

Constitutionele toetsing in Nederland: jeugdig elan op klassiek terrein

Onze Grondwet is in het nieuws. In een land waarin constitutionele discussies betrekkelijk zelden en nooit wijdverbreid zijn en de Grondwet zelf niet erg tot de verbeelding spreekt buiten de kring van staatsrechtgeleerden, is dat bijzonder. Het wetsvoorstel-Halsema, dat een beperkte opheffing van het toetsingsverbod van art. 120 Gw wil invoeren, is inmiddels echter in tweede lezing in behandeling in de Tweede Kamer (*Kamerstukken II*, 2009/2010, 32 334) en daarnaast heeft de Staatscommissie Grondwet op 11 november jl. haar advies aangeboden aan de ministers van Binnenlandse zaken en (Veiligheid en) Justitie (zie www.staatscommissiegrondwet.nl). Die commissie pleit onder andere voor het bij de tijd houden van de Grondwet en – tegen haar opdracht in – voor heroverweging van het huidige toetsingsverbod omdat dan de normativiteit van de Grondwet vergroot zou (kunnen) worden. Er staat dus het nodige op het spel als het om de Grondwet gaat.

Voor *De Jonge NJV* – de medio 2010 opgerichte ‘jongerenafdeling’ van de inmiddels bijna 140 jaar oude Nederlandse Juristen-Vereniging – waren de werkzaamheden van de voornoemde commissie en vooral het wetsvoorstel-Halsema reden om het thema ‘Constitutionele toetsing in Nederland’ op de agenda te plaatsen van het eerste *Jonge NJV Seminar* op 8 december jl. te Utrecht (zie www.dejongenjv.nl). *De Jonge NJV* is een forum voor alle juristen die nog jong van jaren of, alternatief, nog jong van geest zijn, van een goed, stevig debat houden en graag af en toe buiten hun steeds specialistischer specialisme willen treden om een generalistisch thema te analyseren en bespreken.

Het Jonge NJV Seminar werd ingeleid door drie *Jonge NJV pre-essayisten* die elk vanuit hun eigen achtergrond en hun eigen vakgebied een essay schreven over constitutionele toetsing hier te lande. Jonge NJV referenten en student-referenten waren aanwezig om een stevige discussie aan te zwengelen. *De Jonge NJV* heeft de samenwerking gezocht met het NJB om de gepresenteerde Jonge NJV Essays onder de aandacht van een breed en generalistisch geïnteresseerd lezerspubliek te kunnen brengen, eerst via Internet en bij deze ook op papier. In deze aflevering vindt u als NJB-lezer dan ook drie gloedvolle betogen tegen, over en voor constitutionele toetsing vanuit staatsrechtelijke, strafrechtelijke en privaatrechtelijke invalshoek.

Joost Sillen pakt meteen stevig uit. Tegen het toetsingsrecht. In goede Nijmeegse traditie is direct glashelder waar de auteur staat en dat deze zijn mening niet onder stoelen of banken zal steken. Hij schrijft over het toetsingsverbod niet vanuit de gedachte nog nieuwe argumenten aan te kunnen voeren maar juist ‘omdat afschaffing van het toetsingsverbod zo’n slecht idee is’. Het probleem dat het wetsvoorstel-Halsema probeert op te lossen, bestaat nauwelijks, en tot pacificatie van onze pluriforme samenleving, een door velen beoogd voordeel ervan, zal het niet leiden. Wel zal politieke besluitvorming (meer nog dan thans) verplaatst worden van de wetgever naar de rechter, en dat moeten we niet willen, aldus Sillen. Uiteraard kan over de kracht van dat argument gestreden worden, want de rechter doet al – en zeker niet zelden – aan politieke besluitvorming, en dat gebeurt zonder onoverkomelijke problemen.

Maartje van der Woude wijst erop dat het waarborgen van de individuele rechtsbescherming een belangrijk argument is voor toetsing door de rechter achteraf, na de totstandkoming van een (straf)wet. Zij wil de *ex ante* (strafrechtelijke) rechtsbescherming verbeteren door de grondwettelijke toetsing in een vroeg stadium van het wetgevingsproces kwalitatief te versterken, hetgeen zeker in tijden waarin Veiligheid (met hoofdletter) allesverpletterend voorop staat, geen overbodige luxe is. Door de taak van de Raad van State in deze te herijken en te verzwaren en de wetgever te dwingen op de Raad te reageren, wordt voorkomen dat de rechter, achteraf, de taak van grondwethoeder alleen vervullen moet. Dat kan uiteraard wel tot spanning tussen Raad van State en (straf)rechter leiden als de rechter een grondwettelijk probleem ziet dat de Raad voordien of geheel niet zag of te licht bevond om tot ingrijpen over te gaan.

Voor het privaatrecht constateert *Jessy Emaus* dat de mogelijkheid van toetsing vooralsnog weinig pennen in beweging gebracht heeft, terwijl het voorstel wel degelijk ook voor civilisten van gewicht is, bijvoorbeeld omdat hiermee de verhouding tussen wetgever en privaatrechtelijke rechter veranderen zal. Emaus pleit uiteindelijk voor toetsing van formele wetten aan de grondrechten, bijvoorbeeld omdat het EVRM (nog) niet alle privaatrechtelijke fundamentele waarden die zij onderscheidt, beschermt. Wel meent zij dat de toetsingsbevoegdheid exclusief aan de Hoge Raad zou moeten toekomen in die zin dat de feitenrechter die een toetsingsvraag voorgelegd krijgt, deze als prejudiciële vraag zou moeten voorleggen aan de Hoge Raad als hij overtuigd is van de ongrondwettigheid (een gematigd geconcentreerd stelsel). Omdat haar voorstellen betekenen dat het wetsvoorstel-Halsema aangepast moet worden en dus nogmaals door de parlementaire molen zou moeten, is dat waarschijnlijk echter een wens (of brug) te ver.

De drie essays roepen uiteraard vervolgvragen op, en ongetwijfeld bij menigeen de nodige tegenspraak. Maar dat was precies de bedoeling. De essays vertonen alle drie jeugdig elan, durf én creativiteit. En als dat dan wordt losgelaten op een klassiek thema als constitutionele toetsing, dan ontstaat er een mooie symbiose: de jacht naar het beste recht, het mooiste systeem, de meest werkbare rechtsstaat en naar opperste gerechtigheid is ook de juridische jeugd van tegenwoordig niet vreemd. Gelukkig maar.

Ivo Giesen

Hoogleraar privaatrecht, bestuurslid van de NJV en lid van de organisatie van het 'Jonge NJV Seminar 2010'