voldoen en deze daarin onder meer oproept tot het uitvoeren van effectbeoordelingen. Dit betreft aanbevelingen gedaan in het kader van de globale richtsnoeren voor het economische beleid van de lidstaten en de Gemeenschap, aangenomen op grond van art. 99, lid 2 EG. Volgens deze aanbevelingen moeten de EU en de lidstaten zich gezamenlijk inzetten voor het verbeteren van de regelgeving met het oog op het creëren van een bedrijfsklimaat met meer mededinging en particulier initiatief. Lidstaten moeten daartoe onder meer het economische effect, het sociale effect en het milieu effect van bestaande en nieuwe regelgeving systematisch en streng beoordelen, alsook administratieve kosten meten.¹⁴² Andere aanbevelingen behelzen specifieke aanbevelingen voor individuele lidstaten en roepen deze op verschillende aspecten van hun wetgevingskwaliteitsbeleid te verbeteren of aan te scherpen, bijvoorbeeld door meer met effectbeoordelingen te werken.¹⁴³

Het brede consultatieproces zoals de Commissie dat de laatste jaren heeft ontwikkeld, beoogt ten dele hetzelfde als de effectbeoordelingen; het in beeld krijgen van mogelijke effecten van voorgenomen wet- en regelgeving, maar daarnaast ook het peilen van het draagvlak daarvoor bij degenen die door deze regels getroffen zullen worden.¹⁴⁴ Daartoe nodigt de Commissie via groenboeken en witboeken alle betrokkenen uit tot het maken van opmerkingen. Daarnaast houdt de Commissie ook gerichtere consultaties, bijvoorbeeld van deskundigen.

Ex post evaluatie is geen expliciet onderdeel van het IIA; er wordt slechts naar 'gehint' in de paragraaf betreffende de betere omzetting en toepassing van gemeenschapsrecht, waar gesteld wordt dat de Commissie jaarverslagen opstelt over de omzetting van richtlijnen met tabellen van omzettingpercentages (punt 34). Notificatie (zie 4.1.4) vormt een onmisbaar onderdeel in dit proces. Immers, om de betreffende verslagen te kunnen maken, zal de Commissie over de vereiste

¹⁴¹ Sinds 2006 is de Impact Assessment Board operationeel, die een interne controle uitvoert ten aanzien van door de Commissie uitgevoerde effectbeoordelingen en met ingang van januari 2009 zijn ook de richtsnoeren voor impact assessment herzien. Deze zijn te vinden op: http://ec.europa.eu/governance/impact/docs_en.htm

¹⁴² Richtsnoer 14 van Aanbeveling van de Raad 2008/390/EG, *Pb. EU* 2008, L 137/13, p. 22.

¹⁴³ Zie bv. Aanbeveling van de Raad 2008/399/EG (bijlage), *Pb. EU* 2008, L 13957. Overigens heeft Nederland daarin geen aandachtspunt meegekregen.

¹⁴⁴ Voor een nadere duiding van deze ontwikkeling, zie D. Obradovic en J. Alonso Vizcaino, 'Good governance requirements concerning the participation of interest groups in EU consultations', *Common Market Law Review*, 2006, 43:1049-1085; L.A.J. Senden, Participerende democratie in de EU: een nog experimentele ontwikkeling en embryonaal beginsel, in: C.W. Noorlander e.a. (red.), *Het volk regeert. Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21^e eeuw*, Wolf Legal Publishers 2008, pp. 159-185 en R.A.J. van Gestel 2008, a.w.

informatie dienen te beschikken die door de lidstaten moet zijn aangeleverd. De Raad spoort de lidstaten verder aan “voor zichzelf en in het belang van de Gemeenschap hun eigen tabellen op te stellen, die voorzover mogelijk het verband weergeven tussen de richtlijnen en de omzettingsmaatregelen, en deze openbaar te maken.” De Europese wetgevingspraktijk op dit punt laat zien dat deze aansporing in meer en meer afzonderlijke richtlijnen wordt herhaald. Van een echt Europees ex post evaluatiebeleid kan echter tot dusverre niet worden gesproken.

Ar

Aspecten van de Ar die van belang zijn met het oog op effectbeoordelingen op nationaal niveau zijn ten dele reeds in par. 3.2 besproken alsook beperkingen daarvan. Voorts kan hier worden opgemerkt dat ministeries in de toelichting bij ontwerpregelingen ‘in daarvoor in aanmerking komende gevallen’ de gevolgen van die regelingen dienen te kwantificeren, voor wat het bedrijfsleven (bedrijfs-effectentoets), het milieu (milieueffectentoets) en de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid (Ar 256) betreft en ook moeten de gevolgen voor decentrale overheden worden uiteengezet (Ar 256a). De kwantificering betreft enkel ontwerpregelgeving waarbij op genoemde punten substantiële effecten te verwachten zijn. Deze plicht tot effectbeoordeling lijkt beperkter te zijn dan het ex ante beoordelingsmechanisme zoals dat zich de laatste jaren in de Europese context heeft ontwikkeld, waarbij er sprake is van een geïntegreerde effectbeoordeling van in beginsel alle wetgevingsinitiatieven en het niet enkel om een kwantitatieve beoordeling gaat en waarvan eveneens een subsidiariteits- en evenredigheidsbeoordeling deel uitmaakt.¹⁴⁵ Zoals echter uit het preadvies van vorig jaar van Anne Meuwese kan worden opgemaakt, is er een ontwikkeling in gang gezet waarbij in de praktijk wel door regering en parlement wordt gekeken naar door de Commissie uitgevoerde impact assessments, hoewel nog onduidelijk is in hoeverre daaruit daadwerkelijk (objectief) wordt geput.

Verder moet op grond van Ar 344 de toelichting bij een implementatie regeling een transponeringstabel bevatten, waaruit blijkt of en hoe de afzonderlijke bepalingen van de EU-regeling zijn geïmplementeerd. Met de Achtste wijziging is deze Ar nader gespecificeerd. Zo moet voortaan in de transponeringstabel behorende bij een wetsvoorstel worden aangegeven of de EU-regeling ruimte laat tot het maken van keuzen van beleidsinhoudelijke aard. In voorkomend geval worden de door de regering gemaakte keuzen toegelicht of wordt verwezen naar de passages in de toelichting waarin op die keuzen wordt ingegaan. Behoeft een bepaling uit een EU-regeling geen implementatie, dan dient dit ook in de transponeringstabel te worden toegelicht, of wordt verwezen naar de passages in de toelichting waarin daarop wordt ingegaan. Hierbij moet gemotiveerd worden aangegeven of de bepaling in kwestie reeds afdoende in bestaande regelgeving is geïmplementeerd ofwel uit zijn aard geen implementatie behoeft. Implementeert het wetsvoorstel de richtlijn niet volledig, dan wordt in de transponeringstabel aangegeven op welke

¹⁴⁵ Vgl. de tweede stelling van het preadvies van A. Meuwese 2008, a.w.

wijze, of de voorschriften waarin, het resterende deel zal worden geïmplementeerd. Voor de weergave van al deze informatie introduceert de Ar een model.

4.3 Transparantie en toegankelijkheid

In aanvulling op de wetstechnische eisen die raken aan (het verbeteren van) de transparantie en toegankelijkheid van wetsteksten (zie 3.3), is ook een meer horizontale benadering ontwikkeld op Europees niveau om de transparantie en toegankelijkheid van het gehele Europese wetgevingscomplex te verbeteren. De grondslagen en algemene uitgangspunten daarvoor zijn wederom terug te vinden in het IIA 2003. Deze betreffen allereerst een betere voorlichting van de burger, een maximale verspreiding van openbare debatten, een systematisch gebruik van nieuwe communicatietechnologie en een ruimere toegang tot EUR-lex (punt 10). Ten tweede, en van meer fundamenteel belang, betreft dit het bijwerken van de wetgeving en het beperken van het volume ervan, via vereenvoudiging, consolidatie en codificatie van het wetgevingscomplex. Besluiten die te log en te ingewikkeld zijn, dienen te worden gewijzigd of vervangen. Daartoe kan herschikking plaatsvinden van bestaande besluiten of via nieuwe wetgevingsvoorstellen, zonder dat de inhoud van het communautaire beleid wordt aangetast (punten 35 en 36).

Ar

Voorgaande herzieningen van het bestaande Europese wetscorpus kunnen in voorkomend geval ook aanpassing van nationale wet- en regelgeving vereisen, in de zin bijvoorbeeld dat overbodig geworden bepalingen uit de implementatiewetgeving geschrapt (zouden) moeten worden. De Ar reppen echter niet over deze herzieningsprocessen en over de mogelijke consequenties daarvan voor het nationale wetgevingsproces, hetgeen de gedachte voedt dat de procedure gevolgd moet worden die ook ten aanzien van 'normale' implementatiewetgeving wordt gevolgd.

Wel kunnen we uit Ar 47 en 48 opmaken dat er in de nationale context gestreefd wordt naar een zekere eenvoud in het wetscorpus en een goede toegankelijkheid en transparantie daarvan. Zo wordt ten aanzien van de vaststelling van autonome en ook implementatiewetgeving gestreefd naar harmonisatie van regelgeving, inhoudende dat een regeling zoveel mogelijk naar vorm en inhoud met vergelijkbare regelingen in overeenstemming wordt gebracht. Daarnaast bevat Ar 114 de verplichting om de EU-regeling te vermelden ter uitvoering waarvan een nationale regeling strekt, als de hogere regeling waarop de regelgevende bevoegdheid berust. Ar 340b gaat over de te hanteren – eenduidige - terminologie van de instellingen, de besluiten en de lidstaten van de EU.

5. Het Verdrag van Lissabon

Een laatste kwestie die aan de orde moet worden gesteld, is wat het Verdrag van Lissabon doet met de besproken eisen en kaders en of daarin belangrijke wijzigingen plaatsvinden. Het voert te ver om daar hier uitvoerig op in te gaan, maar enkele belanghebbende ontwikkelingen die (potentieel) raken aan het nationale wetgevingsproces en die kunnen dwingen tot een zekere herbezinning op de Europeesrechtelijke dimensie ervan en op de inrichting van de Ar zullen kort worden geduid.

Een eerste relevante ontwikkeling betreft de invoering van een Europese normenhiërarchie.¹⁴⁶ Naast wetgevingshandelingen – aangenomen volgens de gewone (d.w.z. medebeslissingsprocedure) of een bijzondere wetgevingsprocedure – zal er sprake zijn van gedelegeerde handelingen en uitvoeringshandelingen, beiden aangenomen volgens bijzondere regelgevingsprocedures. Deze handelingen zullen allen het predikaat ‘verordening’, ‘richtlijn’ of ‘besluit’ dragen, maar uit het adjectief zal opgemaakt kunnen worden om wat voor soort handeling het gaat. De huidige definities van de verordening en de richtlijn blijven min of meer ongewijzigd. Gedelegeerde handelingen betreffen de aanneming van niet-wetgevingshandelingen van algemene strekking die bepaalde niet-essentiële elementen van de wetgevingshandelingen aanvullen of wijzigen. Uitvoeringshandelingen worden door de lidstaten aangenomen, tenzij uniforme voorwaarden nodig zijn die door de Commissie moeten worden vastgesteld (feitelijk onder de comitologieprocedure). Deze normenhiërarchie vormt ook de bronnencatalogus voor de huidige derde pijler materie en bijgevolg zullen kaderbesluiten en ook de overige art. 34 EU instrumenten bij inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon verdwijnen.¹⁴⁷

Een tweede ontwikkeling betreft de rol van de nationale parlementen. Het Verdrag van Lissabon beoogt de nationale inbreng in de beleidsanalytische toetsing van voorgenomen wetgeving te versterken, door niet alleen nationale regeringen en ambtenaren in die beoordeling te betrekken langs de weg van de Raadsbesluitvorming, maar ook de nationale parlementen. Daartoe is het huidige Protocol inzake subsidiariteit en proportionaliteit herzien en een nieuw Protocol inzake de rol van de nationale parlementen aan dat Verdrag gehecht, dat nader invulling geeft aan art. 12 van het nieuwe EU-Verdrag waarin nationale

¹⁴⁶ Zie de artt. 288-292 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Over de mogelijke gevolgen van deze nieuwe normenhiërarchie vanuit het perspectief van de wetgever, zie A. van den Brink, Van rechtsinstrumenten naar rechtshandelingen. ‘Lissabon’ en de introductie van een Europees primaat van de wetgever, *SEW* 2008, 79, pp. 166-170. Zie meer algemeen ook B. de Witte, Legal instruments and law-making in the Treaty of Lisbon, in: S. Griller en J. Ziller, *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitution*, Springer Verlag 2008, p. 102.

¹⁴⁷ Zie noot 96.

parlementen een rol wordt toebedeeld om bij te dragen aan een goede werking van de Unie. Daartoe wordt voorzien in directe informatievoorziening door de Unie instellingen en door het rechtstreeks toezenden van wetgevingsvoorstellen aan de nationale parlementen. Het in het Protocol vervatte vroeg waarschuwingssysteem en de zogenaamde oranje licht procedure stellen nationale parlementen in staat om onder bepaalde voorwaarden de Commissie te dwingen tot heroverweging van een voorgenomen handeling wegens schending van het subsidiariteitsbeginsel (niet het proportionaliteitsbeginsel!). Daadwerkelijk blokkeren is enkel mogelijk indien een meerderheid in het EP of de Raad eenzelfde mening blijkt toegedaan. Men kan stellen dat met deze Protocollen een Europeesrechtelijke grondslag wordt gecreëerd voor het Europese mandaat van nationale parlementen, dat tot op heden uitsluitend wordt bepaald door het nationale (constitutionele) recht van de lidstaten. Die grondslag leidt niet tot bepaalde juridische verplichtingen voor nationale parlementen, maar naar onze mening wel tot een zekere morele verplichting voor de Tweede Kamer¹⁴⁸ om zich meer dan tot op heden het geval is iets gelegen te laten liggen aan het Europese besluit- en wetgevingsproces.¹⁴⁹ Ze zal zich er niet gemakkelijk meer achter kunnen verschuilen dat 'Brussel' zomaar iets heeft geregeld en zich met teveel zaken bemoeit, nu het rechtstreeks over alle belanghebbende Europese initiatieven wordt geïnformeerd en de mogelijkheid heeft haar zegje te doen over de (on)wenselijkheid ervan. Het daadwerkelijk oppakken en invullen van het Europese mandaat zou bijdragen aan een versnelling van het implementatie- en uitvoeringsproces en ook kunnen bijdragen aan een betere inbedding van het Europese recht in het nationale rechtssysteem.

Een derde ontwikkeling die mede in het licht van het voorgaande relevantie heeft, betreft het herdopen van de medebeslissingsprocedure tot gewone wetgevingsprocedure en bovenal de bredere toepassing van deze procedure. Dat gegeven onderstreept de verantwoordelijkheid van de verschillende bij die procedure betrokken instellingen – en daarmee ook van nationale betrokkenen – in het besluitvormingsproces om betere regelgevingsbeginselen in acht te nemen en vergroot tevens de mogelijkheden voor nationale parlementen om (langs verschillende kanalen) een bijdrage aan dat proces te leveren.¹⁵⁰

Een laatste ontwikkeling die opvalt, is dat het Europese streven naar goed bestuur (*good governance*) in de EU en ook het wetgevingskwaliteitsbeleid tot op zekere hoogte hun sporen hebben nagelaten in het Verdrag van Lissabon. Zo is de wijziging in de tekst in het nieuwe art. 13 EU ten opzichte van het huidige art. 7 EG opmerkelijk, waarin wordt benadrukt dat het institutioneel kader van de EU “ertoe

¹⁴⁸ Uitgebreider hierover, L.A.J. Senden en Th. Vandamme, Het Verdrag van Lissabon en het Europese mandaat van nationale parlementen, *SEW* 2009, 1, p. 21-27.

¹⁴⁹ In deze zin ook het Advies van de Raad van State en nader rapport n.a.v. de negatieve uitslag op het referendum over het Grondwettelijk Verdrag voor de EU, Kamerstukken II, 2005-2006, 29993, nr. 22.

¹⁵⁰ In dit verband is ook van belang dat volgens het Protocol de oranje licht procedure slechts toepassing kan vinden bij wetgevingsvoorstellen onder de gewone wetgevingsprocedure.

strekt haar waarden uit te dragen, haar doelstellingen na te streven, haar belangen en de belangen van haar burgers en van de lidstaten te dienen, en de samenhang, de doeltreffendheid en de continuïteit van haar beleid en haar optreden te verzekeren.”

6. Tot besluit: herbezinning op de inrichting van de institutionele autonomie

Inhoudelijke en procesmatige eisen die op Europees niveau aan het besluit- en wetgevingsproces worden gesteld, hebben zich in recente jaren in het kader van het Betere regelgeving beleid in toenemende mate ontwikkeld. Vanwege de verwevenheid van de Europese en nationale rechtsordes blijft dit niet zonder gevolgen voor nationale wetgeving en het nationale wetgevingsproces. Die gevolgen laten zich vooral zien en voelen via de concrete interpretatie, operationalisering en toepassing van een aantal fundamentele rechtsbeginselen die aan het Europese wetgevingsproces ten grondslag liggen. Daarbij gaat het niet alleen om de subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginselen, maar ook om de beginselen van gemeenschapstrouw, nuttig effect, rechtszekerheid en transparantie. Deze primairrechtelijke beginselen vinden nadere uitdrukking en uitwerking in concrete stukken wetgeving en in allerlei soft law handelingen. Het algemene effect daarvan is dat de druk op de lidstaten en de nationale wetgevers wordt opgevoerd om serieuze aandacht te besteden aan de verschillende aspecten van wetgevingskwaliteit. Daarbij gaat het zowel om de ontwikkeling, voorbereiding, omzetting, uitvoering en handhaving van Europese wet- en regelgeving, als om het verzekeren van de rechtmatigheid van autonome wetgeving in het licht van het Europese recht en meer algemeen het realiseren van bepaalde beleidsanalytische doelstellingen zoals administratieve lastenreductie. Op al deze niveaus heeft de nationale wetgever een belangrijke taak te vervullen. De Commissie c.q. de EU vat deze taakstelling nu op in termen van een gedeelde verantwoordelijkheid voor het realiseren van de doelstellingen van het Europese wetgevingskwaliteitsbeleid.

Dat is naar mijn mening niet alleen een juist maar ook een noodzakelijk uitgangspunt,¹⁵¹ zowel vanuit het Europese als het nationale perspectief gezien. Gezien de verwevenheid van rechtsordes kan er op het terrein van wetgevingskwaliteit geen daadwerkelijke vooruitgang worden geboekt, zonder een gezamenlijke inspanning daartoe te leveren en zonder een zekere overeenstemming over en parallelle in de toepasselijke inhoudelijke en procesmatige/procedurele eisen ten aanzien van wetgeving. Immers, slechte Europese wetgeving heeft een negatieve invloed op het nationale wetscorpus en wetgevingsproces en slechte naleving en implementatie van Europese regelgeving

¹⁵¹ Vgl. ook de concluderende overwegingen van A. Meuwese in haar preadvies van vorig jaar, *a.w.*

is slecht voor de uniforme toepassing en de nuttige werking van het Europese recht en daarmee bijvoorbeeld ook voor nationale concurrentieposities. Er is dus sprake van een wederzijds belang in deze, hetgeen ook blijkt uit de druk die Nederland richting de EU heeft uitgeoefend om Europese regelgeving te verbeteren. Uit de nota Integraal Wetgevingsbeleid lijken we op te mogen maken dat het Nederlandse kabinet de gedachte van een gedeelde verantwoordelijkheid wel onderschrijft, zij het dat dat nogal terloops gebeurt.¹⁵² Tot op zekere hoogte reflecteren ook de Ar wel het bewustzijn van een gedeelde verantwoordelijkheid en van de Europese kaders en kwaliteitseisen, maar tegelijkertijd kunnen we een aantal knelpunten signaleren die vooral verband houden met de inrichting van het wetgevingsproces en met de daadwerkelijke toepassing van de Ar.

Inhoudelijk gezien, mogen we concluderen dat zowel de juridische als de beleidsanalytische als de wetstechnische eisen die in het Europese recht verankerd zijn en waar autonome en implementatie- en uitvoeringsregelingen aan moeten voldoen, voor het grootste deel hun tegenhanger vinden in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Opvallend is wel dat de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit als maatstaven ter beoordeling van nieuwe Commissievoorstellen daarin niet uit de verf komen, doch slechts terzake van de beoordeling van autonome en implementatie wet- en regelgeving. Dit lijkt mij samen te hangen met een meer fundamentele kwestie, namelijk de wijze waarop Nederland invulling heeft gegeven aan de institutionele autonomie om het implementatie- en uitvoeringssysteem naar eigen goeddunken in te richten, zolang dit maar voldoet aan de Europeesrechtelijke eisen die aan de omzetting en uitvoering van Europese wet- en regelgeving worden gesteld. Zoals gezien, geldt zowel voor autonome als implementatie- en uitvoeringsregelgeving dat deze tot stand komen via de gebruikelijke wetsprocedure, waarnaast hoofdstuk 8 van de Ar nog enige specifieke aanwijzingen voor de voorbereiding en implementatie van Europese regels behelst.

Deze invulling van de institutionele autonomie levert een aantal – structurele - knelpunten op, die mijns inziens vragen om een herbezinning daarop en op de wijze waarop deze tot uitdrukking komt in de Ar. Een dergelijke herbezinning wordt ook reeds ingegeven door het feit dat vanuit de Europese optiek belangrijke Aanwijzingen nu onvoldoende hun beslag krijgen in de wetgevingspraktijk. In dit verband kan eveneens worden gesproken van een structureel probleem, gegeven de opeenvolgende visitatie rapporten. Een evident voorbeeld betreft de te beperkte inzet van (wetgevings)juristen in de onderhandelingsfase van Europese wetgeving, terwijl Ar 329 poneert dat de redactionele kwaliteit reeds bij de voorbereiding van Europese regelgeving moet worden gewaarborgd. Hoewel het kabinet na het rapport van de tweede visitatiecommissie aangaf de tendens van toenemende deelname van wetgevingsjuristen aan de onderhandelingen in Brussel uit te zullen

¹⁵² Kamerstukken II, 2008-2009, 31 731, nr. 1, pp. 9-10.

bouwen tot standaardnorm,¹⁵³ bleek dit ten tijde van het rapport van de derde visitatiecommissie verre van gerealiseerd. Deze laatste commissie signaleert dat er weinig bereidheid is om de nodige wetgevingscapaciteit hiervoor vrij te maken, vooral omdat “het nationale recht en de werkzaamheden die daaruit voortvloeien bij de wetgevingsdirecties van de ministeries nog stevig op de eerste plaats [staan].”¹⁵⁴ Een ander voorbeeld betreft de Europese conformiteits- en rechtmatigheidstoetsing van autonome wetgeving (Ar 18) die nog steeds te wensen overlaat, zoals gezien, en waaraan de te beperkte juridische capaciteit van de ministeries debet is. Daarnaast blijken ook bestaande institutionele structuren en gremia die een belangrijke rol spelen in het voorbereidings- en implementatieproces van Europese regelgeving (nog) niet naar volle tevredenheid te werken, zoals de werkgroep BNC. De derde visitatiecommissie concludeerde dat ook in de BNC-fiche de inschatting van de juridische effecten van Commissievoorstellen in de regel onderbelicht is en deze nogal eens worden onderschat, wederom als gevolg van een gebrek aan juridische expertise in deze werkgroep en vanwege de relatieve onervarenheid van de leden ervan. Ook schiet de communicatie tussen de werkgroep BNC en de ICER-I in dit verband te kort.¹⁵⁵

Eenzijds reflecteren de in de Ar vastgelegde normen en standaarden dus wel het nodige bewustzijn van de Europese kwaliteitseisen en kaders en onderschrijven ze de noodzaak van het waarborgen daarvan, maar anderzijds krijgen deze tot dusverre nog niet de vereiste (financiële) prioriteit van de politiek,¹⁵⁶ noch in de relevante institutionele gremia en in de wetgevingspraktijk van de ministeries. Een bijkomend probleem is dat de Ar nog onvoldoende bekendheid blijken te genieten onder beleidsmedewerkers.¹⁵⁷

Vervolgens, op grond van de analyse in dit preadvies kunnen in elk geval de volgende knelpunten worden geïdentificeerd in de wijze waarop de Europese dimensie van het Nederlandse wetgevingsproces in de Ar gestalte heeft gekregen. Allereerst, het van toepassing verklaren van de gebruikelijke wetsprocedure op implementatiewetgeving onder de gelijktijdige opname van specifieke bepalingen daarvoor in hoofdstuk 8 Ar en het toestaan van uitzonderingen op de toepassing van de gebruikelijke wetsprocedure, maakt de procedure op zijn zachtst gezegd erg diffuus. Een consequentie daarvan is namelijk dat voor de Europese dimensie van het wetgevingsproces relevante aanwijzingen kris kras door de Ar heen bij elkaar moeten worden gezocht en vervolgens in hun onderlinge samenhang

¹⁵³ Kamerstukken II, 2003-2004, 29 349, nr. 1, p. 8.

¹⁵⁴ Van wetten weten 2007, a.w., par. 2.5.4.

¹⁵⁵ Van wetten weten 2007, a.w., par. 2.5.5. en Aanbeveling 7.

¹⁵⁶ De rapportage van de eerstvolgende visitatie commissie zal moeten uitwijzen of de door dit kabinet getroffen maatregelen – in het bijzonder in het kader van het Programma Versterking Juridische Functie Rijk - wel voldoende zullen blijken te zijn.

¹⁵⁷ Dit signaleert de derde visitatiecommissie in voetnoot 13 van haar rapport. In dezelfde zin, C.E.I. Heuving en A.H.M. Boere, De Aanwijzingen voor de regelgeving in de praktijk: met enige suggesties voor verbetering, *RegelMaat* afl. 2005/1, p. 21.

moeten worden gezet en begrepen. Dit geldt zelfs voor afzonderlijke onderdelen van dat proces, zoals bijvoorbeeld de notificatieverplichting en de plicht tot tijdige implementatie. Men kan hier gevoelig spreken van een doolhof die niet bijdraagt aan de transparantie, toegankelijkheid en een goed begrip van de te volgen procedure en regels. In het verlengde daarvan kan ook worden geconstateerd dat de verhouding tussen hoofdstuk 8 van de Ar en de 'gewone' Aanwijzingen niet op voorhand duidelijk is op basis van de tekst van de Aanwijzingen zelf. Voorstelbaar is dat ook voor betrokken beleidsambtenaren en (beginnende) wetgevingsjuristen het systeem zoals verankerd in de Ar weinig overzichtelijk is. Verder, gegeven het steeds terugkerende probleem van het verzekeren van een tijdige implementatie, hoe coherent, adequaat en volledig is de aanpak van deze specifieke Europees-rechtelijke eis eigenlijk in de Aanwijzingen, de verschillende oorzaken voor te late implementatie in aanmerking genomen? Meer algemeen, gegeven dat voorbereiding, implementatie, uitvoering en handhaving van Europese regelgeving eigen procesmatige eisen met zich brengen die verder gaan dan het verzekeren van tijdigheid van nationale maatregelen en onder meer ook de subsidiariteit, proportionaliteit, volledigheid, afdwingbaarheid en effectiviteit ervan betreffen, hoe adequaat is het huidige systeem in de Ar daar dan op ingericht?

Hoewel de Raad van State reeds enige jaren geleden constateerde dat "de Haagse besluitvorming steeds minder op de Europese [is] toegesneden",¹⁵⁸ mag het naar mijn mening opmerkelijk worden genoemd dat in alle maatregelen die tot dusverre zijn voorgesteld en getroffen om de Nederlandse problemen aan te pakken inzake de tijdige anticipatie op Europese regelgeving, de nationale participatie in de voorbereiding daarvan en zijn uiteindelijke implementatie, de huidige inrichting van de institutionele autonomie en het uitgangspunt van toepasselijkheid van de gebruikelijke wetsprocedure niet fundamenteel ter discussie zijn gesteld.¹⁵⁹ De bevindingen in dit preadvies geven mij aanleiding tot de conclusie dat de tijd voor een bredere herbezinning daarop wel degelijk rijp mag worden genoemd. De aanbeveling van de derde Visitatiecommissie om, analoog aan de nationale wetgevingstoets, een instrument te ontwikkelen gebaseerd op het Europese BR-beleid voor de beoordeling van de juridische kwaliteit van Europese voornemens tot regelgeving en de impact daarvan op de nationale rechtsorde, kan eveneens als een vingerwijzing voor zo'n herbezinning worden gelezen.

Mede ter uitvoering van deze aanbeveling is in de kabinetsnota Integraal Wetgevingsbeleid aangegeven dat de effectenanalyse zal worden verbeterd en dat "instrumenten worden ontwikkeld die vanaf het eerste stadium van de onderhandelingen over een Europees voorstel dwingen tot nadenken over de

¹⁵⁸ Kamerstukken II, 2005-2006, 29 993, nr. 22.

¹⁵⁹ Zoals hiervoor gezien (par. 4.1.3 en noot 122), heeft deze kwestie tot dusverre enkel aandacht gekregen vanuit het specifieke perspectief van de al dan niet toelaatbaarheid van versnelde implementatie via delegatie. In zijn proefschrift heeft Van den Brink 2004, a.w., p. 256, ook bepleit dat vanwege het eigen karakter van implementatieregelgeving een eigen (vereenvoudigde formele) wetsprocedure op zijn plaats zou zijn.

nationale consequenties van het voorstel.¹⁶⁰ Wat die instrumenten (kunnen) zijn wordt in het vage gelaten, maar omdat structurele problemen om structurele oplossingen vragen, zou in dit verband de vraag niet uit de weg moeten worden gegaan of een afzonderlijke wetsprocedure voor de omgang met Europese wetgeving wellicht tot betere resultaten kan leiden dan het huidige uitgangspunt. Hoewel ook de twee andere Europese kwesties die de nota op de agenda zet aanleiding zouden kunnen geven tot deze meer fundamentele vraag, blijft deze achterwege. Het gaat daarbij om het doen van onderzoek naar de betekenis van de Europese rechtsruimte voor de inrichting van het nationale rechtstelsel en het opstellen van een nieuwe vraagbaak wetgeving en Europa, ter vervanging van de 101 Praktijkvragen implementatie EG-besluiten die niet meer up to date worden geacht.

Deze vraagbaak – de inmiddels vastgestelde Handleiding Wetgeving en Europa – roept ook de vraag op hoe up to date het uitgangspunt zelf van de toepasselijkheid van de gebruikelijke wetsprocedure eigenlijk nog is. De Ar zoals nader toegelicht in de Handleiding laten namelijk goed zien dat op een aantal punten van dit uitgangspunt wordt afgeweken en dat de voorbereiding, implementatie, uitvoering en handhaving van Europese regelgeving om een andere benadering of toetsing kan vragen dan terzake van autonome regelgeving het geval is. In die zin is er dus tot op zekere hoogte al sprake van een afzonderlijke wetsprocedure. Het zou de zichtbaarheid en effectiviteit van de Europese dimensie van het nationale wetgevingsproces ten goede kunnen komen, wanneer de Ar zo worden aangepast dat deze dimensie in een geheel eigen onderdeel wordt geregeld. Het huidige systeem van de Ar wordt dan feitelijk omgekeerd; het Europeesrechtelijke onderdeel (het huidige hoofdstuk 8) zou dan uitgebouwd moeten worden tot het algemene kader, terwijl de overige Ar nog slechts een aanvullende werking krijgen.¹⁶¹ De mogelijke meerwaarde van deze aanpassing lijkt mij de moeite van het nader onderzoeken meer dan waard.

¹⁶⁰ A.w., p. 16.

¹⁶¹ Ook vanuit de werkgroep Aanwijzingen voor de regelgeving is de wenselijkheid van een aanpassing van de Ar in een dergelijke richting al eens geopperd, naar aanleiding van een discussienota over de toekomstige status en ambitie van de Aanwijzingen. Zie daarover J.M. Bonnes, Aard en omvang van de Aanwijzingen voor de regelgeving, *RegelMaat* afl. 2005/1, p. 11. Een verdergaand aanknopingspunt vinden we in Besselink e.a. 2002, a.w, p. 212, waarin de mogelijkheid van een 'Europawet' naar voren is gebracht "die wettelijke bepalingen bijeen [zou] kunnen brengen die thans op weinig inzichtelijke wijze verspreid zijn geraakt in diverse wetten." Hoewel geen wet, zouden we de Ar hier ook onder kunnen scharen.

Stellingen

1. Er is weliswaar sprake van een voldoende bewustzijn van de Nederlandse wetgever van Europees-juridische eisen aan nationale wetgeving (processen) en bestaande tekortkomingen dienaangaande in de huidige wetgevingspraktijk, maar dit krijgt onvoldoende urgentie en prioriteit.
2. Omdat structurele problemen vragen om structurele oplossingen, kan niet worden volstaan met de nieuwe 'Handleiding Wetgeving en Europa'. Ook het aan de huidige invulling van de institutionele autonomie ten grondslag liggende uitgangspunt van toepasselijkheid van de gebruikelijke wetsprocedure op implementatiewetgeving is aan herziening toe.

Beelden doen er toe

Jaarrede van de voorzitter, prof. dr. W.J.M. Voermans

Beste verenigingsgenoten,

Ik neem aan dat zelfs wetgevers zich af en toe douchen, en als u dat dan doet – thuis of waar u dan ook – u ook wel bekend met het volgende fenomeen. Langs een opening tussen twee gedeelten van het gordijn, of een kier van het doucheraampje, kijkt u naar buiten en daar ziet u – panoramisch – een drukke straat, een open veld of een groot plein vol met mensen. Dat is even schrikken – voor de meesten althans – en gehaast en stuntelig probeer je dan de kier te bedekken of het raampje dicht te trekken. ‘Tjonge jonge, bijna in je aller natuurlijkste staat bekeken door hele horden vreemden.’ Toch zijn dat soort zorgen vergeefs want je kunt door een kier wel in een breed veld naar buiten kijken, maar je kunt in omgekeerde richting van een afstand heel weinig zien van wat er zich achter een kleine opening in een gordijn of een kierend raampje afspeelt. Mensen kunnen niet met een bochtje waarnemen.

Dat fenomeen van – kom laat ik eens geleerd doen: *geïnverteerde perceptie* – is iets wat niet alleen bij het douchen relevant is. Het speelt ook een belangrijke rol bij wetgeving. De wetgever neemt de wereld op een bepaalde manier waar, maar die perceptie is soms een hele andere dan de wederperceptie van degenen die met die wetgeving te maken krijgen. De wetgever ziet een probleem en maakt wetgeving om dat probleem op te lossen, maar de rechtsgenoten die er mee te maken krijgen zien – nadat de regeling eenmaal is vastgesteld – niet of soms niet meer voor welk probleem die regeling een oplossing probeerde te bieden. En dat leidt tot misver- tegen- of soms zelfs opstand.

1. Omgekeerde of ongedeelde percepties

Een voorbeeld kan misschien verduidelijken wat ik bedoel. Het gaat over en klassiek vraagstuk: waarom zijn de bananen krom? De EU had tot voor kort regels over de kromming van bananen¹ en komkommers, de omvang van bloembollen, de vorm van fruitsoorten, snijbloemen, waspenen, noem maar op.² Tot aan regels

¹ Verordening (EG) nr. 228/2006 van de Commissie van 9 februari 2006 houdende wijziging van Verordening (EG) nr. 2257/94 tot vaststelling van kwaliteitsnormen voor bananen, *PbEG* 10 februari 2006, L 39, 7.

² Zie Verordening (EEG) nr. 3336/92 van de Raad van 16 november 1992 tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 234/68 houdende de totstandbrenging van een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector levende planten en produkten van de bloemteelt, *PbEG* L 336, 1.

over krenten en rozijnen toe.³ De reden hiervoor is simpel: verschillende soorten en fruit en groenten moeten onder internationale handelsregels voldoen aan bepaalde classificatie-eisen. Die eisen hebben te maken met de kwaliteit van de producten – dat kan je bij groenten en fruit nu eenmaal aflezen aan de kleur, grootte en vorm – en de verpakbaarheid. Paprika's, aardbeien en tomaten kun je niet zomaar in een emmer of doos met een gefixeerd gewicht gooien en dan over de wereld transporteren, want dan komt er aan de ontvangende kant paprikamoes, aardbeienjam of tomatenpuree uit. Daarom gestandaardiseerde stuksverpakking die toch steeds een (ongeveer) gelijk gewicht per eenheid of verpakkingseenheid oplevert. Daarom dus standaardisatie van vorm. 'Simple comme le beau jour' en die regels bestaan ook al heel lang, weet ik nog uit mijn dagen dat ik veel tomaten en aardbeien plukte. Maar hoe kwam de EU er nu aan te pas? Dat gebeurde op aandrang van de lidstaten. Een aantal lidstaten was namelijk erg streng in de leer en stelde nog allerlei extra eisen aan eigenschappen van groenten en fruit, daaronder Nederland. Bij die extra, additionele eisen ging het vaak om het bereiken van hoge(re) kwaliteitsklassen. Op zich niks mis mee, maar die extra eisen werkten niet zozeer als een echte handelsbelemmering maar toch minstens als een hinder- of irritatiefactor voor het grensoverschrijdende goederenverkeer in de EG. Vanwege die extra nationale eisen moest bijvoorbeeld nogal eens aan de grens verkrat worden. Erg duur en de facto een handelsbelemmering. Enfin, mede vanwege die nationale koppen op WTO- en andere handelsafspraken over internationale handel in groenten en fruit zetten, stelden de EG-ministers, eigenlijk op eigen aandrang, de bananenkrommingsverordening vast. Zoals die verordening zijn er tientallen⁴ waarin kwaliteitseisen aan landbouw- en veeteeltproducten worden gesteld. Dat alles valt trouwens in het niets als we het vergelijken met de volumes van dat soort kwaliteitsregelingen die we in Nederland kennen (zeker als we daar de verordeningen van de productschappen bij rekenen). Alles is relatief. Maar daarmee nog geen rustig bezit. Die inmiddels ingetrokken bananen-krommingsverordening is, zoals we de afgelopen jaren hebben gemerkt, trok veel bekijks uit onverwachte hoek. Van heel veel kanten kwam die verordening onder vuur komen te liggen als het bij uitstek bewijs van Europa's doorgedraaide regelen bemoeizucht. Eurokritische politici, maar ook anderen, gooiden die verordening graag op de hoop van het vele onnodige in Europa. Daar kan je van vinden wat je vindt (misschien leidt de EU soms inderdaad aan 'mission creep' of misschien moet je juist ongevoelig blijven voor dit soort stemmingmakerij); ik weet het niet, maar ik neem wel waar dat dit beeld van bemoeizucht, geboren uit zo'n moeilijk uit te leggen verordening, langzamerhand een feit werd en er uiteindelijk toe heeft geleid dat die verordening midden vorig jaar is ingetrokken. Juist om die reden. Daar kon geen tegencampagne van de EU iets aan doen.⁵ Enfin, goed voor de

³ Krenten en rozijnen kunnen slechts in de handel gebracht indien voldaan is aan artikel 1 van verordening (EG) 1666/99.

⁴ Er zijn zo'n 40 verordeningen die bepalen aan welke voorwaarden groenten en fruit van 'klasse 1' moeten voldoen.

⁵ Zie het document 'Get your facts right' http://ec.europa.eu/dgs/communication/facts/gyfs_en.pdf.

Nederlandse markt, want nu kunnen we als vanouds bultige Oostblokkomkommers declasseren.

Dit veilige ver-weg-voorbeeld laat, denk ik, goed zien wat er kan gebeuren als de wetgever er niet meer, of onvoldoende in slaagt, voor het voetlicht te brengen wat voor een soort probleem een regeling eigenlijk oplost. Ook in Nederland hebben we de laatste jaren veel met dat bijltje gehakt. Ontstaat eenmaal een bepaald beeld (of een idee fixe) van een wetgevingscomplex, of regels, dan kan daardoor een eigen dynamiek ontstaan. De feiten kunnen daardoor volledig overschaduwd raken. De geest raakt uit de fles.

2. Zelf opgeroepen beelden: wie kaatst moet....

Ik geef weer een enkel voorbeeld. In 2003 stelt de nieuw aangekomen staatssecretaris van Gennip een 'Meldpunt strijdige regels' open. Het kabinet Balkenende II heeft zich voor die kabinetsperiode ten doel gesteld de regeldruk te verminderen. In de publieke discussie die het plan begeleidt worden tegenstrijdige regels als een van de grote problemen genoemd waar ondernemingen bij hun bedrijfsvoering tegen aan lopen. Let wel, dat is op dat moment niet veel meer dan een vermoeden, want of er werkelijk veel tegenstrijdige regels zijn staat niet vast. Het is een klacht die bij het bedrijfsleven en anderen echter wel als bestaand probleem wordt ervaren en zo in het debat wordt gebracht. Tussen mei en oktober van 2003 krijgen ondernemers de kans om – naar hun oordeel – tegenstrijdige regels (ik laat de definitie even voor wat ze is) te melden. Er komen 800 meldingen binnen. De staatssecretaris communiceert dat najaar met enige gretigheid over die omvang, zonder dat nog precies vast staat hoe die klachten in elkaar zitten. Dat wordt uiteindelijk onderzocht en wat blijkt een jaar later: de overgrote meerderheid van de gemelde knelpunten (99%) ontstaat bij de toepassing van verschillende regels door verschillende instanties, die op hetzelfde object of subject betrekking hebben, vaak op verschillende momenten in de tijd.⁶ Nog erg genoeg, maar toch minder erg dan hele reeksen ondoordachte, tegenstrijdige regelgeving.⁷

Iets dergelijks gebeurt, wat later, ook bij het fenomeen 'nationale koppen'. Veel van de administratieve lasten waar het bedrijfsleven tengevolge van regelingen tegenaan zou lopen, zo was de gedachte in 2006 en 2007, zouden daarmee te maken hebben dat Nederland koppen – dat wil zeggen extra nationaal beleid – zou stapelen op regelingen waarin EU richtlijnen worden omgezet of verordeningen worden ingekaderd. Ook hier eerst communicatie van de overheid dat dat fenomeen inderdaad een probleem vormt en daarna pas een onderzoek. Asser en

⁶ Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 17 januari 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 515, nr. 49 en (het complete verslag 24 036, nr. 293.

⁷ Die ene procent zat 'm dan ook nog in een tegenstrijdigheid van een Nederlandse regel met een Europese regel.

Europa instituut mochten het dit keer uitzoeken.⁸ Ook hier weer een meldpunt. Ook hier een dikke honderd (119) meldingen, en ook hier slechts in een handvol gevallen een *echte* nationale kop. En dan meestal nog van de soort waar veel voor te zeggen valt, van de soort die het die bedrijfsleven zelf ook graag wil. Het *Davidson Review*⁹ in het Verenigd Koninkrijk komt in 2006 tot een zelfde slotsom: ook daar blijkt het veel bekritiseerde ‘goldplating’ (zo heten Britse nationale koppen) eigenlijk weinig voor te komen, net als een paar andere regelingsfantomen, zoals ‘double banking’ (een dubbel EU en nationaal regime voor hetzelfde onderwerp), and ‘regulatory creep’ (het aanbouwen van regelgeving en daarmee ook andere dingen regelen dan besloten lag in de oorspronkelijke missie van de regeling).

3. Alles is relatief

Is dat nou erg? Zo op het eerste gezicht niet natuurlijk. Het is toch niet minder dan een reuze opsteker dat het meevalt met nationale koppen en tegenstrijdige regelgeving. Alleen een enkeling, die voor de onmogelijke opgave staat ook deze kabinetsperiode weer 25% lasten te verminderen (bovenop de lastenreductie die de vorige periode al werd ingeboekt) zal er een traantje om laten. Verder niemand toch?

Ik zou daar toch een kanttekening bij willen plaatsen. In zekere zin is het wel een probleem vooral als we een extern perspectief aannemen. Veel studies van de laatste jaren tonen aan dat het gezag van wetgeving belangrijk is en ook kwetsbaar. De wet als symbool van belangrijke afspraken gemaakt door of onder een mandaat van een volksvertegenwoordiging, legitimeert zich via de procedure, maar ook door het feit dat uit deze vorm van deliberatie gemiddeld genomen verstandige uitkomsten voortkomen. Geestdriftig naar buiten brengen dat veel van die uitkomsten vaak niet verstandig zijn, dan wel een vorm van eenzijdige afweging in zich dragen, doet het gezag van de wet per saldo geen goed. Sterker, het opgeroepen beeld kan een eigenstandige factor gaan worden. Dat verklaart bijvoorbeeld tot op bepaalde hoogte dat, na al het werk van het kabinet Balkenende III om de administratieve lasten te verminderen, het bedrijfsleven in 2008 alleen maar lijkt te zijn wakker gekust en geen werkelijke lastenvermindering ervaart.¹⁰ Bedrijven klagen er nog harder over dan voordien. Misschien op zijn beurt weer een verklaring waarom er zo een brede weerzin tegen het fenomeen ‘regeltjes’ is ontstaan. Begrijp me goed, ik zeg niet dat dat goed of verkeerd is, ik

⁸ P.J. Slot, W.J.M. Voermans, S.F. Blockmans, M.K. Bulterman, M. van der Harst, S.A.L. Josaputra, B. Platell, A. Cuyvers, S.H. Romein, M. Park, H. Park (2007), *Nationale koppen op EG-regelgeving*, Leiden/Den Haag.

⁹ Davidson Review (2006), *Implementation of EC Legislation*, Final report.

¹⁰ Rapport van de Algemene Rekenkamer, Reductie administratieve lasten voor het bedrijfsleven, *Kamerstukken II 2005/06*, 30 605, nrs. 1-2.

probeer alleen te begrijpen hoe beelden over wetgeving ontstaan en of ze consequenties hebben. Vooral ook als die beelden over wetgeving tussen de makers en adressaten uiteen gaan lopen is dat mogelijk problematisch.

Ik snap dat dit een wat onorthodoxe benadering is, dat juristen en wetgevers niet vaak in die categorieën denken, maar beelden over wetgeving doen er wel degelijk toe.

4. Het onderzoek van Murphy, Tyler en Curtis

Dat blijkt ook uit interessant onderzoek dat werd gedaan door Kristina Murphy, Tom Tyler and Amy Curtis, (rechts)psychologen afkomstig uit Australië en de Verenigde Staten. Hun bevindingen werden onlangs gepubliceerd in het tijdschrift *Regulation and Governance*.¹¹ Aan de hand van een aantal experimenten probeerden ze vast te stellen wat het meest bijdraagt aan langdurige, vrijwillige naleving van regels: procedurele legitimiteit (de juiste procedure, medewerking van een volksvertegenwoordiging) of de perceptie van inhoudelijk legitimiteit d.w.z. (ervaren) rechtvaardigheid van de uitkomst (het idee dat een wet een goede, verstandige of faire oplossing biedt die overeenstemt met je eigen ervaring van goed of fair). Vooral die laatste categorie – opvattingen over inhoudelijke legitimiteit van een regel - blijkt gevoelig voor percepties. Wat stellen Murphy, Tyler en Curtis nu vast? Nou, ten eerste dat procedurele legitimiteit minder belangrijk is voor vrijwillige naleving dan we tot nu toe dachten, en, ten tweede, dat inhoudelijke legitimiteit (inhoudelijke overtuigingskracht van een wet) evenzeer van belang is voor de kansen op naleving. Allemaal niet nieuw, maar nu komt het, ze stellen ten derde vast dat wanneer een regel niet inhoudelijk legitimeert of overtuigt dat een extra wissel trekt op de deliberatie en procedure. 1-0 voor Jim Polak, zou ik denken, want het is niet meer of minder dan een rechtspsychologisch quod erat demonstrandum voor het primaat van de wetgever. En er zijn nog meer lessen uit te trekken.

Zo moet overtuigingskracht van behoorlijke wetgevingsprocedures (*Legitimation durch Verfahren*) niet moet worden overtrokken en kan er bij het wichelen van de nalevingskansen ook niet te veel op worden vertrouwd. Uitruil van argumenten en compromissen tussen de actoren die wetgeving maken, hebben grotendeels interne bewijskracht tussen de wetgevingsactoren, waarvan de kracht afneemt naar mate men verder van dat proces afstaat. Procedure overtuigt niet direct extern, het levert eerder machtsargumenten ('we volgden de juiste goede procedure') dan inhoudelijke. De wetgever moet zich realiseren dat wil een regeling kunnen overtuigen, de zaak na de procedure zelf nog niet is afgedaan. De

¹¹ Kristina Murphy, Tom Tyler and Amy Curtis (2009), Nurturing regulatory compliance: Is procedural justice effective when people question the legitimacy of the law? *Regulation and Governance* 3, p. 1-26.

wetgever dient inhoudelijke nazorg te plegen. Die zou er god aan doen uit te leggen aan de rechtsgenoten, uitvoerders en handhavers welk probleem de regeling probeert te bezweren en waarom. En dat niet één keer in een toelichting of zo, maar met enige regelmaat ook na de vaststelling. Je kunt daarvoor bijvoorbeeld websites van de regering gebruiken, zoals dat nu wel eens gebeurt. Maar je moet het dan wel goed doen. Lees deze bijvoorbeeld eens:

Ministerie van Economische Zaken

Wijziging Waarborgwet (palladium) (31578) 1 augustus 2007 | webpagina

Goedkeuring van de op 9 januari 2001 te Genève tot stand gekomen wijzigingen van het op 15 november 1972 te Wenen tot stand gekomen Verdrag inzake het onderzoek en de stempeling van edelmetalen werken, met bijlagen (Trb. 2004, 192 en Trb. 2005, 156), alsmede wijziging van de Waarborgwet 1986 om het waarborgen van het edelmetaal palladium mogelijk te maken

Met dit wetsvoorstel wordt mede namens de minister van Buitenlandse Zaken de goedkeuring voorgesteld van de op 9 januari 2001 te Genève tot stand gekomen wijzigingen van het op 15 november 1972 te Wenen tot stand gekomen Verdrag inzake het onderzoek en de stempeling van edelmetalen werken, met bijlagen (Trb. 2004, 192 en Trb. 2005, 156) (hierna: de «verdragswijziging»).

Goedkeuring van de verdragswijziging brengt met zich mee dat Nederlandse wetgeving aan het verdrag moet worden aangepast. Daarom bevat het wetsvoorstel ook enige wijzigingen van de Waarborgwet 1986. De wijzigingen in de bijlagen bij het verdrag hebben niet tot gevolg dat Nederlandse wetgeving aanpassing behoeft.
(...)

De verdragswijziging ziet met name op het onder de verdrags sfeer brengen van het edelmetaal palladium. De voorgestelde wijzigingen van de Waarborgwet 1986 hebben betrekking op de nodige aanpassingen van de wet aan de verdragswijziging.’

Geen normaal mens, natuurlijk, die weet waarover dit gaat. Zelfs als je weet wat palladium is.

De websites van de departementen staan vol met dit soort ondoordringelijke ‘incrowd’ boodschappen over aangenomen of aanstaande wetgeving.¹² Dat kan

¹² Meestal onder het, tegenwoordig geüniformeerde, kopje ‘wetgevingskalender’.

toch beter. Wat je bijvoorbeeld zou kunnen doen – en dat gebeurt hier en daar al – is dat je voor wetgevingscomplexen, zoals inkomstenbelastingwetgeving, Arbowedgeving, etc., wetgevingswiki's inricht die niet alleen de regelingen zelf bevatten, maar ook uitleg geven over doel, strekking en systeem van de regel en wellicht nog het een en ander over de totstandkomingsgeschiedenis. Inhoudelijke publieksvoorlichting over een wetgevingscomplex. Dat soort voorlichtingswiki's onderhoudt je natuurlijk met enige regelmaat (discussies, jurisprudentie, etc.), wellicht wil je zelfs wat commentaar toelaten. Het lijkt – en is – zo verschrikkelijk simpel, draagt bewezen bij aan het draagvlak, maar het is er nog niet.

Het onderzoek van *Murphy, Tyler en Curtis* laat, volgens mij, ook goed zien waarom het rookverbod in de horeca in Nederland, in tegenstellingen tot verboden in sommige eveneens rookminnende buitenlandse landen, zoveel problemen ondervindt. Dat rookverbod is, als we het in termen van *Murphy, Tyler en Curtis* vatten, een schoolvoorbeeld van een hoge interne, procedurele legitimiteit, gekoppeld aan lage (externe) inhoudelijke legitimiteit. Vooral onder kleine horecaondernemers zonder personeel – een groep die toch al betrekkelijk ver af staat van actoren in het wetgevingsproces – kent de regeling weinig inhoudelijke legitimiteit. Dat heeft vooral ook te maken met de inhoudelijke motivering van de regeling: die beoogt niet-rokers te beschermen tegen onvrijwillig meeroken, maar geeft eigenlijk – in de kern – geen inhoudelijk argument waarom daarom ondernemers zonder personeel er ook aan moeten voldoen. Ook de betrekkelijk goede inhoudelijke uitleg van het rookverbod op de website van VWS geeft daarvoor geen argument.

'De horeca, sport- en kunst/cultuursector is sinds 1 juli 2008 rookvrij. Werknemers in deze sectoren hebben vanaf 1 juli dezelfde bescherming als andere werknemers. De maatregel geldt voor alle horecagelegenheden, ook voor horecazaken zonder personeel.'

Kruis dit met het beeld van de regelzuchtige wetgever die naar eigen bekentenis nogal eens te veel doet, en zelfs tegenstrijdige regels in de wereld zet, dan is dat geen recept dat vanzelf gaat bijdragen aan langdurige, vrijwillige naleving van het horeca-rookverbod.

Wat moeten we daar nou allemaal mee? De wetgever en de beelden die door wetgeving worden opgeroepen? Eerst en vooral denk ik dat de wetgever zich moet realiseren dat het beeld van de werkelijkheid dat deze zelf heeft, niet noodzakelijk het uiteindelijke beeld van de regeling hoeft te zijn. Beeldvorming speelt een rol en daar hebben niet alleen ministers en kamerleden in het publieke debat mee te maken, dat raakt ook wetgeving. Maar hoe houdt je daar nu rekening met de dynamiek beeldvorming. Hoe doe je dat?

Ik permitteer me, langs de duim, zeven tips:

1. Door te begrijpen dat beeldvorming bestaat, en dat het een rol speelt;
2. Door te begrijpen dat het beeld dat de wetgever van een probleem heeft, vaak een intern perspectief reflecteert, dat niet als vanzelf gedeeld wordt door anderen die op grotere afstand van dat proces staan;
3. Door aandacht te besteden aan gedeelde en betwiste probleempercepties vooraleer tot regelgeving wordt besloten en – als er verschil van inzicht is – die verschillende percepties ook te documenteren en te behandelen (dit om tunnelvisie te voorkomen);
4. Door te begrijpen dat procedurele legitimiteit maar gedeeltelijk bijdraagt aan draagvlak en vrijwillige naleving van regels;
5. Door te zien er een wereld is te winnen door – na de vaststelling van een regeling – werk te maken van het duidelijk communiceren van motief, doel en beoogde werking van een regeling, de argumenten te geven die tot vaststelling hebben geleid, en de manier waarop die regeling tot stand is gebracht;
6. Door te snappen dat beelden die je zelf in het leven hebt geroepen (lastenveroorzakende regeltjes, tegenstrijdige regelgeving, nationale koppen) middenlange termijngevolgen kunnen hebben voor het gezag van regels en de regelgever (zeker als de zelf opgeroepen beelden niet geschraagd worden door de feiten);
7. Door actief uitleg te geven in geval er vragen rijzen over regelgeving, of misverstanden over blijken te bestaan.

Beste Verenigingsgenoten,

Ik spreek u vandaag een laatste keer als voorzitter toe: het waren mooie jaren voor een mooie vereniging. Die vereniging staat er, voor zover ik kan overzien, goed bij. Ik laat u in de bekwame handen van een nieuw bestuur. Het was een werkelijke vreugde met het uitgaande dagelijkse bestuur en algemeen bestuur te werken. Veel dank in het bijzonder aan Marjolein, Olaf en Leontine. Er gloort een geweldige toekomst voor onze vereniging die ik nu – volgens de methode van de geïnverteerde perceptie – vanaf de andere kant van de tafel zal blijven volgen. Dank voor uw vertrouwen en de prettige samenwerking.

Forumdiscussie

Reactie op het preadvies van Kuijer door Michiel van Emmerik

Van Emmerik

Ik kan het op weinig vlakken oneens zijn met het preadvies. In stelling 2 van Kuijer staan mooie oplossingen voor de versterking van de implementatie van het EVRM-acquis in het wetgevingsproces.

U wijst onder meer op de door Barkhuysen en mij bepleite optuiging van de Interdepartementale Commissie voor Europees recht (ICER) tot een ICER-mensenrechten. Deze ICER nieuwe stijl zou dan op structurele wijze procedures voor en uitspraken van het EHRM, ook tegen andere lidstaten, kunnen monitoren. Zij zou kunnen worden samengesteld uit deskundige ambtenaren van de diverse (vak)departementen, die de implicaties van (toekomstige) EHRM-uitspraken voor hun wetgeving en beleidsterrein kunnen duiden.

U stelt echter dat verdere versterking van de implementatie van het EVRM-acquis in het wetgevingsproces niet moet worden gezocht in de creatie van nieuwe institutionele mechanismen (zoals een ICER-Mensenrechten), maar in versterking van educatie, kennismanagement en de juridische functie van beleids- en uitvoeringsinstanties. Met dat laatste ben ik het hardgrondig eens, en daarvoor pleitten wij ook eerder. Uw argumenten tegen bijv. het optuigen van de ICER overtuigen allerminst. Waarom kiest u niet voor een én- én benadering?

U stelt dat de meerwaarde van een ICER-mensenrechten slechts zou zitten in het 'optuigen van een volledig interdepartementale werkgroep'. Vrijwel alle zaken die tegen Nederland aanhangig zijn voor het EHRM - zo schrijft u - hebben betrekking op het terrein van het ministerie van Justitie (vreemdelingenrecht en strafrecht) en zijn daarmee niet of nauwelijks relevant voor andere vakdepartementen. U stelt vervolgens dat er in de Straatsburgse jurisprudentie tegen andere landen incidenteel ook uitspraken te vinden zijn die wél relevant kunnen zijn voor een ander vakdepartement.

Dat laatste vraag ik me ten eerste af. Naar mijn idee zijn er vele terreinen waarop het EVRM mogelijk ook voor andere vakdepartementen een rol kan spelen. Ik denk onder andere aan sociale zekerheid (art. 1 EP en 14 EVRM, nu 12e Protocol), ruimtelijke ordening en milieurecht (1 EP en 8, 6 en 13 EVRM), wonen (huurrecht en schotelantennes, 1 EP, 10 EVRM), landbouw (aanpak nertsenfokkers). De zaak Colas est (huisrecht ondernemingen) heeft ook laten zien welke problemen kunnen ontstaan. Juist om mogelijke implicaties te ontwaren moet je deskundige ambtenaren van andere ministeries er vroegtijdig bij betrekken. Dat kan van de ene kant vanzelfsprekend via kennisoverdracht en informele contacten. Anderzijds is er juist veel voor te zeggen dit op meer structurele wijze te doen. Mijn idee is dan ook dat Straatsburgse jurisprudentie (inclusief ontvankelijkheidsbeslissingen) tegen

andere landen veel vaker en niet slechts incidenteel van invloed kunnen zijn op in voorbereiding zijnde Nederlandse wetgeving. Mogelijk bent u in dit verband toch iets te zeer gekleurd door uw 'Justitie-bril'!

Met de andere stellingen van Kuijer ben ik het geheel eens.

Kuijer

Voor zover het voorstel van Van Emmerik betrekking heeft op het monitoren van nog aanhangige zaken tegen andere landen bestaan praktische bezwaren zoals ik deze uitvoerig heb beschreven in de schriftelijke versie van mijn preadvies. Deze zaken zijn vaak niet bekend bij de Nederlandse regering. Er zijn voorstellen om dit laatste te verbeteren, maar voorlopig is het zo dat aanhangige zaken tegen andere landen niet kunnen worden gemonitord. Verder ben ik het eens met Van Emmerik dat structurele informatie-uitwisseling tussen ministeries wenselijk is. Wij verschillen echter van mening over de wijze waarop dit het beste gestalte kan krijgen. Persoonlijk ben ik geen voorstander van de institutionalisering van een ambtelijke werkgroep. Mijn voorkeur gaat uit naar het opzetten van een goed onderhouden website 'kenniscentrum mensenrechten' waar actuele uitspraken van het EHRM te vinden zijn en bouwstenen voor Memories van Toelichting. Overigens moet worden bedacht dat ook nu reeds interdepartementale overlegstructuren bestaan waar relevante ontwikkelingen in de EHRM-jurisprudentie gedeeld kunnen worden (zoals het 'IDO Raad van Europa'). Ten slotte verdient het mijns inziens aanbeveling om de eerste ervaringen met het NIRM af te wachten voordat we een nieuwe ICER-Mensenrechten institutionaliseren.

Discussie en vragen uit de zaal

Pedroli

Het sterke punt van de ICER is dat een aantal ambtenaren iedere uitspraak van het Hof van Justitie van de EG checken en met een korte toelichting doorsturen naar ambtenaren op wiens terrein de uitspraak ligt. Die kunnen er dan mee aan de slag. Dit zou ook heel goed kunnen werken bij uitspraken van het EHRM.

Van Emmerik

Structureel overleg is belangrijk. Naar aanleiding van de Securitel-affaire is de ICER opgericht. Wellicht is er nog zo'n affaire nodig met het Straatsburgse Hof. Het is van belang om gebruik te maken van de specifieke deskundigheid op vakdepartementen.

Kortes

Verwacht Kuijer dat de impact van het EVRM verandert als het toetsingsverbod wordt afgeschaft?

Kuijer

Dat zal niet zo'n vaart lopen, want er moet een enorme achterstand worden ingelopen. Het EHRM doet ongeveer 32.000 uitspraken per jaar. Deze jurisprudentie bevat een gedetailleerde interpretatie van bepaalde mensenrechten. Afgezien van specifieke punten waar de Grondwet meer bescherming biedt dan het EVRM, zal het afschaffen van het toetsingsverbod niet op korte termijn tot een andere verhouding tussen het EVRM en de Grondwet leiden.

Reactie op het preadvies van Verhey door Jit Peters

Peters

Mijn complimenten voor het preadvies. Het voorbeeld van de Mosquito is zeer aansprekend. Het schetst wel een somber beeld over de toetsing aan de Grondwet. Het constitutionele besef bij de wetgever, de Tweede Kamer en de Minister van Binnenlandse Zaken is kennelijk niet zo groot. Dit terwijl het kabinet vindt dat rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet niet nodig is. Ik ben het eens met Verhey dat de Tweede Kamer en de Eerste Kamer onvoldoende toetsen aan de Grondwet. Wel aan het EVRM, maar niet aan de Grondwet. Dit maakt de Grondwet een verwaarloosd document, dat een marginale rol speelt. Een oplossing hiervoor is toetsing aan de Grondwet mogelijk maken. Zodra de wetgever weet dat een wet achteraf wordt getoetst aan de Grondwet, wordt de wetgever scherper en de Grondwet minder marginaal.

Op één punt ben ik het oneens met Verhey. Volgens Verhey zou de rechter alleen mogen toetsen op willekeur. Als de wetgever beter motiveert waarom het noodzakelijk is een grondwettelijk recht te beperken, zou de rechter een stapje terug moeten doen. Van willekeur zal echter niet snel sprake zijn.

Rechters moeten hun vonnissen motiveren, een goede motivatie is de enige legitimatiebron van de rechter. Voor de wetgever ligt dit anders. De legitimatie van de wetgever ligt in het proces en niet in de motivering van een wetsvoorstel. Bovendien: waar vind je de motivering van een wetsvoorstel? In de Memorie van Toelichting? Die wordt door enkele ambtenaren opgesteld en door maar weinig ministers en kamerleden gelezen. Is dat de wil van de wetgever? De rechter kan shoppen in de parlementaire stukken tot hij vindt wat hij wil vinden. Het is gevaarlijk om het van de parlementaire geschiedenis van een wet te laten afhangen in hoeverre de rechter toetst aan de Grondwet. Aan de andere kant ben ik het eens met Verhey dat de rechter wel aandacht aan de redenering van de wetgever moet besteden.

Hoe ver moet de rechter gaan in het toetsen? De rechter moet uiteraard respect hebben voor de wetgever. De Amerikaanse rechtstheoreticus Ely vindt dat voor een activistische rol van de rechter uitsluitend plaats is in tweesoort gevallen. In de eerste plaats wanneer grondrechten in het geding zijn die het democratisch proces beogen te versterken. Men moet hierbij denken aan de grondrechten van de vrijheid van meningsuiting, van vereniging en het stemrecht. In de tweede plaats

moet de rechter een actieve rol spelen bij het beschermen van zogenaamde 'insular' minderheden die het per definitie niet moeten hebben van het democratisch proces. Men kan hierbij denken aan homoseksuelen, vreemdelingen en gevangenen. Zou dat niet een beter gefundeerde rol van de rechter opleveren dan die zeer marginale rol die Verhey bepleit?

Verhey

Peters is het met mij eens dat de rechter aandacht moet besteden aan de wil van de wetgever. Het is heel goed mogelijk om tijdens de departementale voorbereiding van een wetsvoorstel aandacht te besteden aan de vraag of een inperking van een grondrecht noodzakelijk is. De wetgever moet een goed verhaal hebben of een bepaalde inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving. De bescherming van minderheden is een onderdeel van deze afweging.

Ik ben er wel huiverig voor dat de rechter teveel kijkt naar het individuele geval. De wetgever kan niet aan elk individueel geval recht doen. Daarom is de kwaliteit van de redenering van de wetgever van groot belang. Als de wetgever aan de belangen van een bepaalde groepering voorbij is gegaan, moet de rechter ingrijpen. De benadering van Peters staat niet op gespannen voet met die van mij.

Peters

De wetgever bestaat niet. Ambtenaren spelen een rol en de minister en de verschillende fracties in de Tweede Kamer. Maar dé wetgever bestaat niet en is een fictie en daarmee is de wil van de wetgever ook slechts een fictie.

Verhey

Dat is te makkelijk. Natuurlijk spelen er verschillende actoren een rol in het wetgevingsproces. We werken nu eenmaal met ficties. Ook al is dat gebrekkig, er is geen alternatief. De rechter bestaat ook niet.

Discussie en vragen uit de zaal

Jasiak

Als het toetsingsverbod zou worden opgeheven en inhoudelijke criteria voor inperkingen van grondrechten aan de Grondwet zouden worden toegevoegd, zou de Grondwet dan een meerwaarde hebben ten opzichte van het EVRM? De bescherming van mensenrechten is onafhankelijk van de traditie en cultuur van een land, dus dat kan de meerwaarde van de Grondwet niet zijn.

Verhey

Daar ben ik het niet mee eens. De bescherming van grondrechten is niet onafhankelijk van wat we hier in Nederland belangrijk vinden. De Grondwet heeft

eigen accenten, met name op de rol van de formele wetgever. Bovendien gaat de Grondwet op een paar punten verder dan het EVRM.

Beetstra

Een jaar geleden hield ik een verhaal over de Mosquito voor een groep HBO'ers. De helft van deze groep hoorde het geluid van de Mosquito niet. Het is dus maar de vraag hoe effectief de Mosquito is.

Stel dat artikel 11 van de Grondwet niet aan de orde zou zijn en dat artikel 2 van het 4^e protocol bij het EVRM van toepassing is. Een wet in formele zin is dan niet nodig. Wel is toetsing door de rechter mogelijk. Houdt de Mosquito dan stand?

Verhey

Als een internationaal verdrag van toepassing is, dan is een wet in formele zin als grondslag voor de inbreuk niet nodig. De regering gaat er echter vanuit dat artikel 11 van de Grondwet wel aan de orde is. Het is mogelijk om artikel 11 van de Grondwet restrictief uit te leggen en te zeggen dat het artikel niet van toepassing is, maar dat heeft de regering niet gedaan.

Of de Mosquito stand zou houden, kan ik niet beoordelen. Dat hangt af van de kwaliteit van de argumentatie.

Janse de Jonge

In de Eerste Kamer is er wel degelijk aandacht voor de Grondwet. Kijk bijvoorbeeld maar in de verslagen van de Eerste Kamer met betrekking tot de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (30 844) of het Initiatiefvoorstel-Vermeij, Koopmans en Neppéus Wet bestuurlijke lus Awb (31 352). In beide verslagen komt de Grondwet aan de orde.

Het Initiatiefvoorstel-Halsema constitutionele toetsing door de rechter (28 331) is in eerste lezing aangenomen door de Eerste Kamer. Dit betekent dat constitutionele toetsing na de volgende Tweede Kamer verkiezingen op de agenda komt van het volgende kabinet. Bij constitutionele toetsing is van belang dat de wetgever die iets weggeeft, dat niet zomaar weer terug kan krijgen. Daarom zou in de Grondwet heel nauw moeten worden omschreven wat de grenzen zijn van de constitutionele toetsing. In het voorstel van Halsema is er sprake van diffuse toetsing. Er is ook wat voor te zeggen om één constitutioneel hof de toetsing aan de Grondwet te laten doen. In elk geval staat vast dat het geen dood onderwerp is en dat een volgend kabinet er weer mee te maken zal krijgen.

De voorzitter luidt een korte pauze in.

Pedroli

Ik wil graag nog even terugkomen op de discussie omtrent de Mosquito. In de Mosquito-casus was er geen wetgeving aan de orde. De Mosquito kan dus niet

worden aangehaald als voorbeeld dat de wetgever onvoldoende toetst aan de Grondwet. Behalve als gesteld wordt dat de wetgever de plicht heeft om niet alleen wetten, maar ook iedere uitvoeringsmaatregel aan de Grondwet te toetsen. Het is echter maar de vraag of de wetgever hier het meest geschikte orgaan voor is.

De regering is terughoudend en heeft besloten geen regelgeving over de Mosquito op te stellen. Dat wil niet zeggen dat gemeenten de Mosquito niet mogen gebruiken. Het past in het Nederlandse staatsbestel dat het Rijk de gemeenten niet voor de voeten loopt en de gemeenten hun eigen verantwoordelijkheid laat. Verder is het aan de rechter om te beoordelen of er in een concreet geval strijd is met de Grondwet.

Verhey

De Tweede Kamer vraagt om een standpunt over de Mosquito. In een groot aantal gemeenten wordt de Mosquito gebruikt. Is dat in strijd met de Grondwet? De regering geeft geen antwoord. Het primaat voor het toetsen aan de Grondwet ligt bij de wetgever en is dus een taak van de regering. De regering verzaakt zijn taak in dit geval!

Heida

De regering kan niet alles overzien en kan zich niet overal mee bemoeien. De regering heeft een vernietigingsrecht over besluiten van de gemeente of laat de rechter aan het woord. Er is in het hele land nog geen zaak voor de rechter geweest. Is er dan echt zoveel commotie over? De Tweede Kamer heeft de regering niet om een standpunt gevraagd, die motie is verworpen.

Verhey

Die motie is onterecht door de Tweede Kamer verworpen! Dit is een maatschappelijk vraagstuk dat in veel gemeenten speelt. De regering moet daar een antwoord op hebben.

Reactie op het preadvies van Senden door Wim Voermans

Voermans

Prachtig preadvies! Ik duik direct in de materie. Je stelt voor een specifieke wetgevingsprocedure toe te passen bij het implementeren van wetgeving. Besselink e.a. hebben verschillende modaliteiten hiervoor bekeken. De conclusie was dat het omzetten van richtlijnen toch binnen de normale kaders moet plaatsvinden. Hier waren ook goede argumenten voor.

Verder ben je kritisch over de Aanwijzingen voor de regelgeving. In de Aanwijzingen voor de regelgeving staan inderdaad kris kras op allerlei verschillende plekken aanwijzingen over notificatie. Dit is niet heel overzichtelijk als je in de Aanwijzingen snel alles over notificatie wil vinden. Gelukkig hebben we het

Handboek Wetgeving in Europa en ook het Draaiboek voor de wetgeving, waarin wel makkelijk informatie over notificatie in te vinden is. Notificatie is een onderdeel van het proces, daarom gaat het Draaiboek voor de wetgeving hier uitvoeriger op in dan de Aanwijzingen. Er zou best een keer een slag over al deze documenten mogen gaan om er een integraal afwegingskader van te maken.

Hoofdstuk 5 van het preadvies gaat onder andere over de herziening van het Protocol inzake subsidiariteit en proportionaliteit en het nieuwe Protocol inzake de rol van de nationale parlementen. Volgens het preadvies leiden deze protocollen tot een zekere morele verplichting voor de Tweede Kamer om zich meer dan tot op heden het geval is iets gelegen te laten liggen aan het Europese besluit- en wetgevingsproces. Ik neem waar dat het juist de andere kant op gaat en dat de Tweede Kamer zich steeds minder bemoeit met Europese besluitvorming. De oranje-kaart procedure zie ik niet werken. Een soort petitie bij de Europese Commissie, dat is toch een wassen neus! In juni vorig jaar is het kleine beetje behandelingsvoorbehoud dat de Tweede Kamer had, verdwenen. Dit is door de vaste kamercommissie Europese Zaken het raam uitgegooid, die vond het niet nodig. Europese dossiers worden in de Tweede Kamer gezien als verliesdossiers. De Commissie Toetsing Subsidiariteit leidt een kwijnend leven.

Senden

Juridisch heeft de oranje-kaart procedure inderdaad weinig om het lijf. Maar daar gaat het niet om. Ik hoop dat het op de lange termijn zorgt voor europeanisering van het debat in de Tweede Kamer. De Tweede Kamer kan zich door de oranje-kaart procedure niet meer verschuilen achter “er was iets in de pijplijn in de EU, maar daar wisten wij niets van”. De procedure zorgt voor een verplichte stroom van informatie van de Europese Commissie naar de nationale parlementen. De Tweede Kamer heeft dus al vroeg in het proces de mogelijkheid om haar mening kenbaar te maken. De burger zou kritischer naar de Tweede Kamer moeten kijken en van de Tweede Kamer moeten eisen dat die zich iets gelegen laten liggen aan het appel van Europa.

Met betrekking tot de andere wetgevingsprocedure voor implementatie van richtlijnen: dat bedoel ik in een andere zin dan Besselink. De wetgevingsprocedure zou nader moeten worden onderzocht vanuit het brede perspectief van de eisen zoals die uit het Europese recht voortvloeien. De huidige wetgevingsprocedure wringt hier namelijk mee. De Raad van State heeft ook al opgemerkt dat de Haagse besluitvormingsprocedure niet goed ‘matcht’ met het Europese proces.

Discussie en vragen uit de zaal

Vos

Is het preadvies ook een oproep om nieuwe aanwijzingen te maken vanuit het perspectief van Europa? Is dat niet iets voor de Vereniging voor wetgeving om over

na te denken? De Aanwijzingen stammen uit de tijd dat de EU minder belangrijk was voor Nederlandse wetgeving dan op dit moment.

Senden

Die oproep zit inderdaad in mijn preadvies. Een Handboek Wetgeving in Europa is nuttig. Maar er zou ook nader bekeken moeten worden in hoeverre de Aanwijzingen zelf nog wel goed matchen met de eisen die vanuit de EU worden gesteld. De Aanwijzingen moeten daar zo adequaat mogelijk op ingericht zijn.

Kortes

Bij de directie wetgeving van Economische Zaken heeft de tijdige implementatie van richtlijnen een hoge prioriteit. Economische Zaken gaat hier heel serieus mee om. We hebben ook al eens geprobeerd om iets nieuws te proberen met de wetgevingsprocedure. Er is een wetsvoorstel ingediend waarin het mogelijk werd gemaakt om richtlijnen bij algemene maatregel van bestuur te implementeren. Dit was een veel te ingewikkeld wetsvoorstel en is door het nieuwe kabinet snel ingetrokken.⁴⁸⁵ Daarna heeft Economische Zaken nog een poging gedaan met betrekking tot aanbestedingsregelgeving. Dat is voor ongeveer 80 % implementatie. Het wetsvoorstel 30 501

(Aanbestedingswet) zou een grondslag bieden om richtlijnen, verordeningen en verdragen met betrekking tot het aanbesteden van (overheids)opdrachten te implementeren bij algemene maatregel van bestuur. De algemene maatregelen van bestuur zouden netjes worden voorgehangen, zodat de Eerste en Tweede Kamer meteen konden protesteren als ze het er niet mee eens waren. Iedereen weet hoe slecht dat wetgevingstraject is afgelopen.⁴⁸⁶ De conclusie is getrokken dat er voor tijdige implementatie moet worden gezorgd doordat het management er aandacht aan besteedt en door de voortgang van de procedure stevig te monitoren.

Senden

Er zit verbetering in de implementatie, Nederland is steeds vaker op tijd met implementeren. Dit is een algemeen beeld dat naar voren komt uit het rapport van de Visitatiecommissie wetgeving. Maar tegelijkertijd komt hieruit naar voren dat er nog steeds problemen zijn.

Kortes

Het probleem is dat de implementatietermijn van een richtlijn dwingt tot een kunstmatige hoge prioriteit, terwijl het onderwerp volgens de minister en de Tweede Kamer die hoge prioriteit niet verdient.

Senden

⁴⁸⁵ Wetsvoorstel totstandkoming en implementatie EG-besluiten op het terrein van de energie, post en telecommunicatie (29 474).

⁴⁸⁶ De Eerste Kamer heeft het wetsvoorstel op 8 juli 2008 verworpen.

De Aanwijzingen zouden met een Europees vizier moeten worden bekeken en dienovereenkomstig gewijzigd. Op deze manier moet worden voorkomen dat termijnen niet worden gehaald, omdat de Tweede Kamer ergens geen prioriteit aan geeft.

Voermans

De Tweede Kamer is niet gebonden aan de Aanwijzingen. Bovendien bemoeilijkt de Motie Jurgens⁴⁸⁷ het implementeren van richtlijnen bij algemene maatregel van bestuur. De nationale procedures moeten nu eenmaal worden toegepast. Bij de implementatie van richtlijnen is de race al gelopen, daarom is er geen prioriteit voor in de Tweede Kamer.

Kortes

Om de Richtlijn Energie-efficiëntie⁴⁸⁸ te implementeren heeft Economische Zaken twee wetsvoorstellen ingediend. Één wetsvoorstel betreft alleen de technische implementatie van de richtlijn.⁴⁸⁹ Het andere wetsvoorstel implementeert de richtlijn ook, maar bevat daarnaast een stevige nationale kop.⁴⁹⁰ De gedachte was, dat als het tweede wetsvoorstel het niet zou redden, de richtlijn toch tijdig kan worden geïmplementeerd door het eerste wetsvoorstel. Hierin werd puur en alleen de richtlijn technisch geïmplementeerd en er is dus geen reden om het aan te houden of te verwerpen. Dit goede idee is ook geflopt. De Eerste Kamer heeft beide wetsvoorstellen aangehouden in afwachting van een novelle.

⁴⁸⁷ Gewijzigde motie-Jurgens (PvdA) c.s. inzake het niet meer gebruiken van de machtiging aan lagere wetgevers om regels te stellen, ook als deze afwijken van de wet, dan wel als deze in de plaats worden gesteld van bestaande wetteksten (Kamerstukken I 2006/07, 26 200 VI, nr. D).

⁴⁸⁸ Richtlijn nr. 2006/32/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 5 april 2006 betreffende energie-efficiëntie bij het eindgebruik en energiediensten en houdende intrekking van Richtlijn 93/76/EEG van de Raad (PbEU L 114).

⁴⁸⁹ Regels omtrent energie-efficiëntie (Wet implementatie EG-richtlijnen energie-efficiëntie) (31 320).

⁴⁹⁰ Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter verbetering van de werking van de elektriciteits- en gasmarkt (31 374).

Lijst met preadviezen

Jaar	Titel	Preadviseurs
1992	Delegatie van wetgevende bevoegdheid	mr. R.G. Mazel prof. dr. W.J. Witteveen
1993	Stimulerende wetgeving	dr. P.J. Klok mr. drs. P.A. Koppen prof. mr. H-J. de Ru
1994	Uitvoeringsgericht ontwerpen van regelgeving	prof. dr. M. Herweijer mr. M.G.M. Oosschot
1995	De wet, instrument en waarborg?	mr. F. Plate mr. dr. J.A. Smit
1996	Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften	mr. H.G. Lubberdink
1997	Wetgever en gecoördineerde besluitvorming	mr. J.H.G. van den Broek mr. J. Struiksma
1998	Wetsvoorstellen in uitvoering	prof. mr. Willem Konijnenbelt ir. J.T. Schokker
1999	De Europese regelgever en de decentrale overheden	prof. dr. B. Hessel dr. R. Lefeber
2000	Overgangsrecht	prof. mr. F.H. van der Burg mr. A. Weggeman
2001	De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen	prof. mr. H.R.B.M. Kummeling mr. drs. A. Bestebreur
2002	Certificatie: kansen en risico's	mr. R.A.J. van Gestel dr. J. van Erp en drs. S. Verberk mr. drs. Th.J. van Laar mr. H.J.H.L. Kortés
2003	Parlement en kwaliteit van wetgeving	prof. mr. P.P.T. Bovend'Eert prof. dr. U. Rosenthal
2004	De betekenis van de Europese Conventie voor de wetgevingspraktijk	mr. M. Jorna prof. dr. W.J.M. Voermans

WETGEVER EN CONSTITUTIE

2005	Wetgeving en ICT-toepassingen	prof. dr. A. Zuurmond, A. Strop, R. Schürmann en S. Rust mr. M.M. Groothuis
2006	Het wetsvoorstel OM-afdoening	prof. mr. G.T.J.M. Jurgens prof. mr. J.L. de Wijkerslooth
2007	Bruikbare wetgeving	prof. dr. P. Populier prof. dr. P.H. Eijlander
2008	De wetgevingsadvisering door de Raad van State	mr. T.C. Borman prof.mr. T. Barkhuysen prof.mr. R.A.J. van Gestel
2009	Effectenanalyse in Europees en nationaal verband	mr. L.J. Vester mr.dr. A.C.M. Meuwese