

UIT DE WETGEVINGSPRAKTIJK

Politici als hoeders van het recht

Een blik vanuit de Eerste Kamer op de vervulling van zijn juridische functie*

H. Doornhof

1. Inleiding

In de discussie over de wenselijkheid van vormgeving van constitutionele toetsing kan de rol van de Eerste Kamer niet onderbelicht blijven. Hij wordt immers nogal eens gezien als het juridisch geweten binnen ons parlementair stelsel. Als de Senaat dat echt zou waarmaken, zou de urgentie van constitutionele toetsing door de rechter vanzelf bij voorbaat wat kleiner zijn. Maar hoe staat het er nu echt voor met de vervulling van de juridische functie van de Eerste Kamer? In deze bijdrage geef ik daar aan de hand van enkele (wetgevings)dossiers antwoord op, gebruikmakend van ruim vier jaar eigen ervaring als lid van dat instituut. Omdat het beeld niet alleen positief is, wordt – na een korte beschouwing over constitutionele toetsing door de rechter – een aantal mogelijkheden naar voren gebracht om de vervulling van de rechtmatigheidsfunctie van de Eerste Kamer te verbeteren.

2. Het politieke primaat van de Tweede Kamer en rechtmatigheidstoetsing door de Eerste Kamer

De Eerste Kamer heeft – afgezien van de rechten van initiatief en amendement – dezelfde bevoegdheden als de Tweede Kamer. En hoewel het uiteraard de bedoeling is dat ook de Tweede Kamer erop let dat geen gebrekkige wetgeving wordt aangenomen, wordt gezegd dat binnen de Senaat vooral de toets op wetgevingskwaliteit een belangrijke rol speelt.¹ De drieslag rechtmatigheid, handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid is daarbij de kern van de toetsingscriteria gaan vormen.² Daarmee heeft de Senaat onder meer een rechtmatigheidsfunctie: hij heeft de verantwoordelijkheid om te waarborgen dat wetten voldoen aan de Grondwet (Gw) en internationaal recht.

Dat neemt niet weg dat de Eerste Kamer uiteindelijk een politiek orgaan is. De leden worden nou eenmaal gekozen via lijsten van politieke partijen en het staat hun

* De auteur is dank verschuldigd aan collega-senator Peter Schalk voor het meedenken over deze bijdrage en griffier prof. mr. Remco Nehmelman voor het verstrekken van feitelijke informatie.

1 Verslag van de Tijdelijke Commissie Werkwijze Eerste Kamer, *Kamerstukken I* 2016/17, CXXIV, A, p. 14.

2 J.A. Bruijn, 'Mensenwerk door en vooral vóór mensen', 4 juli 2022, essay te raadplegen via www.staten-generaal.nl/9370000/1/j9vkvfvj6b325az/vlujcgdl2lj, p. 3.

vrij wetsvoorstellen te beoordelen in het licht van partijbeginselen en -standpunten. De – eenvoudig gestelde – vraag is vervolgens of dit bij een individueel wetsvoorstel ertoe mag leiden dat het doel en (daarmee) de politieke wenselijkheid door de Senaat opnieuw worden beoordeeld, of dat (toch) alleen de kwaliteit van het voorstel mag worden getoetst. In dit verband is van belang dat onder senatoren toch wel het besef moet bestaan dat hun democratische legitimatie vanwege de getrapte verkiezing uiteindelijk zwakker is dan die van Tweede Kamerleden. De Tweede Kamer wordt in artikel 51, eerste lid, Gw ook als eerste genoemd. Een en ander zou ertoe moeten leiden dat de Senaat een politiek primaat van ‘de overkant’ heeft te erkennen.

Het hiervoor gestelde zou enerzijds moeten betekenen dat de Eerste Kamer op politiek terrein terughoudend is en zijn bestaan rechtvaardigt door te zorgen voor een echte meerwaarde in het wetgevingsproces met een toets op kwaliteit. Maar of een wetsvoorstel wordt geblokkeerd vanwege een negatieve uitkomst van die toets, zal uiteindelijk toch weer af moeten hangen van de maatschappelijke – en politieke – doelen die met dat voorstel juist worden gediend. Uiteindelijk zal een eventueel rechtmatigheidsgebrek (dus) altijd moeten worden afgewogen tegen die afbreuk die het niet-aanvaarden doet aan de politieke wenselijkheid van een wet. De vraag is nu of die weging niet te vaak in het nadeel van het recht uitpakt.

3. De deugdelijkheid van de juridische toets zelf

Voordat bij een stemming over een wetsvoorstel de balans kan worden opgemaakt, dient – als daartoe genoeg aanleiding is – überhaupt eerst een deugdelijke kwaliteitstoets te worden gedaan. Daarom is het van belang erbij stil te staan of Eerste Kamerleden in het algemeen wel altijd geëquipeerd zijn om de kwaliteit van wetgeving te beoordelen. Zijn ze bijvoorbeeld in staat om het advies van de Raad van State op waarde te schatten, ook waar het de juridische houdbaarheid van een wetsvoorstel betreft? Dan gaat het uiteindelijk om de vraag of binnen de Senaat voldoende bewustzijn en kennis van het recht voorhanden zijn. Dat valt niet zomaar bevestigend te beantwoorden.

3.1 Voorbeeld: *Wet toekomst pensioenen*

Als alleen gekeken wordt naar de recente behandeling van het voorstel *Wet toekomst pensioenen* (Wtp), dan zou – in elk geval bij de vorige samenstelling van de Kamer – wel enige geruststelling kunnen bestaan. In het debat werd door collega-senator Kox (SP) namelijk zeer nadrukkelijk de vraag opgeworpen of het voorstel geen constitutioneel gebrek had. Hij wees in dit verband op artikel 63 Gw, waaruit volgt dat een wetsvoorstel over geldelijke voorzieningen ten behoeve van leden en gewezen leden van de Staten-Generaal alleen kan worden aangenomen met ten minste twee derde van het aantal uitgebrachte stemmen. In dit verband is van belang dat de Wtp ook een wijziging van de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers (Appa) behelst.³ Volgens de Minister voor Armoedebeleid, Participa-

3 *Kamerstukken I 2022/23*, nr. 32, item 3 (Verslag).

H. Doornhof

tie en Pensioenen, Schouten, zouden evenwel geen veranderingen in de geldelijke voorzieningen van Kamerleden worden aangebracht. De Appa zou alleen wetstechnisch worden aangepast door te verwijzen naar fiscale bepalingen zoals die luiden op de dag voor inwerkingtreding van de Wtp. Deze wijziging is ook beoordeeld door de Afdeling advisering van de Raad van State. De minister heeft erop gewezen dat de Raad van State op dit punt ook geen opmerkingen heeft gemaakt in zijn advies.⁴

Op verzoek van Kox alsmede collega-senatoren Janssen (SP) en Van Rooijen (50PLUS) mengden vervolgens de hoogleraren Bovend'Eert, Sillen en Voermans zich in de discussie en schreven dat de Grondwet 'niet het onderscheid [kent] tussen een technische en een niet-technische aanpassing'. In de daaropvolgende derde termijn in het debat lichtte de minister toe dat met de Wtp in de Wet op de loonbelasting 1964 de definitie van de pensioenrichtleeftijd per 1 juli 2023 vervalt. Zij vervolgde: 'Gedurende de transitietermijn tot 1 januari 2027 blijft de definitie in de Wet op de loonbelasting 1964 nog wel gelden op grond van het overgangsrecht. Met deze technische aanpassing in artikel XII, onder de delen A en H, wordt in de APPA geborgd dat de pensioenrichtleeftijd die nu geldt voor politieke ambtsdragers, van toepassing blijft.' Ook wees de minister erop dat er voorbeelden zijn waaruit blijkt dat wetstechnische aanpassingen in de Appa ook volgens de Staten-Generaal niet tot de eis van tweederdemeerderheid hebben geleid.⁵ Uiteindelijk is door de Kamer gestemd over het ordevoorstel om vast te stellen dat een volstreekte meerderheid voldoende is. Dat voorstel is met 47 tegen 26 aanvaard.⁶

Hoewel de senatoren het hiermee dus niet eens zijn geworden over de uitkomst van de juridische discussie, was de kwaliteit ervan – met hulp van de Raad van State en hooggeleerde meedenkers – (dus) toereikend. Wel dient zich de vraag aan of er geen politieke prikkels waren om een bepaald juridisch standpunt in te nemen. Zo kan het niet helemaal toevallig zijn dat senatoren van wie partijgenoten in de Tweede Kamer tegen hadden gestemd, het stelligst het vermeende rechtmatigheidsgebrek naar voren brachten. Andersom geldt hetzelfde. Misschien moet de conclusie wel gewoon zijn dat politieke overwegingen nooit volledig te scheiden zijn van (juridische) kwaliteitsoordelen.⁷

3.2 Voorbeeld: *Wet handhaving kraakverbod*

Bij de behandeling van het initiatiefvoorstel van de toenmalige Tweede Kamerleden Koerhuis (VVD) en Van Toorenburg (CDA) om de rechter-commissaris de bevoegdheid te geven om binnen 72 uur een machtiging te verlenen aan de officier van justitie om een kraakpand te laten ontruimen, werd de vraag opgeworpen of het voorstel wel voldeed aan artikel 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) – het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel – nu het huisrecht (art. 8 EVRM) in het geding is.

4 *Kamerstukken I 2022/23*, 36067, X.

5 *Kamerstukken I 2022/23*, nr. 34, item 3 (Verslag).

6 *Kamerstukken I 2022/23*, nr. 34, item 9 (Verslag).

7 Vgl. G.J.A. Geertjes, 'De Nederlandse constitutie en de Eerste Kamer. Ontwikkelingen, uitgangspunten en perspectieven', *RegelMaat* 2021 (37), afl. 4, p. 277.

Daarbij kon de indruk nog wat meer bestaan dat het juridische vraagteken werd ingegeven door de politieke weerstand tegen het voorstel. Zo stelde collega-senator Veldhoen (GroenLinks) mij de vraag hoe ‘waarborgen van openbaarheid, rechtsbijstand en het feit dat een verdachte – want een kraker is inmiddels in het strafproces getrokken – aanwezig kan zijn’ geborgd zijn in de procedure. Daarop kon ik namens het CDA eenvoudig antwoorden dat we helemaal niet praten over een veroordeling van een verdachte:

‘Nee, wij praten over de vraag of het is toegestaan dat een pand dat gekraakt wordt, wordt ontruimd. Daarvoor is vanwege artikel 8 van het EVRM die gerechtelijke tussenkomst nodig. Dus ik zou dan toch tegen mevrouw Veldhoen willen zeggen dat ze ook moet kijken naar wat er gevraagd wordt. Ik hoef haar niet uit te leggen dat rc’s weleens veel zwaardere beslissingen nemen, want die sluiten mensen gewoon op voor maanden.’⁸

Daar komt bij dat ook de Raad van State al had geadviseerd dat de termijn van 72 uur op zichzelf niet onredelijk is⁹ en nu uit de praktijk en jurisprudentie ook (nog) niet iets anders blijkt. Al met al zou hier nog wat sterker de indruk kunnen bestaan dat – juist vanwege Veldhoens juridische kennis – het bezwaar van haar fractie was ingegeven door politieke weerstand en de kwaliteit van de argumentatie daarom achterbleef.

3.3 Voorbeeld: actualisering van het Reglement van Orde

In sommige gevallen staat wat mij betreft gewoon vast dat senatoren zich te weinig bewust zijn van het belang van de Grondwet en de kennis daarover. Illustratief is de behandeling dit voorjaar van het voorstel van de Tijdelijke commissie actualisering Reglement van Orde. Daarin is niet zonder meer de mogelijkheid opgenomen om via de digitale weg in het quorum te voorzien. In dit verband is er nogal overtuigend op gewezen dat uit de eerdere voorlichting van de Raad van State kan worden afgeleid dat op digitale wijze een presentielijst tekenen van buiten het Kamergebouw volgens de Afdeling advisering – gelet op artikel 67, eerste lid, Gw – alleen mogelijk is onder bijzondere omstandigheden, zoals de uitbraak van corona.¹⁰ In haar verslag moedigt de commissie nog wel (verder) overleg tussen de Tweede en Eerste Kamer over een digitaal quorum aan: ‘Dit kan tot een dynamische interpretatie van artikel 67, eerste lid, leiden, maar eventueel ook tot een voorstel tot grondwetwijziging, waarbij de bijzondere waarborgen van artikel 137 Grondwet gelden (twee lezingen, verkiezingen voor de Tweede Kamer, tweederdemeerderheid in tweede lezing).’¹¹

Collega-senator Vos (PvdA) was van mening dat artikel 67 Gw ruimte biedt voor de mogelijkheid van een digitaal quorum vanwege de verschillen tussen beide Kamers: ‘niet alleen het parttimeaspect van onze Kamer, maar ook het feit dat wij

8 *Kamerstukken I 2020/21*, nr. 31, item 3 (Verslag).

9 *Kamerstukken II 2020/21*, 35296, nr. 4, p. 9.

10 *Kamerstukken I 2020/21*, CXXXIX, E (herdruk).

11 *Kamerstukken I 2022/23*, CLVI, A, p. 51.

H. Doornhof

geen amendementen kunnen indienen'. Volgens collega Dittrich (D66) gaat de Eerste Kamer bovendien zelf over de vraag wanneer zich een bijzondere omstandigheid voordoet: 'Als wij als Kamer in meerderheid beslissen dat de maandagavond zo'n bijzondere omstandigheid is, dan handelen wij ook binnen de context van de Grondwet.'¹² Vervolgens is op initiatief van Vos een motie aanvaard waarin de Huishoudelijke Commissie – thans: het College van Voorzitter en Ondervoorzitters – wordt verzocht een voorstel te doen om een digitaal quorum mogelijk te maken voor vergaderdagen die bij uitzondering op een niet-reguliere vergaderdag worden gehouden en bovendien bij het Presidium van de Tweede Kamer na te gaan of dit eveneens van mening is dat een dergelijk digitaal quorum past binnen de interpretatie van artikel 67, eerste lid, Gw.¹³ Op de vraag van Dittrich hoe het verder zou gaan bij een patstelling tussen Eerste en Tweede Kamer, antwoordde Vos dat ook in de coronacrisis over een dergelijke situatie is gedebatteerd, en ze denkt dat daar op een hele redelijke en vriendelijke manier uit wordt gekomen, 'ook met de Tweede Kamer'.

Dit alles deed me denken aan een tegeltjeswijsheid: 'Men maakt regels voor anderen en uitzonderingen voor zichzelf!'¹⁴ Met echte getrouwheid aan de Grondwet was er in elk geval een probleem.

4. De zwaarwegende politieke opportuniteit

Als we zouden uitgaan van een *an sich* (wel) degelijke uitvoering van een juridische toets, dient zich als gezegd de vraag aan hoe zwaar de eventuele negatieve uitkomst daarvan weegt ten opzichte van het politieke primaat van de Tweede Kamer. In dit verband is van belang dat de Eerste Kamer de laatste jaren (nog) veel politiever is geworden. Ondanks het verzet daartegen, zoals van toenmalig fractiegenoot Atsma – '[d]èr wol ik net oan meiwurkje'¹⁵ –, wordt meer vanuit machtsdenken gehandeld dan zuiver vanuit kwaliteit van wetgeving. In dit verband merkt Geertjes op dat het onwaarschijnlijk is dat regeringswetsvoorstellen zo vaak zonder meer de kwaliteitstoets van rechtmatigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid kunnen doorstaan: 'Als het er dus echt op aankomt, dan zullen politieke overwegingen voor de Eerste Kamer zwaarder wegen dan overwegingen van wetgevingskwaliteit.'¹⁶

Ook de Eerste Kamerwerkgroep zelfevaluatie naar aanleiding van de toeslagenaffaire heeft op grond van haar rapportages geconcludeerd dat de Eerste Kamer 'vaak uiteindelijk politieke afwegingen zwaar laat meewegen bij een voor- of tegenstem bij een wetsvoorstel, waarbij dan voorbij wordt gegaan aan technische bezwaren'.¹⁷ Een en ander heeft onder meer collega-senator Schalk (SGP) onderstreept tijdens het debat over het rapport van de staatscommissie-Remkes: '[D]e praktijk leert dat partijpolitiek en/of het regeerakkoord af en toe prevaleren boven de rechtsstatelij-

12 *Kamerstukken I 2022/23*, nr. 29, item 8 (Verslag).

13 *Kamerstukken I 2022/23*, CLVI, M.

14 Zie onder meer de wand van de heren-wc's van Café-Biljart G. Veer te Nijkerk.

15 'Eerste Kamer lijkt te veel op de Tweede Kamer', *Leeuwarder Courant* 25 februari 2023.

16 Geertjes 2021, p. 281.

17 *Kamerstukken I 2021/22*, CXLVIII, A, p. 8.

ke eisen om de Grondwet hoog te houden. Ik kan zomaar enkele voorbeelden noemen waar, alle waarschuwingen van de Raad van State ten spijt, de Grondwet aan de kant werd geschoven.’

4.1 Voorbeeld: Wet samen sterker door vereenvoudiging samenwerkingsschool

Een voorbeeld dat Schalk wellicht had willen noemen (en overigens van vóór mijn Kamerlidmaatschap is), was de behandeling van het voorstel van de Wet samen sterker door vereenvoudiging samenwerkingsschool. Daarmee wilde de toenmalige regering de mogelijkheden verruimen om een samenwerkingsschool – een fusieschool waarin zowel openbaar als bijzonder onderwijs wordt aangeboden – tot stand te brengen en de bestuurlijke vormgeving ervan te vereenvoudigen. Daarmee werd tegemoetgekomen aan de maatschappelijke behoefte aan samenwerkingsscholen in dunbevolkte gebieden met dalende leerlingenaantallen. Voorgesteld werd onder meer om het criterium voor de vorming van een samenwerkingsschool in het primair onderwijs te stellen op zestig leerlingen boven de opheffingsnorm. Echter, artikel 23 Gw gaat uit van een dual stelsel van twee te onderscheiden vormen van onderwijs: openbaar en bijzonder onderwijs. Het tot stand komen van een samenwerkingsschool is alleen in uitzonderingssituaties mogelijk, namelijk alleen als gevolg van fusie van twee of meer bestaande scholen, en bovendien is een samenwerkingsschool alleen mogelijk wanneer een school met opheffing wordt bedreigd.¹⁸ Met het voorgestelde continuïteitscriterium werd volgens de Raad van State daarom het grondwettelijke uitgangspunt dat een samenwerkingsschool alleen mogelijk is indien daardoor de continuïteit van het openbaar of het bijzonder onderwijs gehandhaafd kan blijven, verlaten en er zou in feite een stelselwijziging plaatsvinden die in strijd is met de Grondwet.¹⁹

De regering bracht hier onder meer haar inschatting tegen in dat de komende jaren pakweg een tiental samenwerkingsscholen per jaar zou worden gevormd en getalsmatig de samenwerkingsschool daarmee naar verwachting een uitzondering zou blijven. In het debat kon de toenmalig Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, Dekker, daar een belangrijk deel van de Eerste Kamer niet mee overtuigen. Dat gold in elk geval niet voor de ‘eigen’ VVD-fractie. Senator Bruijn – thans voorzitter van de Eerste Kamer – stelde voorop dat het om de vraag ging wat als een reguliere variant kan worden gekwalificeerd: ‘Waar ligt dan die grens? In de huidige situatie kan 17% van de scholen het doen (...) Wat zou je redelijkerwijs kunnen verwachten als je het verruimt naar 30% en je dat extrapoleert? Dan kom je ergens tussen de 10% en 15% uit (...) Dan is dat toch geheel binnen hetgeen de Grondwet schrijft, namelijk nog steeds niet een reguliere variant?’ Onder meer de PvdA-fractie had een vergelijkbare uitleg.

Vaststaat dat de Grondwet hier niet openlijk – om de woorden van Schalk te gebruiken – aan de kant is geschoven. Integendeel, er is juist uitgebreid gediscussieerd over de vraag of het voorstel met de Grondwet al dan niet in overeenstemming is. Daarom staat ook niet vast dat politieke overwegingen de doorslag hebben gegeven bij het uiteindelijk aanvaarden van het wetsvoorstel. Bovendien heb ik al ge-

¹⁸ Kamerstukken II 2002/03, 28726, nr. 5, p. 3.

¹⁹ Kamerstukken II 2015/16, 34512, nr. 4.

H. Doornhof

concludeerd dat politieke overwegingen wellicht nooit volledig te scheiden zijn van kwaliteitsoordelen. Maar voor dit voorbeeld geldt hoe dan ook dat in het toenmalige regeerakkoord ‘Bruggen slaan’ uit 2012 is opgenomen dat in krimpgebieden alle vormen van samenwerking mogelijk moeten zijn: ‘Denominatie noch fusietoets mag daarbij in de weg staan.’²⁰ Vervolgens is onder meer een versoepeling aangekondigd van de destijds geldende wetgeving voor de samenwerkingsschool.²¹ In dit licht dringt zich vervolgens de vraag op of de juridische argumentatie van de regering en de haar steunende senatoren zodanig sterk is, dat die het vermoeden de kop kan indrukken dat politieke en maatschappelijke belangen de achterliggende redenen zijn. In dit verband geldt dat ook senator Ganzevoort (GroenLinks) het doel van het wetsvoorstel ‘buitengewoon belangrijk en legitiem’ noemde, maar de uitleg niet volgde als het ging om de grondwettelijke kaders: ‘Hij [de staatssecretaris; HD] zegt: wij hebben er binnen het departement over gepraat en wij vinden dat dat wél kan.’

4.2 Voorbeeld: wetsvoorstel tot evenwichtiger verhouding tussen mannen en vrouwen in bestuur en raad van commissarissen

Een meer evident voorbeeld waarvan bij een rechtmatigheidsgebrek het uiteindelijke stemgedrag (van mijn eigen fractie) doorslaggevend werd beïnvloed door politieke overwegingen, is het wetsvoorstel dat tot doel had de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in de top van grote bedrijven evenwichtiger te maken (los van dat het daarbij niet zozeer ging om strijdigheid met de Grondwet, edoch het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)). De Raad van State had hierover opgemerkt dat een absoluut quorum in een raad van commissarissen niet binnen de criteria van het Hof van Justitie past, op grond waarvan – als afwijking van het beginsel van gelijke behandeling – positieve discriminatie volgens het EU-recht geoorloofd is.²² Naar aanleiding van vragen van de fractie van het CDA in het voorbereidend onderzoek – en de 50PLUS-fractie sloot zich hierbij aan – wees de regering er evenwel op dat de huidige tekst van artikel 157, vierde lid, VWEU inmiddels uitgaat van het verzekeren van volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in de praktijk, waar voorheen in Richtlijn 76/207/EEG alleen nog werd gesproken over het bevorderen van gelijke kansen. Bovendien werd herhaald dat artikel 4, eerste lid, van het VN-Vrouwenverdrag bepaalt dat als lidstaten tijdelijk bijzondere maatregelen treffen die zijn gericht op versnelling van feitelijke gelijkstelling van mannen en vrouwen, deze maatregelen niet worden beschouwd als discriminatie.²³

Namens het CDA heb ik de toenmalige Minister voor Rechtsbescherming, Dekker, erop gewezen dat ook na de verdragswijziging in 1999 in elk geval een Zweedse zaak (*Abrahamsson*) is gedaan, waarmee een streep werd gezet door een naar het oordeel van het Hof te onvoorwaardelijke voorrangsregeling voor vrouwen: ‘In die jurisprudentie was het Hof met het oog op die evenredigheid van oordeel – je kunt

20 ‘Bruggen slaan’, Regeerakkoord VVD-PvdA, 29 oktober 2012, p. 16-17.

21 *Kamerstukken II* 2012/13, 31293, nr. 167 en *Kamerstukken II* 2013/14, 31293, nr. 203.

22 *Kamerstukken II* 2020/21, 35628, nr. 4.

23 *Kamerstukken I* 2020/21, 35628, C.

zeggen: verdragswijziging of niet – dat het doel van een betere vertegenwoordiging van vrouwen nooit het recht op gelijke kansen voor iedereen helemaal kan vervangen.’ Toch bleef de minister erbij dat het wetsvoorstel EU-rechtelijk door de beugel kan:

‘Mijn moeder zei altijd: als je vrienden in de sloot springen, moet je niet zelf ook in de sloot springen. Maar als je ziet dat de ons omringende landen inmiddels ook de stap naar deze instrumenten hebben gemaakt en dat zij dat ook niet over een nacht ijs hebben gedaan, en dat de SER, waar hoogleraren met een derde kroonbenoemingen in zitten die juridisch zeer goed onderlegd zijn, toch tot de afweging komen dat dit zou moeten kunnen, dan sterkt ons dat in het idee dat er ruimte voor is.’²⁴

Bij de behandeling is overigens ook aandacht besteed aan de vraag of het op grond van internationaal recht wel is toegestaan dat het voorstel erop gericht is dat de man-vrouwverhouding in de raad van commissarissen van beursvennootschappen moet groeien naar ten minste een derde mannen en een derde vrouwen. Deze symmetrische benadering miskent dat vrouwen op achterstand staan wat betreft vertegenwoordiging in raden van commissarissen, maar mannen niet.

Uiteindelijk is het wetsvoorstel wel aanvaard, zij het zonder de voorstemmen van de SGP, Fractie-Nanninga, FVD, Fractie-Otten, 50PLUS, de PVV en de Christen-Unie. De CDA-fractie stemde voor vanwege de grote betekenis die doorgaans aan adviezen van de Sociaal-Economische Raad moet worden gegeven, welk orgaan had voorgesteld om zonder meer een quorum in te voeren. Gelet op de daarentegen wel bestaande juridische bezwaren, heb ik in het debat nog gerefereerd aan de woorden van oud-senator, en de hoogleraar die mij aan de Universiteit Leiden college gaf in Encyclopedie van de rechtswetenschap, Franken, dat politieke opportuniteit soms zwaarder weegt dan wetenschappelijke rationaliteit.

5. Dan maar constitutionele toetsing door de rechter?

Het enkele feit dat de Eerste Kamer hoe dan ook een politiek orgaan is, zou voor sommigen reden genoeg kunnen zijn om op voorhand de juridische functie van de Eerste Kamer ontoereikend te achten. Bovendien is gebleken dat politieke opportuniteit daadwerkelijk een belangrijke rol speelt en de deugdelijkheid van de juridische toets soms sowieso te wensen overlaat. Constitutionele toetsing door de rechter zou dan (tevens) kunnen dienen als compensatie voor de uiteindelijk enigszins gebrekkige vervulling van de juridische functie door de Senaat. Met de instelling van een constitutioneel hof zou de Eerste Kamer zelfs teniet kunnen worden gedaan, als je tenminste op de koop toe wilt nemen dat de (extra) controle op ook andere kwaliteitscriteria dan verdwijnt.

24 *Kamerstukken I 2020/21*, nr. 47, item 5 (Verslag).

H. Doornhof

Met het instellen van een constitutioneel hof²⁵ zouden rechters – anders dan nu vanwege artikel 120 Gw is toegestaan – wetten in formele zin wel mogen toetsen aan de Grondwet. Hoe dan ook zou een dergelijk nieuw hof gevolgen hebben voor de inrichting van de staat als organisatie en de daarbinnen geldende verdeling van bevoegdheden – ook zonder afschaffing van de Eerste Kamer –, terwijl je moet vrezzen voor politisering van de rechtspraak. Vanwege de onverstoobarheid die de burgerlijke rechter heeft laten zien met het Hoge Raad-arrest inzake *Urgenda*,²⁶ was het volgens de Leidse hoogleraar Bogaard overigens misschien juist wel goed geweest als een constitutioneel hof zich had gebogen over de interpretatieruimte of de spanwijdte van de positieve verplichtingen van artikel 2 en 8 EVRM.²⁷ Een herbezinning van artikel 93 en 94 Gw, op grond waarvan de (huidige) Nederlandse rechters wettelijke voorschriften zonder meer mogen toetsen aan eenieder verbindende bepalingen van verdragen, zou – zo merk ik zelf op – natuurlijk ook kunnen. Maar uitgaande van de mogelijkheid om te toetsen aan verdragen, is het een kleine stap om burgers bij elke rechter – en zonder een extra constitutioneel hof – terecht te laten kunnen voor ook de grondwettelijke toetsing van wetten door enkel artikel 120 Gw te schrappen. Het creëren van een dergelijke mogelijkheid, zij het beperkt tot de in de Grondwet genoemde vrijheidsrechten, is ook het uitgangspunt van de hoofdlijnenbrief over constitutionele toetsing van het toen nog niet demissionaire kabinet.²⁸ De Eerste Kamer zou dan in elk geval ongemoeid worden gelaten. Dat zou des te meer reden zijn om – zoals hierna gebeurt – te kijken hoe de vervulling van zijn juridische functie verbeterd kan worden, ook al zou daarnaast de rechter beter in stelling worden gebracht.

6. Mogelijkheden om de vervulling van de rechtmatigheidsfunctie van de Eerste Kamer te verbeteren

Er zijn verschillende mogelijkheden om de op rechtmatigheid toetsende rol van de Senaat naar een hoger plan te trekken. Enerzijds zouden voor de kortere termijn daar maatregelen voor kunnen worden getroffen, maar anderzijds zijn ook veranderingen in het huidig grondwettelijk stelsel nodig.

6.1 Een Commissie rechtmatigheidstoetsing

Gegeven het aandeel juristen in de Senaat, zei Schalk in het debat over het rapport van de staatscommissie-Remkes op zoek te zijn naar een manier waarop Eerste Kamerleden elkaar daarop zouden kunnen aanspreken: ‘Hoe kunnen we bewaken dat we dat grondwettelijke kader heel gemakkelijk wegschuiven op het moment dat het ons even goed uitkomt?’ Zo zou je volgens hem regelmatig in het College

25 De staatscommissie-Remkes beveelt dit aan. Zie *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans. Eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel*, Amsterdam: Boom 2018, p. 203-208.

26 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, AB 2020/24, m.nt. G.A. van der Veen en Ch.W. Backes.

27 G. Bogaard, ‘Urgenda: tijd voor een constitutioneel hof?’, AA 2020, afl. 10, p. 862-863.

28 *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 169.

van Senioren – thans: het College van fractievoorzitters – kunnen bespreken hoe wordt omgegaan met onze Grondwet, de democratie en de rechtsstaat. Een jaarlijks plenair debat kan ook. Daarnaast deed hij de suggestie om een – wellicht tijdelijke – commissie in het leven te roepen die zich over dit specifieke vraagstuk buigt. Een uitvloeisel daarvan zou een Commissie rechtmatigheidstoetsing kunnen zijn. Een dergelijke commissie zou gevraagd en ongevraagd advies kunnen geven over de kwaliteit van de juridische functie in het algemeen en over de houdbaarheid van een concreet wetsvoorstel in het bijzonder. Voor de ondersteuning van een dergelijke commissie zou – al dan niet flexibel – de capaciteit van de griffie hoe dan ook vergroot moeten worden.

6.2 *Meer juridische ondersteuning*

Ook zonder dat een nieuwe commissie wordt ingesteld, is een uitbreiding van de griffie in verband met de juridische functie op haar plaats. Dit zou het mogelijk kunnen maken dat de ambtelijke voorlichting op dit punt wordt verbeterd. Uiteraard biedt de Raad van State bij zijn advisering waar nodig dikwijls waardevolle bouwstenen waarmee de juridische houdbaarheid van wetsvoorstellen beoordeeld kan worden. Maar binnen de Eerste Kamer zelf kan ten aanzien van een concreet voorstel ook worden gewerkt met een zogenaamd fiche. Dat is een document dat wordt gebruikt om een wetsvoorstel op een gestructureerde manier te presenteren en te behandelen. Het fiche bevat een overzicht van de behandeling van het wetsvoorstel, de belangrijkste punten en achtergrondinformatie. Het stuk zou ook kunnen worden aangegrepen voor een (meer uitgebreide) juridische analyse. Daarmee zou zowel de kennis over rechtmatigheidsaspecten als het besef van het belang kunnen zijn gediend. Het risico is wel dat de griffie te sterk wordt gepolitiseerd, maar met een prudente invulling van haar (extra) taak hoeft dat zich volgens mij niet te verwezenlijken.

6.3 *Meer mr.-senatoren*

Je zou kunnen bepleiten dat het aantal juristen – thans bijna een vijfde – in de Eerste Kamer groter wordt.²⁹ Hoe je het wendt of keert, het begint bij het besef van het vereiste dat overheidshandelen legitiem moet zijn, en dat krijg je op juridische faculteiten nu eenmaal flink ingeprint. Daarenboven worden juristen vaardig gemaakt in het toetsen van feiten aan regels en het beoordelen of lagere regels zich al dan niet verdragen met hogere regels. Dat helpt ook om juridische drogredenen te herkennen. Hier bestaat een verantwoordelijkheid voor politieke partijen dus bij hun selectie van kandidaat-senatoren.

6.4 *Een voorwaardelijk terugzendrecht*

De staatscommissie-Remkes wijst terecht op het beperkte grondwettelijke instrumentarium dat de Eerste Kamer tot zijn beschikking heeft: een wetsvoorstel kan alleen worden verworpen of aangenomen. Volgens de staatscommissie maakt de eerste optie te zeer een inbreuk op het politieke primaat van de Tweede Kamer en dan blijft alleen het aannemen over. Uiteindelijk bepleit zij ook een aanvulling van

29 Vgl. F. Huijting-Mebius, 'Roep om meer juristen in senaat', *Adv.bl.* 2023, afl. 6, p. 32-34.

H. Doornhof

het instrumentarium met een voorwaardelijk terugzendrecht.³⁰ Ook de werkgroep zelfevaluatie hekelt ‘het binaire karakter van de toets: voor of tegen’. Dat brengt haar in elk geval tot de overweging om te onderzoeken of het ‘voorlopig verwerpen’ van een wetsvoorstel om technische redenen en voorafgaand aan de politieke afweging – bijvoorbeeld via een regeringstoezegging van een novelle – vaker ingezet kan worden, al plaatst zij zelf een vraagteken als het gaat om de wenselijkheid en uitvoerbaarheid van een dergelijk beperkt recht op amendement.³¹

6.5 *Veranderingen in de verkiezingswijze*

Om te bevorderen dat de focus binnen de Senaat op wetgevingskwaliteit komt te liggen zou teruggekeerd kunnen worden naar de wijze van verkiezing die tot 1983 werd gebruikt. Hierbij wordt elke drie jaar de helft van de leden van de Eerste Kamer voor zes jaar gekozen. Een hiertoe strekkend voorstel om de Grondwet te wijzigen is feitelijk al in de Kamer aanhangig.³² Met de huidige manier van verkiezen komt iedere vier jaar prominent de vraag aan de orde of de coalitiepartijen een meerderheid behalen in de Eerste Kamer. Niet alleen raakt hierdoor het provinciale aspect van de Statenverkiezingen uit zicht, maar er komt zo ook te veel nadruk te liggen op het politieke karakter van de Eerste Kamer.³³ Daarom is enthousiasme over het voorstel om dit te veranderen wel op zijn plaats. Om een en ander te versterken zou zelfs overwogen kunnen worden de Senaat niet door statenleden te laten kiezen, maar door alle Nederlandse gemeenteraadsleden. Bijkomend voordeel zou kunnen zijn dat bij het maken van wetgeving de lokale beslissingsruimte (meer dan nu) wordt gerespecteerd.³⁴

7. Conclusie

Hoewel de Eerste Kamer zich onmiskenbaar bewust is van zijn rol om te toetsen op kwaliteit van wetgeving, weegt bij de beoordeling van wetsvoorstellen de politieke opportuniteit uiteindelijk zwaar. Daarmee vervult de Senaat de juridische functie allerminst perfect. Er zijn echter verschillende manieren denkbaar om ervoor te zorgen dat de rechtmatigheidstoets door de Eerste Kamer kwalitatief en effectief beter gebeurt, ook via veranderingen in het huidig grondwettelijk stelsel. Maar uiteindelijk is en blijft hij een politiek orgaan. Ook dat kan reden zijn om te kiezen voor constitutionele toetsing door de rechter, zij het in elk geval niet door het instellen van een constitutioneel hof. Want het is hoe dan ook beter de politiek ietwat meer te juridiseren dan de rechtspraak (verder) te politiseren.

30 *Lage drempels, hoge dijken*, p. 301-307.

31 *Kamerstukken I 2021/22, CXLVIII, A*, p. 8.

32 *Kamerstukken I 2020/21, 35532, A*.

33 *Kamerstukken II 2019/20, 35532, nr. 3, p. 2*.

34 G. Boogaard, *Decentraliseren kan je leren. Constitutioneel design en binnenlands bestuur* (Recht en Praktijk nr. DR1), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 18.