

Constitutionele toetsing

Auteur: Michiel Duchateau



Inhoudsopgave:

Inleiding	3
De Nederlandse grondwet in vogelvlucht.	4
De volksvertegenwoordiging: Het democratisch argument.	5
Het machtscheidingargument.	6
De rechtszekerheid.	8
Het verdragsargument.	11
De angst voor politisering van de rechterlijke macht.	12
Conclusie	14
Lijst van gebruikte literatuur	16



Inleiding:

Onze allereerste grondwet bevatte al een verbod voor de rechter om te treden in de beoordeling van wetten en verdragen. Zo'n 150 jaar lang is er al sprake van discussies in de doctrine over de vraag of deze grondwetsbepaling nu wel zo'n goed idee is. Daar waar ik een paar jaar geleden nog simpelweg vond dat de grondwet ook gewoon een wet is, die door de rechter toegepast moet kunnen worden, moet ik nu erkennen dat het vraagstuk toch een stuk ingewikkelder is. Een paar jaar geleden werd ik dan ook in het geheel niet gehinderd door enige kennis van zake. De literatuur bestuderend, is mij opgevallen dat er een paar argumenten zijn die steeds weer terugkomen. Zo wordt de hoofdmoot van de discussie gevoerd rondom nieuwe motiveringen van bestaande argumenten. Dat daarbij de rechtsontwikkeling in Nederland en in het Europa, waarvan wij in toenemende mate deel gaan nemen, een grote rol speelt moge duidelijk zijn. Daarbij valt op dat Europa ook op deze discussie steeds meer zijn stempel drukt.

Eenzijds kan je de verschillende gehanteerde argumenten verdelen in theoretische en praktische argumenten. Daarbij valt op dat men bijna langs elkaar heen discussieert. Rechtsstatelijk wordt er dan iets aangevoerd, wat men probeert te ontkrachten door er de dagelijkse praktijk naast te plaatsen. Anderzijds blijken de verschillende argumenten juist moeilijk van elkaar te scheiden te zijn, door een steeds weer optredende overlap. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan een verdragsargument waarbij de rechtszekerheid ook een belangrijke rol speelt.

In deze paper heb ik het wetsvoorstel Halsema¹ en met name de bijbehorende motivering als uitgangspunt genomen. Ik probeer de goede en minder goede kanten van ieder hoofdargument² in de discussie te bekijken, om dat vervolgens naast de motivering van Halsema te leggen. Op deze manier probeer ik vooral de al dan niet overtuigende kracht van de door haar gehanteerde argumentatie te beoordelen. Ik heb ervoor gekozen de rechtsvergelijking met de verschillende landen om ons heen niet op te nemen, omdat daarvoor geen ruimte is, en ik mij wil beperken tot de inhoudelijke discussie. Ik wil juist kracht van de verschillende argumenten bekijken, en niet de bestaande rechtspraktijk zoals die elders is. Om dezelfde rede heb ik ervoor gekozen niet dieper in te gaan op de selectie van grondwetsartikelen die Halsema maakt, waarvoor constitutionele toetsing volgens haar mogelijk moet worden. Het gaat mij er steeds om hoe zij aankijkt tegen constitutionele toetsing 'an sich'.

¹ Halsema, Femke en Willems, Jannigje: *Initiatiefwet: Introductie van de bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter*, Den Haag, 2002.

² Daarbij heb ik Engels/Dölle doorslaggevend gevonden. Ik gebruik dat ook de lijst in dat boek: Dölle, mr. drs. A.H.M. en Engels, mr. J.W.M: *Constitutionele rechtspraak*, Groningen, 1989: blz. 12.

De Nederlandse grondwet in vogelvlucht

De Nederlandse grondwet bestaat uit twee delen: Een grondrechtencatalogus en een blauwdruk van de staat der Nederlanden. Hoofdstuk een geeft allen die zich in Nederland bevinden een aantal min of meer onvervreembare grondrechten. Min of meer, omdat er op de meeste grondrechten wel inbreuken mogelijk zijn bij of krachtens wet in formele zin. De middels klassieke grondrechten geschapen staatsvrije ruimte moet ons beschermen tegen machtsmisbruik door de staat, en de sociale grondrechten moet ons een eind op weg helpen om een menswaardig bestaan te leiden. Door het verschil in karakter is er ook een verschil in de manier waarop tegen de verschillende grondrechten moet worden aangekeken. De klassieke grondrechten leveren een aantal dingen op die de overheid beslist niet mag doen, zoals mensen martelen, voor de lol een huis binnendringen of mensen opsluiten omdat die niet willen geloven wat zij zegt. De sociale grondrechten scheppen juist verplichtingen voor die overheid. Zij moet bijvoorbeeld 'aanhoudende zorg' besteden aan het onderwijs³, zorgen voor de mogelijkheid tot rechtsbijstand en haar best doen om voldoende werkgelegenheid in stand te houden.

Hoofdstuk twee en verder behandelt de staatsinrichting: Welke organen zijn er en wat mogen zij? Degene die bevoegd is om bevoegdheden te verdelen heeft zich hier uitgesproken over de door hem gewenste taakverdeling. Nederland kent niet een rigide machtscheiding zoals bijv de Verenigde Staten, maar meer een machtsevenwicht. Toch is er wel een duidelijke taakverdeling te bespeuren. De Staten-Generaal vormen samen met de regering de formele wetgever, de regering is belast met de uitvoering van aangenomen wetten terwijl de Staten-Generaal haar hierbij controleert en de rechterlijke macht is belast met het beslechten van geschillen. We hebben ook nog de Raad van State, die gehoord wordt over de meeste wetsvoorstellen alvorens die te behandelen in het parlement, een Algemene Rekenkamer die de ontvangsten en uitgaven van het rijk behoudt en een Nationale ombudsman die zich bezig moet houden met de gedragingen van de verschillende bestuursorganen in Nederland.

De provincies, gemeenten, waterschappen en andere openbare lichamen wordt bestaansrecht verleend in hoofdstuk zeven van de grondwet, dat de decentrale overheidslichamen behandelt. De procedure die gevolgd moet worden om de grondwet te wijzigen, tot slot, is opgenomen in hoofdstuk acht. De wijzigingsprocedure kenmerkt zich door twee lezingen die vereist zijn om de grondwet te wijzigen. Na de eerste lezing wordt het parlement ontbonden, zodat een nieuwe parlement in een tweede lezing er nog eens naar kan kijken.

³ Zie art 23 lid 1 GW: Wat is aanhoudende zorg?

De volksvertegenwoordiging: Het democratisch argument.

Art. 50 van de grondwet draagt de Staten-Generaal op het gehele Nederlandse volk te vertegenwoordigen. Als er dus ergens de algemene volkswil tot uitdrukking moet komen dan is wel hier. Hier doelt het "democratisch argument" op⁴. De gedachte dat het volk soeverein is leidt ertoe dat de Staten-Generaal het meest geschikt geacht moeten worden de Nederlandse staatsinrichting te bepalen. De leden van de tweede kamer worden immers direct uit en door het volk gekozen, om het algemeen belang te dienen. Alle andere leden van de drie machten worden indirect of überhaupt niet gekozen. Door middel van deze politieke representatie is onze volksvertegenwoordiging meer dan wie ook gelegitimeerd om de allerhoogste regeling vast te stellen. Constitutionele toetsing draait allemaal om de vraag of iets nu wel of niet in strijd is met deze allerhoogste regeling. Voordat een wetsvoorstel wet wordt hebben de regering, het parlement en meestal de Raad van State zich ermee bemoeid. Alledrie worden zij geacht zich afgevraagd te hebben of het te behandelen voorstel wellicht in strijd kan komen met de grondwet of met de ongeschreven van ons recht⁵

Het komt in de praktijk dan ook nooit voor dat er wetten aangenomen worden die overduidelijk in strijd zijn met de grondwet. In zijn advies van 1970 stelde de Hoge Raad ook al dat geschillen m.b.t tot de grondwet bijna alle in te delen zijn in twee categorieën: Ofwel de wetgever gaat uit van een bepaalde interpretatie van de grondwet, die vervolgens door de rechter onjuist wordt gevonden, ofwel de toepassing van een algemeen luidend voorschrift leidt in een bepaald door de wetgever niet voorzien geval tot resultaat dat met de grondwet onverenigbaar is⁶. In dit soort twijfelgevallen gaat het dus eerder om grondwetsinterpretatie dan om de toepassing van overduidelijke regels. Het democratisch argument leidt nu tot de vraag of de rechter of een eventueel daartoe ingesteld ander orgaan in zijn eentje mag bepalen dat de formele wetgever, bestaande uit regering en parlement gezamenlijk, ongelijk heeft. Hierbij moet overigens hoofdzakelijk gedacht worden aan de eerste categorie van geschillen zoals de Hoge Raad die schetste omdat alleen in gevallen die binnen de eerste categorie vallen de formele wetgever geacht moet worden een standpunt ingenomen te hebben. Het democratisch argument is daarmee alleen toepasbaar op de eerste categorie van gevallen. De betere politieke legitimatie kan tenslotte alleen maar gelden indien er ook daadwerkelijk gehandeld is door de politiek beter gelegitimeerde.

⁴ Dölle, mr. drs. A.H.M. en Engels, mr. J.W.M: *Constitutionele rechtspraak*, Groningen, 1989: blz. 12.

⁵ "Advisering, met name door een zo gewichtig orgaan als de Raad van State, impliceert dat slechts op deugdelijke gronden van de adviezen wordt afgeweken. Ook daar mankeert het nog wel eens aan.", Stroink, prof. mr. F.A.M: *De plaats van de rechter in het staatsbestel*, Zwolle, 1990: blz. 16; oorspronkelijk uit R.Bakker, *Toetsingscriteria van de Raad van State*, paper Staatsrechtcongres 1984 Maastricht.

⁶ Prakke, L., Koopmans, T. en Barendrecht, J.M, *preadviezen*: blz. 17.

Het machtscheidingargument.

Voor zover het de institutionele bepalingen betreft lijkt dit een sterk argument tegen constitutionele toetsing. Er is een relatief ingewikkelde procedure gevolgd: Eerst moet men gekozen zien te worden waarna men het samen met de andere volksvertegenwoordigers eens moet worden over het aan te nemen wetsvoorstel. Vervolgens moet de regering niet dwars liggen, en de Raad van State niet al te ingewikkeld doen. Rechtsstatelijk gezien heeft ieder in Nederland indirect inspraak gehad in de aan te nemen wetgeving⁷. Zou het nu wenselijk zijn dat de rechter dit proces in een keer ongedaan kan maken? Halsema ziet dit anders. De regering drukt volgens haar de laatste jaren steeds meer zijn stempel op wetgeving ten koste van het parlement, terwijl er ook in toenemende mate sprake is van gelede normstelling en kaderwetgeving: "Het overheidsoptreden wordt minder door formele wetten gereguleerd, in ruil voor een vloedgolf aan (beleids)instrumentele wet- en regelgeving"⁸. Hierdoor ontstaan er steeds meer discretionaire bevoegdheden voor het bestuur, die steeds minder nog echt democratisch gelegitimeerd zijn. Halsema: "De wetgever die de totstandkoming van wet- en regelgeving toetst op de verenigbaarheid met de Grondwet en de uitkomst daarvan die door de rechter dient te worden geaccepteerd, blijkt in de praktijk meer en meer een, moeilijk houdbare, formele veronderstelling te zijn"⁹. In haar visie heeft het parlement toch al steeds minder macht in het wetgevingsproces. Dit aannemende is het logisch te veronderstellen dat het democratisch argument de facto steeds minder ter zake doet. Daar staat wel tegenover dat je je af kunt vragen af dat dan wel zo goed is. Als je de waarde van politieke legitimatie hoog inschat, dan moet je het nogal oneens zijn met de door Halsema geschetste ontwikkeling, zeker als dit verlies van inspraak een argument gaat vormen om diezelfde inspraak nog meer te verminderen.

Ook hier houdt mw. Halsema er een andere visie op na. Zij zet namelijk niet in op herstel van invloed van de wetgever, maar op een machtsevenwicht via individuele rechtsbescherming voor de burger. Pragmatisch gezien kan dat ook best verdedigd worden. Als de wetgever zelf haar macht wenst te delegeren aan het bestuur d.m.v. kaderwetgeving en open normen, dan mag zij dat natuurlijk zelf weten. Aangezien er maar drie machten zijn moet het wel de rechter zijn die het nieuw ontstane gat dichttimmer met individuele rechtsbescherming¹⁰. Kan je dit ook rechtsstatelijk verantwoorden? Is het zo logisch dat daar waar de ene staatsmacht ten opzichte van

⁷ Iet wel: inspraak betekent lang niet altijd dat je ook gelijk krijgt

⁸ Halsema, Femke en Willems, Jannigje: *Initiatiefwet: Introductie van de bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter*, Den Haag, 2002: blz. 16. ölle, mr. drs. A.H.M. en Engels, mr. J.W.M: *Constitutionele rechtspraak*, Groningen, 1989: blz. 12.

⁹ Halsema, Femke en Willems, Jannigje: *Initiatiefwet: Introductie van de bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter*, Den Haag, 2002: blz. 17.

¹⁰ "Waar de macht van de klassieke volksvertegenwoordiging dreigt te verminderen, dient de rechter een taak toe te komen in individuele rechtsbescherming", Halsema, Femke en Willems, Jannigje: *Initiatiefwet: Introductie van de bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter*, Den Haag, 2002.

de tweede staatsmacht, de derde staatsmacht dit gebrek aan controle op de tweede moet compenseren? En wat nou als de tweede staatsmacht bovendien onderdeel is van de eerste? Om dit te kunnen rechtvaardigen moet je minstens een groot vertrouwen hebben in deze derde macht¹¹.

Met betrekking tot de grondrechten ligt het iets genuanceerder. Die moeten ons beschermen tegen machtsmisbruik door de overheid nietwaar? Hoezeer het parlement ook democratisch gelegitimeerd is, als het zelf mag bepalen dat zij haar macht niet misbruikt, is dat behoorlijk de kat op het spek binden. Toch is het ook met betrekking tot de grondrechten niet zo heel logisch dat de rechter constitutioneel mag toetsen. Het is misschien zo dat de formele wetgever misbruik van zijn macht zou kunnen maken, maar dat kan een rechter ook. De rechter is net zoals iedereen in Nederland gebonden aan de wet en mag daarvan dus niet afwijken, maar het typische van machtsmisbruik is nu net dat er niet zo netjes met de regels omgegaan wordt. Men hoeft maar naar de V.S. te kijken om erachter te komen wat er kan gebeuren als de rechter gaat toetsen aan grondrechten. Zo is bijvoorbeeld de jarenlang gehanteerde 'separate but equal'-doctrine een knap staaltje net niet afwijken van de regels, terwijl daarbij wel structureel inbreuken op het discriminatieverbod werden gerechtvaardigd¹². Zo bezien rijst dus weer de vraag hoe groot ons vertrouwen in de rechterlijke macht is¹³. Als je daarbij nog bedenkt dat de rechterlijke macht, anders dan in bv. de V.S., bijna onafzetbaar is, dan is er wat mij betreft eigenlijk nog maar één conclusie open: Constitutionele toetsing door de rechter is een slecht idee in het huidige staatsmodel.

Daarmee is nog niet gezegd dat constitutionele toetsing in zijn geheel een slecht idee is. De mogelijkheid van een apart toetsingshof naar bv. Frans model staat nog geheel open. Natuurlijk zou ook zo'n hof machtsmisbruik kunnen plegen, maar als een zo'n college alleen maar vernietigende kracht heeft, dan kan het alleen maar dingen tegenhouden, en kan het niet allerlei praktische zaken in zijn eentje gaan beslissen. Dit geldt des te meer als zo'n hof bovendien slechts preventief zou mogen toetsen. Een nadeel hiervan is weer dat door de wetgever onvoorziene omstandigheden dan nog steeds tot onwenselijke resultaten zouden kunnen leiden.

¹¹ Zie voor deze vraagstelling en dit (misplaatste?) vertrouwen in de rechter Van Bogeaert en Hoogers in: "De legende van de rechterlijke onafhankelijkheid", onderdeel van Bovend'eert, P.P.T., De Groot-Van Leeuwen, L.E. en Mertens, Th.J.M: *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer, 2003.

¹² Jarenlang werd door de federale Supreme Court verdedigd dat de scheiding van negers en blanken bij allerlei voorzieningen niet noodzakelijkerwijs discriminatie oplevert, terwijl men vond niet in de beoordeling te kunnen treden van de feiten en omstandigheden van het geval. Daarmee ontstond er een verkapte vrijbrief voor rassensegregatie. Zie voor meer informatie hierover: Lowi & Ginsberg: *American Government, Freedom and Power*, Brief seventh edition, New York, 1990

¹³ "Constitutionele toetsing doet daarbij ook recht aan het vertrouwen in de integriteit van de Nederlandse rechtspraak.", Halsema, Femke en Willems, Jannigje: *Initiatiefwet: Introductie van de bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter*, Den Haag, 2002.

De rechtszekerheid.

Een ander veelgebruikt argument tegen constitutionele is dat dit de rechtszekerheid niet ten goede kan komen, of zoals Dölle het zegt: "boven vele wetsontwerpen hangt in beginsel het zwaard van Damocles, terwijl die rechtsonzekerheid in het geval van concrete toetsing welke tot buiten toepassing verklaring leidt t.o.v. andere gevallen 'die erop lijken' eveneens toeneemt"¹⁴. Stroink vindt dit een argument dat heden ten dage nauwelijks meer opgaat: "de burger heeft zeer veel te maken met algemeen verbindende voorschriften die geen formele wet zijn en blootstaan aan de mogelijkheid van rechterlijk onverbindendverklaring"¹⁵. Het is natuurlijk zo dat de mogelijkheid van repressieve toetsing een zekere mate van onzekerheid met zich mee brengt. Het feit dat dat in andere gevallen ook zo is doet daar niet aan af. Dit is echter, zoals Halsema terecht met de Hoge Raad opmerkt, "eerder het principe van rechterlijke toetsing in het algemeen, dan dat het een overtuigend argument tegen constitutionele toetsing in het bijzonder is"¹⁶.

Rechtsstatelijk bezien hoort de rechtszekerheid überhaupt niet in het geding te komen. De wetgever stelt immers normen vast die de rechter toepast op een voorliggend feitencomplex, waartuit vervolgens 'automatisch' de juiste oplossing voortvloeit. Als in de negentiende eeuw de computer had bestaan, had men het vast ook een goed idee gevonden om die voor rechter te laten spelen. Wetten moeten dus eigenlijk zo duidelijk zijn dat interpretatie daarvan volstrekt overbodig is¹⁷. Dit geldt ook voor de grondwet, en het idee dat twee duidelijke voorschriften met elkaar in strijd zouden komen is rechtstheoretisch bezien dan ook ondenkbaar. De grondwet is, als allerhoogste norm, een uitdrukking van de algemene volkswil en deze kan dus niet dwalen. Gelukkig twijfelt (nog?)¹⁸ niemand hieraan. De wet behoort eigenlijk ook volkomen helder te zijn aangezien ook deze vastgesteld is, met gebruikmaking van de vaststelling van de algemene volkswil¹⁹. Je moet je nu dus afvragen hoe het kan dat er toch onduidelijkheid bestaat. Waar komt dat zwaard van Damocles ineens vandaan? De rechter is immers onderworpen aan de wet, de wet is duidelijk en 'natuurlijk' niet in strijd met de grondwet. Het antwoord is redelijk voorspelbaar: De praktijk sluit niet zo mooi aan bij de theorie, hetgeen Schmitt ook al eens opgevallen is.

¹⁴ Dölle, mr. drs. A.H.M. en Engels, mr. J.W.M: *Constitutionele rechtspraak*, Groningen, 1989: blz. 72.

¹⁵ Stroink, prof. mr. F.A.M: *De plaats van de rechter in het staatsbestel*, Zwolle, 1990: blz. 13.

¹⁶ "Zo merkt ook de Hoge Raad op in zijn meergenoemde advies van 31 oktober 1991", Halsema, Femke en Willems, Jannigje: *Initiatiefwet: Introductie van de bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter*, Den Haag, 2002: blz. 19.

¹⁷ zie hiervoor ook de Wet Algemene Beginselen

¹⁸ Wie weet vinden de Europese Hoven het binnenkort ook wel nodig om van rechters te eisen dat zij de constitutie van hun land buiten toepassing laten. Uit het Betham-arrest is immers al gebleken dat zij niet schromen zich bezig te houden fundamentele zaken zoals staatsinrichting.

¹⁹ Zie voor een diepere analyse hiervan: Van Bogeaert en Hoogers in: "De legende van de rechterlijke onafhankelijkheid", onderdeel van Bovend'eert, P.P.T., De Groot-Van Leeuwen, L.E. en Mertens, Th.J.M: *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer, 2003.

Vaak zijn de uiteindelijke teksten die tot wet verheven worden een compromis naar aanleiding van een politiek debat. De grondwet zal daarop geen uitzondering zijn. De uiteindelijke tekst zal over het algemeen dus niet in eenduidigheid uitblinken. Sterker nog, de al eerder vermelde opkomst van gelede normstelling, instrumentele wet- en regelgeving, vage termen en de sterker wordende invloed van rechtsbeginselen leiden in de praktijk alleen maar tot een oerwoud aan van elkaar afgeleide normen, die uiteindelijk uitmonden in een beleidsplan, vastgesteld door een mandataris van de gemeente Vlagtwedde. Als nu wetgeving in het algemeen zo vaag is, kan je dan nog stelen dat daaruit een 'bedoeling van de wetgever' blijkt? Zou je juist niet tot de conclusie moeten komen dat de wetgever heeft gezegd: ik kom (lees: wij komen) er niet uit, al wie deze wet toe moet passen of om moet gaan met deze materie, doe er wat leuks mee, en houd je daarbij aan de volgende randvoorwaarden. Meer op scherp gesteld: Heeft de wetgever eigenlijk wel zoiets als een eenduidige bedoeling? En als de wetgever wel eenduidige bedoeling heeft, hoe zit het dan met rechtszekerheid bij open normstelling? Ook dit antwoord ligt redelijk voor de hand: Het feit dat de wetgeving zo vaag is helpt rechters ook met de beste bedoelingen niet bij het vinden van de 'juiste' interpretatie. Dat de rechtszekerheid door de wetgever zelf om zeep wordt geholpen door kwalitatief mindere wetgeving, is dan ook een klacht die steeds vaker wordt gehoord.

Dit alles speelt alleen maar meer als het gaat om grondwetsinterpretatie. De grondwet doet namelijk niet echt aan gelede normstelling, waarbij een lagere regelgever zoals de formele wetgever het maar uit moet zoeken. Er zijn weliswaar inbreuken mogelijk op grondrechten en er worden allerlei opdrachten gegeven aan de formele wetgever, maar dat heeft meer karakter van 'escapes' dan van zaken die de grondwetgever niet heeft willen regelen. De vaagheid van de grondwet van de grondwet is juist te wijten aan het feit dat er zwaarbevochten compromissen in staan, die zo gevoelig zijn dat ze niet of nauwelijks meer gewijzigd kunnen worden.²⁰ Omdat er na zware onderhandelingen de huidige bepalingen uit gekomen zijn kan je nauwelijks spreken van een eenduidige bedoeling van de grondwetgever, te meer nu 'de grondwetgever' eigenlijk niet bestaat. Er worden immers twee lezingen gehouden in de beide kamers van het parlement terwijl de regering de meeste grondwetswijzigingen heeft voorbereid. Het bovengenoemde leidt ertoe dat de formele wetgever, mede gezien de grote gelijkenis tussen de grondwetgever en de formele wetgever, het beste geschikt moet worden geacht om vast te stellen met welke bedoelingen de verschillende grondwetsartikelen zijn aangenomen.²¹

²⁰ Zoals art. 23 Grondwet, dat een einde moest maken een vele jaren van zware politieke verdeeldheid en sindsdien praktisch onveranderbaar is door de grote gevoeligheid die aan het onderwerp is verbonden.

²¹ Dölle stelt: "Het ligt theoretisch gesproken voor de hand de interpretatie en implementatie van de Grondwet in handen te stellen van de staatsorganen die ook nauw betrokken zijn bij de totstandkoming van de grondwettekst.", Dölle, mr. drs. A.H.M. en Engels, mr. J.W.M: *Constitutionele rechtspraak*, Groningen, 1989: blz. 73.

Ter aanvulling van bovenstaande stelling wordt ook de rechtseenheid naar voren gebracht. Het idee dat verschillende rechters er verschillende interpretaties op na kunnen houden blijkt ook in de praktijk geenszins denkbeeldig. Dat is niet zo verwonderlijk gezien dat eerder genoemde open normstelling e.d. Men vreest dat als grondwetsinterpretatie voor iedere rechter openstaat, dat dan iedere rechters zijn eigen interpretatie toepast, waardoor er totale onzekerheid ontstaat over de inhoud van de grondwet. Dit zou m.n. het geval zijn in de eerste categorie van gevallen zoals eerder genoemd omschreven door de Hoge Raad. Halsema wuift dit laatste weg met het argument dat dit inherent is aan rechterlijke arbeid: "Rechtsonzekerheid door verschillende uitkomsten van rechterlijke oordelen is echter inherent aan de rechterlijke arbeid en speelt op alle terreinen van het recht, niet alleen daar waar de grondrechten in geding zijn."²² Wat zij hiermee zegt is inderdaad waar, maar zij gaat voorbij aan de vraag of dit wel wenselijk is. Willen wij in Nederland wel op deze manier omgaan met een grondwet? Een wet in formele zin, die verkeerd uitgelegd wordt in de ogen van de formele wetgever, kan nog relatief eenvoudig worden aangepast. Maar een grondwettelijke bepaling is niet zo eenvoudig te wijzigen, zelfs al zou men het eens kunnen worden over een heldere bepaling.

Dit alles geldt overigens niet voor een eventueel in te stellen constitutioneel hof dat preventief zou moeten toetsen. Door preventief te toetsen vermijd je het genoemde 'Zwaard van Damocles' dat boven wetgeving zou komen te hangen en voorkom je dat er evenveel interpretaties van de grondwet ontstaan als dat er rechters in Nederland zijn. Het is wel zo dat een constitutioneel toetsingshof zich onvermijdelijk begeeft in het politieke krachtsveld. Tijdens het authentiek vaststellen of iets wel of niet in strijd met de grondwet is, worden er onvermijdelijk politieke keuzes gemaakt²³. Dit zal ik echter verderop bespreken samen met de angst voor politisering van de rechterlijke macht.

²² Halsema, Femke en Willems, Jannigje: *Initiatiefwet: Introductie van de bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter*, Den Haag, 2002: blz. 21.

²³ "In feite is er, telkens wanneer een constitutionele rechter een interpretatie geeft van een grondwettelijke norm, sprake van het *authentiek interpreteren* en aldus *verbindend vaststellen* van de inhoud van die norm.", Van Bogeaert en Hoogers in: "De legende van de rechterlijke onafhankelijkheid", onderdeel van Bovend'eert, P.P.T., De Groot-Van Leeuwen, L.E. en Mertens, Th.J.M: *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer, 2003: blz. 19.

Het verdragsargument.

Ter bestrijding van het rechtszekerheidsargument wordt vaak aangevoerd dat individuele rechtsbescherming reeds openstaat via de verschillende volkenrechtelijke verdragen waarbij Nederland partij is. Art. 94 van de grondwet gebiedt immer de rechter om bepalingen van wet buiten toepassing te laten indien zij in strijd komen met 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties'. Hierbij wordt vervolgens aangenomen dat ook deze vorm van toetsing vooralsnog niet heeft geleid tot onaanvaardbare resultaten²⁴. Aldus wordt geconcludeerd dat toetsing aan de grondwet geen problemen zou moeten geven als toetsing aan de verschillende verdragen dat ook niet doet. Dit lijkt wel wat makkelijk en erg kort door de bocht. Het rechtszekerheidsargument voert immers niet aan dat het eindresultaat onaanvaardbaar zou zijn, maar dat het vervelend is dat je niet weet wat dat eindresultaat zal zijn. Gezien de zeer uitgebreide, en vaak ook ingrijpende rechtspraak van de beide Europese Hoven, lijkt het me duidelijk beiden er geen enkel probleem mee hebben interpretatie te gebruiken om rechtseenheid te 'bevorderen'.

Door de jaren heen is er met name met betrekking tot de grondrechten nogal wat op los geïnterpreteerd. Het heeft enkele jaren mogen duren, maar inmiddels hebben we bv. het leerstuk van de indirecte discriminatie, het idee dat privacy zich uitstrekt tot de werkomgeving van werknemers²⁵, en een zeer uitgebreide invulling van al wat zoal niet onder het beginsel van het recht op 'fair trial' moge vallen²⁶. Vooral een bepaling die ongelijkheid op welke grond dan verbiedt is bij uitstek geschikt om gebruikt te worden voor rechterlijk activisme. Wie stelt er immers eenduidig vast wat gelijk is? De rechters in het Angelsaksische systeem hebben het ondanks hun grote waardering voor de stare-decisis regel toch volgehouden om inmiddels meer dan 900 jaar lang steeds meer verschillende uitspraken te blijven doen.

Een tweede component van het verdragsargument is dat de grondwet zou verworden tot een 'dode letter'²⁷. Zo zou er niets overblijven van het waarborgkarakter van de grondwet, terwijl er juist een enorme opkomst is van de rechtsbescherming door verschillende volkenrechtelijk verdragen. Om de grondwet weer relevant te laten zijn, wordt er gepleit voor afschaffing van het toetsingsverbod. De rechtsbescherming, zo stelt men, wordt toch wel gevonden: Kan het niet via de grondwet, dan kan het wel via de verdragen.

²⁴ "Dezelfde vorm van rechtsonzekerheid bestaat namelijk al doordat de rechter wetten aan verdragsgrondrechten toetst. Tot op heden heeft dit niet tot onaanvaardbare, voortdurende rechtsonzekerheid over de geldingskracht van nationale wetgeving geleid." Halsema, Femke en Willems, Jannigje: *Initiatiefwet: Introductie van de bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter*, Den Haag, 2002: blz. 19.

²⁵ Aldus het zeer bekende Niemitz-arrest.

²⁶ Zie bijvoorbeeld het Betham-arrest, om er maar eens een te noemen.

²⁷ Aansluitend bij zo ongeveer iedere auteur over dit onderwerp: "In navolging van Witteveen en Cliteur kan gesteld worden dat Thorbecke gelijk heeft gekregen toen hij stelde dat door het toetsingsverbod de Grondwet aan juridische kracht zou inboeten en, daarmee zou ophouden Grondwet te zijn.", Halsema, Femke en Willems, Jannigje: *Initiatiefwet: Introductie van de bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter*, Den Haag, 2002: blz. 16

De angst voor politisering van de rechterlijke macht.

Een laatste veelgebruikt argument wordt gevormd door waarschuwingen tegen het gevaar van een gepolitiseerde rechterlijke macht: De rechterlijke macht zou gaan zitten op de stoel van de wetgever door politieke keuzes te maken m.b.t. de strijdigheid van wetgeving met de grondwet. De geschetste gevaren zijn legio: Van zware aantasting van rechterlijke onafhankelijkheid tot een politiek gemotiveerd benoemingenbeleid van rechters. De verschillende keuzes die worden gemaakt en verdedigd of aangevallen leiden steeds weer tot totaal verschillende inschatting van het geschetste gevaar.

Met de Hoge Raad concludeert Halsema dat het allemaal wel mee zal vallen: "De Hoge Raad heeft in zijn advies van 31 oktober 1991 erkend dat het een vergissing is te veronderstellen dat dergelijke vragen [vragen van groot maatschappelijk belang, MD] eerder bij de wetgever dan bij de rechter thuishoren, als de bescherming van de burger in een concreet geschil in geding is"²⁸.

De rechter zou toch al midden in de maatschappelijke discussie staan en al die zaken die de wetgever aan de rechter overlaat, zoals het stakingsrecht en het euthanasievraagstuk, worden toch al door de rechter beslecht. Tegelijkertijd ziet Halsema wel dat politisering van de rechterlijke macht in landen die een constitutioneel hof kennen, nauwelijks te voorkomen is, al was het maar in het benoemingenbeleid. Om dit gevaar tegen te gaan stelt zij vervolgens een systeem van gespreide toetsing voor: Als alle rechters het recht krijgen om strijdigheid van wetgeving met de grondwet vast te stellen, dan zou een onafhankelijk rechterlijk oordeel toch gewaarborgd blijven. Helaas voert zij hier geen verdere redenen voor aan.

Engels verdedigt een systeem van geconcentreerde constitutionele toetsing, maar vindt het geschetste gevaar geenszins bedreigend: "Waarschuwingen tegen het gevaar van een gepolitiseerde rechterlijke macht ontstijgen het niveau van de spookbeelden nauwelijks"²⁹.

Hiervoor voert hij aan dat een met het buitenland vergelijkbaar benoemingenbeleid in Nederland nauwelijks te verwachten zal zijn. Dit heeft er alles mee te maken dat hij constitutionele toetsing bij de Hoge Raad wil concentreren. Politieke invloed op de benoemingen voor de Hoge Raad zou hem te zeer bemoeilijken bij de uitoefening van zijn andere taken, aldus Engels. Deze vorm van

²⁸ dezelfde vindplaats als noot 27.

²⁹ De mening van Engels in: Dölle, mr. drs. A.H.M. en Engels, mr. J.W.M: *Constitutionele rechtspraak*, Groningen, 1989: blz. 78.

geconcentreerde constitutionele rechtspraak is volgens Engels nodig de rechtseenheid te behouden, en omdat de Hoge Raad een 'specifieke deskundigheid en ervaring' heeft.

Van Bogaert en Hoogers, tot slot, stellen vast dat aan het interpreteren van de grondwet onlosmakelijk politieke keuzes verbonden zijn³⁰. Steeds wanneer een rechter vaststelt wat nu precies gelijkheid is, moet hij ervoor kiezen om bepaalde zaken wel of niet gelijkte laten zijn. Hierbij vormt de 'separate but equal'-doctrine waarnaar ik eerder verwees een mooi voorbeeld. Van Bogaert en Hoogers schetsen hierbij geen beelden van 'gouvernement des juges' zoals men wel pleegt te doen, maar zij wijzen ons er slechts op dat het simpelweg niet mogelijk is om de in inhoud van de grondwet vast te stellen op rationele en objectieve wijze zonder politieke keuzes te maken.



³⁰ zie noot 23

Conclusie

Zoals ik in mijn inleiding al zei blijkt het moeilijker te zijn om een keuze voor of tegen constitutionele toetsing te maken dan zou op het eerste oog lijkt. Dit is vooral zo omdat er nogal wat keuzes blijken te zijn die gemaakt moeten worden. In mijn bespreking van de verschillende argumenten heb ik al die keuzes slechts zijdelings naar voren laten komen omdat ik mij wilde beperken tot de hoofdzaak: De kracht van de verschillende argumenten en hoe de motivatie behorende bij voorstel Halsema daarmee omgaat. Het allereerste wat daarbij opvalt is dat de motivatie nogal dun is. Er worden hier en daar aannames gedaan die, wat mij betreft, niet zo voor de hand liggend zijn. Omdat het om aannames gaat blijkt nadere motivering daarbij te ontbreken. Het voorstel Halsema verdedigt een systeem van gespreide, repressieve constitutionele toetsing. Iedere rechter krijgt daarbij dus het recht om achteraf vast te stellen dat de wet buiten toepassing moet blijven.

Het democratisch argument en het machtscheiding argument doen zich het meeste voelen in een systeem van repressieve toetsing. De vraag wordt terecht opgeworpen wat nu precies de rol van de Nederlandse rechter zou moeten zijn. Met Van Bogaert en Hoogers ben ik geneigd grote vraagtekens te plaatsen bij de aanname dat de rechter onafhankelijk, en daarmee waarborg genoeg, is³¹. Ook gezien het feit dat veel grondwetgeving niet vaag is omdat de wetgever het niet heeft willen regelen, maar juist omdat het een zwaar bevochten compromis betreft, ben ik geneigd te twijfelen. Juist bij repressieve toetsing is bijzonder relevant omdat een rechter dan de grondwet kan 'recht interpreteren' naar het voorliggende feitencomplex. Bij preventieve toetsing is het logisch aan te nemen dat de preventieve toetsers slecht vernietigende kracht toekomt. Daarbij is het minder aannemelijk dat de grondwet scheefgetrokken wordt door welwillende interpretaties.

Toch ben ik het er wel mee eens dat het raar is om de wetgever zelf te laten besluiten dat hij geen machtsmisbruik pleegt. Daarmee open je eigenlijk de deur naar vrijwel onbegrensd machtsmisbruik. De waarborg die vierjaarlijkse verkiezingen dan moeten bieden lijkt me daarbij zeer onvoldoende. Aan de andere kant kan dat ook gezegd worden van een actieve rechter, die immers de bevoegdheid zij krijgen om heel veel macht uit te oefenen d.m.v. creatieve interpretaties. Daarbij zou dan nog komen dat de Nederlandse rechter vrijwel onafzetbaar is, waardoor een potentieel machtsblok ontstaat waar je wel 'u' tegen moet zeggen. Bovendien is de angst voor verregaande politisering van de rechterlijke macht in zo'n echt niet als denkbeeldig weg te wuiven. Een enigszins gepolitiseerde rechterlijke macht lijkt mij op zich niet heel vreselijk, maar daarbij moeten we ons dan wel afvragen hoe onafhankelijk die dan nog is. Halsema voert aan dat spreiding van de bevoegdheid tot constitutionele toetsing ons moet beschermen tegen de geschetste politisering. Ik kan echter niet inzien dat dat de remedie is. Het ontbreken van nadere argumenten vind ik op dit punt dan ook erg storend. Ik snap dat verschillende rechterlijke collegies elkaar misschien nog in balans zouden kunnen houden. Als dat zo, dan lijkt echter forumshopping zeer in de lijn der verwachting te liggen, en dat lijkt mij zeker op dit punt zeer onwenselijk.

³¹ Vooral de vraag naar de rechtvaardiging daarvan wordt ineens weer relevant. Zie hiervoor: "De legende van de rechterlijke onafhankelijkheid", onderdeel van Bovend'eert, P.P.T., De Groot-Van Leeuwen, L.E. en Mertens, Th.J.M: *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer, 2003.

Ook het verdragsargument levert voor mij geen voldoende overtuigingskracht op om de deur open te zetten naar constitutionele toetsing door de Nederlandse rechter. Het feit dat rechtsbescherming ook kan worden gevonden via de verschillende volkenrechtelijke verdragen kan mijns inziens niet leiden tot een zo ingrijpende staatsrechtelijke aanpassing. Dit gedeelte van het verdragsargument overstijgt wat mij betreft dan ook de gemiddelde 'ja maar jij' in waarde niet. Bovendien is het rechterlijk activisme wat de beide Europese Hoven door de jaren heen hebben getoond nou niet bepaald een schoolvoorbeeld van hoe het zou moeten. Het komt mij veel te dicht in de buurt van een rechter die *feitelijk* de dienst uitmaakt. Je zou dan ook kunnen zeggen dat de meeste mensen die het verdragsargument hanteren zichzelf in de voet schieten. Het tweede gedeelte van het genoemde argument kan mij ook niet overtuigen.

De gulden middenweg ligt wat mij betreft in preventieve toetsing aan de gehele grondwet, door een niet-rechterlijk college. Daarmee is de rechtszekerheid het beste gediend omdat eenieder bij de afkondiging van een wet zeker weet dat die ook verbindend is. Bovendien wordt daarmee ook een afdoende machtenscheiding gehandhaafd omdat zowel de rechter als de wetgever niet de echte macht krijgen over de grondwet. De grondwet is niet iets waarmee je wil gokken: Je wil echt wel zeker weten dat de interpretatie daarvan in goede handen is. Omdat het preventieve toetsing betreft is deze uiteraard geconcentreerd. Dat hierdoor de benoemingen voor zo'n college politiek gemotiveerd kunnen zijn is absoluut niet uitgesloten, maar als je het college louter de macht geeft om wetgeving tegen te houden, dan is een zekere onafhankelijkheid toch wel gewaarborgd. Het college heeft dan simpelweg niet de mogelijkheid om constructief zijn eigen zin door te drijven. Is dit nog niet genoeg, dan kunnen we ook nog een overrulerecht voor tweederde van het parlement instellen. Dit zou excessen zeker moeten kunnen tegenhouden.



Lijst van gebruikte literatuur:

Halsema, Femke en Willems, Jannigje: *Initiatiefwet: Introductie van de bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter*, Den Haag, 2002. Te downloaden vanaf: <http://www.groenlinks.nl/partij/2dekamer/publikaties/constitutioneietoetsingweb.doc>

Dölle, mr. drs. A.H.M. en Engels, mr. J.W.M: *Constitutionele rechtspraak*, Groningen, 1989.

Stroink, prof. mr. F.A.M: *De plaats van de rechter in het staatsbestel*, Zwolle, 1990.

Van der Pot en Donner: *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door prof. mr. L. Prakke, mr. J.L. de Reede en dr. G.J.M. van Wissen, Zwolle, 1995.

Bovend'eert, P.P.T., De Groot-Van Leeuwen, L.E. en Mertens, Th.J.M: *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer, 2003.

Prakke, L., Koopmans, T. en Barendrecht, J.M.: *Toetsing: 'Dient de wetgever de mogelijkheid te bieden, dat de rechter de formele wet toetst aan de Grondwet en ongeschreven rechtsbeginselen, en zo ja, hoe dient deze mogelijkheid dan te worden uitgewerkt? Preadviezen*, Zwolle, 1992.

