

## **Constitutionele toetsing door de rechter en de vertegenwoordigende democratie**

*Inleiding bij het afscheidssymposium van Ankie Broekers-Knol*

Mijnheer de voorzitter, mevrouw de voorzitter,

Laat ik beginnen met te zeggen dat ik het een groot voorrecht vindt om na bijna 12 jaar een fractiegenoot te zijn geweest van Ankie Broekers, vanmiddag te spreken op haar afscheidssymposium. En dan nog wel op een onderwerp waarbij de vraag centraal staat wie het laatste woord heeft als het gaat om toetsing van wetten aan de Grondwet: de wetgever of de rechter.

Aan het beantwoorden van de vraag wie het laatste woord heeft of moet hebben, gaat wat mij betreft de vraag vooraf of ons huidige stelsel voldoende corrigerende werking heeft in geval een regering een wetsvoorstel indient dat in strijd is met de Grondwet.

Het wetsvoorstel dat tot doel had het toetsingsverbod op te heffen, het voorstel Halsema, is in 2008 met een zeer nipte meerderheid aangenomen in de Eerste Kamer. Er was slechts één stem verschil. Echter, inmiddels is het wetsvoorstel ingetrokken. Daarmee is de discussie over de wenselijkheid van het constitutionele toetsingsverbod echter nog niet beëindigd. Ook de Commissie Remkes heeft het onderwerp betrokken in haar eindrapport. Daar waar Halsema gespreide toetsing door rechters mogelijk wilde maken, stelt de staatscommissie geconcentreerde toetsing voor, namelijk door een daartoe in te stellen Constitutioneel Hof. Aan dit Hof kan door een rechter via een prejudiciële procedure een vraag worden voorgelegd hoe een grondwetsbepaling moet worden uitgelegd.

Zoals wij allen weten is Thorbecke een belangrijke grondlegger geweest van onze huidige parlementaire democratie. Thorbecke vond dat de Grondwet een politieke cultuur tot leven moest roepen die de staat meer innerlijke coherentie moest geven en hem zou beveiligen tegen revolutionaire schokken. Toen ik mijn bijdrage aan dit symposium voorbereidde, was mijn eerste reactie op deze verwachting van Thorbecke dat je vanuit deze optiek constitutionele toetsing juist zou moeten toestaan. Als er dan eens regeringen aan de macht zouden komen die een hele andere waarde hechten aan de Grondwet, door bijvoorbeeld bepaalde grondrechten heel anders uit te leggen dan hoe ze bedoeld zijn, zouden tenminste rechters nog corrigerend kunnen optreden. Maar is dat niet het paard achter de wagen spannen? De Grondwet als basis van onze constitutie regelt de verhouding tussen de Eerste en de Tweede Kamer, en bevat daarmee de ingrediënten van onze politieke cultuur. Juist nu de leden van de Eerste Kamer zonder last handelen – ik kan daar sinds kort over meepraten – en in tegenstelling tot Tweede Kamerleden niet gebonden zijn aan regeerakkoorden, kunnen ook zij heel goed corrigerend optreden. Corrigeren in wetgeving ex ante is altijd beter dan ex post corrigeren in individuele rechterlijke uitspraken.

Bovendien vergt de uitleg van de Grondwet niet alleen een juridisch oordeel, maar bijna ook een politiek oordeel. Een politiek oordeel is – gelukkig – voorbehouden aan parlementariërs, democratisch gekozen volksvertegenwoordigers. De rechter heeft niet voor niets een blinddoek voor. Politieke beraadslagingen vinden bovendien in het openbaar plaats, en politieke afwegingen zijn daarmee controleerbaar.

Daarnaast merk ik op dat de huidige procedure voor de totstandkoming en behandeling van wetsvoorstellen diverse momenten kent waarop de grondwettigheid aan de orde is en diverse actoren die de grondwettigheid meewegen en beoordelen.

Zelf heb ik de indruk dat de Eerste Kamer daar consciëntieuzer in is dan de Tweede Kamer. Overigens lijkt Thorbecke dat al te hebben voorzien nu hij het wenselijk achtte dat de Eerste Kamer wetgeving aan een tweede onderzoek kon onderwerpen 'daar de 2<sup>e</sup> kamer de zaken zeer dikwijls losjes over kan lopen'.

De Commissie Remkes noemt als reden om voor opheffing van het constitutionele toetsingsverbod te pleiten onder meer de afnemende normatieve kracht van de wet en de verslachte aandacht voor de kwaliteit van de wetgeving. Juist voor deze punten heeft de Eerste Kamer in ieder geval de afgelopen twaalf jaar keer op keer aandacht gevraagd. De Eerste Kamer is doorgaans kritisch tot zeer kritisch en er gaan alarmbellen af op het moment dat een wetsvoorstel slechts kaders bevat en de materiele normen in AMvB's worden opgenomen. De Klimaatwet die hier twee weken geleden werd behandeld, was daar nog zo'n voorbeeld van. Daarnaast heeft de Eerste Kamer zo'n tien jaar geleden een debat georganiseerd over wetgevingskwaliteit. Ik heb geluiden gehoord dat leden van de nieuwe samengestelde Eerste Kamer zullen voorstellen zo'n debat te herhalen. Ik juich dat uiteraard van harte toe.

De vraag of ons huidige stelsel voldoende corrigerende werking heeft in geval een regering een wetsvoorstel indient dat in strijd is met de Grondwet, is daarmee mijns inziens bevestigend beantwoord. Als zowel de Tweede als de Eerste Kamer rolvast blijven en de toets van wetsvoorstellen op de verenigbaarheid met de Grondwet serieus blijft uitvoeren, is het niet nodig en ook niet wenselijk om het toetsingsverbod voor rechters op te heffen.

Mijnheer de voorzitter, ik rond af. Ankie Broekers-Knol heeft als Kamerlid en daarna als voorzitter van dit huis een belangrijke rol gespeeld bij het rolvast blijven van de Eerste Kamer. Ook de leden van de Eerste Kamer – vooral wiens partij deelnam aan de regering – wist ze in voorkomende gevallen, soms subtiel, soms wat minder subtiel, te wijzen op hun onafhankelijkheid van de regering en ongebondenheid aan het regeerakkoord. Ik noemde het al dat ik het een voorrecht vond om nu te spreken. Ik vond het ook een voorrecht om met haar te werken. In mijn beginperiode was het soms even wennen, maar al snel waardeerde ik haar directheid, juridische scherpheid en rolvastheid. Zij stond voor wat zij zei. Of dat nu de belangrijke taak van de Eerste Kamer betrof, het instituut van de Eerste Kamer of de rechtsstaat. Ik kan alleen maar hopen dat zij wordt opgevolgd door iemand die dezelfde vasthoudendheid, bevlogenheid en betrokkenheid heeft. Als de komende generatie parlementariërs de kernwaarden van de democratische rechtsstaat op deze zelfde wijze zullen bewaken, dan komt het wel goed met de democratische rechtsstaat. Met of zonder constitutioneel toetsingsverbod voor rechters.

Mr. dr. Anne-Wil Duthler

6 juni 2019