

Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing

Monica Claes¹
Aalt Willem Heringa²
Marijn van der Sluis³
Maarten Stremler⁴

Maastricht University

31 januari 2021

¹ Professor European and Comparative Constitutional Law, Maastricht University

² Professor Comparative Constitutional and Administrative Law, Maastricht University

³ Assistant Professor Constitutional Law, Maastricht University

⁴ Assistant Professor Constitutional Law, Maastricht University

Dit onderzoek is door de auteurs uitgevoerd in opdracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK).

De auteurs danken een voor dit onderzoek ingesteld internationaal college van experts met wie ze van gedachten hebben gewisseld over het toetsingsrecht in hun respectievelijke land en in vergelijkende zin: Professor Laurence Bourgogue-Larsen (Frankrijk), Professor Paul Craig (VK), Professor Matthias Jestaedt (Duitsland), Professor Helle Krunke (Denemarken, Scandinavië), Professor Arjen Van Rijn (Sint-Maarten), Professor Jan Theunis (België) en Professor Maartje De Visser (rechtsvergelijking).

Samenvatting

Op verzoek van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) gaat dit onderzoek aan de hand van een zestal landenstudies (België, Duitsland, Frankrijk, Sint-Maarten, 'Scandinavië' en het Verenigd Koninkrijk – kort: VK –) in op de volgende onderzoeksvraag:

Welke conclusies zijn op grond van vergelijkend rechtswetenschappelijk onderzoek te trekken uit de opzet en inrichting van constitutionele toetsing (toetsing van de wet in formele zin aan de grondwet door de rechter) in de ons omringende landen, met betrekking tot een mogelijke toepassing van een dergelijke toets in het licht van de huidige constitutionele verhoudingen in Nederland?

De landenstudies zijn verricht met aandacht voor zowel de institutionele structuur en de procedurele aspecten als ook de praktische uitoefening van het toetsingsrecht door de gewone rechter dan wel door een specifiek daartoe ingesteld constitutioneel hof. Bijzondere aandacht ging daarbij naar de frequentie en de intensiteit van de rechterlijke toets, en de daaruit voortvloeiende plaats van de toetsingsrechter in het bredere constitutionele bestel.

De vraag naar de institutionele structuur rijst voornamelijk in systemen met een constitutioneel hof, omdat daarvan de samenstelling, bevoegdheden, toegang en relatie tot wetgever, bestuur en rechtspraak specifiek dient te worden geregeld. Procedurele aspecten zien vooral op de vraag wie constitutionele vragen van toetsing kan voorleggen en op welke manier, alsmede de verhouding van het monopolie van grondwettigheidstoetsing van formele wetgeving door een constitutioneel hof tot de gespreide toetsing door de rechter⁵ aan het EU-recht, en tot de toetsing aan verdragen. De vraag is hier onder meer hoe in gevallen van samenloop wordt omgegaan met het naast elkaar bestaan van gespreide toetsing aan verdragen en EU-recht en geconcentreerde toetsing aan de grondwet.

De vraag naar de uitoefening ziet erop na te gaan of er uitspraken kunnen worden gedaan over de intensiteit en omvang van toetsing door de rechters in de verschillende onderzochte landen en door de constitutionele hoven. Wat kan op basis van de ervaringen in de onderzochte landen gezegd worden over de relatie tussen rechter-wetgever/constitutioneel hof-wetgever en constitutioneel hof-rechterlijke macht?

Hoofdconclusies

Hoofdconclusies van het onderzoek zijn de volgende:

- In alle onderzochte landen bestaat nu een vorm van constitutionele toetsing van formele wetten.
- Bijna alle onderzochte stelsels gingen tot het midden van de vorige eeuw uit van de onaantastbaarheid van de formele wet. Rechterlijke toetsing van de grondwettigheid van formele wetten, gezien als democratische uitdrukking van de wil van het volk, was in beginsel uitgesloten.
- Daarin kwam verandering gedurende de tweede helft van de vorige eeuw, in het licht van een hernieuwd inzicht in het belang van de handhaving van de grondwet, en de daarin neergelegde bevoegdheidsverdelingen, fundamentele beginselen en grondrechten.
- Er is een grote verscheidenheid in de inrichting van het systeem (wel of geen apart constitutioneel hof en de bevoegdheden en taken daarvan, de toetsingsmaatstaven en de afstemming van toetsing aan de grondwet enerzijds en toetsing aan verdragen en EU-recht anderzijds).

⁵ In deze studie verstaan wij onder rechter de niet constitutionele rechters/hoven, dat wil zeggen de civiele rechter, de strafrechter en de bestuursrechter.

- De ervaringen in landen waar de gewone rechter de grondwettigheid van wetten toetst (Scandinavië en het VK) laten zien dat de gewone rechter zich terughoudender opstelt bij toetsing van formele wetten aan de grondwet dan in de onderzochte landen met een constitutioneel hof (België, Duitsland en Frankrijk).
- In de onderzochte stelsels met een afzonderlijk constitutioneel hof (België, Duitsland en Frankrijk) is de rechtsmacht van die hoven geleidelijk aan uitgebreid, zowel door de grondwetgever en de (bijzondere) wetgever als in de praktijk van de betreffende hoven, die hun rechtsmacht en hun toetsingsmandaat ruimer zijn gaan interpreteren.
- In de onderzochte stelsels waar de toetsing van de grondwettigheid van wetten is toevertrouwd aan de gewone rechter (het VK en Scandinavië), vat de rechter die opdracht terughoudend op. Die terughoudendheid is wellicht te verklaren door de constitutionele cultuur (de diepgewortelde constitutionele opvattingen betreffende de plaats van de rechter in de *trias politica*), de (grondwets)bepalingen die rechterlijke toetsing instellen (de Human Rights Act in het VK, de Grondwet in Zweden die de rechter met zoveel woorden opdraagt bij de toetsing aan de Grondwet rekening te houden met het feit dat het parlement de vertegenwoordiger van het volk is) en door het feit dat er juist geen apart orgaan is opgericht met het specifieke mandaat om de grondwettigheid van wetten te toetsen.
- In stelsels met een constitutioneel hof (inclusief de constitutionele raad in Frankrijk) zien we in het algemeen een hogere frequentie van ongrondwettigverklaringen van wetten (in formele zin) dan het geval is in landen waar de gewone rechter die taak vervult. Een bijzonder geval is Sint Maarten waar het Constitutioneel Hof nog slechts twee zaken heeft behandeld en daarin (delen van) wetgeving ongrondwettig heeft verklaard, maar daar is dat zeer lage aantal te verklaren door de korte ervaring met het Constitutioneel Hof en de grote beperking van de toegang tot dat Hof.
- De constitutionele hoven (België en Duitsland, en Frankrijk) hebben een groot gezag. Hun (geleidelijk gegroeid en toegenomen) gezag draagt bij aan de indringendheid van toetsing en frequentie van ongrondwettigheidsuitspraken.
- In Frankrijk en België, en in mindere mate Duitsland, maakt het bestaan van een constitutioneel hof ingesteld voor toetsing van wetten aan de grondwet, het noodzakelijk toetsing aan grondwet en verdrag en EU-recht door de gewone rechter procedureel af te bakenen.
- Er zijn aanzienlijke verschillen in de frequentie van oordelen van ongrondwettigheid: in de landen met een constitutioneel hof komt het veel vaker voor dat een wettelijke bepaling ongrondwettig wordt verklaard dan in landen zonder constitutioneel hof.
- De rechtspraak van de onderzochte constitutionele hoven laat een dynamische en extensieve uitleg van grondrechten en constitutionele beginselen zien.
- Zowel constitutionele hoven als gewone rechters die wetten aan de grondwet toetsen maken gebruik van de techniek van grondwetsconforme interpretatie en voorkomen op die manier verklaringen van ongrondwettigheid.

Inleiding

Dit rapport doet verslag van een kort vergelijkend onderzoek, uitgevoerd in opdracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden, naar de organisatie en de werking van constitutionele toetsing van formele wetten in een zestal Europese landen (België, Duitsland, Frankrijk, de Scandinavische landen en dan met name Denemarken, Noorwegen en Zweden) en Sint Maarten.

Doel van het onderzoek is om uit de ervaringen met constitutionele toetsing in landen die, onder erkenning ook van onderlinge verschillen, op politiek, socio-juridisch, cultureel, en economisch vlak op Nederland lijken, lessen te trekken over de invloed van de inrichting van constitutionele toetsing op de praktijk van toetsing en op de constitutionele verhoudingen.

Het rapport is als volgt opgebouwd. Deel I (p. 6 en volgende) beschrijft de achtergrond en aanleiding van de studie, legt de landenkeuze uit en zet de onderzoeksvragen uiteen. Deel II (p. 9 en volgende) bevat de landenrapporten, die alle volgens een vast stramien zijn geordend. In deel III (p. 60 en volgende) worden conclusies getrokken uit het vergelijkende onderzoek. In een eerste sectie worden vaststellingen gedaan op basis van de landenrapporten, vervolgens worden die vergelijkende conclusies vertaald naar de Nederlandse context en tot slot volgen enkele algemene opmerkingen.

DEEL I ACHTERGROND EN AANLEIDING

Achtergrond

In haar Eindrapport⁶ adviseerde de Staatscommissie parlementair stelsel om constitutionele toetsing door de rechter mogelijk te maken en daartoe een Constitutioneel Hof in te richten. De toetsing zou *ex post* moeten zijn en het toetsingskader zou een aantal met name genoemde klassieke grondrechten zijn, in lijn met het in tweede lezing ingetrokken grondwetsvoorstel Halsema/Van Tongeren. Daarnaast zou het Constitutioneel Hof belast kunnen worden met andere taken zoals: a. het doen van uitspraken over de toepassing van organisatierechtelijke bepalingen inzake bevoegdheidsafbakening tussen bestuursorganen of bestuurslagen (in het bijzonder zuivere bestuursgeschillen); b. een juridisch oordeel geven over de vraag of (wijziging van) (basis-)verdragen van de Europese Unie met een gewone dan wel een versterkte meerderheid moeten worden goedgekeurd; c. in ruimere zin: een juridisch oordeel geven over de vraag of een goed te keuren verdrag afwijkt van de Grondwet of afwijken noodzakelijk maakt (art. 91, derde lid, Grondwet); d. het opleggen van een partijverbod zoals op te nemen in de Wet op de politieke partijen op vordering van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad.

In de reactie op het advies van de staatscommissie heeft het kabinet het standpunt ingenomen dat constitutionele toetsing door de rechter nadere afweging vergt. Daarbij is voor het kabinet steeds van belang geweest in hoeverre constitutionele toetsing door de rechter inpasbaar zou kunnen zijn in de Nederlandse rechtsorde en vooral welke invloed een dergelijke toetsing zou (kunnen) hebben op het gegroeide evenwicht in de constitutionele verhouding tussen (met name) de wetgevende macht en de rechtsprekende macht in Nederland.

Het kabinet heeft aan de Kamers meegedeeld dat het, na een afweging te hebben gemaakt, afziet van de invoering van constitutionele toetsing. Wel heeft het aan de Kamers toegezegd dat het bereid is een nader verkennend rechtsvergelijkend onderzoek te laten doen naar vormen van constitutionele toetsing in ons omringende landen.

Het kabinet heeft daartoe een aantal vragen geformuleerd in de notitie 'Aanvullend rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing'. In essentie is beoogd in het onderzoek lessen te trekken uit de praktijk van constitutionele toetsing in landen die politiek, socio-juridisch, cultureel en economisch op Nederland lijken. Die lessen kunnen helpen bij de beantwoording van de cruciale vraag of constitutionele toetsing door de rechter inpasbaar zou kunnen zijn in het Nederlandse constitutionele systeem en welke invloed een dergelijke toetsing zou kunnen hebben op het bestaande evenwicht in de verhoudingen tussen met name de wetgevende macht en de rechtsprekende macht.

Het onderzoek

Casus selectie

Dit rechtsvergelijkende onderzoek heeft de invoering, ontwikkeling en inrichting van constitutionele toetsing in de ons omringende landen onderzocht. Het gaat dan om de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek, het Koninkrijk België, het Verenigd Koninkrijk, (binnen het Nederlandse Koninkrijk) Sint Maarten, alsmede de Scandinavische landen (Zweden, Denemarken en Noorwegen).⁷ Deze landen hebben allemaal een vorm van

⁶ Staatscommissie parlementair stelsel, 'Lage drempels, hoge dijken' (eindrapport), Den Haag 2018.

⁷ In het vervolg van dit rapport spreken wij over Duitsland, Frankrijk, België, het VK, Sint Maarten en Scandinavië. De Scandinavische traditie omvat Noorwegen, Zweden, Denemarken, en in mindere mate Finland.

constitutionele toetsing, maar verschillen sterk in de manier waarop die is ingericht en hoe die zich ontwikkeld heeft. Tegelijkertijd zijn deze landen voor wat betreft politieke en constitutionele eigenschappen in meer of mindere mate vergelijkbaar met Nederland. Bovendien hebben de ontwikkelingen in deze landen vaak een directe weerslag op de Nederlandse juridische praktijk.

Invalshoek

In dit onderzoek wordt in de eerste plaats gekeken naar de wijze waarop constitutionele toetsing is vormgegeven in de verschillende landen. Een aantal karakteristieken staat daarbij centraal. De eerste vraag daarbij is of constitutionele toetsing *gecentraliseerd of gedecentraliseerd* is. Zo heeft een aantal landen de constitutionele toetsing ondergebracht bij een constitutioneel hof dat exclusief bevoegd is om wetten te toetsen aan de grondwet. Bij andere landen is de bevoegdheid tot constitutionele toetsing gedecentraliseerd, waardoor toetsing ook door niet-gespecialiseerde rechtbanken gebeurt.

Met deze vraag hangt ook samen of constitutionele toetsing *ex ante of ex post* plaatsvindt. Bij *ex ante* toetsing beoordeelt de rechter de grondwettigheid van wetgeving voordat deze inwerking treedt. Bij *ex post* toetsing raakt de rechter pas betrokken nadat de wet in werking is getreden. Hieraan is ook weer nauw verbonden de vraag of de rechter de grondwettigheid van een wet beoordeelt in een *concreet* geval, of in *abstracte* zin. Een ander procedureel aspect van constitutionele toetsing is wie constitutionele vragen mag aanbrengen. Is dat voorbehouden aan enkele geprivilegieerde instellingen, kan iedereen dat, of is een speciaal belang nodig? Dan is er de vraag wat het toetsingskader is. Is dat de gehele constitutie of specifieke onderdelen daarvan? Ten slotte verschillen in de onderzochte landen de rechtsgevolgen van constitutionele toetsing.

Deze formele aspecten van constitutionele toetsing vormen de basis van het onderzoek, maar zijn op zichzelf onvoldoende om tot relevante conclusies te leiden voor de vergelijking met Nederland. Deze formele aspecten laten immers niet zien hoe de rechter zich in de praktijk verhoudt tot 'de politiek'. Om dat bloot te leggen plaatst dit onderzoek de formele kenmerken van constitutionele toetsing in de verschillende landen in een bredere constitutionele context. Het onderzoek neemt dus uitdrukkelijk een *law-in-action* benadering. Welke invloed hebben opzet en inrichting op de praktijk van constitutionele toetsing? Om eventuele lessen te kunnen vertalen naar de specifieke Nederlandse context neemt het onderzoek ook de politieke, culturele en historische context mee in de analyse.

Aansluitend op de formele aspecten van constitutionele toetsing analyseert dit onderzoek daarom voor de onderzochte landen ook:

- De ratio van instelling en doorontwikkeling van het toetsingsrecht in de geselecteerde landen. Wij achten dit van belang om de dynamiek van rechterlijke toetsing te laten zien en te begrijpen welke achtergronden de verschillende modellen hebben zodat begrip kan ontstaan over (de wenselijkheid van) transplantatie naar Nederland. De reden voor het creëren van constitutionele toetsing kleurt vanzelfsprekend de manier waarop rechters, politici en het publiek naar de uitoefening van die taak kijken.
- De afstemming van constitutionele toetsing, toetsing aan verdragen, toetsing aan algemene rechtsbeginselen en toetsing aan het EU recht. Wij achten dit onderwerp van belang omdat veelal in een specifieke casus niet alleen toetsing aan de grondwet voorligt, maar ook toetsing aan verdragen als het EVRM, aan rechtsbeginselen en/of aan EU recht (inclusief het EU-Handvest). In de meeste stelsels zijn beide vormen van toetsing (van

IJsland wordt buiten beschouwing gelaten. Ondanks opvallende verschillen tussen deze landen menen wij dat deze landen samen behandeld kunnen worden, omdat constitutionalisten uit de betreffende landen in dit verband zelf spreken van een 'Nordic tradition'.

grondwettigheid enerzijds en verdrags-en EU-rechtsconformiteit anderzijds) verdeeld tussen de constitutionele rechter enerzijds en de gewone rechter anderzijds. Dat kan leiden tot concurrentie tussen rechters, die in de onderzochte landen op uiteenlopende manieren zijn opgelost. Gezien de lange traditie in Nederland met toetsing aan internationaal en Europees recht en met het oog op rechterlijke vrede moet deze kwestie voorshands, aan de tekentafel, worden meegenomen.

- De vraag naar de samenstelling van een constitutioneel hof en de wijze van benoeming van de individuele leden van een constitutioneel hof. Constitutionele hoven hebben een belangrijke positie in een staatsbestel, omdat zij een afzonderlijk constitutioneel orgaan zijn. Een constitutioneel hof kan daaraan een zeker gezag of autoriteit ontlenuen die bij wetgeving zijn schaduwen vooruit werpt en de wetgever keuzes oplegt. Bij de oprichting van een constitutioneel hof is duidelijk dat een dergelijk hof uitspraken zal doen met politieke implicaties. De benoeming van de leden van constitutionele hoven is dus cruciaal. Enerzijds kan enige mate van betrokkenheid van politieke actoren de legitimiteit van een constitutioneel hof versterken; anderzijds mag die betrokkenheid niet zo ver gaan dat het gezag en de legitimiteit van het hof wordt aangetast. De autoriteit van een constitutionele rechter hangt mede af van de persoonlijke en institutionele reputatie van de betreffende rechters en hun wijze van benoeming. Het kan bijvoorbeeld verschil uitmaken of een hof louter bestaat uit carrière-rechters of bijvoorbeeld (ook) uit voormalige politici of hoogleraren.

Onderzoeksvraag

De onderzoeksvraag die in dit onderzoek centraal staat is:

Welke conclusies zijn op grond van dit rechtswetenschappelijk onderzoek te trekken uit de opzet en inrichting van constitutionele toetsing (toetsing van wetgeving in formele zin aan de grondwet) door de rechter in de ons omringende landen met betrekking tot een mogelijke toepassing van een dergelijke toets in het licht van de huidige constitutionele verhoudingen in Nederland?

De vraag is dus, kort gezegd, in welke mate de opzet en inrichting van rechterlijke constitutionele toetsing in de ons omringende landen de manier waarop constitutionele toetsing gestalte krijgt beïnvloedt. Of nog: wat leert de praktijk in de ons omringende landen ons over de invloed die de opzet en inrichting van constitutionele toetsing hebben op de mate waarin deze rechters en hoven invloed hebben op het maatschappelijke en politieke debat en op hun autoriteit en legitimiteit? Welke lessen kunnen we daaruit trekken voor een eventuele invoering van constitutionele toetsing in de specifieke Nederlandse context?

DEEL II LANDENRAPPORTEN

BELGIË (p. 10)

DUITSLAND (p. 20)

FRANKRIJK (p. 31)

VERENIGD KONINKRIJK (p. 39)

SCANDINAVIË (p. 47)

SINT MAARTEN (p. 53)

België

1. Staatsstructuur en inbedding van het Grondwettelijk Hof

België is, volgens Artikel 1 van de Grondwet, 'een federale Staat, samengesteld uit de gemeenschappen en de gewesten'. De federalisering van België verliep in fases, aan de hand van zes opeenvolgende staatshervormingen (1970, 1980, 1988, 1993, 2007, 2012-2014). België werd in dat proces een federale staat, waarin de wetgevende macht grondwettelijk verdeeld is tussen de federale overheid en de deelgebieden (de Gemeenschappen en de Gewesten). De invoering van constitutionele toetsing en de oprichting van het Grondwettelijk Hof passen in deze ontwikkeling van de Belgische eenheidsstaat tot een federale Staat.

België bestaat uit drie Gemeenschappen en drie Gewesten. De drie Gemeenschappen (de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, en de Duitstalige Gemeenschap) zijn bevoegd voor persoonsgebonden aangelegenheden zoals cultuur, onderwijs, welzijn, gezondheid, sport en taal. De drie Gewesten (het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijke Gewest) zijn bevoegd voor economische aangelegenheden (economie, werkgelegenheid, landbouw, waterbeleid, huisvesting, openbare werken, energie, vervoer (met uitzondering van de spoorwegen), leefmilieu, ruimtelijke ordening en stedenbouw, natuurbehoud, krediet, buitenlandse handel, toezicht over de provincies, de gemeenten en de intercommunales).

De respectievelijke wetgevers beschikken over *exclusieve* bevoegdheden: een materie behoort tot de exclusieve bevoegdheid van ofwel de federale wetgever ofwel van de wetgevers van de deelgebieden. De *wetten* van de federale overheid en de *decreten* en *ordonnanties* van de deelgebieden hebben in beginsel dezelfde rechtskracht. Er bestaat in het Belgische federalisme dus geen voorrangsregel.

De verdeling van de wetgevende bevoegdheid tussen verschillende wetgevende vergaderingen brengt het risico van bevoegdheidsconflicten met zich mee. Bij de tweede staatshervorming (1980) richtte de Grondwetgever daarom een nieuw rechtscollege op: het *Arbitragehof*, met als hoofdplicht bevoegdheidsconflicten te beslechten. Dit verklaart de initiële benaming 'Arbitragehof'. Het Hof kon wetten, decreten en ordonnanties toetsen aan de bevoegdheidsregels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgelegd.⁸ Het Arbitragehof wees zijn eerste arrest in 1985.

Geleidelijk aan werd de bevoegdheid van het Hof uitgebreid. Bij de grondwetsherziening van 1988 kreeg het Hof de bevoegdheid toe te zien op de naleving van de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet (respectievelijk het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van niet-discriminatie, en de rechten en vrijheden inzake onderwijs). Bij de bijzondere wet van 9 maart 2003 werd de bevoegdheid van het Hof uitgebreid tot het toezicht op de naleving van alle grondwettelijke rechten en vrijheden (de artikelen 8 tot en met 32, artikel 170 (het wettigheidsbeginsel in fiscale zaken), 172 (het gelijkheidsbeginsel in fiscale zaken) en 191 (de bescherming van de vreemdelingen)). Naar aanleiding van de zesde staatshervorming werd bij de bijzondere wet van 6 januari 2014 die bevoegdheid uitgebreid tot artikel 143, § 1, van de Grondwet, waarin het beginsel van de federale loyaliteit is verankerd.

Bij de grondwetsherziening van 2007 werd de ontwikkeling van het Hof tot een 'volwaardig' constitutioneel hof bevestigd door de naamswijziging tot '*Grondwettelijk Hof*'.

⁸ Alle andere normen, zoals koninklijke besluiten, besluiten van de regeringen van gemeenschappen en gewesten, ministeriële besluiten, verordeningen en besluiten van provincies en gemeenten, evenals rechterlijke beslissingen vallen buiten de bevoegdheid van het Hof.

2. Ontwikkeling van constitutionele toetsing: korte schets vanaf aanvang tot heden

Lange tijd overheerste ook in België de gedachte, gebaseerd op het democratiebeginsel, dat het niet aan de rechter toekomt om de grondwettigheid van wetten te toetsen. Hoewel geen bepaling daartoe was opgenomen in de Grondwet, werd dit geacht een ongeschreven algemeen beginsel te zijn. De Grondwet bevatte wel de zogenaamde 'exceptie van onwettigheid' (nu Artikel 159 GW, voorheen Artikel 107 GW) die de rechter opdraagt lagere normen te toetsen aan hogere normen en ze buiten toepassing te laten bij strijdigheid, maar een dergelijke bevoegdheid werd niet erkend voor wetten in formele zin.⁹

Daarnaast bestaat de mogelijkheid om administratieve handelingen (zowel individuele als algemene) aan te vechten bij de Raad van State. Het beroep tot nietigverklaring, ook wel het annulatieberoep of het vernietigingsberoep genoemd, vindt zijn grondslag in artikel 14, § 1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.¹⁰

Formele wetten konden echter niet door de rechter op hun grondwettigheid worden beoordeeld. Wel aanvaardde het Hof van Cassatie in het arrest *Fromagerie Franco-Suisse Le Ski* (ook wel bekend als het *Smeerkaasarrest*, 1971) dat de rechter wetten kan toetsen aan rechtstreeks werkende bepalingen van internationale verdragen. De Grondwet voorzag niet in deze bevoegdheid, maar het Hof van Cassatie baseerde deze op de aard van de internationale verdragen zelf, alsmede het adagium 'pacta sunt servanda'. De rechter kon met dergelijke bepalingen strijdige wetten niet vernietigen, maar wel buiten toepassing laten. Deze bevoegdheid werd erkend voor alle rechtstreeks werkende internationale verdragen, en *a fortiori* voor het EG (later EU) recht. De redenering van het Hof van Cassatie vertoont grote gelijkens met die van het Hof van Justitie in *Van Gend en Loos* en *Costa v ENEL*, maar past ze ruimer toe op alle internationale verdragen. De Raad van State volgt eenzelfde redenering.

Het waren de staatshervormingen en de daarmee gepaard gaande beperkingen van de algemene wetgevende bevoegdheid van de federale wetgever die het noodzakelijk maakten om een toetsing van wetten in formele zin in te voeren. Gekozen werd voor een afzonderlijke instantie, met het mandaat om de bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid, de Gemeenschappen en de Gewesten te controleren. Dit '*Arbitragehof*' was in eerste instantie alleen bevoegd voor het beslechten van bevoegdheidsconflicten.

Bij de grondwetsherziening van 1988 werd, zoals gezegd, de bevoegdheid van het Hof uitgebreid tot het toezicht op de naleving van de artikelen 10 (het gelijkheidsbeginsel), 11 (het beginsel van niet-discriminatie), en 24 van de Grondwet (de rechten en vrijheden inzake onderwijs). De keuze van de bepalingen was opnieuw ingegeven door de federalisering: de grondwetgever had vooral de gelijke behandeling van alle burgers voor ogen.

Het Arbitragehof gebruikte met name de artikelen 10 en 11 als een hefboom om de toetsingsbevoegdheid uit te breiden tot toetsing aan alle grondrechten in de Grondwet. Die uitbreiding werd bevestigd bij de bijzondere wet van 9 maart 2003 die het Hof de bevoegdheid gaf om toe te zien op de naleving van alle bepalingen van titel II van de Grondwet (de grondrechten, neergelegd in de artikelen 8 tot en met 32), alsook op de naleving van de

⁹ 'De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre zij met de wetten overeenstemmen'.

¹⁰ 'De afdeling doet uitspraak, bij wijze van arresten, over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht, ingesteld tegen de akten en reglementen (1°) van de onderscheidene administratieve overheden of (2°) van de wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblees, van het Rekenhof en van het Arbitragehof, van de Raad van State en de administratieve rechtscolleges evenals van de organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad voor de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel'.

artikelen 170 (het wettigheidsbeginsel in fiscale zaken), 172 (het gelijkheidsbeginsel in fiscale zaken) en 191 (de bescherming van de vreemdelingen) van de Grondwet.

Bij de grondwetsherziening van 2007 werd de benaming van het Arbitragehof gewijzigd in die van '*Grondwettelijk Hof*'.

Naar aanleiding van de zesde staatshervorming werd bij de bijzondere wet van 6 januari 2014 die bevoegdheid verder uitgebreid tot artikel 143, § 1, van de Grondwet, waarin het beginsel van de 'federale loyauteit' is verankerd.

3. Samenstelling van het Grondwettelijk Hof

Het Hof is samengesteld uit twaalf rechters, die voor het leven worden benoemd door de Koning uit een lijst met twee kandidaten, beurtelings voorgedragen door de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat, met een meerderheid van minstens twee derden van de stemmen van de aanwezige leden.

Het Grondwettelijk Hof is paritair samengesteld: zes rechters behoren tot de Nederlandse taalgroep, zes tot de Franse taalgroep. Eén van de rechters moet een voldoende kennis hebben van de Duitse taal. Elke taalgroep bestaat op haar beurt uit drie rechters benoemd op grond van hun juridische ervaring (hoogleraar in de rechten aan een Belgische universiteit, magistraat bij het Hof van Cassatie of de Raad van State, of referendaris bij het Grondwettelijk Hof) en drie rechters benoemd op grond van ten minste vijf jaar ervaring als gewezen parlementslid. Het Hof is samengesteld uit rechters van verschillend geslacht, naar rato van ten minste een derde voor de minst talrijke groep, met dien verstande dat die groep moet zijn vertegenwoordigd in de beide genoemde beroepscategorieën. Aan Vlaamse kant zijn er op dit moment 4 vrouwelijke rechters (3 oud-politici, 1 magistraat), aan Franstalige kant geen.

Het Hof wordt bijgestaan door 20 referendarissen, de helft Nederlandstalig, de andere helft Franstalig. Ten minste één Nederlandstalige en één Franstalige referendaris moeten het bewijs leveren van een voldoende kennis van het Duits. Referendarissen zijn juristen met een universitair diploma. Als magistraten worden zij door het Hof benoemd op basis van een (streng!) vergelijkend examen waarvan het Hof de voorwaarden bepaalt.

De rechters van de beide taalgroepen kiezen elk een voorzitter. Beide voorzitters treden afwisselend, met ingang van 1 september, op als voorzitter 'in functie' van het Grondwettelijk Hof, voor een termijn van één jaar.

De gemengde samenstelling van het Grondwettelijk Hof (oud-parlementsleden met politieke ervaring en juristen met relevante juridische ervaring) beoogde het verwijt van een 'gouvernement des juges' voor te zijn. Ook de rol van de Kamer en de Senaat bij de benoemingen was bedoeld om het vertrouwen van de wetgever in het Hof te vergroten.

De voordrachten door afwisselend de Kamer en de Senaat impliceren dat de politieke kleur van de kandidaat rechters een grote rol speelt bij de benoeming. De voordrachten gebeuren volgens het systeem-D'Hondt dat rekening houdt met de actuele krachtsverhoudingen van de politieke partijen. Zelfs de beroepsrechters krijgen in die zin een politieke kleur mee. De benoemingen volgen de politieke tendensen van de samenleving. De verscheidenheid in de samenstelling van het Grondwettelijk Hof is sinds 1984 sterk toegenomen. Waar in 1984 nog 3 politieke kleuren vertegenwoordigd waren (christen-democratisch, socialistisch en liberaal, in verschillende schakeringen aan beide kanten van de taalgrens), zijn dat er nu 5 aan Vlaamse kant (christen-democratisch, liberaal, socialistisch, Vlaams-nationalistisch en groen) en 4 aan Franstalige kant (socialistisch, liberaal, christen-democratisch, en groen). Niet alle rechters zijn juristen.

Maar waar tot voor kort, dankzij de verdeling volgens het systeem D'Hondt, benoemingen in het parlement veeleer een formaliteit waren, zijn zij een beladen politiek probleem geworden. De voordracht van ex-Ecolo voorzitter Zakia Khattabi werd geblokkeerd door oppositie, aan Vlaamse kant, van de N-VA. De benoeming van N-VA kandidaat Danny Pieters (ter vervanging van voormalig voorzitter André Alen (christen-democratisch) verliep moeizaam.

De gemengde en politieke samenstelling van het Hof, bedoeld om de legitimiteit van het Hof te garanderen, maakt de benoemingen politiek geladen. Toch zijn er geen tekenen dat de legitimiteit van het Hof hierdoor is aangetast.

4. Toetsing aan de Grondwet en toetsing aan verdragen en EU-recht

Toetsing van de grondwettigheid van wetten, decreten en ordonnantiën is voorbehouden aan het Grondwettelijk Hof. Maar de toetsing aan verdragen komt in beginsel toe aan alle rechtscolleges, op grond van de monistische opvattingen over de verhouding tussen wetten en verdragen.

De Grondwet bevat geen uitdrukkelijke bepaling omtrent de positie van het internationaal recht (met inbegrip van het EU-recht) in de Belgische rechtsorde. In het stilzwijgen van de Grondwet oordeelde het Hof van Cassatie in het arrest *Fromagerie Franco-Suisse le Ski* (1971, dus ruim vóór de oprichting van het Grondwettelijk Hof), dat Belgisch recht in strijd met rechtstreeks werkende bepalingen van internationale verdragen buiten toepassing dienen te blijven. De voorrang van rechtstreeks werkend verdragsrecht is gebaseerd op de aard zelf van het internationale verdragsrecht, en is dus absoluut: verdragen gaan ook voor op de Grondwet.¹¹ De voorrangsregel geldt 'a fortiori' voor het Gemeenschapsrecht (nu Unierecht). Alle rechters werden daarmee toetsingsrechters.

De Raad van State volgt dezelfde benadering.

De geconcentreerde toetsing van de grondwettigheid van wetten en decreten door het Grondwettelijk Hof, bestaat dus *naast* een gespreide controle van de verenigbaarheid met rechtstreeks werkende verdragen door alle rechters.

De oprichting van het Grondwettelijk Hof deed dus twee vragen rijzen: Kan het Grondwettelijk Hof wettelijke normen ook toetsen aan verdragsbepalingen? En hoe verhoudt de toetsing aan verdragen zich tot toetsing aan de Grondwet, wanneer een wettelijke norm (wet of decreet) tegelijk in strijd lijkt te zijn met de Grondwet en met rechtstreeks werkende verdragsbepalingen (voornamelijk bij samenloop van grondrechten)? Beide vragen zijn bepalend voor de verhouding tussen het Grondwettelijk Hof en de gewone rechterlijke macht (zowel de gerechtelijke rechters als de administratieve rechters) in hun verhouding tot de wetgevende macht ('de politiek').

Toetsing van wettelijke normen aan internationale verdragen

Het toetsingskader van het Grondwettelijk Hof is neergelegd in artikel 142 van de Grondwet en de bijzondere wet van 6 januari 1989 (zoals gewijzigd). Het Hof controleert de *grondwettigheid* van wettelijke bepalingen, met ander woorden hun respect voor de bevoegdheidsverdeling voorgeschreven door de Grondwet en het beginsel van federale loyaliteit, alsmede de grondrechten neergelegd in de Grondwet. Internationale normen behoren niet rechtstreeks tot het toetsingskader van het Hof.

¹¹ Cass. 9 november 2004 P.04.0849.N/20, Rev. Dr. Pén. 2005, 789 ; Cass. 16 november 2004, P.04.0644.N/3 en Cass. 16 november 2004, P.04.1127.N/3, RW 2005-06, p. 387.

Het Hof heeft twee doctrines ontwikkeld waardoor het toch aan internationale normen kan toetsen. Sinds 1989 toetst het Hof indirect aan verdragsbepalingen via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Wanneer grondwetsbepalingen, verdragsbepalingen of algemene beginselen in samenhang met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet voor het Hof worden aangevoerd, onderzoekt het Hof of aan de in die bepalingen of door die beginselen gewaarborgde rechten op discriminerende wijze afbreuk wordt gedaan. In een dergelijk geval houdt dat in de ogen van het Hof niet alleen een schending in van dat recht, maar tegelijkertijd een discriminatie ten aanzien van de categorie van personen van wie dat recht niet is geschonden. Verdragsbepalingen behoren zo indirect tot het toetsingskader van het Hof, in samenhang met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Daarnaast interpreteert het Hof de Grondwet conform internationale verdragen, inclusief mensenrechtenverdragen en het EU-recht. Het Hof verwijst daarom veelvuldig naar de rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het probeert de samenlopende normen zo veel mogelijk in samenhang te interpreteren en past daarbij het beginsel van de hoogste bescherming toe.

Samenloop van toetsing van grondwettigheid en toetsing aan verdragen

De concurrentie tussen gewone rechters (inclusief het Hof van Cassatie en de Raad van State) en het Grondwettelijk Hof bij samenloop van grondrechten, is opgelost met de invoering in 2009 van Artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH, dat een rangorde invoert bij samenloop van grondrechten: de grondwettigheidstoetsing krijgt voorrang. In geval van samenloop van een verdragsbepaling met een grondwettelijke norm is de gewone rechter verplicht éérst een prejudiciële vraag te verwijzen naar het Grondwettelijk Hof. Die verplichting vervalt wanneer de gewone rechter oordeelt dat het grondwettelijke grondrecht klaarblijkelijk niet is geschonden of wanneer de rechter oordeelt dat uit een uitspraak van een internationale rechter blijkt dat de analoge bepaling van het Europees of internationaal recht klaarblijkelijk is geschonden of dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat een bepaling uit Titel II van de Grondwet klaarblijkelijk is geschonden. In beginsel kan de gewone rechter, na de uitspraak van het Grondwettelijk Hof, alsnog toetsen aan de internationale norm, maar omdat het Grondwettelijk Hof die meeneemt in de interpretatie van de Grondwet, is dit een theoretische mogelijkheid gebleken. De verplichting om te verwijzen naar het Grondwettelijk Hof doet overigens geen afbreuk aan de mogelijkheid van het rechtscollege om, tegelijkertijd of op een later tijdstip, ook een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen. Daarmee is de regeling in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie.

De bepaling heeft de spanningen tussen met name het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof weggenomen. Zij laat zien dat bij het naast elkaar bestaan van gespreide toetsing aan verdragen en gecentraliseerde toetsing aan de Grondwet, duidelijke afspraken moeten worden neergelegd over de onderlinge verhouding tussen beide.

De verhouding tussen Grondwet en internationale normen

De verhouding tussen grondwettelijke en internationale normen blijft omstreden. De benadering van het Hof van Cassatie (en de Raad van State) lijkt te zijn dat internationale verdragen – die immers uit hun eigen aard voorrang hebben voor nationale normen – ook voorrang hebben boven grondwettelijke normen.

Het Grondwettelijk Hof, daarentegen, beschouwt de Grondwet als de hoogste norm. Strikt gezien kan het Grondwettelijk Hof verdragsbepalingen toetsen aan de Grondwet, via de wettelijke norm die verdragen goedkeurt. Het Hof gaat echter zeer terughoudend te werk,

rekening houdend met het feit dat verdragsnormen België internationaalrechtelijk binden. Het Hof heeft nog nooit een verdragsnorm strijdig verklaard met de Grondwet.

Sinds 2003 zijn twee soorten verdragen van deze prejudiciële bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof uitgesloten: 'constituerende' verdragen betreffende de Europese Unie en het EVRM en zijn aanvullende protocollen kunnen niet getoetst worden na hun inwerkingtreding. Goedkeuringswetten van deze internationale verdragen kunnen wel het voorwerp zijn van een vernietigingsberoep, zij het dat de termijn is teruggebracht tot 60 dagen na de bekendmaking van de goedkeuringswet.¹²

Met betrekking tot het Unierecht betreft het Hof artikel 34 Grondwet, dat de overdracht van bevoegdheden aan internationale organisaties grondwettelijk mogelijk maakt, in zijn redenering. Die bepaling ondersteunt de voorrang van het Unierecht. Maar in uitspraak 26/2016 over het Stabiliteitsverdrag leidde het Hof in een *obiter dictum* uit diezelfde bepaling ook een beperking op de voorrang van Unierecht af. Wanneer hij instemt met een verdrag, zo stelde het Hof, mag de wetgever geen afbreuk doen aan de waarborgen waarin de Grondwet voorziet. Artikel 34 Grondwet staat niet toe dat op discriminerende wijze afbreuk wordt gedaan aan de nationale identiteit die besloten ligt in de politieke en constitutionele basisstructuren of aan de kernwaarden van de bescherming die de Grondwet aan de rechtsonderhorigen verleent. Het Hof sloot zich daarmee aan bij de grote groep Europese constitutionele hoven die (doorgaans in theorie) grondwettelijke grenzen stellen aan de voorrang van het Unierecht.

5. Schetsmatige structuur van grondwettigheidstoetsing, toetsing aan verdragen en EU-recht

Alleen het Grondwettelijk Hof toetst de grondwettigheid van wettelijke normen (wetten, decreten en ordonnances). Het doet dat in directe beroepen tot vernietiging of op een prejudiciële verwijzing ingesteld door een gewone rechter.

Het Grondwettelijk Hof toetst diezelfde normen niet rechtstreeks aan verdragen en EU-recht, maar het doet dat onrechtstreeks. In de praktijk is het effect hetzelfde.

De gewone rechter (burgerlijke- en strafrechters, met als hoogste instantie het Hof van Cassatie enerzijds en administratieve rechters, met als hoogste instantie de Raad van State anderzijds) toetsen wel de grondwettigheid van lagere normen in het kader van een exceptie van onwettigheid, en de Raad van State toetst ook aan de Grondwet wanneer een vernietigingsberoep wordt ingesteld tegen een administratieve handeling (algemeen of individueel).

De gewone rechter toetst wel aan verdragen en EU-recht. In geval van samenloop (een wettelijke norm zou strijdig zijn met de Grondwet én een gelijkkluidende bepaling van internationaal en/of EU recht), dan moet de rechter eerst een prejudiciële vraag verwijzen naar het Grondwettelijk Hof; grondwettigheidstoetsing gaat voor.

6. Toetsingskader

De toetsingsmaatstaf van het Grondwettelijk Hof bestaat uit (1) de bevoegdheidsregels opgenomen in de Grondwet en de bijzondere wetten met betrekking tot de hervorming van de instellingen (2) de fundamentele rechten en vrijheden gewaarborgd in titel II van de Grondwet (de artikelen 8 tot en met 32) en van de artikelen 143, § 1 (het beginsel van de federale loyaliteit), 170 (het wettigheidsbeginsel in fiscale zaken), 172 (het gelijkheidsbeginsel in

¹² Artikel 3, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

fiscale zaken) en 191 (de bescherming van de vreemdelingen) van de Grondwet. Het Hof betreft daarbij ook de fundamentele rechten, zoals verankerd in internationale verdragen (onder andere het EVRM) en in het EU recht.

7. Procedure: hoe kan een zaak bij het Grondwettelijk Hof aanhangig worden gemaakt?

Een zaak kan bij het Grondwettelijk Hof worden ingeleid op twee manieren: via een direct beroep tot vernietiging dat kan worden ingesteld door iedere bij wet aangewezen overheid of door eenieder die doet blijken van een belang, en indirect, door een prejudiciële procedure, aanhangig gemaakt door een rechtscollege.

Beroep tot vernietiging

Een beroep tot vernietiging kan worden ingesteld door (1) de Ministerraad en de regeringen van de gemeenschappen en de gewesten; (2) de voorzitters van alle wetgevende vergaderingen, op verzoek van twee derden van hun leden of (3) door natuurlijke of rechtspersonen die doen blijken van een belang. De laatste categorie omvat zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke rechtspersonen. Het vereiste belang wordt ruim geïnterpreteerd: in het verzoekschrift moet worden aangetoond dat zij persoonlijk, rechtstreeks en ongunstig kunnen worden geraakt door de bestreden norm.

Het verzoek moet preciseren welke bepalingen van de regels waarvan het Hof de naleving waarborgt, zouden zijn geschonden. Ook moet worden uiteengezet in welk opzicht die regels door de bedoelde bepalingen zouden zijn geschonden.

Een beroep tot vernietiging moet in beginsel worden ingesteld binnen zes maanden na de bekendmaking van de bestreden norm in het Belgisch Staatsblad.

Indien het beroep tot vernietiging gegrond is, wordt de bestreden wetskrachtige norm geheel of gedeeltelijk vernietigd. Vernietigingsarresten hebben een absoluut gezag van gewijsde vanaf hun bekendmaking in het Belgisch Staatsblad. Een vernietiging werkt retroactief: de vernietigde norm wordt geacht nooit te hebben bestaan. Indien nodig kan het Grondwettelijk Hof de terugwerkende kracht van de vernietiging verzachten door de gevolgen van de vernietigde norm te handhaven.

Prejudiciële procedure

Indien in een zaak voor een rechtscollege een vraagstuk rijst van overeenstemming van wetten, decreten en ordonnanties met de regels tot verdeling van de bevoegdheden tussen de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten of met de artikelen 8 tot 32, 143, § 1, 170, 172 of 191 van de Grondwet, dan *moet* dat rechtscollege hierover in beginsel een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof stellen. Een prejudiciële vraag is niet vereist indien het Hof reeds uitspraak heeft gedaan op een vraag of een beroep met een identiek onderwerp (op voorwaarde dat het rechtscollege de oplossing toepast die het Hof in zijn arrest heeft gegeven). Wanneer een rechtscollege een vraag stelt, wordt de procedure voor dat rechtscollege opgeschort in afwachting van het antwoord van het Hof.

Het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld, evenals elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet (bijvoorbeeld in hoger beroep), moet zich voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan de prejudiciële vraag is gesteld, voegen naar het antwoord dat het Hof op de vraag heeft gegeven. Wanneer het Hof een schending heeft vastgesteld, blijft de wetskrachtige norm wel in de rechtsorde bestaan. Het Hof kan de gevolgen van de ongrondwettige norm handhaven. Bovendien begint een nieuwe termijn van

zes maanden te lopen voor het instellen van een beroep tot vernietiging van de betrokken wetskrachtige norm.

Overige bevoegdheden

Het Hof doet bij wege van beslissing uitspraak over iedere volksraadpleging die de gewesten kunnen organiseren over aangelegenheden die onder hun bevoegdheid vallen. Het Hof dient vóór de organisatie van de volksraadpleging na te gaan of die in overeenstemming is met de organieke bepalingen die de gewestelijke volksraadplegingen regelen, én met de andere grondwets- en wetsbepalingen waaraan het Hof toetst. De volksraadpleging mag niet worden georganiseerd zolang het Hof geen gunstige beslissing heeft genomen.

Het Hof is ook bevoegd om de beslissingen van de Kamer van volksvertegenwoordigers of van haar organen betreffende de controle van de verkiezingsuitgaven voor de verkiezing van die wetgevende vergadering te toetsen.

8. Soorten uitspraken

De gevolgen van de arresten van het Grondwettelijk Hof zijn verschillend naargelang zij zijn uitgesproken in het kader van een beroep tot vernietiging of in het kader van een prejudiciële vraag.

Beroep tot vernietiging

Als een beroep tot vernietiging gegrond is, wordt de bestreden bepaling van een wet, decreet of ordonnantie geheel of gedeeltelijk vernietigd. Vernietigingsarresten hebben een absoluut gezag van gewijsde vanaf hun bekendmaking in het Belgisch Staatsblad. Een vernietiging werkt *ex tunc*: de vernietigde norm wordt geacht nooit te hebben bestaan. Indien nodig kan het Grondwettelijk Hof de terugwerkende kracht van de vernietiging verzachten door de gevolgen van de vernietigde norm te handhaven.

Zelfs wanneer het Hof dit laatste niet doet, blijven de administratieve akten en reglementen en de rechterlijke beslissingen die op de vernietigde wetskrachtige bepaling zijn gebaseerd, bestaan. Naast het gebruik van de gewone rechtsmiddelen waar dat nog mogelijk is, laat de bijzondere wet toe dat definitieve rechterlijke beslissingen of administratieve akten en reglementen die zijn gebaseerd op een naderhand vernietigde wetskrachtige norm worden ingetrokken of nog worden bestreden, voor zover dit wordt gevraagd binnen zes maanden na de bekendmaking van het arrest van het Hof in het Belgisch Staatsblad. Het Openbaar Ministerie en de belanghebbende partijen beschikken daartoe over buitengewone rechtsmiddelen.

De door het Grondwettelijk Hof gewezen arresten waarbij beroepen tot vernietiging worden verworpen, zijn bindend voor de rechtscolleges wat de door die arresten beslechte rechtspunten betreft.

Prejudiciële procedure

De gevolgen van een arrest op een prejudiciële vraag zijn anders. Wanneer het Hof een schending heeft vastgesteld, blijft de wetskrachtige norm in de rechtsorde bestaan. Maar het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld, evenals elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet (bijvoorbeeld in hoger beroep), moet zich voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan de prejudiciële vraag is gesteld, voegen naar het antwoord dat het Hof op de vraag heeft gegeven. Het Hof kan de gevolgen van de

ongrondwettige norm handhaven. Bovendien begint een nieuwe termijn van zes maanden te lopen voor het instellen van een beroep tot vernietiging van de betrokken norm.

9. Het Grondwettelijk Hof in cijfers

Het Grondwettelijk Hof van België velde in het laatste decennium ongeveer 180 tot 200 per jaar oordelen. Het grootste deel van de zaken wordt aanhangig gemaakt door een prejudiciële verwijzing. Slechts 10% van de beroepen tot vernietiging wordt ingesteld door institutionele verzoekers; 90% wordt ingesteld door individuele verzoekers (ongeveer gelijk verdeeld over natuurlijke en rechtspersonen).

In ongeveer 30% van de arresten uitgesproken op een beroep tot vernietiging vernietigt het Hof minstens één van de aangevochten bepalingen. In ongeveer 30% van de arresten gewezen op een prejudiciële verwijzing spreekt het Hof een schending uit.

De bevoegdheidsverdeling tussen de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten was oorspronkelijk de enig mogelijke grief, maar maakt nu een klein deel (minder dan 10%) uit van alle zaken. Verreweg het grootste deel van de grieven (rond 60%) betreffen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (gelijke behandeling en niet-discriminatie). De overige grieven betreffen andere rechten en vrijheden uit de Grondwet.

10. De legitimiteit van rechterlijke toetsing en van het Grondwettelijk Hof.

Het Grondwettelijk Hof van België is sinds zijn oprichting uitgegroeid tot een volwaardig constitutioneel hof, dat wordt erkend als de ultieme hoeder van de Grondwet. Het aantal zaken dat voor het Hof wordt gebracht is gestaag gegroeid. Het 'belangvereiste' in directe beroepen tot vernietiging interpreteert het Hof ruim.

De Raad van State volgt in zijn wetgevingsadvisering de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, en signaleert in voorkomend geval dat er een kans bestaat dat de onderhavige norm een toetsing door het Hof niet zal doorstaan. Beide instanties spelen een rol bij de interpretatie van de Grondwet en de toetsing van wetskrachtige normen aan de Grondwet, maar zij doen dat op andere momenten, en met andere bevoegdheden. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof speelt een belangrijke rol in de legisprudentie van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State.

Op enig moment bestond er getouwtrek tussen met name het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof, door het naast elkaar bestaan van gespreide toetsing aan verdragen en geconcentreerde grondwettigheidstoetsing. Door de invoering van de voorrangregel in geval van samenloop (*eerst* een verwijzing naar het Grondwettelijk Hof), is veel van de spanning tussen beide Hoven verdwenen. Het is nog afwachten of die spanning terug zal komen als België Protocol 16 bij het EVRM ratificeert.

Bij de politieke organen heeft het Hof in korte tijd autoriteit opgebouwd. Het Hof heeft weliswaar het monopolie over de grondwettigheidstoetsing maar het erkent dat de interpretatie van de Grondwet een gedeelde bevoegdheid is. Het Hof toont zich gevoelig voor wat de wetgever ('de politiek') over de Grondwet denkt. Uit onderzoek blijkt dat het Hof pas tot een schending besluit als de opvattingen van de politieke staatsmachten *klaarblijkelijk* ongrondwettig zijn. Daarbuiten krijgen de politieke staatsmachten een belangrijke vrijheid om

invulling te geven aan constitutionele principes. Zeker in communautair gevoelige dossiers is het Hof terughoudend.¹³

Misschien mede daardoor steunt het Hof in grote mate op de rechtspraak van het Straatsburgse en Luxemburgse Hof, en verwijst het met grote regelmaat prejudiciële vragen naar het Hof van Justitie.

11. Slot

Rechterlijke toetsing van de grondwettigheid van wetskrachtige normen (wetten, decreten en ordonnantiën) bestaat in België sinds 1983. De controle van de grondwettigheid werd in handen gegeven van een aparte instantie – het Arbitragehof, later omgedoopt tot Grondwettelijk Hof – en niet van de gewone rechterlijke macht (die in België bestaat uit twee kolommen: de gewone rechterlijke macht, met aan de top het Hof van Cassatie en de administratieve rechtscolleges, met aan het hoofd de Raad van State).

De rechtsmacht van het Grondwettelijk Hof is geleidelijk aan uitgebreid, enerzijds door de Grondwetgever en de Bijzondere Wetgever, en door de creatieve interpretatie van het Grondwettelijk Hof zelf anderzijds. Het Hof ontwikkelde zich geleidelijk 'van bevoegdheidshof tot gelijkheidshof naar grondrechtenhof'.¹⁴ De uitbreiding ligt met name in de verruiming van de maatstaf waaraan kan worden getoetst: eerst alleen bevoegdheidsregels (grondwetgever), vervolgens ook drie grondrechten (grondwetgever) die zo werden geïnterpreteerd dat indirect, via het gelijkheidsbeginsel aan alle grondwettelijke grondrechten kon worden getoetst (Grondwettelijk Hof), hetgeen werd bevestigd door de Grondwetgever, en daarnaast indirecte toetsing aan internationale verdragen (Grondwettelijk Hof).

Tegelijk zien we dat, in geval van samenloop (een wettelijke bepaling lijkt in strijd met zowel de Grondwet als een bepaling van internationaal recht), het Grondwettelijk Hof de toetsing van de gewone rechters heeft overgenomen. Gewone rechters moeten een dergelijke kwestie eerst verwijzen naar het Grondwettelijk Hof, en kunnen pas daarna eventueel nog toetsen aan de internationale norm. Maar het Grondwettelijk Hof neemt deze internationale normen mee in zijn toetsing, waardoor de toetsing door de gewone rechter in deze gevallen eerder een theoretische mogelijkheid lijkt. In zeker zin heeft het Grondwettelijk Hof de toetsing overgenomen van de gewone rechter.

Onderzoek heeft aangetoond dat het Grondwettelijk Hof eerder terughoudend is in zijn toetsing aan de Grondwet, en pas ingrijpt wanneer sprake is van een klaarblijkelijke schending van de Grondwet. Toch lijkt dat redelijk vaak voor te komen: in ongeveer 30% van de uitspraken oordeelt het Hof dat de Grondwet geschonden is.

¹³ Toon Moonen, *Het Grondwettelijk Hof en de interpretatie van de Grondwet. Een perspectief op argumenten en legitimiteit* (doctoraatsproefschrift UHasselt, 2014 FWO D/2014/2451/61), p. 622 e.v.

¹⁴ Jan Theunis, *Het Grondwettelijk Hof (1980-2020): van bevoegdheidshof over gelijkheidshof naar grondrechtshof*, in: Riet Leysen et al (red.), *Semper Perseverans. Liber Amicorum André Alen* (Intersentia, 2020), p. 247-256.

Duitsland

1. Staatsstructuur en inbedding van constitutioneel toetsingsrecht

De Duitse Grondwet (*Grundgesetz*) dateert van 1949 en gold aanvankelijk als voorlopige Grondwet voor West-Duitsland, totdat beide Duitslanden weer verenigd zouden zijn en er een 'echte' grondwet (*Verfassung*) tot stand zou komen. Bij de hereniging met Oost-Duitsland in 1990 werd besloten de Grondwet te laten gelden voor het hele Duitse grondgebied en kreeg ze een definitief karakter. De Grondwet bepaalt dat Duitsland een federale staat is met een republikeinse en parlementaire regeringsvorm. De zestien deelstaten hebben elk hun eigen grondwet met dezelfde constitutionele uitgangspunten als de federale Grondwet. Tot die uitgangspunten behoren de onschendbaarheid van de menselijke waardigheid – het fundament van de grondrechten – en de karakterisering van Duitsland als een democratische, sociale en federale staat. De nadruk op grondrechten en machtscheiding is een reactie op de dictatuur van het Naziregime.

De deelstaten worden op federaal niveau vertegenwoordigd in de Bondsraad (*Bundesrat*) die bestaat uit vertegenwoordigers van de deelstaatregeringen. De Bondsraad is medewetgever naast de direct verkozen Bondsdag (*Bundestag*). De Bondsregering, die is samengesteld uit de Bondskanselier en de Bondsministers, behoeft het politieke vertrouwen van de Bondsdag. De Bondsresident is het staatshoofd en heeft slechts beperkte bevoegdheden. Overeenkomstig hun statelijkheid oefenen de deelstaten alle drie de overheidsfuncties uit, dat wil zeggen wetgeving, bestuur en rechtspraak, waarbij het uitgangspunt is dat de uitoefening van deze functies een aangelegenheid van de deelstaten is voor zover de Grondwet geen andere regeling treft of toelaat. Bondsrecht gaat voor op het recht van de deelstaten. De deelstaten voeren de bondswetgeving uit.

In lijn met de federale structuur passen de gerechten van de deelstaten zowel deelstaatswetgeving als bondswetgeving toe. In het algemeen zijn de gerechten op deelstaatniveau de rechterlijke instanties van eerste aanleg en hoger beroep en zijn de gerechten op bondsniveau gerechten in laatste instantie. De bondsgerechten beslissen over rechtsvragen en waarborgen de eenheid van de federale rechtsorde. De Grondwet gaat uit van een verdeling van de rechtspraak naar rechtsgebieden en verplicht tot oprichting op bondsniveau van vijf hoogste gerechten.¹⁵ Naast deze 'gewone rechtspraak' (*ordentliche Gerichtsbarkeit*) bestaat de 'constitutionele rechtspraak' (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Op deelstaatniveau zijn deelstatelijke constitutionele hoven (*Landesverfassungsgerichte*) ingesteld, die de gelding van de deelstatelijke grondwetten waarborgen. Op bondsniveau beslecht het federale constitutionele hof, het *Bundesverfassungsgericht* (hierna ook wel: het Hof), geschillen van constitutionele aard.

Het *Bundesverfassungsgericht* heeft een positie die gelijkwaardig is aan de hoogste (politieke) bondsorganen, te weten de Bondsdag, Bondsregering, Bondsraad en de Bondsresident. De voornaamste taak van het Hof is om de gelding van het constitutionele recht, neergelegd in de Grondwet, jegens de staatsorganen te waarborgen. Dit omvat zowel het bieden van rechtsbescherming op basis van de grondrechten als het beslechten van institutionele geschillen. Overige bevoegdheden van het Hof betreffen onder meer het ongrondwettig verklaren en verbieden van politieke partijen en het uit het ambt ontsetten van bondsrechters. Al met al beschikt het *Bundesverfassungsgericht* dus over aanzienlijke bevoegdheden en vormt het, zowel op papier als in de praktijk, een sterk constitutioneel hof.

¹⁵ Het *Bundesgerichtshof* (burgerlijke en strafrechtspraak), het *Bundesverwaltungsgericht* (bestuursrechtspraak), het *Bundesfinanzhof* (belastingrechtspraak), het *Bundesarbeitsgericht* (arbeids-rechtspraak) en het *Bundessozialgericht* (sociale zekerheids-rechtspraak).

2. Ontwikkeling van constitutionele toetsing: korte schets vanaf aanvang tot heden

De Grondwet van de Duitse Bond van 1871 kende een beperkt toetsingsrecht, in de zin dat alle rechters landswetgeving dienden te toetsen aan rijkswetgeving. De verenigbaarheid van landswetgeving met de landsgrondwetten en de verenigbaarheid van rijkswetgeving met de rijkgrondwet was niet aan rechterlijke controle onderworpen. Dit bleef zo in beginsel met de Grondwet van Weimar van 1919. Wel aanvaardde het hoogste gerecht (het *Reichsgericht*) in 1925 toetsing door alle rechters van rijkswetgeving aan de Grondwet.¹⁶ Van deze nieuwe mogelijkheid werd slechts zelden gebruik gemaakt.

Volwaardige constitutionele toetsing werd pas ingevoerd na de ervaringen met het Naziregime (1933-1945). In reactie op het onrecht en de rechteloosheid van deze periode kozen de commissie van deskundigen en de parlementaire raad, die de nieuwe Grondwet voorbereidden, voor een stelsel van effectieve rechtsbescherming met ruime rechterlijke toetsing. De keuze voor een constitutioneel hof is ingegeven door de wens om de heerschappij van het (constitutionele) recht te waarborgen. Het instellen van een apart constitutioneel hof impliceerde afwijzing van een 'supergerecht' dat de gehele rechtspraak zou omvatten (zoals het Amerikaanse Hooggerechtshof).

De belangrijkste bepalingen ten aanzien van het *Bundesverfassungsgericht* staan in de Grondwet, maar de grondwetgever heeft de regeling van de organisatie en procedures van het Hof overgelaten aan de bondswetgever. De bondswetgever heeft zich gekweten van deze taak met de wet op het constitutionele hof (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) van 1951, het jaar waarin het Hof is opgericht. De wet op het constitutionele hof is herhaaldelijk gewijzigd, met name om het grote aantal constitutionele klachten (*Verfassungsbeschwerden*) terug te brengen. In 1956 is een stelsel van voorselectie ingevoerd, op grond waarvan het Hof klachten die juridisch of feitelijk minder relevant zijn buiten behandeling kan laten.

In de loop van de jaren heeft het Hof een uitgebreide jurisprudentie ontwikkeld die zowel het politieke als het maatschappelijke domein blijvend heeft beïnvloed. Formeel eindigt het wetgevingsproces met publicatie van de betreffende wet, maar in de praktijk is het wetgevingsproces vaak pas echt afgesloten nadat het *Bundesverfassungsgericht* de grondwettigheid van de wet heeft bevestigd. Bijna alle belangrijke politieke beslissingen in Duitsland hebben hun weerslag gevonden in de rechtspraak van het Hof. Door de uitleg en uitwerking van de grondwettelijke grondrechten heeft het Hof zowel de verhouding tussen de overheid en burgers als tussen burgers onderling wezenlijk vormgegeven. Tegelijk ontvangt het Hof in toenemende mate concurrentie van andere gerechten, enerzijds van de constitutionele hoven op deelstaatniveau (met name vanwege het invoeren in de meeste deelstaten van het constitutionele klachtrecht) en anderzijds van de Europese gerechten: het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

3. Samenstelling van het Constitutioneel Hof

Het *Bundesverfassungsgericht* bestaat uit twee 'senaten' met elk acht rechters.¹⁷ De beide senaten zijn persoonlijk en organisatorisch van elkaar gescheiden. De eerste senaat behandelt met name grondrechtengerelateerde zaken, de tweede senaat overige zaken. Beide senaten kennen elk meerdere 'kamers', die steeds uit drie rechters bestaan. Deze

¹⁶ RGZ 111, 320. Aan deze beslissing ging een uitgebreid debat onder rechtsgeleerden vooraf. Liberale rechtsgeleerden wezen het toetsingsrecht af, vooral omdat zij het parlement wensten te beschermen tegen de overwegend conservatieve rechterlijke macht. Conservatieve rechtsgeleerden daarentegen presenteerden het toetsingsrecht als belangrijkste waarborg tegen een (te) machtig parlement.

¹⁷ Elke rechter wordt inhoudelijk bijgestaan door meerdere gerechtsambtenaren.

kamers dienende senaten te ontlasten en beslissen over de toelaatbaarheid van prejudiciële vragen van lagere rechters en over de ontvankelijkheid van constitutionele klachten. Alleen een senaat kan beslissen dat wetgeving in strijd is met de Grondwet. De beide senaten beslissen in beginsel bij meerderheid. Sinds 1970 zijn *dissenting* en *concurring opinions* (*Sondervoten*) toegelaten, een mogelijkheid waar slechts beperkt gebruik van wordt gemaakt.

De rechters in het Hof worden benoemd voor een periode van twaalf jaar, zonder mogelijkheid van herbenoeming, dit ter waarborging van hun persoonlijke onafhankelijkheid. De selectie van rechters vindt plaats door middel van verkiezing door de Bondsdag en de Bondsraad, die elk de helft van een senaat kiezen. De verkiezing geschiedt met gekwalificeerde meerderheid teneinde te verhinderen dat een gewone meerderheid in de Bondsdag of Bondsraad kan beslissen over de bezetting van het hof.

In de praktijk geschiedt de voordracht van rechters gewoonlijk om en om tussen de grote politieke partijen – de CDU/CSU en de SPD – waarbij een kleinere coalitiepartij (zoals de FDP of de Groenen) ook een persoon kan voordragen. Consequentie hiervan is dat het Hof dus bestaat uit rechters die in meerdere of mindere mate verbonden zijn aan een politieke partij. In die zin is het Hof een politiek orgaan. Tegelijk identificeren rechters, nadat ze zijn benoemd, zich primair met hun senaat en het Hof en niet met de politieke partij die hen heeft voorgedragen. Bovendien nomineren politieke partijen steeds zeer gekwalificeerde personen. Vereist in elk geval is dat de rechters een juridische opleiding hebben afgerond en ten minste drie rechters per senaat moeten afkomstig zijn uit de hoogste bondsgerechten, zodat zij rechterlijke ervaring meebrengen. De meeste rechters zijn gepromoveerd jurist en een aanzienlijk deel is hoogleraar. De huidige voorzitter van het hof is Stephan Harbarth, voorheen advocaat en vicepresident van de CDU-fractie in de Bondsdag.

4. Toetsing aan de Grondwet en toetsing aan verdragen en EU-recht

De Grondwet bepaalt dat alle staatsmachten, inclusief de wetgever, aan de Grondwet zijn gebonden (artikel 1 lid 3 en artikel 20 lid 3 Grundgesetz). De Grondwet is dus hiërarchisch het hoogste recht in de nationale rechtsorde en normeert al het lagere nationale recht. Alle gewone gerechten kunnen de grondwettigheid van wetten beoordelen, maar ze hebben niet de bevoegdheid om een wet te vernietigen; die bevoegdheid komt alleen toe aan het *Bundesverfassungsgericht*. In voorliggende gevallen is de beslissing van het Hof over de uitleg en toepassing van de Grondwet bepalend. Het Hof ziet zichzelf nadrukkelijk als 'hoeder van de constitutie' (*Hüter der Verfassung*).

Ten aanzien van het internationale recht heeft Duitsland een dualistisch stelsel, hetgeen betekent dat verdragsverplichtingen eerst moeten worden omgezet naar nationaal recht voordat ze deel uitmaken van de nationale rechtsorde en ingeroepen kunnen worden voor de rechter. Rechters doen dus niet aan toetsing van wetgeving aan verdragen.

De Grondwet maakt het wel mogelijk om wetgeving te toetsen aan algemene regels en beginselen van internationaal recht, zoals het beginsel *pacta sunt servanda* (artikel 25 Grundgesetz). Het gaat hier om een beperkte categorie recht en dus nadrukkelijk niet om verdragsrecht. Hiërarchisch nemen deze regels en beginselen een plaats in tussen het constitutionele recht van de Grondwet en gewone wetgeving. Bij spanning tussen enerzijds de algemene regels en beginselen van het internationale recht en anderzijds het niet-constitutionele nationale recht moet het nationale recht conform het internationale recht worden uitgelegd. Indien dit niet mogelijk is, moet toepassing van het nationale recht achterwege blijven (maar is dit nationale recht dus niet nietig). Indien in een rechtsgeschil wordt betwist of een algemene regel of een algemeen beginsel van internationaal recht

inroepbare rechten en plichten schept, dient het betreffende gerecht deze vraag voor te leggen aan het *Bundesverfassungsgericht* (artikel 100 lid 2 Grundgesetz).

Vanwege het dualistische stelsel heeft de wet die het EVRM omzet naar nationaal recht formeel dezelfde status als andere federale wetten. In de praktijk kan wetgeving toch worden getoetst aan de EVRM-rechten. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft een algemene plicht geformuleerd voor gerechten om nationaal recht conform het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM uit te leggen.¹⁸ De Grondwet bevat een uitgebreide grondrechtencatalogus en het Hof interpreteert deze grondrechten EVRM-vriendelijk, rekening houdend met de jurisprudentie van het EHRM. Zo heeft het *Bundesverfassungsgericht* de strafrechtelijke onschuldpresumptie, die niet met zoveel woorden in de Grondwet staat maar wel in het EVRM, ingelesen in de Grondwet (als concretisering van het rechtsstaatbeginsel).¹⁹ Daarnaast kunnen sommige EVRM-rechten ingelesen worden in de algemene regels en beginselen van internationaal recht, die voorrang hebben op strijdig nationaal recht. Verder kan het EVRM worden ingeroepen om open begrippen in het nationale recht in te kleuren. Het EVRM en de uitleg daarvan door het EHRM vormen dus indirect, door middel van rechterlijke interpretatie, een geprivilegieerde rechtsbron.

Partijen die menen dat de Duitse overheid hun EVRM-rechten heeft geschonden, kunnen Duitsland voor het EHRM brengen. Gelet op de uitgebreide grondwettelijke grondrechtenbescherming is de betekenis van deze rechtsgang in de praktijk beperkt maar niet verwaarloosbaar. Duitsland is bijvoorbeeld meermaals veroordeeld voor te trage gerechtelijke procedures.²⁰

Volgens het Hof van Justitie van de EU vormt het Unierecht een autonome rechtsorde dat doorwerkt in de lidstaten onafhankelijk van nationale constitutionele bepalingen en dus ook onafhankelijk van het feit of een lidstaat een dualistisch of monistisch stelsel heeft. Bepalingen van Unierecht zijn onder voorwaarden direct inroepbaar voor de nationale rechter (directe werking) en hebben bij strijd met nationaal recht altijd voorrang, zelfs op nationaal constitutioneel recht. Het *Bundesverfassungsgericht* erkent dat het Unierecht prevaleert boven bondswetten en lager nationaal recht en dat het Unierecht zonder omzetting deel uitmaakt van de nationale rechtsorde, maar verwerpt de onvoorwaardelijke voorrang van het Unierecht op nationaal constitutioneel recht. Volgens het *Bundesverfassungsgericht* kan Unierecht dat in strijd is met de Grondwet geen toepassing vinden in Duitsland.

In 1974 bepaalde het Hof dat grondwettelijke bepalingen voorrang hebben op strijdig gemeenschapsrecht zolang het gemeenschapsrecht geen grondrechtenbescherming biedt equivalent aan dat van de Grondwet.²¹ In 1986 gaf het *Bundesverfassungsgericht* een meer Europa-vriendelijk oordeel door te bepalen dat het afziet van toetsing aan grondwettelijke grondrechten zolang het gemeenschapsrecht het grondrechtenniveau waarborgt zoals het Hof van Justitie dat inmiddels had ontwikkeld.²² Nog steeds behoudt het Hof zich evenwel het recht voor om erop toe te zien dat het Unierecht niet in strijd komt met de onaantastbare uitgangspunten van de Grondwet (artikel 79 lid 3 Grundgesetz), waaronder het democratiebeginsel, het rechtsstaatbeginsel en de grondrechten voor zover ze raken aan de onschendbaarheid van de menselijke waardigheid.

In een vaste jurisprudentielijn benadrukt het Hof dat de EU geen *Kompetenz-Kompetenz* heeft, in de zin dat de EU zich geen bevoegdheden mag toe-eigenen die niet door de lidstaten zijn overgedragen. Treden de EU-instellingen buiten hun bevoegdheden, dan handelen ze

¹⁸ BVerfGE 111, 307 (*EGMR-Entscheidungen/Görgülü*).

¹⁹ BVerfGE 110, 1 (*Erweiterter Verfall*).

²⁰ Bijvoorbeeld EuGRZ 1997, 310 (*Pammel*).

²¹ BVerfGE 37, 271 (*Solange I*).

²² BVerfGE 73, 339 (*Solange II*).

niet alleen in strijd met de EU-Verdragen maar ook in strijd met de grondwettelijke voorwaarden waaronder Duitsland heeft ingestemd met de bevoegdheidsoverdracht, waaronder het door de Grondwet gewaarborgde democratiebeginsel. Jarenlang was het Duitse Hof weliswaar kritisch op de bevoegdheidsuitoefening door de EU instellingen maar bleef de dreiging van het buiten toepassing laten van Unierecht slechts een theoretische mogelijkheid. Dit veranderde in 2020 toen het *Bundesverfassungsgericht* in tegenspraak met het Hof van Justitie oordeelde dat de Europese Centrale Bank (ECB) haar bevoegdheid te buiten was gegaan vanwege haar opkoopprogramma van staatsobligaties.²³ Het Hof bepaalde dat Duitsland in de toekomst slechts mee kan doen aan dit programma als de ECB een betere onderbouwing geeft. Het *Bundesverfassungsgericht* vormt zodoende een gedegen tegenmacht jegens het Hof van Justitie. In zijn rechtspraak zoekt het *Bundesverfassungsgericht* steeds een balans tussen enerzijds de grondwettelijke plicht tot Europese integratie (artikel 23 Grundgesetz) en anderzijds de eigen Duitse constitutionele identiteit (artikel 1, artikel 20 en artikel 79 lid 3 Grundgesetz).

5. Schetsmatige structuur van toetsing aan de Grondwet en toetsing aan verdragen en EU-recht

Alle Duitse gerechten hebben de bevoegdheid om de grondwettigheid van wetgeving te toetsen, maar niet om wetgeving eventueel te vernietigen vanwege strijd met de Grondwet. In voorkomende gevallen moeten ze een prejudiciële vraag stellen aan het *Bundesverfassungsgericht* dat dan beslist over de (on)grondwettigheidsvraag. Daarnaast kan een beperkt aantal politieke instellingen (zoals de Bondsregering) ook in werking getreden wetgeving (*ex post*) *in abstracto* door het Hof laten toetsen op verenigbaarheid met de Grondwet, dus zonder een concreet rechtsgeschil. Burgers kunnen zich, nadat ze alle andere rechtsmiddelen hebben benut, tot het Hof wenden met een constitutionele klacht (*Verfassungsbeschwerde*) inhoudende dat de overheid (waaronder de rechterlijke macht) één of meer van hun grondwettelijke rechten heeft geschonden. Het *Bundesverfassungsgericht* toetst dus ook rechterlijke oordelen van 'gewone' (niet-constitutionele) gerechten op hun grondwettigheid.

Vanwege het dualistische stelsel toetst het *Bundesverfassungsgericht* (en elk ander nationaal gerecht) wetgeving niet aan verdragen. Verdragen maken pas deel uit van de nationale rechtsorde na omzetting door middel van federale wetgeving. Wel dienen wetten zo veel als mogelijk te worden geïnterpreteerd en toegepast in overeenstemming met de verplichtingen die Duitsland heeft onder het internationale recht. Aannee hierbij is dat de Duitse wetgever niet wenst af te wijken van internationaalrechtelijke verplichtingen. Wel kunnen goedkeuringswetten van verdragen door middel van een constitutionele klacht (*Verfassungsbeschwerde*) worden voorgelegd aan het Hof, zoals ook meermaals is gebeurd ten aanzien van EU-verdragen zoals het Verdrag van Maastricht, het Verdrag van Lissabon en het Verdrag tot instelling van het Europees Stabiliteitsmechanisme (ESM).

De grondwettigheidstoetsing die het *Bundesverfassungsgericht* uitvoert is gebaseerd op de Grondwet; het Hof toetst nationaal recht niet op verenigbaarheid met Unierecht. Indien de uitleg of geldigheid van Unierecht in een zaak in het geding is, zal gewoonlijk de 'gewone' (niet-constitutionele) rechter een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie, alvorens de zaak voor het *Bundesverfassungsgericht* komt. Desalniettemin kunnen zich situaties voordoen waarin het wenselijk lijkt dat het *Bundesverfassungsgericht* een prejudiciële vraag stelt aan het Hof van Justitie.²⁴ In de praktijk blijkt het *Bundesverfassungsgericht* evenwel zeer

²³ 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16 (*EZB-Anleihekaufprogramm/PSPP*).

²⁴ Dit is in de eerste plaats het geval als Duitse overheidsorganen instemmen met overdracht van bevoegdheden aan de EU. Het *Bundesverfassungsgericht* zou het Hof van Justitie dan kunnen vragen wat het relevante Unierecht precies betekent om te kunnen vaststellen of de Grondwet de overdracht toestaat. Daarnaast kan het voorkomen dat onduidelijk is of nationale wetgeving volledig is bepaald door Unierecht (in welk geval het Hof op

terughoudend te zijn in het stellen van prejudiciële vragen. Het Hof stelt veelal dat de geldigheid van het Unierecht niet aan de orde is of dat de juiste uitleg van het Unierecht duidelijk is en dat bijgevolg toetsing aan de Grondwet volstaat. Tot nog toe heeft het Hof slechts twee keer prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld.²⁵

6. Toetsingskader

Het *Bundesverfassungsgericht* beschouwt de Grondwet als ultieme en enige toetsingsstandaard, zij het dat het de Grondwet zeer ruim interpreteert. Het gebruikt de hele Grondwet als toetsingsmaatstaf in zijn beoordeling. Daarbij gaat het met name om de grondrechtencatalogus, maar bijvoorbeeld ook om het rechtsstaatbeginsel zoals dat wordt afgeleid uit de Grondwet. Bijzondere betekenis komt toe aan de zogeheten 'eeuwigheidsclausule' (*Ewigkeitsklausel*), opgenomen in artikel 79 lid 3 Grundgesetz, op grond waarvan bepaalde constitutionele uitgangspunten onveranderlijk zijn en dus ook niet middels grondwetswijziging zijn aan te passen. Tot deze uitgangspunten behoren onder meer de federale structuur van Duitsland, de bescherming van de menselijke waardigheid, de binding van alle staatsorganen aan de grondrechten, het democratiebeginsel en het beginsel van de scheiding der machten. Over de precieze betekenis van deze constitutionele identiteit beslist het *Bundesverfassungsgericht*, dat in deze zin dus boven de (grondwetswijzigende) wetgever staat.

Het *Bundesverfassungsgericht* verwijst af en toe naar de preambule bij de Grondwet (bijvoorbeeld ten aanzien van de 'Europa-vriendelijkheid' van Duitsland) maar gebruikt de preambule niet als afzonderlijke toetsingsmaatstaf. De doctrine is verdeeld over de vraag of ook ongeschreven rechtsregels deel uitmaken van het constitutionele recht. Het *Bundesverfassungsgericht* baseert zijn rechtspraak formeel in elk geval steeds op de Grondwet, ook als deze rechtspraak soms innovatief is en ogenschijnlijk niet zonder meer volgt uit de tekst van de Grondwet.

7. Procedure: hoe kan een zaak bij het Constitutioneel Hof aanhangig worden gemaakt?

Het *Bundesverfassungsgericht* is bevoegd om te oordelen in een veelheid aan soorten zaken, waarvan de meeste zijn opgesomd in artikel 93 en artikel 100 Grundgesetz. Het Hof beslist in de eerste plaats over bevoegdheidsgeschillen tussen de staatsorganen op bondsniveau (*Organstreitigkeiten*) en over bevoegdheidsgeschillen tussen bond en deelstaten (*Bund-Länder-Streitigkeiten*) dan wel tussen deelstaten onderling (*Zwischenländerstreitigkeiten*).

Daarnaast kan het Hof bondswetgeving en wetgeving van de deelstaten *in abstracto* toetsen op formele en materiële verenigbaarheid met de Grondwet, evenals de verenigbaarheid van wetgeving van de deelstaten met overig bondsrecht. Deze abstracte toetsing (*abstrakte Normenkontrolle*) staat los van een concreet rechtsgeschil. Een zaak kan aanhangig worden gebracht door de Bondsregering, de regering van een deelstaat of door ten minste een vierde van de leden van de Bondsdag. Burgers hebben dus geen toegang tot deze procedure. De procedure kan elk moment (maar wel pas na inwerkingtreding van de wet) worden geïnitieerd en de aanvrager hoeft zelf geen nadeel te hebben ondervonden van de betreffende wetgeving. Strikt genomen is er alleen een aanvrager en geen gedaagde, maar in de praktijk

grond van *Solange II* afziet van grondwettigheidstoetsing) of dat het Unierecht lidstaten keuzevrijheid biedt (in welk geval het Hof wel aan grondwettigheidstoetsing doet). Tot slot kan het *Bundesverfassungsgericht* het Hof van Justitie benaderen indien gesteld wordt dat de EU-instellingen *ultra vires* (buiten hun bevoegdheden) handelen dan wel de Duitse constitutionele identiteit (zoals neergelegd in artikel 79 lid 3 Grondwet) schenden. Uiteindelijk bepalen nationale rechters zelf of het stellen van een prejudiciële vraag noodzakelijk is om uitspraak te kunnen doen in de voorliggende zaak (artikel 267 EU-werkingsverdrag).

²⁵ BVerfGE 134, 366 (*OMT-Beschluss*) en BVerfGE 146, 216 (*PSPP-Vorlagebeschluss*).

hoort het Hof partijen aan beide kanten van het geschil, dus ook het orgaan dat de betreffende wet heeft aangenomen.

Het Hof toetst ook *in concreto* op schending van de Grondwet (*konkrete Normenkontrolle*). Indien een 'gewoon' (niet-constitutioneel) gerecht meent dat een bondswet of landswet die in een voorliggende zaak moet worden toegepast in strijd is met de Grondwet, dan moet het de procedure opschorten en een prejudiciële vraag stellen aan het *Bundesverfassungsgericht*. Alleen de betreffende rechter kan een dergelijke vraag bij het Hof aanhangig maken en partijen kunnen de rechter daartoe niet dwingen. Het is dan aan het Hof om de vraag te beantwoorden, waarna de zaak door de verwijzende rechter wordt afgehandeld met inachtneming van het antwoord van het Hof.

Het Hof is verder bevoegd om te beslissen op klachten van burgers over grondwetsschending, de zogeheten constitutionele klachten (*Verfassungsbeschwerden*), die echter in beginsel beperkt dienen te zijn tot schendingen van grondrechten. Dit zijn klachten die eenieder kan indienen die meent dat de overheid zijn of haar grondrechten of vergelijkbare rechten heeft geschonden. Het bereik van een constitutionele klacht is dus ruimer dan de concrete toetsing, omdat de bevoegdheid van het Hof niet is beperkt tot wetten maar elke uitoefening van publiek gezag omvat. Daarnaast zijn burgers niet afhankelijk van een rechter die een prejudiciële vraag stelt. Wel moeten klagers eerst alle gewone rechtsmiddelen hebben uitgeput voordat ze naar het Hof kunnen stappen. Op basis van de rechtspraak moeten klagers bovendien aantonen dat ze een onmiddellijk en concreet nadeel hebben ondervonden van de betreffende uitoefening van publiek gezag alvorens het Hof de klacht in behandeling neemt.

Zowel in de Grondwet als in de wet op het constitutionele hof zijn nog meer taken en bevoegdheden van het Hof te vinden, zoals het beslissen op klachten van gemeenten over schending van hun recht op autonomie en het beslissen op aanvragen om een politieke partij in strijd met de Grondwet te verklaren en te verbieden.

8. Soorten uitspraken

De beslissingen van het Hof zijn bindend voor alle overheidsorganen, inclusief de gerechten (artikel 31 lid 1 Bundesverfassungsgerichtsgesetz). In de regel heeft deze bindende kracht betrekking op de specifieke zaak waarover is beslist.²⁶ Bepaalde beslissingen van het Hof, met name beslissingen over de grondwettigheid van wetten (of wetsbepalingen), hebben echter kracht van wet en gelden dus ook buiten het specifieke geval (artikel 31 lid 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz).

Het *Bundesverfassungsgericht* bezit het monopolie om wetten vanwege strijd met de Grondwet te vernietigen. In beginsel verklaart het Hof een ongrondwettige wet nietig (*nichtig*). Deze nietigheid heeft terugwerkende kracht en leidt juridisch gezien tot een toestand waarin de wet nooit was uitgevaardigd.

In bepaalde gevallen verklaart het Hof een wet alleen onverenigbaar met de Grondwet (*verfassungswidrig*) – dus zonder de wet te vernietigen – en bepaalt het vanaf wanneer deze wet niet meer mag worden toegepast. Dit is met name het geval wanneer de wetgever verschillende mogelijkheden heeft om de grondwettelijke schending ongedaan te maken (bijvoorbeeld als het gaat om ongelijke behandeling) of wanneer de nadelen van het onmiddellijk vervallen van de wet groter zijn dan de nadelen van een voorlopige voortgezette toepassing. Dit laatste is vaak het geval bij belastingwetten omdat de rechtsgrondslag voor de heffing van de belasting anders geheel of gedeeltelijk zou ophouden te bestaan. Tijdens

²⁶ Afgezien van uitspraken in individuele gevallen schept de niet-ontvankelijkheidsverklaring juridisch gezien geen bindend precedent (ook al wordt de onderbouwing van een dergelijke verklaring in de praktijk door andere gerechten gewoonlijk overgenomen).

de overgangperiode moet de wetgever wetgeving aannemen die wel voldoet aan de Grondwet. In zeldzame gevallen stelt het Hof zelf overgangsbepalingen vast (en oefent het dus zelf een wetgevende functie uit).

In uitzonderlijke gevallen verklaart het Hof dat een wet weliswaar strikt genomen grondwettig is, maar spoort het de wetgever aan om te zorgen voor een volledig grondwettelijke toestand of om de dreiging van een toekomstige ongrondwettigheid af te wenden.²⁷

Buiten de specifieke zaak leidt de ongrondwettigheid van een wet niet tot de ongeldigheid van alle andere beslissingen die op basis daarvan zijn genomen. Beslissingen die niet meer kunnen worden aangevochten blijven van kracht, maar kunnen niet meer worden gehandhaafd. Indien een strafvonnis is gebaseerd op een wet die nietig is of onverenigbaar met de Grondwet kan de procedure worden hervat zelfs nadat zij onherroepelijk is geworden.

Uitspraken van het Hof bestaan in het algemeen uit twee delen: een uiteenzetting van het relevante constitutionele kader en de toepassing daarvan op het voorliggende geval. Het eerste deel (het kader) is algemeen van aard en bevat dogmatische observaties over de juiste uitleg van het recht. Als het Hof verwijst naar zijn eerdere uitspraken of als andere gerechtten verwijzen naar uitspraken van het Hof dan betreft het vaak dit dogmatische deel, dat veelal gericht is op ontwikkeling van het rechtssysteem in het algemeen en minder op oplossing van de voorliggende zaak. De uitspraken van het Hof lossen dus niet slechts concrete juridische problemen op, maar dragen ook nadrukkelijk bij aan de verdere ontwikkeling en systematisering van het constitutionele recht.

9. Het Constitutioneel Hof in cijfers en ontwikkeling

Jaarlijks worden tussen de 5000 en 6000 zaken voorgelegd aan het *Bundesverfassungsgericht*.²⁸ De meest gebruikte procedure is de constitutionele klacht (*Verfassungsbeschwerde*). In de geschiedenis van het Hof (tot en met 2019) gaat het bij 96,6 % van de door het Hof afgehandelde zaken (op een totaal van 240.022 zaken) om constitutionele klachten. Vaak zijn deze klachten gericht tegen rechterlijke uitspraken (*Urteilsverfassungsbeschwerden*). Van alle klachten was slechts 2,3 % succesvol. Succesvolle constitutionele klachten leiden er soms toe dat het Hof een wetsbepaling of wet ongrondwettig verklaart. Zaken waarin dit gebeurde betroffen bijvoorbeeld ongespecificeerde strafrechtelijke vermogenssancties²⁹, de machtiging om vliegtuigen die als wapen worden ingezet neer te schieten³⁰, de kiesdrempel van drie procent bij verkiezingen voor het Europees Parlement³¹, privacy-inbreuken bij terrorismebestrijding³² en de binaire geslachtsaanduiding in het personenregister³³.

De procedures voor abstracte en concrete constitutionele toetsing betreffen slechts 1,6 % van alle aan het Hof voorgelegde zaken (3.785 zaken). Meestal gaat het om een prejudiciële verwijzing van een gerecht (concrete constitutionele toetsing). Ook deze procedure leidt af en toe tot het oordeel dat een wetsbepaling strijdig is met de Grondwet.

²⁷ Bijvoorbeeld BVerfGE 16, 130 (*Wahlkreise*), BVerfGE 53, 257 (*Versorgungsausgleich I*) en BVerfGE 80, 1 (*Antwort-Wahl-Verfahren*).

²⁸ Voor kwantitatieve gegevens over zaken voor het *Bundesverfassungsgericht*, zie https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Statistik/statistik_2019.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (geraadpleegd op 28 januari 2021).

²⁹ BVerfGE 105, 135 (*Vermögensstrafe*).

³⁰ BVerfGE 115, 118 (*Luftsicherheitsgesetz*).

³¹ BVerfGE 135, 259 (*Drei-Prozent-Sperrklausel Europawahl*).

³² BVerfGE 141, 220 (*Bundeskriminalamtsgesetz*).

³³ BVerfGE 147, 1 (*Geschlechtsidentität*).

Het Hof heeft slechts 120 beslissingen genomen over de grondwettigheid van wetten op verzoek van politieke instellingen (abstracte constitutionele toetsing). Het betrof meestal controversiële politieke kwesties die veelal resulteerden in spraakmakende beslissingen, bijvoorbeeld betreffende het Basisverdrag met de Duitse Democratische Republiek (DDR)³⁴, de beëindiging van zwangerschap³⁵, financiële giften aan politieke partijen³⁶, gewetensbezwaren tegen de militaire dienst³⁷ en de verdeling van inkomsten tussen de federatie en de deelstaten³⁸. Het *Bundesverfassungsgericht* kent geen *political question doctrine* (zoals ontwikkeld door het Amerikaanse Supreme Court) op basis waarvan het 'politieke' kwesties zou kunnen weigeren te behandelen omdat de beslechting ervan dient te gebeuren door politieke instellingen in plaats van rechters.

In totaal heeft het Hof naar aanleiding van constitutionele klachten en in procedures van abstracte of concrete constitutionele toetsing 506 federale wetten geheel of gedeeltelijk ongrondwettig verklaard.³⁹

Als het *Bundesverfassungsgericht* tot de conclusie komt dat een wet of wetsbepaling ongrondwettig is, is dit vaak vanwege strijd met de grondrechten. De basis van zijn grondrechtenjurisprudentie heeft het Hof gelegd in drie baanbrekende uitspraken uit de jaren '50 van de vorige eeuw. Het Hof bepaalde in *Elfes* dat grondrechten in beginsel elke menselijke activiteit omvatten⁴⁰; in *Lüth* dat grondrechten elke juridische relatie normeren (en dus niet alleen de relatie tussen overheid en burgers, maar ook tussen burgers onderling)⁴¹, en in het *Apotheken-Urteil* dat grondrechten alleen mogen worden beperkt als die beperking proportioneel is⁴². Door grondrechten te beschouwen als uitdrukking van een 'objectieve waardenorde' die vraagt om realisatie en implementatie, krijgt de Grondwet het karakter van een blauwdruk voor de samenleving.⁴³ Het Hof heeft diverse positieve overheidsverplichtingen afgeleid uit de grondrechten.⁴⁴

Op grond van het beginsel van de grondwetsconforme interpretatie (*verfassungskonforme Interpretation*) dienen gerechten, indien ze gewone wetgeving op meerdere wijzen kunnen interpreteren, te kiezen voor de interpretatie die het beste strookt met de Grondwet, waarbij het *Bundesverfassungsgericht* de instantie is die beslissend bepaalt hoe de Grondwet moet worden gelezen. De wijze waarop het Hof zelf de Grondwet interpreteert is sterk zaaksgebonden. Het Hof gaat niet uit van één bepaalde interpretatiemethode maar gebruikt alle klassieke methoden van wetsinterpretatie (grammaticaal, historisch, systematisch, teleologisch). Wel is het Hof steeds sterk gericht op de eenheid en systematiek van de rechtsorde. Gewoonlijk onderbouwt het Hof zijn beslissingen zeer uitgebreid.

10. Legitimiteit van het Constitutioneel Hof

Het *Bundesverfassungsgericht* heeft zich sinds zijn oprichting in 1951 ontwikkeld tot een zeer invloedrijke constitutionele instelling waarin burgers veel vertrouwen stellen. Uit recent

³⁴ BVerfGE 36, 1 (*Grundlagenvertrag*).

³⁵ BVerfGE 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*) en BVerfGE 88, 203 (*Schwangerschaftsabbruch II*).

³⁶ BVerfGE 52, 63 (*Parteispenden*).

³⁷ BVerfGE 69, 1 (*Kriegsdienstverweigerung II*).

³⁸ BVerfGE 72, 330 (*Finanzausgleich I*), BVerfGE 86, 148 (*Finanzausgleich II*) en BVerfGE 101, 158 (*Finanzausgleich III*).

³⁹ Voor een overzicht van 1990 tot en met 2019, zie

https://www.bundestag.de/resource/blob/274408/55f0885b7fb0f4a39cdc69a96ecb664d/Kapitel_10_06_F_r_nic htig_oder_verfassungswidrig_erkl_rte_Bundesgesetze-pdf-data.pdf (geraadpleegd op 28 januari 2021).

⁴⁰ BVerfGE 6, 32 (*Elfes*).

⁴¹ BVerfGE 7, 198 (*Lüth*).

⁴² BVerfGE 7, 377 (*Apotheken-Urteil*).

⁴³ BVerfGE 7, 198 (*Lüth*).

⁴⁴ Zie onder meer BVerfGE 33, 303 (*Numerus clausus I*), BVerfGE 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*) en BVerfGE 35, 79 (*Hochschul-Urteil*).

onderzoek blijkt dat Duitse burgers het Hof in vergelijking met andere publieke instituties zeer positief waarderen (75 % vertrouwt het Hof).⁴⁵ Deze score is vergelijkbaar met het vertrouwen in de politie, de universiteiten en de Bondspresident maar aanzienlijk hoger dan het vertrouwen in de Bondsregering (60 %), de Bondsdag (54 %) en politieke partijen (25 %).⁴⁶ De populariteit van het Hof is met name te danken aan het constitutionele klachtrecht, dat maakt dat burgers elke vermeende grondrechtenschending in laatste instantie kunnen voorleggen aan het Hof.

De feitelijke betekenis van het constitutionele toetsingsrecht van het *Bundesverfassungsgericht* hangt ervan af dat zaken worden voorgelegd aan het Hof en dat de uitspraken van het Hof door de betrokkenen worden geaccepteerd. De cijfers over het aantal zaken voor het Hof laten zien dat burgers niet schromen om van het constitutionele klachtrecht gebruik te maken en dat gerechten prejudiciële vragen stellen indien zij dat nodig achten. In rechtszaken voor 'gewone' (niet-constitutionele) gerechten speelt de Grondwet en de uitleg daarvan door het Hof vaak een prominente rol. De Duitse rechtsorde is sterk gericht op de Grondwet en het constitutionele toetsingsrecht wordt gezien als een natuurlijke en logische consequentie van het respect voor de Grondwet.

De wijze en richting waarop het constitutionele toetsingsrecht zich zou ontwikkelen was voor de grondwetgever onbekend toen het besloot tot oprichting van een constitutioneel hof. Zowel historisch als in vergelijking met constitutionele toetsing in andere landen was het gekozen model (met als opvallendste kenmerk het constitutionele klachtrecht) nieuw. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft zijn gezag moeten verdienen. Met name in de beginjaren was er scepsis van de federale regering, de gewone rechtspraak en de rechtswetenschap, maar het Hof is er al snel in geslaagd deze scepsis te overwinnen.⁴⁷

Het voorgaande wil niet zeggen dat het Hof in de loop van zijn bestaan geen controversiële uitspraken heeft gedaan die heftig zijn bekritiseerd. Naar aanleiding van uitspraken in de jaren '70 van de vorige eeuw over bijvoorbeeld abortus⁴⁸ en gewetensbezwaren tegen de militaire dienst⁴⁹ en in de jaren '90 van de vorige eeuw over bijvoorbeeld crucifixen in klaslokalen⁵⁰ en het decriminaliseren van de leus 'Soldaten zijn moordenaars!'⁵¹ liepen de maatschappelijke en politieke gemoederen hoog op en werd wel betoogd dat het Hof partij had gekozen in het politieke debat en daarmee zijn rechterlijke taak te buiten was gegaan. Kritiek op individuele uitspraken heeft evenwel nooit geleid tot een fundamentele aantasting van het gezag van het Hof als zodanig. De mogelijkheid om wetgeving voor te leggen aan het Hof voor constitutionele toetsing maakt het voor oppositiepartijen en maatschappelijke critici gemakkelijker om zich uiteindelijk neer te leggen bij politieke meerderheidsbesluiten. Constitutionele toetsing en het *Bundesverfassungsgericht* zijn in Duitsland niet meer weg te denken.

11. Slot

Het succes van het *Bundesverfassungsgericht* is direct verweven met het succes van de Grondwet. De Grondwet spreekt door middel van het Hof en omgekeerd dankt het Hof zelf zijn voorname positie aan de Grondwet. De Grondwet belichaamt de breuk met het Naziregime. Waar in het naoorlogse West-Duitsland de geschiedenis, natie of cultuur niet

⁴⁵ Zie <https://www.presseportal.de/pm/72183/4619512> (geraadpleegd op 28 januari 2021).

⁴⁶ Zie <https://www.presseportal.de/pm/72183/4598727> (geraadpleegd op 28 januari 2021).

⁴⁷ De rechtswetenschap heeft zelfs een belangrijke bijdrage geleverd aan het prestige van het Hof door uitspraken van het Hof uitgebreid te commentariëren en te systematiseren, terwijl het Hof omgekeerd het constitutionele recht en daarmee de constitutionele rechtswetenschap heeft verheven tot kroon van het recht en de rechtswetenschap.

⁴⁸ BVerfGE 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*).

⁴⁹ BVerfGE 48, 127 (*Wehrpflichtnovelle*).

⁵⁰ BVerfGE 93, 1 (*Kruzifix*).

⁵¹ BVerfGE 93, 266 (*'Soldaten sind Mörder'*).

zonder meer als oriëntatiepunten konden dienen, bood de nieuwe Grondwet een sterk gemeenschappelijk symbool, zodanig zelfs dat wordt gesproken van constitutioneel patriottisme (*Verfassungspatriotismus*). Terwijl politieke partijen en de parlementaire traditie op weinig aanzien konden rekenen, vernieuwde het Hof het aanzien van het recht. Door de overheid te binden aan de grondrechten en de rechtsstaat stabiliseerde het Hof de jonge Duitse democratie, die nog maar weinig zelfvertrouwen had.

Inmiddels is constitutionele toetsing in Duitsland een kwestie van routine en een vanzelfsprekendheid geworden. Desalniettemin wortelen de constitutionele toetsing en het gezag van het *Bundesverfassungsgericht* nog steeds in een historisch onderbouwde scepsis ten aanzien van (democratische) besluitvorming door 'de politiek' en de wetgever. Uiteindelijk hangen de positie en betekenis van het Hof net zo goed af van de specifieke politieke en constitutionele cultuur als van het positieve (grondwettelijke) recht. Deze inbedding maakt dat het Duitse constitutionele model – en het succes daarvan – niet zomaar naar andere landen kan worden geëxporteerd.

Frankrijk

1. Staatsstructuur en inbedding van constitutioneel toetsingsrecht

De huidige Franse Grondwet dateert van 1958, en vestigt de Vijfde Republiek. Het is de opvolger van de Grondwet van 1946 die de Vierde republiek vestigde. Oogmerk van de 1958 Grondwet was om een meer stabiel regeringsstelsel te vestigen met een relatief sterke uitvoerende macht en een zwakker, wat is gaan heten 'gerationaliseerd', parlement. Van de vele inperkingen van parlementaire macht zijn in de loop der jaren wat scherpe kantjes afgeslepen, maar de hoofdlijnen van het stelsel staan nog helder overeind. De uitvoerende macht bestaat uit twee onderdelen: een direct gekozen President (5 jaren) en een regering (benoemd door de President), die het vertrouwen van het parlement dient te hebben. Het systeem wordt omschreven als semi-presidentieel.

Het parlement bestaat uit twee kamers: de (iedere 5 jaren) rechtstreeks verkozen Nationale Assemblée (NA) en een indirect verkozen Senaat. In de dagelijkse politieke praktijk komt de NA het primaat toe, ook omdat bij wetgeving er een conflictenregeling bestaat ten faveure van regering en NA.

Een belangrijke beperking van de macht van het parlement is er in gelegen dat artikel 34 van de Grondwet aangeeft dat de wetgevende bevoegdheid van de formele wetgever (die wetgeving heet 'loi(s)') beperkt is tot omschreven terreinen en daarbinnen ook nog vaak de hoofdlijnen en belangrijkste beginselen. Op de terreinen waarvan de wetgevende bevoegdheid niet toekomt aan de 'loi' is de regering tot wetgeving bevoegd ('règlement').

Dit stelsel maakte dat in 1958 een Constitutionele Raad ('Conseil constitutionnel' (CC)) is ingesteld die als taak had om toe te zien op de beperkingen van de wetgevende bevoegdheid bij 'loi': lees om de regering te beschermen tegen een al te actief parlement. Daartoe kon de President (die de raad van Ministers voorziet), de Premier, de voorzitter van de Nationale Assemblée en de voorzitter van de Senaat, wetgeving, voordat zij werd afgekondigd (dus na aanvaarding door het parlement), voorleggen aan de Conseil constitutionnel ter beantwoording van de vraag of de betreffende wet in overeenstemming met (de bevoegdheidsverdeling in) de Grondwet was tot stand gekomen. Bij een ontkennend antwoord, vaststelling van ongrondwettigheid, kan de wet niet in werking treden. Een eenmaal inwerking getreden wet kon noch door de Conseil constitutionnel noch door een rechter op de grondwettigheid beoordeeld worden. Wel kan een wet die in strijd met de grondwettelijke taakverdeling in werking was getreden (want niet was voorgelegd aan de Conseil constitutionnel) worden 'gedeclassificeerd' zodat daarna de regels erin door de regering bij decreet konden worden gewijzigd. Om dat te kunnen doen moet dan wel eerst het oordeel van de Conseil constitutionnel worden gevraagd (art. 3 Grondwet).

In de Franse constitutionele structuur is verder van belang dat het de rechters verboden was en is om zich over wetgeving uit te spreken en zich in te laten met de grondwettigheid ervan (procedureel/inhoudelijk). Ten aanzien van décrets uitgevaardigd door de regering is in het algemeen de (gewone) rechter evenmin bevoegd en is het oordeel aan de bestuursrechter, te weten de Conseil d'État (CE). Dat past in het gegeven dat de gewone rechter (met aan de top de Cour de cassation (CdC)) geacht wordt zich niet in te laten met daden van bestuur of wetgeving.

Grondwettelijke uitzondering daarop is art. 55 Grondwet (en de doorwerking van het EU recht), met als gevolg zoals in de loop der jaren geleidelijk erkend, de bevoegdheid van de rechter om wetgeving wel te toetsen aan verdragen en EU recht.

2. Ontwikkeling van constitutionele toetsing: korte schets vanaf aanvang tot heden

Het hiervoor geschetste stelsel van 1958 is in de loop der jaren aanzienlijk gewijzigd en uitgebreid. Daarvoor zijn vele diverse factoren aan te wijzen, maar om redenen van ruimte volstaan we hier met het kort aanduiden van de belangrijkste veranderingen.

In 1971 breidde de Conseil constitutionnel⁵² haar grondwettigheidstoetsing uit tot het mede omvatten van de Déclaration des Droits de l'Homme (en de preambule van de grondwet van 1946 en enkele andere beginselen) en dus het begrip grondwettigheidstoetsing niet alleen te laten omvatten wat in de tekst van 1958 staat, maar ook een areaal van rechten en beginselen uit andere documenten te erkennen (de 'bloc de constitutionnalité'). Deze verruiming was mogelijk door en werd beargumenteerd met verwijzing naar de Preambule van de Grondwet van 1958 die verwijst naar de Déclaration van 1789, de Preambule van de Grondwet van 1946 (waarin sociale grondrechten) en waaraan later is toegevoegd het Handvest over het Milieu van 2004. De rechtspraak van de Conseil constitutionnel werd daarmee aanzienlijk uitgebreid en leidde tot tal van zaken over de diverse rechten en beginselen.

Het belang van de Conseil constitutionnel werd nog verder vergroot door een grondwetswijziging van 1974 die het mogelijk maakte dat ook 60 leden van de Nationale Assemblée dan wel van de Senaat de grondwettigheidsvraag aangaande een door het parlement aanvaard voorstel dat nog niet in werking was getreden aan de Conseil constitutionnel mogen voorleggen. Het aantal van 60 (zo'n 10% van het aantal leden van de Nationale Assemblée bij voorbeeld) bracht toegang tot de Conseil constitutionnel daarmee in een klap binnen het bereik van de oppositie, die daarvan in de loop der jaren dan ook veelvuldig (en ook wel met succes) gebruik maakte.

In 2008 werd een andere grondwetswijziging geëffectueerd die inhield dat de Conseil d'État resp. de Cour de Cassation grondwettigheidsvragen aangaande (in werking zijnde en geldende) wetgeving moeten en mogen voorleggen aan de Conseil constitutionnel. Daarbij gaat het dus om ex post, toetsing in concreto. Een in zo'n prejudiciële procedure (in het Frans: Question Prioritaire de constitutionnalité (QPC) door het Conseil constitutionnel uitgesproken oordeel dat een (deel van een) wet ongrondwettig is, leidt tot de intrekking van die wet of de betreffende bepaling vanaf de datum van de (gepubliceerde) uitspraak of zoveel later als bepaald door de Conseil constitutionnel. De Conseil constitutionnel dient eveneens in zijn beslissing aan te geven hoe omgegaan dient te worden met de ingetreden rechtsgevolgen van de ongrondwettig bevonden regeling. Besluiten van de Conseil constitutionnel zijn bindend voor alle publieke autoriteiten en binden de bestuursrechter en gewone rechter.

3. Samenstelling van de Conseil constitutionnel

De wijze van benoeming van de leden van de Conseil constitutionnel is sinds 1958 ongewijzigd gebleven, ook al zijn de taken en rol van de Conseil constitutionnel zoals hierboven aangegeven aanzienlijk veranderd en uitgebreid. Benoeming en samenstelling zijn geregeld in art. 56 Grondwet: de Conseil constitutionnel bestaat uit 9 leden, en ieder lid wordt voor 9 jaren benoemd, waarbij herbenoeming niet mogelijk is. De termijnen en benoemingen zijn gestaffeld: iedere drie jaren worden er drie nieuwe leden benoemd.

Drie leden worden benoemd door de President (deze benoemt ook de voorzitter); drie door de Voorzitter van de Nationale Assemblée; en drie door de Voorzitter van de Senaat.

⁵² CC décision n. 71-44 DC, July 16, 1971, Rec. 29

De benoeming door de President dient de procedure als neergelegd in art. 13, laatste paragraaf Grondwet te volgen. Die houdt in dat er een openbaar advies dient te zijn door de respectievelijke bevoegde vaste commissies van beide parlements kamers. In het geval dat de optelsom van de negatieve stemmen in beide commissies meer is dan 3/5 van het in beide commissies tezamen uitgebrachte aantal stemmen, mag de voorgedragen kandidaat niet benoemd worden.

De benoemingen door de voorzitters van beide kamers moeten voor het inwinnen van een opinie te worden voorgelegd aan de bevoegde vaste commissie van de respectievelijke parlements kamer.

Naast de op bovenstaande wijzen benoemde 9 leden komt aan oud-presidenten van de Republiek het recht toe deel te nemen aan het werk van de Conseil constitutionnel. Tot zijn overlijden begin december 2020 was er één oud President die van dat recht gebruik maakte: Valéry Giscard D'Estaing. De andere leden zijn (met kort een aanduiding van hun beroepsleven en de benoemende instantie): Laurent Fabius (2016, oud-politicus/(eerste) minister Parti Socialiste;voorzitter, benoemd door President Hollande); Claire Bazy Malaurie (diverse overheids/bestuursfuncties, 2013, President NA); Nicole Maestracci (2013, onder andere voormalig rechter, President), Michel Pinault (2016, diverse vooraanstaande bestuursfuncties, President Senaat); Corinne Luquiens (2016, had tal van functies bij de NA waaronder SG, President NA), Dominique Lottin (2017, voormalig rechter in diverse hoven, President Senaat), Jacques Mézard (2019, oud senator Parti Radical, President), François Pillet (oud senator, 2019, President Senaat), Alain Juppé (oud-(eerste) minister/ lid NA, RPR, 2019, President NA).

Het voorgaande laat zien dat de drie door de president benoemde kandidaten een vooraanstaande politieke loopbaan hebben gehad (twee van de drie zijn voormalige eerste ministers) en een politiek profiel hadden. De andere hebben deels een rechterlijke achtergrond, en (groten)deels een bestuurlijke met tal van commissie- of andere voorzitterschappen.

De Conseil constitutionnel is, in ieder geval qua samenstelling (maar ook wel qua procedure) niet een rechterlijk college, bemenst door rechters of anderszins met mensen die als rechter benoembaar zijn.

4. Toetsing aan de Grondwet en toetsing aan verdragen en EU-recht

De Conseil constitutionnel is exclusief bevoegd 'lois' (wetten in formele zin) te toetsen aan de Grondwet (zoals ruim uitgelegd door de Conseil constitutionnel). De Conseil constitutionnel toetst niet aan verdragen noch aan EU-recht.

Rechters (zowel de gewone rechterlijke macht als de bestuursrechters) toetsen 'lois' niet aan de Grondwet, maar op grond van art. 55 Grondwet wel aan verdragen en aan EU-recht.

5. Schetsmatige structuur van toetsing aan de Grondwet en toetsing aan verdragen en EU-recht

Grondwettelijke vragen over 'lois' (wetten in formele zin) moeten worden voorgelegd aan de Conseil constitutionnel, dat wil zeggen: ze mogen worden voorgelegd wanneer er een vraag bij de rechter voor ligt over verenigbaarheid van een formeel wettelijke bepaling met rechten of vrijheden als neergelegd in de Grondwet. Er is geen verplichting tot voorleggen, maar indien de zaak niet wordt voorgelegd mag de rechter de gewraakte wettelijke bepaling niet ongrondwettig verklaren. Indien zulk verweer in eerste of tweede aanleg wordt opgeworpen

(dat wil zeggen de zaak nog niet aanhangig is bij de Conseil d'État (Raad van State) of Cour de cassation (Hoge Raad)) moet de zaak *via* Conseil d'État dan wel Cour de cassation aan de Conseil constitutionnel worden voorgelegd. Als de zaak wordt opgeworpen bij Conseil d'État en Cour de cassation kan deze hoogste rechter zelf beslissen of wordt voorgelegd. Effectief is daarmee het stelsel dat de rechter niet voorlegt als deze van oordeel is dat er geen grondwettelijke strijd is, waarmee de wettelijke bepaling in stand blijft en kan worden toegepast, of de grondwetsvraag niet relevant acht voor de oplossing van het geschil.

De wet inzake de Conseil constitutionnel geeft nadere regels over hoe en wie en wanneer partijen bij een zaak de grondwettigheidsvraag mogen opwerpen. In het geval van een lagere rechter dan Conseil d'État of Cour de cassation legt deze lagere rechter de vraag om een preliminaire vraag te stellen voor aan Conseil d'État of Cour de cassation: daarbij moet aan de volgende voorwaarden zijn voldaan en wordt de volgende procedure gevolgd:

- De specifieke wetsbepaling is van toepassing in de aanhangige zaak
- Er is niet een eerdere uitspraak geweest waarin deze bepaling grondwettig is bevonden
- De aanhangige kwestie is een serieuze aangelegenheid
- Deze grondwettigheidsvraag heeft voorrang boven vragen naar verenigbaarheid met internationaal recht
- Bij een overdracht naar Conseil d'État of Cour de cassation wordt de aanhangige zaak geschorst
- Conseil d'État en Cour de cassation beslissen binnen drie maanden over de vraag of de vraag wordt voorgelegd aan de Conseil constitutionnel; dat is dus de tweede stap/beoordeling/drempel indien een lagere rechter een grondwettigheidsvraag voorlegt.
- In het geval van een zaak die aanhangig is bij Conseil d'État of Cour de cassation beslist deze instantie over het voorleggen aan de Conseil constitutionnel
- Zodra een zaak is voorgelegd aan de Conseil constitutionnel licht deze de President van de Republiek, de Premier en de Presidenten van de Nationale Assemblée en Senaat in. Zij kunnen opmerkingen doen toekomen aan de Conseil constitutionnel
- De Conseil constitutionnel geeft binnen *drie maanden* een beslissing, licht daarover de partijen in alsmede de Conseil d'État en Cour de cassation en de drie Presidenten en Premier
- Vervolgens gaat de rechter waar de zaak aanhangig is verder met de behandeling van de zaak met inachtneming van het oordeel van de Conseil constitutionnel. De procedure is dus (relatief) kort van duur.

Indien in dezelfde zaak ook verdragsrechten en/of EU-recht aan de orde is, kan dat/kunnen deze alsdan worden behandeld. Dat betekent dat deze grondwettigheidsprocedure prioritair is. Na afwikkeling ervan kan de betreffende rechter de nationale regel toetsen aan verdrag of EU-recht, en in dat verband een prejudiciële vraag aan het EU HvJ stellen. Schematisch ziet dat er als volgt uit (in het geval van een vraagstuk dat zowel grondwettelijk als verdragsrechtelijk als EU rechtelijk kan worden beschouwd):

Rechter in eerste /tweede aanleg

1. Voorleggen van grondwettigheidskwestie aan Conseil d'État of Cour de cassation
2. Door Conseil d'État of Cour de cassation eventueel voorleggen aan Conseil constitutionnel
3. Oordeel door Conseil constitutionnel
4. Hervatten zaak door rechter
5. En beoordeling van EU-kwestie
6. Eventueel prejudiciële vraag aan EU-HvJ
7. Beoordeling van verdragsrechtelijke vraag
8. Afdoen van voorgelegde kwestie

Indien het gaat om een zaak bij Conseil d'État of Cour de cassation vervalt de eerste stap.

6. Toetsingskader

De definitie van Grondwet door de Conseil constitutionnel is een zeer ruime en omvat de tekst van de Grondwet van 1958, alsmede de documenten waarnaar in de Préambule van deze Grondwet wordt verwezen, dat wil zeggen onder meer de Préambule van de Grondwet van 1946 en de Déclaration des Droits de l'Homme van 1789.

Het is eigen aan de toetsing door de Conseil constitutionnel aan de individuele rechten in de Grondwet van 1958, Déclaration (van 1789) en Préambule van de Grondwet van 1946 en aan fundamentele beginselen die eigen zijn aan de republiek, dat de daarin neergelegde en ontwikkelde waarden niet alleen gevonden worden maar ook geïnterpreteerd in het licht van de huidige omstandigheden. Vooral de laatste categorie heeft een open eind. Zij moeten wel gevonden worden in formele wetten van de Franse republiek en constitutioneel fundamenteel van aard zijn. Het aantal fundamentele beginselen is niet gering. Dat varieert van de vrijheid van vereniging, tot de onafhankelijkheid van administratieve rechtspraak, de vrijheid van onderwijs, de vrijheid van beweging, privacy en de continuïteit van de openbare dienst. Tenslotte heeft de Conseil constitutionnel ook doeleinden van constitutionele rangorde gedefinieerd. Als een doelstelling als zodanig is vastgesteld dient de wetgever met inachtneming daarvan te handelen; een voorbeeld daarvan is de doelstelling van pluralisme van de pers. Zo kan ook de constitutionele doelstelling andere vrijheden doen inperken, zoals de doelstelling dat de staat strafrechtelijke onderzoeken kan doen en de openbare orde dient te beschermen, met als consequentie de toelaatbaarheid van identiteitscontrole.

Het perspectief van verdragsconformiteit speelt bij de Conseil constitutionnel verder geen rol, want toetsing aan verdragen is de bevoegdheid van de rechters, en de beoordeling van verdragen of van EU recht behoort grondwettelijk niet tot de competentie van de Conseil constitutionnel.

7. Procedure: hoe kan een zaak bij de Conseil constitutionnel aanhangig worden gemaakt?

Grondwettigheidsvragen kunnen op een aantal manieren aan de Conseil constitutionnel worden voorgelegd:

- Ex ante in abstracto: inzake voorstellen van wet die door het parlement zijn aanvaard en nog niet zijn afgekondigd, op aanvraag van de hiervoor genoemde partijen/instanties: President, de premier, voorzitter van Nationale Assemblée en voorzitter van de Senaat; 60 leden van Nationale Assemblée dan wel de Senaat.
- Ex post in concreto: in het geval van een bij een rechter aanhangige zaak, op verzoek van Conseil d'État of Cour de cassation
- Daarnaast oordeelt de Conseil constitutionnel nog over de grondwettigheid van (te ratificeren) verdragen, eveneens op verzoek van President, premier, voorzitter van Nationale Assemblée en voorzitter van de Senaat, alsmede 60 leden van Nationale Assemblée dan wel de Senaat. In het geval van geconstateerde strijdigheid kan dat verdrag niet worden geratificeerd dan na een wijziging van de Grondwet.

In het eerste en derde geval kan het voorkomen dat een wet/verdrag niet wordt voorgelegd en dat dus een eventuele strijdigheid niet wordt opgemerkt/geconstateerd door de Conseil constitutionnel. Dat betekent dat het desbetreffende verdrag kan worden geratificeerd en door de rechter kan worden toegepast (ook met terzijdestelling van nationale wetgeving). Ten aanzien van wetgeving is er daarna de escape van de ex post in concreto voorlegging.

8. Soorten uitspraken

De uitspraakbevoegdheden zijn neergelegd in art. 62 Grondwet. In het geval van de ex ante abstracte toetsing kan na een oordeel van ongrondwettigheid de wet/dan wel het gewraakte onderdeel (desbetreffende artikel) daarvan niet worden afgekondigd of geïmplementeerd.

In het geval van de ex post concrete toetsing wordt de ongrondwettig bevonden bepaling teruggenomen vanaf het moment van publicatie van de uitspraak van de Conseil constitutionnel dienaangaande. Daarbij kan de Conseil constitutionnel ook aangeven dat dit terugnemen eerst werking heeft van een latere datum. Ook dient de Conseil constitutionnel nadere voorzieningen te treffen over de voorwaarden waaronder en de mate waarin (rechts)gevolgen van de gewraakte bepaling dienen te worden geregeld.

Daarnaast duidt de Conseil constitutionnel vaak een specifieke interpretatie aan van een bepaalde wetsbepaling die als grondwettig dient te worden beschouwd en waardoor die bepaling alleen onder voorwaarde van die toepassing en uitleg grondwettig kan worden geacht en dus alleen in die zin mag worden toegepast ('sous reserve'). Die methodiek geeft de Conseil constitutionnel enige armslag om te manoeuvreren tussen ongrondwettigheid en grondwettigheid en tussen gelding en niet-gelding.

9. Conseil constitutionnel in cijfers en ontwikkeling

Het aantal uitspraken is sinds 1971 (uitbreiding van de definitie van grondwettigheid), 1974 (uitbreiding van tot voorlegging bevoegde personen) en 2008 (invoering van ex post concrete toetsing) aanzienlijk toegenomen. De mogelijkheid van 1971 breidde het areaal van toetsingscriteria immens uit, en de uitbreiding van 1974 gaf de oppositie vaak aanleiding om de voorlegging van wetgeving als laatste ultieme oppositie mogelijkheid te zien, en sinds 2008 wordt de Conseil constitutionnel ingeroepen om in concrete zaken te oordelen. Wel is er daarbij een sluis ingebouwd namelijk dat vragen aan specifieke criteria moeten voldoen en dat zij louter kunnen worden gesteld door de Conseil d'État en Cour de cassation. De eerste tien jaren van de 'Question Prioritaire Constitutionnelle' (QPC) (tussen 1 maart 2010 en 1 maart 2020) liet een aantal van 740 zaken zien. Die vertegenwoordigen daarmee ongeveer 80% van het totale aantal uitspraken van de Conseil constitutionnel. Een kleine 1/3 van de onderzochte wetsbepalingen werd als niet grondwetsconform geoordeeld (geheel of gedeeltelijk), en met al dan niet een uitgestelde werking. Over de jaren is er een gemiddelde aantal zaken per jaar van tussen de 61 en 84, met als uitschieter 2010, waarin 110 uitspraken. 54% van de zaken leidt tot het oordeel: conform; een extra 12% eveneens, maar dan onder het voorbehoud (reserve) van een specifieke uitleg. 30% van de uitspraken laten een gehele of gedeeltelijke non-conformiteit zien, waarbij in 11% van de gevallen (dus iets minder dan de helft) op enigerlei wijze sprake is van een vorm van uitstel van het effect van de uitspraak.⁵³

Het is ingewikkeld om te duiden of het aantal verwijzingen nu als omvangrijk of zeer gering moet worden beschouwd, of als een echte sluis of een die open staat. Een gemiddelde van ruwweg 70 QPC's per jaar, met een grote minderheid waarin een grondwettelijke strijdigheid werd geconstateerd, scoort afgezet tegen de andere onderzochte landen als redelijk hoog.

Hiervoor (onder paragraaf 6) gingen we al in op de geleidelijke extensieve uitleg en de rechtsvinding en interpretatie van constitutionele en fundamentele rechtsbeginselen en statelijke doelstellingen.

⁵³ 10 ans de QPC en chiffres, conseil-constitutionnel.fr; zie ook: Rapport d'Activités 2020: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/rapport-activite-2020-numerique/>

De Conseil constitutionnel heeft over de jaren een uitgebreide rechtspraak opgebouwd ten aanzien van de constitutionele normen waaraan getoetst mag worden, als ook wat betreft de onderlinge verhouding van deze normen, en de constitutionele beginselen die in acht moeten worden genomen.

10. Legitimiteit van de Conseil constitutionnel

In algemene zin kan worden opgemerkt dat in de reguliere- en bestuursrechtelijke rechtspraak de rechtspraak van de Conseil constitutionnel inclusief de interpretaties/uitspraken 'sous reserve' waarbij een wet grondwettig wordt geacht onder voorbehoud van een specifieke interpretatie, navolging krijgt, alsmede Conseil d'État en Cour de cassation regelmatig overgaan tot voorlegging van grondwettigheidsvragen aan de Conseil constitutionnel.

John Bell schrijft dat de Conseil constitutionnel een 'high standing' heeft en verwijst in dat verband naar de belangrijke plaats die haar leden innamen in het maatschappelijk leven⁵⁴. Gezag en vooraanstaande rol van de instelling met bijbehorende bevoegdheden en taak om de constitutionnalité en bescherming van grondrechten te waarborgen zijn dan tezamen met de benoeming van vooraanstaande leden, een waarborg voor publiek en juridisch gezag.

Het gezag bij de verwijzende rechters kan gezien worden in het redelijk constante aantal van verwijzingen; bedacht dient te worden dat het daarbij om kwesties gaat waarbij de verwijzende rechter de constitutionnalité van een regel serieus in het geding acht en dus verwijst en niet zelf de zaak afdoet. Gezegd kan worden dat het instrument van de QPC in een behoefte voorziet (ook als we afgaan op het aantal ongrondwettigheidsverklaringen) en daadwerkelijk benut wordt door de hoogste rechters in Frankrijk. Wijst dat automatisch op 'gezag' van de Conseil constitutionnel?⁵⁵ Dat is lastiger te zeggen omdat er nu eenmaal verwezen moet worden als een wettelijke bepaling tot grondwettelijke twijfel leidt en er dus niet hoeft te worden verwezen als de Conseil d'État of Cour de cassation van oordeel is dat er geen grondwettigheidsissue is, of de kwestie irrelevant is. Maar daarover blijkt uit de aangehaalde literatuur dat de hoogste rechters rekening houden met de rechtspraak van de Conseil constitutionnel bij de beoordeling van de vraag of er een grondwettigheidsvraag is. En daarnaast is de Franse rechter gewend aan het feit dat, gezien de situatie voor 2008, door hem wetgeving niet kan worden aangetast en dit nu dus (ook) moet worden overgelaten aan de Conseil constitutionnel. En overigens bestaat de Conseil constitutionnel al sinds 1958 met een track record op het stuk van anterieure toetsing van wetgeving (en verdragen).

11. Slot

De Franse ontwikkeling tot 2008 was een geleidelijke, maar wel een met een drietal belangrijke stappen waarbij de vergroting van het 'bloc constitutionnalité' door de Conseil constitutionnel zelf werd genomen en een verstrekkende ontwikkeling inzette, maar tevens ook weer een die past in de ontwikkelingen in de tweede helft van de twintigste eeuw, en aansloot bij de tekst van de Grondwet. En ook werd geaccepteerd door de grondwetgever,

⁵⁴ John Bell, *Judiciaries within in Europe*, Cambridge 2006, p. 107

⁵⁵ Zie over dat gezag: "L'autorité des décisions du conseil constitutionnel", Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux, Anne-Charlène Bezzina: Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n° 30 (dossier : autorité des décisions) - janvier 2011 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-autorite-des-decisions-du-conseil-constitutionnel-vue-du-conseil-d-etat>

Verder ook : *Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/breves-considerations-sur-l-autorite-des-decisions-du-conseil-constitutionnel>

Voor een duidelijke weergave hoe de legitimiteit en doorverwijzingen in elkaar steken, zie: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/entretiensq.htm

met name door de 2008 invoering van de prejudiciële procedure. En deze grote stap zoals die door de grondwetgever is genomen, stond in zekere zin haaks op de onschendbaarheid van de wet. Maar, er tevens ook weer in paste omdat die onschendbaarheid vooral voor de rechters gold en geldt, en de Conseil constitutionnel behoort niet tot die rechterlijke macht. Zij wordt ook niet als een rechterlijk college beschouwd, al voldoet haar statuut in vele opzichten aan de daaraan gemeenlijk te stellen eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Via de Conseil constitutionnel wordt recht gedaan is het algemene narratief aan het perspectief van de rechtsstaat.

Het bijzondere en cruciale is ook zichtbaar in de samenstelling en benoemingswijze. Er zijn wel enkele leden met een rechterlijke achtergrond, maar over het geheel genomen bestaat de Conseil constitutionnel uit (vooraanstaande) oud politici (waarbij de politieke kleur wel enigszins overeenstemt met de President die benoemt), personen op enigerlei wijze met een historie in de rechterlijke macht, en personen vanuit het parlement (vooral Senaat) en bestuurlijke functies.

Interessant is dat de benoeming aan drie politieke functionarissen is (waarbij twee veelal politiek verwant zijn: President en President Nationale Assemblée), maar er tevens een check zit op hun vrijheid van handelen door inbreng van parlementaire commissies (die overigens qua samenstelling overeenkomen met de samenstelling van Nationale Assemblée resp. Senaat). Tegenwicht tegen een al te grote politieke langjarige invloed is overigens wel de zittingsduur van 9 jaar. Hoewel op het eerste gezicht het Franse systeem van grondwettigheidstoetsing haaks lijkt te staan op het concept van democratie en soevereiniteit (van de wetgever) past het in het perspectief van de 'rule of law' en als aspect van het beteugelen van de samenballing van wetgevende macht in executieve en parlement, waar het gerationaliseerde parlement wordt gedomineerd door de regering en de president. De Conseil constitutionnel kan gekenschetst worden als instantie die zich sterk baseert op een over de jaren heen consistente koers en afstand tot politiek en politieke inmenging en als zeer zelfstandig en eigenstandig en niet 'overreaching'.

Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland

1. Staatsstructuur en inbedding van constitutioneel toetsingsrecht

Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (VK) is een constitutionele monarchie met parlementaire soevereiniteit. In tegenstelling tot andere Europese landen kent het VK geen gecodificeerde constitutie waarin institutionele bevoegdheden en grondrechten uiteengezet zijn. In plaats daarvan wordt de constitutie van het VK gevormd door een aantal conventies en wetten, aangevuld door juridische uitspraken, die tezamen vorm zijn gaan geven aan de overheid.⁵⁶ Als gevolg hiervan is er ook geen wet met een hoogste hiërarchische positie en is de constitutie redelijk flexibel want veranderbaar bij gewone wet.

De afwezigheid van een dergelijke gecodificeerde grondwet valt samen met het beginsel van parlementaire soevereiniteit in het VK, waarbij wetten van het Parlement (officieel *the Crown in Parliament*, hierna wet in formele zin) de hoogste juridische status innemen. De oorsprong van dit beginsel is te herleiden tot een strijd tussen de monarchie, de aristocratie en de democratie waarbij geleidelijk het Lagerhuis (*House of Commons*) de centrale positie is gaan innemen. De parlementaire soevereiniteit moet wel gezien worden vanuit het monistische regeringsstelsel, waarbij kabinetsleden zitting hebben in het parlement. Wetgeving komt dus ook in het VK veelal uit de koker van ministeries, waarbij het Lagerhuis een controlerende en accorderende rol inneemt. Daarnaast heeft in het VK de rechterlijke macht een stempel gedrukt op het rechtssysteem middels de *common law*, waarin ook de bescherming van rechten een prominente rol heeft.

Alhoewel in een dergelijk systeem geen sprake kan zijn van constitutionele toetsing in strikte zin, aangezien de validiteit van wetgeving niet door een rechter in twijfel kan worden getrokken naar aanleiding van toetsing aan een hogere norm, zijn er verschillende manieren waarop de rechter toch wetgeving kan toetsen. Zo kan het Parlement zijn opvolgers niet binden, maar kan het wel wettelijke instructies meegeven over hoe (toekomstige) wetten moeten worden geïnterpreteerd en toegepast. Daarbij staat het een toekomstig Parlement dan wel vrij om een dergelijke wetten in te trekken, mits dat expliciet gebeurt. Op deze manier werden ook de verplichtingen van het lidmaatschap van de Europese Unie geïmplementeerd, inclusief de doorwerking en voorrang van EU recht.

In 1998 werd op eenzelfde wijze constitutionele toetsing ingevoerd voor de meeste grondrechten uit het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).⁵⁷ De *Human Rights Act 1998* (HRA) geeft rechters de opdracht om, voor zover dat mogelijk is, wetten in formele zin zodanig te interpreteren dat zij niet strijdig zijn met rechten uit het EVRM (artikel 3). Waar dat niet mogelijk is, mag een hogere rechter een verklaring van onverenigbaarheid afgeven (artikel 4). Deze verklaring laat de validiteit van de wettelijke regel onverlet en de regel wordt ook niet buiten toepassing gelaten. Dan is het aan de politiek om die strijdigheid op te lossen. Behalve dat de strijdigheid door het Parlement opgelost kan worden middels een formele wet, geeft de HRA ook een bevoegdheid aan ministers om een wet in formele zin zodanig aan te passen om de strijdigheid met EVRM op te lossen (een zogenaamd *Henry VIII clause*). Deze bevoegdheid geldt overigens ook wanneer het Europese Hof voor de Rechten van de Mens bepaalt dat een wet in formele zin strijdig is met het EVRM (artikel 10). De HRA

⁵⁶ De House of Lords Select Committee heeft zelf de volgende definitie gegeven van de constitutie: "the set of laws, rules and practices that create the basic institutions of the state, and its component and related parts, and stipulate the powers of those institutions and the relationship between the different institutions and between those institutions and the individual." House of Lords Constitution Committee, "Reviewing the Constitution: Terms of Reference and Method of Working," First Report of 2001–02, HL Paper No.11, para. 20.

⁵⁷ Niet alle mensenrechten uit het EVRM en de protocollen zijn in de HRA opgenomen, zie onder punt 6.

is voorts relevant voor lagere wetgeving, waarbij de rechter meer bevoegdheden heeft aangezien het principe van parlementaire soevereiniteit dan niet in het geding is. Dit is vergelijkbaar met de grondwettelijke toetsing van lagere wetgeving in Nederland.

De inwerkingtreding van de HRA in 2000 was onderdeel van een bredere stroom maatregelen met constitutionele implicaties. Zo kregen Schotland, Wales en Noord-Ierland onder de noemer devolutie in dezelfde periode verregaande bevoegdheden om op bepaalde beleidsterreinen eigen regels op te stellen. De *Constitutional Reform Act 2005* (CRA) reorganiseerde verder het judiciële systeem. De rechtsprekende taken van het Hogerhuis (*House of Lords*) werden overgeheveld naar een nieuw Hooggerechtshof (*Supreme Court*), en het bestuur van de rechterlijke macht werd op enige afstand geplaatst van de Minister van Justitie (*Lord Chancellor*). Recentelijk was er natuurlijk de uittreding van het VK uit de Europese Unie.

2. Ontwikkeling van constitutionele toetsing: korte schets vanaf aanvang tot heden

De HRA is ingevoerd op voorstel van de Labourregering, die na een lange periode in de oppositie de constitutionele structuur van het VK wilde moderniseren. Daarbij speelde ook het grote aantal veroordelingen voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een rol. Belangrijk was wel dat parlementaire soevereiniteit overeind moest blijven. De gekozen oplossingen passen daarbij in wat wel het 'Commonwealth-model' voor grondrechtenbescherming wordt genoemd. Anders dan bijvoorbeeld in de Verenigde Staten of Duitsland houdt de wetgever het laatste woord ten aanzien van grondrechtenbescherming. Een ander prominent voorbeeld van dit model is Canada, waar wetgeving voorbij kan gaan aan een grondrecht, mits dat expliciet gebeurt (de *notwithstanding-clause*).

Een belangrijke vraag in de toepassing van de HRA is in hoeverre EVRM-conforme interpretatie mogelijk is. Hoe ver reikt de verplichting onder artikel 3 HRA? Waar eventuele conflicten kunnen worden opgelost door een ruimhartige interpretatie van wetgeving, kan een verklaring van onverenigbaarheid op grond van artikel 4 achterwege blijven. Opvallend is hierbij dat de wetgever weinig handvatten heeft geboden aan de rechter omtrent het gebruik van artikel 3. Duidelijk was wel dat de opdracht om wetgeving conform EVRM rechten uit te leggen een nieuwe vorm van interpretatie met zich mee moest brengen. Daarvoor kon natuurlijk inspiratie worden geput uit de al ontwikkelde jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie over EU conforme interpretatie van nationaal recht, met name inzake richtlijnen.

De taak om te bepalen hoever de opdracht uit artikel 3 HRA strekt ligt dus vooral bij de rechter zelf. In jurisprudentie uit de eerste jaren na de inwerkingtreding van de HRA werd gekozen voor een ruime toepassing van artikel 3.⁵⁸ Dit betekent onder andere dat de gebruikelijke methodes van interpretatie van wetgeving niet meer doorslaggevend zijn. Daarbij kon ook worden afgeweken van interpretaties van wetgeving van voor de inwerkingtreding van de HRA. Waarschijnlijk mede als gevolg van deze aanpak is het aantal verklaringen van onverenigbaarheid beperkt gebleven (zie onder, punt 9).

Waar de nadruk bij de HRA vooral ligt bij de rol van de rechter, heeft de wet ook geleid tot veranderingen in de parlementaire praktijk. Artikel 19 HRA vereist dat een Minister die een wetsvoorstel verdedigt in het Parlement een verklaring afgeeft dat het voorstel ofwel conform de rechten uit het EVRM is, of als dat niet mogelijk is, dat desalniettemin de regering de

⁵⁸ "In accordance with the will of Parliament as reflected in section 3 it will sometimes be necessary to adopt an interpretation which linguistically may appear strained. The techniques to be used will not only involve the reading down of express language in a statute but also the implication of provisions."

behandeling van het voorstel wil doorzetten. Deze verplichting was de aanleiding voor de opzet van een gezamenlijke commissie van het Lagerhuis en het Hogerhuis voor mensenrechten (*Joint Committee on Human Rights*, JCHR). De JCHR heeft een breed mandaat met betrekking tot de bescherming van mensenrechten en heeft van dit mandaat gebruik gemaakt om mensenrechten een centrale plek te geven in het wetgevingstraject. Het is daarom nu gebruikelijk om bij wetsvoorstellen uitleg te geven over de conformiteit met de rechten uit het EVRM en daarmee wordt ruimschoots voldaan aan de verplichting onder artikel 19 HRA.

Twee andere vragen over de ontwikkeling van de HRA kunnen het best worden toegelicht aan de hand van de controverse rondom het stemrecht van gevangenen, mede omdat het onderwerp ook later nog weer aan bod komt (zie onder, punt 10). Het EHRM kwam in 2005 tot de conclusie dat automatische uitsluiting van het stemrecht voor gevangenen indruist tegen artikel 3 van het eerste protocol van het EVRM (*Hirst*). De vraag onder de HRA is dan in hoeverre rechters gebonden zijn door een dergelijke uitspraak. Artikel 2 HRA instrueert de rechter om bij de interpretatie van rechten uit het EVRM rekening te houden met uitspraken van het EHRM en het Comité van Ministers (van de Raad van Europa). Daarbij is later aangegeven dat dit niet betekent dat rechters niet mogen afwijken van uitspraken van het EHRM, maar dat een ontwikkelende lijn van jurisprudentie van het EHRM wel zal worden gerespecteerd.⁵⁹ In 2007 volgde dan ook een verklaring van onverenigbaarheid met betrekking op hetzelfde onderwerp. Waar later de jurisprudentie van het EHRM een controversieel onderwerp van discussie is geworden, is ook de mate waarin rechters het EHRM volgen een aandachtspunt geworden.

Een tweede aspect rondom het stemrecht van gevangenen is de vraag wat het gevolg is van het gebrek aan activiteit aan de kant van de politiek naar aanleiding van een verklaring van onverenigbaarheid, zoals die in 2007 werd gegeven. Artikel 3 en 4 HRA geven aan dat onverenigbaarheid met het EVRM de validiteit van de regel niet aantast. Het bleek in het Parlement een lastige zaak om de regels rondom het stemrecht zodanig aan te passen om de strijdigheid met het EVRM op te lossen. Als gevolg daarvan lag de vraag voor hoe de rechter bij recidive de HRA moest toepassen. In 2014 beantwoordde het Supreme Court deze vraag door te stellen dat aangezien het onderwerp nog daadwerkelijk onder de aandacht was van het Parlement, een tweede verklaring van onverenigbaarheid onnodig was. Alhoewel er inderdaad enige politieke beweging is geweest in het onderwerp, zo zijn er sindsdien ook enige ministeriele aanwijzingen geweest die de kring van stemgerechtigden heel licht heeft uitgebreid, blijft de vraag nog wel staan of een nieuwe verklaring van onverenigbaarheid gaat worden gegeven.

3. Samenstelling en benoeming van het Hooggerechtshof

Het Hooggerechtshof is een product van de *Constitutional Reform Act 2005 (CRA)*. Het heeft de rechtsprekende taken overgenomen van de *Appellate Committee* van het Hogerhuis en behandelt hoger beroepszaken van rechtbanken uit Engeland, Wales, Schotland en Noord-Ierland. Het Hooggerechtshof heeft geen specifieke constitutionele functies met betrekking tot de beoordeling van wetgeving, en kan in die zin niet vergeleken worden met bijvoorbeeld het Hooggerechtshof in de Verenigde Staten of het Constitutionele Hof in Duitsland. Aangezien de aanleiding voor de vorming van het Hooggerechtshof was de verbetering van de scheiding der machten, lag ook voor de hand dat de benoemingsprocedure van de rechters in hoge mate gereguleerd zou worden om politieke overwegingen tot een minimum te beperken.

De CRA maximeert het aantal rechters in het Hooggerechtshof op 12 fulltime functies. Bij koninklijk besluit (*Order in Council*) kan het aantal worden verhoogd, maar hier is wel eerst

⁵⁹ Zie verder paragraaf 6.

toestemming voor nodig van het Parlement. Tevens wordt bij benoeming ook een president en vice-president aangewezen. Rechters hebben na hun benoeming zitting in het Hooggerechtshof tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van 70 jaar. Tevens kan voor de behandeling van zaken worden geput uit een aanvullende groep rechters die opgeroepen kan worden door de President van het Hooggerechtshof. Hieronder vallen bijvoorbeeld rechters uit de gerechtshoven (*Court of Appeal*) en oud-rechters van het Hooggerechtshof.

Om tot rechter in het Hooggerechtshof (*justice*) te kunnen worden benoemd, is noodzakelijk dat een kandidaat minstens 2 jaar ervaring heeft in een hoog rechterlijk ambt (*high judicial office*), zoals het gerechtshof (*Court of Appeal*), of dat er minstens 15 jaar ervaring is binnen de advocatuur. Hoewel slechts één van de rechters benoemd is op basis van de ervaring binnen de advocatuur, is belangrijk te erkennen dat benoemingen in de rechterlijke macht over het algemeen plaatsvinden op basis van ervaring in de advocatuur. In tegenstelling tot veel Europese landen is er dus geen instroom in de rechterlijke macht vanaf het begin van de juridische carrière. Dat verklaart ook de korte termijn van 2 jaar ervaring in een hoog rechterlijk ambt als vereiste.

In de selectieprocedure wordt vervolgens ook rekening gehouden met geografische representativiteit, zodat ook voldoende kennis beschikbaar is over de juridische systemen in Schotland, Wales en Noord-Ierland. Over representativiteit op andere vlakken bestaat overigens wel de nodige onvrede.

In de selectieprocedure spelen twee actoren een rol, een selectiecommissie en de Minister van Justitie. De selectiecommissie bestaat uit ten minste vijf personen, waarvan één persoon lid is van het Hooggerechtshof, één niet-juridisch-gekwalificeerd is, en drie uit de gerechtelijke benoemingscommissies van Engeland en Wales, Schotland, en Noord-Ierland komen. De Minister van Justitie heeft de bevoegdheid om regels te stellen over de selectieprocedure en om voorstellen van de selectiecommissie af te wijzen. In eerste instantie kon alleen worden afgewezen op de grond van ongeschiktheid voor het ambt. In 2013 is deze eis verdwenen. Het blijft echter onmogelijk om personen te benoemen die niet zijn voorgedragen door de selectiecommissie.

De benoemingen zijn vooralsnog weinig controversieel gebleken, behalve in één geval. De benoeming van Lord Sumption tot het Hooggerechtshof in 2013 was de eerste keer dat geen ervaring was opgedaan in een andere hoge rechterlijke functie. Bovendien was Sumption ten tijde van de benoeming al een uitgesproken publiek figuur, met ook nog een voor een jurist afwijkende achtergrond, namelijk als geschiedkundige met als specialisatie de middeleeuwen.

4. Toetsing aan Grondwet en verdragen

Het VK kent een dualistische houding ten opzichte van internationaal recht. Internationale verdragen vereisen nationale implementatie of omzetting in de nationale rechtsorde. Voor EU recht was daarvoor de European Communities Act; voor het EVRM is dat de HRA.

5. Schetsmatige structuur van toetsing aan de Grondwet en toetsing aan verdragen

Zie hiervoor de behandeling in de paragrafen 2, 3 en 4.

6. Toetsingskader

In de HRA is ervoor gekozen om direct aan te sluiten bij de rechten uit het EVRM. Het gaat dan om de artikelen 2-12 en 14 uit het EVRM zelf, artikel 1-3 uit het Eerste Protocol en artikel 1 uit het Dertiende Protocol. Deze rechten zijn overigens ook opgenomen in een annex bij de HRA.

Wat betreft het EVRM zelf zijn dus alle rechten uit Titel I (rechten en vrijheden) geïncorporeerd in de HRA, minus het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel uit artikel 13.

De rechten uit het Eerste Protocol omvatten bovendien het recht op eigendom, educatie en vrije verkiezingen. Het Dertiende Protocol betreft een algeheel verbod op de doodstraf. Daarnaast geeft de HRA aan dat deze rechten gelezen moeten worden aan de hand van artikel 16 en 18 EVRM.

De uitsluiting van artikel 13 EVRM onder de HRA is overigens niet absoluut. Wanneer sprake is van een verklaring van een onverenigbaarheid of wanneer het EHRM tot de conclusie komt dat het VK een recht uit het EVRM heeft geschonden, mag een Minister op grond van een speciale procedure een formele wet aanpassen. In het tweede geval komt artikel 13 EVRM geen bijzondere positie toe. Zo kon het voorkomen dat in oktober 2020 artikel 9 HRA (recht op schadevergoeding) werd aangepast door een *remedial order* op grond van artikel 10 HRA, naar aanleiding van een uitspraak van het EHRM met betrekking tot artikel 13 EVRM.

Voor zover het VK een voorbehoud heeft gemaakt bij rechten uit het EVRM of bij de genoemde protocollen, kunnen deze ook relevant zijn bij de toepassing van de HRA (artikel 1(2) HRA). De Minister van Buitenlandse Zaken dient een voorbehoud dan als zodanig aan te merken (*designated reservation*).

Zoals tevens hierboven aangegeven, instrueert de HRA in artikel 2 elke rechter om in relatie tot verdragsrechten de uitspraken van het EHRM en het Comité van Ministers in ogenschouw te nemen. De vraag is dan in hoeverre rechters gebonden zijn aan met name de uitspraken van het EHRM. De jurisprudentie van het Hogerhuis en later het Hooggerechtshof laat zien dat de uitspraken van het EHRM op zichzelf niet bindend zijn voor een rechter, maar dat met name een goed ontwikkelde lijn van jurisprudentie van het EHRM als zeer zwaarwegend zal worden gezien. De nuances van deze aanpak komen goed aan bod in twee uitspraken:

In *R v Horncastle* (2009) stelde het Supreme Court:

“The requirement to ‘take into account’ the Strasbourg jurisprudence will normally result in this [Supreme] Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court.”⁶⁰

In *Manchester City Council v Pinnock* (2010) stelde het daarna weer:

“... section 2 of the HRA requires our courts to ‘take into account’ EurCtHR decisions, not necessarily to follow them. Where, however, there is a clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspect of our law, and whose reasoning does not appear to overlook or misunderstand some

⁶⁰ *R v Horncastle and others* [2009] UKSC 14 (SC).

argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this Court not to follow that line.”⁶¹

Overigens is ook onderzoek gedaan naar de relatie tussen uitspraken van enerzijds het Hogerhuis en later het Hooggerechtshof en anderzijds het EHRM.⁶² Hieruit blijkt dat regelmatig het EHRM tot een andere conclusie komt dan eerder het Hooggerechtshof, waarbij het Hooggerechtshof als terughoudender wordt gezien in de toepassing van mensenrechten. Verder moet hier nog worden opgemerkt dat met de incorporatie van de rechten uit het EVRM ook de beperkingssystematiek is overgenomen. Hierbij is met name relevant de proportionaliteitstoets die het EHRM heeft ontwikkeld. Hierdoor wordt wel gesteld dat de HRA heeft geleid tot de adoptie, of ten minste de verdere ontwikkeling, van proportionaliteit binnen het rechtssysteem van het VK.

7. Procedure: hoe grondwettigheidsvragen aan de rechter kunnen worden voorgelegd

De HRA heeft een brede werking. Het verbiedt alle publieke autoriteiten om te handelen in strijd met de bovengenoemde rechten uit het EVRM. De enige uitzondering is als op grond van een formele wet de betreffende publieke autoriteit geen andere mogelijkheid had. Er zijn dan verschillende manieren waarop een vraag over het EVRM kan worden voorgelegd aan de rechter.

De verplichting onder artikel 3 HRA is van toepassing bij de interpretatie van wetten in formele zin en zou in iedere zaak, bij iedere rechter relevant kunnen zijn. Artikel 3 geeft dus geen aanleiding voor een nieuw type procedure. Dat geldt ook voor de verklaring van onverenigbaarheid onder artikel 4 HRA. Onder artikel 4 mag een rechter zo'n verklaring geven, met de kanttekening dat voor de toepassing van artikel 4 een beperkte definitie van rechter is gekozen. Slechts hogere rechtbanken mogen een verklaring van onverenigbaarheid afgeven, waaronder het Hooggerechtshof, de Gerechtshoven van Engeland en Wales en van Noord-Ierland, de *High Court*, de *High of Justiciary* van Schotland.

Bovendien creëert de HRA de mogelijkheid om een procedure te starten onder artikel 7. Daarvan kan iedereen gebruik maken die slachtoffer is van een onwettige daad (*unlawful act*) op grond van strijdigheid met de rechten uit het EVRM. Aangezien een formele wet geen *unlawful act* kan zijn, kan deze procedure niet gebruikt worden tegen wetgeving in formele zin.

8. Soorten uitspraken

De rechter kan in de toepassing van de HRA gebruik maken van artikel 3 en 4. Bij artikel 3 HRA worden de rechten uit het EVRM gebruikt voor de interpretatie van wetten in formele zin en lagere regelgeving. Toepassing van artikel 3 HRA leidt dus niet tot een nieuwe soort rechterlijke uitspraken, maar kan in elke type procedure voorkomen. De regels over de effecten van gerechtelijke uitspraken worden dan ook niet beïnvloed. Hier moet wel worden opgemerkt dat onder de *Common Law* sprake is van precedentwerking.

Een verklaring van onverenigbaarheid afgegeven op basis van artikel 4 HRA beïnvloedt de validiteit van een regel niet en is ook niet bindend voor de partijen bij de zaak. Een verklaring is dan ook vooral een advies richting de politiek. Wel activeert een verklaring van onverenigbaarheid de mogelijkheid voor een *remedial order* onder artikel 10 HRA, zodra geen hoger beroep meer mogelijk is. Middels een *remedial order* kan een minister wetten in formele

⁶¹ Manchester City Council v Pinnock & Ors [2010] UKSC 45.

⁶² Dickson, B. (2013) *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford: Oxford University Press.

zin aanpassen. Hiervoor legt de HRA in een annex wel een speciale procedure neer. Zo moet in de meeste gevallen het Parlement toestemming geven. Alleen in geval van spoed kan eigenstandig worden opgetreden.

Vanuit Nederlands perspectief is de toestemming voor dergelijke remedial orders eigenaardig, zeker gezien de nadruk die in het verdere ontwerp van de HRA is gelegd op de bescherming van de parlementaire soevereiniteit. In het VK is het gebruik van dergelijke *Henry VIII* clausules niet ongewoon. Wat wel opvallend is aan artikel 10 HRA is dat het ook om toekomstige wetgeving kan gaan; hoewel dit niet expliciet is aangegeven, volgt dit uit de systematiek van artikel 4 en 10 HRA.

9. Toetsing aan de HRA in cijfers en ontwikkeling

Aangezien de HRA de rechten uit het EVRM incorporeert en er voor de interpretatie aansluiting wordt gezocht bij het EHRM, wordt hier niet ingegaan op de ontwikkeling van grondwetsinterpretatie van de rechten uit het EVRM. Zie hiervoor de discussie onder punt 2 en 6.

De statistieken rondom de HRA worden regelmatig door de regering met het Parlement gedeeld. Het gaat dan om de verklaringen van onverenigbaarheid en zaken voor het EHRM. Voor de toepassing van artikel 3 HRA zijn – voor zover bekend – geen statistieken publiekelijk toegankelijk.

Volgens het meest recente rapport van de regering van december 2020 zijn er sinds de inwerkingtreding van de HRA 43 verklaringen van onverenigbaarheid gegeven. Hiervan zijn er 9 in hoger beroep ingetrokken. Voorts was bij 5 gevallen de regel al aangepast door het Parlement ten tijde van het afgeven van de verklaring. In 8 gevallen is door een *remedial order* de betreffende wetgeving aangepast. In 15 gevallen is de wetgeving op een andere manier aangepast.

10. Legitimiteit (van HRA toetsing)

De constitutie van het VK is de afgelopen 20 jaar aan behoorlijke verandering onderhevig geweest. De rechterlijke macht is daarbij een aantal keer betrokken geraakt bij politieke controverses. Een en ander heeft de reputatie van de rechterlijke macht geen goed gedaan, met als dieptepunt de recente aanduiding door een populaire krant van de hoogste rechters als 'enemies of the people'. In dit klimaat zijn de effecten van de HRA moeilijk te beoordelen. Waar in de wetenschappelijke literatuur de effecten van de HRA positief worden beoordeeld, schijnt desalniettemin in de publieke opinie vaak een negatieve indruk van de HRA door. In hoeverre dat het gevolg is van een gebrekkig begrip van de juridische situatie die door de HRA is gecreëerd of daadwerkelijk een beoordeling is van het functioneren van de HRA, is hier niet te beoordelen.

De afgelopen jaren zijn met name vanuit de Conservatieve Partij kritische geluiden te horen over de HRA. Zo stelde het partijprogramma van de Conservatieven van 2015 voor om de HRA te vervangen door een *British Bill of Rights*. De kritiek op de HRA die daaraan ten grondslag ligt was met name gericht op de verbinding tussen de HRA en de uitspraken van het EHRM, die als te vergaand worden beschouwd. Ook zou de rechter te veel betrokken raken bij het vaststellen van beleid. In 2019 stelde het partijprogramma van de Conservatieven voor om de HRA te herzien om een betere balans te bereiken tussen de individuele rechten, nationale veiligheid en effectief bestuur. Naar aanleiding van het partijprogramma is in december 2020 een onafhankelijk onderzoek in opdracht van de regering gestart naar het functioneren van de HRA. Ook ligt er nu een wetsvoorstel van de regering om de werking van de HRA met betrekking tot buitenlandse militaire operaties te beperken.

11. Slot

Deze conclusie reflecteert op een aantal keuzes van de HRA vanuit het licht van de mogelijkheden voor adaptatie in de Nederlandse rechtsorde. De eerste is de keuze om voor de HRA niet een set eigen rechten te formuleren, maar om het EVRM in de rechtsorde van het VK te incorporeren. Achteraf kan de vraag worden gesteld of het proces om tot een eigen collectie van mensenrechten te komen niet had kunnen bijdragen aan de bredere aanvaarding van de HRA in het VK. Bovendien zou de rechterlijke macht dan bij de interpretatie en ontwikkeling van rechten beter rekening kunnen houden met nationale context waarin mensenrechten zich ontwikkelen. Een tweede aspect van de HRA is de balans tussen parlementaire soevereiniteit en mensenrechtenbescherming. Hier lijkt de keuze voor een combinatie van sturing op conforme interpretatie en verklaringen van onverenigbaarheid goed uit te hebben gepakt. Tezamen laten artikel 3 en 4 HRA de parlementaire soevereiniteit effectief in stand. Artikel 4 biedt daarbij een veiligheidsklep voor al te hoge verwachtingen rondom het gebruik van artikel 3. Daarmee is een duidelijke afbakening tot stand gekomen in de rol van de rechterlijke macht ten opzichte van de politiek.

Wat de kwestie rondom het stemrecht van gevangenen wel tot uitdrukking brengt is dat de HRA toestaat dat politieke besluitvorming rondom controversiële zaken een zekere tijd kunnen duren. Waar artikel 19 HRA enigszins een afschrikkende werking heeft door de regering ertoe te dwingen een mening te uiten over de verenigbaarheid van wetsvoorstellen met de rechten uit het EVRM, ontbreekt een specifieke procedure die leidt tot het nemen van politieke verantwoordelijkheid naar aanleiding van een verklaring van onverenigbaarheid. De parlementaire soevereiniteit hoeft niet in de weg te staan aan de verplichting om binnen een bepaalde termijn te komen tot een oplossing in overeenstemming met het EVRM, *of* met een verklaring te komen waarom dat niet lukt.

Scandinavië

1. Staatsstructuur en inbedding van constitutioneel toetsingsrecht en ontwikkeling

Dit onderdeel geeft een kort overzicht van het Noordse of Scandinavische model van constitutionele toetsing. Hierbij zal de nadruk liggen op de Scandinavische landen Noorwegen, Zweden en Denemarken, met een enkele verwijzing naar Finland. Aangezien het niet mogelijk is om de juridische situatie in deze landen uitvoering uiteen te zetten, beperkt de analyse zich hier tot het geven van een algemeen overzicht en het beschrijven van enkele trends.

Het Scandinavische model van toetsing wordt gekenmerkt door de zeer spaarzame toepassing door de rechter van gedecentraliseerde en vrij ruime bevoegdheden voor constitutionele toetsing. De drijvende kracht achter dit model is de breed gedragen overtuiging, zowel onder rechters als onder de politiek, dat de rechterlijke macht een zeer beperkte rol dient te hebben in het toetsen van democratisch tot stand gekomen wetgeving. Vanzelfsprekend spelen ook sociale factoren hier een grote rol, waarbij vaak gewezen wordt op de combinatie van een homogene samenleving en een sterk ontwikkelde welvaartsstaat. Daarbij past ook dat alle hier onderzochte landen gekenmerkt kunnen worden als 'consociational democracy'. In de politieke besluitvorming staan dan draagvlak en consensus centraal. Overigens wordt de laatste jaren wel opgemerkt dat het Scandinavische model onder druk staat; de rechter begint langzamerhand een duidelijkere rol te krijgen in relatie tot de politiek, mede als gevolg van enkele grondwetswijzigingen.⁶³

Het is echter niet gemakkelijk om het Scandinavische model precies te duiden, mede gezien de op het oog grote staatsrechtelijke en politieke verschillen tussen de landen onderling. Zo valt op dat Denemarken, Zweden en Noorwegen monarchieën zijn, maar Finland niet. Daarentegen is Noorwegen weer de enige van deze vier die geen lid is van de Europese Unie (maar wel deel uitmaakt van de Europese Economische Ruimte). Denemarken werd al in de jaren '70 van de vorige eeuw lid van de EU, Zweden en Finland werden dat in 1995. Finland is de enige die de euro heeft ingevoerd. Noorwegen en Denemarken zijn lid van de NAVO; Zweden en Finland niet. Ook zijn er grote verschillen in de interne structuur; zo kennen Groenland en de Faroe eilanden een autonome status binnen Denemarken en is Åland een regio in Finland met een zeer hoge mate van autonomie. Overigens zijn allen wel lid van de Raad van Europa.

Noorwegen

Gezien deze diversiteit tussen de genoemde landen is het dan ook niet verrassend dat de oorsprong van constitutionele toetsing grote verschillen kent. De praktijk van constitutionele toetsing is het oudst en meest ontwikkeld in Noorwegen. De Noorse Grondwet stamt van begin 19^e eeuw⁶⁴, waarbij het Hooggerechtshof in 1820 opmerkte dat rechters constitutionele toetsing mogen uitvoeren. Daarna volgden verschillende perioden waarbij constitutionele

⁶³ Binnen het Noordse model zijn overigens nog twee stromingen te signaleren, met aan de ene kant het westerse blok van Noorwegen en Denemarken (en in mindere mate IJsland), en aan de andere kant Zweden en Finland. In het westerse blok is constitutionele toetsing al redelijk vroeg erkend. In het Oosterse blok liet dat langer op zich wachten. In Finland werd constitutionele toetsing pas mogelijk na de grondwetswijziging van 2000. Een ander verschil is de organisatie van de rechterlijke macht, waar in het oosterse blok een speciale tak voor bestuursrechtspraak is gecreëerd, vindt de controle van het bestuur in de westerse landen plaats bij de gewone rechter.

⁶⁴ De Noorse Grondwet stamt uit mei 1814 en wordt wel aangemerkt als de op één na nog in werking zijnde grondwet. Daarmee wordt dan wel stelling genomen in het debat over de vraag of de Nederlandse Grondwet uit 1814 of 1815 stamt.

toetsing in meer of minder ingrijpende mate werd uitgevoerd. Een uitspraak uit 1975 wordt daarbij vaak aangegrepen als keerpunt naar een meer uitgesproken rol van de rechter middels constitutionele toetsing. Zo werden in 2010 in drie zaken wettelijke bepalingen buiten toepassing gelaten door het Hooggerechtshof. Opvallend was daarbij dat in één geval de betreffende wet brede politieke steun genoot.

In 1998 was overigens al de Noorse mensenrechtenwet ingevoerd, die de rechten uit verschillende verdragen incorporeerde in het Noorse juridische systeem. Dit was mede naar aanleiding van een aantal veroordelingen door het EHRM. In 2015 is vervolgens nog een grondwetswijziging tot stand gekomen waarbij gedecentraliseerde *ex-post* constitutionele toetsing is gecodificeerd en waarbij ook de positie en reikwijdte van grondrechten is verduidelijkt. Alhoewel constitutionele toetsing dus een bestendig onderdeel is van de Noorse constitutionele praktijk, blijft nog steeds de nadruk liggen op de terughoudende rol voor de rechter.

Zweden

Grondrechtelijke toetsing in Zweden is langzaam maar zeker gegroeid door een wisselwerking van gerechtelijke uitspraken en grondwettelijke amendementen. Waar aan het begin van de 20^{ste} eeuw de vraag opkwam of rechters mochten toetsen aan de grondwet, kwam het hooggerechtshof in de jaren '30 tot de conclusie dat dat inderdaad het geval was. Daarbij bleven wel veel vragen open staan omtrent de precieze juridische basis van die bevoegdheid en daarom ook over de reikwijdte daarvan. In ieder geval had het hooggerechtshof aangegeven dat buiten toepassing laten van een wettelijke bepaling alleen toegestaan was bij een manifeste schending van de grondwetten. Zweden kent een constitutie bestaande uit verschillende wetten, die tezamen wel een specifiek grondwettelijk karakter kennen. In 1979 is de voornaamste van deze wetten, de *års regeringsform* (vaak vertaald als *Instrument of Government*, hier verder aangeduid als Instrument van Bestuur), gewijzigd om constitutionele toetsing te codificeren. Daarbij is de eis van een manifeste schending ook opgenomen. Tevens werd de bevoegdheid van constitutionele toetsing aan de publieke autoriteiten toegekend. Dit was aan de ene kant een erkenning van de bijzondere positie van het bestuur in vergelijking met andere Westerse landen; aan de andere kant bevestigde het dat de rechterlijke macht als zodanig een weinig speciale rol was toegekend in het Zweedse constitutionele model. In zekere zin wordt in Zweden de rechterlijke macht gezien als onderdeel van het bestuur, en niet als zelfstandige staatsmacht. De codificatie van constitutionele toetsing in 1979 leidde dan ook niet tot een groei van de rol van de rechterlijke macht ten opzichte van de politiek. Uit een onderzoek van een aantal jaar geleden naar de periode 1995 -2002 blijkt dat in vijf gevallen de wet buiten toepassing is gelaten. In 2010 is het Instrument van Bestuur gewijzigd om enkele grondrechten beter te beschermen. Daarbij is ook de bevoegdheid voor constitutionele toetsing uitgebreid. De eis voor een manifeste schending is vervallen, en de bepaling is nu beperkt tot de rechterlijke macht.⁶⁵ Wel wordt de rechter nu opgedragen in de uitvoering van constitutionele toetsing rekening te houden met het feit dat het parlement het volk vertegenwoordigt. Als gevolg van deze wijzigingen lijkt de rechter wel een meer prominente rol in relatie tot de politiek te zijn gaan vervullen.

⁶⁵ Constitutionele toetsing door andere publieke autoriteiten is nog wel blijven bestaan, maar is elders geregeld. Artikel 14 van hoofdstuk 11 van het Instrument van Bestuur luidt als volgt (vertaald):

“Judicial review

Art. 14. If a court finds that a provision conflicts with a rule of fundamental law or other superior statute, the provision shall not be applied. The same applies if a procedure laid down in law has been disregarded in any important respect when the provision was made.

In the case of review of an act of law under paragraph one, particular attention shall be paid to the fact that the Riksdag is the foremost representative of the people and that fundamental law takes precedence over other law.”

Denemarken

In Denemarken is sinds de jaren 20 van de vorige eeuw de bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de hoogste rechters erkend. Tot op heden is slechts éénmaal van deze bevoegdheid gebruik gemaakt om een wet buiten toepassing te laten, namelijk in 1998. De bevoegdheid tot constitutionele toetsing volgt dus niet expliciet uit de Grondwet, en het Hooggerechtshof heeft mede daarom ook een hoge drempel opgeworpen voor constitutionele toetsing, namelijk dat met zekerheid kan worden gesteld dat een wet indruist tegen de Grondwet. De Deense Grondwet kent een aantal grondrechten, maar deze stammen uit een tijd voordat het moderne mensenrechtelijke discours op gang was gekomen en de nadruk ligt daarbij dus op enkele klassieke grondrechten. Bovendien is de Deense Grondwet zeer rigide, waardoor de Grondwet als zodanig geen instrument werd om politieke verandering te bereiken, en de rechter zich dan ook niet geroepen voelde om op basis van die Grondwet in te grijpen. De laatste grote wijziging van de Deense Grondwet vond plaats in 1953. Vanaf de jaren 90 is wel een debat op gang gekomen onder juristen en academici over de vraag of actiever gebruik van de bevoegdheid tot constitutionele toetsing beter aan zou sluiten bij de positie van Denemarken in de Raad van Europa en de Europese Unie.

2. Toetsing aan Grondwet en verdragen

In de afgelopen jaren is het Scandinavische model onder druk komen te staan; zoals hierboven aangegeven is constitutionele toetsing nu meer nadrukkelijk aanwezig (maar nog steeds vrij beperkt). Als verklaring voor deze trend wordt in de literatuur eenduidig gewezen op de invloed van het EVRM en het EU recht.

In de jaren '90 werd het EVRM in de wetgeving van de Scandinavische landen geïncorporeerd. Een redelijk strikte toepassing van het dualisme sloot een directe toepassing van het EVRM uit en een aantal veroordelingen door het EHRM leidde tot de conclusie dat de bescherming van mensenrechten verbetering behoeft. Dit leidde tot een koerswijziging in de mensenrechtentraditie in de Scandinavische landen, die voorheen gericht was op de verwezenlijking van mensenrechten vanuit de samenleving, in plaats van in relatie tot individuen. In de Scandinavische grondwetten waren dan ook al wel sinds lange tijd mensenrechten aanwezig, maar zonder daarbij de nadruk te leggen op hun realisatie via de rechter. Zo zijn in Zweden twee wetten met grondrechtelijke status gericht op het beschermen van de persvrijheid en de vrijheid van meningsuiting. In Noorwegen en Denemarken hadden grondrechten ook al lange tijd hun plek in de grondwet. Daarbij moet natuurlijk ook worden opgemerkt dat de ontwikkeling van de ombudsman een Scandinavische achtergrond heeft.

De incorporatie van het EVRM in Noorwegen gebeurde in 1998 middels de mensenrechtenwet (in het Engels aangeduid als Human Rights Act). Aangezien deze wet geen specifieke constitutionele status heeft, kan hier strikt genomen niet worden gesproken van constitutionele toetsing. Echter, de mensenrechtenwet zelf geeft aan dat in geval van conflict met andere formele wetten, de mensenrechtenwet voorrang krijgt. Zeker sinds de grondwetwijziging van 2015, waarbij de positie van mensenrechtenbescherming verhelderd werd, is dus sprake van een zekere samenloop tussen constitutionele toetsing en indirecte verdragstoetsing middels de mensenrechtenwet. Daarbij valt op dat de rechter de voorkeur lijkt te geven aan toetsing aan het EVRM, mede vanwege de verfijnde jurisprudentie van het EHRM. Overigens heeft het Noorse Hooggerechtshof in 2000 daarbij wel aangegeven dat Noorse rechters terughoudend moeten zijn in het op eigen initiatief interpreteren van rechten uit het EVRM. Er wordt dus wel aansluiting gezocht bij het EHRM, maar er wordt geen poging gedaan te assisteren in de ontwikkeling van de jurisprudentie. Deze situatie wordt overigens wel bekritiseerd, omdat het EVRM slechts poogt een minimumstandaard van mensenrechtenbescherming neer te leggen.

Naast het EVRM is ook het lidmaatschap van de EU een belangrijke factor in de langzaam veranderende waardering van de rol van de rechter. Allereerst kan gewezen worden op de toetsing van EU recht aan de grondwet. In Zweden merkte het Hooggerechtshof in 2014 op dat de betreffende grondwettelijke bepaling de effecten van EU recht kan beperken. In Denemarken heeft het Hooggerechtshof in 2016 in een uitspraak de werking van het EU recht, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie, daadwerkelijk aan de kant geschoven met een beroep op de toetredingswet en de bevoegdheden van de rechter. In de tweede plaats vraagt EU recht aan nationale rechters om ook nationale wetgeving te toetsen. Desalniettemin bestond in de eerste jaren na toetreding van met name Zweden de indruk dat rechters het EU recht niet onomwonden toepasten. Zo was er ook enige scepsis over het lage aantal juridiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU vanuit Zweden.

De omslag in de benadering van constitutionele toetsing als gevolg van het EVRM en EU recht is dus veel meer een proces van evolutie dan van revolutie geweest.

3. Toetsingskader

De oorsprong van constitutionele toetsing in Denemarken en Noorwegen lag niet in de expliciete toekenning daarvan in de grondwet, maar in de uitleg van de grondwet door de rechters zelf. Als gevolg daarvan werden geen *a priori* beperkingen opgelegd aan de rechterlijke macht voor wat betreft de toetsingsgronden. Zoals hierboven uiteengezet, was de beperking van de rol van de rechterlijke macht voornamelijk het gevolg van een cultuur van terughoudendheid jegens de politiek. Waar de recente opkomst van constitutionele toetsing voor een groot deel het gevolg is van mensenrechten-toetsing, ligt ook voor de hand dat in de praktijk vooral constitutionele toetsing aan mensenrechten relevant is. In het Scandinavische model van constitutionele toetsing valt daarom de toetsing aan de grondwet vaak samen met toetsing aan het EVRM, en in mindere mate het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Waar in de vroege periode van constitutionele toetsing in Noorwegen de voorkeur werd gegeven aan toetsing op procedurele aspecten, ligt nu dus de nadruk op grondrechten. Ook in Zweden was geen aanleiding om de toetsingsgronden te beperken bij de codificatie van constitutionele toetsing in 1979.

4. Procedure: hoe grondwettigheidsvragen aan de rechter kunnen worden voorgelegd

Passend bij de rechterlijke terughoudendheid in het beoordelen van de grondwettigheid van toetsing, is het voornaamste instrument in de toepassing van de grondwet de grondwetsconforme interpretatie van wetgeving.

Verder valt op dat in het Scandinavische model toetsing altijd *ex post* gebeurt, en dat de eventuele conclusie van de toetsing is het buiten toepassing laten van de formele wet. In Noorwegen is eenzelfde gevolg voorzien voor wat betreft de toepassing van de mensenrechtenwet. Het gevolg van het buiten toepassing laten van een wettelijke regel is dan ook dat de wet blijft bestaan en in andere gevallen van toepassing blijft. Uitspraken hebben bovendien geen *erga omnes* effect, en binden dus alleen de partijen in het betreffende conflict.

Constitutionele toetsing gebeurt in dit model ook niet middels een speciale procedure, maar dient op te komen in een gewone juridische procedure. Opvallend hierbij is dat er in Noorwegen en Denemarken één type rechter is dat alle zaken afhandelt, terwijl in Zweden (en Finland) het bestuursrecht een eigen rechtsgang heeft. Naast het hooggerechtshof staat dan ook een hoogste bestuursrechter. Voor wat betreft constitutionele toetsing is dan geen finale arbiter aan te wijzen, wat ook weer bijdraagt aan terughoudendheid. In ieder geval heeft zich nog geen conflict voorgedaan tussen de hoogste rechters omtrent de constitutionnalité van wetgeving.

5. De politiek en legitimiteit van constitutionele toetsing

Een tegenhanger van constitutionele toetsing is de toetsing van de grondwettigheid van wetgeving door of voor de wetgever. Met name in Zweden (en Finland) is deze vorm van toetsing sterk ontwikkeld. In Zweden bestaat hiervoor sinds 1908 de Raad voor Wetgeving (*Lagrådet*).⁶⁶ Deze bestaat uit rechters of voormalig rechters uit het Hooggerechtshof en het Hooggerechtshof voor bestuursrecht. De Raad voor Wetgeving adviseert op grond van een verzoek van de regering of een commissie van het parlement over een wetsvoorstel. Daarbij is de grondwettigheid van het wetsvoorstel één van de kernpunten van de advisering. Daarnaast beoordeelt de Raad hoe een wetsvoorstel zich verhoudt tot het juridische stelsel in Zweden. Aangezien het EVRM in de Zweedse rechtsorde is geïncorporeerd, valt dat verdrag ook onder het toetsingskader van de Raad. Dit wordt gezien als één van de redenen waarom de Raad sinds 2000 kritischer is geworden over wetgeving.⁶⁷ Daarbij wordt ook opgemerkt dat er een relatie bestaat tussen het advies van de Raad voor Wetgeving en constitutionele toetsing. De wetgever is niet gebonden aan adviezen van de Raad, maar gezien de compositie van de Raad, ligt het inderdaad voor de hand dat adviezen wel doorwerken in de beoordeling van de grondwettigheid door de rechter.

In Finland komt de toetsing niet van een externe commissie, maar vanuit de grondwet-commissie van het parlement zelf. Tot 2000 werd toetsing van wetgeving aan de Grondwet alleen *ex ante* door deze commissie verricht. Opvallend is dat de grondwet-commissie veel gebruik maakt van de adviezen van experts in het constitutioneel recht, zoals hoogleraren. De commissie wordt dan ook wel gezien als "*quasi-judicial body*". In Denemarken daarentegen gebeurt toetsing aan de Grondwet tijdens het wetgevingsproces vooral door het Ministerie van Justitie.

Voor wat betreft de benoemingen van rechters valt op dat sprake is van een laag niveau van politisering. Waar de landen onderling verschillen is in de wijze van selectie van rechters, waarbij bijvoorbeeld Noorwegen meer open staat voor zij-instroom in de rechterlijke macht, terwijl in de andere landen meer gebruik wordt gemaakt van rechters die vanuit lagere posities doorstromen. Overigens heeft Zweden het benoemingsproces in 2011 aangepast om meer 'buitenstaanders' toe te laten. Het lage niveau van politisering is begrijpelijk gezien de terughoudendheid bij rechters ten opzichte van de politiek in de uitvoering van constitutionele toetsing. Hierbij past ook dat Noorwegen het land is waarin enigszins een discussie op gang is gekomen over de noodzaak voor politieke betrokkenheid in het benoemingsproces van rechters in het Hooggerechtshof. Dit moet echter wel in het licht worden gezien van een hervorming van het selectieproces in 2002, waardoor benoemingen nu bijna geheel gebaseerd zijn op de selectie door een onafhankelijk comité.

Al met al is ook hier een evolutie zichtbaar. De rechterlijke macht in de Scandinavische landen wordt steeds meer zichtbaar als separate pijler in het staatsbestel, in plaats van als onderdeel van het bestuur. Dit brengt, al naar gelang de mate van intensiteit van constitutionele toetsing, ook vragen met zich mee over de relatie tussen rechter en politiek. Ter discussie staat dan vooral de mate waarop de rechter ingrijpt in de politieke besluitvorming, en niet de positie of bevoegdheden van de rechterlijke macht als zodanig.

⁶⁶ Artikel 20 hoofdstuk 8 van het Instrument van Bestuur.

⁶⁷ Joachim Nergelius (2013) 'Constitutional reform in Sweden - Some important remarks', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, 3, 372.

6. Slot

Het Scandinavische model van constitutionele toetsing is in internationale vergelijking een vreemde eend in de bijt. De rechterlijke macht is niet op zoek geweest naar mogelijkheden om de eigen invloed uit te breiden. Waar het Scandinavische model de afgelopen jaren aan verandering onderhevig is geweest, is dat mede het gevolg geweest van politiek besluitvorming, bijvoorbeeld omtrent de incorporatie van het EVRM en wijzigingen van de grondwetten. Waar de rechter nu meer geneigd is tot het eigenstandig interpreteren van grondwettelijke normen, is dit veelal op uitdrukkelijke uitnodiging vanuit de politiek. In deze omstandigheden is weinig aandacht voor (andere) beperkingen van de rol van de rechter, bijvoorbeeld in relatie tot de toetsingsgronden.

Sint Maarten

1. Staatsstructuur en inbedding van constitutioneel toetsingsrecht

Sint Maarten is sinds 10-10-2010 een zelfstandig onderdeel (land) van en in het Koninkrijk. Tot 2010 was zij onderdeel van de Nederlandse Antillen, dat samen met Aruba dat destijds een status aparte had, onderdeel uitmaakte van het Koninkrijk. De positie van Sint Maarten (evenals van Aruba en Curaçao) en de verdeling van bevoegdheden tussen Koninkrijk en eiland, is geregeld in het Statuut.

Sint Maarten heeft een eigen constitutie, neergelegd in de Staatsregeling (zie art. 42 Statuut), zoals aanvaard door het parlement, de eilandsraad. De Staatsregeling is in werking getreden op 10 oktober 2010.

De Staatsregeling bevat een substantieel hoofdstuk (hoofdstuk 2) over grondrechten, dat is onderverdeeld in enkele paragrafen: vrijheden, gelijkheid, solidariteit, burgerschap en rechtspleging. Artikel 31 bepaalt welke beperkingen toelaatbaar zijn. Verder is er ingevolge Hoofdstuk 8 een Constitutioneel Hof (art. 127 en 128).

2. Ontwikkeling van constitutionele toetsing: vanaf aanvang tot heden

Constitutionele toetsing, dat wil zeggen toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan de Staatsregeling, is gegeven de positie van Sint Maarten als land, een vorm van constitutionele toetsing. Overigens dient hier opgemerkt te worden dat constitutionele toetsing aan het Statuut binnen het Koninkrijk (toetsing van Rijkswetten), en binnen Nederland (toetsing van wetten in formele zin) niet is toegestaan (Harmonisatiewet arrest)

Wettelijke regelingen op Sint Maarten (en de andere landen Aruba en Curaçao) kunnen wel aan het Statuut worden getoetst. Dat geldt a fortiori voor de regelingen op de BES eilanden, omdat de laatste openbare lichamen binnen Nederland zijn, waarvan regelingen getoetst kunnen worden aan formele wetten, Grondwet en Statuut.

Het Constitutioneel Hof beoordeelt de verenigbaarheid met de Staatsregeling van bekrachtigde maar nog niet in werking getreden wettelijke regelingen (bedoeld zijn: de landsverordeningen (met uitzondering van de eenvormige landsverordeningen), landsbesluiten, houdende algemene regelingen, ministeriële regelingen, en verordeningen van openbare lichamen en zelfstandige bestuursorganen). Dat is een ruim takenpakket voor een constitutioneel hof: veel ruimer dan gebruikelijk in de context van constitutionele toetsing.

Is het bereik van te toetsen regels ruim, de toegang tot het Constitutioneel Hof is beperkt. Toetsing is ex ante en abstract en betreft regelingen die wel bekrachtigd maar nog niet in werking getreden zijn, en voorkomt dus de inwerkingtreding van regels die met de Staatsregeling voorzienbaar in strijd zijn. De wetgever krijgt daarnaast ook de kans de noodzakelijke reparaties aan te brengen. Zaken kunnen echter uitsluitend aanhangig worden gemaakt door een schriftelijk verzoek van de Ombudsman, wegens onverenigbaarheid met de Staatsregeling. Zo'n verzoek dient te worden gedaan binnen zes weken na de bekrachtiging. Uitzondering op deze bevoegdheid is in geval van spoedeisendheid. Daarover, en in algemene zin over werkwijze van het Constitutioneel Hof, zijn regels gesteld in de Landsverordening Constitutioneel Hof 2010, waarin ook andere taken kunnen worden opgedragen; dat is nog niet gebeurd. Volgens de toelichting werd daarbij gedacht aan het waarborgen van integriteit (in het openbaar bestuur). Deze beperkte toegang, gevoegd bij het

gegeven dat niet altijd iedere schending voorzienbaar is, maakt dat het gekozen model beperkt nuttig kan zijn.

Van spoedeisendheid is volgens deze landsverordening sprake in geval van zwaarwegende private of publieke nadelen bij vertraging; van spoed- of noodregelgeving; van reparatieregelgeving; of (noodzaak van snelle implementatie van) van internationale regelgeving.

Om een verzoek van de Ombudsman mogelijk te maken treedt een wettelijke regel als bedoeld niet eerder in werking dan na zes weken na bekrachtiging (behoudens wanneer er sprake is van een spoedeisend belang). Indien binnen de zes weken een zaak aanhangig is gemaakt door de Ombudsman wordt de inwerkingtreding opgeschort tot twee weken na de uitspraak.

Een wettelijke regel die in strijd wordt bevonden met de Staatsregeling, kan door het Constitutioneel Hof ongrondwettig worden verklaard, waardoor die regel niet in werking treedt.

Opvallend is verder dat ingevolge art. 119 Staatsregeling de rechter bevoegd is om in werking getreden wettelijke regelingen zoals hierboven aangeduid, te beoordelen op hun verenigbaarheid met de Staatsregeling. Naast de geconcentreerde ex ante en abstracte toetsing door het Constitutioneel Hof is er dus een gespreide, ex post en concrete toetsing door de rechter (het Gerecht in eerste aanleg, het gemeenschappelijk Hof van Justitie en de Hoge Raad). En dat is niet alleen het geval in die zaken waar een voorlegging vanwege spoedeisendheid niet had plaatsgevonden, maar ook waar de wettelijke regel door het Constitutioneel Hof akkoord niet in strijd met de Staatsregeling was bevonden. Op deze ex post toetsingsbevoegdheid is één uitzondering gemaakt: de (wijze van) totstandkoming van een wettelijke regel kan niet worden beoordeeld aan de hand van de Staatsregeling (die totstandkoming had wel getoetst kunnen worden door het Constitutioneel Hof indien hem de vraag daarover was voorgelegd). Aangenomen kan worden dat hiermee de rechter buiten 'politieke' vragen van besluitvorming wordt gehouden.

De toetsingsbevoegdheid van de gewone rechter is verder aan twee voorwaarden gebonden: de eerste is dat er een voldoende belang moet zijn; en ten tweede dient de ingeroepen bepaling van de Staatsregeling zich naar haar inhoud voor toetsing te lenen (art. 119 lid 2 formuleert het andersom: toetsing blijft achterwege indien de ingeroepen bepaling van de Staatsregeling zich naar haar inhoud niet voor toetsing leent). Volgens de toelichting komt het er op neer "dat de bepaling zodanig concreet en hanteerbaar is dat zij door de rechter kan worden toegepast. Daarbij spelen de bewoordingen, de context, doel en strekking van de bepaling en de samenhang met andere bepalingen een rol."⁶⁸ Deze criteria zijn vergelijkbaar met criteria zoals door de Nederlandse rechter worden gehanteerd terzake van het begrip een ieder verbindend en door het EU Hof van Justitie terzake van het begrip directe werking en toepassing.

Dezelfde toelichting wijst als toetsingskader op de klassieke rechten in de staatsregeling, maar sluit evenmin de sociale rechten van toetsing uit. Evenmin is toetsing aan de institutionele bepalingen (hoofdstukken 3-6) uitgesloten: voorbeeld is toetsing van een eilandsverordening waar in strijd met de regel dat advies moet zijn gevraagd aan de Raad van Advies dat niet is gebeurd.

⁶⁸ Memorie van Toelichting bij de Staatsregeling zoals goedgekeurd door de Eilandsraad op 21 juli 2020, p. 80.

3. Samenstelling en benoeming van het Constitutioneel Hof

Het Constitutioneel Hof bestaat uit drie leden -onder wie een president en een vice-president - en drie plaatsvervangende leden. Zij worden benoemd voor een periode van 10 jaar, met de mogelijkheid van een eenmalige herbenoeming, bij landsbesluit (besluit van de regering). Een lid en een plaatsvervangend lid worden benoemd op voordracht van de Raad van State van het Koninkrijk, en wel uit zijn midden. Een tweede lid en plaatsvervangend lid worden benoemd op voordracht van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de zes Antilliaanse eilanden en wel uit zijn midden. De bedoelde voordrachten voor de benoeming van een lid respectievelijk plaatsvervangend lid bevatten de namen van zo mogelijk twee personen. Het derde lid en plaatsvervangend lid wordt bij landsbesluit benoemd, gehoord het Constitutioneel Hof zelf. De president en vice-president worden bij landsbesluit als zodanig benoemd op voordracht door en uit de leden van het Constitutioneel Hof. De huidige samenstelling is: Jacob Wit (president), Jan de Boer (Gemeenschappelijk Hof) en Ben Vermeulen (Raad van State).

Gezien het feit dat zitting in het Constitutioneel Hof voor twee leden en twee plaatsvervangende leden gekoppeld is aan lidmaatschap van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie en van de Raad van State, bepaalt de Staatsregeling dat schorsing van of het einde van lidmaatschap van die beide instanties ook leidt tot beëindiging van het lidmaatschap van het Constitutioneel Hof. Verder kunnen (plaatsvervangende) leden op eigen verzoek worden ontslagen alsmede wegens het bereiken van de leeftijd van 70 jaar, zoals bepaald in de Landsverordening. Verder bepaalt de Landsverordening dat (plaatsvervangende) leden door het al eerder genoemde Gemeenschappelijke Hof in raadkamer worden geschorst of ontslagen, op voordracht van de Procureur-Generaal. De gevallen waarin zijn te vinden in de Landsverordening Constitutioneel Hof van 2010: bij een veroordeling voor een misdrijf; bij onder curatele stelling, faillissement, dan wel wegens handelen of nalaten dat ernstig nadeel toebrengt aan de goede gang van zaken bij de rechtspraak of aan het in haar te stellen vertrouwen.

Nadere benoemingseisen zijn te vinden in de Landsverordening Constitutioneel Hof van 2010. Eis is dat men een bachelor en master in het recht heeft verkregen resp. bevoegd is de titel Meester te voeren, alsmede dat men het Nederlanderschap heeft.

4. Toetsing aan Staatsregeling en verdragen

Overeenkomsten met andere mogendheden en met volkenrechtelijke organisaties, voorzover zij voor Sint Maarten zijn bekrachtigd, behoren ingevolge art. 81 Staatsregeling tot de geldende wettelijke regelingen in Sint Maarten. Zonder een hiërarchie aan te geven staat de daar opgesomde lijst van geldende wettelijke regels wel in een min of meer logische reeks (van a.- j., met onder a. Het statuut, onder b. Verdragen, onder c. rijkswetten en amvb's en sub d de Staatsregeling enz. Maar van belang is wel op te merken dat art. 119 Staatsregeling zich qua toetsingsbevoegdheid van de rechter beperkt tot wettelijke regelingen als eerder genoemd aan de Staatsregeling.

Verdragstoetsing vindt in concreto plaats door de rechter (en niet door het Constitutioneel Hof), en wel op basis van art. 93/94 Grondwet dat gelding heeft voor het Koninkrijk. Zo kan toetsing aan het EVRM (en is er ook rechtspraak waarin specifieke situaties beoordeeld worden via een bepaling van het EVRM) plaatsvinden waaraan Sint Maarten conform de regelingen in het Statuut is gebonden en dat tevens de formulering van de grondrechten in de Staatsregeling heeft beïnvloed. Buitenlandse betrekkingen en verdragssluiting en -opzegging zijn een Koninkrijksaangelegenheid en nader geregeld in het Statuut (art. 24-28).

Overigens vindt de toetsing van de specifieke al eerder aangeduide wettelijke regels in Sint Maarten aan de Staatsregeling zoals we gezien hebben ook plaats door de rechter. Dat geldt ook voor het aannemen van een onrechtmatige daad door de overheid wegens schadetoebrengend gedrag dat onrechtmatig is vanwege strijd met art. 3 van de Staatsregeling⁶⁹.

Sint Maarten maakt als zodanig geen deel uit van de EU en valt om die reden niet onder het bereik van de algemene regels van EU recht. Wel is Sint Maarten ingevolge art. 198 VWEU geassocieerd met de EU en komt het in aanmerking voor EU subsidies en EU brede samenwerkingsovereenkomsten zoals Erasmus +. Ook hebben de ingezetenen van Sint Maarten de Nederlandse nationaliteit, en zijn zij dus ook EU burgers, met de daarbij behorende rechten en verplichtingen, zoals stemrecht voor het EP, vrij verkeer, en het recht om verzoekschriften te richten tot het EP.

5. Schetsmatige structuur van toetsing aan de Grondwet en toetsing aan verdragen

De structuur van toetsing is als volgt:

- Ex ante abstracte toetsing door het Constitutioneel Hof (louter op verzoek van de Ombudsman): toetsing mogelijk van alle wettelijke regels aan de gehele Staatsregeling ex post concrete toetsing door de rechter: toetsing aan de Staatsregeling van alle wettelijke regels (met uitzondering van de beoordeling van de totstandkoming); toetsing aan de bepalingen in de Staatsregeling die zich daartoe lenen.
- En ex post concrete toetsing door de rechter aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen waar Sint Maarten aan is gebonden, op grond van art. 93/94 Grondwet. Er wordt dan ook veelvuldig gewerkt met het EVRM, inclusief verwijzingen naar rechtspraak van het EHRM⁷⁰.

6. Toetsingskader

In de tekst van de Staatsregeling en in beide uitspraken van het Constitutioneel Hof gaat het om toetsing aan de Staatsregeling. Geen uitspraken zijn aangetroffen waarin deze toetsingsgrondslag is uitgebreid tot fundamentele (constitutionele) beginselen. Zoals we hierna nog zullen zien (nr. 9) lijkt het Hof niet genegen om activistisch te werk te gaan. Waarbij het de presumptie van grondwettigheid hanteert. Wel verwijst het in de eerste van twee uitspraken naar enkele interpretatie beginselen, en geeft het aan de Nederlandse Grondwet en het EVRM (alsmede uitspraken van het EHRM als inspiratiebron te gebruiken, en doet dat dan ook waar het de kwestie van levenslange gevangenisstraf en verenigbaarheid met art. 3 Staatsregeling betreft. Daarmee worden dan ook criteria binnengehaald die het EHRM in zijn rechtspraak heeft ontwikkeld. Wel kan, zoals we gezien hebben, door de rechter toetsing plaatsvinden aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Zoals hierna is beschreven (sub 9) rekent het Constitutioneel Hof zich het ook tot zijn taak om de Staatsregeling verdragsconform uit te leggen, alsmede ook aansluiting te zoeken bij de Nederlandse grondwet. Deze vorm van harmoniserende interpretatie werd het concordantiebeginsel genoemd en breidt in zekere zin het toetsingsbereik uit.

⁶⁹ Gerecht in eerste aanleg, ECLI:NL:OGEAM:2019:143

⁷⁰ Voorbeeld: Gerecht in eerste aanleg, ECLI:NL:OGEAM:2016:26

7. Procedure: hoe grondwettigheidsvragen aan het Constitutionele Hof en de rechter kunnen worden voorgelegd

Grondwettigheidsvragen (dat wil zeggen vragen over de verenigbaarheid van wettelijke regelingen met de Staatsregeling) kunnen ex ante aan het Constitutioneel Hof louter worden voorgelegd (binnen zes weken na bekrachtiging van een wettelijke regel en voor de inwerkingtreding), louter door de Ombudsman.

Ex post concrete verenigbaarheidsvragen kunnen door procespartijen in de context van een aanhangig rechtsgeding aan de orde worden gesteld. Daarbij is dus het in een procedure reguliere belang vereiste van toepassing.

8. Soorten uitspraken

De uitspraak van het Constitutioneel Hof over een met de Staatsregeling strijdige wettelijke regel leidt er toe dat die regel niet in werking kan treden. De rechter kan in aan hem voorgelegde zaken in het geval van strijd van een wettelijke regel met de Staatsregeling, de wettelijke regel geheel of gedeeltelijk buiten toepassing verklaren. Tevens kan hij daarbij bepalen dat de gevolgen van de geheel of gedeeltelijk buiten toepassing verklaarde wettelijke regel, geheel of gedeeltelijk in stand blijven (art. 119 lid 2 Staatsregeling).

9. Constitutioneel Hof (en constitutionele toetsing) in cijfers en ontwikkeling

In de rechtspraak van de gewone rechter zijn geen uitspraken gevonden waarin via art. 119 Staatsregeling landsverordeningen getoetst werden aan de Staatsregeling. De rechtspraak van het Constitutioneel Hof is op deze punten dan ook nog de enige bron: deze is nog zeer beperkt en omvat twee uitspraken.

De eerste zaak⁷¹ betrof de Landsverordening houdende vaststelling van een nieuw wetboek van Strafrecht, en de verwijzing van de Ombudsman hield in om enkele onderdelen daarvan te vernietigen. In deze eerste uitspraak zijn de volgende algemene uitgangspunten die het Hof formuleert van belang:

- De omvang van het geschil wordt bepaald door het verzoekschrift van de Ombudsman en door de door de Ombudsman aangevoerde bezwaren;
- Het Hof stelt voorop 'judicial restraint' te betrachten, te meer waar het gaat om open en multi-interpretabele normen van de Staatsregeling en er sprake is van een toetsing in abstracto.
- Die toetsing in abstracto heeft het Hof er ook van weerhouden al te beoordelen of een concrete toepassing verenigbaar is: dat te beoordelen acht het Hof een taak van de rechter ingevolge art. 119 Staatsregeling
- In overeenstemming met de bepaling in de Staatsregeling kan een strijdige regeling worden vernietigd, zodat er bijvoorbeeld van kan worden afgezien als het gebrek niet van een zodanige aard is dat er overwegende bezwaren zijn om de verordening toch in werking te laten treden.
- De presumptie van grondwettigheid; die kan er ook te leiden dat een gewraakte bepaling in redelijkheid Staatsregeling conform kan worden uitgelegd (en daarna toegepast)
- Concordantie: het uitgangspunt van een harmoniserende interpretatie van grondrechten- en mensenrechtenbepalingen, vooral ook van het EHRM, waarop de grondrechten bepalingen in de Staatsregeling mede zijn gebaseerd. Ook wordt de Nederlandse grondwet waar aangewezen en passend als een inspiratiebron gehanteerd. In deze zaak

⁷¹ 2013/1: ECLI:NL:OCHM2013:1, 8 november 2013

verwijst het Hof dan ook uitgebreid waar het gaat om een bepaling over levenslange gevangenisstraf en sluit zich aan bij de rechtspraak van het EHRM. Uitkomst van deze zaak was het deels ongegrond en deels gegrond verklaren van de voorgelegde kwesties.

De tweede zaak⁷² betrof de Landsverordening Integriteitskamer. Anders dan in de eerste uitspraak ging het Constitutioneel Hof zonder formulering van uitgangspunten zoals in de eerste uitspraak, in op de voorgelegde verordening. Het Hof stelt vast dat in strijd met de Staatsregeling en ten onrechte is afgezien van het horen van de Raad van Advies over een (belangrijke) Nota van Wijziging. Moet die omissie dan leiden tot een vernietiging? Het Hof besluit daartoe wel. Ook vanwege tal van onduidelijkheden in de regeling die niet door een Staatsregeling-conforme uitleg of door een partiële vernietiging dan wel te zijner tijd in concreto buiten toepassing laten kunnen worden opgelost.

10. Legitimiteit

Over de vraag naar de legitimiteit valt nog weinig te zeggen. Uitspraken van het Constitutioneel Hof binden de wetgever omdat regels die in strijd zijn bevonden met de Staatsregeling geen juridisch effect meer kunnen hebben. Rechterlijke uitspraken zijn overigens niet gevonden. Opvallend is wel dat in de slechts twee uitspraken die het Constitutioneel Hof heeft gedaan delen van de regels in strijd werden bevonden en dat er overigens geen relevante toetsingsrechtspraak is bij de gewone rechter. Wat evenmin is gebeurd is dat de gewone rechter een regel die door het Hof expliciet conform de Staatsregeling is bevonden (in een van beide aangehaalde uitspraken) later alsnog in strijd is bevonden met de Staatsregeling.

11. Slot

Feitelijk heeft Sint Maarten een vorm van gespreide ex post toetsing in concreto door de (alle) rechters in aan hen voorgelegde zaken; daarbij kan aan Staatsregeling en verdragen worden getoetst met als effect het buiten toepassing laten van een wettelijke regel. Dat dit niet is gebeurd is opvallend te noemen.

De ex ante procedure bij het Constitutioneel Hof is een niet onbelangrijke wijze om in abstracto aperte strijdigheid met de Staatsregeling te voorkomen, waarbij het Constitutioneel Hof in zijn uitleg van de grondrechten in de Staatsregeling deze mede in verband leest met het EVRM. Qua aantal zaken is het Constitutioneel Hof nog niet opgevallen, maar niet uitgesloten is het adagium dat het gezag van een instantie kan bestaan in zijn aanwezigheid en het vooruitwerpen van zijn schaduwen, dat wil zeggen in het voorkomen van evidente en aperte strijdigheden, of dat er op enigerlei moment meerdere zaken gaan worden voorgelegd. Gevraagd kan ook worden of een kleine instantie als de Ombudsman voldoende geëquipeerd is om als poortwachter hier op te treden.

⁷² (2015/1, 7 juli 2016); over deze uitspraak: E.M. Linthorst, S. Philipsen, J.C. de Wit, De tweede uitspraak van het Constitutioneel Hof Sint Maarten, Over de toetsing van formele gebreken, *Caribisch Juristenblad* 2017 (6) 3, p. 207-214,

DEEL III VERGELIJKENDE TABEL EN CONCLUSIES

Vergelijkend overzicht

<i>Land</i>	<i>België</i>	<i>Duitsland</i>	<i>Frankrijk</i>	<i>Scandina- vië</i>	<i>VK</i>	<i>Sint Maarten</i>	<i>Nederland (huidig)</i>	<i>Nederland (conform Staats- commissie)</i>
<i>Institutionele inrichting</i>	Speciaal, fulltime constitutioneel hof	Speciaal, fulltime constitutioneel hof	Speciale, fulltime constitutionele raad	-	-	Constitutioneel hof, op afroep	-	Constitutioneel hof, op afroep
<i>Toetsings- maatstaf</i>	Grondwet	Grondwet	Grondwet	Grondwet	HRA	Grondwet	-	Alleen grondrechten in Grondwet
<i>Verdragstoetsing</i>	Verdragstoetsing door alle rechters; bij samenloop eerst grondwets-toetsing; geïncorporeerd in grondwets-toetsing (EVRM)	Conforme interpretatie door alle rechters, geïncorporeerd in grondwets-toetsing (EVRM)	Verdragstoetsing door alle rechters; bij samenloop eerst grondwets-toetsing; CC toetst niet aan verdragen	Verdragstoetsing als gevolg van incorporatie (EVRM)	-	Verdragstoetsing door alle rechters	Verdragstoetsing door alle rechters	Verdragstoetsing door alle rechters
<i>Concrete/abstracte toetsing</i>	Concreet en abstract	Concreet en abstract	Concreet en abstract	Concreet	Concreet	Concreet en abstract	-	Concreet
<i>Toegang tot constitutionele hof</i>	Direct: specifieke actoren en burgers met belang Indirect: alle rechters	Direct: specifieke actoren en burgers (constitutionele klachten) Indirect: alle rechters	Direct: specifieke instanties (vooraf) Indirect: via Raad van State/Hof van Cassatie	-	-	Direct: door ombudsman	-	Indirect: door rechter

CONCLUSIES

Onderdeel 1: conclusies uit de landenstudies

1. In alle onderzochte landen bestaat nu een vorm van constitutionele toetsing door de rechter van formele wetten aan de grondwet.
2. In de meeste onderzochte stelsels was de constitutionele toetsing van wetten tot de tweede helft van de twintigste eeuw (bijna) volledig uitgesloten: de wet was (bijna) onaantastbaar. Alleen in de Scandinavische landen en Duitsland was constitutionele toetsing toegestaan op grond van rechterlijke uitspraken (Noorwegen, 1820, Denemarken, 1921, Zweden, 1930 en Duitsland, 1925). Van die bevoegdheid werd echter zelden gebruik gemaakt.
3. Rechterlijke toetsing van wetten kan worden onderscheiden in toetsing van de grondwettigheid van wetten, en hun verenigbaarheid met verdragen (inclusief mensenrechtenverdragen). Daarnaast moeten in alle EU-lidstaten alle rechters wetgeving toetsen op de verenigbaarheid met het EU-recht. Deze verschillende toetsingsvormen bestaan naast elkaar en zijn soms aan dezelfde en soms aan andere rechters toevertrouwd.
4. In drie van de onderzochte landen (België, Duitsland en Frankrijk) is de toetsing van de grondwettigheid van wetten exclusief toevertrouwd aan een constitutioneel hof. Sint Maarten combineert een constitutioneel hof met *ex ante* en abstracte toetsing met gespreide toetsing door de gewone rechter. In de Scandinavische landen mogen alle rechters de grondwettigheid van wetten toetsen. In het VK toetsen alle rechters aan de Human Rights Act (die in essentie de incorporatie van het EVRM is) en zijn hogere rechters, onder andere de High Court, Court of Appeal en de Supreme Court bevoegd tot de uitvaardiging van een *declaration of incompatibility*.
5. Het EVRM (en andere internationale (mensenrechten-)verdragen) spelen ook een rol bij de toetsing in de andere landen. In de Scandinavische landen mogen alle rechters naast de grondwettigheid van wetten ook hun verenigbaarheid met het EVRM toetsen, als gevolg van incorporatie. De toetsing aan de grondwet loopt er bij wijze van spreken parallel met de toetsing aan het EVRM. In Frankrijk en België bestaat de toetsing van de grondwettigheid van wetten door het constitutioneel hof naast een systeem van gespreide toetsing aan verdragen (inclusief EVRM). In Duitsland lost de toetsing aan verdragen zich op in toetsing aan de Grondwet en is dus in feite voorbehouden aan het Constitutioneel Hof. In Sint Maarten worden verdragen ook ingelezen in de Staatsregeling, en toetst daarnaast de gewone rechter aan verdragen. In alle landen met een constitutioneel hof komt constitutionele toetsing door dat hof veel vaker voor dan toetsing aan verdragen en EU-recht.
6. Het onderzoek laat zien dat het naast elkaar bestaan van gecentraliseerde toetsing van de grondwettigheid van wetten (door een constitutioneel hof) en de gespreide toetsing van de verenigbaarheid met verdragen en EU-recht (door alle rechters), het nodig maakt om duidelijke (procedurele) regels te stellen over de onderlinge verhoudingen tussen de gewone rechters en het constitutioneel hof. Zonder dergelijke regels bestaat een groot risico op tegenstrijdige rechtspraak en concurrentie tussen constitutioneel hof en de gewone rechter (meestal de hoogste gewone rechters: Hof van Cassatie en Raad van State). In Frankrijk en België is wettelijk geregeld dat in geval van samenloop (een wet zou in strijd zijn met zowel de grondwet als een verdragsbepaling), de toetsing van de grondwettigheid door het constitutioneel hof eerst dient plaats te vinden. In België is de toetsing aan verdragen indirect ook opgenomen in de grondwettigheidstoets die het constitutioneel hof uitvoert, in Frankrijk niet.

7. In drie van de onderzochte landen met een constitutioneel hof (België, Duitsland en Frankrijk) hebben deze hoven zich verder ontwikkeld dan oorspronkelijk de bedoeling was, en zijn hun rechtsmacht en toetsingskader steeds verder uitgebreid, ofwel door de grondwetgever of de (bijzondere) wetgever, of door de eigen rechtspraak. Vooral in Duitsland is door de doctrine van horizontale werking en de 'uitstraling' van grondrechten naar alle juridische relaties (inclusief tussen burgers onderling) het bereik van de Grondwet buitengewoon groot. Alle maatschappelijke kwesties kunnen een constitutionele dimensie hebben en uiteindelijk ter beslissing aan het Constitutioneel Hof worden voorgelegd.
8. In drie van de onderzochte landen met een constitutioneel hof werd het hof opgericht naar aanleiding van een 'regime change': in Duitsland bij de invoering na de Tweede Wereldoorlog van een nieuwe Grondwet voor een federale staat, na een autoritair regime waarin grondrechten op grote schaal werden geschonden; in Frankrijk bij de invoering van een semi-presidentieel stelsel met een gerationaliseerd parlement (na het failliet van de Vierde Republiek), en in België bij de federalisering van de staat. Dit komt overeen met wat is gebeurd in de meeste landen in Europa waar constitutionele hoven werden opgericht in jonge democratieën, om het proces van democratisering te beschermen (Spanje en Portugal na de val van autoritaire regimes in de jaren '80 van de vorige eeuw; in bijna alle landen van Centraal en Oost-Europa na de val van de communistische regimes). De regime change in Sint Maarten is moeilijker te duiden anders dan dat er destijds een wens daartoe was en zich de gelegenheid voordeed vanwege de hervormingen in het Koninkrijksstatuut en de nieuwe status van Sint Maarten als eigenstandig onderdeel van het Koninkrijk.
9. Niet toevallig zijn de landen in ons onderzoek die geen constitutioneel hof hebben (de Scandinavische landen en het VK), landen die (in het recente verleden) geen autoritair regime hebben gekend. Deze landen hebben niet ervaren hoe een (zelfs democratisch verkozen) meerderheid de beginselen van de rechtsstaat met de voeten kan treden. Het vertrouwen in democratische meerderheden en het respect dat zij opbrengen voor de beginselen van de democratische rechtsstaat, de rechten van burgers en minderheden is er nog niet op grote schaal geschonden. De behoefte aan tegenmacht wordt er minder sterk ervaren. Bij de opkomst van populistische regimes in Oost en Centraal Europa (Hongarije en Polen) zien we overigens dat deze regimes niet voor niets als eerste de pijlen richten op die constitutionele hoven: deze regimes houden niet van tegenmacht, omdat die niet past bij hun opvatting van democratie als de (ongeremde) macht van de meerderheid.
10. In geen van de onderzochte landen is het mandaat van het constitutionele hof beperkt tot de toetsing aan grondrechten. In Duitsland kon het Constitutionele Hof vanaf het begin toetsen aan de hele Grondwet, in België en Frankrijk was de toetsing in eerste instantie wel aanvankelijk beperkt tot bevoegdheidskwesties, maar werd de toetsingsmaatstaf geleidelijk aan uitgebreid. Het Constitutioneel Hof van Sint Maarten heeft eveneens de bevoegdheid om aan alle bepalingen van de Staatsregeling te toetsen die zich daarvoor lenen. Dit beeld is overigens breder: geen enkel van de constitutionele hoven van de landen van de EU toetst alleen aan grondrechten.
11. Ondanks het feit dat grondrechtenbescherming nooit de enige taak is van constitutionele hoven en soms niet eens was meegegeven bij de oprichting van het hof, hebben de drie onderzochte constitutionele hoven (voor Sint Maarten is het nog wat vroeg een dergelijke eenduidige conclusie te trekken) zich ontwikkeld tot voornamelijk mensenrechtenhoven: mensenrechten (*constitutional justice*) vormen de hoofdtaak van constitutionele hoven, naast hun taken als bevoeghedenrechter en/of arbiter tussen politieke instellingen (zowel horizontaal – wetgever en regering –, als verticaal – centraal niveau en deelstatelijk niveau).

12. De drie constitutionele hoven zien het als hun missie om respect voor de grondwet te garanderen en de grondrechten, en zoals in Frankrijk het geval is fundamentele constitutionele beginselen, te beschermen, ook tegen politieke meerderheden.
13. In de onderzochte landen met een constitutioneel hof werd voor een apart hof gekozen – en niet voor gespreide toetsing door alle rechters – om een verschuiving van macht in de richting van rechters te voorkomen, dan wel (Frankrijk) omdat het vooral niet tot de rechterlijke taak werd en wordt geacht om zich over wetgeving uit te spreken en aanvankelijk de constitutionele raad diende ter bescherming van de regering. De veronderstelling was dat het toevertrouwen van de opdracht aan een apart hof een *gouvernement des juges* zou voorkomen. In werkelijkheid, echter, treedt een apart constitutioneel hof veel actiever op dan in landen waar constitutionele toetsing is toevertrouwd aan de gewone rechter.
14. Een part-time constitutioneel hof (inherent aan het beperkte takenpakket), zoals voorgesteld door de staatscommissie, bestaat alleen in Sint-Maarten.
15. In alle onderzochte landen bestaat er af en toe en in meer of mindere mate ook kritiek op de intensiteit of bereik waarmee 'de rechter' (zowel het constitutioneel hof als de gewone rechter) zich 'bemoeit' met kwesties die politiek gevoelig liggen en waarover geen overeenstemming bestaat in de samenleving. Opvallend is daarbij dat dergelijke kritiek van rechterlijk activisme vaak geen betrekking heeft op uitspraken waarin een wet getoetst wordt aan de grondwet of een verdrag. Rechterlijke uitspraken die tot opschudding leiden wegens een vermeende overschrijding van de rechterlijke functie hebben veelal betrekking op bestuurshandelen en/of maatschappelijk en politiek gevoelige kwesties (bijvoorbeeld betreffende ontneming van nationaliteit van vermeende terroristen, uitwijzing van migranten, bestraffing van misdrijven die maatschappelijke onrust veroorzaken).
16. In landen met een constitutioneel hof lijkt de gewone rechter minder vaak en minder indringend te toetsen aan verdragen. Dat is het geval omdat er bij de bescherming van grondrechten vaak sprake is van samenloop tussen grondwet en verdrag, de constitutionele rechter de leiding neemt en de rechter nu eenmaal primair aan de grondwet toetst. De gewone rechter verwijst vragen naar de constitutionele rechter, die de verdragsvraag incorporeert in de toetsing aan en interpretatie van de grondwet. Dat is alleen niet het geval in Frankrijk waar de gewone rechters verdragstoetsing verrichten en de constitutionele raad exclusief de grondwettelijke toets doet.
17. In de onderzochte landen met een constitutioneel hof (Belgie, Duitsland en Frankrijk) komt het vaker voor dat een wettelijke bepaling in strijd wordt verklaard met de grondwet dan in landen waar de bevoegdheid om de grondwettigheid van wetten te toetsen aan de gewone rechter is toevertrouwd (Scandinavië en VK). Gewone rechters die toetsen aan de grondwet stellen zich terughoudender op ten opzichte van de wetgever dan constitutionele hoven.
18. In Scandinavië en het VK is er een rechtscultuur die van de rechter terughoudendheid vraagt ten opzichte van de wet. In het VK komt dat tot uitdrukking in de doctrine van parlementaire soevereiniteit; in Zweden is dit zelfs met zoveel woorden neergelegd in de tekst van de Grondwet.
19. Waar rechters de verenigbaarheid van wetten met verdragen (na incorporatie) toetsen, volgen zij veelal de interpretatie van die verdragen door de daartoe bevoegde instanties. De rechters in het VK en in Nederland zijn gehouden om de Europese minimumbescherming te bieden, maar zij bieden doorgaans ook niet meer bescherming dan dat Europese minimum dat het EHRM vaststelt voor 46 lidstaten: zij spiegelen zich

als het ware aan wat het EHRM zegt (het spiegelbeginsel, Art. 3 HRA in het VK en art. 94 Grondwet voor Nederland). In de Scandinavische landen, waar constitutionele toetsing parallel loopt met toetsing aan geïncorporeerde verdragen, bindt het spiegelbeginsel de rechter in beginsel niet, maar omdat de grondwet redelijk weinig handvatten geeft voor toetsing laat de rechter zich inspireren door de meer creatieve houding van het EHRM, om grondrechten mee te laten evolueren met de samenleving (de *living instrument doctrine*).

20. Constitutionele hoven die de eigen grondwet interpreteren voelen zich doorgaans vrijer om de grondwet te interpreteren, en zijn vaak creatiever in hun interpretatie van de grondwet. Daarom, en omdat zij een specifiek mandaat hebben de grondwet te beschermen (dat is zelfs hun *raison d'être* en hun specifieke mandaat), aarzelen zij niet om waar zij dat nodig te achten, de wetgever te corrigeren.
21. Constitutionele hoven hebben doorgaans de bevoegdheid om wetten te vernietigen (uitspraken met *erga omnes* werking), of tenminste buiten toepassing te laten in een concreet geval. Het precieze effect van de beslissing dat een wettelijke bepaling de grondwet schendt, hangt meestal af van de aard van de procedure (direct of indirect, abstract of concreet, *a priori* of *a posteriori*).
22. Gewone rechters die de grondwettigheid van wetten toetsen, kunnen de wet niet vernietigen, maar alleen buiten toepassing laten in het concrete geval dat voorligt (in de Scandinavische landen). In het VK kunnen de hogere rechters na toetsing slechts een signaal afgeven richting de politiek door middel van een verklaring van onverenigbaarheid.
23. In geen van de onderzochte landen met gespreide constitutionele toetsing wordt een gebrek aan rechtseenheid gesignaleerd ook niet waar er verschillende hoogste rechters zijn. Buiten toepassing laten vanwege strijd met de grondwet komt zo weinig voor, dat er ook niet of nauwelijks uiteenlopende uitspraken over de grondwettigheid van wetten voor lijken te komen.
24. Constitutionele hoven lijken meer de neiging te hebben hun opdracht op te vatten als die van ultieme 'hoeders van de grondwet' dan gewone rechters, die zichzelf vaak zien als onderdeel van een geheel van actoren die samen de grondwet vormgeven. Dit is het duidelijkst in Duitsland, waar het Constitutioneel Hof niet alleen het monopolie heeft om wetten ongrondwettig te verklaren, maar ook gezien wordt als de ultieme uitlegger van de Grondwet. Dat ligt iets anders in België (en Frankrijk), waar alleen het Grondwettelijk Hof weliswaar een wet ongrondwettig kan verklaren, maar waar andere actoren uitdrukkelijk participeren in het interpreteren en het vormgeven van de Grondwet, zoals bijvoorbeeld de Afdeling Wetgeving van de Raad van State.
25. In de landen met een constitutioneel hof is het gezag van het hof groot, zowel bij de gewone rechterlijke macht als bij de politieke instellingen en de burger. Dat geldt voor de acceptatie van specifieke uitspraken als ook voor de acceptatie van het hof als zodanig. Constitutionele hoven worden dan ook wel gezien als forum waar het deliberatieve proces wordt voortgezet, met name voor actoren wier stem in het politieke proces niet of slechts beperkt is gehoord. De uitspraak van een constitutioneel hof brengt althans voorlopig het politieke debat tot een einde.
26. Waar een constitutioneel hof bestaat, wordt geaccepteerd dat dat hof uitspraken kan doen met politieke implicaties: het hof heeft immers het expliciete mandaat om wetten te toetsen, en om soms ook politieke meerderheden terug te fluiten. De politieke betekenis van de benoeming van rechters is daarom een gegeven. Bij de benoeming van leden van een constitutioneel hof zijn mitsdien verschillende politieke actoren betrokken. Ook wordt gepoogd om het hof in zekere zin een afspiegeling te laten zijn van de politieke

verhoudingen, en overheersing door een politieke meerderheid of politieke partij te voorkomen. Enige mate van politiek profiel lijkt vereist om de legitimiteit van het hof bij de politieke instellingen te garanderen. In geen van de onderzochte landen heeft dit echter geleid tot Amerikaanse toestanden: er zijn geen hoorzittingen, en het is nergens zo dat één partij een stempel kan drukken op de samenstelling van het hof voor de komende decennia. Om te voorkomen dat een constitutioneel hof kan worden beperkt of genegeerd, is het ook nodig de benoemingsprocedure zo te ontwerpen en grondwettelijk te verankeren dat inbreuken op de onafhankelijkheid ervan zo niet onmogelijk, dan toch uitermate lastig zijn.

27. In de landen met gespreide toetsing (de Scandinavische landen en het VK) is de benoeming van rechters geen politieke aangelegenheid: dit wordt gezien als een garantie van rechterlijke onafhankelijkheid. Opvallend is wel dat wanneer rechters meer gaan toetsen (zoals in Noorwegen), de roep om enige mate van politisering toeneemt, om de legitimiteit van rechters te bewaken.
28. De mate van rechterlijke toetsing (met andere woorden de frequentie en intensiteit van de toetsing) hangt mede af van de aard van de grondwet. De ervaring in Scandinavische landen laat zien dat een sobere en rigide grondwet doorgaans leidt tot een zeer beperkte mate van rechterlijke toetsing: de rechter heeft weinig handvatten om te toetsen. Samen met de beperkte opvatting van de taak van de rechter in de Scandinavische constitutionele traditie, verklaart dit waarom de bevoegdheid van constitutionele toetsing weinig wordt gebruikt. De recente modernisering van de grondwet in Finland en in Zweden laat daar zien dat de tekst van de grondwet mede bepalend is voor de mate van grondwetstoetsing. In het VK blijkt dat die factor niet zaligmakend is: daar toetst men met de HRA aan EVRM-bepalingen die wel open van formulering zijn, maar niet gezegd kan worden dat de Britse rechters daar uitgebreid mee aan de haal gaan. De reden daarvoor noemden we al: opvattingen over de taak en plaats van de rechter.
29. Wat een grondwet vermag, dat wil zeggen de ruimte die een grondwet biedt voor rechterlijke toetsing, wordt mede bepaald door de manier waarop de rechter de grondwet interpreteert. Dit is bijvoorbeeld sterk het geval in Duitsland, waar het Constitutioneel Hof vanaf het begin zijn taak ruim heeft opgevat en elke ruimte die de Grondwet biedt maximaal heeft benut. Daarmee heeft het Constitutioneel Hof zelf bijgedragen tot de ontwikkeling van een sterke Grondwet, die de politiek en het openbaar bestuur duidelijk begrenst.
30. Of een rechter die ruimte opzoekt en een grondwet creatief interpreteert hangt af van de constitutionele traditie, met name de heersende opvattingen over de taak van de rechter in de samenleving en in het constitutioneel bestel. Wel lijkt op basis van dit (beperkte) onderzoek dat een constitutioneel hof meer geneigd is om de ruimte die de grondwet biedt breed op te vatten, terwijl gewone rechters zich veel terughoudender opstellen.
31. Toetsing door de gewone rechter leidt, zoals we hebben gezien in het VK en Scandinavië, niet tot een intensief ingrijpen dat in de buurt komt van de kwalificatie 'op de stoel van de wetgever zitten'.
32. Welke invloed constitutionele toetsing heeft op de ambtelijke voorbereiding, advisering en parlementaire behandeling is niet duidelijk. Het is denkbaar dat constitutionele toetsing de voorbereiding en kwaliteit van wetgeving vergroot, maar ook is het tegengestelde niet uitgesloten.

Onderdeel 2: Lessen voor Nederland

1. Nederland ligt op dit moment het dichtst bij het VK en de Scandinavische landen: geen van deze landen hebben een constitutioneel hof, en alle hebben een diep gewortelde constitutionele cultuur die vergt dat de rechter zich terughouden opstelt ten opzichte van de wet in formele zin. Maar in tegenstelling tot Nederland is in het VK en in Scandinavië toetsing van de grondwettigheid van wetten wel toegestaan.
2. Hoewel de rechter in die landen de formele wet kan toetsen (in het VK aan de Human Rights Act, in de Scandinavische landen aan de grondwet en het EVRM en in Nederland aan verdragen, zoals het EVRM), toont hij grote terughoudendheid ten opzichte van de wetgever. De rechter is zich zeer bewust van zijn plaats in de *trias politica*. De constitutionele cultuur vraagt dat de rechter de toetsingsbevoegdheid terughoudend toepast.
3. Onderzoek wijst uit dat er in Nederland 11 gevallen zijn geweest (waarbij meerdere zaken over dezelfde wetsbepaling als 1 zijn geteld) waarin (onherroepelijk) door de rechter een (bepaling in een) wet in formele zin buiten toepassing is gelaten wegens strijd met een ieder verbindende verdragsbepaling.⁷³ Dit wijst niet op een activistische rechterlijke macht, die de wetgever 'voor de voeten loopt'. De wetgever heeft in die gevallen de uitspraken van de rechter niet betwist. Ook anderszins geeft de Nederlandse rechter blijk van terughoudendheid ten opzichte van de wetgever: wanneer na buiten toepassing laten van de strijdige wet verschillende oplossingen in een zaak mogelijk zijn, dan verwijst de rechter de kwestie terug naar de wetgever. Dat doet hij veelal met de overweging dat het 'buiten de rechtsvormende taak van de rechter valt' om de keuze te maken. De Nederlandse constitutionele cultuur lijkt in die zin sterk op de Scandinavische en Britse constitutionele cultuur. In de discussie wordt wel verwezen naar de *Urgenda*-zaak. Die zaak betrof echter niet de grondwettigheid van een wet in formele zin. Ook na een eventuele invoering van een constitutioneel hof volgens de plannen van de Staatscommissie zou een dergelijke zaak over de rechtmatigheid van overheidshandelen bij de gewone rechter terechtkomen.
4. De ontwikkelingen in de Scandinavische landen en in het VK laten zien dat de invoering van een toetsingsbevoegdheid van de gewone rechter (zoals in het VK in 1998) of een uitbreiding/codificatie daarvan in de grondwet (in verschillende Scandinavische landen) niet leidt tot een grote toename van ongrondwettigverklaringen door de rechter. In geen van die onderzochte landen heeft de rechter de invoering of uitbreiding van constitutionele toetsing opgevat als een uitnodiging om actief op te treden. De constitutionele cultuur van rechterlijke terughoudendheid is zo diepgeworteld dat de rechter slechts in uitzonderlijke gevallen gebruik maakt van de bevoegdheid tot ongrondwettigverklaring.
5. De rechterlijke terughoudendheid is in de Scandinavische landen, net als in Nederland, ook ingegeven door de aard van de grondwet, die sober is, en weinig handvatten biedt

⁷³ HR 4 mei 1984 NJ 1985, 510 (ouderlijke macht); HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585-588 (gezamenlijke ouderlijke macht); CRvB 14 mei 1987, RSV 1987, 246 & CRvB 25 mei 1989, RSV 1989, 275 (CRvB 9 januari 1992, RSV 1992, 282 (Wet uitkering vervolgingslachtoffers); CRvB 7 december 1988, RSV 1989,67 (AWW); HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0437 (art. 1:5 lid 2 (oud) BW); HR 20 april 1999, ECLI:NL:HR1999:ZD5266 (Wet getuigenbescherming); HR 18 december 2001 ECLI:NL:HR:2001:AD4292 (Uitleveringswet); CRvB 24 januari 2006 ECLI:NL:CRVB:2006:AV0197 (Wet Werk en Bijstand); CRvB 5 maart 2009 ECLI:NL:CRVB2009:BI0952 (AOW); RvS 22 oktober 2014 ECLI:NL:RVS:2014:3788 (Awir); RvS 27 mei 2015 ECLI:NL:RVS2015:1660 (Wet kinderbijslag). Verder wordt er ook wel in zaken aangegeven dat er strijd is met een verdragsbepaling maar dat de opheffing daarvan de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat: HR 23 september 1988, NJ 1989, 740 (Naamrecht).

voor rechterlijke toetsing. Dit betekent niet dat de rechter die handvatten niet kan vinden. Ook de Nederlandse Grondwet geeft de rechter ruimte tot interpretatie. Voorbeelden uit het verleden betreffen onder meer de toepassing in vele decennia van art. 7 (lid 1) Grondwet: vrijheid van drukpers/vrijheid van meningsuiting, waarin de rechter het bereik van het artikel oprekte en naast het recht op openbaren (zoals genoemd in lid 1) ook een verspreidingsrecht erkende. Een tweede voorbeeld is de uitspraak in de zaak *Valkenhorst*, waarin de Hoge Raad uit de grondrechtelijke bepalingen zoals art. 10 Grondwet een recht afleidde tot het kennen van de biologische afkomst.⁷⁴

6. De ontwikkelingen in de Scandinavische landen, waar de grondwet recent is gemoderniseerd (Noorwegen, Zweden en Finland) en rechterlijke toetsing is gecodificeerd en versoepeld (Noorwegen en Zweden) laten zien dat een lichte toename van rechterlijke toetsing een grondwet 'tot leven kan wekken' en dat een modernisering van de grondwet op zijn beurt kan leiden tot een toename in de frequentie van rechterlijke toetsing.
7. Juist omdat de invoering van constitutionele toetsing zoals voorgesteld door de Staatscommissie vooral of zelfs uitsluitend beoogt om grondrechten te beschermen (het toetsingskader zou beperkt zijn tot de klassieke grondrechten in de Grondwet), ligt de keuze voor een constitutioneel hof niet voor de hand.
8. Bij de invoering van een constitutioneel hof moet de bevoegdheidsafbakening met de gewone (civiele, straf- en bestuurs-)rechter goed geregeld worden, met name voor gevallen van samenloop van grondrechten in de Grondwet en verdragsrechten alsmede het EU-Handvest voor de fundamentele rechten. Indien dat niet gebeurt zal de rechter er licht voor (kunnen) kiezen om de grondwetskwestie te vermijden en de zaak af te doen via een ieder verbindende bepalingen van verdragen of het EU-recht. Anderzijds zal in het geval van een voorleggingsplicht van grondwettelijke kwesties aan een constitutioneel hof ook verzekerd moeten worden dat die plicht niet in de weg staat van de doorwerking van het EU-recht of de mogelijkheid van een EU-prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EU.
9. Verder dient bedacht te worden dat zelfs als wordt gekozen voor een constitutioneel hof veel grondwetsinterpretatie- en toepassingsvragen nog steeds blijven bij de gewone rechter of bestuursrechter, namelijk als het gaat om de beoordeling van bestuurshandelen, de beoordeling van andere wetgeving dan wetten in formele zin, of om onrechtmatige daadacties (zoals het geval was in de *Urgenda*-zaak).

⁷⁴ HR 15 april 1994 NJ 608.

SLOT

Met de absolute afwijzing van elke vorm van constitutionele toetsing van formele wetten bevindt Nederland zich inmiddels in de EU, in Europa (en in de wereld) in een uitzonderingspositie. De Commissie van Venetië van de Raad van Europa heeft zelfs aangegeven dat de volledige afwezigheid van constitutionele toetsing op gespannen voet kan staan met de beginselen van de rechtsstaat. De rechtsfilosoof Dworkin betoogde in dat verband onder meer dat het rechterlijke toetsingsrecht de democratie versterkt door de bescherming van democratische vrijheden, en toeziet op de bescherming van minderheden, wat in zijn perspectief onderdeel is van het democratieconcept, omdat dat mede inhoudt dat minderheden meerderheid moeten kunnen worden. Vanuit een rechtsstatelijk perspectief kan worden gesteld dat constitutionele toetsing een bijkomende garantie biedt om er voor te zorgen dat alle staatsmachten gehouden worden aan de regels en het recht.

Anderen, zoals de Amerikaanse professor Jeremy Waldron betogen echter dat de afwezigheid van constitutionele toetsing in het licht van het democratiebeginsel te verkiezen is, maar dit is *enkel* het geval als aan een aantal voorwaarden is voldaan: er moet sprake zijn van een inclusieve, robuuste democratie waarin de rechten van minderheden en enkelingen (inclusief gevangenen, vreemdelingen, enzovoorts) erkend en beschermd worden.⁷⁵ Rechterlijke toetsing is, zou men vanuit dat perspectief kunnen zeggen, een 'second best option'. Voor de opstellers van dit rapport staat niet vast dat Nederland vandaag in alle opzichten voldoet aan de voorwaarden die Jeremy Waldron benoemt. De sterke verknoping tussen regering en parlement en het feitelijke monisme (de 'samenklontering van machten'), opkomende opvattingen van democratie als (eenvoudigweg) de macht van de meerderheid en de komst van echte minderheden die nooit meerderheden zullen worden, maken duidelijk dat macht tegenmacht nodig heeft.

De Nederlandse Grondwet erkent de bevoegdheid van de rechter om wetten te toetsen aan (mensenrechten-)verdragen. Van die bevoegdheid maakt de rechter, trouw aan de constitutionele cultuur van Nederland, zoals hierboven aangegeven, slechts spaarzaam gebruik.

Mocht worden gekozen voor de invoering van een systeem van constitutionele toetsing, dan past gespreide toetsing het best bij die diepgewortelde constitutionele cultuur in Nederland. De rechter draagt er toe bij dat de overheid de beginselen van de democratische rechtsstaat respecteert, maar neemt geen beslissingen die bij de wetgever en de politiek horen. Het toevertrouwen van constitutionele toetsing aan de gewone rechter zal de bestaande verhoudingen het minst in beweging brengen. In de nationale verhoudingen heeft de wetgever kwesties aan de rechter overgelaten (zoals het stakingsrecht), heeft de rechter spaarzaam wetgeving buiten toepassing gelaten waar deze evident niet conform verdragen was (vooral in gevallen van ongelijke behandeling), en zelfs in gevallen waar de rechter van oordeel was dat een wet in formele zin in strijd was met een fundamenteel rechtsbeginsel, heeft hij niet ingegrepen onder erkenning van het verbod van rechterlijke toetsing.

De oprichting van een constitutioneel hof, zo laat dit onderzoek zien, leidt vaak tot een (zij het geleidelijke) herschikking in de constitutionele verhoudingen, waarbij het constitutionele hof een steeds belangrijkere plaats inneemt in het bestel, en een grote invloed uitoefent op de politieke besluitvorming.

In landen waar is gekozen voor gespreide constitutionele toetsing (het VK en de Scandinavische landen), treedt de rechter veeleer op om te signaleren dat een wet problematisch is vanuit constitutioneel perspectief. De rechter stelt zich niet in de plaats van

⁷⁵ Jeremy Waldron, 'The Core of the Case Against Judicial Review' (2006) *The Yale Law Journal* 1346-1406.

de politiek, maar geeft aan wat op grond van de grondwet *niet* kan. Hij laat het vervolgens aan de politiek en de wetgever om binnen de grenzen van de grondwet beleidskeuzes te maken. Daarbij is er wederzijds vertrouwen. Het duidelijkst bestaat deze mogelijkheid in het VK, waar de rechter (en dan nog alleen High Court, Court of Appeal en de Supreme Court) slechts een *declaration of incompatibility* kan geven. Het parlement beslist uiteindelijk. De rechter biedt tegenmacht, zonder echter de rol van de wetgever op zich te nemen. We hebben gezien dat rechters daarmee prudent omgaan en dat de wetgever de beoordelingen en suggesties van de rechter opvolgt. Een andere techniek om te voorkomen dat rechters 'de wetgever voor de voeten gaan lopen' is een uitdrukkelijke bepaling in de grondwet (zoals in Zweden) die de rechter inprent om respect te hebben voor de democratische wilsvorming door de wetgever.

De Britse combinatie van grondwettigheidsbeoordeling door de rechter, bestaande uit het afgeven van een verklaring van onverenigbaarheid (*declaration of incompatibility*), met het uiteindelijke besluit van de wetgever hoe daarmee om te gaan, kent in Nederland een eenmalig precedent. In 1989 oordeelde de Hoge Raad dat de Harmonisatiewet in strijd was met het rechtszekerheidsbeginsel, maar merkte tevens op dat hij ingevolge art. 120 Grondwet niet de bevoegdheid had om deze wet buiten toepassing te laten.⁷⁶ Het oordeel van ongrondwettigheid was daarmee een (niet bindend) *obiter dictum*. Het gevolg was toen wel dat de wetgever bij zichzelf te rade ging en tot de conclusie kwam dit oordeel te delen, en dat de kwestie diende te worden gerepareerd. Een *declaration of incompatibility avant la lettre*. De rechter heeft daarna geen vervolg gegeven aan deze rechtspraak.

Op instigatie van de Staten-Generaal, of (een van beide) beide actoren in het wetgevingsproces met initiatief (regering en Tweede Kamer) zou de rechter in algemene zin kunnen worden uitgenodigd om in voorliggende gevallen toepassing te geven aan de mogelijkheid van een *obiter dictum* waarin de rechter ongrondwettigheid van een wet uitspreekt. Daarbij wordt dan tevens aangegeven dat de wetgever zich over een dergelijk rechterlijk oordeel zal bezinnen en indien noodzakelijk tot wetswijziging zal overgaan. Die uitnodiging kan op verschillende wijzen worden gedaan. De lichtste vorm is die van een motie; verder kan er voor worden gekozen om in het Reglement van Orde (van de Tweede Kamer en/of Eerste Kamer) op te nemen dat in gevallen van een *obiter dictum* de kwestie zal worden besproken in de (Tweede of Eerste) Kamer; tenslotte kan de uitnodiging worden vastgelegd in een wet. Op die manier geeft men de rechter het vertrouwen om formele wetgeving te toetsen aan de Grondwet of op verenigbaarheid met fundamentele rechtsbeginselen. De wetgever houdt het laatste woord gedurende de periode dat de invoering van rechterlijk toetsingsrecht het lange proces van grondwetswijziging doorloopt.⁷⁷

Rechterlijk toetsingsrecht vormt in de door ons onderzochte landen in ieder geval een extra waarborg voor de rechtsstatelijkheid van wetten en de erkenning van Grondwet als constitutioneel fundament.

76 HR 14 april 1989, AB 2018, 2017.

⁷⁷ In dit licht kan ook worden verwezen naar de Motie Jetten/Marijnissen die de Tweede Kamer op 26 januari 2021 met algemene stemmen aanvaardde (Kamerstukken TK 35510, nr. 15). In die motie wordt de regering opgeroepen om buiten twijfel te stellen dat de abbb (algemene beginselen van behoorlijk bestuur) leidend moeten zijn indien strikte toepassing van de wet anders tot materiële onaanvaardbare uitkomsten zou leiden, ook bij wetsbepalingen van dwingend recht. De motie roept de regering op om met voorstellen te komen, bij voorkeur door aanpassing van de Algemene wet bestuursrecht, die het mogelijk maken dat de rechter in een voorkomend geval wetsbepalingen van dwingend recht buiten toepassing kan laten.

Het ligt voor de hand om in dat verband eveneens te bezien of de in de motie bedoelde mogelijkheid niet ook zou moeten gelden voor gevallen waarin de toepassing van de wet in voorkomende gevallen zou leiden tot een schending van de Grondwet.

BRONNEN

Algemeen

- Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, 2014

België

- Website van het Grondwettelijk Hof (www.const-court.be)
- André Alen en Willem Verrijdt, 'The dialogue between the European Court of Human Rights and domestic constitutional courts - The Belgian example', in *Human Rights with a Human Touch. Liber amicorum Paul Lemmens* (Intersentia, 2019) pp. 155-202
- André Alen en Willem Verrijdt, 'La relation entre la Constitution belge et le droit international et européen' in *Liber amicorum Rusen Ergec* (Pasicrisie Luxembourgeoise, 2017)
- Sarah Lambrecht, 'Grondrechtenbescherming door de hoogste rechtscolleges en hun onderlinge verhouding' (2017)
- Riet Leysen et al (red), *Semper Perseverans. Liber Amicorum André Alen* (Intersentia, 2020)
- Toon Moonen, *Het Grondwettelijk Hof en de interpretatie van de Grondwet. Een perspectief op argumenten en legitimiteit* (doctoraatsproefschrift UHasselt, 2014 FWO D/2014/2451/61)
- Jan Theunis, *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat* (doctoraatsproefschrift KULeuven, Brugge, Die Keure, 2011)
- Jan Theunis, 'Het Grondwettelijk Hof (1980-2020): van bevoegdheidshof over gelijkheidshof naar grondrechtenhof', in Riet Leysen et al (red), *Semper Perseverans. Liber Amicorum André Alen* (Intersentia, 2020), 247-256.

Duitsland

- Website van het *Bundesverfassungsgericht* (www.bundesverfassungsgericht.de)
- Justin Collings, *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001* (Oxford: Oxford University Press 2015)
- Michaela Hailbronner, *Traditions and Transformations: The Rise of German Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press 2015
- Frank Hoffmeister, 'Germany: Status of European Convention on Human Rights in domestic law', *International Journal of Constitutional Law* 4/4 (2006), 722-731
- Matthias Jestaedt et al, *The German Federal Constitutional Court: The Court Without Limits* (Oxford: Oxford University Press 2020)
- Matthias Kumm, 'Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law', *German Law Journal* 7/4 (2006), 341-369.
- Eva Julia Lohse, 'The German Constitutional Court and Preliminary References - Still a Match not Made in Heaven?', *German Law Review* 16/6 (2015), 1491-1508

Frankrijk

- John Bell, *French Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 1992
- J.H. Reestman, *Constitutionele toetsing in Frankrijk, De Conseil constitutionnel en de grondwettigheid van wetten en verdragen*, Ars Aequi 1996
- Jean Gicquel, Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politique*, 2013 (27 ed)
- Henry Roussillon & Pierre Esplugas-Labatut, *Le Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 2015
- conseil-constitutionnel.fr (waarop uitspraken, korte uitleg en diverse cahiers met analyses en beschouwingen)

Verenigd Koninkrijk

- Kavanagh, A. (2009) *Constitutional Review Under the UK Human Rights Act*, Cambridge: Cambridge University Press
- Dickson, B. (2013) *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford: Oxford University Press.
- Weston, E. (2013) *Section 19 of the Human Rights Act 1998: Importance, Impact and Reform*, London: King's College London
- Hanretty, C. (2020) *A Court of Specialists: Judicial Behavior on the UK Supreme Court*
- Lord Chancellor and Secretary of State for Justice by Command of Her Majesty, "Responding to human rights judgments - Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to human rights judgments 2019–2020", beschikbaar via: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/944858/responding-to-human-rights-judgments-2020-print.pdf

Scandinavië

- A. Kierulf (2018) *Judicial Review in Norway—A Bicentennial Debate*, Cambridge University Press.
- Helle Krunke & Björg Thorarensen (eds.) (2018) *The Nordic Constitutions: A Comparative and Contextual Study*, Oxford: Hart Publishing.
- Iris Nguyễn Duy (2015) New Trends in Scandinavian Constitutional Review, *Scandinavian studies in law*.
- Joakim Nergelius (2019) 'The Constitution of Sweden and European Influences: The Changing Balance Between Democratic and Judicial Power', in: A. Albi and S. Bardutzky (eds.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, Springer.
- Jens Elo Rytter & Marlene Wind (2011) 'In need of juristocracy? The silence of Denmark in the development of European legal norms', *International Journal of Constitutional Law*, 9(2).

Sint Maarten

- A.B. van Rijn, *Handboek Caribisch Staatsrecht*, Boom Uitgevers, Den Haag, 2019
- H.G. Hoogers, 'Constitutionele rechtspraak in het Koninkrijk der Nederlanden -The real deal: De beslissing van het Constitutionele Hof van Sint Maarten van 8 november 2013 (Zaak 2013/1)', *TvCR*, januari 2015, p. 9-33
- E.M. Linthorst, S. Philipsen, J.C. de Wit, 'De tweede uitspraak van het Constitutioneel Hof Sint Maarten', *Caribisch Juristenblad* 2017 (6) 3, 207-214