

Naar een constitutioneel hof?

Geert Corstens¹

Constitutionele toetsing staat weer volop in de belangstelling. Het is zaak om daar niet gehaast over te beslissen. Ten eerste dient de vraag te worden beantwoord of we wel constitutionele toetsing willen. Zou het parlement wel bereid zijn zijn macht wat in te laten krimpen ten gunste van rechters en wordt de rol van de rechter dan ook daadwerkelijk groter? Ook is het de vraag of de invoering politiek haalbaar is. En wie gaat er dan toetsen? Met andere woorden: wordt het een verspreide of geconcentreerde constitutionele toetsing? In dit artikel wordt betoogd dat die laatste echt is af te raden. En tot slot is er nog de kwestie van de samenstelling van een constitutioneel hof; die is in veel landen waar men al een dergelijk hof heeft nogal 'gepolitiseerd'. Dat zal in Nederland vele wenkbrauwen doen fronsen.

Al jaren wordt in Nederland gesproken over constitutionele toetsing. Een poging de Hoge Raad te bewegen het verbod van constitutionele toetsing van artikel 120 Grondwet om zeep te helpen, faalde.² Door een voorstel van de Staatscommissie Remkes en een passage in het Coalitieakkoord 2021-2025 is het idee weer opnieuw onder de aandacht gekomen. Die passage luidt:

'We nemen de uitwerking van constitutionele toetsing ter hand, in lijn met het advies van de staatscommissie Parlementair stelsel, waarbij we kijken welke vormgeving het best aansluit bij het Nederlandse rechtssysteem.'³

De Staatscommissie Parlementair stelsel (Staatscommissie Remkes) had in 2018 gepleit voor invoering van constitutionele toetsing.⁴ Haar voorgangster, de Staatscommissie Thomassen, had overigens al voorgesteld het toetsingsverbod te heroverwegen.⁵ De Staatscommissie Remkes is voorstander van invoering van constitutionele toetsing via een bij een constitutioneel hof geconcentreerde prejudiciële toetsing. Het eraan vooraf gegane initiatiefwetsvoorstel Halsema/Van Tongeren hield in dat er gespreide toetsing zou komen: dus alle rechters zouden de kwestie mogen beslissen.⁶

1. Waarom constitutionele toetsing?

De eerste vraag die zal moeten worden beantwoord is: willen we constitutionele toetsing? De Staatscommissie Remkes meent dat de behoefte om te voorzien in een lacune in de rechtsbescherming en de idee van machtsverspreiding de doorslag moeten geven. Die lacune is er omdat,

als een wet eenmaal in werking is getreden, de rechter geen oordeel meer mag geven over de verenigbaarheid van de grondrechten van de burger met de Grondwet, ook al komen vragen opzetten die bij de totstandkoming van de wet geen rol hebben gespeeld. Het op het machts evenwicht berustend argument lijkt tweeledig te zijn: wetgever en grondwetgever zijn in wezen hetzelfde orgaan.

'Daardoor zijn zowel de uitleg van de Grondwet als het oordeel over de verenigbaarheid van wetten met de Grondwet geconcentreerd bij één orgaan. Uit een oogpunt van spreiding van machten (het tegengaan van machtsconcentratie in één hand) kan de rechter fungeren als institutioneel tegenwicht.'

Andere argumenten worden ontleend aan de gedachte van de versterking van het politiek en maatschappelijk belang van de Grondwet. Over deze argumenten pro constitutionele toetsing lijkt nogal wat eenstemmigheid te bestaan. 'Lijkt', want het valt nog maar te bezien of het parlement bereid is zijn macht wat in te laten krimpen ten gunste van rechters. Immers, hoe je het ook wendt of

Auteurs

1. Mr. G.J.M. Corstens is oud-president van de Hoge Raad en oud-redacteur van het *NJB*.

Noten

- HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469.
- Coalitieakkoord 2021-2025, VVD, D66,

CDA en ChristenUnie, p. 2.

4. *Lage drempels, hoge dijken*, Amsterdam: Boom 2018, p. 195-216, hierna: Rapport Staatscommissie Grondwet 2018.

5. Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 43-47.

6. *Kamerstukken I* 2004/05, 28331, A.



© Shutterstock

Het ziet ernaar uit dat na de uitspraken in de zaken Urgenda, stikstof, Shell en Box 3 de messen wat meer geslepen zijn geraakt

keert, een dergelijke inkrimping zal het gevolg zijn. In welke variant je de constitutionele toetsing ook invoert, rechters zullen de bevoegdheid krijgen, wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet. Nu kun je stellen dat via het systeem van de artikelen 93 en 94 GW er toch al toetsingsbevoegdheid bestaat. Die bevoegdheid is weliswaar beperkt tot eenieder verbindende bepalingen in verdragen. Maar daaronder vallen wel de fundamentele rechten die ook in de GW staan. Door invoering van constitutionele toetsing wordt ogenschijnlijk de rol van de rechter groter. 'Ogenschijnlijk', immers de verwoording van de klassieke grondrechten in de Grondwet bieden de rechter minder handvatten voor toetsing dan de formuleringen in mensenrechtenverdragen. Voorbeelden waarin het verbod van constitutionele toetsing heeft geleid tot problemen die met toetsing aan verdragen niet konden worden opgelost maar wel met constitutionele toet-

sing, ken ik niet. Het wel gehoorde argument dat constitutionele toetsing de toeslagenaffaire zou hebben voorkomen, begrijp ik niet. Je zou hoogstens kunnen betogen dat er dan veel meer 'mentale' ruimte zou zijn geweest voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State voor een minder terughoudende opstelling. Die aanpak is terecht bekritiseerd en gelukkig later ook door de Afdeling zelf verworpen. Vergroting van de rol van de rechter zou dus indirect kunnen bijdragen aan betere bescherming van de burger.

Invoering van een apart hof dat achteraf over constitutionele kwesties oordeelt, zou voor de burger het voordeel bieden dat hij rechterlijke oordelen nog eens kan laten toetsen op hun verenigbaarheid met de Grondwet. Dat zou een voordeel kunnen bieden, maar de vraag is of dit veel toevoegt aan de huidige situatie waarin je je als burger na uitputting van je nationale rechtsmiddelen zelf rechtstreeks kunt wenden tot het EHRM.

2. Politieke haalbaarheid van invoering van constitutionele toetsing

Het ziet ernaar uit dat na de uitspraken in de zaken Urgenda, stikstof, Shell en Box 3 de messen wat meer geslepen zijn geraakt. Sommigen zijn niet tevreden over deze ingrepen van de rechter in politieke en maatschappelijke vraagstukken. Anderen menen dat de rechter bij stil zitten van politieke organen gelukkig tussenbeide

komt en onze samenleving, zeker in de milieuzaken, terecht behoevde voor een gigantische catastrofe. De eersten vinden dat hij zijn rol te groot maakt en op de stoel van politici gaat zitten. Dat lijkt een atmosfeer te hebben gecreëerd waarin verruiming van de rol van de rechter niet op veel politieke sympathie kan rekenen. Daar staat weer tegenover dat het coalitieakkoord positief staat tegenover constitutionele toetsing. Maar ja, er zal in tweede lezing (artikel 137 lid 4 GW) wel een tweederdemeerderheid moeten zijn. Er moet worden aangetekend dat in geen van de vier bedoelde beslissingen (Urgenda, stikstof, Shell en Box 3), de afwezigheid van constitutionele toetsing een rol speelde.

Misschien is dit een te 'machtsgerichte' benadering. Waar zou het uiteindelijk om moeten gaan? Om het dienen van de burger en diens vrijheid. Zijn die ermee gediend of niet? De door de Staatscommissie Remkes aangedragen argumenten lijken te nopen tot positieve beantwoording van die vraag. 'Lijken', want tegen de achtergrond van de zo dadelijk nog te bespreken variant van prejudiciële toetsing (Staatscommissie Remkes) zouden verlenging van procedures en ingewikkelde, op elkaar te stapelen rechtsgangen wel eens het gevolg kunnen zijn. En dan zou het resultaat uiteindelijk voor de burger wel eens negatief kunnen zijn.

3. Wie gaat toetsen?

De Staatscommissie Remkes is een voorstander van prejudiciële toetsing door een constitutioneel hof. Zij wijst terecht op verdragen die daardoor kunnen ontstaan. Zij besteedt weinig aandacht aan de bestaande veelheid van prejudiciële procedures en de gevaren van tegenstrijdige uitslagen. Immers, rechters die worden geconfronteerd met constitutionele kwesties die aan mensenrechten raken, kunnen verschillende wegen bewandelen. Ze kunnen in civiele en fiscale zaken een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad stellen. Maar ze kunnen ook besluiten, als het gaat om uitleg van een fundamenteel recht en de kwestie binnen het domein van de EU of van het EVRM valt (en dat is al betrekkelijk snel het geval), zich met een prejudiciële vraag tot het Hof van Justitie EU in Luxemburg of tot het EHRM in Straatsburg te wenden. Dat kan leiden tot ingewikkelde complicaties. Wat gaat voor: de nationale prejudiciële procedure of die van de EU of die van het EHRM? In Frankrijk heeft daarover een hevige strijd gewoed. Die resulteerde erin dat in Frankrijk, maar ook in België, een prejudiciële vraag over de grondwettigheid eerst moet worden gesteld aan en beantwoord door de Conseil constitutionnel, voordat rechters via de Cour de cassation of de Conseil d'état een vraag mogen stellen aan het HvJ EU of het EHRM.⁷ De Staatscommissie Remkes laat zich niet uit over deze kwestie. Als we spreken over traagheid van de rechtsgangen, moet dit punt ook aan de orde komen. Het kan in deze veelheid van procedures ook zo uitpakken dat er wat betreft fundamentele rechten van burgers verschillende oordelen komen van de verschillende (inter)nationale hoven.

De argumenten pro en contra geconcentreerde en gespreide toetsing zijn in het tot nu toe in Nederland gevoerde debat iets minder besproken. De Staatscommissie Remkes kiest voor geconcentreerde toetsing. Zij wil de gespreide toetsing aan verdragen handhaven. Zij stelt vast

De argumenten pro en contra geconcentreerde en gespreide toetsing zijn in het tot nu toe in Nederland gevoerde debat iets minder besproken

dat de Grondwet minder hoog in de toetsingshiërarchie staat dan verdragen en dat die toetsing 'destijds is ingegeven door de overtuiging dat strijd met het internationale recht zo veel mogelijk moest worden vermeden, met name vanwege mogelijke belangen van andere landen.'⁸

Zij vervolgt met een alinea waarover ik moet bekenen dat die mij ook bij herhaalde herlezing niet geheel duidelijk is geworden. Ik citeer:

'Dat aspect (te weten het wegens belangen van andere landen vermijden van strijd met het internationale recht, GC) ontbreekt bij de Grondwet. De Grondwet is in belangrijke mate normerend voor de nationale verhoudingen tussen de staatsmachten (...), maar ook tussen de bestuurslagen (...). Daarmee kan de uitleg van de Grondwet, eerder dan de uitleg en de toepassing van verdragen, een belangrijke (nationale) politieke dimensie hebben. Naar het oordeel van de Staatscommissie is de toetsing aan de Grondwet daardoor van een andere orde dan de toetsing aan verdragen, ook al kunnen daaraan materieel gesproken dezelfde vragen ten grondslag liggen. Geconcentreerde toetsing bevordert de rechtszekerheid en de rechtseenheid en, in vergelijking met gespreide toetsing in meerdere instanties (...) kan met een prejudiciële procedure (proces)tijd worden bespaard. Dat is uit proceseconomische overwegingen een voordeel. Bovendien voorkomt het mogelijk tegenstrijdige oordelen en draagt de prejudiciële procedure eraan bij dat de periode van rechtsonzekerheid over de juiste uitleg van de Grondwet zo kort mogelijk is.'⁹

Dat de toetsing aan verdragen van een iets andere orde is dan die aan de Grondwet, is juist. Maar het argument over de normerende werking van de Grondwet voor de verhouding tussen de staatsmachten en de bestuurslagen valt voor een aanzienlijk deel weg, als de toetsing wordt beperkt tot de grondrechten. Natuurlijk, toetsing aan de beperkingsclausules van de grondrechten kan raken aan de verhouding tussen de staatsmachten, maar als de lagere wetgever een zelfstandige beperking invoert, kan die nu ook al worden getoetst: art. 120 GW staat daaraan niet in de weg. Maar inderdaad, als de formele wetgever ten

⁷ Guy Carcassonne et Olivier Duhamel,

2010, C-188/10, *Melki et Abdeli*.

OPC, la question prioritaire constitutionnelle, Dalloz, Paris, 2011, p. 66-73 ; het

⁸ Rapport Staatscommissie Grondwet 2018, p. 204.

EHRM heeft onder voorwaarden die beperking toelaatbaar geacht : HvJ EU 22 juni

⁹ Rapport Staatscommissie Grondwet 2018, p. 204.

Geconcentreerde toetsing aan constitutionele grondrechtelijke bepalingen door een constitutioneel hof naast gespreide toetsing aan conventionele grondrechtelijke bepalingen lijkt vragen om moeilijkheden

onrechte delegeert, kan die delegatie ongrondwettig worden verklaard.

Het proceseconomische voordeel van prejudiciële toetsing door één enkele instantie is duidelijk. Maar gelet op de hiervoor genoemde complicaties wegens prejudiciële toetsing door EHRM en HvJ EU is het maar de vraag of de advocaat die een constitutionele kwestie heeft opgeworpen en nul op het rekest krijgt, daarna niet ook zal proberen de kwestie via al dan niet prejudiciële toetsing door het EHRM of via prejudiciële toetsing door het HvJ EU opnieuw te laten beoordelen. Geconcentreerde toetsing aan constitutionele grondrechtelijke bepalingen door een constitutioneel hof naast gespreide toetsing aan conventionele grondrechtelijke bepalingen lijkt vragen om moeilijkheden.

4. De samenstelling van een constitutioneel hof

Dan een derde vraag: de samenstelling van zo'n hof. Wie geen voorstander is van politisering van de rechter, zal toch wel enigszins de wenkbrauwen fronsen, als het gaat om de samenstelling van een constitutioneel hof. In andere landen met een constitutioneel hof, zoals Duitsland, België en Frankrijk, is die samenstelling nogal 'gepolitiseerd'. Dat doet dan natuurlijk meteen twijfels rijzen over de onafhankelijkheid van het hof.

De Staatscommissie Remkes stelt een hof van vijf of zeven leden voor met even zo vele plaatsvervangers. Ze zouden moeten worden benoemd op dezelfde wijze als de Staatscommissie voorstelt voor de Hoge Raad.¹⁰ Dat houdt in dat er op voordracht van een commissie, bestaande uit een door de Tweede Kamer te benoemen deskundige, een door de president van de Hoge Raad aangewezen lid van de Hoge Raad, en een andere door de president van de Hoge Raad en de Tweede Kamer gezamenlijk aangewezen deskundige, niet zijnde een rechter of een parlementariër. De Staatscommissie werkt dit niet verder uit voor het constitutionele hof. Wie gaat de eerste rechters aanbevelen? Ik vrees dat tegen de achtergrond van onvrede over de rol die de rechters hebben vervuld in zaken als *Urgenda* en *Shell* er grote druk zal gaan ontstaan om de samenstelling van het hof veel politieker te maken.

Men zal, sprekend over het politieke karakter van een constitutioneel hof ook verwijzen naar het Duitse Bundesverfassungsgericht dat onder omstandigheden de voorrang wil geven aan de Duitse constitutie boven het EU-recht.¹¹ Een zekere, misschien wel natuurlijke neiging van instituties om zich macht toe te eigenen, kan bij een nieuwe institutie als een constitutioneel hof gemakkelijk gestalte krijgen. Het Maastrichtse rapport over constitutionele toetsing bevat in dit opzicht drie veel zeggende hoofdconclusies:

'De ervaringen in landen waar de gewone rechter de grondwettigheid van wetten toetst (Scandinavië en het VK) laten zien dat de gewone rechter zich terughoudender opstelt bij toetsing van formele wetten aan de grondwet dan in de onderzochte landen met een constitutioneel hof (België, Duitsland en Frankrijk).

- In de onderzochte stelsels met een afzonderlijk constitutioneel hof (België, Duitsland en Frankrijk) is de rechtsmacht van die hoven geleidelijk aan uitgebreid, zowel door de grondwetgever en de (bijzondere) wetgever als in de praktijk van de betreffende hoven, die hun rechtsmacht en hun toetsingsmandaat ruimer zijn gaan interpreteren.

- In de onderzochte stelsels waar de toetsing van de grondwettigheid van wetten is toevertrouwd aan de gewone rechter (het VK en Scandinavië), vat de rechter die opdracht terughoudend op. Die terughoudendheid is wellicht te verklaren door de constitutionele cultuur (de diepewortelde constitutionele opvattingen betreffende de plaats van de rechter in de trias politica), de (grondwets)bepalingen die rechterlijke toetsing instellen (de Human Rights Act in het VK, de Grondwet in Zweden die de rechter met zoveel woorden opdraagt bij de toetsing aan de Grondwet rekening te houden met het feit dat het parlement de vertegenwoordiger van het volk is) en door het feit dat er juist geen apart orgaan is opgericht met het specifieke mandaat om de grondwettigheid van wetten te toetsen.¹²

In de traditie van de rechterlijke macht in Nederland past het dat de rechter zich terughoudend opstelt. Hij is ook functioneel bescheiden. Dat kan goed worden geïllustreerd aan de hand van de toetsing aan burgers bindende bepalingen van internationale verdragen. Door verdragsconforme interpretatie wordt een conflict tussen nationale en internationale wetgeving voorkomen. Voorts pleegt de Hoge Raad in geval van een disharmonie tussen nationaal en internationaal recht nogal eens aan 'prognostic overruling' te doen. Dat gebeurde bijvoorbeeld in de zaak van de vermogensrendementsheffing¹³ en op het punt van de toelating van advocaten tot het politieverhoor¹⁴ en de kroongetuige.¹⁵

Deze hoofdconclusies dwingen ertoe zeker niet overhaast tot de instelling van een constitutioneel hof over te gaan. Er moet voorts worden gewezen op de in sommige landen, zoals België en Frankrijk, bestaande prestigestrijd tussen hoogste hoven. Dat leidt tot energieverpilling. Daarmee is de burger niet gediend.

Dat rechters tekort schoten in de toelagenaffaire is een zeer ernstig op te vatten vaststelling. Maar dit had,

anders dan Omtzigt in zijn overigens voortreffelijke verhandeling lijkt te betogen,¹⁶ niet te maken met het ontbreken van constitutionele toetsing. Rechter hadden de ruimte om zich 'onbescheidener' op te stellen. Maar ze namen die ruimte niet. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft naderhand ook moeten erkennen dat die ruimte er wel was.

De burger is wel gediend met het goed behandelen van zaken die over belangrijke kwesties gaan. Uiteindelijk is daarom het voorstel van geconcentreerde toetsing

kwestieus. Elke eenvoudige civiele, straf- en fiscale zaak kan in drie instanties worden behandeld. Dat draagt bij aan de kwaliteit van het rechterlijk oordeel. Niet alleen doordat andere mensen ten tweede en ten derde male nog eens naar de zaak kijken. Maar ook omdat de lagere rechter steeds ermee rekening moet houden dat zijn oordeel opnieuw kan worden getoetst. Dat is het anticiperend effect van rechtsmiddelen.

Kortom: niet aan beginnen, die geconcentreerde toetsing.¹⁷ •

Dat rechters tekort schoten in de toelagenaffaire is een zeer ernstig op te vatten vaststelling. Maar dit had niet te maken met het ontbreken van constitutionele toetsing

10. Rapport Staatscommissie Grondwet 2018, p. 212.

11. Monica Claes, Aalt Willem Heringa, Marijn van der Sluis & Maarten Stremmer, *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing*, Maastricht, 2021, p. 23-24.

12. Monica Claes, Aalt Willem Heringa, Marijn van der Sluis & Maarten Stremmer, *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing*, Maastricht, 2021, p. 4.

13. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963 en HR 10 juni 2016 ECLI:NL:HR:2016:1129.

14. HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608 en HR 1 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:770.

15. ECLI:NL:HR:1998:ZD1191, overweging 5.2.3.

16. Pieter Omtzigt, *Een nieuw sociaal contract*, Amsterdam: Prometheus 2021, p.

187-189.

17. Zie ook het slot van het Maastrichtse rapport: Mocht worden gekozen voor de invoering van een systeem van constitutionele toetsing, dan past gespreide toetsing het best bij die diepgewortelde constitutionele cultuur in Nederland; Monica Claes, Aalt Willem Heringa, Marijn van der Sluis & Maarten Stremmer, *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing*, Maas-

tricht, 2021, p. 67; en zie ook het advies van de president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad van 14 april 2022, op de site van de HR gepubliceerd; en zie het advies van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 22 april 2022, op de site van de Raad van State gepubliceerd.