

# Recht in nood

H.R.B.M. Kummeling\*

## Inhoudsopgave

1.	<b>Inleiding</b>	265
2.	<b>Terminologie: nood en noodrecht</b>	266
3.	<b>Grenzen aan noodrecht</b>	268
3.1	<i>Tijdelijkheid</i>	268
3.2	<i>Proportionaliteit en subsidiariteit</i>	269
3.3	<i>Bepaalde grondrechten blijven onaantastbaar</i>	271
3.4	<i>Spoedige betrokkenheid volksvertegenwoordiging</i>	274
4.	<b>Noodrecht in vogelvlucht</b>	275
4.1	<i>Internationaal en Europees recht</i>	276
4.2	<i>Constitutioneel noodrecht</i>	277
4.2.1	<i>'Verklarings'-noodrecht</i>	277
4.2.1.1	<i>Statuut</i>	277
4.2.1.2	<i>Grondwet en onderliggende wetgeving</i>	278
4.2.1.3	<i>Vormvrij noodrecht</i>	280
4.3	<i>Conclusies</i>	281
5.	<b>Sluipend noodrecht?</b>	282
5.1	<i>Openbare orde en veiligheid</i>	282
5.2	<i>Terrorismebestrijding</i>	284
5.3	<i>Financiële crisis</i>	287
5.4	<i>Conclusies</i>	291
6.	<b>Wijziging van de Grondwet</b>	292
7.	<b>Slotbeschouwing</b>	298
	<b>Verkort aangehaalde literatuur</b>	299

\* Henk Kummeling is hoogleraar staatsrecht en vergelijkend staatsrecht aan de Universiteit Utrecht.

## 1. Inleiding<sup>1</sup>

Noodrecht is nodig. De instituties van de democratische rechtsstaat zijn tot het opvangen en verwerken van vele problemen in staat, maar op gezette tijden blijkt dat er dusdanig onverwachte crises kunnen ontstaan dat deze met het normale, geldende recht niet kunnen worden opgelost. Met name de gebruikelijke bevoegdhedenpatronen moeten dan worden doorbroken, maar ook rechten worden ingeperkt om de zich aandienende problemen feitelijk te kunnen aanpakken. Daarbij treedt een fundamentele spanning op. Enerzijds dienen deze maatregelen erop gericht te zijn dat de feitelijke orde en de rechtsorde weer zo snel als mogelijk is normaal kan functioneren. Anderzijds wordt met gebruik van noodrecht de normale rechtsorde aangetast. Om zoveel mogelijk binnen de grenzen van de democratische rechtsstaat te opereren, en met name om het daarbinnen vigerende legaliteitsbeginsel te respecteren, is er ook in Nederland de nodige wetgeving tot stand gebracht die het optreden van overheden in tijden van nood een wettelijk basis verschaft. Aangezien men zich in het algemeen alleen maar goed kan voorbereiden op crises die al een keer hebben plaatsgevonden, en de leidende gedachte is dat ook voor de onvoorziene gevallen het recht een basis voor het overheidsoptreden dient te geven, wordt algemeen geaccepteerd dat er een regel geldt die luidt “nood breekt wet”. En aangezien deze regel niet gecodificeerd is, wordt hier gesproken van ongeschreven staatsnoodrecht.

Het grondwettelijk kader voor het huidige staatsnoodrecht stamt uit 1983. Met Brainich von Brainich Felth kan men het eens zijn dat de desbetreffende grondwettelijke bepaling (art. 103) en de daarop gebaseerde wetgeving nog erg de geest ademen van de Koude Oorlog.<sup>2</sup> Nu de spanningen van deze periode (grotendeels) zijn verdwenen, en de wereld sindsdien is geconfronteerd met crises van hele andere aard, met name terroristische dreigingen van een ongekende omvang en een diepgaande financiële crisis, is het de vraag of ons stelsel van staatsnoodrecht nog wel adequaat is. In het navolgende zal ik het beschrijven en van de nodige kritiek voorzien. Ook zal ik voorstellen doen tot modernisering van het grondwettelijk noodrecht. Deze voorstellen zijn mede ingegeven door de gedachte dat noodrecht noodzakelijk recht is, waar men niet, zoals zo vaak wordt gedacht, zo ver mogelijk uit de buurt dient te blijven. Het noodrecht kent namelijk een aantal uitgangspunten die, mits gerespecteerd, uiteindelijk zeer de beginselen van de demo-

1. De auteur dankt Matthijs Hazenkamp voor zijn hulp bij het verzamelen van het onderzoeksmateriaal en R.Nehmelman, I. Tappeiner, C.D.A. Bos, P.E. de Morree, J.W.C. van Rossem en C. Modderman voor hun commentaar op een eerdere versie van dit stuk. Deze bijdrage werd afgesloten op 20 januari 2014.
2. E.T. Brainich von Brainich Felth, *Het systeem van crisisbeheersing*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004 (hierna: Brainich 2004), p. 40 e.v.

cratische rechtsstaat te stade komen. Zo geldt noodrecht altijd slechts tijdelijk (totdat de toestand weer normaal is), dienen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit gerespecteerd te worden en dient zo spoedig als mogelijk is de volksvertegenwoordiging geraadpleegd te worden teneinde de maatregelen van de wenselijke democratische legitimiteit te voorzien. Het is opmerkelijk om te moeten constateren dat er de afgelopen jaren veel wetgeving tot stand is gebracht en maatregelen zijn genomen teneinde veiligheidsvraagstukken aan te pakken of de financiële crisis het hoofd te bieden, waarbij de hiervoor genoemde uitgangspunten niet of nauwelijks werden gerespecteerd. Daarmee wordt een sluipende uitholling van de rechtsstaat een reëel gevaar.<sup>3</sup> Om een en ander duidelijk te maken zal ik in het kort de algemene uitgangspunten van noodrecht duidelijk maken, en uiteraard ook voorbeelden geven van crisiswetgeving, waarbij m.i. een aantal van deze uitgangspunten in het gedrang is gekomen. Mijn betoog komt er uiteindelijk op neer dat er een onterechte angst is voor noodrecht. Het zou wenselijk zijn als eerst nagegaan wordt of een bepaalde crisis met noodrecht te lijf gegaan kan worden, vooraleer er toe wordt overgegaan om ingrijpende bevoegdheden permanent in wetgeving te verankeren. Maar allereerst ga ik in op een aantal begripsmatige kwesties.

## 2. Terminologie: nood en noodrecht<sup>4</sup>

Van het begrip (staats)noodrecht zijn diverse omschrijvingen in omloop. Kortmann<sup>5</sup> komt tot een drieslag:

- a. art. 103 Gw en de daarop berustende regelingen;
- b. de besluiten genomen op grondslag van de op art. 103 berustende regelingen;
- c. de besluiten die genomen zijn in geval van staatsnood, maar die niet te herleiden zijn tot een grondwettelijk voorschrift.

De beide eerste categorieën worden wel aangeduid als *objectief* staatsnoodrecht, de laatste als *subjectief* staatsnoodrecht. Dit terminologische

3. M. de Wilde, *Uit nood geboren* (oratie UvA), Amsterdam 2013, p. 19 (hierna: De Wilde 2013).
4. Bij de behandeling van dit onderwerpen kunnen we op de schouders van vele buitenlandse en binnenlandse grootheden uit de geschiedenis gaan staan, zoals C. Schmitt, (*Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 6e druk, Berlin 1993) en W.F. Prins, (*Noodstaatsrecht*, RMThemis 1956, p. 77-128, p. 305-351). Ik heb er van afgezien om diep de geschiedenis en de theorie in te gaan. Deels omdat dit elders al gebeurd is, zoals in de hierna nog te noemen proefschriften van Branich von Branich Felth en Loof, maar vooral dit voor mijn op de actuele ontwikkelingen gerichte, beperkte vraagstelling van deze bijdrage m.i. niet nodig is.
5. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, zevende druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 181 (hierna: Kortmann 2012).

onderscheid is weliswaar historisch verklaarbaar,<sup>6</sup> maar leidt m.i. niet tot een beter begrip. Het is helderder om simpelweg van geschreven en ongeschreven noodrecht te spreken.

Is het zinvol om een onderscheid te maken tussen staatsnoodrecht en ander noodrecht? Dat zou het zeker zijn als 'staatsnood' scherp juridisch te definiëren zou zijn. Dat blijkt niet het geval. Van 'staatsnood' is niet slechts sprake als de staat als zodanig wordt getroffen. Uit de op art. 103 gebaseerde wetgeving kan worden afgeleid dat noodbevoegden ook kunnen worden geactiveerd als de noodtoestand slechts een gedeelte van het land betreft. Biedt dan wellicht de grondwettelijke aanduiding dat het bij de uitzonderingstoestanden gaat om de 'uit- of inwendige veiligheid' houvast? Ook dat is niet zo. Brainich von Brainich Felth heeft al eerder uiteengezet dat deze termen oorspronkelijk te herleiden zijn tot (burger)oorlogsomstandigheden, naar oorlog (uitwendig) en oproer (inwendig). Gaandeweg is de betekenis van deze begrippen enorm opgerekt. Ook de regering is van oordeel dat alle noodwetgeving potentieel onder art. 103 Gw valt.<sup>7</sup> Dat de regering desondanks bepaalde noodwetgeving niet onder de werking van art. 103 Gw brengt, lijkt vooral ingegeven door pragmatische overwegingen.

'Veiligheid' is tegenwoordig het koepelbegrip waarachter allerlei bedreigingen schuil kunnen gaan die niet meer met het normale recht bestreden kunnen worden. Binnen dat kader worden vaak vier zogenaamde 'vitale' sectoren benoemd:

- Nationale rechtsorde: openbaar bestuur, rechtshandhaving/rechtspleging/detentie;
- Internationale rechtsorde: defensie;
- Openbare veiligheid: rampenbestrijding(sorganisatie), milieu, waterbeheer, gezondheidszorg, voedselvoorziening en voedselveiligheid, drinkwater en arbeidsomstandigheden;
- Economische veiligheid: energie (olie, gas, elektriciteit), financieel verkeer, transportinfrastructuur en transportcapaciteit, telecommunicatie.<sup>8</sup>

Deze opsomming geeft een aardig beeld van de gebieden waarop ons ellende kan overkomen, van de nood die kan ontstaan. Daarbinnen kunnen weer allerlei andere onderverdelingen worden gemaakt, zoals die tussen 'crisis' en 'rampen'. Dat heeft in operationele zin wellicht betekenis, voor het begrip van noodrecht heeft het dat niet. De kern van noodrecht is dat wordt afgeweken van het normale bevoegdhedenpatroon. Daarbij gaat het vooral

6. Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, vijftiende druk, Deventer: Kluwer 2006, p. 753 hierna: Van der Pot 2006).

7. Brainich 2004, p. 41. Voorts *Kamerstukken II* 1993/94, 23 790, nr. 3, p. 4.

8. Brainich 2004, p. 17.

om situaties waarbij bevoegdheden worden uitgeoefend door andere instanties dan in normale omstandigheden het geval zou zijn, of dat er verdergaande bevoegdheden mogen worden uitgeoefend dan in normale omstandigheden toegestaan zou zijn.

Binnen deze definitie vallen niet alleen bevoegdheden van instanties van de centrale overheid, maar ook de noodbevoegdheden van decentrale overheden, in het bijzonder de 'algemene' noodbevoegdheden van de burgemeester op basis van de artikelen 175 en 176 van de Gemeentewet.<sup>9</sup>

### 3. Grenzen aan noodrecht

Wie denkt dat met het toepassen van noodrecht meteen alle feitelijke en juridische sluitingen worden opgezet heeft het mis. Regelgeving, literatuur en jurisprudentie geven aan dat er wel degelijk ook grenzen zijn aan de toepassing van noodrecht. Deze grenzen zijn niet in alle opzichten even scherp. De vraag is verder wie deze normen zou kunnen of moeten handhaven. Het zijn kwesties die ik niet uitvoerig zal bespreken, noch tot een oplossing zal brengen. Voor het doel van dit preadvies volstaat dat ik deze grenzen aangeef en deze kort toelicht.

#### 3.1 Tijdelijkheid

Als terugkeer naar de 'normaaltoestand' het uitgangspunt blijft, dat wil zeggen dat de overheid uiteindelijk wil blijven functioneren naar de eisen van de democratische rechtsstaat, dan is het gebruik van noodrecht per definitie tijdelijk.<sup>10</sup> Hoe lang 'tijdelijk' dan duurt zal vanzelfsprekend mede afhangen van de aard en de duur van de dreiging, maar op enig moment zal een einde moeten komen aan de toepassing van het noodrecht. De Wilde beschrijft treffend dat deze notie van tijdelijkheid al aanwezig was ten tijde van de Romeinse Republiek. De dictator die werd benoemd ten tijde van oorlog of opstand, was bevoegd om alle maatregelen te nemen die noodzakelijk waren om de Republiek tegen haar vijanden te beschermen. De macht van de dictator was echter niet onbegrensd. Een van de belangrijkste grenzen was wel die van de tijdelijkheid; een dictator werd voor maximaal zes maanden aangesteld, waarna deze zich politiek en juridisch diende te verantwoorden.<sup>11</sup>

9. Er is ook nog de bijzondere noodbevoegdheid van art. 176a Gem.w., te weten de bestuurlijke ophouding in geval van nood. Daarover meer in paragraaf 5.1.
10. Zie ook J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?* (diss.), Nijmegen Wolf Legal Publishers 2005, p. 109.
11. De Wilde 2013, p. 6-7.

De grens van tijdelijkheid is in de moderne tijden nog steeds actueel. Eerder heb ik er op gewezen dat na 9/11 ook in de VS, waar de nood door de regering wel heel hoog werd opgevoerd, belangrijke noodwetgeving en dan met name de Patriot Act, werd voorzien van een zogenaamde 'sunset clause', een horizonbepaling<sup>12</sup>

Ook het internationale recht gaat uit van tijdelijkheid. In algemene zin kan zich een staat slechts voor een bepaalde periode aan internationale verplichtingen onttrekken,<sup>13</sup> en bepalingen uit mensenrechtenverdragen – waarover zo dadelijk meer – stellen hier nog specifiekere eisen aan.

Het staatsnoodrecht dat onder het huidige Nederlandse grondwettelijke stelsel toegepast kan worden, is ook onderworpen aan de notie van tijdelijkheid. Volgens Cammelbeeck is een buitengewone rechtstoestand naar zijn aard een tijdelijke (dat wil zeggen een duidelijk begin en einde hebbende) rechtstoestand.<sup>14</sup> Die tijdelijkheid blijkt duidelijk uit art. 3 van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden (hierna: Cwu). Zodra de omstandigheden het toelaten kan de noodtoestand op voordracht van de minister-president worden opgeheven (aanhef en onder b). Ook de Staten-Generaal kan in verenigde vergadering besluiten dat de noodtoestand wordt opgeheven, dan wel aan een bepaalde termijn wordt gekoppeld (aanhef en onder a).

Ook het burgemeesterlijke noodrecht werkt slechts tijdelijk. Het noodbevel ex art. 175 Gem.w is uit der aard tijdelijk; de werkingsduur is beperkt tot het moment waarop het is opgevolgd.<sup>15</sup> De bestuurlijke ophouding in geval van nood kan volgens art. 176a, eerste lid, Gem.w expliciet alleen maar tijdelijk plaatsvinden. Noodverordeningen vervallen als ze niet in de eerstvolgende raadvergadering worden bekrachtigd (art. 176, lid 3 Gem.w) en de burgemeester dient de noodverordening in te trekken als van de 'noodtoestand' als bedoeld in art. 175, eerste lid, Gem.w. geen sprake meer is.<sup>16</sup>

### 3.2 Proportionaliteit en subsidiariteit

Brainich von Brainich Felth heeft er in zijn proefschrift al op gewezen dat de toepassing van noodrecht onderworpen is aan de beginselen van pro-

12. In: E.R. Muller e.a., *Bestuur, recht en veiligheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 206.
13. G. Molier, *The State of Exception and Necessity under International law*, in: A. Ellian & G. Molier, *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, Dordrecht: Republic of Letters Publishing 2012, p. 220.
14. T.D. Cammelbeeck, *Het staatsnoodrecht herzien: het onvoorzienbare gesystematiseerd*, AA 1996 (hierna: Cammelbeeck 1996), p. 765.
15. E.T. Brainich von Brainich Felth 2006 (T&C OO&V), art. 175 Gem.w, aant. 4.
16. M.A.D.W. de Jong 2013 (T&C Gemeentewet Provinciewet) art. 176 Gem.w aant. 4-5.

portionaliteit en subsidiariteit.<sup>17</sup> Ook door de wetgever wordt dit onderkend.<sup>18</sup>

Bij de proportionaliteit gaat het om de vraag of de maatregel werkelijk noodzakelijk is met het oog op de met de maatregel te dienen doelen. Bij subsidiariteit gaat het vooral over de vraag of er niet een minder ingrijpend middel zou kunnen worden ingezet om hetzelfde doel te bereiken. Met de Lange ben ik het eens dat het hier voor een deel ook gaat om een inschatting van de risico's die door de maatregel worden afgewend.<sup>19</sup>

De eis van proportionaliteit heeft ook een zekere relatie met de voorgaande grens van tijdelijkheid. De Lange wijst er in navolging van Vande Lanotte en Haeck op dat maatregelen die onevenredig zouden zijn als ze permanent waren, door hun tijdelijkheid nog net binnen de bandbreedte van de proportionaliteit kunnen vallen.<sup>20</sup>

Of er zich een situatie van nood voordoet, en name hoe ernstig de nood is, is een vraag die zich nauwelijks leent voor een rechterlijk oordeel.<sup>21</sup> Nationale en internationale rechters zijn hier zeer terughoudend. Maar, zoals De Lange terecht aangeeft, kunnen maatregelen die in tijde van nood worden genomen "naarmate ze concreter zijn steeds meer door de rechter worden getoetst – ook op hun evenredigheid in relatie tot de ernst van de noodsituatie, en niet alleen op hun evenredigheid ten aanzien van de gemaakte belangenafweging, en de gelijkheid en verdelende rechtvaardigheid die bij de maatregel in acht worden genomen.<sup>22</sup> Deze redeneerlijn wordt in belangrijke mate bevestigd in jurisprudentie over de handhaving van de openbare orde.

De Jong heeft in haar proefschrift uitvoerig aandacht gegeven aan het belang van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit bij de toepassing van de burgemeesterlijke noodbevoegdheden. Met name over dat laatste beginsel is er nogal wat jurisprudentie. De rechter toetst met grote regelmaat – zij het met wisselende intensiteit – of de burgemeester niet met minder zware middelen, dan wel gewone middelen had kunnen volstaan.<sup>23</sup>

17. E.T. Brainich von Brainich Felth, *Staatsnoodrecht* (diss.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 81 e.v.
18. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 790, nr. 3, p. 4 (Coördinatiewet uitzonderingstoestanden) *Kamerstukken II* 2003/04 29 514, nr. 3, p. 5 (Modernisering noodwetgeving ministeries V&W en EZ)
19. R. de Lange, *Tussen gelijkheid en waarschijnlijkheid: het evenredigheidsoordeel in uitzonderingssituaties*, in: A. Nieuwenhuis/B.J. Schueler/C.M. Zoethout (red.) *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 132 (hierna: De Lange 2005a).
20. De Lange 2005a, p. 126 en J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM*, deel 2, Vo. II, Antwerpen 2005, p. 213.
21. Zie bijv. HR 14 maart 1952, NJ 1952, 195 en de in par. 3.3. te bespreken jurisprudentie van het EHRM.
22. De Lange 2005a, p. 137.
23. M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging* (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000 (hierna: De Jong 2000), paragrafen 2.2.3 en 2.3.2.

### 3.3 *Bepaalde grondrechten blijven onaantastbaar*

Zelfs in tijden van nood zijn bepaalde grondrechten voor de overheid onaantastbaar. Onze oosterburen noemen dat kort-en-krachtig ‘notstands-fest’. Zo erkent art. 15 van het EVRM dat in “time of war or other public emergency threatening the life of the nation” maatregelen kan nemen die afwijken van de bepalingen van het verdrag, maar slechts voor zover de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist en op voorwaarde dat deze niet in strijd zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht. Volgens De Lange, onder verwijzing naar Hartmann, dient hier vooral gedacht te worden aan het humanitair oorlogsrecht en het Handvest van de VN.<sup>24</sup> Op grond van lid 2 van hetzelfde artikel zijn bepaalde grondrechten onaantastbaar. Het gaat om het recht op leven, het verbod van foltering, het verbod van slavernij of dwangarbeid en het nullum crimen, nulla poena-beginsel.<sup>25</sup>

Een beroep op art. 15 EVRM is zeldzaam. De rechter laat hier vervolgens ook veel vrijheid aan de overheid om de maatregelen te nemen die zij gelet op de noodtoestand noodzakelijk acht. De rechterlijke toetsing was al terughoudend,<sup>26</sup> en is alleen maar terughoudender geworden. In een van de meest recente uitspraken over art. 15 EVRM, *A. e.a.t. VK* (2009) laat het Hof een zeer grote beoordelingsruimte aan de Britse overheid voor wat betreft de rechtmatigheid van een aantal na 11/9 genomen anti-terreurmaatregelen. Het Hof neemt als uitgangspunt dat nu de Britse rechter de toepassing van het noodrecht al had beoordeeld, het Hof slechts contrair mocht gaan aan die uitspraak “(...) if satisfied that the national court had misinterpreted or misapplied Article 15 or the Court’s jurisprudence under that Article or reached a conclusion which was manifestly unreasonable.”<sup>27</sup>

Artikel 4 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten kent een aan het EVRM grotendeels vergelijkbare constructie. Ook hier dienen de maatregelen weer proportioneel te zijn,<sup>28</sup> maar wordt er

24. R. de Lange, Noodrecht en grondrechten, NJCM-Bull., 2005, p. 537 (hierna: De Lange 2005b) en J.Hartman, Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies, Harvard International Law Journal 1981, p. 10. En ik neem aan dat hier ook gedacht moet worden aan *ius cogens*.

25. Zie voor een nadere uitwerking *Opinie no. 359/2005* van de Venice Commission, On the protection of Human Rights in Emergency Situations, CDL-AD (2006)015, i.h.b. p. 4 e.v.

26. De Lange 2005b, p. 338.

27. EHRM 19 februari 2009, appl.no. 3455/05 (a. e.a./VK), par. 174. Uitgebreider over deze uitspraak: B. van der Sloot, Langs lijnen van geleidelijkheid: een jurisprudentieanalyse van art. 15 EVRM, NJCM-bull. 2012, p. 212

28. De eis van proportionaliteit is onder EVRM wel wat strikter geformuleerd. Zie verder M. Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, Kehl: J.P. Engel Verlag 2005, p. 97 e.v.



nog aan toegevoegd dat zij geen discriminatie op grond van ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst of maatschappelijke afkomst mogen inhouden. 'Notstandsfest' zijn hier het recht op leven, het verbod op foltering, het verbod op slavernij en horigheid, het verbod op gevangeming bij wanprestatie, het nulla poena-beginsel, het persoonlijkheidsbeginsel en de vrijheid van geweten en godsdienst.<sup>29</sup>

Art. 103, tweede lid, Gw staat ogenschijnlijk een iets ruimhartiger bescherming van grondrechten in tijden van nood voor, althans deze bepaling kent een omgekeerde constructie; er mag niet worden afgeweken, behalve van een expliciet genoemde grondrechtelijke bepaling. Onder de Grondwet mag alleen worden afgeweken van de godsdienstvrijheid, (voor zover het gaat om de uitoefening buiten gebouwen), vrijheid van meningsuiting, betogingsvrijheid, huisrecht (althans voor wat betreft de procedurele waarborgen) en het briefgeheim. Dat geldt overigens ook voor de leden 1 en 3 van artikel 113 van de Grondwet, waarin is neergelegd dat de berechting van strafbare feiten is opgedragen aan de rechterlijke macht en dat vrijheidsbeneming uitsluitend door de rechterlijke macht kan worden opgelegd.

De grondwettelijke formulering van de 'notstandsfeste' grondrechten biedt dus op het eerste gezicht meer bescherming dan mensenverdragen doen. Dit is echter deels schijn. Door de formalistische beperkingssystematiek<sup>30</sup> van de Grondwet (als de beperking maar in de wet staat, of daarop kan worden gebaseerd, dan is het goed), zijn grondrechten die geheel aan de wil van de wetgever overgeleverd zijn niet 'notstandsfest'. Zo zou men bijvoorbeeld uit de tekst van art. 103, tweede lid, Gw de conclusie kunnen trekken dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in uitzonderingstoestanden niet kan worden aangetast. Niets is echter minder waar; de regering heeft bij de behandeling van art. 103 expliciet gemeld dat het art. 10 Gw niet in het tweede lid heeft opgenomen omdat ingevolge het eerste lid van artikel 10 de wetgever alle beperkingen op de persoonlijke levenssfeer kan aanbrengen die hij in tijden van nood noodzakelijk acht. Hetzelfde geldt ook voor de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (art. 11 Gw).<sup>31</sup> Nu dergelijke constructies en achterliggende redeneringen alleen voor juristen begrijpelijk zijn, vraag ik mij af de benadering van de mensenrechtenverdragen niet de voorkeur verdient. Daarbij komt dat de lijst van 'notstandsfeste' grondrechten niet helemaal spoort met die van de mensenrechtenverdragen. Zo beschermt het IVBPR zelfs in tijden van

29. Zie verder General Comment no. 29, States of Emergency (31 August 2001), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

30. Meer hierover: H.R.B.M. Kummeling, Proliferatie van proportionaliteit, in: P.P.T. Bovend'Eert/J.W.A. Fleuren/H.R.B.M. Kummeling (red.), Grensverleggend staatsrecht (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2001, p. 234.

31. Van der Pot 2006, p. 758.

nood het verbod op discriminatie. De Grondwet doet dat niet. Ook kent het VN-verdrag een ruimere bescherming van de godsdienst- en gewetensvrijheid. Gelet op de internationale verplichtingen zou men op zijn minst verwachten dat de Grondwet deze respecteert en vervolgens wellicht een meerwaarde zou kunnen hebben door het bieden van meer of meer specifieke bescherming. In paragraaf 6 kom ik daar nog op terug.

Als men naar de formulering van de eerste leden van de artikelen 175 en 176 van de Gemeentewet kijkt, dan is de conclusie gerechtvaardigd dat de grondrechten voor de burgemeester onaantastbaar zijn. Immers, er staat nadrukkelijk dat bij het gebruik van noodbevoegdheden niet mag worden afgeweken van de bepalingen van de Grondwet. Met name bij de uitoefening van de godsdienstvrijheid, de uitingsvrijheid en de demonstratievrijheid bleek dit problematisch.<sup>32</sup> Via een gekunstelde redenering heeft de regering bij de herziening van de Gemeentewet toch enig ruimte gevonden voor de burgemeester om bij de toepassing van noodbevoegdheden deze grondrechten te kunnen beperken. Daarbij was grofweg de gedachte dat bij het gebruik van noodbevoegdheden toch vooral beoogd werd doelen na te streven die ook in de beperkingsclausules van de artikelen 6 en 9 worden genoemd, in het bijzonder het voorkomen van wanordelijkheden. Van het verspreidingsrecht was al langer bekend dat het beperkt kon worden met het oog op de handhaving van de openbare orde. In geen geval zal de burgemeester echter beperkingen mogen stellen louter met het oog op de inhoud van de uitingen.<sup>33</sup> Deze door de regering geboden ontsnappingsroute is echter nogal omstreden, omdat deze niet past in de grondwettelijke beperkingsregime dat een expliciete, specifieke beperkingsgrondslag vereist.<sup>34</sup>

Wat er ook van zij, het moge duidelijk zijn dat ook als het gaat om grondrechtenuitoefening bij noodsituaties geen sprake is van een rechtsloze ruimte, van een juridisch vacuüm.<sup>35</sup> Het is ook duidelijk dat de mensenrechtenverdragen veel beoordelingsruimte laten aan de lidstaten.<sup>36</sup> Dat is ook wel begrijpelijk; als het voor de nationale rechter al moeilijk is om zicht te krijgen op de aard en de ernst van de nood, dan is dat voor de op nog grotere afstand van de feitelijke gebeurtenissen staande internationale rechterlijke instanties nog veel ingewikkelder.<sup>37</sup> Maar dat is dan tegelijker-

32. Uitvoerig De Jong 2000, p. 115 e.v.

33. De Jong 2013, T&C Gemeentewet Provinciewet, art. 175, aant. 1, onder c.

34. Burkens/Kummeling/Vermeulen/Widdershoven, Beginselen van de democratische rechtsstaat, zevende druk, Deventer 2012, p. 342.

35. Vgl. De Lange 2005b, p. 549.

36. B. van der Sloot, Langs lijnen van geleidelijkheid: een jurisprudentieanalyse van art. 15 EVRM, NJCM-Bull. 2012, p. 228.

37. J.P. Loof, On Emergency-Proof Human Rights and Emergency-Proof Human Rights Procedures, in: A. Ellian & G. Molier, *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, Dordrecht: Republic of Letters Publishing 2012, p. 172.

tijd wel een reden te meer om kritisch te kijken naar de wijze waarop in het nationale recht het noodrecht is ingericht en wordt toegepast.

### 3.4 *Spoedige betrokkenheid volksvertegenwoordiging*

We zagen het al eerder: in de tijd van de Romeinse Republiek was de betrokkenheid van de “volksvertegenwoordiging”<sup>38</sup> groot, zelfs dominant; de dictator werd aangesteld door de senaat en moest zich ten overstaan van de senaat verantwoorden voor de genomen noodmaatregelen. De geschiedenis (o.a. de republiek van Weimar) leert verder dat de meest ‘dodelijke’ combinatie voor de democratische rechtsstaat de situatie is waarin omvangrijke noodbevoegdheden van kracht worden, terwijl tegelijkertijd de macht van de volksvertegenwoordiging aanzienlijk wordt beknot, of erger nog het parlement wordt ontbonden.<sup>39</sup>

Bij de totstandkoming van het vigerende Nederlandse staatsnoodrecht is gaandeweg het besef gegroeid dat de waarborg tegen het te snel grijpen naar buitengewone bevoegdheden niet moet worden gezocht in het gedetailleerd omschrijven van de buitengewone omstandigheden waarin noodrecht kan worden toegepast, maar vooral in het hanteren van een zorgvuldige procedure waarbij er voor het parlement een belangrijke plaats is ingeruimd. De conclusie is getrokken dat het bij het in werking stellen niet zozeer gaat om “het objectief vaststellen van juridische grootheden, maar om het constateren dat concrete feitelijke gebeurtenissen niet meer met gewone middelen tegemoet getreden kunnen worden”, aldus Cammelbeek.<sup>40</sup> Het gaat hier primair om een bestuurlijk oordeel, maar wel een dat, vanwege de ingrijpende gevolgen aan controle door de volksvertegenwoordiging moet worden onderworpen. In de volgende paragraaf zal ik meer gedetailleerd beschrijven hoe de parlementaire betrokkenheid er bij staatsnoodrecht precies uitziet. Hier kan worden volstaan met de constatering dat het parlement ingevolge art 103, derde lid, Gw meteen op de hoogte moet worden gebracht van het uitroepen van een noodtoestand én dat de Staten-Generaal beslissen over het voortduren daarvan.

In weerwil van de vrij concreet aandoende omschrijving art. 175, eerste lid, Gem.w. blijkt toch ook hier dat de aanduiding van wat nu een noodsituatie is, zich lastig laat omschrijven. Ook hier gaat het veel meer om de constatering dat er bepaalde vergaande, niet reguliere maatregelen nodig

38. Vanuit het tegenwoordige perspectief op volksvertegenwoordiging was er bij de Senaat natuurlijk geen sprake van volksvertegenwoordiging. Zelfs in het insigne SPQR (Senatus Populusque Romanus: “de Senaat en het Volk van Rome”) kwam dit al tot uitdrukking. Als de Senaat al geen volksvertegenwoordiging was, dan kan het in ieder geval als een voorloper daarvan worden gekwalificeerd.

39. De Wilde 2013, p. 13.

40. Cammelbeek 2006, p. 764.

zijn om een bepaalde situatie het hoofd te kunnen bieden.<sup>41</sup> Zoals onder 3.1 reeds beschreven is ook hier een belangrijke waarborg (tegen o.a. grondrechtenschendingen) gezocht in de spoedige betrokkenheid van de gemeentelijke volksvertegenwoordiging.

In zijn algemeenheid vormt de inschakeling van de volksvertegenwoordiging het belangrijkste controlemechanisme ter voorkoming van misbruik van nood en noodmaatregelen. Loof<sup>42</sup> beschrijft de noodzaak van het bestaan van een dergelijk controlemechanisme. Onder andere moet voorkomen worden dat de autoriteiten de bevoegdheden gebruiken voor een ander doel dan waarvoor ze zijn gegeven, of dat er veel ingrijpendere maatregelen, qua inhoud of tijdsduur, worden genomen dan strikt noodzakelijk. Verder moet misbruik achteraf kunnen worden geredresseerd. Bij dat laatste komt naar mijn oordeel de rechter weer sterk in beeld, zeker waar het gaat om onrecht aangedaan aan personen, maar natuurlijk kan ook de volksvertegenwoordiging daarbij een rol vervullen.

Met dit alles wordt niet betoogd dat alle heil van de volksvertegenwoordiging moet of kan worden verwacht. Zoals ik hierna nog zal beschrijven zijn er genoeg voorbeelden te geven van gevallen waarin met name het parlement in zijn rol van beschermer van burgerlijke vrijheden en eigendom steken heeft laten vallen. Maar tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat er eigenlijk ook geen alternatieven zijn, nu de rechter in zijn algemeenheid voor tijden van nood onvoldoende geëquipeerd en gelegitimeerd is om van noodmaatregelen te beoordelen.<sup>43</sup>

#### 4. Noodrecht in vogelvlucht

##### *Inleiding*

Het zou niet zinvol zijn om hier uitgebreid het palet van noodwetgeving voor Nederland te beschrijven. Dat is elders al uitvoerig gebeurd.<sup>44</sup> Voor een goed begrip van de rest van mijn betoog is het echter wel noodzakelijk om een paar kernbronnen en kernelementen van het noodrechtelijke regelgevingscomplex te beschrijven. Een van die kernelementen van het in de

41. De Jong 2013, T&C Gemeentewet Provinciewet, art. 175, aant.1, onder b.

42. Ook J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?* Nijmegen Wolf Legal Publishers 2005, p. 109.

43. Het kiezen van de executieve, m.n. de president, zoals in de VS en Frankrijk het geval is, biedt maar beperkt soelaas. Weliswaar is deze dan zelfstandig gelegitimeerd en kan door de bevolking bij de eerstvolgende verkiezingen naar huis gestuurd worden (als deze die dan nog laat houden), maar ondertussen zit er dan geen rem om ongebreidelde bevoegdheidsuitoefening.

44. Brainich 2004. Zie ook het uitvoerige Tekst & Commentaar *Openbare Orde en Veiligheid* onder redactie van E.R. Muller, E.T. Brainich, L. Rogier en Th.A. de Roos, Deventer: Kluwer 2011.

jaren negentig van de vorige eeuw ontworpen noodrecht is wel dat er expliciet wordt verklaard dat er sprake is van een noodtoestand, waarna buitengewone bevoegdheden kunnen worden toegepast. Juist dat element lijkt in recente wetgeving te verdwijnen.

#### 4.1 *Internationaal en Europees recht*

Al eerder is geconstateerd dat de mensenrechtenverdragen vooral een aantal grenzen stellen aan de toepassing van noodrecht; ook in tijden van nood zullen bepaalde rechten dienen te worden gerespecteerd. In hoeverre dat realistisch is, is natuurlijk de vraag, maar het zijn wel verplichtingen die de partijen bij het verdrag op zich hebben genomen.

Voor wat betreft de Europese Unie ligt de zaak wat ingewikkelder. Via de excepties bij een aantal vrijheden wordt de lidstaten enige ruimte geboden om noodsituaties aan te pakken.<sup>45</sup> Ook geeft art. 346, eerste lid, onder a, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) aan lidstaten de ruimte om geen inlichtingen te verschaffen waarvan de verspreiding in strijd zou zijn met de wezenlijke belangen van hun veiligheid. En onder b van hetzelfde artikellid wordt gemeld dat de lidstaten de ruimte hebben om maatregelen te treffen voor de wezenlijke belangen van hun veiligheid en die betrekking hebben op der productie of handel in wapenen, munitie of ander oorlogsmaterieel.

Meer in zijn algemeenheid geldt dat maatregelen die een lidstaat neemt met het oog op binnenlandse veiligheid, openbare orde, oorlog, oorlogsgevaar, internationale vrede en veiligheid in beginsel de interne markt niet dienen te verstoren (art. 346, eerste lid, VWEU). Voor het geval dat wel dreigt te gebeuren voorzien de art. 347 en 348 VWEU in een overlegverplichting tussen de lidstaten. Ook de Commissie kan hier initiatieven ontplooiing, en o.a. de gang naar het Hof van Justitie maken.

Het is onmiskenbaar zo dat de Europese Unie zich in de afgelopen decennia in toenemende mate heeft gemanifesteerd op terreinen die klassiek in het domein vallen van het noodrecht, zoals veiligheid en de openbare ordehandhaving.<sup>46</sup> Daarbij kan men wel constateren dat er sprake was van een al dan niet sluipende bevoegdheidsoverdracht, maar niet dat er veel ruimte is ontstaan voor instellingen van de EU tot het toepassen van noodrecht, ingrijpen dat niet past binnen het normale bevoegdhedenpatroon. Op het terrein van de economische ordening lijkt echter, deels ingegeven door

45. Bijv. art. 52, eerste lid, VWEU inzake het recht van vestiging biedt een exceptie t.a.v. openbare orde, openbare veiligheid en de volksgezondheid. Deze gelden ook bij het vrije dienstenverkeer (art. 62 VWEU).

46. Vgl. I. Tappeiner, *Orde in de Unie* (diss.), Uitgeverij BOX Press 2009, i.h.b. p. 275-276.

de financiële crisis, wel enige verandering te zijn opgetreden.<sup>47</sup> Zo is er art. 122, eerste lid, VWEU dat bepaalt dat “de Raad op voorspraak van de Commissie in een geest van solidariteit tussen de lidstaten bij besluit de voor de economische situatie passende maatregelen vaststellen, met name als zich bij de voorziening van bepaalde producten, in het bijzonder op energiegebied, ernstige moeilijkheden voordoen”. Ook de financiële noodhulp die kan worden geboden op basis van het tweede lid van het genoemde artikel heeft noodrechtelijke trekken. Het Europees Parlement wordt in kennis gesteld van de op basis van dit artikel genomen besluiten, helaas niet onverwijld. Een echte basis voor noodbevoegdheden vormt het niet, getuige het feit dat het *European Stability Mechanism (ESM)*, is ingericht met een apart intergouvernementeel verdrag.<sup>48</sup>

Ten slotte: de beoogde regeling van het toezicht op het bankwezen is van dien aard dat weliswaar eerst de lidstaten bij interventies naar consensus dienen te steven, maar als die er op zeer korte termijn niet is, dan wordt ruimte geboden voor een eenhoofdig leiderschap dat klassiek past bij noodrecht.<sup>49</sup>

## 4.2 Constitutioneel noodrecht

### 4.2.1 ‘Verklarings’-noodrecht

#### 4.2.1.1 Statuut

Het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden is vanzelfsprekend een belangrijk constitutioneel document. Opmerkelijk is echter dat het voor het constitutionele noodrecht eigenlijk obsoleet is. Het bevat in art. 34 een verwijzing naar de staat van oorlog en de staat van beleg. Noodsituaties die wij na de modernisering van het noodrecht in 1996 niet meer kennen. Brainich von Brainich Felth constateerde al eerder dat hier sprake is van een dode letter.<sup>50</sup> Dat dit deel van het Statuut zelfs niet bij gelegenheid van 10-10-10, toen er weer wat ruimte was voor statutaire wijzingen, is aangepast, is teleurstellend, maar waarschijnlijk wel verklaarbaar, omdat de aan-

47. Maar niet bijvoorbeeld bij het omstreden Stabiliteitspakt zoals Reestman duidelijk heeft aangetoond. ‘Brussel’ kan de naleving van de begrotingsregels niet afdwingen: de lidstaten moeten het zelf doen. Zie J.H. Reestman, Constitutioneel minimalisme, het Stabiliteitsverdrag in de Nederlandse rechtsorde, Tijdschrift voor Constitutioneel Recht 2013, p. 23-24.

48. Meer over de gevolgen, de kritiek en de jurisprudentie over het ESM de publicatie van M. Diamant en M.L. van Emmerik, Het Nederlandse budgetrecht in Europees perspectief, Tijdschrift voor Constitutioneel Recht 2013, p. 101 e.v.

49. Dit alles in het kader van een op te richten Europese Bankunie, Nieuwsbericht Rijksoverheid 19 december 2013, [www.Rijksoverheid.nl/nieuws](http://www.Rijksoverheid.nl/nieuws).

50. Brainich 2004, p. 40.

dacht op andere zaken was gericht. Hoe dan ook, in dit kader is het vooral van belang om te constateren, dat het Statuut ervan uitgaat dat er eerst een verklaring zijdens de regering wordt afgegeven, vooral bevoegdheden als bedoeld in het derde lid van art. 34 Statuut. Waar mogelijk dient overleg met de regering van het betrokken land plaats te vinden. Afgeweken kan worden van bepalingen betreffende de vrijheid van drukpers, het recht van vereniging en vergadering, de onschendbaarheid van de woning en het postgeheim. Kortom, zoals hierna nog zal blijken, zowel qua kwalificatie van de noodtoestand(en) als qua bepaling van de 'notstandsfeste' grondrechten een heel andere opzet dan die van de Nederlandse Grondwet. De oproep om Statuut en Grondwet meer met elkaar in overeenstemming te brengen, ligt voor de hand.

#### 4.2.1.2 Grondwet en onderliggende wetgeving

Met de grondwetsherziening van 1983 zijn allerlei bijzondere kwalificaties van noodtoestanden uit de Grondwet verdwenen, zoals daar zijn de staat van oorlog, de staat van beleg, burgerlijke uitzonderingstoestand en oorlogsgevaar. Art. 103 spreekt alleen nog maar van 'uitzonderingstoestanden' waarvan de wet de gevolgen dient te regelen. Achter deze grondwettelijke bepaling gaat een heel conglomeraat van noodwetgeving schuil. De harde kern daarvan wordt gevormd door de Oorlogswet voor Nederland, de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag en de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden. In de lijsten die vermeld worden in de laatstgenoemde wet – waarover zo dadelijk meer – wordt verwezen naar een omvangrijk pakket aan sectorale noodwetgeving, zoals bijvoorbeeld op de terreinen van de rampenbestrijding, gezondheidszorg, milieu, media, energievoorziening, communicatie, financieel verkeer, prijzen, lonen, arbeid, sociale zekerheid etc.<sup>51</sup>

De belangrijkste wet ter uitvoering van art. 103 Gw is de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden, want daarin worden – de naam zegt het al – de uitzonderingstoestanden geregeld waaraan de Grondwet refereert.

Art. 1 Cwu geeft aan dat indien er sprake is van 'buitengewone omstandigheden' een 'algemene' of een 'beperkte' noodtoestand kan worden afgekondigd. Het begrip 'buitengewone omstandigheden' is niet nader (juridisch) gedefinieerd. Het gaat hier om een feitelijk, bestuurlijk oordeel dat de situatie niet met de normale bevoegdheden kan worden aangepakt.<sup>52</sup>

51. Wie daarover meer wilt weten verwijs ik graag naar Brainich 2004, p. 71 e.v. Voor een beschrijving van recente crises waaruit blijkt dat zelden een beroep op het klassieke staatsnoodrecht wordt gedaan E.R. Muller (red.), *Crisis in Nederland: Rampen, rellen, gijzelingen en andere crises*, Deventer: Kluwer 2011.

52. Cammelbeeck 1996, p. 767.

Bij een algemene noodtoestand kan worden afgeweken van de bepalingen van de Grondwet als bedoeld in art. 103, tweede lid. Het gaat om de bevoegdheden van de besturen van provincies, gemeenten en waterschappen. Ook kan worden afgeweken van bepaalde grondrechten. Niet allemaal, want zoals hiervoor beschreven (paragraaf 3.3.) zijn sommige grondrechten blijkbaar 'notstandsfeest'.

In geval van de afkondiging van een beperkte noodtoestand kunnen ook bevoegdhedenpatronen worden doorbroken, maar daarbij gaat het dan niet om een afwijken van de Grondwet.

De beide uitzonderingstoestanden kennen elk een afzonderlijke lijst van paragrafen of bepalingen van noodwetten die in die desbetreffende uitzonderingstoestand in werking kunnen worden gesteld. Let wel, het is niet alles of niets: niet de hele lijst met bevoegdheden wordt in de desbetreffende uitzonderingstoestand in werking gesteld. Het is nadrukkelijk de bedoeling dat er met separate inwerkingstelling maatwerk wordt geleverd. Volgens Cammelbeeck dienen slechts die buitengewone bevoegdheden beschikbaar te komen die door de concrete situatie worden vereist.<sup>53</sup>

De gedachte aan maatwerk komt ook tot uitdrukking in het feit dat de wetgever buiten de grondwettelijke uitzonderingstoestanden nog, wat men zou kunnen noemen, een 'zeer beperkte' uitzonderingstoestand, of noodtoestand heeft erkend. Met het oog op eenvoudige, relatief beperkte, een-dimensionale crises, is het bij de Invoeringswet Coördinatiewet uitzonderingstoestanden in alle noodwetgeving waarin niet wordt afgeweken van de Grondwet mogelijk gemaakt om deze afzonderlijk in werking te laten treden. Daarvoor is een uniforme procedure in al deze wetgeving neergelegd. Deze regeling komt er in de kern op neer dat indien er sprake is van 'buitengewone omstandigheden' op voordracht van de minister-president bepaalde artikelen van een noodwet bij koninklijk besluit in werking worden gesteld. Wanneer een dergelijk besluit wordt genomen, dient onverwijld een wetsvoorstel naar de Tweede Kamer te worden gestuurd omtrent het voortduren van de werking van de bedoelde bepalingen. Dit wordt de 'verlengingswet' genoemd. Wordt het wetsvoorstel door Staten-Generaal verworpen, dan worden de desbetreffende bepalingen onverwijld buiten werking gesteld.

De inwerkingtreding van de grondwettelijke uitzonderingstoestanden geschiedt ook bij koninklijk besluit op voordracht van de minister-president. Een dergelijk KB dient in het Staatsblad te worden gepubliceerd (art. 1, derde lid Cwu) en het wordt terstond medegedeeld aan de Staten-Generaal (art. 2 Cwu). Het is ook weer de Staten-Generaal als zodanig die in verenigde vergadering beslist over het voortduren van de noodtoestand (art. 103, derde lid, Gw).

53. Cammelbeeck 1996, p. 766.



Het is zeer begrijpelijk, en zelfs zeer toe te juichen, dat de wetgever heeft gekozen voor een zo flexibel mogelijk systeem van noodwetgeving, waarbij maatwerk mogelijk is, en niet verder wordt ingegrepen dan strikt noodzakelijk. Maar de grens tussen separate inwerkingstelling van noodwetten en de separate inwerkingstelling van noodwetten in het kader van een beperkte uitzonderingstoestand komt mij nogal gewrongen voor. Cammelbeeck geeft aan dat het verschil met name moet worden gezocht in de mate van complexiteit van de crisis. Dat lijkt me echter een moeilijk te hanteren criterium. Dat is in zijn algemeenheid al het geval, laat staan dat men zich daar nog in een crisis echt over kan buigen.<sup>54</sup> Vooralsnog is het de vraag of met het creëren van een beperkte noodtoestand niet onnodig juridische en psychologische drempels zijn opgeworpen voor het toepassen van noodwetgeving.<sup>55</sup> Ik kom daar later nog op terug

Los van dit alles is het van belang om te constateren dat de wetgever het moment waarop noodbevoegdheden mogen worden gebruikt expliciet procedureel heeft willen markeren; de inwerkingtreding van het noodrecht dient op een bepaalde wijze te worden afgekondigd.

#### 4.2.1.3 Vormvrij noodrecht

Bij de wetgevingsoperatie ter implementatie van art 103 Gw is getracht om zoveel mogelijk tot een harmonisatie van procedures te komen.<sup>56</sup> Dat is niet helemaal gerealiseerd. In een aantal gevallen is louter het bestuurlijk oordeel dat voldaan is aan bepaalde materiële condities al voldoende om noodrecht in werking te kunnen laten treden. Voorbeelden daarvan zijn de noodbevoegdheden van de burgemeester. Maar er zijn ook tal van noodwetten die bestreken worden door de Cwu die bepalingen bevatten die zonder voorafgaande verklaring in werking kunnen treden. Voorbeelden daarvan zijn onder andere het treffen van de noodmaatregelen ter bescherming van de bodem door gedeputeerde staten (art. 30 Wet bodembescherming), en noodmaatregelen door de commissaris van de koning bij luchtverontreiniging (art. 43 en 48 inzake de Wet inzake de luchtverontreiniging).<sup>57</sup>

Is hier ten onrechte afgezien van het invoeren van een uniforme procedure van inwerkingstelling? Brainich von Brainich Felth meent van wel. Ik ben het daarin grotendeels met hem eens. In veel gevallen werd daarbij door de regering als argumentatie gebruikt dat het om bevoegdheden ging die onmiddellijk in werking zouden moeten worden gesteld. Dat is een

54. Cammelbeeck 1996, p. 767.

55. Brainich is tot dezelfde conclusie gekomen, m.n. vanwege het gebrek aan flexibiliteit als gevolg van de procedure bij het uitroepen van de beperkte noodtoestand. Zie Brainich 2004, p. 46/47.

56. Cammelbeeck 1996, p. 766.

57. Brainich 2004, p. 45.

argument dat slechts beperkte waarde heeft. Men had daar ook kunnen kiezen voor het opnemen van een spoedvoorziening zoals wel vaker in noodwetgeving is geregeld. Een dergelijke spoedvoorziening komt er dan op neer dat de verantwoordelijke minister vooruitlopend op het KB de noodzakelijk geachte bevoegdheden meteen kan uitoefenen. De door de minister te treffen noodmaatregelen vervallen na verloop van een korte periode (week) tenzij het eerder bedoelde KB inmiddels van kracht is geworden.<sup>58</sup>

Met Brainich von Brainich Felth ben ik het ook eens dat het argument om de noodbevoegdheden van de burgemeester buiten het normale patroon te laten vallen, namelijk omdat het niet zou gaan om uitzonderingssituatie op landelijk schaal, niet erg valide is.<sup>59</sup> Ook de andere noodbevoegdheden hoeven niet steeds op landelijke schaal te worden toegepast. Daar staat tegenover dat de uitoefening van noodbevoegdheden door de burgemeester logischerwijs niet afhankelijk moet worden gemaakt van de inwerkingtreding van een KB op voordracht van de minister-president, en dat aan de ratio van de inwerkingstellingsprocedure ook al enigszins tegemoet wordt gekomen door het feit dat noodverordening niet alleen moeten worden bekendgemaakt, dat de Commissaris van de Koning zo spoedig mogelijk in kennis moet worden gesteld, en dat de raad meteen in zijn eerstvolgende vergadering die noodverordening al dan niet dient te bekrachtigen (art. 176, leden 1-3, Gem.w). Dat neemt niet weg dat hier ter markering van het feit dat gaat om een bijzondere situatie een strakkere verklaringsprocedure vastgelegd zou kunnen worden. Zo laten de beide eerste leden van art. 176 Gem.w de burgemeester wel erg veel ruimte om te bepalen wanneer en op welke wijze hij de noodverordening ter kennis brengt van de raad.

### 4.3 *Conclusies*

Als we ons beperken tot het nationale noodrecht dan moet worden geconcludeerd dat het Statuut hoognodig aan modernisering toe is; de gebruikte terminologie en de verdere inrichting van de desbetreffende bepaling sporen niet met die van de Grondwet en de daarop gebaseerde noodwetgeving.

De verandering van de noodwetgeving in de jaren negentig van de vorige eeuw beoogde een flexibel systeem te brengen waarmee in geval van nood maatwerk kan worden geleverd. Dat lijkt ook grotendeels gelukt. Op twee punten is echter commentaar mogelijk. Allereerst is het bestaan van de 'beperkte uitzonderingstoestand' kwestieus. Nu separate inwerkingtre-

58. Zie bijvoorbeeld art. 3 Rijkswet noodvoorzieningen scheepvaart. Stb. 1974, 144, laatstelijk gewijzigd op 30 september 2010, Stb. 2010, 388. Brainich von Brainich Felth heeft onderzocht waar de regeling van een dergelijke spoedvoorziening aangewezen zou kunnen zijn. Brainich 2004, p. 77.e.v.

59. Voor dit alles Brainich 2004, p. 44-48.

ding van (meerdere) bijhorende bevoegdheden ook mogelijk is zonder de zware procedure van de verklaring en de gaan naar de verenigde vergadering, is het zeer de vraag of de 'beperkte uitzonderingstoestand wel toegevoegde waarde heeft. Verder zou de flexibiliteit van het noodrecht nog verder kunnen worden bevorderd door, op de plaatsen waar dat dienstig is, een spoedvoorziening op te nemen.

## 5. Sluipend noodrecht?

### *Inleiding*

Hiervoor is het noodrecht in eigenlijke zin besproken, dat wil zeggen het recht waarmee door inwerkingtreding tijdelijk reguliere bevoegdhedenpatronen worden doorbroken en (grond)rechten worden ingeperkt. De laatste jaren hebben we echter in toenemende mate het verschijnsel kunnen waarnemen dat met een beroep op het kunnen waarborgen van de veiligheid, met name om het hoofd te bieden aan terroristische dreigingen en de financiële crisis, op permanente basis bevoegdheden werden aangepast en grondrechten werden beperkt. Nu kan men uiteraard over nut en noodzaak van deze wetgeving twisten, maar daar is het mij in deze bijdrage niet om te doen. Ik wil vooral aandacht vragen voor het feit dat bij deze, wat ik zou willen noemen 'sluipende noodwetgeving of -maatregelen' met enige regelmaat een of meerdere uitgangspunten die bij het eigenlijke noodrecht worden gehanteerd niet of nauwelijks in acht werden genomen. In het licht van eisen van de democratische rechtsstaat vraagt dit 'sluipend noodrecht' bijzondere aandacht. Hieronder bespreek ik een aantal voorbeelden. Naar volledigheid is niet gestreefd.

### 5.1 *Openbare orde en veiligheid*

Loof sprak in zijn preadvies voor de Staatsrechtconferentie 2007 al zijn bezorgdheid uit over het feit dat in de aanhangige wetgeving ten behoeve van de openbare orde en veiligheid de bescherming van grondrechten sterk onder druk kwam te staan door een toenemend beroep op ruime, algemene bevoegdheden tot grondrechtenbeperking.<sup>60</sup> Samen met De Jong heb ik hier nader onderzoek naar gedaan. We concludeerden dat de proportionaliteit en subsidiariteit van een aantal nieuwe bevoegdheden op het genoemde terrein discutabel was, en dat er maar zelden een evaluatiebepaling of

60. J.P. Loof, Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces, in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten, Preadviezen Staatsrechtconferentie 2007*, Nijmegen Wolf Legal Publishers 2008, p. 114-120.

horizonbepaling in de desbetreffende wetgeving was opgenomen.<sup>61</sup> Hierna volgt een viertal voorbeelden op het gebied van de handhaving van de openbare orde.

De mogelijkheid tot bestuurlijke ophouding werd in de Gemeentewet opgenomen (art. 154a en 176a) om een extra instrument in handen te hebben ter bestrijding van gevreesde grootschalige ordeverstoringen ter gelegenheid van Europees Kampioenschap voetbal dat in 2000 in België en Nederland werd gehouden. Deze bevoegdheid is zeker in het licht van art. 5 EVRM zeer dubieus, omdat hiermee vrijheidsbeneming mogelijk wordt gemaakt zonder dat de betreffende persoon een delict heeft gepleegd en zonder dat de intentie bestaat om de betrokkene aan de rechter voor te geleiden. In de praktijk is de bevoegdheid een hoogst enkele keer gebruikt, en dan ook nog op een verkeerde manier. Dat heeft deels te maken met de omslachtigheid van de te volgen procedure, die op zijn beurt weer wordt veroorzaakt door het feit dat de bevoegdheid in het licht van het voorgaande zeer omstreden is.<sup>62</sup>

Met de wijziging van art. 13b van de Opiumwet in 2007 heeft de burgemeester o.a. de mogelijkheid om ingeval van het aanwezig hebben of handelen in verdovende middelen woningen (preventief) te sluiten. Het artikel stelt geen nadere voorwaarden aan de uitoefening van de deze bevoegdheden, hetgeen de bepaling vooral vanwege de proportionaliteitseis van art. 8 EVRM omstreden maakt.

In 2010 werd van kracht de Wet Maatregelen Bestrijding voetbalvandalisme en Ernstige overlast.<sup>63</sup> Deze wordt meestal aangeduid als de 'Voetbalwet', maar dat is misleidend, want deze wet geeft bevoegdheden voor een veel breder terrein. Zo geeft deze wet ook buiten voetbalperikelen de burgemeester de bevoegdheid om in geval van verstoring van de openbare orde, of ernstige vrees daarvoor, personen een gebiedsverbod, een groepsverbod of een meldingsplicht op te leggen (art. 172a Gem.w). De overlast veroorzaakt door jonge kinderen, de zogenaamde 12-minners, kan nu op basis van art. 172b Gem.w worden aangepakt door burgemeesterlijke bevelen te geven aan degenen die het (ouderlijk) gezag uitoefenen over deze minderjarigen, bijv. om ervoor te zorgen dat deze kinderen zich niet op bepaalde tijden ergens bevinden, dan wel überhaupt op bepaalde plaatsen

61. 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 e.a. (red.), *De staat van wetgeving* (Kortmannbundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 83 e.v. Een deel van de navolgende beschouwingen is hieraan ontleend.

62. Vgl. R. Nehmelman 2013 (T & C Gemeente en Provinciewet), art. 154a Gem.w., aant. 1.

63. Wet van 7 juli 2010, Stb. 2010, 325.

komen. Uit een recent rapport van de Inspectie Veiligheid en Justitie blijkt dat deze bevoegdheid niet wordt toegepast, omdat gemeenten vinden dat deze maatregel erg ingrijpend is en dat er andere middelen zijn die effectiever werken. Zo stellen gemeenten "vast dat kinderen die eventueel in aanmerking zouden komen voor een 12-minnersmaatregel, vaak uit een probleemsituatie komen. Dit vergt een andere aanpak waarbij zorg- en hulpverleningstrajecten in hun ogen betere oplossingen zijn."<sup>64</sup>

Kort<sup>65</sup> wijs ik nog even op de Wet veiligheidsregio's, die eveneens in 2010 van kracht werd.<sup>66</sup> Deze veroorzaakt met name in art. 39 ook aanzienlijke bevoegdheidsverschuivingen. Zo worden daarin de noodbevoegdheden van de burgemeester in geval van een ramp of crisis van meer dan plaatselijke betekenis, of van ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, toegekend aan de voorzitter van de veiligheidsregio (de burgemeester die korpsbeheerder is van de regio). Dat geldt ook voor de bevoegdheden die de burgemeester heeft ingevolge de artikelen 5 t/m 9 van de Wet openbare manifestaties. Over nut en noodzaak van deze wet wil ik het niet hebben. Het functioneren van de wet is onlangs uitvoerig geëvalueerd.<sup>67</sup> Wel wil ik wijzen op het fenomeen dat in de kabinetsreactie op het evaluatierapport eufemistisch werd omschreven als: "De opgedane ervaringen laten zien dat er op het gebied van de inhoudelijke betrokkenheid van gemeenteraden winst te behalen valt."<sup>68</sup> Geheel verrassend is deze conclusie natuurlijk niet, nu de lokale volksvertegenwoordigingen geen rechtstreekse relatie onderhouden met de voorzitter van de veiligheidsregio. De voorzitter legt verantwoording af aan het algemeen bestuur, bestaande uit de burgemeesters van de deelnemende gemeenten, en die leggen op hun beurt weer verantwoording af over hun optreden in het algemeen bestuur aan de gemeenteraad.<sup>69</sup> Een recept voor ruis, dat natuurlijk in tijden van nood de volksvertegenwoordiging op achterstand plaatst.

## 5.2 *Terrorismebestrijding*

Met het oog op terrorismebestrijding is ook een aantal ingrijpende bevoegdheden ingevoerd, en een aantal uiteindelijk gelukkig ook niet. Om

64. Zie het Inspectierapport Wet Maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast, Toepassing in de praktijk 2012, Den Haag mei 2012, p. 8.

65. Vooral omdat dit meer het domein is van mede-adviseur Muller.

66. Wet van 11 februari 2010, Stb. 145.

67. Eindrapport van de Evaluatiecommissie Wet veiligheidsrisico's en het stelsel van Rampenbestrijding en crisisbeheersing van 18 september 2013.

68. Brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 22 november 2013, kenmerk 455450, p. 2.

69. Zie R.J.M.H. de Greef, De Veiligheidsregio's: verlengd lokaal bestuur of toch functioneel bestuur?, De Gemeentestem 2009 (7374), nr. 97, p. 449-457.

met dat laatste te beginnen: in 2005 werd een wetsvoorstel getiteld 'Regels inzake het opleggen van beperkende maatregelen aan personen met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid en inzake het weigeren of intrekken van beschikkingen met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid (Wet Bestuurlijke Maatregelen nationale veiligheid)' ingediend.<sup>70</sup> Met deze wet zou het voor de minister van Binnenlandse Zaken onder andere mogelijk worden gemaakt om een gebiedsverbod uit te vaardigen voor een persoon. Ook een verbod om zich op te houden in de buurt van een persoon behoorde tot het arsenaal van instrumenten, alsmede een meldingsplicht. Het wetsvoorstel was zwaar omstreden, niet alleen omdat de grens met strafrechtelijke maatregelen uiterst schimmig dreigde te worden, en waarborgen van het strafrecht (o.a. rechterlijke toetsing) buiten beeld verdwenen, maar ook omdat er ernstige bedenkingen waren ten aanzien van de proportionaliteit van de inzet van deze bevoegdheden.<sup>71</sup> Desalniettemin werd het wetsvoorstel door de Tweede Kamer aangenomen, maar na jaren gebungeld te hebben in de Eerste Kamer werd het uiteindelijk in 2010 ingetrokken.

Een aantal strafrechtelijke wetten ten behoeve van terrorismebestrijding is wel van kracht geworden. Het gaat daarbij in het bijzonder om de Wet terroristische misdrijven, de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven en de Wet afgeschermde getuigen, de Wet strafbaarstelling deelname en meewerken aan training voor terrorisme.<sup>72</sup>

Door de Commissaris voor de Rechten van de Mens, door VN-comités en door Nederlandse onderzoekers zijn kritische kanttekeningen geplaatst bij een aantal de mensenrechtelijke aspecten van deze wetgeving, o.a. ten aanzien van de proportionaliteit en de schending van het recht op verdediging.<sup>73</sup>

Mijn meer staatsrechtelijke blik werd in het bijzonder getrokken door het Antiterrorismebesluit van 14 december 2005.<sup>74</sup> Het gaat hier om een klein KB dat formeel wordt aangeduid als het 'Besluit houdende tijdelijke herindeling van ministeriële taken in geval van een terroristische dreiging met

70. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 566.

71. Vgl. E.R. Muller e.a., *Bestuur, recht en veiligheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 192; C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, *Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?*, NJB 2006, p. 2522-2530; P.H.P.H.M.C. van Kempen en J. van der Voort, *Nederlandse antiterrorismeregeling getoetst aan fundamentele rechten*, Nijmegen: Radbouduniversiteit/WODC 2010.

72. *Stb.* 2009, 245.

73. Meer hierover in de vorige voetnoot genoemde publicatie van Van Kempen en Van der Voort. Ik laat de bespreking ervan achterwege omdat deze thematiek meer in het expertisedomein van mijn mede-adviseur Keulen ligt.

74. *Stb.* 2005, 662.

een urgent karakter'. Bijzonder is dat middels dat besluit de minister van Justitie (toen nog zo geheten) een aantal bevoegdheden van andere ministers krijgt toebedeeld "voor zover onverwijld uitoefening daarvan noodzakelijk is om maatregelen te nemen ter voorkoming van een terroristisch misdrijf als bedoeld in art 83 van het Wetboek van Strafrecht of om op voorhand de gevolgen daarvan te beperken en indien overleg of overeenstemming over die maatregelen tussen Onze Minister van Justitie en die andere minister niet mogelijk is binnen de beschikbare tijd." De bevoegdheden die de minister van Justitie dan ingevolge dit besluit kan uitoefenen zijn talrijk en ingrijpend. Het gaat daarbij globaal genomen om bijzondere bevoegdheden voor de beveiliging van kerncentrales, waterleiding, havens en telecommunicatie en het organiseren van verschillende diensten, o.a. de politie, brandweer, krijgsmacht. Ook kan de minister aanwijzingen geven aan de Commissaris van de Koning en de burgemeester. Ook krijgt hij de bevoegdheid om asielzoekers, waaronder vluchtelingen, aan de grens te weigeren.

Terecht heeft Roorda aandacht gevraagd voor dit bijzondere KB.<sup>75</sup> Dat daarbij een eenhoofdige leiding wordt geïntroduceerd, is niet opmerkelijk. Dat is karakteristiek voor heel wat noodwetgeving; tijden van nood lenen zich nu eenmaal niet voor uitvoerig overleg, terwijl in normale tijden juist een zekere spanning tussen bestuursorganen (ministers), en dus de noodzaak tot overleg, zeer gewenst is met het oog op het realiseren van de noodzakelijke checks and balances.

De aandacht gaat hier meer uit naar de grondslag van dit KB. In de aanhef van het KB wordt de grondslag gezocht in artikel 44 Gw. Dat artikel gaat over de instelling van ministeries. Weliswaar wordt dit ook gebruikt om ter gelegenheid van kabinetsformaties bij KB taken en bevoegdheden over ministeries te (her)verdelen, maar met Roorda ben ik het eens dat deze grondwetsbepaling geen grondslag biedt voor zo een ingrijpende bevoegdheidsverschuiving, waarbij – anders dan bij kabinetsformaties – de checks and balances wezenlijk worden verstoord, het parlement er niet aan te pas is gekomen en grondrechten kunnen worden beperkt.<sup>76</sup>

Wat zou dan wel de grondslag kunnen zijn? In de grondwettelijke uitzonderingstoestanden en de daarop gebaseerde wetgeving kan ze ook niet worden gevonden. De grondslag kan ook niet worden gevonden in een zelfstandige algemene maatregel van bestuur ex art. 89, eerste lid, Gw. Daarvoor zijn volgens klassieke jurisprudentie de toegekende bevoegdheden te ingrijpend.<sup>77</sup> Wellicht, zo suggereert Roorda, zou aansluiting hebben

75. C. Roorda, Noodbevoegdheden van Minister van Justitie zijn onrechtmatig, RM Themis 2009, p. 139-144 (hierna: Roorda 2009).

76. Roorda 2009, p. 142.

77. Waarschijnlijk en hopelijk geheel ten overvloede: HR 22 juni 1973, Fluoridering, NJ 1973, 386.

kunnen worden gezocht bij – wat ik maar even genoemd heb – de regeling voor de ‘zeer beperkte uitzonderingstand’, namelijk dat er een aankondiging is bij KB, waarna er zo spoedig mogelijk een ‘verlengingswetsvoorstel’ bij de Tweede Kamer zou hebben moeten liggen. Dat is echter ook niet gebeurd. In arren moede moet met dan hier wellicht de conclusies trekken dat de (rechtmatige) grondslag van dit KB moet worden gevonden in het *ongeschreven* staatsnoodrecht.<sup>78</sup>

Ten slotte nog even aandacht voor een heel bijzondere bevoegdheid, namelijk die van het uit de lucht schieten van civiele vliegtuigen. In de nasleep van 9/11 werd deze bij ministeriële regeling ingevoerd.<sup>79</sup> De wettelijke basis die daarvoor werd aangegeven was art. 59 Politiewet. Deze bepaling geeft grofweg aan dat indien regionale en landelijke politiediensten alsmede de Koninklijke Marechaussee onvoldoende bijstand kunnen verlenen in het kader van de uitoefening van politietaken, bijstand kan worden verleend door onderdelen van de Nederlandse krijgsmacht. Nu kan men sowieso al twijfels hebben over de vraag of art. 59 Politiewet een basis kan bieden voor bevoegdheden, aangezien de bepaling eigenlijk alleen maar gaat over feitelijke inzetmogelijkheden, maar aangezien het hier gaat om een zeer ingrijpende bevoegdheid, namelijk het doden van mensen, is deze bevoegdheidsgrondslag helemaal dubieus. Saillant is dat het Bundesverfassungsgericht in dezelfde periode oordeelde dat een vergelijkbare Duitse maatregel in strijd was met het in het Grundgesetz beschermde recht op leven en de menselijke waardigheid.<sup>80</sup>

### 5.3 Financiële crisis

De recente financiële crisis heeft ons veel nieuwe (interventie)wetgeving en maatregelen gebracht. Het zou te ver voeren om deze allemaal te bespreken. Een paar saillante elementen licht ik eruit.

In 2008 werd een wijziging van de Wet op het financieel toezicht van kracht waarin de toezichthouders AFM en DNB ‘voor bijzondere omstandigheden’ ingrijpende regelgevende bevoegdheden zijn toegekend, en ook nog eens het handhavingsregime indringend is aangepast, namelijk van strafrechtelijk naar bestuursrechtelijk (sneller, eenvoudiger<sup>81</sup>). Wat ‘bijzondere omstandigheden’ zijn blijft uiterst vaag, terwijl de voorschriften

78. Roorda 2009, p. 143

79. Regeling bijstand luchtvaartterrorisme, Stcrt. 29 april 2005, nr. 83, p. 17.

80. Uitvoerig hierover R. Nehmelman, License to kill? Over de rechtmatigheid van een extreme anti-terreurmaatregel, NJCM-Bull. 2007, p. 972 e.v.

81. L.J.J. Rogier, De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht, VAR-preadvies, nr. 138, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.



betrekking kunnen hebben op de eveneens redelijk onbestemde noties als 'stabiliteit van de financiële sector' en 'de bevordering van ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen.' De AFM heeft vervolgens ook de bevoegdheid gekregen om het 'verbod op marktmanipulatie' in te vullen. Gelet op de vaagheid van deze terminologie is dat op zich geen overbodige luxe, maar Doornbos wijst er terecht op dat daardoor plotseling voorheen geaccepteerd gedrag kan worden gecriminaliseerd, waarbij de wet het zelfs mogelijk maakt om dat met terugwerkende kracht te doen, in dit geval tot 1 januari 2007.<sup>82</sup>

Doornbos vraagt zich terecht af waarom hier niet gekozen is voor aanpassing van de Noodwet financieel verkeer, maar voor de aanpassing van de reguliere Wet op het financieel toezicht.<sup>83</sup> Immers, nu hebben de toezichthouders allerlei ingrijpende bevoegdheden gekregen die niet of nauwelijks geclausuleerd zijn waarbij het risico ontstaat dat ze ook in rustiger tijden worden toegepast.

Opmerkelijk is verder dat deze wetswijziging in een echt crisistempo werd ingevoerd; op 1 oktober werd zij ingediend en op 11 oktober werd zij van kracht. Er waren geen opmerkingen of vragen in de schriftelijke verslagen van beide kamers, en de mondelinge gedachtewisseling was zeer beperkt.<sup>84</sup>

In het bovenstaande voorbeeld was nog sprake van parlementaire betrokkenheid bij de besluitvorming volgens de gebruikelijke procedures, zij het dat deze met spoed werden afgewikkeld. Van parlementaire betrokkenheid was niet of nauwelijks sprake bij de besluiten die de regering heeft genomen ter bestrijding van de bankencrisis in 2008 en de schulden crisis eind 2009. De getroffen maatregelen zijn te talrijk en te complex om ze hier te kunnen beschrijven. Ze zijn allemaal terug te vinden in de uitvoerige rapportage van de parlementaire enquêtecommissie inzake het Financieel Stelsel.<sup>85</sup> Drie zaken wil ik hier vooral bespreken, namelijk de uitholling van het parlementaire budgetrecht en het daarmee samenhangende inlichtingenrecht, alsmede het niet gebruiken van de 'crisisvoorziening' van art. 97 Comptabiliteitswet (Cw).

Het budgetrecht is een oud en cruciaal recht van het parlement. Via de goedkeuring van de begroting stelt de volksvertegenwoordiging financieel grenzen aan het te voeren beleid, en bepaalt zij mede voor welke beleidsdoelen de ter beschikking gestelde middelen kunnen worden ingezet. De

82. D.R. Doornbos, Crisiswetgeving: blanco cheque voor toezichthouders, NJB 2008, p. 2361.

83. En de inwerkingtreding daarvan, mag ik aannemen.

84. Idem, p. 2360.

85. Ook bekend als de Commissie-De Wit. Zie met name het eindrapport van 11 april 2012 van deze commissie 'Verloren krediet II – De balans opgemaakt', *Kamerstukken II* 2011/12, 31 980, nr. 61.

desbetreffende machtiging wordt eens per jaar gegeven bij formele wet (art. 105 Gw). Als tussentijds blijkt dat de beschikbaar gestelde bedragen niet voldoende zijn, dan dienen zij te worden geautoriseerd bij supplettoire begrotingswet (art. 14 en 15 Cw). Het tijdig indienen en vaststellen van dergelijke wetten blijkt echter lastig te zijn, vandaar dat men zich in de praktijk als sinds jaar en dag behelpt met wat wel genoemd wordt het 'materiële budgetrecht'; beleidsaanpassingen en hun financiële consequenties worden per brief of nota vooraf aangekondigd, waarmee zoveel mogelijk wordt voorkomen dat het parlement voor voldongen feiten wordt geplaatst.<sup>86</sup> Gaat het parlement (stilzwijgend) akkoord, dan wordt daarmee het budgetrecht in materiële zin uitgeoefend.<sup>87</sup> Blijkt aan het eind van het jaar dat er sprake was van niet door het parlement geautoriseerde uitgaven, dan zal er veelal sprake zijn van een onrechtmatigheid die alleen via een indenniteitswet (art. 88, 89 Cw) kan worden opgeheven.

In 2008 heeft het kabinet de Tweede Kamer over een aantal crisisuitgaven geïnformeerd, maar over een aantal ook niet, waaronder de deelname in, en de uiteindelijke overname van, Fortis/ABN AMRO.<sup>88</sup> Daarmee samenhangend werd de actieve plicht tot het verschaffen van inlichtingen aan de kamers ex art. 68 Gw geschonden. Vanzelfsprekend ging het hier om preciaire informatie, maar daar bestaat al sinds jaar en dag een oplossing voor, te weten vertrouwelijk informeren van de kamer.<sup>89</sup> Opmerkelijk genoeg lijkt de Commissie-De Wit nog wel enig begrip te hebben voor het niet tijdig informeren in deze situatie. Zij beklagt zich vooral over het feit dat er achteraf geen volledige openheid van zaken werd gegeven. Wel komt de Commissie tot het eufemisme dat de genomen maatregelen het budgetrecht en het inlichtingenrecht "de positie van het parlement ernstig onder druk" hebben gezet.<sup>90</sup>

In de literatuur wordt nog aandacht gevraagd voor een ander aspect van de genomen maatregelen. Men kan uiteraard begrip hebben voor het feit dat i.c. geen gebruik is gemaakt van de procedure van art. 34, lid 5, Cw die voorschrijft dat bij deelneming in vennootschappen het voornemen daartoe

86. H.G. Warmelink, *Parlement en begroting*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993, p. 264.

87. Zie M. Diamant en M.L. van Emmerik, *Parlementair budgetrecht onder vuur?*, NJB 2011, p. 1943 (hierna: *Diamant/Van Emmerik 2011*), en M. Diamant en M.L. van Emmerik, *Het Nederlandse budgetrecht in Europees perspectief*, *Tijdschrift voor Constitutioneel recht* 2013, i.h.b. p. 95-100.

88. Eindrapport Commissie-De Wit, p. 56. Terzijde kan nog worden opgemerkt dat de Algemene Rekenkamer in haar Jaarverslag 2008 constateerde dat in het kader van de kredietcrisis de minister van Financiën voor € 23,3 miljard aan onrechtmatige uitgaven had gedaan. Waarom de Rekenkamer vervolgens niet aankoerste op een indenniteitsprocedure is mij nog steeds een raadsel. Zie P.P.T. Bovend'Eert/H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, elfde druk, Deventer: Kluwer 2010, p. 339-340.

89. Vgl. H.R.B.M. Kummeling, *Relatieve geheimhoudingsplichten* (oratie Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1997, p. 11-12.

90. Eindrapport Commissie-De Wit, p. 56.

moet worden medegedeeld aan de Staten-Generaal en daar 30 dagen, zoals dat heet, moet 'voorhangen'.<sup>91</sup> Opmerkelijk is wel dat geen gebruik is gemaakt van de noodvoorziening van art. 97 Cw. Daarmee kan in 'buitengewone omstandigheden' afgeweken worden van o.a. deze wet. Het voordeel is dan wel dat de via de bekendmaking per KB en de onverwijld indiening van het verlengingswetvoorstel het parlement op de hoogte wordt gebracht van het besluit. Minister Bos liet weten dat naar zijn oordeel art. 97 Cw alleen van toepassing is indien het land onbestuurbaar is of dreigt te worden.<sup>92</sup> Waar hij deze opvatting op baseert, is onduidelijk. Met Diamant en Van Emmerik ben ik het eens dat er veel voor te zeggen is dat de bedreiging van vitale staatsbelangen, zoals de economische veiligheid, ook aanleiding kan vormen voor de noodprocedure van art. 97 Cw. Ook dan vormt de betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging een belangrijke waarborg.<sup>93</sup>

De kwestie had opnieuw aan de orde kunnen komen toen in 2010 besloten werd tot deelname aan een noodfonds waarmee binnen het kader van de Europese Unie steunmaatregelen voor aan de schulden crisis ten onder gaande landen te financieren. De Nederlandse bijdrage bedroeg € 26 miljard aan garanties. Onderdeel van de Europese maatregelen was de oprichting van European Financial Stability Facility (EFSF), een private onderneming die de leningen zou gaan verstrekken aan de landen in financiële nood. Bij deelname aan deze onderneming had ook de spoedprocedure van art. 97 Cw kunnen worden, maar dat gebeurde niet. Diamant en Van Emmerik suggereren dat minister De Jager het klaarblijkelijk voldoende vond dat de Tweede Kamer eerder goedkeuring had gegeven aan deelname in alle programma's die door het EFSF zouden worden aangegaan.<sup>94</sup>

Mede naar aanleiding van het kritische commentaar van de Commissie-De Wit, die oordeelde dat de overheid maar beperkt voorbereid was op een systeemcrisis, met name dat er een gebrek aan beleidsinstrumentaria was om de benodigde maatregelen snel te kunnen nemen, is de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen tot stand gebracht. Deze wet, veelal kortweg aangeduid als 'Interventiewet', trad in 2012 in werking.<sup>95</sup> In de kern<sup>96</sup> bevat deze wet twee nieuwe noodbevoegdheden voor de minister

91. Zie P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, Staatssteun en kredietcrisis, NJB 2008, p. 2625-2626.

92. *Handelingen II* 2008/09, 31 371, 8 oktober 2008, p. 11-743.

93. Diamant/Van Emmerik 2011, p. 1945.

94. Idem, p. 1947-1948

95. Stb. 2012, 241.

96. Vgl. bijv. V.P.G. de Serrière, Als de stille noodklok luidt... Overheidsingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen ten behoeve van de stabiliteit in de financiële sector, *Ondernemingsrecht* 2012/2 en W.J.M. Kalkman, J.J. Rijkels en R. Tielenburg, Interventie door DNB en Financiën bij verzekeraars in nood, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2012/43.

van Financiën. Allereerst is er de mogelijkheid gecreëerd voor het treffen van een onmiddellijke voorziening zoals het verschaffen van een kapitaal-injectie of een staatsgarantstelling aan een systeembank. De tweede bevoegdheid betreft de (gedeeltelijke) nationalisatie van een systeembank. Daniëls heeft forse, en m.i. terecht kritiek laten horen op deze wet. De kern van haar bezwaren komt eigenlijk hierop neer dat de gebruikelijke begrenzingsen aan noodrecht niet in acht zijn genomen. Met name dat de Tweede Kamer niet vooraf wordt geïnformeerd en niets te zeggen heeft over de uitoefening van deze noodbevoegdheden, maar ook dat de minister zijn maatregelen niet hoeft te verantwoorden in het licht van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit is haar een doorn in het oog. Volgens haar zou het daarom de voorkeur verdienen om art. 97 Cw als basis te nemen voor degelijke maatregelen. Wel zou dan de huidige comptabele regeling uitgebreid moeten worden met een spoedvoorziening. De minister kan dan direct en op transparante wijze interveniëren in de financiële sector en zal dan moeten aantonen dat zijn interventiebesluit proportioneel en subsidiair is. Bovendien behoudt de Tweede Kamer haar controle-instrumenten ten aanzien van de interventiebesluitvorming zelf, en niet slechts ten aanzien van de inlichtingen daaromtrent.<sup>97</sup> Ik ben het met haar eens.

#### 5.4 *Conclusies*

Zoals aangekondigd, is het hiervoor beschreven overzicht van recente noodregelgeving noodmaatregelen verre van volledig.<sup>98</sup> Het vormt slechts een illustratie van datgene wat er de afgelopen jaren naar mijn oordeel is gebeurd: met een beroep op enigerlei vorm van noodsituatie zijn bevoegdheden gecreëerd of rechten ingeperkt zonder dat de gebruikelijke grenzen voor noodrecht in acht zijn genomen. Het zij nogmaals gezegd: mij is het er niet om te doen om de noodzakelijkheid van bepaalde inhoudelijke besluiten op het moment waarop ze werden genomen te bestrijden. Het zou zeker kunnen zijn dat ze gegeven tijd, plaats en omstandigheden noodzakelijk waren. Maar tegelijkertijd laat zich de vraag stellen of deze constructies wel moesten worden gerealiseerd buiten de gebruikelijke waarborgen van het noodrecht om. Had de bestuurlijke ophouding niet als tijdelijke noodvoorziening kunnen worden gerealiseerd? Was de invoering van art. 172b Gem.w ten aanzien van de 12-minners wel nodig, nu zij nimmer wordt toegepast? In zijn algemeenheid kan zelfs de vraag worden gesteld of de toedeling van enorme hoeveelheden specifieke bevoegdheden

97. S. Daniëls, De staatsnoodrechtelijke hiaten van de Interventiewet, NJB 2012, p. 1779-1784, i.h.b. de laatste pagina.

98. In de bijdragen van mijn collega-preadviseurs zullen vast nog vele andere voorbeelden te vinden zijn.

aan de burgemeester ter handhaving van de openbare orde en veiligheid wel zo verstandig is geweest.<sup>99</sup> Ook de burgemeesters hebben hierbij vraagtekens geplaatst.<sup>100</sup> Men lijkt door de vele bomen het zicht op het bos te zijn kwijtgeraakt. Had men niet kunnen volstaan met het gebruik van tijdelijk werkende noodmaatregelen?, zo wordt ook in de praktijk wel aangegeven.<sup>101</sup>

De proportionaliteit en subsidiariteit van veel 'sluipend noodrecht', zoals dat hiervoor is beschreven, is voor discussie vatbaar, maar wellicht is nog wel belangrijker dat de voornaamste controleur van deze beginselen, het parlement, buiten spel is gezet, of zich buiten spel heeft laten zetten. Dat betreft een schuldvraag die zich moeilijk laat beantwoorden, en die ik ook niet wil beantwoorden.

Hoe dan ook, het resultaat van dit alles is dat gaandeweg zeer veel ingrijpende bevoegdheden permanent in onze rechtsorde zijn verankerd. Paradoxaal genoeg lijkt in aantal gevallen het willen voldoen aan het rechtsstatelijke legaliteitsbeginsel juist tot een uitholling van de democratische rechtsstaat<sup>102</sup> te hebben geleid in die zin dat er ruime bevoegdheden zijn toegekend aan de uitvoerende macht, die vervolgens minder gecontroleerd wordt of kan worden.<sup>103</sup> In dat licht bezien lijkt het me waardevol om nog eens goed te kijken naar de inzet van het 'echte' of 'klassieke' noodrecht.

## 6. Wijziging van de Grondwet

Er is een aantal redenen waarom wijziging van art. 103 van de Grondwet gewenst lijkt. Zoals eerder aangegeven bevat de tekst gedateerde formuleringen. Dat geldt in het bijzonder voor de vermelding van de 'uit- en inwendige veiligheid'. Zoals eerder aangegeven is deze aanduiding betekenisloos geworden; de 'moderne' crises hebben weinig meer te maken met de klassieke oorlogen of interne oproer. Tegelijkertijd lijkt deze formulering, en nog een aantal andere elementen van het grondwetsartikel (waarover later meer) er mede voor te zorgen dat zelden gebruik wordt

99. Vgl. A.H.M. Dölle, Burgemeester in de branding, *Tijdschrift voor Constitutioneel recht* 2010, p. 143.

100. M.A.D.W. de Jong, De burgemeester als misdaadbestrijder: reddingsboei of dwaallicht?, in: L.J.J. Rogier e.a., *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme*, VAR-reeks 138, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, p. 62.

101. Zie het Inspectierapport *Wet Maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast*, Toepassing in de praktijk 2012, Den Haag mei 2012, p. 80.

102. Uitbreider over dit fenomeen O. Gross, *Extra-Legality and the Ethic of Political Responsibility*, in: V.V. Ramraj (ed.), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge University Press 2008, p. 62.

103. Zie ook De Wilde 2013, p. 17-20.

gemaakt van de uitzonderingstoestanden, en de daar achter geregelde noodbevoegdheden omdat, in de woorden van Hennekens, de regering terugdeinst voor het psychologisch effect ervan.<sup>104</sup> In lijn met dit effect ligt het hiervoor gegeven misverstand van minister Bos, die van oordeel was dat voor de toepassing van de noodbevoegden uit de Comptabiliteitswet alleen maar plaats zou zijn als het land onbestuurbaar is of dreigt te worden. Ook Brainich van Brainich Felth concludeert dat de drempels voor de toepassing van het 'klassieke noodwetgeving' onnodig hoog zijn, en dat daardoor een barrière wordt opgeworpen tegen daadwerkelijk en gedoseerd en flexibel optreden.<sup>105</sup>

Naar mijn oordeel zijn er (psychologische) drempels op een aantal vlakken. Ten eerste is er het misverstand dat het 'klassieke noodrecht' alleen maar kan worden toegepast bij een grootschalige diep ingrijpende crisis, en als het dan al toegepast wordt dat dan de bevolking meteen in rep en roer is. Verder is er de angst dat het niet flexibel genoeg is omdat de gang naar de Staten-Generaal moet worden gemaakt en het zelden ingeschakelde instituut van de verenigde vergadering een oordeel moet vellen. En ten slotte schuilt m.i. een drempel in de opvatting dat het bij dit type noodrecht steeds gaat om zeer ingrijpende bevoegdheden. Problematisch gevolg hiervan is in mijn ogen dat er de afgelopen jaren daadwerkelijk diep ingrijpende bevoegdheden in reguliere wetgeving zijn neergelegd waardoor de rechtsorde permanent is veranderd, dan wel dreigt te veranderen. Bij de toepassing van klassiek noodrecht zou dat waarschijnlijk niet het geval zijn geweest. In ieder geval zou dat ertoe geleid hebben dat er op gezette tijden een bezinning zou hebben plaatsgevonden op vraag of de feitelijke toestand nog wel het bestaan van de desbetreffende bevoegdheden rechtvaardigde.

Het is om die redenen dat ik een wijziging van de Grondwet aangewezen acht. Om de gedachtevorming hierover zo scherp mogelijk te krijgen, lever ik hierbij een proeve van een tekst met een toelichting.

#### *Proeve van een nieuw artikel 103 Grondwet*

1. *De overheid is bevoegd om in geval van nood maatregelen te treffen die afwijken van het in normale omstandigheden geldende recht, mits deze maatregelen geboden zijn ter bescherming van de aan de zorg van de overheid toevertrouwde belangen.*
2. *Voor voorzienbare gevallen wordt bij wet de inzet van noodmaatregelen geregeld.*
3. *Indien voorafgaand overleg niet mogelijk is, of het belang van de staat zich daartegen verzet, wordt de inwerkingtreding van een noodmaat-*

104. H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare orderecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 15.

105. Brainich 2004, p. 243.

gel terstond medegedeeld aan het desbetreffende algemeen vertegenwoordigende orgaan. Indien de noodmaatregel algemeen verbindende voorschriften bevat, beslist het algemeen vertegenwoordigend orgaan zo spoedig mogelijk over hun bekrachtiging.

4. Na de afkondiging van een algemene noodtoestand beslissen de Staten-Generaal over het voortduren daarvan. Zij beraadslagen en besluiten ter zake in verenigde vergadering.
5. In geval van nood kan niet worden afgeweken van de artikelen 1, 6, eerste lid, en 114.
6. Noodmaatregelen gelden tijdelijk en gaan niet verder dan de nood rechtvaardigt.

### Toelichting

#### Lid 1

Met deze formulering wordt erkend dat noodrecht soms nodig is. Mede gelet op het tweede lid wordt hier een grondwettelijke basis verschaft voor noodrecht dat niet reeds is gecodificeerd. Daarmee hoeft niet in voorkomende gevallen een beroep te worden gedaan op ongeschreven 'subjectief' (staats)noodrecht. In de literatuur is alom erkend dat in geval van nood de overheid gehouden én bevoegd is tot optreden op basis van het principe 'nood breekt wet'. Mij lijkt het nuttig om dat dan ook maar ruiterslijk te erkennen en te verankeren in ons belangrijkste staatsdocument.

De formulering van het eerste lid is vrijwel letterlijk ontleend aan Kortmann,<sup>106</sup> die op zijn beurt weer is geïnspireerd door Van den Bergh.<sup>107</sup> Terwijl Kortmann met deze formulering vooral het ongeschreven staatsnoodrecht wilde omschrijven, lijkt mij zijn formulering ook uitermate geschikt om de algemene bevoegdheidsgrondslag te bieden voor overheidsoptreden ingeval van (staats)nood.<sup>108</sup>

Nadrukkelijk is hier de term 'overheid' gebruikt omdat ook decentrale overheden soms noodmaatregelen dienen te nemen. Daarbij kan uiteraard in het bijzonder worden gedacht aan burgemeester bij de handhaving van de openbare orde. Het is niet de bedoeling dat dat ieder willekeurig overheidsorgaan noodmaatregelen kan treffen. Het gaat uiteraard om overheidsorganen wier bevoegdheden normaliter ook al zijn gegeven ter behartiging van vitale overheidsbelangen, zoals besproken in paragraaf 2.

106. C.A.J.M. Kortmann, Iets over staatsnoodrecht, Militair Rechtelijk Tijdschrift 1984, p. 184. Het belangrijkste verschil is dat ik uit zijn formulering het werkwoord 'kunnen' na 'geboden' heb geschrapt. Dat zou wat mij betreft teveel discretionaire ruimte laten aan de overheid.

107. G. van den Bergh, Staatsnoodrecht en toetsingsrecht, in: Verzamelde staatsrechtelijke opstellen, Alphen a/d Rijn: N. Samsom N.V. 1955, p. 26.

108. Vgl. Kortmann 2012, p. 182.

Daarbinnen gaat het dan om de 'meest gereede' overheid, dat wil zeggen het overheidsorgaan dat gelet op ernst en omvang van de nood het meest toegerust is om de problematiek aan te pakken. Uit het samenstel van de artikelliden moet ook afgeleid worden dat het om overheidsorganen gaat die in een rechtstreekse relatie staan tot een volksvertegenwoordiging. Zelfstandige bestuursorganen kunnen dus ingevolge het voorgestelde artikelid geen noodmaatregelen treffen.

#### *Lid 2*

Uiteraard is het niet 'anything goes'. De wetgever zal zoveel mogelijk de voorzienbare gevallen moeten doordenken, bevoegdheden moeten klaarzetten en zorgvuldige procedures moeten bepalen waarmee deze in werking kunnen worden gesteld. Een dergelijke constructie wijkt niet af van de intenties van de huidige grondwettelijke bepaling.

Dit voorstel beoogt nadrukkelijk niet om het klaarstaande stelsel van noodwetgeving integraal op de schop te nemen. Wel lijkt het me wenselijk (zie ook lid 4) om het de 'beperkte noodtoestand' te schrappen. En voor het overige is het nuttig om na te gaan waar het codificeren van een spoedvoorziening aangewezen is.

#### *Lid 3*

Dit lid bevat een belangrijke waarborg bij noodrecht; de controle door de volksvertegenwoordiging. Als deze door feitelijke omstandigheden niet vooraf kan worden ingeschakeld, dan toch wel zo spoedig mogelijk. Ook kan het belang van de staat of het openbaar belang op decentraal niveau zich verzetten tegen bepaalde, gegeven de eerder geschetste mogelijkheid van vertrouwelijke informatievoorziening. Dat hoort echter zelden het geval te zijn. Het is uiteraard aan de volksvertegenwoordiging zelf om dit te bewaken.

Net als nu het geval is op rijks- en gemeentelijk niveau zal de volksvertegenwoordiging de werking van algemeen verbindende (nood)voorschriften dienen te bekrachtigen. Zo niet, dan vervallen zij.

Nu zou men mij wellicht tegen willen werpen dat ik wat zwalkend ben in mijn opvattingen over de mate waarin het parlement bereid is of in staat is zijn beschermende functie ten aanzien van grondrechten waar te maken. Met De Jong<sup>109</sup> heb ik immers eerder betoogd dat de kamers, en in het bijzonder de Tweede Kamer, hier de laatste jaren stevige steken hebben laten vallen. Mijn verwachting is echter dat de situatie anders komt te liggen indien er een verplichting bestaat voor de regering om de kamer in de alert-

109. 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 e.a. (red.), De staat van wetgeving (Kortmannbundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 91.



stand te brengen, en de Grondwet het parlement ook nog eens een aantal toetsingscriteria aanreikt.

Voor wat betreft de besluitvorming nog het volgende. Alleen ingeval van het uitroepen van de algemene noodtoestand wordt ingevolge lid 4 van het voorgestelde artikel besluitvorming in de verenigde vergadering verplicht gesteld. Zoals ik al eens eerder heb betoogd,<sup>110</sup> verzet de Grondwet zich er niet tegen dat de kamer ook in andere gevallen in verenigde vergadering bijeen komen. De kamers kunnen dus zelfstandig beslissen of urgentie, aard en omvang van de nood een gezamenlijke vergadering en besluitvorming rechtvaardigt.

#### Lid 4

Al eerder (par. 4.2.1.2) heb ik aangegeven dat ik eigenlijk geen reden zie voor het bestaan van een 'beperkte' noodtoestand zoals nu geregeld is in de Cwu. De afkondiging van deze noodtoestand betekent niet dat de complete lijst van de bijbehorende noodbevoegdheden van kracht worden. De noodbevoegdheden die onder de werking van de 'beperkte' noodtoestand kunnen worden geactiveerd, kunnen daarnaast ook afzonderlijk in werking worden gesteld, dus los van het uitroepen van de 'beperkte' noodtoestand. Het wonderlijke is dat er dan een andere procedure geldt, namelijk die van het voorleggen van een 'verlengingswet' aan de Tweede Kamer, terwijl bij het activeren van dezelfde bevoegdheden na het afkondigen van de 'beperkte' noodtoestand de zware procedure van de gang naar de verenigde vergadering moet worden gemaakt. Dit is onnodig ingewikkeld en verwarrend. Met Brainich von Branich Felth,<sup>111</sup> zij het deels om een andere reden, zie ik daarom geen reden voor het bestaan van verschillende typen noodtoestanden. Uitgangspunt is dat er maatwerk moet worden geleverd. Pas als er voor de burgers de meest ingrijpende maatregelen nodig zijn, namelijk die waarbij hun grondrechten ingrijpend worden aangetast, is er sprake van een dusdanig zware algemene noodtoestand, die dan ook meteen aanleiding moet zijn voor het toepassen van de allerzwaarste procedure.

#### Lid 5

Op twee punten wijkt deze formulering af van het huidige lid 2. Het geeft conform de systematiek van de mensenrechtenverdragen een opsomming van de 'notstandsfeite' bepalingen, en niet van de bepalingen van waar wel van afgeweken mag worden. Onder 3.3. heb ik al aangegeven dat de huidi-

110. P.P.T. Bovend'Eert/H.R.B.M. Kummeling, Het Nederlandse parlement, elfde druk, Deventer: Kluwer 2010, p. 69.

111. Brainich 2004, p. 47.

ge grondwettelijke bepaling een zeer vertekend beeld geeft, en het vooral zeer moeilijk maakt om vast te stellen welk grondrecht nu daadwerkelijk veilig is in tijden van nood. De opsomming van 'notstandsfeste' grondrechten spoort met die van de mensenrechtenverdragen, althans voor zover de desbetreffende mensenrechten terugkeren in grondrechtelijke gedaante in de Grondwet. Dit geeft een veel schraler, maar wel realistischer beeld van de 'notstandsfeste' grondrechten.

Er wordt geen expliciete melding (meer) gemaakt van de afwijking van de grondwetsbepalingen inzake de bevoegdheden van de besturen van provincies, gemeenten en waterschappen. Dat heeft een tweetal redenen. Allereerst is het evident bij noodmaatregelen dat op het gebruikelijke bevoegdhedenpatroon wordt ingebroken. Intensiteit en vooral schaal van de nood maken zulks noodzakelijk. Het zou ernstig afbreuk doen aan de flexibiliteit van het noodrecht als daar steeds de afkondiging van een bepaalde uitzonderingstoestand voor nodig zou zijn. Daarbij komt dat de overheid er niet is voor zichzelf maar voor de behartiging van de belangen van de burgers. Dus zo snel als maar mogelijk is zal het meest gereede overheidsorgaan de behartiging van die belangen in tijden van nood aan zich moeten trekken. Formeel juridisch gezien is er ook weinig reden om de afwijking van grondwettelijke bevoegdheden van decentrale besturen expliciet te benoemen. De grondwettelijke bescherming van hun bevoegdheden is nagenoeg nihil is. Met Kortmann kan worden geconcludeerd dat slechts een volledig ontneming van de autonome bevoegdheden in strijd is met de Grondwet, alsmede voorafgaand toezicht op alle autonome besluiten.<sup>112</sup>

#### Lid 6

Dit onderdeel bevat belangrijke begrenzings aan de toepassing van noodmaatregelen. Allereerst is er die van de tijdelijkheid. De ratio van deze begrenzing is eerder uitgelegd. Dat neemt niet weg dat in voorkomende gevallen de vraag gesteld zal moeten worden of bedreigingen van de veiligheid een dusdanig permanent karakter hebben dat er ook een permanente verandering in de rechtsorde tegenover moet staan, of dat volstaan kan worden met een tijdelijk voorziening in de vorm van noodrecht.

Naar analogie van bekende formuleringen van het EVRM en de daarop gebaseerde toetsing door het Europees Hof voor de bescherming van de Rechten van de mens zijn in dit lid ook de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit neergelegd. Is de maatregel geschikt en noodzakelijk ter bereiking van het gestelde doel? En daarnaast: is de intensiteit van aantas-

112. C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 348.

ting van bevoegdheden en vrijheden wel evenredig aan het te bereiken doel?<sup>113</sup>

## 7. Slotbeschouwing

In 2005 wierp De Lange voorzichtig de vraag op of niet tot het expliciet verklaren van een uitzonderingstoestand moest worden overgegaan nu Nederland in het licht van de mensenrechtenverdragen bezig was over te gaan naar fundamentele afwijkingen van het normaal geldende grondrechtenregime. In zijn ogen dreigde de merkwaardige situatie te ontstaan dat Nederland weliswaar formeel niet afweek van het verdragsregime, maar juist doordat allerlei grondrechtenbependingen in het normale recht werden opgenomen verder dreigde af te raken van de door het verdrag beoogde bescherming dan staten die verdergaand afwijken, maar dit slechts tijdelijk doen.<sup>114</sup> Deze gedachtelijn breder en verder doortrekkend, kom ik tot de conclusie dat het tijd is voor een fundamentele bezinning op de inzet van noodrecht. De algemene oproep van De Wilde om meer werk te maken van de eis van de 'fides publica', de eis van de publieke trouw, die ertoe moet leiden dat overheidsorganen trouw blijven aan de constitutie, zich laten leiden door het publieke belang en hun bevoegdheden uitoefenen met de nodige terughoudendheid,<sup>115</sup> is naar mijn oordeel juist maar niet afdoende. Er zal veel scherper nagedacht moeten worden over de vraag of permanente veranderingen in de rechtsorde wel noodzakelijk zijn om een bepaalde noodsituatie het hoofd te kunnen bieden. Kan in bepaalde gevallen niet met een kortdurende inzet van noodrecht worden volstaan? Met het oog op het behoud van de kwaliteit van de functionerende democratische rechtsstaat is de inzet van noodrecht soms veruit te prefereren boven de opname van ingrijpende bevoegdheden in het normale recht. Ook in die zin is noodrecht nodig.

113. Voor een vergelijkbare constructie zie het voorstel van de Staatscommissie Grondwet, Den Haag 2010, p. 55.

114. De Lange 2005b, p. 549-550.

115. De Wilde 2013, p. 18.

## Verkort aangehaalde literatuur

### *Brainich 2004*

E.T. Brainich von Brainich Felth, Het systeem van crisisbeheersing, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004

### *Cammelbeeck 1996*

T.D. Cammelbeeck, Het staatsnoodrecht herzien: het onvoorzienbare gesystematiseerd, AA 1996, p. 762-768.

### *Diamant/Van Emmerik 2011*

M. Diamant en M.L. van Emmerik, Parlementair budgetrecht onder vuur?, NJB 2011, p. 1942-1950.

### *De Jong 2000*

M.A.D.W. de Jong, Orde in beweging (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Wilink 2000.

### *Kortmann 2012*

C..A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, zevende druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 181

### *De Lange 2005a*

R. de Lange, Tussen gelijkheid en waarschijnlijkheid: het evenredigheidsoordeel in uitzonderingssituaties, in: A. Nieuwenhuis/B.J. Schueler/C.M. Zoethout (red.) Proportionaliteit in het publiekrecht, Deventer: Kluwer 2005

### *De Lange 2005b*

R. de Lange, Noodrecht en grondrechten, NJCM-Bull., 2005, p. 523-550.

### *Van der Pot 2006*

Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, vijftiende druk, Deventer: Kluwer 2006.

### *Roorda 2009*

C. Roorda, Noodbevoegdheden van Minister van Justitie zijn onrechtmatig, RM Themis 2009, p. 139-144.

### *De Wilde 2013*

M. de Wilde, Uit nood geboren (oratie UvA), Amsterdam 2013.