

Constitutionele toetsing

Korte tekst voor: Vaste commissie voor binnenlandse zaken Tweede Kamer

Van: Mr. Geert Corstens

Woensdag 25 januari 2023

1. Waarom constitutionele toetsing?

Als een wet eenmaal in werking is getreden, mag de rechter geen oordeel meer geven over de verenigbaarheid van de grondrechten van de burger met de Grondwet. Er kunnen nogal eens vragen komen opzetten die bij de totstandkoming van de wet geen rol hebben gespeeld. De wetgever kan nu eenmaal niet alles voorzien. Dat kan gaan om nieuwe maatschappelijke, economische of technologische ontwikkelingen. Dat pleit voor constitutionele toetsing.

Een ander argument pro constitutionele toetsing is dat de rechter, aldus de staatscommissie Remkes, kan fungeren als institutioneel tegenwicht tegen de wetgever en de grondwetgever die in wezen hetzelfde orgaan zijn.

Een volgend argument kan zijn dat de Grondwet aldus een groter belang krijgt, meer in het centrum van de belangstelling komt staan.

Daar staat weer tegenover dat er ogenschijnlijk enige macht verschuift van de wetgever naar de rechter. Ogenschijnlijk, want door het stelsel van de artikelen 93 en 94 Grondwet moet elke rechter de voorrang geven aan internationale verdragen. Die verdragen verwoorden nogal eens fundamentele rechten van burgers. En meestal zal het bij constitutionele toetsing juist daarom gaan. Het argument van de machtsverschuiving is dus heel betrekkelijk.

Daar komt bij dat de Nederlandse rechter zich ook bij die toetsing aan internationale verdragen heel terughoudend pleegt op te stellen. Er is geen traditie van "grijpen naar de macht". Integendeel de rechter wordt wel verweten dat hij zich te bescheiden opstelt. Door verdragsconforme interpretatie wordt een conflict tussen nationale en internationale wetgeving voorkomen. Voorts pleegt de Hoge Raad in geval van een disharmonie tussen nationaal en internationaal recht nogal eens aan 'prognostic overruling' te doen. Dat betekent dat wordt aangekondigd dat na verloop van tijd, als de wetgever niet ingrijpt, de onverenigbaarheid van de nationale wetgeving met een internationaal verdrag zal worden vastgesteld en daaraan gevolgen zullen worden verbonden. Dat gebeurde bijv. in de zaak van de vermogensrendementsheffing¹ en op het punt van de toelating van advocaten tot het politieverhoor² en de kroongetuige³.

2. Wie gaat toetsen?

De Staatscommissie Remkes is een voorstander van prejudiciële toetsing door een constitutioneel hof. Zij wijst terecht op vertragingen die daardoor kunnen ontstaan. Zij besteedt weinig aandacht aan de bestaande veelheid van prejudiciële procedures en de gevaren van tegenstrijdige uitslagen. Immers, rechters die worden geconfronteerd met constitutionele kwesties die aan mensenrechten raken, kunnen verschillende wegen bewandelen. Zo kunnen lagere rechters een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad stellen. Maar ze kunnen ook besluiten, als het gaat om uitleg van een

¹ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963 en HR 10 juni 2016 ECLI:NL:HR:2016:1129

² HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608 en HR 1 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:770

³ ECLI:NL:HR:1998:ZD1191, overweging 5.2.3

fundamenteel recht en de kwestie binnen het domein van de EU of van het EVRM valt (en dat is al betrekkelijk snel het geval), zich met een prejudiciële vraag tot het Hof van Justitie van de Europese Unie in Luxemburg of tot het EHRM in Straatsburg wenden. Dat kan leiden tot ingewikkelde complicaties. Wat gaat voor: de nationale prejudiciële procedure of die van de EU of die van het EHRM? In Frankrijk heeft daarover een hevige strijd gewoed. Die resulteerde erin dat in Frankrijk, maar ook in België, een prejudiciële vraag over de grondwettigheid eerst moet worden gesteld aan en beantwoord door de Conseil constitutionnel (Frankrijk) of het Grondwettelijk Hof (België), voordat rechters via de Cour de cassation (Frankrijk) of het Hof van Cassatie (België) of de Conseil d'État (Frankrijk en België) een vraag mogen stellen aan het HvJEU of het EHRM. De Staatscommissie Remkes laat zich niet uit over deze kwestie. Als we spreken over traagheid van de rechtsgangen, moet dit punt ook aan de orde komen. Het kan in deze veelheid van procedures bovendien ook zo uitpakken dat er wat betreft fundamentele rechten van burgers verschillende oordelen komen van de verschillende (inter)nationale hoven.

Het proceseconomische voordeel van prejudiciële toetsing door één enkele instantie in plaats van beantwoording ervan door twee of drie rechterlijke instanties (rechtbank, hof en Hoge Raad of (in bestuursrechtelijke kwesties rechtbank en Raad van State of Centrale Raad van Beroep of College van Beroep voor het Bedrijfsleven) is duidelijk. Maar gelet op de hiervoor genoemde complicaties wegens prejudiciële toetsing door EHRM en HvJEU is het maar de vraag of de advocaat die een constitutionele kwestie heeft opgeworpen en nul op het rekest krijgt, daarna niet ook zal proberen de kwestie via al dan niet prejudiciële toetsing door het EHRM of via prejudiciële toetsing door het HvJEU opnieuw te laten beoordelen. Geconcentreerde toetsing aan constitutionele grondrechtelijke bepalingen door een constitutioneel hof naast gespreide toetsing aan conventionele grondrechtelijke bepalingen lijkt vragen om moeilijkheden.

3. Geen Constitutioneel Hof

Het voorgaande impliceert dat het niet verstandig lijkt tot de instelling van een constitutioneel hof over te gaan. Er moet voorts worden gewezen op de in sommige landen, zoals België en Frankrijk, bestaande prestigestrijd tussen hoogste hoven. Dat leidt tot energieverpilling. Daarmee is de burger niet gediend. Het kan ook gemakkelijk leiden tot een zeker e behoefte van zo'n nieuw college zich "waar te maken" en rechters passende bescheidenheid wat aan de kant te schuiven. Er wordt wel gezegd dat het Duitse Bundesverfassungsgericht, maar ook andere constitutionele hoven elders dit bij tijd en wijle doen.

Dat rechters tekort schoten in de toeslagenaffaire is een zeer ernstig op te vatten vaststelling. Maar dit had, anders dan Omtzigt in zijn overigens voortreffelijke verhandeling lijkt te betogen, niet te maken met het ontbreken van constitutionele toetsing. Rechters hadden de ruimte om zich 'rechtsbeschermer' op te stellen. Maar ze namen die, ook bescheiden rechters passende ruimte niet. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft naderhand ook moeten erkennen dat die ruimte er wel was.

De burger is gediend met het goed behandelen van zaken die over belangrijke kwesties gaan. Uiteindelijk is daarom het voorstel van geconcentreerde toetsing kwestieus. Elke eenvoudige civiele, straf- en fiscale zaak kan in drie instanties worden behandeld. Dat draagt bij aan de kwaliteit van het rechterlijk oordeel. Niet alleen doordat andere mensen ten tweede of ten derde male nog eens naar de zaak kijken. Maar ook omdat de lagere rechter steeds ermee rekening moet houden dat zijn oordeel opnieuw kan worden getoetst. Dat is het anticiperend effect van rechtsmiddelen.

Kortom: niet aan beginnen, die geconcentreerde toetsing.