

TEGEN HET TOETSINGSRECHT

J.J.J. Sillen¹

1. Inleiding

Dynamisch is onze Grondwet niet. Terwijl wetwijzigingen elkaar in rap tempo afwisselen, is onze Constitutie sinds 1953 niet meer ingrijpend veranderd. Dat jaar bracht het huidige art. 94 Gw. Volgens die bepaling blijven wettelijke voorschriften – ongeacht hun rang – buiten toepassing als die toepassing onverenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen of van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Hoewel de Grondwet daarna slechts marginaal is gewijzigd, is zij sindsdien geen rustig bezit. Zo werd voorgesteld een referendum in te voeren en de burgemeester te kiezen. Geen van die voorstellen kreeg echter zo veel aandacht als het thans aanhangige voorstel tot gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod: het voorstel-Halsema.

Het toetsingsverbod is vervat in art. 120 Gw en verbiedt de rechter de grondwettigheid van de wet te beoordelen.² Halsema wil dat toetsingsverbod beperken door aan die bepaling een tweede lid toe te voegen dat de rechter toestaat (de toepassing van) de wet aan in de Grondwet opgenomen klassieke grondrechten te toetsen (hierna: het toetsingsrecht).³ Haar voorstel is thans in tweede lezing bij de Tweede Kamer aanhangig.⁴

Over de wenselijkheid van het toetsingsverbod, en over voorstellen die het pogen af te schaffen, is veel geschreven. Sinds 1848, het jaar waarin het toetsingsverbod in de Grondwet kwam, leeft die discussie. En toch schrijf ook ik er vandaag over. Niet omdat ik pretendeer nieuwe, niet eerder gehoorde argumenten te hebben of omdat ik meen die argumenten beter te kunnen verwoorden dan anderen, maar omdat afschaffing van het toetsingsverbod zo'n slecht idee is.

¹ Mr. drs. J.J.J. Sillen is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

² Evenmin mag de rechter volgens die bepaling de grondwettigheid van verdragen beoordelen. Ik laat dat toetsingsverbod echter buiten beschouwing.

³ Het toe te voegen lid luidt: “Wetten vinden evenwel geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar is met de artikelen 1, 2, derde en vierde lid, 3 tot en met 9, 10, eerste lid, 11 tot en met 17, 18, eerste lid, 19, derde lid, 23, tweede, derde, vijfde, zesde en zevende lid, 54, 56, 99, 113, derde lid, 114, 121 en 129, eerste lid.”

⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 334, nr. 1 e.v..

2. *Waarom sommigen denken dat toetsing door de rechter een goed idee is*

Voorstanders van afschaffing van het toetsingsverbod hebben daarvoor een aantal argumenten. Ik tel er vijf.

Volgens sommigen hoort de rechter over de toetsingsbevoegdheid te beschikken, omdat de rechterlijke functie haar veronderstelt. Zij zou daarvan een onlosmakelijk onderdeel zijn.⁵ Deze stelling heeft vele aanhangers en zij vormt in veel landen de grondslag van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid.⁶ De Verenigde Staten zijn daarvan het bekendste voorbeeld. Hoewel de Amerikaanse Constitutie zwijgt over de vraag of de rechter tot toetsing bevoegd is, achtte het Hoogerechtshof het vanzelfsprekend dat de rechter over die bevoegdheid beschikt. In *Marbury v. Madison* overwoog het, dat het de taak van de rechter is om het recht toe te passen op de feiten. Als op één feitencomplex twee met elkaar strijdige voorschriften van toepassing zijn, zal de rechter – volgens de *lex superior*-regel – moeten beslissen welk van die twee voorschriften hij toepast. Toetsing is daarmee volgens het Hof “*the very essence of judicial duty*”.⁷ Waarom juist de rechter hoort te toetsen en niet de wetgever of het bestuur, legt het echter niet uit.⁸ Verwonderlijk is dat niet. Dat toetsing tot ‘de essentie van de rechterlijke taak’ behoort, is niet te bewijzen: het is een *petitio principii*.⁹

Thorbecke, de grote Nederlandse staatsrechtbeoefenaar, trachtte met een soortgelijke redenering de grondwetgever in 1848 ervan te overtuigen het toetsingsverbod niet in de Grondwet op te nemen. Volgens hem zou door het toetsingsverbod “de Grondwet [...] ophouden Grondwet te zijn”; het zou de gewone wetgever boven de Grondwet plaatsen.¹⁰ Thorbecke ging er kennelijk van uit dat regels alleen dan worden nageleefd, als zij door een derde worden gehandhaafd. Vaak klopt dat. Zo heb ik pas fietsverlichting sinds een agent mij daarop beleefd doch indringend wees. Waarom zou iets anders gelden voor de wetgever die de Grondwet moet naleven? De honderdzesentwintig jaren die zijn verstreken sinds Thorbeckes waarschuwing, bewijzen echter het tegendeel. Wetten die de Grondwet flagrant schenden, zijn een zeldzaamheid en volgens mij beweert ook niemand dat het Staatsblad daarvan ook maar een hand vol voorbeelden bevat.¹¹ Daarmee is uiteraard niet gezegd dat wetten over wier grondwettigheid twijfels bestaan net zo zeldzaam zijn. Maar het betekent wel dat de wetgever zich kennelijk – en anders dan Thorbecke voorspelde – aan de Grondwet gebonden

⁵ Bijv. A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving*, 1991, p. 32 en E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De Harmonisatiewet: onschendbaarheid van de wet en schendbaarheid van rechtszekerheidsbeginsel’, AA 1989, p. 590 (“[toetsing] is een normale rechterlijke taak”).

⁶ Ook in Nederland, vgl. HR 2 december 1864, W. 2646 (APV Rotterdam). Zie J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving*, 2010, p. 221-222.

⁷ U.S. Supreme Court 24 februari 1803, 5 U.S. 137, 177-178.

⁸ Sillen 2010, p. 5-8.

⁹ Vgl. L. Prakke, *Het Huis verzopen, het Hof gepakt, de Koning ontbloot*, 1994, p. 29.

¹⁰ J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der Grondwet*, 1948, p. 61.

¹¹ Vgl. L. Prakke, ‘Bedenkingen tegen het toetsingsrecht’, in: *Toetsing* (Handelingen NJV 1992-I), p. 9-10.

acht. De wetgever tracht te goeder trouw aan zijn grondwettelijke plichten te voldoen, ook al worden zijn misstappen niet door de rechter afgestraft.¹²

Afschaffing van het toetsingsverbod wordt ook wel bepleit met een beroep op de wat apodictische slogan: ‘zonder toetsingsrecht geen rechtsstaat’.¹³ Nu vindt welhaast iedereen dat de rechtsstaat iets heel belangrijks is, maar over de precieze invulling van dat begrip bestaat geen overeenstemming.¹⁴ Is er al eensgezindheid over de elementen van de rechtsstaat, dan bestaat onenigheid over de wijze waarop deze, onderling soms onvereenigbare beginselen tegen elkaar moeten worden afgewogen. Zo pleit het recht op toegang tot een rechter – een veel genoemd element van de rechtsstaat – voor afschaffing van het toetsingsverbod. Het democratiebeginsel, een ander bekend onderdeel van de rechtsstaat, pleit echter weer voor handhaving van het toetsingsverbod: zonder rechterlijk toetsingsrecht beslist immers de democratisch gekozen wetgever en niet de rechter over de grondwettigheid van wetten. Veel wijzer worden wij van die verwijzing naar de rechtsstaat dus niet.¹⁵

Twee andere argumenten voor aanvaarding van het toetsingsrecht, en in het bijzonder het voorstel-Halsema, snijden meer hout. Volgens het eerste kan ook de wetgever de wet aan de Grondwet toetsen, maar kan deze niet de grondwettigheid beoordelen van een door hem onvoorziene toepassing van de wet.¹⁶ Het laatste argument tegen het toetsingsverbod verwijst naar art. 94 Gw.¹⁷ Sinds de invoering van die bepaling kan de rechter de wet, of haar toepassing, toetsen aan verdragen. Diverse van die verdragen bevatten vergelijkbare rechten als onze Nederlandse Grondwet. Het EVRM en het IVBPR zijn daarvan de bekendste en meest aangehaalde voorbeelden. Als de rechter de wet wel aan zulke verdragsrechten mag toetsen, waarom mag hij de wet dan niet toetsen aan hun grondwettelijke evenknie?¹⁸

Tegen die twee argumenten is volgens mij niet zo veel in te brengen, hoewel sommigen daar anders over denken.¹⁹ Het voorstel-Halsema wordt daardoor echter

¹² Aan die plichten wordt hij herinnerd door de Raad van State, die het zijn taak acht wetsvoorstellen op hun grondwettigheid te beoordelen. Zie J.L.W. Broeksteeg e.a., *Zicht op wetgevingskwaliteit*, 2005, p. 82.

¹³ Bijv. P.B. Cliteur, ‘Is de Nederlandse wetgever ongebonden?’, *TvO* 1990, p. 246.

¹⁴ Vgl. M. Scheltema, ‘De rechtsstaat’, in: *De rechtsstaat herdacht*, 1989, p. 50.

¹⁵ Anderen beschouwen democratie als een zelfstandig, van de rechtsstaat te scheiden idee. Zeker vanuit historisch perspectief is daar veel voor te zeggen (vgl. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, 2008, p. 53). Het geschetste dilemma lost echter met het maken van dat onderscheid niet op.

¹⁶ Vgl. Prakke 1992, p. 14-16. Soms biedt HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 (Harmonisatiewet), r.o. 3.9 in zulke gevallen overigens een oplossing.

¹⁷ Bijv. Kortmann 2008, p. 376-377.

¹⁸ Naast het grondwettelijke gebod aan de rechter om, kort gezegd, de wet aan verdragen te toetsen (art. 94 Gw), verplicht het EU-recht de rechter de wet aan Europees recht te toetsen. Die laatste toetsing verloopt echter buiten de Grondwet om en kan door de Nederlandse (grond)wetgever dan ook niet worden verboden (HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80 (Rusttijden), r.o. 3.6). Ik laat die toetsing hier daarom buiten beschouwing.

¹⁹ Dat geldt m.n. voor het verdragsargument. Zie bijv. L.F.M. Besselink, ‘Constitutionele toetsing in internationaal perspectief’, *AA* 2003, p. 94-95; C.B. Schutte, ‘Beschouwingen rond het verbod van de

nog niet een wenselijk voorstel. Beslissend daarvoor is of die voordelen groter zijn, of zwaarder wegen, dan de nadelen die eraan verbonden zijn. Volgens mij is dat niet het geval: toekenning van het toetsingsrecht zal de rechtspraak vergaand politiseren (paragraaf 4), terwijl de rechter veel minder goed in staat is de grondwettigheid van wetten te beoordelen dan de wetgever (paragraaf 5). Laten wij echter eerst eens bezien hoe groot nu eigenlijk het probleem is waarvoor het voorstel-Halsema een oplossing biedt (paragraaf 3).

3. Een oplossing, maar voor welk probleem?

Een grondwetswijziging voorstellen is een verbetering voorstellen. Zo beoogt het voorstel-Halsema onder andere burgers te beschermen tegen ongrondwettige wetten.²⁰

Zoals gezegd zijn *overduidelijk* ongrondwettige wetten een zeldzaamheid: de wetgever bedreigt misdrijven niet met de doodstraf (art. 114 Gw) en evenmin verbiedt hij moskeeën te bouwen (artt. 1 en 6 Gw). Curieus is echter dat Halsema – desgevraagd – zelfs geen voorbeelden kan noemen van wetten over wier grondwettigheid volgens haar *twijfels* bestaan.²¹ Volgens haar adviseur Peters is het noemen van zulke voorbeelden voor een politica een te hachelijke onderneming: het uiten van wantrouwen jegens de wijze waarop de Kamers hun wetgevende taak uitvoeren, trekt tegenstanders van haar voorstel niet bepaald over de streep.²² Dat Halsema geen voorbeelden noemt, kunnen wij haar dus niet echt kwalijk nemen. Juridische auteurs worden door zulke politieke motieven gelukkig niet gehinderd. Zij kunnen zonder schroom schrijven over ongrondwettige wetten.

Het vreemde is nu dat volgens de Data Juridica in de afgelopen tien jaar slechts twee artikelen zijn verschenen waarin wordt betoogd dat een wet met een van de in het voorstel-Halsema genoemde grondwetsbepalingen in strijd is.²³ Volgens het eerste is de advocateneed van art. 3, tweede lid, Advocatenwet ongrondwettig.²⁴ De schrijver meent dat de zinsnede waarmee de advocaat “getrouwheid aan de Koning” zweert, ertoe leidt dat republikeinen geen advocaat kunnen worden, wat volgens hem in strijd is met art. 1 Gw. Volgens het tweede stuk is art. 2, eerste lid, Leerplichtwet 1969 inconstitutioneel.²⁵ Volgens de auteur heeft die bepaling tot gevolg dat het geven van thuisonderwijs zo goed als onmogelijk is, hetgeen met art. 23, tweede lid, Gw in strijd zou zijn. Ik wil niet afdoen aan de ernst van deze

rechter om wetten aan de Grondwet te toetsen’, in: *Op het snijvlak van recht en politiek*, 2003, p. 270-274 en G. van der Schyff, ‘Waarom het voorstel-Halsema tekort schiet’, *NJB* 2009, p. 2408-2414 (met reacties van J.A. Peters & G. Boogaard, p. 2628-2630 en J.W.A. Fleuren, p. 2630-2631).

²⁰ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 2.

²¹ *Kamerstukken I* 2006/07, 28 331, nr. C, p. 5.

²² J.A. Peters, ‘Geen groen maar rijp voorstel’, in: *De staat van wetgeving*, 2009, p. 111-112.

²³ Ik heb op 7 september 2010 gezocht op de termen: ongrondwettig; ‘in strijd met’ + grondwet; ‘in strijd met’ + gr.w.; en ‘in strijd met’ + gw. Alleen de jaren 2000-2009 zijn in het onderzoek betrokken.

²⁴ H.F. Veenendaal, ‘De advocaat suft in ’t stof, getekend met den hals aan het Hof’, *NJB* 2006, p. 1693.

²⁵ J. Sperling, ‘Het geven van thuisonderwijs is vrij’, *NTOR* 2007, p. 29-39.

beweerdelijke ongrondwettigheden, maar: is dit alles? Moet een kernbepaling van onze Grondwet vanwege deze mogelijke schendingen worden gewijzigd?

‘Nee’, zullen voorstanders antwoorden, ‘niet alléén daarom.’ Het verbeteren van de rechtsbescherming is maar een van de vele doelstellingen van het wetsvoorstel. Een ander is het opheffen van de anomalie dat de wet niet aan de Grondwet mag worden getoetst, maar wel aan verdragen.²⁶ Dat verdragsargument heeft al eens een verklaard voorstander van het toetsingsverbod over de streep getrokken. Prakke ging erdoor in 1992 voorzichtig overstag, na jarenlang het toetsingsrecht te hebben afgewezen. Hij wees erop dat de rechter sinds de jaren tachtig steeds vaker de wet aan het EVRM toetst. “Hij heeft er duidelijk zin in gekregen”, zo schreef hij.²⁷ Ook anderen stellen dat toetsing van wetten aan verdragen, veelal mensenrechtenverdragen, “veelvuldig” voorkomt.²⁸

Hoewel het onder juristen gemeengoed lijkt te zijn dat de rechter de wet vaak toetst aan een mensenrechtenverdrag, zoals het EVRM en het IVBPR, is daarmee nog niet gezegd dat hij met eenzelfde regelmaat wetten wegens strijd met zo’n verdrag buiten toepassing laat – en dat blijkt ook niet zo te zijn:²⁹ de NJ, AB en BNB bevatten in het afgelopen decennium slechts negen uitspraken waarin de rechter een wetsbepaling wegens strijd met het EVRM of het IVBPR buiten toepassing heeft gelaten.³⁰ ‘Veelvuldig’ kan dat toch niet worden genoemd.

Het probleem waarvoor het voorstel-Halsema een oplossing biedt, valt dus wel mee: duidelijk ongrondwettige wetten zijn er vrijwel niet, en de anomalie dat de rechter de wet wel aan verdragen mag toetsen, maar niet aan de Grondwet, blijkt in de praktijk niet erg groot te zijn.

²⁶ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 331, nr. 3, p. 4.

²⁷ Prakke 1992, p. 30-31.

²⁸ Besselink 2003, p. 92; Peters 2009, p. 109 en M. Kuijjer, ‘De betekenis van het Europees verdrag voor de rechten van de mens voor de nationale wetgever’, in: *Wetgever en constitutie*, 2009, p. 55.

²⁹ Ik heb in de (gedigitaliseerde) NJ, AB en BNB gezocht naar uitspraken uit de periode 2000-2009 met de zoektermen: wet + 94 + ‘buiten toepassing’. Vervolgens heb ik die uitspraken geselecteerd waarin de rechter een wetsbepaling wegens strijd met het EVRM of het IVBPR buiten toepassing laat. Uitspraken die in hoger beroep zijn vernietigd of uitspraken over de afwikkeling van zo’n toetsingsuitspraak heb ik niet meegenomen. Evenmin heb ik uitspraken meegeteld waarin de rechter de wet verdragsconform uitlegt, omdat deze bevoegdheid ook zou bestaan zonder art. 94 Gw. Zie echter nt. 30.

³⁰ HR 1 december 2000, NJ 2001, 390 (art. 1:383 BW in strijd met art. 8 EVRM); Hof Leeuwarden 5 februari 2003, NJ 2003, 352 (art. 1:253o, eerste lid, tweede volzin, BW in strijd met art. 8 EVRM); HR 16 juni 2009, NJ 2009, 379 (art. 261, tweede lid, Sr in strijd met art. 10 EVRM); CRvB 20 juli 2001, AB 2001, 252 (artt. 88c en 88q WAO in strijd met art. 6 EVRM); CRvB 18 juni 2004, AB 2004, 296 (Wsg in strijd met art. 1 EP EVRM); ABRvS 9 februari 2005, AB 2005, 224 (art. 19 WRO in strijd met art. 10 EVRM); HR 10 augustus 2001, BNB 2001, 400 (art. 15, eerste lid, Successiewet 1956 in strijd met art. 26 IVBPR); HR 10 juli 2009, BNB 2009, 246 (art. 7, tweede lid, Kostenwet invordering rijksbelastingen in strijd met art. 1 EP EVRM).

In HR 27 mei 2005, NJ 2005, 485, zegt de Hoge Raad art. 1:252 BW en aanverwante bepalingen conform art. 8 EVRM uit te leggen. Die uitlegging komt echter feitelijk neer op het buiten toepassing laten van die wetsbepalingen, zo schrijft annotator De Boer terecht. Ook die uitspraak heb ik daarom meegenomen.

4. *Pacificatie van de pluriforme samenleving*

Volgens mij steunen veel voorstanders van het toetsingsrecht het voorstel-Halsema ook niet omdat zij wèrkelijk menen dat burgers vaak met ongrondwettige wetgeving worden geconfronteerd of omdat rechters regelmatig de wet buiten toepassing laten wegens strijd met mensenrechtenverdragen zodat een (al dan niet grote) anomalie is ontstaan. Zij verwachten van het toetsingsrecht een heel ander en veel groter heil, namelijk de pacificatie van onze pluriforme samenleving.

In de memorie van toelichting bij haar wetsvoorstel schrijft Halsema daarover: in een pluriforme samenleving zijn “debatten over botsende belangen, en soms zelfs botsende grondrechten” onvermijdelijk. “Door constitutionele toetsing”, zo gaat zij verder, “wordt een publiek forum geschapen om deze noodzakelijke debatten op respectvolle en vreedzame wijze te kunnen voeren.” De Grondwet kan zo op een “open manier worden geconfronteerd met nieuwe waarden en opvattingen, voordat de wetgever dwingend optreedt en de uitkomst van die debatten in nieuwe wetgeving dicteert.”³¹

Het voorstel-Halsema beoogt in deze visie niet slechts de eindbeslissing over de grondwettigheid van wetten te verplaatsen van de wetgever naar de rechter, maar ervan wordt ook verwacht dat aanvaarding van het voorstel gevolgen heeft voor de wijze waarop die toetsing wordt uitgevoerd: de wetgever ‘dicteert’ zulke beslissingen, terwijl de rechter daarover eerst uitvoerig met partijen debiteert en vervolgens op een respectvolle en vreedzame wijze tot een voor alle partijen aanvaardbare oplossing komt. Die hooggespannen verwachtingen van het rechterlijk toetsingsrecht deel ik allerminst.

4.1 *Hoe zal de rechter toetsen?*

Zoals gezegd, komt het vrijwel niet voor dat wetten de Grondwet flagrant schenden. Bij die stand van zaken is het beoordelen of de wet met een van de klassieke grondrechten in strijd is geen gemakkelijke onderneming die tot een eenduidig resultaat leidt. De vaagheid van grondwettelijke normen is daarvan de belangrijkste oorzaak. Zo is het niet alleen lastig te bepalen of een grondrecht van toepassing is, maar zal het (na aanvaarding van het voorstel-Halsema) ook moeilijk blijken te zijn om de rechtmatigheid van een beperking van een grondrecht vast te stellen.

Naar de letter van de Grondwet hoeft die laatste vaststelling niet veel problemen op te leveren. De beperkingsystematiek van de Grondwet is vrij formeel. Zij bepaalt of en wie tot beperking van een grondrecht bevoegd is, maar bevat nauwelijks aanwijzingen voor beantwoording van de vraag aan welke inhoudelijke eisen zo’n beperking moet voldoen. Sommige artikelen bepalen dat zo’n beperking alleen mag worden gegeven met het oog op het bereiken van een bepaald doel, bijvoorbeeld bescherming van de gezondheid,³² of vereisen dat bepaalde formaliteiten aan die beperking zijn verbonden, zoals dat het briefgeheim

³¹ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 331, nr. 3, p. 2.

³² Bijv. art. 9, tweede lid, Gw.

slechts mag worden beperkt na een rechterlijke last.³³ Andere grondwetsbepalingen geven de wetgever zelfs volledig de vrije hand bij het beperken van grondrechten.³⁴

De grondwettelijke beperkingssystematiek is naar de letter dus duidelijk. Toetsing eraan kan daardoor betrekkelijk eenduidig verlopen en zal soms – als de Grondwet de wetgever de vrije hand laat – niets opleveren. Halsema wil echter iets van het toetsingsrecht maken. Volgens haar moeten in de genoemde beperkingsmogelijkheden andere, materiële normen worden ingelezen. Zo zal de rechter moeten toetsen of de beperking proportioneel en subsidiair is en of zij het grondrecht niet illusoir maakt.³⁵

Hoe redelijk deze normen ook klinken, zij leiden er niet toe dat op objectieve wijze kan worden bepaald of een wet met de Grondwet in strijd is. Tot hoe ver een klassiek grondrecht reikt, wat de kern van een grondrecht is of wanneer een afweging niet meer proportioneel en subsidiair is, vergt afwegingen van morele aard. Met de uitkomst van zulke afwegingen kan men het eens of oneens zijn, maar men kan niet *bewijzen* dat ze waar of onwaar zijn.

Ik geef twee voorbeelden. Is de wet die positieve discriminatie mogelijk maakt in strijd met art. 1 Gw? Ik vind van wel. Tal van anderen vinden van niet. Is het wetsvoorstel dat de ‘enkele feit’-constructie uit de Awgb schrapt, waardoor reformatische scholen, kort gezegd, homoseksuele leraren niet meer kunnen weigeren, grondwettig? Volgens mij niet: ik meen dat zij in strijd is met de vrijheid van richting (art. 23, tweede lid, Gw). Een Kamermeerderheid lijkt het daarmee niet eens te zijn.³⁶ Zij laat art. 1 Gw – het discriminatieverbod – boven die vrijheid prevaleren. Zulke verschillen van inzicht bewijzen volgens mij niet dat ik ongelijk heb of dat die ander ongelijk heeft. Zij bewijzen slechts dat redelijk denkende mensen van mening kunnen verschillen over wat goed en slecht recht is.

Wordt aan de rechter het toetsingsrecht toegekend, dan zal hij niet, zoals Halsema verwacht, op een andere wijze de grondwettigheid van wetten beoordelen dan de wetgever. Zijn eigen morele overtuiging zal bij die beoordeling van groot belang zijn – en vaak kan hij ook niet anders. Net als de wetgever, zal de rechter partijen daardoor niet kunnen overtuigen van de juistheid van zijn beslissing, om de eenvoudige reden dat zijn beslissing niet de enig juiste *is*. Hij kan het meningsverschil dat partijen verdeeld houdt niet overbruggen, laat staan dat hij de pluriforme samenleving kan pacificeren.³⁷ Dat is ook niet zijn taak. De rechter

³³ Art. 13 Gw.

³⁴ Art. 2, eerste, tweede en vierde lid; art. 4; art. 6, eerste lid; 7, eerste en derde lid; art. 9, eerste lid, art. 10, eerste lid, art. 11; art. 12, eerste lid; art. 15; art. 121 Gw.

³⁵ *Kamerstukken I* 2006/07, 28 331, C, p. 13. De Staatscommissie Grondwet pleit in haar rapport voor een grondwetsbepaling die deze eisen noemt (*Kamerstukken II* 2010/2011, 31 570, nr. 17, bijlage, p. 54-56). Vgl. R.J.B. Schutgens, ‘Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet’, *RegelMaat* 2007, p. 13-19 die nog enkele andere mogelijke hulpnormen bespreekt.

³⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 476, nr. 1 e.v..

³⁷ De SGP-zaken illustreren dat volgens mij. Zie B.M. Oomen e.a., ‘Van Walswetten en de Wil van God’, *NJB* 2010, p. 216-222.

beslist geschillen waarbij belangen gemoeid zijn; hij is niet de juryvoorzitter van de plaatselijke debatclub.

4.2 En andere vage normen dan?

Niet alleen bij toetsing van de wet aan de Grondwet zal het voor de rechter vaak onmogelijk zijn om objectief vast te stellen wat rechtens is. Ook bij toepassing van bepalingen uit het BW of uit het Wetboek van Strafrecht zal hij zich soms moeten verlaten op zijn eigen waardeoordelen. Wat in strijd met de ‘openbare orde’ is (art. 3:40 BW) of wat ‘beledigen’ is (art. 137c Sr), staat niet onomstotelijk vast. Ook bij het toepassen van die bepalingen zal de rechter daarom mede moeten vertrouwen op zijn eigen morele opvattingen. Vind ik dan dat het de rechter niet alleen verboden moet blijven de wet aan de Grondwet te toetsen, maar ook dat hij het BW of het Wetboek van Strafrecht niet mag uitleggen?

Nee, dat vind ik niet. Hoewel ik óók die rechterlijk vrijheid problematisch acht, vind ik de vrijheid die hij heeft bij toetsing van de wet aan de Grondwet nòg problematischer, omdat daarbij de kans veel groter lijkt te zijn dat (subjectieve) morele opvattingen van rechters een grote rol spelen.

Dat morele opvattingen bij die vorm van rechtspraak een grotere rol spelen dan bij andere vormen, kan worden geïllustreerd aan de hand van een rechtscollege wiens leden duidelijk verschillende politieke (en dus morele) voorkeuren hebben, waarvan het stemgedrag bij de rechterlijke beslissing aan het publiek bekend wordt en waarbinnen het, ten slotte, *bon ton* is om een afwijkend geluid te laten horen. Het Amerikaanse Hooggerechtshof is zo’n rechtscollege. De wijze waarop de politieke voorkeuren in dat Hof zijn verdeeld, komt goeddeels overeen met de verdeling van die voorkeuren in het Amerikaans Congres. Ongeveer de helft van de negen rechters in het Hof is rechts of conservatief. De andere helft is links of liberaal. Elk van hen is verder bevoegd om *dissenting* en *concurring opinions* te schrijven en de frequentie waarmee dat gebeurt, bewijst dat het schrijven van zulke afwijkende oordelen algemeen is aanvaard.

Amerikaans (politicologisch) onderzoek wijst uit, dat het stemgedrag van die rechters bij toetsing van de wet aan de Grondwet voor een groot deel berust op hun onderscheiden politieke voorkeuren: linkse rechters stemmen tegen rechtse wetten en andersom.³⁸ Dat stemgedrag vertaalt zich in de meerderheden waarmee het Hof wetten afkomstig van de formele wetgever (het Congres), onrechtmatig verklaart (zie figuur 1). Als het Hof een wet ongrondwettig verklaart, gebeurt dat in slechts negen procent van de gevallen unaniem. De meest voorkomende stemverhouding bij ongrondwettigverklaring is vijf tegen vier: zij berust dan op de kleinst mogelijke meerderheid.

³⁸ Bijv. Stefanie A. Lindquist & Rorie Spill Solberg, ‘Judicial Review by the Burger and Rehnquist Courts: Explaining Justices’ Responses to Constitutional Challenges’, *Political Research Quarterly* 2007, p. 71-90.

		Type beslissing	
		Andere beslissingen	ongrondwettigverklaring van Act of Congress
Stemmen in de meerderheid in procenten	Rest ³⁹	1,77	0,0
	5	19,08	46,25
	6	18,73	16,25
	7	14,92	16,25
	8	16,24	12,50
	9	29,25	8,75
	Totaal	100,00	100,00

*Figuur 1: Uitspraken van het Amerikaans Hooggerechtshof in de periode 1953-2009.
Bron: <http://scdb.wustl.edu>, geraadpleegd op 12 november 2010.*

De verdeeldheid die het Hof aan de dag legt als het een wet ongrondwettig verklaart, contrasteert scherp met de meerderheden waarmee het andere beslissingen neemt. Bij het beslechten van zulke andere geschillen komt juist unanimitieit het vaakst voor, namelijk in bijna dertig procent van de gevallen. Bij het beslechten van die geschillen stemmen linkse rechters dus veel vaker met hun rechtse collega's mee en andersom. Deze cijfers suggereren kortom dat bij toetsing van de wet aan de Grondwet de morele voorkeuren van rechters een veel grotere rol spelen dan bij het beslechten van andere geschillen.

Ook in Nederland zal dat verschil er zijn: als de rechter het toetsingsrecht krijgt, zal hij beslissingen moeten nemen waarbij veel vaker dan voorheen zijn eigen morele voorkeuren beslissend zijn. De rechterlijke macht zal daardoor nog verder – en volgens mij te ver – politiseren. Ik vind dat onwenselijk. Niet in de laatste plaats voor de rechterlijke macht zelf.

4.3 Oké, maar de Nederlandse rechter is een terughoudende rechter!

Volgens Halsema zal het met die politisering van de rechterlijke macht echter niet zo'n vaart lopen. Zij schrijft dat de rechter vanzelfsprekend "grote waarde" zal toekennen aan het oordeel van het parlement dat de wet grondwettig is. "Hij dient zich terughoudender op te stellen naar mate de wetgever actiever gebruik heeft gemaakt van de hem gegunde afwegingsruimte".⁴⁰ In "de Nederlandse rechtstraditie" is de rechter kortom een gematigde rechter, en dat zal na toekenning van het toetsingsrecht zo blijven.⁴¹

³⁹ Soms bestaat een meerderheid uit minder dan vijf rechters, bijvoorbeeld als een of enkele rechters zich verschonen.

⁴⁰ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 331, nr. 3, p. 14.

⁴¹ *Idem*, p. 15.

Ik betwijfel dat. De richtsnoeren die Halsema formuleert, en die ervoor moeten zorgen dat de rechter terughoudend toetst, vind ik daarvoor te vaag.⁴² In welke gevallen bijvoorbeeld heeft de door de wetgever gemaakte afweging weliswaar “grote waarde”, maar is de rechterlijke afweging toch doorslaggevend? Halsema wekt de indruk niet zo zeer de rechterlijke toetsingsbevoegdheid te willen begrenzen, maar er op te *vertrouwen* dat de rechter prudent met zijn nieuw verworven bevoegdheid zal omgaan. Ik ben wat argwanender. Ik weet niet of Nederlandse rechters zich ook na aanvaarding van het voorstel-Halsema uit eigen beweging net zo terughoudend zullen opstellen als zij tot nu toe hebben gedaan bij toetsing van de wet aan bijvoorbeeld het EVRM. Zo zei Martens in zijn afscheidsrede als President van de Hoge Raad, dat de terughoudende positie van de rechter in het staatsbestel een gevolg is van art. 120 Gw. Het voorstel-Halsema wil echter juist die grondwetsbepaling ingrijpend wijzigen.⁴³ Verstandiger lijkt het mij daarom ook hier de volkswijsheid in acht te nemen dat resultaten uit het verleden geen garanties voor de toekomst bieden.

5. *De rechter als moreel leidsman*

Leidt toekenning van het toetsingsrecht aan de rechter niet tot de pacificatie van de pluriforme samenleving, zoals Halsema verwacht; zij creëert evenmin een forum waar de Grondwet op een “open manier” met nieuwe waarden kan worden geconfronteerd.⁴⁴ Bij toetsing van de wet aan de Grondwet zijn, zoals gezegd, morele of politieke voorkeuren beslissend. In het parlementaire debat, en niet in de rechtszaal, kan daarover op een open wijze worden gediscussieerd. In de rechtszaal zijn zulke voorkeuren taboe. Zij worden verborgen onder een dikke deken van juridische techniek.⁴⁵ Een voorbeeld, opnieuw uit de Verenigde Staten, kan dat illustreren.

In 2008 verklaarde het Hoogerechtshof van de staat California de wet die het huwelijk definieert als een verbintenis tussen man en vrouw in strijd met de Grondwet van die staat. Met een nipte meerderheid van 52% wijzigde de bevolking daarop per referendum die Grondwet zó, dat zij het huwelijk voorbehoudt aan heteroparen. Voorstanders van het homohuwelijk zetten vervolgens hun strijd voort, nu bij een federale rechtbank. Zij betoogden dat de grondwetswijziging in strijd is met de federale Constitutie. In augustus van dit jaar gaf een Amerikaanse rechtbank de voorstanders gelijk en verklaarde de grondwetswijziging onverbindend.⁴⁶ Tegen die beslissing is hoger beroep aangetekend.⁴⁷ Op welke wijze proberen de strijdende partijen nu de rechter van hun gelijk te overtuigen?

⁴² Nog daargelaten dat ik vind dat bevoegdheidsbeperkingen, ook die van de rechter, in de wet horen te staan en niet in de memorie van toelichting bij een wetsvoorstel.

⁴³ S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, *NJB* 2000, p. 751

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 2.

⁴⁵ Vgl. Jeremy Waldron, ‘The Core of the Case against Judicial Review’, *Yale Law Journal* 2006, p. 1382-1386.

⁴⁶ U.S. District Court (Northern District of California) 4 augustus 2010, 704 *F.Supp.2d* 921 (Perry v. Schwarzenegger).

Hoe de rechter beslist, is afhankelijk van hoe hij het discriminatieverbod uitlegt. Het verbiedt gelijke gevallen ongelijk te behandelen, tenzij voor de ongelijke behandeling een rechtvaardiging bestaat. Stel, van zo'n ongelijke behandeling is sprake. De rechter moet dan bezien of dat onderscheid gerechtvaardigd is. Naar Amerikaans recht kan hij dat op vier verschillende wijzen doen.⁴⁸ Twee daarvan zijn voor dit geschil van belang: de *strict scrutiny*- en de *rational basis*-toets.

De *strict scrutiny*-toets is het strengst voor de (grond)wetgever. Voorstanders van het homohuwelijk zullen daarom proberen de rechter te overtuigen dat hij die toets moet toepassen. Lukt hen dat, dan eist de rechter dat het onderscheid noodzakelijk is om een dwingend openbaar belang te bereiken. Daarvan is vrijwel nooit sprake.⁴⁹ Om de rechter de wet zo streng te laten toetsen, moeten de voorstanders aantonen dat het gemaakte onderscheid een fundamenteel recht raakt of bepaalde minderheden benadeelt.⁵⁰ Volgens sommigen is het recht om te huwen zo'n fundamenteel recht. Zij beroepen zich op *Loving v. Virginia* waarin het Hof dat recht zo kwalificeerde.⁵¹ Tegenstanders van het homohuwelijk zullen echter betogen, dat het Hof inderdaad wel eens met *strict scrutiny* aan het recht om te huwen heeft getoetst,⁵² maar dat het dat niet altijd doet.⁵³ Voorstanders van het homohuwelijk doen er dus goed aan om ook nog voor een ander anker te gaan liggen. Zij kunnen daartoe betogen dat homoseksuelen een minderheid zijn die extra bescherming behoeft, waardoor het Hof die ongelijke behandeling met *strict scrutiny* moet toetsen. Veel steun voor die opvatting is er in de jurisprudentie van het Hof echter niet.⁵⁴

Lukt het de voorstanders van het homohuwelijk niet de rechter ervan te overtuigen *strict scrutiny* toe te passen, dan volgt toetsing op grond van *rational basis*. Volgens die toets is een onderscheid gerechtvaardigd als het redelijkerwijs een legitiem doel kan dienen.⁵⁵ Toetst de rechter zó, dan neemt de kans op een beslissing ten nadele van het homohuwelijk aanzienlijk toe. Het komt namelijk niet vaak voor dat de rechter niet zo'n *rational basis* vindt. Toch is het ook dan mogelijk dat de rechter bij deze toets het Californische verbod op het homohuwelijk voor ongrondwettig houdt. Volgens het Hoogerechtshof is namelijk van een gerechtvaardigd onderscheid tussen hetero- en homoparen in elk geval geen sprake als het onderscheid is ingegeven door louter animositeit jegens de benadeelde groep. Makkelijk is dat natuurlijk niet te bewijzen. Is vaststellen van

⁴⁷ W.C. Balfourt, 'Same-Sex Marriage' in Californië', *RM Themis* 2010, p. 150-161 bespreekt deze juridische strijd uitgebreid.

⁴⁸ J.H. Gerards, *Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 2002, p. 386 e.v..

⁴⁹ Gerards 2002, p. 388.

⁵⁰ U.S. Supreme Court 25 april 1938, 304 *U.S.* 144 (*U.S. v. Carolene Products Co.*), 152, nt. 4.

⁵¹ U.S. Supreme Court 12 juni 1967, 388 *U.S.* 1 (*Loving v. Virginia*), 12.

⁵² U.S. Supreme Court 18 januari 1978, 434 *U.S.* 374 (*Zablocki v. Redhail*), 388.

⁵³ U.S. Supreme Court 1 juni 1987, 482 *U.S.* 78 (*Turner v. Safley*), 89.

⁵⁴ U.S. Supreme Court 20 mei 1996, 517 *U.S.* 620 (*Romer v. Evans*), 631-632.

⁵⁵ Gerards 2002, p. 387-391.

de bedoeling van de wetgever al een hachelijke onderneming; bepalen wat miljoenen kiezers bij een referendum heeft bewogen, is vrijwel onmogelijk. Hoe dat ook zij, in het verleden heeft dat ‘bewijsprobleem’ het Hooggerechtshof er niet van weerhouden een bij referendum aanvaarde (statelijke) grondwetswijziging om die reden ongrondwettig te verklaren.⁵⁶

Getuigt dit rechterlijk beslissingsschema nu van een open debat over de merites van het homohuwelijk in het licht van (de waarden van) de Grondwet, zoals Halsema verwacht? Volgens mij niet. Of invoering van het homohuwelijk een goed of slecht idee is, komt op geen moment rechtstreeks aan de orde. De wetgever is aan zo’n verhullend beslissingsschema niet gebonden, waardoor in het parlement een open discussie over het homohuwelijk wèl mogelijk is.⁵⁷

6. Slot

Het voorstel-Halsema hoort niet te worden aanvaard. De problemen waarvoor het een oplossing biedt, zijn klein. Ongrondwettige wetten zijn een zeldzaamheid en evenmin wordt de wet vaak wegens strijd met het EVRM buiten toepassing gelaten. Ook zal het voorstel-Halsema niet doen, wat de initiatiefneemster ervan verwacht. Toekenning van de toetsingsbevoegdheid aan de rechter pacificeert de pluriforme samenleving niet en verschaft geen forum waar de Grondwet op een open manier kan worden geconfronteerd met nieuwe waarden. Wat het voorstel-Halsema doet, is politieke besluitvorming verplaatsen van de wetgever naar de rechter. Het verplaatst de eindbeslissing over de keuze tussen verschillende belangen naar een ambt dat voor het maken van zulke keuzes veel minder geschikt is.

⁵⁶ U.S. Supreme Court 20 mei 1996, 517 *U.S.* 620 (*Romer v. Evans*), 632.

⁵⁷ Het parlementaire debat over de Wet openstelling huwelijk illustreert dat (*Handelingen II* 1999/2000, nr. 97, p. 6292-6343; nr. 98, p. 6380-6404; nr. 99, p. 6421-6447; *Handelingen I* 2000/01, nr. 14, p. 597-613; nr. 15, p. 652-673).