

Staatscommissie Rapport
Symposium 18 december 2018
Prof. Dr. Aalt Willem Heringa

Mijn doel is om in dit korte bestek allereerst iets te zeggen over het toetsingsrecht, dat mede samenhangt met de ruime formulering van het vraagstuk van de democratische rechtsstaat, waarvan de commissie het parlementair stelsel als cruciaal onderdeel ziet. Daarna ga ik nog kort in op enkele aspecten aangaande de referendum voorstellen. Nu democratische en rechtstatelijke vrijheden internationaal steeds meer onder druk staan wil de commissie aandacht vragen voor toekomstbestendigheid van de democratische rechtsstaat als geheel. Beide pijlers (democratie en rechtsstaat) moeten goed functioneren en in balans zijn. Inderdaad, democratie gaat niet altijd voor; de meerderheid heeft het ook wel eens mis, en soms helpt de rechtsstaat de democratie. En in het perspectief van de commissie behoeft ook de democratische component versterking waarbij onder meer over het referendum voorstellen worden gedaan.

1. Toetsingsrecht

Wat stelt de commissie voor? Invoering van een rechterlijk toetsingsrecht, toetsing aan hoofdzakelijk de klassieke grondrechten uit de grondwet (het lijstje uit het initiatiefvoorstel Halsema), en wel geconcentreerd door een Constitutioneel Hof, bestaande uit 5-7 leden te benoemen voor 12 jaren. (twee termijnen van zes jaren schrijft de Commissie: dat lijkt mij echter in strijd met de rechterlijke onafhankelijkheid). Aan dat Hof kunnen ook ander taken worden opgedragen zoals partijverboden en de vraag of een goed te keuren verdrag afwijkt van de grondwet en dus goedkeuring bij 2/3 meerderheid behoeft. Benoeming zou overigens dienen te geschieden zoals ten aanzien van de Hoge Raad wordt voorgesteld (bij KB op een bindende voordracht van een commissie.....). Dat vind ik voor de HR niet erg voor de hand liggend maar al helemaal niet voor een Constitutioneel Hof: mijn voorstel het Duitse model: 2/3 meerderheid in het parlement. De eerste vraag bij het voorstel van de commissie is natuurlijk of de aangeduide taken wel een optuiging van een Hof met 5-7 leden rechtvaardigt. Wie in de rechtspraak kijkt naar het aantal grondwettigheidskwesties komt er niet echt veel tegen. Partijverboden, indien wenselijk geacht, kunnen bij voorbeeld ook in eerste aanleg naar de HR bij voorbeeld.

Maar wat daarvan zij: terug nu naar het toetsingsrecht voorstel.

Het thema toetsingsrecht is dus weer terug, na alweer vele decennia op de staatsrechtelijke agenda te hebben gestaan van commissies, preadviezen en wetenschappelijke artikelen en discussies. En als ik eerlijk ben: ik begrijp de keuze van de commissie in het geheel niet: wel voor het pleidooi dat toetsingsrecht de rechtsstaat kan versterken, en zou ik eraan willen toevoegen, ook de democratie een helpende hand kan geven. Maar niet voor de gekozen, en naar mijn smaak, wel erg summier onderbouwde conclusie voor een Constitutioneel Hof.

Ik geef u mijn argumenten:

1. Het systeem wordt nodeloos ingewikkeld, namelijk:
 - toetsing aan verdragsrechten wordt niet geconcentreerd
 - Toetsing aan algemene beginselen contra legem, dwz een beginsel leidt tot buiten toepassing laten van een formele wetsbepaling
 - Toetsing aan EU recht evenmin (zou ook niet mogen trouwens)
 - Naast prejudiciële vragen aan het HvJ over het EU Handvest komt er nu een tweede prejudiciële procedure bij nl bij het Constitutionele Hof
 - Ook is er inmiddels via het nieuwe 16^e Protocol een mogelijkheid voor prejudiciële vragen door de hoogste nationale rechter aan het EHRM

- En dat gegeven de onontkoombare samenloop tussen EVRM, EU Handvest en Grondwet! Stel het eens voor: in eerste aanleg een prejudiciële vraag aan het Constitutionele Hof, en aan het HvJ, en later nog eens door de hoogste rechter aan het EHRM, met kans en mogelijkheid dat een zaak daarna door een procespartij aan het EHRM wordt voorgelegd.
2. De commissie trekt een parallel met Duitsland en België (beide met constitutionele hoven) en Frankrijk (met een constitutionele raad); en ziet over het hoofd dat de context daar totaal anders is. In Duitsland en België zijn beide hoven in een federaal regiem ook de beslechter van constitutionele federale geschillen; en in Frankrijk dankt de Constitutionele Raad haar bestaan aan de taakverdeling tussen wetgever en regering op het stuk van wetgeving.
En in Duitsland en Frankrijk kan het Hof een wet ook ongrondwettig en daardoor nietig (met een soort erga omnes werking) verklaren; terwijl in Nederland het model van art. 94 Grondwet ten aanzien van verdragen is dat van niet toepassing als een toepassing in strijd met een verdrag is, en datzelfde model stelt de commissie ook voor het nieuwe Constitutionele Hof voor.
 3. En die constructie van buiten toepassing laten (dwz van concrete beoordeling in een specifieke feitenconstellatie) is typisch een rechterlijke taak, en ook een die niet leidt of hoeft te leiden tot algehele ongrondwettigheid. Zie daarover oa het Rookverbod arrest van de HR.
 4. Daarmee is ook het aloude argument van de zogenaamde rechtsonzekerheid van tafel, die zou ontstaan als zo maar iedere rechter met grondwettigheidstoetsing aan de haal zou kunnen gaan. Als dat zo zou zijn zouden we nu al in een permanente staat van onzekerheid verkeren, want het huidige model is er een van gespreide beoordeling en toetsing aan rechtsbeginselen en verdragen. En verder: omdat opvattingen wat des grondwets is veranderen, en dat geldt de reikwijdte van specifieke rechten zoals gelijkheid, meningsuiting, privacy en personhood, is stabiliteit een illusie, want zo werkt het nu niet. Want de illusie van permanente vastigheid leidt tot verstarring.
 5. De uitkomst van de staatscommissie is ook een wat ouderwetse opvatting van rechterlijke interpretatie en rechtsvorming: beide zijn namelijk ook gebaat bij debat en dialoog en het wisselen van standpunten via verschillende uitspraken van lagere rechters, en hoger beroep.
 6. Een wel genoemd maar redelijk verwaarloosd punt is het gegeven dat de grondrechtenbepalingen in de grondwet zich niet echt ten volle lenen: er ontbreken een aantal relevante rechten; en de meeste die er wel zijn maken volle rechterlijke toetsing op aspecten als noodzaak en evenredigheid van een beperking niet goed mogelijk. Dus op dat punt zou grondwetgevende activiteit ruimte moeten gaan bieden. Tenzij de rechter, een beetje zoals de Duitse rechter doet, met toetsing aan de grondwet zich ook de rechterlijke vrijheid zou gaan voorbehouden om het EVRM in te lezen in de grondwet, met de aanname dat de Grondwet niet onder mag doen aan het EVM (wel verder mag gaan uiteraard).
 7. Een andere benadering zou kunnen zijn, een die geen grondwetswijziging zou behoeven. In het beroemde Harmonisatiewetarrest van 1989 gaf de Hoge Raad aan dat het zo kort na de grondwetswijziging van 1983 (met het nieuwe artikel 120) geen pas gaf om als rechter het stelsel tussen wetgever en rechter te doorbreken door toetsing aan algemene rechtsbeginselen toe te staan. Maar toen en later bleek al wel dat de rechter wel zou ingrijpen bij niet verdisconteerde gevallen van strijdigheid met algemene beginselen. Misschien kan de Hoge Raad nu wel verleid worden om 30 jaren later en meer dan 35 jaren na de grondwetsherziening het strakke Harmonisatiewet standpunt te herzien; bij voorbeeld door vaker niet louter te verwijzen naar art. 120 grondwet, maar door zoals in het Harmonisatiewet-arrest gebeurde in een obiter dictum aan te geven dat en of er sprake is van strijd met een grondwetsbepaling. In de Harmonisatiewet-arrest zaak was dat erg succesvol en leidde het de wetgever ertoe de wet aan te passen. En in het VK waar de rechter expliciet zo'n bevoegdheid heeft gekregen is dat model eigenlijk erg succesvol. Hoe

dat te bewerkstelligen? Bijv doordat de wetgever met wat sommige zouden noemen een interpretatieve wet in het spel van scheiding van machten de rechter aangeeft er prijs op te stellen als dat gebeurt. En vervolgens iedere keer als dat gebeurt te debatteren over een aanpassing van de wet.

8. Tenslotte: ik ben het van harte met de staatscommissie eens dat rechterlijk toetsingsrecht een waardevolle toevoeging is: mijn stelling daarbij is dat de rechter bijdraagt aan de legitimiteit van de staat door rechten van burgers in acht te nemen en objectief zonder eigen belang of politieke opportuniteit te wegen, of vaak ook kwesties waar de wetgever niet uitkomt op te lossen: voorbeelden: Stakingsrecht, euthanasie, recht afstamming te kennen (het Valkenhorst arrest met een prachtige grondrechtelijke interpretatie), gelijke behandeling, Groninger gaswinning. Maar bouw gewoon voort op wat we al gewend zijn en waarvoor ik geen enkel argument heb gezien dat aannemelijk maakt dat we het stelsel zo nodeloos ingewikkeld moeten maken. Enige bescheidenheid past namelijk ook: EVRM en EU Handvest zullen toch wel de overhand hebben in veel zaken. Dan is het een beetje zelfoverschatting om voor de Grondwet weer iets heel apart te bouwen.
9. Kortom, wel overgaan tot invordering van het toetsingsrecht, maar zonder een overbodig Constitutioneel Hof, dat overigens ook overbodig is.

Het rechterlijk toetsingsrecht is de kwalitatieve rechtsstatelijke toets, al moet evenmin onderschat worden dat toetsingsrecht ook een democratische functie heeft, namelijk in het openhouden van democratische kanalen en bescherming van individuele rechten en vrijheden en rechten van politieke minderheden.

2. Referendum

Aan de andere kant van het spectrum stelt de Commissie het bindend correctief wetgevingsreferendum voor. Met drempel voor uitslag (een minimum percentage tegenstemmers), wat mij een goed ding lijkt. Evenals de vervatte mogelijkheid tot correctie van uitkomsten in regeerakkoorden die mogelijk niet de meerderheid van kiezers vertegenwoordigen.

Een paar opmerkingen:

De relatie tot de Eerste Kamer (mede in het licht ook van het toetsingsrecht): hindermacht is goed, maar je kunt er ook te veel van hebben. Is er dan ook niet wat voor te zeggen om de Eerste Kamer, vooral met de anachronistische wijze van verkiezing ervan, qua betekenis en rol te verminderen of af te schaffen. Als we het over toegang tot de politiek hebben van de gewone mensen, is dat niet echt van toepassing op de Eerste Kamer denk ik zo.

Over de uitzonderingen zou je het wel moeten gaan hebben: waarom de grondwet uitgezonderd bij voorbeeld? Of belastingwetten? Het adagium luidt weliswaar no taxation without representation; maar daar kunnen we eenvoudig van maken no taxation without participation. Ten aanzien trouwens van die grondwet: er is wel onderzoek gedaan naar de mate waarin speciale grondwetsprocedures erg remmend werken. Uitkomst was dat het niet zozeer gekwalificeerde meerderheden zijn die een rem zijn, maar vooral de duur van zo'n procedure. Je kunt ook te veel rem hebben tenslotte. En Nederland springt er dan qua lengte van de procedure met de procedure in twee fases wel erg uit. In tweede lezing sneuvelen vaak ook voorstellen ook als ze in eerste lezing een 2/3 meerderheid hadden: laatste voorbeeld, het initiatief Halsema over het toetsingsrecht. Er kan natuurlijk ook een negatief verband zijn tussen toetsingsrecht en referendum, namelijk dat een wet die na een referendum is in werking getreden, daarna door een rechter buiten toepassing wordt verklaard. Maar dat geldt ook qua toetsing aan EU recht en verdragen.

Als invoering van het referendum mede is ingegeven door democratisch onbehagen en versterken van de democratische legitimatie, is de vraag overigens of niet ook anderszins raadgevende referenda zouden kunnen worden ingevoerd dan ten aanzien van formele wetten. Veel impact voor

burgers is er toch ook vaak door andere besluiten of gebeurtenissen. Voorbeeld: Sluiting van de IJsselmeerziekenhuizen, met een machteloze minister en machteloze politiek, en burgers die zien dat de mantra van marktwerking belangrijker is dan verloskundige zorg dichtbij of een eerste hulp. Vanuit het perspectief van legitimiteit van de politiek geen schoolvoorbeeld, en reden om na te denken over betrokkenheid van burgers bij besluiten die een directe impact op hun kwaliteit van leven hebben.