

Grondwettelijke toetsing van strafwetgeving in de Nederlandse veiligheidscultuur

door mevr. mr. drs. M.A.H. van der Woude*

“Graag geef ik toe, dat maatschappelijke rust een groot goed is. Toch wil ik mijn ogen niet sluiten voor het feit dat de dictatuur zich overal van een volk heeft kunnen meester maken onder het mom van handhaving van de openbare orde. (...) Maatschappelijke vrede is niet het hoogste ideaal. Een volk dat van zijn regering niets meer vraagt dan het handhaven van de openbare orde is in laatste instantie al tot slavernij vervallen. Slaaf is het reeds van zijn welvaart; nu kan de man opstaan, die het zijn boeien aanlegt.”¹

1. Inleiding

Over de wenselijkheid van het invoeren van constitutionele toetsing in Nederland, zoals voorgesteld in het door GroenLinks geïnitieerde wetsvoorstel², is de afgelopen jaren veel geschreven.³ Het rechtswetenschappelijke debat over constitutionele toetsing is grotendeels uitgekristalliseerd en voor- en tegenstanders zijn grotendeels bekend met elkaars belangrijkste argumenten. Waar tegenstanders bijvoorbeeld hameren op het feit dat de rechter niet op de stoel van de gekozen wetgever moet (willen) gaan zitten, vormt de waarborging van de individuele rechtsbescherming een belangrijk argument dat zou pleiten in het voordeel van constitutionele toetsing. Hoewel er ook vanuit strafrechtelijk perspectief, in het bijzonder ten aanzien van de individuele rechtsbescherming, veel te zeggen valt voor het invoeren van rechterlijke toetsing aan de grondwet, zal de focus in deze bijdrage niet liggen op het waarborgen van individuele rechtsbescherming door het louter mogelijk maken van toetsing achteraf.⁴ Het bewerkstelligen van een *ex post* toetsing aan de grondwet is slechts een deel van de oplossing om de rechten van burgers beter te waarborgen. In deze bijdrage zal worden betoogd dat een dergelijke *ex post* toetsing door de rechter al in een eerder stadium vooraf zou moeten zijn gegaan door een *ex ante* toetsing aan de grondwet. Mijns inziens kan de individuele rechtsbescherming namelijk beter worden gewaarborgd door reeds in een zo vroeg mogelijk stadium in het wetgevingsproces (een vorm van) gedegen grondwettelijke toetsing te verankeren en langs die weg de waarborging van

* Maartje van der Woude is Universitair Docent bij het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Leiden. Op 15 december 2010 zal zij haar dissertatie getiteld ‘Wetgeving in een Veiligheidscultuur’ verdedigen. De auteur dankt haar collegae voor het becommentariëren van eerdere versies van deze bijdrage.

¹ A. de Tocqueville, *Democratie, wezen en oorsprong*, Kampen: Agora 2004, p. 170.

² Wetsvoorstel 28 331, momenteel aanhangig bij de eerste kamer (*Kamerstukken I*, 2009-2010, 28 331, J)

³ Zie bijvoorbeeld R. de Lange, ‘Constitutionele toetsing van wetgeving in Nederland’, *RegelMaat* 2006, 4-5, p. 142-152; M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*, Deventer: Kluwer 1997; E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Een levende Grondwet’, *RegelMaat* 2005, 5, p. 161-166; C.B. Schutte, ‘De verwarring van rechtsstaat en rechtstaat. Kanttekeningen bij constitutionele rechtspraak volgens het voorstel-Halsema’, *RegelMaat* 2004, 3, p. 93-99

⁴ Zie voor een strafrechtelijk perspectief op de discussie betreffende constitutionele toetsing P.A.M. Mevis, *Constitutioneel Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1998 en P.A.M. Mevis, ‘Constitutioneel toetsingsrecht: zuinigheid in plaats van revolutie’, *DD*, 32 (9), p. 933-942. De op 12 juni 1992 gehouden vergadering van de NJV ging eveneens over de wenselijkheid van grondwettelijke toetsing. Preadviseurs waren L. Prakke, T. Koopmans en J.M. Barendrecht. Zie ook het in november 2010 verschenen rapport van de Staatscommissie Grondwet, p. 43-53. Het rapport is te raadplegen via: www.staatscommissiegrondwet.nl

grond- en mensenrechten zoveel mogelijk te verzekeren.⁵ Gedegen grondwettelijke toetsing in een vroeg stadium in het wetgevingsproces kan de belangenafweging door de wetgever en daarmee de kwaliteit van de (straf)wetgeving bevorderen waardoor de *ex post* toetsing hopelijk minder vaak noodzakelijk zal zijn.⁶ Wel zal in het hiernavolgende worden betoogd dat de ‘dreiging’ van mogelijke *ex post* toetsing door een rechter onmisbaar is voor het verhogen van de kwaliteit van de strafwetgeving. De kracht is juist gelegen in de combinatie van beide vormen van toetsing.

Onder de maatstaf ‘kwaliteit van wetgeving’ wordt in deze bijdrage verstaan de mate waarin de wetgever de verschillende bij wetgeving in het geding zijnde rationaliteiten en daarmee corresponderende waarden, belangen alsook grond- en mensenrechten afdoende in ogenschouw en overweging heeft genomen om op die manier tot een zorgvuldig oordeel te komen. Een dergelijk zorgvuldig oordeel is niet alleen van belang met het oog op de legitimiteit en doeltreffendheid van de concrete wetgeving, maar eveneens met het oog op een coherent, legitiem en systematisch strafrechtsstelsel. Extra aandacht voor de waarborging van de kwaliteit van de strafwetgeving lijkt in het huidige politieke klimaat geen overbodige luxe. Het minderheidskabinet van VVD-CDA heeft inmiddels in haar regeerakkoord een aanzienlijk aantal plannen gepresenteerd ter vergroting van de maatschappelijke veiligheid, waarbij wederom voor het strafrecht een belangrijke rol lijkt te zijn weggelegd. Het is dan ook aannemelijk dat zich binnen afzienbare tijd een nieuwe stroom aan wetsvoorstellen zal aandienen, aangezien de roep om meer en vooral ook harder strafrecht, zo merkt ook Klip op, de laatste jaren niet langer is beperkt tot verkiezingsretoriek maar ook daadwerkelijk tot daden leidt.⁷ Gebruik makend van een sociologisch perspectief zal in het hierna volgende worden getracht een nieuwe dimensie en argumentatie aan het debat over constitutionele toetsing toe te voegen. Ofschoon zij eveneens van grote waarde zijn voor de ontwikkeling van het debat zullen de in belangrijke mate reeds bekende argumenten pro en contra het toetsingsverbod in deze bijdrage slechts in beperkte mate aan de orde komen.

2. Veiligheid, strafrecht en de ‘vlucht naar voren’

Wetgeving en beleid zijn er de laatste jaren in toenemende mate op gericht de overheid meer instrumenten te verschaffen ter bestrijding van de misdaad en daarmee ter vergroting van de

⁵ Zie hierover eveneens: N.S. Eftymiou, K. Henrard, M.L.P van Houten en W.S.R. Stoter, ‘Wetgever en grondrechten. Enkele algemene en inleidende beschouwingen,’ in: R. de Lange (red.) *Wetgever en Grondrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 1-31. De auteurs spreken in deze context over *pre-legislative scrutiny*. Ook P. van Sasse van Ysselt pleit voor een zo vroeg mogelijke toetsing van grondrechten in de wetgevingsketen. P. van Sasse van Ysselt, ‘Grondrechten en de regering als medewetgever’, in: R. de Lange (red.) *Wetgever en Grondrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 44- 46

⁶ De kwaliteit van wetgeving is al geruime tijd een onderwerp van zorg. Zie hierover bijvoorbeeld de nota ‘Zicht op wetgeving’, *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 11-15. Maar ook: Ph. Eijlander e.a. ‘De maatschappelijke en bestuurlijke positie van wetgeving’, in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, P.H. Frissen, J.H. van Kreveld, B.W.N. de Waard (red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink: 1994, p. 12-14. In deze zelfde bundel staan M.S. Groenhuijsen en J. de Hullu in hun bijdrage ‘Rechtsontwikkeling in de strafwetgeving’, ook kort stil bij het vermeende kwaliteitsverlies van de strafwetgeving en stellen ze zich de vraag in hoeverre het tempo waarin er binnen het strafrechtelijk systeem wijzigingen worden aangebracht niet té hoog ligt (p. 270-271).

⁷ Zie A.H. Klip, ‘Totaalstrafrecht’, *DD* 2010, 5/34, p. 583-592. Zie hierover ook: Y. Buruma, *De dreigingspiraal. Onbedoelde effecten van misdadbesteding*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005;

maatschappelijke veiligheid. In deze context wordt door de Amerikaanse jurist en (rechts)socioloog Simon ook wel gesproken van *governing through crime*.⁸ Simon doelt hiermee op de ontwikkeling dat steeds meer beleid en wetgeving worden verbonden met het nastreven van veiligheid op basis van de vooronderstelling dat bestaande maatregelen hiertoe onvoldoende geschikt zijn. Ondanks dat dikwijls is gewezen op de beperkte effectiviteit van het strafrecht als instrument ter vergroting van de veiligheid, heeft strafwetgeving als instrument voor sociale ordening in de loop van de jaren een steeds belangrijkere rol toebedeeld gekregen.⁹ Veiligheid moet daarbij niet alleen worden bevorderd door adequaat te reageren op gepleegde delicten. Het zwaartepunt in de strafrechtelijke procedure is door het oprekken van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, het verlagen van de opsporingsdrempel en de uitbreiding van bevoegdheden langzaam maar zeker steeds meer naar de voorfase verschoven. Hierbij is het niet vreemd dat ter legitimatie van de (vergaande) bevoegdheden die worden gecreëerd, wordt afgeweken van het traditionele denken waarin het strafprocesrecht wordt ingezet om maatschappelijk erkende doelen te beschermen of te bewerkstelligen onder de strikte beperking en normering van bevoegdheden van de overheid ten opzichte van de burger.¹⁰ Deze, om met Borgers te spreken, ‘vlucht naar voren’, binnen de (strafrechtelijke) criminaliteitsbestrijding wordt ook wel aangeduid met de inmiddels bekende term risicostatitie.¹¹ De ontwikkeling van risicostatitie en meer in het algemeen het grote belang dat aan het straf(proces)recht wordt gehecht, past binnen de nieuwe criminele politiek van de veiligheidscultuur waarin de bescherming van de samenleving tegen de misdaad in plaats van de bescherming van het individu centraal staat.

3. Een sociologisch perspectief op een voornamelijk juridische discussie

De term veiligheidscultuur is de Nederlandse vertaling van de term *culture of control*, welke term is geïntroduceerd in het gelijknamige boek van de van oorsprong Schotse en momenteel in Amerika werkzame (rechts)socioloog David Garland.¹² Garland beschrijft in zijn werk op welke wijze zich sinds de jaren zeventig een radicale verandering heeft voorgedaan in het (denken over) de strafrechtelijke criminaliteitsbestrijding.¹³ Deze radicale verandering heeft er toe geleid dat het zwaartepunt van de strafrechtelijke criminaliteitsbestrijding niet langer ligt bij resocialisatie van individuen die afwijkend, ongewenst en antisociaal gedrag vertonen maar op de bescherming van de meerderheid in de samenleving die zich wel normconform gedraagt. Evenals

⁸ J. Simon, *Governing through Crime: How the war on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford: Oxford University Press 2007.

⁹ Zo spreekt Boutellier over het bestaan van een ‘strafrechtelijke paradox’ waarmee hij doelt op het feit dat er van het strafrecht veel meer wordt verwacht dan zij zal kunnen realiseren. Zie: H. Boutellier, *De veiligheidsutopie: Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 150-151.

¹⁰ C.P.M. Cleiren, ‘Aanwijzingen voor de wetgeving bij veiligheidsvraagstukken en terrorismebestrijding. Grenzen aan de dynamische wisselwerking tussen materieel en formeel strafrecht’, in: W. Huisman, L.M. Moerings en G. Suurmond (eds.), *Veiligheid en Recht: Nieuwe doelwitten en strategieën*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, pp. 175-192.

¹¹ M. Borgers, *De Vlucht naar Voren*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007. De term ‘risicostatitie’ is ontleend aan de Engelse term *actuarial justice* die werd geïntroduceerd door Feeley en Simon. Zie hiervoor: M. Feeley en J. Simon, ‘Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law’, in: D. Nelken (eds.) *The Futures of Criminology*, London: Sage 1994, pp. 173-201.

¹² D. Garland, *The Culture of Control*, Oxford: Oxford University Press 2001.

¹³ Zie over de invloed van deze radicale verandering op de belangenafweging door de rechter N. Rozemond, ‘Strafrechtelijke belangenafweging in de risicosamenleving’, *RM Themis* 2006, 4, p. 160-168.

Rozemond ben ik van mening dat de analyses van Garland een belangrijke inspiratiebron zijn voor juridische en sociale analyses van de Nederlandse strafrechtscultuur.¹⁴ Waar Rozemond zich richt op de mogelijke implicaties van de radicale omslag binnen de strafrechtscultuur voor de rol en de taak van de strafrechter, worden de analyses van Garland in deze bijdrage benut als aanknopingspunt om aan te tonen dat - omwille van de kwaliteit en legitimiteit van de strafwetgeving - een aanpassing van de wetgevingsprocedure door grondwettelijke toetsing in deze procedure eerder en beter te verankeren aanbevelenswaardig is. Twee aspecten uit het werk van Garland zijn met het oog op dit standpunt in het bijzonder van belang.

Het *eerste* aspect betreft de door Garland waargenomen diepere oorzaak voor de veranderingen binnen het (denken over) de strafrechtelijke criminaliteitsbestrijding. Deze moet namelijk gezocht worden in ingrijpende politieke, sociale, economische en culturele ontwikkelingen binnen de veranderende sociale organisatie van de laatmoderne maatschappij. Door het wegvallen van traditionele structuren en zekerheden neemt enerzijds de situationele en sociale controle af terwijl anderzijds door een jongere (risico)populatie en een gestegen materiële welvaart de gelegenheid tot criminaliteit is toegenomen. Sterk toenemende criminaliteitscijfers zijn het gevolg en de tot dan toe aan het strafrechtelijk systeem ten grondslag liggende resocialisatiegedachte komt onder druk te staan om vervolgens nagenoeg te verdwijnen. Hoewel de stijgende criminaliteitscijfers ongetwijfeld een katalyserend effect hebben uitgeoefend op de culturomslag binnen het strafrecht, vormen zij niet de belangrijkste oorzaak. Deze moet volgens Garland gevonden worden in een grote culturele verschuiving binnen de samenleving als geheel waarbij als gevolg van gewijzigde sociale routines en culturele gevoeligheden van de laatmoderne mens de welvaartsstaat plaats heeft moeten maken voor een risicosamenleving.¹⁵ In deze nieuwe laatmoderne samenleving stellen burgers de politieke maakbaarheid van de samenleving ter discussie, wordt de economie (opnieuw) geliberaliseerd en heeft de bescherming van de samenleving tegen misdaad de overhand boven de bescherming van het individu tegen de staat. Het feit dat het ontstaan van de veiligheidscultuur zich niet alleen beperkt tot het juridische niveau, maar eveneens wordt gevoed door ontwikkelingen op politiek, sociaal en economisch niveau maakt de hieruit voortvloeiende veranderingen radicaal en persistent.¹⁶

Het *tweede* aspect betreft de overheidsreactie op de gestegen criminaliteitscijfer en daarmee gepaard gaande gevoelens van onveiligheid en wantrouwen tegen de overheid. Volgens Garland zien overheden in de moderne samenleving zich geplaatst voor een dilemma: Enerzijds worden ze geconfronteerd met de stijgende criminaliteitscijfers die inherent zijn aan de open, complexe en welvarende samenleving en bestaat het besef dat hier tegen opgetreden moet worden. Tegelijkertijd beseffen deze zelfde overheden zicht dat zij nooit in staat zullen zijn om deze stijgende criminaliteitscijfers geheel aan banden te leggen maar dat het slechts mogelijk zal zijn een beperkt deel van de criminaliteit aan te pakken.¹⁷ Om een (verdere) daling van het vertrouwen in de overheid als hoeder tegen het kwaad te voorkomen, wordt de overheid gedwongen om hoe dan ook te reageren op dit nieuwe dilemma. Overheden hier enerzijds op door middel van rationele aanpassingsstrategieën maar anderzijds ook op irrationele wijze waarbij het

¹⁴ Rozemond 2006, p. 164.

¹⁵ U. Beck, *The risk society; towards a new modernity*, London: Sage 1992

¹⁶ T. Daems, *De bestraffingssociologie van David W. Garland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 89-90, 123-124.

¹⁷ Garland 2001, p. 105.

eigen onvermogen om misdaad effectief te bestrijden gewoonweg wordt ontkend en wordt teruggegrepen op de soevereiniteit van de staat en haar sanctiemonopolie.¹⁸ Om het vertrouwen van het publiek in de strafrechtspleging en criminaliteitsbestrijding terug te winnen, wordt door middel van punitieve symbolen en handig gebruik makend van de media uitdrukking gegeven aan de vermeende publieke onrust ten aanzien van criminaliteit. Incidenten worden door politieke gezagdragers aangegrepen en door de media uitvergroot om de boodschap dat ‘overal gevaar loert’ waartegen hard en vroegtijdig opgetreden moet worden kracht bij te zetten en in stand te houden. De daadwerkelijke ontwikkeling van de criminaliteitscijfers doet hierbij op den duur niet meer ter zake.¹⁹ Het ontstaan van risicojustitie sluit aan bij de dynamiek van de ontkenningstrategie: door middel van een op preventieve leest geschoeid straf(proces)recht, al dan niet in combinatie met geavanceerde risico-inschattingen- en analyses, wordt een signaal uitgezonden dat alles op alles wordt gezet om potentieel risicovolle personen en situaties in een zo vroeg mogelijk stadium te smoren.

4. De Nederlandse veiligheidscultuur in stroomversnelling in de 21^e eeuw

Waar het werk van Garland in eerste instantie voornamelijk relevant werd bevonden voor de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, de twee landen die centraal staan in zijn boek, hebben diverse auteurs de afgelopen jaren aangetoond dat een groot aantal kenmerken van de veiligheidscultuur zoals Garland deze beschrijft ook van toepassing zijn op de Nederlandse situatie.²⁰ Hoewel de eerste kenmerken van het ontstaan van een Nederlandse veiligheidscultuur terug te voeren zijn tot medio jaren tachtig, heeft de veiligheidscultuur ‘pas’ in de 21^e eeuw écht stevig voet aan de grond gekregen. Mede als gevolg van de tot 2002 stijgende criminaliteitscijfers, de eerste uitbarsting van het ‘nieuwe’ terrorisme en de kritiek van Fortuyn en de LPF op het ‘Paarse’ beleid, is de insteek van de kabinetten die na 2002 – het jaar waarin Fortuyn werd vermoord en het vertrouwen in de overheid een dieptepunt behaalde – gericht op het terugwinnen van het vertrouwen van de bevolking.²¹ Veiligheid, criminaliteit maar ook immigratie, thema’s die ondanks het belang dat door de bevolking hieraan werd gehecht, onder ‘Paars’ onvoldoende

¹⁸ Deze twee strategieën worden door Garland aangeduid als de *adaptation* respectievelijk de *denial* strategie. Beide strategieën bestaan naast elkaar. Zie Garland 2001, p. 109-111. Voor een beschouwing over de wijze waarop beide strategieën zichtbaar zijn binnen de Nederlandse (strafrechtelijke) criminaliteitsbestrijding zie: R. van Swaaningen, ‘Veiligheid in Nederland en Europa; een sociologische beschouwing aan de hand van David Garland’, *Justitiële Verkenningen* 2004, 7, pp. 9-23.

¹⁹ Zie in deze context over de relatie tussen criminaliteit en (on)veiligheid o.a. M. Lee, *Inventing fear of crime. Criminology and the politics of anxiety*, Willan Publishing: Devon 2007, F. Furedi, *Politics of fear. Beyond Left and Right*, Continuum: London, 2005 en ook G.N.G. Vanderveen, *Interpreting Fear, Crime, Risk and Unsafety*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

²⁰ Garland 2001, p. 202. Voor een beschrijving van kenmerken van de Nederlandse veiligheidscultuur aan de hand van het werk van Garland zie: D. Downes en R. van Swaaningen, ‘The Road to Dystopia; changes in the penal climate in the Netherlands’, in: M. Tonry & C. Bijleveld (eds.) *Crime and Justice in the Netherlands*. Chicago: Chicago University Press 2007, pp. 31-72 en ook M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur. Totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland gezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010

²¹ J. Becker en P. Dekker, ‘Het beeld van beleid en politiek’, in T. Roes (ed.) *De Sociale Staat van Nederland*, Den Haag: SCP 2005, p. 328-362; M. Bovens en A. Wille, ‘Waar bleef het vertrouwen in de overheid’, *Bestuurskunde* 2006, p. 40-64; Van der Woude 2010, p. 103-104, 296-298.

aan de orde zouden zijn gesteld, zijn sindsdien niet meer weg te denken uit de politieke agenda.²² Niet alleen de thematiek, ook de toon en stijl van het politiek debat zijn veranderd: zowel de partijen aan de linkerkant van het politieke spectrum als die in het midden en aan de rechterkant zijn een meer populistische stijl van politiek gaan bedrijven. In de angst niet voldoende de ‘stem van het volk’ te representeren hebben deze veranderingen binnen de politieke context tot gevolg dat, in het bijzonder ten aanzien van voornoemde thema’s, dikwijls een harde(re) en minder genuanceerde toon wordt aangeslagen.²³ Het regeerakkoord van de huidige regering met de veelzeggende titel ‘Veiligheid en Verantwoordelijkheid’ lijkt voor wat betreft de bestrijding van criminaliteit en onveiligheid naadloos aan te sluiten bij de geschetste ontwikkelingen. Aan het gegeven dat veiligheid (ook) een belangrijke kerntaak van de overheid is wordt in het akkoord de conclusie verbonden dat er in de vorm van een uiteenlopend pakket aan repressieve en preventieve maatregelen meer moet worden gedaan om deze collectieve veiligheid te (kunnen) handhaven. Met termen als ‘straatterreur’ en ‘strafdienstplicht’ ademt het regeerakkoord, in ieder geval voor wat betreft de handhaving van de veiligheid, een sfeer van onverzoenlijkheid en ‘non-nonsense’ uit. Een boodschap die in goede aarde zal vallen bij de meerderheid van de bevolking.²⁴

5. Het afwegen van belangen door de wetgever in een veiligheidscultuur

Wetgeving, ook strafwetgeving, behoort idealiter ‘de beste oplossing’ te zijn voor een specifiek probleem, welke oplossing wordt gevonden nadat door de wetgever zorgvuldig alle (mogelijk botsende) rationaliteiten en daarmee corresponderende waarden en belangen in kaart zijn gebracht en – voor zover mogelijk – tegen elkaar zijn afgewogen.²⁵ In de literatuur worden verschillende rationaliteiten onderscheiden die een rol spelen bij het wetgevingsproces en daarmee van invloed zijn op de uiteindelijke afweging door de wetgever.²⁶ Hoewel de in de

²² P. van Praag, ‘The Winners and Losers in a Turbulent Political Year’, *Acta Politica* 2003, 38 (1), pp. 5-22. Zie hierover o.a.: K. Lunshof, *Van Polderen naar Polariseren*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2004, p. 283 e.v.; H. Wansink, *De Erfenis van Fortuyn. De Nederlandse democratie na de opstand van de kiezers*, Amsterdam: Meulenhoff 2004, p. 167-184.

²³ Zie hierover ook: Y. Buruma, ‘Recht spreken in de dramademocratie’, *Delikt en Delinkwent* 2006, 77, p. 1077-1088.

²⁴ Het regeerakkoord is te downloaden via www.kabinetsformatie2010.nl. In hoofdstuk 10 van het regeerakkoord wordt Veiligheid behandeld. De Roos wijst in deze context op de ‘ferme jongens stoeren knapen-retoriek’ in het regeerakkoord. Th. A. de Roos, ‘Het gedoogakkoord en het repressieve veiligheidsbeleid’, *NJB* 2010, 36, p. 2353-2355.

²⁵ Hoewel wetgeving zoals aangegeven wel wordt omschreven als een afgewogen oordeel van alle relevante belangen en gezichtspunten bestaat over het hanteren van de term ‘afweging’ in deze context discussie. Zie hiervoor onder meer: G.J. Veerman, *Over Wetgeving: principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: SDU2009, p. 84-85, L. Zedner ‘Securing Liberty in the Face of Terror: Reflections from Criminal Justice’, *Journal of Law and Society* 2005, Vol.32, no. 4, p. 511 en ook A. Ashworth, *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, London: Sweet & Maxwell 2002, p. 30.

²⁶ Snellen onderscheidt in zijn oratie met de titel *Boeiend en Geboeid* (1987) vier rationaliteiten, in zichzelf gesloten stelsels van criteria voor verantwoord handelen. Hij noemt: de politieke (de strijd om het beleid), de financieel-economische (de keuze uit schaarse middelen), de juridische (de regulerende grondslag van beleid) en de technisch- en sociaalwetenschappelijke. Een wet is volgens Snellen een compromis tussen deze vier rationaliteiten. I. Th. M. Snellen, *Boeiend en geboeid*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987. Zie ook: P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Preadviezen NJV 2001, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001. Voor een expliciete toepassing van (deels andere) rationaliteiten op het straf(proces)recht

literatuur gepresenteerde (stelsels van) rationaliteiten op bepaalde punten van elkaar verschillen, zijn alle stelsels eenduidig over de invloed van de politieke rationaliteit en de daarmee corresponderende politieke belangen op de belangenafweging van de wetgever. ‘De politieke rationaliteit is bepalend, zo is de essentie van ons stelsel’, stelt Veerman in zijn Maastrichtse oratie.²⁷ Hij doelt hiermee op het feit dat wetgeving altijd het resultaat is van een politieke keuze waarbij de regeringspartijen het meest in de melk te brokkelen hebben over de wijze waarop de samenleving ingericht moet worden en welke waarden daarbij van belang zijn.²⁸

Zoals uit de vorige paragraaf is gebleken staat het politiek forum binnen de veiligheidscultuur meer dan voorheen het geval bloot aan een druk om het vertrouwen van de bevolking te winnen en te houden. De hieruit resulterende sterke focus van politieke partijen op de onderbuikgevoelens van de bevolking heeft tot gevolg dat wanneer politici worden geconfronteerd met ‘schokkende’ nieuwsfeiten betreffende bijvoorbeeld ‘de zoveelste ontsnapte TBS’er’ zij zich binnen de kortste keren achter een bepaalde zaak scharen en allerhande beloftes doen. Zoals gezegd wordt in aanpassingen van en aanvullingen op het tot de verbeelding sprekende strafrecht dikwijls de oplossing gevonden waar de bevolking schijnbaar om vraagt.²⁹ Hiermee loopt parallel aan de politisering van criminaliteit en (on)veiligheid de tendens van juridisch activisme. Hieronder wordt verstaan het, vaak in reactie op ‘incidenten’ die de veiligheid bedreigen dan wel bedreigd hebben, creëren van nieuwe wetgeving die de collectieve veiligheid zou moeten vergroten.³⁰ Door de grote nadruk op veiligheid en de politisering van alles wat met veiligheid te maken heeft, lijkt de dynamiek van de veiligheidscultuur de dominantie van de politieke rationaliteit in de hand te werken. Er lijkt nauwelijks meer een rem te bestaan op de vertaling van de wil van het volk in wetgeving waarin het gaat om meer dan de verzameling van *ad hoc* gevormde individuele meningen die vaak zonder daadwerkelijke kennis van zaken is gevormd. Dit is een verontrustende ontwikkeling die noopt tot een grote mate van oplettendheid aangezien in de in populistische stijl gevoerde strijd om het beleid en het electoraat bij de totstandkoming van nieuwe wet- en regelgeving vragen betreffende de noodzaak, legitimiteit en consistentie uit het oog dreigen te worden verloren. Immers, omwille van de kwaliteit van wetgeving is het noodzakelijk dat alle in het geding zijnde belangen en rationaliteiten in acht en in overweging worden genomen, ook al roept ‘het volk’ om veiligheid.

Hoewel in de democratie die ons land is de stem van de (gekozen) meerderheid - en daarmee de stem van de bevolking - zwaar weegt waar het nieuwe wet- en regelgeving betreft,

C.P.M. Cleiren, ‘De wetgever aan zet’, in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis, E. Prakken, J.M. Reijntjes (eds.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 55-79

²⁷ G.J. Veerman, *De wet als zinsbegoochelingstoestel*, Maastricht: Maastricht University Press 2004, p.32. Zie ook W.W. Timmer, ‘Wetgevingskwaliteit: een wereld te winnen,’ *Regelmaat* 2005, p. 35-38.

²⁸ Veerman 2004, p. 25.

²⁹ K.L.K. Brants, ‘Risico’s, schandalen en publiciteit. De nieuwswaarde van een falende overheid’, *PROCES* 2008, p. 52. Zie over de reactie van politici op dergelijke incidenten eveneens A. Pechtold, ‘Risico-aversie in de politiek’, *PROCES* 2007, 6, p. 227-230.

³⁰ Buruma 2005, p. 32-33. De Roos neemt een toegenomen druk op de politiek en in het verlengde daarvan de wetgever waar ten aanzien van het strafrecht. Onder invloed van een afnemende maatschappelijke tolerantie ten opzichte van gevaarlijk en schadelijk gedrag is volgens hem de strafrechtelijke regelgeving gericht op het beheersen van (veiligheids)risico’s ‘geëxplodeerd’. Th. A. de Roos, ‘Het strafrecht als risicomangement’, in: E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker (eds.) *Ramp en Recht: Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 226-227.

moet eveneens niet uit het oog verloren worden dat Nederland niet alleen een democratie is, maar vooral een democratische rechtsstaat. Deze democratische rechtsstaat dient zowel op democratisch niveau – voor wat betreft de totstandkoming van wet- en regelgeving – als op rechtsstatelijk niveau – voor wat betreft de uiteindelijke aard van die wet- en regelgeving en de uitvoering daarvan – gelegitimeerd te zijn.³¹ De waarden en instrumenten van de democratie moeten daarom steeds worden gecombineerd met de waarden en instrumenten van de rechtsstaat, de binding van de staat aan het recht.³² Het respecteren van grondrechten maakt een cruciaal onderdeel uit van deze rechtsstaatgedachte. Door de grote invloed van de politieke rationaliteit en ‘de continue crisissfeer die wordt geschapen in de opzwevende tango tussen media en politiek’³³ lijkt in de veiligheidscultuur nu juist te gebeuren waar niet alleen De Tocqueville in het openingscitaat van deze bijdrage, maar ook ‘t Hart voor waarschuwen.³⁴ Door een bijna blinde focus op ‘wat het volk wil’ dreigt het rechtsstatelijke gehalte van wet- en regelgeving onder verwijzing naar democratisch geachte procedures en meerderheidsbeslissingen, steeds meer aan belang in te boeten.³⁵

6. De responsiviteit van het parlement

Waar het parlement in haar hoedanigheid als medewetgever een belangrijke verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van de totstandkoming van kwalitatief goede wetgeving waarbij zowel oog wordt gehouden voor de politieke rationaliteit en het belang van een veilige samenleving als voor andere – mogelijk hiermee conflicterende – rationaliteiten en belangen, is het maar de vraag in hoeverre het parlement deze verantwoordelijke taak voldoende vervult. Volgens Konijnenbelt brengt deze taak namelijk een actieve rol voor het parlement met zich mee waarbij de Kamerleden zichzelf constant de vraag moeten stellen of zij de voorgestelde wetgeving voor eigen rekening willen nemen.³⁶ Om een antwoord op deze laatste vraag te kunnen geven is het actief zoeken naar en ter discussie stellen van mogelijk botsende belangen, de noodzaak, maar ook de grondwettelijkheid van de voorgestelde wetgeving, namelijk een *must*. Juist deze rol van het parlement als medewetgever, in het bijzonder de Tweede Kamer,³⁷ is de afgelopen jaren veelvuldig onderwerp van rechtswetenschappelijk debat geweest. In grote lijnen richt de kritiek zich op het feit dat er weinig tot geen eigen onderzoek wordt gedaan naar de noodzaak, proportionaliteit en mogelijke (negatieve) bijeffecten van grondrechten beperkende maatregelen. Tevens zouden inhoudelijke discussies, zeker waar het ruim geformuleerde

³¹ A.C. ‘t Hart, *Openbaar Ministerie en Rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 218.

³² F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003

³³ Van Swaaningen 2004, p. 14.

³⁴ ‘t Hart 1994, p. 219.

³⁵ A.C. ‘t Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 124-125.

³⁶ W. Konijnenbelt, ‘Het parlement als wetgever’, in: *Gegeven de Grondwet*, CZW-bundel, Deventer: Kluwer 1988, p. 184.

³⁷ De nadruk die in de diverse kritieken dikwijls wordt gelegd op de rol van de Tweede Kamer hangt onder meer samen met het feit dat men van mening is dat er in de Tweede Kamer meer te verbeteren is omwille van het feit dat de mogelijkheden die de Eerste Kamer heeft om zich met het wetgevingsproces te bemoeien beperkter zijn dan die van de Tweede Kamer. Waar de Tweede Kamer immers beschikt over het recht van amendement kan de Eerste Kamer slechts inhoudelijke wijzigingen in een wetsvoorstel bewerkstelligen door middel van een novelle.

strafrechtelijke bevoegdheden tot grondrechtenbeperking betreft, onbevredigend zijn. Deze discussies beperken zich dikwijls tot een abstract niveau waardoor individuele Kamerleden doorgaans al snel genoegen nemen met toezegging van bewindslieden dat de voorgestelde bevoegdheden terughoudend gebruikt zullen worden.³⁸ Al met al zou de regering, uit wier koker de meeste wetsvoorstellen komen, te weinig écht het vuur aan de schenen gelegd worden tijdens de behandeling van wetsvoorstellen in de Tweede en Eerste Kamer, terwijl een zekere mate van afstand tot de regering en tegenspel van het parlement van belang zijn met het oog op het formuleren van kwalitatief hoogwaardige wetgeving.³⁹

Waar deze in de literatuur - en deels ook in het rapport naar aanleiding van de in 2007-2009 uitgevoerde Parlementaire zelfreflectie⁴⁰ - gesignaleerde tekortkomingen in de rol van de Tweede Kamer de kwaliteit van alle wetgeving niet ten goede komen, is dit in het bijzonder problematisch waar het strafwetgeving betreft daar de hieruit voortkomende maatregelen en bevoegdheden bij uitstek kunnen ingrijpen op grond- en mensenrechten. Juist bij dergelijke maatregelen zou de noodzaak van een zorgvuldige en volledige afweging van betrokken belangen en rationaliteiten evident moeten zijn. Het tegenovergestelde lijkt onder invloed van de dynamiek van de veiligheidscultuur het geval. Volgens Klip speelt hierbij een rol dat het huidige politiek discours over nieuwe strafwetgeving te eenzijdig is gericht op de ernst van het feit als gevolg waarvan voor alle andere aspecten die eveneens tijdens een debat over nieuwe wetgeving aan de orde zouden moeten komen de ogen worden gesloten. 'De politiek benadert vraagstukken van wetgeving kennelijk meer als iets waarbij eigen politieke risico's moeten worden ingedekt. Als het strafrecht altijd kan worden ingezet heeft het niet aan de wetgever gelegen als iets misgaat (in de zin dat een dader van een strafbaar feit niet kan worden bestraft)'.⁴¹ De Jong en Kummeling geven in hun bijdrage aan de bundel 'De staat van wetgeving' voorbeelden van recent tot stand gekomen (straf)wetgeving ter bevordering van de veiligheid waarbij het parlement, mogelijk door voornoemde 'blindheid', zich te terughoudend en weinig kritisch zou hebben opgesteld. De auteurs wijzen eveneens op het feit dat door het al eerder genoemde abstracte niveau waarop de discussies over wetgeving in het kader van de handhaving van de openbare orde en voorkoming van strafbare feiten plaatsvindt, de grondrechtelijke waarborgen onvoldoende in beeld komen.⁴²

Een analyse van de in ons land tot stand gekomen antiterrorismewetgeving laat eenzelfde verontrustend beeld zien.⁴³ Binnen een relatief korte periode is een uitgebreid instrumentarium aan potentieel op grond- en mensenrechten inbreuk makende antiterrorismewetgeving

³⁸ 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*, Deventer: Kluwer 2009, p. 67-98, P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse Parlement*, 10^e druk, Deventer: Kluwer 2004, p. 171 e.v., P.P.T. Bovend'Eert, 'Minder controleren, meer en beter wetgeven', *NJB* 2004, 16, pp. 824-831. E.J. Janse de Jonge, 'De rol van het parlement in het wetgevingsproces', Ph. Eijlander e.a. (red.), *Wetgeven en de Maat van de tijd*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 311-327.

³⁹ Janse de Jonge 1994, p. 325.

⁴⁰ Zie hierover: Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Vertrouwen en Zelfvertrouwen. Uitkomsten en vervolg Parlementaire Zelfreflectie*, Den Haag 2009 en *Kamerstukken II 2008-2009*, 31845, nr. 3

⁴¹ Klip 2010, p. 588-289.

⁴² De Jong en Kummeling 2009, p. 80-91. Auteurs wijzen onder meer op de Wet Bestuurlijke Maatregelen Nationale Veiligheid, en de Wet tijdelijk huisverbod. Zie in deze context ten aanzien van de totstandkoming van de Wet herijking strafmaxima ook P.M. Schuyt, 'Wetgeving in een dramademocratie', *Sancties* 2007, 4, p. 205-209.

⁴³ Zie hiervoor Van der Woude 2010 en ook Borgers 2007.

doorgevoerd, terwijl er zowel vanuit (straf)rechtswetenschappelijke hoek als door de verschillende de regering inzake wetgeving adviserende organen bij al deze wetgeving zeer kritische kanttekeningen zijn geplaatst bij de noodzaak, legitimiteit en effectiviteit. Deze – op onderdelen zeer fundamentele - kritiek van bijvoorbeeld de Raad van State, het College Bescherming Persoonsgegevens en de Raad voor de Rechtspraak is vervolgens slechts zeer minimaal terug te vinden in de Kamerdebatten en, voor zover dit wél het geval is, tonen ogenschijnlijk kritische Kamerleden zich al snel ‘gerustgesteld’ door de standaardmotivering van de verantwoordelijke minister dat de voorgestelde maatregelen en bevoegdheden nodig zijn ‘met het oog op de dreiging van het internationale terrorisme voor de Nederlandse samenleving en democratie.’ De bevindingen van de Commissie Evaluatie Antiterrorismemaatregelen lijken het beeld van een te gehaast en weinig zorgvuldige wetgevingsprocedure te bevestigen. Niet voor niets adviseert zij een integrale herziening van de antiterrorismewetgeving op de punten waar nu juist door de adviserende organen kritiek werd geuit.⁴⁴ Al met al lijkt het terecht te concluderen dat waar de medewetgevende taak van het parlement als gevolg van de dynamiek van de veiligheidscultuur alleen nog maar meer bemoeilijkt wordt. Een drastische aanpassing in het systeem, gericht op het ondervangen van de waarborgende functie die het parlement in een democratische rechtsstaat zou moeten hebben, lijkt dan ook geboden.

7. Een optimale waarborging door *ex-ante* en *ex-post* toetsen aan de Grondwet

In het licht van het voorgaande is een aantal opties denkbaar ter verhoging van de kwaliteit van nieuwe strafwetgeving en, als onderdeel van deze kwaliteit, het grondwettelijk gehalte van dergelijke wetgeving. In de eerste plaats kan hieraan de conclusie worden verbonden dat nu het parlement tekort schiet in zijn taak als medewetgever, de wetgevingsproducten achteraf aan de grondwet getoetst moeten kunnen worden door een rechterlijk college. Het wetsvoorstel van Halsema zet in op deze vorm van *ex-post* grondwettelijke toetsing. Bezien vanuit de in deze bijdrage geschetste problematiek lijkt het evenwel niet *fair* om de verantwoordelijkheid van het parlement als het ware geheel op het bord van de rechter te schuiven. Gepaster lijkt het om te bezien in hoeverre al eerder in het wetgevingsproces mogelijkheden tot verbetering gevonden kunnen worden waardoor de (mede)wetgever meer gedwongen wordt om actief en serieus in te gaan op en stil te staan bij de verschillende belangen en grond- en mensenrechten die mogelijk in het geding zijn bij nieuw voorgestelde wetgeving.⁴⁵

Hier is een belangrijke rol weggelegd voor de regering in samenspel met de Raad van State. Zo is het de verantwoordelijkheid van de regering al in een zeer vroeg stadium ten aanzien van nieuwe conceptwetgeving die een inbreuk op grond- en mensenrechten zou kunnen inhouden, te allen tijde een dergelijk concept ter consultatie aan diverse partijen binnen de strafrechtsketen voor te leggen. In dit stadium zou eveneens, mogelijk aan de hand van de ingewonnen adviezen, in kaart moeten worden gebracht wat de mogelijke gevolgen van de desbetreffende wetgeving

⁴⁴ Commissie Evaluatie Antiterrorismemaatregelen, *Naar een integrale evaluatie van antiterrorismemaatregelen*, Den Haag: Staatsuitgeverij 2009.

⁴⁵ De praktijk in het Verenigd Koninkrijk heeft uitgewezen dat de regering veel bereidwilliger is om aanpassingen te maken als de aldaar bestaande parlementaire comités commentaar kunnen geven vooraleer het wetsvoorstel is gepubliceerd.; R. Kelly, H. Holden en K. Perry, *Pre-Legislative Scrutiny* Parliament and Constitution Centre 2007, p. 2.

zijn voor de individuele rechten van burgers.⁴⁶ De resultaten van deze *ex-ante* toets zouden vervolgens, ook indien ze door de regering reeds in de Memorie van Toelichting van een wetsvoorstel zijn verwerkt, bij het voorstel gevoegd moeten worden, opdat de resultaten hiervan openbaar zijn voor de Raad van State. De Raad buigt zich immers, mits het voorstel door de ministerraad wordt goedgekeurd, in het kader van haar adviserende taak waarin al een zekere mate van constitutionele toetsing wordt toegepast, ook over het voorstel.⁴⁷ Ook bij deze ‘schakel’ in de wetgevingsketen lijkt met het oog op het verbeteren van de kwaliteit van strafwetgeving de nodige winst te behalen.

Door de ‘vrijblijvendheid’ waarmee er door de regering met de adviezen van de Raad van State wordt omgegaan en tevens de (zij het uitzonderlijke) mogelijkheid om de adviesprocedure bij de Raad te omzeilen, is de sturende invloed van de Raad enigszins beperkt.⁴⁸ Deze beperkte invloed van de wetgevingsadviezen van de Raad is al geruime tijd onderwerp van discussie. Zo schrijft Duk reeds in 1987 over het effect van de adviezen van de Raad op wetsvoorstellen: ‘Volgens de – blijkbaar nog steeds gehandhaafde – traditie bestaan nadere rapporten uit (a) een parafrase van alles wat de Raad van State in zijn advies heeft opgemerkt, (b) adhesie met alles wat geen kwaad kan, (c) concessies op punten van gering belang, (d) beleefde ontkenning of verwerping – met vage motivering – van al het overige, en (e) een aanhef en een slottirade.’⁴⁹ Daar het niet met de adviserende rol van de Raad en het parlementaire systeem te rijmen valt om de Raad in het vervolg een dwingend oordeel over nieuwe wetgeving te laten uitbrengen, moet een versterking van de invloed van de Raad in andere aspecten worden gezocht. In het in april van dit jaar verschenen rapport van de Raad van State, getiteld *Rol en betekenis van de Grondwet*, zijn diverse verbeterpunten aangedragen die aan een dergelijke versterking zouden kunnen bijdragen.⁵⁰ In de eerste plaats zou de Raad van State ieder nieuw wetsvoorstel verplicht langs de grond- en mensenrechtelijke ‘meetlat’ moeten leggen en gemotiveerd moeten aangeven in

⁴⁶ Een mogelijk toetsingsmodel dat in deze voorfase gebruikt zou kunnen worden wordt gepresenteerd door Van Sasse van Ysselt. Zie P. van Sasse van Ysselt, ‘Grondrechten en de regering als medewetgever’, in: R. de Lange (red.) *Wetgever en Grondrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 52-53, 57-59. Ook Van der Woude beschrijft hoe een dergelijke *ex-ante* toets inzake strafwetgeving concreet vorm zou kunnen krijgen in: M.A.H. van der Woude, ‘Voorzorgsstrafrecht: zorgen voor inzichtelijke keuzes. Een eerste aanzet tot een ex-post en ex-ante evaluatiemodel voor de wetgever’, in: M. Hildebrandt en R. Pieterman (red.) *Zorg om Voorzorg*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 77-106.

⁴⁷ Ook Van der Hoeven en Hirsch Ballin zien een belangrijke rol weggelegd voor de Raad van State bij constitutionele toetsing. Van der Hoeven stelt dan ook voor om toetsing van de grondwettigheid hetzij in abstracte vorm en preventief op te dragen aan de Raad van State – bij wijze van bindend oordeel in het kader van het wetgevingsproces – hetzij in een concrete, de toepassing betreffende vorm aan een constitutioneel hof dan wel een constitutionele kamer van de Hoge Raad. Zie: J. van der Hoeven, ‘Toetsen aan de Grondwet. Hoe en door wie?’, *Nederlands Juristenblad* 1991, p. 785-787 en E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Een levende grondwet’, *Regelmaat* 2005, 5, p. 164-165.

⁴⁸ Tijdens de behandeling van de Wet Terroristische Misdrijven is de Raad van State niet om advies gevraagd inzake de strafbaarstelling van de samenspanning en de strafbaarstelling van de rekrutering voor de gewapende strijd aangezien beide strafbaarstellingen via een tweede nota van wijziging (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 463, nr. 8) aan het oorspronkelijk – reeds aan de Raad van State voorgelegde – wetsvoorstel werden toegevoegd en de regering het niet noodzakelijk vond om de Raad hierover alsnog om advies te vragen. Zie Van der Woude 2010, p. 215-231.

⁴⁹ W. Duk in RM Themis 1987, p. 70, aangehaald door W. Konijnenbelt ‘Het parlement als wetgever’ in: *Gegeven de grondwet*, CWZ-bundel, Deventer 1988.

⁵⁰ J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Rol en betekenis van de Grondwet*, Den Haag: Raad van State 2010

hoeverre een voorstel in enige mate strijdig is of, gezien mogelijk te verwachten effecten van een bepaalde maatregel, zou kunnen zijn met bepaalde grond- en mensenrechten.⁵¹ De resultaten van de toetsing door de Raad zouden, eveneens met inachtneming van de adviezen van de reeds in een eerder stadium geconsulteerde instanties, uiteindelijk moeten resulteren in een, niet dwingend, maar wel duidelijker richtinggevend advies waarbij de Raad niet alleen aangeeft waar de grondrechtelijke schoen wringt, maar tevens of het wetsvoorstel wenselijk is in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen.⁵²

In reactie op de voorgestelde verzwaarde motiveringsplicht voor de Raad is ook voor de regering een verzwaarde motiveringsplicht op zijn plaats.⁵³ Indien de regering besluit om of te wijken van een advies van de Raad terwijl deze gemotiveerd heeft geconcludeerd dat er sprake is van schending van of althans spanning met de grondwet dan wel de noodzaak en beoogde effectiviteit van een wetsvoorstel in twijfel heeft getrokken, dan zal de regering niet kunnen volstaan met een marginale motivering van haar acties.⁵⁴ Het is aan het parlement om hier op toe te zien en om de regering bij discrepanties tussen voornoemde adviezen en het gepresenteerde wetsvoorstel uitvoerig te bevragen. Voorwaarde hiervoor is wel dat er ook onder Kamerleden voldoende bewustzijn en kennis van grondrechten en mensenrechten aanwezig is. Immers, een kritische opstelling vereist kennis van zaken. Zoals ook uit de parlementaire zelfreflectie blijkt, betekent dit dat er meer geïnvesteerd moet worden in de (juridische) ondersteuning van Kamerleden die – logischerwijze – niet zelfstandig in staat zijn om de grote hoeveelheden informatie die zij dagelijks te verwerken krijgen, te ordenen, te duiden en te gebruiken.

Louter een aanscherping van de wetgevingsadviserende taak van de Raad van State in samenspel met de regering is, zoals in de inleiding van deze bijdrage aangegeven, evenwel niet afdoende. Immers, niet alleen staat het de wetgever dan alsnog vrij om de - strengere - adviezen van de Raad (gemotiveerd) terzijde te leggen en is het maar de vraag in hoeverre het parlement zich daar afdoende openlijk over opwind.⁵⁵ Tevens verschilt de in het kader van het advies van de Raad vooraf uitgevoerde grondwettelijke toetsing aanzienlijk van de toets zoals deze door een rechter *achteraf* zal kunnen worden uitgevoerd. Zoals Populier opmerkt heeft de wetgever immers een informatiehandicap ten aanzien van een rechter die altijd oordeelt naar aanleiding van een concreet dossier. De wetgever zal vaak moeten oordelen op basis van onvolledige gegevens, omdat hij op het moment van oordelen niet over alle relevante informatie beschikt waaronder mogelijke (negatieve) gevolgen en neveneffecten van de desbetreffende wetgeving. De rechter

⁵¹ De discussie om reeds in een zo vroeg mogelijk stadium fundamentele rechten te verankeren in nieuwe wet- en regelgeving speelt ook op Europees niveau, zie hierover het rapport van de Europese Commissie (2010) ‘Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union’, nr. 573.

⁵² De Poorter en Van Roosmalen 2010, p. 144.

⁵³ Ook Waaldijk pleit voor een bijzondere motiveringsplicht voor de regering bij de vaststelling van wettelijke beperkingen van grondrechten. Zie C. Waaldijk, *Motiveringsplichten van de wetgever*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 155-156: ‘De Grondwet is een ‘discussiestuk’ dat bijzondere motiveringsplichten voor de wetgever met zich meebrengt.’

⁵⁴ De Poorter en Van Roosmalen 2010, p. 148.

⁵⁵ Zo merkt Loof op ten aanzien van de aandacht voor mensenrechten “Uiteindelijk is de mate waarin politici in het wetgevingsproces gefocust zijn op een goede mensenrechtenbescherming ook afhankelijk van de mate waarin de kiezers warmlopen voor dat onderwerp.” J.P. Loof, ‘Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces’, in: R. de Lange (red) *Wetgever en Grondrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p.85-127.

daarentegen beschikt via de klager over gedetailleerde informatie en ziet waartoe de betreffende wetgeving in de praktijk daadwerkelijk heeft geleid.⁵⁶ Door naast de – meer abstracte – *ex-ante* toetsing door de Raad van State ook een *ex-post* toetsing door een rechterlijke instantie mogelijk te maken, wordt de wetgever aangespoord om naast de mogelijk reeds gesignaleerde grondwettelijke problemen door de Raad van State, ook te anticiperen op (de onwenselijkheid van) mogelijke vaststellingen van schendingen in het kader van de *ex-post* toetsing. De reeds bestaande mogelijkheid om aan het EVRM te toetsen is in dit geval niet voldoende. Niet alleen bieden de grondrechten zoals die in de Grondwet worden geformuleerd doorgaans een verdergaande bescherming dan de grondrechten uit de diverse internationale verdragen⁵⁷, ook wordt op deze manier een belangrijk signaal afgegeven dat de regering de in de Grondwet verankerde nationale grondrechten en individuele rechtsbescherming voor burgers – anders dan het huidig politiek en maatschappelijk klimaat doet vermoeden – wel degelijk serieus neemt.⁵⁸ Door de combinatie van *ex-ante* en *ex-post* toetsing wordt de dialoog tussen wetgever en rechter opgehouden en mogelijk zelfs gestimuleerd. Ofschoon het stimuleren van de dialoog onmiskenbaar zal leiden tot de nodige ‘discussies’ tussen de betrokken actoren, is juist deze dialoog – en dus ook de hieruit voortvloeiende discussies – met het oog op de kwaliteit van strafwetgeving, maar eveneens met het oog op de legitimiteit van het stelsel als geheel, van groot belang.⁵⁹

8. Slotbeschouwing

‘Een democratische rechtsstaat kan alleen floreren op voorwaarde van een zekere terughoudendheid van de politiek, van haar bereidheid – niet alleen in theorie, maar ook in de dagelijkse praktijk – om zich gebonden te achten aan de randvoorwaarden van rechtsstatelijkheid en daarmee een begrenzing van de eigen mogelijkheden te aanvaarden.’⁶⁰ Nu een dergelijke vanzelfsprekende politieke terughoudendheid in de veiligheidscultuur aanzienlijk onder druk is komen te staan, zeker ten aanzien van alles wat met criminaliteit en veiligheid te maken heeft, is het noodzakelijk om hieraan conclusies te verbinden. De volharding van de veiligheidscultuur en de radicale veranderingen die dit met zich heeft gebracht ten aanzien van het publieke en politieke discours over strafrecht en strafrechtelijke criminaliteitsbestrijding nopen met het oog op het behoud van kwalitatief goede wetgeving die de toets van de grondwet kan doorstaan dan ook tot even radicale veranderingen binnen de bestaande wetgevingsprocedure. In deze bijdrage is in de vorm van een gespreide constitutionele toetsing, *ex-ante* door regering en de Raad van State en *ex-post* door een rechterlijk college, een mogelijk waardevolle tandem gepresenteerd die

⁵⁶ P. Populier, ‘Constitutionele toetsing van wetgeving in België’, *Regelmaat* 2006, 4/5, p. 120. Zie over het verschil in toetsen eveneens W. Konijnenbelt, ‘Grondwetsinterpretatie door de Raad van State: wetgevingsadvisering en grondrechtenbepaling in de Grondwet’, in: R. de Lange (red) *Wetgever en Grondrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 73-75.

⁵⁷ Een belangrijke uitzondering hierop is mijns inziens artikel 6 EVRM dat het recht op een fair trial regelt. Deze bepaling biedt een veel diepgaandere bescherming dan de verscheidene grondwetsbepalingen inzake eerlijke rechtspraak, zoals artikel 113 GW.

⁵⁸ Hirsch Ballin merkt in deze context op dat de mogelijkheid tot grondwettelijke toetsing kan bijdragen aan het vertrouwen (en dus ook het herstellen daarvan) in de rechtsorde. Zie: Hirsch Ballin 2005, p. 166.

⁵⁹ Zie over het belang van de dialoog tussen wetgever en rechter o.m. J.H. Gerards, ‘Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?’, in: R. de Lange (red) *Wetgever en Grondrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 161-194.

⁶⁰ t Hart 2001, p. 124.

het nodige tegenwicht zou kunnen bieden aan de overheersend populistische toon binnen het parlement en daarmee aan wetgeving die niet langer het resultaat lijkt te zijn van een zorgvuldige en inzichtelijke afweging van belangen en keuzen, maar van pragmatisme, (politieke) druk en zelfs paniek.