

## Constitutionele toetsing door de rechter en de vertegenwoordigende democratie

Prof. Dr. Hans Franken

*Bijdrage voor het symposium Afscheid van mr. Ankie Broekers-Knol op 6 juni 2019*

Power corrupts and absolute power corrupts absolutely.

Onbeperkte macht geeft ongelukken. Ook de macht van de overheid.

Macht moet daarom altijd gedeeld of gespreid zijn.

Of, zoals Montesquieu het zegt: “le pouvoir arrête le pouvoir, pourqu’ on ne puisse abuser le pouvoir.” Daarom drie aparte overheidsmachten, die elkaar in evenwicht moeten houden – voor de (bekende) “checks and balances” moeten zorgen.

Zij moeten elkaar controleren – niet in de zin van het Engelse “control” = beheersen, maar door het vervullen van een contre-rôle, tegenspel, tegenspraak geven, zodat er een democratisch debat tussen die organen plaatsvindt.

Dat kan niet als één daarvan de hoogste (en daarmee de machtigste) is.

Dat is in Nederland het geval door het verbod om wetten te toetsen aan de Grondwet.

De wetgever is daardoor zelfs hoger dan de Grondwet, want wetten in strijd met de Grondwet kunnen niet worden gecorrigeerd.

Dit systeem kan leiden tot een dictatuur van de meerderheid. (Erdogan, Orban, om maar enkele namen te noemen.)

Thorbecke (ontwerper van de Grondwet van 1848) was daarom ook tegen het toetsingsverbod, dat alleen maar in de Grondwet is opgenomen omdat de Minister van Justitie, Donker Curtius, bang was voor het onvoorspelbare gedrag van de toekomstige Koning Willem III. Daarom zou niet alleen de Koning, maar zouden daarnaast ook de wetten onschendbaar moeten zijn.

Dit toetsingsverbod moeten we dus afschaffen. Als een wet in strijd is met de Grondwet dan moet een speciale rechter deze wet terugwijzen. Niet vernietigen of nietig verklaren, want

dan gaat hij op de stoel van de wetgever zitten, maar buiten toepassing verklaren en de bal weer opnieuw bij de wetgever neerleggen.

Die toetsing moeten we alleen oppakken voor een eventuele schending van grondrechten. Daarmee realiseren we een versterking van de rechtsbescherming van de Nederlandse burger.

Tegenwerping: niet nodig, want er vindt al toetsing van de grondwettelijkheid van wetten plaats bij de behandeling van het wetsvoorstel door de Raad van State en de Eerste Kamer, d.w.z. toetsing ex ante.

MAAR, zeg ik dan, als aanvulling daarop: we moeten ons bewust zijn, dat de werkelijkheid meer gevarieerd is dan je je tijdens het wetgevingsproces kunt voorstellen.

Na het vaststellen van de wet kunnen er effecten zijn of bijwerkingen zich voordoen, die men tevoren niet heeft voorzien of zelfs niet kon voorzien.

Ik denk met name aan ontwikkelingen op het gebied van informatietechnologie, waarin plotseling en snel moet worden opgetreden door een rechter. Als daarbij de vrijheid van meningsuiting, privacy of vertrouwelijkheid wordt geschonden, is het van belang de kwestie voor een correctie of actualisering weer op de agenda van de wetgever te krijgen.

Is dat dan wel democratisch verantwoord? Rechters zijn benoemd en de wetgever is gekozen bij vrije verkiezingen.

JA... Het is democratisch verantwoord, want die rechters zijn lieden die alleen een "finetuning" mogen verrichten. Constateert hij/zij daarbij in een specifiek geval een schending van een grondrecht dan legt hij de kwestie opnieuw aan de wetgever voor. Het gaat dus om een **vorm van democratisch overleg**.

Daarbij nog twee kanttekeningen.

1<sup>e</sup>. Het is niet zo, dat de Kantonrechter in Harderwijk of een alleen zittende kort geding rechter een wet buiten toepassing mag verklaren. **Geen gespreide toetsing**, maar alleen n.a.v. een prejudiciële beslissing door een Constitutioneel Hof.

2<sup>e</sup>. Het moet niet zo zijn dat partijpolitieke overwegingen de doorslag geven bij de benoeming van de leden van het Constitutioneel Hof. Ik refereer aan Remkes: benoeming bij KB op een bindende voordracht van een commissie, bestaande uit een deskundige (te benoemen door de Tweede Kamer), een lid van de Hoge Raad en een derde deskundige, aangewezen door de twee eerder benoemde personen (die dan niet een rechter of een parlementariër mag zijn).

Voorzitter, ik bepleit met deze afschaffing van het toetsingsverbod een versterking van onze rechtsstaat. Daarmee dienen we de weerbaarheid van onze democratie.