

Constitutionele toetsing in internationaal perspectief

Leonard F.M. Besselink¹

Onder juristen is het beruchte verbod van rechterlijke toetsing van de wet aan de Grondwet en aan ongeschreven rechtsbeginselen (artikel 120 Grondwet), controversieel. Tot voor kort voelden regering en parlement er niet voor het toetsingsverbod op te heffen of nader in te perken. Dit is anders geworden sinds begin dit jaar het kamerlid Halsema een initiatiefvoorstel strekkend tot gedeeltelijke opheffing van het verbod aanhangig maakte.² Het kabinet Kok II bleek - na lang dralen - kort daarop in staat een nota af te leveren.³ Hierin werd eveneens een lichte voorkeur uitgesproken voor het inperken van het verbod van artikel 120 Grondwet. Zowel in het initiatiefvoorstel-Halsema als de kabinetsnotitie gaat het om het mogelijk maken van rechterlijke toetsing van de (formele) wet aan alleen de klassieke grondrechtenbepalingen. Het toetsingsverbod voor wat betreft toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen en de andere grondwetsbepalingen (zowel die omtrent bevoegdheden van onderscheiden overheidsorganen en procedurele bepalingen als de sociale grondrechten) zou in stand moeten blijven. In deze bijdrage beperken we ons tot enkele internationale aspecten van toetsing van wetgeving. Wij stippen kort de internationale positie van het constitutioneel toetsingsverbod aan. Vervolgens bezien we de stand van zaken in het volkenrecht, om vervolgens in te gaan op wat in de discussie over afschaffing van het toetsingsverbod als één van de doorslaggevende argumenten wordt beschouwd, de bevoegdheid van de Nederlandse rechter de wet te toetsen aan sommige verdragsbepalingen.

Toetsingsverboden in andere landen

Het verbod wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet en aan ongeschreven beginselen, dat vervat is in artikel 120 Grondwet, is een van de meest karakteristieke bepalingen van ons constitutionele bestel. Internationaal bezien is het toetsingsverbod niet helemaal uniek. In sommige landen bestaat geen enkelvoudige, rigide grondwettelijke tekst waaraan rechters kunnen toetsen. Dit beperkt de mogelijkheden van rechters. In het algemeen kan hij pas toetsen als er een constitutioneel document is met een hogere status dan gewone wetten. Daarvan was met name in *common law* landen geen sprake. Maar dit verandert gaandeweg in die landen. Het Verenigd Koninkrijk is het klassieke voorbeeld. Het kent geen wetten van hogere rang dan andere wetten. Nochtans is een aantal rechters in de Human Rights Act van 1998 bevoegd geworden om vast te stellen of wetten in overeenstemming zijn met de in deze Act genoemde grondrechten, welke die van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens zijn. Indien er sprake is van strijd met die rechten, dan is het niet aan de rechter maar aan het parlement om daar uiteindelijk iets aan te doen. Formele wetten (*acts of parliament*) kan de rechter overigens niet toetsen, ook niet aan verdragen of aan rechtsbeginselen.⁴

In Nieuw Zeeland kan een rechter nog minder dan de Britse rechter. In de Bill of Rights Act van 1990 is hem wel opgedragen wetten zoveel mogelijk conform de daarin genoemde grondrechten uit te leggen, maar onverenigbaar verklaren, laat staan het buiten toepassing laten of onverbindend verklaren, is geen optie.⁵

¹Senior docent/ onderzoeker, Instituut voor Staats- en bestuursrecht, Universiteit Utrecht.

²Kamerstuk 28 331; de tekst is vervat in nr 2, de memorie van toelichting onder nr. 3.

³Kamerstuk 28355, nr 2.

⁴Wel moet de rechter op grond van de European Communities Act aan de Europese verdragen effect geven, maar toetsen van de wet aan die verdragen is dit in Britse ogen niet, maar slechts gevolg geven aan genoemde Act. Zie over de rol van de Britse rechter in de Human Rights Act, Marlou van Houten, Rechter en wetgever: een nieuwe balans. In RM Themis 2001, 3-15.

⁵Op grond van artikelen 92 J en 92 K van de Nieuw Zeelandse Human Rights Act 1993 kan een apart mensenrechttribunaal een verklaring van onverenigbaarheid afgeven in geval van (kort gezegd) strijd met het discriminatieverbod.

In de Noordse landen is de rechter terughoudend in het toetsen van wetten, hoewel de grondwetten die niet uitsluiten. In de nieuwe grondwet van Finland mag een rechter de wet alleen bij evidente strijd buiten toepassing laten, terwijl de Constitutionele Commissie van het Parlement in de praktijk de belangrijkste taak heeft bij constitutionele toetsing (verg. Art. 106 en 74), zodat in de praktijk toetsing praktisch niet voorkomt.

Voor zover schrijver dezes bekend, kent alleen de Ethiopische grondwet van 1994 een expliciet verbod aan de rechter formele wetten te toetsen aan de grondwet, zoals wij dat kennen. In Ethiopië heeft men de taak van constitutionele interpretatie opgedragen aan een van de twee kamers van het parlement, het zogenoemde House of Federation (een kamer die de deelstaten vertegenwoordigt, maar geen gewone wetgevende macht heeft), dat beslist op basis van de bevindingen van een Council of Constitutional Inquiry, die wordt voorgezeten door de president van het Federale Hoogerechtshof.⁶ Dit is een oplossing die enigszins lijkt op het stelsel van de Nederlandse Grondwet van 1814, waarbij de authentieke uitleg van de grondwetsbepalingen in geval van twijfel werd voorbehouden aan een commissie, welke haar bevindingen na drie jaar aan een parlement in dubbele samenstelling zou voorleggen.⁷

Bij een vergelijking met andere landen moet men zich bedenken dat met het al dan niet bestaan van toetsingsverboden maar weinig gezegd is. Weliswaar kunnen rechters in andere landen in beginsel de wet toetsen aan de grondwet, maar dit is zelden onbeperkt. Vaak wordt constitutionele toetsing geconcentreerd bij een bijzondere instelling die niet altijd behoort tot de rechterlijke macht, zoals een constitutioneel hof (bijvoorbeeld in Duitsland, Oostenrijk, België, Frankrijk, Italië) - in andere landen is het in beginsel aan elke rechter voorbehouden de wet te toetsen aan de constitutie. In een land als Italië, waar constitutionele toetsing aan een aparte instantie is voorbehouden, kan in zekere zin zelfs gezegd worden dat de rechter de wet niet kan toetsen aan de rechter – de betreffende instantie, het *Corte costituzionale* behoort immers niet tot de rechterlijke macht.

Ook waar geen expliciet verbod bestaat, kan men niet altijd aan alle grondwetsbepalingen of niet (altijd) ten volle toetsen, waarbij zich veel variatie voordoet. In veel landen toetst men minder terughoudend als het gaat om procedurele vragen en bevoegdheidsvragen, in andere landen is toetsing juist weer beperkt tot toetsing aan bepaalde materiële normen (met name grondrechtenbepalingen) waarbij soms diepgaand, soms meer terughoudend wordt getoetst. Overigens moeten wij niet vergeten dat in Nederland constitutionele toetsing niet ten principale is onttrokken aan de bevoegdheid van de rechter. De rechterlijke bevoegdheid tot constitutionele toetsing naar de huidige stand van de jurisprudentie ligt een stuk ingewikkelder dan op het eerste gezicht lijkt. De Hoge Raad claimt de bevoegdheid om - niettegenstaande de tekst van artikel 120 Grondwet - vast te stellen dat een wet in strijd is met een fundamenteel rechtsbeginsel. In het Harmonisatiewet-arrest begint de Hoge Raad immers met de vaststelling dat de Harmonisatiewet

⁶De relevante bepalingen van de Grondwet van de Federale en Democratische Republiek Ethiopië zijn artikelen 83 en 84; Article 83: (1) All constitutional disputes shall be decided by the House of the Federation. (2) The House of the Federation shall, within thirty days of receipt, decide a constitutional dispute submitted to it by the Council of Constitutional Inquiry. Article 84: (1) The Council of Constitutional Inquiry shall have powers to investigate constitutional disputes. Should the Council, upon consideration of the matter, find it necessary to interpret the Constitution, it shall submit its recommendations thereon to the House of the Federation. (2) Where any Federal or State law is contested as being unconstitutional and such a dispute is submitted to it by any court or interested party, the Council shall consider the matter and submit it to the House of the Federation for a final decision. (3) When issues of constitutional interpretation arise in the courts, the Council shall: (a) remand the case to the concerned court if it finds there is no need for constitutional interpretation; the interested party, if dissatisfied with the decision of the Council, may appeal to the House of the Federation. (b) submit its recommendations to the House of the Federation for a final decision if it believes there is a need for constitutional interpretation.

⁷Artikel 146, Grondwet 1814.

in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel; gezien de strekking van het arrest is daarmee ook de bevoegdheid gegeven om te verklaren dat een formele wet in strijd is met een bepaling van de Grondwet (al kan de rechter de wet niet op grond hiervan buiten toepassing laten of onverbindend achten).⁸ Daarnaast bestaat de mogelijkheid om de wet buiten toepassing te laten wegens strijd met een rechtsbeginsel wanneer daarvoor ruimte is in niet door de wetgever beoogde gevallen in samenhang met gerechtvaardigd vertrouwen opwekkende mededeling omtrent de toepassing van de wet.⁹ De rechter is bevoegd lagere regelgeving te toetsen aan de Grondwet, maar een moeilijkheid bestaat wanneer lagere regelgeving berust op een formele wet. In beginsel kan de rechter een lagere regeling buiten de wet om toetsen aan de Grondwet, maar dit kan niet wanneer daarmee in wezen de wet in strijd met de Grondwet wordt geoordeeld.¹⁰ Een heel andere kant op gaat de jurisprudentie omtrent toetsing van de procedure van wetgeving. Zo bestaat er in de jurisprudentie een verbod tot het uitvoeren van een bevel tot wetgeving. Meer omstrede - en moeilijker te doorgronden - is het verbod van toetsing van een voorbereidingsbesluit tot wetgeving ook wanneer dit besluit niet wordt genomen door een ambt dat onderdeel is van de wetgever en slechts toetsing aan de wet nodig is, zodat er geen enkele sprake kan zijn van een oordeel over de grondwettigheid van de betrokken wet.¹¹

De conclusie die we uit een en ander moeten trekken, is dat er in Nederland veel meer mogelijk is dan het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet suggereert. Anderzijds is het zo dat toetsing van wetgeving in andere landen met bijzondere, vaak strikte waarborgen is omgeven en soms slechts binnen strak omschreven grenzen mogelijk is. Niet altijd is het een rechterlijke instantie die bevoegd is tot constitutionele toetsing.

Het spreken over een wijziging van het bestaande toetsingsverbod in Nederland vergt dus de nodige precisie, vooral ook als we dit in rechtsvergelijkend perspectief willen doen. Het is volstrekt onjuist om het zo te presenteren dat de Nederlandse rechter niets kan, terwijl buitenlandse rechters veel, zo niet bijna alles kunnen.¹²

Bij dit alles moet bedacht worden dat de Nederlandse rechter formele wetten wel degelijk toetst.

⁸Zie Harmonisatiewet-arrest, r.o. 3.1, HR 14 april 1989, nr. 13882, AB 89, 207; dit komt in de buurt van de Britse *declaration of incompatibility*. Het is moeilijk te doorgronden wat de verwerping door het kabinet-Kok II van de mogelijkheid van het afgeven van zo'n verklaring door de rechter precies betekent: vindt de regering dat de HR te ver ging? Zie kabinetsnotitie, p. 18.

⁹Idem, r.o. 3.9 en de 'doorbraak'-arresten.

¹⁰Zie bijvoorbeeld geen toetsen om de wet heen in CrvB 7 november 1966, TAR 1997, 21; wel toetsen om de wet heen Rb Amsterdam 7 maart 2002, LJN-nummer AE0081.

¹¹HR 19 november 1999, LJN- nummer AA 1056.

¹²De memorie van toelichting van het initiatiefvoorstel schiet ver over doel wanneer het wordt voorgesteld alsof de wetgever "altijd het enige en het laatste woord heeft" (p. 2); ook wordt in het rechtsvergelijkende deel gesteld dat Nederland "een totaalverbod kent op constitutionele toetsing" (p. 8), hetgeen lariekoek is; misleidend is ook de stelling dat weliswaar de omvang e.d. van de toetsing in het buitenland verschillend geregeld is "maar in al deze landen [bedoeld zijn nagenoeg alle West-Europese landen] kan een wet door de rechter vanwege strijdigheid met de grondwet worden gepasseerd". Onbegrijpelijk is de volgende stelling: "Het is moeilijk te rechtvaardigen dat de Nederlandse rechter geen oordeel mag vellen over de grondwettigheid van de eigen wetten terwijl internationaal-rechterlijke colleges met rechters uit landen met zeer afwijkende rechtstelsels, die soms deels nog rechtstatelijk in ontwikkeling zijn en pas onlangs tot de Raad van Europa zijn toegetreden (zoals Moldavië en Georgië), bevoegd zijn verklaard om de rechtstatelijkheid en de eerbiediging van mensenrechten van Nederlandse wettelijke bepalingen te toetsen" (mvt voorstel-Halsema, p. 12). Deze stelling gaat eraan voorbij dat er een Nederlandse rechter in het EHRM zit - hoewel onduidelijk is waarom dit het EHRM meer of minder legitiem maakt - tenzij bedoeld wordt dat genoemde buitenlandse rechters er niet in thuis horen; onjuist is de suggestie dat het EHRM Nederlandse wetten toetst aan "rechtstatelijkheid"; er zou slechts iets in de hele stelling zitten als het EHRM zou toetsen aan de Grondwet, quod non.

Veelvuldig worden ook wetten getoetst aan een ieder verbindende verdragsbepalingen, met name van mensenrechtenverdragen. En ook hierover wordt vaak iets te simplistisch geredeneerd als het gaat om de consequenties hiervan voor de vraag of toetsing aan de Grondwet en rechtsbeginselen moet worden toegestaan.

Rechterlijke toetsing en internationaal recht

De Nederlandse Grondwet heeft niet alleen het toetsingsverbod van artikel 120 als (betrekkelijk) unicum. De Grondwet is tevens uniek in haar benadering van verdragsbepalingen. Verdragsbepalingen werken in Nederland rechtstreeks in die zin dat zij geen omzetting in een besluit van nationaalrechtelijke oorsprong vergen voordat zij deel uitmaken van de nationale rechtsorde en daarin op bindende wijze kunnen worden toegepast (artikel 93 Grondwet). Wat de Grondwet uniek maakt is de voorrang die een ieder verbindende bepalingen van verdragen hebben boven de wet en zelfs de Grondwet (artikel 94 Grondwet).¹³ Met deze unieke voorrang van sommige (nl. alleen 'een ieder verbindende') verdragsbepalingen gaat het in Nederland vrij algemeen gevoelen gepaard, dat internationaal recht 'hoger' is dan nationaal recht en meer hemels en heilig is dan het recht van eigen grond. Hoe dit zij, het betekent dat de rechter op grond van artikel 94 van de Grondwet geroepen is de wet (en andere besluiten) te toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen. Dit heeft hij sinds de jaren '80 van de twintigste eeuw ook regelmatig gedaan.

Het *algemene* volkenrecht schrijft een toetsing van wetten aan internationaal recht geenszins voor. Gelukkig maar, want in Nederland geldt naast de toetsingsopdracht van artikel 94 van de Grondwet een verbod om wetten te toetsen aan ongeschreven volkenrecht¹⁴ - hetgeen duidelijk maakt dat ook bij toetsing aan internationaal recht de nationale opvattingen omtrent machtenscheiding (met name de rechter en de wetgever) doorslaggevend zijn.

Het volkenrechtelijke beginsel dat het aan het nationale recht is om te regelen of en hoe het internationale recht doorwerkt in nationale rechtsstelsels, leidt uitzondering wanneer specifieke verdragsbepalingen of verdragsregimes afdwingbaarheid voor de nationale rechter zouden stipuleren. Dit is het geval voor wat betreft het EG-recht. Het Hof heeft immers het EG-Verdrag zo uitgelegd dat de rechtstreeks werkende bepalingen daarvan en van secundair EG-recht door de nationale rechter rechtstreeks moet worden toegepast met terzijde stelling van strijdig nationaal recht. Nochtans regelt het EG-recht niet ten principale de rechtsmacht van de betreffende rechter, doch slechts dat de naar nationaal recht bevoegde rechter tevens bevoegd is om relevant EG-recht toe te passen.

Internationaalrechtelijke plicht tot toetsing van de wet aan ongeschreven rechtsbeginselen

Zoals we weten uit het *Harmonisatiewet*-arrest, strekt het verbod van rechterlijke toetsing van de wet zich niet alleen uit over toetsing aan de Grondwet, maar ook tot toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen. In dit arrest ging het om toetsing van de zogenaamde Harmonisatiewet, waarbij de rechten van sommige studenten die al aan een studie begonnen waren op studiefinanciering, werden beperkt. Dit was in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Op basis van een reconstructie van de bedoeling van de grondwetgever, welke de Hoge Raad doorslaggevend achtte, werd vastgesteld dat het verbod van artikel 120 Grondwet zich ook uitstrekt over toetsing van de wet aan ongeschreven beginselen. Zijn er echter internationaalrechtelijke verplichtingen tot rechterlijke toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen?

Opnieuw moet het antwoord luiden: het algemeen volkenrecht kent niet zo'n plicht, maar een bijzonder verdragsregime kan daar wel toe dwingen. En dat is het geval met het EG-recht. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG zijn nationale rechters verplicht

¹³Voor een analyse van de weinig bediscussieerde vraag of dergelijke verdragsbepalingen voorrang hebben op de bepalingen van het Statuut, zie Besselink e.a., *De Grondwet en de Europese Unie*, Europa Law Publishers 2002, pp. 45-50.

¹⁴Het tweede Nyugat-arrest, HR 6 maart 1959, NJ 1962, 2.

het nationale recht toe te passen in overeenstemming met het EG-recht; het nationale recht mag niet in strijd met het EG-recht worden toegepast. Dit EG-recht omvat mede de algemene beginselen van Gemeenschapsrecht. Deze algemene beginselen zijn voor een deel gecodificeerd. Zo is het evenredigheidsbeginsel te vinden in artikel 5, derde lid, EG-verdrag. Voor een ander deel worden zij 'ingelesen' in de bestaande verdragsbepalingen - men denke aan de evenredigheidstoets in het kader van vraag of een maatregel van een lidstaat binnen de grenzen van de zogenaamde *rule of reason* is gebleven, welke *rule of reason* betrekking heeft op maatregelen van algemeen belang die kunnen raken aan de economische vrijheden (vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal). Maar het is niet ondenkbaar dat ook zonder zo'n materieelrechtelijk aanknopingspunt in de verdragen een maatregel van een nationale overheid getoetst moet worden aan een echt ongeschreven rechtsbeginsel. Het is goed denkbaar dat een Nederlandse rechter geroepen kan worden een formele wet te toetsen aan een ongeschreven beginsel van Gemeenschapsrecht.

Op dit punt is de onschendbaarheid van de wet, zoals gestipuleerd door het toetsingsverbod van de Grondwet (en de a contrario uitleg van artikel 94 Grondwet), nu reeds nader ingeperkt voor wat betreft ongeschreven beginselen van Gemeenschapsrecht. De Nederlandse rechter heeft in voorkomende gevallen de formele wet te toetsen aan ongeschreven beginselen van Gemeenschapsrecht. Wanneer hij op grond van deze toetsing tot de conclusie komt dat de wet in strijd is met zo'n beginsel, dient de wet in beginsel buiten toepassing te worden gelaten.

Internationaalrechtelijke plicht tot toetsing van de wet aan de eigen Grondwet

Is er een voor Nederland bindend verdrag of verdragsregime op grond waarvan de wet moet worden getoetst aan de Grondwet? Het antwoord op deze vraag is negatief. Eigenlijk is dat ook vanzelfsprekend. Het is wel denkbaar dat een eventuele plicht tot toetsing aan *internationale* verplichtingen in het leven zou worden geroepen, maar het is niet goed denkbaar welk internationaal belang gemoeid kan zijn bij het toetsen aan specifiek nationale regels met een eigen specifiek nationale betekenis. Terwijl de effectiviteit van (een al dan niet bijzonder deel van) het internationale recht met eenzelfde inhoud die voor verschillende staten op dezelfde wijze geldig en bindend is, gebaat kan zijn bij een specifieke wijze handhaving, is dit niet goed denkbaar bij een internationale verplichting tot handhaving van nationaal constitutioneel recht, dat inhoudelijk tussen staten onderling sterk uiteen kan lopen. Dit uiteenlopen bestaat zelfs op zulke belangrijke punten als grondrechtenbescherming: in sommige landen strekt de godsdienstvrijheid voornamelijk tot gelijke vrijheid van belijdenis en de vrijheid over te gaan tot een andere religie, terwijl de Griekse grondwet de godsdienstvrijheid vooral tot uitdrukking brengt door de leidende rol van de Orthodoxe Kerk te stipuleren en proselitisme te verbieden; in Nederland is de gelijke financiële behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs de kern van de onderwijsvrijheid, terwijl in Italië het de overheid grondwettelijk verboden is onderwijs op godsdienstige grondslag te subsidiëren.¹⁵ In constituties vastgelegde regeerstersels, ook onder democratische staten, verschillen van elkaar op onderling onverenigbare wijze en hetzelfde kan gezegd worden over de verdeling van bevoegdheden over centrale en andere niveaus; stelsels van wet- en regelgeving lopen uiteen.

Een grondslag voor constitutionele toetsing door de rechter kan ook niet ontleend worden aan

¹⁵Een internationaal belang kan zijn gegeven in situaties waar het uiteenvallen van een staat de internationale vrede bedreigt, zoals gebeurde in voormalig Joegoslavië. Er is dan ook precies in dat geval een voorbeeld te vinden van een verdrag dat voorziet in het opzetten van een nationaal constitutioneel hof en mensenrechtentribunaal dat nationale wetten moet toetsen aan de constitutie, dat zijn de zgn. Dayton-agreements, een verdrag gearafeerd in Dayton 21 november 1995 en getekend op 14 december 1995 in Parijs, waarbij in Annex IV een constitutie voor Bosnië Herzegovina is vastgesteld; zie ook Annex VI bij dat verdrag; het is te vinden onder meer op http://www.usip.org/library/pa/bosnia/dayton_gfa.html.

artikel 6 EVRM.¹⁶ De bepaling stipuleert de toegang stipuleert van burgers tot de rechter voor het vaststellen diens burgerlijke rechten en plichten.¹⁷ Dit begrip burgerlijke rechten valt echter allerm minst samen met constitutionele rechten en plichten, nu hieraan veelal een civielrechtelijk karakter ontbreekt (het eigendomsrecht is een uitzondering). Bovendien is het niet zo dat artikel 6 EVRM toegang geeft tot elke willekeurige rechtsgang of vorm van rechtsbescherming, zoals de mogelijkheid voor elke rechter om de wet aan de Grondwet te toetsen; toegang tot de rechter tot vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen betekent niet toegang tot elke denkbare rechter met elke denkbare klacht die de rechter altijd moet kunnen beoordelen.¹⁸ Terecht heeft de Hoge Raad de uitleg verworpen volgen welk artikel 6 EVRM de rechter tot constitutionele toetsing verplicht.¹⁹

De nationale rechtsordes en de internationale rechtsorde zijn te verschillend om over zoiets als constitutionele toetsing een uniforme regel op te leggen. De grondwettelijke regels van verschillende staten lopen daarvoor te sterk uiteen. Maar misschien nog belangrijker is dat de inrichting van toetsing door een (quasi-)rechterlijk instantie in landen waar constitutionele toetsing niet is voorbehouden aan de wetgever, al evenzeer varieert. Waar wij geneigd zijn om bij constitutionele toetsing te denken aan constitutionele toetsing door de rechter, is in sommige landen die toetsing juist om zowel praktische als principiële redenen niet gegund aan een rechterlijke instantie maar aan een instantie die buiten de rechterlijke macht staat - men denke aan de *Conseil constitutionnel* in Frankrijk en de *Corte costituzionale* in Italië. In Italië acht men het onjuist om te spreken van het *Corte costituzionale* als rechterlijke instantie omdat dit hof tot taak heeft te arbitrerende tussen de drie machten, hetgeen niet goed kan geschieden indien de arbitrerende instantie zelf tot een van die drie machten zou worden gerekend. Dit verklaart ook waarom *Corte costituzionale* meent dat het geen prejudiciële vragen kan stellen aan het Hof van Justitie van de EG - artikel 234 EG-Verdrag heeft het immers over prejudiciële vragen die kunnen worden gesteld door “een rechterlijke instantie van een der lidstaten”, en dat is de Corte niet. Het is dus nog niet eens zo eenvoudig een plicht tot constitutionele toetsing internationaalrechtelijk op te leggen, zelfs als men dat zou willen.

Toetsing aan verdragen als argument voor toetsing aan de Grondwet

Het voorgaande brengt ons op een van de relatief ‘nieuwe’ argumenten die aangevoerd worden om te pleiten voor de mogelijkheid dat de rechter de wet moet kunnen toetsen aan de Grondwet. De gedachte is dat nu het de rechter sinds 1953 is toegestaan de wet te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen, het een kleine en logische stap is hem toe te staan de wet te toetsen aan de Grondwet. Dit argument wordt gebruikt in de memorie van toelichting van het initiatiefvoorstel-Halsema en in de genoemde kabinetsnotitie, maar het kwam al voor in de stukken voor de grondwetsherziening van 1983, zoals de Proeve van een Nieuwe Grondwet; het komt ook voor in de adviezen van de Hoge Raad over een eventuele grondwetswijziging die toetsing van de wet aan de Grondwet mogelijk zou moeten maken. Het in de vorige paragraaf vastgestelde, kan echter tot een nogal andere conclusie leiden. Laten we het eens kritisch tegen het licht houden.

De kabinetsnotitie gebruikt het verdrags-argument om het democratie-argument terzijde te schuiven. Het democratie-argument (!), zegt het kabinet, heeft “veel van [zijn] betekenis [...] verloren” sinds invoering van rechterlijke toetsing aan verdragen “en sinds de voorrang van het Europese recht boven het nationale recht”; “[i]n veel gevallen gaat het bij de toetsing aan verdragsbepalingen om toetsing aan grondrechten die ook in de Grondwet zijn opgenomen. De stap naar rechterlijke toetsing aan de nationale grondrechten, is vanuit dit gezichtspunt logisch en

¹⁶Een dergelijke uitleg wordt gegeven door A.F.M. Brenninkmeijer, *De toegang tot de rechter*, diss. KUB 1987, 243-250.

¹⁷EHRM 21 februari 1975, *Golder*.

¹⁸EHRM 22 november 1995, *Bryan*; zie ook 22 oktober 1984, *Sramek*.

¹⁹Harmonisatiewet-arrest, r.o. 3.7..

beperkt van omvang.²⁰

Vergeten wordt echter dat het gaat om twee geheel verschillende dingen. Dat de rechter wetten kan toetsen aan sommig verdragsrecht en sommig Europees recht, zegt helemaal niets over de vraag of hij ook heeft te kunnen toetsen aan de Grondwet. Kennelijk volgt het kabinet de redenering dat als in internationaalrechtelijke context afbreuk kan worden gedaan aan de democratie-gedachte, dit dan in puur nationaalrechtelijke context ook maar mogelijk moet worden gemaakt. De conclusie van het kabinet is weinig overtuigend en niet logisch, nu het om verschillende toetsingsmaatstaven gaat. Grondwettelijke grondrechten leggen soms de lat hoger dan verdragen doen. Dit maakt toetsing aan deze grondwettelijke bepalingen tot een uniek nationale aangelegenheid, waardoor de parallellie met toetsing aan verdragsrecht eenvoudigweg niet opgaat. Het bestaan van artikel 120 naast artikel 94 Grondwet is geen anomalie, zoals het kabinet beweert (p. 8), noch in logisch opzicht, noch in het licht van het democratie-argument. Het verbod van toetsing door de rechter handhaaft de mogelijkheid van het democratische gelegitimeerd karakter van constitutionele toetsing, die door dit verbod immers gelegd wordt bij de wetgever.

Er is tevens een historisch aspect dat het verdragsargument iets van zijn glans ontnemt. Zoals de memorie van toelichting op het voorstel-Halsema opmerkt, werd de rechterlijke toetsing van de wet aan sommige verdragsbepalingen ingevoerd mede met het argument dat toetsing van de wet aan het verdrag iets geheel anders is dan toetsing aan de Grondwet. Dit onderscheid rechtvaardigde de invoering een uitzondering op de onschendbaarheid van de wet in de vorm van rechterlijke toetsing aan (een ieder verbindende) verdragsbepalingen. Het is ironisch dat dit argument in zijn tegendeel is komen te verkeren.

Tenslotte wijs ik erop dat het verdragsargument in zowel de memorie van toelichting bij het voorstel-Halsema als in de kabinetsnotitie volstrekt inconsistent wordt gebruikt. Het wetsvoorstel en het kabinet wijzen toetsing aan onder meer sociale grondrechten, algemene rechtsbeginselen en institutionele grondwetsbepalingen af. Elke Nederlandse rechter is echter naar huidig recht gehouden formele wetten te toetsen 1) aan sociale grondrechten die een ieder verbindend zijn, hetgeen volgens althans sommige rechters en schrijvers van casus tot casus moet worden beoordeeld, 2) aan ongeschreven fundamentele beginselen van Europees Gemeenschapsrecht, 3) tevens moet de rechter toetsen aan het proportionaliteitsbeginsel in het kader van toetsing aan de grondrechten van het EVRM, 4) terwijl tenslotte goed denkbaar is dat er verdragen zouden kunnen worden gesloten over bijvoorbeeld lokale autonomie en dergelijke, waarin een ieder verbindende bepalingen voorkomen, zodat ook bevoegdheidskwesties die overigens in de Grondwet worden geregeld toetsbaar kunnen zijn aan verdragsbepalingen. Er wordt zelfs geen begin van een antwoord gegeven - noch door de kabinetsnotitie, noch door de mvt - waarom hier de Nederlandse rechter in nationale context niet kan wat hij in verdragscontext niet alleen kan, maar moet doen. Gevolg van de uitdrukkelijke stelling dat de rechter niet mag toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen is dat bij een eventuele toetsing of de wet binnen de beperkingsclausules van een klassieke grondrechtenbepaling is gebleven, niet mag nagaan of de wettelijke beperking disproportioneel is.

Is hier dan geen sprake van een “anomalie”, en is hier beperking van het rechterlijk toetsingsverbod geen “logische stap”? Het is van tweeën een: ofwel in de eerdere redenering is het verschil tussen toetsing in internationale en puur nationale context ten onrechte een anomalie en opheffing daarvan een logische stap beschouwd; ofwel de voorgestelde beperking tot toetsing aan slechts sommige klassieke grondrechten is een anomalie waarvan de opheffing een logische stap is.

Conclusie

De kwestie van de bevoegdheid van de rechter om wetten te kunnen toetsen aan de Grondwet ligt niet zo eenvoudig als het wel 'ns gebracht wordt. In internationaal perspectief is er geen

²⁰Kabinetsnotitie, p. 5.

aanleiding het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet te beperken of op te heffen, zeker gegeven de huidige mogelijkheden die de rechter heeft om te toetsen aan de Grondwet en in gevallen waarin dit niet mogelijk is, om te toetsen aan verdragsbepalingen. De omvang van het probleem is waarschijnlijk uiterst gering. Er zijn dan ook weinig gevallen waarin de wet wegens strijd met de Grondwet een evidente inbreuk opleverde op een grondwettelijk klassiek grondrecht. Geen van de voorstellen tot gedeeltelijke afschaffing van toetsing van de wet aan de Grondwet geeft een voorbeeld van zo'n geval. Dat is ook logisch. Als we de precieze juridische contouren van het vraagstuk beschouwen, gaat de discussie om een heel beperkte vorm van toetsing. Maar het gaat het wel om een groot principe: moet de wetgever onderworpen zijn aan het oordeel van de voor het leven benoemde rechter, of is het de door verkiezingen gelegitimeerde wetgever zelf die de grondwettigheid van zijn producten moet bewaken? Is de democratische legitimatie van de rechter wel vergelijkbaar met die van de wetgever? Ontneemt of vergunt hem dat de macht wetten te kunnen toetsen of niet?

Deze vragen zijn niet te beantwoorden door vergelijking met het buitenland, en al evenmin is er een doorslaggevende internationaal- of Europeesrechtelijke reden om dit in de puur nationale context anders te regelen dan thans het geval is. Wel hebben we kunnen vaststellen dat in de pleidooien voor het beperken van het toetsingsverbod het gebruik van het 'verdragsargument' niet in alle opzichten overtuigend is en in de voorliggende voorstellen inconsistent wordt gebruikt. Misschien bestaat te weinig het besef dat het gaat om een puur nationale kwestie die met internationaal getinte argumenten niet te beslechten is.