

Groningen, 20 juli 2023

DE EERSTE KAMER ALS RECHTSSTATELIJKE PARADOX

Zeer geachte leden van de Staatscommissie Rechtsstaat,

De voorzitter van de Staatscommissie Rechtsstaat heeft mij gevraagd een brief te schrijven die de analyse van de Staatscommissie kan verrijken en mij daarbij te richten op de rol van de Eerste Kamer. Met deze brief wil ik kort een aantal problemen signaleren waar de Eerste Kamer in mijn waarneming tegen aanloopt in zijn (wetgevende) rol en daarmee als hoeder van de (democratische) rechtsstaat.

De plaats van de wetgeving in de rechtsstaat

Aan de rechtsstaat liggen ten grondslag de beginselen van machtscheiding en grondrechten. In de machtscheiding is het principe van de heerschappij van de wet (Rule of Law) bepalend. Dit beginsel drukt uit dat de wet bindend is voor zowel de burgers als voor de overheid zelf. In samenhang daarmee drukt dit legaliteitsbeginsel tevens uit dat de wet via de doorslaggevende stem van de Staten-Generaal beschikt over een volwaardige democratische legitimatie. In de hiërarchie van regels neemt de wet om die reden een bepalende plaats in. Lagere regelgeving moet voldoen aan de door de formele wetgever vastgestelde rechtsregels. Ook de uitvoerende macht en de rechterlijke macht zijn gebonden aan de wet. Wettelijke regels mogen niet in strijd komen met de Grondwet en verbindende regels van internationaal recht.

Het belang van goede wetgeving

Goede wetgeving is in dat licht van groot belang voor een rechtsstatelijk functioneren van de overheid. Dat vraagt veel verantwoordelijkheid van de wetgever: regering, Tweede Kamer en Eerste Kamer. Er zijn intussen de nodige bedreigingen voor de kwaliteit van wetgeving. Zo vormt de nog steeds toenemende complexiteit en differentiatie binnen onze samenleving een probleem. Rechtsregels worden steeds verder verfijnd, rechtsvormen steeds verder gedifferentieerd, rechtsgebieden in toenemende mate gespecialiseerd en rechtsbescherming van burgers uitgebreid. Wetgeving wordt bovendien steeds vaker op ad hoc basis en in de vorm van kaderwetgeving ontwikkeld, en het groeiend aantal Europese maatregelen dringt steeds dieper door in onze rechtsorde. Dit kan leiden tot tegenstrijdigheden in toepassingen en maatschappelijke irritatie omdat de achterliggende normativiteit niet wordt herkend of beleefd. Voor de vaststelling, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van wetgeving vormt dat een ernstige complicatie.

De stand van de parlementaire democratie

Een tweede bedreiging voor kwalitatief goede wetgeving is de stand van de parlementaire democratie en de daarmee samenhangende invloed van de (partij)politieke opportuniteit in

de afwegingen die de regering en beide Kamers maken in de vaststelling van wetten. Er is reden voor grote zorg over de ontwikkeling en de effecten van het tot een partijendemocratie geworden representatieve stelsel. De invloed van de heersende politieke cultuur op de plaats en de rol van de wetgever is van een niet te onderschatten betekenis voor de kwaliteit van wetgeving. De analyses bewegen zich in dezelfde richting en hebben een gemeenschappelijke component, nl. de partijpolitieke kolonisatie van de vertegenwoordigende kiezersdemocratie. De monistische cultuur, waarin wetgevende en uitvoerende macht sterk met elkaar vervlochten zijn geraakt, stimuleert in het wetgevingsproces afwegingen die worden gedomineerd door belangen van partijpolitieke opportuniteit. De meeregerende rol van coalitiefracties holt de positie van het parlement als tegenmacht van de regering vergaand uit. Er is veeleer sprake van machtsconcentratie dan machtscheiding. Het meerderheidsbeginsel blijkt vooral een kwantitatief instrument voor machtsverwerving en machtsbehoud. Deze ontwikkeling binnen de wetgevende organen stimuleert de gesignaleerde partijdigheid van de wetgever, die belemmerend werkt op de zorgvuldigheid van de wetgeving. Het gezag van en het vertrouwen in de wetgever hebben hier onder te lijden.

De constitutionele positie van de Eerste Kamer

De indirecte verkiezing geeft de Eerste Kamer een zwakkere democratische legitimatie dan de direct gekozen Tweede Kamer. Dat verklaart waarom in het tweekamerstelsel het politieke primaat geacht wordt te liggen bij de Tweede Kamer. Dit komt tot uitdrukking in een verschil in bevoegdheden. De senaat beschikt als indirect gekozen orgaan niet over de wetgevende rechten van initiatief en amendement. Hij kan wetsvoorstellen (waaronder begrotingshoofdstukken) alleen aanvaarden of verwerpen. Staatsrechtelijk is het verschil in positie begrijpelijk. Hoe groter het aantal en de zwaarte van de bevoegdheden, hoe sterker de democratische legitimatie van een orgaan moet zijn (en omgekeerd). Staatsrechtelijk staat overigens vast dat de Eerste Kamer in beginsel beschikt over dezelfde controlerende instrumenten als de Tweede Kamer, daarmee de politieke ministeriële verantwoordelijkheid kan activeren en uiteindelijk via het opzeggen van vertrouwen kan sanctioneren. Toch wordt deze belangrijke taak van de parlementaire controle op de regering in beginsel, mede om praktische redenen, overgelaten aan de Tweede Kamer. De potentiële beschikbaarheid van deze parlementaire instrumenten kan op de achtergrond wel van invloed zijn op de wijze waarop regering en Eerste Kamer het debat voeren over wetsvoorstellen.

Wetgevingskamer

De nog altijd gehanteerde term 'chambre de réflexion' is de uitdrukking van de tot dusver uitgedragen primaire focus van de Eerste Kamer op de heroverweging van wetgeving. Deze functie als 'wetgevingskamer' is buitengewoon relevant. De wijze waarop de Tweede Kamer zijn mede-wetgevende taak invult is namelijk nogal problematisch. Een ingewikkelde mix van partijpolitiek monisme (coalitiedwang) en toenemende polarisatie heeft tot een politieke cultuur geleid, waarin wetgeving binnen een kabinetsperiode moet zijn afgerond om politieke doelstellingen te halen. In de beoordeling van wetten richten zowel het kabinet als de Tweede Kamer zich in belangrijke mate op de politieke opportuniteit. Rechtsstatelijke eisen van rechtmatigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, die de Raad van State in zijn adviezen hanteert, leggen het in de eindafweging niet zelden af. In de Memorie van Toelichting op een wetsvoorstel komt men niet zelden de formulering tegen dat er nu eenmaal afspraken zijn gemaakt in het regeerakkoord of dat de Tweede Kamer deze

regelgeving heeft afgedwongen. De zogeheten Toeslagenaffaire is daarvan het meest indringende voorbeeld.

Deze ontwikkeling komt de zorgvuldigheid van wetgeving niet ten goede. Dit is van belang voor de wijze waarop de Eerste Kamer zijn wetgevende taak invult. De senaat is zich van die verantwoordelijkheid ook bewust. Er is een protocol met eisen van goede wetgeving ontwikkeld dat behulpzaam is bij het toetsen van een wetsvoorstel. In dat licht is het op zichzelf goed dat niet alleen aan de voorkant van de wetgeving (Raad van State), maar ook aan de achterkant (Eerste Kamer) specifiek aandacht wordt besteed aan eisen van constitutionaliteit, verdragsrechtelijkheid, rechtmatigheid, de consistentie in de hantering van rechtsbegrippen of regelsystemen, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Maar aan die achterkant is wel een probleem ontstaan, nl. een in de afgelopen tien jaar toegenomen politisering in de Eerste Kamer. Die trend werpt een ander licht op de politiek-inhoudelijke toets die elke fractie - uiteraard - ook hanteert.

Politieke Kamer

Er is overigens geen reden mistig te doen over de politieke rol van de Eerste Kamer. Staatsrechtelijk is er geen belemmering om wetsvoorstellen ook op politieke gronden te beoordelen. Dat deze politieke weging veelal wordt verpakt in juridische formuleringen doet aan deze waarneming niets af. Dit wordt wel problematisch als fracties in hun eindafweging moedwillig wetsvoorstellen aanvaarden waarvan zij weten dat deze indruisen tegen rechtsstatelijke beginselen. Dit was bijvoorbeeld merkbaar in het stemgedrag over straf(proces)rechtelijke wetsvoorstellen waarmee door een coalitiemeerderheid tegemoet gekomen werd aan de wens om criminaliteit 'krachtig aan te pakken'. Voorbeelden hiervan zijn wetsvoorstellen voor een uitbreiding van OM-bevoegdheden, hogere strafmaten, minder taakstraffen, gebruik van DNA-materiaal of de mogelijkheid onherroepelijke uitspraken van de strafrechter bij ernstige misdrijven ten nadele van gewezen verdachten te herzien.

Hoewel er formeel geen politieke binding bestaat tussen kabinet en Eerste Kamer, is er wel degelijk een tweedeling van regeringsfracties en oppositiefracties. De politieke werkelijkheid is dat in een coalitieakkoord of anderszins gemaakte afspraken tussen kabinet en Tweede Kamerfracties door verwante fracties in de senaat worden gerespecteerd en dat fracties bij politiek gevoelige of majeure wetsvoorstellen primair politieke afwegingen maken. Nu er al sinds 2010 niet meer automatisch een meerderheid voor een coalitie in de Eerste Kamer is, wordt – nadat in 2010 eerst nog werd gedaan alsof de Eerste Kamer een kabinet politiek per definitie zou gedogen – tijdens de recente kabinetsformaties expliciet nagegaan in hoeverre er voor een nieuw kabinet politieke steun te verwachten is in de senaat. De wetenschap dat dit al meer dan een decennium niet meer het geval is, leidt in de coalitie tot zorgen en daarbuiten tot ambities voor politisering.

Terughoudendheid als staatsrechtelijke mythe

Er valt met andere woorden een paradox te ontwaren in de niet eenduidige beeldvorming rond en in de Eerste Kamer. Met het gebruik van termen als 'chambre de réflexion', terughoudendheid, primaat Tweede Kamer, zwakke democratische legitimatie en dergelijke pogen wisselende fracties een beeld neer te zetten van een senaat die zich als indirect gekozen orgaan alleen richt en vooral ook zou behoren te richten op de juridische beoordeling van wetgeving. Paradoxaal genoeg zijn het vaak diezelfde fracties die niet aarzelen politieke doelen te realiseren via en in diezelfde Eerste Kamer.

Met het staatsrecht heeft dit alles niets te maken. Wel met de politieke realiteit. De lang betrouwbare terughoudendheid van de senaat was in werkelijkheid niets anders een politiek zelfgekozen, dat wil zeggen niet door het staatsrecht verplichte attitude. De reden daarvoor hield zeker verband met het politieke primaat van de direct gekozen Tweede Kamer. Maar ook praktisch was er tot voor kort weinig aanleiding voor een activistische of rivaliserende opstelling, nu elk kabinet altijd op een meerderheid van bevriende fracties in de Eerste Kamer kon rekenen. Deze lang gekoesterde beeldvorming is op losse schroeven komen te staan sinds kabinetten in de senaat niet meer automatisch over een meerderheid van verwante coalitiefracties kunnen beschikken. Een kabinet is dan gedwongen bij elk wetsvoorstel een (wisselende) meerderheid te zoeken. In de afgelopen jaren is dat – met succes – gedaan door het maken van afspraken en sluiten van akkoorden met oppositiefracties in de Tweede Kamer, die vervolgens een doorvertaling vonden in corresponderend stemgedrag in de Eerste Kamer.

Doublure en rivalisering

In de afgelopen jaren is daarmee zichtbaar geworden hoe snel de lang in acht genomen terughoudendheid van de Eerste Kamer is verwaterd en dat het politieke zelfbewustzijn en zelfs het politiek activisme zijn toegenomen. Daarmee dreigt de Eerste Kamer een doublure van de Tweede Kamer te worden. In samenhang daarmee ontwikkelt zich een haaks op het primaat van de Tweede Kamer staande vorm van rivalisering. Een recent voorbeeld daarvan was de eis van een aantal Eerste Kamerfracties om vooraf betrokken te worden bij de opstelling van nog in voorbereiding zijnde coronawetgeving. Een uit een oogpunt van volgtijdelijkheid moeilijk te begrijpen ambitie.

Deze ontwikkeling is onmiskenbaar van invloed op de kwaliteit en de rechtsstatelijkheid van wetgeving. De meerwaarde van de Eerste Kamer is nog steeds de algemeen erkende rol als (juridische) revisor aan de achterkant van het wetgevingsproces. Recentelijk is er wel een roep ontstaan voor een nieuwe politieke cultuur (overigens onjuist aangeduid als bestuurscultuur), met onder meer pleidooien voor meer dualistische verhoudingen en meer invloed van het parlement. Het is opvallend dat dit op zichzelf terechte streven vooral bepleit door nieuwe en afgesplitste partijen met een meer of minder zichtbare populistische signatuur en een meer of minder zichtbaar streven naar een omvorming van het bestaande formele stelsel van checks and balances ten faveure van de eigen politieke agenda. Dit gaat gepaard met een polariserende politieke stijl en ruwere politieke omgangsvormen. Deze ontwikkeling heeft intussen ook de Eerste Kamer bereikt. Oude en nieuwe 'tegenpartijen' proberen nu ook de senaat te gebruiken als een politiek strijdtoneel om de eigen doelstellingen te realiseren. Daarmee komt het streven naar een nieuwe politieke cultuur en nieuwe vormen van democratie in een bijzonder licht te staan.

Toekomst Eerste Kamer

Hoewel de gesignaleerde problemen op zichzelf genomen een redelijke aanleiding vormen het voortbestaan van de Eerste Kamer ter discussie te stellen, is het de vraag in hoeverre het verstandig is dit existentiële debat ook daadwerkelijk te voeren. Wie een beetje thuis is in de Haagse wereld begrijpt al snel dat de Eerste Kamer zelf niet snel zal meewerken aan zijn eigen opheffing. De procedure voor het wijzigen van de Grondwet, met in tweede lezing een vereiste gekwalificeerde 2/3 meerderheid biedt daarvoor alle ruimte. Het lijkt dus zinniger te kijken naar aanpassingen in de indirecte verkiezingsprocedure en in de bevoegdheden. Dat kan bijdragen aan een zwakker politiek profiel en aan een groter inhoudelijk gezag.

In dat licht is het interessant om te bezien wat de mogelijke opheffing van het grondwettelijke verbod voor de rechter om wetten aan de Grondwet te toetsen zal betekenen voor de toetsingsrol door de Eerste Kamer.

Het is met andere woorden zaak de toegenomen tendens in de Eerste Kamer naar politiek activisme te stuiten en terug te keren naar een primaire functie als wetgevingskamer. Dat bevordert de kwaliteit van wetgeving en kan bijdragen aan een zichtbare en herkenbare rol als hoeder van de rechtsstaat. Mogelijk kan de nieuwe algemene bepaling in de Grondwet ('De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat') daartoe een stimulans bieden.

Met vriendelijke groet,

Hans Engels

Emeritus hoogleraar staatsrecht en decentraal bestuur, en oud-lid van de Eerste Kamer (2004 t/m 2019)