

Toetsing

‘Dient de wetgever de mogelijkheid te bieden, dat de rechter de formele wet toetst aan de Grondwet en ongeschreven rechtsbeginselen, en zo ja, hoe dient deze mogelijkheid dan te worden uitgewerkt?’

Preadviezen van

prof.mr. L. Prakke

mr. T. Koopmans

mr. J.M. Barendrecht

ISBN 90 271 3501 0
Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Prakke, L

*Toetsing / preadviezen van L. Prakke, T. Koopmans, J.M. Barendrecht. –
Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink. – (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging;
jrg. 122, dl. 1992-1)
ISBN 90-271-3501-0
NUGI 691
Trefw.: grondwet.*

ALGEMENE INHOUD

Preadviezen over het onderwerp: *Toetsing.*

'Dient de wetgever de mogelijkheid te bieden, dat de rechter de formele wet toetst aan de Grondwet en ongeschreven rechtsbeginselen, en zo ja, hoe dient deze mogelijkheid dan te worden uitgewerkt?'

PREADVIES PROF.MR. L. PRAKKE

Deel I - Bedenkingen tegen het toetsingsrecht, 1

PREADVIES MR. T. KOOPMANS

Deel II - Constitutionele toetsing, 35

PREADVIES MR. J.M. BARENDRECHT

Deel III - Het constitutionele toetsingsrecht van de rechter, 85

Toen het bestuur van de NJV ons benaderde met het verzoek ons licht te laten schijnen over het onderwerp 'constitutionele toetsing', wisten wij nog niet dat de minister van Justitie een nota had vervaardigd over dit onderwerp, dat hij daarover advies zou vragen aan een aantal personen en instanties en dat hij het voornemen had die stukken te publiceren vòòr de zomer van 1992. Door het verzoek van het bestuur te aanvaarden hebben wij dus geen concurrentie willen aandoen aan de regeringsstukken; wij hebben daarvan in het najaar van 1991 vertrouwelijk inzage gehad. Gelukkig is het onderwerp breed genoeg om zich voor zeer verschillende benaderingen te lenen. Toch meent Koopmans, die betrokken was bij de discussies die geleid hebben tot het advies van de Hoge Raad aan de minister, dat hij zich als preadviseur niet helemaal aan de invloed van die discussies heeft kunnen onttrekken, al heeft hij zijn best gedaan.

De situatie van Prakke is om een andere reden enigszins bijzonder: hij heeft, zoals hij in de aanvang van zijn 'preadviesje' uiteenzet, slechts het verzoek ontvangen om een soort voorbeschouwing te schrijven, waarin de bezwaren tegen het rechterlijk toetsingsrecht worden belicht. Die beschouwing dient min of meer als dissonerende opmaat voor de twee andere preadviezen, die er beide van uitgaan dat het tijd wordt het toetsingsverbod op te heffen.

Tussen de twee langere preadviezen is slechts een globale werkverdeling getroffen. Barendrecht besteedt vooral aandacht aan het toetsingskader, waarbij hij ook ingaat op de vraag of de rechter de wet moet kunnen toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen. Koopmans staat vrij uitvoerig stil bij de wijze waarop een stelsel van constitutionele toetsing georganiseerd zou moeten worden. Overigens vertelt ieder van hen beiden wat hij meent te zeggen te hebben.

Het zal de lezer opvallen dat de preadviezen een soort oplopende reeks vormen (of afdalend: het is maar hoe men het ziet). Prakke is

overtuigd dat de leiding van de rechtsvorming behoort te liggen bij de vertegenwoordigende lichamen; Koopmans koerst op een spanningsverhouding tussen rechter en wetgever, maar gaat toch uit van een duidelijke taakverdeling; Barendrecht ziet rechter en wetgever vierkant als gelijkwaardige rechtsvormers, die dezelfde mogelijkheden hebben om elkaar te beïnvloeden en over en weer te verbeteren. Wij hopen dat de preadviezen aldus, samen met het vele dat over het onderwerp al geschreven is, en met de inhoud van de te publiceren regeringsstukken, een goede aanloop kunnen geven tot de gedachtenwisseling in Maastricht.

J.M. Barendrecht
T. Koopmans
L. Prakke

DEEL I

BEDENKINGEN TEGEN HET
TOETSINGSRECHT

Preadvies prof. mr. L. Prakke

INHOUD DEEL I

- I. GRONDWET EN WETGEVER, 5
- II. GRONDWET EN RECHTER, 14
- III. ONTWIKKELINGEN IN NEDERLAND, 26
- IV. WAT NU?, 30

Bedenkingen tegen het toetsingsrecht

Sir, the decision of a Constitutional question must rest somewhere. Shall it be confided to men immediately responsible to the people, or to those who are irresponsible? (...) The power which has the right of passing, without appeal, on the validity of your laws, is your sovereign (...) Are we not as deeply interested in the true exposition of the Constitution as the judges can be? Is not Congress as capable of forming a correct opinion as they are? Are not its members acting under a responsibility to public opinion which can and will check their aberrations from duty?

John Randolph of Roanoke()*

Dit wordt maar een kort preadviesje. Dat was trouwens ook de uitdrukkelijke bedoeling van het bestuur van onze vereniging. Ervan uitgaande dat een of andere vorm van toetsingsrecht er misschien wel zal komen heeft het bestuur aan twee auteurs, de eigenlijke preadviseurs, gevraagd hun licht over dit onderwerp te laten schijnen, in het bijzonder over de wijze waarop het toetsingsrecht bij ons gestalte zou kunnen krijgen. Aan mij was de taak toegedacht om in een korte voorbeschouwing aandacht te schenken aan de bezwaren die tegen het toetsingsrecht kunnen worden aangevoerd. De tegenstanders van het toetsingsrecht beginnen – althans in kringen van de wetenschap – zo langzamerhand zeldzaamheidswaarde te krijgen, en kennelijk meende men bij mij aan het juiste adres te zijn. Nu heb ik mij twintig jaar ge-

(*) Sprekend in het Amerikaanse Huis van Afgevaardigden, eind februari 1802. In januari en februari 1802 vond in zowel Senaat als Huis van Afgevaardigden een groot constitutioneel debat plaats waarin het toetsingsrecht een zeer belangrijke plaats innam, en waarin bij herhaling werd verwezen naar de zaak *Marbury v. Madison*, die toen aanhangig was bij het Supreme Court. Zie A.J. Beveridge, *The Life of John Marshall*, deel III (1919), hoofdstuk 2.

leden in mijn proefschrift inderdaad niet erg enthousiast getoond,(1) maar de ontwikkelingen hebben sedertdien natuurlijk niet stilgestaan. Zo heeft het enige argument dat destijds door de Proeve van een nieuwe Grondwet (1966) ten gunste van toetsing aan hoofdstuk 1 (klassieke grondrechten) werd genoemd, namelijk dat het ongerijmd was dat de wet wel aan verdragsgrondrechten, maar niet aan onze bloedeigen grondwettelijke grondrechten getoetst kon worden, ongetwijfeld aan kracht gewonnen. Is dit voldoende om overstag te gaan? Wij zullen zien, in ieder geval heeft het bestuur niet van mij verlangd dat ik à tort et à travers zou vasthouden aan mijn eerdere opvattingen, en was het al tevreden als de nadelen van het toetsingsrecht maar de nodige aandacht zouden krijgen.

Er is de afgelopen jaren in ons land zeer veel geschreven over constitutionele toetsing. Het is niet nodig om die literatuur hier allemaal te vermelden, ik volsta met het noemen van twee zeer recente geschriften, aan de hand waarvan men zich een vrijwel volledig beeld kan vormen.(2) De in de regeringsverklaring van het derde kabinet-Lubbers aangekondigde notitie over de wenselijkheid van een geconcentreerde vorm van rechterlijke toetsing van wetten aan de grondwet en aan verdragen is begin vorig jaar gereedgekomen. Deze notitie, alsmede enkele daarover uitgebrachte adviezen (waaronder een uitvoerig advies van de Hoge Raad) zijn ter vertrouwelijke kennisneming aan de preadviseurs van heden toegezonden. Wij kenden die stukken dus wel, maar konden er nauwelijks op ingaan, omdat niet vaststond dat zij in juni 1992 reeds openbaar gemaakt zouden zijn. Dat is jammer, maar het is niet anders.

In het navolgende komt eerst de verhouding grondwet-wetgever, daarna de verhouding grondwet-rechter aan de orde. Vervolgens worden enkele ontwikkelingen in ons land op het terrein van het toetsingsrecht beknopt weergegeven, en tenslotte wordt gevraagd of er nu iets moet gebeuren, en zo ja wat.

(1) Toetsing in het publiekrecht, 1972.

(2) P.B. Cliteur, Constitutionele toetsing (Geschrift 74 van de Prof. Mr. B.M. Telders-stichting), 1991; L. van Poelgeest, Toetsing van de wet aan de Grondwet in Nederland, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1991.

I GRONDWET EN WETGEVER

Bijna alle landen hebben een grondwet. Al komen in een grondwet ook wel eens zaken aan de orde waarvan het constitutioneel gehalte nu niet dadelijk in het oog springt, toch is er niet zo veel verschil van mening over dat grondwetten vooral bestemd zijn om de verdeling van overheidsmacht te regelen, en de begrenzing van die macht ten behoeve van de vrijheid van de burgers. Dat dit zeer belangrijke zaken zijn is buiten kijf. Op grond van hun gewichtige inhoud komen grondwetten meestal op een zeer speciale wijze tot stand. Niet zelden heeft men te maken met een proces van originaire rechtsvorming, als afsluiting van revolutionaire gebeurtenissen. Vaak wordt de behoefte gevoeld om de overgang naar een nieuwe orde plechtig te markeren door de tekst van de grondwet aan het volk zelf ter goed- of afkeuring voor te leggen. Bijna altijd wordt de meer dan gewone betekenis van de grondwet tot uitdrukking gebracht in de meer dan gewone zwaarte van de herzieningsprocedure. Ook van die procedure kan een volksstemming het verplicht voorgeschreven sluitstuk zijn. In een federaal stelsel kan naast de instemming van de federale autoriteiten die van een minimum aantal deelstaten zijn vereist. Al of niet in combinatie met het voorgaande kunnen voor diverse beslissingen in het kader van de procedure tot grondwetsherziening gekwalificeerde meerderheden zijn voorgeschreven. Ons eigen land geeft de variant te zien van een parlementaire behandeling in twee lezingen, onderbroken door een onthinding van beide kamers, met een voor de beslissing in tweede lezing voorgeschreven gekwalificeerde meerderheid van twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen. Hoe men de procedure tot verandering van de grondwet ook inkleedt, vrijwel steeds is daarvoor meer nodig, en vaak heel wat meer, dan voor de wijziging van een gewone wet. Het spreekt bij zo'n opzet vanzelf dat bij gewone wet niet van de grondwet mag worden afgeweken, de verzwaarde herzieningsprocedure van de grondwet zou anders zinloos zijn. In afwijking van gewone wetten hebben wij derhalve in de grondwet te maken met een wet *die ook de wetgever bindt*. Wil de wetgever een voorziening tot stand brengen die van de geldende grondwet afwijkt, dan zit er niets anders op dan eerst de grondwet te wijzigen. Aangezien dat een zeer ingewikkeld en tijdrovend karwei pleegt te zijn, komt het er vaak op neer dat de beoogde voorziening niet, of pas na lange tijd tot stand komt, en dat is ook precies de bedoeling. De grondwet moet een aantal zeer belangrijk geachte constitutionele verworvenheden veilig stel-

len tegen onberaden aantasting bij gewone wet. In de vorige eeuw werd bij ons de doodstraf afgeschaft. Tot 1983 kon die straf bij gewone wet weer worden ingevoerd. Thans staat het verbod van de doodstraf echter in de grondwet (art. 114), zodat wederinvoering ervan slechts mogelijk is na voorafgaande grondwetswijziging. Iets dergelijks geldt voor het nulla poena-beginsel van art. 1 Wetboek van Strafrecht, sedert 1983 in gelijklopende vorm opgenomen in de grondwet. Zoiets doet men natuurlijk niet voor de grap, maar omdat het juridisch gesproken iets zeer belangrijks toevoegt. De toegevoegde waarde van art. 16 Grondwet, vergeleken met het identieke art. 1 Sr, is dat nu ook de wetgever aan het nulla poena-beginsel is gebonden.

In een groot aantal gevallen is het zo klaar als een klontje wat volgens de grondwet wel en niet is toegestaan. Ik noem een aantal volslagen willekeurige voorbeelden van voorzieningen die lucc clarius met de grondwet in strijd zijn en dus niet mogelijk zijn zonder voorafgaande grondwetswijziging: invoering van censuur, verandering van de regels van troonopvolging, afschaffing van de monarchie, invoering van de gekozen minister-president, invoering van het lidmaatschap van de ministerraad van staatssecretarissen, afschaffing van de Eerste Kamer, invoering van referendum en volksinitiatief, opheffing van het toetingsverbod van wet aan grondwet, en zo kan men doorgaan. Bij niemand komt zelfs maar de gedachte op om zonder voorafgaande grondwetswijziging bij gewone wet iets te regelen dat kennelijk met de grondwet in strijd is. Zeer zorgvuldig pleegt men zich van de voor de wetgever uit de grondwet voortvloeiende bindingen rekenschap te geven wanneer op staatkundige vernieuwingen wordt gestudeerd. Dat bleek bijvoorbeeld bij de instelling, in 1982, van de staatscommissie van advies inzake de relatie kiezers-beleidsvorming (commissie-Biesheuvel). In het instellingsbesluit kreeg de commissie allereerst tot taak om een onderzoek in te stellen naar de mogelijke verbetering van de procedure van kabinetsvorming *binnen het bestaande grondwettelijke systeem*, en pas daarna naar *andere voorzieningen* (waarvoor dus grondwetswijziging nodig zou zijn) die ertoe moesten strekken om de kiezers direct of indirect invloed te geven op de politieke samenstelling van een te vormen kabinet. Ook moest de commissie adviseren over verschillende vormen en mogelijke toepassingen van rechtstreekse uitspraken van de kiezers met betrekking tot onderwerpen van overheidsbeleid (lees: referendum en volksinitiatief). Het is in zo'n situatie van groot praktisch belang of de aanbevolen maatregelen zonder grondwetswijziging

kunnen worden gerealiseerd of niet. De meeste rapporten verdwijnen uiteraard in een la, en als eerst de grondwet moet worden aangepast wordt de kans op verwezenlijking van de aanbevelingen wel zeer gering. Dat mag natuurlijk voor een staatscommissie, en later voor regering en parlement, geen aanleiding zijn om luchthartig met de grondwet om te springen, en dat pleegt dan ook niet te gebeuren. De staatscommissie-Biesheuvel concludeerde aanstonds unaniem dat voor de realisering van alle voorstellen die de kiezers werkelijk invloed op de kabinetsvorming zouden geven in ieder geval grondwetswijziging nodig was (rapport 1984, p. 89), en voor de invoering van referendum en volksinitiatief gold hetzelfde (ibid. p. 149, 155 en 156). Jammer? Misschien wel, dat hangt ervan af hoe men over de voorstellen van de commissie dacht, maar in ieder geval luidt de grondwet zoals zij luidt, en daarmee kan men geen loopje nemen.

Tot dusverre had ik het oog op gevallen waarin het zonneklaar en daarom ook onbetwist is dat een gewenste maatregel in strijd met de grondwet zou komen. Tenzij men bereid is het doornig pad van grondwetsherziening op te gaan komt zo'n maatregel er reeds daarom niet. De normatieve kracht van de grondwet werkt vooral preventief. Naast de gevallen van onmiskenbare strijd met de grondwet staan de gevallen waarin men kan aarzelen. Ik geef een paar voorbeelden. Begin deze eeuw is in ons land de vraag gerezen of ontslag van rechters bij het bereiken van een in de wet bepaalde leeftijd verenigbaar was met art. 166 lid 2 van de toenmalige grondwet, volgens hetwelk zij voor het leven werden aangesteld. Naar de tekst was die verenigbaarheid er natuurlijk niet, maar naar de geest? De rechterlijke onafhankelijkheid is niet verzekerd als rechters door de regering naar welgevallen kunnen worden ontslagen, maar zij loopt toch door een functioneel leeftijdsontslag geen gevaar? Het zekere voor het onzekere nemend hebben wij in 1922 eerst de grondwet gewijzigd (zie thans art. 117 lid 2). In België, waar dezelfde kwestie heeft gespeeld, heeft men dat niet nodig geoordeeld. Maar daar heeft men er, zoals wij nu weten, zelfs geen moeite mee om een koning die een wet niet wil tekenen voor een dagje af te zetten!

Een tweede voorbeeld. Op 11 januari 1972 verwierp de Eerste Kamer met 53 tegen 8 stemmen het ontwerp van een nieuwe Comptabiliteitswet, waaraan jaren was gewerkt. De Eerste Kamer, altijd zeer gevoelig wanneer haar eigen positie in het geding is, had zich gestoten aan art. 20 lid 2 van het ontwerp. Daarin werd het doen van uitga-

ven mogelijk gemaakt op grond van de nieuwe, nog in behandeling zijnde begroting, zodra de Tweede Kamer daaraan haar zegel had gehecht. De Eerste Kamer zag hierin een ongrondwettige achterstelling van de Eerste bij de Tweede Kamer. Onder het hoofdje 'constitutionele aspecten' werd in het voorlopig verslag de minister het vuur na aan de schenen gelegd. Op de uitvoerige gedachtenwisseling die later volgde over de vraag of het ontwerp nu wel of niet met de grondwet in strijd was, kan hier niet worden ingegaan. De Tweede Kamer, de regering en acht leden van de senaat meenden van niet, maar de meerderheid van de Eerste Kamer vond van wel en verwierp het ontwerp.

Een derde voorbeeld. Terugkeer naar het kiesstelsel dat wij vóór 1917 hadden, waarin het land was verdeeld in enkelvoudige kiesdistricten, is natuurlijk niet mogelijk zonder grondwetswijziging. In 1917 ging de grondwet immers bepalen dat de leden van de Tweede Kamer worden gekozen op de grondslag van evenredige vertegenwoordiging, waaraan later werd toegevoegd 'binnen door de wet te stellen grenzen' (zie thans art. 53 lid 1 Grondwet). Bij enkelvoudige districten is evenredige vertegenwoordiging niet mogelijk, maar wat te denken van een 'gematigd districtenstelsel', d.w.z. een stelsel van een beperkt aantal districten, in elk waarvan een niet te klein aantal leden wordt gekozen op grondslag van evenredige vertegenwoordiging? Hier betreft men een zone van twijfel waar verschil van inzicht over de vraag wat nog net wel, en wat beslist niet meer in overeenstemming is met de grondwet zeer goed mogelijk is. Ik verwijs naar de uitvoerige discussie die op dit punt heeft plaatsgevonden in de commissie Cals-Donner. (rapport 1968, p. 32 e.v.)

Een vierde voorbeeld. De commissie-Biesheuvel meende in grote meerderheid dat de grondwet zich niet verzette tegen de door haar voorgestelde wettelijke regeling van de kabinetsformatie, die de Koningin bij de benoeming van een formateur bond aan een voordracht van de Tweede Kamer. Twee leden betoogden echter in een minderheidsnota dat het op zijn minst twijfelachtig was of hierdoor geen inbreuk werd gemaakt op art. 43 Grondwet (rapport 1984, p. 100 e.v. en 108 e.v.)

Een laatste voorbeeld. Wij zagen dat de commissie-Biesheuvel er geen ogenblik aan twijfelde dat invoering van referendum en volksinitiatief alleen mogelijk was via grondwetswijziging. De commissie had daarbij het oog op een beslissend wetgevingsreferendum, en op een volksinitiatief dat zou kunnen uitmonden in een beslissende volksstemming.

Dat zijn vormen van rechtstreekse democratie die duidelijk onvermijdbaar zijn met het in de huidige grondwet neergelegde vertegenwoordigende stelsel. Volgens dat stelsel geschiedt de vaststelling van wetten door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk, waarbij de Staten-Generaal het gehele Nederlandse volk vertegenwoordigen (art. 50 en 81 Grondwet). Wil men het volk zelf laten meebeslissen, dan zal men eerst de grondwet moeten wijzigen. Maar, en nu komen wij weer in een twijfelzone, hoe in dit verband te denken over het *raadplegend* wetgevingsreferendum? Hier beslist het volk niet, het wordt slechts geconsulteerd. Het rechtskarakter van het consultatief referendum is dat van een adviserende kiezersuitspraak, de volksstemming is slechts een opiniepeiling op de ruimst denkbare schaal. Het wezen van een advies is dat de geadviseerde vrij is om het op te volgen of in de wind te slaan. Let men alleen op in hoofdzaak op het rechtskarakter van het consultatief referendum dan kan men concluderen dat de bevoegdheid van de wetgever er in geen deel door wordt aangetast, zodat het zonder in strijd met de grondwet te komen bij gewone wet zou kunnen worden ingevoerd. De praktijk is anders. Men kan het volk niet vrijblijvend consulteren. Formeel was het in 1975 in het Verenigd Koninkrijk gehouden referendum over al of niet voortzetting van het Britse lidmaatschap van de Europese Gemeenschap adviserend, de facto wist iedereen: we zitten er aan vast. Hetzelfde gold voor het in 1986 in Spanje gehouden referendum over de vraag of Spanje lid van de NAVO moest blijven. Premier González verklaarde op voorhand dat de uitslag van het referendum door zijn regering als politiek bindend zou worden beschouwd. Zo bezien lijkt het raadplegend referendum de bevoegdheden van de competente organen wel degelijk te doorkruisen, zodat toch grondwetswijziging nodig is. Hoe men hier nu ook tegen aankijkt, in een twijfelzone zit men toch wel.

Vatten wij het voorgaande kort samen. Men kan talloze wetgevende maatregelen bedenken die regelrecht met de grondwet in strijd zouden zijn. Wanneer de ongrondwettigheid van een gewenste maatregel er dik bovenop ligt, pleegt daarvan reeds om die reden te worden afgezien. Wetten die onbetwistbaar met de grondwet in strijd zijn komen in de praktijk dan ook niet voor. Wat wel voorkomt is dat tijdens het wetgevingsproces vragen rijzen over de verenigbaarheid van een of meer onderdelen van een wetsontwerp met de grondwet. Die vragen plegen serieus te worden bekeken, en kunnen leiden tot wijziging

en zelfs tot intrekking of verwerping van het ontwerp.⁽³⁾ In een stelsel als het onze waar de rechter geen toetsingsrecht heeft is het echter tenslotte de wetgever zelf die het beslissende woord spreekt: is de wet eenmaal tot stand gekomen, dan verbindt zij een ieder.

In mijn eigen optiek was heel mijn betoog tot dusverre een kwestie van open deuren intrappen. Toch had ik dit nodig omdat de voorstanders van het toetsingsrecht het steeds weer opnieuw zo voorstellen alsof een grondwet zonder rechterlijk toetsingsrecht in wezen tegenover de wetgever normatieve kracht ontbeert, de wetgever niet echt bindt. Immers, zo redeneren zij, wie zal ons beschermen tegen ongrondwettige wetten? De wedervraag wie ons na invoering van het toetsingsrecht zal beschermen tegen ongrondwettige uitspraken van de rechter wordt als regelrecht absurd beschouwd, omdat er op voorhand van wordt uitgegaan dat de interpretatie van de grondwet bij de rechter in betere handen is dan bij de wetgever. Toch is dat juist de vraag waar het om draait.

De klassieke uiteenzetting van het toetsingsrecht als een vanzelfsprekende zaak is te vinden in de door Chief Justice John Marshall geschreven uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court in de zaak *Marbury v. Madison* (1803). Marshall (1755–1835) was opgegroeid als een frontiersman, en nam actief deel aan de onafhankelijkheidsstrijd; hij onderging de ontberingen van Valley Forge (1777) en was bij menig treffen met de Britten betrokken.⁽⁴⁾ Als jong jurist was hij na de oorlog een self-made man, juridisch onderwijs had hij slechts gedurende enkele weken genoten. Hij was echter een natuurtalent van de allerbovenste plank, en zou uitgroeien tot de invloedrijkste en meest bewonderde jurist en rechter uit de hele geschiedenis van de Verenigde Staten. Bij lezing van zijn talloze uitspraken ondergaat men ook heden nog ten volle zijn uitzonderlijke overtuigingskracht. Marshall blonk behalve door zijn detailanalyses vooral uit door wat wel is genoemd zijn 'majestic generalities', proza dat met grote gebaren van handen op ons afkomt, verbaal geweld dat in een opeenvolging van zwarte rollers over ons heen slaat tot wij voelen dat tegenspraak niet

(3) Zie voor meer voorbeelden mijn artikel *Principles of Constitutional Interpretation in the Netherlands*, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Neue Folge* Band 19 (1970), p. 291 e.v. (p. 295 e.v.: *Legislative Interpretation of the Constitution*).

(4) Albert J. Beveridge, *The Life of John Marshall*, 4 delen, 1916–1919.

langer mogelijk is. Een schoolvoorbeeld daarvan is *Marbury v. Madison*. Men moet het over het toetsingsrecht handelende deel van deze uitspraak in zijn geheel lezen om er ten volle de kracht van te ondergaan. Toch poneert Marshall het toetsingsrecht meer dan hij het aantoonst, het betoog vertoont alle trekken van een petitio principii: Marshall tovert een konijn uit zijn hoed dat hij er eerst zelf heeft ingestopt. Maar dat alles wordt gedaan op een zo meeslepende wijze dat het niet meevalt om kritisch te blijven, en zeer velen zijn dan ook voor Marshall's op het eerste gezicht zo onontkoombaar schijnende logica door de knieën gegaan. 'The powers of the legislature are defined and limited', zo schreef Marshall, 'and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? (...) It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act (...) Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently, the theory of every such government must be that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void. This theory is essentially attached to a written constitution (...) (etc. etc. etc.)

En dat werd geschreven door de man die vijf jaar eerder tijdens een verblijf van een half jaar in Frankrijk had kunnen constateren dat daar die theorie allerminst werd omarmd! Marshall was in de problemen geraakt door grondspeculatie, iets waar vrijwel iedereen aan meedeed, en om financiële redenen had hij een goed betaalde diplomatieke missie naar Frankrijk aanvaard. Daar zou hij door de minister van buitenlandse zaken Talleyrand, die geen vin wilde verroeren als er geen grote sommen smeergeld op tafel kwamen, maandenlang aan het lijntje worden gehouden. In september 1797 arriveerde Marshall op weg naar Frankrijk in ons land, waar toen de Tweede Nationale Vergadering juist de verwerping — bij volksstemming van 8 augustus 1797 — van het ontwerp van Constitutie voor het Nederlandsche Volk (het 'Dikke Boek') bekend had gemaakt. In een lange brief aan George Washington, geschreven in Den Haag op 15 september 1797, maakt Marshall hiervan melding. Veel uitvoeriger staat hij echter stil bij de staatsgreep van 18 Fructidor (4 september 1797) te Parijs, het grote politieke nieuws van de dag. Hoewel Marshall het Frans niet beheerste,

bleek hij de Franse grondwet van 1795 op zijn duimpje te kennen. 'Indeed, sir', zo schrijft hij aan Washington, 'the constitution has been violated in so many instances that it wou'd require a pamphlet to detail them'. In art. 203 sloot de Franse grondwet het rechterlijk toetsingsrecht met zoveel woorden uit.⁽⁵⁾ Zou Marshall dat, ook na een verblijf van een half jaar in Frankrijk, niet geweten hebben? Toch noemde hij in 1803 het toetsingsrecht 'essentially attached to a written constitution'. Bij ons dacht Thorbecke er net zo over. Ik weet niet of Thorbecke de zaak *Marbury v. Madison* heeft gekend, maar in ieder geval schreef hij in zijn in 1848 verschenen *Bijdrage tot de herziening der Grondwet* dat zonder het toetsingsrecht 'de Grondwet zou ophouden Grondwet te zijn' (p. 61). Dit gezichtspunt is sedertdien eindeloos vaak herhaald. In telkens weer andere, maar telkens op hetzelfde neerkomende formuleringen is telkens hetzelfde konijn uit de hoed gehaald: het toetsingsrecht spreekt vanzelf, een grondwet zonder rechterlijke toetsing van wetten is absurd, de grondwet zou ophouden grondwet te zijn, het toetsingsrecht is 'essentially attached to a written constitution' enz. enz. enz.

Tot in onze dagen maken deskundige voorstanders van het toetsingsrecht zich bewust of onbewust schuldig aan de valse voorstelling van zaken als zou de onschendbaarheid van de wet betekenen dat de wetgever niet aan de grondwet is gebonden. Een goed voorbeeld is Cliteur, die ons land op één lijn stelt met het Verenigd Koninkrijk, een land dat geen grondwet heeft en waar geen hoger recht wordt erkend dan te vinden is in Acts of Parliament, wetten in formele zin. 'Onder het beginsel van de parlementaire soevereiniteit', zo beschrijft Cliteur het Britse stelsel, 'wordt verstaan dat het parlement het recht heeft om elke wet te maken of af te schaffen die het goeddunkt (...). Anders gezegd: het parlement heeft *unlimited legislative authority*'. Even later schrijft

(5) Dit artikel luidde: 'Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ni faire aucun règlement. Ils ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.' Een soortgelijk artikel had ook reeds gestaan in de grondwet van 1791 (titel III, hoofdstuk V, art. 3), en ook dat wist Marshall waarschijnlijk wel. Er was een intensief intellectueel verkeer tussen de Verenigde Staten en Europa. De gebeurtenissen in Frankrijk, het veruit belangrijkste land van de Westerse wereld, werden in Amerika op de voet gevolgd. Zie Beveridge, deel II, hoofdstuk 1: *Influence of the French Revolution on America*.

hij doodgemoedereerd: 'Art. 120 Grondwet proclameert duidelijk *the sovereignty of parliament*'.⁽⁶⁾ Nou vraag ik je!

Wie de werkelijke betekenis van de sovereignty of parliament op het spoor wil komen kan beter in de leer gaan bij het lid van het Lagerhuis Tony Benn. Deze diende in mei vorig jaar een initiatiefvoorstel in waaraan hij naar eigen zeggen vijf jaar had gewerkt, en waarin zo ongeveer de hele Britse constitutie – want die heeft men natuurlijk wel – overhoop wordt gehaald (afschaffing van de monarchie en het Hogerhuis, verlaging van de kiesgerechtigde leeftijd tot 16 jaar, evenveel vrouwen als mannen in het parlement, afzonderlijke parlementen voor Engeland, Schotland en Wales enz. enz.). Deze zogenaamde Commonwealth of Britain Bill is inmiddels al weer vervallen door de sluiting van de zitting in november vorig jaar, maar het was ook maar een eerste poging en na de verkiezingen in 1992 gaat Benn het voorstel opnieuw indienen. Het heeft natuurlijk geen schijn van kans en is op een enkel punt niet veel meer dan een nostalgische oprisping, zoals met name blijkt uit art. 12, gewijd aan de supremacy of parliament, dat als volgt luidt:

1. Where legislation passed by the Commonwealth Parliament conflicts with any directive or regulation issued or approved by the Council of Ministers or the Commission of the European Communities, British legislation shall prevail, and shall be so accepted by British courts.
2. Where the House of Commons, by resolution, determines that any directive or regulation of the European Communities should not apply in Britain, such resolution may not be questioned in British courts.

Maar nostalgische oprisping of niet, het voorstel maakt in ieder geval duidelijk dat in het Verenigd Koninkrijk zelfs de meest fundamentele zaken ter dispositie van de gewone wetgever staan.

Daarentegen was de bedoeling van deze aan het thema grondwet en wetgever gewijde beschouwing om met nadruk vast te stellen dat een grondwet de bevoegdheden van de wetgever beperkt, ook als die grondwet het rechterlijk toetsingsrecht niet kent. In alle tot dusverre besproken gevallen bestaat aan zo'n toetsingsrecht m.i. ook geen behoefte. Waarom zouden grondwettigheidsvragen die te uit en te na zijn bekeken tijdens het proces van wetgeving, dat gekenmerkt wordt

(6) P.B. Cliteur, Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing, NJB 1989, p. 1369 e.v., 1370 (curs. in het origineel).

door openbaarheid en ruime participatiemogelijkheden, nog weer mochten worden nagetoetst door een handjevol in het geheim beraadslagende rechters? Het politiek-legislatieve karakter van de toetsing maakt dit ongewenst en overbodig. Maar laten wij ons nu eens met de grondwet bezighouden vanuit het perspectief van de rechter. Kommen de zaken er dan toch niet anders voor te staan?

II GRONDWET EN RECHTER

Wetgevers maken wetten, rechters beslissen rechtszaken. Zoals de grondwet in vele gevallen voor de wetgever duidelijk is, is de gewone wetgeving dikwijls duidelijk voor de met de uitvoering ervan belaste autoriteiten en voor het publiek. Maar zoals iedereen weet, rijzen er onvermijdelijk ook altijd vragen en problemen. Het voorstellings- en het vormgevend vermogen van wetgevers is beperkt, en het leven staat na de totstandkoming van een wet niet stil. Een wet is dus veel meer dan een tekst in het staatsblad, haar concrete betekenis hangt er vooral vanaf welke ervaring met die tekst in de praktijk is opgedaan. Van die praktijkervaring maakt ook de jurisprudentie deel uit, en het is een belangrijk deel. Of het nu om een strafrechtelijke, een civielrechtelijke of een bestuursrechtelijke zaak gaat, de rechter heeft altijd te maken met de wet in haar concrete functionering, en zijn uitspraak voegt aan de cumulatieve met de wet opgedane ervaring weer een stukje toe. Als dat zo is, kan ook de vraag rijzen of over de grondwettigheid van een wet wel zinvol beslist kan worden *in vacuo*, dus los van een concrete casuspositie. Als de actuele betekenis van een wet, en daarmee ook haar grondwettigheid, in meerdere of mindere mate altijd mede situationeel bepaald is, dan moet de toetsing door de wetgever zelf noodzakelijkerwijs tekort schieten of zelfs onmogelijk geacht worden. Dat laatste standpunt werd in alle duidelijkheid geformuleerd door de vermaarde Britse geleerde, staatsman en bergbeklimmer James (later Viscount) Bryce (1838-1922). In zijn boek *The American Commonwealth* schreef hij bij de bespreking van het rechterlijk toetsingsrecht van federale wetten aan de grondwet ('judicial review of the constitutionality of Acts of Congress') het volgende:

Now the interpretation of laws belongs to courts of justice. A law implies a tribunal, not only in order to direct its enforcement against individuals, but to adjust it to the facts, i.e. to determine its precise meaning and apply that meaning

to the circumstances of the particular case. The legislature, which can only speak generally, makes every law in reliance on this power of interpretation. It is therefore *obvious* that the question, whether a congressional statute offends against the Constitution, *must* be determined by the courts, not merely because it is a question of legal construction, *but because there is nobody else to determine it.*(7)

Voor continentaal-Europese oren klinkt de uitspraak dat 'a law implies a tribunal to *adjust* it to the facts' wat ongewoon, maar zij verschaft wel een goed inzicht in de Anglo-Amerikaanse visie op wetgeving als iets per definitie onafs, dat pas in confrontatie met een concrete situatie reële betekenis krijgt. Daarbij is er niet slechts inwerking van de norm op de situatie, maar bepaalt ook omgekeerd de situatie mede de betekenis van de norm. In die visie is het begrijpelijk dat men zich toetsing alleen in concreto kan voorstellen, en het, bij gebreke van meer in aanmerking komende instanties, 'obvious' noemt dat de rechter deze toetsing moet verrichten. De benadering van Bryce is echter eenzijdig. Hij kan zich blijkbaar niet voorstellen dat de vraag naar de grondwettigheid van een wet aan de orde gesteld en beoordeeld zou kunnen worden anders dan in het licht van een op handen zijnde concrete toepassing. Toch is dit in de meeste gevallen heel goed mogelijk. Soms is inderdaad de (on)verbindendheid van een norm louter situationeel bepaald. Maar zoals de vijf in de vorige paragraaf gegeven voorbeelden aanstonds duidelijk maken vermag in andere gevallen een concrete casuspositie weinig toe te voegen aan de in abstracto geformuleerde toetsingsvraag. De winst van de Anglo-Amerikaanse beschouwingswijze schuilt in het inzicht dat toetsing *in vacuo* ontoereikend kan zijn, maar de opvatting dat zij noodzakelijk is, is even eenzijdig als de tegenovergestelde mening dat de grondwettigheid van wetten steeds ten tijde van hun vaststelling volkomen bevredigend beoordeeld en verzekerd zou kunnen worden. De erkenning dat dit niet het geval is, en dat toetsing alleen door de wetgever zelf in gevallen van situationeel bepaalde ongrondwettigheid tekort moet schieten, roept de vraag op of dit voldoende reden is om aanvullende toetsing door de rechter te bepleiten. Ik ontleen de uitdrukking aanvullende toetsing aan het jongste advies over het toetsingsrecht van de Hoge

(7) Eerder geciteerd in Toetsing in het publiekrecht (p. 107), waaraan ook de volgende alinea is ontleend.

Raad. Die uitdrukking vestigt er terecht de aandacht op dat invoering van het rechterlijk toetsingsrecht natuurlijk nooit kan betekenen dat nu de wetgever zelf zich niet meer over de grondwettigheid van zijn produkt zou hebben te bekreunen. De vraag is alleen of er aanleiding is om de rechter door middel van het toetsingsrecht in staat te stellen om iets te doen wat hij wel, maar de wetgever niet kan: voorkomen dat de toepassing van de wet in door de wetgever niet voorziene gevallen leidt tot een met de grondwet onverenigbaar resultaat. Onmiddellijk rijst dan tevens de vraag of het doenlijk is de toekenning van het toetsingsrecht tot die niet voorziene, en ook eigenlijk niet goed voorzienbare, immers situationeel bepaalde gevallen van ongrondwettigheid te beperken, dan wel of toekenning van het toetsingsrecht onvermijdelijk moet meebrengen dat de rechter ook weloverwogen grondwetsinterpretaties van de wetgever opzij kan zetten, iets wat wij aan het slot van de vorige paragraaf ongewenst en overbodig noemden.

Deze kwestie is aangesneden in het tweede, uit 1970 daterende advies van de Hoge Raad over het toetsingsrecht. In totaal heeft de Hoge Raad tot op heden driemaal over het toetsingsrecht geadviseerd.⁽⁸⁾ De adviezen vertonen een duidelijk opgaande lijn. Het eerste, in 1968 uitgebrachte advies had al bijzonder weinig om het lijf. De Hoge Raad noemde het in de Proeve van een nieuwe Grondwet voorgestelde, tot de klassieke grondrechten beperkte toetsingsrecht 'aanvaardbaar', en maakte er verder geen woord aan vuil. De grote principiële en potentieel ook praktische betekenis van het voorstel leek aan het college voorbij te zijn gegaan. Nadat in de literatuur tegenstemmen waren vernomen en in de staatscommissie Cals-Donner, waar men zich de betekenis van het voorstel wel bewust was, een pittige discussie had plaatsgevonden tussen voor- en tegenstanders,⁽⁹⁾ werd de Hoge Raad

(8) Het eerste advies (over de Proeve) werd uitgebracht in december 1968 en gepubliceerd in de Ned. Stert. van 4 maart 1969. Het tweede advies (naar aanleiding van het tweede rapport van de staatscommissie Cals-Donner) werd uitgebracht in januari 1970 en gepubliceerd in de Ned. Stert. van 23 maart 1970. De beide adviezen werden ook opgenomen in de Documentatiereeks 'Naar een nieuwe grondwet?' (resp. deel 3 p. 114 e.v. en deel 4, p. 62 e.v.). Het derde advies is van oktober 1991 en is thans (december 1991) nog niet gepubliceerd.

(9) Tweede rapport (1969), p. 34 e.v. De staatscommissie achtte de gedeeltelijke opheffing van de onschendbaarheid van de wet een van de meest verstrekkende wijzigingsvoorstellen van de Proeve, en meende daarom dat een nauwgezette afweging van de voor- en nadelen vereist was.

wakker ... en ging om. Het argument dat in de voorstellen van de staatscommissie het toetsingsrecht op een andere plaats was geregeld, en dat de formulering van de grondrechten er minder nauw bij het bestaande aansloot dan in de Proeve het geval was, maakte een wat gezochte indruk. Men kan er gevoeglijk van uitgaan dat de Hoge Raad vooral onder de indruk was gekomen van het meningsverschil dat zich in de staatscommissie had geopenbaard. Intussen kwam de Hoge Raad, eenmaal wakker geworden, met een advies dat het lezen nog steeds waard is. Het laatste, eind vorig jaar uitgebrachte advies van de Hoge Raad is zonder meer een erg goed stuk. Bij zijn zeer uitvoerige en gedegen bespreking van de kabinetsnota over een geconcentreerde vorm van toetsing aan de grondwet en aan verdragen verheft het college zich in zijn volle lengte ... en gaat opnieuw om, al worden niet alle denkbeelden van het kabinet beaamd.

Maar nu nog even dat advies uit 1970. De Hoge Raad stelde voorop dat bij de overweging van de vraag of het toetsingsrecht (aan de klassieke grondrechten) wenselijk was, geen rekening behoeft te worden gehouden met de mogelijkheid dat de wetgever bewust met de grondwet in strijd zou handelen. Dat is immers, zo oordeelde het college, zolang onze staatsinstellingen normaal functioneren niet goed denkbaar. Inderdaad, wetten die regelrecht met de grondwet in strijd zijn komen niet voor, in de praktijk gaat het altijd om twijfelgevallen. De Hoge Raad onderscheidde daarbij twee categorieën. In de eerste plaats is het mogelijk dat de wetgever bij het tot stand brengen van een wet is uitgegaan van een bepaalde interpretatie van de grondwet, welke vervolgens door de rechter onjuist wordt geoordeeld. In de tweede plaats is mogelijk dat de toepassing van een algemeen luidende wettelijke bepaling in een bepaald door de wetgever niet voorzien geval leidt tot een resultaat dat met de grondwet onverenigbaar is. De gevolgen van een rechterlijke beslissing dat het desbetreffend wettelijk voorschrift buiten toepassing moet blijven, zullen in de eerste categorie gevallen in het algemeen ingrijpender zijn dan in de tweede, zo meende de Hoge Raad. Dat is waar, al moet men ook de gevolgen in de tweede categorie gevallen niet bagatelliseren. Als het niet voorziene geval model staat voor grote aantallen soortgelijke gevallen, kan de verbindendheid van de wet ook hier een flinke deuk oplopen. Belangwekkend en juist is de opmerking van de Hoge Raad dat voor- en tegenstanders van het toetsingsrecht vaak in zoverre wat langs elkaar heen praten dat de argumenten van de tegenstanders in het bijzonder

op de eerste categorie gevallen betrekking hebben, terwijl de voorstanders in het bijzonder aan de tweede categorie lijken te denken. Hoewel de Hoge Raad in dit advies de toetsing aan klassieke grondrechten afwees, en meedeelde dat voorbeelden van situationeel bepaalde strijd met de grondrechten hem niet voor ogen stonden, wierp het college aan het eind van zijn advies toch de vraag op of een formulering zou kunnen worden bedacht die een in te voeren toetsingsrecht zou beperken tot de tweede, minst omstreden categorie gevallen. En in wezen kwam de Hoge Raad zelf al bijna met die formulering op de proppen. De staatscommissie wilde in art. 14 van de nieuwe grondwet schrijven: 'Wettelijke voorschriften vinden geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar zou zijn met de bepalingen van deze afdeling' (de afdeling waarin de klassieke grondrechten stonden). In de gedachtengang van de Hoge Raad had dit artikel kunnen luiden: 'Wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien *in een bepaald geval waarvan niet is aan te nemen dat het de wetgever voor ogen heeft gestaan*, deze toepassing niet verenigbaar zou zijn met de bepalingen van deze afdeling'.

Deze tentatieve suggestie heeft voorzover mij bekend in de discussie verder geen rol gespeeld. Ook ken ik geen voorbeelden van landen waar het toetsingsrecht aldus is beperkt. In zijn meest recente advies komt de Hoge Raad zelf er ook niet op terug, hoewel de analyse uit het tweede advies voor de Raad heel duidelijk haar betekenis heeft behouden. Met nadruk en met redenen omkleed wijst het college er immers op dat toetsing door de wetgever zelf tekort moet schieten in die gevallen waarin grondwettigheidsvragen zoals die zich later in confrontatie met de praktijk kunnen voordoen, menselijkerwijs niet voorzienbaar zijn geweest ten tijde van de totstandkoming van de wet. Kon de Hoge Raad zich in 1970 dergelijke gevallen niet voor de geest halen, dat ligt nu kennelijk heel anders. Er is behoefte aan aanvullende toetsing achteraf met het oog op de *onvermijdelijke* (mijn curs.) gevallen ten aanzien waarvan toetsing bij voorbaat door de wetgever naar haar aard geen reële waarborg aan de individuele burger kan verschaffen, aldus thans de Hoge Raad. Met betrekking tot de eerste categorie gevallen, die de tegenstanders van het toetsingsrecht het zwaarst op de maag liggen, maakt de Raad een brave opmerking. Hij vindt het een vanzelfsprekend uitgangspunt dat, zo bij de parlementaire behandeling een weloverwogen toetsing heeft plaatsgevonden, dit gegeven bij de beoordeling door de rechter van grote betekenis is. Is

deze opmerking eigenlijk wel zo braaf? De toetsing moet weloverwogen zijn geweest (volgens de rechter wel te verstaan) en dan is er alleen nog maar het uitgangspunt dat dit van grote betekenis is. De rechter kan dus nog alle kanten op. De ervaring leert dat dit soort standaardbeleefdheden en verklaringen van eerbied voor het weloverwogen oordeel van de wetgever bij voorkeur juist dan worden gedebiteerd wanneer de rechter dat oordeel aan zijn laars gaat lappen.⁽¹⁰⁾

Hoe dit zij, is de suggestie van de Hoge Raad uit 1970 voor verwezenlijking vatbaar? Ik geloof het niet. Het komt aan op de zinsnede 'waarvan niet is aan te nemen dat het de wetgever voor ogen heeft gestaan'. Hoe stelt men dat vast? Is een enkele opmerking in een van de stukken of in de Handelingen al bewijs van het tegendeel? Hoewel de gedachte niet slecht was acht ik het toch zeer twijfelachtig of een zo gewichtige bevoegdheid van de rechter als die om wettten aan de grondwet te toetsen van een zo onzeker criterium afhankelijk kan worden gemaakt. Wie dit met mij eens is, staat voor een keuze. Ofwel men handhaaft het toetsingsverbod, en men accepteert dat in bepaalde gevallen de rechter de wet moet toepassen hoewel die toepassing naar zijn oordeel niet verenigbaar is met de grondwet. Ofwel men geeft de rechter het toetsingsrecht in de wetenschap dat deze daarmee ook de mogelijkheid heeft weloverwogen grondwetsinterpretaties van de wetgever van de hand te wijzen. Om drie redenen kies ik in dit stadium van mijn betoog voor handhaving van het toetsingsverbod. In de eerste plaats geloof ik niet dat de gevallen van situationeel bepaalde ongrondwettigheid, waarvan de Hoge Raad in 1970 geen voorbeeld kon bedenken, maar die hij in 1991 'onvermijdelijk' noemde, in de praktijk erg talrijk zullen zijn. In de tweede plaats geldt ook hier dat evidente gevallen van strijd met de grondwet zich in de praktijk niet voordoen. Het gaat in werkelijkheid altijd om twijfelgevallen, waarin de conclusie van strijd met de grondwet pas na veel wikken en wegen kan worden getrokken. In de derde plaats meen ik dat de armslag die de rechter heeft bij de interpretatie van grondwet en wet hem dikwijls in staat zal stellen een naar zijn oordeel met de grondwet strijdende

(10) Zie Toetsing in het Publiekrecht, p. 115 en 139. In India is de rechter er zelfs niet voor teruggedeinsd om grondwetswijzigingen ongrondwettig te verklaren, maar ook daar heeft hij natuurlijk veel eerbied voor de wetgever. Zie J.L. de Reede, Rechterlijke toetsing van grondwetsherziening in India, 1982.

wetstocpassing te vermijden.⁽¹¹⁾ De weinige gevallen die overblijven vormen de prijs die ik betaal om te voorkomen dat de rechter ten principale met de wetgever van mening gaat verschillen over de meest juiste uitleg van de grondwet. Want de Hoge Raad had gelijk, dáár heeft bij de tegenstanders van het toetsingsrecht altijd de meeste pijn gezeten, omdat dan de kans dat de rechter in politieke strijdvragen wordt betrokken het grootst is. Carl Schmitt heeft erop gewezen dat de rechter vooral dan een hoogst gewichtige politieke rol kan vervullen indien hij toetst aan grondwetsbepalingen die zogenaamde 'dilatatorische Formelkompromisse' bevatten, dat zijn kwesties waarover men geen werkelijke overeenstemming heeft kunnen bereiken, en die men daarom maar in opzettelijk polyinterpretabele formulering in de grondwet heeft 'geregeld', aldus in werkelijkheid de oplossing ervan naar de toekomst verschuivende.⁽¹²⁾ 'A fudge' noemen de Engelsen zo iets. Een mooi voorbeeld was bij ons het 'caoutchouc'-artikel van de grondwet van 1887, dat het kiesrecht bond aan 'door de kieswet te bepalen kentekenen van geschiktheid en maatschappelijke welstand'. Struycken voorzag 'volkomen anarchie' als de rechter de door velen beweerde ongrondwettigheid van de kieswet zou hebben aangenomen, en op die grond het grondwettelijk bestaan der kamers, sinds die wet gekozen, en alle door hen aangenomen wetten zou hebben ontkend. In een voetnoot doet hij er nog een schepje bovenop. Zelfs bij grondwetsherzieningen hebben wel eens onregelmatigheden plaatsgehad, zo deelt hij mee, en men verplaatse zich eens in de toestand, dat de rechter op die grond het herzieningswerk onverbindend zou verklaren. Meent men, aldus nog steeds Struycken, dat de rechterlijke macht verstandig genoeg zal zijn om niet tot zulke subversieve beslissingen over te gaan, dan erkent men daarmee, dat zij haar eigen zienswijze omtrent de juiste toepassing der grondwet bij die van de wetgever zou achterstellen, dus toch in ernstige gevallen het geldende stelsel zou volgen.⁽¹³⁾

(11) Geforceerd grondwetsconforme interpretaties kunnen echter neerkomen op verkapte onverbindendverklaringen, zie Toetsing in het publiekrecht, p. 117 noot 152, 138 en 140/1. Zelfs in Engeland zet de rechter soms zijn eigen, tegen de wet ingaande inzichten door, alle sovereignty of Parliament ten spijt. Zie Toetsing in het publiekrecht, p. 89 noot 59, en Prakke en Kortmann (red.), Het bestuursrecht van de landen der Europese Gemeenschappen (1986), p. 436 en 453. In de Verenigde Staten sprak Fred Rodell (Nine men, 1955) over interpretatie-sec als over een 'political weapon, as generally underrated as it has been commonly overlooked in judicial review's long shadow' (p. 36).

(12) *Verfassungslehre* (1928), p. 31/2 en 118.

(13) *Staatsrecht* (2e druk, 1928), p. 112-114.

Demagogische voorbeelden? Een beetje wel natuurlijk, maar iedereen kiest nu eenmaal de voorbeelden die hem passen. En bovendien, in landen waar het toetsingsrecht niet alleen op papier bestaat, maar ook werkelijk in de praktijk een rol van betekenis vervult, daar geeft het aanleiding tot spanningen en fricties. In India *zijn* grondwetsherzieningen onverbindend verklaard, in de Verenigde Staten *zijn* in het nabije verleden talrijke pogingen ondernomen om door middel van zogenaamde 'Court stripping laws' greep op het Supreme Court te krijgen, in Duitsland *wordt* de vraag gesteld onder welke omstandigheden het toetsingsrecht op gespannen voet komt te staan met de democratie, in Frankrijk *wordt* geklaagd over een 'gouvernement des juges', en zo kan men doorgaan.⁽¹⁴⁾ Ik heb zelf ook nog een demagogisch voorbeeld, namelijk dat van de voor 24 uur afgezette koning der Belgen. Zoals men weet was koning Boudewijn met een beroep op onoverkomelijke gewetensbezwaren niet bereid een door het parlement aangevaard initiatiefvoorstel inzake abortus te tekenen.⁽¹⁵⁾ Als de koning in

(14) Zie voor India het in noot 10 genoemde boek van De Reede. Daarin wordt beschreven hoe het Indiase hooggerichtshof (in 1973) uit zijn in de grondwet neergelegde bevoegdheid tot het toetsen van wetten, ook de bevoegdheid tot het toetsen van grondwetsherzieningen heeft laten voortvloeien. Deze herzieningen worden niet alleen getoetst aan de grondwettelijke procedurebepalingen, maar ook aan de 'basic structure' van de grondwet. Hoe groot de bevoegdheid tot herziening van de grondwet ook moge zijn, zij staat niet toe de identiteit van de grondwet aan te tasten, aldus het hof. Tot die identiteit behoren grondbeginselen zoals democratie, de kern van de grondrechten en het rechterlijke toetsingsrecht. De regering en de parlementaire meerderheid hebben verontwaardigd op dit arrest gereageerd. Drie jaar later (in 1976) is de grondwet gewijzigd door opnemng van twee nieuwe bepalingen. De ene bepaling verklaart dat de bevoegdheid tot grondwetsherziening onbeperkt is, de andere sluit rechterlijke toetsing van grondwetsherziening uit. Vervolgens heeft het hooggerichtshof (in 1980) deze beide bepalingen onverbindend verklaard. Een instelling die een beperkte bevoegdheid bezit, kan de geldende begrenzngen niet eigenmachtig verwijderen, meent het hof. Voorts acht het hof de uitsluiting van rechterlijke toetsing in strijd met de 'basic structure' van de grondwet. De hier vermelde controverse tussen hooggerichtshof enerzijds en regering en parlementaire meerderheid anderzijds bestaat in beginsel nog steeds, ook al is zij thans minder actueel. Zie voor de andere genoemde landen Christine Landfried (Ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison* (1988). Dit in belabberd Engels gestelde boek is toch wel de moeite waard omdat het toetsingsrecht in een reeks landen er kritisch onder de loep wordt genomen, waarbij de vraag naar 'the proper balance between judicial power and legislation' centraal staat.

(15) Zie voor de bijzonderheden Rusen Ergec, *L'institution monarchique à l'épreuve de la crise*, *Journal des Tribunaux* 1990, No 5545, en zie ook Roger Lallemand, *La conscience royale et la représentation de la nation: Réflexions à propos d'une crise*, *Journal des Tribunaux* 1990, No 5556. Het omstreden vraagstuk van de abortus provoca-

→

de onmogelijkheid verkeert om te regeren, zo zegt de Belgische grondwet, dan moet er een regent komen. Maar benoeming van een regent was in deze uiterst delicate situatie veel te omslachtig en tijdrovend. Daarom heeft men de gezamenlijke ministers laten tekenen, want, zo zegt de grondwet, als de koning dood is nemen de in raad verenigde ministers de koninklijke macht waar tot aan de eedaflegging van zijn opvolger. Nu is het reeds zeer twijfelachtig of een koning die één bepaalde wet niet wil tekenen in de onmogelijkheid verkeert om te regeren, maar het staat in ieder geval als een paal boven water dat Boudewijn niet dood was. Met andere woorden, wat hier gebeurd is heeft met grondwetsinterpretatie weinig meer te maken, het is grondwetsverwringing. Hoe hierover te oordelen? Voor een jurist ligt hier een lastig probleem. Juridisch valt de gekozen oplossing eenvoudig niet goed te praten, er klopt niets van. Maar wie werpt de eerste steen? Wie zich herinnert onder welke dramatische omstandigheden Boudewijn op de troon is gekomen, wie de persoonlijke tragiek van het Belgisch koningspaar in zijn overwegingen betreft, en vooral wie beseft dat de koning zo langzamerhand een van de weinig overgebleven voluit nationale instituties is in België, die moet erkennen dat het werkelijk allerlaatste waar dat land op zat te wachten een koningscrisis was. In dat licht bezien kan men de gekozen oplossing als het minste van alle kwaden aanvaarden, haar als een Belgische oplossing van een Belgisch probleem misschien zelfs waarderen. Met andere woorden: wat staatsrechtelijk ontoelaatbaar is, kan politiek geboden zijn. Ik ben mij bewust dat ik mij hier op zeer glad en gevaarlijk ijs begeef, maar ik



us heeft in heel wat landen voer voor staatsrechtjuristen opgeleverd. In de Verenigde Staten verklaarde het Supreme Court tal van state abortion laws in strijd met de federale grondwet, waarin over dit onderwerp niets te vinden is. Maar het Hof decreteerde dat volgens de grondwet de vrouw gedurende de eerste drie maanden van de zwangerschap zelf mag beslissen. In Duitsland werd echter een bondswet die de vrouw dit zelfde recht wilde geven door het Bundesverfassungsgericht juist onverbindend verklaard wegens strijd met het Grundgesetz, waarin over abortus al evenmin iets is te vinden. 'Plaisante justice qu'une rivière borne', zei Pascal. Uiteraard werd in beide gevallen niet dezelfde wetgeving aan dezelfde grondwet getoetst, maar toch! Mijn medeprecadviseur Koopmans spreekt niet ten onrechte van 'een merkwaardig soort ironie', zie *Vergelijkend Publiekrecht* (2e druk 1986), p. 50/1, 67 en 81/2. Ironisch is ook dat uitgerekend op het moment waarop heel Amerika op een nog niet eerder vertoonde wijze op zijn kop stond naar aanleiding van de hoorzittingen van de Senaat over de benoeming van rechter Clarence Thomas tot lid van het Supreme Court, in ons land Van Maarseveen iets dergelijks kwam bepleiten. Zie *Time Magazine*, 21 oktober 1991: *Sex, Lies and Politics*, en *NJB* 1991, p. 1423.

vind het toch een dimensie van ons probleem die de aandacht verdient.

Nu ging het in België niet primair om de grondwettigheid van de abortuswet, maar dat doet er niet zoveel toe. Waar het om gaat is dat er problemen kunnen rijzen waarin voor de politiek de grondwet niet het doorslaggevend gezichtspunt kan zijn, en waar men de rechter maar beter buiten kan houden. Men begrijpe mij goed: gevallen van flagrante grondwetsschending zoals in België zullen naar mijn oordeel slechts in hoogst uitzonderlijke omstandigheden acceptabel kunnen zijn. Ik denk eerder aan gevallen waarin regering en parlement uit een oogpunt van grondwetsinterpretatie een beetje naar zich toe rekenen om tot een gewenst resultaat te kunnen komen, zoals in de kruisrakettenkwes- tie. Couwenberg heeft toen m.i. overtuigend aangetoond dat men die kwestie niet verantwoord kon behandelen door haar te verenigen tot een op het scherp van de snede uitgevochten en tot in de verste uithoeken van de parlementaire geschiedenis nagevorste kwestie van grondwetsinterpretatie, maar dat zij in een breder kader diende te worden geplaatst.⁽¹⁶⁾ Men kan ook denken aan bezuinigingsmaatregelen. Iedereen is het erover eens dat er bezuinigd moet worden. Maar zodra regering en parlement iets ondernemen springen de benadeelden hun op de nek, zich daarbij bedienend van alle argumenten die in hun kraam te pas komen, van demonstraties op het Binnenhof tot korte gedingen. Als ze geluk hebben treffen zij een fantasierijk advocaat zoals mijn mede-pleadviseur Barendrecht. Die wilde de Harmonisatiewet attaqueren omdat zij in strijd zou zijn met het beginsel van rechtszekerheid, een beginsel dat noch in de grondwet noch in verdragen is te vinden, en in het Statuut alleen zijdelings ter sprake komt. Om de zeer oude koe van toetsing aan het Statuut weer uit de sloot te krijgen was een rechter nodig die in fantasie niet voor Barendrecht zou onderdoen. Vandaar dan ook dat deze, zoals hij vorig jaar op een symposium mededeelde, speciaal een weekje wachtte met zijn kort geding tot Mr. Wijnholt van vakantie terug was. Die 'hield wel van een geintje', zo moet Barendrecht gedacht hebben. En waarachtig, dat was ook zo! Wel kostte dit geintje de staat volgens kranteberichten 400 miljoen gulden, zodat de noodzakelijke bezuinigingen elders gezocht moesten worden. Mr. Wijnholt, zo begrijp ik,

(16) S.W. Couwenberg, Plaatsing kruisraketten en de Nederlandse grondwet, NJB 1984, p. 447 e.v.

heeft inmiddels de wijk genomen naar de Nederlandse Antillen, maar ook als hij hier was gebleven had niet hij, maar de wetgever met de gebakken peren gezeten.

Wat wil hiermee nu gezegd zijn? Ik betoog natuurlijk niet dat de wetgever de grondwet en andere hem bindende regels aan zijn laars kan lappen, in de paragraaf 'Grondwet en wetgever' heb ik juist omstandig het tegendeel beweerd. Maar ik meen wel dat er voordelen aan zijn verbonden om de wetgever zelf in hoogste instantie over de betekenis van die binding te laten beslissen. Dat grondwetsinterpretatie door de wetgever uit haar aard nooit een geheel belangeloze, waardevrije interpretatie kan zijn, vind ik geen bezwaar zolang zij maar serieus is. Trouwens, grondwetsinterpretatie door de rechter is evenmin waardevrij. De bezwaren tegen de Harmonisatiewet op grond van het niet honoreren van gewekte verwachtingen waren door de wetgever zelf ten volle onderkend en meegewogen. Waarom zou de beslissing van de wetgever dat het 'zo maar moest' door één man ongedaan gemaakt moeten kunnen worden?

De Hoge Raad zag dat kennelijk ook niet in en vernietigde het vonnis van Mr. Wijnholt. Maar de Hoge Raad die, zo weten wij uit de beste bron,⁽¹⁷⁾ in termen van maatschappelijke aanvaardbaarheid denkt, hechte er kennelijk veel waarde aan om zowel voor- als tegenstanders van het toetsingsrecht te vriend te houden en wierp beiden een kluif toe. Het college achtte de rechter niet bevoegd om de wet te toetsen aan het Statuut of aan ongeschreven rechtsbeginselen ... maar liet toch even weten de Harmonisatiewet wel in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel te vinden. Dat was misschien wel interessant, maar het was voornamelijk overbodig. Als men iets niet mag, moet men het ook niet doen. Tijdens een enkele jaren geleden aan het rechterlijk toetsingsrecht gewijde conferentie merkte het lid van het Bundesverfassungsgericht Ernst Gottfried Mahrenholz op dat rechters naar zijn mening op drie manieren hun bevoegdheden te buiten konden gaan. De eerste manier was: 'They fill opinions with obiter dicta'.⁽¹⁸⁾ Waarvan akte. De redactrice van de desbetreffende congresbundel signaleerde in de Bondsrepubliek een 'overloading of the political process with legal arguments', een 'judicialization of politics'.

(17) Interview met president Mr. S. Royer en vice-president Mr. W. Snijders, N.R.C.-Handelsblad 20 juni 1991.

(18) Christine Landfried, a.w. p. 173.

Het netwerk van beslissingen van het Bundesverfassungsgericht is zo dicht geworden dat de politiek soms de grootste moeite heeft om er uit wijs te worden, en vaak niet goed meer durft. Het parlement kan zich wel door een uitgelezen schare deskundigen laten voorlichten over de vraag wat het Hof met een bepaalde uitspraak nu wel precies bedoeld moge hebben – iets wat het Hof natuurlijk zelf ook niet altijd weet – maar dan krijgt het soms van het Hof toch nog de kous op de kop. Het koffiedik-kijken in de jurisprudentie van het Hof – door het oud-lid Martin Hirsch ‘Karlsruhe Astrologie’ genoemd – verlamt de durf en het eigen verantwoordelijkheidsbesef van regering en parlement.⁽¹⁹⁾

Het wordt tijd deze paragraaf te besluiten. Ik denk dat de voorstanders van het toetsingsrecht zich in het voorgaande niet erg zullen hebben herkend, wij praten weer wat langs elkaar heen. Te zeer is het hier weer gegaan over de eerste categorie gevallen die de Hoge Raad in zijn advies uit 1970 op het oog had, te weinig over de gevallen van situationeel bepaalde strijd van een wet met de grondwet, gevallen die betrekkelijk onschuldig kunnen zijn, en die geen aanleiding geven om het toetsingsrecht in schrille kleuren af te schilderen als iets waar we nog wel eens spijt van zouden kunnen krijgen. De voorstanders van het toetsingsrecht zien het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet als een achterhaalde zaak, als een niet langer te rechtvaardigen uitzondering op de alom aanvaarde en eigenlijk ook vanzelfsprekend geachte regel dat rechters in de uitoefening van hun dagelijkse werkzaamheden lagere regels toetsen aan hogere. ‘Het zijn sterke argumenten die voor deze uitzondering pleiten’, zo meende de Hoge Raad in het advies waarin hij het toetsingsrecht afwees, maar dat was meer

(19) Ibid. p. 7 e.v. en 147 e.v. In een terugblik op de befaamde uitspraak van het Supreme Court in de Steel Seizure Case (1952) waarin de door president Truman tijdens en in verband met de oorlog in Korea volvoerde nationalisering van de staalindustrie (waar een staking was uitgebroken) ongrondwettig was verklaard, verklaarde Truman laconiek en ook een beetje uitdagend: ‘Whatever the six justices of the Supreme Court meant by their differing opinions about the constitutional powers of the President, he must always act in a national emergency’. Zie Harry S. Truman, *Memoirs*, Volume II, 1956, p. 541. De beslissing van het Hof was genomen met 6 tegen 3 stemmen. Mr. Justice Black schreef ‘the opinion of the Court’ waarmee 5 rechters in individual concurring opinions instemden. De Chief Justice schreef, daarin gesteund door 2 collega’s, een dissenting opinion. Dan hoeft er nog niet eens sprake te zijn van ‘a fudge’ (in de rechtspraak ook niet onbekend) om toch te kunnen vaststellen: echt duidelijk is het niet.

dan twintig jaar geleden.⁽²⁰⁾ Het is ongetwijfeld waar dat de rechter over zeer belangrijke en omstreden zaken krijgt te beslissen zonder dat daarbij de grondwettigheid van de wet op enigerlei wijze in het geding is, terwijl het omgekeerd indien dat wel het geval is helemaal niet per se over erg spectaculaire zaken hoeft te gaan. Maar het is ook waar dat, zoals de Hoge Raad het in zijn jongste advies formuleert, de geldigheid van de wet bij opheffing van het toetsingsverbod aan een verhoogd risico komt bloot te staan, en dat wij de gevolgen daarvan niet kunnen overzien. Het toetsingsrecht voegt aan het rechterswerk een dimensie toe, die erg belangrijk *kan* zijn, en die ertoe *zou kunnen* leiden dat de rechter meer in politiek vaarwater komt dan ook sommige voorstanders van het toetsingsrecht lief zou zijn. En men kan het best met de Hoge Raad eens zijn dat het overdreven is om van constitutionele toetsing een ontwrichtende invloed op het rechtsverkeer te vrezen, maar het feit dat de Raad een heel – overigens erg interessant – hoofdstuk uittrekt om dit aan de hand van voorbeelden aan te tonen (hoofdstuk III van het advies uit 1991) spreekt toch boekdelen. Die voorbeelden betreffen de toetsing aan verdragen, en de vraag rijst of in dat vlak de ontwikkelingen inmiddels niet zover zijn voortschreden dat toetsing aan de grondwet er ook nog wel bij kan. Zo ja, in gespreide of geconcentreerde vorm? Het zijn deze vragen die in de nota van het kabinet en de daarover uitgebrachte adviezen centraal hebben gestaan, en die in de eerste plaats door de eigenlijke preadviseurs worden behandeld. In de beide slotparagrafen van deze inleidende beschouwing sta ik er ook even bij stil.

III ONTWIKKELINGEN IN NEDERLAND

De klacht van Thorbecke dat zonder het toetsingsrecht de grondwet zou ophouden grondwet te zijn was ook daarom wat overdreven omdat er nog nooit een wet aan de grondwet was getoetst. De bepaling 'de wetten zijn onschendbaar' bracht dus niet iets geheel nieuws, maar legde alleen een reeds bestaande praktijk ook voor de toekomst vast. Zoals wij omstandig hebben betoogd staat in de hiërarchie of rangorde van wettelijke voorschriften de grondwet boven de wet in die zin dat de wetgever zich aan de grondwet moet houden. Tegelijkertijd heeft echter door het grondwettelijk toetsingsverbod de wet in die zin

(20) Naar een nieuwe grondwet, deel 4, p. 63.

voorrang boven de grondwet dat zij, eenmaal tot stand gekomen, door de rechter ook bij vermeende strijd met de grondwet moet worden toegepast. Het is wel zaak om tussen *rangorde* en *voorrang* goed te onderscheiden, omdat er anders in omstrede toetsingskwesties al gauw weer allerlei konijnen uit de hoed komen.⁽²¹⁾

De onschendbaarheid van de wet is op den duur opgevat als een uitzondering op een ongeschreven hoofdregel, volgens welke de rechter tot taak heeft om lagere voorschriften te toetsen aan hogere. Ook 'constitutionele toetsing' hebben wij dus altijd gehad wanneer men daaronder verstaat wat het ook lijkt te betekenen, namelijk toetsing aan de grondwet. Lagere wetgeving dan de formele wet werd en wordt aan de grondwet getoetst. De negentiende-eeuwse jurisprudentie over de zelfstandige algemene maatregel van bestuur, en de hele art. 7 Grondwet-jurisprudentie, om slechts twee belangrijke voorbeelden te noemen, zijn er om het te bewijzen. In het spraakgebruik is echter 'constitutionele toetsing' synoniem geworden met toetsing aan de grondwet van de formele wet, en die toetsing wordt bij ons door de grondwet aan de rechter verboden. De voor- en de nadelen van dit verbod zijn al zo vaak opgesomd en gewikt en gewogen, dat het geen zin heeft om dat hier opnieuw te gaan doen.⁽²²⁾

Wel is het absoluut noodzakelijk om in herinnering te roepen dat sinds de grondwetsherziening van 1953 de rechter grondwettelijk verplicht is om ook de formele wet te toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen. Dat werd in verband met ons onderwerp vooral een jaar later van grote betekenis, omdat toen het in 1950 gesloten Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Verdrag van Rome of Europese Conventie) voor ons land van kracht werd. Dikwijls zullen er maar weinig raakvlakken zijn tussen de grondwet en de in verdragen geregelde materies. Maar

(21) Zo leidde K. Bongenaar, Rijkswet en rechterlijke toetsing (1986), het antwoord op de omstrede vraag of de rechter een gewone wet moet toetsen aan een rijkswet - in een betoog waarin de begrippen hogere rang en voorrang door elkaar worden gebruikt - zonder meer af uit het feit dat de rijkswet een hogere regeling is dan de gewone wet. Zie mijn bespreking in RM Themis, jg. 1987, p. 464 e.v.

(22) Men kan, om slechts enkele bronnen te noemen, terecht bij het tweede rapport van de staatscommissie Cals-Donner, bij het in noot 6 genoemde artikel van Cliteur, bij A.H.M. Dölle en J.W.M. Engels, Constitutionele rechtspraak (1989), en bij M.G. Boekhorst, Het toetsingsverbod van artikel 120 Nederlandse grondwet getoetst, Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht, jg. 1990, p. 471 e.v. en 539 e.v.

hier had men te doen met een verdrag dat over grondrechten ging, een onderwerp dat ook in de grondwet natuurlijk een prominente plaats inneemt. Het was dan ook wel begrijpelijk dat de Proeve van een nieuwe Grondwet het in 1966 'ongerijmd' noemde dat voortaan de formele wet wel aan de verdragsgrondrechten getoetst kon en moest worden, maar tegenover de grondrechten van onze eigen grondwet onschendbaar bleef. Voor velen, ook voor de Proeve zelf, was dit het enige, maar tegelijkertijd ook het doorslaggevende argument om de formele wet nu ook toetsbaar te maken aan het eerste hoofdstuk van een nieuwe grondwet, dat de grondrechten zou gaan bevatten (die tot dan toe verspreid in de grondwet voorkwamen). Zelf keek ik daar destijds wat anders tegen aan. Ik had mij in Amerika uitvoerig verdiept in theorie en praktijk van 'judicial review'. En hoewel ik dat een buitengewoon boeiend onderwerp vond, had ik niet onmiddellijk het gevoel dat dat nu was waar wij in Nederland op zaten te wachten. Mijn idee was veeleer: laat ieder land op zijn eigen manier zalig worden. In Amerika is het toetsingsrecht tot ontwikkeling gekomen, het is daar een niet weg te denken vast bestanddeel, om niet te zeggen het kernstuk, van het staatsrecht geworden. In veel Europese landen, waaronder Nederland, is de gang van zaken een andere geweest: zij hebben geen grondwet, of de wet wordt er niet aan getoetst. De gedachte dat de Amerikanen het toetsingsrecht zouden moeten afschaffen kwam evenmin bij mij op als het denkbeeld dat wij het zouden moeten invoeren. De Nederlandse rechter, zo was mijn indruk, stond ook niet bepaald te trappelen, zeker de Hoge Raad niet. Toen het Hof Arnhem zich verstoutte te menen dat het grondwettelijk processieverbod niet te rijmen viel met de in de Europese Conventie gegarandeerde godsdienstvrijheid, werd dit door de Hoge Raad afgestraft in een arrest waarin het college zich in duizend bochten wrong om die strijd te kunnen ontkennen. Waarom? Mijn veronderstelling was dat de rechter weinig neiging zou vertonen om van de toetsing aan het Verdrag van Rome veel werk te maken zolang de onschendbaarheid van de wet tegenover de grondwet werd gehandhaafd. Een bekend voorstander van rechterlijke toetsing als Jeukens zag dat destijds niet anders. Hij betreurde de geprononceerd marginale toetsingswijze van de rechter bij toetsing aan de Europese Conventie. Maar met die marginale toetsing, zo meende hij, zou het wel loslopen als de wet eenmaal aan de grondwet zou kunnen worden getoetst. Want dan zou het klimaat van ons staatsrecht veranderen, en zou zich 'voor de gehele toetsingsproblematiek (...) een nieuw per-

specifiek openen'.⁽²³⁾ Met andere woorden: de opheffing van de onschendbaarheid van de wet (ten aanzien van hoofdstuk 1) had niet zozeer het karakter van het gladstrijken van een kleine inconsequentie, maar *pas daardoor* zou het met de toetsing aan grondrechten (zo van de grondwet als van de Europese Conventie) echt menens worden. Daarom was Jeukens daar erg voor, terwijl ik er minder behoefte aan had.

De gedachte van de Proeve heeft het niet gehaald. De staatscommissie Cals-Donner ging er met 11 tegen 6 stemmen mee akkoord, drie leden van die commissie waren zelfs voorstander van toetsing aan de *gehele* grondwet, dus niet alleen aan de grondrechten. Ook de overige bepalingen van de grondwet, zo meenden zij, vormen een waarborg voor de burger en zijn vrijheden, zo nodig ook tegenover de wetgever te handhaven door de rechter.⁽²⁴⁾ Regering en Staten-Generaal hebben er echter niet aan gewild, bij de algehele grondwetsherziening van 1983 is het toetsingsverbod in volle omvang gehandhaafd. Het lijkt daarom vanzelfsprekend, en de kabinetsnota en alle daarover uitgebrachte adviezen gaan daar ook vanuit, dat invoering van het toetsingsrecht alleen via grondwetswijziging mogelijk is. Maar wie zo redeneert kent de hartstochten in toetsingsland niet. In de paragraaf Grondwet en wetgever heb ik geschreven dat bij niemand zelfs maar de gedachte opkomt om zonder voorafgaande grondwetswijziging bij gewone wet iets te willen regelen dat kennelijk met de grondwet in strijd is. Laat ik nu uitgerekend voor sommige toetsers een uitzondering moeten maken! Wanhopend aan de mogelijkheid om hun troetelkind via de koninklijke weg van grondwetsherziening ter wereld te brengen, kiezen zij soms voor een soort keizersnede, hele of halve vormen van grondwetsonthulling.⁽²⁵⁾ Nog simpeler is het natuurlijk om als rechter te zeggen: als we het toetsingsrecht niet gauw krijgen, zullen wij het wel nemen.⁽²⁶⁾ Maar een slordige start is dat wel.

Een kleine dertig jaar lang heeft de toetsing aan het Verdrag van

(23) H.J.M. Jeukens, Toetsing door de rechter van de wet aan de grondwet, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (1967), p. 75; zie ook Toetsing in het Publiekrecht, p. 13-24.

(24) Eindrapport (1971), p. 255.

(25) Zie bijvoorbeeld S.B. Ybema, Constitutionalism and Civil Liberties (1973), p. 280 e.v., waarover mijn bespreking in RM Themis, jg. 1975, p. 584 e.v.

(26) A.F.M. Brenninkmeijer, Nederlands Juristenblad 1990, p. 1249; zie ook D.H.M. Meuwissen, Staatsrechtconferentie 1990, p. 44/5.

Rome in de praktijk niet zo erg veel om het lijf gehad. Nimmer werd een wet in hoogste instantie in strijd met het verdrag, en daarom geheel of ten dele onverbindend geoordeeld. Sinds een jaar of tien is daar echter een opmerkelijke verandering in gekomen,⁽²⁷⁾ zodat nu het 'ongerijmdheidsargument' van de Proeve ook in mijn ogen grote betekenis heeft gekregen. Al of niet daartoe aangezet door de jurisprudentie van de Straatsburgse autoriteiten, is de rechter, ook en juist de Hoge Raad, een stuk 'activistischer' geworden. Hij heeft er duidelijk zin in gekregen. En dat is een factor van kardinale betekenis. Een rechter die niet wil ziet altijd wel kans om strijd met de grondwet te ontkennen. Maar een rechter die wel wil is al helemaal niet te onderschatten. Zijn er geen teksten waaraan hij kan toetsen, dan kan hij altijd nog fundamentele rechtsbeginselen uit zijn toga toveren, al of niet bij wijze van obiter dictum. Diep van eerbied buigend voor de wetgever mag hij deze nu en dan toch ook graag eens een stok tussen de benen steken. De in het jongste advies van de Hoge Raad beschreven 'temperingstechnieken' ('methoden die de rechtspraak is gaan bezigen om schokken in de rechtsontwikkeling te voorkomen') kunnen met gelijk recht worden opgevat als evenzovele vormen van rechterlijk activismc. Door de ontwikkeling van de jurisprudentie van diverse rechters waar het betreft toetsing aan de Europese Conventie en andere mensenrechtenverdragen is de toetsing van de wet aan de grondwet een vraagstuk van sterk verminderde betekenis geworden. Moet die toetsing er nu dan ook maar bij? Daarover tot slot een enkele opmerking.

IV WAT NU?

Wie van rechterlijke toetsing erg afkerig is zou van mening kunnen zijn dat we de grondwetsherziening van 1953 moeten terugdraaien. Afgezien van de vraag of dat wat het EG-recht betreft nog wel mogelijk zou zijn: wij heten niet allen Tony Benn – voor zo'n constitutioneel zigzag-beleid voel ik niets. In 1953 is een grondwetswijziging geïntroduceerd waar we lange tijd niet veel van gemerkt hebben, maar die nu vooral waar het het Europese recht en de mensenrech-

(27) P. van Dijk, De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens, in: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel (1988), p. 173 e.v.

tenverdragen betreft erg belangrijk is geworden. Zo gaan die dingen. Ik ga van de totstandgekomen jurisprudentie uit, om met de kabinetsnota te spreken, als van een constitutioneel gegeven dat – gezien de toegenomen en nog steeds toenemende internationalisering van onze rechtsorde – niet meer is weg te denken.

Past het in die steeds maar toenemende internationalisering van onze rechtsorde eigenlijk wel om nu door de invoering van constitutionele toetsing onze grondwettelijke grondrechten te gaan benadrukken? Reeds in de Proeve werd de vraag opgeworpen of naast de Europese Conventie nog wel behoefte bestond aan grondwettelijke grondrechten. Die vraag is toen door bijna iedereen zonder aarzeling bevestigend beantwoord, maar we zijn inmiddels een kwart eeuw verder. Zelfs als men meent de eigen grondwettelijke grondrechten niet te kunnen missen, is er toch iets voor te zeggen om ze niet door invoering van het toetsingsrecht een extra accent te gaan geven in een tijd waarin de grondrechten juist eerder in internationaal perspectief tot verdere ontwikkeling zouden moeten komen. Handhaving van het toetsingsverbod zou daarnaast de functie kunnen hebben om de rechter er van te weerhouden om al te drastisch te opereren. Ik meen echter dat de kwestie veel van haar betekenis heeft verloren.

Kiest men voor toetsing, dan valt niet in te zien waarom aan een geconcentreerd stelsel de voorkeur gegeven zou moeten worden. De processuele complicaties zijn in de adviezen over de nota uitvoerig belicht, ik besteed er geen aandacht aan. Voorzoveel de toetsing aan verdragen betreft is het voorstel een stap terug, en ook los daarvan meen ik dat een stelsel van gespreide toetsing de voorkeur verdient.⁽²⁸⁾ Hoewel ik nooit zo'n voorstander van het toetsingsrecht ben geweest, zit ik toch een beetje in mijn maag met de in de nota voorgestelde beperking van de toetsing tot die aan een ieder verbindende grondwetsbepalingen (vooral de grondrechten dus). Ik voel iets voor de gedachtengang: als er dan getoetst moet worden, dan ook aan de hele grondwet. Toetsing aan niet een ieder verbindende bepalingen van de grondwet zal niet zo gauw aan de orde kunnen komen in het kader van aan de kennisneming van rechters onderworpen geschillen, maar helemaal te overzien valt dat niet, en het is mijns inziens niet zo aantrekkelijk om eerste- en tweederangsgrondwetsartikelen te creëren.

⁽²⁸⁾ Ik sluit mij aan bij de argumenten van C. Flinterman en R.E. de Winter, Een 'Court-packing plan' voor Nederland?, Nederlands Juristenblad 1990, p. 527 e.v.

Voor toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen voel ik niets. In de eerste plaats vind ik ze veel te vaag. Wat is eigenlijk een rechtsbeginsel? De rechter kan er van maken wat hij wil. Hij kan wetten wel onverbindend gaan verklaren omdat een demissionair kabinet met de behandeling ervan is doorgestaan in strijd met het beginsel dat demissionaire kabinetten terughoudend moeten zijn, om maar eens een buitenplaats te noemen.⁽²⁹⁾ Een ieder kan zijn eigen voorbeelden bedenken. En dan: wie zegt eigenlijk dat de wetgever aan een rechtsbeginsel is gebonden? Hoe weten wij zo zeker wat de plaats is van rechtsbeginselen in de normenhierarchie? Al zou de Harmonisatiewet in strijd zijn geweest met het rechtszekerheidsbeginsel – iets wat men alleen maar kan beweren (zoals de Hoge Raad) of betogen, niet bewijzen – dan rijst nog de vraag of het de wetgever niet vrij stond om met een beroep op het beginsel van gezonde overheidfinanciën (ik bedenk nog maar eens wat) te accepteren dat het rechtszekerheidsbeginsel niet het volle pond kon krijgen.⁽³⁰⁾ Tenslotte: hoe kan de (grond)wetgever een rechter corrigeren, die door hemzelf bedachte rechtsbeginselen laat prevaleren boven de wet, wellicht zelfs boven de grondwet? Toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen moeten wij volgens mij beslist niet hebben. Als rechtsbeginselen zo belangrijk zijn dat zelfs de wet ervoor moet wijken, dan moeten zij maar in de grondwet worden opgenomen.

Zou men de wet toetsbaar willen maken aan de hele grondwet, dan zou au fond met schrapping van art. 120 Grondwet kunnen worden volstaan. Wat daarin over verdragen staat is immers overbodig naast art. 94. Wil men alleen toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van de grondwet – waarbij in hoofdzaak, maar niet uitsluitend aan de klassieke grondrechten valt te denken – dan moet men de bepalingen waaraan getoetst mag worden opsommen, zoals de Hoge Raad dan ook doet. Een grondwetsbepaling is ook daarom wenselijk omdat bij een simpele schrapping van art. 120 Grondwet het gevaar ontstaat dat de rechter aan ongeschreven rechtsbeginselen gaat toetsen. Om dat te voorkomen zou het eerste lid van een nieuw art. 120

(29) In België is er jurisprudentie over de bevoegdheden van een ontslagnemende regering, zie Godelieve Craenen, *De positie van een demissionair kabinet in België, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, (1975), p. 71 e.v.

(30) Zie over rechtsbeginselen R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding* (1991), p. 99-131.

kunnen luiden: 'De wetten zijn, afgezien van het bepaalde in het tweede lid van dit artikel en in art. 94, onschendbaar.' In het tweede lid zouden dan de grondwetsbepalingen moeten worden opgesomd waaraan getoetst mag worden. Of het er allemaal van zal komen is op zijn minst twijfelachtig, het enthousiasme lijkt bij de rechter zelf groter dan bij regering en parlement. Die denken wellicht aan het woord van oud-minister en oud-Tweede Kamerlid Schmelzer: 'Als er dan toch macht moet zijn heb ik die het liefst zelf!' De rechter kan zich troosten met de gedachte dat hij ook onder de huidige constellatie al een aardige judiciële vinger in de legislatieve pap heeft.

DEEL II

CONSTITUTIONELE TOETSING

Preadvies mr. T. Koopmans

1. *Inleiding*, 39
- I. DE VERANDERENDE TIJDEN, 40
 2. *Ontwikkelingen elders*, 40
 3. *Europese ontwikkelingen*, 42
 4. *Het gezag van de wetgever*, 43
 5. *Het beroep op de rechter*, 45
 6. *Historische noot*, 47
- II. DE VERANDERENDE IDEEËN, 50
 7. *Grondrechtenbescherming*, 50
 8. *De aanspraak op rechtsbescherming*, 52
 9. *De rechter als appel-instantie*, 53
 10. *De onmacht van de politiek*, 56
- III. OMVANG VAN DE TOETSING, 57
 11. *Beperking tot grondrechten*, 57
 12. *Algemene toetsing*, 60
 13. *Toetsing aan rechtsbeginselen*, 61
 14. *Onverbindendverklaring*, 62
 15. *Werking ex tunc*, 65
- IV. ORGANISATIE VAN DE TOETSING, 67
 16. *Preventieve toetsing*, 67
 17. *Constitutioneel hof*, 69
 18. *Raad van State*, 72
 19. *Gewone rechter*, 73
 20. *Prejudiciële verwijzingen*, 75
 21. *Diffuus stelsel*, 76
 22. *Procesrechtelijke consequenties*, 78

V.	DE POSITIE VAN DE RECHTER, 81
23.	<i>De kern van het probleem, 81</i>
24.	<i>Fundamentele gezichtspunten, 82</i>
25.	<i>Nadelen van rechterlijke besluitvorming, 82</i>
26.	<i>Slotwoord, 83</i>

Constitutionele toetsing

1. Inleiding

De stap naar constitutionele toetsing dient in Nederland te worden gezet als voorlopige afsluiting van de groei van de rechtsbescherming die de ontwikkelingen in de afgelopen honderd jaar heeft gekenmerkt. Tegelijkertijd vormt het zetten van die stap een echt probleem dat zorgvuldige overweging verdient.⁽¹⁾ De rechterlijke bevoegdheid om wetten buiten toepassing te laten wanneer strijd met de grondwet wordt vastgesteld, roept namelijk het risico in het leven dat op den duur een stukje centrale beslissingsmacht uit handen van regering en Staten-Generaal overgaat in die van de rechter. De omvang van dat risico is moeilijk te schatten; maar dat het bestaat blijkt uit ervaringen elders. Zo heeft de Amerikaanse rechter de abortuswetgeving geliberaliseerd op basis van de grondwettelijke bescherming van 'due process of law' waarin privacybescherming begrepen werd geacht.⁽²⁾ En zo heeft de Duitse constitutionele rechter de hoogte van de werkloosheidsuitkeringen bevroren vanwege de grondwettelijk gewaarborgde bescherming van het eigendomsrecht.⁽³⁾ In beide gevallen zouden wij in Nederland waarschijnlijk vinden dat de beslissing moet vallen in een politiek debat tussen regeerders en volksvertegenwoordigers. Die ervaringen elders laten overigens ook zien dat de grens tussen wat 'politiek' wordt geacht en wat 'rechterlijk' c.q. 'juridisch' is nogal eens de neiging heeft te verschuiven. Als eenmaal de stap naar de toetsing is gezet, vertonen de ontwikkelingen vaak hun eigen dynamiek.

(1) Anders H. van Maarseveen, Toetsing, een politiek non-probleem? *NJB* 1991, p. 625.

(2) *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 US 179 (1973).

(3) BVerfGE 72 nr. 2, Arbeitsförderung-konsolidierungsgesetz (1986).

Er is daarom reden nog eens alle registers van het toetsingsdebat open te trekken. Die besogne wordt de preadviseurs in zoverre vergemakkelijkt dat in een recente publikatie van de Teldersstichting het debat in de Nederlandse staatsrechtelijke literatuur wordt geresumeerd, met daarbij enkele liberaal geachte kanttekeningen.⁽⁴⁾ Tegen die achtergrond beperk ik mij, in overleg met mijn mede-preadviseurs, tot enkele persoonlijk getinte ontboezemingen in een beschrijvend deel, waarin gewezen zal worden op de veranderingen die zich sinds ± 1945 in ons land en daar omheen hebben voorgedaan. Daarna komen, in een 'pars construens', de omvang en de organisatie van de toetsing aan de orde. Ik zal daarbij pogen niet zozeer door mijn eigen betoog te worden meegeslept dat ik terechtkom in de talentloze diepzinnigheid die volgens een van mijn intellectuele helden, Jacques de Kadt, het debat in Nederland pleegt te kenmerken.

I DE VERANDERENDE TIJDEN

2. *Ontwikkelingen elders*

In de jaren vlak na 1945 leek het nog of de Westerse wereld beheerst werd door twee grote constitutionele tradities: een Amerikaanse, waar de rechter de grondwettigheid van wetgeving had te beoordelen, zoals met name het geval was in de VS, maar ook in enkele Commonwealthlanden zoals Canada en Australië, en een Europese traditie waarin de beslissing van de wetgever onaantastbaar was: Groot-Brittannië, het Frankrijk van de IIIe en IVe Republiek, de Benelux-landen. Die traditie werd als het ware archetypisch verwoord in de Britse leer van de 'sovereignty of Parliament'.⁽⁵⁾

De ontwikkeling is sindsdien rap een andere kant op gegaan. Toen de Bondsrepubliek Duitsland tot stand kwam, en toen in Italië de monarchie werd afgeschaft, is in die landen constitutionele toetsing ingevoerd, met afzonderlijke constitutionele hoven. De Franse grondwet van 1958 bracht voorafgaand rechterlijk toezicht op de grondwettig-

(4) P. B. Cliteur, Constitutionele toetsing (Geschr. 74, B.M. Teldersstichting, Den Haag 1991).

(5) Zie over dit begrip: T. Koopmans, Vergelijkend publiekrecht (2e dr. 1986) nr. 9 en nr. 12-13, L. Prakke en C.A.J.M. Kortmann (red.), Het staatsrecht van de landen der Europese Gemeenschappen (3e dr. 1988), p. 681-682 en p. 732-734.

heid van wetgeving; deze toetsing was aanvankelijk vooral bedoeld om bevoegdheidsconflicten te beslechten in verband met de beperkte wetgevende bevoegdheid van het parlement in de Vijfde Republiek, maar zij heeft zich sinds 1971 anders ontwikkeld, vooral door de wijze waarop de constitutionele rechter de grondrechten heeft ingelijfd in wat in Frankrijk heet 'le bloc constitutionnel'.⁽⁶⁾ Spanje, Portugal en Griekenland omhelsden het Duits-Italiaanse model na de val van de dictaturen in de jaren zeventig. Tsjecho-slowakije, Joegoslavië, Polen en Hongarije voerden constitutionele toetsing in zodra de eenpartijstaat begon af te brokkelen. De Belgische ontwikkelingen toonden enige gelijkenis met de Franse: bij de federalisering werd een arbitragehof ingesteld om bevoegdheidsconflicten op te lossen, met name tussen nationaal en regionaal bestuur, maar sinds 1989 is ook toetsing mogelijk aan het gelijkheidsbeginsel en de non-discriminatieregels van de grondwet, alsmede aan de grondwettelijk gewaarborgde onderwijsvrijheid.⁽⁷⁾ Constitutionele toetsing is in de jaren zestig ook ingevoerd in Turkije en in Cyprus. Het plaatje is derhalve sinds 1945 volstrekt veranderd. Bovendien hebben we, na die vaststelling, ook herontdekt dat sinds de jaren twintig reeds constitutionele toetsing bestond in Ierland (al sinds de onafhankelijkheid) en in Oostenrijk. De ontwikkeling in de Scandinavische landen gaat langzaam die kant uit, in sommige landen, zoals Zweden, iets duidelijker dan in andere.⁽⁸⁾

Een van de meest opvallende kenmerken van de ontwikkeling der laatste twintig jaren is dat landen die los willen komen van een totalitair verleden onmiddellijk beginnen constitutionele toetsing in te voeren. Zelfs in de Sowjet-unie werden geluiden in die richting gehoord.⁽⁹⁾ Wat in 1945 bijna een Amerikaans monopolie leek, is thans mede een Europese traditie; alleen in Groot-Brittannië blijft het staatsrecht even onveranderlijk als de 'last night of the Proms' en de regen in Wimbledon.

(6) Zie Léo Hamon, *Les juges de la loi* (Parijs 1978) hfdst. VII ('La seconde naissance du Conseil constitutionnel'); Louis Favoreu, *Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations*, RDP 98 (1982), p. 401.

(7) Zie L. Suetens, *Het arbitragehof in 1990*, RW 1990-91, p. 1283.

(8) Overzicht bij: A.R. Brewer-Carías, *Judicial review in comparative law* (Cambridge 1989). Zeer kort: H. Jeukens, *Constitutionele hoven*, in: *De derde rechtsingang nader bekeken* (Opstellen-Bronkhorst, Arnhem 1989), p. 161.

(9) F.J.M. Feldbrugge, *Constitutionele hervormingen in de USSR - een momentopname*, NJB 1990, p. 1272.

3. Europese ontwikkelingen

Naast de rechtvergelijkende is er een Europeesrechtelijke dimensie. De werking van het EVRM en de toepassing van het Europese gemeenschapsrecht hebben samen tot gevolg dat de rol van de rechter wordt geactiveerd.

Wat het EVRM betreft lag dat aanvankelijk niet in de lijn van de verwachtingen. Een terugblik op de discussies die ter gelegenheid van de goedkeuring en de bekrachtiging zijn gevoerd, laat zien dat ons Koninkrijk waarschijnlijk alleen maar partij geworden is omdat men destijds meende dat er in de praktijk geen enkele invloed van het verdrag zou uitgaan.⁽¹⁰⁾ Dat dit een taxatiefout van enige omvang was, behoeft thans nog nauwelijks betoog. In de eerste plaats dwingt de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens inzake de 'fair trial' eisen van art. 6 EVRM de nationale rechter om in die bepaling belichaamde gezichtspunten, onder andere over 'equality of arms', te doen prevaleren boven regels van nationaal procesrecht.⁽¹¹⁾ In de tweede plaats brengt de rechtstreekse werking van de verdragsbepalingen over grondrechten mede dat de Nederlandse rechter de gelegenheid krijgt wetten aan die bepalingen te toetsen; dat hij die kans ook aangegrepen heeft, vooral de laatste jaren, is in de preadviezen van twee jaren geleden over art. 8 EVRM al voldoende naar voren gekomen.⁽¹²⁾

Het Europese gemeenschapsrecht heeft, misschien zelfs op een breder terrein, een soortgelijke invloed. De voorrang van het gemeenschapsrecht verplicht de rechterlijke instellingen van de lidstaten om na te gaan of door hen toe te passen nationale wetten wel in overeenstemming zijn met regels van gemeenschapsrecht. Door het ruime geldingsgebied van het EEG-verdrag komt de Nederlandse rechter steeds opnieuw voor de vraag te staan of de Nederlandse wet moet worden toegepast dan wel wijkt voor hoger recht. Het is niet moeilijk voorbeelden te bedenken uit het burgerlijk recht (mededingingsrecht), het strafrecht (warenwetgeving), het belastingrecht (omzethelasting) en het

(10) Y.S. Klerk en L.S. van Poelgeest, *Ratification à contre coeur: de reserves van de Nederlandse regering jegens het EVRM en het individueel klachtrecht*, RM Themis 1991, p. 220.

(11) Zie P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk* (3e dr. 1990), p. 352 e.v.

(12) Hand. NJV 120 (1990) dl. I, preadviezen van J. de Boer, M. de Langen en A.H.J. Swart.

bestuursrecht (vreemdelingenrecht). De rechtspraak van het Hof van Justitie, die de grondslagen van het gemeenschapsrecht zoekt in algemene rechtsbeginselen, neigt ertoe de armslag die de nationale rechter tegenover de nationale wet toekomt, te vergroten. Het Hof oordeelt ook dat het, naar gemeenschapsrecht, de taak van de nationale rechter is om te verzekeren dat nationale wetten geen obstakel vormen voor de volledige toepassing van rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht.(13)

Voor Nederland valt in elk geval vast te stellen dat er, na de grondwetswijziging van 1953 waaraan het huidige art. 94 Grondwet zijn bestaan dankt, langzaamaan een beperkte vorm van 'judicial review of legislation' is ontstaan, die de rechter eraan gewend heeft vraagtekens te zetten bij de onschendbaarheid van de wet.

4. Het gezag van de wetgever

Het gezag van de wetgever is tanend. Ik doel daarmee niet op het juristendeбат over de 'betrekkelijke waarde van de wet' zoals dat vooral in de jaren veertig en vijftig werd gevoerd.(14) Daar ging het om de vraag of de wet niet te beschouwen valt als slechts één van de vele factoren van rechtsvinding voor de rechter, waarvan men het gewicht niet moet overschatten. Dat debat woedt in civielrechtelijke kring nog steeds voort; men behoeft er de publikaties van Schoordijk maar op na te lezen.(15) Wat de niet-civilist daarin opvalt, is dat er in die gedachtenwereld steeds van wordt uitgegaan dat de rechterlijke rechtsvinding zich beweegt binnen een vastliggend waardenpatroon -- een veronderstelling die in de tijd dat Paul Scholten's Algemeen Deel verscheen meer werkelijkheidsgehalte had dan thans -- en dat nooit de vraag gesteld wordt of misschien bepaalde vragen (bijv. of er kruisraketten in Nederland mogen worden geplaatst) beter niet aan de rechter kunnen worden gesteld. Het debat gaat er nogal eens aan voorbij

(13) Zaak 106/77, Simmenthal, Jur. 1978, p. 629. Zie voorts Brown and Jacobs, *The Court of Justice of the European Communities* (3e dr. 1989) hfdst. 14-15.

(14) Zie M.H. Bregstein, *De betrekkelijke waarde der wet* (rectorale rede Amsterdam 1952).

(15) Zie o.a. H.C.F. Schoordijk, *Hoe vat(te) de burgerlijke kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op?* in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel* (Zwolle 1988), hfdst. I, Verg. ook Schoordijk's bespreking van G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, RM Themis 1982, p. 160 (thans ook in: *Verspreid werk*, Deventer 1991, p. 405).

dat de bepleite rechterlijke vrijheid slechts kan bestaan dank zij de aanvaarding van een aantal richtinggevende uitgangspunten. Wat de rechter doet hangt namelijk, hoe vrij zijn rechtsvinding ook moge zijn, samen met een aantal stilzwijgend aanvaarde waarden en redeneerpatronen: ook als hij door de wet heen kijkt, of deze slechts een bescheiden plaatsje gunt in het arsenaal van zijn rechtsvindingsmethoden, moet hij zich op achterliggende gedachten of beginselen kunnen oriënteren.⁽¹⁶⁾ In tijden van ingrijpende verandering van opvattingen, zoals de afgelopen kwart eeuw, doet zich daarom de vraag voor of die achterliggende waarden en ideeën nog wel steeds op een maatschappelijke consensus teruggaan, en of zij de rechter bovendien wel in staat stellen op elk hem voorgelegd conflict een rechterlijk antwoord te vinden. Voorlopig leid ik hieruit af dat de gedachtenlijn Scholten-Bregstein-Schoordijk niet rechtstreeks van belang is voor de bestudering van ons onderwerp.

Er zijn echter ook tekenen – en die zijn daarvoor wel van belang – dat de maatschappelijke aanvaarding van de wet terugloopt. Massale wetsovertreding hoort niet tot die tekenen; zij kan soms gewoon verholpen worden door verbeterde controle, of door een rationeler regelbestand; ook een overtreden wet wordt meestal als wet geaccepteerd. In andere gevallen vormt dat laatste juist de moeilijkheid: het produkt van legislatief handelen wordt dan door de rechtsgemeenschap, of dat deel ervan dat met de toepassing te maken krijgt, niet erkend als 'wet', met alle juridische en maatschappelijke associaties die dat begrip pleegt op te roepen. Een voorbeeld vormde de wet waarmee in 1972 op nogal bruuske wijze de collegegelden drastisch werden verhoogd (de 'duizendguldenwet van De Brauw'); de studenten beschouwden de wet als 'niet-legitiem', mede gezien de wijze waarop het ontwerp door de Kamers was geijst, en het volgende kabinet trok de wet ijlings in (om er even later een geringere verhoging voor in de plaats te stellen).⁽¹⁷⁾ Een recent voorbeeld is de Harmonisatiewet studiefinanciering, die na enig trammelant en een interessant arrest van de Hoge Raad door een passender produkt werd vervangen. Het komt ook wel voor dat in het besluitvormingsproces zelf elementen zitten die van invloed zijn op de maatschappelijke aanvaarding van het eindprodukt. Ter zake van de toepassing van kernenergie organisceer-

(16) Zie Robert F. Nagel, *Constitutional cultures* (Berkeley Cal. 1989), p. 23.

(17) Verg. K.J. Cath, *Vijf jaar universitair bestuur 1972-1977*, in: *Bij het afscheid van de Leidse hofstee* (Liber amicorum N.F. Hofstee, Leiden 1978), p. 91.

de de regering bijv., met instemming van de Tweede Kamer, een zogenaamde Brede Maatschappelijke Discussie; wanneer dan uiteindelijk in wetsvorm iets wordt vastgelegd wat met de uitslag van die Discussie in strijd is, of schijnt te zijn, heeft men bijna bewust het debat over de legitimiteit van de wet uitgelokt.⁽¹⁸⁾ En wanneer een beweging voor de vrede of een ander goed doel een petitionnement met miljoenen handtekeningen op tafel legt, weten de verantwoordelijke politici dat elke andersluidende beslissing op het verweer zal stuiten dat zij niet democratisch is en dat haar geen gezag toekomt.

Dat is vroeger anders geweest: in de eerste decennia na de oorlog konden ook uiterst aanvechtbare of zeer ingrijpende politieke beslissingen op aanvaarding rekenen, omdat nog steeds de neiging bestond om, als het erom spande, achter de politieke leidlieden te gaan staan. Gedachtenwisselingen over beslissingen als die om een tweetal politieke acties te ontketenen in Indonesië, of om toe te treden tot het Atlantisch Verdrag en tot de Europese Gemeenschappen, werden gevoerd in termen van wenselijkheid (moet het wel zo?), niet in termen van legitimiteit (kunt u dat wel?). Ingrijpende wetten die voor grote groepen veel narigheid brachten, bijv. de Woonruimtwet 1947 (die vordering van woonruimte mogelijk maakte), werden misschien wel ontdoken, maar zij leidden niet tot opzegging van gehoorzaamheid. Hetzelfde kan worden gezegd van andere ingrijpende operaties uit diezelfde tijd (geldzuivering, geleide loonpolitiek). Het was zo kort na het einde van de traumatische bezettingsjaren, dat men waarschijnlijk nog enige voldoening kon ontleen aan het aanvaarden van het eigen, Nederlandse, democratisch tot stand gekomen gezagsapparaat. Het klimaat is in dit opzicht veranderd, misschien zelfs omgeslagen.

5. Het beroep op de rechter

Met de gesignaleerde ontwikkeling correspondeert dat de betekenis van de rechtspraak belangrijk is toegenomen. Deels komt dat, doordat de wetgever er in grotere mate dan vroeger toe is overgegaan om probleemcomplexen zonder veel omhaal naar de rechter te renvoyeren. Deels is het evenwel ook de rechter zelf die zich, door zijn methoden van rechtsvinding en door de wijze waarop hij de toepasselijke voorschriften uitlegt, een zekere beslissingsmarge heeft verschaft.

⁽¹⁸⁾ Zie A.F.M. Brenninkmeijer, *Kernenergie, rechtsstaat en democratie* (Zwolle 1983) nr. 9.2.

De wetgever renvoycert bijv. waarmee hij een recht van enquête naar het beleid en de gang van zaken van de onderneming invoert, en daarbij de rechter geen andere maatstaf weet mee te geven dan dat het beleid 'juist' moet zijn en de gang van zaken 'bevredegend'.⁽¹⁹⁾ Met zo'n boodschap in zee gestuurd, kan de rechter moeilijk anders dan bij zijn eigen opvattingen te rade gaan over hetgeen in de huidige maatschappelijke omstandigheden van ondernemingsbeleid kan worden geleverd. Anders dan men misschien zou denken in een periode waarin over 'het primaat van de politiek' wordt gefilosofeerd, is de neiging tot renvoyeren eerder toe- dan afgenomen.

Misschien moet men in het privaatrecht zelfs eerder spreken van het primaat van de redelijkheid en de billijkheid; maar dat is dan wel hetgeen redelijk en billijk is in de ogen van de rechter, al heeft hij daarvoor de legislatieve zegen gekregen.⁽²⁰⁾ De vraag is natuurlijk hoe hij, zolang er nog geen vaste jurisprudentie is, aan zijn redelijkheids- en billijkheidsoordeel komt (flauw oud grapje: 'hij vraagt het zijn vrouw'). De rechter verschaft zichzelf een marge wanneer hij begrippen weet te creëren die hem in staat stellen een volledig nieuwe jurisprudentie te beginnen en gaandeweg uit te bouwen. In het Nederlandse recht is de onrechtmatige daad het duidelijkste voorbeeld: sinds de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt haar intrede heeft gedaan in de beoordeling van de onrechtmatigheid, heeft de jurisprudentie zich meer en meer losgezongen van de oorspronkelijke wettelijke basis en van elke verwijzing naar hetgeen de wetgever zou kunnen hebben beoogd. De wijze waarop daarin meer en meer de rechtmatigheid van de regelgeving betrokken raakt, illustreert hoe ver de Hoge Raad verwijderd is geraakt van de uitgangspunten die hij tot 1919 placht te huldigen. Het voorbeeld staat niet alleen. Het gezinsleven van art. 8 EVRM lijkt bezig een – in dit opzicht – vergelijkbare rol te gaan spelen. Ook het beroep op algemene rechtsbeginselen maakt dat de rechter komt te beschikken over beoordelingsmaatstaven die de wetgever hem niet heeft aangereikt – al zou men hierbij misschien kunnen volhouden dat de wijze waarop de toetsingsmaatstaven in de Wet Administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie en in de Wet Arob zijn geformuleerd, neerkomen op een wetgevende vrijbrief om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verder te ontwikkelen.

(19) Art. 2:350 en art. 2:354 BW.

(20) Zie art. 3:12 en art. 3:15 alsmede art. 6:2, art. 6:216 en art. 6:248 BW.

Uit deze dubbele ontwikkeling valt af te leiden dat de rechter, ook helemaal los van enige bevoegdheid tot constitutionele toetsing, ander recht heeft ontdekt dan wat uit wettelijke voorschriften zou kunnen voortvloeien. Een van de sprekers bij het tweede eeuwfeest van het Franse Cour de cassation drukte het als volgt uit: het Franse cassatiehof laat in zijn rechtspraak een langzame 'extension de la notion de légalité' zien, en deze uit zich met name in een 'dépassement de la loi et mise en oeuvre de normes supérieures'.⁽²¹⁾ Het zou over de Hoge Raad geschreven kunnen zijn.

6. *Historische noot*

Een korte historische noot moet dit hoofdstuk besluiten. Aan de totstandkoming van de grondwet 1983 is, voor zover uit gepubliceerd materiaal valt af te leiden, twintig jaar lang gewerkt; in die periode is de opheffing van het toetsingsverbod verschillende malen op het tapijt geweest, maar regering en kamers hebben tenslotte voor handhaving gekozen. Er heeft nauwelijks een gericht politiek debat plaatsgevonden.

In de 'proeve van een nieuwe grondwet' van 1966 was voorgesteld het toetsingsverbod op te heffen voor wat betreft toetsing aan grondwetsbepalingen over grondrechten.⁽²²⁾ De toelichting was beknopt. De stellers oordeelden dat ondanks de werking van het EVRM grondrechten in de grondwet opgenomen moesten blijven, omdat zij 'een verdergaande en aanvullende betekenis hebben en derhalve voor de burgers een bijzondere waarborg inhouden'. Daarom zou het 'ongerijmd' lijken om 'de burgers voor dit meerdere dat de grondwetsbepalingen bieden een beroep op de rechter te onthouden dat zij ten aanzien van schending van verdragsbepalingen door de wetgever bezitten'.⁽²³⁾ Dit mag een korte motivering zijn, gezegd moet worden dat er geen speld tussen te steken is.

De Staatscommissie Cals-Donner, in 1967 ingesteld om de regering van advies te dienen 'omtrent de wenselijke herzieningen van de Grondwet en de Kieswet', achtte de gedeeltelijke opheffing van de on-

⁽²¹⁾ Zie B. Oppetit, *Le rôle créateur de la Cour de cassation*, in: *Bicentenaire de la Cour de cassation* (Parijs 1990), p. 159.

⁽²²⁾ Art. 78, lid 2, *Proeve van een nieuwe grondwet* (uitg. Ministerie van Binnenlandse Zaken, 1966).

⁽²³⁾ *Proeve van een nieuwe grondwet*, Toelichting par. 17.

schendbaarheid van de wet een van de meest ver strekkende wijzigingsvoorstellen van de proeve; zij kwam na zorgvuldige heroverweging tot hetzelfde resultaat.⁽²⁴⁾ Een kleine minderheid van de Staatscommissie was niet content omdat zij een algehele toetsingsbevoegdheid voorstond; een betrekkelijk belangrijke minderheid wees ook het beperkte voorstel af omdat, juist wanneer het gaat om de vraag of de wetgever op de juiste wijze rekening heeft gehouden met de vrijheidsrechten van de burger, het oordeel daarover in belangrijke mate een politiek element zou bevatten.

De regering koos destijds voor het standpunt van deze minderheid, dat overigens correspondeerde met het advies van de Raad van State over de proeve. Toen het kabinet-Den Uyl in 1974 een uitvoerige nota over 'het grondwetsherzieningsbeleid' bij de Tweede Kamer indiende, werd daarin onverkorte handhaving van het bestaande toetsingsverbod verdedigd.⁽²⁵⁾ De ministers hielden er ernstig rekening mee dat de rechter anders betrokken zou kunnen raken in de politieke strijd, hetgeen zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid zou schaden en zou kunnen leiden tot een sterke partij-politieke druk op de benoemingen van rechters. Terzijde zij opgemerkt dat deze gedachten-gang meer of minder juist kan zijn (hij berust op taxatie), maar in geen enkel opzicht een antwoord vormt op het argument dat de ontwerpers van de proeve hadden gebezigd.

In de latere discussie verschanste de regering zich meer en meer in de dubbele stelling dat de rechtsbescherming van de burger juist vol-doende verzekerd zou worden door 'een adequate, eigentijdse regeling van de grondrechten' in de nieuwe grondwet, en dat de verenigbaarheid van wetbepalingen met de grondwet beter door de wetgever kon worden beoordeeld dan door de rechter.⁽²⁶⁾ Daar is het bij gebleven; ook de totstandkoming van een nieuwe regeringscoalitie in 1977-1978 leidde niet tot verandering van het kabinetsstandpunt. Wel is tijdens de behandeling van het grondrechtenhoofdstuk nog aandacht besteed aan de zogenaamde toetsingsvariant-Van Mierlo; deze kwam erop neer dat het oordeel van de Hoge Raad dat een wet klaarblijkelijk in strijd is met een grondrecht of in de praktijk leidt tot situa-

(24) Tweede rapport van Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet (uitg. Ministerie van Binnenlandse Zaken, 1969), hfdst. II par. 4.

(25) Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid, TK. 1973-75, 12.944, nr. 2, p. 12-13.

(26) Zie met name: brief van de minister van Binnenlandse Zaken, TK 1974-75, 12.944, nr. 15, p. 12-13.

tics waarin zo'n strijd kan worden vastgesteld, regering en parlement zou verplichten om binnen een bepaalde termijn de aldus ontstane situatie onder het oog te zien. Ook deze superlichte vorm van toetsing vermocht de ministers evenwel niet te bekoren.(27)

Daarmee was de kous echter niet af. Bij de totstandkoming van het kabinet-Lubbers-Kok, in 1989, kondigde de regering onverhoeds aan dat zij de Tweede Kamer een notitie zou zenden over de wenselijkheid van geconcentreerde rechterlijke toetsing van wetten aan grondwet en aan verdragen.(28) Als ik de denkwereld van Haagse kringen goed begrijp moet de nadruk hier vallen op 'geconcentreerde' toetsing, d.w.z. slechts door één rechterlijk orgaan (constitutioneel hof of anderszins). Er is, in die kringen, nogal wat deining ontstaan toen de Centrale Raad van Beroep, op een wijze die de regering niet zinde en op een moment dat haar slecht uitkwam, besliste dat een aantal jegens vrouwelijke werknemers discriminerende bepalingen uit de sociale verzekeringswetgeving, grotendeels samenhangend met het traditionele kostwinnersbegrip, onverbindend waren wegens strijd met art. 26 IVBPR. De schrik was zelfs zo groot dat er een tijdje met de gedachte is gespeeld het verdrag op te zeggen.(29) Voor die wanhoopsdaad moet het toetsingsvoorstel waarschijnlijk in de plaats komen: de verdragstoetsing mocht voortaan in handen komen van één (niet al te onbetrouwbaar geacht) rechterlijk orgaan, en om die nogal diep insnijdende beperking verdedigbaar te maken, wordt de stap naar de constitutionele toetsing eraan gekoppeld.(30) Wat uit al deze plannen zal voortvloeien staat geenszins vast; de minister van Justitie heeft de toegezegde notitie voorbereid, en deze doorliep in de loop van 1991 een aantal adviesronden.

Intussen heeft ook de Tweede Kamer zich wedrom over het onderwerp ontfemd. Het rapport van de bijzondere commissie vraagpunten inzake staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing,

(27) Memorie van toelichting, pt. 4. Zie TK 1975-1976, 13.872, nr. 3, p. 13-14. In feite is dit systeem-Van Mierlo gevolgd bij de Harmonisatiewet studiefinanciering.

(28) Regeringsverklaring, afgelegd door de minister-president, Hand. 1989 II, p. 14. 303.

(29) CRvB 5 jan. 1988 RSV 1988 nr. 104 en 198-200. Zie voorts A.W. Heringa, Effectuering van sociale grondrechten, NJCM-Bull. 13 (1988), p. 301; S. Prechal en N. Burrows, Gender discrimination law of the European Community (Aldershot 1990), p. 236-255.

(30) Zie C. Flinterman en R.E. de Winter, Een court-packing plan voor Nederland? NJB 1990, p. 627.

de zogenaamde commissie-Deetman, ging er op in bij de bespreking van de mogelijkheden om de kwaliteit van de wetgeving op te krikken. Het bevat onder andere de aanbeveling om 'de kwestie van het rechterlijk toetsingsrecht van wetten aan de grondwet nogmaals ten gronde te (doen) bestuderen', onder gelijktijdige formulering van enige vraagpunten.⁽³¹⁾ Het kabinet deelde mede voor dit rapport grote belangstelling te hebben. Na een nogal ongericht kamerdebat is niet helemaal duidelijk geworden welk gevolg aan het rapport zal worden gegeven.

Ook in politieke kring duurt het debat derhalve voort.

II DE VERANDERENDE IDEEËN

7. *Grondrechtenbescherming*

Het zijn niet alleen feiten en gebeurtenissen die van belang zijn; er is sinds 1945 ook een duidelijke verschuiving opgetreden in de opvattingen omtrent het werkteerrein van de rechter en omtrent de wijze waarop dit terrein moet worden bewerkt.

Dat blijkt het duidelijkst uit de opkomst van wat men een ware grondrechtenideologie zou kunnen noemen. Zoals ik het elders wel heb uitgedrukt: de juristenwereld is in staat geweest de laatste decennia geleidelijk een ideologische basis onder het recht te schuiven; het recht is niet meer, zoals het in oude inleidende werkjes heet, een systeem van regels, het belichaamt primair een waardenstelsel.⁽³²⁾ Die waarden zijn sterk individualistisch gekleurd, en de ruggegraat van het stelsel wordt gevormd door de mensenrechten, de individuele vrijheidsrechten. Omdat die waarden het (echte) recht vormen, is het min of meer vanzelfsprekend dat zij ook als toetsingsmaatstaf gaan dienen om uit te maken of wettelijke voorschriften wel door de rechter moeten worden toegepast. De toepassing van EVRM en IVBPR biedt de rechter dan de gelegenheid om die toetsing uit te voeren.

Vervolgens komt onder juristen (advocaten voorop) de kunst tot ontwikkeling om, zo enigszins mogelijk, bij elk rechtsgeschil vrijheidsrechten betrokken te zien. Dat dit niet al te moeilijk is blijkt uit de Duitse ervaringen. Omdat volgens het Grundgesetz ieder die beweert

(31) TK 1990-91, 21.427, nr. 3, p. 38-40.

(32) Overbelasting van de rechter, NJCM-Bull. 14-1 (1989).

dat zijn grondrechten, of 'grundrechtsähnliche' rechten, geschonden zijn door enig overheidsorgaan, zich met een 'Verfassungsbeschwerde' tot de constitutionele rechter kan wenden, en omdat deze weg alleen maar open staat als andere procedures tot handhaving van het grondrecht geen gevolg hebben gehad, werkt de Verfassungsbeschwerde in feite als een soort super-appel.⁽³³⁾ De verliezende partij krijgt er een instantie bij als zij kan aanvoeren dat er grondrechten in het geding zijn. Het opvallende, in deze situatie, is nu hoe eenvoudig het is gebleken om een juridisch probleem om te formuleren tot een grondrechtenprobleem. Het Bundesverfassungsgericht is trouwens niet achtergebleven in vindingrijkheid. Grote delen van het procesrecht zijn aldus, door het geleidelijk opschroeven van de vereisten van 'rechtliches Gehör', onder de grondrechtenbescherming gebracht en daarmee in het werkgebied van de constitutionele rechter. Met een grondwet die, zoals het Duitse Grundgesetz, de waardigheid van het menselijk leven, huwelijk en gezin en ook nog de eigendom beschermt, is het misschien ook niet al te moeilijk om aanknopingspunten te vinden voor constitutionalisering van vrijwel elk juridisch probleem.

De erkenning van het gelijkheidsbeginsel doet daar nog een schepje bovenop. Het gelijkheidsbeginsel komt waarschijnlijk uit een ander soort traditie voort dan die van de individualistische vrijheidsrechten; maar hoe dat ook moge wezen, de praktische toepassing ervan werkt, in het heersende ideologische klimaat, sterk individualiserend (ik wijs nog even terug naar de val van de kostwinner, en daarmee van het gezin, als grondslag voor rechten op uitkering). In elk geval: de grondwet 1983 opent, bijna symbolisch, met een bepaling over gelijke behandeling en non-discriminatie, een bepaling die, ondanks enkele brommerige commentaren in de begintijd, meer en meer betekenis begint te krijgen.⁽³⁴⁾ Het Europees gemeenschapsrecht is doordrenkt van de gedachte van non-discriminatie, en de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft daaraan een grote reikwijdte toegekend.⁽³⁵⁾ Tegen deze dubbele achtergrond is het niet verbazingwekkend dat men ook in de mensenrechtenverdragen het gelijkheidsbeginsel is gaan terug-

(33) Zie art. 93 lid 1 nr. 4A Grundgesetz; par. 90 Bundesverfassungsgerichtsgesetz.

(34) Zie o.a. W.C.L. van der Grinten, *Discriminatie en burgerlijk recht* (afscheidscollege Nijmegen 1984).

(35) Prechal & Burrows, hfdst.1. Zie bijv. zaak 293/83, Gravier c. Ville de Liège, Jur. 1985, p. 593; zaak 170/84, Bilka-Kaufhaus, Jur. 1986, p. 1607.

vinden. De gelijkheid is aldus gaan delen in de algemene gunst die de individuele vrijheden te beurt valt.

Er is door de geschetste ontwikkeling der denkbeelden de neiging ontstaan het recht meer en meer te zien in termen van individuele aanspraken, zonder zich al te veel te bekreunen om de stelschmatige samenhang van het regelbestand. Zoals de Amerikaanse constitutionalist Nagel het uitdrukt (met een kleine toespeling op Dworkin): 'A subtle conflict exists between rights, taken too seriously, and structure.'⁽³⁶⁾

8. De aanspraak op rechtsbescherming

De grondrechtenideologie (ik gebruik de term zonder er enigerlei waarderingsoordeel aan te verbinden) heeft als sluitstuk het recht om zich met elke klacht over schending van individuele rechten tot de rechter te kunnen wenden. Dat recht mocht thans in art. 6 EVRM belichaamd worden geacht. De bewoordingen van die bepaling geven daartoe op zichzelf – vooral in de Engelse tekst – niet veel aanleiding. Aanvankelijk las men er ook niet meer in dan dat degene die betrokken was in een geding over zijn burgerlijke rechten en verplichtingen, of in een strafzaak, recht had op een faire en onpartijdige behandeling van zijn zaak door de onafhankelijke rechter binnen een redelijke termijn. In een jurisprudentie die reeds in 1975 zijn aanvang vond, begon het Europese Hof er meer en meer iets anders in te lezen: namelijk dat iedereen er recht op heeft elk geschil over zijn burgerlijke rechten en verplichtingen beslist te zien door de onafhankelijke rechter.⁽³⁷⁾ Burgers hebben aldus recht op toegang tot de rechter; dat is iets anders dan recht op een 'fair trial'. De ruime uitlegging van het begrip 'burgerlijke' rechten en verplichtingen in art. 6 EVRM door het Straatburgse Hof heeft dan tot gevolg dat het terrein waarop dat recht op toegang tot de rechter bestaat steeds groter wordt, en een belangrijk deel gaat beslaan van wat naar nationaal recht meestal als bestuursrecht wordt beschouwd.

Het is nog niet helemaal duidelijk waartoe deze ontwikkeling van de denkbeelden zal leiden; misschien zal in de toekomst ieder die enig geschil met een ander heeft dat voor de rechter kunnen brengen, ongeacht of het om de beslissing van de scheidsrechter gaat dat de bal 'uit'

(36) *Constitutional cultures* (zie nt. 16) p. 82.

(37) EHRM 21 febr. 1975, Golder, serie A dl. 17, ook NJ 1975, 462.

was dan wel om het verbod van ouders om op zondagavond met een vriendje naar de bioscoop of de disco te gaan. Deze ontwikkelingen zijn nog weinig in hun consequenties doorgedacht.

Het Hof van Justitie beschouwt art. 6 EVRM als een aanwijzing dat toegang tot de rechter behoort tot de algemene rechtsbeginselen die door het gemeenschapsrecht worden gewaarborgd. In dat licht interpreteerde het de bepalingen van de richtlijn over gelijke behandeling van man en vrouw in het arbeidsproces.⁽³⁸⁾ Het leidde daaruit af dat personen die zich benadeeld achten door discriminatie het recht hebben om hun aanspraken voor te leggen aan de rechter, en dat zulks meebrengt dat de rechter de gelegenheid moet hebben de gerechtsvaardigheid van die aanspraken in haar geheel te beoordelen; regels uit de nationale wetgeving welke die rechterlijke beoordelingsvrijheid beperken of teniet doen, kunnen aan dat recht geen afbreuk doen.⁽³⁹⁾ In deze gedachtengang houdt de aanspraak op rechtsbescherming niet alleen het recht van de burger in om de zaak aan de rechter voor te leggen, maar ook de plicht van de rechter om de zaak in volle omvang te beoordelen. En het is die aanspraak welke door de wetgever geëerbiedigd zou moeten worden.

9. De rechter als appel-instantie

Parallel met deze expansie van de rechtsbeschermingsgedachte loopt een andere ontwikkelingslijn: de rechter wordt meer en meer gezien als remedie tegen elk soort teleurstelling die men in staat of samenleving oploopt.

Tegen constitutionele toetsing wordt wel aangevoerd dat zij er vaak toe leidt dat van politieke beslissingen als het ware appel wordt ingesteld bij de constitutionele rechter. Dit argument is op zichzelf niet onjuist, maar de betekenis ervan wordt geringer naar gelang de neiging om de geldigheid van politieke beslissingen aan het oordeel van de rechter te onderwerpen ook zonder constitutionele toetsing om zich heen grijpt.

Dat het argument juist is, ziet men het duidelijkst in Frankrijk. Doordat een bepaald aantal kamerleden thans de Conseil constitutionnel kan adiëren om, vòòr de afkondiging van de wet, een oordeel over de

⁽³⁸⁾ Richtlijn 76/207 van 9 febr. 1976, Pb. L39/40.

⁽³⁹⁾ Zaak 222/84, Johnston c. Chief constable of the Royal Ulster Constabulary, Jur., 1986, p. 1663.

grondwettigheid te vragen, kan de parlementaire oppositie deze mogelijkheid als instrument hanteren. Dat is vooral ontdekt in de beginjaren van het presidentschap van Mitterrand, toen de rechtse partijen stelselmatig elk wetsvoorstel van de socialisten van ongrondwettigheid betichtten. Het voorbeeld is vervolgens vlijtig nagevolgd door de socialisten toen zij weer in de oppositie waren (1986-1988).⁽⁴⁰⁾ Aldus ontstaat een situatie waarin na de parlementaire strijd een appel-instantie wordt ingeschakeld door de verliezer: de oppositie behoeft niet eens 'moyens' te formuleren, zij kan ermee volstaan het oordeel van de Conseil constitutionnel in te roepen. Regeringen die ongelijk krijgen nadat zij met veel moeite iets door het parlement hebben geloodst, slikken dat maar moeilijk en spreken van 'gouvernement des juges' (een schrikbeeld dat reeds twee eeuwen lang door de Franse politiek spookt); oppositiepartijen die niet worden gevolgd kunnen, nu zij zich voor de publieke opinie helemaal hebben vastgelegd, moeilijk anders doen dan de onpartijdigheid van de constitutionele rechter in twijfel trekken.

In Nederland zijn het niet de politieke partijen die geneigd zijn om een ingrijpende politieke beslissing aan het oordeel van de rechter te onderwerpen, maar maatschappelijke groeperingen, die soms juist met het oog op die beslissing zijn opgekomen en die daartegen actie voeren: milieugroeperingen, vredesbeweging, vrouwengroepen en wat dies meer zij. Ook de vakbonden hebben thans deze mogelijkheden ontdekt. De ruime rechtsmacht van de kort-gedingrechter en de losse omlijning van het begrip onrechtmatige daad hebben samen tot gevolg dat de civiele rechter zich tot beoordeling van de beslissing laat verleiden. Dat is nergens zou duidelijk gebleken als in de kruisrakettenzaak:⁽⁴¹⁾ het voornemen om kruisvluchtwapens in het Zuiden van Nederland te plaatsen leidde tot een massale volksbeweging en tot veel politieke aarzelingen, maar er kwam tenslotte een politiek compromis uit de bus; dit werd echter onmiddellijk als juridisch onhoudbaar gekwalificeerd door de tegenstanders. De Hoge Raad meende dat de burgerlijke rechter bevoegd is de verenigbaarheid van zo'n beslissing met regels van volkenrecht te beoordelen; het college oordeelde evenwel dat, naar de huidige stand van het volkenrecht, de regeringsbeslissing door de beugel kon. Op te merken valt daarbij dat het arrest werd gewezen toen de politieke actualiteit verdwenen was in verband

(40) *Le Monde* 20 sept. 1986 (naar aanleiding van de 'réforme de l'audiovisuel').

(41) HR 10 nov. 1989, NJ 1991, 248.

met de ontwikkelingen die intussen in Oost-Europa hadden plaatsgevonden.⁽⁴²⁾

Het kruisrakettengeval staat niet alleen. Zoals de werkstaking illustreert dat politiek immobilisme er soms toe leidt dat de rechter de stoute schoenen aantrekt, zo laat het fluorideringsdebat uit de jaren zeventig zien dat de rechter zich ook tot optreden gerechtigd acht wanneer de politiek tot een actieve lijn besluit (of schijnt te besluiten, helemaal duidelijk was dat destijds niet) die in de samenleving tot ongenoegen aanleiding geeft.⁽⁴³⁾ Er is een algemene neiging te constateren de rechter als appel-instantie te zien van politieke beslissingen.⁽⁴⁴⁾ Niet zodra had het kabinet in de zomer van 1991 besloten aan de hoogte van WAO-uitkeringen te tornen, of vakbondjuristen stelden een geding in het vooruitzicht over de verenigbaarheid van zo'n besluit met internationale arbeidsverdragen.⁽⁴⁵⁾

Het zijn niet alleen politieke beslissingen die op de tafel van de rechter terecht komen: ook bij allerlei andere ingrijpende besluiten doet de neiging zich voor verhaal te zoeken bij de rechter. Wij zijn kennelijk gaandeweg gaan vinden dat dit moet kunnen. Bij belangrijke beslissingen over het voortbestaan van ondernemingen biedt de enquêteprocedure bijv. een aantal mogelijkheden. Toen Batco destijds besloot een reorganisatieplan uit te voeren en daarbij de productie in haar Amsterdamse vestiging geleidelijk te beëindigen, verbood de president in kort geding aan de onderneming om daartoe over te gaan zolang de ondernemingskamer nog geen uitspraak had gedaan. In het hoofdgeding vernietigde de ondernemingskamer vervolgens het besluit tot sluiting van het Amsterdamse bedrijf.⁽⁴⁶⁾ Het is misschien twijfelachtig of dit soort uitspraken op langere termijn de werknemers wel baat wanneer de vraag naar tabaksartikelen inzakt, maar dat is een ander probleem.

⁽⁴²⁾ Zie ook BVerfGE 66 nr. 3, Mittelstreckenraketen, 1983; R. Ergec, *Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux*, RIDC 1986, p. 72.

⁽⁴³⁾ HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386.

⁽⁴⁴⁾ Zie ook A.F.M. Brennkmeijer, *Staatkundige vernieuwing*, NJB 1990, p. 1248.

⁽⁴⁵⁾ NRC-Handelsblad 25 juli 1991; zie ook NJB 1991, p. 1167.

⁽⁴⁶⁾ Pres. Rb. Amsterdam 9 aug. 1978, NJ 1978, 220, bekrachtigd Hof Amsterdam 26 okt. 1978, NJ 1980, 70. Hoofdzak Hof Amsterdam 21 juni 1979, NJ 1980, 71.

10. *De onmacht van de politiek*

Met de bescheidenheid die daarbij past zou ik dit hoofdstuk willen afsluiten met een volstrekt niet-juridische, en bovendien overgeneraliserende, stelling: ons politieke systeem berust misschien wel op scheidslijnen die, hoezeer ook door de traditie geijkt, langzamerhand irrelevant zijn geworden. Bijgevolg is dat systeem niet meer bij machte om nieuwe ideeën te genereren, terwijl het ook geen antwoord weet te geven op nieuwe vraagstukken die zich aandienen.

Ik schrijf dit niet dan na aarzeling neer, maar ik geloof dat het niet helemaal eerlijk zou zijn mijn opinie op dit punt te verzwijgen. De geschiedenis van de laatste twintig, dertig jaar laat mijns inziens meer en meer zien dat nieuwe politieke ideeën en gezichtspunten ontstaan buiten de gebruikelijke politieke kanalen (politieke partijen, partijvorming, kamerdebatten e.d.). Het zijn milieugroepen, vrouwengroepen, krakersgroepen, vredesgroepen en andere los van het politieke bestel ontstane groeperingen die de nieuwe onderwerpen hebben aangeleverd voor de politieke agenda. Het abortusdebat is pas losgekomen nadat groepen als 'Dolle Mina' het probleem hardhandig op het tapijt hadden gebracht. En er is bijv. pas een staatscommissie bescherming persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties ingesteld, hetgeen uiteindelijk tot wetgeving op dit stuk heeft geleid, nadat er druk was ontstaan van de kant van comite's van waakzaamheid, anti-volkstellingscomite's, werkgroepen registratie persoonsgegevens e.d. Politieke partijen en parlementariërs schijnen ook enigszins onthand te staan tegenover de nieuwe maatschappelijke problemen die zich aandienen: de ontwikkeling van de bio-technologie, de immigratie, de georganiseerde misdaad, de AIDS-epidemie, de drugs-problematiek, de positie van psychiatrische patiënten, de toekomst van de bejaardenzorg, de groei van de inactieve beroepsbevolking e.d. Voor zover er leiding gegeven wordt aan het debat over zulke onderwerpen, gaat deze uit van de kerken, of van ad hoc ontstane groepen, of van de academische wereld.⁽⁴⁷⁾ In dat opzicht is de schakelfunctie van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid van groot belang: zij draagt ertoe bij nieuwe vraagstukken of ideeën op politiek niveau aan de orde te stellen. In zoverre heeft het Nederlandse politieke bestel de consequenties uit zijn beperktheid getrokken. De oorzaken die tot deze stand van zaken hebben geleid zijn vele en

(47) Zie ook R.M. van Male, *Specialiteiten*, NTB 1991, p. 207.

velerlei; van sociologische kant is daar wel aandacht aan besteed.⁽⁴⁸⁾ Ik ga er thans niet op in. Wel meen ik dat de capaciteit van het politieke systeem, en daarmee van de wetgevende organen, om maatschappelijke problemen adequaat op te lossen niet moet worden overschat. Het is een onaardige woordspeling om te spreken van een evolutie van almacht naar onmacht van de wetgever; en de daarin gelegen stelling is bovendien sterk overdreven, daar nimmer zelfs maar bij benadering van almacht sprake is geweest en thans geenszins van onmacht kan worden gesproken. Maar het aantal lastige maatschappelijke problemen neemt bijna even sterk toe als de politieke oplossingscapaciteit afneemt. De druk op de rechter stijgt navenant – met of zonder constitutionele toetsing.

III OMVANG VAN DE TOETSING

11. *Beperking tot grondrechten*

Er is een drietal argumenten om de constitutionele toetsing, althans in een eerste fase, te beperken tot toetsing aan de grondrechten. Die beperking ligt in de eerste plaats in de lijn van de historische ontwikkeling; zij is voorts in overeenstemming met de gedachte dat constitutionele toetsing vooral wordt ingegeven door zorg voor de rechtsbescherming van het individu; zij sluit tenslotte enkele typisch politieke onderwerpen uit van rechterlijke controle.

De historische ontwikkeling wijst in twee opzichten op beperking tot grondrechten. Allereerst zijn de tot nu toe aan de orde gestelde plannen tot invoering van constitutionele toetsing altijd op deze beperking gebaseerd geweest. Dat is van belang omdat de ontwikkelingen in ons land, onder luide betuiging van principiële en onderling strijdige uitgangspunten, stapje voor stapje plegen te verlopen; de totstandkoming van de administratieve rechtspraak in de afgelopen honderd jaar biedt daarvoor overtuigend bewijsmateriaal.⁽⁴⁹⁾ Daarnaast is de verdrags-toetsing in feite vooral van belang geweest voor het rechterlijk toezicht

(48) Zie C.J.M. Schuyt, De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving, in: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, hfst. 9, met literatuurverwijzingen.

(49) Daarover recentelijk: J. van der Hoeven, De drie dimensies van het bestuursrecht (VAR-reeks 100, 1989).

op de eerbiediging van grondrechten door de wetgever. Juist daarom is het, om de ontwerpers van de 'proeve' te citeren, 'ongerijmd' om dat toezicht uitsluitend op de grondslag van de verdragen, met name van het EVRM, te laten geschieden, met terzijdestelling van het grondrechtenhoofdstuk van de grondwet.⁽⁵⁰⁾

Het rechtbeschermingsaspect vormt het tweede argument. Wanneer invoering van constitutionele toetsing gezien wordt als een noodzakelijk sluitstuk van de rechtsbescherming van de burger, ligt het voor de hand de toetsing te beperken tot toezicht op de garanties die ons rechtstelsel aan het individu verschaft.⁽⁵¹⁾ Juist in dat opzicht is het toezicht op de grondwettigheid van wetgeving bij parlement en regering niet helemaal in veilige handen: de politiek kan immers gemakkelijk geneigd zijn de gekozen beleidsopties dusdanig te verabsoluteren dat zij, bewust of onbewust, een zekere inbreuk op individuele vrijheidsrechten voor lief neemt.⁽⁵²⁾ Een rechterlijk correctief is dan eerder op zijn plaats. Het zijn de grondrechten en 'grundrechtsähnliche' rechten die, in deze gedachtengang, aanspraak moeten kunnen maken op rechterlijke handhaving, desnoods tegen het oordeel van de wetgever in.

Het derde argument – vermindering van typisch politieke onderwerpen – eist nadere uitleg. Buiten hoofdstuk I zijn in de grondwet niet veel bepalingen te vinden die zich ertoe lenen tot grondslag te dienen voor toetsing van wetgeving; maar voor zover zulke bepalingen bestaan lijken zij eerder op toetsing door kamers en regering te wijzen dan op toetsing door de rechter.⁽⁵³⁾ Art. 53 lid 1 spreekt bijv. van 'evenredige vertegenwoordiging binnen door de wet te stellen grenzen'; men kan zich nu voorstellen dat beoordeeld moet worden of de wet, bij het stellen van die grenzen, niet zo ver is gegaan dat de vertegenwoordiging niet meer 'evenredig' kan worden genoemd. Het oordeel daarover wortelt in een bepaalde visie op het vertegenwoordigend stelsel, m.a.w. op een politieke filosofie.⁽⁵⁴⁾ Tegen die gedachtengang valt

(50) Zie ook commentaar T. Zwart bij het essay van Cliteur, aangehaald nt. 4 (op p. 207 e.v.). Voorts: Publieke gerechtigheid, een christen-democratische visie op de rol van de overheid in samenleving (rapp. Wetensch. Inst. CDA, Houten 1990), p. 216-221.

(51) Zie Mauro Cappelletti, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, RIDC 1981, p. 625.

(52) Verg. HR 22 maart 1960, NJ 1960, 274 (pocketbooks I). Men denke ook aan de soms krampachtige pogingen om het zg. mediabestel op de rails te houden.

(53) Zie F.H. van der Burg, nt. bij HR 27 april 1990, AB 1991, 68.

(54) Zie ook Justice Frankfurter, dissenting, in *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962).

wellicht in te brengen dat er gevallen denkbaar zijn waarin geen redelijke twijfel meer mogelijk is aan het verlaten van de basis van evenredigheid door de kieswet. Dat neemt echter niet weg dat het oordeel over de evenredigheid van het kiesstelsel een andere plaats heeft op de spanningslijn politiek-recht dan bijv. dat over vrijheid van drukpers of van vereniging.

Hetgeen hier over evenredige vertegenwoordiging is gezegd kan ook worden toegepast op andere begrippen die de grondwet hanteert buiten hoofdstuk I. Is het bijv. wel mogelijk, of wenselijk, dat de rechter beoordeelt of een wet die strafrechtelijke onderwerpen regelt wel het codificatie-artikel respecteert (art. 107); of verplichtingen opgelegd aan volksvertegenwoordigers wel sporen met het verbod van last en ruggespraak (art 67 lid 3); of optreden tegen andere mogendheden, bijv. tijdens een internationale crisis zoals de Golf-oorlog, wel strekt tot bevordering van de internationale rechtsorde (art. 90)? In al deze gevallen is gerede twijfel mogelijk. Zelf zou ik geneigd zijn het laatste woord over deze vragen aan de politieke organen te laten. De beslissingen daarover dienen te worden genomen door degenen die door de kiezers ter verantwoording kunnen worden geroepen.

Men kan deze zelfde gedachte ook van een andere kant benaderen door erop te wijzen dat de beperking tot grondrechtentoetsing tot gevolg heeft dat de rechter niet wordt opgescheept met interinstitutionele conflicten (de 'Organstreitigkeiten' uit het Duitse staatsrecht).(55) In het Europese gemeenschapsrecht zijn die interinstitutionele conflicten deels wel en deels niet vatbaar voor rechterlijke tussenkomst, hetgeen tot allerlei juridische puzzels aanleiding heeft gegeven; die situatie heeft ook tot gevolg dat het Hof van Justitie soms gevraagd wordt uitspraak te doen over de betekenis van door het verdrag gehanteerde begrippen die al jarenlang inzet hebben uitgemaakt van politieke onderhandelingen, bijv. tussen de Raad en het Europese Parlement.(56) Sprekend uit eigen ervaring (als rechter in het Hof) moet ik zeggen: aanlokkelijk is dat niet; de rechter heeft voortdurend het gevoel dat hij het risico loopt dingen vast te leggen die beter vluchtig kunnen blijven, en het voorwerp kunnen uitmaken van verdere onderhandelingen.

(55) Art. 93 lid 1 nr. 1 Grundgesetz.

(56) Bijv. het begrip 'verplichte uitgaven' in art. 203 lid 4, al. 2, EEG-verdrag (van belang voor de bevoegdheden van het Europese Parlement tot wijziging van de ontwerp-begroting). Zie zaak 34/86, Raad c. Europees Parlement, Jur. 1986, p. 2210.

Er zijn daarom sterke gronden aanwezig om de toetsing tot de grondrechten te beperken. Er zijn echter ook belangrijke argumenten tegen die beperking. Deze laten zich als volgt samenvatten.

De beperking roept in de eerste plaats lastige afgrenzingsperikelen in het leven. Is bijv. het kiesrecht, in de democratische rechtsstaat die wij willen zijn, niet ook te beschouwen als een fundamenteel recht? En het monopolie tot strafoplegging van de rechter? En, voor zover men de beperking zoekt in de systematiek van de grondwet, door bijv. alleen hoofdstuk I vatbaar te verklaren voor toetsing, hoe moet dan de positie van de sociale grondrechten worden gezien? De rechter is stellig weinig gekwalificeerd om te bepalen wat 'de bestaanszekerheid van de bevolking' of 'de bewoonbaarheid van het land' nu precies vergen.⁽⁵⁷⁾ Aan de andere kant is hij zeer wel in staat om het onderwijsartikel uit te leggen, of om vast te stellen dat al dan niet wetgeving omtrent medezeggenschap tot stand is gebracht.⁽⁵⁸⁾ M.a.w. de vraag of bepaalde problemen wel justitiabel zijn te maken leent zich waarschijnlijk niet voor strakke grenslijnen; men zou die vraag ook kunnen oplossen door erop te vertrouwen dat de rechter als regel datgene zal doen wat des rechters is, en wegen zal vinden om zich niet in te laten met problemen die hem krachtens zijn opleiding, ervaring en functie vreemd zijn, of waarvoor hij als rechter geen remedie kan bieden.

Het tweede argument tegen de beperking is dat zij waarschijnlijk niet helpt. De grondrechten vormen zo'n belangrijk bestanddeel van het constitutionele recht dat zij op allerlei, ook onverwachte, punten aan de orde kunnen komen; ik verwijs hier naar de ervaringen met de toetsing aan het EVRM door de Hoge Raad, bijv. in zaken van familierecht, en naar die met de Verfassungsbeschwerde in de Bondsrepubliek. De rechter die aan grondrechten toetst zal overigens geneigd zijn in die rechten tevens enkele van de belangrijkste oriëntatiepunten en inspiratiebronnen van de rechtsorde te zien. Het Bundesverfassungsgericht formuleert dat aldus dat het grondrechtenhoofdstuk niet alleen individuele aanspraken omschrijft maar 'zugleich Elemente objektiver Ordnung aufgerichtet hat'.⁽⁵⁹⁾ Een dergelijk

(57) Art. 20 lid 1 en art. 21 Grondwet.

(58) Art. 23 en art. 19 lid 2 Grondwet.

(59) BVerfGE 73 nr. 5, Bergwerkssozialplan, 1986.

waardenstelsel strekt ertoe de gehele rechtsorde te schragen, en niet alleen maar een deel daarvan.

Het derde argument betreft de toetsing aan andere grondwetsbepalingen dan die van hoofdstuk I. Het moge waar zijn dat tal van die bepalingen zich moeilijk of niet lenen voor inhoudelijke toetsing, maar daarmee is nog niet alles gezegd. De rechter is er ook (misschien zelfs vooral) om een dam op te werpen tegen bevoegdheidsoverschrijding, en daarvan is bijv. sprake wanneer de wetgever onderwerpen regelt die volgens de grondwet niet tot zijn taak behoren. Om enkele voorbeelden te geven: kunnen bij de wet ministeries worden ingesteld, in plaats van bij KB? Kan de wet het geloofsbriefvenonderzoek – geheel of gedeeltelijk – aan anderen opdragen dan aan de kamers zelf? En kan de wet algemene regels stellen over de uitoefening van het recht van gratie?(60) In deze categorie van bevoegdheidstoetsing kan men ook onderbrengen de klacht over te ver gaande delegatie, bijv. bij de belastingwet, of over toedeling van de berechting van strafbare feiten aan andere organen dan de rechterlijke macht.(61) Het is moeilijk in te zien waarom de rechter dit soort toezicht niet zou kunnen uitoefenen, of waarom hij daartoe minder gekwalificeerd zou zijn dan de politieke organen. Het is eerder omgekeerd zo dat juist de rechter, door de aard van zijn bedrijvigheid, een fijne neus ontwikkelt voor bevoegdheidsproblemen; hij komt die problemen in heel verschillende delen van het recht aanhoudend tegen, bijv. in het rechtspersonenrecht, het huwelijksgoederenrecht en het bestuursrecht.

Hoewel ik mij een andere keus zeer goed kan voorstellen, overwegen voor mij tenslotte de argumenten tegen de beperking. Daarmee worden overigens ook de eenvoud en de hanteerbaarheid van het rechtstelsel gediend.(62)

13. Toetsing aan rechtsbeginselen

Opheffing van het verbod tot constitutionele toetsing heeft niet tot gevolg dat toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen mogelijk moet worden. Op dat punt valt te wijzen op een drietal beoordelingselementen.

(60) Resp. art. 44, art. 58 en art. 122 Grondwet.

(61) Resp. art. 104 en art. 113 Grondwet.

(62) De noodzakelijke grondwetswijziging hoeft niet meer in te houden dan de schrapping van de woorden 'wetten en' in art. 120 Grondwet.

De toetsing van de wet aan verdragen brengt volgens vaste jurisprudentie niet mee dat toetsing aan ongeschreven volkenrecht mogelijk zou zijn geworden.⁽⁶³⁾ Deze beperking wordt vrijwel algemeen aanvaard. Ongeschreven volkenrechtelijke beginselen zijn te poly-interpretabel en te zeer in constante ontwikkeling om een deugdelijke toetsingsmaatstaf te kunnen opleveren. Hoewel die bezwaren voor volkenrechtelijke beginselen waarschijnlijk sterker gelden dan voor andere rechtsgebieden, zijn zij ook daar aanwezig.⁽⁶⁴⁾

Twede element is de immanente vaagheid van het begrip algemene rechtsbeginselen. Het is niet duidelijk wat zij precies omvatten, waar zij hun verankering vinden, in hoeverre hun inhoud wordt bepaald door wisselende verhoudingen, bijv. tussen bestuur en burger, en in het licht van welke gezichtspunten zij moeten worden uitgelegd.⁽⁶⁵⁾ Ook grondwettelijke begrippen lijden meer dan eens aan een zekere vaagheid (men denke aan 'discriminatie' in art. 1 Grondwet), maar zij maken deel uit van een gepositieerd regelbestand waarin de rechter aanknopingspunten kan vinden bij het vaststellen van de precieze inhoud.

Tenslotte dient tevens te worden overwogen dat de rechter bij de toetsing van regelgeving aan grondwettelijke normen noodzakelijkerwijs een beroep zal doen op algemene rechtsbeginselen. Hij kan de non-discriminatieregel niet loszien van het gelijkheidsbeginsel; evenzeer zal hij zich verlaten op het evenredigheidsbeginsel en op het rechtszekerheidsbeginsel wanneer hij de rechtsgevolgen moet vaststellen van de onverenigbaarheid van de wet met grondwettelijke normen (ik kom daar op terug). De algemene rechtsbeginselen behoren daarom wel degelijk tot het rechterlijke wapenarsenaal; maar zij vormen niet op zichzelf, los van enigerlei constitutionele verankering, een grond voor onverbindendverklaring van de wet.

Bij deze korte opmerkingen zal ik het op dit punt laten; mijn medepreadviseur Mr. Barendrecht gaat uitvoeriger op het probleem in.

14. Onverbindendverklaring

Tot de vragen omtrent de omvang van de toetsing behoort ook die of de onverenigbaarheid van een wetsbepaling met de grondwet wel al-

(63) HR 6 nov. 1959, NJ 1962, 2.

(64) Zie ook P. J. G. Kapteyn RM Themis 1989, p. 157 e.v. (boekbespr.)

(65) Zie ook concl. Mr. Mok bij HR 14 april 1989, NJ 1989, 469.

tijd moet leiden tot onverbindendverklaring. Als een bepaling uit een gemeentelijke verordening onverbindend wordt verklaard wegens strijd met de grondwet, leidt dat ertoe dat die bepaling geacht wordt nimmer een geldig bestaan te hebben geleid. Voor de wet zou zo'n vaststelling zeer ingrijpende gevolgen kunnen hebben. Dat doet zich bijv. voor wanneer op basis van de onverbindend verklaarde wetsbepaling tal van uitvoeringsvoorschriften tot stand zijn gebracht waarop het maatschappelijk leven zich geheel heeft ingesteld; of wanneer jarenlang subsidies zijn verstrekt, of heffingen zijn opgelegd, op basis van die wetsbepaling. Het wegvallen van de geldigheid kan dan onder omstandigheden een situatie in het leven roepen die schadelijk is voor het rechtsverkeer en onbevredigend voor alle betrokkenen. De nodige koerswijziging kan strijd opleveren met het rechtszekerheidsverciste, en het ongedaan maken van reeds verschaftte voordelen zal tot schadeclaims aanleiding kunnen geven.

Het eerste punt is hierbij of het oordeel omtrent ongrondwettigheid wel altijd moet leiden tot aantasting van de geldigheid van de wet, of van de desbetreffende wetsbepaling. Bij de toetsing van de wet aan verdragsbepalingen heeft de Hoge Raad een aantal technieken tot ontwikkeling gebracht om ongeldigheid in bepaalde gevallen te vermijden. Wanneer wijziging van de litigieuze wet op til is, schijnt de rechter bijv. geneigd tot terughoudendheid: de gedachte is kennelijk dat de wetgever reeds bezig is de kwaal te verhelpen en dat dit, na een rechterlijk signaal, misschien ook wel vlug zal geschieden.⁽⁶⁶⁾ In andere gevallen oordeelt de rechter dat hij zelf niet bij machte is een situatie in het leven te roepen die in overeenstemming is met de eisen van het verdrag. Soms vindt de Hoge Raad dat daarbij keuzen moeten worden gemaakt die niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter vallen; soms ook meent het college dat opheffing van strijd met het EVRM slechts verwezenlijkt kan worden door een totale herziening van het stelsel van de wet, een operatie waartoe alleen de wetgever in staat is.⁽⁶⁷⁾

Een vergelijkbaar resultaat wordt bereikt wanneer het oordeel over strijdigheid met een verdrags- of grondwetsbepaling zich niet op de wet als zodanig richt, maar slechts op een bepaalde toepassing van die wet; de rechter kan dan beslissen dat de wet voortaan niet meer op dat specifieke geval mag worden toegepast maar overigens zijn gelding

(66) Verg. HR 28 okt. 1990, BNB 1991/75.

(67) Resp. HR 12 okt. 1984, NJ 1985, 230; HR 19 jan. 1990, NJ 1991, 213.

bchoudt. De Hoge Raad hanteerde deze methode toen de toepassing van een verdrag dat overlevering van militairen aan hun land van herkomst mogelijk maakt in strijd bleek te komen met het EVRM, omdat die overlevering tot oplegging van de doodstraf zou kunnen leiden.⁽⁶⁸⁾ De moeilijkheid was daarbij, zoals het college uitdrukkelijk overweegt, dat naar geldend volkenrecht geen hiërarchie bestaat tussen verdragen: de ingeroepen verdragsbepaling kon niet worden gencutraliseerd via onverbindendverklaring. In plaats daarvan werd de redenering gevolgd dat de Staat zich in dit bijzondere geval niet op die bepaling kon beroepen om tot overlevering over te gaan, gegeven het recht van de belanghebbende om van de doodstraf gevrijwaard te worden krachtens het EVRM. Een dergelijke beperkte toetsing heeft slechts tot gevolg dat de wetbepaling een geringere reikwijdte krijgt toegemeten omdat zij niet op alle situaties kan worden toegepast; voor het overige blijft zij gewoon voortbestaan.

Als de rechter strijd van de wet met de grondwet vaststelt, volgt daar dus niet noodzakelijkerwijs uit dat hij ook zelf redres moet kunnen bieden. Hij kan nu eenmaal slechts doen wat des rechters is. De befaamde uitspraak van het US Supreme Court waarin gescgregeerd onderwijs ongrondwettig werd verklaard kon bijv. zelf geen gedesegregeerd onderwijsstelsel in het leven roepen; evenmin kon het hof toen reeds omschrijven hoe zo'n stelsel er uit zou moeten zien. Onder die omstandigheden volstond het hof ermee de verantwoordelijke autoriteiten de verplichting op te leggen om 'with all deliberate speed' een toestand in het leven te roepen die in overeenstemming zou zijn met de grondwettelijke gelijkheidseis.⁽⁶⁹⁾ Toen evenwel die autoriteiten bleven treuzelen werden hun geleidelijk de duimschroeven aangedraaid; het hof stelde eerst een termijn, en besloot later om zelf de consequenties te trekken uit gemis aan actie binnen die termijn. Ook in het Duitse staatsrecht is dit soort termijnstelling aan de wetgever bekend.⁽⁷⁰⁾

Ongrondwettigheid kan niet altijd worden opgeheven door onverbindendverklaring, vooral niet wanneer de wetgever in gebreke is gebleven een hem opgelegde plicht om te handelen na te leven, bijv. om bepaalde wetgevende maatregelen vast te stellen of om bepaalde beslissingen te treffen. Rechterlijke toetsing kan in dat soort gevallen niet dadelijk tot het door de grondwet verlangde resultaat leiden.

(68) HR 30 maart 1990, NJ 1991, 249.

(69) Brown II, 349 US 294 (1955).

(70) BVerfGE 25 nr. 20, Kreisjugendamt Rendsburg, 1969.

15. *Werking ex tunc*

Wanneer tot onverbindendverklaring wordt overgegaan, doet zich de vraag voor of daar wel altijd volledige terugwerking aan gekoppeld moet worden, d.w.z. of de ongeldigheid van de met de grondwet strijdige wetsbepaling wel altijd 'ab initio' of 'ex tunc' moet werken. Het US Supreme Court heeft enkele keren de Amerikaanse juristenwereld verrast door, zonder al te veel motivering, ervan uit te gaan dat in sommige gevallen (maar niet in andere) een nieuwe interpretatie van de federale grondwet, en de daarmee gepaard gaande ongeldigheid van met die interpretatie strijdige staatswetgeving, slechts gold van het moment af waarop die nieuwe interpretatie was omhelsd.⁽⁷¹⁾ D.w.z. het recht voortvloeiend uit de nieuwe rechterlijke interpretatie geldt slechts 'ex nunc', alsof het om een wijzigingswet gaat, die door de bank genomen ook niet terugwerkt. In de Amerikaanse literatuur wordt dit wel aldus uitgedrukt dat de rechterlijke ingreep 'prospective' in plaats van 'retrospective effect' heeft. Over de voor- en nadelen van beide stelsels heeft zich destijds een uitvoerige polemiek ontwikkeld.⁽⁷²⁾

Te onzent is het probleem pas in de aandacht gekomen toen het Hof van Justitie (het EG-hof) oordeelde dat aan art. 119 EEG-verdrag, inzake gelijk loon voor man en vrouw, rechtstreekse werking toekomt – hetgeen uit de bewoordingen van dat artikel niet helemaal te halen valt – en dat de bepaling derhalve de benadeelde werknemers aanspraken geeft die zij in rechte geldend kunnen maken, maar dat deze mogelijkheid niet openstaat voor loonaanspraken over perioden vóór de uitspraak van het arrest, voor zover op dat moment niet reeds ahangig gemaakt.⁽⁷³⁾ Het Hof bracht uitdrukkelijk naar voren dat het effect 'ex nunc' van de nieuwe interpretatie als uitzondering moet worden beschouwd. Het overwoog daartoe dat het gedrag van verschillende lidstaten en de houding van de Commissie werkgevers en werknemers ertoe gebracht konden hebben om lange tijd met art. 119 strijdige praktijken voort te zetten; met name de Commissie zou regelmatig een onjuiste uitlegging van de bepaling onder de aandacht

(71) Een voorbeeld is *Linkletter v. Walker*, 381 US 618 (1965).

(72) Literatuurverwijzingen bij M.V. Polak, *Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht*, RM Themis 1984, p. 228; T. Koopmans, *Retrospectivity reconsidered*, CLJ 39, p. 287 (1980), thans ook in: *Juridisch stippelwerk* (Deventer 1991), p. 292.

(73) *Zaak 43/75, Defrenne II*, Jur. 1976, p. 481, ook NJ 1976, 510.

van de lidstaten en de sociale partners hebben gebracht. Ondernemingen konden er daarom te goeder trouw van uitgaan dat zij niet met loonaanspraken van gediscrimineerde werknemers zouden worden geconfronteerd zolang de nationale wetgeving daar geen grondslag voor zou bieden. Dit type redenering is een enkele keer ook in latere rechtspraak terug te vinden.⁽⁷⁴⁾ Het werd gevolgd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens toen het, in de zaak-Markx, de rechtspositie van onwettige kinderen volgens Belgisch burgerlijk recht in sommige opzichten in strijd achtte met de bepalingen van het EVRM. Het Europese Hof verwees daarbij met zoveel woorden naar de jurisprudentie van de Luxemburgse zusterinstelling.⁽⁷⁵⁾ Ook in de Nederlandse rechtspraak zijn wel voorbeelden van 'prospectieve overruling' te vinden, maar zij zijn schaars. Toen de Hoge Raad terugkwam van zijn tot dan toe aangehangen opvatting dat het pensioenrecht van de man niet betrokken kan worden in de scheiding en deling van de huwelijksgemeenschap, besliste het college dat reeds verwezenlijkte verdelingen niet meer op deze grond konden worden aangetast; de redelijkheid en de billijkheid zouden dat meebrengen.⁽⁷⁶⁾ In andere gevallen waarin de Hoge Raad omging werd evenwel geen aandacht besteed aan de werking van de nieuwe uitlegging in de tijd.⁽⁷⁷⁾ Veel verder ging de Centrale Raad van Beroep toen hij in 1985 omging wat betreft de verzekeringsplicht van de directeur-groootaandeelhouder. Het was ook een uitzonderlijk geval. De Raad omhelsde namelijk opnieuw een ook in de jaren dertig en veertig reeds aangehangen opvatting, die hij echter verlaten had in het kader van het streven naar coördinatie tussen sociale verzekering en loonbelasting, welk streven de zegen van de wetgever gekregen had bij de Coördinatiewet Sociale Verzekering (in 1953). De rechtszekerheid vordert, aldus het college in 1985, dat de thans door de Raad hervatte zienswijze niet een abrupt einde brengt aan bestaande uitkeringsrechten. In verband hiermee stelt de Raad in zijn uitspraak regels van overgangsrecht vast, die gebaseerd zijn op de gedachte dat de nieuwe interpretatie in beginsel 'ex nunc' moet werken.⁽⁷⁸⁾

(74) Zie bijv. zaak 41/84, Pinna, Jur. 1986 p. 1.

(75) EHRM 13 juni 1979, Markx, serie A dl. 31, ook NJ 1980, 462.

(76) HR 27 nov. 1981, NJ 1982, 503, het bekende arrest Boon/van Loon.

(77) Verg. HR 18 dec. 1981, NJ 1982, 570. Zie voorts W. Alexander, Beperking van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken, RM Themis 1987, p. 492.

(78) CRvB 4 okt. 1985, AB 1986 nr. 38. Zie voor de daarbij verlaten jurisprudentie nog CRvB 22 jan. 1985 AB 1985, 569; voor de oude en thans 'hervatte' rechtspraak CRvB 26 mei 1932, AB 1932, p. 674.

Ik zou geneigd zijn uit dit korte overzicht af te leiden dat er gevallen denkbaar zijn waarin onverbindendverklaring van een wetsbepaling haar werking slechts tot de toekomst dient uit te strekken. De rechtszekerheid kan eisen dat eenmaal verkregen rechtsposities niet achteraf ter discussie worden gesteld; dat zal vooral zo zijn wanneer de betrokkenen rederlijkerwijs de onverbindendheid niet hadden kunnen voorzien. Het zou echter te ver gaan de onverbindendverklaring als regel werking voor het verleden te onthouden, of de rechter de verplichting op te leggen in elk voorkomend geval overgangsregels vast te stellen. Er kunnen zeker redenen toe zijn: individuele rechtsoekenden moeten niet het slachtoffer worden van de rechterlijke speurtocht naar de juiste interpretatie van grondwet, verdrag of wet; het geval van de directeur-grootaandeelhouder illustreert dat. Toch zal de hoofdregel moeten aansluiten bij de gebruikelijke maxime dat in beginsel geen gelding toekomt aan handelingen die in strijd zijn met het recht. Onverbindendverklaring van een wetsbepaling ontnemt daaraan dan ook 'ex tunc' bindende kracht. Aan de rechter kan worden overgelaten te bezien in welke uitzonderlijke omstandigheden er plaats is voor 'prospectivity'.⁽⁷⁹⁾

IV ORGANISATIE VAN DE TOETSING

16. *Preventieve toetsing*

In een aantal Europese landen is de constitutionele toetsing bij uitsluiting in handen van een gespecialiseerde rechter, een constitutioneel hof: Arbitragehof, Bundesverfassungsgericht, Conseil constitutionnel, Corte costituzionale etc.

Voordat ik de voor- en de nadelen van dit stelsel bespreek, wil ik afzonderlijk aandacht besteden aan de Franse variant: daarin is namelijk niet alleen sprake van een 'geconcentreerde' toetsing, namelijk bij één rechterlijke instelling, maar ook van een 'preventieve' toetsing, namelijk vòòr de afkondiging van de wet. De gewone rechter en de administratieve rechter kunnen zich niet uitspreken over de grondwetigheid van de wet; zij kunnen echter ook niet het oordeel van de constitutionele rechter daarover inwinnen, omdat de wet, eenmaal afgekondigd, ontoetsbaar is geworden. De Conseil constitutionnel geeft

⁽⁷⁹⁾ Alexander t.a.p. schijnt de omgekeerde stelregel te willen volgen.

zijn oordeel voordat het wetsvoorstel wet is geworden: soms in geval van conflict tussen regering en parlement tijdens de parlementaire behandeling, soms (meestal) dadelijk na afloop van die behandeling op verzoek van de regering, één van de kamervoorzitters of een bepaald aantal parlementsleden.(80) Het voordeel van de preventieve toetsing is gelegen in de zekerheid die zij biedt: is de wet eenmaal in het staatsblad verschenen, dan staat vast dat aan de geldigheid niet meer getornd kan worden wegens vermeende ongrondwettigheid.

Tegenover dat belangrijke voordeel staan verschillende nadelen. In de eerste plaats spoort de gekozen methode niet met die welke geldt bij strijd met Europees gemeenschapsrecht: daar moet de rechter immers tot onverbindendheid van de nationale wet besluiten zodra deze onverenigbaar blijkt met de Europese verdragen of met bepalingen van gemeenschapsverordeningen, ongeacht of die wet de toets van de grondwettigheid reeds heeft doorstaan. Het Franse Cour de cassation heeft deze consequentie inderdaad getrokken.(81) Het tweede bezwaar is dat de beoordeling van de grondwettigheid geschiedt voordat enige praktische ervaring met de wet is opgedaan; de ervaring laat echter dikwijls pas zien waar de schoen wringt, omdat een wet die in zijn opzet de grondwet eerbiedigt zeer wel tot toepassingen aanleiding kan geven die inbreuk maken op grondrechten. In de derde plaats kan de wet niet meer op zijn grondwettigheid worden getoetst wanneer de denkbeelden zich intussen hebben gewijzigd; het gelijkheidsbeginsel heeft zich bijv. de laatste decennia veel sterker ontwikkeld dan men vroeger voor mogelijk had gehouden. In de Franse opzet is het niet mogelijk om aan zo'n ontwikkeling recht te doen: als jaren geleden geoordeeld is dat een bepaalde wet, bijv. over de rechtspositie van onwettige kinderen, of over de behandeling van vreemdelingen, in overeenstemming is met de constitutionele eisen, kunnen nieuwe opvattingen over gelijke behandeling, hoe wijd verbreid ook, niet tot heroverweging door de rechter leiden – de wetgever zal het initiatief moeten nemen om de verenigbaarheid met die eisen te herstellen.(82) Slotbezwaar: de te volgen procedure maakt het de parlementaire oppositie wel erg gemakkelijk om het adieren van de Conseil constitu-

(80) Zie art. 41 en art. 61 Constitution 1958.

(81) Cass. 24 mei 1975, *Cafés Jacques Vabre*, *Dalloz* 1975 Jur. 497.

(82) Men denke aan de zaak-Markx, nt.75, waar het EHRM uitdrukkelijk verwees naar de langzame evolutie der denkbeelden die de betekenis van de door het verdrag gebezigde uitdrukkingen had beïnvloed.

tionnel te zien als een verlengstuk van de strijd die zij in kamer en senaat tegen het wetsontwerp heeft gevoerd.(83) Zij beoordeelt de uitslag daarom op zijn politieke merites, en als zij ontevreden is zal zij zich al gauw voornemen om, zodra zij de kans krijgt, haar welgezinde juristen in het constitutionele hof te benoemen. Ik voeg hieraan toe dat tot nu toe de leden van het hof, al wordt er op politieke kleur gelet, juridische of constitutionele vaklieden waren – een enkeling niet te na gesproken – en dat de Conseil constitutionnel zich enerzijds met terughoudendheid pleegt op te stellen als hij typisch politieke beslissingen op zijn weg vindt maar anderzijds zich als waakhond voor de individuele vrijheden heeft weten op te werpen. Op dit laatste punt vormt het Franse constitutionele hof een tegenwicht tegen al te rappe of te gemakkelijke beslissingen.(84)

Toen de tweede ambtsperiode van president Mitterrand begon, zijn er pogingen gedaan om, naast de preventieve toetsing, ook een andere weg te openen, door de gewone en de administratieve rechter de gelegenheid te geven grondwettigheidsvragen prejudicieel voor te leggen aan de Conseil constitutionnel.(85) Het is daarvan nog niet gekomen.

17. *Constitutioneel hof*

Kiest men voor een niet-preventief stelsel, dan staan verschillende wegen open. Men kan ook dan politieke organen de bevoegdheid geven om grondwettigheidsvragen aan het constitutionele hof voor te leggen, bijv. na de parlementaire behandeling; men kan de rechter de gelegenheid geven om, wanneer hij twijfelt aan de grondwettigheid van de wet, zich tot het hof te wenden; men kan ook de burger de mogelijkheid bieden om dat te doen, hetzij bij wege van incident in een lopende procedure, hetzij na uitputting van de gewone rechtsweg, hetzij rechtstreeks en onmiddellijk. Het Duitse staatsrecht kent een combinatie van verschillende dezer mogelijkheden.(86)

De gedachte van een constitutioneel hof stuit ook in Nederland wel

(83) Zie hiervoor nr. 9.

(84) Zie Jacques Chapsal, *La vie politique sous la Vme République* (2e dr. 1984), p. 769-773. Zie voorts Cynthia Vroom, *Constitutional protection of individual liberties in France: the Conseil constitutionnel since 1971*, 63 *Tulane L. Rev.* 265 (1988).

(85) Zie o.a. *Le Monde* 21 april 1991, en 12 en 13 nov. 1991.

(86) *Prakke-Kortmann*, a.w. (nt. 5), p. 153-156.

op sympathie.(87) Er zijn verschillende argumenten voor aan te voeren. Men zou zich bijv. kunnen oriënteren op het Duitse model en zo kunnen profiteren van de ervaringen die in de Bondsrepubliek zijn opgedaan. Men kan het hof bemannen met constitutionele deskundigen, die misschien meer ervaring met problemen van grondwetsinterpretatie hebben dan de doorsnee civilist of criminalist. Men kan de toegang tot het hof zo regelen dat er vrij snel zekerheid ontstaat over de grondwettigheid van betwiste stukken wetgeving, zonder dat daar in drie instanties over geprocedeerd hoeft te worden. En tenslotte vermijdt men het schrikbeeld dat de kantonrechter te Beetsterzwaag in een minder geïnspireerd moment een belangrijke wet opzijzet omdat hij strijd met de grondwet meent te kunnen ontwarren.(88) Deze argumenten wegen minder zwaar dan het bij goede presentatie lijkt. De ervaring met de verdragstoetsing heeft bijv. geleerd dat het met onbezonnen onverbindendverklaringen door kantonrechters nogal meevalt. Als geschillen over de geldigheid van wetten, of over de houdbaarheid van politieke beslissingen, voor de rechter worden uitgevochten, geschiedt dat veelal in kort geding voor de president van de rechtbank; dat is dan meestal de Haagse president, die zich al gauw tot deskundig op dit punt kan ontwikkelen. Tot nu toe heeft overigens de Centrale Raad van Beroep, hoogste rechter in sociale-verzekeringszaken,(89) meer onrust in den lande weten te veroorzaken dan de gevreesde kantonrechter.

Er kunnen ook vraagtekens gezet worden bij de stelling dat voor constitutionele toetsing een bepaald soort mensen nodig zou zijn. Specifiek vakmanschap verwerft de rechter juist door zich met het onderwerp bezig te houden; in dat opzicht valt moeilijk in te zien waarom staatsrechtelijke vragen hem zoveel zwaarder zouden moeten vallen dan vragen van octrooirecht of van internationaal privaatrecht; en de plattegrond van het pensioenrecht is zonder twijfel ingewikkelder dan die van de Nederlandse grondwet. Bij de toetsing aan het EVRM is bovendien niet gebleken dat de gewone rechter geen begrip had voor de vragen die zich daarbij voordeden. Het lijkt mij daarnaast onjuist zich te baseren op de gedachte dat men voor constitutionele toetsing

(87) Zie L. van Poelgeest, *Toetsing van de wet aan de grondwet in Nederland* (preadv. Ver. Vgl. studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1991); ook F.A.M. Stroink, *De plaats van de rechter in het staatsbestel* (inaug. rede Rijksuniversiteit Limburg 1990).

(88) Stroink, p. 29 kiest de kantonrechter te Groenlo.

(89) Op een segmentje na, waar cassatie openstaat.

als het ware over een andere mentaliteit zou moeten beschikken dan voor ander rechterlijk werk.⁽⁹⁰⁾ Mijn eigen ervaring in de fiscale, de Europese en de civiele rechtspraak is dat het daarbij steeds om dezelfde mentaliteit gaat, namelijk de rechterlijke. Noch het maatschappelijke belang van de vragen die aan de orde worden gesteld, noch de politiek geïnspireerde argumenten die daarbij naar voren worden gebracht hebben tot gevolg dat de zaak anders zou moeten worden behandeld of beslist dan een willekeurige ontslagzaak of faillissementsaanvraag. Hierin schuilt juist de kracht van het rechterlijk bedrijf.

Daarnaast vallen er, voor de Nederlandse situatie, ook sterke gronden aan te voeren tegen de instelling van een constitutioneel hof. Zo'n hof past niet helemaal bij de ontwikkeling van de rechtsbescherming zoals deze tot nu toe in Nederland is verlopen: de verdragstoetsing is in handen van elke rechter (ongeconcentreerd); voor toetsing aan EG-voorschriften kan dat, volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie, zelfs niet anders.⁽⁹¹⁾ Er bestaan in het Nederlandse recht geen procedures die als model zouden kunnen dienen voor het geding bij het constitutionele hof; alles zou nog moeten worden uitgevonden. De plannen voor reorganisatie van de rechterlijke macht die thans de ronde doen, gaan bovendien juist in andere richting door zoveel mogelijk te koersen op afschaffing van gespecialiseerde rechters en uiteindelijk op concentratie van rechtsmacht bij één rechterlijke macht.

Deze tegenargumenten hebben ook belangrijke praktische implicaties. Strijd van een wet met de grondwet zal in feite vrijwel nooit geïsoleerd worden aangevoerd. Als art. 7 Grondwet geschonden wordt geacht, zal ook een beroep worden gedaan op art. 10 EVRM, en bij schending van art. 1 Grondwet zullen meestal ook art. 119 EEG-verdrag en art. 26 IVBPR worden ingeroepen. Indien de grondwetsvragen (of grondwetsvragen plus sommige verdragsvragen) aan een afzonderlijke rechter moeten worden voorgelegd, krijgt de volgorde waarin de problemen behandeld worden grote betekenis; zowel de rechter als de procespartijen en hun raadslieden kunnen de uitslag beïnvloeden door de nadruk op de ene dan wel de andere grond te leggen. Daarmee doet een zeker element van manipuleerbaarheid, en eigenlijk ook van willekeur, zijn intrede in het proces.

(90) In die richting gaat J. van der Hoeven, Toetsen aan de grondwet: hoe en door wie? NJB 1991, p. 784.

(91) Simmenthal 1978, zie nt. 13.

Sommige van deze tegenargumenten vallen weg, of hebben minder gewicht, wanneer men een bestaand college zou omvormen tot constitutioneel hof. Dat zou minder omslachtig zijn dan de instelling van een totaal nieuw college. Het zou ook mogelijk zijn dan te profiteren van de reeds bestaande tradities, bijv. wat procesgang en specifieke vakkennis betreft. Daarbij valt te denken aan de Raad van State.⁽⁹²⁾ Ten faveure van deze keus wordt in de eerste plaats wel aangevoerd dat de Raad van State veel ervaring heeft opgedaan met de opbouw van een stelsel van administratieve rechtspraak, en daarom ook de geschiktheid zal hebben om constitutionele rechtspraak vorm te geven. Deze gelijkstelling is echter kwetsbaar. Waarom zou een probleem van vrijheid van drukpers vergelijkbaar zijn met vragen van ruimtelijke ordening of van woonwag- en woonschepenrecht? Zoekt men voor toetsing aan het grondrechtenhoofdstuk van de grondwet naar een parallel, dan schuilt deze in de toetsing aan het EVRM, die aan elke rechter openstaat. Ook uit een oogpunt van procesrecht zou de Raad van State weinig kunnen uitrichten met zijn tot nu toe opgedane ervaringen: constitutionele toetsing eist een volledige contradictoire procedure, met deskundige begeleiding van gekwalificeerde raadslieden. Noch het koersen op 'ambtsberichten' van departementen van algemeen bestuur, noch de informele gang van zaken voor de Afdeling Rechtspraak kunnen daarvoor een grondslag bieden.

Een tweede argument zou kunnen worden ontleend aan de samenstelling van de Raad van State. De benoeming van staatsraden staat in een politieke sleutel. Van Maarseveen leidt daaruit af dat de staatsraden dan ook meer maatschappelijke betrokkenheid hebben dan bijv. leden van de Hoge Raad, en daarom eerder 'topjuristen' zijn,⁽⁹³⁾ maar dat lijkt mij rijkelijk speculatief. Wanneer men politieke benoemingen voor rechterlijk werk wenst (een probleem waar ik op terugkom), kan daartoe ook voor andere functies dan die van staatsraad worden overgegaan. Een bruikbaar variant van dit argument lijkt mij dat de Raad van State in zijn huidige samenstelling een interessante 'mix' te zien geeft van juridische deskundigen, vooral op het gebied van het publiekrecht, en van gewezen politici ('staatslieden' zeggen we als zij intussen algemeen geacht zijn geworden). Door hun er-

(92) Aldus Van der Hoeven *l.c.p.*

(93) H. van Maarseveen, *Politiek en Hoge Raad*, NJB 1991, p. 1087.

varing met het politieke handwerk en met het reilen en zeilen van de administratie zullen deze oud-politici, naar men kan aannemen, een heel eigen inbreng hebben in de discussies van de Raad.

Er zijn ook wel gronden aan te voeren tegen de rechtsmacht van de Raad van State als constitutioneel hof. De Raad adviseert over elk wetsvoorstel en spreekt zich daarbij ook uit over problemen van grondwettigheid; hij zou zich moeilijk aan zijn daarbij uitgesproken oordeel kunnen onttrekken wanneer dezelfde wet hem later ter toetsing zou worden voorgelegd. Bovendien zit er iets oneigenlijks in de keus van de Raad als constitutioneel hof: wij hebben in een langzame ontwikkeling van ongeveer een eeuw bereikt dat ons lacuneuze stelsel van administratieve rechtspraak zijn voorlopige afsluiting heeft gevonden in de rechtsmacht van de Raad van State als Arob-rechter, waardoor de Raad in zekere zin de algemene administratieve rechter is geworden. Op gronden die het mij niet gelukt te begrijpen wil de minister van Justitie naar het schijnt dit resultaat, dat ons met een vertraging van enige tientallen jaren op één lijn bracht met de ontwikkelingen in België, Luxemburg, Frankrijk, Italië en in zekere zin ook Duitsland, thans ter discussie stellen in het raam van zijn plannen voor reorganisatie van de rechterlijke macht. Mij dunkt, van tweeën één: of men laat de Raad van State leiding geven aan de administratieve rechtspraak, of men integreert die rechtspraak in de gewone rechterlijke macht; maar de omvorming van de Raad van State tot constitutioneel hof lijkt mij niet te passen bij de historische ontwikkeling, en evenmin in een bruikbaar ontwerp voor de toekomst.

19. Gewone rechter

Ik kom daarmee aan de bespreking van de gedachte om constitutionele toetsing, zoals elke andere toetsing, gewoon in handen te leggen van de gewone rechter. Daarbij moet ik allereerst een algemeen probleem onder het oog zien: als 'argumentum in terrorem' wordt tegen constitutionele toetsing door de gewone rechter wel aangevoerd dat dit zou leiden tot politieke benoemingen, met name bij de Hoge Raad.⁽⁹⁴⁾

De eerste vraag die zich daarbij voordoet is of de druk om tot politieke benoemingen te komen wel beïnvloed zal worden door invoering van constitutionele toetsing. Deze toetsing kan immers in politiek op-

(94) Verg. de discussies naar aanleiding van de 'proeve'; zie hiervoor nr. 6.

zicht nauwelijks verder reikende gevolgen hebben dan de verdrags-toetsing reeds thans heeft. Ook zonder constitutionele toetsing is het probleem van de politieke gezindheid van rechters dan ook onlangs in het nieuws gekomen, en wel door een éénmansactie van het Tweedekamerlid Van der Burg.⁽⁹⁵⁾ Ik zou daaruit willen afleiden dat de vraag hoeveel politiek er in het benoemingsbeleid wordt gegoten nauwelijks beïnvloed wordt door invocering van constitutionele toetsing.⁽⁹⁶⁾

De tweede vraag is of politieke invloed bij de benoemingen onder alle omstandigheden moet worden afgewezen. Die invloed kan het voordeel hebben dat minder in zich zelf gekeerde, meer met beide benen in het maatschappelijk leven staande personen de belangrijkste rechtscolleges zullen bevolken.⁽⁹⁷⁾ Ik laat dit argument voor wat het is (sommige zittende raadsheren en rechters beantwoorden minder goed aan dit soort caricaturen), om dadelijk het belangrijkste tegenargument uit te meten: naar gelang politieke partijen minder te vertellen hebben over de toekomst van het land, of van de wereld, kunnen zij gauwer in de verleiding komen om te verworden tot machinerieën om banen te verdelen. Dat proces is in een aantal landen (Italië, grote delen van de V.S.) al lang aan de gang ('jobs for the boys'). In sommige landen betekent het dat ook de rechterlijke benoemingen in dit stramien moeten passen: Italië, Oostenrijk, België. Zo'n ontwikkeling is bijna niet meer terug te draaien, ook al vindt iedereen het resultaat ongelukkig. Nederland heeft een ander soort traditie gehad. Bij ambtelijke benoemingen beginnen meer en meer politieke gezindheid en partijlidmaatschap een rol te spelen. Voor rechtersbenoemingen lijkt mij dat geen goed precedent. Het is waar dat aan leden van hoogste rechtscolleges meer eisen moeten worden gesteld dan puur vakmanschap; maar het vakmanschap mag niet in het gedrang komen, en de eigenschappen die daarnaast nodig zijn (zoals onbevooroordeeldheid, karakter, relativiseringsvermogen, en zelfs een zekere wijsheid) corresponderen niet met de partijkaart die men al dan niet op zak draagt.

Hoewel ik dus een tegenstander ben van wat men als politieke benoemingen kwalificeert, heb ik niet de indruk dat het debat daarover moet worden gekoppeld aan dat over constitutionele toetsing. Dat bij benoemingen in de Hoge Raad tot nu toe door de Hoge Raad zelf, maar ook door Tweede Kamer en regering, hoofdzakelijk op profes-

(95) Zie Trouw 19 juni 1991; NRC-Handelsblad 20 juni 1991.

(96) Zo ook F. Bruinsma, Van aanbeveling naar voordracht, NJB 1991, p. 1083.

(97) Aldus min of meer Bruinsma l.a.p.

sionele kwalificaties wordt gelet schrikt mij niet bovenmate af; maar de vraag of het anders moet staat los van problemen van rechtsmacht.

20. *Prejudiciële verwijzingen*

Ook als men de toetsing aan de gewone rechter opdraagt, kan men tot een geconcentreerd stelsel besluiten. Men zou een bijzondere constitutionele kamer kunnen inrichten bij een van de gerechtshoven, vergelijkbaar met de ondernemingskamer bij het hof Amsterdam of de bijzondere strafkamer van het hof Arnhem.⁽⁹⁸⁾ Zo'n kamer zou ook ingesteld kunnen worden bij de Hoge Raad, naast de bestaande kamers. De meest realistische keus is dan die voor de Hoge Raad. In de eerste plaats lijkt het mij onaantrekkelijk, en ook enigszins 'systemwidrig', dat de cassatierechter op het punt van grondwettigheid gebonden zou zijn aan de oordelen van een gerechtshof, d.w.z. van wat hij ziet als de feitenrechter. In de tweede plaats is het juist de Hoge Raad geweest die leiding heeft gegeven aan de jurisprudentie over de toetsing van Nederlandse wetten aan het EVRM.

Kiest men voor geconcentreerde toetsing bij de Hoge Raad, dan staan weer verschillende wegen open. Hoofdkeus is die tussen rechtstreeks beroep en prejudiciële verwijzing. De prejudiciële verwijzing heeft van die twee het belangrijke voordeel dat het probleem van ongrondwettigheid in een concreet geschil het hoofd opgestoken heeft; de rechter kan dan een contextuele in plaats van een abstracte benadering volgen. Men zou zich een stelsel kunnen indenken waarbij iedere rechter vrij is een vraag van grondwettigheid te onderzoeken en waarbij hij pas wanneer hij een goede kans op ongrondwettigheid van de wet aanwezig acht verplicht zou zijn een prejudiciële vraag op dat punt aan de Hoge Raad voor te leggen. Het Hof van Justitie volgt zo'n methode wanneer de verbindendheid van gemeenschapsverordeningen in het geding is: de nationale rechter kan wel oordelen dat argumenten die tegen geldigheid van de verordening aangevoerd worden geen steek houden, maar hij kan niet zelf beslissen dat de verordening ongeldig is.⁽⁹⁹⁾ Omdat de Nederlandse rechter al gewend is aan prejudiciële verwijzingen naar Luxemburg, kan men ook niet spreken van een breuk met het verleden.

Nadeel van de prejudiciële verwijzing is dat er veel tijd mee heengaat;

⁽⁹⁸⁾ Art. 72-73 RO.

⁽⁹⁹⁾ Zaak 314/85, Foto-Frost, Jur. 1987, p. 4199, ook NJ 1989, 728.

de Luxemburgse ervaringen wijzen in die richting.⁽¹⁰⁰⁾ Bij prejudiciële verwijzing naar de Hoge Raad door de gewone rechter doet zich voorts een soort verdubbeling van functies voor: de Hoge Raad treedt eerst als constitutionele rechter op in de prejudiciële procedure, daarna eventueel als cassatierechter in het hoofdgeding. In zijn eerste rol zal hij waarschijnlijk de relevantie van de gestelde vragen voor de oplossing van het geschil niet mogen beoordelen omdat de verwijzende rechter dat moet doen – zo werkt althans het verwijzingsstelsel krachtens art. 177 EEG-verdrag (101) –; in zijn tweede rol zal hij juist die relevantie met een kritisch oog moeten bezien, zodat hij eventueel kan besluiten dat de door hem beantwoorde vragen niet gesteld hadden moeten worden. Dat is waarschijnlijk te veel gevraagd, zodat er onherroepelijk een mengeling van functies dreigt; daardoor ontstaat weer een zekere druk om reeds bij de verwijzing tot een beslissing te komen die het geding kan afronden.

Aan te tekenen valt nog dat prejudiciële verwijzingen tot nu toe plegen voor te komen wanneer de ene 'ordre de juridiction' verwijst naar de andere: van de administratieve naar de gewone rechter en omgekeerd (Frankrijk), van de gewone naar de constitutionele rechter (Duitsland), van arbitrale naar gewone gerechten (Engeland), van de nationale naar de communautaire rechter (EEG). Verwijzing van de lagere naar de hogere rechter zou iets nieuws zijn. Het lijkt mij niet dat deze nieuwigheid aanbeveling verdient.⁽¹⁰²⁾

21. *Diffuus stelsel*

Een diffuus stelsel houdt in dat constitutionele toetsing in handen komt te liggen van de rechter die het grondwettigheidsprobleem tegenkomt in het bij hem aanhangige geding. Het heeft twee innemende kenmerken: het is van een verbijsterende eenvoud, en het sluit aan bij de wijze waarop de verdragstoetsing plaatsvindt, d.w.z. bij de enige rechterlijke toetsing van de wet die ons staatsrecht tot nu toe erkent.

Het bezwaar is – als we de vrees voor de kantonrechter te Beetster-

(100) Gegevens bij T. Koopmans, De toekomst van het Hof van Justitie, SEW 1991, p. 5.

(101) Zie o.a. zaak 13/68 Salgoil, Jur. 1968, p. 63; zaak 244/80, Foglia/Novello II, Jur. 1981, p. 3045.

(102) Zie voorts Jeukens, Constitutionele hoven, nt. 8, par. 4-5.

zwaag niet meerekenen – dat het lang kan duren voordat in hoogste instantie is beslist: appel en cassatie kosten tijd. Of dat nu werkelijk tot andere of ergere vormen van onzekerheid zal leiden dan wij thans al gewend zijn, staat nog te bezien. Het heeft ook geruime tijd geduurd voordat de Urker vissers zeker wisten dat zij de vangstbeperkingen op de Noordzee echt hadden na te leven omdat alle argumenten tegen geldigheid van de desbetreffende gemeenschapsverordeningen voos waren gebleken.⁽¹⁰³⁾ Ook de gang van zaken met betrekking tot de Harmonisatiewet studiefinanciering was geen toonbeeld van snelheid: de procedure nam tijd, al werd de appel-instantie via sprongcassatie overgeslagen. Het is bovendien moeilijk in te zien waarom het argument van snelheid en zekerheid bij constitutionele toetsing een ander gewicht zou moeten krijgen dan bij de verdragstoetsing. Dat neemt niet weg dat de tegenwerping ontleend aan de traagheid van het procederen in verschillende instanties op zichzelf juist is.

De tegenkant daarvan is dat de toetsing steeds aan de orde komt bij de oplossing van een concreet probleem. De rechter weet dat van hem geen abstracte beschouwingen worden verwacht maar de beslissing van een rechtsgeschil. Dat maakt ook dat het in deze constructie moeilijk is om een geding van de grond te krijgen dat uitsluitend de geldigheid van de wet tot inzet heeft. Hoewel de rechtspraak genereus geworden is wat declaratoire uitspraken aangaat moet er toch altijd een duidelijke band zijn met een concreet belang van een procespartij.⁽¹⁰⁴⁾ Hoe meer het grondwettigheidsprobleem deel uitmaakt van het geheel der door de rechter te beslissen vragen, hoe meer de constitutionele toetsing verricht kan worden als normaal stukje rechterlijk ambacht. Tocqueville stelde dat reeds vast toen hij het functioneren van de rechterlijke macht in het vroeg-negentiende-eeuwse Amerika bestudeerde: de rechter houdt zich er, ook al heeft hij ver reikende bevoegdheden, altijd bezig met een 'cas particulier'; daarom blijft hij ook 'dans le cercle naturel de son action'.⁽¹⁰⁵⁾ De Amerikaanse federale grondwet beperkt de rechterlijke bemoeiing immers tot gevallen waarin een 'case or controversy' bestaat, ook wanneer grondwettigheidsvragen aan de orde zijn; de constitutionele toetsing wordt aldus vast-

(103) Zaak 46/86, Albert Romkes, Jur. 1987, p. 2671.

(104) Hugenholtz-Heemskerk, Hoofdelijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht (16e dr. 1991) nr. 86, met aanhaling van rechtspraak en literatuur.

(105) Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* I, 1e partie ch. VI (uitg. Flammarion 1981, I, p. 167 e.v.).

gehaakt aan situaties die als het ware typerend zijn voor het rechterswerk.⁽¹⁰⁶⁾

Een diffuus stelsel brengt de constitutionele toetsing te onzent voorts op één lijn met de verdragstoetsing. Afschaffing van dat stelsel voor de verdragstoetsing is juridisch ontoelaatbaar voor zover Europees gemeenschapsrecht in het geding is, en onaantrekkelijk voor andere verdragen. Zolang evenwel de toetsing aan het EVRM diffuus is, moeten er wel zeer sterke gronden zijn om toetsing aan de Nederlandse grondwet – waarvan het grondrechtenhoofdstuk toch het meest ‘toetsbare’ deel vormt – anders te organiseren. Het ziet er naar uit dat zulke sterke gronden moeilijk te vinden zijn.

22. Procesrechtelijke consequenties

Bij invoering van een diffuus toetsingsstelsel moeten nog enkele procesrechtelijke vragen onder het oog worden gezien.

De eerste daarvan is of nieuwe vormen van beroep moeten worden gecreëerd. Te denken zou bijv. zijn aan een met de Duitse Verfassungsbeschwerde vergelijkbaar beroep, alleen op grond van schending van grondrechten in te stellen nadat een zaak is uitgeprocedeerd.⁽¹⁰⁷⁾ De noodzaak voor zo’n bijzondere rechtsweg lijkt mij niet erg groot, wanneer in een diffuus stelsel de klacht reeds eerder (naar men moet aannemen: in elke stand van het geding) naar voren kan worden gebracht. Rechtstreeks beroep tegen de vaststelling van de wet ligt in een diffuus stelsel evenmin voor de hand, zulks te minder nu naar Nederlands bestuursrecht als regel geen beroep tegen algemeen verbindende voorschriften openstaat. Wil men dat veranderen, dan is het beter ergens anders te beginnen. Er is daarom veel voor te zeggen om voor de constitutionele toetsing aansluiting te zoeken bij de bestaande competentieregels.

Tweede vraag is of invoering van de toetsing consequenties moet hebben voor de toegang tot de rechter. Moet het bijv., wanneer men de geldigheid van de wet kan aantasten, niet mogelijk zijn voor organisaties die een bepaald algemeen belang nastreven – milieuverenigingen, ANWB, Fryske Akademy, Miljoenen zijn Tegen, enz. – om op te komen tegen regels die naar hun inzicht dat belang schenden? Het

⁽¹⁰⁶⁾ Art. III s. 2 US Constitution. Zie voorts Martin Shapiro, *Courts* (Chicago 1981) ch. I.

⁽¹⁰⁷⁾ Zie hiervoor nr. 7.

antwoord moet, lijkt mij, ontkennend zijn. In de eerste plaats zou verzuiming van de ontvankelijkheidseisen op dit motief er praktisch op neerkomen dat deze organisaties rechtstreeks beroep kunnen instellen tegen de wet, hetgeen strijdig zou zijn met de opzet van een diffuus stelsel. En in de tweede plaats is er een langzame ontwikkeling op het punt van die ontvankelijkheidseisen aan de gang, die men beter haar eigen loop kan laten volgen.(108)

Het derde probleem is mijns inziens lastiger. Men zou zich kunnen afvragen of invoering van constitutionele toetsing geen gevolgen moet hebben voor het bewijsrecht, of meer in het algemeen voor de informatiebronnen waarover de rechter beschikt. De administratieve rechter heeft de mogelijkheid om nadere inlichtingen te vragen aan het overheidsorgaan waarvan de beslissing wordt aangevochten. In het civiele geding is de rechter evenwel geheel afhankelijk van hetgeen partijen stellen, of nalaten te stellen; die partijen hoeven niet altijd geïnteresseerd te zijn in de ruimere maatschappelijke problemen die aan hun geschil vast blijken te zitten. In het Engelse recht kent men de figuur van de 'amicus curiae', waarbij een raadsman kan optreden voor een ander dan een van de partijen, bijv. voor een beroepsorganisatie of een overheidslichaam. Het US Supreme Court staat op die manier aan organisaties toe om hun gezichtspunten over de zaak aan de rechter kenbaar te maken als partijen daarmee instemmen; overheidsorganen hebben die instemming niet nodig (het federale ministerie van justitie intervenueert vaak op deze voet).(109) Men kan ook denken aan de mogelijkheid die in de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie openstaat voor de EG-Commissie en voor de regeringen van de lidstaten om een memorie in te dienen en om aan de mondelinge behandeling deel te nemen. Het Hof kan daarnaast gemeenschapsinstellingen en lidstaten, ook wanneer zij niet vertegenwoordigd zijn, verzoeken om alle inlichtingen te verstrekken die het meent nodig te hebben;(110) het aarzelt ook niet dat te doen.

Nu er pas een nieuw bewijsrecht is, weersta ik de neiging algemene opmerkingen te maken over de ondeugdelijkheid van het civiele be-

(108) Zie o.a. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 743.

(109) The Oxford Companion to the Law (1980), p. 53.

(110) Art 20 lid 2 en art. 21 lid 2 Statuut van het Hof van Justitie. Zie ook Crisham en Mortelmans, Observations of Member States in the preliminary rulings procedure before the Court of Justice of the European Communities, some analytical and comparative remarks, in: O'Keefe en Schermers (eds.), *Essays in European law and integration* (Deventer 1982), p. 43.

wijsrecht in gevallen waarin de reikwijdte van de rechterlijke uitspraak zich tot ver buiten de belangensfeer van de procespartijen uitstrekt. Wij zullen het voorlopig moeten stellen met het thans vigerende stelsel. Bij grondwettigheidsvragen zou er echter reden kunnen zijn een kleine aanpassing aan te brengen: het zou voor de rechter van belang kunnen zijn over een regeringsstandpunt te beschikken, terwijl bovendien de regeringsadministratie feitelijke informatie voorhanden kan hebben over het op te lossen probleem. Zo'n kleine aanpassing van het civiele proces zou bijv. in deze zin kunnen geschieden dat het departement van justitie in alle gevallen waarin de grondwettigheid van wetgeving speelt de gelegenheid zou krijgen zijn standpunt, of een regeringsstandpunt, aan de rechter te doen kennen. Een mogelijke formule zou zijn dat het openbaar ministerie dat standpunt ter kennis van de rechter brengt, zonder dat het zich overigens daaraan hoeft te conformeren.⁽¹¹¹⁾ Indien dit in de vorm van een conclusie zou geschieden, zouden de partijen daarna nog de gelegenheid moeten hebben te reageren; het zou onjuist zijn civiele gedingen te beslissen op grond van argumenten die partijen niet volledig in hun verdediging hebben kunnen betrekken. Bij de gedingvoering voor de Hoge Raad zou daarmee een nieuwigheid haar intrede doen, omdat tot nu toe de conclusie van het OM de openbare behandeling van de zaak afsluit.⁽¹¹²⁾ Het is ook mogelijk de deelneming van het departement van justitie aan de meningsvorming anders te organiseren, door bijv. de minister rechtstreeks de bevoegdheid te geven als 'amicus' te interveniëren in elk geding – althans in appel of cassatie – waar de grondwettigheid van een wet wordt aangevochten. Die formule is nieuw; zij heeft het voordeel dat zij de onafhankelijkheid van het OM beklemt. Wel zou ook dan het OM een signaleringsfunctie dienen uit te oefenen, zodat het departement gewaarschuwd wordt wanneer er aanleiding tot interventie kan zijn.

Een mogelijk bezwaar tegen deze constructie is dat slechts één van de beide 'poten' van de wetgevende macht voor de rechter aan het woord komt. Dat bezwaar lijkt mij niet onoverkomelijk: overleg tussen de vaste kamercommissie voor justitie en de minister is altijd mogelijk op initiatief van één van beide partijen. En het lijkt mij enigszins oneigenlijk dat een vertegenwoordigend lichaam een juridische nota zou gaan schrijven.

(111) Verg. art. 324 Rv.

(112) Art. 418 Rv.

V DE POSITIE VAN DE RECHTER

23. *De kern van het probleem*

Dit preadvies heeft tot nu toe vooral gediend als plattegrond van de problemen en de argumenten, met een kleine handreiking voor het maken van keuzen. Ik kom thans nog kort te spreken over wat ik zie als het kernargument ten gunste van rechterlijke toetsing. De lezer moet het maar beschouwen als een soort 'envoi', het slotcouplet dat op nadrukkelijke wijzen een traditionele ballade pleegt af te sluiten. Cyrano de Bergerac dichtte er zelfs een terwijl hij aan het schermen was: 'A la fin de l'envoi, je touche.'⁽¹¹³⁾

De hoofdvraag is of de beoordeling van de grondwettigheid van wetgeving in laatste instantie bij de rechter moet liggen dan wel bij de wetgever zelf. Het beslissende argument is in welk van beide instellingen men meer vertrouwen moet stellen. Daarbij gaat het niet om vertrouwen in het algemeen, maar om vertrouwen in het vermogen de toetsingstaak aan te kunnen. Mijn keus voor de rechter wortelt in de overweging dat het hierbij gaat om de rechtsbescherming van de burger, vooral nu de ervaring elders leert dat constitutionele toetsing voor een zeer belangrijk deel toetsing aan bepalingen over grondrechten is. Die rechtsbescherming is bij de rechter in veiliger handen dan bij regering en parlement. De rechter is gewend zich in dit perspectief te plaatsen en inbreuken op individuele rechten af te wegen tegen andere rechten en belangen, ook tegen aspecten van algemeen belang. Regering en kamers denken in beleidstermen; zij overschatten soms het belang van de grote dingen die zij willen verwezenlijken in verhouding tot de rechten en belangen van individuen en groepen die daardoor verkreukeld dreigen te raken. In zoverre is, naar de uitdrukking van Scheltema, de wetgever soms 'partijdig'.⁽¹¹⁴⁾

De rechtsbeschermende taak is bij de rechter in goede handen omdat (en zolang) hij een niet-politiek orgaan is. Dat is vooral zo nu het steeds meer de Staat zelf is die door de burgers als een bedreiging voor hun vrijheden wordt ervaren. Daarin schuilt een van de wonderlijkste paradoxen van de 20e-eeuwse geschiedenis: de Staat, eens de garant

(113) Rostand, *Cyrano de Bergerac*, premier acte, scène IV.

(114) M. Scheltema, Wie stelt de wet, de wetgever of de rechter? in: P. van Dijk (red.), *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme* (Mededelingen KNAW Afd. Letterkunde, NR dl. 52 nr. 3, 1989) p. 85.

voor de handhaving van het recht, wordt gezien als een van de grootste bedreigingen voor de uitoefening van rechten. Het tegenwicht dat daarvoor gezocht wordt kan voorlopig alleen bij de rechter worden gevonden – juist omdat hij zowel buiten het politieke bedrijf staat als buiten de regeringsbureaucratie.

24. *Fundamentele gezichtspunten*

Tot deze slotsom kan men komen door de rechtsontwikkeling en de politieke gebeurtenissen van de laatste decennia, in ons land en elders, gade te slaan en een tikkeltje te extrapoleren; een kleine dosis gezond verstand doet de rest. Het is niet noodzakelijk om daarvoor het natuurrecht te omhelzen, of het liberalisme aan te hangen, of het vertrouwen in het vertegenwoordigend stelsel op te zeggen, of zich andere angstige of blijde toekomstscenario's eigen te maken.

Ik geef toe dat fundamentele uitgangspunten bij de keus voor constitutionele toetsing op de achtergrond mee zullen spelen – en dat ik zelf nu eenmaal (anders dan Thérèse) niet erg 'philosophe' ben.⁽¹¹⁵⁾ Die uitgangspunten hoeven echter niet al te gecompliceerd te zijn. Zelf zou ik, als ik mij dat kleine stukje zelfanalyse mag veroorloven, waarschijnlijk wel moeten erkennen een groot geloof te hebben in de betekenis van 'checks and balances'. In zoverre ben ik een echte Montesquivaan (al klinkt dat niet erg modern): 'il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir'.⁽¹¹⁶⁾

25. *Nadelen van rechterlijke besluitvorming*

Het hoofdbezwaar tegen een grotere macht voor de rechter schuilt niet zozeer in de omstandigheid dat hij niet gekozen is (de minister van Justitie, de burgemeester van Amsterdam en de Nationale Ombudsman zijn dat ook niet), maar dat hij niet ter verantwoording kan worden geroepen. Als gewichtige maatschappelijke vragen door regering of kamers verkeerd worden aangepakt, zullen de politici dat merken bij de volgende stembusuitslag; en als een politicus zelf niet meer verkiesbaar is, zullen de kiezers hun gram verhalen op zijn partij. Burgemeesters en andere (halfambtelijke) bestuurders worden bedreigd met niet-herbenoeming. Tegen een hoogste rechter die foute of im-

(115) 'Thérèse philosophe' is een anonieme (libertijnse) roman uit de 18e eeuw.

(116) De l'esprit des lois, livre XI ch. 4 (L'Intégrale, Parijs 1964, p. 586).

populaire beslissingen neemt is echter weinig te ondernemen. Ressentiment van kiezers zal dan een andere uitweg zoeken. In de VS wordt vaak aangenomen dat het gebrek aan populariteit van vele rechterlijke beslissingen over rassenintegratie – bijv. met betrekking tot het 'bussen' van blanke schoolkinderen naar scholen in zwarte buurten – in het nadeel heeft gewerkt van de toen regerende Democraten. Republikeinse presidentskandidaten als Nixon en Reagan hebben in elk geval tijdens hun campagnes op deze ontevredenheid ingespeeld.⁽¹¹⁷⁾ Dit nadeel van rechterlijke bemoeïing met grote maatschappelijke vragen is niet te verhelpen zonder ingrijpende staatsrechtelijke hervormingen, waarbij het middel wel eens erger zou kunnen zijn dan de kwaal. Maar al is het daarom waar dat het nadeel van rechterlijke, in verhouding tot politieke, besluitvorming niet uit de wereld kan worden geholpen, het omgekeerde is ook waar: rechterlijke besluitvorming beschikt over een grote troef die vreemd is aan de politiek, namelijk een procesgang waarin ieder argument naar voren kan worden gebracht in een sfeer van onbevangenheid, en een beslissing waarin de argumenten onbevooroordeeld tegen elkaar worden afgewogen.⁽¹¹⁸⁾ Zit een rechterlijke beslissing technisch goed in elkaar, dan kunnen partijen en alle andere belangstellenden zien hoe de redenering van de rechter in elkaar steekt. Politieke besluitvorming is zichtbaar omdat er een openbaar kamerdebat is; rechterlijke besluitvorming is zichtbaar omdat de uitslag steunt op een zorgvuldig opgebouwde motivering, die laat zien waar de rechter zijn beoordelingsmaatstaven heeft gevonden en hoe hij deze heeft toegepast.⁽¹¹⁹⁾

26. Slotwoord

Constitutionele toetsing is ook in Nederland geen sprong in het duister. De ontwikkeling van de laatste halve eeuw wijst erop dat deze stap nu moet worden gezet. De ervaringen die met de toetsing aan het

(117) Zie Charles R. Morris, *A time of passion, America 1960-1980* (Penguin 1986) hfdst. VII.

(118) Zie ook H.J.M. Jeukens, *De wetten zijn onschendbaar* (inaug. rede Kath. Hogeschool Tilburg 1963).

(119) Zie E.M.H. Hirsch Ballin, *Onafhankelijke rechtsvorming – staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde*, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsstelsel*, hfdst. 5; thans ook in: *Rechtsstaat en beleid*, een keuze uit het werk van Mr. E.M.H. Hirsch Ballin (Zwolle 1991), p. 269.

EVRM en het Europese gemeenschapsrecht zijn opgedaan bewerkstelligen dat die stap niet meer erg groot is.⁽¹²⁰⁾ Er is reeds lang een klimaat gegroeid waarin de rechter niet meer de wet als zijn hoogste autoriteit beschouwt, maar nagaat of zij niet in strijd komt met hoger recht. Die ontwikkeling heeft in heel Europa plaatsgevonden.

Het zou verdrietig zijn als daarbij hoger recht voor de Nederlandse rechter slechts van internationale herkomst zou kunnen zijn, en de eigen grondwet zou uitsluiten. Zoveel slechter dan andere grondwetten is zij nu ook weer niet. Om met een Thorbeckecitaat te eindigen: 'Wij hebben van onze geschiedenis niet geleerd in staatkundige beschaving bij enig volk achter te blijven.'⁽¹²¹⁾

(Afgesloten 1 december 1991.)

(120) Zie ook C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (Deventer 1990), p. 335-337.

(121) J.R. Thorbecke, Voorrede der eerste uitgave bij Aantekening op de Grondwet (2e uitg. 1906, dl. I, p. VIII).

DEEL III

HET CONSTITUTIONELE
TOETSINGSRECHT VAN DE RECHTER

Preadvies mr. J.M. Barendrecht

- I. INLEIDING,
 - 1. *Argumentatie*, 89
 - 2. *Verdere opzet*, 93
- II. DE PLAATS VAN DE RECHTER IN HET STAATSBESTEL, 95
 - 1. *Bestaande instrumenten van de rechter*, 95
 - a) Interpretatiemethoden, 95
 - b) Internationale verdragen, 96
 - c) Buitenwerkingstelling, 99
 - d) Derogerende normen in het privaatrecht, 100
 - e) Derogerende normen in het publiekrecht, 101
 - f) Grondwet en Statuut, 102
 - g) Rechtsbeginselen, 103
 - h) Ongeschreven volkenrecht, 105
 - i) Schadevergoeding wegens onrechtmatige wetgeving, 106
 - 2. *Grenzen aan de rechterlijke vrijheid?* 108
 - 3. *Wetgeving en rechterlijke rechtsvorming als meetmethoden van de stand van de rationele maatschappelijke discussie*, 110
 - 4. *Falende wetgevers en rechters*, 116
 - 5. *Samenwerking tussen wetgever en rechter*, 119
- III. CONSTITUTIONELE TOETSING, 122
- IV. BENOEMINGENBELEID, 125

- V. DE ONAFHANKELIJKHEID VAN DE RECHTER EN ZIJN INFORMATIE-
VOORZIENING, 129
1. *Onafhankelijkheid, 129*
 2. *De informatievoorziening van de rechter, 130*
- VI. DE TERUGHOUDENDHEID VAN DE RECHTER, 133
1. *Inleiding, 133*
 2. *Terughoudendheid en beschikbare alternatieven, 134*
 3. *Andere indicaties voor rechterlijk ingrijpen, 135*
 4. *Het overlaten van keuzes aan de wetgever, 136*
 5. *De polsstok van de rechter, 138*
 6. *Terughoudendheid en overheidsfinanciën, 139*
- VII. CONTROLE VAN DE WETGEVER OP DE TOETSINGSRECHTER, 141
1. *Inleiding, 141*
 2. *Huidige situatie, 142*
 3. *Eventuele wijzigingen, 143*
- VIII. EEN APARTE TOETSINGSRECHTER, 147
1. *Preventieve toetsing, 147*
 2. *Geconcentreerde toetsing, 148*
- IX. TOETSINGSNORMEN, 149
1. *Inleiding, 149*
 2. *Grondwet en Statuut, 150*
 - a) *Klassieke grondrechten, 150*
 - b) *Sociale grondrechten, 151*
 - c) *Institutionele bepalingen, 153*
 3. *Algemene rechtsbeginselen, 156*
 - a) *Overzicht argumenten, 156*
 - b) *Rechtsvergelijking, 157*
 - c) *Een open stelsel van toetsingsnormen?, 159*
 - d) *Gelijkheidsbeginsel, 161*
 - e) *Rechtszekerheidsbeginsel, 161*
 - f) *Willekeurtoets, 162*
 - g) *Doorbreekende materiële rechtsbeginselen:*
Het evenredigheidsbeginsel, 164
 - h) *Formele rechtsbeginselen, 165*

- 4. *Ongeschreven volkenrecht*, 167
 - a) Overzicht argumenten, 167
 - b) *Ius cogens*, 168
 - c) Volkenrechtelijk gewoonterecht, 169
 - d) Volkenrechtelijke algemene rechtsbeginselen, 170
- X. **SLTOPMERKINGEN**, 170

Het constitutionele toetsingsrecht van de rechter

I INLEIDING

1 *Argumentatie*

De argumenten tegen:(1)

a. Het eerbiedwaardigste argument tegen rechterlijke toetsing van wetgeving is dat van de trias politica. Het gaat terug op Montesquieu en misschien nog wel verder.(2) In de meest gangbare versie zegt het dat de rechter zijn plaats heeft in het staatsbestel en de wetgever de zijne.(3) De rechter mag zich niet in politieke strijdvragen begeven. Die zijn aan de wetgever ter beslissing voorbehouden.(4) Dat de rechter de ene na de andere politieke beslissing neemt, wordt niet ontkend, maar het hóórt niet zo.

b. Een variant op dit argument is dat de rechter politieke strijdvragen niet kán beslissen. De rechter mist het daarvoor benodigde politieke

(1) De hierna opgesomde argumenten vindt men in vele verhandelingen over het toetsingsrecht terug. De verwijzingen in de hierna volgende noten berusten dan ook op een enigszins willekeurige keuze. Voor verdere verwijzingen zie noot 22.

(2) Cliteur, *Argumenten voor en tegen rechterlijke toetsing*, NJB 1989, p. 1371; Witteveen, *Evenwicht van machten*, 1991, p. 20.

(3) Verg. Witteveen, *Evenwicht van machten*, 1991, p. 22 en p. 51 e.v. die er op wijst dat vaak niet goed wordt onderscheiden tussen theorieën die machtscheiding en die machts-evenwicht bepleiten.

(4) Aldus de Hoge Raad in zijn Advies n.a.v. het Tweede rapport van de cie. Cals-Donner, Stert. 23 maart 1970, p. 63 tot en met 65; Dölle in: Dölle/Engels, *Constitutionele rechtspraak*, 1989, p. 71/72; Van Houten, *Constitutionele toetsing van wetgeving*, Hirsch Ballin-bundel, 1990, p. 301 met verdere verwijzingen.

inzicht.(5) Dit argument is soms bedoeld als compliment aan de rechter.

c. Het volgende argument verdient de prijs voor bescheidenheid. De rechter heeft niet de uitrusting om de moeilijke vragen te beslissen, waarvoor hij in het kader van grondwettelijke toetsing van wetgeving wordt gesteld.(6)

d. Een heel serieus argument is dat de rechter niet democratisch is gekozen en dat zijn beslissingen daarom niet democratisch zijn gelegitimeerd.(7) Dit argument moet goed worden gebracht. Men schildere een persoon, liefst één die enige gelijkenis vertoont met een om zijn vrijmoedigheid bekend staande rechter. Deze persoon bekleedt men met de macht om wetten met een enkele pennestreek door te halen.(8) Dan stelt men de vraag of het de bedoeling is dat deze niet gekozen en niet afzetbare zonnekoning zal beslissen over de verenigbaarheid van wet en Grondwet. 'De vraag stellen is haar beantwoorden', zo loopt het rijmpje verder.(9) 'De rechterlijke tyrannie is de ergste van allen'.(10)

e. Het meest bedreigend is het argument van het benoemingenbeleid. Indien de rechter meer macht krijgt, zal de politiek meer invloed willen hebben op de rechterlijke benoemingen.(11) Dat is een spookbeeld, periodiek gevoed door tv-opnamen van confirmation hearings uit de Amerikaanse Senaat.

f. Het best omkeerbare argument is dat de wetgever slordiger wordt, indien hij wordt gecontroleerd.(12)

(5) Van der Pot-Donner-Prakke, 1989, p. 181 e.v. en 195.

(6) Cliteur, Argumenten voor en tegen rechterlijke toetsing, NJB 1989, p. 1372.

(7) Verg. Cliteur, Democratie en constitutionele toetsing, RM Themis 1990, p. 209 e.v.; Couwenberg, Liberale versus democratische rechtsstaat, TvO 1990, p. 156 e.v.

(8) Bekende 'schrikbeelden' zijn de rechters uit 'la Turquie' bij Montesquieu (Witteveen, Evenwicht van machten, 1991, p. 28 e.v.; Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, 1988, p. 14) en 'le Président Magnaud' (Van Gerven, Het beleid van de rechter, 1973, p. 93 e.v.).

(9) Verg. Koopmans, Vergelijkend publiekrecht, 1986, p. 13.

(10) De bekende uitspraak van minister Donker Curtius ter ondersteuning van het toetsingsverbod.

(11) Dölle in Dölle/Engels, Constitutionele rechtspraak, 1989, p. 72.

(12) Prakke, Toetsing in het publiekrecht, 1972, p. 142/143.

g. Bevoogdendheid ten top is dat de mogelijkheid van rechterlijke toetsing overspannen verwachtingen wekt bij minderheden.(13)

h. Orde zit er ook tussen de argumenten: het staatsbestel moet kloppen en iemand moet dus het laatste woord hebben.(14)

i. Orde klinkt eveneens door in het rechtszekerheidsargument.(15) De praktijkjurist gniffelt enigszins bij de gedachte aan een duidelijke, niet tot verdere discussie aanleiding gevende, wettelijke regel, gewend als hij is om met niet anders dan vage normen te werken.

j. Het argument dat langzaam verstormt, is dat het toch goed gaat met de wetgeving.(16) Waarom rechterlijke toetsing invoeren?

k. Een onuitgesproken argument is dat toetsing geld kan kosten.

De argumenten voor:

a. Eerst het meest juridische en wellicht daardoor het minst waardevolle 'constitutionele' argument: lagere regels dienen in overeenstemming te zijn met hogere regels en het is de rechter die deze hiërarchie dient te bewaken.(17)

b. Een zeer sterk, en waarschijnlijk ook het meest genoemde, argument voor toetsing is dat toetsing aan verdragen al lang is toegestaan, zonder dat dit tot grote problemen heeft geleid.(18)

c. Aanspraak op consequent zijn is er ook, omdat de burger tegen alle mogelijke soorten van overheidshandelen rechtsbescherming heeft verkregen.(19) Waarom zou hem dan geen rechtsbescherming tegen

(13) Prakke, Toetsing in het publiekrecht, 1972, p. 142.

(14) Van der Pot-Donner-Prakke, 1989, p. 193.

(15) Dölle/Engels, Constitutionele rechtspraak, 1989, p. 6; Kortmann, Constitutioneel recht, 1990, p. 335; Van Houten, Constitutionele toetsing van wetgeving, Hirsch Ballin-bundel, 1990, p. 299 e.v.

(16) Prakke, Toetsing in het publiekrecht, 1972, p. 142; Dölle in Dölle/Engels, Constitutionele rechtspraak, 1989, p. 70; Van der Pot-Donner-Prakke, 1989, p. 196.

(17) Dölle/Engels, Constitutionele rechtspraak, 1989, p. 5 e.v.

(18) Cliteur, Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing, NJB 1989, p. 1373.

(19) Verg. Van Poelgeest, Toetsing van de wet aan de Grondwet in Nederland, Preadvies Ver. voor de verg. studie van het recht van België en Nederland, 1991, p. 13.

de wetgever toekomen, zeker in gevallen waarin de overheid wetgever in eigen zaak is?

d. Soms niet zonder grond, maar soms ook erg betweterig, is het argument van de afnemende kwaliteit van wetgeving. Het is voor de wetgever te onoverzichtelijk en te moeilijk geworden en hij verliest zich te vaak in politieke spelletjes, zo kan dit argument worden samengevat.⁽²⁰⁾

e. Van realisme getuigt tenslotte het argument dat de wetgever niet alles kan voorzien. Daarom moet aanpassing van de wettelijke regel in de praktijk mogelijk zijn.⁽²¹⁾

Opsommingen van de argumenten voor en tegen zijn standaard in verhandelingen over het toetsingsrecht.⁽²²⁾ Iedere schrijver noemt zijn eigen reeks van argumenten, legt hier en daar een andere nadruk of bespreekt een bepaald argument geïsoleerd. Wie deze argumenten steeds weer iets anders geordend en gekleurd langs ziet komen, krijgt een hopeloos gevoel. De jurist mag alleen maar herhalen wat anderen al zeggen. Hij kan de argumenten anders rangschikken en accenten anders leggen, maar meer niet.

Argumentatie is hierna een sleutelwoord. Het debat over de beste oplossing van een rechtsvraag of (alleen met andere woorden:) een politieke vraag⁽²³⁾ vindt in ons staatsbestel plaats op basis van uitwisseling van argumenten. De discussie over deze argumenten maakt zichtbaar welke oplossingen redelijkerwijs mogelijk zijn en of een zekere mate

(20) Zie: Stroink, De plaats van de rechter in het staatsbestel, 1990, p. 15 e.v.

(21) Verg. Dölle in Dölle/Engels, Constitutionele rechtspraak, 1989, p. 73.

(22) Zie: Jeukens, De wetten zijn onschendbaar, 1963; Prakke, Toetsing in het publiekrecht, 1972, p. 141 e.v.; Alkema, Een meerkeuze toets, 1985; Koopmans, Vergelijkend publiekrecht, 1986, p. 68 e.v.; Dölle/Engels, Constitutionele rechtspraak, 1989; Dommeling, Wetgevingsonrecht en wetsprekende rechters, RegelMaat 1989, p. 2 e.v.; Cliteur, Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing, NJB 1989, p. 1369 e.v.; Zoethout, Enkele kanttekeningen bij de Nederlandse discussie over constitutionele toetsing, NJCM-Bulletin 1990, p. 274 e.v.; Stroink, De plaats van de rechter in het staatsbestel, 1990; Van Houten, Constitutionele toetsing van wetgeving, Hirsch Ballin-bundel, 1990, p. 301 e.v.; Van Boven, Naar een schendbare wet?, AA 1990, p. 143 e.v.; De bijdragen van Dölle en Engels in de bundel: De Trias onder spanning, 1990.

(23) Verg. Jeukens, Grondrechten en rechterlijke toetsing, Preadvies VAR 1972, p. 66 e.v.

van consensus kan worden gevonden voor één bepaalde oplossing. De individuele deelnemer aan het debat is machteloos. Hij kan slechts anders rangschikken en belichten en is altijd afhankelijk van anderen die zijn argumenten moeten accepteren.

Dit geldt voor het debat over constitutionele toetsing, maar ook voor andere rechtsvragen waarvoor de maatschappij komt te staan en met name voor de moeilijke problemen die een constitutionele rechter krijgt op te lossen. Een rechtsvraag wordt steeds voorlopig beantwoord door de stand van de rationele, op basis van argumenten gevoerde, maatschappelijke discussie op te nemen. Tot het verwerken van de stand van de rationele maatschappelijke discussie in voor de maatschappij aanvaardbare rechtsnormen is niet alleen de wetgever in staat, maar ook de rechter, zij het op eigen wijze. Constitutionele rechtspraak is vooral één van de manieren van rechterlijke rechtsvorming. Constitutionele rechtspraak is veel minder het toepassen van hogere normen op lagere regels, zo zal ik hierna betogen.

2 Verdere opzet

Door invoering van rechterlijke toetsing aan de Grondwet of aan normen als algemene rechtsbeginselen zou een nieuwe taak aan de rechter worden toebedeeld. Als ik de politieke beslissing daarover zou moeten nemen, zou ik willen weten wie die rechter is en hoe hij werkt. Veel schrijvers hebben geconstateerd dat de plaats van de rechter in het staatsbestel is veranderd. Dit geldt niet alleen ten opzichte van het jaar 1848 toen het toetsingsverbod in de grondwet werd neergelegd. Juist ook in de laatste decennia en zelfs in de laatste jaren zijn er essentiële veranderingen in de positie van de rechter te onderkennen.

Wiarda heeft in zijn 'Drie typen van rechtsvinding' de tendens beschreven naar een steeds grotere autonomie van de rechter. Hij noemt het steeds vrijelijker gebruik van interpretatiemethoden door de rechter. Hij signaleert het toenemend voorkomen van vage normen als de redelijkheid en billijkheid, die de rechter nauwelijks sturen bij zijn beslissing. Hij laat de steeds grotere rol van verdragsnormen zien, die de

rechter de mogelijkheid geven de formele wet in bepaalde gevallen buiten toepassing te laten.⁽²⁴⁾

De instrumenten waarmee de rechter die grotere autonomie heeft verkregen, vertonen gelijkenis met het instrument van grondwettelijke toetsing van wetgeving. Voor het buiten werking stellen van wettelijke bepalingen op grond van verdragsnormen is dit onmiddellijk duidelijk, maar ook door het toepassen van interpretatiemethoden en de inzet van corrigerende vage normen als de redelijkheid en billijkheid, creëert de rechter de mogelijkheid om een wettelijke bepaling haar werking te ontnemen. In paragraaf II.1 zullen deze instrumenten, en de wijze waarop de rechter daarvan gebruikmaakt, worden besproken. Dat is al veel vaker gedaan, maar de ontwikkelingen gaan zo snel en zij zijn zo essentieel voor het vraagstuk van constitutionele toetsing, dat het gerechtvaardigd lijkt dat hier nog eens te doen.⁽²⁵⁾ Ik zal daarbij steeds bezien in hoeverre de besproken instrumenten in stelling kunnen worden gebracht tegen wetgeving in formele zin, tegen wetgeving in materiële zin en tegen bepalingen uit verdragen. Daarbij hoop ik dat mijn blik niet al te zeer is gericht op de civiele rechtspraak en dat ik voldoende recht doe aan wat er in het voor mij minder bekende administratieve-, fiscale- en strafrecht gebeurt.

Blijken zal dat de instrumenten met behulp waarvan de rechter vrijheid ten opzichte van een wettelijke bepaling verkrijgt, niet heel veel meer zijn dan een kader waarbinnen argumentatie kan plaatsvinden over de beste oplossing van het aan de rechter voorgelegde geval. Het argumentatiekader dat wordt gevormd door interpretatiemethoden en de hierna opgesomde normen legt slechts de nadruk op bepaalde argumenten. De vraag is dan vervolgens hoe de rechter binnen dat argumentatiekader tot rechtsvorming komt. In paragraaf II.2 wordt besproken dat het model van een rechter die normen toepast en zonnig interpreteert niet meer adequaat is, ook niet als het gaat om constitutionele normen. In paragraaf II.3 ga ik in op de thans door veel schrijvers geopperde gedachte dat wetgeving en rechtspraak als zelfstandige methoden van rechtsvorming moeten worden gezien. Deze

(24) Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, 1988, p. 37 e.v.

(25) Verg. Prakke, Toetsing in het publiekrecht, 1972, p. 150 e.v. en de bijdragen van Schoordijk, Schaffmeister, Schelens, Van Dijk, Hirsch Ballin en Scheltema in de bundel: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, 1988, met het navolgende om te zien hoeveel er in de laatste paar jaar alweer is veranderd.

gedachte wordt nader uitgewerkt. De voor- en nadelen van wettelijke en rechterlijke rechtsvorming worden kort aangestipt in paragraaf II.4. In paragraaf II.5 wordt besproken hoe de samenwerking tussen beide rechtsvormers gestalte aan het krijgen is.

Eén en ander dient als een leidraad voor de daarna volgende beschouwingen. De zelfstandige rechtsvormende taak van de rechter noopt tot het nog eens bezien van zijn positie en zijn instrumentarium (hoofdstuk III). Dit wordt in de hoofdstukken IV tot en met VIII toegespitst op constitutionele toetsing. In hoofdstuk IX behandel ik de vraag aan welke normen de rechter wetgeving in formele zin zou moeten kunnen toetsen, naast de vele instrumenten die hij al heeft om zelfstandig contra-legem recht te vormen.

II DE PLAATS VAN DE RECHTER IN HET STAATSBESTEL

1 Bestaande instrumenten van de rechter

a. Interpretatiemethoden. De rechterlijke vrijheid heeft in de eerste plaats gestalte gekregen door het gebruik van interpretatiemethoden en met name door het ontbreken van iedere hiërarchie in die interpretatiemethoden.⁽²⁶⁾ De rechter kan aan argumenten gebaseerd op de tekst van de wet voorbijgaan.⁽²⁷⁾ Uitdrukkelijke uitspraken van een minister tijdens de parlementaire behandeling, die niet door de volksvertegenwoordiging zijn weersproken, kunnen door de rechter terzijde worden gesteld.⁽²⁸⁾ De rechter kan een bepaling teleologisch interpreteren, dat wil zeggen argumenten gebruiken over de vermoedelijke uitwerking van de bepaling in de praktijk.⁽²⁹⁾ De rechter kan anticiperend interpreteren, een wettelijke bepaling toepassen die door de wetgever nog niet tot gelding is gebracht, maar hij kan die anticiperende interpretatie ook nalaten.⁽³⁰⁾

(26) Bruggink, *Op zoek naar het recht*, 1987, p. 112.

(27) Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1991, p. 320 e.v., p. 397 e.v. en p. 413 e.v.

(28) Verg. Scholten, *Algemeen deel*, 1974, p. 42; Hijma, *BW-krant Jaarboek 1990*, p. 25; HR 14 april 1989, NJ 89, 489 m.nt. M.S. (Harmonisatiewet), r.o. 4-4.

(29) Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1991, p. 333 e.v. en p. 391 e.v.

(30) Van Buchem-Spapens, *Anticipatie*, 1986, p. 45, geeft een aantal vuistregels.

De mate van vrijheid ten opzichte van de wet die de rechter door middel van interpretatie creëert, is vrijwel onbegrensd. In een recent arrest over een werknemer die door zijn werkgever het werken en daarmee het leven onmogelijk werd gemaakt en op die grond ontbinding van de arbeidsovereenkomst verkreeg, kwam dit tot uiting.⁽³¹⁾ Art. 7A: 1639w lid 8 BW geeft niet de mogelijkheid van een schadevergoeding in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden. Voor een gewone schadevergoedingsactie vormde het in 1953 ingevoerde art. 7A: 1639o lid 3 BW een beletsel, omdat dit artikel alleen een schadevergoeding toekent voor het niet in acht nemen van de opzegtermijn. De Hoge Raad komt toch tot het resultaat dat een schadevergoedingsactie mogelijk is op basis van een schets van de rechtsontwikkeling inzake ontslagbescherming. Daarbij ontleent de Hoge Raad argumenten aan het systeem van de wet om art. 1639o lid 3 BW zijn werking te ontnemen. Dat systeem van bepalingen bestond echter voor het grootste deel al op het moment van invoering van art. 1639o lid 3 BW, zodat deze argumentatie slechts in schijn de bedoeling van de wetgever volgt. Een ander voorbeeld is een uitspraak waarin de Hoge Raad het in art. 31 lid 1 Wegenverkeerswet voorkomende begrip overmacht bijna geheel weginterpreteert en een risicoaansprakelijkheid op de bestuurder van een motorvoertuig legt voor fouten van kinderen onder de 14 jaar die hebben bijgedragen aan een aanrijding.⁽³²⁾

Interpretatiemethoden zijn niet echt meer te beschouwen als een werkwijze om een wettelijke bepaling uit te leggen. Zij doen niet meer dan de argumenten voor een bepaalde uitleg benadrukken; wetshistorische argumenten, tekstuele argumenten, argumenten ontleend aan de uitwerking van de bepaling in de praktijk of argumenten ontleend aan komend recht. Deze argumenten zijn echter nimmer op zichzelf doorslaggevend, doch moeten tegen andere argumenten worden afgewogen.

b. Internationale verdragen. Sinds 1953 kunnen formele en materiële wetsbepalingen worden getoetst aan een ieder verbindende bepalingen van internationale verdragen. De toetsing aan het EVRM heeft het meest de aandacht getrokken. De kentering in de jurisprudentie om-

(31) HR 1 december 1989, NJ 90, 451 m.nt. P.A.S. (Deuss/Holland).

(32) HR 31 mei 1991, NJ 91, 721 m.nt. C.J.H.B. (De Backer/Van Uiregt).

streeks 1980 heeft het EVRM langzamerhand de positie verschaft, die in landen welke constitutionele toetsing kennen, pleegt te worden ingenomen door de grondwet.⁽³³⁾ Dat toetsing aan het EVRM mogelijk is, wordt als één van de belangrijkste argumenten genoemd om toetsing aan de klassieke grondrechten uit onze eigen grondwet toe te laten. Vooral doordat het gelijkheidsbeginsel in het EVRM niet als apart grondrecht is vastgelegd, heeft ook de toetsing aan het Internationale Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten betekenis gekregen.

Minder vaak besproken als het gaat om constitutionele toetsing is het EEG-Verdrag. De directe werking van bepalingen uit het EEG-Verdrag heeft waarschijnlijk een veel grotere invloed op de Nederlandse rechtsorde dan het EVRM. Deze invloed krijgt gestalte op een manier die eveneens zeer vergelijkbaar is met die van constitutionele toetsing. Normen die in 1956 in het EEG-Verdrag zijn neergelegd op een wijze die men wellicht nog net democratisch kan noemen, worden door het Europese Hof van Justitie ogenschijnlijk zonder veel democratische controle toegepast om nationale wetgeving terzijde te stellen. Aan die normen wordt daarbij veelal een inhoud gegeven, die niet expliciet door de opstellers van het Verdrag is beoogd en deze bepalingen hebben daardoor veel verstrekken gevolgen gekregen binnen de nationale rechtsorde dan door die opstellers was voorzien.

De normen uit het EVRM en uit het EEG-Verdrag hebben meestal niet de vorm van een absoluut verbod, maar van een in beginsel te beschermen belang, dat moet worden afgewogen tegen in de norm genoemde andere belangen. Zo moet het recht op gezinsleven van art. 8 EVRM worden afgewogen tegen de nationale veiligheid, de openbare orde, het economisch welzijn van het land, het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden en de rechten en vrijheden van anderen. Het door art. 30 EEG-Verdrag beschermde belang van het vrije verkeer van goederen kan terzijde worden gesteld door de in art. 36 genoemde belangen. Deze

⁽³³⁾ Van Dijk, De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens, in de bundel: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, 1988, p. 173 e.v.; Heringa, Van Europese Conventie tot Nederlandse constitutie voor de rechten van de mens, NJCM-bundel 40 jaar EVRM, 1990, p. 317 e.v.; verg. om te zien hoe snel dit is gegaan: anders nog Koopmans, Vergelijkend publiekrecht, 1986, p.

bepalingen vormen een kader voor afweging van argumenten. Eén argument wordt centraal gesteld, maar dit is nimmer op zichzelf doorslaggevend, doch wordt afgewogen tegen andere argumenten.

Opvallend is dat de jurisprudentie het kader waarbinnen de argumentatie plaatsvindt zo ruim mogelijk houdt.⁽³⁴⁾ Dit geldt in de eerste plaats voor het in de bepaling vooropgestelde belang. Het recht op gezinsleven is in de rechtspraak zeer ruim bemeten.⁽³⁵⁾ Ook het begrip kwantitatieve beperking uit art. 30 EEG-Verdrag – iedere handelsregeling, die de intra-communautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, belemmert – is ruim gedefinieerd.⁽³⁶⁾ Ook naar de andere kant houdt de rechter het kader echter ruim. De bewuste bepalingen lijken de overheid op het eerste gezicht sterk aan banden te leggen, indien zij een beperking wil aanbrengen op de door de bepalingen toegekende rechten. Beperkingen kunnen slechts op bepaalde belangen worden gegrond en zij moeten, in het geval van het EVRM, noodzakelijk zijn in een democratische samenleving en bij de wet zijn voorzien. Ook ten opzichte van deze uitzonderingsregels heeft de rechter echter armslag gecreëerd en de rechterlijke vrijheid werkt dus niet alleen ten gunste van de burger. Naast de in de normen expliciet genoemde beperkingsgronden, werden ook andere aanvaard. Op de art. 8-11 EVRM worden 'inherenten' beperkingen toegestaan.⁽³⁷⁾ De lijst van art. 36 EEG-Verdrag is in de jurisprudentie met een verwijzing naar de 'rule of reason' uitgebreid met de belangen van de voorkoming van oneerlijke mededinging, de consumentenbescherming, de bescherming van arbeidsomstandigheden, de eisen van een effectieve belastingcontrole en zelfs de instandhouding van de biologische rijkdommen van de zee.⁽³⁸⁾

Met betrekking tot 'de noodzakelijkheid in een democratische samenleving' uit art. 8 EVRM heeft de overheid een margin of appreci-

(34) Verg. Vermeulen, *Algemene beperkingen, redelijke uitleg en redelijke toepassing van grondrechten*, RegelMaat 1990, p. 78 e.v.

(35) Verg. De Boer, *Artikel 8 EVRM, algemeen*, Preadvies NJV 1990, p. 40 e.v.

(36) Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 1989, p. 377 e.v.

(37) Zie: Bellekom, *Het Hof voor de Rechten van de Mens en de beperkingsclausules van het EVRM*, NJCM-bundel 40 jaar EVRM, 1990, p. 63 e.v.

(38) Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 1989, p. 387 e.v.

ation.(39) De waardering van de belangen van art. 36 EEG-Verdrag wordt in beginsel aan de overheid overgelaten.(40) Aan de eis van 'bij de wet voorzien' wordt al voldaan indien de beperking kan worden ingepast in zeer vage normen als art. 1401 BW (oud).(41)

Verdragsnormen kunnen niet alleen tegen wettelijke bepalingen worden ingeroepen, maar ook tegen andere verdragsnormen, aldus het Kruisraketten-arrest.(42) Ook hier heeft de rechter zijn vrijheid gewaarborgd om binnen een zo ruim mogelijk kader te kunnen argumenteren. Welke verdragsnorm voorrang krijgt boven de andere, wordt niet aan de hand van een algemene regel beslist, doch aan de hand van een afweging van de betrokken belangen, waaronder de nationale en internationale belangen die bij de nakoming van beide verdragsverplichtingen betrokken zijn.(43)

c. Buitenwerkingstelling. In het arrest Maring's Boerderij werden de art. 288 en 289 K buiten werking gesteld door de Hoge Raad.(44) De Hoge Raad constateerde dat de bepaling in onbruik was geraakt, daarbij doelend op de gegroeide behoefte aan, en praktijk van, verzekeringen tegen herbouwwaarde. Deze uitspraak is op zichzelf blijven staan. Er lijkt mee te zijn erkend, dat het argument dat een wettelijke bepaling niet meer wordt gedragen door de personen tot wie zij zich richt, een voldoende reden kan zijn om haar niet langer toe te passen.

Soortgelijke effecten als buitenwerkingstelling bereikt de rechter door in bepaalde gevallen sancties aan handelen in strijd met de wet te onthouden, waar de wet deze sancties wel voorschrijft. Art. 1371 BW (oud) brengt mee dat overeenkomsten in strijd met de wet of de goede zeden nietig zijn. De Hoge Raad oordeelt dat de nietigheidssanctie geen toepassing behoeft te vinden ingeval van strijd met wettelijke bepalingen.

(39) Schokkenbroek, De margin of appreciation doctrine in de jurisprudentie van het Europees Hof, NJCM-bundel 40 jaar EVRM, 1990, p. 41 e.v.

(40) Kapteyn-Verloren van Themaat, Introduction to the Law of the European Communities, 1989, p. 387 e.v.

(41) De Boer, Artikel 8 EVRM, algemeen, Preadvies NJV 1990, p. 55.

(42) HR 10 november 1989, NJ 91, 248, m.nt. Kooijmans.

(43) HR 30 maart 1990, NJ 91, 249, m.nt. A.J.H.S. (S/Staat).

(44) HR 3 maart 1972, NJ 72, 339, m.nt. H.B.

gen, die niet langer geacht kunnen worden de heersende rechtsopvattingen weer te geven.⁽⁴⁵⁾

d. Derogerende normen in het privaatrecht. In het privaatrecht krijgt de rechterlijke vrijheid met name gestalte door de algemene normen die de wettelijke bepalingen van regelend en dwingend recht in bijzondere gevallen terzijde kunnen stellen. De redelijkheid en billijkheid kan in bijna iedere privaatrechtelijke rechtsverhouding inbreken.⁽⁴⁶⁾ Voor wat betreft goederenrechtelijke verhoudingen, waarin de mogelijkheid van toepassing van de redelijkheid en billijkheid twijfelachtig is, bestaat nog de mogelijkheid van een beroep op misbruik van recht.⁽⁴⁷⁾ In het procesrecht doen de beginselen van een goede procesorde hun invloed gelden, en het verbod van misbruik van procesrecht kan een wettelijke bevoegdheid terzijde stellen.⁽⁴⁸⁾

Deze normen bieden zelfs een geheel open argumentatiekader. Het is niet één met name genoemd belang dat in de bepaling voorop wordt gesteld, zoals in de hiervoor besproken bepalingen uit het EVRM en uit het EEG-Verdrag. De redelijkheid en billijkheid is een volledig vage norm, waarin men ieder soort argumentatie kan passen en waarmee in beginsel ook ieder resultaat kan worden bereikt.⁽⁴⁹⁾ Art. 3:13 lid 2 BW geeft met de daarin opgenomen evenredigheidstoets eveneens een afwegingskader waarin ieder resultaat kan worden gepast. Niets in deze normen verzet zich ertegen dat in uitzonderingsgevallen zelfs tegen de expliciete bedoeling van de wetgever in wordt beslist.

In hoeverre deze derogerende normen ook rechtstreeks werkende bepalingen uit verdragen opzij kunnen zetten, is nog onzeker. De in art. 93 en 94 Grondwet besloten liggende hiërarchie tussen verdragsnor-

⁽⁴⁵⁾ Zie: HR 2 februari 1990, NJ 91, 265 (inzake het 'borderdeelveto' van art. 250bis Sr) en HR 7 september 1990, NJ 91, 266 m.nt. C.J.H.B. (inzake Antilliaanse Loterijverordening).

⁽⁴⁶⁾ Asser-Hartkamp II, 1989, nr. 304 e.v.

⁽⁴⁷⁾ Art. 3:13 BW.

⁽⁴⁸⁾ Burgerlijke Rechtsvordering, Boek I, titel 1, aant. 3 en 4.

⁽⁴⁹⁾ Zo kan de redelijkheid en billijkheid in sommige gevallen het toekennen van horizontale werking aan grondrechten overbodig maken. Verg. Heringa/Zwart, De Grondwet, 1991, p. 23; bijv. HR 13 november 1987, NJ 88, 254 m.nt. P.A.S., waar de HR de keuze had tussen de horizontale werking van het 'recht op huis' en de redelijkheid en billijkheid om het evident wenselijke resultaat te bereiken.

men en nationale wettelijke regels lijkt dit uit te sluiten. Rechtstreeks werkende verdragsnormen plegen echter slechts een deel van een privaatrechtelijke rechtsverhouding te regelen en de constructie dat de redelijkheid en billijkheid mag inwerken op het via de verdragsnormen verkregen resultaat, lijkt dus toelaatbaar. Een andere oplossing is dat de bewuste verdragsnorm zo wordt uitgelegd dat zij een norm als de redelijkheid en billijkheid of misbruik van recht wordt geacht te incorporeren.⁽⁵⁰⁾

e. Derogerende normen in het publiekrecht. Ook in de betrekkingen tussen burger en overheid zijn algemene derogerende normen werkzaam. De algemene rechtsbeginselen zullen hierna apart worden besproken. Veel wetten in formele en materiële zin kennen hardheidsclausules. Deze geven het bestuur de mogelijkheid om in een individueel geval van een wettelijke regel af te wijken. Omdat de wijze waarop het bestuur van deze bevoegdheid gebruik maakt onderworpen is aan rechterlijke controle, verkrijgt de rechter ook in deze rechtsverhoudingen de mogelijkheid om de wet buiten toepassing te laten. De toets is dan of het bestuur in redelijkheid tot het niet gebruiken van zijn afwijkingsbevoegdheid is kunnen komen.⁽⁵¹⁾

Deze 'publiekrechtelijke goede trouw' heeft nog niet de algemene werking van zijn privaatrechtelijke tegenpool. Voorstellen om vaker hardheidsclausules in wetten op te nemen, of zelfs een algemene hardheidsclausule op te nemen in de Algemene Wet Bestuursrecht, krijgen slechts beperkte bijval.⁽⁵²⁾ Een verschil is voorts dat vrij algemeen wordt aangenomen dat hardheidsclausules niet zijn bedoeld voor situaties die door de wetgever zijn voorzien, doch alleen mogen werken in niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden.⁽⁵³⁾ Indien eenmaal een hardheidsclausule geldt, dan laat zij verder ieder soort

(50) Zie BenGH 18 november 1988, NJ 89, 299 m.nt. v.N.H. (Philip Morris/BAT); verg. ook HR 5 januari 1990, NJ 90, 728. Over de verhouding tussen privaatrechtelijke normen als de hier behandelde en het Europese gemeenschapsrecht zie Schermers-Waëlbroeck, *Judicial protection in the European Communities*, 1987, p. 67 e.v. en Bleckmann, *Europarecht*, 1990, p. 142 en p. 146 e.v.

(51) Verg. Zoonjies, *Hardheidsclausules in wetgeving*, Hirsch Ballin-bundel, 1990, p. 431 e.v. met verdere verwijzingen.

(52) Zie: Scheltema, *NTB* 1988, p. 128; verg. Schreuder-Vlasblom, *De noordwand van het gelijkheidsbeginsel*, Best.w. 1989, p. 5 e.v.

(53) Zoonjies, *Hardheidsclausules in wetgeving*, Hirsch Ballin-bundel, 1990, p. 434.

argumentatie toe om een wettelijke bepaling buiten werking te stellen. Alleen de marginale toetsing die wordt vereist, stelt grenzen aan de vrijheid van de rechter, maar deze grenzen worden door de rechterlijke macht zelf getrokken.

Het strafrecht kent eveneens zijn derogerende normen. De ongeschreven rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden kunnen maken dat een strafrechtelijke norm in een individueel geval niet wordt toegepast.⁽⁵⁴⁾ Ook de oprekking van het begrip overmacht om euthanasie in bepaalde gevallen toe te laten, kan men begrijpen als het in stelling brengen van een derogerende norm om een onwenselijk geachte wettelijke oplossing te omzeilen.⁽⁵⁵⁾ Voor deze normen geldt alweer dat zij zeer veel argumenten om de wet niet strikt toe te passen kunnen absorberen. De vaagheid van begrippen als overmacht staat daar borg voor. De vrijheid van de strafrechter wordt gecomplementeerd, doordat hij in de strafmaat tot uitdrukking kan brengen dat hij de strafbaarstelling niet langer zinvol vindt.

Voor het opzijstellen van verdragsrecht door Nederlandse publiekrechtelijke derogerende normen geldt hetzelfde als het hiervoor gezegde met betrekking tot privaatrechtelijke derogerende normen.

f. Grondwet en Statuut. Lagere wetgeving kan worden getoetst aan de Grondwet en het Statuut. Toetsing vindt vooral plaats aan de klassieke grondrechten uit de art. 1 tot en met 18, 19 lid 3 en 23. Deze bepalingen lijken in de rechtspraak langzamerhand ook het karakter van een argumentatiekader te krijgen, al is de ontwikkeling nog niet zover als bij het EVRM. Het systeem van beperkingen wordt flexibel gehanteerd en door middel van een redelijke uitleg kunnen maatschappelijk onwenselijke resultaten tot nog toe worden vermeden.⁽⁵⁶⁾ Opvallend is dat het in de praktijk weinig voorkomt dat een lagere regel strijdig wordt geacht met een grondwettelijke bepaling.⁽⁵⁷⁾ In de rechtspraak heeft de Grondwet eigenlijk alleen gestalte gekregen in de

(54) Hazewinkel-Suringa-Rommeling, 1991, p. 321 e.v.

(55) Hazewinkel-Suringa-Rommeling, 1991, p. 340 e.v.

(56) Zie Documentatierapport Grondrechtenevaluatieonderzoek, NJCM, 1991, Deel 6, p. A-9 t/m A-56.

(57) In de overzichten van onverbindende wetgeving, die over de periode vanaf 1987 tot en met 1990 in RegelMaat verschenen telde ik 14 gevallen van strijd met de Grondwet.

plakverbodenjurisprudentie, zo zou men enigszins denigrerend kunnen zeggen. Van toetsing aan het Statuut is maar één voorbeeld bekend.(58)

Dit is misschien niet echt een geruststelling voor hen die bevreesd zijn voor rechterlijke toetsing. Men kan immers redeneren dat de fundamentele keuzes in onze samenleving meestal bij wet in formele zin worden gemaakt. Dan ligt in de rede dat toetsing aan de Grondwet van wetten in formele zin vaker zal gaan voorkomen. Anderzijds is formele wetgeving vaak kaderwetgeving, die de werkelijke beslissingen overlaat aan de lagere wetgever of het bestuur. De rechterlijke controle op de besluitvorming krijgt dan mede gestalte via toetsing van de uitvoeringsregels of beschikkingen aan de veelal vage wettelijke uitgangspunten. Deze delegatie van beslissingsbevoegdheid brengt dus mee, dat een surrogaat voor grondwettelijke toetsing van wetgeving in formele zin ontstaat.(59) De wijze waarop dit surrogaat door de rechter wordt gehanteerd kan wellicht wel geruststelling bieden. Ook het aantal keren dat materiële wetgeving in strijd wordt geacht met een formele wet is immers beperkt.(60)

Toetsing van formele wet en van verdragen aan de Grondwet is door art. 120 expliciet uitgesloten. Aan te nemen valt dat voor toetsing van verdragen aan het Statuut hetzelfde geldt, nu vooral het systeem dat aan art. 120 Grondwet ten grondslag ligt voor de Hoge Raad aanleiding was om toetsing van een formele wet aan het Statuut niet toe te laten.(61)

g. Rechtsbeginselen. Sinds het Landbouwwlegers-arrest is duidelijk dat lagere wetgeving kan worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen.(62) In dit arrest wekt de Hoge Raad de indruk dat alleen toetsing aan het verbod van willekeur mogelijk zou zijn. Uit het Harmonisa-

(58) Zie HR 14 april 1989, NJ 89, 469, m.nt. M.S. r.o. 4-5.

(59) Jurgens, Naar een duas politica, S&D 1991, p. 469 e.v. wil deze surrogaat-toetsing bevorderen door meer te delegeren aan lagere wetgevers.

(60) Zie de overzichten in RegelMaat, waaruit blijkt dat dit in de periode van 1987 tot en met 1990 34 maal voorkwam. Talrijk zijn met name de onverbindend verklaringen van gemeentelijke belastingverordeningen en de gevallen van competentie-overschrijding door gemeentelijke wetgevers.

(61) Zie r.o. 4-2 c.v. uit HR 14 april 1989, NJ 89, 469, m.nt. M.S. (Harmonisatiewet).

(62) HR 16 mei 1986, NJ 87, 251, m.nt. M.S.

tiewet-arrest lijkt echter te volgen dat ook het rechtszekerheidsbeginsel tegen een materiële wet in stelling kan worden gebracht en dat toetsing aan dit en andere fundamentele rechtsbeginselen ook buiten het kader van het verbod van willekeur kan geschieden.(63)

De toetsing aan het verbod van willekeur geeft de rechter een zeer grote mate van vrijheid ten opzichte van de materiële wettelijke regel. In wezen kan iedere vorm van argumentatie worden gepast in de formule dat het overheidsorgaan 'in aanmerking genomen de belangen die aan dit orgaan ten tijde van het tot stand brengen van (de regel) bekend waren of behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot het desbetreffende voorschrift is kunnen komen'. Daarbij geldt alleen als grens dat de rechter grote terughoudendheid moet betrachten en volgens de Hoge Raad met name 'niet tot taak (heeft) om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moeten worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen'.

Ook de werking van de formele wet kan worden beperkt door algemene rechtsbeginselen. Daarvoor geldt echter een ander régime dan voor lagere wetgeving. Alleen de toepassing van de wet, niet de wet zelf, kan door de rechter worden gecontroleerd. Aanvankelijk werd geleerd dat het buiten toepassing laten van een wettelijke bepaling op grond van algemene rechtsbeginselen alleen in een bijzonder geval mogelijk zou zijn.(64) Dit onderscheid is echter moeilijk te maken.(65) In het Harmonisatiewet-arrest heeft de Hoge Raad de grens op een andere wijze getrokken.(66) Het buiten toepassing laten van een wetsbepaling op grond van omstandigheden welke bij haar tot stand komen in de afweging zijn betrokken, dus in gevallen waarvoor zij nu juist is geschreven, is ontoelaatbaar. Het buiten toepassing laten van een wetsbepaling, op grond dat toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel, is volgens de Hoge Raad wel toegestaan. In het arrest Staat/Bolt c.s. is nog een verduidelijking te vinden. Het moet gaan om door de wetgever expliciet in de be-

(63) HR 14 april 1989, NJ 89, 469, m.nt. M.S., r.o. 3.4; zo ook de noot van Scheltema in de NJ onder 8.

(64) Verg. Scheltema noot in NJ 87, 911.

(65) Verg. Van der Meulen/Simon, Beginselen contra legem? RegulMaat 1989, p. 72 e.v.

(66) HR 14 april 1989, NJ 89, 469, m.nt. M.S., r.o. 3.9.

schouwing betrokken omstandigheden, terwijl voorts het enkele achterwege laten van een regeling door de wetgever, ook al is de betrokken materie expliciet onder de aandacht van de Regering en de Tweede Kamer gebracht, de rechter niet beperkt in zijn vrijheid van oordelen.(67)

Ook in geval van omstandigheden die wel expliciet door de wetgever in de beschouwing zijn betrokken, is de wet niet geheel immuun voor de inwerking van algemene rechtsbeginselen. In de eerste plaats kan een algemeen rechtsbeginsel expliciet gecodificeerd zijn in een verdrag, zoals het gelijkheidsbeginsel. Algemene rechtsbeginselen kunnen echter ook impliciet in een verdrag besloten liggen. In de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie zijn verschillende algemene rechtsbeginselen aanvaard, die in stelling kunnen worden gebracht tegen nationale wetgeving, die op het terrein ligt dat mede door EEG-recht wordt bestreken.(68)

De vraag of ook een verdragsnorm door de rechter buiten toepassing kan worden gelaten wegens strijd met een algemeen rechtsbeginsel is nog open. Op grond van het Harmonisatiewet-arrest mag wellicht worden aangenomen dat buiten toepassing laten in niet bij de verdragssluiting verdisconteerde omstandigheden mogelijk is. Bij verdragsnormen geldt wel de bijzonderheid dat het niet toepassen daarvan kan betekenen dat de Staat in strijd met het volkenrecht handelt. Een probleem is voorts dat het voor een verdragsnorm vaak moeilijk vaststelbaar is welke omstandigheden bij de totstandkoming in de afweging zijn betrokken, omdat de verslagen van de onderhandelingen die tot het verdrag hebben geleid veel minder informatie over de bedoeling van de opstellers plegen te geven dan in Nederlandse wetgevingsstukken gebruikelijk.(69)

h. Ongeschreven volkenrecht. Toetsing van de formele wet aan het ongeschreven volkenrecht is volgens het Nyugat-arrest niet mogelijk.(70) Bij

(67) HR 9 juni 1989, NJ 89, 718, r.o. 3.5.4.

(68) Zie Préal/Heukels, Algemene beginselen van Gemeenschapsrecht als toetssteen voor nationale wetgeving, RegelMaat 1987, p. 115 e.v. en hierna paragraaf IX.3.

(69) Verg. ook art. 32 Weens Verdragenverdrag, dat terughoudendheid predikt bij het hanteren van de 'travaux préparatoires' als maatstaf voor uitleg.

(70) HR 6 maart 1959, NJ 62, 2 (Nyugat); zie ook HR 14 april 1989, NJ 89, 469, m.nt. M.S. (Harmonisatiewet).

de grondwetsherziening van 1983 is deze regel bevestigd.(71) In de literatuur is enige twijfel gerezen over de vraag of de Nyugat-leer door het Kruisraketten-arrest op losse schroeven is komen te staan.(72) Dit zou moeilijk te rijmen zijn met het Harmonisatiewet-arrest, waarin de Hoge Raad trouw is gebleven aan de opvatting van de grondwetgever over toetsing aan algemene rechtsbeginselen, hoewel die opvatting veel minder duidelijk was. Toetsing van lagere wetgeving aan het ongeschreven volkenrecht is wel mogelijk, doch komt in de praktijk weinig voor.(73)

In het Kruisraketten-arrest is wel de ruimte gelaten voor het buiten toepassing laten van verdragen op grond van andere volkenrechtelijke normen dan verdragsnormen.(74) Of de Hoge Raad hier doelt op ongeschreven volkenrecht, en zo ja op welke categorie daaruit wordt uit het arrest niet duidelijk.(75) Aannemelijk lijkt dat de Hoge Raad inderdaad ruimte wil laten voor toetsing van verdragen aan ongeschreven volkenrecht, wellicht met name als het gaat om het 'ius cogens', dwingende normen die ook volkenrechtelijk gezien voorrang hebben boven verdragen.(76) In het systeem zit dan toch enige spanning, omdat art. 120 Grondwet formele wetten en verdragen op volledige gelijke voet behandelt.

i. Schadevergoeding wegens onrechtmatige wetgeving. In het Tweede Pocketboek-arrest aanvaardde de Hoge Raad dat de Staat verplicht kan zijn tot schadevergoeding in geval hij onverbindende regelgeving uitvaardigt en aldus onrechtmatig handelt.(77) Aanvankelijk werd aangenomen dat het alleen kon gaan om schadevergoeding wegens onverbindende wetgeving. De tot schadevergoeding verplichtende daad zou

(71) TK 77-78, 15049, nr. 3, p. 13.

(72) Besselink, Wat is de betekenis van het Kruisraketten-arrest, TvO 1990, p. 384, ziet een verandering; anders: Riezebos, De nationale rechter en de toetsing van verdragen, TvO 1990, p. 128 e.v. en: Van kruisraketten, een Amerikaanse militair en verdragsconflicten, TvO 1990, p. 386.

(73) Zie: Bos, Ongeschreven volkenrecht in de Nederlandse rechtspraak, Preadvies NVIR 1985, p. 3 e.v.

(74) HR 10 november 1989, NJ 91, 248, m.nt. Kooijmans.

(75) Verg. Kooijmans, noot in NJ 91, 248; Riezebos, De nationale rechter en de toetsing van verdragen, TvO 1990, p. 128 e.v.

(76) Zie verder hierna paragraaf IX.4.

(77) HR 24 januari 1969, NJ 69, 316, m.nt. H.D.

daarin bestaan, dat een regel werd uitgevaardigd die in verband met strijd met een hogere norm niet had mogen worden uitgevaardigd.

Later hebben verschillende schrijvers bepleit dat verbindende wetgeving toch onrechtmatig kan zijn jegens bepaalde burgers.⁽⁷⁸⁾ Deze opvatting is in het Swill-arrest aanvaard door de Hoge Raad.⁽⁷⁹⁾ Een op zich door de belangen van personen die zich bezighouden met het fokken, verhandelen en exporteren van varkens volledig te rechtvaardigen maatregel kreeg een onrechtmatig karakter ten opzichte van zeer zwaar door deze maatregel getroffen bedrijven (de maatregel kwam er op neer dat zij hun bedrijf dienden te sluiten) omdat hen geen adequate compensatie was toegekend.

Deze mogelijkheid van het toekennen van schadevergoeding geeft de rechter wederom meer vrijheid ten opzichte van de wettelijke regel. Ook in de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW kan immers ieder type argumentatie worden gepast. De rechter behoeft voorts geen dwingende keuze te maken tussen het algemeen belang en het bijzondere belang van de individuele burger, doch kan een tussenoplossing kiezen door de overheid tot gehele of gedeeltelijke schadevergoeding te veroordelen.

Het Swill-arrest betrof lagere wetgeving. Of deze leer ook toepasbaar is op wetgeving in formele zin, heeft de Hoge Raad nog niet uitgesproken. In de literatuur wordt dat wel betoogd.⁽⁸⁰⁾ Een argument daarvoor zou kunnen zijn dat de Hoge Raad zijn beslissing niet expliciet heeft betrokken op wetgeving in materiële zin, zoals hij wel deed in het Landbouwwlieders-arrest.⁽⁸¹⁾ Het zou in de lijn van de arresten Harmonisatiewet en Staat/Bolt c.s. liggen om nadeelscompensatie volgens het Swill-arrest in ieder geval mogelijk te achten, indien de formele wetgever de betrokken onevenredig zwaar geschonden belangen niet expliciet heeft verdisconteerd bij de totstandkoming van de wet.

(78) J.E.M. Polak, *Preadvies NJV* 1987, p. 181 en vooral De Savornin Lohman, *Onrechtmatige doch niet onverbindende wetgeving*, *RegelMaat* 1988, p. 2 e.v.

(79) HR 18 januari 1991, *RvdW* 91, 35.

(80) Van Male, noot in *RegelMaat* 1991, p. 111.

(81) HR 16 mei 1986, *NJ* 87, 251, m.nt. M.S.

Uit het al oudere arrest inzake de Ambonese oud-KNIL-militairen lijkt af te leiden dat het sluiten van een verdrag ten opzichte van een individuele burger onrechtmatig kan zijn.⁽⁸²⁾ Dit arrest is echter gewezen voor de invoering van de regeling van (thans) art. 93 en 94 Grondwet in 1953. Men zou kunnen redeneren dat toen de hiërarchie tussen rechtstreeks werkende verdragsbepalingen en wet in formele zin is bevestigd, zodat art. 6:162 BW niet meer in stelling kan worden gebracht tegen een verdragsnorm. Dan moet men echter wel de stap zetten dat ook de Staat zich zonder meer op een rechtstreeks werkende verdragsnorm kan beroepen contra de burger aan wie door dezelfde Staat in de nationale wet bepaalde rechten zijn toegekend. Op grond van het Kruisraketten-arrest en het arrest S/Staat valt te betwijfelen of de Hoge Raad deze consequentie aan het systeem van de Grondwet wil verbinden.⁽⁸³⁾

2 Grenzen aan de rechterlijke vrijheid?

In de vorige paragraaf is een schets gegeven van de mogelijkheden die de rechter heeft om een wettelijke bepaling niet toe te passen. De rechter beschikt over veel instrumenten waarmee hij de wettelijke oplossing terzijde kan stellen. Hij verricht al constitutionele toetsing, maar dat gebeurt onder andere namen. Opvallend is ook de zeer grote vrijheid die de rechter binnen het normenstelsel heeft. De hogere normen en de andere instrumenten die de rechter tegen de wet in stelling brengt, bieden zeer ruime kaders voor argumentatie.

Natuurlijk is die vrijheid in de praktijk beperkt, omdat de rechter gehouden is deze instrumenten toe te passen conform het geldende recht. Het is echter van groot belang om vast te stellen dat dit een vrijheidsbeperking is, die niet voortvloeit uit die normen zelf, maar uit zelfbeperking door de rechterlijke macht. De normen die in paragraaf II.1 zijn besproken, bieden geen werkelijke weerstand als de rechter

(82) HR 2 maart 1951, NJ 51, 217.

(83) In HR 30 maart 1990, NJ 91, 249, r.o. 3.4. acht de Hoge Raad immers niet van belang of de bepaling rechtstreeks werkt ten gunste van de burger en kennelijk ook niet of de Staat zich daarop in de nationale rechtsorde kan beroepen. Voorts benadrukt de Hoge Raad één en andermaal (zie: r.o. 3.3 en 3.4 en r.o. 3.4 uit het Kruisraketten-arrest, HR 10 november 1989, NJ 91, 248) dat het gaat om schending van een verdragsbepaling waaraan de burgers rechten kunnen ontleenen en 'daarmee om een onrechtmatige daad'.

een bepaalde kant uit wil. De rechter bepaalt ook die mate van weerstand zelf. Hij heeft in handen hoever hij gaat met bepaalde interpretatiemethoden. Hij bepaalt hoeveel gewicht hij toekent aan de bedoeling van degenen, die de toe te passen grondrechten hebben geformuleerd. Hij vult vage normen in als de redelijkheid en billijkheid en de algemene rechtsbeginselen, die eigenlijk geen wetsgeschiedenis hebben. De wetgever of de grondwetgever kan daarop maar heel weinig invloed uitoefenen.

Hirsch Ballin spreekt in dit verband van belangenjurisdictie in plaats van toepassingsjurisdictie.⁽⁸⁴⁾ De rechter is volgens hem steeds minder een toepasser van wettelijke regels. Zijn taak is steeds meer het afwegen van belangen. Ook andere schrijvers signaleren dat de grensfunctie van de wet steeds verder afneemt.⁽⁸⁵⁾ In het civiele recht wordt deze tendens vaak beschreven als een doorzetten van de gerechtigheid.⁽⁸⁶⁾ De rechter verschaft zich steeds meer vrijheid ten opzichte van de wet om in het individuele geval een rechtvaardige beslissing te kunnen geven.

Het gebrek aan sturing door de wet zou, zo is de klassieke gedachtengang, tot rechterlijke tirannie kunnen leiden. Juist om de rechter aan banden te leggen, was immers algemene wetgeving noodzakelijk? Geluiden die wijzen op grootschalige onvrede met rechterlijke uitspraken klinken echter maar zelden. De kritiek op de rechterlijke rechtsvorming is meestal van formele aard: de rechter beslist over stakingsrecht, euthanasie of de Harmonisatiewet, terwijl deze beslissingen aan de wetgever zijn voorbehouden. Hoewel de rechter zeer veelvuldig belangrijke rechtsvragen beslist, is er maar zelden sterke inhoudelijke kritiek op zijn uitspraken te horen.

Het moge zo zijn dat er, ondanks alle rechterlijke vrijheid, geen rechterlijke tirannie is ontstaan. Er is toch behoefte aan een verklaring van dat verschijnsel, voordat de rechter nog weer ruimere bevoegdheden krijgt toegekend. Men kan wel constateren dat de grensfunctie van de

(84) Hirsch Ballin, Onafhankelijke rechtsvorming, in: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, 1988, p. 211 e.v.

(85) Verg. bijv. Dommering, Wetgevingsonrecht en wetsprekende rechters, RegelMaat 1989, p. 5.

(86) Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, 1988, p. 37 e.v.; Leijten, De droom der gerechtigheid, Bundel studiedag J.M. Polak, 1988, p. 49 e.v.

wet afneemt en zeggen dat de rechter meer belangenafweiger is geworden, maar dat boezemt geen enkel vertrouwen in, zeker niet bij de politieke besluitvormers die nieuwe toetsingsbevoegdheden moeten gaan toekennen. Het versterkt immers het beeld van de rechter die beslist in plaats van de wetgever, terwijl die rechter niet democratisch is gekozen en geen verantwoording behoeft af te leggen van zijn beslissingen.

3 Wetgeving en rechterlijke rechtsvorming als meetmethoden van de stand van de rationele maatschappelijke discussie

Het model van de rechter als toepasser van de wet is achterhaald, maar ook de aanpassing, die al lang geleden is verricht, dat de rechter gebonden is aan het recht, biedt onvoldoende. Dat recht is immers door de rechterlijke macht zelf gevormd en ook de mate waarin de rechter zich aan dat recht gebonden acht, bepaalt hij zelf. De rechter is een zelfstandige rechtsvormer geworden.

In de literatuur wordt er steeds vaker op gewezen dat wettelijke en rechterlijke rechtsvorming naast elkaar moeten worden aanvaard. Koeman noemt het parlement en de rechter bondgenoten in hun controle op de kwaliteit van wetgeving.⁽⁸⁷⁾ Dommering spreekt van complementaire rechtsvormers.⁽⁸⁸⁾ J.M. Polak en M.V. Polak wijzen er op dat beide rechtsvormers moeten samenwerken en dat er geen principiële keuze kan worden gemaakt voor wettelijke danwel rechterlijke rechtsvorming, doch dat zij naast elkaar moeten bestaan.⁽⁸⁹⁾ Breninkmeijer gaat iets meer uit van een tegenstelling als hij het heeft over concurrerende rechtsvormers, maar ook in deze term ligt besloten dat wetgever en rechter naast elkaar opereren.⁽⁹⁰⁾

Ook daarmee maakt men echter rechterlijke rechtsvorming nog niet aanvaardbaar. Een aanzet voor een rechtvaardiging van zelfstandige rechterlijke rechtsvorming kan wellicht worden gevonden in moderne

(87) Koeman, Over beleid en controle, NTB 89, p. 73 e.v.

(88) Dommering, Wetgevingsrecht en wetsprekende rechters, RcgclMaat 1989, p. 2 e.v.

(89) J.M. en M.V. Polak, Faux pas ou pas de deux?, NILR 1986, p. 404 e.v.

(90) Breninkmeijer, De toegang tot de rechter, 1987, p. 148 e.v.

natuurrechtstheorieën.⁽⁹¹⁾ Van het woord natuurrecht behoeft de toch altijd rechtspositivistisch ingestelde praktijkjurist niet meer zo te schrikken. Natuurrechtstheorieën gaan lang niet allemaal meer uit van gegeven, absolute, natuurrechtelijke normen. Er is een belangrijke stroming die normen voldoende gefundeerd acht, indien daarover consensus ontstaat in een rationele discussie.

Die discussie vindt plaats op basis van redelijke argumenten. Men tracht elkaar te overtuigen en gaat daarmee zolang door tot tussen alle redelijk denkende mensen consensus is bereikt. Met name Habermas heeft erop gewezen dat de discussie 'machtsvrij' moet zijn. Dit betekent dat men elkaar ook alleen maar met argumenten mag overtuigen en niet onder één of andere vorm van dwang.⁽⁹²⁾ De aanvaarding van een norm is altijd voorlopig. De bereikte consensus kan door nieuwe argumenten of door nieuwe feitelijke omstandigheden weer breken. Dan zal een nieuwe discussie plaats moeten vinden.

Dit natuurrecht is uiteraard een utopie. Het zal in de praktijk niet mogelijk zijn ieder redelijk denkend mens voor een bepaalde oplossing te vinden. De discussie moet al worden afgebroken lang voordat consensus is bereikt, omdat normen ook al moeten worden toegepast voordat men is uitgediscussieerd.⁽⁹³⁾ Wij kunnen niet wachten tot iedereen het eens is over de grenzen die aan euthanasie moeten worden gesteld. Euthanasie vraagt ook nu al om een regeling. Aan de andere kant zijn er heel veel normen die praktisch gesproken aan het geldigheidsvereiste voldoen van aanvaarding door een ieder in een machtsvrije discussie. Over normen als de fundamentele regels van contractenrecht, de grenzen die aan vrijheidsontneming moeten worden gesteld en de beginselen van aansprakelijkheidsrecht vindt weliswaar incidenteel discussie plaats, maar zij worden door bijna iedereen aanvaard als de beste oplossing. Een grote massa van rechtsregels is in die zin niet controversieel. Het moderne natuurrecht ligt daardoor heel dicht bij het positieve recht en valt daarmee voor een groot deel samen. Het heeft ook dezelfde mate van detaillering als het positieve

(91) Zie Ellscheid, *Das Naturrechtsproblem*, in: Kaufmann/Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1991, p. 143 e.v.

(92) Zie bijv. Habermas, *Wahrheitstheorien, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, p. 161 e.v.

(93) Zie Ellscheid, *Das Naturrechtsproblem*, in: Kaufmann/Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1991, p. 157.

recht en niet het hoge abstractieniveau van de gebruikelijke natuurrechtstheorieën.

Hoe de discussie nu af te breken, indien een bepaald maatschappelijk probleem om een oplossing vraagt? Het ligt voor de hand om dit probleem dan voorlopig op te lossen naar de stand van de maatschappelijke discussie op dat moment. Wetgeving en rechterlijke rechtsvorming kunnen beiden worden beschouwd als methoden om die stand te meten.

In het wetgevingsproces vindt die meting idealiter plaats doordat eerst alle argumenten voor een bepaalde oplossing worden verzameld. Daartoe vindt overleg met belangenorganisaties plaats. Deskundigen dienen van advies. Voorontwerpen van wet worden door belanghebbenden besproken en in de pers bediscussieerd. Het parlement houdt hoorzittingen om op de hoogte te komen van de verschillende visies op voorgenoemen wetgeving. Vervolgens vindt tussen en binnen parlement en regering een soort nabootsing plaats van de maatschappelijke discussie. Uiteindelijk moeten keuzes worden gemaakt, maar aan die keuzes komt men pas toe, indien de argumentatie voor een bepaalde oplossing niet meer in staat is om de tegenstanders daarvan te overtuigen. Die keuzes maakt men door dan maar de beste benadering van consensus te kiezen die voorhanden is: de keuze die door de meerderheid wordt aanvaard en die weer een afspiegeling is van de keuze die door de meerderheid van de bevolking zou worden gemaakt, als die van al de argumenten op de hoogte was (en zou willen zijn) waarover ook de volksvertegenwoordiging beschikt. In zoverre is wetgeving democratisch. Wetgeving streeft echter, zo bezien, in eerste instantie naar redelijkheid en dat is één van de aantrekkelijke kanten van dit model.⁽⁹⁴⁾

Ook via rechterlijke rechtsvorming kan echter de stand van de maatschappelijke discussie worden gemeten. De maatschappelijke discussie behoeft niet te worden 'nagespeeld' in het parlement om een meting

(94) Ellscheid, *Das Naturrechtsproblem*, in: Kaufmann/Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1991, p. 157, formuleert het zo: 'Legitim kann dann eine Rechtssetzung sein, weil sie auf einem Mehrheitsentscheid beruht, vorausgesetzt, dass das Entscheiden nicht *prima ratio*, sondern *ultima ratio* ist, also am Ende einer Diskussion aller eingebrachten Interessen und Standpunkte steht'.

van de stand daarvan te verkrijgen. Die meting kan ook door een onafhankelijke persoon geschieden, die niet aan enige discussie deelneemt, maar de stand daarvan in kaart brengt en zo voor democratische legitimatie zorgt. De rechter heeft het daarbij in eerste instantie gemakkelijk. Hij zal er immers in beginsel van uit mogen gaan dat de wetgever de stand juist heeft opgenomen en dus zal hij de wet toepassen. Vervolgens heeft hij de normen van het geldende recht tot zijn beschikking. Omdat andere rechters en rechtswetenschappers in het verleden eveneens de stand van de maatschappelijke discussie over soortgelijke problemen hebben gemeten, mag hij dat geldende recht eveneens tot uitgangspunt nemen. Daarom is en blijft hij in eerste instantie toepasser van bestaande normen.

De uitdrukking dat de rechter aan dat geldende recht is gebonden, is in zoverre ongelukkig, dat het recht zich steeds ontwikkelt, juist doordat in de jurisprudentie nieuwe wegen worden ingeslagen. Meer met de werkelijkheid in overeenstemming lijkt de in werken over rechtsvinding vaak terugkomende gedachte dat het geldende recht een zekere 'traagheid' bezit.⁽⁹⁵⁾ De rechter past het geldende recht in beginsel toe. Alleen indien de beslissing conform de geldende regel controversieel is, ontstaat er behoefte aan verdere rechtsontwikkeling.

De vraag is natuurlijk wat een controversieel geval is en hoe een rechter dan te werk gaat. Over de rechterlijke rechtsvinding bestaan talloze opvattingen. Enige algemene lijnen zijn echter wel te ontdekken. Achterhaald lijkt zolangzamerhand de leer van Scholten die de rechter opdroeg in moeilijke gevallen uiteindelijk te rade te gaan bij zijn eigen geweten.⁽⁹⁶⁾ De gedachte dat de rechter naar eigen willekeur beslist in die gevallen waarin de wetgever geen keuze naar zijn willekeur heeft gemaakt, is verlaten. De meeste moderne werken over rechtsvinding benadrukken dat de rechter steeds op zoek zal moeten gaan naar objectieve aanknopingspunten voor zijn beslissing.⁽⁹⁷⁾ Daarnaast kennen zij grote waarde toe aan de beginselen van een redelijke argumentatie en aan een streven naar consensus.⁽⁹⁸⁾

(95) Alxuy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, p. 216 e.v. met verdere verwijzingen.

(96) Verg. Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht?*, 1983, p. 256 e.v.

(97) Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, 1988, p. 105 e.v.

(98) Verg. Bruggink, *Op zoek naar het recht*, 1987, p. 79 e.v.

Rechtsvinding in moeilijke gevallen dient volgens onder meer Dworkin te geschieden op basis van de aan de rechtsorde ten grondslag liggende beginselen.⁽⁹⁹⁾ Omdat die beginselen vaak met elkaar strijdige resultaten opleveren, zal toch een afweging moeten plaatsvinden. Op basis van de argumenten voor toepassing van het ene of het andere beginsel zal de knoop moeten worden doorgesneden.⁽¹⁰⁰⁾ De parallel met de wijze waarop de rechter hogere normen als die uit het EVRM 'toepast', zal onmiddellijk opvallen. Anderen, zoals Perelman, Esser en Alexy kennen de argumentatieleer zelfs een primaire plaats toe in de rechtsvinding.⁽¹⁰¹⁾ Alle argumenten dienen in kaart te worden gebracht en in een debat tegen elkaar te worden afgewogen.

Deze opvattingen sluiten aan bij een beeld van rechterlijke rechtsvorming waarin de rechter de stand van de rationele maatschappelijke discussie meet. Vaak ligt die stand vast in bestaande normen. In controversiële materie is de discussie echter nog volop aan de gang en om te voorspellen wat de uitkomst zal zijn waarvoor uiteindelijk instemming van allen zal kunnen worden verworven, moet de rechter de argumenten voor en tegen onderzoeken.

Het proces van redelijke argumentatie kent echter geen dwingende uitkomsten. Argumenten kunnen in veel gevallen op verschillende manieren worden afgewogen. Ook de rechter moet de maatschappelijke discussie, die niet door hem wordt nagespeeld, maar zich voor hem afspeelt, afbreken. Er bestaat in de rechtsvindingstheorieën vrijwel volledige overeenstemming over dat de rechter in moeilijke gevallen zal moeten proberen consensus te verwerven voor zijn beslissing.⁽¹⁰²⁾ In normen als art. 3:12 BW wordt tot uiting gebracht dat de rechter rekening dient te houden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Dit past eveneens goed in een beeld waarin de rechter wordt gezien als een persoon die de stand meet van de maatschappelijke discussie waarin naar consensus wordt gestreefd. De rechter zal in moeilijke gevallen die beslissing nemen, welke het beste aansluit bij de heersende rechtsovertuigingen. Die overtuigingen kunnen blijken

(99) Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977, p. 81 e.v.

(100) Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977, p. 81 e.v. meent dat de rechter daartoe op zoek moet gaan naar 'The soundest theory of rights'.

(101) Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, p. 259 e.v. met verdere verwijzingen.

(102) Verg. Bruggink, *Op zoek naar het recht*, 1987, p. 65 e.v. en p. 79 e.v.

uit in de juridische literatuur neergelegde opvattingen. De rechter zal zich mede laten leiden door de meningen die in de media naar voren worden gebracht. Zo bewerkstelligt hij dat de beslissing aanvaardbaar is voor de bevolking waaronder die rechtsopvattingen leven. In de rechtspraak van de Hoge Raad vindt men steeds vaker expliciete verwijzingen naar die rechtsopvattingen.(103)

Dat de rechter zo te werk gaat, is niet alleen een norm die hem door rechtsvindingstheorieën wordt gesteld. Zijn beroepsopvatting en het systeem waarin de rechter functioneert, bevorderen ook dat de rechter maatschappelijk aanvaardbare beslissingen neemt. De rechterlijke macht is weliswaar onafhankelijk en de rechter is niet afzetbaar, maar dat betekent niet dat er geen controle is op zijn werk. De rechter beslist meestal niet alleen, maar wordt op het juiste spoor gehouden door de medeleden van het rechterlijk college. Voor lagere rechters geldt de controle van het hoger beroep. Veel belangrijker is echter nog het feit dat zijn beslissingen worden gepubliceerd en daarmee aan kritiek komen bloot te staan. De juridische vakpers, maar in controversiële zaken vaak ook de gewone pers, bekritiseren rechterlijke uitspraken. Naar aanleiding van die kritiek kan de wetgever de rechter corrigeren.

Kritiek of het uitblijven daarvan betekent enerzijds een toets voor de rationaliteit van de afweging die aan de rechterlijke beslissing ten grondslag ligt. Anderzijds is de kritiek een middel om de rechterlijke macht te laten zien of de uitspraak instemming verwerft. In beide gevallen kan zij aanleiding vormen om de jurisprudentie te wijzigen of om op de ingeslagen weg voort te gaan. Deze mechanismen bevorderen de beroepseer van de rechter om zijn taak op zo goed mogelijke wijze uit te oefenen.

Indien men rechterlijke rechtsvorming zo bekijkt, is zij veel democratischer dan men aanneemt.(104) Indien rationele argumenten niet eenduidig in de richting van een bepaalde oplossing wijzen, tracht de

(103) Bijv. HR 9 februari 1990, NJ 91, 462 m.nt. C.J.H.B. (Staat/Van Amersfoort; HR 19 april 1991, NJ 91, 690 m.nt. P.A.S. (Bonden/Kip en Slootjes).

(104) Verg. Scheltema, Verwachtingen voor de toekomst, in: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, 1988, p. 346 e.v. en Wie stelt de wet: de wetgever of de rechter? Mededelingen KNAW 1989, 52 no. 3, p. 15.

rechter immers consensus te verwerven voor zijn beslissing. Hij meet dan evenzeer de stand van de maatschappelijke opvattingen als de wetgever dat doet. De rechter bepaalt met het geldende recht als uitgangspunt wat de, alle argumenten in aanmerking genomen, meest redelijke oplossing is die aanspraak kan maken op consensus. Hij kan dat, omdat hij onafhankelijk is, omdat hij het nemen van redelijke beslissingen die maatschappelijk worden aanvaard zijn taak acht en omdat hij door collega's, hogere rechters, pers, rechtswetenschap, wetgever en tenslotte de publieke opinie op zijn plaats wordt gehouden.

Rechtsstaat en democratie behoeven dus niet als onverenigbare grootheden te worden beschouwd, zoals in de meeste verhandelingen over toetsingsrecht gebeurt.⁽¹⁰⁵⁾ Zij zijn als het ware twee kanten van het algemene beginsel dat de maatschappij zo wordt ingericht als wordt bepaald in een open discussie op basis van een redelijke argumentatie waarin naar consensus wordt gestreefd. Het begrip rechtsstaat geeft aan dat in die discussie steeds weer resultaten worden bereikt, die in normen worden vastgelegd en dat die normen niet zonder redelijke argumenten terzijde mogen worden gesteld. Het democratische aspect is dat in de discussie steeds moet worden gestreefd naar overtuiging van allen. Wettelijke en rechterlijke rechtsvorming zijn beiden meetmethoden van de stand van de rationele maatschappelijke discussie.

Met deze constatering is echter nog niets gezegd over de onderlinge verhouding tussen beide meetmethoden. Die is het onderwerp van de volgende paragrafen.

4. Falende wetgevers en rechters

Hoewel rechtspraak en wetgeving beiden zijn te beschouwen als methoden om de stand van de maatschappelijke discussie te meten, mogen de verschillen niet uit het oog worden verloren. Beide methoden van rechtsvorming hebben hun voor- en hun nadelen. Vooral de nadelen kan men zichtbaar maken, door een vergelijking met het

(105) Verg. Prakke, Toetsing in het publiekrecht, 1972, p. 14 e.v.; Cliteur, Democratie en constitutionele toetsing, RM Themis 1990, p. 209 e.v., Is de Nederlandse wetgever ongebonden?, TvO 90, p. 244 e.v., An appeal from the people drunk to the people sober, NTB 1991, p. 10 e.v.; Koeman, Over beleid en controle, NTB 1989, p. 73 e.v.; Couwenberg, Liberale versus democratische rechtsstaat, achtergrond constitutionele toetsing, TvO 1990, p. 156 e.v.

ideaalbeeld van een machtsvrije en naar volledige consensus strevende discussie.

De beperkingen van het wetgevingsproces zijn veelbesproken. Het proces dat moet leiden tot vastlegging van de uitkomsten van een redelijke argumentatie stukt nogal eens. Soms worden bepaalde belangen ten onrechte verabsoluteerd en tot niet meer voor discussie vatbare dogma's verheven. Het parlement wordt gedwongen met bepaalde wetgevende maatregelen akkoord te gaan onder dreiging met een kabinetscrisis. Daardoor is de discussie niet langer machtsvrij en loopt de rationaliteit ervan gevaar. Tussen politieke partijen vindt geen redelijke discussie plaats over bepaalde waarden, maar geschillen worden opgelost door ruilhandel. In de wandelgangen worden compromissen gesloten en het ideaal van een openbare behandeling met uitwisseling van argumenten wordt daardoor niet verwezenlijkt.(106)

Belangrijk is ook dat de wetgever partij is bij geschillen tussen overheid en burger. De discussie, zoals die in het wetgevingsproces plaatsvindt, is dan niet altijd meer zuiver en machtsvrij. Het eigen belang van de wetgever, die maar één keer bepaalde voordelen kan weggeven, is daarvoor soms te groot.(107)

Voor oudere wettelijke regels geldt voorts dat lang niet zeker is of zij nog de actuele stand van de maatschappelijke discussie weergeven. Zij kunnen zowel door nieuwe argumenten zijn achterhaald als door een zich anders vormende meerderheidsopvatting over de wijze waarop die argumenten moeten worden afgewogen.

Rechterlijke rechtsvorming heeft zo mogelijk nog grotere beperkin-

(106) Verg. Dommering, Wetgevingsonrecht en wetsprekende rechter, *RegelMaat* 1989, p. 5; Cliteur, Democratie en constitutionele toetsing, *RM Themis* 1990, p. 213 e.v.; Kortmann, De rechter en de wet, *RegelMaat* 1988, p. 135; Stroink, De plaats van de rechter in het staatsbestel, 1990, p. 15 e.v.; zie ook de HR in r.o. 3.4 van het Harmonisatiewet-arrest (HR 14 april 1989, NJ 89, 469).

(107) Verg. Scheltema, De partijdige wetgever, 1984; Dommering, Wetgevingsonrecht en wetsprekende rechters, *RegelMaat* 1989, p. 7; Koeman, Over beleid en controle, *NTB* 89, p. 73 e.v.; Mok, Rechterlijke toetsing van wetgeving, *Duk-bundel*, 1984, p. 56 e.v.

gen.(108) De euforie over rechterlijke rechtsvorming, die in sommige geschriften doorklinkt, is ten onrechte.(109) Een individuele rechter heeft maar een beperkt blikveld en kan lang niet alle argumenten overzien. Al tracht hij nog zo goed objectieve criteria voor zijn beslissing te vinden en aan te sluiten bij de maatschappelijke opvattingen, zijn eigen opvattingen kan hij nooit helemaal wegdenken en deze bepalen op zijn minst de wijze waarop hij tegen de bestaande rechtsnormen en tegen de in de maatschappij levende opvattingen aankijkt. Anders dan een individuele volksvertegenwoordiger, die tezamen met vele andere volksvertegenwoordigers geacht wordt de maatschappelijke opvattingen te weerspiegelen, mag de rechter echter niet bij zijn eigen opvattingen te rade gaan. De rechter is bovendien meer dan de wetgever afhankelijk van anderen voor het aandragen van de argumenten en het te zijner kennis brengen van de maatschappelijke opvattingen, welke hij nodig heeft om zijn meting te kunnen verrichten. Hij heeft niet de mogelijkheden adviezen in te winnen of hoorzittingen te houden.(110)

Vaak wordt gezegd dat de rechter criteria nodig heeft om een beslissing te kunnen nemen.(111) Deze opvatting lijkt in zoverre te beperkt, dat de rechter niet noodzakelijkerwijs kant en klaar liggende en aanvaarde regels nodig heeft om te kunnen beslissen. Wel is het zo dat er geuite maatschappelijke opvattingen moeten zijn, die ook een bepaalde mate van representativiteit moeten hebben, om de rechter zijn werk te kunnen laten doen. Als er al geen aanvaarde juridische normen zijn, dan heeft hij toch immers gegevens nodig aan de hand waarvan hij kan bepalen of zijn beslissing maatschappelijk zal worden gedragen.

(108) Zie: Koopmans, De polsstok van de rechter, Van Wijnbergen-bundel, 1979, p. 101 e.v.; J.M. Polak en M.V. Polak, *Faux pas ou pas de deux?*, NILR 1986, p. 406 e.v.

(109) Donner houdt de rechter voor: 'kijkt de rechter eens over de omheining van de eigen zelfstandigheid en ziet hij de moeilijkheden waarin de andere machten rondspartelen, dan is de passende reactie niet zozeer dat hij zich op de borst gaat slaan, maar dat hij zichzelf voorhoudt: probeer het niet te mooi te maken.' (RM Themis 1989, p. 436).

(110) Verg. hierna paragraaf V.2.

(111) Koopmans, De polsstok van de rechter, Van Wijnbergen-bundel, 1979, p. 102.

5 Samenwerking tussen wetgever en rechter

De verschillen tussen en de beperkingen van beide rechtsvormingsmethoden zullen de onderlinge verhouding van wetgevende en rechterlijke macht moeten bepalen. De rechter heeft de geldende wet natuurlijk in beginsel te aanvaarden als de democratisch tot stand gekomen norm, die het beste de stand van de rationele maatschappelijke discussie weergeeft. De rechter zal echter soms de wettelijke normen kunnen actualiseren. Hij is immers ter plaatse om rechtsregels toe te passen conform de stand van de maatschappelijke discussie op het moment van beslissen. Bovendien zal de rechter in krasse gevallen corrigerend kunnen optreden, indien de meting van de stand van de rationele maatschappelijke discussie in het wetgevingsproces niet goed is verlopen.

Natuurlijk kan men de mogelijke tegenstelling op deze wijze niet geheel wegredeneren. Het is bestaanbaar dat de wetgever een bepaalde oplossing als de beste voorlopige uitkomst beschouwt, doch dat de rechter goede argumenten aan de maatschappelijke discussie kan ontleenen om deze oplossing terzijde te stellen en deze argumenten kan inpassen in één van de hem ten dienste staande vage normen, terwijl de wetgever vasthoudt aan zijn oplossing. 'Wie heeft het laatste woord?' is één van de rituele vragen uit het debat over constitutionele toetsing.

Deze vraag is met het bovenstaande nog niet beantwoord. Indien men de hier ontwikkelde gedachtengang volgt, wordt die vraag wel minder klemmend. Zowel wetgever als rechter meten immers de stand van een discussie die geacht wordt te streven naar consensus op basis van een rationele argumentatie. Als hun metingen van de stand van de maatschappelijke discussie uiteenlopen, dan zal dit, als het goed is, een tijdelijke kwestie zijn. Men mag erop hopen dat deze metingen convergeren. Bepaalde door de rechter meegewogen argumenten zullen door de wetgever ook niet kunnen worden veronachtzaamd. Kritiek op de rechterlijke beslissing zal ook aan die kant tot aanpassingen kunnen leiden.

In de huidige praktijk is die convergentie ook zichtbaar. Recente onderzoeken van onder meer Visser en Groenendijk laten zien hoe

de wetgever reageert op rechterlijke rechtsvorming.⁽¹¹²⁾ In 50% van de gevallen waarin door de rechter ontworpen rechtsregels door middel van kamervragen aan de orde worden gesteld, dringt men aan op codificatie van die rechtsregels. In 25% van de gevallen stelt men zich neutraal op en de overige 25% zijn gevallen waarin een andere norm wordt voorgesteld.⁽¹¹³⁾ Slechts een zeer klein deel van de aan de orde gestelde rechterlijke normen wordt uiteindelijk door de wetgever weer gecorrigeerd.⁽¹¹⁴⁾ Van de in de periode van 1970 tot en met 1985 ingediende wetsvoorstellen beoogde 4% jurisprudentie te overrulen. Een relatief groot deel van die wetsvoorstellen haalde het Staatsblad niet. Bij kennisname van deze cijfers moet voorts worden bedacht dat het hier ook gaat om gevallen waarin de rechter zelf wellicht het onbevredigende karakter van zijn uitspraak inziet, maar meent dat hij op basis van het geldende recht niet anders kan. De conclusie lijkt te zijn dat overrulen van jurisprudentie regelmatig voorkomt, maar niet meer dan enkele malen per jaar.⁽¹¹⁵⁾

De gevallen waarin rechterlijke rechtsvorming wordt bekritiseerd, zijn weliswaar klein in aantal, maar zij trekken wel zeer de aandacht. De rechtspraak over het gelijkheidsbeginsel is in de vakpers en daarbuiten sterk bekritiseerd.⁽¹¹⁶⁾ Dit lijkt echter geen reden om terughoudender te zijn met het toelaten van rechterlijke rechtsvorming. Dat deze soms bekritiseerde resultaten oplevert, die in sommige gevallen zelfs moeten worden gecorrigeerd, is geen deugdelijk argument, indien men aanvaardt dat de meting van de stand van het maatschappelijk debat grote praktische problemen kan opleveren, zodat het onontkoombaar is dat daarbij fouten worden gemaakt. Het gaat vaak om zeer controversiële materie waarover de maatschappelijke opvattingen nog niet voldoende zijn uitgekristalliseerd, maar waarin toch normen

(112) Visser, Het overrulen van jurisprudentie door de wetgever, *RegelMaat* 1987, p. 22 e.v.; Groenendijk, *Parlementaire reacties op rechterlijke uitspraken: democratische controle op aanvullende regelgevers*, Leijten-bundel, 1991, p. 67 e.v.; verg. ook: Koopmans, *Rechterlijk activisme in Europeesrechtelijk perspectief*, Mededelingen KNAW 1989, 52 no. 3, p. 33 over de interactie tussen wetgever en rechter in de EEG.

(113) Groenendijk, *Parlementaire reacties op rechterlijke uitspraken: democratische controle op aanvullende regelgevers*, Leijten-bundel, 1991, p. 80.

(114) Groenendijk, *Parlementaire reacties op rechterlijke uitspraken: democratische controle op aanvullende regelgevers*, Leijten-bundel, 1991, p. 82.

(115) Verg. Visser, *Het overrulen van jurisprudentie door de wetgever*, *RegelMaat* 1987, p. 22 e.v.

(116) Zie hierna par. IX.3.d.

moeten worden gesteld, omdat er nu eenmaal beslissingen moeten worden genomen. De maatschappelijke discussie wordt afgebroken, al lang voordat consensus in zicht komt. In dat type gevallen zal men moeten aanvaarden dat naar de juiste norm wordt gezocht in een trial and error proces, waarin de schaal wel eens in de ene of de andere richting zal doorslaan. Rechterlijke rechtsvorming kan eveneens de functie vervullen van een experiment indien de wetgever nog niet tot het oplossen van deze materie in staat is. De rechterlijke regelgeving over stakingsrecht en euthanasie biedt voorbeelden van geslaagde experimenten, maar er zullen ook tegenvoorbeelden zijn.

Overziet men dit alles, dan rijst de vraag of het wel nodig is de wetgever of de rechter het laatste woord toe te kennen. In de gedachten-gang dat rechterlijke rechtsvorming en wetgeving methoden zijn om de stand van de rationele maatschappelijke discussie te meten, ligt het voor de hand om beide rechtsvormers in staat te stellen de meest recente stand van de discussie in een norm te verwerken, zeker als men zich realiseert dat zowel rechter als wetgever fouten kunnen maken bij hun meting en dat er naar alle waarschijnlijkheid convergentie in hun metingen zal zitten. In hoofdstuk VII zal hierop nader worden ingegaan.

Hier verdient de rechtszekerheid nog enige aandacht. Traditioneel wordt de rechtszekerheid als belangrijk argument tegen rechterlijke rechtsvorming beschouwd. In de civielrechtelijke literatuur met name, maar ook in de staatsrechtelijke literatuur, ziet men wel dat dit argument steeds lager wordt gewaardeerd.⁽¹¹⁷⁾ Het bereiken van de meest redelijke oplossing wordt belangrijker geacht. Alleen in bepaalde rechtsverhoudingen geldt dat de rechtszekerheid soms de doorslag moeten geven.⁽¹¹⁸⁾ Zolang het zo is dat de grote massa van rechtsregels niet ter discussie staat, is het ook gemakkelijker te aanvaarden dat controversiële problemen niet in één keer worden opgelost en dat daar enige rechtsonzekerheid heerst. Indien de juridische situatie op een beperkt gebied een paar maal verandert, stelt dit het geloof van de

(117) Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, 1987, p. 97 e.v.; H. Drion, Het rechtszekerheidsargument, Pels Rijcken-bundel, 1981, p. 1 e.v.; Kortmann, De rechter en de wet, RegelMaat 1988, p. 137; Cliteur, Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing, NJB 1989, p. 1370 e.v.

(118) H. Drion, Het rechtszekerheidsargument, Pels Rijcken-bundel, p. 5 e.v. Verg. bijv. HR 2 november 1990, NJ 91, 800 m.nt. H.J.S. (Images/Van Delft).

burger in het recht niet op de proef.⁽¹¹⁹⁾ De mogelijkheid van snelle aanpassing van controversiële normen kan voorts een goede uitlaatklep zijn voor de juist op deze terreinen aanwezige emoties.

Daarbij zal wel aandacht moeten worden gegeven aan individuele rechtsposities. De juridische situatie in één bepaald geval moet op een gegeven moment definitief vastliggen. De nadelen van de rechtsonzekerheid zullen door de maatschappij moeten worden gedragen. Het is immers de maatschappij, die bepaalde problemen nog niet op een meer definitieve manier heeft kunnen oplossen en tastend en fouten makend op weg is naar een betere oplossing.

III CONSTITUTIONELE TOETSING

Toetsing van wetgeving in formele zin door de rechter is er al en krijgt op vele verschillende manieren gestalte. De rechter is een zelfstandige rechtsvormer geworden, en zijn rechtsvormende taak is in de afgelopen decennia langzaam en gestaag en in de laatste jaren versneld gegroeid. Dat is geen overdachte en gestuurde ontwikkeling geweest, maar een min of meer spontaan opgetreden verschijnsel. Er is daarom alle reden te bezien hoe de rechter die toch eigenlijk nieuwe functie van rechtsvormer optimaal kan vervullen. Dit geldt zeker indien men overweegt de rechtsvormende taak van de rechter uit te breiden, hetgeen men onvermijdelijk doet als nieuwe toetsingsmogelijkheden worden ingevoerd.

De volgende vragen zullen daarom aan de orde komen:

- a. In hoeverre is de huidige gang van zaken bij de benoeming van rechters, en met name bij de benoeming van leden van hoogste rechtscolleges als de Hoge Raad, nog aanvaardbaar nu de rechter steeds meer als zelfstandige rechtsvormer gaat optreden (hoofdstuk IV)?
- b. Kan worden gewaarborgd dat de rechter voldoende toegang heeft tot de normen van het geldende recht en de opvattingen die in de maatschappij leven, via welke hij zijn meting van de stand van de

(119) Verg. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, 1987, p. 95 e.v.

rationele maatschappelijke discussie moet verrichten? Kan worden gewaarborgd dat hij voldoende afstand houdt tot zijn eigen opvattingen (hoofdstuk V)?

- c. Is het mogelijk om de verhouding tussen wetgever en rechterlijke macht nader vorm te geven en met name om de alom wenselijk geachte rechterlijke terughoudendheid te operationaliseren (hoofdstuk VI)?
- d. In hoeverre is een verandering wenselijk in de mogelijkheden van de wetgever om rechterlijke rechtsvorming te corrigeren (hoofdstuk VII)?
- e. Is constitutionele toetsing een zo bijzondere vorm van rechterlijke rechtsvorming dat daarmee een apart rechterlijk college moet worden belast (hoofdstuk VIII)?

Nadat deze onderwerpen aan de orde zijn geweest, zal de blik in hoofdstuk IX weer zo worden gericht als in verhandelingen over het rechterlijk toetsingsrecht gebruikelijk: op de wetgever en vanuit de gedachte dat die wetgever op de vingers moet worden gekeken. Aan de orde zal komen welke toetsingsnormen nog moeten worden toegevoegd aan de al in gebruik zijnde instrumenten voor rechtsvorming tegen de wet in als besproken in paragraaf II.1. Door de daar gegeven stand van zaken samen te vatten, wordt zichtbaar waarover wij eigenlijk nog praten, als wij het hebben over het invoeren van constitutionele toetsing.

Voor wat betreft andere dan formele wetgeving is de vrijheidsstrijd van de rechter gestreden. In de willekeurtoets van het Landbouwwiegers-arrest kan in beginsel ieder type argumentatie worden ingepast. De grens ligt niet meer in de soort argumenten die reden kunnen zijn voor het opzij stellen van de wettelijke bepaling, doch uitsluitend in de terughoudendheid die de rechter in acht moet nemen bij het beoordelen van de innerlijke waarde van de wet en in zijn binding aan het geldende recht of, beter, in zijn verplichting om het geldende recht tot uitgangspunt te nemen.

Waar het gaat om wetgeving in formele zin zijn er wel grenzen aan de soorten argumentatie die tot buiten toepassing laten van de wet

kunnen leiden. Toetsing aan normen uit de Grondwet of uit het Statuut, aan algemene rechtsbeginselen en aan ongeschreven volkenrecht is niet mogelijk. Dit heeft echter nog maar beperkte gevolgen voor de rechterlijke vrijheid ten opzichte van formele wetsbepalingen, omdat er andere wegen zijn waarlangs de rechter gelijke resultaten kan bereiken.

In vermogensrechtelijke verhoudingen laten de vage derogerende normen, waarvan de redelijkheid en billijkheid de belangrijkste is, ieder type argumentatie toe om een wettelijke regel niet toe te passen. In het personen- en familierecht wordt een soortgelijke functie vervuld door art. 8 EVRM. In publiekrechtelijke verhoudingen zijn eveneens vele typen argumentatie wel toelaatbaar. De wet kan buiten toepassing worden gelaten op grond van algemene rechtsbeginselen in geval van niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden. Via hardheidsclausules en interpretatie kan de rechter vergelijkbare effecten bereiken. Indien de wettelijke bepaling zelf niet geheel duidelijk is, kan interpretatie zelfs een oplossing bieden als de bedoelde omstandigheden wel expliciet door de wetgever zijn verdisconteerd bij de totstandkoming van de bepaling.

Indien de argumenten om bepaalde wettelijke regels buiten toepassing te laten kunnen worden gepast in een verdragsnorm, kan de rechter ook tegen de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever in beslissen. Veel zwaarwegende belangen van de burger zijn beschermd door grondrechten die in verdragsnormen zijn neergelegd, zodat langs die weg veel soorten argumentatie tegen een wettelijke bepaling in stelling kunnen worden gebracht.

Het is niet meer nodig om een principiële keuze te maken voor of tegen constitutionele toetsing. De inzet is alleen nog de toetsing van éénduidige, formeel-wettelijke bepalingen, die publiekrechtelijk van aard zijn, op grond van wel expliciet bij de totstandkoming van de wet verdisconteerde argumenten, die niet op de één of andere manier zijn in te passen in één van de vele en zeer ruime verdragsbepalingen die binnen de Nederlandse rechtsorde gelden. De vraag die rest is met andere woorden: of enkele nieuwe soorten argumentaties om de wet terzijde te stellen moeten worden toegelaten, of dat zelfs een geheel vrije toetsingsbevoegdheid kan worden toegekend, zoals die in wezen al

geldt voor wetgeving in materiële zin, voor het privaatrecht en voor niet geheel eenduidige publiekrechtelijke normen.

IV BENOEMINGENBELEID

In het najaar van 1991 is de procedure van benoeming van constitutionele rechters uitvoerig in de belangstelling geweest. Een kandidaat voor benoeming in het Supreme Court werd publiekelijk aan een onderzoek onderworpen, dat zeer diep in zijn persoonlijke leven doordrong. In de Tweede Kamer kwam het benoemingenbeleid van de Hoge Raad ter sprake. Een CDA-kamerlid sprak er zijn ongenoegen over uit dat teveel leden van D'66 in de rechterlijke macht waren vertegenwoordigd.⁽¹²⁰⁾ De problematiek van de politieke invloed op benoemingen van rechters die over de uitleg van constitutionele normen beslissen, speelt niet alleen bij de benoeming van leden van de Hoge Raad, maar ook bij de benoeming van andere rechters en met name andere hoogste rechters.⁽¹²¹⁾ Hetgeen hierna wordt opgemerkt kan mutatis mutandis op andere rechtscolleges worden betrokken.

De huidige benoemingenpraktijk heeft trekken van coöptatie.⁽¹²²⁾ De Hoge Raad stelt een aanbeveling van zes kandidaten op waarin zijn voorkeur tot uiting wordt gebracht. Die aanbeveling pleegt door de Tweede Kamer te worden aanvaard. De drie eerste namen op de lijst komen ook op de voordracht van de Tweede Kamer en vervolgens wordt de eerste kandidaat door de Kroon benoemd. Men kan zich afvragen of het nodig is om dit systeem in verband met het vraagstuk van constitutionele toetsing ter discussie te stellen. Ook zonder de bevoegdheid tot toetsing aan de Grondwet te hebben, neemt de Hoge Raad veelvuldig beslissingen die mede een politiek karakter hebben en daarbij bevinden zich ook beslissingen die toetsing van de wet in formele zin meebrengen. Op die uitspraken wordt geregeld kritiek geleverd, maar die kritiek wordt zelden teruggevoerd op onevenwichtigheid in de samenstelling van de Hoge Raad. De kritiek komt dan eens van de ene en dan eens van de andere zijde. Dat de Hoge Raad in

(120) Verg. Bruinsma, Van aanbeveling naar voordracht, NJB 1991, p. 1083 e.v.

(121) De discussie is overigens al zeer oud; zie: Akkermans, De Grondwet, 1987, p. 950 met verdere verwijzingen.

(122) Verg. de discussie tussen Drion en Van Maarseveen in NJB 1991, p. 1190 e.v.

het algemeen te liberaal of te conservatief zou zijn, zijn geluiden die men eenvoudig niet hoort. In een incidenteel geval is de Hoge Raad ervan beticht te weinig oog te hebben voor de rechtspositie van de vrouw, maar deze opvatting is, als men de rechtspraak als geheel poogt te overzien, moeilijk hard te maken en werd dan ook niet algemeen gedeeld.(123)

Als men de situatie zou willen veranderen, dan is het van belang eerst na te gaan wat voor constitutionele rechter men wenst. Een uitgangspunt lijkt te zijn dat de rechter fundamentele beslissingen over de inrichting van de maatschappij neemt en dat deze beslissingen op één of andere manier democratische legitimatie behoeven. In de gedachtengang van velen kan dat niet anders dan door de samenstelling van het beslissende orgaan een afspiegeling te laten zijn van die maatschappij. Het kiesstelsel waarborgt dat het parlement zo'n afspiegeling is. Het ligt wellicht voor de hand om ook een rechterlijk college als de Hoge Raad op een dergelijke manier te doen samenstellen. Ook daar kan dan uit de 'choc des opinions' een democratische beslissing tot stand komen.

Een dergelijk systeem zal echter de neiging hebben om ook andere kenmerken met het politieke bedrijf gemeenschappelijk te krijgen. Een rechter die als vertegenwoordiger van een bepaalde politieke stroming is benoemd, zal ook door die politieke stroming ter verantwoording worden geroepen. Zijn onafhankelijkheid en het feit dat zijn bijdrage aan de beslissing in het college niet kenbaar is, vormen hiertegen wel waarborgen, maar het is de vraag of deze voldoende zijn. Als het de bedoeling is dat een afspiegeling van de opvattingen in de maatschappij wordt verkregen, doordat binnen het rechterlijk college meningen tegenover elkaar worden gezet, werkt dat in de hand dat individuele rechters meer extreme standpunten innemen om zo door geven en nemen een compromis te kunnen bereiken. Voorts ontstaat het gevaar van handjeklap: het standpunt over één controversieel onderwerp wordt ingeruild tegen dat over een ander onderwerp.

Dit afspiegelingsmodel is echter niet het enige mogelijke. Men kan het ook als de rechterlijke taak zien om beslissingen te nemen die door de

(123) Van Maarseveen, Een arrest, dat schoffert, NJB 1988, p. 819 e.v. Verg. de reacties in NJB 1988 op p. 821 en p. 1005 e.v.

maatschappij worden gedragen of tenminste worden aanvaard als de best mogelijke benadering van de consensus die op basis van redelijke argumenten over het betrokken probleem is te bereiken. Dan heeft men personen nodig die heel goed zijn in het ontrafelen van argumenten en in het meten van andermans meningen. Daar moet men dan op selecteren. De te benoemen rechters moeten een zeer grondige kennis hebben van de rechtsnormen op zeer veel terreinen. Zij moeten ook in staat zijn om de normen van het geldende recht bij te stellen in verband met veranderende opvattingen in de maatschappij.

Het tweede model van de rechterlijke houding past beter in de Nederlandse traditie. Een systeem van 'controlled conflict', zoals het Amerikaanse constitutionele recht wel wordt beschreven, lijkt voor ons land minder aangewezen.⁽¹²⁴⁾ Daarbij kan men wel opmerken dat het nu eenmaal zo is dat degene die de maatschappelijke opvattingen van anderen meet, ook zelf aan die opvattingen iets toevoegt. Omdat persoonlijke opvattingen toch altijd een rol spelen, zo kan men zeggen, is het maar beter om die persoonlijke opvattingen van te voren te verdisconteren en bij de benoemingen een rol te laten spelen.

Deze gedachtengang lijkt mij niet juist. Als men van een rechter verwacht dat hij zijn persoonlijke opvattingen uitschakelt, is het beter hem ook maar het vertrouwen te geven dat hij dat doet. Dat vertrouwen zal de rechter niet in de waagschaal stellen, omdat hij alleen een goed rechter is en aan kritiek ontkomt als hij zijn functie van onafhankelijk meter van andermans meningen goed vervult. In de juridische wereld is degene die eigen stokpaardjes berijdt al snel verdacht. Zijn opvatting wordt misschien wel meegeteld, maar hij wordt niet meer serieus genomen als het gaat om de vaststelling van hetgeen 'rechtens is', tenzij hij het vermogen toont om afstand van de eigen opvattingen te nemen. Dat mechanisme doet zijn werk wel; in combinatie met de hiervoor in paragraaf II.3 genoemde 'checks' op de rechterlijke macht.

Als men daarover anders denkt, blijft de vraag of het verdisconteren van de eigen opvattingen van de rechter bij de benoemingen wel aan politieke organen moet worden overgelaten. Het gevaar dreigt dan dat er benoemingen plaatsvinden op grond van de wens het evenwicht

(124) Verg. Tribe, *Constitutional law*, 1988, p. 66.

binnen het rechterlijk college in een bepaalde richting te verschuiven. Dan is het middel erger dan de kwaal. Als tegenwicht zullen andere rechters immers ook hun persoonlijke opvattingen in de schaal werpen.

Indien een verandering in de wijze van benoeming zou plaatsvinden, dan zou voorkomen moeten worden dat benoemingen een voorwerp worden van politieke strijd. Daartoe zou een speciaal orgaan kunnen worden ingesteld dat de benoemingen voorbereidt en als taak heeft te waken voor een evenwichtige samenstelling van het rechterlijk college voor zover dit met handhaving van de vereiste kwaliteit mogelijk is. Dit orgaan zou dan op zijn beurt verantwoording kunnen afleggen aan de volksvertegenwoordiging.⁽¹²⁵⁾

Men zou deze taak ook kunnen toebedelen aan de Hoge Raad zelf. Hij zou als orgaan periodiek verantwoording aan de volksvertegenwoordiging kunnen afleggen over zijn samenstelling. Enige informatie over de persoonlijke achtergronden en opvattingen zou dan kunnen worden verschaft, zonder dat de te verstrekken gegevens zijn terug te voeren op individuele personen. De Tweede Kamer zou bij die gelegenheid kunnen laten blijken welke wensen zij omtrent de samenstelling heeft, zoals in het verleden ook wel is gebeurd.⁽¹²⁶⁾ Voorkomen zou aldus worden dat de benoeming van een bepaalde raadsheer voorwerp wordt van een politiek debat. De ontwikkeling kan meer geleidelijk verlopen en zonder dat de volksvertegenwoordiging zich behoeft te verdiepen in de persoonlijke opvattingen en levenswijze van één individuele persoon. De informatie die de volksvertegenwoordiging daarover krijgt, zou beperkt kunnen blijven tot informatie over de beroepsmatige achtergrond. Dit alles zou dan kunnen geschieden onder de bestaande regeling van art. 118 Grondwet.

(125) Verg. de pleidooien voor de instelling van een Raad voor de magistratuur.

(126) Verg. Bruinsma, Van aanbeveling naar voordracht, NJB 1989, p. 1083 e.v.

V DE ONAFHANKELIJKHEID VAN DE RECHTER EN ZIJN INFORMATIEVOORZIENING

1 *Onafhankelijkheid*

Om optimaal te kunnen functioneren als een orgaan dat de stand van de maatschappelijke discussie meet, zal de rechter uiteraard onafhankelijk moeten zijn. Deze onafhankelijkheid is in de wetgeving gewaarborgd en wordt nog versterkt door de eisen die krachtens art. 6 EVRM worden gesteld.⁽¹²⁷⁾

Die onafhankelijkheid geldt dan echter voornamelijk de onafhankelijkheid ten opzichte van de belangen van partijen. Dat de rechter onafhankelijk staat ten opzichte van zijn eigen opvattingen is even essentieel. Dat hij die opvattingen niet laat meewegen, is wezenlijk voor de juiste vervulling van zijn taak om de stand van de maatschappelijke discussie te meten en misschien nog meer voor het vertrouwen dat in hem wordt gesteld. Dit geldt althans in een maatschappij die functioneert als de onze. Hoe de rechter zijn eigen geweten moet laten meespelen in tijden van bezetting of dictatuur is een andere kwestie. Het gevaar dat eigen opvattingen in beslissingen doorwerken, is niet heel groot. De in paragraaf II.3 genoemde factoren waarborgen dit. Aan de andere kant mag ook niet worden verheeld dat het incidenteel voorkomt, en het blijft van belang ertegen te waken.

Aanvaardt men de rechter als echte rechtsvormer, dan wordt van groter belang dat men het eens wordt over zijn wijze van rechtsvinding. Sommige rechtsvindingstheorieën werken een persoonlijke kleuring van het rechterlijk oordeel in de hand. De leer van Scholten werd hiervoor al genoemd. Ook de hermeneutiek, met zijn grote aandacht voor de wijze waarop de rechter de feiten en het recht waarneemt en bewerkt, kan worden opgevat als een aansporing het persoonlijk oordeel meer gewicht toe te kennen. Beide rechtsvindingstheorieën signaleren terecht dat er altijd een persoonlijke appreciatie van recht en feiten nodig is voor een beslissing en beogen deze te minimaliseren. De persoonlijke beslissing van de rechter wordt echter zo centraal gesteld, dat deze theorieën licht kunnen worden misverstaan.

⁽¹²⁷⁾ Verg. HR 20 februari 1991, NJ 91, 463 m.nt. M.S. over de gronden voor wraking van de belastingrechter.

Objectivering van de rechtsvinding wordt terecht vooropgesteld. Een rechter zal zich moeten blijven realiseren dat hij alleen het vertrouwen kan blijven behouden, indien hij zoveel mogelijk zoekt naar op het te berechten geval toe te passen rechtsnormen. Die normen zijn de neerslag van de al eeuwen voortdurende discussie over de optimale oplossing van maatschappelijke problemen. Het vereist soms veel arbeid om die normen op te sporen. Het meten van maatschappelijke opvattingen en het verzamelen van argumenten, indien de geldende normen niet toereikend zijn om het gegeven geval op te lossen of indien deze een onbevredigend resultaat opleveren, is zo mogelijk nog arbeidsintensiever. 'In de maatschappij staan' en 'rechtsgevoel hebben' kunnen geen substituut zijn voor deze arbeid.

2 De informatievoorziening van de rechter

De rechter zal zijn onafhankelijkheid beter kunnen bewaren naar mate hij meer objectieve aanknopingspunten heeft voor zijn beslissing. Die objectieve aanknopingspunten moeten de rechter ook worden aangereikt. De vaagheid van de normen, die zo nodig is om de rechter niet te belemmeren bij het geven van maatschappelijk aanvaardbare beslissingen, heeft hier ook een keerzijde. Zij maakt dat de jurisprudentie de neiging vertoont casuïstischer te worden en moeilijker kan dienen als precedent in volgende gevallen. Van belang is daarom dat rechtswetenschap en rechterlijke macht blijven trachten waar mogelijk scherpe normen te ontwikkelen, die de rechter als richtsnoer kunnen dienen. Die normen zullen wel eens te algemeen zijn of toch blijken niet in overeenstemming te zijn met de stand van de maatschappelijke discussie, zodat zij in bepaalde gevallen niet kunnen worden toegepast. Het moeten geen vaste en onveranderlijke waarden zijn. Het ontwikkelen van voldoende scherpe normen blijft echter van groot belang, omdat zij de rechter informatie geven over de stand van de rationele maatschappelijke discussie. Bovendien geldt dat scherpe normen een beter uitgangspunt zijn voor het voortzetten van de maatschappelijke discussie na de beslissing, dan een uitsluitend met een verwijzing naar de omstandigheden van het geval gemotiveerd oordeel.

Naarmate de rechtsvormende taak van de rechter toeneemt, is het ook van groter belang dat de bestaande rechtsnormen toegankelijk zijn voor de rechter en de justitiabelen. Het is nu niet het moment om

over uitbreiding van overheidstaken te praten, maar men kan zich wel afvragen of het systematiseren en toegankelijk houden van jurisprudentie en literatuur geheel aan de vrije markt, respectievelijk aan één marktpartij, kan worden overgelaten. De discrepantie tussen de wijze waarop wetgeving wordt gepubliceerd en de manier waarop jurisprudentie toegankelijk wordt gemaakt, schijnt soms wel erg groot.

Voorzover het gaat om beslissingen die niet op basis van bestaande rechtsnormen alleen kunnen worden genomen, zal de rechter ook toegang moeten hebben tot de opvattingen die in de maatschappij leven. Alleen als hij die informatie verkrijgt, kan hij zijn functie van het meten van de stand van de maatschappelijke discussie goed vervullen. De wijze waarop de rechter informatie vergaart, is nog in veel opzichten toegesneden op een rechter die uitsluitend door de wetgever gestelde en door andere rechters uitgelegde normen toepast. Miskend wordt zo echter dat de rechter zeer vaak de eerste is die een norm opstelt op basis van de in de maatschappelijke discussie gewisselde argumenten en de in de maatschappij levende rechtsovertuigingen.

Een eerste beletsel voor de rechterlijke informatievoorziening lijkt al te zijn weggenomen. Het sub-judicebeginsel heeft zijn beste tijd gehad.⁽¹²⁸⁾ Achtergrond van dit beginsel was dat de onafhankelijke rechter niet mocht worden beïnvloed, vooral in strafzaken waar het gevaar dreigde van publieke verontwaardiging waartegen de rechter slechts met moeite zou zijn opgewassen. Thans lijkt dit gevaar voor de aantasting van de onafhankelijkheid van de rechter minder groot. Het belang dat de rechter kennis neemt van de opvattingen in de maatschappij wordt in de rechtspraak erkend. Het EHRM heeft er in het Sunday-Times arrest op gewezen dat 'courts cannot operate in a vacuum'.⁽¹²⁹⁾ Meningsvorming over een maatschappelijk probleem dat onder de rechter is, moet worden bevorderd. Met name de appel- en de cassatierechter kunnen profiteren van het debat over juridische vragen die het onderwerp vormen van een procedure. Daarbij is het duidelijk dat de dan geuite, lang niet altijd even afgewogen meningen niet de doorslag mogen geven, maar dat de rechter zijn

(128) Mok in zijn conclusie voor het Harmonisatiewet-arrest, NJ 89, 469; Giltay Veth, De sub-judiceregel, 1980.

(129) EHRM 26 april 1979, NJ 80, 546.

onafhankelijke positie moet bewaren. Deze meningen kunnen echter wel een belangrijke indicatie vormen van de mate waarin een beslissing in een controversieel geval in de maatschappij zal worden aanvaard.

Veel van de door de rechter te beslissen vragen geven geen aanleiding tot een publiek debat. Het betreft geregeld materie die alleen voor bepaalde belangengroepen werkelijk interessant is en niet de aandacht van de media trekt. Met name in gevallen voor de beoordeling waarvan technische kennis noodzakelijk is, heeft de rechter behoefte aan meer informatie.

De civiele procedure kent de mogelijkheid deskundigenbericht te bevelen. Het deskundigenbericht kan, volgens recente rechtspraak van de Hoge Raad, mede rechtsvragen betreffen.⁽¹³⁰⁾ De regeling van het deskundigenbericht is thans ook in cassatie van toepassing.⁽¹³¹⁾ Omdat juist de Hoge Raad vaak degene zal zijn die geroepen is dit soort rechtsvragen te beantwoorden, is het wellicht denkbaar dat met technische materie verweven van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt. Daarbij moet er wel op worden gelet dat de kosten van deze deskundigen niet per definitie ten laste van partijen moeten worden gebracht. Partijen zijn er immers in vele gevallen niet op uit om principiële rechtsvragen beslist te krijgen en het is ook niet aan hen toe te rekenen dat over de oplossing van bepaalde rechtsvragen onzekerheid bestaat. De maatschappij als geheel zou in principe degene moeten zijn die de kosten van deze onzekerheid draagt.

De Hoge Raad heeft in een aantal gevallen een mogelijkheid benut die dit bezwaar niet kent. Hij verzoekt dan aan het Openbaar Ministerie om in een nadere conclusie bepaalde aspecten van de zaak nader te belichten.⁽¹³²⁾ Deze methode verdient wellicht vaker toepassing, al beschikt ook het Openbaar Ministerie bij de Hoge Raad slechts over beperkte mogelijkheden om informatie in te winnen.

De vraag is vervolgens of het ook toelaatbaar moet worden geacht, dat belangengroepen de hoogste rechter direct op de hoogte stellen

⁽¹³⁰⁾ HR 2 februari 1990, NJ 91, 1 m.nt. J.B.M.V.

⁽¹³¹⁾ Zie art. 418 Rv.

⁽¹³²⁾ Verg. Veegens-Korthals Altes-Groen, Cassatie, 1989, p. 279.

van hun zienswijze. Indien men eenmaal aanvaardt dat 'beïnvloeding' van het rechtsoordeel van de hoogste rechter via de pers nuttig is, dan is er weinig reden om een *amicus curiae* niet toe te staan. Hieraan zijn echter wel praktische bezwaren verbonden. Vragen die rijzen zijn of de hoogste rechter niet in bepaalde zaken expliciet de mogelijkheid van interventies van belangengroepen zou moeten openen en of er in de procedure geen waarborgen zouden moeten worden geschapen dat alle betrokken belangen op deze wijze worden gehoord.

Op dit moment lijkt het beter de ontwikkeling op het gebied van *amicus curiae* aan de rechter zelf over te laten. Procesrechtelijke beletselen daartegen lijken er niet te zijn. Een procedure hiervoor kan na het opdoen van enige ervaring met dit instituut worden ontworpen. Van belang is wel dat de rechter verantwoording aflegt van de niet openbare gegevens, waarvan hij gebruik maakt bij zijn beslissing, en dat partijen de gelegenheid krijgen zich over deze gegevens uit te laten. In de huidige cassatieprocedure is dat niet gewaarborgd.(133)

VI DE TERUGHOUDENDHEID VAN DE RECHTER

1 Inleiding

In paragraaf II.1 is gebleken dat in de gevallen waarin de rechter nu al toetst aan hogere normen terughoudendheid in acht wordt genomen. Deze terughoudendheid is in alle constitutionele rechtssystemen terug te vinden. Het EHRM kent de 'margin of appreciation'.(134) Het Amerikaanse constitutionele recht werkt met de doctrine van de 'judicial restraint'.(135) De Hoge Raad heeft de vereiste terughoudendheid onder meer vastgelegd in het Landbouwwiegers-arrest.(136)

Die terughoudendheid kan als basishouding niet worden gemist. Het staatsrecht wijst de wetgever aan als de belangrijkste rechtsvormer. De rechter dient in beginsel te beslissen conform de wet en het geldende recht. Hij is slechts degene die leemtes opvult, de wet actualiseert en

(133) Verg. art. 328 Rv.

(134) Zie paragraaf II.1.b.

(135) Verg. Tribe, *Constitutional law*, 1988, p. 67 e.v.

(136) HR 16 mei 1986, NJ 87, 251, m.nt. M.S.

in uitzonderingsgevallen kleine verbeteringen aanbrengt. Hij is niet degene die de leiding dient te nemen in het rechtsvormingsproces. Als algemeen beginsel zegt terughoudendheid echter weinig. Bij ingrijpende beslissingen zal men al gauw de kritiek uiten dat de rechter onvoldoende terughoudend is geweest. Ik zal proberen die terughoudendheid iets nader te omschrijven.

2 Terughoudendheid en beschikbare alternatieven

Terughoudendheid wordt vaak in verband gebracht met marginale toetsing.⁽¹³⁷⁾ Indien de aan de rechter voorgelegde wettelijke maatregel alle argumenten afwegende in redelijkheid niet zo had kunnen worden genomen, dan kan de rechter ingrijpen. Marginale toetsing kan goed worden ingepast in het hiervoor besproken beeld dat de rechter de stand van de rationele maatschappelijke discussie meet. Aan de rechter wordt een door de wetgever verrichte meting van de stand van de maatschappelijke discussie voorgelegd. Om te kunnen ingrijpen, zal de rechter werkelijk moeten kunnen zeggen dat zijn meting de stand van de maatschappelijke discussie beter weergeeft. Dat zal hij maar zelden kunnen. De wijze waarop argumenten worden afgewogen, zal in veel gevallen niet op rationele gronden kunnen worden verbeterd. De wetgever benadert de te bereiken consensus vaak door een meerderheidsbeslissing. Het zal voor de rechter zelden aantoonbaar zijn dat zo'n meerderheidsbeslissing niet de juiste wijze is om de naar consensus strevende discussie af te breken.

Marginale toetsing is een beoordeling van de kwaliteit van de beoordeelde maatregel. Of een rechter zal mogen ingrijpen, hangt echter mede af van de aanwezigheid van alternatieven voor de beoordeelde maatregel. De afweging die is gemaakt, kan moeilijk onredelijk worden geacht, zonder dat er een andere maatregel is, die alle argumenten voor en tegen gewogen, een betere kans maakt de deelnemers aan de maatschappelijke discussie als redelijk te overtuigen. Heel veel wetgeving komt op die grond al niet voor terzijdestelling in aanmerking. Voor bijvoorbeeld de normen die het opleggen van gevangenisstraf mogelijk maken, is er, ondanks alle kritiek die men daarop kan hebben, geen beter alternatief aanwijsbaar.

(137) Zo: Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, 1987, p. 115 e.v.

De gedachte dat naar alternatieve maatregelen moet worden gekeken, vindt men terug in het subsidiariteitsvereiste, zoals ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie op art. 36 EEG-Verdrag. Zij ligt ook besloten in de eis van 'noodzakelijkheid in een democratische samenleving' van art. 8-11 EVRM. In deze normen is de subsidiariteits-eis echter een eis aan de wetgever: hij moet het niet kunnen doen op een andere manier waaraan minder nadelen zijn verbonden. Het is ook een eis die de rechter als rechtsvormer aan zichzelf moet stellen: kan het rechterlijk ingrijpen tot een oplossing leiden die de stand van de rationele maatschappelijke discussie beter weergeeft? In andere gevallen is buitenwerkingstelling van een wettelijke regel zinloos.

3 Andere indicaties voor rechterlijk ingrijpen

Aan het voorafgaande zijn ook een aantal andere aanwijzingen te ontleenen voor het overwegen van rechterlijke bijstelling of correctie van wettelijke normen. Met behulp van deze indicaties kan het zeer vage criterium van rechterlijke terughoudendheid nog iets verder worden ingevuld.

a. De rechter zal zijn terughoudendheid eerder kunnen laten varen, indien de wettelijke bepaling die in geschil is lang geleden tot stand is gekomen. Dan zal immers eens te meer de vraag gerechtvaardigd zijn of zij de actuele stand van de maatschappelijke discussie nog wel weergeeft en actualisering van de norm zal eerder noodzakelijk zijn.

b. Ook zal eerder de mogelijkheid bestaan voor rechterlijk ingrijpen, indien de totstandkoming van de wettelijke bepaling laat zien dat de discussie, die in het kader daarvan heeft plaatsgehad, niet 'machtsvrij' was. Indien de argumenten over en weer niet op een vrije manier zijn gewogen, doch in de discussie elementen een rol hebben gespeeld die niet in de besluitvorming over de norm zouden mogen meewegen, zoals een machtswoord van de regering, dan is de in het wetgevingsproces 'nagespeelde' discussie immers niet zonder meer te vertrouwen als meting van de stand van de rationele discussie in de maatschappij.

c. Een volgende aanwijzing is dat het gaat om maatregelen waarbij de wetgever zelf als partij is betrokken. Bij het toekennen of intrekken van vermogensrechtelijke aanspraken van de burger op de overheid is de wetgever partij. Wetgeving is dan minder betrouwbaar als meting

van de stand van de maatschappelijke discussie. Het beginsel van toegang tot een onafhankelijke rechter dat ten grondslag ligt aan art. 6 EVRM wordt dan bovendien van extra belang.⁽¹³⁸⁾

d. Een indicatie voor het laten varen van terughoudendheid is ten slotte dat de te regelen materie nieuw is. Juist in geval van nieuw terrein zal nog moeten worden gezocht naar de voorlopig juiste en beste oplossing. Wellicht zijn nog niet alle argumenten bekend. De discussie moet nog op gang komen. De meningen zijn nog niet uitgekristalliseerd. De gevolgen van de maatregel in de praktijk kunnen nog niet precies worden overzien. Een eerste meting van de stand van de maatschappelijke discussie zal dan vaak onvolkomen zijn.

Op het eerste gezicht lijkt het wellicht of rechterlijk ingrijpen in vrijwel iedere situatie geïndiceerd is. Dit is echter niet het geval. Veel wetgeving, denk bijvoorbeeld aan wetgeving op sociaal-economisch terrein, wordt jaar in jaar uit door de wetgever zelf geactualiseerd. De maatschappelijke discussie wordt zeer intensief gevoerd en wetgeving is dan een zeer betrouwbaar meetinstrument van de stand van de maatschappelijke discussie.

4 Het overlaten van keuzes aan de wetgever

Terughoudendheid is geboden bij het buiten toepassing laten van bestaande wettelijke normen. Een andere vraag is in hoeverre terughoudendheid van de rechter gewenst is in die gevallen waarin de wetgever nog geen keuze voor de oplossing van een maatschappelijk probleem heeft gemaakt. In een aantal gevallen heeft de Hoge Raad beslist dat een bepaalde wettelijke regel in strijd is met een verdragsnorm. Aan deze strijdigheid werden echter geen consequenties verbonden, omdat er verschillende mogelijkheden zijn om het bedoelde probleem op te lossen op een manier die wel verenigbaar zou zijn met die norm.⁽¹³⁹⁾

Er is hier niet iets wezenlijk anders aan de hand dan dat er een leem-

(138) Verg. echter r.o. 3-7 van het Harmonisatiewet-arrest (HR 14 april 1989, NJ 89, 469). Het beroep van de LSVb op art. 6 EVRM sneuvelde ook in Straatsburg.

(139) Bijv. HR 16 november 1990, NJ 91, 475 (Ontkenning vaderschap staande huwelijk).

te in de wet overblijft, nadat men constateert dat de oude regel in strijd komt met de hogere norm. In geval van een leemte in de wet maakt de rechter veelvuldig voor de maatschappij zeer belangrijke keuzes. Op basis van de zorgvuldigheidsnorm van art. 1401 BW (oud) heeft de Hoge Raad bij zwijgen van de wetgever een heel stelsel van aansprakelijkheidsnormen gevormd. Omdat de wetgever deze problemen niet kon of wilde oplossen, is controversiële materie als het stakingsrecht en euthanasie voorlopig door de rechter tot een oplossing gebracht. Politiek gevoelige kwesties als de mate van ontslagbescherming en de normen voor alimentatie vinden voornamelijk in de rechtspraak hun regeling. Deze ontwikkeling wordt weliswaar in de praktijk aanvaard en als onafwendbaar gezien, doch toch nog altijd als onwenselijk ervaren.

In de lijn van het hiervoor betoogde, ligt dat er geen bezwaar tegen is dat de rechter deze leemten opvult. Rechterlijke rechtsvorming is niet ondemocratisch. Rechterlijke rechtsvorming biedt de mogelijkheid van een geleidelijke ontwikkeling. Het is een goede methode van meting van de stand van de maatschappelijke discussie. Deze methode kan vooral ook zijn diensten bewijzen op momenten dat die discussie nog onvoldoende is uitgekristalliseerd. Het is dan vaak politiek onmogelijk om tot wetgeving te komen. Dat wordt wel gezien als onmacht van de politiek, maar men kan het ook beschouwen als een zinvolle taakverdeling. De rechter kan tastend en zoekend op zoek gaan naar de juiste norm. Zijn voorlopige beslissing kan als katalysator dienen voor de maatschappelijke discussie. De wetgever kan van deze kennis profiteren en een betere meting verrichten wanneer de discussie verder is gevorderd.

Een op zichzelf al doorslaggevende reden voor het mogelijk achten van rechterlijke rechtsvorming op dit soort terreinen, is dat er nu eenmaal geschillen op deze gebieden rijzen die moeten worden beslist. Het klinkt neutraal om de oplossing aan de wetgever over te laten, maar dat is het in een geschil nooit. Het betekent dat de partij die in de bestaande situatie 'goed zit' het gelijk aan zijn zijde krijgt. Dat is een toevallige omstandigheid, die niet in relatie staat tot de rechtvaardigheid van die oplossing.

Eén en ander geldt ook voor de situatie die ontstaat, indien een wetsbepaling in strijd met een constitutionele norm blijkt te zijn. Daarbij

kan het zo zijn dat zich meerdere, op het eerste gezicht min of meer gelijkwaardige, mogelijkheden voordoen om het bedoelde maatschappelijke probleem op te lossen. Een keuze door de rechter is ook dan in beginsel gerechtvaardigd. Het voorlopige en soms zelfs experimentele karakter van rechterlijke rechtsvorming kan dan weer tot uiting komen. Indien de wetgever, nadat de rechterlijke oplossing in de praktijk is toegepast, deze rechterlijke oplossing niet langer wenst te aanvaarden, kan hij deze altijd door een andere vervangen.

Reden voor terughoudendheid bij het maken van een keuze kan er wel zijn in gevallen waarin een wettelijke oplossing in zicht is.⁽¹⁴⁰⁾ Het is dan niet wenselijk dat het wetgevingsproces wordt doorkruist. Deze oplossing van afwachten dient echter zo min mogelijk te worden toegepast.⁽¹⁴¹⁾ De betrokken partijen komen daardoor immers in een situatie te verkeren, waarvan op grond van strijd met de hogere norm zeker is dat zij niet met het recht in overeenstemming is. Hun belangen worden als het ware ten achtergesteld bij het belang dat geleidelijk wordt gezocht naar een juiste oplossing van het bewuste maatschappelijke probleem, en dat niet in korte tijd teveel verschillende oplossingen in opeenvolgende normen worden neergelegd. Dit behoort slechts in uitzonderingsgevallen te geschieden.

5 De polsstok van de rechter

De hiervoor bedoelde rechtspraak waarin de Hoge Raad de keuze aan de wetgever laat, wordt wel in verband gebracht met een andere reden voor het overlaten van rechtsvorming aan de wetgever. De rechter heeft niet dezelfde mogelijkheden tot normstelling als de wetgever. Hij kan bijvoorbeeld geen handhavingsapparaat of sancties instellen.⁽¹⁴²⁾ Dit bezwaar tegen rechterlijke rechtsvorming moet men echter goed onderscheiden van het bezwaar dat de rechter bepaalde politieke keuzes zou moeten maken.

Op zichzelf is juist dat de rechter niet in staat is om een heel nieuw

(140) Verg. HR 12 oktober 1984, NJ 85, 230 m.nt. G (Nationaliteitsrecht).

(141) De lezer oordele: w.o. 20626 waarop de Hoge Raad heeft gewacht in HR 16 november 1990, NJ 91, 475 dateert van 4 juli 1988. Een voorontwerp werd al in 1981 gepubliceerd. Het laatste wetgevingsstuk is (stand december 1991) de MvA d.d. 5 juli 1991.

(142) Verg. Koopmans, De polsstok van de rechter, Van Wijnbergen-bundel, 1979, p. 101 e.v.

stuk regelgeving in zijn uitspraken neer te leggen, inclusief sancties, een vergunningen- en ontheffingsstelsel en een controle-apparaat. De rechter zal hier echter vrijwel nooit aan toe behoeven te komen. Zijn taak is immers niet meer dan het bijstellen en actualiseren van normen. Hij zal steeds nauw aansluiting zoeken bij de bestaande normen, omdat die nu eenmaal in beginsel worden geacht de stand van de discussie juist weer te geven. In bijna alle gevallen waarin verdere rechtsontwikkeling door de rechter geboden is, zal inpassing in bestaande wettelijke kaders daarom mogelijk zijn. Indien men de uitspraken van de afgelopen jaren beziet waarin de Hoge Raad keuzes aan de wetgever overlaat, kan men niet aan de indruk ontkomen dat inpassing in het bestaande recht mogelijk was geweest, doch dat het meer reverentie ten opzichte van de wetgever was, die de Hoge Raad tot terughoudendheid deed besluiten.⁽¹⁴³⁾ Dit beeld wordt bevestigd door vergelijking met rechtsgebieden waar de Hoge Raad wel keuzes heeft gemaakt.⁽¹⁴⁴⁾ De inhoud van de door de Hoge Raad bij deze gelegenheden gestelde normen is wellicht voor discussie vatbaar, doch de wijze waarop de inpassing in het bestaande recht heeft plaatsgevonden moet men los daarvan zien. Aanwijzingen dat de spankracht van rechterlijke rechtsvorming op dat punt is overschreden, zijn er niet.

Voorbeelden daarvan worden wel eens geput uit de Amerikaanse constitutionele rechtspraak. Vaak wordt de rechtspraak over het opheffen van de rassenscheiding door middel van 'busing' als voorbeeld aangehaald van rechterlijke rechtsvorming die te ver is doorgeschooten.⁽¹⁴⁵⁾ Men kan zich echter afvragen of het hier gaat om de spankracht van rechterlijke regelgeving, danwel om de spankracht van regelgeving in het algemeen. Indien de bewuste normen wettelijke normen waren geweest, zouden zij naar alle waarschijnlijkheid soortgelijke uitvoeringsproblemen en weerstanden hebben opgeroepen.

6 Terughoudendheid en overheidsfinanciën

Een onuitgesproken argument tegen rechterlijke toetsing is dat het wel

(143) Bijv. HR 16 november 1990, NJ 91, 475.

(144) Verg. voor een overzicht van het door de Hoge Raad geschapen familierecht De Langen, Preadvies NJV 1990, p. 89 e.v.; zie ook uitspraken als HR 20 februari 1991, NJ 91, 463 m.nt. M.S. (wrakingsgronden).

(145) Koopmans, De polsstok van de rechter, Van Wijnbergen-bundel, 1979, p. 105.

eens geld kan kosten. Toetsing zou een inbreuk kunnen betekenen op de vrijheid van de overheid haar eigen financiën in te richten op een manier die haar goeddunkt. Dit is een probleem dat in het debat over constitutionele toetsing bespreking verdient en niet aldus kan worden afgedaan dat de rechter nu eenmaal 'Het Recht' toepast en dat de wetgever zich daaraan heeft te houden.

Financiële consequenties zal het toetsingsrecht vooral daar hebben waar de burger van de rechter aanspraken op uitkeringen krijgt toegekend, die de wetgever hem wil onthouden. Duidelijk is dat dit niet alleen maar kan gebeuren als uitvloeisel van het toetsingsrecht. Ook de uitleg van wetbepalingen door de rechter kan grote financiële gevolgen hebben. Bedacht moet wel worden dat een rechterlijke uitspraak in de huidige constellatie zelden aanspraken voor bepaalde groepen burgers zal creëren, die voor onbepaalde tijd doorlopen. Aanspraken van de burger op de overheid volgen, naar de huidige stand van de rechtspraak, niet rechtstreeks uit enig grondrecht. Het recht op bestaanszekerheid wordt bijvoorbeeld niet uitgelegd als inhoudende een recht op een minimum-uitkering. Andere sociale grondrechten houden evenmin minimum-rechten in. Men kan niet uitsluiten dat de rechtspraak zich hier verder ontwikkelt, maar indien men voor ogen houdt dat sociaal-economische regelgeving bij uitstek het terrein is waar de wetgever goede metingen verricht van de stand van de rationele maatschappelijke discussie, dan is bijzonder onwaarschijnlijk dat de rechter ooit zal kunnen zeggen dat een minimum-uitkering behoort te worden toegekend die ligt boven het wettelijke niveau.

Wat wel kan gebeuren, en wat ook al veelvuldig gebeurt, is dat de rechter bepaalde gaten in de betrokken wetgeving opvult met behulp van het gelijkheidsbeginsel of door middel van wetsuitleg. Voorts zal de rechter, indien men toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel zou invoceren, een zekere controle kunnen uitoefenen op de wijze waarop uitkeringen worden beëindigd of verminderd. Deze beslissingen beïnvloeden weliswaar de financiële positie van de overheid op korte termijn, maar op langere termijn kan de overheid steeds haar eigen beleid blijven bepalen. Het rechtszekerheidsbeginsel heeft naar zijn aard slechts invloed op overgangsmaatregelen.

De positie van de overheid is niet anders dan die van een grotere on-

derneming, die eveneens in beginsel vrij is haar eigen beleid te bepalen, doch rechtsverhoudingen met derden niet plotseling kan afbreken en praktisch maar ook rechtens een zekere verplichting heeft werknemers en andere contractspartners gelijk te behandelen. Steeds meer auteurs wijzen op de parallellen tussen het privaatrecht en het publiekrecht.⁽¹⁴⁶⁾ In het privaatrecht geldt enerzijds dat men zich in beginsel niet op financieel onvermogen kan beroepen. Anderzijds geldt dat normen zijn ontwikkeld die een goede afweging mogelijk maken tussen de belangen van degene wiens aanspraken worden beëindigd en degene ten wiens laste die aanspraken komen. Het is aannemelijk dat die normen ook kunnen worden ontwikkeld voor de beëindiging van de relatie tussen de overheid en haar wederpartijen, in aanmerking nemende dat die wederpartijen vaak zwakkere groepen zijn die enige extra bescherming behoeven als zij zich hebben ingesteld op de wijze waarop de overheid zich in het verleden hun belangen heeft aangetrokken.

De financiële gevolgen van rechterlijke uitspraken kunnen overigens beperkt worden gehouden, indien de samenwerking tussen wetgever en rechter goed verloopt. Een alerte wetgever, prospectieve overruling en beperking van de terugwerkende kracht van uitspraken kunnen daartoe belangrijke middelen zijn. Preadviseur Koopmans gaat daar nader op in.

VII CONTROLE VAN DE WETGEVER OP DE TOETSINGSRECHTER

1 *Inleiding*

In de discussie over constitutionele toetsing is tot nu toe weinig aandacht besteed aan de keerzijde van het rechterlijke toetsingsrecht. Het machtsevenwicht tussen wetgever en rechter, indien men in die termen wil spreken, wordt mede bepaald door de mogelijkheden die de wetgever heeft om beslissingen van de rechter over de inhoud van constitutionele normen terzijde te stellen.

De gedachte dat de rechter slechts tot taak heeft absolute en onver-

(146) Verg. bijv. Huygen, Aansprakelijkheid voor de overheid, graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht, 1991.

vreemdebare grondrechten te bewaken, lijkt niet meer adequaat als omschrijving van het fenomeen van constitutionele toetsing. Alleen in die naar mijn mening achterhaalde gedachte kan men verdedigen dat de rechter het laatste woord heeft. Een rechter die op basis van constitutionele normen wettelijke regels actualiseert en in uitzonderingsgevallen verbetert, moet echter ook weer kunnen worden gecorrigeerd.

Een extra reden daarvoor is dat de wetgever zelf kan bepalen wanneer hij normen wijzigt, al komt hij daaraan niet steeds tijdig toe. De rechter is echter volledig afhankelijk van de aan hem voorgelegde zaken om normen te kunnen aanpassen. Bereidheid tot het terugkomen op de eigen eerdere uitspraken, zoals die duidelijk aanwezig is bij de Hoge Raad, is dus niet voldoende om de flexibiliteit van het normenstelsel te waarborgen.⁽¹⁴⁷⁾ De stand van de maatschappelijke discussie moet steeds weer opnieuw kunnen worden gemeten.

2 Huidige situatie

Zoals in paragraaf II.5 bleek, bestaat er nu al een zekere wisselwerking tussen rechterlijke en wettelijke rechtsvorming. Slechts in uitzonderingsgevallen leidt dit tot correctie van de door de rechter gevormde regels, doch dit komt voor. Voor wat betreft veel van de in paragraaf II.1 besproken vormen van rechterlijke rechtsvorming bestaat de mogelijkheid van correctie door de wetgever zonder dat een speciale procedure moet worden gevolgd. Rechtsregels die voortvloeien uit de interpretatie van een wettelijke bepaling, uit de buitenwerkingstelling daarvan, uit een bepaalde toepassing van de redelijkheid en billijkheid, uit de toepassing van een hardheidsclausule, of uit een beslissing over de onrechtmatigheid van een bepaalde wettelijke regel kunnen door de wetgever zonder meer worden gewijzigd.

Leidt de rechter uit de Grondwet via interpretatie een bepaalde regel af, dan bestaat de mogelijkheid van grondwetswijziging, al is dit een vrij moeizaam en soms langdurig proces.

De mogelijkheid van terzijdestelling door de wetgever van regels door de rechter afgeleid uit verdragen is echter uiterst gering. Verdragen

⁽¹⁴⁷⁾ Zie bijv. HR 10 november 1989, NJ 90, 628 m.nt. E.A.A.L. en E.A.A.

kunnen alleen door de verdragspartners gezamenlijk worden gewijzigd.⁽¹⁴⁸⁾ Het zal zelden voorkomen dat zulks gebeurt naar aanleiding van rechtspraak over het verdrag. Meestal bestaat de mogelijkheid van opzegging, maar opzegging is wel een erg sterk middel om de kracht aan een rechterlijke uitspraak te ontnemen, omdat daarmee de binding aan het gehele verdrag komt te vervallen. Bovendien is opzegging van verdragen vaak alleen op bepaalde tijdstippen mogelijk.

Voor verdragen die binnen internationale organisaties tot stand komen en voor besluiten van die internationale organisaties geldt dat aanpassing door politieke organen iets gemakkelijker is. Van samenwerking tussen EEG-wetgever en Hof van Justitie kan men wel spreken, al lijkt de interactie tussen wetgever en rechter binnen de Nederlandse rechtsorde intensiever.⁽¹⁴⁹⁾

Algemene rechtsbeginselen worden in de rechtspraak ontwikkeld. De Grondwet kent geen mechanisme tot aanpassing van algemene rechtsbeginselen. Aangenomen moet echter worden dat de grondwetgever de bevoegdheid heeft om expliciet te bepalen dat een bepaald algemeen rechtsbeginsel niet geldt in de Nederlandse rechtsorde of daaraan een bepaalde werking te ontnemen.⁽¹⁵⁰⁾

Voor wat betreft het ongeschreven volkenrecht geldt dat de mogelijkheid van controle door politieke organen, evenals voor interpretaties van verdragen, uitermate gering is.

3 *Eventuele wijzigingen*

Constitutionele toetsing geschiedt vaak in controversiële zaken. Een meting van de stand van de maatschappelijke discussie door de wetgever wordt, indien men toetsing aan de Grondwet mogelijk maakt, vervangen door een meting door de rechter, die daartoe aanknoopt bij een grondwettelijke bepaling. De procedure van grondwetswijziging lijkt erg zwaar voor een correctie van rechterlijke rechtsvorming

(148) Zie art. 40 en 41 Weens Verdragenverdrag.

(149) Verg. Koopmans, Rechterlijk activisme in Europeesrechtelijk perspectief, Mededelingen KNAW 1989, 52 no. 3, p. 33 e.v.

(150) Anders Van Poelgeest, Toetsing van de wet aan de Grondwet in Nederland, Proadvies Ver. voor verg. van het recht van België en Nederland, 1991, p. 24.

door de wetgever, zeker als men bedenkt dat het hoogst zelden zal voorkomen dat constitutionele rechten in de kern worden aangetast, en dat het meestal zal gaan om de bepaling van de reikwijdte van die rechten, waarover men sterk van mening kan verschillen. Het verdient dus overweging om de procedure van grondwetswijziging te vereenvoudigen.⁽¹⁵¹⁾ Een speciale vereenvoudigde procedure zou mogelijk kunnen worden gemaakt voor de terzijdestelling van normen als aanvaard in rechterlijke uitspraken, die in hoogste instantie zijn gewezen. De procedure zou wel zwaarder moeten zijn dan die voor gewone wetgeving. Gedacht zou kunnen worden aan een verenigde vergadering van beide kamers der Staten-Generaal of een versterking van de positie van de Raad van State in het wetgevingsproces.⁽¹⁵²⁾ Voor aanpassing van het Statuut zijn soortgelijke mechanismen denkbaar. Of men de procedure van grondwetswijziging voor deze gevallen minder zwaar kan maken, hangt wel af van de wijze waarop de politieke organen met deze bevoegdheid zullen omgaan. Wordt het wijzigen van de Grondwet onderdeel van een politiek spel waarin onvrede over de rechterlijke uitspraak een doorslaggevende rol speelt, of zal men in staat zijn om voldoende afstand te bewaren?

Een andere mogelijkheid, die beter in het huidige stelsel past en daarom aantrekkelijker lijkt, is dat men de regels voor grondwetswijziging ongewijzigd laat en deze voor uitzonderingsgevallen achter de hand houdt. Grondwetswijziging in verband met een bepaalde interpretatie van een grondrecht door de rechter zou in ieder geval geen taboe moeten zijn. Voor het overige laat men de controle op de toetsende rechter gestalte krijgen, doordat de wetgever een nieuwe wet aanneemt over dezelfde materie. In veruit de meeste gevallen zal de wetgever deze wet zo kunnen formuleren en toelichten dat geen rechtstreekse strijd ontstaat met de uitspraak van de rechter over de grondwetbepaling. De wetgever zal de oplossing in een iets andere richting moeten zoeken of er blijk van kunnen geven dat hij bepaalde argumenten als door de rechter benadrukt, nu bij de totstandkoming van de bepaling heeft laten meewegen.

(151) Verg. de discussie daarover in de loop der tijden als beschreven door Akkermans, *De Grondwet*, 1987, p. 1101 e.v.

(152) Verg. de in het verleden door staatscommissies gedane voorstellen (zie Akkermans, *de Grondwet*, 1987, p. 1102).

Het verdient wel aanbeveling om de procedure van wetgeving voor deze gevallen iets te veranderen. Indien duidelijk is dat een bepaalde wettelijke regel op gespannen voet zou kunnen staan met een grondwettelijke bepaling, omdat dezelfde materie kort tevoren in constitutionele rechtspraak aan de orde is geweest, zou een verzwaarde adviesprocedure kunnen gelden, een procedure waarin de minister van Justitie mede verantwoordelijk wordt voor de nieuwe wet en/of een procedure waarin deze controversiële materie, bijvoorbeeld in het kader van hoorzittingen, extra onder de aandacht van het publiek wordt gebracht, opdat zowel voor het juridische forum als overigens in de maatschappij een discussie met voldoende diepgang over deze materie plaatsvindt.

Veel zal daarbij afhangen van de manier waarop de rechter vorm geeft aan zijn beslissing. Indien de wettelijke bepaling buiten toepassing wordt gelaten op grond van een zeer algemene regel die uit de Grondwet wordt afgeleid, zal die algemene regel de wetgever in veel toekomstige gevallen aan banden leggen. Indien de beslissing meer op de omstandigheden van het geval wordt toegesneden, zal het voor de wetgever gemakkelijker zijn om een wel met het grondrecht verenigbare oplossing te kiezen. Hier is echter wel een spanning aanwezig met de in paragraaf V.2 besproken noodzaak om algemene normen te ontwikkelen. De oplossing van dit probleem zal wellicht zo moeten worden gevonden, dat de rechter weliswaar concrete normen tracht te geven, doch de gelding daarvan tracht te beperken tot een bepaald gebied van het recht. Hij, en dat geeft weer aan hoezeer het model van toepassing van hogere normen is verouderd, zal dan subnormen moeten trachten op te stellen en geen al te algemene regels moeten 'afleiden' uit de grondwetsbepaling, waarvan de consequenties niet vallen te overzien.

Samenwerking tussen wetgever en rechterlijke macht is in ieder geval onontbeerlijk. Het conflictmodel waarin steeds maar wordt benadrukt hoe de wetgever faalt en hoe de rechter zich met zaken des wetgevers bemocit, is een heilloze weg. Wetgever en rechterlijke macht moeten zich realiseren dat zij ieder op eigen wijze bouwen aan hetzelfde rechtssysteem en daarbij in grote mate hetzelfde doel nastreven. Zij doen er ook goed aan te blijven bedenken dat er nog andere wetgevers en rechters aan het systeem timmeren: het EHRM, de EEG-wet-

gever en het Hof van Justitie bijvoorbeeld, en dat ook daarom alleen samenwerking het motto kan zijn en niet een strikte taakafbakening.

Dit samenwerkingsmodel brengt ook mee dat de wetgever, net als de rechter, niet het allerlaatste woord dient te hebben. De rechter moet de mogelijkheid behouden om ook wetgeving die een reactie vormt op een eerdere rechterlijke uitspraak weer terzijde te stellen. De convergentie die op moet treden, indien wetgever en rechter hun metingen van de stand van de maatschappelijke discussie zorgvuldig verrichten, zal de uiteindelijke oplossing moeten brengen.

Controle van politieke organen op constitutionele rechtspraak over verdragsbepalingen verdient in internationaal verband de aandacht. De alom bepleite versterking van de democratie in internationale organisaties is ook om deze reden van belang. Binnen de Raad van Europa is het mogelijk bepalingen uit het EVRM te wijzigen en daar zal het wellicht in de toekomst wel eens toe moeten komen, indien de rechtspraak van het EHRM in een bepaalde richting doorschiet. In de wetgevende organen van de EG kan een verdragswijziging worden voorbereid, indien een bepaling uit het EEG-Verdrag een uitleg zou krijgen die uiteindelijk onaanvaardbare gevolgen heeft. Wil men rechterlijke rechtsvorming de ruimte kunnen geven, dan moet ook hierop geen taboe rusten.

Ook in eigen land is een zekere mate van correctie door de wetgever mogelijk. De rechtspraak van het EHRM, en ook die van de Hoge Raad op het EVRM, pleegt zeer te worden toegesneden op het be-rechte geval. Dit betekent dat de wetgever in veel gevallen voldoende speelruimte zal hebben om, bij onverbindendheid van een wettelijke bepaling, met een alternatief te komen dat niet rechtstreeks tegen de constitutionele rechtspraak ingaat.

Vanwege het vage karakter van algemene rechtsbeginselen en de moeilijke vaststelbaarheid van het ongeschreven volkenrecht zal voor deze normen gelden dat a fortiori aandacht nodig is voor de mogelijkheid om de rechter te corrigeren. Indien toetsing aan deze normen wordt toegestaan dan zal, naast de mogelijkheid om met nieuwe wetgeving te komen die zich wel met deze normen verhoudt, ook de mogelijkheid van wijziging van deze normen langs wetgevende weg mogelijk moeten zijn.

Voor algemene rechtsbeginselen geldt dat grondwetswijziging het ultimum remedium kan zijn. Voor het ongeschreven volkenrecht is de manier waarop parlementaire controle gestalte moet krijgen een nog niet goed oplosbaar probleem. De rechter zal daarom uiterst terughoudend moeten zijn bij eventuele toetsing aan het ongeschreven volkenrecht. Dat de rechter hier feitelijk het laatste woord heeft is wellicht zelfs een doorslaggevende reden om toetsing aan het ongeschreven volkenrecht voorlopig niet in te voeren.

VIII EEN APARTE TOETSINGSRECHTER?

1 Preventieve toetsing

Indien de rechter een verdergaande toetsingsbevoegdheid zou verkrijgen, rijst de vraag welk systeem van rechterlijke toetsing de voorkeur verdient. Preadviseur Koopmans gaat hier dieper op in. Ik volsta met enige opmerkingen die verband houden met het hiervoor geschetste beeld van constitutionele toetsing.

Het in het Franse recht bestaande stelsel van preventieve toetsing lijkt voor het Nederlandse rechtssysteem niet wenselijk. Vele vormen van toetsing van wetgeving zijn wel aan de gewone rechter overgelaten en het lijkt niet wel denkbaar dat toetsing aan het EVRM, of zelfs toepassing van de redelijkheid en billijkheid en interpretatie van wetsbepalingen aan een semi-politiek orgaan als de Franse Conseil Constitutionnel zou kunnen worden opgedragen. Toetsing bij voorbaat is op zich zinvol en geschiedt, zij het op niet-bindende wijze, door de Raad van State. Zij moet echter haar complement vinden in toetsing van wetgeving in de praktijk. Dit is in eerste plaats noodzakelijk omdat de wetgeving ook moet worden toegepast op onvoorziene gevallen.⁽¹⁵³⁾ In de tweede plaats moet het mogelijk zijn om in uitzonderingsgevallen de wettelijke regel niet toe te passen ten faveure van een regel die de stand van de maatschappelijke discussie op het moment van beslissen beter weergeeft.

(153) Stroink, De plaats van de rechter in het staatsbestel, 1990, p. 29 e.v.; zo ook: Flinterman en De Winter, Een 'Court-packing plan' voor Nederland?, NJB 1990, p. 629.

2 *Geconcentreerde toetsing*

In de recente literatuur over het toetsingsrecht is vaak voorgesteld om één rechterlijk college, meestal wordt de Hoge Raad genoemd, met de toetsing aan de Grondwet te belasten. Indien een lagere rechter te maken zou krijgen met een rechtsvraag die de toepassing of de uitleg van de Grondwet betreft, zou deze vraag aan de Hoge Raad moeten worden voorgelegd. De Hoge Raad zou dan deze rechtsvraag moeten beantwoorden en daarna zou de procedure worden voortgezet.⁽¹⁵⁴⁾

Deze oplossing biedt het voordeel van rechtszekerheid en rechtseenheid. Aan deze argumenten komt, naar mijn mening, geen beslissende betekenis toe.⁽¹⁵⁵⁾ Dit geldt zeker indien men deze stelt tegenover de nadelen die aan geconcentreerde toetsing zijn verbonden.

Een praktisch nadeel is dat veel vragen over uitleg van de Grondwet zullen rijzen in civiele of administratieve kort-gedingprocedures. Er zal dus óf moeten worden aanvaard dat de kort-gedingrechter wel over vragen van uitleg van de Grondwet beslist óf er moet een zeer snelle prejudiciële verwijzingsprocedure bij de Hoge Raad komen. De eerste oplossing doorbreekt het gekozen systeem van geconcentreerde toetsing op fundamentele wijze. De tweede oplossing vergt veel van de met de constitutionele toetsing te belasten rechter. De kans is aanwezig dat een beslissing over de uitleg van de Grondwet die binnen enkele dagen moet worden genomen niet geheel weloverwogen tot stand komt. Mogelijkheden tot correctie zijn er dan niet meer. Hoewel denkbaar is dat de toetsingsrechter in kort-gedingprocedures slechts voorlopige oordelen zou geven, zou het in de praktijk moeilijk zijn om op zo'n voorlopig oordeel terug te komen in een latere bodemprocedure. Daar komt bij dat dergelijke voorlopige oordelen juist weer de rechtsonzekerheid scheppen, die men met het systeem van geconcentreerde toetsing wilde vermijden.

Een voordeel van het huidige systeem is dat in een procedure over een belangrijke rechtsvraag een soort trial and error proces kan plaatsvin-

(154) Bijv. Hirsch Ballin en Van Houten, *Toetsing van wetgeving*, Namens 1989, p. 19 e.v.

(155) Zo ook Flinterman en De Winter, Een 'Court-packing plan' voor Nederland?, *NJB* 1990, p. 628; verg. ook: Stroink, *De plaats van de rechter in het staatsbestel*, 1990, p. 28, Dölle in: Dölle/Engels, *Constitutionele rechtspraak*, p. 74 en hiervoor par. II.5.

den.(156) Een principiële uitspraak van een kort-gedingrechter kan als katalysator dienen voor de maatschappelijke discussie over een bepaalde rechtsvraag. Soms is die vraag nieuw en moet de maatschappelijke discussie eigenlijk nog beginnen. In andere gevallen heeft er wel al discussie over dit probleem plaatsgevonden, doch betekent de uitspraak dat de resultaten van deze discussie in de openbaarheid komen. In een systeem met meerdere instanties kan de hoogste rechter profiteren van al deze gegevens. Hij kan bezien of voor de uitspraak van de lagere rechter een zekere mate van consensus kan worden verworven en onder meer op die manier tot een beslissing komen die de stand van de maatschappelijke discussie beter benadert.

Een nadeel van geconcentreerde toetsing als voorgesteld is ook, dat een paar rechters die nauw met elkaar verbonden zijn omdat zij in hetzelfde rechterlijke college zitten, alle beslissingsbevoegdheid over deze rechtsvragen krijgen toebedeeld. De kans dat persoonlijke opvattingen in zo'n situatie de doorslag gaan geven, is veel groter dan in een systeem van diffuse toetsing. Een eventueel in te voeren verlostelsel versterkt dit nog. Dit kan dan weer gevolgen hebben voor het benoemingenbeleid.(157) Het vertrouwen in de rechterlijke macht kan met name zo groot zijn, omdat het een vertrouwen is in veel verschillende naar elkaar luisterende en elkaar beïnvloedende rechters en rechterlijke colleges. Iedere vorm van specialisatie en concentratie binnen de rechterlijke macht kan machtsvorming tot gevolg hebben en waar dat kan zonder heel onpraktisch te worden, moet dat worden vermeden. Alles bijeen genomen, lijkt een systeem met geconcentreerde toetsing niet wenselijk.

IX TOETSINGSNORMEN

1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht in hoeverre het wenselijk is om bepaalde normen toe te voegen aan het arsenaal van instrumen-

(156) Flinterman en De Winter, Een 'Court-packing plan' voor Nederland?, NJB 1990, p. 620.

(157) Van Erp en Van Heijningen, Constitutionele toetsing: senaat en rechter geen concurrenten, Openbaar bestuur 1991, p. 23.

ten waarover de rechter reeds beschikt om een wettelijke oplossing terzijde te stellen. Als achtergrond voor deze beschouwingen zal het algemene beeld dienen dat in de vorige hoofdstukken over de verhouding tussen wetgever en rechter is uitgewerkt. Het nu volgende hoofdstuk is echter vooral een meting van de stand van de maatschappelijke discussie, zodat meer dan in de voorafgaande hoofdstukken zal worden verwezen naar literatuur en hier en daar aan rechtsvergelijking zal worden gedaan.

2 Grondwet en Statuut

a. *Klassieke grondrechten.* Voor wat betreft de klassieke grondrechten opgenomen in de art. 1 tot en met 18, 19 lid 3 en 23 Grondwet is het moeilijk verdedigbaar om het toetsingsverbod te handhaven. Deze grondrechten zijn vergelijkbaar met de grondrechten die worden beschermd door internationale verdragen. De grote meerderheid van de schrijvers acht het met name om die reden niet langer aanvaardbaar om het toetsingsverbod te handhaven.⁽¹⁵⁸⁾

Men realiseer zich daarbij wel dat toetsing aan de klassieke grondrechten uit de Grondwet weinig praktische consequenties zal hebben. De rechtspraak op het EVRM en op het IVBPR laat immers zien dat aan door deze verdragen beschermde rechten een zeer ruime interpretatie wordt gegeven. Het is onwaarschijnlijk dat de overeenkomstige grondwettelijke bepalingen nog ruimer zullen kunnen worden uitgelegd. Een aantal bepalingen uit hoofdstuk I lijken de rechter echter wel enige extra ruimte te bieden.⁽¹⁵⁹⁾

Wel geldt voor een aantal klassieke grondrechten uit de Grondwet dat beperkingen daarvan alleen aan het formele criterium zijn gebonden, dat deze bij formele of materiële wet zijn voorzien.⁽¹⁶⁰⁾ De rechter zal dus in deze gevallen met de Grondwet niets tegen de formele wet kunnen beginnen. Dit zou slechts anders zijn indien de omstandigheid dat toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet wordt toegestaan, aanleiding zou zijn tot jurisprudentie waarin de grondrechtsbeperkingen ook inhoudelijk worden getoetst.

(158) Zie echter: Dölle in Dölle/Engels, Constitutionele rechtspraak, p. 70 e.v.

(159) Verg. art. 2, 3, 4, 5, 6 lid 2, 11, 12, 18, 19 lid 3 en 23.

(160) Art. 2, 4, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15 lid 1, 17, 19 lid 3 en 23 lid 2.

Het Statuut bevat alleen in art. 43 een bepaling die men eventueel als een klassiek grondrecht zou kunnen beschouwen. Het daar neergelegde rechtszekerheidsbeginsel zou, indien toetsing daaraan mogelijk werd, een verrijking van het constitutionele recht betekenen, zoals in paragraaf IX.3.e nog ter sprake zal komen. Van toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel via het Statuut is het nadeel dat zij bij Rijkswet zal moeten worden ingevoerd, en dan voor het gehele Koninkrijk.(161) Voor de Nederlandse Antillen en Aruba zou dit wel eens verstrekkende consequenties kunnen hebben, aangezien wetgeving met terugwerkende kracht daar regelmatig voorkomt en ook in gevallen waarin zulks naar de hier erkende maatstaven strijdig zou zijn met het rechtszekerheidsbeginsel.(162)

Lijkt in Nederland de overheersende mening dat de internationale rechtsorde voorgaat boven de nationale, zoals in art. 91 lid 3 Grondwet ook expliciet is erkend, zowel het Duitse als het Amerikaanse recht kent de mogelijkheid van toetsing van verdragen aan de constitutie. Art. 59 lid 2 Grundgesetz bepaalt dat een goedkeuringswet noodzakelijk is voor het sluiten van een verdrag. Deze wet is aan controle door het Bundesverfassungsgericht onderworpen.(163) Het Amerikaanse Supreme Court beschouwt verdragen en wetgeving door het Congres als van gelijke rang en neemt aan dat ook verdragen kunnen worden getoetst aan de Constitution.(164)

Toetsing door de rechter van verdragen aan klassieke grondrechten uit de Grondwet vindt men in Nederland echter niet bepleit. Deze toetsing zou vooral van belang kunnen zijn in verband met de eis van art. 91 lid 3 Grondwet, dat zegt dat verdragen die afwijken van de Grondwet alleen met tweederde meerderheid in de Eerste en de Tweede Kamer kunnen worden goedgekeurd. Bij de bespreking van de institutionele bepalingen uit de Grondwet kom ik op dit artikel terug.

b. Sociale grondrechten. Voor wat betreft de wenselijkheid van toetsing

(161) Art. 49 Statuut.

(162) Zie: Bongenaar, Toetsing aan het Statuut, NJB 1988, p. 1310 e.v.

(163) Badura, Staatsrecht, 1986, p. 264; Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, 1987, p. 67 en 142.

(164) Tribe, Constitutional Law, 1988, p. 225 e.v.

aan sociale grondrechten is de literatuur beperkt.(165) Een veel gehoorde opvatting is dat de sociale grondrechten, zoals opgenomen in de art. 19 tot en met 23, een programmatisch karakter hebben.(166) Zij verplichten de overheid tot optreden op een bepaald terrein, zonder maatstaven voor dat optreden te geven. Alkema en Vlemminx hebben voorgesteld om toetsing te doen plaatsvinden via het discriminatieverbod.(167) Op terreinen die worden bestreken door sociale grondrechten zal minder snel moeten worden aangenomen dat een rechtvaardiging voor ongelijke behandeling bestaat, zo betogen zij. Een andere opvatting is dat sociale grondrechten een harde kern bevatten, welke wel door de rechter als rechtsnorm kan worden toegepast.(168)

Sociale grondrechten komen ook voor in internationale verdragen. Bij een beroep op deze verdragsbepalingen pleegt de rechter van geval tot geval na te gaan of de bepaling rechtstreekse werking bezit, maar de rechter is daarbij zeer terughoudend.(169) In de rechtspraak komt wel tot uiting dat het onderscheid klassiek-sociaal grondrecht in de praktijk niet gemakkelijk te maken is.(170)

Het ligt voor de hand om ook voor wat betreft de grondwettelijke sociale grondrechten de verdere rechtsontwikkeling aan de rechter over te laten. De sociale grondrechten uit de Grondwet zijn over het algemeen minder concreet en verstrekkend dan die uit internationale verdragen, zodat niet behoeft te worden gevreesd voor een snelle en ingrijpende verandering in de resultaten waartoe de rechtspraak komt.(171) Hoewel op dit moment van de meeste in de Grondwet geformuleerde sociale grondrechten moeilijk valt in te zien hoe zij tot

(165) Voor is Van de Luytgaarden, die zelfs met invoering van toetsing aan sociale grondrechten wil beginnen: TvO 1990, p. 247. Tegen: (impliciet) Kortmann, Constitutioneel recht, 1990, p. 336.

(166) Verg. Heringa, Sociale grondrechten, 1989, p. 143 e.v.

(167) Alkema, De internationale sociale rechten en het Nederlands recht, in bundel: Het ESH, 1982, p. 34 e.v.; Vlemminx, De wissel tussen wetgeving en willekeur, NTB 1990, p. 200 e.v.; verg. Heringa, Sociale grondrechten, 1989, p. 260 e.v.

(168) Verg. Heringa, Sociale grondrechten, 1989, p. 143 e.v.

(169) Verg. Jacobs, Preadvies Ver. voor Arbeidsrecht 1985; Heringa, Sociale grondrechten, 1989, p. 243 e.v.

(170) Verg. ook Van der Pot-Donner-Prakke, 1989, p. 350 e.v.

(171) Heringa, Sociale grondrechten, 1989, p. 320 e.v. Als uitzondering noemt hij art. 23 Grondwet, maar dat wordt meestal onder de klassieke grondrechten gerangschikt.

rechtens afdwingbare aanspraken zouden kunnen leiden, kan niet worden uitgesloten dat zulks in de toekomst wel het geval zal zijn. De rationele argumentatie en de op grond daarvan te bereiken consensus kunnen zich ontwikkelen. Dit kan betekenen dat de rechter op een gegeven moment aan de rationele maatschappelijke discussie criteria kan ontleen om de sociale grondrechten inhoud te geven. Voorlopig lijkt het ook daarom moeilijk denkbaar dat dit tot rechterlijk ingrijpen zal leiden, omdat de wetgever zich zeer intensief met de door deze rechten beschermde materie bezighoudt en de kans daarom klein is dat actualisering van de hier geldende normen door de rechter noodzakelijk of gewenst wordt.⁽¹⁷²⁾

c. Institutionele bepalingen. De Grondwet kent vele bepalingen over de staatsorganen, hun taken, en hun benoeming en ontslag (art. 24 tot en met 80, 116 tot en met 119 en 123 tot en met 136). Daarnaast zijn er in de Grondwet bepalingen die het wetgevingsproces regelen (art. 73 en 81 tot en met 88) en de totstandkoming van verdragen (art. 91 en 92). Voorts kent de Grondwet een aantal wetgevingsopdrachten, die gedeeltelijk weer op de inrichting van de staatsorganen zien (bijvoorbeeld art. 74 lid 5, 75, 77 lid 4 en 78) en gedeeltelijk op de betrekkingen tussen burger en overheid en tussen burgers onderling (bijvoorbeeld art. 98 lid 3, 104 en 107). Al deze regels worden wel onderscheiden van de bepalingen die grondrechten aan de burger toekennen door deze institutionele bepalingen te noemen. Dit is een niet geheel vast omlijnd begrip en dat geldt a fortiori voor de poging die ik ondernam om deze categorie onder te verdelen.

Veel van deze regels worden slechts in beperkte mate door het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet bestreken. Bepalingen over bijvoorbeeld de samenstelling van organen zullen alleen dan met het toetsingsverbod te maken krijgen, indien bij wet van de grondwettelijke regeling zou worden afgeweken. In het andere geval zijn zij voor toepassing door de rechter ook nu al vatbaar.

Er lijkt weinig reden om voor wat betreft de bepalingen over de staatsorganen een uitzondering te maken op het toetsingsverbod. Bij deze bepalingen is wel van belang dat aannemelijk is dat niet iedere bur-

(172) Zie hiervoor paragraaf VI.3.

ger het recht heeft zich daarop te beroepen.⁽¹⁷³⁾ Alleen de bewuste organen zelf, de personen die voor benoeming in aanmerking komen en andere direct bij de toepassing van deze bepalingen betrokkenen, plegen in andere constitutionele stelsels ontvankelijk te zijn in klachten over de toepassing daarvan. In de Duitse constitutie is bijvoorbeeld een aparte bepaling opgenomen over de zogenaamde 'Organstreitigkeit'. Art. 93 Grundgesetz bepaalt dat het Bundesverfassungsgericht beslist over de uitleg van de grondwet op het gebied van geschillen over de omvang van de rechten en verplichtingen van een orgaan van de bond of een andere betrokkene, aan wie door de grondwet of in het reglement van één van die organen eigen rechten zijn toegekend. Het Bundesverfassungsgericht kent ook politieke partijen het recht toe zich op deze bepalingen te beroepen, maar daar houdt de kring van belanghebbenden op.⁽¹⁷⁴⁾

De bepalingen over het wetgevingsproces vallen volgens het Van den Bergh-arrest onder het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet.⁽¹⁷⁵⁾ Deze bepalingen hebben twee kanten. Zij gaan mede over de wijze waarop de verschillende staatsorganen met elkaar samenwerken. Het ligt daarom voor de hand om deze staatsorganen de bevoegdheid toe te kennen om voor de rechter naleving van deze bepalingen te vragen. Het tweede probleem betreft de geldigheid van een wettelijke maatregel, die niet op de grondwettelijke wijze is tot stand gekomen.

De regels over de totstandkoming van wetgeving concretiseren de procedure waarlangs de stand van het debat over de inrichting van de maatschappij in wettelijke regels wordt vastgelegd. De burger heeft er belang bij dat alléén op die zorgvuldige wijze tot stand gekomen wettelijke regels op hem worden toegepast. Anderzijds is er het belang dat het wetgevingsproces voortvarend verloopt. Indien wetten lange tijd wegens formele gebreken aantastbaar zouden zijn, zou dit extra rechtsonzekerheid opleveren. Toetsing aan deze formele bepalingen heeft voorts het nadeel dat zij licht kan ontwaarden in een politiek strijdmiddel, terwijl het in vele gevallen zo zal zijn dat de besluitvorming niet anders zou zijn uitgevallen, indien de betrokken formele be-

(173) Verg. Van Poelgeest, Toetsing van de wet aan de Grondwet in Nederland, Pre-advies Ver. voor verg. studie van het recht van België en Nederland, 1991, p. 27.

(174) Badura, Staatsrecht, 1986, p. 476 e.v.

(175) HR 27 januari 1961, NJ 63, 248.

paling wel zou zijn nageleefd. Daar komt nog bij dat de behoefte aan toetsing aan deze formele bepalingen niet groot lijkt. Over het algemeen wordt de wetgevingsprocedure zorgvuldig nageleefd en slechts in een enkel geval is er twijfel of zulks wel is geschied. Een regeling waarbij deze geschillen door de rechter worden beslist zonder dat de geldigheid van de resulterende wetgeving daaronder lijdt, lijkt daarom voorlopig voldoende. De rechterlijke 'verklaring voor recht' zal ook gezag kunnen hebben, zonder dat daaraan een sanctie is verbonden.

Stroink heeft betoogd dat juist ook toetsing aan de formele bepalingen noodzakelijk is.⁽¹⁷⁶⁾ Hem kan naast het bovenstaande worden tegengeworpen dat de rechter bij het verrichten van een materiële toetsing tevens rekening kan houden met eventuele formele gebreken bij de totstandkoming van de wet. Indien de procedureregels niet zijn nageleefd, dan is dat een aanwijzing, dat de meting van de stand van de discussie over de redelijke argumenten voor en tegen een wettelijke bepaling, niet onder optimale omstandigheden heeft plaatsgevonden. Dat betekent weer dat de rechter in deze gevallen wellicht eerder tot het oordeel zal komen, dat de stand van de maatschappelijke discussie anders gemeten dient te worden. Een dergelijke indirecte toetsing aan dit soort formele regels is door de Hoge Raad reeds aanvaard op het gebied van de toetsing van lagere wetgeving aan algemene rechtsbeginselen. In de volgende paragraaf kom ik daarop terug.

Voor wat betreft de bepalingen over de totstandkoming van verdragen is art. 91 lid 3 Grondwet van belang: het sluiten van een verdrag dat strijdt met de Grondwet dient te worden goedgekeurd door een tweederde meerderheid in beide Kamers van de Staten-Generaal. De bepaling is mede als een institutionele bepaling te beschouwen, zodat in beginsel alleen de direct belanghebbenden naleving daarvan behoren te kunnen vorderen. Voor wat betreft de geldigheid van de verdragsbepaling kan men dan vervolgens een onderscheid maken. Voor zover de verdragsbepaling een inbreuk maakt op de institutionele bepalingen uit de Grondwet, lijkt een vordering tot naleving door de direct betrokken staatsorganen voldoende. Voor zover de verdragsbepaling strijdig is met een grondrecht zou aansluitend bij het voorafgaande kunnen worden aangenomen dat de verdragsbepaling wel

(176) Stroink, De plaats van de rechter in het staatsbestel, 1990, p. 26.

toetsbaar is, maar dat het enkele feit dat in strijd met art. 91 lid 3 Grondwet is gehandeld, de bepaling nog niet onverbindend maakt. Een belangenafweging zoals die ook in het geval van strijdigheid van verdragen onderling plaatsvindt, zou hier de oplossing kunnen bieden. Ook hier geldt immers dat het niet voldaan zijn aan de institutionele regel van art. 91 lid 3 nog niets zegt over de inhoudelijke aanvaardbaarheid van de verdragsregel.

Een laatste categorie betreft de wetgevingsopdrachten die de Grondwet in vele artikelen geeft. Deze bepalingen zijn in hun huidige interpretatie slechts opdrachten aan de wetgever om een regeling te treffen op een bepaald gebied, zonder inhoudelijke maatstaven te geven waaraan die regeling dient te voldoen. Zij dienen thans vooral als bescherming tegen andere overheidsorganen die zich met deze gebieden niet mogen inlaten.⁽¹⁷⁷⁾ Verdere rechtsontwikkeling, die op deze gebieden niet snel is te verwachten, zal hier wellicht aan de rechter kunnen worden overgelaten.

3 Algemene rechtsbeginselen

a. Overzicht argumenten. De argumenten voor en tegen toetsing aan algemene rechtsbeginselen zijn in principe dezelfde als die met betrekking tot toetsing van wetgeving aan klassieke grondrechten. Een extra argument tegen toetsing aan algemene rechtsbeginselen is echter dat deze beginselen vaag en speculatief zijn.⁽¹⁷⁸⁾ Algemene rechtsbeginselen zouden geen rechtstreeks toepasbare regels bevatten, doch in het kader van een beroep daarop zou steeds een afweging van belangen nodig zijn. Die belangenafweging wil men niet aan de rechter overlaten.⁽¹⁷⁹⁾

Op zichzelf is juist dat in het kader van de toepassing van algemene rechtsbeginselen een belangenafweging plaatsvindt. Zoals hiervoor is uiteengezet, is dat niet wezenlijk anders bij de klassieke grondrechten en de andere instrumenten via welke reeds toetsing mogelijk is. Al deze instrumenten bieden een zeer ruim kader voor de rechterlijke

⁽¹⁷⁷⁾ Van der Pot-Donner-Prakke, 1989, p. 570.

⁽¹⁷⁸⁾ Mok, conclusie voor het Harmonisatiewet-arrest, NJ 89, 469, onder 4.3.

⁽¹⁷⁹⁾ Van Buuren, Preadvis NJV 1987, p. 36.

rechtsvorming. Dat een norm vaag is, lijkt niet langer een argument om rechterlijke toetsing daaraan uit te sluiten.

Sinds 1986 is enige ervaring opgedaan met de toetsing van lagere wetgeving aan algemene rechtsbeginselen en deze ervaring is niet negatief. Gezien het feit dat formele wetgeving steeds meer kaderwetgeving is en de werkelijke normen vaak zijn te vinden in lagere wetgeving, behoeft ook niet te worden gevreesd dat toetsing van formele wetten aan algemene rechtsbeginselen ineens tot veranderingen zal leiden. Die toetsing dient te worden aanvaard. Ik werk dit hierna verder uit.

b. Rechtsvergelijking. In rechtsstelsels die constitutionele toetsing kennen, blijkt behoefte te bestaan aan bepaalde algemene rechtsbeginselen ter aanvulling op de in de grondwet gecodificeerde rechten. Constitutionele rechters achten deze rechtsbeginselen als onderdeel van de constitutionele rechtsorde in de bepalingen van de grondwet begrepen of leiden deze af uit bepalingen die daarvoor maar zeer weinig aanknopingspunten bieden.

Het Europese Hof van Justitie heeft een aantal algemene rechtsbeginselen afgeleid uit art. 173 EEG-Verdrag. In de verwijzing naar de 'rule of law' van dit artikel leest het Hof beginselen als het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.⁽¹⁸⁰⁾ Algemene rechtsbeginselen ontleent het Hof soms aan het recht van de Lidstaten, zoals ook de grondrechten van het EVRM in het EEG-recht geïncorporeerd worden geacht als rechten die aan de nationale rechtsordes van de Lidstaten gemeenschappelijk zijn. In andere gevallen aanvaardt het Hof deze beginselen zonder uitdrukkelijke verwijzing naar het recht der Lidstaten.⁽¹⁸¹⁾

In de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht komen deze rechtsbeginselen eveneens terug. Art. 20 lid 3 Grundgesetz zegt dat de wetgeving aan 'die verfassungsmässige Ordnung' gebonden is. Uit deze bepaling wordt bijvoorbeeld een verbod van terugwerkende kracht afgeleid, dat ook bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen meebrengt en nagenoeg dezelfde inhoud heeft als bij ons het rechts-

(180) Schermers-Waelbroeck, *Judicial protection in the European Communities*, 1987, p. 28 e.v. en 33 e.v.; Bleckmann, *Europarecht*, 1990, p. 138 e.v.

(181) Bleckmann, *Europarecht* 1990, p. 142 e.v.

zekerheidsbeginsel.(182) Art. 2 lid 1 Grundgesetz kent het recht op een vrije ontplooiing van de persoonlijkheid. Dit grondrecht wordt door het Bundesverfassungsgericht als een 'Auffanggrundrecht' gehanteerd. Er wordt onder meer een beginsel van proportionaliteit uit afgeleid.(183) Daarnaast brengt art. 2 lid 1 Grundgesetz in samenhang met art. 12 lid 1 Grundgesetz, dat de vrijheid van beroepsuitoefening waarborgt, een algemeen beginsel van economische vrijheid mede.(184) Beperkingen van deze rechten worden toegestaan, doch de wetgever is hier aan controle door het Bundesverfassungsgericht onderworpen.(185)

In het Amerikaanse recht functioneert de 'due process' regel als een algemeen vangnet. Op grond van deze bepaling wordt het individu vooral bescherming verleend tegen een willekeurige aantasting van zijn belangen zonder dat hij voldoende in de gelegenheid is gesteld om zijn belangen te doen horen door de competente overheidsorganen. Deze bescherming wordt echter incidenteel opgerekt op een wijze die doet denken aan een toets op willekeurig handelen.(186)

Het Franse constitutionele recht maakt een zeer snelle ontwikkeling door. In 1958 is de Conseil Constitutionnel ingesteld met de bedoeling de institutionele bepalingen uit de grondwet te bewaken. In de Franse grondwet is geen grondrechtencatalogus opgenomen, doch alleen het gelijkheidsbeginsel (art. 1), de individuele vrijheid (art. 66) en bepaalde politieke rechten. De Conseil Constitutionnel heeft echter de verwijzing in de préambule naar de rechten van de mens als beschermd door de 'Déclaration de 1789' en door de Préambule van de grondwet van 1946 aangegrepen om wetgeving te gaan toetsen aan grondrechten. De Conseil Constitutionnel toetst in dat kader ook aan algemene rechtsbeginselen, die erkend moeten zijn in de wetgeving van de Republiek.(187) Deze toetsingsbevoegdheid moet men in sa-

(182) Zie: Fiedler, Neuorientierung der Verfassungsrechtsprechung zum Rückwirkungsverbot und zum Vertrauensschutz, NJW 1988, p. 1624 e.v.

(183) Badura, Staatsrecht, 1986, p. 160 e.v.

(184) Badura, Staatsrecht, 1986, p. 138.

(185) Verg. Badura, Staatsrecht, 1986, p. 161.

(186) Een voorbeeld is de toetsing van de aansprakelijkheid van de werkgever voor door de werknemer gepleegde fraude in *Pacific Mat. Life Ins. Co. vs. Haslip* III S.Ct. 1032 (1991).

(187) Luchaire, La protection constitutionnelle des droits et des libertés, 1987, p. 20 e.v.

menhang zien met de bescherming tegen wetgevende maatregelen op grond van onrechtmatige daad, die in Frankrijk verder is ontwikkeld dan in Nederland.(188)

c. Een open stelsel van toetsingsnormen? In rechtsstelsels die constitutionele toetsing kennen, ziet men dus een ontwikkeling naar een steeds opener stelsel van toetsingsnormen. Naast de expliciet in de constitutie genoemde, vrij concrete, grondrechten blijkt de rechter behoefte te hebben aan nog vagere normen, die hem in staat stellen om wettelijke bepalingen op algemene rationaliteit te toetsen. De rechter heeft deze algemene bepalingen echter zelden nodig en maakt daarvan zeer terughoudend gebruik.

De mogelijkheid om het constitutionele stelsel te doen uitgroeien naar een open systeem van toetsingsnormen past ook in de ontwikkeling van het Nederlandse recht. Zoals hiervoor onder III betoogd, is het de rechter nu al in vrijwel ieder geval mogelijk om een wettelijke bepaling te actualiseren en om zonodig de door de wetgever gemaakte afweging te corrigeren. Het lijkt weinig zinvol om te trachten de rechterlijke macht nog aan banden te leggen. Het huidige stelsel heeft bijna iets willekeurigs.

Een open stelsel van toetsingsnormen is niet een stelsel waarin zomaar, zonder verwijzing naar enige rechtsnorm, buitenwerkingstelling van een wettelijke bepaling kan plaatsvinden. Het betekent slechts dat er ruimte komt voor het ontwikkelen van nieuwe kaders voor de afweging van argumenten. Deze zullen zich geleidelijk moeten ontwikkelen. Het is onbestaanbaar dat ineens een nieuw algemeen rechtsbeginsel wordt uitgevonden, waaraan wetgeving kan worden getoetst. Toetsing kan immers alleen plaatsvinden op basis van reeds in de rechtsorde aanwezige aanknopingspunten. Normen ontstaan niet plotseling, doch worden eerst in kleinere kring naar voren gebracht en besproken en kunnen pas na verloop van tijd uitgroeien tot een regel die in de rationele maatschappelijke discussie aanspraak kan maken op consensus, zodat toetsing kan plaatsvinden. Hoe die normen zich ontwikkelen is echter niet voorspelbaar. Daarom is het niet mo-

(188) Zie over de bescherming op grond van het principe d'égalité devant les charges publiques Van Male, *Rechter en bestuurswetgeving*, 1988, p. 126 e.v.; verg. ook noot onder het Swill-arrest in *RegelMaat* 1991, p. 111.

gelijk om alle normen waaraan toetsing kan plaatsvinden van te voren in de Grondwet te expliciteren.

Dat wil niet zeggen dat het niet wenselijk is om algemene rechtsbeginselen waaraan toetsing kan plaatsvinden zoveel mogelijk wel in de Grondwet op te nemen. Wetgeving blijft immers de beste methode om de stand van de maatschappelijke discussie te meten en in normen te positiveren. Ook voor wat betreft grondwettelijke toetsingsnormen gelden echter de gebreken van de wetgevingsprocedure, die in paragraaf II.4 zijn besproken. Deze kunnen beletten dat een algemeen aanvaard rechtsbeginsel in de Grondwet worden opgenomen. Opname van het rechtszekerheidsbeginsel in de Grondwet zou bijvoorbeeld op dit moment sterke politieke implicaties hebben. Het zou immers onmiddellijk gevolgen kunnen hebben voor het tempo waarin bezuinigingen kunnen worden doorgevoerd. De kans is groot dat de beslissing om dit beginsel al dan niet in de Grondwet op te nemen daarvoor op oneigenlijke gronden wordt genomen. Grondrechten plegen in een constitutie te worden gecodificeerd op het moment dat wetgevers, vaak onder de indruk van afschrikwekkende gebeurtenissen uit een recent verleden, onderste grenzen voor een behoorlijke inrichting van de maatschappij willen vastleggen. De vaagheid waarmee dat gebeurt, waarborgt dat de vastlegging niet meer betekenis heeft dan een proclamatie van fatsoen, waarvan de inachtneming op dat moment voor een ieder vanzelf spreekt.⁽¹⁸⁹⁾ Enigszins cynisch en misschien doordravend zou men kunnen zeggen dat politici alleen dan bereid zijn om normen in de grondwet op te nemen, indien zij van deze bepalingen geen enkel gevaar duchten. Pas later, in handen van de rechter, krijgen deze grondrechten werkelijk inhoud en betekenis.

Het verdient dus wel aanbeveling om algemene rechtsbeginselen zoveel mogelijk in de Grondwet te codificeren, maar daarnaast zou in de Grondwet een open formulering moeten worden opgenomen, waarin bijvoorbeeld naar 'andere algemeen aanvaarde rechtsbeginselen' zou kunnen worden verwezen. In ieder geval zou de grondwetgever de ontwikkeling van nieuwe toetsingsnormen niet expliciet moeten beletten.

⁽¹⁸⁹⁾ De wijze van totstandkoming van de Amerikaanse Bill of rights, van de Duitse grondwet, van het EVRM, maar ook van de eerste Nederlandse grondwetten laat dit zien.

d. Gelijkheidsbeginsel. Het enige algemene rechtsbeginsel dat reeds in de Grondwet is opgenomen, is het gelijkheidsbeginsel. Toetsing daarvan vindt al plaats op basis van art. 26 IVBPR en art. 119 EEG-Verdrag. Op deze bepalingen heeft zich een omvangrijke jurisprudentie ontwikkeld, die de meest controversiële 'constitutionele rechtspraak' tot nu toe heeft opgeleverd, zodat ik het gelijkheidsbeginsel toch nog kort bespreek. Met name de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep over de uitwerking van het gelijkheidsbeginsel in het sociale verzekeringsrecht hebben veel stof doen opwaaien.⁽¹⁹⁰⁾

Toepassing van het gelijkheidsbeginsel berust steeds op een afweging. De vraag is of de afwijkende behandeling van gevallen die gemeenschappelijke kenmerken hebben, maar nooit volledig gelijk zijn, op objectieve gronden gerechtvaardigd kan worden.⁽¹⁹¹⁾ Juist vanwege dit afwegingskarakter is het nodig en zinvol dat de wetgever hier een beleidsmarge houdt en dat de rechter terughoudend is bij zijn toetsing. Hoewel op dit gebied een duidelijk conflict tussen wetgever en de rechterlijke macht aan het licht is gekomen, lijkt zo langzamerhand toch ook al weer een convergentie in de metingen op te treden.⁽¹⁹²⁾ De wetgever heeft gereageerd op de rechterlijke rechtsvorming en de Centrale Raad van Beroep lijkt oog te hebben voor de noodzaak om bij de doorvoering van het gelijkheidsbeginsel geleidelijk te werk te gaan en de overheid een beleidsmarge toe te kennen.⁽¹⁹³⁾ Kritiek op de wetgever en op de rechter leidt tot die convergentie. Deze gang van zaken laat zien dat constitutionele toetsing een goede methode is om de voor de maatschappij geldende regels in overeenstemming te laten blijven met de in die maatschappij levende opvattingen, al gebeurt dat soms enigszins hortend en stotend.

e. Rechtszekerheidsbeginsel. Indien toetsing aan een in de Grondwet ge-

(190) Verg. J.E.M. Polak, Gelijke behandeling en onrechtmatige wetgeving, NJB 1988, p. 600 e.v.; Van Houten, In principe gelijkheid, NTB 1989, p. 141 e.v.; Bakker, De wisselwerking tussen rechter, Raad van State op het terrein van de sociale zekerheid, RegelMaat 1990, p. 32 e.v.

(191) Verg. Van der Pot-Donner-Prakke, 1989, p. 260 e.v.

(192) Anders: Bakker, De wisselwerking tussen rechter, Raad van State en wetgever op het terrein van de sociale zekerheid, RegelMaat 1990, p. 32 e.v.

(193) Verg. CRvB 30 januari 1991, AB 91, 339 over de mogelijkheden om AWW-uitkeringen voor weduwnaars niet met terugwerkende kracht te doen plaatsvinden en ook CRvB 19 april 1990, PS 1990, p. 839 e.v. inzake het toeslagensysteem van art. 10 lid 3 en 4 AAW.

codificeerd rechtszekerheidsbeginsel mogelijk zou worden, dan zou dat toe te juichen zijn. Het rechtszekerheidsbeginsel kan in een constitutionele rechtsorde eigenlijk niet worden gemist. Zowel in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EEG, als in de Duitse constitutionele rechtspraak is het rechtszekerheidsbeginsel tot ontwikkeling gekomen; steeds zonder dat daarvoor veel grondslag in het geschreven recht bestond.⁽¹⁹⁴⁾ Het rechtszekerheidsbeginsel is van groot belang, omdat de overheid thans veelvuldig ten nadele van de burger en ten eigen voordele rechtsverhoudingen tot die burger wijzigt. Toetsing van de gerechtvaardigdheid van vertrouwen op het voorlopig voortbestaan van die wetgeving door de van de overheid onafhankelijke en onpartijdige rechter is zeer wenselijk.

Het rechtszekerheidsbeginsel is ook voldoende concreet om te worden toegepast.⁽¹⁹⁵⁾ In de jurisprudentie zijn criteria ontwikkeld ter uitwerking van het rechtszekerheidsbeginsel. Van Male beschrijft deze jurisprudentie en laat zien dat bij de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel onder meer van belang is in hoeverre de beleidswijziging tijdig is aangekondigd en wat de omvang is van het nadeel dat voor de burger uit de beleidswijziging voortvloeit.⁽¹⁹⁶⁾ Op basis van dit soort criteria is in de Duitse rechtspraak een heel stelsel van concrete normen ontwikkeld dat een afgewogen indruk maakt.⁽¹⁹⁷⁾ Het lijkt daarom aannemelijk dat het opnemen van het rechtszekerheidsbeginsel in de Grondwet en toetsing daaraan geen onvoorzienbare of ongewenste gevolgen zal hebben. Als men dat toch niet zou aandurven, dan zou het wel wenselijk zijn dat de verdere rechtsontwikkeling aan de rechter wordt overgelaten. Uit het feit dat het rechtszekerheidsbeginsel niet in de Grondwet wordt opgenomen, zou in ieder geval niet mogen worden afgeleid dat het geen geldend recht is. Daarvoor maakt het te onmiskenbaar deel uit van de rechtsorde.

f. Willekeurtoets. De willekeurtoets, als voor lagere wetgeving aanvaard

(194) Schermers-Waelbroeck, *Judicial protection in the European Communities* 1987, p. 46 e.v.; Badura, *Staatsrecht*, 1986, p. 209.

(195) Mok, *Rechterlijke toetsing van wetgeving*, Duk-bundel, 1984, p. 71.

(196) Van Male, *Rechter en bestuurswetgeving*, 1988, p. 403 e.v.

(197) Verg. Fiedler, *Neuorientierung der Verfassungsrechtsprechung zum Rückwirkungsverbot und zum Vertrauensschutz*, NJW 1988, p. 1624 e.v.; Jehewitz, *Der Zeitpunkt wirksamer Zerstörung des Vertrauensschutzes bei rückwirkenden Rechtsnormen*, NJW 1990, p. 3114 e.v.

in het Landbouwwieggers-arrest, is een derde materieel rechtsbeginsel waaraan toetsing van wetgeving in formele zin zou kunnen worden overwogen.(198) Zoals hiervoor in paragraaf II.2.g is besproken, laat het willekeurbeginsel ieder soort argumentatie toe om wetgeving buiten toepassing te laten. Wel geldt dat de rechterlijke controle die op de belangenafweging plaatsvindt slechts marginaal is en met de nodige terughoudendheid dient te worden verricht.

Zou men toetsing aan het willekeurbeginsel overwegen, dan zou men daarmee in feite een volledig open stelsel van toetsingsnormen aanvaarden. Men zou zelfs nog icts verder gaan dan het hiervoor onder c bepleite stelsel, omdat de toets of de overheid in redelijkheid tot een bepaalde afweging van belangen is kunnen komen geen enkel aanknopingspunt voor een afwegingskader in de bestaande rechtsorde lijkt te eisen. Men kan zich afvragen of het in dit stadium van de ontwikkeling van de constitutionele rechtspraak in Nederland wenselijk is om een dergelijke algemene, en eigenlijk volledig vage, norm voor formele wetgeving te aanvaarden. Dit geldt temeer nu een volledig open norm niet voorkomt in rechtsstelsels met een lange traditie van constitutionele toetsing als het Amerikaanse en het Duitse, al zit men er soms dicht tegen aan.

Er zijn ook goede argumenten om wel zo'n volledig open norm te aanvaarden. Als toetsingsmaatstaf voor overheidsbeschikkingen fungeert deze norm zonder problemen. Hoewel het verbod van willekeur een zeer grote vrijheid voor de rechter schept om een belangenafweging als door de overheid gemaakt over te doen, is het beginsel in de rechtspraak toch maar weinig toegepast.(199) De rechter heeft kennelijk de nodige terughoudendheid kunnen bewaren. Sinds 1986 is ook toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het verbod van willekeur mogelijk en daar doet zich op het eerste gezicht hetzelfde verschijnsel voor. De rechter heeft slechts in enkele gevallen geoordeeld dat een wettelijke bepaling in strijd kwam met het verbod van willekeur en ook hier bleef de toetsing zeer terughoudend.(200)

(198) Daartegen: Mok, Rechterlijke toetsing van wetgeving, Duk-bundel, 1984, p. 70 e.v.

(199) Verg. Van Wijk-Konijnenbelt, Hoofdstukken van het administratief recht, 1988, p. 125 e.v.

(200) Zie: Pres. Rb. 's-Gravenhage 26 juni 1986, NJ 88, 273; Hof 's-Gravenhage 18 mei 1989, NJ 90, 97; verg. OD VII (Damen), nr. 100.

g. Doorbrekende materiële rechtsbeginselen: Het evenredigheidsbeginsel. Hiervoor is bepleit dat ruimte wordt gelaten voor de ontwikkeling van nieuwe materiële rechtsbeginselen. Een rechtsbeginsel dat mogelijk op korte termijn als een op wetgeving toepasbaar algemeen rechtsbeginsel zou kunnen doorbreken, is het evenredigheidsbeginsel. Het evenredigheidsbeginsel is nauw verwant aan het verbod van willekeur.(201) Er vindt echter geen algemene controle plaats van de belangenafweging die tot de bepaling heeft geleid, doch deze toets is beperkt tot een afweging van het doel dat met de wettelijke maatregel wordt beoogd en het middel dat daartoe wordt gebezigd. Het evenredigheidsbeginsel betekent dat de genomen maatregel proportioneel moet zijn en ook het subsidiariteitsvereiste maakt daarvan deel uit: het beoogde doel moet niet even goed kunnen worden bereikt door een andere, voor de getroffen en minder bezwarende, maatregel.

Het evenredigheidsbeginsel is nu in het ontwerp Algemene wet bestuursrecht opgenomen, zulks in navolging van het Duitse en Franse bestuursrecht.(202) Het vindt ook in het EEG-recht veelvuldig toepassing. De 'rule of reason' die het Hof van Justitie aanlegt in zijn rechtspraak over art. 30 en 36 EEG-verdrag is te beschouwen als een evenredigheidstoets.(203) De recente overeenkomstige regel voor het vrije dienstenverkeer is zelfs expliciet als een evenredigheidstoets geformuleerd: beperkingen moeten worden gerechtvaardigd door het algemeen belang, daartoe objectief noodzakelijk zijn en mogen niet verder gaan dan noodzakelijk is om de beoogde doelstelling te verwezenlijken.(204) Daarnaast erkent het Hof van Justitie nog een algemeen rechtsbeginsel van evenredigheid.(205)

(201) Nicolai-Olivier, Bestuursrecht 1991, p. 151 e.v. ruimen zelfs geen plaats meer in voor het verbod van willekeur, doch uitsluitend voor het evenredigheidsbeginsel; zie ook Nicolai, Beginselen van behoorlijk bestuur, 1990, p. 302 e.v.; De MvT op het ontwerp voor de Algemene wet bestuursrecht ad artikel 3.2.3 (21.221 nr. 3, p. 69) merkt op dat deze beginselen (en het materiële zorgvuldigheidsbeginsel) niet scherp ten opzichte van elkaar kunnen worden afgegrensd.

(202) Algemene wet bestuursrecht (de Moor-Van Vugt), aant. 9 op art. 3.2.3.

(203) Verg. Kapteyn-VerLoren van Themaat, Introduction to the law of the European Communities, 1989, p. 387 e.v. en Prchal/Heukels, Algemene beginselen van gemeenschapsrecht als toetssteen voor nationale wetgeving, RegelMaat 1987, p. 15 e.v.

(204) HvJ 25 juli 1991, 76/90 (Säger).

(205) Schermers-Waelbroeck, Judicial protection in the European Communities, 1987, p. 69 e.v.

Het beginsel zal met grote terughoudendheid moeten worden gehanteerd. Dan kan het echter zeer nuttig zijn ter bevordering van de kwaliteit van overheidsoptreden. De rechtspraak op art. 30 en 36 EEG-verdrag heeft niet alleen bijgedragen tot de totstandkoming van een wezenlijk vrijer goederenverkeer in de Europese Gemeenschap, maar ook tot een beter en efficiënter functionerend overheidsapparaat. Zinneloze en onnodig tijdrovende controles, overbodige formaliteiten en dubbel werk door verschillende overheidsinstanties zijn op deze wijze onder rechterlijke druk opgeruimd. Ook andere nodeloze beperkingen van de persoonlijke vrijheid van de burger en de vrijheid van beroep en bedrijf kunnen aan de evenredigheidstoets worden onderworpen, hetgeen tot een directe verbetering van de kwaliteit van wetgeving en het overheidsoptreden in het algemeen kan leiden.⁽²⁰⁶⁾ Daarbij moet worden bedacht dat, juist voor de technische wetgeving waar het hier veelal om gaat, geldt dat op het moment van het uitvaardigen van de regeling vaak niet is te overzien tot welke praktische problemen de wetgeving leidt en in hoeverre zij werkelijk een nuttig effect heeft ter bereiking van het beoogde doel. Juist daarom is het van belang dat in de praktijk een bijstelling van de regel mogelijk is. Het ligt voor de hand deze bijstelling niet alleen aan het initiatief van de wetgever over te laten, maar ook de rechter hier nuttig werk te laten verrichten.

h. Formele rechtsbeginselen. De tot hier toe besproken beginselen betreffen de inhoudelijke kant van de te toetsen regels. Daarnaast onderscheidt men formele rechtsbeginselen, die zien op de wijze waarop de regel tot stand komt. Formele rechtsbeginselen zijn onder meer het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding en het beginsel dat een regel behoorlijk moet zijn gemotiveerd.⁽²⁰⁷⁾

In het Landbouwwiegers-arrest heeft de Hoge Raad aan het motiveringsbeginsel geen zelfstandige betekenis toegekend bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften.⁽²⁰⁸⁾ Wel kan de wijze waarop de regel is gemotiveerd van invloed zijn op het oordeel van de rechter of de wetgever in redelijkheid tot de regel is kunnen komen, aldus de Hoge Raad.

⁽²⁰⁶⁾ Verg. Koeman, De verzuchting, NTB 1991, p. 280.

⁽²⁰⁷⁾ Verg. Van der Vlies, Handboek wetgeving, 1991, p. 140 e.v.

⁽²⁰⁸⁾ HR 16 mei 1986, NJ 87, 251 m.nt. M.S. Verg. ook HR 2 juni 1989, NJ 89, 716 m.nt. M.S. (Winkeliersvereniging c.s./Nijmegen).

De formele rechtsbeginselen hebben betrekking op de wijze waarop de stand van de maatschappelijke discussie door de wetgever wordt gemeten. Zij vormen in wezen een aanvulling op regels als die van art. 81 tot en met 88 Grondwet voor formele wetgeving. Door de wetgeving zorgvuldig voor te bereiden, door betrokken belangenorganisaties te horen, door kennis te nemen van alle mogelijke oplossingen en door een weloverwogen keuze te maken aan de hand van zakelijke argumenten, wordt de kwaliteit van de te verrichten meting uiteraard bevorderd. Ook de motivering van de regel draagt daartoe bij.

Met de gedachtengang van de Hoge Raad kan echter worden ingestemd. Dat deze formele rechtsbeginselen in een bepaald geval zijn geschonden, wil nog niet zonder meer zeggen dat de totstandgekomen wettelijke maatregel niet overeenkomt met de actuele stand van de maatschappelijke discussie. Hoewel de meting niet onder optimale omstandigheden plaatsvond, is het mogelijk dat deze toch een juist resultaat opleverde. Het is dan niet zinvol om de wetgever de afweging nog eens over te laten doen en de formele rechtsbeginselen zouden, indien zij zelfstandige toetsingsmaatstaven zouden zijn, te gemakkelijk tot een wapen van ontevreden burgers in hun strijd tegen de overheid kunnen worden. Meer in het algemeen geldt dat een sanctie van nietigheid op overtreding van formele voorschriften alleen dan zinvol is, indien deze sanctie nodig is om te voorkomen dat de betrokken regels worden overtreden, zoals bijvoorbeeld in het strafprocesrecht. In het proces dat tot algemeen verbindende voorschriften leidt, zijn echter in beginsel voldoende politieke en andere waarborgen ingebouwd dat de besluitvorming met de vereiste zorgvuldigheid zal plaatsvinden.

Een meer prominente plaats zullen formele rechtsbeginselen kunnen krijgen, maar dan nog steeds in het kader van de toepassing van materiële toetsingsnormen, indien het zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel op een zodanige manier is veronachtzaamd, dat de rechter juist daardoor niet meer kan nagaan of de maatregel aan de materiële maatstaven voldoet. Indien een maatregel zeer slecht is voorbereid of in het geheel niet is gemotiveerd, kan wellicht niet worden vastgesteld welk doel daarmee is beoogd en of de maatregel ter bereiking van dat doel gerechtvaardigd is. Dit is weer anders indien de maatregel zichzelf klaarblijkelijk rechtvaardigt, ook zonder dat daarop een nadere toelichting is gegeven. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn indien de rechter zelf kan controleren welke de stand van de

maatschappelijke discussie op het betrokken terrein is en kan vaststellen dat de maatregel daarmee in overeenstemming is. In technische materie, waarvoor geldt dat de stand van de maatschappelijke discussie voor de rechter moeilijk direct meetbaar is, zal ernstige en evidente strijd met het zorgvuldigheids- of motiveringsbeginsel echter langs de hiervoor geschetste indirecte weg tot buitenwerkingstelling van de betrokken regel moeten kunnen leiden.

4. Ongeschreven volkenrecht

a. Overzicht argumenten. In de recente discussie over constitutionele toetsing is maar weinig aandacht gegeven aan de positie van het ongeschreven volkenrecht. De tendens is dat men de normen van het ongeschreven volkenrecht te vaag acht om daaraan toetsing mogelijk te maken.⁽²⁰⁹⁾ Er is in ieder geval geen duidelijke stroming aanwezig die de mogelijkheid van toetsing aan het ongeschreven volkenrecht bepleit.

Het argument van vaagheid van de betrokken normen lijkt op zichzelf niet doorslaggevend. Zoals hiervoor één- en andermaal benadrukt, geldt hetzelfde voor de meeste andere normen waaraan constitutionele toetsing plaatsvindt. Een probleem is wel dat het ongeschreven volkenrecht zich vormt in de internationale rechtsorde. Het meten van de stand van zaken in de 'internationale maatschappelijke discussie' is voor de rechter veel moeilijker dan het verrichten van een overeenkomstige meting binnen Nederland. Daarbij komt nog dat deze internationale discussie ook veel minder is uitgekristalliseerd. De rechter zal dus extra terughoudend moeten zijn bij het aannemen van normen van ongeschreven volkenrecht. Die terughoudendheid dient nog eens zo groot te zijn, omdat de wetgever hier bij de huidige stand van zaken geen mogelijkheden heeft om de rechter te corrigeren.

Tegenover deze argumenten staat dat de internationale rechtsorde zich steeds verder ontwikkelt. Het belang van het stimuleren van die ontwikkeling legt ook gewicht in de schaal. Een oplossing die zou kunnen worden overwogen, is dat in de Grondwet een bepaling wordt opgenomen die toetsing aan algemene rechtsbeginselen in het algemeen

⁽²⁰⁹⁾ Verg. Van Poelgeest, 'Toetsing van de wet aan de Grondwet in Nederland, Pre-advies Ver. voor verg. studie van het recht van België en Nederland, 1991, p. 17 e.v.

mogelijk maakt. In de toelichting zou tot uitdrukking kunnen worden gebracht dat toetsing aan het ongeschreven volkenrecht op grond van deze bepaling niet is uitgesloten, doch dat daarbij een zeer grote terughoudendheid moet worden betracht. In de navolgende paragrafen vindt men hiervan nog een uitwerking. Daarin wordt een aparte positie bepleit voor het 'ius cogens'.

In sommige constitutionele rechtssystemen is toetsing aan het ongeschreven volkenrecht wel mogelijk.⁽²¹⁰⁾ Art. 25 van de Duitse grondwet schrijft toetsing aan het ongeschreven volkenrecht voor.⁽²¹¹⁾ Het Bundesverfassungsgericht is krachtens art. 100 Grundgesetz exclusief belast met de vaststelling van de inhoud van deze normen. In het Amerikaanse constitutionele recht worden wetten uitgevaardigd door het Congres, uitgelegd als zijnde in overeenstemming met het ongeschreven volkenrecht. Een duidelijke latere wet gaat echter voor het internationale gewoonterecht.⁽²¹²⁾

b. Ius cogens. Een aparte categorie is het ius cogens. Het ius cogens is het dwingende volkenrecht dat krachtens art. 53 Weens Verdragenverdrag boven iedere verdragsnorm gaat. Als onderdeel van het ius cogens worden genoemd: het verbod van het gebruik van geweld, het verbod van genocide, het verbod van rassendiscriminatie, het verbod van slavenhandel en het verbod van misdrijven tegen de menselijkheid.⁽²¹³⁾

De vraag hoe het ius cogens in de nationale rechtsorde doorwerkt is door de Hoge Raad nog niet beantwoord.⁽²¹⁴⁾ Het ius cogens is enerzijds ongeschreven volkenrecht en valt dus niet onder de regels van de art. 93 en 94 Grondwet, die de doorwerking van internationale verdragen in de nationale rechtsorde regelen. Anderzijds is het ius cogens krachtens het Weens Verdragenverdrag van hogere orde dan het verdragenrecht. Aangenomen moet derhalve worden dat voor wat betreft verdragsverplichtingen, die zijn aangegaan tegenover lidstaten die mede partij zijn bij het Weens Verdragenverdrag, het ius cogens kan

(210) Verg. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1990, p. 50 e.v. en Starke, *Introduction to International Law*, 1989, p. 86.

(211) Scidl-Hofenfeldern, *Völkerrecht*, 1987, p. 140 e.v.

(212) Starke, *Introduction to International Law*, 1989, p. 84.

(213) Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1990, p. 513 e.v.

(214) Zie hiervoor paragraaf II.1 onder h.

betekenen dat een daarmee strijdige verdragsbepaling in de Nederlandse rechtsorde geen toepassing vindt.(215)

Daarmee is echter nog niet de vraag beantwoord of een formele wet die in strijd is met het *ius cogens* buiten toepassing moet worden gelaten. Van heel veel praktische betekenis is deze vraag niet. Het *ius cogens* bevat normen die het uiterste minimum zijn waartoe staten zich in hun onderlinge verhouding gehouden achten. De bescherming van de burger op basis van de internationale mensenrechtenverdragen gaat veel verder en het is moeilijk denkbaar dat een Nederlandse wettelijke bepaling niet in strijd zou zijn met het EVRM, maar wel met het *ius cogens*. Uitgesloten kan deze casuspositie echter niet worden. Gezien de aard van de normen van het *ius cogens* en hun plaats in de internationale rechtsorde is er daarom veel voor te zeggen om het *ius cogens* in art. 93 en 94 Grondwet expliciet te vermelden.

c. Volkenrechtelijk gewoonterecht. De moeilijkheden bij de vaststelling van volkenrechtelijk gewoonterecht zijn groot. Gewoonterecht zal echter in de praktijk moeten gelden om op die kwalificatie aanspraak te kunnen maken. De rechter zal in die zin dus enige objectieve aanknopingspunten hebben.

Aan de andere kant is er een grote spreiding in opvattingen over de vraag wanneer een regel als volkenrechtelijk gewoonterecht kan worden aangemerkt.(216) Stelt men hier zware eisen, dan zal, mede gezien de gevarieerdheid van de wijze waarop staten in de praktijk met elkaar omgaan, zelden van een gewoonterechtelijke regel sprake zijn. Indien men te lage eisen stelt, legt men het internationale rechtsverkeer sterk aan banden. Met name dit laatste bezwaar maakt dat het oppassen blijft met toepassing van volkenrechtelijk gewoonterecht door de rechter in de nationale rechtsorde in het algemeen en met

(215) Anders: Mok, Conclusie voor het Kruisraketten-arrest, NJ 91, 248, onder 6.4 die stelt dat het verdrag pas zijn werking verliest door de procedure van art. 65 e.v. van het Verdragenverdrag. Dat moge volkenrechtelijk juist zijn, maar het is de vraag of dat ook in de nationale rechtsorde behoort te gelden. Mok sluit overigens niet uit dat de rechter zou kunnen verstaan dat de regering de procedure van art. 65 e.v. in werking moet stellen.

(216) Verg. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1990, p. 4 e.v.; Seidl-Hohefeldern, *Völkerrecht*, 1987, p. 110 e.v.

buitenwerkingstelling van een nationale bepaling op grond van volkenrechtelijk gewoonterecht in het bijzonder.

d. Volkenrechtelijke algemene rechtsbeginselen. Ook het volkenrecht kent zijn algemene rechtsbeginselen. Deze algemene rechtsbeginselen zijn voor een deel inhoudelijk gelijk aan de algemene rechtsbeginselen die voor de nationale rechtsorde worden aanvaard, doch verschillen slechts in hun toepassingsgebied.⁽²¹⁷⁾ Deze algemene rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, behoeven dus niet aan de normen waaraan toetsing mogelijk is te worden toegevoegd.

Andere algemene rechtsbeginselen zijn specifiek volkenrechtelijk van aard, zoals het beginsel van gelijkwaardigheid van staten en de vrijheid van de zee.⁽²¹⁸⁾ Ook brengt men soms onder de algemene rechtsbeginselen volkenrechtelijke adaptaties van privaatrechtelijke beginselen: misbruik van recht, de goede trouw en beginselen van procesrechtelijke aard als dat niemand rechter in zijn eigen zaak kan zijn, dat circumstantial evidence is toegelaten en dat van litispending.⁽²¹⁹⁾ Voor wat betreft deze algemene rechtsbeginselen gelden de bezwaren die hiervoor zijn genoemd ten volle. Toetsing daaraan lijkt dus niet aangewezen, doch om verdere rechtsontwikkeling op dit terrein niet geheel uit te sluiten, is een mogelijke oplossing om deze toetsing niet bij voorbaat geheel te verbieden.

X SLOTOPMERKINGEN

Toetsingsrecht is een vlag die de lading maar zeer ten dele dekt. Toepassing van hogere normen op wetgeving in formele zin is niet alleen het houden van de wetgever aan regels, die een bepaalde betekenis hebben. Die hogere normen zijn steeds zeer ruime kaders, die de rechter de mogelijkheid geven om wettelijke regels in een geactualiseerde of zelfs gecorrigeerde vorm toe te passen. De vrijheid die de rechter daarbij heeft is nu al vrijwel onbegrensd. Invoering van toetsing aan de Grondwet en aan algemene rechtsbeginselen zal die vrij-

⁽²¹⁷⁾ Verg. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1990, p. 15 e.v.

⁽²¹⁸⁾ Verg. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1990, p. 19.

⁽²¹⁹⁾ Verg. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1990, p. 18.

heid nog enigszins doen toenemen, maar zal geen werkelijk fundamentele veranderingen meebrengen.

Indien de dingen bij hun naam worden genoemd, en dat heb ik getracht te doen, dan is het gemakkelijker de positie van de rechter als zelfstandig rechtsvormer te accepteren en het systeem waarin hij als zodanig functioneert verder te ontwikkelen. Het hiervoor geschiktste beeld kan daarvoor wellicht een aanzet geven. Het houdt in dat de rechter wordt gezien als een onafhankelijke persoon die de stand van de rationele maatschappelijke discussie meet op een andere, maar niet principieel mindere, wijze dan de wetgever dat doet. De rechter gaat bij zijn meting uit van de wet. Is echter min of meer aantoonbaar dat de wet de actuele rationele opvattingen in de maatschappij niet weergeeft, dan kan de rechter, binnen het zeer ruime kader van de hogere normen en andere instrumenten die hij 'tegen de wet' in stelling kan brengen, maar met de hem passende terughoudendheid, een 'eigen meting' verrichten. Dat doet hij zoveel mogelijk op basis van de normen van het geldende recht, maar zonodig ook aan de hand van de in de maatschappij levende rechtsopvattingen, waartoe hij onder meer toegang krijgt via de pers en de juridische literatuur.

Ook als men wil vasthouden aan het bijna tot een fictie verworden beeld dat toetsing het toepassen van hogere normen op wetgeving is, dan is het goed dat eens wordt gespeeld met de gedachte dat aan de rechter de volledige vrijheid wordt toegekend het recht toe te passen, zonodig ook zonder wettelijke basis en tegen de wet in. Men moet dan wellicht toegeven, dat dit misschien wel een breuk zou betekenen in het staatsrechtelijk denken, maar niet in de huidige praktijk van de rechtstoepassing door de rechter. Voor het invoeren van een beperkte toetsing, alleen aan de klassieke grondrechten uit de Grondwet en aan bepaalde algemene rechtsbeginselen, geldt dit a fortiori.

Een groot voordeel van het werkelijk aanvaarden van zelfstandige rechterlijke rechtsvorming is dat het rechter en wetgever gezamenlijk verantwoordelijk maakt voor het rechtstelsel, zodat geen zinloze competentiestrijd behoeft te worden uitgevochten en de nadruk kan komen te liggen op het gestalte geven aan de noodzakelijke samenwerking en het uitbuiten van de voordelen daarvan. Rechterlijke rechtsvorming heeft sterke kanten waar het gaat om de mogelijkheid van experimenten, de mogelijkheid om verouderde wettelijke bepalingen

aan de eisen van de tijd aan te passen, het in de praktijk implementeren en corrigeren van wettelijke regels en het gestalte geven aan rechtsbescherming tegen de overheid. Constitutionele toetsing kan een goed middel zijn om die sterke kanten te benutten, mits die toetsing gebeurt met de terughoudendheid die de rechter past als hij oordeelt dat de wettelijke norm, ondanks alle waarborgen die in de wetgevingsprocedure zitten, toch niet of niet langer in overeenstemming is met de stand van de rationele maatschappelijke discussie over het betrokken maatschappelijke probleem. Rechterlijke beslissingen over de inhoud van constitutionele normen bevatten zeker geen eeuwige waarheden en moeten daarom evenzeer controleerbaar en door de wetgever corrigeerbaar zijn.

Afgesloten, 15 december 1991