

De stoel van de grondwetgever

**Over de gevolgen van invoering van constitutionele rechtspraak op ons
institutionele evenwicht**

Auteur: Michiel Duchateau

(studentnummer: 1180460)

Begeleider: Gerhard Hoogers



Voorwoord

Ik denk dat niet veel studenten het geluk hebben dat een docent zichzelf kandidaat stelt als scriptiebegeleider. Gerhard Hoogers deed dat wel. Bij hem heb ik ook een verleden als het gaat om constitutionele toetsing. In de werkgroep van Staatsrecht 1A, waar hij mijn docent was, riep ik nog dat het toetsingsverbod toch volkomen absurd was en dat het toch 'gewoon' opgeheven moest worden. Wist ik toen veel. Later heb ik ook bij hem een paper geschreven over constitutionele toetsing, dat al veel beter doordacht was. En dan nu mijn scriptie erover. Uiteraard ben ik van mening dat het een zeer degelijke scriptie betreft.

Het is bijna vreemd dat de scriptie af is. Ik heb zeker een jaar lang met het onderwerp in mijn hoofd rondgelopen, waarvan de laatste tijd natuurlijk de meest intensieve was. Er niet meer over denken is dan wel rustgevend, maar op een bepaalde manier ook leeg. Er waren tijden dat ik over niks anders kon praten dan mijn scriptie, wat erg vermoeiend moet zijn geweest voor anderen. Tegelijkertijd ben ik ook blij dat ik mijn scriptie heb kunnen afronden in afzienbare tijd, en met een prettige samenwerking met een goede begeleider. Het schijnt namelijk bij sommige anderen erg moeizaam te kunnen gaan waardoor het een vervelend, slepend proces wordt.

Rest mij alleen nog het bedanken van diegenen die met me hebben meegedacht over mijn scriptie, en me aan de gang hebben gehouden. In het bijzonder wil ik graag Ilse, mijn vriendin, bedanken voor het feit dat ze het met me heeft uitgehouden toen ik alleen maar over constitutionele toetsing kon praten.

Michiel Duchateau



"What is government itself but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself"

James Madison, The Federalist papers, nr. 51.



Inhoudsopgave

Inleiding.....	5
Hoofdstuk 1: Het Nederlandse rechtsstatelijke systeem.....	7
<i>De rechtsstaat Nederland.....</i>	7
<i>De rechtsfilosofie.....</i>	9
<i>Drie vormen van democratische legitimatie.....</i>	10
<i>De rechtszekerheid.....</i>	13
<i>De rechtseenheid.....</i>	14
<i>Conclusie.....</i>	15
Hoofdstuk 2: Het karakter van constitutionele toetsing.....	16
<i>Inleiding.....</i>	16
<i>Inhoudelijke aspecten.....</i>	16
<i>Institutionele aspecten.....</i>	18
<i>Rechtsvergelijkende aspecten.....</i>	19
<i>Conclusie.....</i>	20
Hoofdstuk 3: De legitimatie van rechtspraak.....	21
<i>Inleiding.....</i>	21
<i>Legitimatie door acceptatie.....</i>	21
<i>Legitimatie door het kennen van gedeelde meningen.....</i>	24
<i>Legitimatie door middel van een delegatieconstructie.....</i>	26
<i>Legitimatie door het rechtsstatelijke stelsel zelf.....</i>	27
<i>Conclusie.....</i>	28
Hoofdstuk 4: Een alternatief voor wetsvoorstel-Halsema.....	30
<i>Inleiding.....</i>	30
<i>Een algemene beschouwing.....</i>	30
<i>'Gouvernement des judges'.....</i>	31
<i>De afzetbaarheid van rechters.....</i>	32
<i>Een onafhankelijk arbiter.....</i>	33
<i>Het optellen van elementen.....</i>	36
<i>Naar constitutionele toetsing in Nederland?.....</i>	37
<i>Conclusie.....</i>	39
Conclusie.....	40
Lijst van geraadpleegde en van aangehaalde literatuur.....	44

Inleiding

Het debat over constitutionele toetsing loopt al 150 jaar. We hebben in Nederland wel altijd een totaal toetsingsverbod gekend, maar dat is niet altijd onomstreden geweest. Thorbecke, toch zeker niet een van de minste in onze staatskundige geschiedenis, was al tegen het verbod.¹ De meesten echter waren voor. Dat begon pas in de jaren negentig van de twintigste eeuw te verschuiven. Inmiddels lijkt het erop dat een meerderheid voor afschaffing van het verbod is. Halsema heeft onlangs een initiatief-wetsvoorstel ingediend dat toetsing aan enkele grondrechten door de rechter mogelijk moet maken.²

Nu is er de afgelopen 150 jaar veel geschreven over constitutionele toetsing in Nederland. Van Houten geeft in haar proefschrift een overzicht van die discussie dat met recht indrukwekkend genoemd kan worden.³ Daaruit blijkt onder andere dat bepaalde argumenten steeds herhaald worden. Hirsch Ballin heeft echter gelijk als hij stelt dat "[h]et feit dat in de discussie over toetsing van wetten aan de GW bepaalde argumenten pro en contra uittentreuren worden herhaald, niet [betekent] dat daarmee alles gezegd is."⁴ Bovendien lijken de niet uittentreuren herhaalde argumenten soms vergeten te worden.

Het is daarom opvallend dat de Raad van State, de Hoge Raad, de Raad voor Rechtspraak en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak alle vier onverdeeld positief zijn over het voorstel van Halsema, terwijl daar toch wel het een en ander op aan te merken valt.⁵ Ze hebben weliswaar enkele punten van kritiek genoemd, maar dat betroffen ondergeschikte punten. Het meest opvallend in het Tweede-Kamerdossier over de invoering van constitutionele rechtspraak is nog wel dat Halsema stelt dat eventuele bezwaren met betrekking tot legitimering van rechtspraak niet van groot belang zijn omdat "[n]iet valt in te zien dat deze rechtspraak [de terughoudende houding van de rechter m.b.t. rechtsvorming, MD] na uitbreiding van de al bestaande toetsingsmogelijkheid een andere wending zal nemen."⁶ Kennelijk heeft de rechter dus een rechtsvormende taak. En kennelijk kan hij daar prima mee vertrouwd worden.

In de literatuur wordt er al tijden gesproken over de rechtsvormende taak van de rechter, maar slechts zelden treft men aan wat die taak dan precies inhoudt. Moeilijker nog is het zoeken naar literatuur die aangeeft wat precies de verhouding is tussen de rechtsvormende taak van de rechter en het institutionele evenwicht in Nederland. De wet Algemene Bepalingen (wet AB) staat in ieder geval al tijden niet meer in de weg aan het toevoegen van normen aan de rechtsorde door de rechter.

De notie dat de rechter wel vertrouwd kan worden met die rechtsvormende taak staat overigens haaks op de insteek van de klassieke rechtsstatelijke theorie. Die gaat immers uit van een op macht beluste overheid. Niemand kan op zijn blauwe ogen

¹ Het door zeer vele schrijvers aangehaalde citaat is de door hem geuite waarschuwing dat door het constitutioneel toetsingsverbod "de Grondwet (...) ophouden Grondwet te zijn; en de gewone wetgever, die zijn bestaan en zijn regt enkel uit de Grondwet ontleent, boven de Grondwet wezen." Thorbecke 1921, p. 60

² *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 331, nr. 1.

³ Van Houten 1997, p. 123 e.v.

⁴ Hirsch Ballin 2001, p. 47.

⁵ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 5 en 6 en 28 331-a.

⁶ *Kamerstukken II*, 2003/04, 28 331, nr 11 (Nota n.a.v. Verslag).

vertrouwd worden, en behaalde resultaten in het verleden zijn zeker geen garantie voor de toekomst. Niet voor niets wordt regeren zo moeilijk gemaakt. De machtscheiding gaat uit van elkaar om macht bestrijdende overheden, of houdt daar in ieder geval rekening mee.

De vraag die deze scriptie probeert te beantwoorden is dan ook of een systeem van constitutionele toetsing door de rechter in Nederland in overeenstemming gebracht kan worden met het Nederlandse rechtsstatelijke bestel. Daarbij zal vooral gelet worden op de gevolgen die bepaalde keuzes hebben voor het institutionele evenwicht. Omdat het vooral de verhouding tussen de rechter en de wetgever is die centraal staat zal er bovendien gekeken worden naar de legitimatie van rechtspraak.

De beschreven vraag kan uiteraard niet ineens beantwoord worden. Daarom wordt er eerst een theoretisch beeld geschetst van het rechtsstatelijke model van Nederland zoals dat uit de grondwet en de wet AB voortvloeit. Men name zal blijken dat de legitimatie van rechtspraak in de klassieke theorie automatisch voortvloeit uit het in de wet AB gekozen machtsevenwicht. Vervolgens wordt een aantal verschillende vormen van legitimatie onderscheiden, teneinde een beter overzicht te krijgen van alle keuzes die samenhangen met de invoering van constitutionele toetsing in Nederland.

Omdat Halsema op een aantal punten in de behandeling van haar wetsvoorstel argumenten tegenpareert met de stelling dat het geen nieuwe bezwaren betreffen, nu die in de gewone rechtspraak ook niet tot onoverkomelijkheden hebben gezorgd,⁷ staat in hoofdstuk twee de vraag centraal in hoeverre constitutionele toetsing dezelfde bezigheid is als 'gewone' rechterlijke toetsing. Daarna wordt bezien hoe er tot op heden wordt omgegaan met de rechtsvormende taak van de rechter en eventuele problemen met betrekking tot de legitimatie van rechtspraak daaromtrent. De aandacht gaat dan vooral uit naar de vraag hoe het dreigende legitimeringstekort van rechtspraak kan worden opgevangen. Aldus moet blijken of Halsema terecht geconstateerde problemen doorverwijst naar wat zij 'het principe van rechtspraak in zijn algemeenheid' noemt.⁸

In het vierde hoofdstuk, tot slot, wordt onderzocht of er in andere rechtssystemen wellicht een oplossing gevonden is voor de eerder genoemde problemen. Daarbij wordt ook gelet op de mate van geschiktheid van zo'n oplossing voor invoering in Nederland. In het bijzonder gaat de aandacht uit naar het systeem van België, de Verenigde Staten en Frankrijk. Steeds wordt niet het gehele systeem van die landen beschreven, maar telkens wordt slechts de aandacht gevestigd op die zaken die van toegevoegde waarde kunnen zijn bij het ontwerpen van een systeem van constitutionele toetsing in Nederland.

⁷ Dit zegt zij onder andere in de Memorie van Toelichting. *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331 nr. 9, p.15.

⁸ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331 nr. 9, p.15 (MvT).

Hoofdstuk 1: Het Nederlandse rechtsstatelijke systeem

De rechtsstaat Nederland

Zoals bekend heeft Nederland niet een systeem van strikte machtenscheiding in de zin van de leer van de Trias Politica à la Montesquieu. Het Nederlandse staatsrecht wordt meer gekenmerkt door een machtsevenwicht. De wijze waarop de Staten Generaal samenwerken met de regering in de wetgevingsprocedure is daarvan een mooi voorbeeld. Wel is er sprake van een strikte afscheiding van de rechterlijke kolom.⁹ De Nederlandse rechter is volledig onafhankelijk in die zin dat hij aan geen enkele politieke partij gelieerd is, waardoor hij geen politieke invloed hoeft te dulden. Bovendien is hij voor het leven benoemd, opdat hij zijn rechtspraak niet van bijvoorbeeld wederverkiezing kan laten afhangen. Buiten de rechterlijke kolom is er bovendien niemand die hem op zijn functioneren kan aanspreken, of hem aanwijzingen kan geven over de manier waarop hij recht dient te spreken. De regering en het parlement kennen zulk een vrijheid niet, doordat zij beiden verantwoording verschuldigd zijn aan een ander: De regering aan het parlement, het parlement aan de kiezer. Hen komt daardoor wel een beroep op een kiezersmandaat toe.

Vrij algemeen wordt aangenomen dat er een significant verschil bestaat tussen de werkzaamheden van de regering en het parlement enerzijds, en de werkzaamheden van de rechter anderzijds.¹⁰ Dat is een rechtstreeks uitvloeisel van de manier waarop de rechtsstaat Nederland is opgebouwd. Het Nederlandse rechtsstatelijke systeem gaat er vanuit dat de wetgever de wetten maakt, die de rechter vervolgens toepast. Ruimte voor eigen interpretatie heeft de rechter daarbij in principe niet.¹¹ Daar waar de grondwet wellicht nog enige ruimte laat voor invulling in de praktijk, is de wet Algemene Bepalingen (de wet AB) zeer duidelijk.¹² Ook Montesquieu ging uit van de strikte gebondenheid van de rechter aan de wet. In de woorden van Van Roermund is de rede daarvan dat "de wet in zijn ogen [die van Montesquieu, MD] de neerslag is van een politiek proces waarin een samenleving er aanspraak op maakt de overgang van politiek naar recht te voltrekken."¹³

Daarmee is het niet alleen zo dat de rechter zich geen eigen oordeel mag vormen over de redelijkheid van strikte wetstoepassing in een bepaald geval, ook is het zo dat iedere noodzaak daartoe ontbreekt omdat de wet wordt geacht volledig en juist te zijn.¹⁴ Het enige wat de rechter doet is de feiten op het recht toepassen. Dat de rechter zich daarbij door zijn eigen (politieke) visie zou kunnen laten leiden is ondenkbaar, aangezien de wet in theorie geen enkele speelruimte laat.¹⁵ Daarbij wordt er wel steeds vanuit gegaan dat de wetgever zoveel mogelijk macht naar zich toe trekt. De machtenscheiding werd immers nodig geacht om machtsmisbruik door een oppermachtige overheid te voorkomen.

⁹ Aangenomen dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State als voldoende onafhankelijk kan worden gekwalificeerd, hetgeen m.i. zo is.

¹⁰ "Het democratisch bestuur voert politiek, de rechter niet." Brenninkmeijer 1987, p 61

¹¹ Wiarda 1988, p71

¹² "Dit alles brengt mee dat men hoogstens kan zeggen dat de Grondwet wel van een zekere machtenscheiding uitgaat, maar het aan de praktijk – voornamelijk van wetgeving en rechtspraak – overlaat om hier het juiste evenwicht te vinden." Sniijders 1987, p. 139-140

¹³ Van Roermund 1996, p. 50

¹⁴ Art. 11 Wet AB verbiedt de rechter de 'innerlijke billijkheid der wet' te beoordelen.

¹⁵ Zie voor een uitgebreide analyse: Van Bogeaart en Hoogers 2003, p. 9 e.v.

In dit rechtsstatelijke systeem geldt de wet als uiting van de wil van het volk om zichzelf de wet te stellen.¹⁶ Daarmee is in ieder geval gewaarborgd dat meningen die kunnen rekenen op een breed maatschappelijk draagvlak verdisconteerd worden in het wetgevingsproces. Het parlementaire systeem houdt in beginsel ook rekening met minderheden, opdat er wetgeving ingevoerd wordt die in het algemeen belang is, in tegenstelling tot enkel het belang van de meerderheid. Rechtsstatelijk gezien heeft iedereen daarmee invloed gehad op de tot stand te komen wetgeving.

De grondrechten hebben hierbij een aanvullende functie. Aanvullend omdat de staat in theorie in het algemeen belang van het volk handelt en extra bescherming daarmee overbodig is.¹⁷ Praktisch gezien is die notie echter een illusie, en hebben grondrechten een nuttige functie als beschermers van het individu. Ook het algemeen belang is daarmee niet zo zwaarwegend dat inperkingen op grondrechten, buiten de inperkingclausule's om, getolereerd moeten worden door individuen die de meerderheid onwettelijke activiteiten ontplooiën, zoals demonstreren tegen meer immigranten e.d. Deze functie kunnen die grondrechten echter alleen vervullen als er daadwerkelijk aan getoetst wordt. De formele wetgever wordt momenteel geacht dat dan ook consequent te doen.

De laatste jaren valt echter de neiging bij de formele wetgever te bespeuren om zaken min of meer gereguleerd door te schuiven naar een lager bestuurlijk niveau. Daarbij bedient de wetgever zich steeds vaker van kaderwetgeving.¹⁸ In plaats van duidelijke materiele normen worden er kaders gesteld waarbinnen het met de wetgeving belaste uitvoerend orgaan zich redelijk vrij mag bewegen. Niet zelden delegeert zo'n uitvoerend orgaan weer onder, waardoor er steeds meer sprake is van gelede normstelling, waarbij de formele wet pas in laatste instantie houvast biedt met betrekking tot de legaliteit van een bepaalde beschikking. De controlerende taak van het parlement ten opzichte van de regering wordt hierdoor bemoeilijkt.¹⁹ Hierin wordt door sommigen een argument gezien om de taak van de rechter te versterken in de vorm van een (beperkt) constitutioneel toetsingsrecht.²⁰ De aanvullende rechtsbeschermende functie van sommige grondrechten zou volgens o.a. Halsema meer gestalte moeten krijgen in de vorm van dit toetsingsrecht.

Daar waar het parlement er niet in slaagt de regering voldoende te controleren, groeit het aantal beroepen op de rechter, aldus Wijnholt.²¹ Daarmee komt de individuele rechtsbescherming van burgers steeds meer in de schijnwerpers te staan. De redenering daarbij lijkt te zijn dat als de kwaliteit van wetgeving achteruit gaat door een verminderde parlementaire controle, de kans op onrechtmatige regelgeving groeit. Burgers zouden dan niet meer genoeg op het parlement kunnen vertrouwen om hun rechten veilig te stellen, waardoor het aantal verzoeken tot individuele

¹⁶ Van Roermund spreekt van "een politiek proces waarin een samenleving er aanspraak op maakt de overgang van politiek naar recht te voltrekken." Van Roermund 1996, p. 50. Van Dommelen spreekt in dit verband van het volkssoevereiniteitsprincipe. Van Dommelen 2003, p. 190.

¹⁷ In theorie wordt de 'volonté generale', zoals omschreven door Rousseau, gediend. Alle belangen (volonté de tous) worden geacht in deze volonté generale verdisconteerd te zijn. Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 25.

¹⁸ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 12 (MvT).

¹⁹ "Kennelijk leeft in parlementaire kringen het gevoel dat het bestuur oppermachtig dreigt te worden.", *De Werd* 2004, p. 889.

²⁰ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr 9, p. 12 (MvT).

²¹ Wijnholt 1987a, p. 150. Wijnholt is overigens zeker niet de enige die deze trend constateert.

rechtsbescherming door de rechter groeit.²² Daar waar het parlement er niet meer in is geslaagd eventuele strijdigheden met de grondwet te constateren, kan de rechter dit alsnog doen. Hij kan dan alsnog rechtsgevolgen verbinden aan de geconstateerde strijdigheid met de grondwet, zij het dat hij daarmee in feite de 'laatste strohalm' wordt. De wetgever wordt uitdrukkelijk niet ontslagen van zijn eigen verplichting tot constitutionele toetsing, maar eventuele omissies kunnen makkelijker hersteld worden.²³

Een kanttekening die bij bovenstaande redenering geplaatst kan worden is echter dat daar waar het parlement er niet in slaagt de regering afdoende te controleren wegens een overschot aan gelede normstelling, de rechter gewoon volledig mag toetsen. Typend voor gelede normstelling is immers regelgeving op lager bestuurlijk niveau. En die mag de rechter toetsten aan de grondwet.

Bovendien kan met Van Bogaert en Hoogers gewezen worden op de staatsrechtelijke positie van de rechter. Die heeft volgens hen namelijk een 'schanierfunctie' in de rechtsstatelijke orde: "hij [de rechter, MD] is namelijk de garant van de algemene wet en daarmee ook de garant van de gehele rechtsstatelijke ordening."²⁴ Het is dus uitdrukkelijk niet de bedoeling dat de rechter de taak van het parlement overneemt of waarneemt. Er is immers sprake van twee strikt gescheiden bezigheden: De wetgever houdt zich bezig met het vaststellen van normen, de rechter houdt iedereen daar aan. Maar wat nu als de (grond)wetgever niet met voldoende duidelijkheid heeft kunnen vaststellen aan welke normen we gebonden zijn? Onze grondwet bevat alles behalve heldere normen, zodat de bedoeling van de grondwetgever slecht kenbaar is.²⁵ Het buiten toepassing laten van een lagere norm wegens strijdigheid met een hogere norm kan alleen, zo merken Van Bogaert en Hoogers terecht op, "als de inhoud van beide normen met voldoende scherpheid is vastgesteld."²⁶ De rechter moet dus over een voldoende duidelijke wet beschikken om iemand aan die wet te kunnen binden. Het is op dit punt dat de theorie en de praktijk sterk uit elkaar gaan lopen.

De rechtsfilosofie

Deze meeste machtenscheidingstheorieën, te beginnen met die van Montesquieu, gaan uit van een op macht beluste overheid. De staatsmacht moet verdeeld worden omdat alle drie de machten (ook de rechter) geacht worden om zoveel mogelijk macht naar zich toe te willen trekken. Er is geen rekening gehouden met een wetgever die ontwikkelingen aan de rechtspraak wil overlaten, of opzettelijk wat Wiarda noemt 'vage normen' zou willen opnemen in wetgeving.²⁷ Ook Kelsen, een groot voorstander van constitutionele toetsing, ging uit van de kenbaarheid van grondwettelijke normen. Vage normen zouden sowieso vermeden moeten worden omdat het anders de rechter is die de inhoud van de norm vaststelt en niet de wetgever.²⁸ Aangezien de rechter

²² "Verder zien we dat de macht van het parlement afneemt. En dat verklaart in het systeem van checks and balances de behoefte aan een ander sterk tegenwicht tegen de regering. Binnen de staat blijft er dan alleen de rechter over." Wijnholt 1987b, p. 28.

²³ *Kamerstukken II*, 2003/04, 28 331, nr 11, p. 10 (nota n.a.v. verslag).

²⁴ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 9.

²⁵ Nog los gezien van het sterke compromiskarakter, waardoor je je kunt afvragen of er wel een 'de' bedoeling van de grondwetgever is.

²⁶ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 15.

²⁷ Wiarda 1988, p. 43.

²⁸ Zie voor een uitgebreide beschrijving: Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 15 e.v.

zijn legitimatie rechtsreeks ontleent aan de wet, die op zijn beurt weer is vastgesteld door democratisch gelegitimeerde organen, mag hij geen normen aan de rechtsorde toevoegen.

Ook Van Dommelen ziet legitimeringsproblemen indien de rechter zonder controle van wie dan ook buiten de rechterlijke kolom constitutioneel zou mogen toetsen: "Formeel wordt de inhoudelijke legitimiteit van rechtsbeslissingen gegarandeerd door de binding van (constitutionele) rechters aan de wet. Vanwege de openheid van de grondwet biedt deze binding echter te weinig garanties."²⁹ Zij beperkt zich echter niet tot uitsluitend de legitimering van de rechtsoordelen zelf, maar erkent daarbij nog een tweetal andere vormen van legitimatie, namelijk institutionele democratische legitimatie en personele democratische legitimatie.³⁰

Drie vormen van democratische legitimatie

Institutionele democratische legitimatie houdt in "dat het ontstaan van staatsinstellingen met het volkssoevereiniteitsprincipe verbonden moet zijn. Constitutionele rechtspraak moet door de *grondwetgever* tot stand zijn gebracht. Dit houdt in dat de organisatie en bevoegdheden van het constitutionele hof in de grondwet moeten zijn vastgelegd."³¹ In tegenstelling tot sommige andere landen is het thema constitutionele toetsing tot op heden in de grondwet geregeld middels het totaalverbod van art 120.³² Het wetsvoorstel Halsema strekt tot een herziening van de grondwet in die zin dat de rechter, wiens competentie overigens duidelijk op de grondwet is terug te voeren, bevoegd wordt om formele wetten te toetsen aan de grondwet.

Een vraag die daarbij rijst is of het institutionele evenwicht niet verstoord zou kunnen worden door deze toevoeging van macht aan de zijde van de rechter. Halsema meent van niet. Daartoe voert zij aan dat de rechter slechts een concrete toepassing van een wet toetst aan een grondwetsartikel en het de (grond)wetgever bovendien vrijstaat om de (grond)wet aan te passen.³³ Bovendien stelt ze voor het constitutioneel toetsingsrecht enkel te verlenen voor grondwetsbepalingen die een subjectief, en daarmee toetsbaar, recht verlenen aan burgers.³⁴ De kans dat de rechter zich op het politieke terrein moet wagen wordt daarmee minimaal geacht.³⁵ Zou de wetgever het dan nog niet eens zijn met de interpretatie die de rechter kiest, dan zou hij de formulering van een grondwetsartikel zo kunnen aanscherpen dat de gewraakte interpretatiewijze duidelijk niet meer tot de mogelijkheden behoort.

Hier kan tegenin worden gebracht dat de grondwet een bijzonder zware wijzigingsprocedure kent. De bedoeling daarvan is natuurlijk dat enkel bepalingen die heel belangrijk geacht worden in de grondwet worden opgenomen. Deze bepalingen hoeven normaliter niet snel aangepast te kunnen worden. Bovendien gaat het minderheidsbeschermende karakter van onder andere de grondrechten verloren als deze al te makkelijk aangepast zouden kunnen worden. De bedoeling is dus duidelijk

²⁹ Van Dommelen 2003, p. 199.

³⁰ Van Dommelen 2003, p. 190 e.v.

³¹ Van Dommelen 2003, p. 196

³² De Supreme Court heeft zijn eigen bevoegdheid gecreëerd. Prakke 1971, p. 23.

³³ Nota n.a.v. verslag, p. 11

³⁴ Vgl. het door Halsema overgenomen advies van de Raad van State. *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331-a, p. 4.

³⁵ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 18 (MvT).

niet dat de grondwetgever gedwongen zou kunnen worden de grondwet aan te passen omdat de rechter hem in zijn ogen verkeerd interpreteert.

Het sterke compromiskarakter, dat onvermijdelijk volgt uit de eis dat er een gekwalificeerde meerderheid nodig is om de grondwet aan te passen, draagt ook niet bij aan de helderheid van grondwetsbepalingen. Al is het de bedoeling om bepalingen in het leven te roepen die heldere grondrechten verlenen, de praktijk van onder andere het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) leert dat ook relatief heldere bepalingen door interpretatie nader ingevuld moeten worden. Halsema constateert dat deze internationale praktijk tot op heden geen onaanvaardbare situaties heeft opgeleverd.³⁶ Niet zegt zij daarmee dat dit niet mogelijk zou zijn.

Onder wat Van Dommelen personele democratische legitimering noemt valt wat Engels noemt de angst voor politisering van de rechterlijke macht.³⁷ Geconstateerd kan worden dat in landen waar men een constitutioneel toetsingshof heeft dat bij uitsluiting bevoegd is vast te stellen wat de inhoud van de grondwet is, de *persoon* van de rechter ook erg belangrijk is. Halsema stelt dat daaruit blijkt dat politisering van de rechterlijke macht daarom in een systeem van geconcentreerde toetsing nauwelijks te voorkomen is.³⁸ Zij verwacht dit soort problemen niet als een constitutioneel toetsingsrecht gespreid wordt ingevoerd. Van Dommelen constateert ongeveer hetzelfde. Daarbij merkt zij echter wel op dat in landen met gespreide toetsing de leden van het hoogste rechtscollege meestal op afwijkende manier worden geselecteerd.³⁹ Aangezien de hoogste rechterlijke colleges het uiteindelijk voor het zeggen hebben doen zich gelijksoortige problemen voor als bij gespreide toetsing: Men wil heel zeker weten dat men de juiste persoon heeft voor de taak van constitutionele toetsing.

Terecht spreekt Van Dommelen van een dilemma tussen onpartijdigheid en onafhankelijkheid enerzijds, en democratische legitimatie anderzijds.⁴⁰ Een grondwetsuitleggend orgaan, moet bij voorkeur democratische legitimatie genieten, als men wil kunnen volhouden dat de uiteindelijke inhoud van de grondwet gebaseerd is op de wil van het volk. Aangezien het mede van de persoon van de rechter afhangt hoe wordt omgegaan met de grondwet, geldt dat ook voor de wijze waarop deze rechter wordt aangesteld. Zou een rechter echter direct gekozen moeten worden door het volk, hetgeen de meest volle vorm van democratische legitimatie is, dan zou hij ook kwetsbaar worden voor de waan van de dag, hetgeen afbreuk zou doen aan zijn onafhankelijkheid. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn dat rechters in kwestie met een gekwalificeerde meerderheid door een voldoende democratisch gelegitimeerd orgaan benoemd worden.⁴¹ Deze taak zou bijvoorbeeld het parlement op zich kunnen nemen. De eis van gekwalificeerde meerderheid is daarbij onmisbaar omdat er anders veel te makkelijk rechters met sterke partijloyaliteit benoemd zouden kunnen worden en dat zou zeer schadelijk zijn voor het minderheidsbeschermende karakter van rechterlijke arbeid.

Engels verdedigt een systeem van geconcentreerde constitutionele toetsing,

³⁶ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 16 (MvT).

³⁷ Van Dommelen 2003, p. 196. Engels 1989, p. 78.

³⁸ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 17 (MvT).

³⁹ Van Dommelen 2003, p. 196

⁴⁰ Van Dommelen 2003, p. 196

⁴¹ Van Dommelen 2003, p. 198

maar vindt het geschetste gevaar geenszins bedreigend: "Waarschuwingen tegen het gevaar van een gepolitiseerde rechterlijke macht ontstijgen het niveau van de spookbeelden nauwelijks."⁴² 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.

De Memorie van Toelichting bij wetsvoorstel Halsema wijdt overigens niet uit over personele democratische legitimatie. Verwezen wordt naar het feit dat de rechter toch al midden in de maatschappelijke discussie staat. Een constitutioneel toetsingsrecht zou daaraan niets toevoegen of veranderen.⁴³ Daarmee gaat Halsema er kennelijk vanuit dat de rechter voldoende democratisch gelegitimeerd is om zijn huidige taken te kunnen uitoefenen en aanvullende legitimatie voor constitutionele toetsing niet nodig is.

Bij constitutionele toetsing gaat het er onder andere om vast te stellen wat nu precies de inhoud van de grondwet is. Zoals eerder opgemerkt is het pas mogelijk een formele wet buiten werking te laten wegens strijd met de grondwet indien vast staat wat de inhoud van beide normen is.⁴⁴ Halsema meent dat constitutionele toetsing slechts complementair zou moeten zijn. De toepassing van het concrete geval zou moeten worden getoetst aan de inhoud van grondwettelijke bepalingen.⁴⁵ Nu kan een concreet geval duidelijk genoeg zijn, de inhoud van veel grondwettelijke bepalingen is dat niet. Zoals eerder betoogd doet het feit dat enkel grondwettelijke bepalingen betrokken worden in het voorgestelde constitutionele toetsingsrecht, die een subjectief recht verlenen aan burgers, daaraan niet af.

Vanwege het feit dat grondwet nogal wat ruimte voor interpretatie laat, is er, volgens Van Bogaert en Hoogers, "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."⁴⁶ Halsema wijst er daarbij op dat de rechter rekening dient te houden met hetgeen tijdens het politieke debat over het grondwetsartikel is overwogen: "Hij dient zich terughoudender op te stellen naarmate de wetgever actiever gebruik heeft gemaakt van de hem gegunde afwegingsruimte."⁴⁷ Een probleem daarbij is evenwel dat er tijdens een kamerdebat zeer veel zaken kunnen worden aangevoerd die toch niet de mening van 'de wetgever' weerspiegelen. Bovendien worden lang niet alle meerderheidsstandpunten vastgelegd in moties, zodat de rechter, even los gezien van de Memorie van Toelichting, zal moeten gissen welke bepleite visie de juiste interpretatie van het grondwetsartikel in kwestie weergeeft.

Voor het overige voert Halsema met de Hoge Raad aan dat constitutionele

⁴² Engels 1989, p. 87

⁴³ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 14-15 (MvT).

⁴⁴ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 9.

⁴⁵ "Toetsing door de rechter in voorkomende concrete gevallen zal daaraan steeds complementair moeten zijn, waarbij de rechter toetst of de concrete toepassing en de uitleg van een wetsbepaling in dat geval conform de Grondwet is. Hierbij kan de rechter de methode van verdrags- of richtlijnconforme uitleg toepassen die op dit moment ook gebruik is bij de toetsing aan verdragen en richtlijnen." *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 14 (MvT).

⁴⁶ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 19.

⁴⁷ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 14 (MvT).

toetsing in ieder geval geen nieuwe inhoudelijke legitimeringsproblemen in het leven roept: "Volgens de Hoge Raad hoeven de betrokken belangen bij een grondwetsstoetsing ook niet altijd zwaarder te wegen of verder strekkend te zijn dan die welke deel uitmaken van de rechtsvormende taak van de rechter op andere gebieden. Bovendien kunnen ook bij de toepassing en interpretatie van gewone wetten en regelgeving zwaarwegende maatschappelijke belangen in het geding zijn."⁴⁸ Het feit dat constitutionele toetsing draait om het vaststellen van de allerhoogste norm maakt daarmee voor haar geen verschil. Halsema gaat er kennelijk vanuit dat constitutionele toetsing geen wezenlijk ander karakter heeft dan toetsing aan gewone wetten of aan een ieder verbindende bepalingen van internationale verdragen.

De rechtszekerheid

Een ander argument dat wordt aangevoerd tegen constitutionele toetsing betreft de rechtszekerheid. In de woorden van Dölle: "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."⁴⁹ Rechtsstatelijk kan deze situatie zich eigenlijk helemaal niet voordoen omdat de wet als vanzelfsprekend volledig en juist wordt geacht.⁵⁰ In die visie is het volstrekt overbodig om een constitutioneel toetsingsrecht toe te kennen aan de rechter aangezien de situatie dat hij daar iets aan heeft zich nooit voordoet. Volgens velen is de wetgeving die de laatste jaren tot stand wordt gebracht niet alles wat daarvan verwacht mag worden.⁵¹ Dit als gegeven acceptierend is de rechtszekerheid niet gediend met een rechter die achteraf zijn kritisch oog mag laten gaan over wetgeving, die wel eens in strijd met de grondwet zou kunnen zijn.

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."⁵² Halsema meent zelfs dat er helemaal geen nieuwe situatie ontstaat: "Deze onzekerheid is met de invoering van een vorm van constitutionele toetsing onvermijdelijk maar raakt eerder het principe van rechterlijke toetsing in het algemeen, dan dat het een overtuigend argument is tegen constitutionele toetsing in het bijzonder."⁵³ Door velen wordt daar bovendien aan toegevoegd dat toetsing aan verdragen tot op heden ook geen onoverkomelijke situaties heeft opgeleverd. Enige vorm van rechtsonzekerheid lijkt daarmee geaccepteerd te worden, zijnde een algemeen aanvaard verschijnsel.

De rechtseenheid

Invoering van constitutionele toetsing komt ook de rechtseenheid met betrekking tot de grondwet niet ten goede. Dat is het duidelijkst bij een vorm van gespreide toetsing, maar het verschilt niet wezenlijk van geconcentreerde toetsing. Iedereen kan immers doorprocederen tot aan het hoogste rechterlijk college, zodat zich in dat opzicht niet meer versnippering voordoet, dan wanneer de toetsing bij een rechterlijk

⁴⁸ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 15 (MvT).

⁴⁹ Dölle 1989, p. 72.

⁵⁰ Art. 10 Wet AB.

⁵¹ Vgl. De Werd 2004.

⁵² Stroink 1990, p. 13.

⁵³ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 15 (MvT).

college is geconcentreerd. Wel is het zo dat wij meerdere hoogste rechterlijke colleges hebben voor verschillende takken van het recht. Dat de Hoge Raad bijvoorbeeld een andere invulling geeft aan een grondwetsartikel dan de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is geenszins denkbeeldig. Een zekere vorm van rechtsversnippering is daarmee onlosmakelijk verbonden aan de invoering van constitutionele toetsing, zoals beoogd door wetsvoorstel Halsema.

In feite is het zo dat zolang er niet één orgaan uiteindelijk bevoegd is om een ieder verbindend vast te stellen wat nu precies de inhoud van de grondwet is, er zich altijd een zekere mate van rechtsversnippering voordoet. Ook als de rechter het niet met de wetgever eens is over wat een wettelijke bepaling inhoudt, kan dat leiden tot meerdere naast elkaar bestaande interpretaties.⁵⁴ Als beide interpretaties een redelijke uitwerking zijn van een grondwetsartikel is dan een volgende vraag welke zou moeten prevaleren. Dölle pleit ervoor dat de formele wetgever uiteindelijk de doorslag zou moeten kunnen geven aangezien die het meest overeenkomt met de grondwetgever.⁵⁵

Halsema ziet hierin geen rede om af te zien van gespreide toetsing. De Nederlandse rechter blijkt zich immers bescheiden op te stellen in het machtsevenwicht, doordat hij redelijk terughoudend is met recht vormen.⁵⁶ "Naar de overtuiging van de ondergetekende schept opheffing van het constitutionele toetsingsverbod dan ook geen competentiestrijd tussen de wetgever en de rechter over de beoordeling van de grondwettelijkheid van een wet. Een voorwaarde is evenwel dat de wetgever blijft doen wat hij altijd al deed en dit wellicht zelfs intensiever en nauwkeuriger dan voorheen: namelijk er voor te waken dat ongrondwettige wetgeving het licht ziet."⁵⁷

Een door de regering in 1991 voorgestelde nationale prejudiciële procedure, strekkende tot constitutionele toetsing door één orgaan, wordt door Halsema afgewezen met het argument dat dat strijdig zou zijn met het Europese recht: "[Het Europese Hof van Justitie] heeft namelijk uitgemaakt dat elke nationale rechter verplicht is bepalingen van gemeenschapsrecht toe te passen en daarmee strijdige nationale wetgeving, eventueel na prejudicieel advies, buiten toepassing te laten."⁵⁸ Hoe zij dit precies voor ogen ziet is mij niet geheel duidelijk. Enerzijds wordt betoogd dat wij nationaal niet moeten afwijken van de Europese procedure, die zich juist kenmerkt door een zeer hoge mate van geconcentreerde toetsingsrechten, terwijl het eerbiedigen van deze procedure anderzijds juist zou nopen tot afzien van een *vergelijkbare* nationale procedure. Juist het Europese recht is erop gericht om koste wat het kost rechtsversnippering te voorkomen.

⁵⁴ Bijvoorbeeld doordat de wetgever in een Memorie van Toelichting bij een wet een uitdrukkelijk beroep doet op een bepaalde interpretatie van de grondwet, die vervolgens niet geaccepteerd wordt door de rechter. Dit kan ertoe leiden dat een bepaalde toepassing van die wet ongrondwettig bevonden wordt. Het gevolg kan zijn dat een wet half verbindend wordt geacht, hetgeen de doelstelling van die wet over het algemeen niet ten goede zal komen.

⁵⁵ "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 1989, p. 73.

⁵⁶ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 15 (MvT).

⁵⁷ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 15 (MvT).

⁵⁸ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 16 (MvT).

Conclusie

Gebleken is dat er zich, ieder geval rechtsstatelijk gezien, problemen kunnen voordoen bij de invoering van constitutionele rechtspraak in Nederland. Die problemen moeten dan met name gezocht worden op het terrein van de legitimering van rechtspraak. Daarnaast kunnen ook de rechtszekerheid en de rechtseenheid in het gedrang komen. Van Bogaert en Hoogers wijzen erop dat machtstoevoeging aan de zijde van de rechter niet zonder consequenties is. Een onafzetbare rechter die authentiek mag vast stellen wat de inhoud van grondwettelijke normen is leidt volgens hun tot een wel heel grote machtsconcentratie bij de rechter. Bovendien is de rechter niet gelegitimeerd om normen aan de rechtsorde toe te voegen, hetgeen wel het geval zou zijn als de rechter vage normen zou mogen uitleggen. Halsema wijst er in dit verband op dat de grondwetgever desnoods de grondwet kan aanpassen. Dat lijkt echter niet een sterk argument, gezien de grote moeite die de grondwetgever vaak heeft met het vaststellen van eenduidige grondwettelijke normen. Bovendien lijkt het karakter van de grondwet in strijd met zulk een toepassing.

Van Dommelen wijst erop dat een aangepaste wijze van selectie van rechters wellicht een oplossing zou kunnen bieden voor de geconstateerde legitimeringsproblemen. Door de rechter op een meer democratische wijze te selecteren zou hem ook een indirect beroep op de wil van het volk toekomen, waardoor beter te verdedigen valt dat hij de grondwet mag uitleggen. Halsema wijst erop dat dit leidt tot een zekere politisering van de rechterlijke macht, al was het maar in het benoemingenbeleid. Zij acht vervolgens de remedie erger dan de kwaal. Politisering zou te allen tijde voorkomen moeten worden, terwijl de rechter momenteel toch al verdragsteksten mag toepassen, hetgeen vergelijkbaar zou zijn met grondwettelijke normen.

Bij de verschillende geconstateerde rechtsstatelijke problemen wordt door de Hoge Raad en Halsema verwezen naar het feit dat de rechter 'toch al' midden in de maatschappelijke discussie staat door internationale verdragsbepalingen te mogen toepassen, en doordat gewone wetgeving soms ook vragen van een groot maatschappelijk belang oproept. De vraag is dus of er eigenlijk een verschil bestaat tussen constitutionele toetsing enerzijds, en toetsing van normen aan internationaal-rechtelijke verdragsbepalingen en formele wetten anderzijds. Zou blijken dat er inderdaad niet een wezenlijk verschil bestaat, dan is logischerwijs de volgende vraag hoe 'gewone' toetsing eigenlijk omgaat met de geconstateerde legitimeringsproblemen.

Hoofdstuk 2: Het karakter van constitutionele toetsing

Inleiding

In sommige gevallen lijkt ons huidige algemeen toetsingsverbod van art. 120 Gw bijzonder vreemd. Het is toch immers merkwaardig dat het de rechter niet is toegestaan de grondwet net zoals iedere andere wet toe te passen. Chief Justice

Marschall had begin negentiende eeuw een dergelijke redenering in de zaak *Marbury vs. Madison*: "Is er sprake van een duidelijke inhoudelijke strijdigheid tussen wet en Grondwet, dan dient de wet te wijken voor de Grondwet, en de rechter dient in dat geval ook (...) de wet of wetsbepaling te vernietigen."⁵⁹ Marshall doet hierbij een beroep op de hogere status van de grondwet, hetgeen hij combineert met de constatering dat ook hij gebonden is aan die grondwet. Vanwege deze gebondenheid aan de grondwet zou hij een daarmee strijdige wet niet mogen toepassen.

Het zal echter zelden voorkomen dat er sprake is van een duidelijke strijd tussen wet en grondwet. Dit blijft veelal een kwestie van interpretatie van beide normen. Dat geldt a fortiori als er sprake is van collisie van grondrechten. Dit is dan ook de rede dat het karakter van constitutionele toetsing omstreden blijft. Met name is onduidelijk of er sprake is van een activiteit die sterk vergelijkbaar met de taken van de rechter, of dat er sprake is van een geheel eigensoortige toetsingsvorm.

Ten einde het precieze karakter van constitutionele toetsing te achterhalen wordt in dit hoofdstuk eerst bekeken wat het karakter is van grondwettelijke normen. Vervolgens wordt gekeken of er een inhoudelijk verschil bestaat tussen toetsing aan grondwettelijke normen, en toetsing aan wettelijke normen. Tot slot wordt ter verkrijging van een volledig beeld van de implicaties die een constitutioneel toetsingsrecht voor de rechter met zich meebrengt, ook onderzocht of er verschillen zijn tussen gewone toetsing en constitutionele toetsing vanuit institutioneel oogpunt.

Inhoudelijke aspecten

In het begin van de twintigste eeuw hebben Hans Kelsen en Carl Schmitt in een aantal geschriften gediscussieerd over het karakter van constitutionele toetsing en de wenselijkheid daarvan.⁶⁰ Kelsen heeft met zijn visie en zijn Stufenbau-theorie veel invloed gehad op de huidige Oostenrijkse staatsinrichting.⁶¹ Ook de visie die Halsema in de Memorie van Toelichting naar voren laat komen vertoont een belangrijke overeenkomst met de visie van Kelsen. Die overeenkomst betreft het idee dat alle normen in principe eenzelfde karakter hebben en dat de grondwet wat dat betreft niet anders zou zijn.⁶²

Als uitgangspunt in deze beschouwing is het belangrijk om vast te stellen dat de grondwet geldt, welk karakter dat document ook precies moge hebben.⁶³ Kelsen en Schmitt waren het daar ook wel over eens. Waar de heren het niet over eens waren was de vraag of grondwettelijke normen, net als andere normen 'gewoon' toegepast moeten worden.

Kelsen zet in zijn Stufenbau-theorie vooral in op de hiërarchie der normen. De grondwet is wat hem betreft dan weliswaar de allerhoogste rechtspositieve norm, maar deze draagt geen fundamenteel ander karakter dan andere wettelijke normen.⁶⁴ Omdat van de allerhoogste norm in ieder geval verzekerd moet worden dat deze

⁵⁹ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 21

⁶⁰ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 11 e.v.

⁶¹ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 23.

⁶² Ik laat hier bewust de 'Grundnorm' van Kelsen buiten beschouwing. Deze norm is geen rechtspositieve, en aangenomen dat de grondwet geldt, heeft die hier geen invloed. Zie verder Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 12 e.v.

⁶³ Het is weliswaar, theoretisch gezien, een reuze interessante vraag *waarom* de grondwet eigenlijk geldt, maar dat valt buiten het bestek van deze beschouwing. Bovendien is het een vraag die niet perse hier beantwoord hoeft te worden.

⁶⁴ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 13.

onverkort geldt, vindt Kelsen vervolgens dat alle daarmee strijdige normen niet alleen buiten toepassing gelaten moeten kunnen worden, maar dat deze zelfs volledig uit de rechtsorde verwijderd moeten kunnen worden.⁶⁵ Ze moeten dus worden vernietigd. Een voorwaarde hiervoor is overigens wel dat alle normen helder geformuleerd worden, zodat strijdigheid goed geconstateerd kan worden. Iedereen kan dan namelijk 'gewoon' zien dat de normen met elkaar in strijd zijn. Maar om te voorkomen dat de rechtsstaat 'tot een staat van anarchie verdampt' behouden de 'strijdige normen' hun geldigheid tot hun vernietiging.⁶⁶ De vraag rijst wie die vernietiging uit moet kunnen spreken.

Kelsen constateert dat de grondwet functioneert als grondslag en als toetsingskader voor het optreden van de wetgever. Het is volgens hem dan ook zeer onwenselijk dat diezelfde wetgever tevens garant van de grondwet zou mogen zijn. Dit zou de algemene gelding van de grondwet namelijk niet ten goede komen. Beter kan gekozen worden voor een grondwetsgarant die volledig afgescheiden en onafhankelijk is van de wetgever.⁶⁷ Gekozen wordt voor een rechterlijk college. Het wordt daarmee heel belangrijk dat grondwettelijke normen niet op meerdere manieren geïnterpreteerd kunnen worden. Als de rechter namelijk zelf bevoegd zou worden vast te stellen wat de inhoud van de grondwet is zou hij geen rechter meer zijn, maar wetgever.⁶⁸

Hier ligt een belangrijk punt van kritiek van Schmitt op Kelsen. Hij vindt namelijk dat precies hier de crux ligt van constitutionele toetsing.⁶⁹ Juist het feit dat grondwetten zelden volstrekt heldere normen bevatten zorgt ervoor dat dit toetsingsrecht zeker niet zonder meer aan de rechter toegekend mag worden. Nog los gezien van de vraag of het wenselijk is dat de grondwet volstrekt heldere normen bevat, is de realiteit in ieder geval dat zulks niet mogelijk is.⁷⁰ Dit betekent dat het nodig blijft om door middel van interpretatie vast te stellen wat precies de inhoud van de grondwet is, en dat wordt door Schmitt gekwalificeerd als wetgevende bezigheid.⁷¹

Hij stelt daarbij wel dat het probleem van multi-interpretabele normen niet slechts gereserveerd is voor constitutionele toetsing.⁷² Ook gewone wetten zijn immers dikwijls vaag. Er is volgens hem echter wel een belangrijk verschil tussen gewone rechterlijke toetsing en constitutionele toetsing. Bij constitutionele toetsing is er sprake van toetsing van de ene vage norm (de wet) aan de andere vage norm (de grondwet), terwijl bij gewone rechterlijke toetsing relatief heldere feiten worden getoetst aan een vage wet. Bovendien moet bedacht worden dat grondwettelijke normen zelfs in theorie noodzakelijkerwijs vager zijn dan andere wettelijke normen. Het is immers wel denkbaar dat de wetgever specifieke criteria opneemt in wetgeving, maar niet dat de grondwetgever deze criteria in de grondwet opneemt. De aard van dit document leent zich daar niet voor.

⁶⁵ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 14.

⁶⁶ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 14

⁶⁷ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 14

⁶⁸ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 15

⁶⁹ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 19

⁷⁰ Napoleon schijnt ooit gezegd te hebben dat een goede grondwet kort en duister is. Waarschijnlijk heeft hij daar gelijk in, want als de grondwet alles in detail zou regelen, hetgeen nodig is om volstrekt helder te kunnen zijn, zou hij ophouden het karakter van grondwet te dragen. Een grondwet bevat slechts de essentiële grondslagen van de staat, waardoor details noodzakelijkerwijs ontbreken.

⁷¹ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 19

⁷² Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 19

Er rijst nog een tweede probleem met betrekking tot de concrete toetsing van grondwettelijke normen. Wat namelijk als er sprake is van collisie van grondrechten? De ene grondwettelijke norm is niet 'hoger' dan de andere, en met zuivere interpretatie wordt ook niet duidelijk welk recht moet prevaleren. Volgens de klassieke rechtsstatelijke theorie komen dit soort situaties weliswaar niet voor, maar met enig realisme kan gesteld worden dat de kritiek van Schmitt hier a fortiori geldt.

Het laten prevaleren van het ene grondrecht boven het andere is meestal een politieke of beleidsmatige keuze.⁷³ Enkel op basis van juridische argumenten kan bijvoorbeeld niet worden bepaald waar precies de grens ligt tussen enerzijds de godsdienstvrijheid en de vrijheid van meningsuiting, en anderzijds het recht om niet gediscrimineerd te worden, terwijl dit soort problemen een zeer hoge maatschappelijke relevantie hebben.⁷⁴ Halsema ziet dit ook en ziet hier een glansrijke rol voor de rechter weggelegd: "De rechtszaal kan het forum bieden waar traditionele waarden geconfronteerd worden met nieuwe waarden in de pluriforme samenleving, zonder dat de 'logge' wetgever het debat domineert, dicteert of doet stagneren."⁷⁵ Halsema miskent hier echter dat het juist de taak is van de wetgever om dergelijke maatschappelijke keuzes te maken.

Institutionele aspecten

Naast de besproken inhoudelijke aspecten van constitutionele toetsing, is er nog een ander terrein waarom eventuele verschillen tussen gewone toetsing en constitutionele toetsing zich kunnen manifesteren. Het betreft dat het terrein van het institutionele evenwicht. Daarbij moet vooral gekeken worden naar de effecten die de verschillende soorten toetsing kunnen hebben op het institutionele evenwicht. Onderzocht wordt aldus of het toekennen van een constitutioneel toetsingsrecht aan de rechter een fundamenteel andere situatie oplevert dan de reeds bestaande situatie van gewone rechterlijke toetsing.

Het institutionele evenwicht is verankerd in de grondwet, zijnde de allerhoogste nationale regeling, en hij wordt gedeeltelijk uitgewerkt in de wet Algemene Bepalingen (de wet AB).⁷⁶ Het grondprincipe is vrij duidelijk: De wetgever maakt de wet en de rechter past hem toe. Hoewel de grondwet op zich geen rekening houdt met het feit dat de rechter meestal middels interpretatie de precieze inhoud van wetten moet vaststellen, is er toch ook in die situatie sprake van evenwicht doordat de wetgever de wet kan aanpassen als hem de interpretatie van de rechter niet bevalt. Dat voorkomt namelijk dat de rechter het uiteindelijk voor het zeggen heeft. Bovendien schrijft de wetgever een Memorie van Toelichting om aan te geven wat hij precies wil met een bepaalde wet. Daarbij houdt hij rekening met de richting van de rechtspraak, zodat gezegd kan worden dat wetgever en rechter elkaar wederzijds beïnvloeden. Daarnaast is het zo dat rechter en wetgever het standpunt van de ander over het algemeen

⁷³ Volgens Van Houten was dit een belangrijk argument tegen de constitutionele toetsing door de rechter in het tweede rapport van de commissie Kals/Donner. Van Houten 1997, p. 143-145.

⁷⁴ Vooral de vrijheid van godsdienst is weer erg actueel. Dat wordt onder andere bewezen door de vele arresten over het dragen van hoofddoekjes. Steeds moet bepaald worden waar dit nu wel mag en waar niet.

⁷⁵ *Kamerstukken II*, 2003/04, 28 331, nr. 11, p. 3 (nota n.a.v. verslag).

⁷⁶ Ik laat hier buiten beschouwing dat het Europese recht volgens het HvJEG hoger is dan de grondwet, hetgeen overigens m.i. neerkomt op een potentiële schending van de grondwet wegens een de facto wijziging van de grondwet zonder goedkeuring van een gekwalificeerde meerderheid. Dit valt echter buiten het bestek van dit onderwerp.

respecteren in die zin dat zij het recht niet een andere kant op ontwikkelen.⁷⁷

Dit alles gaat niet langer op zodra de rechter bevoegd wordt om formele wetten te toetsen aan de grondwet. De formele wetgever verliest weliswaar zijn bevoegdheid uitdrukkelijk niet om de grondwet te interpreteren, maar omdat deze interpretatie noodzakelijkerwijs vooraf plaatsvindt, en die van de rechter noodzakelijkerwijs achteraf, krijgt de rechter dus het laatste woord. Ook zijn beiden niet bevoegd tot grondwetswijziging, maar bekend is dat in de jurisprudentie sommige begrippen verregaand worden 'ingevuld'. Door een (nieuwe) interpretatie te kiezen bepaalt de rechter in zo'n geval dus toch de precieze inhoud van een recht. Het gevolg is dat als de rechter de immer vage grondwettelijke begrippen mag invullen, het dus de grondwetgever is die hem daarbij tegenwicht moet bieden.

Van Bogaert en Hoogers merken overigens terecht op dat het lang niet altijd heilzaam is om de grondwet aan te passen als de rechter deze onjuist zou toepassen: De rechter blijft immers bevoegd om ook de nieuwe grondwettelijke bepaling te interpreteren.⁷⁸ Aangezien grondwettelijke bepalingen vrijwel zonder uitzondering vaag zijn, zelfs al verlenen ze relatief concrete, subjectieve rechten aan burgers, is het praktisch onmogelijk om door middel van een scherpere formuleren een bepaalde interpretatie uit te sluiten. De Memorie van Toelichting kan daartoe nog wel een handig instrument zijn, maar aangezien ook deze slechts een van de vele oriëntatiepunten van de rechter is, is ook die invloed niet al te groot.

Rechtsvergelijkende aspecten

Vaak wordt aangevoerd dat het institutionele evenwicht toch niet echt zou veranderen met de invoering van een constitutioneel toetsingsrecht voor de rechter omdat de rechter toch al bevoegd is om wetten te toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.⁷⁹ Gesteld wordt dat het eerder een anomalie is dat de rechter wetten niet aan de grondwet mag toetsen, dan dat het een wenselijk evenwicht oplevert. Bovendien zou die toetsing aan een ieder verbindende verdragsbepalingen tot op heden geen onoverkomelijke situaties hebben opgeleverd.⁸⁰

Ten faveure van dit argument kan gesteld worden dat verdragsbepalingen, net zoals grondwettelijke bepalingen normaliter het resultaat zijn van uitgebreide onderhandelingen door politieke organen, namelijk de ministers. De rede van de vaagheid is dus in beide gevallen dezelfde: Men kon het gewoon niet duidelijker met elkaar eens worden. Daarnaast is het natuurlijk zo dat zowel verdragen als de grondwet over het algemeen niet beogen gedetailleerde regelingen te treffen, maar slechts algemeen richtinggevend bedoeld zijn. Dit betekent dat rechterlijke toetsing van wetten aan de grondwet een gelijksoortige bezigheid is als toetsing aan verdragsbepalingen.

Daarmee is het inderdaad waar dat de formele wetgever niet het laatste woord heeft over de precieze inhoud van concrete rechten en verplichtingen, die voortvloeien

⁷⁷ Het kan echter ook voorkomen dat de rechter en de wetgever een radicaal tegenovergesteld standpunt hebben. Vgl. Koopmans 1996, p. 6.

⁷⁸ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 20.

⁷⁹ Slechts een van de vele vindplaatsen hiervoor: *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 3, p. 5 (MvT).

⁸⁰ Ook feit dat beide Europese hoven verschillende Europese staten een aantal keer zeer hebben verrast met creatieve interpretaties, zoals bijvoorbeeld in het Niemietz-arrest (EHRM) en het Van Gendt en Loos-arrest (HvJEG), levert kennelijk geen onacceptabele situatie op.

uit verdragsbepalingen. Het is ook waar dat via de verdragen effectieve rechtsbescherming gevonden kan worden. Het is echter niet zonder meer waar dat dit stelsel ook zo'n goed idee is, dat we het moeten kopiëren in onze grondwet. De impact van de Europese jurisprudentie is immers enorm, terwijl de Europese rechters in feite zichzelf controleren.⁸¹ Daarom vindt Van Houten dat dit 'verdragsargument' geen zelfstandige rol kan spelen in de discussie over constitutionele toetsing: "Een uitgezette verkeerde lijn kan beter niet worden doorgetrokken; en of er sprake is van een verkeerde lijn moet juist worden beoordeeld."⁸²

Conclusie

Gesteld kan worden dat constitutionele toetsing slechts ten dele vergelijkbaar is met gewone rechterlijke toetsing. Een belangrijk punt van overeenkomst is dat de rechter, los gezien van de vraag of hij daartoe gelegitimeerd is, de inhoud van specifieke rechten bepaalt doordat hij niet anders kan dan vage normen invullen. Een duidelijk verschil in vaagheid is daarbij niet aangetroffen. Ook is de rede van de vaagheid gedeeltelijk dezelfde: Men kon het niet duidelijker eens worden.

Er is geen rede gevonden om te menen dat grondwettelijke normen van een heel andere aard zouden zijn dan veel wettelijke normen. De status van grondwettelijke normen zorgt er echter wel voor dat constitutionele toetsing niet zonder meer gelijkgeschakeld mag worden met gewone rechterlijke toetsing. Dit wordt het meest duidelijk in gevallen van collisie van grondrechten. In dergelijke gevallen kan immers enkel op basis van juridische argumenten geen eenduidige oplossing gevonden worden, zodat de rechter gedwongen zou worden een politieke afweging te maken tussen verschillende grondrechten.

Zou de van rechter verlangd worden dat hij toch dergelijke afwegingen maakt, dan zou hij zijn klassieke rol als 'spreekbuis der wet' niet lager kunnen vertolken. Het is dan immers niet langer zo dat de wetgever de belangenafwegingen maakt en vertaalt naar een wet, en dat de rechter deze slechts toepast. De rechter zou naar het niveau van de grondwetgever getild worden wat betreft het vaststellen van de inhoud van de grondwet. Dit zou wel eens grote gevolgen kunnen hebben voor het institutioneel evenwicht.

Nu wordt wel aangevoerd dat de rechter dergelijke werkzaamheden toch al heeft doordat hij bevoegd is om te toetsen aan bepalingen van internationaal recht. Die bepalingen dragen een gelijksoortig karakter als grondwettelijke bepalingen omdat het in beide gevallen vooral gaat om slechts algemeen richtinggevendende grondrechten. Bovendien zijn ook deze bepalingen tot stand gekomen door zware onderhandelingen in de politiek. Van deze bevoegdheid staat echter niet zonder meer vast dat deze de juiste manier weergeeft van met de rechtsstaat omgaan, zodat dit argument geen zelfstandige rol toekomt in de discussie over constitutionele toetsing.

Geconcludeerd moet dus worden dat, hoewel er belangrijke verschillen bestaan tussen constitutionele toetsing en gewone rechterlijke toetsing, er toch ook een belangrijke overeenkomst bestaat. De rechter moet ook nu al vage normen invullen in de rechtspraak, en met enige regelmaat moet hij afwegingen maken die niet langer als voornamelijk juridisch te bestempelen zijn. Bezien moet dus worden of er wellicht andere manieren zijn dan de klassiek rechtsstatelijke, waardoor de rechter voldoende

⁸¹ Brenninkmeijer 2001, p. 114.

⁸² Van Houten 1997, p. 253.

legitimatie kan genieten om zelf normen toe te voegen aan de rechtsorde.

Hoofdstuk 3: De legitimatie van rechtspraak

Inleiding

Bekend is dat de rechter volgens de klassieke rechtsstatelijke theorie eigenlijk alleen de wet mag toepassen en hij geen normen mag toevoegen aan de rechtsorde. Vast staat evenwel dat de rechter in de praktijk toch een belangrijke rol heeft in de rechtsontwikkeling. Hij zou zelfs wetgever-plaatsvervanger zijn geworden.⁸³ Omdat de wetgever noodzakelijkerwijs een beperkt voorstellingsvermogen heeft worden bepaalde details aan de rechtsontwikkeling overgelaten, gebruik makend van vage of open normen. De rechter wordt daarmee door de wetgever gedwongen om normen in te vullen. Bij het oplossen van een voorliggend probleem kan hij immers niet niets doen.

Dit is ook de manier waarop Sutorius de rechtsvorming door de rechter benadert.⁸⁴ Hij beschrijft een overmachtsituatie waarin de rechter een conflict van plichten heeft. Hij heeft weliswaar niet de mogelijkheid om gedegen onderzoek te doen naar de implicaties van zijn beslissing, maar geen beslissing nemen kan ook niet. Dit is opvallend omdat meestal wordt gesteld dat er zich geen legitimeringsprobleem voordoet.⁸⁵ Vaak wordt gesteld dat de legitimering van rechtspraak door strikte binding aan de wet inderdaad niet (meer) opgaat, maar dat dit geen probleem is aangezien er andere wijzen zijn waarop de rechtsvormende taak gelegitimeerd kan worden. Onderzocht moet dus worden of de rechter recht vormt omdat hij daartoe door een overmachtsituatie gedwongen wordt, of dat hij dat doet omdat dit ook rechtsstatelijk bezien tot zijn taken behoort. Het belang hiervan schuilt erin dat constitutionele rechtspraak verdedigd wordt met een aantal verwijzingen naar gewone rechtspraak. Zou men hier met dezelfde problemen kampen, dan verliest dat argument zijn waarde.

Legitimatie door acceptatie

Brenninkmeijer vindt dat er geen sprake is van het ontbreken van voldoende legitimatie voor de rechtsvormende taak van de rechter. In zijn betoog voor een RAI0-congres met als titel 'De rechter als dictator?' stelt hij dat zolang de rechter rechtspreekt volgens de in de maatschappij levende rechtscultuur, zijn uitspraken daarmee gelegitimeerd zijn.⁸⁶

Weliswaar past de rechter, volgens Brenninkmeijer, in de meeste gevallen gewoon de wet toe, maar die rechter zou er niet mee kunnen volstaan een "angstig conformist te zijn, die zich veilig in zijn werkkamer overgeeft aan juridische fijnslijperij."⁸⁷ Daarmee bedoelt hij dat de rechter in toenemende mate maatschappij betrokken recht moet

⁸³ Brenninkmeijer 1987, p 61.

⁸⁴ "De rechter mag de wetgever inderdaad het verwijt maken dat deze haar in de positie plaatst een therapie te moeten geven zonder dat de diagnose behoorlijk is gesteld." Sutorius 1987, p. 8.

⁸⁵ "De eenvoudigste oplossing van de opgeworpen vraag [de vraag naar de legitimering van rechtsvorming door de rechter, MD] bestaat uit de ontkenning van het probleem." Koopmans 1999, p. 132.

⁸⁶ Brenninkmeijer 1987, p. 54. Uit het verslag van het congres blijkt overigens dat Brenninkmeijer zeker niet de enige was die er zo over dacht.

⁸⁷ Brenninkmeijer 1987, p. 68.

spreken. Het zou niet langer zo zijn dat er slechts ruimte is voor juridische overwegingen in het besluitvormingsproces van de rechter.

Dat de rechter in zijn uitspraken zoveel mogelijk aansluiting moet zoeken bij de in maatschappij heersende normen en waarden wordt vrij algemeen onderschreven. Van Houten stelt weliswaar dat "de rechter aansluiting moet zoeken bij de *waardering* [cursivering van mij, MD] van belangen in onze rechtscultuur", maar dit komt mijns inziens op hetzelfde neer.⁸⁸ De vergelijkingsmethode van Wiarda komt ook neer op het aansluiting zoeken bij wat er in het algemeen gevonden wordt.⁸⁹ Dit is echter niet doorslaggevend. De vraag is of rechtsvorming door de rechter door middel van deze notie gelegitimeerd kan worden.

Brenninkmeijer meent van wel. Er is volgens hem in Nederland niet langer sprake van een Trias Politica: "De 'Trias Politica' heeft zich ontwikkeld tot een diademodel: (...) er is sprake van concurrente besluitvorming tussen het democratisch bestuur en de rechter."⁹⁰ Omdat de rechter in toenemende mate tegenover beide andere staatsmachten staat, mag hij niet zomaar luisteren naar wat zij te zeggen hebben. Wat de rechtsgenoten vinden is bepalend voor welk recht behoort te gelden. Daarom zou het gerechtvaardigd zijn om van de wet af te wijken als de rechter daardoor beter aansluiting kan zoeken bij de rechtscultuur. Naast de klassieke democratische legitimatie zou er dus nog een ander soort legitimatie bestaan. Bij deze legitimatiewijze staat de acceptatie door de rechtsgenoten, noodzakelijkerwijs achteraf, centraal.

Van essentieel belang voor dit type legitimatie is dat de rechter weet wat er in de maatschappij leeft. Brenninkmeijer vindt dan ook dat de rechter voldoende in staat is om vast te stellen welke uitspraak er "van hem verwacht wordt."⁹¹ Hij moet zich daarbij oriënteren op de standpunten die in de rechtswetenschap worden ingenomen en bij hetgeen er zoal in de publieke opinie naar voren wordt gebracht. Als de rechter voldoende aansluit bij hetgeen men zoal vindt, dat ontleent de rechter de legitimatie van zijn uitspraken rechtstreeks aan het volk. De rechtsontwikkeling door de rechter wordt daarom nadrukkelijk naast die door de politiek geplaatst. Beide hebben immers een vorm van legitimatie door het volk. De politieke vooraf, en de rechterlijke achteraf.

Koopmans wijst er op dat met een beroep op 'de wil' van het volk bijzonder voorzichtig moet worden omgegaan omdat die buitengewoon slecht kenbaar zou zijn.⁹² Zelfs verkiezingsuitslagen, die toch het ijkpunt bij uitstek zijn, geven in het beste geval slechts een vage indicatie van 'welke ideeën een meerderheid van de kiezers voor ogen hebben gestaan.' Bovendien is ook de wil van het volk heteronoom.⁹³ Brenninkmeijer vindt dan ook niet dat de rechter alleen aansluiting moet zoeken bij de publieke opinie. Het begrip rechtscultuur is meeromvattend in zijn ogen. Daar waar de rechter aansluiting zoekt bij hetgeen er zoal in de

⁸⁸ Van Houten 1997, p. 268

⁸⁹ De vergelijkingsmethode komt ongeveer op het volgende neer: Als je niet weet hoe te oordelen over een voorliggend geval, neem dan twee meer extreme voorbeelden waarin je dat wel zou weten. Probeer vervolgens vergelijkend naar minder extreme standpunten te redeneren totdat je wel weet hoe te oordelen over het voorliggende geval. Meer hierover in Wiarda 1988, p. 97 e.v.

⁹⁰ Brenninkmeijer 1987, p. 61.

⁹¹ Brenninkmeijer 1987, p. 54.

⁹² Koopmans 1999, p. 134-135.

⁹³ Van Dommelen 2003, p. 199.

rechtswetenschap naar voren wordt gebracht, is hij meer verzekerd van weloverwogen rechtsontwikkeling, dan wanneer hij alleen naar de publieke opinie zou luisteren. Een bijkomend voordeel is dat de rechter zich op deze wijze minder bloot stelt aan de waan van de dag, zoals die in de media naar voren komt.⁹⁴

Daarmee is het probleem echter nog niet opgelost. Het is immers maar de vraag in hoeverre een goed begrip van wat de rechtscultuur voorschrijft behulpzaam kan zijn bij het vaststellen wat in een concreet geval rechtens is. Voor vrijwel ieder boek waarin een bepaald standpunt ingenomen wordt, is er meestal wel een andere te vinden waarin het tegenovergestelde wordt verdedigd. Bovendien is het zo dat de rechter vaak juist recht moet vormen op terreinen waar niet op voorhand duidelijk is welke kant het op moet met het recht. De rechtscultuur is dan onvoldoende bepaald om in een concreet geval behulpzaam te zijn.

Moeilijker nog wordt het zodra de rechter zich moet uitspreken over zaken die maatschappelijk erg gevoelig liggen, en waarover in de maatschappij grote controverse bestaat.⁹⁵ De rechtscultuur heeft in zo'n geval enige tijd nodig om zich een bepaalde kant op te ontwikkelen. Hoewel er in dergelijke situaties meestal wel een paar min of meer heersende standpunten zijn, is van te voren onduidelijk welke oplossing de rechter zal kiezen voor het voorliggende probleem. Bovendien is er dan eerder sprake van wederzijdse beïnvloeding tussen rechter en maatschappij dan van een rechter die aansluiting zoekt bij wat men zoal vindt. Een rechterlijke uitspraak kan immers de publieke oordeelsvorming vergaand beïnvloeden.

Brenninkmeijer ziet dat anders. Hij stelt dat de rechter slechts "aan de hand van een concreet geval [hoeft] na [te] gaan of er sprake is van strafbaar handelen, zonder zich direct vast te leggen op voor veel gevallen geldende algemene normstelling."⁹⁶ Omdat de rechter zich niet direct vast zou hoeven leggen wordt het voor hem makkelijker geacht om vast te stellen wat rechtens is. Brenninkmeijer miskent hiermee de grote impact die zo'n rechterlijke uitspraak op de maatschappelijke oordeelsvorming kan hebben. Hij volstaat er in ieder geval mee vast te stellen dat de rechter er *kennelijk* in geslaagd is om nauw aansluiting te zoeken bij het normen- en waardenpatroon zoals dat zich in de loop der jaren in Nederland heeft ontwikkeld.⁹⁷ Onduidelijk blijft daarmee in hoeverre het de rechter zelf is geweest die de rechtscultuur heeft gevormd. Het zou toch vreemd zijn te moeten vaststellen dat de rechter zijn legitimatie zou kunnen ontleen aan zijn eigen uitspraken.

Ook als de redenering van Brenninkmeijer op een meer conceptueel niveau geplaatst wordt is deze niet zonder problemen. Weliswaar kunnen de geconstateerde problemen ontweken worden door 'vertrouwen in de rechter' als maatstaf te nemen, maar dan rijst er gelijk een nieuw probleem. Er dringt zich dan namelijk een vergelijking op met het gezegde 'als het kalf verdrongen is, dan dempt men de put.' De rechter zou wel eens op een morgen wakker kunnen worden in het besef dat men hem niet meer vertrouwt. Mag hij, dit wetende, niet meer doen aan rechtsvorming? Bovendien kon het wel eens moeilijk blijken om vast te stellen of het kalf eigenlijk wel

⁹⁴ Een steeds vaker gehoorde klacht is dat de Tweede Kamer dit wel doet. Zou de rechter hieraan wel gebonden zijn dan zou dat een mooi voorbeeld zijn van Mob Rule, zoals Madison dat vreesde in Federalist Paper nr 10.

⁹⁵ Klassieke voorbeelden hiervan zijn de problematiek rond het stakingsrecht en rond het euthanasievraagstuk.

⁹⁶ Brenninkmeijer 1987, p. 62.

⁹⁷ Brenninkmeijer 1987, p. 63.

verdrongen is. Het vertrouwen in de rechter, gebaseerd op zowel de publieke opinie als op de rechtswetenschap, is moeilijk meetbaar.

Legitimatie door het kennen van gedeelde meningen

Rijkema stelt dat ook de democratisch legitimerende werking van de verkiezingen voor het parlement zo zijn beperkingen heeft, aangezien de kiezer zich middels één stem over zeer vele zaken moet uitspreken.⁹⁸ Hij concludeert daaruit dat de legitimering van rechtsvorming niet uitsluitend gezocht kan worden bij de klassiek rechtsstatelijke theorie. Hij komt, net als Brenninkmeijer, uit bij het aansluiten bij hetgeen de rechtscultuur voorschrijft.⁹⁹ Anders dan Brenninkmeijer vindt hij echter niet dat er sprake zou zijn van verschillende typen van legitimatie. Hij stelt namelijk dat voor zowel de wetgever als voor de rechter geldt dat de inhoud van hun regelgeving democratisch gelegitimeerd is als die regel "de welbegrepen belangen van de burgers op adequate wijze dient."¹⁰⁰ De rechter en de wetgever hebben in deze visie allebei een duidelijke normstellende taak, die vooral beperkt wordt door hun overige taken en hun praktische mogelijkheden.

De wetgever is vanwege het feit dat hij gekozen wordt het orgaan bij uitstek voor het maken van lastige maatschappelijke keuzes. Hij heeft immers de middelen en de tijd om langere besluitvormingsprocedures op te starten, om zo uitgebalanceerde wetgeving tot stand te kunnen brengen.¹⁰¹ Dit brengt echter wel met zich mee dat wetgeving soms veel te laat komt. De rechter daarentegen beslist noodgedwongen veel sneller, maar zijn onafhankelijkheid zorgt er voor dat hij niet normatief stelling mag nemen in maatschappelijke discussies. Bovendien heeft de rechter veel minder middelen beschikbaar om gedegen onderzoek te doen. Daarom is de rechter niet de aangewezen persoon om ingewikkelde maatschappelijke problemen op te lossen.

Daar waar Brenninkmeijer nog stelde dat de rechter er *kennelijk* in slaagt om goed aan te sluiten bij de in de maatschappij heersende normen en waarden, vindt Rijkema dat de rechter eerst moet onderzoeken of er voldoende overeenstemming bestaat in de samenleving.¹⁰² Is er voldoende sprake van kenbare 'gedeelde rechtsovertuigingen' in de samenleving, en vindt de rechter dat hij minstens zo goed als de wetgever kan aansluiten bij die overtuigingen dan staat hem niets in de weg om aldus het recht te vormen. Daar waar de rechter onvoldoende duidelijkheid heeft over wat men zoal vindt, dient hij terughoudend te zijn.¹⁰³

De rechter moet zelf beoordelen of hem voldoende duidelijk is wat de

⁹⁸ "De mogelijke invloed van het kiezersoordeel op de vaststelling van specifieke rechtsregels blijkt echter dermate gering, dat dit onmogelijk van voldoende gewicht kan worden geacht om de wetgever ongelimiteerde rechtsvormende bevoegdheid toe te kennen en de rechter deze bevoegdheid volledig te onthouden." Rijkema 2001, p. 14.

⁹⁹ Rijkema 2001, p. 30.

¹⁰⁰ Rijkema 2001, p. 22.

¹⁰¹ "Van de wetgever wordt verwacht dat hij democratisch leiderschap toont. De wetgever kan invloed uitoefenen op de publieke oordeelsvorming en heeft de taak problematische kwesties te identificeren en te analyseren, en op basis daarvan een publiek debat te initiëren, te coördineren en te sturen, zodanig dat, waar gedeelde rechtsovertuigingen aanvankelijk ontbreken, zich een voldoende eenduidig publiek oordeel vormt om democratisch gelegitimeerde besluitvorming op te gronden." Rijkema 2001, p. 49.

¹⁰² Rijkema 2001, p. 37.

¹⁰³ Rijkema 2001, p. 50.

rechtscultuur voorschrijft. Dit doet hij aan de hand van de wet, publicaties door media, de wetenschap en maatschappelijke organisaties, alsmede de conclusie van een Advocaat-generaal en het al dan niet bekend zijn bij de rechter van een heldere consensus.¹⁰⁴ Van belang hierbij is dat verschillende kenbronnen dezelfde richting in wijzen, wil de rechter voorkomen dat hij voor het debat uit recht aan het vormen is. Gaat de rechter te voortvarend te werk, dan loopt hij het risico het pleit te beslechten voordat het maatschappelijk debat is afgerond. In zo'n geval is het maar de vraag of rechtspraak nog echt gelegitimeerd genoemd kan worden.

Rijkkema ontloopt een aantal problemen die de theorie van Brenninkmeijer minder nuttig maken voor het legitimeren van rechtsvorming door de rechter. Vooral de erkenning van het feit dat de rechter pas recht mag vormen als de daarvoor vereiste overeenstemming al bereikt is maakt dat men die rechtsvormende taak met een gerust hart aan de rechter zou kunnen toevertrouwen. Een probleem daarbij is wel dat zeer moeilijk vast te stellen valt of de rechter recht vormde toen de overeenstemming er al was, of dat men zich achteraf heeft laten beïnvloeden door de rechtspraak van de rechter.

Een tweede bedenking die kan worden aangevoerd tegen deze theorie is dat de rechtsvormende taak van de rechter slecht te funderen valt in het geschreven recht. De Wet Algemene Bepalingen spreekt die taak zelfs tegen. Ook met de fictie dat de rechter slechts vast stelt wat altijd al rechtens was komt men er niet, want in het kader van de rechtszekerheid past de rechter een aantal technieken toe die zijn rechtspraak onder andere in tijd kunnen beperken.¹⁰⁵ De rechter geeft daarmee duidelijk uitvoering aan het idee dat het een nieuwe regel betreft.

Tot slot kan nog aangevoerd worden dat de rechter aan niemand verantwoording verschuldigd is. Als de rechter echt pas recht vormt op het moment dat men al weet wat men wil, en de rechter bovendien goed weet aan te sluiten bij die wil, dan is er geen probleem. Lukt dit echter niet zo goed, dan zou er toch iemand moeten zijn die daar iets aan kan doen. De wetgever kan natuurlijk de wet aanpassen en die rechter motiveert zijn uitspraken, maar de rechter kan niet worden ontheven uit zijn functie ook al maakt hij het nog zo bont. De rede waarom dit bij deze theorie van belang wordt is gelegen in het feit dat de rechter volgens de klassieke rechtsstatelijke theorie eigenlijk een 'niemand' is, en hij bij deze theorie wel eigen verantwoordelijkheid gaat dragen.¹⁰⁶

Legitimatie door middel van een delegatieconstructie

Rijkkema vult de eigen rechtsvormende taak van de rechter aan met een taak tot rechtsvorming 'in delegatie'.¹⁰⁷ Daarbij is het uitgangspunt dat de wetgever, die niet alles wil of kan regelen, bewust open normen in wetten opneemt opdat de rechter deze met rechtspraak 'invult'.¹⁰⁸ Technische details worden vaak overgelaten aan het bestuur en aan de rechter. Brouwer stelt in dit verband dat zowel de wetgever als de Raad van State met enige regelmaat te kennen geven "de ontwikkeling van

¹⁰⁴ Rijkkema 2001, p. 120.

¹⁰⁵ Rijkkema noemt ze temperigstechnieken, Rijkkema 2001, p. 62 e.v.

¹⁰⁶ De rechter past in de klassieke rechtsstatelijke theorie feit toe op norm, en krijgt 'dus' zijn uitspraak. Eigen input heeft hij niet en daarom hoeft hij voor die input ook niet verantwoordelijk gesteld te kunnen worden.

¹⁰⁷ Rijkkema 2001, p. 139

¹⁰⁸ Rijkkema maakt overigens een onderscheid tussen open normen, waarbij de wetgever bewust heeft gedelegeerd, en vage normen, waarbij de wetgever niet bewust heeft gedelegeerd. Omdat ik het verschil tussen beide hier niet relevant vind zal ik de termen door elkaar gebruiken.

rechtspraak voorrang te geven boven een snelle, wettelijke regeling.¹⁰⁹ Wiarda vindt daarom dat gezegd kan worden dat "(...) de wetgever aan de rechter een het gehele maatschappelijke verkeer omspannende aanvullende normeringsbevoegdheid heeft gegeven, waarbij hij geheel is aangewezen op eigen normbesef."¹¹⁰

Typierend voor de rechtsfiguur delegatie naar Nederlands recht is dat de delegans hoger in de hiërarchie staat dan de delegataris, terwijl die laatste de gedelegeerde bevoegdheid toch voor eigen verantwoordelijkheid uitoefent. Nu zou denk ik niemand het voor zijn rekening willen nemen dat de rechter in zijn geheel ondergeschikt zou zijn aan de wetgever. Met betrekking tot de normstellende bevoegdheid kan dit echter wel volgehouden worden.¹¹¹ Rijpkema stelt weliswaar dat de rechter recht mag vormen als hij de gedeelde mening van het volk kent, maar ook hij vindt dat een overeenstemming bij de wetgever van grote betekenis moet worden geacht. Bovendien staat het de wetgever te allen tijde vrij om de wet zo aan te passen dat de rechter wel bij moet sturen.

Dit laatste gaat volgens Koopmans echter alleen op voor zover het gaat om zaken die de wetgever ook daadwerkelijk kan veranderen.¹¹² Nationale jurisprudentie die zijn grondslag vindt in de jurisprudentie van het EHRM en in die van het HvJEG kan nauwelijks nog door de wetgever 'gewit' worden. Gelukkig hoeft dat ook niet omdat de legitimatie van deze rechtspraak voortvloeit uit die internationale rechtspraak zelf.¹¹³ Van een delegatieconstructie is in deze gevallen in ieder geval geen sprake.

De rechter moet wel oppassen bij het aannemen van die rechtsvormende bevoegdheid in delegatie. Volgens Koopmans bestaat namelijk de kans "dat de wetgever weinig voor ingrijpen zal voelen omdat het maatschappelijk leven zich intussen op de betwiste jurisprudentie heeft ingesteld; nieuwe regelgeving doet dan vaak meer kwaad dan goed."¹¹⁴ Ook Rijpkema ziet deze mogelijkheid maar vindt het niet principieel verkeerd dat de rechter tot rechtsvorming overgaat als de wetgever er echt niet uit komt: "Rechterlijke rechtsvorming heeft in dat geval in zekere zin het karakter van arbitrage."¹¹⁵ Doordat het politieke krachtenveld geen werking heeft in een proces voor de rechter zou op basis van een 'machtsvrije dialoog' beter tot een oplossing gekomen kunnen worden.

De rechter moet dus enorm oppassen als hij tot rechtsvorming over wil gaan op een politiek gevoelig terrein. Als de wetgever er echt niet uit komt moet dat een teken

¹⁰⁹ Brouwer 1987, p. 77.

¹¹⁰ Wiarda 1988, p. 24-25. Zie ook Van Houten 1997, p. 267: "De rechter krijgt door het gebruik dat de wetgever maakt van dergelijke normen [normen als redelijkheid en billijkheid, MD], een rechtsvormende taak opgedragen."

¹¹¹ "Het is betekenisvol dat zijn beslissing [die van de rechter, MD] zich verhoudt tot precies dit *politieke* domein en niet primair tot dat van, bijvoorbeeld de wetenschap, de kunst, de heersende moraal, of het economisch bestel. Dat is belangrijk, omdat de politiek dat proces in de samenleving wil zijn waar al deze andere aspecten in een bepaalde ordening worden opgenomen." en even verderop: "Het is dus niet zo dat de rechter de wetenschappen terzijde kan laten, integendeel. Maar slecht over de band van de wet kan hij er argumenten aan ontlenuen." Van Roermund 1996, p. 51.

¹¹² Koopmans 1999, p. 132.

¹¹³ Zijn die arresten immers niet 'besluiten van volkenrechtelijke organisaties'? (art. 94 Gw). Dat die arresten op hun beurt wel eens een legitimatiegebrek zouden kunnen hebben doet voor de nationale rechtspraak, strikt genomen, niet ter zake. Het valt in ieder geval buiten het bestek van deze beschouwing.

¹¹⁴ Koopmans 1999, p. 132-133.

¹¹⁵ Rijpkema 2001, p. 139.

aan de wand zijn. Die is er namelijk juist voor om moeilijke knopen door te hakken. Bovendien moeten de allerbelangrijkste maatschappelijke belangenafwegingen plaatsvinden op het hoogste maatschappelijk niveau. Als de wetgever vage normen gebruikt omdat hij niet tot een duidelijker gezamenlijk standpunt kon komen, dan moet de rechter natuurlijk wel op basis daarvan naar beste kunnen rechtspreken. Dit betekent echter niet dat hij niet al te voortvarend nieuwe regels mag vormen. Hij moet het de wetgever niet al te makkelijk maken om lastige kwesties aan iemand anders over te laten.¹¹⁶ Ook de wetgever heeft immers een eigen verantwoordelijkheid, die hij niet mag ontduiken.

Overigens geldt ook hier dat het geschreven recht slecht aansluit bij de beschreven theorie. Het is de rechter, formeel gezien, immers verboden om de wet te interpreteren, terwijl de delegatiegedachte dat wel van hem eist.¹¹⁷ Dit geldt a fortiori als de hij recht zou moeten vormen omdat de wetgever er niet uit komt. Het is ook in dit geval zo dat de rechter toch een zekere eigen verantwoordelijkheid voor rechtsvorming gaat krijgen. Dat hoeft niet perse bezwaarlijk te zijn, maar het Nederlandse staatsrechtelijke stelsel is er niet op ingericht.

Legitimatie door het rechtsstatelijke stelsel zelf

Naast legitimatie door acceptatie, door het kennen van gedeelde meningen door de rechter en door een delegatieconstructie bestaat er nog de theorie dat het handelen van de rechter gelegitimeerd kan zijn door het eisen van rechtsstatelijkheid.¹¹⁸ Rijpkema noemt het een rede voor de rechter om niet al te veel rekening te houden met wat de wetgever wil. Koopmans bespreekt deze heel kort in zijn nawoord van 'Drie typen van rechtsvinding,' stellende dat het een ander type legitimatie zou betreffen dan een democratische.¹¹⁹

Bij dit type legitimatie gaat het erom dat de rechter garant is van de rechtsstaat: "Het is ter waarborging van de rechtsstaat dat de rechter mensenrechten zal toepassen in zaken waar het bv. om de rechtspositie van minderjarigen, of vreemdelingen, of homoseksuelen gaat, ongeacht of een parlementaire meerderheid daar wel net zo over denkt."¹²⁰ Het is dus uitdrukkelijk niet van belang of de rechter zijn uitspraak op de een of andere manier kan funderen in de algemene volkswil. De garantiefunctie die de rechter heeft zorgt er juist voor dat hij tegen de wil van een parlementaire meerderheid in, de wetgever aan de constitutionele orde kan binden. Martens gaat zelfs zover te stellen dat de Hoge Raad in het Harmonisatiewet-arrest "dat verbod [het toetsingsverbod ex art. 120 Gw, MD] hoewel duidelijk aarzelend, overeind heeft gehouden."¹²¹ Kennelijk overwoog de Hoge Raad de grondwet te 'ontwijken' teneinde de wetgever te houden aan wat hij zag als fundamenteel beginsel van onze rechtsstaat.

Het voorbeeld dat Martens noemt is typerend omdat het aangeeft dat juridische

¹¹⁶ Rijpkema 2001, p. 139-140.

¹¹⁷ art. 11 Wet AB.

¹¹⁸ Rijpkema 2001, p. 173.

¹¹⁹ Koopmans 1999, p. 134. Oud-president van de Hoge Raad Martens maakt zich er in de voetnoten van zijn afscheidsrede overigens druk om dat Koopmans vindt dat de rechter slechts 'vaak' over dit type legitimatie zou beschikken. Volgens Martens hoort het woord 'vaak' absoluut niet thuis in die zin. Helaas wijdt ook hij bijzonder veel uit over de bron van deze legitimatie. Martens 2000, noot 71.

¹²⁰ Koopmans 1999, p. 134.

¹²¹ Martens 2000, p. 753-754.

overwegingen in het politieke machtsspel wel eens tussen wal en schip kunnen geraken. De rechter is dan formeel gezien machteloos hier iets aan te doen als het om overwegingen van grondwettigheid gaat en geen internationale bepaling zich voor toepassing leent. Zelfs als de rechter met heel zijn rechtvaardigheidsgevoel zeker weet dat een wet echt niet door de beugel kan mag hij niet ingrijpen. Nergens staat immers dat hij dat wel mag en de algemene notie van rechtsstatelijkheid is onvoldoende om de grondwet te overtreden.¹²²

Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat het niet wenselijk zou zijn dat iemand de wetgever aan de grondwet en de constitutionele orde kan binden. Het Harmonisatiewet-arrest bewijst juist dat het weldegelijk heel nuttig kan zijn als een orgaan, dat niet al te veel bloot staat aan het partijpolitieke krachtenveld, als garant van de grondwet op mag treden. Dat deze garant een rechter zou moeten zijn is echter geenszins vanzelfsprekend.

Mede naar aanleiding van het genoemde arrest moet wel opgemerkt worden dat geen bepaling uit de grondwet weggelaten mag worden vanwege de vanzelfsprekendheid ervan.¹²³

Conclusie

Eerder al is geconcludeerd dat constitutionele toetsing belangrijke overeenkomsten vertoont met gewone rechterlijke toetsing. Deze overeenkomsten zijn het feit dat de rechter vage normen invult, en het feit dat de rechter daarbij soms een belangenafweging moet maken die niet langer als voornamelijk juridisch te beschouwen is. Onderzocht is daarom of er wellicht theorieën voorhanden zijn waaruit kan blijken dat de rechter voldoende legitimatie geniet om normen toe te voegen aan de rechtsorde.

Gebleken is dat er zich in de dagelijkse gang van zaken nauwelijks problemen voordoen. De rechter blijft bij zijn rechtstoepassing meestal redelijk nauw bij de wet, en voorzover hij er overgaat tot het vormen van rechtsregels is dat meestal omdat de wetgever vage normen in wetteksten heeft gezet. Zolang er dus geen al te grote controverse bestaat over het voorliggende geval kan de rechter relatief eenvoudig aansluiten bij de wet of anders bij wat veel schrijvers de rechtscultuur noemen. De rechter vormt dan recht in delegatie omdat de wetgever de details niet wilde regelen.

Daarbij moet wel opgemerkt worden dat de rechter in de onderzochte theorieën expliciet een rechtsvormende taak opgedragen wordt. Daarmee is hij niet langer slechts de spreekbuis van de wet, maar gaat hij zelfstandig over tot het toevoegen van normen aan de rechtsorde. Dit is tot op heden zeer slecht te baseren op de wet en het verdient dan ook aanbeveling om het rechtsstatelijke stelsel zo aan te passen dat rekening gehouden wordt met de verantwoordelijkheden van de rechter. Het zou immers vreemd zijn als de rechter als enige orgaan in Nederland door helemaal niemand beïnvloed zou kunnen worden, terwijl hem wel een heel belangrijke rechtsvormende taak zou toekomen.

Dit wordt extra belangrijk zodra het gaat om vraagstukken die maatschappelijk gevoelig liggen. Dan staat immers niet van tevoren vast wat de rechtscultuur vindt en wat het volk wil. Meestal bestaan er in dergelijke gevallen meerdere min of meer heersende stromingen in de samenleving, waardoor wetgeving lang op zich laat

¹²² De grondwet overtreden is sowieso nooit een optie omdat het middel dan erger is dan de kwaal.

¹²³ Niet dat het rechtszekerheidsbeginsel zich nu zo goed leent voor codificatie in de grondwet, maar duidelijk is wel geworden dat we de wetgever aan meer houden dan enkel de grondwet.

wachten. Als de rechter dan toch in de situatie komt dat hij zich moet uitspreken over zo'n geschil heeft hij een probleem.

De rechter kan hier niet een beroep doen op een delegatieconstructie omdat het de taak van de wetgever is om de meest controversiële maatschappelijke problemen op te lossen. Hij kan ook niet een beroep doen op legitimatie door acceptatie door de rechtsgenoten achteraf. Dat zou namelijk Russisch rouletten worden voor de rechter, aangezien hij bij voorbaat niet kan weten welke beslissing de goedkeuring van de rechtsgenoten naderhand kan wegdragen. Hier geldt dus de waarschuwing van Rijkkema dat de rechter moet oppassen met recht vormen als het nog onvoldoende duidelijk is welk standpunt een door de meerderheid gedeelde mening oplevert.

Geconcludeerd moet dus worden dat de rechter redelijk goed een rechtsvormende taak kan worden toebedeeld maar dat dit tot op heden slechts ten dele is gebeurd. Verdedigd kan immers worden dat de rechter vage begrippen in wetten invult en dat hij aldus recht vormt in delegatie. Het Nederlandse rechtsstatelijke stelsel houdt er echter geen rekening mee dat de rechter zelf normen toevoegt aan de rechtsorde. De grens van deze rechtsvormende taak van de rechter zal dus sterk in de gaten moeten worden gehouden. Deze vorm van legitimatie dekt namelijk in geen geval contra-legemrechtspraak omdat de legitimatie nog altijd voortvloeit uit de wet. Bovendien blijft de wetgever het aangewezen orgaan om de grootste maatschappelijke problemen op te lossen. Die mag dus in geen geval zijn verantwoordelijkheid ontduiken met een beroep op de rechtsvormende taak van de rechter.



Hoofdstuk 4: Een alternatief voor wetsvoorstel-Halsema

Inleiding

Uit het voorgaande is gebleken dat constitutionele toetsing beter niet ingevoerd kan worden op de manier die wetsvoorstel Halsema beoogt. De daaraan verbonden nadelen zijn groter dan de voordelen. Het lijkt echter wel wenselijk om enige vorm van constitutionele toetsing in te voeren, ten einde de situatie op te heffen dat de wetgever in feite zichzelf controleert. In dit hoofdstuk wordt daarom onderzocht of er wellicht alternatieven voorhanden zijn waarmee de geconstateerde problemen kunnen worden opgelost. Omdat het niet nodig is om zelf het wiel uit te vinden, wordt een rechtsvergelijking met een paar landen uitgevoerd om te zien of er zich bruikbare elementen in andere systemen bevinden, die zich lenen voor overname in het Nederlandse rechtsstatelijke bestel.

Gekozen is daarbij voor rechtsvergelijking met België, de Verenigde Staten en Frankrijk. Steeds zullen slechts die elementen worden genoemd van de verschillende systemen die iets toevoegen aan deze beschouwing. Van een volledige vergelijking is derhalve geen sprake. Wel wordt natuurlijk in het oog gehouden dat een halve bespreking van een rechtssysteem een verkeerd beeld kan geven van dat systeem. De bedoeling is dan ook uitdrukkelijk niet een oordeel te geven over de besproken systemen, maar slechts om te bezien of er bruikbare elementen aan de besproken systemen kunnen worden ontleend.

Een algemene beschouwing

In de huidige situatie is er sprake van een wetgever die in feite zichzelf controleert. Uit het Harmonisatiewet-arrest moge blijken dat dit een situatie is die grote risico's met zich meebrengt.¹²⁴ Ook theoretisch bezien is het in een systeem van 'checks and balances' niet wenselijk dat enige staatsmacht volledig zichzelf controleert. De notie dat de wetgever rechtstreeks door het volk wordt gecontroleerd is daarbij niet heilzaam, omdat een volk misschien wel in staat is om te bepalen welke kant het op moet met een land, maar in ieder geval niet om te bepalen of de wetgever nu wel of niet ongrondwettig heeft gehandeld.¹²⁵

Als er echter enige rechter of arbiter wordt aangesteld om te bepalen wat wel en niet grondwettig is, moet het rechtsstatelijke stelsel daarop worden aangepast. Zoals is gebleken is het noodzakelijk om te zorgen voor de voldoende legitimatie van de uitspraken van zo'n rechter. Juist bij het vaststellen van de precieze inhoud van de allerhoogste geschreven nationale regeling is het van belang dat het gezag van deze rechter berust op een afdoende basis in de grondwet.¹²⁶ Het is beter om de constitutionele rechter in de grondwet van een opdracht tot constitutionele toetsing te voorzien, dan hem in staat te stellen dit uit een leemte in de grondwet op te maken. Als de grondwetgever immers beoogt dat iemand deze taak op zich neemt kan zij niet volstaan met het schrappen van art. 120 Gw, en hopen dat de praktijk goed omgaat met de aldus ontstane leemte.¹²⁷ Hoewel dit waarschijnlijk niet tot enorme problemen

¹²⁴ Smith zegt hiervan: "It might then become clear why it is not satisfactory, in the long run, to leave the immediate upholding of constitutional restraints on the majority's freedom of action to that majority itself." Smith 1995, p. 380.

¹²⁵ Rijkema 2001, p. 28.

¹²⁶ Dit is wat Van Dommelen noemt 'institutionele democratische legitimatie', Van Dommelen 2003, p. 196.

¹²⁷ Het voorstel van Engels in 'Constitutionele rechtspraak' om de woorden 'wetten en' te schrappen uit

zou leiden, zou het wel veel onduidelijkheid scheppen over het door de grondwetgever beoogde institutionele evenwicht.¹²⁸ Het aan de rechtsontwikkeling overlaten is hier, met andere woorden, geen optie.

Daarbij moet men bovendien in het oog houden dat een constitutionele rechter, hoewel hij moet beschikken over voldoende democratische legitimatie, onafhankelijk moet zijn van de wetgever. Een constitutionele rechter die gebonden is aan enige partijloyaliteit is vrijwel nutteloos al beschermmer van de constitutie.¹²⁹ Onder andere de taak van het beschermen van minderheden, met een beroep op de grondrechten, staat niet toe dat de rechter op enigerlei wijze gebonden is aan het meerderheidsstandpunt van het moment. Aan de andere kant is het ook niet heilzaam om de constitutionele rechter aan te stellen middels coöptatie, aangezien dit het constitutionele college teveel zou afzonderen van de politieke werkelijkheid.¹³⁰ De richting die de constitutionele rechter kiest moet immers wel enigszins aansluiten bij de richting van de rechtscultuur.

'Gouvernement des judges'

België kent tot op heden een vorm van beperkte, repressieve, geconcentreerde toetsing. Het Arbitragehof krijgt in de Belgische grondwet de bevoegdheid toegekend om alle wetten, ordonnaties etc. te toetsen aan onder andere het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel (respectievelijk art. 10 en 11 BGw).¹³¹ Het institutionele evenwicht in België is daarmee duidelijk in de grondwet verankerd, zij het dat het een wat ingewikkelde is. De rechters van het Arbitragehof worden door de koning benoemd uit een lijst van kandidaten, die door de senaat met tweederde meerderheid is vastgesteld.¹³² Dit verzekert dat de rechters die benoemd worden relatief gematigd zijn, en niet een strikte partijloyaliteit hebben.¹³³

Het institutionele evenwicht is door het Arbitragehof echter danig op de proef gesteld doordat het hof zijn eigen bevoegdheden behoorlijk heeft opgerekt. Van de bevoegdheid tot toetsen aan het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel is op dusdanige wijze gebruik gemaakt dat vrijwel alle gevallen, waarin er twee situaties met elkaar vergeleken konden worden, onder de toetsingsbevoegdheid geacht werden te vallen.¹³⁴ Zelfs de toepassing van fundamentele rechtsbeginselen is aan het gelijkheidsbeginsel getoetst. Het resultaat van deze toetsing is uiteindelijk vrijwel gelijk aan die van een situatie van volledige toetsingsbevoegdheid, zodat 'de verplichte omweg via het gelijkheidsbeginsel' eigenlijk slechts een vormvereiste is geworden.¹³⁵ Dit wordt nu als nodeloos ingewikkeld gezien, en daarom is voorgesteld de toetsingsbevoegdheid van het Arbitragehof ook formeel uit te breiden tot alle zaken, die het toch al behandelt.

Van dit Belgische voorbeeld kan geleerd worden dat ook een systeem dat op papier uitstekend in elkaar zit, in de praktijk tot onwenselijke situaties kan leiden. Dat

art. 120 GW moet dan ook reeds om deze rede worden afgewezen. Engels 1989, p. 77.

¹²⁸ Hirsch Ballin 2001, p. 63-64.

¹²⁹ Smith 1995, p. 393.

¹³⁰ Smith 1995, p. 393.

¹³¹ Vanden Heede en Goedertier 2003, p. 458.

¹³² Smith 1995, p. 393.

¹³³ Smith 1995, p. 393.

¹³⁴ Vanden Heede en Goedertier 2003, p. 459.

¹³⁵ Vanden Heede en Goedertier 2003, p. 460.

is uiteindelijk de rede dat geen enkele staatsmacht volledig de vrije teugel mag krijgen in een systeem van 'checks and balances.' Dit mag zelfs niet als die staatsmacht een rechtsreeks beroep op de volkswil toekomt.¹³⁶ Bovendien blijken diegenen die stellen dat bij een vorm van geconcentreerde toetsing de persoon van de rechter erg belangrijk wordt gelijk te hebben. Personele democratische legitimatie mag daarom bij het ontwerpen van een vorm van constitutionele toetsing zeker niet over het hoofd worden gezien.

De afzetbaarheid van rechters

Zoals welbekend heeft het Amerikaanse Supreme Court in de zaak *Marbury vs. Madison* zichzelf de bevoegdheid verleend om constitutioneel te toetsen.¹³⁷ Eerder is gesteld dat constitutionele toetsing eigenlijk een duidelijke grondslag in de grondwet behoeft. In de V.S. wordt echter inmiddels al zo lang algemeen aangenomen dat federale rechters, waaronder het Supreme Court, deze bevoegdheid hebben, dat het slechts van academische waarde zou zijn om alsnog de grondwet daarop aan te passen.

Dat het Supreme Court constitutioneel mag toetsen past binnen het Amerikaanse systeem van machtscheiding. Anders dan in bijvoorbeeld Nederland is daar namelijk sprake van een vrij strikte *Trias Politica à la Montesquieu*.¹³⁸ Dit betekent dat alle drie de machten onafhankelijk zijn van elkaar, en dat zij elkaar alledrie kunnen dwarsbomen.¹³⁹ Vrij algemeen wordt aangenomen dat de rechter ook een rechtsvormende taak heeft die hij onafhankelijk van de politiek uitvoert, waarbij hij, anders dan in Nederland, overigens niet altijd evenveel eerbied heeft voor de producten van wetgevende organen. De wetgevende organen zijn dan ook actief bezig met het beteugelen van de gevolgen van doortastende rechterlijke interpretaties en rechterlijke wetgeving.¹⁴⁰

De rechters van het Supreme Court worden voor het leven benoemd door de president, welke benoeming de goedkeuring van een gewone meerderheid van de senaat behoeft. Omdat een versterkte meerderheid niet nodig is, ligt het meer dan elders voor de hand dat het systeem rechters oplevert met de politieke kleur van de meerderheid.¹⁴¹ Dit geldt te meer als de president dezelfde politieke kleur heeft als de meerderheid van de senaat. De benoeming van een rechter van het Supreme Court is dan ook een belangrijk moment in de politiek van de V.S. Het feit dat de rechters voor het leven benoemd worden zorgt er wel voor dat rechters zich waarschijnlijk in het concrete geval niet al te sterk gebonden zullen voelen aan partijloyaliteiten. Ze hebben immers geen carrièreperspectieven nodig van 'hun' partij.¹⁴² Dit zorgt voor een zekere mate van stabiliteit en continuïteit in de rechtspraak van het hof.

¹³⁶ Madison verwoordt het erg mooi in *Federalist nr 51*: "In forming a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable government to control the governed and in the next place oblige it to control itself." Madison/Kramnick 1987, nr. 51.

¹³⁷ Prakke merkt op dat velen de naam *Marbury vs. Madison* weten, maar dat slechts een enkeling weet waarover het arrest eigenlijk precies gaat. Prakke 1971, p. 23 e.v.

¹³⁸ Koopmans 2001, p.18.

¹³⁹ De notie 'onafhankelijkheid' die de rechter in het Europese continentale stelsel van enige heiligheid voorziet, is in de V.S. van toepassing op alle drie de machten en is daarom weliswaar logisch maar niks bijzonders.

¹⁴⁰ Shapiro 1993, p. 86.

¹⁴¹ Smith 1995, p. 394.

¹⁴² Smith 1995, p. 392.

Bovendien zorgt dit ervoor dat het Supreme Court zijn rol als beschermer van het individu tegen de politieke waan van de dag waar kan maken, zonder automatisch voor het meerderheidsstandpunt te moeten kiezen.

Om nu te voorkomen dat de rechter zich niks zou hoeven aantrekken van wie dan ook bestaat er wel de mogelijkheid om een rechter af te zetten middels een zeer zware 'impeachment-procedure'.¹⁴³ Natuurlijk kan het rechterlijk activisme van het Supreme Court ook worden tegengegaan door middel van allerlei wetsaanpassingen,¹⁴⁴ maar ook kan het nuttig zijn de mogelijkheid open te houden om een rechter zelf te verwijderen. De mogelijkheid bestaat immers dat een rechter het politieke leven frustreert door wel heel doortastende interpretaties te geven aan wetteksten. Van Bogaert en Hoogers merkten in dit verband op dat zolang een rechter de nieuwe tekst ook mag interpreteren, een wetsaanpassing niet altijd heilzaam hoeft te zijn.¹⁴⁵ Bovendien kent de V.S. een systeem waarin het toegestaan is 'dissenting opinions' en 'concurring opinions' te publiceren. Daardoor kan men makkelijker aan de weet komen welke rechter het nu precies is, die de gewraakte interpretaties bedenkt.

Samenvattend kan gesteld worden dat het politieke systeem van de V.S. er behoorlijk anders uit ziet dan het Nederlandse. Er is in de V.S. veel meer sprake van een scheiding van machten dan in Nederland, waar meestal wordt gesproken van een machtsevenwicht. Het gevolg van dit verschil is dat de Amerikaanse rechter zich heel anders gedraagt dan de Nederlandse. In tegenstelling tot in de V.S. respecteren de Nederlandse rechter en politiek over het algemeen elkaars standpunten.

De wijze van benoeming van rechters kan beter niet worden overgenomen. Het Nederlandse systeem van evenredige vertegenwoordiging zou weliswaar niet zo sterk als het Amerikaanse tweepartijstelsel het risico lopen om rechters met een duidelijke politieke kleur op te leveren, maar in vergelijking is bijvoorbeeld het Belgische systeem van benoemingen beter. Voorkomen moet immers worden dat rechters van een constitutioneel toetsend orgaan partijloyaliteit hebben.

Wat het rechtsstatelijke stelsel van de V.S. wel beter heeft geregeld dan het Nederlandse is dat er terdege rekening mee gehouden wordt dat de rechter een eigen rechtsvormende taak heeft. Het Amerikaanse rechter is zo gezegd een 'lawgiving body.' In Nederland wordt inmiddels ook al aangenomen dat de rechter een eigen rechtsvormende taak heeft, maar het rechtsstatelijke stelsel houdt daar helemaal geen rekening mee. Bijvoorbeeld vormt het feit dat rechters afzetbaar zijn in de V.S. een idee dat zeker de moeite van het overwegen waard is. Dat het moeilijk moet zijn om een rechter af te zetten spreekt voor zich, maar het is wel een goede manier om het institutionele evenwicht te bewaren.

Een onafhankelijk arbiter

In de Franse grondwet krijgt de Conseil Constitutionnel onder andere de taak opgedragen om wetsvoorstellen onder bepaalde omstandigheden aan de grondwet te toetsen.¹⁴⁶ Het betreft een vorm van geconcentreerde, preventieve toetsing aan de gehele grondwet. Die toetsing is in het geval van organieke wetten die niet aan een referendum zijn onderworpen grondwettelijk verplicht.¹⁴⁷ Gewone wetten die niet aan

¹⁴³ Smith 1995, p. 392.

¹⁴⁴ Shapiro 1993, p. 86

¹⁴⁵ Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 20.

¹⁴⁶ Prakke 1971, p. 58.

¹⁴⁷ Dölle en Engels 1989, p. 35

een referendum onderworpen zijn geweest kunnen ook voor afkondiging aan het Conseil Constitutionnel worden voorgelegd, maar hierbij is het niet verplicht.

Het hof kan, in tegenstelling tot in de meeste landen die constitutionele toetsing kennen, niet worden geactiveerd door burgers. Slechts de president, de minister-president, de voorzitters van Kamer van Afgevaardigden respectievelijk de senaat of zestig leden van een van beide huizen van het parlement, hebben de bevoegdheid om het hof om een uitspraak te vragen.¹⁴⁸ Die uitspraak is noodgedwongen een uitspraak in abstracto aangezien het preventieve toetsing betreft. Daarmee hebben ook de Fransen op zijn minst in theorie het probleem dat een wet die vooraf grondwettig werd geacht, achteraf toch in strijd met de grondwet kan blijken te zijn. Dit soort problemen speelt vooral bij veranderende opvattingen over de inhoud van de grondwet.¹⁴⁹ De Franse oplossing hiervoor is dat de president het Conseil Constitutionnel kan verzoeken om een bestaande wet, die na 4 oktober 1958 is ingevoerd, te delegiseren.¹⁵⁰

De leden van het Conseil Constitutionnel bestaan uit alle oud presidenten van de Republiek Frankrijk (voor het leven) en uit 9 personen die worden benoemd door drie verschillende organen. De president, de voorzitter van de senaat en de voorzitter van de Kamer van Afgevaardigden benoemen ieder een derde van de rechters voor 9 jaar, waarna die rechters niet herverkiesbaar zijn.¹⁵¹ Van de aldus benoemde leden treedt iedere drie jaar een derde af. Dit zorgt voor een zekere stabiliteit binnen het hof. Volgens Smith helpt het feit dat de rechters door drie verschillende politieke organen worden benoemd echter alleen als minstens een van de drie een andere politieke kleur heeft dan de andere twee.¹⁵² Dit is gelukkig van de Fransen ook meestal wel geval geweest.

In de praktijk blijkt volgens Vedel dat de rechters van het hof zich niet gedragen alsof ze loyaal moeten zijn aan een bepaalde partijopvatting.¹⁵³ Dit heeft er volgens Smith alles mee te maken dat de personen die normaliter benoemd worden zich aan het eind van hun carrière bevinden.¹⁵⁴ Dat zorgt er namelijk voor dat de rechter er geen mensen te vriend hoeft te houden om het goede verloop van zijn carrière veilig te stellen. Er is nog een ander voordeel aan zeer ervaren mensen als constitutionele rechter, zeker als het ervaren politici betreft. Het ontzag voor de 'heilige' wet is bij deze mensen namelijk een stuk kleiner dan bij beginnende juristen, en dus kunnen ze beter de taak van constitutioneel rechter vervullen.¹⁵⁵

Het Conseil Constitutionnel heeft inmiddels een vaste plek veroverd in het politieke bewustzijn van het Franse volk. Dat komt volgens Vedel door een aantal factoren van degelijkheid. Zo heeft het hof bewezen daadwerkelijk los te staan van

¹⁴⁸ Dölle en Engels 1989, p. 35

¹⁴⁹ "The examples of Norway and the U.S.A. are sufficient to show that history can add a lot to what was originally mentioned or left open in the written constitution." Dat dit in Frankrijk niet anders is moge duidelijk zijn. Het is daar alleen wat minder openbaar door de afwezigheid van algemene repressieve toetsing. Smith 1995, p. 370.

¹⁵⁰ Dölle en Engels 1989, p. 35.

¹⁵¹ Smith 1995, p. 394.

¹⁵² Smith 1995, p. 394.

¹⁵³ Vedel 1995, p. 343.

¹⁵⁴ Smith 1995, p. 392.

¹⁵⁵ Vedel 1995, p. 342.

politieke partijen en hun meningen.¹⁵⁶ Bovendien heeft het hof geleerd om zeer goed en duidelijk te motiveren.¹⁵⁷ Smith stelt dat het degene die de bevoegdheid heeft om de grondwet uit te leggen op die manier voor zijn eigen draagvlak moet zorgen: "The less convincing this part of the justification of judicial decisions [het verband tussen constitutionele normen en de keuzes die de rechter maakt, MD], the more doubtful the legitimacy of the resulting decisions (or of the judge's activity as a whole)."¹⁵⁸ Tot slot staat het hof het zichzelf niet toe om beginselen te 'ontdekken' die superieur zouden zijn aan de grondwet of die een bovenpositieve status zouden hebben.¹⁵⁹ Daardoor kan het hof niet het verwijt treffen dat het zichzelf boven de grondwet plaatst of dat het zichzelf 'constitution making powers' toekent.

Volgens Halsema heeft het hof wel een politieke taak gekregen doordat vrijwel ieder omstreden wetsvoorstel door de gebundelde oppositie wordt voorgelegd aan het hof.¹⁶⁰ Die rol als 'scheidsrechter tussen de politieke meerderheid en minderheid' moet mijns inziens niet als negatief aspect van het Franse systeem worden bestempeld. Gezien het feit dat het hof er goed in is geslaagd zijn eigen draagvlak te creëren middels goed motiveringen, moet wellicht juist worden toegejuicht dat het hof zich overall over uit moet spreken. Zij heeft namelijk een eigen taak met juridische inslag.¹⁶¹ Omdat het hof geen politieke verantwoordelijkheid draagt voor de gemaakte keuzes is de kans veel kleiner dat juridische overwegingen tussen de wal en het schip van beleidsmatige overwegingen belanden.

Samenvattend kan gesteld worden dat het Franse systeem een goed evenwicht kent. De personele democratische legitimatie is goed gewaarborgd doordat drie verschillende organen de rechters benoemen, en deze rechter een eenmalige termijn van negen jaar zitting nemen. Doordat zij niet herverkozen kunnen worden, kunnen zij zich daardoor ook niet laten beïnvloeden. Van belang hierbij is dat de personen die rechter worden zich aan het einde van hun carrière bevinden uit overwegingen van zowel ervaring als onafhankelijkheid.

Daarbij moet wel bedacht worden dat het vooral aan het hof zelf te danken is dat het systeem zo goed werkt. Doordat het hof niet al te doortastend te werk gaat maar zoveel mogelijk bij de grondwet blijft, en zij de gemaakte keuzes bovendien goed motiveert, is er sprake van een groot draagvlak voor de uitspraken van het hof. Op deze manier is ook voldoende in de inhoudelijke democratische legitimatie voorzien.

Tot slot kan gesteld worden dat het institutionele evenwicht in Frankrijk gebaat is bij het werk van het Conseil Constitutionnel. De politieke wenselijkheid van wetten wordt netjes bij de uitvoerende organen gelaten. Tegelijkertijd is de politieke meerderheid van de dag toch echt gebonden aan de grondwet, zonder dat de gewone rechter als 'last man standing' alle juridische waarborgen op zich zou hoeven nemen.

¹⁵⁶ "[T]he public understands it's an essential actor [de Conseil Constitutionnel, MD] on the political stage; that the Constitutional Council is independant of the other public authorities because it in turn contradicts them." Vedel 1995, p. 341.

¹⁵⁷ Vedel 1995, p. 344.

¹⁵⁸ Smith 1995, p. 383.

¹⁵⁹ Vedel 1995, p. 358.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 331, nr. 3, p. 10. Waar Halsema dit feit vandaan heeft verantwoordt zij helaas niet.

¹⁶¹ Weliswaar zijn de keuzes die gemaakt moeten worden politieke maar ook Halsema stelt dat het Conseil Constitutionnel niet kijkt naar de wenselijkheid van een bepaalde wet. De politieke keuzes die gemaakt worden, worden vanuit juridisch oogpunt noodzakelijk geacht.

Op die manier kan er een goed evenwicht ontstaan tussen wetgever en Conceil Constitutionel enerzijds, en wetgever en rechter anderzijds.

Het optellen van elementen

Omdat alle systemen van constitutionele toetsing in hun politiek-historische context begrepen moeten worden, is het niet wenselijk om een systeem volledig over te planten naar het Nederlandse staatsbestel.¹⁶² Volgens Dölle en Engels hebben staten die een federale staatsstructuur hebben meestal toch al een scheidsrechter die moet bepalen welke zaken bij de federale overheid thuishoren en welke bij de overheden van de afzonderlijke staten.¹⁶³ In die gevallen is het logisch om aan diezelfde scheidsrechter de bevoegdheid toe te kennen om constitutioneel te toetsen. Nederland kent als gedecentraliseerde eenheidsstaat niet zo'n centrale rechter. Er is dan ook geen rechterlijk college dat zichzelf 'de' hoogste rechter zou mogen noemen. Bij het overnemen van elementen uit andere rechtssystemen moet daarmee rekening gehouden worden.

Omdat in het geval van constitutionele toetsing de rechtseenheid met betrekking tot de grondwet is het geding is, en uitlegging van de allerhoogste nationale rechtsnorm niet versnipperd mag raken, is het een goed idee om de uiteindelijke bevoegdheid tot grondwetsuitlegging te concentreren bij één orgaan. De consequentie daarvan is heel duidelijk geworden in de beschrijvingen van België, de V.S. en Frankrijk. Gezorgd moet worden voor voldoende mate van onafhankelijkheid in de zin van beïnvloedbaarheid door anderen. Tegelijkertijd moet er ook voor gezorgd worden dat de constitutionele toetsers niet zo onafhankelijk zijn dat zij alles zouden kunnen doen waar zou zin in hebben. Er moet, met andere woorden, een mogelijkheid blijven bestaan om het college op de een of andere manier te beïnvloeden.

De Belgische manier van het benoemen van rechters komt het meest in aanmerking voor overname. Eerder al is betoogd waarom de Amerikaanse manier zich niet voor overname leent. De Franse methode is weliswaar een uitstekende methode, maar die sluit veel minder goed dan de Belgische aan bij de Nederlandse politieke werkelijkheid. Het Nederlandse politieke bestel zou uitstekend uit de voeten moeten kunnen met het vereiste van een versterkte meerderheid, gezien de Nederlandse traditie van compromitteren. Bovendien zorgt de verplichting voor het parlement om eerst een lijst van kandidaten op te stellen voor dat de regering of de Kroon zich ermee mag bemoeien ervoor, dat het parlement niet gepasseerd wordt door een oppermachtige regering.

Iets dat wel uit de V.S. overgenomen zou moeten worden is het concept van 'impeachment.' Binnen het Nederlandse staatsbestel is het gebruikelijk dat rechters voor het leven benoemd worden. Met betrekking tot een op te richten constitutioneel toetsingshof is er geen rede om dat anders vorm te geven. Wat wel aanbeveling verdient is dat rechters afzetbaar zijn. Een constitutionele rechter mag immers niet zo onafhankelijk zijn dat hij niet gedwongen zou worden de rechtscultuur te volgen. Impeachment kan er voor zorgen dat die dwang wel bestaat. Die afzetmogelijkheid moet uiteraard een heel zware procedure zijn, opdat de constitutionele rechter niet bloot staat aan de waan van de dag. Bovendien is een vereiste van versterkte meerderheid aan te raden om te voorkomen dat de rechter teveel in het partijpolitieke

¹⁶² Dölle en Engels 1989, p. 42.

¹⁶³ Dölle en Engels 1989, p. 42.

krachtenveld zou geraken.

Het Franse systeem is een uitstekend gebalanceerd systeem dat ook in de praktijk erg goed blijkt te werken.¹⁶⁴ Omdat het echter in de Franse context begrepen moet worden verdient het geen aanbeveling het integraal over te nemen.¹⁶⁵ Wel kunnen er enkele elementen benoemd worden die ook in Nederland geïmplementeerd zouden kunnen worden. Men moet dan denken aan een zware motiveringsplicht voor het constitutioneel hof en het benoemen van doorgewinterde politici en juristen in dat hof. De voordelen hiervan zijn reeds besproken.

Een nadeel van het Franse stelsel is dat er geen mogelijkheid bestaat om een concrete casuspositie te toetsen aan wat men op dat moment als de inhoud van de grondwet beschouwt. Ook de mogelijkheid tot het delegaliseren van wetten opent deze mogelijkheid immers niet. Er vanuit gaande dat de invulling die door een constitutioneel hof gegeven wordt aan de grondwet evolueert, loopt men het risico dat er op een gegeven moment wetten gelden die niet langer in overeenstemming zijn met de grondwet. Dat risico loopt men nu in Nederland natuurlijk ook, maar daar staat dan weer tegenover dat wij op dit moment de inhoud van onze grondwet niet nader specificeren.

Naar constitutionele toetsing in Nederland?¹⁶⁶

Zoals is gebleken is er niet een systeem voorhanden dat zich leent voor integrale overname. In de Nederlandse literatuur is echter wel een systeem bedacht dat ingevoerd zou kunnen worden. Het betreft een voorstel dat Hirsch Ballin heeft uitgewerkt in de bundel 'Rechter en wetgever'.¹⁶⁷ Hij stelt namelijk voor om constitutionele toetsing te concentreren bij een aparte kamer van de Raad van State in een prejudicieel systeem.¹⁶⁸ Daarnaast wil hij de mogelijkheid openen voor de wetgever om formele wetten aan de nemen bij versterkte meerderheid, die niet onderworpen zijn aan de constitutionele toetsingsbevoegdheid van die constitutionele kamer van de Raad van State.

Hirsch Ballin stelt voor de art. 120 GW als volgt aan te passen:¹⁶⁹

1. Binnen [Nederland]¹⁷⁰ geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van hoofdstuk 1 van de Grondwet.
2. De rechter die overweegt voorschriften van een wet op grond van het eerste lid buiten toepassing te laten, legt de desbetreffende rechtsvragen aan een bij wet in te stellen kamer van de Raad van State voor. Indien deze kamer niet binnen [nader te bepalen termijn] na ontvangst van de vragen de onverenigbaarheid van de toepassing heeft uitgesproken, past de rechter de wet toe.
3. Voorzover nodig wordt bij wet opnieuw voorzien in het onderwerp van een

¹⁶⁴ Zie immers het stuk Vedel over het Conseil Constitutionel, Vedel 1995.

¹⁶⁵ Dölle en Engels 1989, p.34 e.v.

¹⁶⁶ Deze titel is ontleend aan Dölle en Engels 1989, p. 67.

¹⁶⁷ Hirsch Ballin 2001, p. 64 e.v.

¹⁶⁸ Hirsch Ballin 2001, p. 65.

¹⁶⁹ Hirsch Ballin 2001, p. 66.

¹⁷⁰ Hier stond "het koninkrijk." Omdat mijn betoog niet verder strekt dan constitutionele toetsing in Nederland en ik de gevolgen van toetsing in het koninkrijk niet kan overzien heb ik 'het koninkrijk' vervangen door 'Nederland.'

buiten toepassing gelaten wettelijk voorschrift. Deze nieuwe wet kan bepalen dat de rechter niet treedt in de beoordeling van de grondwettigheid met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.

4. De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van verdragen.

Dit voorstel kan verenigd worden met alle hierboven als wenselijk aangemerkte elementen. De beschreven wenselijke wijze van benoeming en ontslag van constitutionele rechters kan immers uitstekend in de uitvoeringswet bij dit artikel geregeld worden. Ook het feit dat de te benoemen leden van de kamer zeer ervaren mensen dienen te zijn kan in die uitvoeringswet geregeld worden, alsmede de extra zware motiveringsplicht. Tot slot kan opgemerkt worden dat het toevoegen van een aparte arbiter, die geen onderdeel is van een van 'de' drie staatsmachten ook in Frankrijk goed blijkt te werken.

Daarnaast is het zo dat dit voorstel ook beantwoord aan andere problemen die geconstateerd zijn. Zo kan bijvoorbeeld inhoudelijke democratische legitimatie gewaarborgd worden door de verschillende manieren waarop de constitutionele kamer gedwongen wordt rekening te houden met de ontwikkeling van de rechtscultuur. Een mogelijkheid tot het afzetten van rechters is de meest vergaande daarvan. Eenvoudiger is het openen van de mogelijkheid tot het aannemen van wetten van 'constitutionele rang'.¹⁷¹ De extra zware motiveringsplicht voor de constitutionele kamer zorgt er hierbij voor dat niet in het midden gelaten mag worden welke keuzes er gemaakt worden. Dit alles komt het institutionele evenwicht zeer ten goede.

Iets waar Hirsch Ballin niet over uitwijdt is het verkapte verlofsysteem dat hij voorstelt. Lid 2 stelt namelijk dat als de constitutionele kamer niet binnen een maand uitspraak doet, de rechter 'gewoon' de wet toe moet passen. Omdat te verwachten valt de in te stellen constitutionele kamer het heel druk gaat krijgen zal het dus bijzonder efficiënt moeten werken. Daar waar de instroom van rechtsvragen te groot wordt zal het moeten selecteren. Dat betekent dat het ervoor zal moeten kiezen om bepaalde zaken niet te behandelen wil het die deadline van een maand kunnen halen.

Zo'n verlofstelsel hoeft niet perse een slecht idee te zijn. Nieuw is het in ieder geval wel, aangezien het niet behandelen van een zaak in Nederland nog altijd als rechtswegering wordt gezien. Zou blijken dat het nodig is om binnen een korte periode antwoord te geven op prangende rechtsvragen, dan zou een verlofstelsel verdedigbaar zijn. Er wordt dan namelijk een evenwicht gevonden tussen het niet al teveel vertragen van procedures en het beantwoorden van belangrijke vragen. Er zal dan wel een goede selectiemethode voor de te behandelen zaken moeten worden gevonden.

Conclusie

Gesteld kan worden dat een degelijk institutioneel evenwicht eist dat de verschillende staatsmachten invloed kunnen uitoefenen op elkaar. Dit betekent niet perse dat men

¹⁷¹ Hirsch Ballin 2001, p. 66. Volgens Hirsch Ballin is het overigens niet volledig nieuw om wetten van constitutionele rang (= onttrokken aan het gezag van de constitutionele rechter) te erkennen. Hij verwijst ook naar enkele voorbeelden daarvan.

de beslissingen van de ander te allen tijde moet kunnen dwarsbomen, maar wel dat men gedwongen moet worden er uiteindelijk met zijn allen uit te komen. In de Nederlandse situatie betekent dat dat niet volstaan kan worden met het enkel verwijderen van de woorden 'wetten en' uit art. 120 GW, zoals Engels voorstelde.¹⁷² Een degelijk institutioneel evenwicht moet in de grondwet verankerd zijn, wil het daadwerkelijk waarborgen kunnen verlenen.

Ook verdient de wijze waarop constitutioneel toetsende rechters worden benoemd en ontslagen bijzondere aandacht. Wil men rechters hebben die ook daadwerkelijk onpartijdig zijn maar niet oppermachtig, dan verdient het aanbeveling de Belgische wijze van aanstelling en de Amerikaanse optie van afzetbaarheid over te nemen. Dat voor beide besluiten een versterkte meerderheid nodig zou moeten zijn ligt voor de hand omdat het natuurlijk niet mogelijk moet zijn dat de politieke meerderheid van een moment zwaar zijn stempel op constitutionele rechtspraak drukt. Dat zou het waarborgkarakter van die rechtspraak te zeer ondermijnen.

Dit alles afwegende kan gezegd worden dat het Franse voorbeeld van het toevoegen van een extra macht in het staatsbestel een goed voorbeeld kan vormen.¹⁷³ Het voorstel van Hirsch Ballin is daarbij een zeer goede optie. Voeg een constitutionele kamer toe aan de Raad van State die alleen maar juridisch mag toetsen of een wet in strijd is met de grondwet, en men is verzekerd van een enigszins coherente lijn in de uitleg van de grondwet. Een orgaan die grondwetsuitleg als enige taak heeft kan zich in hoge mate specialiseren. Dat zou de kwaliteit van die uitleg ten goede kunnen komen.

Om de kwaliteit van die uitleg nog meer te garanderen kan men ook zware motiveringseisen stellen aan de rechtspraak van de constitutionele kamer. Dit zou bijvoorbeeld in de uitvoeringswet van het nieuw aan te nemen art. 120 GW kunnen worden geregeld. Ook zouden de rechters van de kamer zich moeten doordringen van de noodzaak van deze bepaling. Grondige motivering zorgt er namelijk voor dat een gegeven beslissing makkelijker geaccepteerd kan worden door partijen. Bovendien kan men alleen het respect van het volk en de politiek winnen door zeer degelijk werk af te leveren. Een constitutionele rechter die naast zijn schoenen gaat lopen is voor een rechtssysteem erger dan geen constitutionele rechter.

Tot slot verdient het aanbeveling om slechts personen te benoemen als lid van de constitutionele kamer die al behoorlijke ervaring hebben en zich het liefst aan het einde van hun carrière bevinden. Dat zorgt ervoor dat de wet niet een al te heilige status heeft in de ogen van de constitutionele rechter. Een bijkomend voordeel is dat men zich minder gebonden zal voelen aan partijloyaliteiten omdat carrièreperspectieven geen rol meer spelen.

¹⁷² Engels 1989, p. 77.

¹⁷³ Frankrijk is net als Nederland een eenheidsstaat en heeft dus geen rechter die toch al de scheidsrechter in een federatie is.

Conclusie

De wet Algemene Bepalingen (wet AB) is achterhaald. Dat zal niemand verbazen. De rechter functioneert in het huidige staatsbestel in ieder geval niet enkel als 'spreekbuis der wet' maar voegt dagelijks normen toe aan de rechtsorde. Dat kan voor problemen zorgen want de inhoudelijke legitimatie van zijn rechtspraak vloeit volgens de klassieke rechtsstatelijke theorie voort uit zijn strikte binding aan de wet. Zijn aanstelling behoeft geen democratische legitimatie volgens de theorie van onder andere Montesquieu omdat hij in die theorie een niemand is. Zijn macht is erin gelegen iedereen, inclusief de overige twee staatsmachten, aan de wet te binden door feit op recht toe te passen en 'dus' zijn uitspraak te verkrijgen. Dit alles komt onder druk te staan door de rechter een eigen rechtsvormende taak toe te kennen. Als hem bovendien een rechtsvormende taak met betrekking tot de grondwet wordt toebedeeld moet bezien worden welke gevolgen dat heeft voor ons rechtsstatelijke bestel.

Gebleken is dat invoering van een constitutioneel toetsingsrecht verregaande gevolgen heeft voor het institutionele evenwicht. Degene die bevoegd is te toetsen aan de grondwet treedt namelijk in concurrentie met de grondwetgever, zoals de rechter geacht kan worden in concurrentie te zijn met de wetgever, voor zover het gaat om de uiteindelijk vaststelling van de inhoud van de grondwet. Zou de gewone rechter deze taak dus toebedeeld krijgen dan wordt hij, op zijn minst theoretisch gezien, naar het niveau van de grondwetgever getild. Bovendien komt de inhoudelijke legitimatie van zijn rechtspraak dan verder onder druk te staan. Van de grondwet is immers niet bij voorbaat helder wat de inhoud is. De rechter zal dan ook verregaand middels interpretatie vast moeten stellen wat die inhoud is. Daarmee doet hij feitelijk aan normstelling.

Een ander gevolg dat naar voren is gekomen is dat de wijze van benoeming en ontslag van rechters bijzondere aandacht behoeft als zij een constitutioneel toetsingsrecht krijgen. Een degelijk institutioneel evenwicht staat het immers niet toe dat er een orgaan is dat wel sterke invloed kan uitoefenen op de andere staatsmachten, maar dat zelf zulk een beïnvloeding niet hoeft te dulden. Het feit dat de grondwetgever de grondwet kan aanpassen is daartoe zeer onvoldoende, gezien het feit dat het nu eenmaal niet altijd mogelijk is om de grondwet zo aan te passen dat gewraakte interpretaties onmogelijk worden. Als een toetsingsrecht gespreid wordt ingevoerd moet de genoemde bijzondere aandacht uitgaan naar de benoeming en het ontslag van de allerhoogste rechters, aangezien die uiteindelijk vaststellen welke jurisprudentiële lijn er gevolgd moet worden.

Constitutionele rechtspraak blijkt ten dele vergelijkbaar te zijn met gewone rechtspraak. Ook nu al moet de rechter immers vage normen invullen en middels interpretatie afwegingen maken die niet langer als voornamelijk juridisch te bestempelen zijn. Halsema heeft gelijk in die zin dat er zich geen volledig nieuwe situatie voordoet waar de rechter verregaand zijn stempel drukt op de rechtsontwikkeling. Ook is het zo dat de rechter al ervaring heeft met het buiten toepassing laten van wetten wegens strijd met hogere regelgeving die ook niet altijd even duidelijk is, te weten een ieder verbindende verdragsbepalingen.

Toch kunnen daar moeilijk argumenten pro constitutionele rechtspraak aan

worden ontleend. Rechtspraak op grond van verdragen heeft immers een geheel eigen legitimatiebron, namelijk de rechtspraak van internationale hoven. En voor zover de rechter toch al vage normen invult is niet op voorhand duidelijk dat zich daar niet ook een legitimeringstekort voordoet. Gebleken is wel dat er zich niet al te grote problemen voordoen in de dagelijkse gang van zaken. Verdedigd kan dan worden dat de rechter recht vormt in delegatie als hij vage normen 'invult.' De rechtspraak wordt dan alsnog gelegitimeerd over de band van de wet. Algemeen wordt aangenomen dat de rechter bij het interpreteren aansluiting zoekt bij de rechtscultuur. Een rechter die weet wat die rechtscultuur voorschrijft hoeft dus niet al te grote problemen te verwachten als hij doortastend te werk gaat. Deze constructie gaat echter niet op voor contra-legemrechtspraak. Je kan een wet immers niet zo interpreteren dat die zichzelf tegensprekt.

Moeilijker nog wordt het als de rechter zich moet uitspreken over controversiële zaken. Dan is immers niet van tevoren duidelijk wat de rechtscultuur voorschrijft. Bovendien mag ook de wetgever zijn taak niet verwaarlozen, en horen de belangrijkste maatschappelijke problemen dus door de hem opgelost te worden. Een rechter mag echter niet weigeren recht te spreken als een zaak hem eenmaal bereikt heeft, dus moet hij in zo'n geval als het ware door overmacht gedrongen een uitspraak doen.

Te verwachten valt dat als constitutionele rechtspraak ingevoerd wordt de rechter meer met die problemen te maken krijgt. Vooral in zaken over de collisie van grondrechten is moeilijk vol te houden dat het niet zou gaan om politieke keuzes. De enige juridische maatschappen die voorhanden zijn om zulke conflicten op te lossen heeft de rechter eerst zelf bedacht. Bovendien kunnen die conflicten zonder al te veel moeite als grote maatschappelijke problemen worden bestempeld. Wie bepaalt er immers hoe ver de vrijheid van meningsuiting gaat, en hoe ver de vrijheid van anderen om niet gediscrimineerd te worden? En waar en wanneer kan het verboden worden om een hoofddoekje te dragen?

Met dit alles in het achterhoofd, blijkt uit de uitgevoerde rechtsvergelijking een aantal zaken. Zo bewijst de Belgische praktijk dat het weldegelijk mogelijk is dat de rechter verregaand bepaalt welke keuzes er gemaakt worden met betrekking tot zaken als gelijkheid en non-discriminatie. Het Arbitragehof heeft immers zo verregaand keuzes gemaakt met betrekking tot grondrechten dat niet langer gesproken kan worden van zuivere juridische rechtspraak. Dit hoeft niet perse kwalijk te zijn, maar het leent zich allerminst voor invoering in Nederland. Zolang het Nederlandse rechtsstatelijke bestel niet is ingericht op rechters die een eigen verantwoordelijkheid hebben met betrekking tot de ontwikkeling van de rechtspraak, verdient het aanbeveling de mogelijkheid dat zich in dat verband problemen voordoen zo klein mogelijk te houden.

Het zou dus beter zijn ons eerst goed te herbezinnen op de rechtsstatelijke verhoudingen tussen de staatsmachten alvorens de rechter een zo belangrijke taak toe te bedelen als constitutionele toetsing. De wet AB zou moeten worden herzien voordat de rechter een eigen rechtsvormende taak zou toekomen. Het is weliswaar zo dat de rechter die taak eigenlijk al heeft, maar voordat uitbreiding daarvan plaats vindt is het raadzaam bedenken hoe de wet AB er dan wel uit zou moeten zien als de huidige vorm ontoereikend is. Bovendien is het beter dat de grondwet bepaalt wie bevoegd is tot constitutionele toetsing, dan dat dat uit een leemte daarin zou moeten blijken. Het is in principe de grondwet die de bevoegdheden verdeelt, zijnde de

allerhoogste nationale regeling. Daarom moet in grote lijnen door de grondwet bepaald worden welke taken de rechter heeft. De uitwerking daarvan mag natuurlijk wel in de (vernieuwde) wet AB blijven staan.

Daarnaast kan in de V.S. een goed voorbeeld gevonden worden in het feit dat de rechter afzetbaar is. Deze 'impeachment-procedure' is uiteraard geen eenvoudige, en natuurlijk is de kans dat een rechter daadwerkelijk wordt afgezet heel klein. Maar die kans is er wel. Zo kan de politiek zeer indirect toch invloed uitoefenen op de rechterlijke macht. Is het steeds dezelfde rechter die vervelende interpretaties kiest, en hebben meerdere politieke partijen daar last van, dan kan hij uit het hof worden verwijderd.

In de tussentijd blijft het wel onwenselijk dat de wetgever in feite zichzelf controleert. Een degelijk institutioneel evenwicht eist immers dat geen enkele macht onbeïnvloed blijft door de overige staatsmachten. Met betrekking tot de wetgever betekent dat concreet dat er toch iemand zou moeten zijn die hem aan de grondwet kan houden. Periodieke verkiezingen blijken daartoe onvoldoende te zijn. Halsema pleit er daarom voor constitutionele rechtspraak gespreid in te voeren door alle rechters de mogelijkheid te geven te toetsen aan enkele artikelen van de grondwet.¹⁷⁴

Een probleem met dat wetsvoorstel is echter dat het de balans in het institutionele evenwicht precies de andere kant op doet doorslaan. Het zou het gat tussen politiek en rechter alleen maar vergroten doordat de rechter tegenwicht zou moeten gaan bieden aan de gehele politiek, inclusief de grondwetgever. Het feit dat de politiek zelf ook zou moeten waken voor ongrondwettigheid van wetten doet daar niet aan af. Bovendien treft het argument van Halsema dat meer gelede normstelling noopt tot de bepleite invoering van constitutionele rechtspraak geen doel. Lagere regelgeving mag immers al sinds jaar en dag worden getoetst aan de gehele grondwet en de delegatiewetgeving zelf is nauwelijks interessant genoeg om te toetsen.

Bovendien doet de selectie van grondrechten waaraan de rechter zou mogen toetsen wat arbitrair aan. Ook 'sociale' grondrechten hebben immers concrete trekjes, en 'klassieke' zeer vage. Het Belgische Arbitragehof heeft laten zien dat als een beperkt toetsingsrecht ingevoerd zou moeten worden, het gelijkheidsbeginsel in geen geval op de lijst van te toetsen rechten voor mag komen. Dit recht lijkt dan weliswaar behoorlijk concreet, maar bij nadere beschouwing blijkt dat het dat allerm minst is. De keuze van Halsema om art. 1 Gw op te nemen in de lijst van te toetsen artikelen is dan ook een zeer ongelukkige.

Beter kan, naar Frans voorbeeld, een apart orgaan in het leven worden geroepen dat constitutionele toetsing als enige taak zou hebben. Door een apart orgaan te creëren wordt de rechtseenheid behouden, terwijl, door het orgaan een gemixt juridisch-politieke bezetting te geven, rekening kan worden gehouden met de gemengde aard van constitutionele toetsing. Dit voorbeeld kan uitstekend gecombineerd worden met het voorstel van Hirsch Ballin.¹⁷⁵

Hirsch Ballin heeft namelijk voorgesteld om een aparte kamer van de Raad van State op te richten die zich prejudicieel mag uitspreken over de grondwettigheid van regelgeving, rekening houdend met concrete gevallen. Door ook repressieve toetsing

¹⁷⁴ *Kamerstukken II*, 2001/02-2003/04, 28 331, nr. 1-11.

¹⁷⁵ Hirsch Ballin 2001, p. 66.

toe te laten wordt het voordeel verkregen dat de grondwet kan meegroeien met de rechtscultuur, terwijl het politieke karakter van sommige uitspraken niet een probleem hoeft te zijn doordat de kamer er speciaal op is ingericht. Het institutionele evenwicht wordt bovendien minder verstoord omdat deze constitutionele kamer de schakel kan vormen tussen rechter en politiek.

Er moet echter wel rekening gehouden worden met de redenen waarom het Conseil Constitutionnel in Frankrijk zo succesvol is. Het beste kan dus het voorstel van Hirsch Ballin, zoals weergegeven in hoofdstuk vier, in Nederland doorgevoerd worden met een aantal extra waarborgen. De wijze van benoeming kan het beste uit België overgenomen worden en de mogelijkheid van ontslag uit de V.S. Bovendien zouden alleen doorgewinterde politici en juristen in de constitutionele kamer benoemd moeten worden. Tot slot moeten de benoemde rechters zich blijven realiseren dat zij voor hun eigen draagvlak moeten zorgen, en ze zich onder geen enkel beding boven de grondwet mogen stellen. Er dienen dus geen normen uit de hoge hoed getoverd te worden en de gemaakte keuzes moeten zeer goed onderbouwd worden.



Lijst van geraadpleegde en van aangehaalde literatuur

Van Bogaert en Hoogers 2003

Van Bogaert en Hoogers, 'De legende van de rechterlijke onafhankelijkheid', in: P.P.T. Bovend'eert, L.E. De Groot-Van Leeuwen en Th. J. M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt. Over toezicht en rechters*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-34.

Brenninkmeijer 1987

A.F.M. Brenninkmeijer, 'De plaats van de rechter in constitutionele rechtsorde', in: *De rechter als dictator?: dynamiek in de trias: verschuivingen in de verhouding regelgeving, bestuur en rechtspraak: opstellen voor het RAIIO congres op 18 en 19 maart 1987 te Veldhoven*, Lochem: J.B. Van den Brink & Co 1987: p. 51-70

Brenninkmeijer 2001

A.F.M. Brenninkmeijer, 'De rechtgever', in: W. Konijnenbelt (red.), *Rechter en wetgever. Bijdragen aan het symposium 'Rechter en wetgever' gehouden in de Ridderzaal op 30 maart 2000 bij het afscheid van mr. P.J. Boukema als voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2001, p. 93-118.

Brouwer 1987

I. Brouwer, 'De rechter als dictator of de rechter tussen twee vuren in?', in: Brenninkmeijer 1987, p. 71-82.

Van Dommelen 2003

E. van Dommelen, *Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief* (diss. Amsterdam UvA), zonder plaats: Boom Juridische uitgevers, 2003.

Dölle 1989

A.H.M. Dölle, 'Constitutionele rechtspraak; een te zwaar middel', in: Dölle en Engels 1989, p. 70-75.

Dölle en Engels 1989

A.H.M. Dölle en J.W.M. Engels, *Constitutionele rechtspraak*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1989.

Engels 1989

J.W.M. Engels, 'Constitutionele rechtspraak: een consequente stap', in: Dölle en Engels 1989, p. 75-80.

Vanden Heede en Goedertier 2003

P. Vanden Heede en G. Goedertier, 'Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof', *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiek recht* 2003, p. 458-479.

Hirsch Ballin 2001

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Constitutionele toetsing van wetten als bijdrage aan de rechtsontwikkeling', in: Brenninkmeijer 2001, p. 47-68.

Van Houten 1997

M.L.P. Van Houten, *Meer zicht op wetgeving: rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen* (diss. Tilburg), Zwolle, 1997.

Koopmans 1996

T. Koopmans, 'De constitutionele kant van de rechtsvinding', in: E.S.G.N.A.I. van de Griend en B.W.N. de Waard (red.), *Rechtsvinding; Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel ** van de Asser-serie (Asser-Vranken)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 1-8.

Koopmans 1999

T. Koopmans, Nabeschouwing bij: G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Koopmans 2001

T. Koopmans, *Rechter en Politiek in de Verenigde Staten* (Mededelingen van de Afdeling Letterkunde van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, nieuwe reeks, deel 65, nr. 3), Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2001.

Madison/Kramnick 1987

J. Madison, A. Hamilton en J. Jay / I. Kramnick, *The Federalist Papers* (Penguin Classics), Londen: The Penguin Classics 1987.

Martens 2000

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 747-758.

Prakke 1971:

L. Prakke, *Toetsingsrecht* (Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr 6), Deventer: Kluwer 1971.

Rijkema 2001

P. Rijkema, *Rechtensrecht: Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratisch rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Van Roermund 1996

G.C.G.J. Van Roermund, 'Ten dele algemeen', in: Koopmans 1996, p. 43-60.

Shapiro 1993

M. Shapiro, 'Rechter en politiek in Amerika', in: M.G. Rood (red.), *Rechtens en politiek: nationale en internationale beschouwingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Smith 1995

E. Smith, 'The legitimacy of judicial review of legislation – A comparative approach', in: E. Smith (red.), *Constitutional justice under old constitutions*, Den Haag: Kluwer Law International 1995.

Sneijders 1987

W. Sneijders, 'De rechter als dictator?', in: Brenninkmeijer 1987, p. 139-148

Stroink 1990

prof. mr. F.A.M. Stroink, *De plaats van de rechter in het staatsbestel* (oratie Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1990.

Sutorius 1987

E.Ph. Sutorius, 'De rechter en haar dictafoon', in: *De rechter als dictator? Beschouwingen naar aanleiding van de bundel voor het raiocongres 1987*, (Trema special 1987-1), Zutphen: De Walburg Pers, 1987, p. 3-12.

Thorbecke 1921

J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening van de Grondwet*, 's-Gravenhage: 1921.

Vedel 1995

G. Vedel, 'The Conseil Constitutionel: Problems of legitimazation and interpretation', in: Smith 1995, p. 331-362.

De Werd 2004

M. de Werd, 'Toetsen aan de Grondwet. Wetsvoorstel-Halsema mist doel', *Nederlands Juristenblad* 2004-17, p. 889.

Wiarda 1988

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Wijnholt 1987a

M.R. Wijnholt, 'Rechterlijke machtsuitoefening', in: Brenninkmeijer 1987, p. 149-151.

Wijnholt 1987b

M.R. Wijnholt, 'De rechter als activist', in: *De rechter als dictator? Verslag van het raiocongres 1987* (Trema special 1987-2), Zutphen: De Walburg Pers, 1987, p. 28-32.

Kamerstukken

Kamerstukken II, 2001/02-2003/04, 28 331, nr. 1-11.

Kamerstukken II, 2003/04, 28 331-a.