

Over de illusie dat rechterlijke toetsing van de wet aan onze huidige Grondwet zinvol is

E.C.M. Jurgens

Uit: Naar een Europese
Grondwet,
red. P. Cliteur,
H. Franken,
W. Voetschmans,
Boek Juridisch,
Den Haag 2004

INLEIDING

Onder juristen in Nederland bestaat een meerderheidsopvatting (zie onder meer de uitspraak van de Nederlandse Juristen Vereniging op haar jaarvergadering 1992, naar aanleiding van de preadviezen van Prakke, Koopmans en Barendrecht over Toetsing) dat art. 120 GW moet worden ingetrokken. Dit artikel verving in 1983 zijn veel pregnanter geformuleerde voorganger, dat luidde 'De wetten zijn onschendbaar' (art. 131, lid 2 Grondwet 1848). Art. 120 formuleert het zo dat de rechter niet treedt in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.

Degenen die dit artikel willen intrekken vinden dat het de natuurlijke taak van de rechter is om lagere rechtsregels te toetsen aan hogere. En dat het dus onnatuurlijk is dat dit niet mag als het gaat om wet en Grondwet. De rechter mag toch al lagere rechtsregels toetsen aan de Grondwet, en zelfs wetten toetsen, maar dan alleen aan rechtstreeks werkende verdragen? Waarom dan deze uitzondering?

Zoals zo vaak met zulke algemene premissen wordt gemakshalve een aantal basisvragen onbeantwoord gelaten.

De eerste vraag betreft de bedoeling van de grondwetgever: richt de Grondwet zich alleen tot de hoogste gezagdragende instellingen (instructienorm), of verschaft zij tevens waarborgen aan de burgers (waarborgnorm)?

De tweede vergt een analyse van de bepalingen van de Grondwet zelf: in hoeverre zijn deze naar hun formulering rechtstreeks werkend, dat wil zeggen – met de woorden van art. 93 GW – betreft het bepalingen die 'naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden'?

De derde is of het inderdaad zo vanzelfsprekend is dat een zo algemene attributie van bevoegdheden aan de rechter bestaat dat deze is gerechtigd alle lagere rechtsregels aan alle hogere rechtsregels te toetsen, dat wil zeggen lagere rechtsregels buiten toepassing te laten als deze naar zijn mening in strijd zijn met hogere. Het kan immers zijn dat die toetsing – op goede gronden, bijvoorbeeld omdat buiten toepassing laten van bepalingen van wetten in formele zin de balans tussen de drie staatsmachten verstoort – elders behoort te worden ondergebracht dan bij de rechter.

Mijn betoog is dat op geen van de drie vragen een eenvoudig ja of nee valt te geven. Het vraagstuk is veel ingewikkelder. Zo is het duidelijk dat de Grondwet – zoals deze nu luidt – voor een belangrijk deel een instructienorm is voor de hoogste gezagdragende instellingen. Toch zijn een aantal bepalingen

gen zo geformuleerd dat zij zich wel weer lenen voor rechtstreekse toepassing en toetsing (vandaar de jurisprudentie van toetsing van bepalingen van verordeningen van lagere overheden aan de grondrechten). In hoeverre is ook het bestaan van art. 120, dat kan worden gelezen als een uitzondering op een regel, niet reeds een erkenning van het overigens wel bestaande rechterlijk toetsingsrecht? Maar, tot slot, waarom zou een rechter méer inzicht hebben in de betekenis van een grondwetsbepaling dan degenen die bevoegd zijn deze op te stellen?

WAT IS DE BETEKENIS VAN DE GRONDWET VOOR ONZE CONSTITUTIE?

Daarover kunnen meningen verschillen. Er zijn er die vinden dat de Grondwet de uitdrukking is van onze hoogste waarden en dat immigranten dan ook, om in te burgeren, een eed op de Grondwet moeten afleggen. Anderen, en daar behoor ik toe, kennen de Grondwet een betrekkelijke betekenis toe.¹ Was de grondwet in 1815 en in 1848 telkens de manifestatie van een wezenlijke nieuwe staatsorde, sindsdien hebben de wijzigingen telkens niet veel meer gedaan dan de resultaten van politieke ontwikkelingen vastleggen. Zo kon de – zeker na 1890 – kennelijk onjuiste stelling 'De koning benoemt en ontslaat zijn ministers naar welgevallen' tot 1983 in de Grondwet blijven staan, hoewel dit intussen al een eeuw de werkelijkheid van het intussen ontstane parlementaire stelsel geenszins dekte. En zo konden in 1983 een serie 'sociale grondrechten' in de Grondwet worden opgenomen, die de neerslag waren van de sinds 1900 in steeds omvangrijkere mate ingevoerde sociale wetgeving: de sociale rechtsstaat.

Onze constitutie omvat dus veel meer dan de Grondwet, de 'lex constitutionalis'. Wat er wel of niet in staat is betrekkelijk willekeurig. Wezenlijke en vanzelfsprekende elementen van onze rechtsordering zijn er niet in verankerd (bijvoorbeeld onze intergratie binnen de Europese Unie, rechtszekerheid, het recht om zich vrij door het land te bewegen en de parlementaire vertrouwensregel). Andere minder wezenlijke rechten staan er wel in, vaak omdat zij ooit het resultaat waren van politieke strijd (recht van petitie; verkiezingen op grond van evenredige vertegenwoordiging; benoeming van de burgemeester door de regering).

Deze eigenschappen van de Grondwet maken het minder goed begrijpelijk waarom de rechter per se de bevoegdheid zou moeten krijgen om de wet er aan te toetsen. De Grondwet is bij ons een rustig bezit. Zij speelt bij ons niet meer de rol van akte van onze onafhankelijkheid en handvest van onze burgerrechten, zoals in landen die zich nieuw vormden (bijvoorbeeld de Verenigde Staten), of zich bevrijdden van een totalitair of koloniaal juk. In dit laatste geval kan toetsing een extra waarborg betekenen dat de nieuwe machtheb-

1 Zie mijn 'Geen eed op de Grondwet!, Een pleidooi om de geschreven constitutie sober te houden', *RegelMaat* afl. 2002/3 p. 68-75.

bers die akte, dat handvest niet zullen schenden. In het Verenigd Koninkrijk, of de Scandinavische landen, of Nederland speelt de grondwet deze rol niet meer. Wij hebben ook niet een extra waakhond nodig, in de vorm van een constitutionele rechter. Veel van de voorstanders van toetsing verkijken zich op deze culturele en historische context.

IS DE GRONDWET EEN INSTRUCTIENORM OF EEN WAARBORGNORM?

De ontstaansgeschiedenis van de Grondwet sinds 1814 geeft op deze vraag geen ondubbelzinnig antwoord. Bij nieuwvorming van staten (bij ons 1814/1815) heeft een grondwet vooral tot functie om vast te leggen wat is afgesproken, c.q. opgelegd inzake de essentiële elementen van het staatsbestel. Met name als er sprake is van afwijking van het daaraan voorafgaande (in ons geval: de Republiek van voor 1795) pleegt zo'n grondwet uitvoerig te zijn. Nieuwe staatsinstellingen moesten worden beschreven, de staatseenheid benadrukt, elementen uit de tijd van de Patriotten, de Bataafse Republiek en de Franse bezetting (ca. 1780-1814) overgenomen, met name grondrechten. Deze werden overigens met name op aandringen van de Belgen opgenomen in de Grondwet van 1815. Die hadden dan ook voor 1795 onder een autoritair Oostenrijks regime geleefd.

Was het nou de bedoeling dat burgers toen konden klagen bij de rechter als bepalingen van deze Grondwet door de wetgever niet zouden worden toegepast? Dat lijkt in hoge mate onwaarschijnlijk. Niet voor niets dateert het Meer en Berg-arrest pas van 1879. Toen pas begon de rechter bijvoorbeeld kritisch te letten op de zelfstandige wetgevende bevoegdheid van de kroon. Het is niet toevallig, dat 'toen pas'. Immers pas in 1868 had het parlement voldoende zelfbewustzijn opgebouwd om de consequentie te trekken uit het grondwetsartikel dat in 1848 de ministeriële verantwoordelijkheid invoerde. Die consequentie is dat ministers die het vertrouwen van de Kamer niet hebben moeten vertrekken. Na de wetgever ging nu ook de rechter scherper letten op de bevoegdheden van de overheid. Maar overeind bleef dat een wet een wet was, en dus – sinds 1848 uitdrukkelijk – onschendbaar.

Maar ook de tekst zelf van de regels over de attributie van macht aan de hoogste gezagdragende instellingen vervat in de Grondwetten van 1815 en 1848 suggereren niet dat het de bedoeling was dat de rechter, op beroep van een burger, de wetgever kon houden aan de Grondwet. Die verplichting was en is wel uitdrukkelijk opgedragen aan de leden van de Staten-Generaal en van de regering, die immers bij hun ambtsaanvaarding een eed moeten afleggen de Grondwet getrouwelijk te zullen nakomen.

Als argument wordt wel aangevoerd dat de rechter wetten, en ook de Grondwet, wel mag toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragsrecht (artt. 93 en 94 GW). Deze bepalingen, ingevoerd in 1953/6, dienen eerder als een argument a contrario te worden gehanteerd. Zij vormen, in het belang van de internationale rechtsorde, juist een uitdrukkelijke uitzondering op de soevereiniteit van de nationale (grond)wetgever.

De conclusie moet zijn dat uit de ontstaansgeschiedenis van de Grondwet niet kan worden afgeleid dat het de taak van de rechter is om de wet aan de grondwet te toetsen.

LENEN DE BEPALINGEN VAN DE GRONDWET ZICH VOOR TOETSING?

Ook voorstanders van toetsing geven toe dat een belangrijk aantal bepalingen van de Grondwet, met name die welke de relatie tussen de hoogste gezagdragende instellingen regelen, ongeschikt zijn om daaraan te toetsen. Dat komt zowel omdat dit nooit de bedoeling geweest is, als omdat een bemoeienis van de rechter met verdeling van bevoegdheden op dit niveau de rechter een politieke macht zou geven die niet past in een traditie van democratische besluitvorming volgens het consensuele model. In het Van den Bergh-arrest (HR 27.1.1961, NJ 1963, p.833) besliste de Hoge Raad zelfs dat de rechter de toch betrekkelijke formele vraag of een wetsvoorstel inderdaad in de Tweede Kamer de door de Grondwet geëiste meerderheid had gehaald, niet vermocht te beoordelen. Daarover beslist de Kamer zelf.

Als het gaat over toetsing aan de Grondwet dan gaat het de voorstanders meestal alleen over de grondrechten, thans grotendeels opgenomen in hoofdstuk I. Hiervan zou men kunnen zeggen dat zij zich in beginsel wel lenen voor toetsing omdat zij rechtstreeks toepasbare bepalingen bevatten. Maar ook hier zien wij dat de grondwetgever dit niet bedoeld heeft. De grondrechten laten veelal een vrijwel onbeperkte beperking toe door de formele wetgever, en vaak ook door lagere wetgevers ('bij of krachtens de wet'). Als de wetgever dan zo'n beperking heeft aangebracht, waaraan moet de rechter dan toetsen? Die beperking heeft immers de kracht van een formele wet, die door de rechter moet worden toegepast. En de Grondwet geeft geen nadere criteria waaraan de wetgever zich bij die beperking moet houden.

Het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens uit 1956, dat rechtstreeks toepasbaar is in de Nederlandse rechtsorde, beperkt die beperkingsmacht van de wetgever wél. Dat geeft de rechter mogelijkheden – waarvan hij ruimschoots gebruik heeft gemaakt – om die beperkingen te toetsen aan de doelstelling daarvan en onder meer aan eisen van proportionaliteit en kenbaarheid.

Voor ons is het EVRM dan ook onze wezenlijke grondrechtencatalogus. Toetsing aan de grondrechten in de Grondwet levert alleen op een enkel punt meerwaarde op, daar waar de Grondwet meer bescherming biedt dan het EVRM.

Daar komt nog bij dat de Grondwet sinds 1983 ook grondrechten bevat die niet zozeer burgers beschermen tegen de overheid, maar die burgers algemeen geformuleerde rechten geeft jegens de overheid: werk, welvaart, goed leefmilieu, gezondheid, onderdak, onderwijs, ontplooiing. Prachtige doelstellingen van beleid. Maar om een burger specifieke aanspraken te geven die bij een rechter kunnen worden afgedwongen zullen zij eerst in wetgeving moe-

ten worden uitgewerkt. Toetsing van wetten aan zulke algemene beleidsdoelstellingen – die in het EVRM niet voorkomen – zou de rechter geheel en al op de stoel zetten van de wetgevende en de uitvoerende macht, een ware dikastocratie veroorzaken. De klachten die er nu al zijn over de juridisering van het openbaar bestuur via het bestuursrecht nemen dan exponentieel toe: we krijgen de juridisering van de politiek. En daarmee, door aan het recht en aan de rechter onmogelijke eisen te stellen, ondermijning van de functie van het recht in de samenleving.

IS HET RECHT VAN DE RECHTER OM TE TOETSEN EEN ALGEMEEN RECHTSBEGINSEL?

Zo heeft het Amerikaanse Supreme Court het, helemaal aan het begin van de geschiedenis van de grondwet van de Verenigde Staten wel gezien. In *Marbury v. Madison* (1803) declameerde Chief Justice Marshall die bevoegdheid van de rechter als een vanzelfsprekendheid, al was in de Constitution van 1791 geen syllabe daarover te vinden. Marshall baseerde zich echter op het in de Britse koloniën mee ingevoerde systeem van de 'common law', waarin de rechter een zelfstandige rechtsvormende functie heeft, los van de wetgever. Het kwam ook praktisch goed uit, omdat in een federatie – waarvan de VS het eerste voorbeeld vormen – behoefte bestaat aan een arbiter die het laatste woord heeft, vooral in zaken van conflict tussen de federatie en de deelstaten. Bovendien bestaat in een jonge staat nog eens extra behoefte aan een hogepriester die uitspraken kan doen aan de hand van een sacraal politiek document. Dat zien we ook in alle totalitaire staten die de democratie omarmen. Zo heeft het Bundesverfassungsgericht in Duitsland een indrukwekkende staat van dienst gehad bij de opbouw van de BRD.

Het recht om te toetsen, dat wil zeggen het recht om bepalingen van lagere regelingen buiten toepassing te laten als zij in strijd worden geacht met hogere, is een kwestie van attributie van bevoegdheden. Men kan dit aan de rechter opdragen. Dat is ook de normale situatie, omdat rechters, als zij een casus krijgen voorgelegd, kunnen vaststellen dat op die casus meerdere regels van toepassing zijn, die zelfs afkomstig kunnen zijn van dezelfde regelgevers. De rechter moet dan kunnen bepalen welke regel in die casus geldt. Daarmee geen probleem. Maar als de (grond)wetgever zelf heeft bepaald dat, als de rechter een conflict tussen Grondwet en wet tegenkomt – of tussen wet en verdrag – dan de wet c.q. verdrag voorrang heeft, dan is dat een feit waar een rechter zich bij neer behoort te leggen. Geen algemeen rechtsbeginsel ontheft hem van die plicht. Want het is aan de (grond)wetgever om te bepalen welke de bevoegdheid is van de rechter. In sommige landen (Frankrijk en België bijvoorbeeld) wordt deze toetsing opgedragen aan speciale, niet rechterlijke, colleges.

HEEFT EEN RECHTER EEN BETER INZICHT DAN DE (GROND)WETGEVER ZELF?

Dit wordt door vele juristen beaamd, al klinkt het niet logisch. Als Harry Mulisch een boek schrijft, dan komen er dissertaties die beweren dat Mulisch dit en dat bedoeld heeft, ook al ontkent hij dat zelf. Maar de enige die echt kan zeggen wat hij bedoeld heeft, is toch de schrijver zelf.

De Amerikaanse auteur Sanford Levinson noemt dat, in zijn boek met die titel (1988), 'constitutional faith'. De grondwet verwordt tot een heilige schrift waarin de burgers moeten geloven en van welke religie de leden van het Supreme Court de hogepriesters zijn. Zo kon – overigens tot mijn vreugde wat de zaak zelf betreft – uit het ene woordje 'liberty' in het XIVe amendement worden opgemaakt dat deelstaten abortus provocatus niet mochten verbieden tijdens de eerste drie maanden van de zwangerschap. De redengeving, gebaseerd op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zoog de meerderheid van dat hof uit haar rechtsfilosofische duim.

Het is absoluut zeker dat de opstellers van de Constitution dit destijds niet zo bedoeld hadden. Die wezen abortus immers principieel af. Toch kon het Supreme Court haar interpretatie van 'liberty' in 1973 (*Roe v. Wade*) doodleuk bindend opleggen. De presidenten Reagan, Bush en nog eens Bush probeerden dit sindsdien, met behulp van de zogenaamde 'Moral Majority', weer ongedaan te maken, vooral door conservatieve rechters te benoemen. Dat is gelukkig nog niet gelukt. Maar toch, was dit niet een politieke kwestie die de federale (grond)wetgever had moeten beslissen, niet de rechter?

Bij een zo belangrijke bevoegdheid bij de rechter, namelijk om beslissingen van de wetgever die soms met grote meerderheid zijn aanvaard (denk aan de sociale wetten in Roosevelt's 'New Deal', in de jaren dertig van de vorige eeuw) te kunnen vernietigen – en nog wel op basis van grondwetsteksten die twee eeuwen oud zijn – past toch wel de vraag of het evenwicht van machten niet danig is verstoord. Aan wie zijn die rechters verantwoording schuldig voor zulke politieke beslissingen, beslissingen die nauwelijks kunnen worden gecorrigeerd door de grondwetgever, vanwege de grote relatieve meerderheden die voor grondwetswijziging nodig zijn?

WAAROM MAG DE RECHTER WEL TOETSEN AAN VERDRAGEN EN NIET AAN DE GRONDWET?

Inderdaad zijn de artt. 93 en 94 Grondwet een inbreuk op ons systeem. Daarbij heeft de wetgever het hoogste gezag, hij legt al wetgevend de Grondwet uit. Als hij zelf vindt dat bepaalde wettelijke maatregelen in strijd zouden komen met de Grondwet, dan verandert hij, in de hoedanigheid van grondwetgever, de Grondwet. Intussen kunnen zich nieuwe ontwikkelingen 'contra legem (constitutionalem)' ontwikkelen, zoals het parlementair stelsel en het houden van raadgevende referenda op lokaal niveau, die dan later al dan niet een plek in de Grondwet vinden.

Toetsing van wet aan verdrag is van een andere orde dan toetsing van wet aan Grondwet. Rechtstreekse werkende verdragsbepalingen hebben voorrang in onze rechtsordering op nationaal recht omdat wij, vooral na 1945, de internationale rechtsorde als een waarde zijn gaan beschouwen die moet worden bevorderd. De verdragswetgever staat boven de nationale (grond)wetgever. Daartoe is in 1953/1956 uitdrukkelijk besloten. Achter toetsing van wet aan Grondwet zit niet een dergelijk fundamenteel beginsel, integendeel.

SAMENVATTING

De conclusie kan niet anders zijn dan dat toetsing van wet aan Grondwet door de rechter niet past bij de Grondwet die wij nu hebben, noch bij onze democratische tradities. Het zou anders kunnen liggen als wij die toetsing uitsluitend mogelijk zouden maken ten aanzien van in de Grondwet opgenomen grondrechten (zoals in het initiatiefvoorstel van wet van het lid Halsema 'tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet, 11 april 2002, nr. 28331 – per april 2003 nog in behandeling in de Tweede Kamer).

Dat heeft echter, bij de huidige formulering van die grondrechten weinig zin. Wij zouden dan hoofdstuk I van de Grondwet moeten herformuleren zodat de nu daarin opgenomen mogelijkheden om die grondrechten te beperken worden ingeperkt. En bovendien heeft het alleen zin als die opnieuw geformuleerde grondrechten meer bescherming bieden dan het EVRM nu reeds biedt.

Voor mijzelf kies ik voor het EVRM. De rechtstreeks werkende bepalingen daarvan zijn al sinds 1956 onderdeel van onze constitutie. Straks komt daar nog het Handvest van de Europese Unie bij. Waarom moeten we het dan in Nederland nog eens dunnetjes gaan overdoen?

Bovendien ben ik bang voor 'Amerikaanse toestanden', zowel voor wat betreft te grote creativiteit bij rechters als voor wat betreft de politieke aandacht die ontstaat voor benoemingen in de Hoge Raad. Alleen de docenten staatsrecht varen er wel bij: zij krijgen prachtige casussen voor hun lesstof. Misschien moeten we het dan maar alleen daarom doen...