

# Het onzalige idee van een constitutioneel hof

Geert Corstens<sup>1</sup>

In de onlangs aangeboden Contourennota constitutionele toetsing worden een tweetal in het regeerakkoord aangekondigde voorstellen uitgewerkt: invoering van een vorm van constitutionele toetsing door de rechter en de oprichting van een constitutioneel hof. Voor constitutionele toetsing valt veel te zeggen maar bespaar ons een nieuwe instantie, een nieuwe prejudiciële procedure, bespaar ons het moeilijke vraagstuk van de samenloop van prejudiciële procedures en bespaar ons prestigestrijd tussen nationale hoogste gerechten.

Onlangs hebben de Minister van Binnenlandse Zaken en de Staatssecretaris voor Rechtsbescherming een Contourennota over grondwettelijke toetsing aan het Parlement gezonden.<sup>2</sup> Het is een gedegen beargumenteerd stuk. Toch roept het twijfels op. Hier volgen eerst enige opmerkingen over de afschaffing van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet en daarna worden enkele veel kritischere kanttekeningen geplaatst bij de voorgenomen oprichting van een grondwettelijk hof.

Afschaffing van het toetsingsverbod heeft op zich niet veel om het lijf. Rechters moeten al toetsen aan internationale verdragen voor zover toepassing van een nationale wet in strijd lijkt te zijn met een eenieder verbindende bepaling van een internationale overeenkomst. Ook al zijn de beperkingsclausules verschillend, de mogelijkheid fundamentele rechten van burgers te laten prevaleren, is er dus al. Dan resteert de vraag of de beperkingsclausules die volgens het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens gelden, moeten worden overgepland naar onze Grondwet of dat het de voorkeur verdient op dit punt verschillen te laten bestaan. De Contourennota stipt dit punt aan zonder nu al een standpunt in te nemen.

Ook wordt de 'question prioritaire de constitutionnalité' onder ogen gezien.<sup>3</sup> Wat moeten rechters doen als zowel een verweer wordt gevoerd op basis van artikel 93 en 94 Grondwet als een beroep wordt gedaan op constitutionele onverenigbaarheid. Daarover heeft in Frankrijk een felle strijd gewoed. Dit heeft er – kort gezegd – uiteindelijk in geresulteerd dat rechters eerst de nationale weg moeten volgen en pas daarna prejudiciële vragen mogen stellen aan het Hof van Justitie van de EU. Dat heeft het HvJ EU onder bepaalde voorwaarden goed gevonden.<sup>4</sup>

De keuze voor uitsluiting van sociale grondrechten lijkt me heel verdedigbaar en is goed verdedigd (p. 6 Contourennota). Zoals nu geformuleerd zijn het vooral

## De uitsluiting van toetsing van de wet aan het evenredigheidsbeginsel verbaast

inspanningsverplichtingen. De rechter wordt wel erg de politiek in getrokken als hij of zij zich daarover moet uitspreken. Eenzelfde zorgvuldige voorzichtigheid wordt ook aan de dag gelegd bij de keuze voor een limitatieve lijst van grondwetsbepalingen waaraan mag worden getoetst. Positief is ook dat de Contourennota kiest voor een of meer materiële beperkingsclausules met als criteria noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit.

De uitsluiting van toetsing van de wet aan het evenredigheidsbeginsel verbaast. Juist op dat punt speelde de toeslagenkwestie. Natuurlijk, de Afdeling bestuursrechtsspraak had ook zonder die toetsing aan het evenredigheidsbeginsel soelaas kunnen bieden (zoals de Afdeling naderhand ook heeft erkend). Maar veel ellende zou zijn voorkomen als de Afdeling uitdrukkelijk de mogelijkheid geboden zou zijn geweest om zo'n toetsing uit te voeren.

### Auteur

1. Mr. G.J.M. Corstens is oud-president van de Hoge Raad der Nederlanden en auteur van *Onze rechtsstaat, strijdbaar en weerbaar*, Amsterdam: Prometheus 2023.

### Noten

2. Brief van 21 februari 2025, Kamerstukken II 2024/25, 36600-VII, nr. 129 en

Kamerstukken I 2024/25, 34430, AH.

3. Zie G. Carcassonne & O. Duhamel, *QPC, la question prioritaire de constitutionnalité*, Parijs: Dalloz 2011; en M. de Groot, 'Samenloop van prejudiciële vragen: Naar een evenwichtige oplossing', *Jura Falconis* 2012-2013, nr. 2, p. 225-277.

4. HvJ EU 22 juni 2010, C-188/10 en C-189/10 (*Melki en Abdeli*), ECLI:EU:C:2010:363



© Shutterstock

En ook al gaat het om een zaak waarin met expliciet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden is rekening gehouden (p. 9 Contourennota), toch kan het gebeuren dat het resultaat maatschappelijk onaanvaardbaar is. De wetgever kan niet alles voorzien.

### Constitutioneel hof

Maar dan de oprichting van een constitutioneel hof. Aan dit hof zouden door elke rechter prejudiciële vragen mogen worden gesteld over de grondwettigheid van wetgeving. Moet er weer een instantie worden toegevoegd aan ons verbrokkeld systeem van rechtspraak? Echte zorgen maak ik me over de samenstelling van zo'n hof. Niet uit te sluiten valt dat het parlement in ruil voor het afstaan van een stukje macht zal verlangen dat het zeggenschap krijgt over de benoeming van de leden van het hof. Dat zie je ook in Duitsland waar er een verdeling van zetels is tussen politieke partijen. Om nog maar niet te spreken van de VS waar de zittende president en de zittende meerderheid in de Senaat bepalen wie een opengevallen zetel gaat bezetten. Er zijn diverse scenario's denkbaar. Ik noem er twee.

A. De benoemingen worden sterk gepolitiseerd doordat de regering tezamen met de heersende parlementaire meerderheid beslist over benoemingen. Dat is het stelsel van de Grondwet voor benoemingen in de Hoge Raad. Tot nu toe heeft dit niet geleid tot politisering. De Tweede Kamer en de Hoge Raad zijn zich heel bewust van het belang van voorkomen van politisering. Maar niet valt uit te sluiten dat in de toekomst dit wel eens anders kan gaan lopen. Als er een parlementaire meerderheid en een regering komen die niet zijn gediend van gedepolitiseerde benoe-

mingen, is het afgelopen met die depolitisering. Het is een structureel zwakke oplossing.

B. De benoemingen worden in handen gelegd van een commissie die bestaat uit een parlementariër en een lid van het hof die tezamen een derde aanwijzen. Dit was het voorstel voor de benoemingen in de Hoge Raad zoals indertijd voorgesteld door de Staatscommissie Remkes. Op aandringen van de Raad van State is dit voorstel ingetrokken. Men meende dat er via benoemingen een zekere democratische legitimatie van rechterlijke benoemingen zou moeten zijn. Het antwoord daarop is dat die legitimatie veeleer bestaat in het feit dat rechters getrouw de wetten en de verdragen uitleggen en toepassen. En dat plegen ze ook te doen. Rechters zijn niet 'freischwebend'. Daarin ligt de democratische legitimatie van het rechterlijk optreden, zoals al lang geleden nog eens omstandig aan de orde is gesteld door een voorganger van me.<sup>5</sup> De eenmalige betrokkenheid van de Tweede Kamer bij de benoeming van leden van de Hoge Raad of via de ministeriële verantwoordelijkheid van de minister voor benoemingen van rechters, speelt in dit opzicht een heel kleine rol, ook al wordt dit in de discussie over deze kwestie altijd maar weer herhaald zonder dat eerste, veel belangrijker aspect te vermelden. De eenmalige benoeming van bijvoorbeeld twintig jaar tevoren levert weinig democratische legitimatie op.

Te hopen valt dat een gedepolitiseerde benoemingsprocedure helder zal worden vastgelegd in een grondwetsbepaling, zodat de benoeming niet zomaar ineens met een eenvoudige parlementaire meerderheid geschikt kan wor-

den gemaakt voor politisering. Een benoemingsprocedure die geen ruimte laat voor politisering is essentieel. Maar ik vraag me af of het parlement bereid zal zijn zo'n procedure te garanderen. Het parlement staat een stukje macht af aan rechters. Zal het dit zomaar laten gebeuren? In het licht van de discussie over de machtsverdeling tussen rechters en de twee andere staatsmachten is dit onwaarschijnlijk.

Als men zo'n gedepoliteerde benoemingsprocedure niet wenst, is het geraden de wens een grondwettelijk hof op te richten geheel los te laten. De ervaringen in Polen hebben geleerd dat het gepoliteerde Constitutionele Hof legitimatie van twijfelachtige wetgeving heeft opgeleverd.

De Contourennota stelt voor alle rechters de bevoegdheid te geven prejudiciële vragen te stellen aan het grondwettelijk hof. Dat doet een tweede punt van zorg opkomen. Dat kan er immers toe leiden dat belangrijke constitutionele kwesties slechts in één instantie worden beoordeeld. De eerste rechter kan aanstonds zo'n prejudiciële vraag stellen. Dat heeft tot gevolg dat alleen het grondwettelijk hof de kwestie zal beoordelen. Dit terwijl de meest eenvoudige civiele, fiscale en strafzaak in drie instanties kan worden beoordeeld en een bestuursrechtelijke zaak in twee instanties. Beoordeling op de verschillende niveaus kan bijdragen aan grondigere en meer gedegen beslissingen. Dan zou je toch denken dat juist constitutionele kwesties het verdienen ook in verschillende instanties te worden beoordeeld. Natuurlijk begrijp ik ook wel dat het in drie instanties moeten beoordelen van dergelijke kwesties tijd vergt en dat een spoedige beslissing van belang zal zijn. Maar de ervaring leert intussen dat als het moet rechterlijke colleges snel kunnen werken. De ervaring leert ook dat het stellen van prejudiciële vragen voor grote vertragingen in de hoofdzaak kan leiden. Zie de Luxemburgse praktijk. Maar ook als vertraging het gevolg is van het in twee of drie instanties behandelen van constitutionele kwesties, evenwichtige beoordeling in drie of twee instanties (rechtbank, hof en Hoge Raad, of rechtbank en Afdeling bestuursrechtspraak) is van groter belang dan snelheid. Natuurlijk, in het voorgestelde systeem kan het gebeuren dat lagere rechters de vraag naar constitutionele kwesties beantwoorden en pas de hoogste rechter de prejudiciële vraag stelt. Maar het kan ook zo zijn dat de eerste rechter al dadelijk een prejudiciële vraag stelt, zodat de kwestie slechts in één instantie (het grondwettelijk hof) wordt behandeld.

Niet besproken is in de Contourennota dat een Constitutioneel Hof zichzelf te veel macht kan toekennen, een 'te grote broek aantrekt'. Een voorbeeld daarvan is de beslissing van het Duitse Bundesverfassungsgericht in de QE-problematiek.<sup>6</sup> Het dreigde te gebeuren dat door rechterlijk ingrijpen het op het EU-niveau ten tijde van de financiële crisis overeengekomen opkopen van staatsobligaties onmogelijk werd gemaakt. Daar verloor de rechter de hem passende bescheidenheid. De rechter

## Als men zo'n gedepoliteerde benoemingsprocedure niet wenst, is het geraden de wens een grondwettelijk hof op te richten geheel los te laten

is er niet om de grote lijnen van inrichting van de staat, laat staan de maatschappij te trekken.

Op p. 12 van de Contourennota wordt naar voren gebracht dat derdenwerking (de rechter vernietigt en stijgt daarmee dus uit boven de concrete zaak; het arrest werkt ook tegenover derden) thuishoort bij één gespecialiseerde instantie. Ik zie niet in waarom die bevoegdheid ook niet zou kunnen worden ondergebracht bij de Hoge Raad of de Afdeling bestuursrechtspraak. Je zou nog kunnen overwegen zo'n beslissing toe te vertrouwen aan een bij die colleges in te stellen 'grote kamer'. Maar wellicht is het nog verstandiger helemaal geen derdenwerking toe te laten (zie p. 14-15 Contourennota). Dat past beter bij de hiervoor gesignaleerde bescheidenheid.

Het wil me voorkomen dat het belangrijk is dat een constitutioneel hof in meerderheid beslist, maar dat, als er verschillende kamers zouden komen, gewaarborgd wordt dat die geen tegenstrijdige beslissingen gaan nemen. Bij de Hoge Raad is dit sinds jaar en dag informeel opgelost. Maar er ligt nog altijd een zaak bij het EHRM waarin dit probleem aan de orde is gesteld. Intussen heeft ook het HvJ EU zich hiermee bezig gehouden in zijn arrest in de zaak *Hann-Invest*.<sup>7</sup> Het lijkt me verstandig bij een nieuw op te richten rechterlijke instantie een regeling hiervoor te bedenken.

Kortom, wel constitutionele toetsing invoeren, maar geen constitutioneel hof. Bespaar ons een nieuwe instantie, bespaar ons weer een nieuwe prejudiciële procedure, bespaar ons het moeilijke vraagstuk van de samenloop van prejudiciële procedures bij Hoge Raad, Hof van Justitie van de EU, EHRM en Constitutioneel Hof, bespaar ons prestigestrijd tussen nationale hoogste gerechten. De Franse staatsman Talleyrand zei het al: surtout pas trop de zèle!<sup>8</sup> ●

5. Zie G. Corstens, *Onze rechtsstaat, strijdbaar en weerbaar*, Amsterdam: Pro-metheus 2023, p. 166.

6. Bundesverfassungsgericht 18 juli 2017, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR

2006/15, 2 BvR 1651/15.

7. HvJ EU 2 september 2024, C-2024/5192.

8. Vooral niet te veel ijver.