

Kroniek staatsrecht, afl. 18

Dr. L.F.M. Besselink
Prof. mr. R. de Lange

januari 2002

1 Spannende tijden

Het zijn spannende tijden voor de rechtsstaat en voor het staatsrecht. Bevindt het Koninkrijk zich in oorlog? Tijdens de Algemene beschouwingen verklaarde minister-president Kok op 19 september 2001 in de Tweede Kamer dat het internationale terrorisme aan 'ons' de oorlog had verklaard. Daarmee doelde hij op de aanslagen op het World Trade Center in New York en het Pentagon in Washington, op 11 september 2001. Kok benadrukte dat dit echter niet betekent dat het Koninkrijk zich in staat van oorlog bevindt. Wel kan het zijn dat Nederland (het Koninkrijk) meedoet aan een militaire actie samen met de Verenigde Staten en anderen, als reactie op de aanslagen. Daarbij, zo stelde Kok, kan het voorkomen dat zich omstandigheden voordoen als bedoeld in artikel 100, tweede lid, van de Grondwet, die eraan in de weg staan dat de Tweede Kamer tevoren wordt ingelicht over de militaire betrokkenheid van Nederland. De opmerkingen van de minister-president bevatten een aantal opmerkelijke en interessante opvattingen omtrent de toepasselijkheid van artikel 100 Grondwet. In een aantal gevallen, met name wanneer het zou gaan om acties in NAVO verband, zou artikel 100 niet van toepassing zijn - een opvatting die niet alom gedeeld wordt.

Naast de vraag of er een toestand van oorlog in grondwettelijke zin bestaat, is minstens zo belangrijk welke consequenties de oorlogsachtige situatie heeft voor de grondrechten, waarbij vooral de privacy, de uitingsvrijheid en de vrijheid van godsdienst aandacht vragen. Aan het onderwerp Terroristische aanslagen in de Verenigde Staten is een apart kamerstuknummer gewijd (27 925). Daarin ook de brief waarin ex artikel 100 Grondwet de kamers worden ingelicht over inzet van Nederlandse militairen in Afghanistan (nr 35). Ook besteedde het Nederlands Juristenblad de nodige aandacht aan het onderwerp (NJB 2001, nr 39)

2. Grondrechten

Op 1 november 2001 is een wijziging van het Wetboek van Strafvordering tot stand gebracht, waarmee een wettelijke grondslag wordt gegeven aan een reeks maatregelen in de sfeer van opsporing en onderzoek die een beperking opleveren van de grondwettelijke en verdragsrechtelijke grondrechten (Stb 2001, 532 (K. 26 983)). Het gaat met name om mogelijkheden onderzoek te doen aan en in het lichaam van drugskoeriers, observatie van ingesloten personen, geur-sorteer methode, het afknippen, scheren of laten groeien van beharing op het hoofd. Deze raken alle aan het grondrecht op eerbiediging van de privacy en lichamelijke integriteit. Fundamenteel kwam ook het beginsel niet gedwongen te kunnen worden aan de eigen vervolging bij te dragen, het *nemo tenetur* beginsel, aan de orde.

De civiele procedure over de Wet Herstructurering Varkenshouderij (WHV),

aangespannen door de Nederlandse Vakbond Varkenshouders en een aantal individuele varkenshouders, beleefde een nieuwe etappe met een arrest van de Hoge Raad van 16 november 2001 (NJB 2001, nr. 183). Als wij goed geteld hebben is dit de zevende rechterlijke uitspraak in verband met deze wet.

Het arrest is om een aantal redenen interessant. Allereerst omdat opnieuw ingegaan wordt op de toetsing aan algemene rechtsbeginselen. De Hoge Raad volstaat niet met de overweging dat het oordeel van het hof juist is, dat artikel 120 Grondwet de rechter geen vrijheid laat de inhoud van wetten te toetsen aan algemene rechtsbeginselen. Tevens gaat de HR in op de doeleinden die wetgever met de WHV nastreeft. Het belang daarvan blijkt in het vervolg van het arrest, waar eerst de mogelijke strijd met Europees gemeenschapsrecht aan de orde komt - de HR oordeelt geen strijd aanwezig - en vervolgens de door eisers gestelde strijd met de bescherming van het eigendomsrecht in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Volgens de Hoge Raad heeft het hof op een aantal punten onjuiste maatstaven aangelegd bij het oordeel of er sprake was van een gerechtvaardigde beperking van de eigendom, onder andere door niet te onderzoeken of de bestreden maatregelen een individuele en buitensporige last meebrengen voor de betrokken varkenshouders, met name voor de individuele eisers in deze procedure. Tevens had het hof bij zijn oordeel ook rekening moeten houden met alle doelstellingen die blijkens de officiële stukken door de wetgever worden nagestreefd. Met betrekking tot de maatstaven die na verwijzing moeten worden gehanteerd overweegt de Hoge Raad dat gelet op de 'wide margin of appreciation' die hem gelet op de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens toekomt, de wetgever tot het oordeel kon komen dat de korting van varkensrechten in de WHV inderdaad diende plaats te vinden. 'Uit het vorenoverwogen volgt dat art. 1 lid 2 van het Eerste Protocol in beginsel geen grond biedt om de Whv buiten toepassing te laten ten aanzien van varkenshouders die door de bestreden maatregelen slechts getroffen zijn in mestproductierechten of varkensrechten die ingevolge de wet aan hen zijn toegekend en die zij niet op andere wijze tegen betaling hebben verworven. Na verwijzing zal evenwel nog dienen te worden onderzocht of de bestreden maatregelen van de Whv voor één of meer eisers tot cassatie sub 2 t/m 8 in verband met bijzondere, niet voor alle varkenshouders geldende, feiten en omstandigheden een 'individual and excessive burden' vormen en of de desbetreffende bepalingen van de Whv om die reden voor hen buiten toepassing moeten worden gelaten, althans zolang niet is voorzien in een adequate financiële compensatie.' Wordt vervolgd.

Op 1 november 2001 is een wijziging van het Wetboek van Strafvordering tot stand gebracht, waarmee een wettelijke grondslag wordt gegeven aan een reeks maatregelen in de sfeer van opsporing en onderzoek die een beperking opleveren van de grondwettelijke en verdragsrechtelijke grondrechten (Stb 2001, 532 (K. 26 983)). Het gaat met name om mogelijkheden onderzoek te doen aan en in het lichaam van drugskoeriers, observatie van ingesloten personen, geur-sorteer methode, het afknippen, scheren of laten groeien van beharing op het hoofd. Deze raken alle aan het grondrecht op eerbiediging van de privacy en lichamelijke integriteit. Fundamenteel kwam ook het beginsel niet gedwongen te kunnen worden aan de eigen vervolging bij te dragen, het *nemo tenetur* beginsel, aan de orde.

De godsdienstvrijheid en meer nog de verhouding kerk en staat is aan de orde in een uitvoerige en interessante notitie van de minister van Justitie over het vraagstuk van de verhouding tussen het burgerlijk en kerkelijk huwelijk (kamerstuk 28078). Alle argumenten voor en tegen opheffing van het verbod van een kerkelijk huwelijk zonder voorafgaand

burgerlijk huwelijk passeren nog 'ns de revue. Deze argumenten raken de verhouding tussen kerk en staat, de godsdienstvrijheid en het recht te huwen (artikel 12 EVRM), al is opvallend dat van kerkelijke zijde zowel argumenten voor opheffing van dit verbod als het omgekeerde naar voren zijn gebracht. Sterker, van niet-kerkelijke zijde wordt nogal 'ns naar voren gebracht dat dit verbod een inbreuk zou vormen op de godsdienstvrijheid, en wenselijk is voor een absoluut opgevatte scheiding van kerk en staat. Omgekeerd wordt van kerkelijke zijde juist het argument naar voren wordt gebracht dat het kerkelijk huwelijk burgerrechtelijk erkend zou moeten worden, zoals in een aantal andere Europese landen het geval is. Dit laatste is tevens een mogelijkheid om te ontkomen aan de problemen die men in sommige kerkelijke kringen heeft met een huwelijk dat ook gesloten kan worden tussen personen van gelijk geslacht. De redenering is dan dat een kerkgenootschap "eigen" voorwaarden kan stellen aan het huwelijk, mits die qua vorm niet vallen onder het minimum dat gesteld wordt in het burgerlijk wetboek (huwbare leeftijd, monogamie). Dit zou een actieve erkenning door de burgerlijke overheid zijn van de godsdienstvrijheid, zo wordt gesteld bijvoorbeeld door Hardenberg in NJB, afl. 2, 2002, pp. 79-81. De minister van Justitie verwerpt deze benadering, onder meer omdat dit een stelsel van statelijke erkenning van bevoegde kerkgenootschappen zou vergen.

Over registratie en erkenning van kerkgenootschappen en godsdiensten heeft de Adviesraad Internationale Vraagstukken op verzoek van de minister van Buitenlandse zaken een advies het licht doen zien (te vinden op <http://www.aiv-advies.nl/>). Daarin wordt registratie en andere vormen van erkenning niet afgewezen of ten principale verworpen, maar wel aan bepaalde voorwaarden onderworpen, zoals dat dit niet in de weg mag staan aan het recht op uitoefening van godsdienstvrijheid. De minister van buitenlandse zaken heeft het advies op alle hoofdpunten overgenomen.

3. Tijdelijke referendumwet

Op 1 januari 2002 is de Tijdelijke referendumwet in werking getreden (Stb. 2001, 388). Zij geeft tijdelijke regels inzake het raadgeven correctief referendum. Het referendum is raadgevend, omdat de wetgever (de nationale en de decentrale) gemotiveerd van het kiezersoordeel kunnen afwijken. De wet is van toepassing op de wetten en besluiten die tot 1 januari 2005 tot stand komen.

Kort samengevat is de techniek die gevolgd wordt, die van uitstel van de inwerkingtreding van een referendabele wet of besluit, waarbinnen een verzoek tot een referendum kan worden ingediend door een bij de wet bepaald aantal kiesgerechtigden. Dit verzoek moet ondersteund worden door een groter aantal kiezers voordat een referendum wordt georganiseerd. Strekt het kiezersoordeel tot afwijzing van de wet of het besluit, dan moet een nieuw voorstel worden ingediend strekkend tot intrekking van de wet of het besluit.

Intussen is ook in eerste lezing een grondwetswijziging aangenomen die strekt tot invoering van een bindend correctief referendum (Stb. 2001, 285). Het is identiek aan het eerder in tweede lezing in de Eerste Kamer gesneuveld voorstel (stb. 1998, 137), op typografie en een kleinigheid na. In het wijzigingsvoorstel wordt een referendum gehouden tussen het tijdstip van het aannemen van het voorstel door Staten-Generaal en de bekrachtiging. Wanneer het betreffende voorstel door het vereiste aantal kiezers wordt verworpen, is het van rechtswege vervallen.

Op andere aanhangige grondwetswijzigingen komen wij in de volgende kroniek terug. Tegen die tijd worden het verkiezingen en wordt duidelijk welke voorstellen het in eerste lezing halen.

4 Artikel 91, derde lid: Grondwet en Internationaal Strafhof

Begin september zond de regering in het kader van het debat over het Internationaal Strafhof een notitie naar de Eerste Kamer over artikel 91, derde lid van de Grondwet, en over de vraag of de besluiten van de vergadering van Staten zoals bedoeld in het Statuut voor het Internationaal Strafhof 'besluiten van een volkenrechtelijke organisatie' zijn zoals bedoeld in artikel 93 en 94 van de Grondwet. Kamerstuk 27 484 (R 1669), nr. 237c.

In de Eerste Kamer vond hierover op 11 september 2001 een debat plaats. De Kamercommissie voor Binnenlandse Zaken en de Hoge Colleges van Staat had naar aanleiding van de behandeling van het goedkeuringswetsvoorstel Statuut Internationaal Strafhof om een dergelijke notitie gevraagd, en een aantal vragen geformuleerd. De vragen betroffen het verschil tussen 'afwijken van de Grondwet' en 'afwijken van concrete bepalingen in de Grondwet', alsmede de status van besluiten van de vergadering van Staten die partij zijn bij het Statuut. Volgens de kamercommissie betreft het hier 'beslissingen van een volkenrechtelijke organisatie die op grond van de artikelen 92-94 Grondwet rechtstreeks rechten en verplichtingen scheppen voor Nederlandse burgers.'

In de Notitie onderstreept het kabinet nog eens het vanouds ingenomen standpunt dat met 'afwijken van de Grondwet' in artikel 91, derde lid Grondwet, bedoeld is afwijken van concrete bepalingen in de Grondwet. Dit is het standpunt dat bij verschillende gelegenheden eerder door de regering is ingenomen, en dat ook in de adviezen van de Raad van State over de kruisrakettenkwesitie, over artikel 91 lid3 zelf en over het Statuut van het Internationaal Strafhof is terug te vinden.

De regering voelt er niet voor de reikwijdte van artikel 91, derde lid Grondwet te verbreden tot afwijkingen van de geest, strekking of systematiek. De regering voert daarvoor verschillende argumenten aan, waarvan één curieus genoeg is voor een citaat: 'Bovendien zou een dergelijke verruiming van de reikwijdte van de bepaling ertoe kunnen leiden dat toepassing van artikel 91, derde lid, van de Grondwet in plaats van uitzondering regel wordt, hetgeen niet de bedoeling van de grondwetgever kan zijn geweest.' Dit suggereert wel erg stellig dat afwijken van de geest en strekking van de Grondwet schering en inslag is in Nederland. Artikel 91 derde lid is ook ter discussie geweest in de Eerste Kamer in de eerste weken van december. Senator Jurgens diende een breed gesteunde motie in over artikel 91, derde lid van de Grondwet. De minister van BZK zegde daarop toe deze kwesitie in onderzoek te (laten) nemen.

Wat betreft de besluiten van de vergadering van Staten in het kader van het Internationaal Strafhof merkt de regering op dat zij wel besluiten in de zin van artikel 93 Grondwet zijn, maar dat dat nog niet betekent dat zij ook een ieder verbindend in de zin van artikel 93 en 94 zijn. De regering koppelt daaraan de stelling dat de besluiten waar het in de vergadering van Staten vooral om draait, besluiten zijn die de interne werkwijze van het Internationaal Strafhof betreffen. 'Voor een instemmingsrecht van de Staten-Generaal bestaat dus geen reden', aldus de regering. In een motie verwierp de Eerste Kamer echter deze opvatting voor wat betreft de besluiten van de Vergadering van Staten waarbij ten behoeve van het betreffende internationaal-strafrechtelijke delict een definitie van het

begrip "agressie" moet worden gegeven, en vraagt om het bevorderen van een wijziging van de goedkeuringswet opdat er een instemmingsrecht van de kamers wordt geschapen zoals bij derde pijler besluiten van de EU het geval is. De regering liet weten de motie niet te zullen uitvoeren. Het wachten is op een initiatief van de Tweede Kamer.

5 Decentralisatie

In het kader van de voortzetting van de behandeling van het voorstel voor een Wet Toezicht Europese subsidies vond op 26 september 2001 een belangrijk kamerdebat plaats over de positie van de decentrale ('sub-nationale') overheden - die vooral ten aanzien van de structuurfondsen een grote rol spelen in het beheer van Europese subsidies - in EG-verband.

Verder trok het aftreden van burgemeester Van Maaren van Leeuwarden de aandacht. Op voor de buitenstaander enigszins onduidelijke gronden, die naar men zegt verband houden met de verhoudingen in het college van B&W, besloot de burgemeester, mevrouw Van Maaren, in oktober 2001 af te treden. Naast de gang van zaken in de gemeenteraad baarde het bericht opzien dat een afspraak bestond tussen de burgemeester en de gemeente dat er geen openheid van zaken zou worden gegeven. Staatsrechtelijk opmerkenswaardig aan deze kwestie is dat de trend zich lijkt te vestigen dat burgemeesters aftreden omdat zij onvoldoende vertrouwen van de gemeenteraad genieten. Toen burgemeester Ouwerkerk van Groningen een paar jaar geleden aftrad omdat niet alle collegepartijen hun vertrouwen in hem wilden uitspreken, was dit zeer opmerkelijk. Intussen hebben soortgelijke kwesties in Enschede, Volendam en nu Leeuwarden laten zien dat de verhoudingen tussen raad en burgemeester in beweging zijn. De wijziging van de Gemeentewet die op stapel staat, en waarbij de dualisering van het gemeentelijk bestuur vorm zal krijgen in het verlengde van de voorstellen van de commissie-Elzinga, bevestigt die ontwikkeling. Bij de formatie van colleges van b&w na de gemeenteraadsverkiezingen van maart 2002 is de bedoeling dat voor het eerst met de nieuwe regels gewerkt wordt. Ook de introductie van gemeentelijke rekenkamers zal een verandering in het gemeentelijk besturen teweeg kunnen brengen.

6 Bouwfraude

Een klein dramatisch hoogtepunt in het parlementaire jaar was het aftreden van het PvdA-kamerlid Rob van Gijzel op 27 november 2001. Van Gijzel was degene die in de weken daaraan voorafgaand een groot schandaal in de bouwwereld in de openbaarheid bracht. Prijsafspraken van aannemers van openbare werken zouden de overheid, en daarmee de belastingbetaler, op nodeloos hoge kosten hebben gejaagd. Volgens schatting van Van Gijzel ging het hierbij om honderden miljoenen gulden. Tijdens een interpellatiedebat werd een motie van PvdA en CDA aangenomen, waarin de Kamer uitsprak dat er een onderzoek moest komen. Tevens drong de Kamer er bij de Minister van Justitie op aan dat hij in de fraudezaak met betrekking tot de bouw van de Schipholtunnel de schikking die het OM met de frauderende bedrijven had getroffen, ongedaan zou maken. De Minister betoogde omstandig dat dit juridisch niet mogelijk is, maar de Kamer liet zich maar moeilijk overtuigen. In de wens om de zaak niet te laten doodbloeden, wilde Van Gijzel vervolgens de positie van de minister ten opzichte van het OM ter discussie stellen. Daarmee dreigden grote politieke consequenties, omdat het weinig waarschijnlijk was dat coalitiepartner VVD

zijn coryfee Korthals (Justitie) zomaar zou laten vallen. En Kok en Melkert (PvdA) wilden vast niet de schuld van een heuse kabinetscrisis op zich laden, zelfs niet als het gaat om een majeure kwestie als de bouwfraude. Of dit een politieke taxatiefout is zal de geschiedenis leren, feit is dat Van Gijzel bereid was tot radicaler optreden maar van zijn fractieleider niet mocht. Daaraan verbond het Kamerlid de conclusie dat hij niet langer het vertrouwen van zijn fractievoorzitter genoot, en nam afscheid van de Kamer.

Staatsrechtelijk is hier in zoverre iets bijzonders aan de hand, dat eens te meer geen sprake blijkt van een dualistische verhouding tussen Kamer en kabinet. Opmerkelijk is verder dat alle aandacht uitging naar de verhouding tussen kamerlid en fractie, waardoor de greep van de minister van Justitie op het OM buiten de discussie bleef. De kernvraag lijkt toch te moeten zijn of het OM in een politiek gevoelige kwestie geheel zelfstandig - zonder de kwestie even op te gooien naar de minister - tot een schikking over mag gaan, in plaats van de strafrechtelijke vervolging door te zetten. Daarmee hangt samen dat als bouwbedrijven strafrechtelijk veroordeeld zijn, zij van volgende overheidsopdrachten kunnen worden uitgesloten; dat is niet het geval na een schikking. Op zijn minst zou toch even gesondeerd moeten zijn wat de opinie van de minister ter zake is. Dat dit niet gebeurd is, kan men de minister aanrekenen. Maar moet de positie van het college van Procureurs-generaal niet ook in de discussie worden betrokken?

Ten tijde van het schrijven van deze kroniek lijkt het overigens waarschijnlijk dat de kwestie van de bouwfraude zal leiden tot een parlementaire enquête.

7 Literatuur

Anne Marie Bos, *Geregeld Recht*, diss. UvA, Nijmegen Aae 2001, 356 pp

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, *Beginnselen van de democratische rechtsstaat*, 4e druk Deventer 2001.

A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht. Een grondrechtelijk en rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen 2001.