

rechtstreeks 2025 nr 1



20
80
B

ONTWERP
VAN
GRONDWET
VOOR HET
KONINGRIJK DER NEDERLANDEN
VOLGENS DE VERANDERINGEN, GOEDGEKEURD
DOOR
DE BEIDE KAMERS DER STATEN-GENERAAL
IN DE ZITTING VAN 1847—1848,



Raad voor de
rechtspraak

Constitutioneel bewustzijn van rechters

Maurice Adams

Constitutionele bewustwording:
verleden, heden en toekomst

Michiel van Emmerik en

Toni van Gennip

Constitutioneel bewustzijn bij
rechters, met en zonder het
toetsingsverbod

Ben Vermeulen

Constitutionele bewustwording,
constitutionele toetsing,
constitutioneel hof

Niels Graaf

Constitutionele toetsing,
kennis en kunde – Duitse en
Italiaanse Tipps en trucchetti

Geerten Boogaard

Constitutionele rechtspraak: een
vak apart voor een hof apart?

Constitutioneel bewustzijn van rechters

Colofon

Rechtstreeks is een periodiek voor de Rechtspraak en richt zich op de praktijk en de ontwikkeling van de rechtspraak in Nederland. Het tijdschrift, verspreid door de Raad voor de rechtspraak, stelt zich ten doel wetenschappelijke inzichten en bijdragen aan het publieke debat over de rechtspraak ter kennis te brengen van allen die beroepshalve bij de rechtspraak betrokken zijn. Opname in *Rechtstreeks* betekent niet dat de inhoud het standpunt van de Raad voor de rechtspraak weergeeft.

Redactie

Dr. N. (Nienke) Doornbos
Universitair hoofddocent rechtssociologie aan de
Universiteit van Amsterdam

Mr. dr. H.J. (Herman) van Harten
Senior raadsheer en teamvoorzitter in het gerechtshof
Den Haag

Drs. A. (Harry) Koster
Kennisarchitect bij de Raad voor de rechtspraak

Mr. K.G.F. (Kim) van der Kraats
Rechter rechtbank Midden-Nederland en bijzonder
hoogleraar rechtspraak aan de Universiteit Utrecht

Prof. mr. dr. A.T. (Bert) Marseille
Hoogleraar bestuurskunde, in het bijzonder de
empirische bestudering van het bestuursrecht aan de
Rijksuniversiteit Groningen

Dr. S.B.M. (Sebastiaan) Princen
Universitair hoofddocent bij Bestuurs- en
Organisatiwetenschap (USBO) van de
Universiteit Utrecht

Redactieraad

Prof. mr. T. Barkhuysen
Prof. mr. Y. Buruma
Prof. mr. dr. I. van Domselaar
Prof. mr. N.J.H. Huls

Redactieadres

Redactie *Rechtstreeks*
Raad voor de rechtspraak
Afd. Strategie
Postbus 90613
2509 LP Den Haag
E-mail: rechtstreeks@rechtspraak.nl

Oplage

3.770 exemplaren

ISSN 1573-5322

Uitgever

Xerox/OSAGE

Abonnementen

Rechtstreeks wordt gratis toegezonden aan hen die tot de doelgroep behoren. Wie meent voor toezending in aanmerking te komen wordt verzocht zijn naam, post-adres en functie kenbaar te maken aan het secretariaat van *Rechtstreeks* (rechtstreeks@rechtspraak.nl).

Adresmutaties

Xerox Communicatie Service
t.a.v. het bedrijfsbureau
Kalvermarkt 53
2511 CB Den Haag
E-mail: info@xnloverheid.nl

Retouren

Bij onjuiste adressering verzoeken wij u gebruik te maken van de adresdrager en daarop de reden van retournering aan te geven.

© Staat der Nederlanden (Raad voor de rechtspraak)

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, in een voor anderen toegankelijk gegevensbestand worden opgeslagen of worden openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad voor de rechtspraak. De toestemming wordt hierbij verleend voor het verveelvoudigen, in een gegevensbestand toegankelijk maken of openbaar maken waarvoor geen geldelijke of andere tegenprestatie wordt gevraagd en ontvangen en waarbij deze uitgave als bron wordt vermeld.

Inhoud

Redactioneel	5
Over de auteurs	9
Column Bij de tijd <i>Maartje Bijl</i>	11
Constitutionele bewustwording: verleden, heden en toekomst <i>Maurice Adams</i>	14
Constitutioneel bewustzijn bij rechters, met en zonder het toetsingsverbod <i>Michiel van Emmerik en Toni van Gennip</i>	26
Constitutionele bewustwording, constitutionele toetsing, constitutioneel hof <i>Ben Vermeulen</i>	35
Constitutionele toetsing, kennis en kunde – Duitse en Italiaanse <i>Tipps en trucchetti</i> <i>Niels Graaf</i>	43
Constitutionele rechtspraak: een vak apart voor een hof apart? <i>Geerten Boogaard</i>	57

Redactioneel

Nederland en constitutioneel bewustzijn vormen een moeizaam huwelijk. Hoewel de Grondwet formeel wordt erkend als hoogste rechtsbron, speelt hij een betrekkelijk anonieme rol in het juridisch en publiek bewustzijn. Waar de meeste ons omringende landen een vorm van constitutionele toetsing kennen, houdt het Nederlands staatsbestel vast aan een verbod op toetsing door de rechter van formele wetten aan de Grondwet en algemene rechtsbeginselen. Daarbij is onze Grondwet, zoals in Kortmanns *Constitutioneel Recht* wordt opgemerkt, ‘sober van opzet en inhoud’. Hier geen grote beginselverklaringen over de bron van de soevereiniteit of de idealen achter onze constitutionele ordening. Sinds 2022 is daar enige verandering in gekomen door de toevoeging van de algemene bepaling (‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat’), maar deze riep dan ook meteen kritiek op van hen die vonden dat dit slechts lege symboliek was.

Voor deze constitutionele terughoudendheid zijn verschillende verklaringen aan te voeren. Zoals Vermeulen in dit nummer opmerkt, was de invoering van constitutionele toetsing in Europese landen vaak verbonden met de wens afstand te nemen van een ‘beladen verleden’, zoals een dictatuur of een totalitair systeem. De afwezigheid van constitutionele toetsing en de beperkte rol van de Grondwet in het algemeen kunnen mede verklaard worden door het ontbreken van een dergelijke historische breuklijn in het recente Nederlandse verleden. Daarbij kenmerkt het Nederlands staatsbestel zich door een groot vertrouwen in de redelijkheid en het fatsoen van politici en bestuurders. Zij worden van oudsher vooral gezien als

goedbedoelende en verstandige lieden die weliswaar verschillende visies hebben op waar het heen moet, maar al met al het beste met volk en vaderland voorhebben. De Grondwet biedt een kader waarbinnen zij dienen te opereren, maar dat kader bevat vooral procedurele normen. Het toezicht op de naleving daarvan is belegd bij politieke en bestuurlijke organen zelf. Zo kent Nederland een apolitieke Grondwet voor een gedepolitiseerde politiek.

Dit uit zich ook in de, wederom in vergelijking met veel omringende landen, beperkte regulering van zaken als partijfinanciering en lobbyen. Oproepen om rond deze onderwerpen strengere eisen in te voeren, stuiten al snel op het verweer dat dit niet nodig is en slechts het gewone politieke bedrijf bemoeilijkt. Dat andere landen die regels nodig hebben, kan men in Nederland nog wel begrijpen. Maar voor onszelf is dat toch een beetje overdreven.

In weerwil van deze traditionele visie, is er de afgelopen jaren langzaam een verschuiving zichtbaar in de praktijk van en het denken over constitutionele toetsing. Deze heeft verschillende bronnen. Ten eerste is twijfel ontstaan over het rechtsstatelijk geweten van politici en bestuurders. De toeslagenaffaire in de kinderopvang is hierin een breekpunt geweest. Niet voor niets concludeerde de parlementaire onderzoekscommissie over deze affaire dat de ‘grondbeginselen van de rechtstaat [waren] geschonden’ door bestuur, wetgever en rechter. Blijkbaar waren deze grondbeginselen bij hen niet altijd in goede handen.

Ten tweede is de vanzelfsprekendheid van de rechtsstatelijke uitgangspunten van ons

staatsbestel onder vuur komen te liggen vanuit rechts-populistische hoek. Dit heeft de ogen geopend voor de kwetsbaarheid van die beginselen en instellingen en de noodzaak om de bescherming daarvan te versterken. Kenmerkend voor (rechts en links) populisme is de gedachte dat sprake is van een eenduidige wil van 'het volk', die gedwarsboomd wordt door een perfide elite die politiek de touwtjes in handen heeft. Rechtsstatelijke beginselen ter beperking van de staatsmacht en bescherming van individuen en minderheden zijn in deze visie vooral obstakels voor het ten uitvoer leggen van wat het volk eigenlijk wil, zo niet bewuste pogingen van de elite om haar eigen visie aan anderen op te leggen. Concreet uit zich dit in (steeds openlijkere) aanvallen op rechtsstatelijke beginselen en instellingen, waaronder de grondrechten en de rechterlijke macht. Daarmee zijn deze beginselen en instellingen niet langer het 'rustig bezit' dat ze voorheen geacht werden te zijn.

Ten derde is de Nederlandse rechter, ook zonder formele constitutionele toetsingsbevoegdheid, steeds actiever geworden in het toetsen van wetgeving. Dit is vooral aangejaagd door de ruimere interpretatie van grondrechten in het EVRM, gekoppeld aan de bevoegdheid die de Nederlandse rechter wel al sinds jaar en dag heeft om aan internationale verdragen te toetsen. Daarmee zijn vormen van constitutionele toetsing deel geworden van de Nederlandse rechtscultuur, al is het dan buiten de Grondwet om.

Deze ontwikkelingen komen samen in een reeks pogingen om de rol van rechterlijke toetsing in Nederland te versterken. Deels vinden deze pogingen plaats binnen het bestaande constitutionele kader. Zo hebben de hoogste Nederlandse bestuursrechters, zij het nog voorzichtig, een koers ingezet naar een

intensievere toetsing van overheidsbesluiten aan het evenredigheidsbeginsel. Het wetsvoorstel versterking waarborgfunctie Awb probeert via wetgeving meer inhoudelijke kleuring aan de toetsing door de rechter te geven.

Daarnaast zijn er diverse initiatieven om het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet af te schaffen of in te perken. In zijn eindrapport adviseerde de Staatscommissie rechtsstaat om het toetsingsverbod af te schaffen, met name om het constitutionele bewustzijn en het constitutionele debat in Nederland te vergroten. Constitutionele toetsing is ook opgenomen in het regeerprogramma van het kabinet-Schoof. In februari van dit jaar kwam het kabinet met een 'contourennota' waarin de aanpassing van artikel 120 en de oprichting van een constitutioneel hof werden voorgesteld.

Deze ontwikkelingen roepen belangrijke vragen op voor rechters en de rechterlijke macht als geheel. Invoering van (een vorm van) constitutionele toetsing is immers niet alleen een institutionele exercitie. Het vereist ook een andere manier van denken bij de beslechting van geschillen en een nieuwe invulling van de verhouding tussen rechter, bestuur en burger. Het vraagt, in andere woorden, om een ander constitutioneel bewustzijn bij rechters. De vragen die in dit nummer centraal staan, zijn wat dat constitutionele bewustzijn precies inhoudt, wat dit vraagt van rechters en in hoeverre rechters hiervoor zijn toegerust. In het licht van de hiervoor beschreven ontwikkelingen, zijn deze vragen van belang ongeacht of er formele aanpassingen aan het toetsingsverbod komen. De weg naar (vormen van) constitutionele toetsen is immers allang ingezet.

Deze vragen worden verkend in vijf bijdragen.

Maurice Adams (hoogleraar Encyclopedie van het recht aan Tilburg Law School) plaatst de discussie over constitutioneel bewustzijn in historisch perspectief. Hij laat zien dat de juridische en politieke ontwikkeling in Nederland heeft geleid tot een grondwet die weinig inhoudelijke richting geeft en geen grote rol speelt in het politieke debat. Tegelijkertijd wijst hij erop dat bescherming van constitutionele beginselen in Nederland wel (en vooral) via andere kanalen plaatsvindt. Dit relateert het belang van constitutionele toetsing in formele zin maar vraagt tegelijkertijd ook om een sterk constitutioneel bewustzijn bij zowel rechters als de wetgevende macht.

Michiel van Emmerik (universitair hoofddocent staatsrecht aan de Radboud Universiteit) en

Toni van Gennip (universitair docent staatsrecht Radboud Universiteit) plaatsen hun betoog in het spanningsveld tussen de beginselen van machtscheiding en rechtsbescherming waar de rechter tussen heeft te laveren. Hoewel zij denken dat de invoering van constitutionele toetsing een bijdrage kan leveren aan grotere rechtsbescherming, benadrukken zij dat de rechter nu al diverse mogelijkheden heeft om te toetsen aan constitutioneel recht. In die zin zijn constitutioneel bewustzijn en reflectie op de verhouding tussen machtscheiding en rechtsbescherming voor rechters ook nu al noodzakelijk.

Ben Vermeulen (lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State) wijst erop dat constitutionele toetsing verschillende vormen kan aannemen, afhankelijk van wie er toetst en waaraan precies wordt getoetst. In zijn algemeenheid verwacht hij niet dat invoering van constitutionele toetsing veel verschil zal maken voor de Nederlandse rechtspraktijk, waarbij hij open laat of toekomstige ontwikkelingen daar wel aanleiding toe zullen (moeten) geven.

Niels Graaf (universitair docent constitutioneel recht aan de Universiteit van Amsterdam) betoogt dat constitutionele toetsing een vak apart is, dat speciale 'constitutionele vorming en ervaring' vereist. In Nederland zijn die vorming en ervaring onder rechters (en juristen in het algemeen) volgens hem beperkt. Daarbij wijst hij erop dat de vormen van constitutionele toetsing die in het huidige systeem al mogelijk zijn, in de praktijk slechts mondjesmaat worden gebruikt. Als remedie schetst hij een aantal ervaringen uit Duitsland en Italië die mogelijkheden bieden om de kennis en ervaring rond constitutionele toetsing in Nederland te versterken.

De bijdrage van **Geerten Boogaard** (hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden) vervolgt de discussie over de vraag of constitutionele rechtspraak een vak apart is. Zijn antwoord is tweeledig: in termen van rechtsvragen zijn constitutionele vragen niet wezenlijk anders, maar ze vormen wel een eigen juridisch specialisme met specifieke manieren van redeneren. Cruciaal daarin is dat constitutionele toetsing een zeker 'institutioneel bewustzijn' vereist dat uitstijgt boven de letter van de (Grond)wet. Volgens Boogaard is dit niet automatisch een argument voor een apart constitutioneel hof, maar gespreide toetsing vereist wel een versterking van dat institutionele bewustzijn bij 'gewone' rechters.

Al met al zijn in de vijf bijdragen een aantal rode draden te herkennen. Een daarvan is dat de Nederlandse rechter ook onder het huidige toetsingsverbod mogelijkheden voor constitutionele toetsing heeft. Dat heeft echter niet geleid tot een levendige constitutionele praktijk. In het verlengde daarvan is het constitutioneel bewustzijn onder rechters beperkt. Zowel in de huidige situatie als in een

mogelijke toekomstige situatie met een grotere rol voor constitutionele toetsing is het nodig om dat bewustzijn te versterken, zowel bij de rechter als bij de andere staatsmachten.

In haar column schrijft **Maartje Bijl** (rechter bij de rechtbank Gelderland) als 'kritische vriendin' een brief aan de rechtspraak. Daarin vraagt zij de rechtspraak of deze wel voldoende is opgewassen tegen de veranderingen die op haar afkomen en stelt zij de Britse koningin Elisabeth II ten voorbeeld vanwege haar vermogen om relevant te blijven in veranderende tijden. Uit haar betoog spreekt enige bezorgdheid over het vermogen van de rechtspraak om dat ook te (blijven) doen.

Maar vooral doet zij een oproep om na te denken over hoe waardevolle tradities kunnen worden verzoend met een veranderende wereld.

Tot slot verwelkomt de redactie Nienke Doornbos, docent en onderzoeker op het gebied van empirisch onderzoek naar juridische professies en de sociale werking van het recht aan de Universiteit van Amsterdam, en Herman van Harten, teamvoorzitter en handelsrechter hoger beroep in het gerechtshof Den Haag, als nieuwe leden in de redactie.

Namens de redactie,
Sebastiaan Princen

Over de auteurs



Maurice Adams

Prof. mr. M. Adams is hoogleraar encyclopedie van het recht aan Tilburg Law School. Hij studeerde te Maastricht, Leuven en Oxford, en promoveerde te Leuven. In zijn onderwijs en onderzoek is hij vooral actief op het domein van de grondslagen van het publiekrecht, en de methodologie van de rechtsvergelijking. Hij is een van de oprichters en hoofdredacteuren van de website nederlandrechtsstaat.nl.



Maartje Bijl

Mr. M.A. Bijl is senior rechter en sinds 1 maart overkoepelend programmamanager Tijdige rechtspraak. Eerder werkte zij in het cluster strafrecht en het cluster toezicht bij de rechtbank Gelderland. Zij heeft sinds 2017 diverse leidinggevende functies vervuld, is persrechter en verbonden aan de landelijke woordvoerderspool.



Geerten Boogaard

Prof. mr. G. Boogaard is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Hij bekleedt tevens de Thorbecke-leerstoel voor decentrale overheden. In 2010 promoveerde hij aan de Universiteit van Amsterdam op *Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten*. Sindsdien heeft hij regelmatig gepubliceerd over onderwerpen die samen als constitutioneel procesrecht kunnen worden geduid.



Michiel van Emmerik

Mr. dr. M.L. van Emmerik is universitair hoofddocent bij de vaksectie staatsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en verbonden aan het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht. Hij is rechter-plaatsvervanger bestuursrecht in de rechtbank Midden-Nederland en betrokken in de SSR-opleiding voor rechters in opleiding. In zijn onderzoek ligt de nadruk op de betekenis van Europese grondrechten voor het Nederlandse staats- en bestuursrecht, in het bijzonder op het terrein van rechterlijke integriteit.



Toni van Gennip

Mr. dr. T.E.J.H. van Gennip is universitair docent bij de vaksectie staatsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en verbonden aan het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht. Hij is betrokken in de SSR-opleiding voor rechters in opleiding. Zijn onderzoeksinteressen liggen op het terrein van de (grond)wetgevingsprocedure, het politiek staatsrecht, de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechtspraak en het vergelijkend staatsrecht.



Niels Graaf

Mr. dr. N. Graaf is als universitair docent constitutioneel recht verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam. Zijn onderzoek richt zich op constitutionele en gerechtelijke cultuur in vergelijkend en historisch perspectief.



Ben Vermeulen

Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen is lid van de Raad van State en de Afdeling bestuursrechtspraak. Hij is emeritus hoogleraar onderwijsrecht aan de Radboud Universiteit en emeritus hoogleraar staats- en bestuursrechtspraak aan de Vrije Universiteit, en lid van het Constitutioneel Hof van Sint Maarten. Hij publiceert voornamelijk over constitutioneel recht. Foto: Raad van State/John de Koning.

Bij de tijd

Maartje Bijl

Lieve Rechtspraak,

Ik hoop dat deze brief je, ondanks het stormachtige weer, in goede gezondheid bereikt. Allereerst wil ik mijn oprechte waardering uitspreken voor het werk dat je doet en de rol die je speelt in onze samenleving. Jouw kerntaak, het beschermen van de rechten en vrijheden van burgers, is van onmiskenbare waarde voor het functioneren van onze democratische rechtsstaat. Wat ontzettend fijn dat jij je daarvoor inzet. Wordt dat nog wel vaak genoeg tegen je gezegd?

De reden waarom ik deze brief schrijf, is om te vragen hoe het eigenlijk met je gaat. Ik heb daar wel wat zorgen over. Hoe blijf je staan, je aanpassen en mee evolueren met de ontwikkelingen om je heen? In een tijd waarin alles sneller lijkt te veranderen dan ooit tevoren. Hoe zorg je ervoor dat je werk en de manier waarop je recht spreekt, relevant blijft voor de huidige generatie en toekomstige generaties? En hoe doe je dat eigenlijk midden in de spotlight?

Bij het nadenken over dit onderwerp, werd ik geïnspireerd door de figuur van koningin Elizabeth II, die in 2022 haar leven afsloot na een regeerperiode van bijna zeventig jaar. Wat mij fascineert, is dat zij, ondanks haar lange leven en de enorme veranderingen in de samenleving die zij heeft meegemaakt, altijd relevant is gebleven. Haar invloed en status als monarch strekten zich uit over generaties en werden versterkt door haar vermogen om zich steeds aan te passen aan de tijdsgeest. Dat ging niet altijd over rozen en

dat is maar goed ook, anders waren die zestig afleveringen van *The Crown* er niet gekomen en ik moet eerlijk bekennen dat ik daarvan genoten heb.

De vraag die ik mijzelf stelde, is of er parallellen zijn tussen de voortdurende relevantie van een instituut zoals de Britse monarchie, en de rol van de rechtspraak in onze samenleving. De vergelijking tussen koningin Elizabeth II en de rechtspraak is wellicht verrassend, maar ik geloof dat er waardevolle inzichten te vinden zijn in de manier waarop zij, net als de rechtspraak, met haar tijd is meegegaan, ondanks de uitdagingen van het behoud van tradities en stabiliteit.

Elizabeth II, geboren in 1926, heeft de opkomst van de moderne technologie meegemaakt, de veranderingen in het politieke landschap en de verschuivingen in de maatschappelijke normen. Het is indrukwekkend te zien hoe zij erin slaagde haar publieke imago en invloed intact te houden, zelfs in een tijdperk van digitale revolutie en globalisering. Ze bleef niet alleen een symbool van continuïteit, maar paste zich ook aan door nieuwe technologieën te omarmen en de communicatie met het publiek te moderniseren. Door bijvoorbeeld in 1957 de eerste kersttoespraak via televisie te houden, speelde ze in op de veranderingen in media en de toenemende invloed van de televisie op het leven van mensen. Later kwam daar de internetcommunicatie bij, waarbij de koninklijke familie actief gebruik maakte van sociale media en digitale platforms om in contact te blijven met een breder publiek, vooral de jongere generatie.

Koningin Elizabeth II wist ook hoe belangrijk het was om haar openbare optreden en communicatie af te stemmen op de verwachtingen van het moment. Terwijl ze zich vasthield aan de tradities van de monarchie, werd zij geen conservatieve figuur die achter de feiten aan liep. Ze begreep dat de wereld om haar heen veranderde en dat haar publieke rol zich daaraan moest aanpassen, zonder haar fundamenteën volledig op te geven.

Het vermogen van koningin Elizabeth om relevant te blijven, kan jou wellicht iets leren over hoe jij je in de 21ste eeuw zou kunnen blijven aanpassen. Het is duidelijk dat de rechtspraak, net als de monarchie, te maken heeft met de uitdaging om zowel stabiliteit als vernieuwing te combineren. Net als koningin Elizabeth, die een balans moest vinden tussen traditie en vernieuwing, ben jij afhankelijk van jouw fundamenteën en eeuwenoude tradities, maar moet je tegelijkertijd de noodzakelijke stappen zetten om aansluiting te vinden bij de maatschappelijke veranderingen. En dat alles terwijl je vol in de spotlight staat.

Jij staat door je maatschappelijke rol altijd in een dynamische verhouding met de maatschappij. In een tijd waarin technologie, globalisering en de veranderende waarden van de samenleving nieuwe juridische vraagstukken oproepen, moeten rechters en juridische instanties zich voortdurend afvragen hoe zij met deze veranderingen omgaan. Digitale ontwikkelingen, bijvoorbeeld, hebben geleid tot nieuwe vormen van criminaliteit, zoals cybercriminaliteit, en de manier waarop rechtszittingen plaatsvinden verandert met de opkomst van digitale tools en online platforms.

Zo kan het gebruik van technologie de toegang tot rechtshulp verbeteren en juridische procedures transparanter maken. Er zijn al stappen gezet, zoals het online kunnen indienen van documenten, digitale rechtszittingen en het gebruik van AI om juridische documenten sneller te analyseren. Maar hoe zorg je ervoor dat de menselijke factor en de fundamentele waarden van het recht behouden blijven in een steeds verder digitaliserende wereld? Dit is vergelijkbaar met hoe koningin Elizabeth het gebruik van nieuwe technologieën omarmde zonder haar functie en haar symbolische waarde te verliezen.

Daarnaast is er de kwestie van de culturele veranderingen die de samenleving beïnvloeden. Wat eens als vanzelfsprekend werd beschouwd, verandert voortdurend. Denk hierbij aan maatschappelijke bewegingen zoals de strijd voor gelijke rechten en sociale rechtvaardigheid, en de nadruk die steeds sterker wordt gelegd op inclusiviteit. Hoe zorg jij ervoor dat je deze nieuwe normen en waarden ook weerspiegelt? En in je voorkomen een afspiegeling blijft van de samenleving? Hoe blijf jij een aanspreekpunt voor iedereen, toegankelijk net als Elizabeth? Ook jij moet het evenwicht vinden tussen traditie en verandering.

Koningin Elizabeth II toonde door haar bereidheid om met de tijd mee te gaan, bijvoorbeeld door te leren omgaan met de media, hoe belangrijk het is om in contact te blijven met die samenleving. Dit geldt niet alleen voor de monarchie, maar ook voor de rechtspraak. De burger verwacht niet alleen rechtvaardigheid, maar ook transparantie en toegankelijkheid. In een tijd waarin burgers steeds meer vragen

om verantwoording en betrokkenheid, is het essentieel dat de rechtspraak actief met de samenleving blijft communiceren. Openbaarheid is een groot goed.

En hoe zou je jezelf dan willen presenteren lieve Rechtspraak? De kledingstijl van koningin Elizabeth II was altijd zorgvuldig gekozen om haar imago van stabiliteit, autoriteit en continuïteit te versterken. Haar kleding, vaak in felle kleuren en met verfijnde details, straalde respect voor traditie uit, met een *personal touch*. Dit zorgvuldig opgebouwde imago was een symbool van haar betrouwbaarheid en verbondenheid met het volk, ongeacht de veranderingen in de maatschappij. Op een vergelijkbare manier heeft de rechtspraak haar imago opgebouwd rondom de principes van onpartijdigheid, rechtvaardigheid en autoriteit, waarbij de traditionele rol van de rechter en

de waarde van de wet altijd centraal staan. Net zoals koningin Elizabeth haar kledingkeuzes afstemde om een beeld van stabiliteit te projecteren, streef jij ernaar jouw gezag en geloofwaardigheid te behouden door een consistent en respectvol imago uit te dragen. Beide instituten combineren traditie met een zorgvuldige afstemming op de maatschappelijke verwachtingen, waardoor ze relevant kunnen blijven in een snel veranderende wereld. Betekent dat dat jij toch meer op de voorgrond zult gaan treden?

Ik ben benieuwd naar je inzichten. Nogmaals veel dank voor alles wat je doet. Ik kijk er enorm naar uit om meer van je te gaan zien. Als ik wat kan doen om te helpen, laat je het dan alsjeblieft weten?

Met vriendelijke groet,
Maartje

Constitutionele bewustwording: verleden, heden en toekomst

Maurice Adams

1. Inleiding: een vraag

In november 2022 organiseerde een rechtbank hier te lande haar jaarlijkse samenkomst op de spreekwoordelijke heide. Ik mocht daar een lezing verzorgen over de invloed van politieke polarisering op de rechterlijke macht. De aanvliegroute die ik daarvoor had gekozen was een zaak die in de zomer van dat jaar wereldwijd behoorlijk wat ophef had veroorzaakt, namelijk het arrest van het US Supreme Court van 24 juni 2022 over de constitutionele grondslag van abortus: *Dobbs v. Jackson Women's Health*.¹

Commotie over deze kwestie lijkt onderdeel van het politiek-ideologische en juridische DNA van de Verenigde Staten. Dat heeft niet alleen met het onderwerp als zodanig te maken, maar is ook het gevolg van het feit dat men daar een bijna niet door de wetgever te veranderen Grondwet heeft. Daardoor ligt de verantwoordelijkheid voor constitutionele verandering voor een belangrijk deel bij de rechter. Die wordt dan al snel voorwerp van politieke, maatschappelijke en juridische discussie.²

Hoe ook, een van de deelnemers aan de samenkomst vroeg me na afloop van de lezing of rechters zich in hun professionele hoedanigheid niet beter in onze Grondwet zouden moeten verdiepen; die zelfs zouden moeten kennen. Deze vraag sluit nauw aan bij het thema van deze aflevering van dit tijdschrift. Eén manier om tot een antwoord te komen is die te duiden vanuit een historisch perspectief: welke rol speelde de Grondwet in het politieke discours in de negentiende en twintigste eeuw, en wat leert ons dat over de situatie vandaag? In onder meer paragraaf 2 ga ik daar nader op in. Vervolgens zie ik in de paragrafen 3-6 een aantal actuele ontwikkelingen in dit verband, om in paragraaf 7 te besluiten met enkele observaties over de toekomst.

¹ Zie www.supremecourt.gov/opinions/19-1392_6j37.pdf.

² Dit kan ook deels de grote politieke aandacht verklaren voor benoemingen van hoge federale rechters (waarvoor de US Senate bevoegd is) en de daarbij horende, voor mij wat vermoeide discussie over de betekenis en reikwijdte van het zogeheten *originalism*. Dat is kort gezegd de denkrichting die leert dat de Amerikaanse Grondwet moet worden geïnterpreteerd op basis van ofwel de door de oorspronkelijke auteurs bedoelde betekenis ervan, ofwel de woordelijke betekenis.

2. Historische excursie

Waar komt de vraag die ik kreeg vandaan, ondanks dat het – toegegeven: strenge – antwoord had kunnen zijn: ‘Die Grondwet had u allang moeten kennen!’? Een bescheiden historische excursie kan misschien helpen er wat grip op te krijgen.

Het is niet overdreven om te stellen dat de Grondwet van 1848, waarvan Johan Rudolph Thorbecke (1798-1872) de belangrijkste geestelijke vader is, een nieuwe start voor de Nederlandse constitutionele orde markeert. Een aantal institutionele kenmerken ervan stempelen nog steeds onze huidige Grondwet. In zijn studie over de politieke betekenis van die Grondwet tussen 1848 en 1917 maakt Te Velde een inzichtelijk onderscheid tussen wat hij de periode van ‘constitutionele politiek’ noemt enerzijds, en ‘democratische politiek’ anderzijds.³

Wat het eerste betreft: het was Thorbecke zelf nooit primair te doen om het grondwettelijk installeren van een democratie door bijvoorbeeld de meerderheidsregel te verankeren. Het ging hem veeleer om het adequaat vormgeven van het tot 1848 volgens hem nog niet behoorlijk functionerende politieke domein en om goed bestuur. In de geveugelde woorden van Thorbecke zelf: ‘Is het alleen de vraag, wat het volk of de meerderheid wil, dan vervalt de vraag naar het geen regt, waar, goed en uitvoerbaar is.’⁴ Om waarheid en gerechtigheid te bereiken, diende de Grondwet, aldus Thorbecke, tot een ‘nationale kracht’ te worden; als leidraad voor een betekenisvol politiek leven, op basis van open debat en transparantie. De discussie hierover, gevoerd tussen conservatieven, liberalen en antirevolutionairen, werd in het voordeel van de liberaal Thorbecke beslecht. Het gevolg was dat de Koning veel van zijn grondwettelijk gegarandeerde macht verloor, dat de ministeriële verantwoordelijkheid werd ingevoerd en de rol van het parlement groter werd (onder meer als gevolg van de directe verkiezing ervan). Ook werden heel wat nieuwe grondrechten geïntroduceerd: vrijheid van onderwijs, meningsuiting, drukpers, vereniging en vergadering, etc.

Vanaf de jaren tachtig en negentig van de negentiende eeuw werd vervolgens plaatsgemaakt voor de periode die Te Velde ‘democratische politiek’ noemt. Daarbij fungeerde de grondwetsherziening van 1887, die goeddeels over de verruiming van het kiesrecht ging, als scharnierpunt.⁵ Geleidelijk ontstond een situatie waarin de politiek niet langer, zoals Thorbecke het wenste, een functie van de Grondwet was of behoorde te zijn, maar zou de Grondwet *ten dienste van* de democratie en de politiek moeten worden begrepen. Aldus kwam er, ook via de vormgeving van politieke partijen, meer ruimte voor de politiek en het politieke debat dan tot dan het geval was.

Het resultaat was dat politieke vertegenwoordiging door middel van het parlement steeds minder werd opgevat als vertegenwoordiging vóór het volk, en steeds meer als vertegenwoordiging ván het volk. De Grondwet, die moeizaam was te wijzigen, werd door velen als een belemmering ervaren voor

³ Te Velde 1998, p. 146–181, recent nog Te Velde 2024, p. 40–55.

⁴ Te Velde 1998, p. 153, onder verwijzing naar Thorbecke 1868.

⁵ Over heel wat van deze discussies zie het proefschrift van Van Vugt 2021.

wat als voortvarende of noodzakelijke politiek werd gezien. De Grondwet moest beter aangepast zijn aan de noden van de tijd en, zoals sommigen het formuleerden, in overeenstemming zijn met het rechtsbewustzijn en het leven en geweten van het volk.⁶ De volkswil, vooral bemiddeld via de weg van politieke vertegenwoordiging (gepaard gaand met de opkomst van politieke partijen), kwam in politieke debatten zodoende meer centraal te staan. In 1890 was het, volgens Te Velde, de laatste keer in de door hem onderzochte periode waarin de Grondwet prominent fungeerde in parlementaire debatten.⁷

Tot aan de periode van de Tweede Wereldoorlog brak vervolgens een periode aan van relatieve luwte voor wat betreft het debat over de betekenis van de Grondwet in en voor het politieke leven.⁸ Sillen illustreert hoe daarna de discussie over de rol van de wetgever in verhouding tot de Grondwet ook vorm kreeg in academische discussies over hoe de Grondwet moet worden geïnterpreteerd, en zich kenmerkte door het ontbreken van een visie op wat er in een Grondwet thuishoort. Natuurlijk was men van mening dat een Grondwet wel degelijk bindende kracht had, maar gaandeweg werd duidelijk dat er ook consensus was over het feit dat de betekenis van de Grondwet met veranderende opvattingen in de samenleving wijzigt en dat dit ook zo hoort. En die betekenis kan dan worden verleend door middel van het debat tussen regering en parlement; in het politieke domein dus.

3. De Grondwet als leidraad voor politieke macht

Je zou kunnen zeggen dat de hedendaagse vormgeving van de Grondwet nog steeds in overeenstemming is met de wijze waarop die gaandeweg de negentiende en twintigste werd beschouwd en begrepen. Het vertrouwen in wetgever en politiek is in ieder geval groot. Dat kan je bijvoorbeeld afleiden uit een samenhangende lezing van onder andere de artikelen 50 (de Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk), 67 (vergaderen waarover men waar wil, besluitvorming bij meerderheid van stemmen en in het algemeen belang), 71 (immunitet van parlementsleden) en 81 ('De vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk') van onze Grondwet, samen met de ongeschreven vertrouwensregel. Vooral artikel 120 Grondwet markeert en kalibreert de samenhang van dit alles: het daarin opgenomen verbod op constitutionele toetsing door de rechter van wetten en verdragen kan immers als een bevestiging worden gelezen van het vertrouwen in wetgever en politiek, dus ook en vooral voor wat betreft de betekenisbepaling van de Grondwet.

Dat vertrouwen kan je ook afleiden uit de karige vormgeving van onze Grondwet.⁹ Het is een wat 'droog'¹⁰ document, en ziet toch vooral op het benoemen van de belangrijkste staatsorganen en het inrichten van procedures. Zo bespreekt het hoofdstuk van de Grondwet over de totstandkoming van

⁶ Hierover Sillen 2020, p. 403 (onder verwijzing naar J. Oppenheim en H. Krabbe).

⁷ Het ging over de vraag of een kieswetvoorstel in overeenstemming was met de Grondwet.

⁸ Over de periode na 1917 onder meer ook Te Velde 2024, Sillen 2020 en Van Leeuwen 2014.

⁹ Over wat volgt M. Adams & R. Janse, 'Design and Practice of Dutch Constitutional Culture and Identity', nog te publiceren artikel in bundel over de Nederlandse constitutionele identiteit. Tevens Adams 2024, p. 1912-1919.

¹⁰ Zoals ik iemand ooit heb horen zeggen, hoewel ik niet meer weet wie.

wetten in formele zin (hoofdstuk 5) alleen de procedure die regering en Staten-Generaal moeten volgen om een besluit te nemen dat het predicaat 'wet' mag dragen. De gedachte blijft weliswaar dat dit een procedure is die met vele waarborgen is omkleed en dat daarvan doorgaans een evenwichtige afweging van belangen te verwachten is, maar de Grondwet zelf zwijgt hierover.¹¹

En als het over de beperking van grondrechten gaat, staat vooral de actor die dat mag doen centraal; dat is dan de wetgever. Bij ons lezen we bijvoorbeeld in artikel 7 van de Grondwet onder meer dat weliswaar niemand 'voorafgaand verlof nodig [heeft] om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren', maar daarop volgt onmiddellijk: 'behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet'.¹² Klinkt logisch. Maar die wet die je meningsuiting kan beperken, ten aanzien waarvan je 'verantwoordelijkheid' hebt, moet uiteraard goedgekeurd worden door het parlement; de actor dus. De gronden op basis waarvan je een grondrecht eventueel mag beperken, worden daardoor vooral aangereikt door een document dat buiten de Grondwet ligt en dat van veel latere datum is: het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Opvallend is verder ook dat het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel wel een plaats in de Grondwet heeft (art. 16) maar dat het meer omvattende staatsrechtelijk legaliteitsbeginsel nergens wordt genoemd en slechts zeer beperkt wordt weergegeven (art. 89 lid 2 en 4 Grondwet).

Op basis van het voornoemde kunnen we de Nederlandse Grondwet eerder typeren als een algemene leidraad voor de uitoefening van politieke macht dan als een verzameling robuuste garanties in dienst van de waarden van de rechtsstaat; het is veeleer een codificatie van de politieke praktijk dan een weergave van een wenselijke situatie.¹³ Al met al heeft onze Grondwet daardoor een open karakter en kan die relatief gemakkelijk meebewegen met maatschappelijke ontwikkelingen.¹⁴ En de rechter heeft zich met die Grondwet best niet teveel te bemoeien. Bijvoorbeeld constitutionele toetsing moet dan niet zozeer *ex post* door de rechter plaatsvinden, maar *ex ante* door de regering en het parlement, en eventueel andere adviesorganen zoals de Raad van State of een van die andere flankerende adviserende instituties die ons land rijk is.

Zo bekeken is het niet zo vreemd dat de deelnemer aan de in de inleiding genoemde samenkomst de vraag stelde wat zij nu met de Grondwet moest of kon. Die vraag was de veruitwendiging van een cultuur waarin grondwettelijke betekenisverlening was voorbehouden aan de politieke sfeer.

¹¹ Zoals ook Witteveen constateerde in zijn *De wet als kunstwerk* (2014), p. 132.

¹² Gelijkaardige fraseringen treffen we aan in de meerderheid van de grondrechten omschreven in de eerste 23 artikelen van de Nederlandse Grondwet.

¹³ Zoals Van der Hoeven ook constateerde in zijn baanbrekende dissertatie *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht* (1958). Van der Hoeven doelde vooral op constitutionele regels met betrekking tot het politieke staatsrecht – dat zijn de regels met betrekking tot de functies van, en de verhoudingen tussen, de hoogste politieke instellingen; staatsorganisatierecht.

¹⁴ Dit relateert overigens ook de betekenis van het feit dat die Grondwet moeilijk te wijzigen is.

4. Nuance vereist – deel 1

Betekende dit alles nu dat er in de Nederlandse democratische rechtsstaat geen aandacht was of is voor constitutionele waarden als tolerantie en vrijheid, of voor evenwicht van machten (dat zijn wat mij betreft dé grondwaarden waar vrijwel iedere grondwet voor heeft te staan)? Zeker niet, want Nederland heeft altijd andere dan juridische manieren gevonden om daar een omgang mee te vinden. Ik stip er hier kort een aantal aan.

De Nederlands-Amerikaanse politicoloog Lijphart heeft onder andere voor Nederland beschreven hoe in een verdeelde en verzuilde samenleving, politiek-maatschappelijke elites – het ging hier vooral om religieuze elites – erin slaagden samen te werken ten behoeve van het algemeen belang. Hij heeft daarvoor de term *consociational democracy* (vrij vertaald als consensus politiek) gemunt.¹⁵ In een dergelijke politieke cultuur, waarvan de hoogdagen in Nederland ruwweg van 1917 tot laat in de jaren zestig van de vorige eeuw kunnen worden gesitueerd, zochten de gevestigde politieke actoren naar pragmatische manieren om met maatschappelijke verdeeldheid om te gaan. Zo werden alternatieve methoden van politieke accommodatie gevonden, naast de reguliere meerderheidspolitiek: de verschillende segmenten in de samenleving streefden aldus actief naar samenwerking, consensus en stabiliteit;¹⁶ ze probeerden elkaar te vinden en zoveel mogelijk gemeenschappelijke basis te koesteren. Als gevolg hiervan werden de verschillen tussen (heersende) groepen niet gepolitiseerd of overdreven en werkte een substantieel deel van de politieke leiders samen bij het besturen van het land. Destabiliserende tendensen werden daardoor geneutraliseerd en politieke compromissen aangemoedigd. Constitutioneel gezien werd deze politieke stijl gefaciliteerd door een combinatie van het systeem van evenredige vertegenwoordiging bij verkiezingen (met lage kiesdrempels), een flexibele opvatting over de scheiding der machten en de opkomst van het algemeen stemrecht.

Hoewel de periode van de verzuiling voorbij is, en de Nederlandse levensbeschouwelijke verdeeldheid vandaag nauwelijks nog een factor van belang is (religieuze alliantie is althans verzwakt en grote groepen in de samenleving zijn geseculariseerd), lijkt zeker in sociaaleconomische zin de zoektocht naar het compromis tussen de politieke elites nog steeds een belangrijk operationeel middel in de Nederlandse politieke besluitvorming. De politieke instituties maken nog steeds mede gebruik van alternatieve kanalen om met sociale of politieke conflicten en belangen om te gaan. Daar bestaat ook een ingeburgerde term voor: polderen. Daarbij zijn tegenwoordig, naast het parlement, vooral ook spilorganisaties betrokken als de Raad van State en de Sociaal-Economische Raad (waarin verschillende politiek relevante actoren, zoals werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers, samenkomen), ombudspersonen, en allerlei beroepsorganisaties en belangenverenigingen.

¹⁵ Lijphart zelf definieerde ‘*consociationalism*’ als ‘*government by elite cartel to turn a democracy with a fragmented political culture into a stable democracy*’, Lijphart 1969, p. 216. Voor een overzicht, zie Lijphart 2004.

¹⁶ Die verschillende segmenten waren via de zuilen ook nog eens geworteld in het zogeheten middenveld en *civil society*, dat een bijna zelfdragende structuur is geworden. Daardoor loop je wel het risico van een uitholling van de institutionele (formele) democratie. Hierover Aerts 2022, p. 151-173.

Het is nuttig de constitutionele betekenis van de consensuspolitiek, en van de opvolger ervan, het vermelde ‘polderen’, hier kort te benadrukken. Want als we de ondergrens van iedere constitutionele rechtsorde inderdaad definiëren als de erkenning van diversiteit en pluralisme en het vermijden van machtsconcentratie, dan heeft de Nederlandse overlegcultuur wel degelijk een constitutionele flankerende rol van betekenis te vervullen: het accommoderen van minderheden en minderheidsposities is immers mede *modus operandi*.

5. Nuance vereist – deel 2

Bovendien moet het standaardbeeld over de sobere vormgeving van onze grondwet dat ik hiervoor heb geschetst (zie paragraaf 3), ook anderszins worden genuanceerd. Zo is er sprake van doorwerking van het internationale recht, en vooral van fundamentele rechten, via de artikelen 93 en 94 Grondwet. Bij rechterlijke geschillen over fundamentele rechten speelt de Grondwet weliswaar doorgaans maar in beperkte mate een rol, maar de discussie wordt dan eerder beheerst door het EVRM en algemene en specifieke mensenrechtenverdragen zoals het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en het VN-Vrouwenverdrag (en door de jurisprudentie over deze verdragen). En er is de directe werking en voorrang van het Europees recht van de Europese Unie, waarvan de Grondwet zelf overigens geen melding maakt. In ieder geval, de grote ook constitutionele betekenis van Europees recht en internationale (mensenrechten)verdragen in de Nederlandse rechtsorde, en het feit dat de interactie tussen de staatsorganen deels beheerst wordt door beginselen en ongeschreven regels, maken dat de constitutie aanzienlijk meer omvat dan de sobere, geschreven Grondwet; het onderscheid tussen *Grundgesetz* en *Verfassung* kan in die zin dus ook op Nederland worden toegepast.

Verder is ook de tekst van de Grondwet in de voorbije periode op een aantal fundamentele onderdelen aangepast. Zo werd na een decennialange discussie in 2022 een ongenummerde, algemene bepaling aan de Grondwet toegevoegd waarin wordt gesteld dat Nederland een democratische rechtsstaat is. ‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.’ De grondwetgever heeft de invulling van deze begrippen overigens onbepaald gelaten met een beroep op, jawel, ‘...het sobere karakter van de grondwet’.¹⁷ Ook is het recht op een eerlijk proces in de Grondwet opgenomen, evenals het brief- en telecommunicatiegeheim, en zijn de discriminatiegronden in artikel 1 van de Grondwet in de loop der tijd aangevuld in het licht van de inwerkingtreding van internationale verdragen, zoals het VN-Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap (2006). En het College voor de Rechten van de Mens heeft onder meer tot taak om *niet-bindend* (!) te oordelen in individuele gevallen over kwesties die met mensenrechten te maken hebben.

¹⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34516, nr. 3, par. 3.4. Vooralsnog heeft de algemene bepaling alleen symbolische waarde; de rechter heeft er nog geen invulling aan gegeven.

6. Het constitutionele debat komt langzaam tot leven

Inmiddels lijkt ook het grondwettelijke *discours* zelf wat levendiger te zijn. De Grondwet is steeds vaker expliciet onderdeel van politiek en maatschappelijk debat.

Er zijn wat dit aangaat wel wat markeermomenten te identificeren. Daarbij zijn vooral een aantal rechtszaken van belang. Het gaat dan in de eerste plaats om de zogeheten klimaatzaken, ‘Urgenda’ en ‘Shell’ voorop; dat zijn zaken die zich weliswaar vooral in het privaatrecht afspelen (civielrechtelijke aansprakelijkheid), maar die tegelijkertijd ten diepste constitutioneel gestempeld zijn: er wordt daarin veelvuldig beroep gedaan op constitutionele normen (die overigens niet noodzakelijk in de Grondwet zelf vervat liggen). Of neem de zaak van de levering door Nederland van onderdelen voor F-35 gevechtsvliegtuigen aan Israël, waarbij de vraag voorlag of dit in strijd is met humanitair oorlogsrecht en met het constitutionele beginsel dat een norm van nationaal recht nooit mag worden uitgelegd of toegepast op een wijze waardoor de Staat zijn volkenrechtelijke verplichtingen schendt.¹⁸ Je zou kunnen zeggen dat de Nederlandse reguliere hoven wat dit aangaat een constitutionele rol hebben opgenomen bij ontstentenis van officiële grondwettigheidsstoetsing. Verder hebben onder meer de protesten op universiteiten de voorbije jaren over het Palestijns-Israëliisch conflict tot stevige discussie geleid over de reikwijdte van het demonstratierecht (art. 9 Grondwet).

Meer algemeen gaat het om een maatschappelijke ontwikkeling, waarbij burgers zich uit onvrede over reguliere vormen van politieke vertegenwoordiging steeds vaker tot de rechter wenden om doelstellingen te bereiken.

Ook de coronacrisis leidde tot heel wat procedures die betrekking hadden op de vrijheidsbeperkingen die door de overheid werden opgelegd: de avondklok, QR-codes, mondkapjesplicht. Plotseling waren er volop discussies over onze vrijheid, veelal expliciet getoonzet in de vorm van grondrechten (*rights*) zoals vervat in hoofdstuk 1 van onze Grondwet. En er was de toeslagenaffaire, die bij een heel aantal politici een zeker constitutioneel besef leek te hebben gebracht. Een grote groep burgers belandde in een financiële afgrond, met alle schrijnende gevolgen van dien, door een combinatie van hardvochtige wetten, of een nodeloos hardvochtige uitleg en toepassing van wetten door de rechter, en door falende parlementaire alertheid en rechtsbescherming. Mede daardoor heeft de roep om de invoering van constitutionele toetsing, met steun van onder andere de Venetië-commissie, die een rapport over de affaire uitbracht,¹⁹ een stevige impuls gekregen. De Venetië-commissie deed in hetzelfde rapport trouwens meer verstrekkende aanbevelingen over de Grondwet, zoals versterking van de informatieplicht van de regering aan het parlement (art. 68) en de invoering van hardheidsclausules en evenredigheidsclausules in wetgeving.

¹⁸ Het gerechtshof Den Haag was van mening dat er inderdaad sprake is van een schending van het oorlogsrecht. Zie Gerechtshof Den Haag 12 februari 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:191. Inmiddels is cassatie ingesteld.

¹⁹ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *The Netherlands Opinion on the Legal Protection of Citizens*. Adopted October 2021.

Maar het meest opmerkelijke is ongetwijfeld dat de huidige regeringspartijen, voordat zij bereid waren met elkaar te onderhandelen over een coalitieakkoord, in januari 2024 een zogenaamde ‘Gemeenschappelijke basislijn voor het waarborgen van de Grondwet, de grondrechten en de democratische rechtsstaat’ overeenkwamen.²⁰ Men meende daarmee expliciet te moeten bevestigen wat door de Grondwet zelf al even expliciet bevestigd werd! De achtergrond was dat de verkiezingsprogramma’s van ten minste één partij, de PVV, ongrondwettige en onrechtsstatelijke voorstellen bevatte en dat de partijleider en Kamerleden van die partij in het verleden regelmatig antirechtsstatelijke uitspraken hadden gedaan. Sinds het aantreden van de nieuwe regering speelt de Grondwet regelmatig een rol in het politieke debat, al gaat het zelden om concrete bepalingen.

7. Tot slot

Aldus ontstaat een hybride beeld: de sobere Nederlandse constitutionele vormgeving wordt deels gecompenseerd door de wijze waarop daar in de praktijk mee wordt omgegaan. Het dominante vertoog over onze sobere Grondwet is daarmee niet onjuist, maar het wordt geschraagd en reëel gemaakt door formele en informele structuren. Het gaat dan onder meer om de vele adviesorganen die ons land rijk is (prominent de Raad van State, maar ook de Sociaal-Economische Raad, ombudspersonen, en andere instituties die onze overlegcultuur en het ‘polderdomein’ verrijken).

Deze rijkdom aan flankerende instituties naast de officiële democratie, kan natuurlijk wel kwetsbaar maken. Want paradoxaal genoeg kan daardoor de politiek als centrum van de democratie verzwakken.²¹ Zou het kunnen dat een van de redenen voor de groeiende aandacht voor de Grondwet het gevolg is van het feit dat de ‘democratische politiek’ (par. 2) weer in opmars is, en dat dit spanningen met beginselen van de democratische rechtsstaat oproept?²² Blijkbaar beginnen we pas te praten over de Grondwet als het oude politieke handwerk op de tocht staat.

En dat brengt me terug bij de openingsvraag die in deze bijdrage werd geponereerd: is het niet noodzakelijk dat Nederlandse rechters zich beter van de Grondwet bewust worden; die zelfs zouden moeten kennen? Ik besluit met een aantal observaties in dit verband.

In de eerste plaats: ik heb geen empirische gegevens over kennis van de Grondwet bij rechters en wil er dan ook geen al te stellige uitspraken over doen. Wel vermoed ik dat we in vergelijking met een aantal buurlanden op de kennischaal niet hoog scoren. Dat zou ook in overeenstemming zijn met het beeld dat ik in de paragrafen 2-5 heb geschetst.

²⁰ ‘Afspraken BBB, NSC, PVV en VVD over rechtsstatelijkheid’, nieuwsbericht op nederlandsegrondrechten.nl, 13 februari 2024.

²¹ Aerts 2022, p. 170-173.

²² Het gaat overigens om een wereldwijde ontwikkeling.

Maar hoe dan ook is het antwoord mede afhankelijk van wat je van grondwettelijke kennis verwacht. De tekst van de Grondwet (doen) kennen lijkt me ambitieus, zeker in het licht van een geschiedenis waarin de Grondwet toch eerder als achtergronddocument fungeerde en de politiek in belangrijke mate de betekenis ervan bepaalde. Pogingen van bijvoorbeeld de Staatscommissie Grondwet uit 2010²³ om het normatieve karakter van de Grondwet te vergroten, zijn meen ik ook daarom niet in staat gebleken fundamentele verandering aan te brengen in hoe onze Grondwet wordt ervaren en behandeld.

Het zal bovendien van rechter tot rechter verschillen in welke mate die te maken heeft met vragen die constitutioneel zijn gekenmerkt: in handelszaken lijkt het me al wat minder van direct belang dan in de zaken waar grondrechten heel direct in het vizier komen. En zetel je in de rechtbank Den Haag of in de Raad van State, dan kan concrete kennis van de Grondwet, of van grondwettelijke beginselen (bijvoorbeeld evenredigheid), belangrijk worden.

In de tweede plaats: het zou een misverstand zijn te beweren dat rechters zich momenteel in het geheel niet ‘constitutioneel’ manifesteren. Algemeen gezegd is de rechterlijke rol in de voorbije decennia grondig getransformeerd. De rechter wordt steeds vaker geconfronteerd met complexe en dynamische verhoudingen en met complexe regelstelsels en moet steeds vaker belangenafwegingen verrichten. Denk bijvoorbeeld aan vragen in de context van milieu, informele arbeid en nieuwe sociale risico's, (bio)technologische ontwikkelingen of artificiële intelligentie. Welke rechtsregel is in die dynamische (rechts)wereld van toepassing en wat is daarbij bijvoorbeeld de rol van *soft law*, wat vereist de gelijkheid, hoe ver mag het discretionaire handelen reiken, is de blijkbaar toepasselijke regel of het handelen in overeenstemming met fundamentele rechten of rechtsbeginselen? Het gaat om vragen die wat mij betreft ten diepste constitutioneel van aard zijn, en waar beginselen als proportionaliteit en evenredigheid veelal een belangrijke rol spelen.²⁴ Dus los van de vraag of we een constitutioneel hof krijgen: het kunnen maken van zulke afwegingen zou misschien wel eens de belangrijkste vaardigheid kunnen zijn waarvan rechters zich bewust moeten zijn, en in moeten worden getraind. Wat is de betekenis van rechterlijke afwegingsjurisdictie, hoe kan die plaatsvinden, wat zijn de beperkingen ervan, wat zijn de ervaringen ermee in het buitenland?

In de derde plaats wijs ik op een uitdaging: rechtspraak waarin de Grondwet betrokken is (bijvoorbeeld in de vorm van grondrechten) wordt al rap ‘politieke rechtspraak’ genoemd. Ik ben geen groot liefhebber van die typering; er lijkt een verdachtmaking in besloten te liggen. Wel moeten we beseffen dat dergelijke rechtspraak soms direct politieke consequenties kan hebben. Mijn Tilburgse collega Willem Witteveen zei daarover al in 1991 het volgende: ‘Laat de rechter, als zwakste staatsmacht, een grote mate van vrijheid bij het interpreteren van [het recht] maar breng

²³ Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, [blg-86969.pdf](#).

²⁴ De Urgenda-casus is misschien wel het meest in het oog springende voorbeeld ervan. De rechtsvindingsdynamiek in het vonnis van de rechter in eerste aanleg, is fascinerend materiaal. Rechtbank Den Haag, 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

de rechter niet in de verleiding het politieke proces te domineren.²⁵ Dat is een argumentatie die moet doen beseffen dat er tussen wetgevende en rechterlijke macht een afhankelijkheidsrelatie bestaat en een evenwicht moet zijn. Aandacht voor dat evenwicht, van beide zijden, is daarvoor nodig. De goede lezer zal begrijpen dat dit niet alleen een kritiek op de wetgever zou kunnen impliceren, maar ook dat we constructief kritisch kunnen zijn op wat die rechter doet: die moet de politiek en het democratische proces ook ruimte geven. Het idee van machts-evenwicht mag niet verworpen tot een gebrek aan evenwicht. Dat vereist institutioneel en rechtsstatelijk besef bij zowel wetgever als rechter. Ik vergeleek ons institutioneel bestel wat dit aangaat al eens met de wet van de communicerende vaten. Wikipedia zegt daarover dat het gaat om de natuurkundige wet 'die aangeeft dat in open reservoirs met vloeistof die onderling onder het niveau van de vloeistof zijn verbonden, het vloeistofpeil in alle reservoirs even hoog staat. Het 'communicerende vaten' in de naam betekent dat er tussen de vaten onderling onder het niveau van de vloeistof een open verbinding is.'²⁶ Een verstoring van het evenwicht in vloeistofpeil kan worden gecompenseerd doordat er een uitwisseling van vloeistof tussen het ene en andere vat plaatsvindt; de open verbinding kan dan de natuurkundige orde herstellen.

Recht is natuurlijk geen natuurkunde, maar een uitvinding van de geest. De wet van de communicerende vaten fungeert voor juristen daarom vooral als een nastrevenswaardig ideaal.²⁷ Maar dat ideaal kan in een cultuur van opbod zo ver verwijderd van de werkelijkheid raken dat zelfs het streven ernaar welhaast utopisch is. In de open verbinding tussen de verschillende actoren is er dan een meer dan significante verstoring; men hoort elkaar niet meer, en redelijkheid raakt uit beeld. Dat lijkt me een heel gevaarlijke situatie. Voor je het weet zit je in een loopgravenoorlog. Kom daar maar eens ongeschonden uit. Het actuele Amerikaanse voorbeeld stemt niet vrolijk.

Ten slotte: een Grondwet heeft natuurlijk ook een belangrijke maatschappelijke waarde. Het is immers tevens een document dat neerlegt waar we als samenleving voor staan; een waardenbevestiging en discussiekader; een meetlat waar we maatschappelijke ontwikkelingen aan kunnen toetsen. De Grondwet maakt daardoor debat mogelijk. Juist dat lijkt me in het huidige tijdsgewricht van belang. Niet alleen voor rechters.

²⁵ Witteveen 1991, p. 58.

²⁶ Geraadpleegd op 7 april 2025.

²⁷ Natuurkundig goed functionerende communicerende vaten komen in de praktijk overigens niet veel voor, zo begrijp ik.

Literatuur

Adams 2024

M. Adams, 'De Grondwet als winterdijk', *Nederlands Juristenblad* 2024/25, p. 1912-1919.

Aerts 2022

R. Aerts, 'Civil society of democratie. Een Nederlandse paradox', in: R. Aerts, *Denkend aan Nederland. Over geschiedenis, nationaliteit en politiek*, Amsterdam: Promotheus 2022, p. 151-173.

Van der Hoeven 1958

J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht* (diss. Universiteit van Amsterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1958.

Van Leeuwen 2014

C.W. van Leeuwen, 'Tussen afschaffing en versterking. Historische tradities en de toekomst van een tweehonderdjarige grondwet', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2014, p. 96-116.

Lijphart 1969

A. Lijphart, 'Consociational Democracy', 21 *World Politics* 1969, p. 216.

Lijphart 2004

A. Lijphart, 'Constitutional Design for Divided Societies', *Journal of Democracy* 2004/2, p. 96-109.

Sillen 2020

J. Sillen, 'De relatieve betekenis van de Grondwet voor de wetgever', *Regelmaat* 2020, p. 403.

Thorbecke 1868

J.R. Thorbecke, *Onuitgegeven parlementaire redevoeringen VI*, 1868.

Te Velde 1998

H. te Velde, 'Constitutionele politiek. De parlementair-politieke praktijk en de Grondwet van 1848', in: N. van Sas & H. te Velde (red.), *De eeuw van de Grondwet. Grondwet en politiek in Nederland 1798-1917*, Deventer: Kluwer 1998, p. 146-181.

Te Velde 2024

H. te Velde 'Change and Continuity in the Style of Dutch Politics Since 1800', in: S. de Lange e.a. (eds.), *The Oxford Handbook of Dutch Politics*, Oxford: Oxford University Press 2024, p. 40-55.

Van Vugt 2021

E. van Vugt, *De Staten-Generaal vertegenwoordigen het geheele Nederlandsche volk. Een onderzoek naar de veranderingen in de betekenis van artikel 50 Grondwet tussen 1814 en 1983* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridisch 2021.

Witteveen 1991

W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (inaugurele rede Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 58.

Witteveen 2014

W. Witteveen, *De wet als kunstwerk*, Amsterdam: Boom 2014, p. 132.

Constitutioneel bewustzijn bij rechters, met en zonder het toetsingsverbod

Michiel van Emmerik en Toni van Gennip

1. Inleiding

Rechters nemen een bijzondere positie in binnen het Nederlandse constitutionele bestel. Die positie is in de loop der tijd flink veranderd. Deze bijdrage gaat in op de ontwikkeling van de rechterlijke positie en beschrijft wat deze betekent voor het constitutioneel bewustzijn van rechters. Deze laatste term gaat over de kennis, het begrip en de attitude die rechters behoren te bezitten ten aanzien van het constitutioneel recht. Daarbij vatten wij het constitutioneel recht breed op, dat gaat verder dan de Grondwet alleen. Ook fundamentele rechtsbeginselen, internationale verdragen, (lagere) wetgeving en jurisprudentie behoren tot het domein van het constitutioneel recht. Onze boodschap zal ook zijn dat rechters op niet vermoede terreinen vaker een constitutioneel perspectief zouden moeten kiezen. Te denken valt aan gespecialiseerde rechtsgebieden waar zaken nu eenmaal al jarenlang op een bepaalde manier worden behandeld. Een breder constitutioneel perspectief op grond waarvan het overheidsoptreden kritisch tegen het licht wordt gehouden is geboden.¹

Momenteel heeft de regering de wens om het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet aan te passen of af te schaffen. Het toetsingsverbod verbiedt de rechter om de grondwettigheid van wetten te beoordelen. Wij plaatsen deze wens in het kader van de hiervoor genoemde ontwikkeling van de positie van de rechter. De centrale vraag tegen deze achtergrond is: welke kennis, begrip en attitude behoren rechters nu te bezitten ten aanzien van het constitutioneel recht en in hoeverre brengt de aanpassing of afschaffing van artikel 120 van de Grondwet verandering hierin? Ter beantwoording van deze vraag komt eerst aan de orde wat de traditionele plaats van de rechter in het constitutionele bestel inhoudt (par. 2). Vervolgens beschrijven wij in hoeverre de plaats van de rechter is gemoderniseerd en wat deze positie vergt van het constitutioneel bewustzijn van rechters (par. 3). Daarna komt de aanpassing of afschaffing van het toetsingsverbod aan de orde waarbij het zal gaan over de implicaties van een dergelijke wijziging voor de rechterlijke positie. Wij zullen daarbij uitgaan van een model van gespreide

¹ Vgl. bijvoorbeeld de recente veroordeling in EHRM 15 april 2025, *Van Slooten t. Nederland*, nr. 45644/18: schending art. 8 EVRM (*family life*) door het ontbreken van een diepgaand onderzoek naar de kwetsbaarheid van een kind voorafgaand aan de beslissing om haar moeder het ouderlijk gezag te ontnemen. Als wij het goed zien werd er vooral gevaren op de adviezen van de Raad voor de Kinderbescherming, mogelijk zeer gebruikelijk op het terrein van het jeugdbeschermingsrecht.

toetsing waarbij iedere rechter in staat is om wetten aan de Grondwet te toetsen (par. 4)² en ten slotte volgt een beknopte beantwoording van de centrale vraagstelling (par. 5). Wij ontkomen er in deze bijdrage niet aan enige – mogelijk weggezakte – constitutionele leerstukken de revue te laten passeren, deze zijn naar onze mening voor het dagelijks rechterlijk métier onontbeerlijk.

2. De traditionele positie van de rechter

Een negentiende-eeuws gedachtepatroon is lange tijd bepalend geweest voor de constitutionele positie van de rechter. In 1838 trad de (in 1829 aangenomen) Wet algemene bepalingen in werking met bepalingen als artikel 11 waarin staat dat de rechter volgens de wet moet rechtspreken en in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid van die wet mag beoordelen. Artikel 12 Wet algemene bepalingen bepaalt nog steeds dat de rechter geen algemene regels mag stellen. Deze bepalingen zijn te begrijpen tegen de achtergrond van de codificatiegedachte: de idee dat het recht in wetten vervat was en niet daarbuiten.³ Tien jaar na de inwerkingtreding van die wet vond de grondwetsherziening van 1848 plaats waarin in artikel 115 de voorloper van het huidige toetsingsverbod werd opgenomen: ‘De wetten zijn onschendbaar.’ In 1989 sprak de Hoge Raad in het arrest *Harmonisatiewet* nog in het licht van deze bepaling van ‘de traditionele plaats van de rechter in ons staatsbestel’. In dit arrest bepaalde de Hoge Raad in het perspectief van die traditie dat de rechter wetten ook niet aan het Statuut voor het Koninkrijk mag toetsen en *in beginsel* niet aan algemene rechtsbeginselen.⁴ Het toetsingsverbod heeft dus een bredere betekenis dan de letterlijke tekst van artikel 120 Grondwet.

Wat is het motief achter deze traditionele plaats van de rechter? Martens legt overtuigend uit dat de verklaring niet gezocht moet worden in het feit dat rechters niet democratisch gekozen zijn. Hij stelt dat de legitimatie van de rechterlijke functie als zodanig op een andere wijze gegrond is, namelijk in het rechtsstaatprincipe.⁵ De meest elementaire vorm van het rechtsstaatprincipe betekent dat de overheid gebonden is aan het recht. Het spreekt voor zich dat de rechter hierin een belangrijke rol vervult. Wat is dan wel de verklaring? Deze positie valt te verklaren vanuit het leerstuk van de machtenscheiding waarbij een fundamentele vraag is hoe de bevoegdheid van de rechter moet worden gescheiden en afgebakend van de andere staatsmachten. Bij deze grensbepaling is in de negentiende eeuw veelvuldig gekozen voor de gedachte dat politieke ambten zelf moeten toezien op de rechtmatigheid van wetgeving en bestuur en niet de rechter. Illustratief hierbij is dat geschillen omtrent overheidsbesluiten in de negentiende eeuw in beginsel door het bestuur

² Wij laten de interessante en ook wel bekritiseerde kwestie van de geconcentreerde toetsing en de oprichting van een constitutioneel hof omwille van de omvang onbesproken.

³ Zie over de historische achtergrond van deze bepaling: Jansen 2008, p. 22-29.

⁴ De Hoge Raad biedt in het arrest *Harmonisatiewet* wel een uitzonderingsmogelijkheid, zie: HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, ro. 3.9.

⁵ Martens 2000, p. 751.

zelf moesten worden afgedaan.⁶ Het onderliggende punt is steeds een zeer strikte interpretatie van het machtscheidingsprincipe, waarbij de rechter vooral concrete geschillen tussen burgers moet beslechten en strafbare feiten moet berechten aan de hand van de wet. Koopmans merkt terecht op dat het toetsingsverbod lange tijd bepalend is geweest voor de verhouding tussen rechter en wetgever: de rechter heeft de geldigheid van de wet voetstoots te aanvaarden.⁷ De Lange stelt daarnaast dat achter de discussie over het toetsingsverbod de oorspronkelijke vraag schuilt hoeveel vertrouwen in de rechter gesteld kan worden.⁸ Moeten rechters wet- en regelgeving en bestuur kunnen toetsen met het risico dat zij (te) veel beslissingsmacht naar zich toe kunnen trekken? Een negentiende-eeuws antwoord luidt dan ontkennend.

3. De hedendaagse positie van de rechter

De negentiende eeuw ligt ver achter ons en de rol van de rechter is inmiddels in grote mate gemoderniseerd. In het bijzonder is de veranderde cassatietaak van de Hoge Raad hierin belangrijk geweest. Deze wijziging heeft een lange aanloop gehad en haar beslag gekregen in de wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie in 1963, waarna de Hoge Raad expliciet kon gaan casseren op grond van het recht (in plaats van alleen de wet). Dit betekende dat de Hoge Raad een expliciete en wettelijke bevoegdheid verkreeg om te vernietigen op grond van een ieder verbindende bepalingen van verdragen, ongeschreven recht en algemene rechtsbeginselen. Het constitutionele raamwerk voor rechters bestaat dus niet voornamelijk uit (grond)wetgeving maar ook uit andere bronnen. We kunnen hier – als gezegd – spreken van het constitutioneel recht in brede zin, dat een veel groter terrein betreft dan de (Grond)wet alleen. Daarnaast was het constitutioneel kader na de Tweede Wereldoorlog in dezelfde periode geïnternationaliseerd en geëuropeaniseerd. Sinds 1953 staat dan ook expliciet in de Grondwet (tegenwoordig art. 94) dat de toepassing van wettelijke voorschriften achterwege moet blijven, wanneer deze strijdig is met een ieder verbindende verdragsbepaling.⁹ Daarnaast volgden in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw enkele klassiekers van het Hof van Justitie inzake de Europese Unie over de directe werking en voorrang van het Europees recht.¹⁰

Het zal niet verbazen dat de rol van de rechter in deze hedendaagse context sterk is veranderd. Tegelijkertijd is het de rechter nog steeds verboden om wetten in formele zin (volgens art. 81 Grondwet vastgesteld door regering en de Staten-Generaal) te toetsen aan de Grondwet. De zojuist geschetste ontwikkeling naar een

⁶ Zo gold in de negentiende eeuw nog een conflictenstelsel waarbij een zaak in het kader van het overheidsbestuur aan de rechter kon worden onttrokken. Het heeft tot aan de jaren tachtig van de vorige eeuw geduurd voordat een volwaardige bestuursrechtspraak heeft ontwikkeld waarbij Straatsburgse jurisprudentie (EHRM 23 oktober 1985, *Bentham t. Nederland*) een belangrijke rol heeft gespeeld, zie Kortmann 2021, p. 305-306.

⁷ Koopmans 1986, p. 12.

⁸ De Lange 1994, p. 61.

⁹ Voorheen art. 65 Grondwet (1953).

¹⁰ HvJ EG 5 februari 1963, ECLI:EU:C1963:1 (*Van Gend & Loos*); HvJ EG 15 juli 1964, ECLI:EU:C1964:66 (*Costa/ENEL*); HvJ EG 9 maart 1978, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal II*).

breder constitutioneel raamwerk (anders dan alleen wetgeving) voor rechters, laat onverlet dat de rechter diverse opties heeft om beslissingsmacht uit te oefenen, waaronder het oordeel over de rechtmatigheid van regels. Zo kan de rechter wetten afkomstig van de regering en de Staten-Generaal in beginsel toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen en aan het recht van de Europese Unie en kan hij *de toepassing* van wetten toetsen aan algemene rechtsbeginselen, mits de toepassing van een wet strijdig is met een fundamenteel rechtsbeginsel in verband met niet-verdisconteerde omstandigheden.¹¹ De rechter kan daarnaast lagere regels zoals een ministeriële regeling of een gemeentelijke verordening toetsen aan hogere regelingen zoals de Grondwet, maar ook aan een ieder verbindende verdragen en aan het Europees recht. Daarnaast kan de rechter lagere wetgeving toetsen aan algemene rechtsbeginselen (zoals het evenredigheidsbeginsel). Ook heeft de rechter de beslissingen van het bestuur te toetsen aan (grond-) wetgeving, mits geen sprake is van een bestuursbesluit dat gebonden is aan een formeel-wettelijk kader.

Al deze mogelijkheden vergen kennis van het constitutioneel recht. Denk aan kennis en de toepassing van diverse jurisprudentie, zoals over de *Rookverbod*-criteria die van belang zijn bij de vaststelling of sprake is van een een ieder verbindende verdragsbepaling,¹² of aan het al eerder genoemde *Harmonisatiewet*-arrest, waarin de Hoge Raad ingaat op de toetsing van wetgeving aan fundamentele rechtsbeginselen.

Gelet op het voorgaande constateren wij dat rechters zich begeven in een spanningsveld tussen enerzijds het machtscheidingsprincipe dat aan de basis ligt van het toetsingsverbod en de traditionele plaats van de rechter en anderzijds de rol van de rechter die de rol heeft om in een concrete zaak rechtsbescherming te bieden, bijvoorbeeld wanneer wetgeving indruist tegen hoger recht. In het arrest *Arbeidskostenforfait* valt te zien hoe de Hoge Raad deze spanning uitdrukkelijk benoemt. Daarin liet de Hoge Raad een wet buiten toepassing wegens strijdigheid met artikel 1 Eerste Protocol Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) (het eigendomsrecht) in samenhang met artikel 14 EVRM (discriminatieverbod). De vraag was in hoeverre de rechter zelf in het rechtstekort kon voorzien. In deze zaak vond de Hoge Raad dat dit zijn rechtsvormende taak te buiten ging, nu er diverse wegen waren om dit rechtstekort te dichten en dit rechtspolitieke keuzen vergde.¹³ In een zaak over het homohuwelijk op Aruba en Curaçao deed de Hoge Raad dat wel.¹⁴

¹¹ Dit betreft het in het *Harmonisatiewet*-arrest (HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725) geformuleerde ‘muizengaatje’: als de wetgever bepaalde omstandigheden niet heeft ‘verdisconteerd’ in de afwegingen, dan zou de wet in formele zin bij hoge uitzondering wel mogen worden getoetst aan ongeschreven rechtsbeginselen; in het *Harmonisatiewet*-arrest bood dat geen soelaas. Slechts zelden betreedt de Hoge Raad dit geitenpaadje: wij vonden de volgende twee voorbeelden: HR 9 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3813 (*Kortverbanders*) en HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679 (*Ziektekostenverzekering*).

¹² HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Rookverbod*).

¹³ HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999: ECLI:NL:HR:1999:AA2756.

¹⁴ HR 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:977 en 978: er was sprake van strijd met het discriminatieverbod uit de Staatsregeling van beide landen. In deze Caribische landen van het Koninkrijk mag wetgeving wel worden getoetst aan de grondrechten uit de Staatsregeling.

Gelet op deze spanning sluit deze bijdrage aan op een recent verdedigd proefschrift van Vetzo getiteld *Constitutioneel procesrecht*. Daarin stelt Vetzo overtuigend dat Nederland constitutionele rechtspraak kent, ook wanneer een constitutioneel hof of een bevoegdheid tot toetsing van wetgeving aan de Grondwet afwezig is. Vetzo bakent het terrein af van het constitutioneel procesrecht, een nieuw gebied waarbinnen gereflecteerd kan worden op het hiervoor genoemde spanningsveld. Denk aan leerstukken zoals de grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter, wetgevingsbevelen, het buiten toepassing laten van wetgeving en de toetsingsintensiteit van rechters.¹⁵ Deze bijdrage is te kort om al deze deelonderwerpen adequaat te beschrijven. Basiskennis van deze thematiek behoort niettemin onderdeel te zijn van de gereedschapskist van iedere rechter.

4. De rechter zonder toetsingsverbod

In deze paragraaf bezien wij wat er voor de rechter zal veranderen als het toetsingsverbod zou worden geschrapt. In de onlangs door het kabinet gepubliceerde *Contourennota constitutionele toetsing* wordt constitutionele toetsing van wetten in formele zin beperkt tot de toetsing aan de klassieke grondrechten uit de Grondwet; voornamelijk wordt afgezien van de toetsing van wetten aan sociale grondrechten en aan algemene rechtsbeginselen.¹⁶ Naar ons oordeel is het lastig om toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten los te koppelen van die aan de sociale grondrechten uit de Grondwet. Klassieke en sociale grondrechten zijn immers moeilijk van elkaar te scheiden. In het krappe bestek van deze bijdrage laten we de toetsing aan sociale grondrechten verder onbesproken.¹⁷

Wij merken op dat een eventuele aanpassing of afschaffing van het toetsingsverbod verandering zal brengen in wat rechters behoren te weten van het constitutioneel recht. Vastgesteld kan immers worden dat het toetsingsverbod zeker sinds het *Harmonisatiewet*-arrest in de rechtspraak op extensieve wijze is uitgelegd: ook toetsing aan het Statuut voor het Koninkrijk is in dit arrest uitgesloten. Volgens de Hoge Raad strekt het toetsingsverbod zich in beginsel uit tot de toetsing aan algemene rechtsbeginselen. Het is dus een belangrijke vraag of de rechter bij opheffing van het toetsingsverbod de terughoudendheid van dit arrest achter zich laat. Het kabinet geeft in de genoemde *Contourennota* aan voorlopig geen voorstander te zijn van toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen (toetsing aan het Statuut wordt niet besproken).¹⁸ De lijn van het kabinet is niet logisch, want de uitsluiting van toetsing van wetgeving aan ongeschreven rechtsbeginselen is puur op rechtersrecht gebaseerd. Bovendien kunnen formele wetten al worden getoetst aan vergelijkbare beginselen, zoals vastgelegd in het EVRM en EU-recht. Expliciete erkenning door de (grond)wetgever dat wetten in formele zin zonder meer aan ongeschreven rechtsbeginselen kunnen worden getoetst, ligt daarom in de rede. Daarmee kunnen uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

¹⁵ Vetzo 2025, p. 527 e.v.

¹⁶ *Kamerstukken I* 2024/25, 34430, AH, p. 6-7.

¹⁷ Zie nader Rondetafelgesprek over de sociale grondrechten in de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 5 maart 2025 via [tweedekamer.nl](https://www.tweedekamer.nl).

¹⁸ *Kamerstukken I* 2024/25, 34430, AH.

als die van 1 maart 2023 tot het verleden behoren: vanwege het toetsingsverbod zag de Afdeling geen mogelijkheid een knellende bepaling uit de Toeslagenwet te toetsen aan het ongeschreven evenredigheidsbeginsel.

In het vervolg van deze bijdrage bezien we wat de mogelijkheid van toetsing van wetten aan de Grondwet zou kunnen betekenen waarbij we enkel aandacht besteden aan klassieke grondrechten en ongeschreven rechtsbeginselen.

4.1 Klassieke grondrechten

Als toetsing aan klassieke grondrechten mogelijk wordt gemaakt, zal er weinig verschil zijn met de huidige situatie, aangezien veel klassieke grondrechten nu ook in het EVRM zijn gegarandeerd. Wel kan het zijn dat de Grondwet op onderdelen meer bescherming biedt dan de minimumgaranties van het EVRM. Zo verbiedt artikel 7 Grondwet preventieve censuur, waar artikel 10 EVRM dit niet geheel uitsluit. Het in 2022 toegevoegde recht op toegang tot de rechter uit artikel 17 lid 1 van de Grondwet ziet op alle geschillen en is in die zin ruimer dan artikel 6 EVRM dat bepaalde geschillen uitsluit van de garanties van toegang tot de rechter.¹⁹ Wil toetsing van wetgeving aan klassieke grondrechten daadwerkelijk substantie krijgen, dan is het wel nodig om materiële criteria zoals een evenredigheidstoets toe te voegen aan de grondwettelijke beperkingssystematiek.²⁰ Deze systematiek gaat over de regels waaraan grondrechtenbeperkingen moeten voldoen, in het bijzonder de vraag welk orgaan gerechtigd is een beperking te stellen. Voor een grondwettige beperking van grondrechten is in veel gevallen slechts een formeel-wettelijke grondslag nodig maar worden geen inhoudelijke criteria (zoals proportionaliteit) gesteld. Toetsing van wetgeving aan klassieke grondrechten zal pas echte betekenis krijgen als ook de grondwettige beperkingssystematiek op de schop wordt genomen en inhoudelijke beperkingscriteria worden toegevoegd.

4.2 Ongeschreven rechtsbeginselen

In de *Contourennota* kiest het kabinet ervoor vast te houden aan de lijn uit het *Harmonisatiewet*-arrest dat wetten in formele zin ook niet kunnen worden getoetst aan ongeschreven rechtsbeginselen, tenzij sprake is van niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden. Wel onderkent het kabinet dat toetsing van wetten aan het evenredigheidsbeginsel meerwaarde kan hebben, zeker waar de toetsing van de wet niet onder de reikwijdte van een toetsbaar grondrecht valt. Toetsing aan het evenredigheidsbeginsel kan volgens het kabinet schrijnende situaties voorkomen waarin toepassing van de wet onevenredig uitpakt. Daar staat echter tegenover dat de rechter dan ook expliciet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden kan passeren, hetgeen leidt tot verschuiving van het machtsverwicht tussen de staatsmachten.²¹ Deze lijn in de *Contourennota* staat in schril contrast tot

¹⁹ Onder meer geschillen met betrekking tot toelating en uitzetting van vreemdelingen en (niet-bestaftende) belastinggeschillen, zie nader Barkhuysen & Van Emmerik 2023, p. 58-61.

²⁰ Heldens 2024.

²¹ *Kamerstukken I* 2024/25, 34430, AH, p. 8.

de Kamerbreed aangenomen motie naar aanleiding van de toeslagenaffaire om ook toetsing van formele wetgeving aan ongeschreven rechtsbeginselen mogelijk te maken.²² Hoe dit ook zij, wat ons betreft zou toetsing van wetten aan ongeschreven rechtsbeginselen in de rede liggen.

Zou dit verschil maken met de huidige situatie? Ja, maar wel in die zin dat de toepassing van de wetgeving in de eerder genoemde 1 maart-beslissing van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de betreffende wet zonder meer aan het evenredigheidsbeginsel had kunnen worden getoetst, dus niet alleen via het Harmonisatiewet-‘muizengaatje’ van de niet-verdisconteerde omstandigheden. Dit wil overigens zeker niet zeggen dat de betreffende wetgeving zonder meer zou moeten wijken wegens strijd met het evenredigheidsbeginsel. De rechter zal in het concrete geval moeten bezien of sprake is van onevenredige gevolgen en een proportionele overheidsmaatregel. In het *Harmonisatiewet*-arrest zou de afweging dan duidelijk anders zijn uitgevallen, aangezien er evident een schending van het rechtszekerheidsbeginsel aan de orde was. Nu dit destijds uitdrukkelijk door de wetgever onder ogen was gezien, kon de Hoge Raad niet ingrijpen ‘hoezeer ook hij de te dezen bestreden bepalingen van de zgn. Harmonisatiewet (...) in strijd acht met gerechtvaardigde verwachtingen van de betrokken studenten en derhalve met het rechtszekerheidsbeginsel’. Feitelijk heeft de Hoge Raad-uitspraak wel effect gehad, aangezien de Harmonisatiewet in augustus 1989, vier maanden na de uitspraak werd ingetrokken.

5. Besluit

Deze bijdrage gaat over de vraag welke kennis, begrip en attitude rechters behoren te bezitten ten aanzien van het constitutioneel recht en in hoeverre de aanpassing of afschaffing van artikel 120 van de Grondwet hierin verandering brengt. Wij hebben geschetst dat de rol van de rechter haar oorsprong kent vanuit een negentiende-eeuws kader dat haar sporen kent in de taakopvatting van de rechter. Deze rol is veranderd waarbij rechters zich moeten plaatsen in het spanningsveld tussen het machtscheidingsprincipe en hun rechtsbeschermende rol. De positionering in dit spanningsveld is constitutioneel bepaald en rechters moeten zich bewust zijn van deze rol. Veel rechters zullen dit wel begrijpen. Tegelijkertijd zijn rechters doorgaans gespecialiseerd in hun specifieke rechtsgebied en dan bestaat het risico dat de kennis met betrekking tot de algemene constitutioneelrechtelijke leerstukken op de achtergrond raakt. Wij stellen dat rechters zich volop bewust moeten zijn van hun constitutionele positie. In iedere zaak kan het hiervoor genoemde spanningsveld de kop opsteken. In dit verband is een soort meta-constitutionele benadering nodig, dat wil zeggen uitzoomend van het specifieke rechtsgebied waarop de rechter rechtspreekt. Constitutioneel bewustzijn vereist daarbij een zeer kritische blik, in het bijzonder op het optreden van de overheid. Dit kan betekenen dat er op onverwachte terreinen, waarop mogelijk al jaren gevestigde uitgangspunten gelden, op grond van constitutionele uitgangspunten de koers moet worden verlegd.²³ Dit betekent – in de woorden van De Meulder – dat de rechter in het bijzonder bij geschillen waarbij de overheid is

²² Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 15.

²³ Zie de eerder genoemde uitspraak EHRM 15 april 2025, *Van Slooten t. Nederland*, nr. 45644/18.

betrokken moet balanceren tussen het controleren van overheidsmacht en het respecteren van de politieke ruimte die wetgever en bestuur hebben bij het behartigen van het publieke belang. Wij hebben uitgelegd dat dit spanningsveld ook al bestaat onder het huidige grondwettelijke kader zonder de mogelijkheid van toetsing van wetgeving aan de Grondwet. Daarbij past dat de rechter ingrijpt waar nodig en bestuur en wetgever bijstuurt waar dit geboden is. Afschaffing of aanpassing van het toetsingsverbod zal eraan bijdragen dat de toepassing van wetten in een aantal gevallen eerder achterwege zal blijven. Dat zal zo zijn in het kader van de toetsing van wetten aan klassieke grondrechten, mits ook de grondwettelijke beperkingssystematiek onder handen wordt genomen. Maar ook de complexe discussie van toetsing van wetten aan ongeschreven rechtsbeginselen zoals het evenredigheidsbeginsel zal zich sterker gaan manifesteren. Dit laatste is ook een duidelijke nasleep van de toeslagenaffaire.²⁴ Rechters moeten zo veel mogelijk de verhoudingen binnen de trias respecteren en hebben tegelijkertijd de taak om recht te doen in een concrete zaak en adequate rechtsbescherming te bieden.²⁵ De zojuist genoemde evenwichtsoefening past bij de constitutionele positie van de rechter in het staatsbestel en dat vergt moed en het maken van lastige keuzes.²⁶

Literatuur

Barkhuysen & Van Emmerik 2023

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Barkhuysen & Van Emmerik 2025

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Rechterlijke adaptiviteit en de toeslagenaffaire: de lessen geleerd?', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2025/1, p. 6-13.

Heldens 2024

M.M.C.E. Heldens, 'De kernrechtbenadering: een illusoire of bestaande benadering in het Nederlandse rechtsbestel', in: Broeksteeg e.a. (red.), *Rechter & politiek* (Bovend'Eert-bundel), Wolters Kluwer: Deventer 2024, p. 451-470.

Heringa 2022

A.W. Heringa, *In Courts we Trust. Courts as Defenders of the Rule of Law and Parliamentary Democracy* (farewell speech, Maastricht University), Den Haag: Eleven 2022.

²⁴ De Meulder 2025a en uitgebreider De Meulder 2025b. Vgl. bijv. ABRvS 12 februari 2025, ECLI:NL:RVS:2025:456 over de Wet hersteloperatie toeslagen: voor de toepassing van de hardheidsclausule is niet van belang of de relevante omstandigheden door de wetgever waren verdisconteerd, zie uitgebreid de noot van Ortleip onder AB *Rechtspraak Bestuursrecht* 2025/101.

²⁵ Zie nader Heringa 2022.

²⁶ Zie Barkhuysen & Van Emmerik 2025. Vgl. Schlössels 2006, p. 119-156.

rechtstreeks 1/2025 Constitutioneel bewustzijn bij rechters...

Jansen 2008

C.J.H. Jansen, Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (1829), *Ars Aequi* 2008/1, p. 22-29.

Koopmans 1986

T. Koopmans, *Vergelijkend publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986.

Kortmann 2021

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

De Lange 1994

R. de Lange, 'Rechterlijk activisme en het gezag van de Europese rechter', in: Van Leeuwen e.a., *Het gezag van de rechter* (VSR-SISWO reeks nr. 1), 1994, p. 59-83.

Martens 2000

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *Nederlands Juristenblad* 2000/14, p. 747-758.

De Meulder 2025a

K. de Meulder, 'Bied staatrechtelijk tegenwicht in tijden van bestuurlijke zwakte', *de Volkskrant* 11 maart 2025.

De Meulder 2025b

K. de Meulder, 'De bestuursrechter moet kiezen: voor de burger en de rechtsstaat', *JBplus* 2025/4.

Schlössels 2006

R.J.N. Schlössels, 'Ongehoorzame bestuursrechters? Over stoutmoedige rechters, gedurfde rechtsvorming en hardheid van de wet,' in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *De ongehoorzame rechter*, Deventer: Kluwer 2006, p. 119-156.

Vetzo 2025

M.J.A.M. Vetzo, *Constitutioneel procesrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2025.

Constitutionele bewustwording, constitutionele toetsing, constitutioneel hof

Ben Vermeulen¹

Deze bijdrage gaat over ‘constitutionele bewustwording’ en ‘constitutioneel rechtsbewustzijn’ van de rechter. Wat met die bewustwording en dat bewustzijn bedoeld wordt is niet aanstonds duidelijk. Maar bezien in het licht van de door de redactie geformuleerde nadere vragen gaat het om een mogelijk proces waarbij de Nederlandse rechter zich, in het licht van een tot stand gekomen (beperkte of ruime) opheffing van het toetsingsverbod in artikel 120 Grondwet, bewust moet worden dat er iets nieuws aan de hand is. Zij² zal daardoor de beschikking krijgen over een extra, aanvullend constitutioneel toetsingskader – vermoedelijk een deel van de Grondwet, en misschien nog andere hogere normen – waar zij vervolgens ook wat mee zal moeten doen. In ieder geval zal zij dan formele wetten hebben te beoordelen op hun grondwettigheid.³ Indien de bevoegdheid tot toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet – al dan niet exclusief – wordt opgedragen aan een constitutioneel hof, is die noodzaak van bewustwording uiteraard nog sterker, nu in dat geval een nieuwe rechter, een ‘echt’ constitutioneel hof, eindverantwoordelijk wordt voor de wijze waarop die grondwetstoetsing dan zou moeten plaatsvinden.

Wie toetst?

Een voorraag die eerst beantwoording behoeft, voordat ingegaan wordt op de van de rechter te verwachten ‘constitutionele bewustwording’ en ‘constitutioneel rechtsbewustzijn’, is hoe en door wie constitutionele toetsing vormgegeven gaat worden en welke constitutionele toetsingsvragen voorgelegd kunnen worden: 1) wie gaat constitutioneel toetsen, en 2) aan welk constitutioneel recht kan dan getoetst worden? Ik behandel eerst de vraag naar wie: welke rechter(s) constitutioneel gaat (gaan) toetsen.

Een eerste variant is dat invoering van constitutionele toetsing vergezeld gaat met het in het leven roepen van een constitutioneel hof (de zogenoemde geconcentreerde of gecentraliseerde constitutionele toetsing). Dat hof zou – ten minste in hoogste instantie – finaal uitspraak kunnen en moeten doen over de verenigbaarheid van formele wetten met de Grondwet. Uiteraard zou dat hof

¹ Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

² De meerderheid van de Nederlandse rechters is vrouw. Met ‘zij’ wordt overigens ook ‘hij’ bedoeld.

³ De *Contourennota constitutionele toetsing* van 21 februari 2025 laat de vraag of ook toetsing aan de Grondwet van formele wetten als zodanig – *in abstracto* – mogelijk zal worden nog in het midden. Deze nota komt verderop nader aan bod.

ook bevoegd moeten zijn tot grondwettigheidstoetsing van lagere regelgeving (zoals de bestaande rechters al plegen te doen). En daarnaast zou zo een hof overheidshandelingen en besluiten *in concreto* op grondwettigheid moeten kunnen beoordelen. Zonder een dergelijke ruimere toetsingsbevoegdheid zal dat hof vermoedelijk niet al te veel te doen hebben. Het bestaan van een constitutioneel hof impliceert een ruime toetsingsomvang, nu dat hof in brede zin waakt over de eerbiediging van de Grondwet, en dus ook in brede zin de uitlegger in finale, laatste instantie van de Grondwet moet zijn. Dat is immers de essentie van het bij een specifieke grondwetsrechter – een constitutioneel hof – beleggen van *geconcentreerde* constitutionele toetsing.

Een tweede variant houdt in, dat invoering van constitutionele toetsing niet gepaard gaat met invoering van een apart constitutioneel hof, maar enkel de bestaande gerechten de bevoegdheid verleent om formele wetgeving aan de Grondwet te gaan toetsen (gespreide of decentrale constitutionele toetsing). Al sinds jaar en dag doen de Nederlandse rechters aan constitutionele toetsing, dat wil zeggen aan toetsing van lagere regelgeving, besluiten en handelingen aan de Grondwet en ander hoger recht, waaronder rechtsbeginselen. Bovendien toetsen zij niet alleen lagere regelingen maar ook (de toepassing van) formele wetten aan bovennationaal constitutioneel recht, in de vorm van internationaal (verdragen) en supranationaal (Europees) recht. Daar zou dan alleen als extra een vorm van grondwettigheidstoetsing en mogelijk rechtsbeginseltoetsing van formele wetten bij komen.

Uiteraard zijn er tussen deze twee uitersten nadere modaliteiten mogelijk, zoals gespreide toetsing, waarbij rechters in het geval van een gerezen grondwettigheidskwestie ter zake prejudiciële vragen aan een constitutioneel hof kunnen (of moeten) stellen. Zie ik het goed, dan opteert het kabinet in de *Contourennota constitutionele toetsing*⁴ voor deze variant: een constitutioneel hof waaraan de gewone rechters grondwettigheidsvragen kunnen stellen. Daarbij laat de nota de gewone rechter de ruimte om te beslissen of zij bij grondwettigheidstwijfel prejudiciële vragen aan het hof zal stellen of zelf een oordeel zal geven. De mogelijkheid van rechtstreeks adresseren van het hof door burgers, zonder de tussenschakel van prejudiciële vragen, heeft niet de voorkeur van het kabinet.

Tot nu toe wijst de Rechtspraak – onder meer bij monde van de Hoge Raad, de Raad voor de rechtspraak en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – de optie van een constitutioneel hof af.⁵ Dat is ook goed te begrijpen. De Nederlandse rechter is immers al *decennia* gepokt en gemazeld in het toetsen van nationaal recht, inclusief formele wetten, aan hoger recht in de vorm van verdragen en Unierecht. Zij is *a fortiori* ook gewend en goed in staat om lagere regelgeving aan de Grondwet te toetsen. *In zoverre is elke Nederlandse rechter al lang een constitutionele rechter.*

⁴ Kamerstukken II 2024/25, 36600 VII, nr. 129. Eerder publiceerde het vorige kabinet een *Hoofddlijnenbrief* (Kamerstukken II 2021/22, 35925 VII, nr. 169) en een *Toetsingskader* (Kamerstukken II 2023/24, 36410 VII, nr. 105).

⁵ Zie de Hoge Raad, *Reactie op verzoek om zienswijze constitutionele toetsing* (14 april 2022), de Raad voor de rechtspraak, *Zienswijze van de Rechtspraak op rechterlijke constitutionele toetsing* (15 april 2022) en de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, *Constitutionele toetsing* (22 april 2022).

Het ligt dus nogal voor de hand dat de Nederlandse rechter niet zoveel trek heeft in een boven haar geplaatst constitutioneel hof, en zeker niet met betrekking tot een materie (constitutionele toetsing in brede zin) waar zij al sinds jaar en dag mee vertrouwd is.

Waaraan gaat getoetst worden?

Een tweede vraag is aan welk constitutioneel recht formele wetgeving (naast toetsing aan verdragen en Unierecht) getoetst kan gaan worden. *Grosso modo* zijn er drie verschillende smaken: 1) toetsing aan alleen de klassieke grondwettelijke grondrechten; 2) toetsing aan al het nationaal constitutioneel recht in brede zin: de gehele Grondwet, inclusief de sociale grondrechten en institutionele bepalingen zoals artikel 68 Grondwet (inlichtingenplicht van ministers), decentralisatienormen zoals artikel 124 Grondwet (autonomie van provinciale en gemeentelijke besturen) en algemene ongeschreven en geschreven⁶ rechtsbeginselen⁷; en 3) allerlei varianten binnen deze twee uiterste polen.

De *Contourennota constitutionele toetsing* kiest voorshands voor een terughoudend standpunt, opteert alleen voor 1): enkel toetsing van formele wetgeving aan klassieke grondrechten en daarop gelijkende rechten (de aan art. 4 Grondwet verwante kiesrechtbepalingen: art. 55 lid 2, art. 132a lid 2 en 3 Grondwet). Toetsing van formele wetgeving aan sociale grondrechten en rechtsbeginselen wordt afgewezen. Deze terughoudende lijn komt overeen met tot voor kort dominante opvattingen in de Rechtspraak, die opteerden voor een voorlopige uitbreiding van het toetsingskader met de (specifiek als toetsingsmaatstaf aangewezen) klassieke grondrechten. Het lijkt er evenwel op dat sommige rechterlijke instanties thans ook ruimte zien voor toetsing aan sociale grondrechten. Zelf zie ik dat overigens niet zo zitten, zie noot 10.

Terecht vraagt de *Contourennota* aandacht voor de noodzaak om bij invoering van toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten een beperkingssystematiek in te voeren die materiële criteria toevoegt aan de bestaande systematiek. Anders zouden veel grondrechtenbepalingen in feite geen maatstaf voor toetsing van formele wetgeving vormen, vanwege de in de bestaande grondwettelijke clausules opgenomen mogelijkheid om bij formele wet beperkingen te stellen, zonder dat aan die beperkingen inhoudelijke eisen gesteld zijn.⁸ Natuurlijk zou de grondwetgever bij opheffing van het toetsingsverbod – waar het gaat om de klassieke grondrechten – in de toelichtende stukken kunnen

⁶ Ook geschreven, in wetgeving neergelegde algemene rechtsbeginselen zoals de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW) leggen het af tegen dwingende wetsbepalingen, zie HR 19 december 2014, JB 2015/48 m.nt. Schutgens, AB 2015/278 m.nt. Van Rossem.

⁷ Zoals elke jurist moet weten wordt het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet ruim opgevat, en sluit deze bepaling niet alleen toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet, maar ook aan algemene rechtsbeginselen uit, aldus reeds het *Harmonisatiewet*-arrest, HR 14 april 1989, AB 1989/207 m.nt. Van der Burg.

⁸ De meeste grondrechtenbepalingen maken het mogelijk het grondrecht bij formele wet te beperken, zonder nadere eisen aan die wet te stellen. Grondwetstoetsing die alleen ziet op de vraag of de grondrechtsbeperking in een formele wet is neergelegd is in zoverre een lege huls.

uitspreken dat zij verwacht dat de rechter zelf inhoudelijke toetsingsmaatstaven zal ontwikkelen, maar dat is een zwakgebod. De materie is van dusdanig belang dat de grondwetgever die maatstaven zelf zal moeten formuleren.

Bij expliciete aanpassing van de grondwettelijke beperkingssystematiek zijn er grofweg twee vormen. De eerste variant houdt in dat naast de bestaande beperkingsclausules, die de nadruk leggen op de vraag of grondrechtsbeperkingen gesteld zijn door de aangewezen bevoegde wetgever of regelgever, een algemene aanvullende grondrechtsbeperkingsclausule met inhoudelijke maatstaven van noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit, en eventueel ook kernrecht-bescherming⁹ opgenomen wordt. In een tweede variant specificeert de grondwetgever per grondrecht daarop toegesneden inhoudelijke maatstaven.

Invoering daarnaast van andersoortige toetsingsmaatstaven – sociale grondrechten, institutionele bepalingen, rechtsbeginselen – stuitte zoals gezegd bij de Nederlandse rechter veelal op reserve. Dat is niet omdat zij die constitutionele maatstaven niet hoogacht, maar omdat zij een sterk besef heeft van de subjectiviteit die gepaard gaat bij een inhoudelijke uitleg van deze normen, die minder goed past bij haar rechterlijke rol. Aan de andere kant: juist omdat de Nederlandse rechter voorzichtig is, zal zij bij verruiming van het toetsingskader niet snel de neiging hebben om zijn bevoegdheid al te ruim te nemen, en ‘judicial restraint’ betrachten. Het ligt voor de hand dat zij bijvoorbeeld bij eventuele toetsing aan sociale grondrechten uit zal gaan van de grenzen van zijn rechtsvormende taak en bevoegdheid, en daarbij het primaat van de formele wetgever hoog zal houden, dan wel aan deze grondrechten in doorsnee rechtstreekse werking zal ontzeggen.¹⁰ Wat betreft toetsing aan institutionele bepalingen zal zij evenzeer terughoudendheid betrachten, nu het daar om een terrein gaat waar het primaat bij het politieke proces ligt, dat de rechter slechts in extreme gevallen zou mogen betreden (*political question-doctrine*). Ten slotte zal zij niet snel geneigd zijn om met een beroep op algemene rechtsbeginselen formele wetgeving te doorkruisen.¹¹

⁹ Zie aldus art. 51 lid 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

¹⁰ Recente pleidooien, bijvoorbeeld in de op 5 maart j.l. voor de Vaste commissie voor Binnenlandse Zaken afgestoken *position papers* waarin sociale grondrechten als bruikbaar toetsingskader aangemerkt worden, zijn niet zeer doordacht. Meestal verwijzen de pleitbezorgers direct naar in verdragen neergelegde sociale rechten, en wordt niet ingegaan op de specifieke aard van de sociale grondrechten in de Nederlandse Grondwet, die voornamelijk regelingsopdrachten en globale zorgtaakstellingen bevatten. Voor zover al de nationale sociale grondrechten in de rechtspraak hanteerbaar zouden zijn kan die functie zeer wel door de internationale sociale grondrechten vervuld worden.

¹¹ In lijn met de sinds het *Harmonisatiewet*-arrest uit 1989 geldende jurisprudentie van de Hoge Raad en andere rechters (herbevestigd in onder meer ABRvS 1 maart 2023, JB 2023/86 m.nt. Schlössels, AB 2023/128 m.nt. Van Zanten), op grond waarvan een dwingende wetbepaling met een beroep op een algemeen rechtsbeginsel slechts opzij gezet mag worden als sprake is van bijzondere omstandigheden die door de wetgever niet verdisconteerd zijn en toepassing van de betreffende formeel-wettelijke bepaling zozeer in strijd doet zijn met zo een algemeen rechtsbeginsel dat die toepassing achterwege moet blijven. Zie voor een fraai samenstel van uitspraken over deze materie AB 2024/269-275 m.nt. Becker.

Nog twee aantekeningen, eerst een van juridisch-technische aard. In de stukken van het kabinet wordt onder meer aangegeven dat artikel 23, tweede, derde, vijfde, zesde en zevende lid van de Grondwet (de onderwijsbepaling) als constitutionele toetsingsmaatstaven zullen gaan kwalificeren. Bedacht dient te worden dat het hier gaat om een grondwetsbepaling *sui generis*, die buiten de grote herijking van de grondwettelijke beperkingssystematiek in 1983 is gebleven, een afwijkende terminologie kent en een lange historie heeft. Ten aanzien van deze bepaling zal de regeling van de beperkingsmogelijkheden een specifieke afweging vereisen.

Ten tweede, het kabinet wijst rechterlijke toetsing van de wet aan ongeschreven rechtsbeginselen principieel af: 'In de kern gaat het er bij toetsing aan deze beginselen om dat de rechter de inhoud hiervan vaststelt. Bij de formulering van deze beginselen, de beperkingen daarop en de onderlinge rangorde ervan ontbreekt de dialoog tussen de rechter en de wetgever. De rechter bepaalt eigenstandig aan welke ongeschreven rechtsbeginselen wordt getoetst en welke normen daaruit kunnen worden afgeleid. De (grond)wetgever komt daar niet aan te pas: als zijn opvatting afwijkt van de door de rechter gegeven uitleg is het lastig om bij te sturen, aangezien het ongeschreven recht betreft. Bij toetsing van door de democratisch gelegitimeerde wetgever aangenomen wetten is het ontbreken van de dialoog met de (grond)wetgever naar het oordeel van het kabinet moeilijk te rechtvaardigen.'¹² Ik kan mij deze lijn goed voorstellen.¹³ De vraag is wel hoe deze spoort met het beoogde nieuwe artikel 3:4, tweede lid, van de Awb, waarin het evenredigheidsbeginsel de status lijkt te krijgen van een 'supernorm', een constitutioneel beginsel dat voorrang heeft op formele wetgeving en mogelijk zelfs door latere of specifieke wetgeving niet opzij gezet zou kunnen worden.¹⁴ In lijn hiermee rijst de vraag of met deze terughoudende opstelling voldoende tegemoet gekomen wordt aan de in samenleving en juridische kringen sinds de toeslagaffaire gevoelde noodzaak van een evenredigheidstoetsing van harde wetgeving, welke aan het streven naar sterkere constitutionele toetsing ten grondslag ligt.

Constitutioneel rechtsbewustzijn: hoe zullen de rechters toetsen?

Laten we nu eens veronderstellen dat er een vorm van constitutionele toetsing van formele wetgeving ingevoerd wordt. Wat zou dat doen met de Nederlandse rechter, wat zou dat moeten doen met zijn 'constitutioneel rechtsbewustzijn', met zijn 'constitutionele bewustwording'? Dat vergt nogal wat psychologisch koffiedik kijken, maar is mij nu eenmaal gevraagd, dus doe ik maar een gooi. Eenieder die wel eens in contact komt met rechters in Europese constitutionele hoven zal in doorsnee, na wat doorvragen, het besef krijgen dat deze rechters hun functie zeer serieus nemen, dat ze trots zijn dat ze lid van een dergelijk hof mogen zijn, en vooral dat ze gestalte mogen geven aan de constitutionele identiteit en kwaliteit van hun rechtssysteem. Zij voelen zich daarin bevoorrecht en geroepen tot verdediging van

¹² Kamerstukken II 2024/25, 36600 VII, nr. 129, p. 8.

¹³ B.P. Vermeulen, 'Rechtsbeginselen in het onderwijsrecht', in: R. van Schoonhoven (red.), *Rechtsbeginselen in het onderwijsrecht: een eerste verkenning* (preadviezen Vereniging voor Onderwijsrecht), Den Haag: Boom 2024, p. 52-53.

¹⁴ Vermeulen 2024, p. 58.

die identiteit en kwaliteit. Dat is niet verbazingwekkend. Veel van deze hoven zijn het product van een fundamentele breuk met een beladen verleden: afstand nemen van een dictatuur (Duitsland, Oostenrijk, Italië; recenter Portugal, Spanje), of van een wurgende vreemde overheerser (voormalig Oostblok). Zij voelen zich dan ook 'hoeders van de constitutie', die verdedigd moet worden tegen aantasting van de democratische rechtsstaat en tegen terugval naar het verfoeide verleden.

Het is evenwel de vraag of invoering van de bevoegdheid om formele wetten aan (een deel van) de Grondwet te toetsen bij de Nederlandse rechter een dergelijk rechterlijk '*Verfassungspatriotismus*' zal doen ontstaan. Juist omdat er sprake is van een lange gevestigde praktijk van toetsing van wetten aan ander hoger recht zal de Nederlandse rechter zo een toevoeging aan zijn toetsingsarsenaal weliswaar zien als een relevante, maar niet als een hemelschokkende aanvulling. Zeker als volstaan wordt met invoering van constitutionele toetsing van formele wetten zonder dat dat gepaard gaat met de oprichting van een constitutioneel hof zal het *business as usual* zijn: de houding en benadering van de rechter in grondrechten- en mensenrechtenzaken zal niet wezenlijk veranderen.

Te verwachten is wel, dat de Nederlandse grondrechten een belangrijker rol zullen gaan spelen, en het kan zeer wel zo zijn dat in zaken die zich daarvoor lenen eerst aan die nationale grondrechten getoetst wordt vooraleer de internationale grondrechten aan bod komen. Voor de hand ligt, dat zich een praktijk zal ontwikkelen waarbij nationale en internationale grondrechten – zoals het Belgisch Grondwettelijk Hof sinds jaar en dag pleegt te doen – explicieter dan nu het geval is 'samen-gelezen worden', en in elkaars verlengde geïnterpreteerd worden.¹⁵ Daarmee zullen onze nationale grondrechten mogelijk ook wat meer 'gaan leven'. Maar zie ik het goed, dan zal dat geen nieuwe werkwijze van de Nederlandse rechter vereisen, en ook niet erg veel meer constitutionele bewustwording. Deze rechter krijgt er immers alleen een aantal in de Grondwet vervatte toetsingsmaatstaven – de klassieke grondrechten – bij. En die zijn – daargelaten de strengere legaliteitseisen – niet zoveel anders en houden niet zoveel meer in dan de bestaande maatstaven die uit verdragen en Unierecht voortvloeien.

Hoe zou een constitutioneel hof gaan toetsen?

Mogelijk zal er, mocht invoering van constitutionele toetsing gepaard gaan met de oprichting van een daarvoor specifiek bedoeld constitutioneel hof, wel een nieuwe dynamiek ontstaan. Allereerst is er de wijze van benoeming. Wat laconiek schrijft het kabinet, dat er 'een balans [zal] moeten zijn tussen voldoende waarborgen voor het voorkomen van politieke druk op of politisering van de rechtspraak en tegelijkertijd enige mate van betrokkenheid van de andere staatsmachten met het oog op de democratische legitimiteit en het evenwicht tussen de staatsmachten.' Zelf ben ik wel wat bezorgder over mogelijke politisering. Ten eerste is er het risico van politisering van de benoemingsprocedure. Ten tweede is er het risico van politisering in de jurisprudentie van het hof.

¹⁵ Zie in deze lijn ook het Constitutioneel Hof van Sint Maarten 8 november 2013, ECLI:NL:OCHM:2013:2, ov. 2.3.5: concordantie, harmoniserende interpretatie van grondrechten- en mensenrechtenbepalingen, met name in relatie tot het EVRM.

Anders dan in een stelsel van gespreide toetsing bergt geconcentreerde toetsing een groter risico dat de rechter – het constitutioneel hof – oorzaak en onderwerp van politieke strijd zal worden. De idee dat zo een hof alleen maar juridische wijsheid en maatschappelijke vrede zal brengen is nogal naïef. Zo heeft het US Supreme Court de afgelopen jaren een eenzijdige samenstelling gekregen, leidend tot partijdige jurisprudentie,¹⁶ en is dat hof mede oorzaak geworden van de scherpe tweedeling in de Verenigde Staten, in politiek en maatschappij.¹⁷ En de constitutionele hoven van Hongarije en Polen zijn (nog steeds) of waren tot voor kort willoos instrument ten behoeve van de politieke agenda van de zittende macht.

Daarmee is echter niet gezegd dat constitutionele hoven per definitie ellende veroorzaken. Zo is het gezag van het Duitse Bundesverfassungsgericht in eigen land en daarbuiten onomstreden, ondanks (of mede dankzij?) zijn af en toe EU-kritische uitspraken. Ook het Franse Conseil constitutionnel heeft een grote faam.¹⁸ En het Belgische Grondwettelijk Hof is een van de weinige instituties waarin Vlamingen en Walen gelijkelijk vertrouwen hebben.

En soms doet een constitutioneel hof zelfs een heel moedige uitspraak, die ten minste voorlopig een dam opwerpt tegen populistische ontsporing. In een ingrijpende uitspraak van 6 december 2024 kwam het Roemeense constitutionele hof, na de eerste ronde van de presidentsverkiezing na hertelling geldig bevonden te hebben, enkele dagen later op basis van alsnog vrijgekomen informatie van de veiligheidsdiensten tot de conclusie dat het verkiezingsproces zodanig was verstoord¹⁹ dat de verkiezing alsnog ongeldig verklaard moest worden.²⁰ Nieuwe presidentsverkiezingen zullen op 4 mei 2025 plaatsvinden.

¹⁶ Met als (voorlopige?) dieptepunten het arrest van 22 juni 2022, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022), waarin de mogelijkheden voor abortus, geformuleerd in *Roe v. Wade* (1973) vergaand werden beperkt, en het arrest van 1 juli 2024, *Trump v. United States*, 603 U.S. 593 (2024), waarin een voormalig president (Trump) verstrekkende immuniteit verleend werd voor zijn 'officiële' handelen, en mogelijk zelfs voor zijn betrokkenheid bij de bestorming van het Capitool op 6 januari 2021 (in de *dissenting opinion* van Sotomayor: 'The President is now a king above the law').

¹⁷ De meest ingrijpende misstap was het arrest van 6 maart 1857, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856), waarin het Supreme Court onder meer besliste dat zwarten geen staatsburger konden zijn en de federale wetgever niet de bevoegdheid had om slavernij te verbieden. Deze desastreuze uitspraak droeg bij aan het uitbreken van de Amerikaanse Burgeroorlog. Maar een andere uitspraak zou vermoedelijk hetzelfde gevolg hebben gehad. Overigens werd de slavernij, na het einde van de burgeroorlog, in december 1865 afgeschaft.

¹⁸ Ik ga niet in op de vraag of de Conseil constitutionnel een 'echte' rechter is. Hij geeft oordelen over de grondwettigheid van wetten, welke voor bestuur en rechtspraak bindend zijn.

¹⁹ Door grootschalige overtreding van de regels met betrekking tot de financiering van verkiezingscampagnes, agressieve reclame op sociale media (met name TikTok) en door Rusland gecoördineerde AI-gestuurde beïnvloedingscampagnes en tienduizenden cyberaanvallen op communicatie-infrastructuur ten behoeve van de verkiezingen.

²⁰ De klachten van de kandidaat die van de externe beïnvloeding profiteerde (Georgescu), gebaseerd op de EVRM-artikelen 3 Protocol 1 (kiesrecht), 6 en 13 (effectieve (rechterlijke) rechtsbescherming) en 10 en 11 (vrijheid van meningsuiting en van vergadering), zijn niet-ontvankelijk verklaard: EHRM 6 maart 2025, *Georgescu v. Romania* (dec.) no. 37327/24.

Mogelijk kan de invoering van een constitutioneel hof een dynamiek met zich brengen die zich bij louter handhaving van het huidige stelsel van de Nederlandse rechtspraak niet zou voordoen. In een rechtsvergelijkend rapport ten behoeve van de gedachtevorming over invoering van constitutionele toetsing wordt geconcludeerd: '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.'²¹ Vermoedelijk zal een nieuw constitutioneel hof de neiging hebben om zich te gaan bewijzen, en zal het na een beginperiode van schoorvoeten gedurfder uitspraken gaan doen. Dat hebben Nederlandse rechters in de loop der tijd overigens al gedaan, maar dan met name aan de hand van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Handvest. Ik verwacht dan ook niet dat een nieuw constitutioneel hof veel overhoop zal halen. Ook dit hof zal uit Nederlandse rechters bestaan, die in het algemeen streven naar evenwichtigheid en matiging. Daarbij zullen zij zich blijven laten leiden door het EVRM, het Handvest en de Grondwet, kaders die alle ruimte bieden voor evenwichtige belangenafweging en zorgvuldige grondrechtenbescherming.

Deze verwachting is overigens gebaseerd op de overtuiging 'dat het bij ons niet zo'n vaart zal lopen'. Dat konden we heel lang ook voetstoots aannemen. De recente jaren, maanden, ja weken hebben evenwel in bevriende landen constitutionele – of beter: anti-constitutionele – ontwikkelingen laten zien die we tot voor niet zo lang geleden daarvoor onmogelijk hadden gehouden. Mochten zulke ontwikkelingen zich ook hier gaan voordoen, dan hoop ik dat de Nederlandse rechters en zo nodig een Nederlands constitutioneel hof, hun gematigdheid zullen loslaten en net als het Roemeense constitutioneel hof het tij van ondemocratische en anti-rechtsstatelijke disruptie met moed en durf zullen pogen te keren. Maar zover is het hier gelukkig (nog lang?) niet.

²¹ M. Claes e.a., *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing*, Maastricht: Maastricht University 2021, p. 61.

Constitutionele toetsing, kennis en kunde – Duitse en Italiaanse *Tipps en trucchetti*

Niels Graaf

Bestaat gerechtelijk eigenbelang? Je zou het bijna denken. Eind september 2024 hield de president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) een intrigerende toespraak. Het onderwerp: de naderende opheffing van het toetsingsverbod. Over de vraag of die nieuwe toetsingscapaciteit gespreid (door de bestaande gerechten en in elke fase van de rechtsgang) moest plaatsvinden of juist geconcentreerd in één instantie, was de president helder: 'Het is niet nodig en niet wenselijk om een constitutioneel hof in te stellen.'

Het is een opinie die op zich prima valt te verdedigen,¹ maar binnen staatsrechtelijk Nederland trok de opinie toch een enkele wenkbrauw. Zo signaleerde Boogaard in een LinkedInreactie: 'Waarom mag het CBB al naast de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep staan, maar is een constitutioneel hof ernaast opeens een slecht idee? Je kunt het best over de wenselijkheid van een constitutioneel hof hebben. Maar als juist de CBB gaat aanvoeren dat specialisatie in een apart hof een slecht idee is...'

Daar had Boogaard een punt (LinkedIn is overigens een onderschat juridisch debatforum). Het College is immers de hoogste rechter op het gebied van het economisch bestuursrecht. De Afdeling bestuursrechtspraak is er naast gepositioneerd. U voelt hem al aankomen: als er geen gespecialiseerd hof nodig is voor constitutionele kwesties, waarom dan wel een apart hof dat zich richt op economische en landbouwsubsidies, regulering van markten, voedselkwaliteit, gezondheidsrecht, financieel toezicht, consumentenbescherming, mededingingsrecht en accountantstuchtrecht?

Voor de goede orde: deze onderwerpen zijn stuk voor stuk gespecialiseerde materie. Materie die vraagt om gerechtelijke kennis en kunde. Daar is geen twijfel over. Een jaar of tien geleden verdedigde de president van de Centrale Raad van Beroep (CRvB), de andere gespecialiseerde bestuursrechter, wat dat betreft overtuigend het nut en de noodzaak van specialisatie. Het is te mooi om hier niet te citeren: 'Het is van belang dat de rechtspraak in hoger beroep op het terrein van de sociale zekerheid in handen is van een rechter die dit rechtsgebied goed overziet en een scherp

¹ Corstens 2025.

inzicht heeft in de gevolgen van zijn beslissingen voor het stelsel van de sociale zekerheid als geheel. Dat geldt temeer nu wijzigingen in het socialezekerheidsrecht vaak ingrijpend zijn en elkaar in hoog tempo opvolgen. Dit onderstreept het belang van gespecialiseerde rechters.²

Deze president uit 2015 is anno 2025 de president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Het doet de vraag opkomen: is een gespecialiseerde constitutionele rechter dan niet eveneens van belang voor het uitoefenen van het grondwettelijk toetsingsrecht? Dit stuk pleit niet voor de ultieme gevolgtrekking van de redenering van de president van College van Beroep voor het bedrijfsleven, namelijk: het afschaffen van het College en de Centrale Raad van Beroep. De doelstelling is bescheidener. Het hoopt slechts te laten zien dat constitutionele toetsing een ambacht is, net als de toepassing van het economisch bestuursrecht.

Dit besef is noodzakelijk. Op dit moment is, zo leert de Duitse en Italiaanse naoorlogse constitutionele infrastructuur, de Nederlandse rechterlijke macht onvoldoende geëquipeerd om constitutionele toetsing, in welke vorm dan ook, met succes te omarmen. Constitutionele toetsing vereist namelijk zowel constitutionele vorming als ervaring – en aan beide schort het. Die kennis en kunde is nodig zowel in het geval een constitutioneel hof het leven ziet, als een situatie waarin de grondwettelijke toetsingscapaciteit wordt belegd bij een speciale kamer bij de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak, een bij die colleges weer in te stellen ‘grote kamer’, of de Nederlandse gerechtelijke macht in zijn geheel.

Dit stuk schijnt enig licht op de lacunes. En passant biedt het enkele *Tipps* en *trucchetti* gebaseerd op Duitse en Italiaanse ervaringen. Een geruststellende gedachte: ook in Italië en Duitsland was het in de eerste twee decennia na de invoering van de inmiddels succesvolle constitutionele hoven een kwestie van wennen, aanmodderen en snel bijleren.³ Men zal mij er vast op wijzen dat de Nederlandse context een geheel andere is dan de Duitse of Italiaanse. Die vaststelling deel ik – een argument om de ogen voor de Duitse en Italiaanse ervaringen te sluiten, ontwaar ik er enkel niet in.

Constitutionele ervaring: een lacune

Terug naar het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Een van de voordelen van een gespecialiseerde rechter op het gebied van het economisch bestuursrecht is dat deze specialisatie gepaard gaat met een kwaliteits- en kennisinfrastructuur. Dergelijke geconcentreerde kennis en kunde biedt mogelijk ook een oplossing voor het gebrek aan ervaring met gerechtelijke toetsing aan de Grondwet. Hoewel artikel 120 van de Grondwet voor rechters geen belemmering vormt lagere regelgeving dan wetten in formele zin aan de Grondwet te toetsen, betekent dit niet dat er over de decennia een rijke constitutionele ervaring is opgebouwd wat betreft het toetsen van algemene plaatselijke verordeningen (APV's), algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen of ander overheidshandelen.

² Kamerstukken II 2014/15, 29279, 231.

³ Groppi 2016, p. 321, Barsotti 2016.

Ter illustratie: lopend onderzoek suggereert dat in het geval van APV's er in de periode 2015-2025 binnen de gehele rechterlijke macht slechts veertien keer gebruikgemaakt is van het toetsingsrecht aan de Grondwet.⁴ Dat er pas in 2025 een proefschrift over constitutioneel procesrecht met succes is verdedigd, is eveneens tekenend.⁵ Het was de afgelopen decennia blijkbaar geen urgent onderwerp (bestond het überhaupt?). In Duitsland of Italië is dat wel anders.⁶

Daar komt nog iets bij. Het huidige toetsingsverbod behelst ook een verbod van toetsing 'over de band' van toetsing aan lagere regelgeving.⁷ Lagere regelgeving die niet meer dan een uitvloeisel van een wet in formele zin is, valt ook onder het toetsingsverbod. Dit betekent dat in de praktijk rechters – ook bij lagere regelgeving – zich geregeld beroepen op artikel 120 van de Grondwet. Gelegenheden om toetsingservaring op te doen, zijn daardoor nog minimaler.

Hoewel artikel 120 Grondwet ver reikt, staat het de rechter wel vrij om een niet-bindend oordeel te vormen over de grondwettigheid van wetten in formele zin. Artikel 120 verbiedt 'slechts' dat de rechter juridische gevolgen verbindt aan een dergelijke beoordeling. Dat biedt ruimte aan de rechterlijke macht om in uitspraken, en excuses alvast voor de terminologie, 'te oefenen' met constitutionele toetsing van wetten in formele zin. In de praktijk wordt echter amper gebruikgemaakt van dergelijke gevolgenloze overwegingen. Voermans stelde het al vast in 2003,⁸ in 2025 is het niet anders. Toetsingservaring is dus wederom niet opgedaan.

Om de tegenwerping alvast voor te zijn: jazer, Nederlandse rechters hebben over de afgelopen decennia een binnen Europa ongeëvenaarde kennis en kunde opgebouwd wat betreft het toetsen via artikel 93 en 94 Grondwet aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Dat is geïnternaliseerd, deel van de Nederlandse gerechtelijke cultuur,⁹ maar een-op-een vergelijkbaar met

⁴ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1946; Rechtbank Noord-Holland 1 maart 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:1639; Gerechtshof Amsterdam 29 augustus 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2003; Rechtbank Midden-Nederland 3 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:375; Rechtbank Limburg 24 september 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:8581; Rechtbank Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3514; Rechtbank Rotterdam 19 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10493; Gerechtshof Den Haag 19 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3293; Rechtbank Amsterdam 23 oktober 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:6435/6436; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:8861; Raad van State 7 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:785; ECLI:NL:GHARL:2021:3848. Met dank aan kundig speurwerk van Chun Wai Man die op dit moment onder mijn supervisie een scriptie schrijft over dit onderwerp.

⁵ Vetzo 2025.

⁶ Benda, Klein & Klein 2020, of eerder: Engelmann 1977.

⁷ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:779, Boogaard & Uzman 2014.

⁸ Voermans 2003.

⁹ Graaf 2023.

de Grondwet is dit belangrijke mensenrechtenverdrag niet. Succesvol toetsen aan internationaal recht betekent evenmin dat er ook automatisch succesvol zal worden getoetst aan de Grondwet (een van de mythes rondom het verdragsargument).¹⁰

Daar komt nog iets bij. De toetsing aan het EVRM, zo heb ik mij wel eens laten influisteren door een aantal ambtenaren met rechtspraak belast, richt zich niet zozeer op concrete artikelen uit het verdrag, maar veelal en primair op Straatsburgse jurisprudentie. In het geval van constitutionele toetsing aan de Grondwet is een dergelijke rijke collectie jurisprudentie niet voorhanden. Dat vraagt dus om directe toetsing aan de Grondwet. Daar ontbreekt ervaring. Tegelijkertijd kun je ook een kanttekening plaatsen bij het idee dat er altijd vlekkeloos wordt getoetst aan het EVRM. Zo nu en dan blijken Nederlandse rechters enige moeite te hebben met het uit elkaar halen van de vraag of een beperking binnen de reikwijdte van een grondrecht valt en de kwestie of de betreffende beperking geoorloofd is.¹¹

Voornoemde doet het idee opkomen dat veel rechters in Nederland vrij beperkte ervaring hebben met constitutionele toetsing. Hoe komt een president van een gespecialiseerd gerecht dan bij de gedachte dat zij dat wel even erbij doen naast het eigen hoogst gespecialiseerde werk? Het is een gedachte die in ieder geval niet rust op ervaring, hoewel het natuurlijk mogelijk is dat de president ervan uitgaat dat het met die constitutionele toetsing geen storm zal lopen. Het nogal zuinige gebruik van de mogelijkheid om lagere regelgeving aan de Grondwet te toetsen, ondersteunt die gedachte in ieder geval.

Trucco uno: constitutionele concentratie

Hoe het gebrek aan toetsingservaring binnen de Nederlandse gerechtelijke macht te maskeren na de opheffing van het toetsingsverbod? Een route is te opteren voor constitutionele concentratie: de invoering van een constitutioneel hof naar Duits of Italiaans voorbeeld. Een dergelijk model behelst het bestaan van een gerecht gevuld met juristen met aantoonbare constitutionele kennis en ervaring. Een blik op de cv's van de huidige Italiaanse en Duitse constitutionele rechters laat bijvoorbeeld zien dat een behoorlijk aantal onder hen eerder werkzaam waren als *Wissenschaftliche Mitarbeiter(in)* of *assistente di studio del giudice costituzionale* (de huidige president van de Corte Costituzionale is bijvoorbeeld begonnen als assistent van een *giudice* (rechter) *costituzionale*). Een Nederlands constitutioneel hof kan wat dat betreft ook dienen als constitutionele kweekvijver. Toekomstige gerechtsjuristen, ongeacht hun disciplinaire achtergrond, vallen intern bij te spijkeren tot constitutionele rechter.

¹⁰ Van der Schyff 2009.

¹¹ Een voorbeeld uit 2024: 'Het hof overweegt dat de tekst die verdachte op zijn vrachtwagen heeft aangebracht, gelet op de bewoordingen, op geen enkele wijze bijdraagt aan het publiek debat. De tekst is uitsluitend als bedreigend en opruiend aan te merken. Het hof is dan ook van oordeel dat de tekst niet valt onder de reikwijdte van het in artikel 10 EVRM gegarandeerde recht op vrijheid van meningsuiting.' Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 augustus 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:5494.

Maar de Duitse en Italiaanse voorbeelden laten nog iets zien: een directe lijn met de constitutionele wetenschap. Zo kent zowel het Duitse als Italiaanse Constitutionele Hof rechters die proefschriften en *Habilitationsschriften* afleverden op onderwerpen die expliciet raken aan de Duitse *Grundgesetz* of de Italiaanse *Costituzione*. Bij wijze van illustratie: de huidige constitutionele rechters schreven onder andere over het ‘ongeschreven constitutioneel recht en de *Grundgesetz*’,¹² ‘de vrijheid van vergadering in het Italiaanse constitutionele bestel’,¹³ en ‘burgerschapsconcepten onder de *Grundgesetz*’.¹⁴ De president, König, habiliteerde op ‘De overdracht van soevereine rechten in de context van het Europese integratieproces – toepassingsgebied en beperkingen van artikel 23 *Grundgesetz*’.¹⁵ Een hoogst actueel onderwerp sinds het Bundesverfassungsgericht in mei 2020 een arrest van het Hof van Justitie naast zich neerlegde.¹⁶ Hoewel de selectie van constitutionele rechters plaatsvindt door middel van verkiezing door de Bondsdag en de Bondsraad lijkt wat dat betreft vooral constitutionele kennis een grote rol te spelen in het selectieproces.¹⁷

Deze opsomming van geleerde Italiaans en Duitse staatsrechtelijke werken doet wellicht enigszins aanstellerig geleerd aan, maar biedt inzicht in de knowhow binnen de Italiaanse en Duitse constitutionele toetsingswereld. De aanwezigheid van staatsrechtelijk gevormde en georiënteerde professoren-rechters¹⁸ dragen iets bij, zo is het idee, dat privatisten, bestuursrechtjuristen of strafrechtdeskundigen niet gemakkelijk uit de toga-mouw schudden.¹⁹

Dit breed gedragen belang van specialistische kennis moeten de gespecialiseerde bestuursrechters vrees ik ook erkennen. Een eerder betoog van de president van de CRvB voor concentratie valt in ieder geval eenvoudig in te zetten als onderbouwing voor de mogelijke oprichting van een constitutioneel hof. De president stelde: ‘Bij verdeling van de rechtsmacht en daarmee van de medewerkers van de CRvB over de vier gerechtshoven volgens de algemene regels van de relatieve competentie zullen de nu bestaande specialisaties voor een belangrijk deel verloren gaan. Het aantal zaken zal namelijk niet toereikend zijn om bij elk van de gerechtshoven het vereiste niveau van specialisatie te handhaven.’²⁰ Ook institutionele opties zoals afstemming tussen gerechten werd ontraden: ‘Afstemmingsmechanismen tussen de gerechtshoven kunnen maar in zeer beperkte mate soelaas bieden, zullen duur zijn en zullen leiden tot langere doorlooptijden.’²¹

¹² Wolff 2000.

¹³ San Giorgio 1974.

¹⁴ Wallrabenstein 1999.

¹⁵ König 2000.

¹⁶ Van den Bogaert & Borger 2020.

¹⁷ Grimm 2021.

¹⁸ Von Bogdandy 2009, p. 391, Von Bogdandy 2012, p. 26-27.

¹⁹ Enkele voorbeelden: Voßkuhle 2021, Gosewinkel 2011 en Cassese 2015.

²⁰ Kamerstukken II 2014/15, 29279, 231.

²¹ Kamerstukken II 2014/15, 29279, 231.

Dit betekent overigens niet dat de Italiaanse en Duitse constitutionele hoven enkel constitutionalisten herbergen. Integendeel. Er wordt breed gerecruteerd. Mocht een constitutioneel conflict rijzen, is het credo om een grote variëteit aan juridische expertise in huis te hebben. Dat is geen overbodige luxe: constitutionele zaken komen overwegend voort uit het privaatrecht, bestuursrecht, strafrecht of belastingrecht. Dit is de reden waarom zowel in Rome als Karlsruhe (ook) juristen van buiten het constitutionele recht een goede kans maken om een zetel te bemachtigen, hoewel over de decennia heen zeker twintig procent van het rechterscorps een aantoonbare constitutionele achtergrond kent.

Trucco due: constitutionele vorming

Men kan ook kiezen voor gespreide constitutionele toetsing: hoe dan om te gaan met het gebrek aan constitutionele ervaring? Een idee is om dan explicieter te scouten voor kandidaten met een aantoonbare constitutionele achtergrond. Daar kunnen zeker nog stappen in worden gezet. Hoeveel staatsrechtgeleerden hebben het gebracht tot rechter van de Hoge Raad de afgelopen decennia? Te vrezen valt dat Koopmans, schrijver van het monumentale *Vergelijkend publiekrecht*, eind jaren zeventig van de vorige eeuw de fakkel voor het laatst brandend hield. Dat is inmiddels al bijna een halve eeuw geleden. Juist omdat benoemingen, anders dan in het geval van de Duitse of Italiaanse Constitutionele Hoven, niet tijdelijk zijn, is het van belang om de hoeveelheid constitutionele kennis op peil te houden. Dit waarborgen van voldoende constitutioneel expertise binnen de rechterlijke macht vraagt om de grondwettelijke instelling van een onafhankelijk benoemingscollege.

Dat brengt ons bij het punt van de gebrekkige ‘nationale constitutionele vorming’ in Nederland. In Europees vergelijkend perspectief zijn Nederlandse rechters wat betreft het uitoefenen van het toetsingsrecht primair gevormd richting het in Straatsburg zetelende Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Die constitutionele vorming begint al tijdens de rechtenstudie – en op goede gronden. Het huidige toetsingsverbod in tandem met artikel 94 Grondwet en de acceptatie van Costa/Enel (de voorrang van het EU-recht) is in grote mate verantwoordelijk voor deze inrichting. Dat is overigens een goede zaak. Binnen alle gelederen van Nederland juristenland is er daarmee een zekere mate van toetsingsbewustzijn aanwezig.

Tegelijkertijd is de Nederlandse inrichting niet zaligmakend. Het academisch onderwijs in de werking van de Nederlandse Grondwet en het bredere ‘Nederlandse’ constitutionele recht aan de Nederlandse universiteiten is al jaren op zijn retour. In zijn afscheidsrede verzuchtte de UVA-hoogleraar staatsrecht Besselink wat dat betreft in 2022 dat ‘het staatsrechtonderwijs aan deze faculteit van een groot, verplicht vak gedurende drie volle trimesters van elk veertien weken, teruggedrongen is tot een marginaal vak dat, als je het ruim rekent, nauwelijks een trimester verplicht staatsrechtonderwijs behelst’.²² Aan andere universiteiten is het niet veel beter. In Rotterdam is de leerstoel constitutioneel recht zelfs (al) wegbezuinigd. Het tanende bestaan van de discipline is problematisch als er inderdaad

²² Besselink 2022.

wordt gekozen voor gespreide toetsing. Een constitutioneel hof valt nog wel te vullen, maar de Nederlandse rechtspraak in zijn geheel voorzien van in voldoende staatsrechtelijke mate gevormde juristen? Ik betwijfel het.

Om misverstanden te voorkomen: het volgende is geen smeekbede voor meer erkenning van een discipline in verdrukking. Het is slechts een kanttekening bij het door de huidige rechterlijke instanties geëtaleerde zelfvertrouwen. Nederlandse rechters hebben, hoe je het ook wendt of keert, in vergelijking tot hun Italiaanse of Duitse collegae, namelijk feitelijk minder rechtswetenschappelijk onderwijs genoten in het nationale staatsrecht. Op het gevaar af in anekdotisme te vervallen: tijdens mijn proefschriftjaren in Bologna en Berlijn viel het op hoe bescheiden de Nederlandse afdelingen staatsrecht binnen universiteiten eigenlijk zijn. Waar de discipline het in Nederland met enkele kamers binnen grotere afdelingen moeten doen, heeft men in Bologna en Berlijn gehele gangen toebedeeld gekregen. Ook zijn de onderwijscurricula van de Duitse en Italiaanse rechtenfaculteiten veel rijker gevuld met constitutioneel recht.²³ Ter illustratie, en om toch nog even terug te komen op de recente Nederlandse uitvinding van het constitutioneel procesrecht: aan Italiaanse rechtenfaculteiten volgen studenten al decennia het vak *diritto processuale costituzionale* (constitutioneel procesrecht).²⁴

Uiteraard, wie in Italië of Duitsland rechten studeert, wordt geconfronteerd met een enigszins conservatieve inrichting van het curriculum. Zo komt het EVRM amper aan bod²⁵ en is internationaal en Europees recht nog steeds dienend aan het constitutionele recht.²⁶ Dat is niet het beloofde land. Maar het betekent wel dat de Duitse en Italiaanse juristengemeenschap in den brede steviger is geschoold in het nationale constitutionele recht, in het bijzonder het werken met de nationale constitutie.²⁷ Dat is een les voor Nederland. Die studie-ervaring met het nationale constitutionele recht is namelijk vormend.

Aangezien universiteiten het monopolie hebben op juridisch onderwijs dat toegang geeft tot de rechterlijke macht, is er geen alternatief anders dan zelfstudie of bijscholing via de beroepsopleiding waar het constitutionele recht tot op heden vrij onzichtbaar is. Het is binnen de muren van de universiteit waar toekomstige leden van de rechterlijke macht worden geconfronteerd met bepaalde ethische (professionele) normen en met kennis over de (specifieke) werking van juridische doctrines en institutionele procedures.²⁸ Met andere woorden: deze periode beïnvloedt de manier waarop toekomstige rechters gebruikmaken van hun constitutionele toetsingscapaciteit.²⁹

²³ Schönberger 2015.

²⁴ '20101274 - Diritto Processuale Costituzionale', uniroma3.it.

²⁵ Landau 2008, p. 1269, Selmayr & Prowald 1999, Mangold 2011.

²⁶ 'Informationen zum Studiegang Rechtswissenschaft', rewi.hu-berlin.de.

²⁷ Cassese 2020.

²⁸ Napolitano 2010.

²⁹ Vogenauer 2005.

De vormende rol van de rechtenstudie als het gaat om ‘constitutionele vorming’ is nog urgenter omdat, zeker tegenwoordig, veel rechters via de advocatuur of andere juridische beroepen de beroepsgroep binnenstromen. Het is de vraag of deze nieuwe rechters de nodige kennis en ervaring hebben opgedaan (afgezien van de enkele overheidsjurist) wat betreft kennis en kunde van het constitutionele recht.

Staatsrechtwetenschap

Naast het staatsrechtonderwijs moeten we het ook hebben over de staatsrechtwetenschap. De staat van de discipline is namelijk niet op pijl, mocht er worden geopteerd voor een constitutioneel hof of gespreide toetsing. In die situatie dient er namelijk snel en gedegen een flankerende hulpwetenschap op te staan die het hof voorziet van doctrinaire bespiegelingen.³⁰ Ook als het hof zich stort op het ‘EVRM-vriendelijk’ interpreteren van de grondrechten in de Grondwet is academische begeleiding noodzakelijk. Nederlandse rechters moeten dan de grondwetsuitleg en -toepassing in lijn brengen met corresponderende EVRM (en Handvest)bepalingen.³¹

Een voorbeeld is op zijn plaats. Waar we ons in Nederland gelukkig mogen prijzen met het in 2010 gelanceerde *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (dat, hoe illustratief, jonger is dan het in 2004 opgerichte *European Constitutional Law Review*), kent men in Italië bijvoorbeeld door het Italiaanse Constitutionele Hof aangewakkerde tijdschriften als de *Quaderni Costituzionali* (sinds 1981) en de *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (sinds 1951). Voor de aardigheid noem ik wat dat betreft ook maar even het Franse, rondom de Conseil constitutionnel georiënteerde tijdschrift, *Cahiers du Conseil constitutionnel* (sinds 1996).

Deze tijdschriften en de daaraan gekoppelde wetenschappelijke productie begeleiden het werk van constitutionele rechters.³² Het is te hopen dat men in Nederland, met of zonder constitutioneel hof, een *Constitutionele Cahiers* lanceert, zeker als de productie aan constitutionele rechtspraak toeneemt. Daarbij is het wel zaak om de ogen op de bal te houden. De Italiaanse en Duitse staatsrechtelijke wereld is niet het gedroomde voorland. De in die stelsels terug te vinden constitutionele hoven stimuleren, in de woorden van de Duitse publiekrechtshistoricus Stolleis, een ‘*selbstreferentielles System, das sich mit Ketten von Selbstzitatzen bindet*’.³³

Dit *Bundesverfassungsgericht* positivisme³⁴ heeft geleid tot een wetenschappelijke gemeenschap die leeft ‘*publizistisch im Ghetto ihrer Fachzeitschriften*’.³⁵ Voor Italië is het niet veel anders. Men spreekt in dat verband van de *giurisdizionalizzazione del diritto costituzionale* (een vernauwing van het constitutioneel

³⁰ Zie ook: Schmidt-bleibtreuer, Klein & Bethge 2023, of: Umbach, Clemens & Dollinger 2005.

³¹ Gerards 2010, p. 227.

³² Graaf 2022.

³³ Stolleis 2011, p. 400.

³⁴ Knauf & Muller 2007.

³⁵ Schlink 1989, p. 162.

recht tot uitspraken van de Corte).³⁶ Academici benadrukken dat de rechtswetenschap het slachtoffer dreigde te worden van methodologische armoede, doordat er weliswaar veel commentaren werden geproduceerd, maar weinig theorie.³⁷ Het is zaak om in Nederland, met of zonder constitutioneel hof, niet te vervallen in een dergelijke provincialisme.

Slotpleidooi

Hoe kan de staatsrechtwetenschap de Nederlandse rechterlijke macht ten dienst zijn? In ieder geval kan er vruchtbaar gebruik worden gemaakt van enig intellectueel leentjebuur. Zowel de commentaren als de uitspraken uit Karlsruhe of Rome bieden rijke leerstof als het gaat om constitutionele toetsing in de praktijk. Dat is in Europees perspectief ook een gerespecteerde methode. De Italiaanse staatsrechtgeleerde Orlando classificeerde het gebruik van buitenlandse jurisprudentie wat dat betreft als *superpositivo* recht.³⁸ Italiaanse staatsrechtelijke tijdschriften zijn naar deze opvatting gemodelleerd. In de hiervoor al genoemde voorbeelden zijn er bijvoorbeeld speciale secties *cronache dall'estero* (buitenlandse kronieken).

Een ander aardig idee is de oprichting van een speciaal bureau dat zich richt op de rechtsvergelijkende bestudering van constitutionele rechtspraak. In Italië is dat een succesverhaal.³⁹ Een dergelijk instituut zou zich kunnen voegen bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad. Een andere optie is om binnen elk gerecht in Nederland juristen aan te stellen, opgeleid in het vergelijkende staatsrecht. Makkelijker gezegd dan gedaan. Wat heb je daarvoor nodig? Constitutionalist – en die zijn de laatste decennia maar mondjesmaat opgeleid binnen de Nederlandse rechtenfaculteiten. Pleidooien voor gespreid toetsen zijn daarmee inherent ook een pleidooi voor meer staatsrechtelijk onderwijs in het bacheloronderwijs.

Een pan-Europees succesverhaal waarin vergelijkbare constitutionele grammatica en instituties worden gebruikt bestaat niet.⁴⁰ Constitutionele toetsing met of zonder constitutioneel hof: het is beide mogelijk. Maar laten we ophouden met het idee dat toetsen aan de Grondwet geen specialistische kennis vereist. Constitutionele toetsing is meer dan een instituut; het is een ambacht en vergt constitutionele vorming en ervaring. Bijna een eeuw geleden, in 1929, stelde de Duitse staatsrechtgeleerde Triepel wat dat betreft al dat *'der Art und Auswahl der Verfassungsrichter bereits eine Vorentscheidung über den Wert der Verfassungsgerichtsbarkeit als Institution getroffen werden kann.'*⁴¹ Dat besef lijkt in Nederland helaas nog niet doorgedrongen.

³⁶ Soddu 2001, p. 1133, Cassese 2001a.

³⁷ Zie op schrift: Cassese 2001b, p. 1013. In de wandelgangen is dit geluid nog steeds te horen.

³⁸ Lanchester 1993.

³⁹ Pegoraro 2007, Ridola 2006, Groppi 2011, p. 206.

⁴⁰ Poiares Maduro 2003, Ackerman 2015.

⁴¹ Triepel e.a. 1929.

Literatuur

Ackerman 2015

B. Ackerman, 'Three Paths to Constitutionalism – and the Crisis of the European Union', *British Journal of Political Science* (45) 2015/4, p. 705-714.

Barsotti 2016

V. Barsotti, 'The importance of being open: Lessons from abroad for the Italian Constitutional Court', *Italian Journal of Public Law* (8) 2016/1, p. 28-36.

Benda, Klein & Klein 2020

E. Benda, E. Klein & O. Klein, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg: C.F. Muller 2020.

Besselink 2022

L.F.M. Besselink, *De Staat van de democratische rechtsstaat* (afscheidsrede Universiteit van Amsterdam), 2022 (ongepubliceerd).

Van den Bogaert & Borger 2020

S. van den Bogaert & V. Borger, 'Hoog spel in Karlsruhe. Het Duitse Constitutionele Hof over het Public Sector Purchase Programme van de ECB', *Nederlands Juristenblad* 2020/2640.

Boogaard & Uzman 2014

G. Boogaard & J. Uzman, 'Toetsing van een belastinggrondslag in het Douanebesluit aan art. 104 Grondwet is verboden constitutionele toetsing van de delegatiebepaling uit de Douanewet', *AB Rechtspraak Bestuursrecht* 2014/242.

Cassese 2001a

S. Cassese, 'Martines e le due tradizioni del diritto costituzionale italiano', *Rassegna parlamentare* (2) 2001, p. 269-274.

Cassese 2001b

S. Cassese, 'Presentazione', *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (4) 2001, p. 1013-1015.

Cassese 2015

S. Cassese, *Dentro la corte, Diario di un giudice Costituzionale*, Bologna: Il Mulino 2015.

Cassese 2020

S. Cassese, 'The Paths of European Legal Scholarship', *VerfBlog* 2020.

Corstens 2025

G. Corstens, 'Het onzalige idee van een constitutioneel Hof', *Nederlands Juristenblad* 2025/538.

Engelmann 1977

K. Engelmann, *Prozessgrundsätze im Verfassungsprozeß. Zugleich ein Beitrag zum materiellen Verständnis des verfassungsprozeßrechts*, Berlin: Duncker und Humblot 1977.

Gerards 2010

J. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2010/3, p. 224-255.

Gosewinkel 2011

D. Gosewinkel, *Ernst-Wolfgang Böckenförde, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin: Suhrkamp Verlag 2011.

Graaf 2022

N. Graaf, *Judicial Influencers: Scholarly use of foreign law and the convergence of German, Italian and French ideas on the position of national constitutional courts in the EU legal context, 1989-2012* (diss. Utrecht), Utrecht: Utrecht University Repository 2022.

Graaf 2023

N. Graaf, 'An Introduction to Dutch Legal Culture', in: S. Koch, S. & M.M. Kjølstad (Eds.), *Handbook on Legal Cultures*, Cham: Springer 2023.

Grimm 2021

Dieter Grimm, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin: Suhrkamp Verlag 2021.

Groppi 2011

T. Groppi, 'Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali', *Quaderni costituzionali* (1) 2011, p. 199-207.

Groppi 2016

T. Groppi, 'Giustizia costituzionale "Italian Style"? Sì, grazie (ma con qualche correttivo)', *Diritto pubblico comparato ed europeo* (2) 2016, p. 321.

Knauf & Muller 2007

M. Knauf & T. Muller, 'Staatsrechtslehre als Wissenschaft. Wissenschaftliches Symposium am 2. Und 3. März 2007 an der Universität Würzburg', *Deutsches Verwaltungsblatt* (122) 2007/13, p. 814-817.

König 2000

D. König, *Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses - Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes*, Berlin: Duncker & Humblot 2000.

Lanchester 1993

F. Lanchester, 'Il metodo nel diritto costituzionale comparato: Luigi Rossi e I suoi successori', *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (4) 1993, p. 959-997.

Landau 2008

H. Landau, 'Die Entwicklung der Menschenrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte', *Deutsches Verwaltungsblatt* (20) 2008/123, p. 1269-1332.

Mangold 2011

A.K. Mangold, *Gemeinschaftsrecht and deutsches Recht: die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011.

Napolitano 2010

G. Napolitano, 'Sul futuro delle scienze del diritto pubblico: variazioni su una lezione tedesca in terra americana', *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2010, p. 1-20.

Pegoraro 2007

L. Pegoraro, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bologna: CLUEB 2007.

Poiaries Maduro 2003

M. Poiaries Maduro, 'Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action', in: N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition: Essays in European Law*, Oxford: Hart 2003.

Ridola 2006

P. Ridola, 'La giurisprudenza costituzionale e la comparazione', in: G. Alpa (ed.), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Milaan: Giuffrè 2006.

San Giorgio 1974

M.S. San Giorgio, *La Libertà di Riunione nell'Ordinamento Costituzionale Italiano* (diss. Università degli Studi di Napoli Federico II), 1974 (ongepubliceerd).

Schlink 1989

B. Schlink, 'Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit', *Der Staat* (28) 1989, p. 161-172.

Schmidt-bleibtreu, Klein & Bethge 2023

B. Schmidt-bleibtreu, T. Klein & F. Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar*, München: C.H. Beck 2023.

Schönberger 2015

C. Schönberger, *Der German Approach: Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015.

Van der Schyff 2009

G. van der Schyff, 'Waarom het wetsvoorstel-Halsema tekortschiet. Mythes rondom het verdragsargument', *Nederlands Juristenblad* 2009/1852.

Selmayr & Prowald 1999

M. Selmayr & N. Prowald, 'Abschied von den 'Solange'-Vorbehalten – Die wahre Bedeutung des Kooperationsverhältnisses des BVerfG zum EuGH', *Deutsches Verwaltungsblatt* (5) 1999, p. 269-299.

Soddu 2001

F. Soddu, 'Gli studiosi di diritto costituzionale', *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (4) 2001, p. 1133-1154.

Stolleis 2011

M. Stolleis, 'Nationalität und Internationalität: Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht des 19. Jahrhunderts', in: S. Ruppert & M. Veç (eds.), *Michael Stolleis. Ausgewählte Aufsätze und Beiträge* 2011, p. 379-402.

Triepel e.a. 1929

H. Triepel e.a., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Berlin: De Gruyter 1929 (online).

Umbach, Clemens & Dollinger 2005

D.C. Umbach, T. Clemens & F. Dollinger, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg: C.F. Muller 2005.

Vetzo 2025

M.J. Vetzo, *Constitutioneel procesrecht: Over Nederlandse constitutionele rechtspraak, rechterlijke grensbepaling en procesrechtelijke modificatie* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2025.

Voermans 2003

W.J.M. Voermans, 'De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet', *JB-plus* 2003/2, p. 142-151.

Vogenauer 2005

S. Vogenauer, 'An Empire of Light? Learning and Lawmaking in the History of German Law', *The Cambridge Law Journal* (64) 2005/2, p. 481-500.

Von Bogdandy 2009

A. von Bogdandy, 'The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe', *International Journal of Constitutional Law* (7) 2009/3, p. 364-400.

Von Bogdandy 2012

A. von Bogdandy, 'Comparative Constitutional Law: A Contested Domain', in: M. Rosenfeld & A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Voßkuhle 2021

A. Voßkuhle, *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, Berlin: Suhrkamp Verlag 2021.

Wallrabenstein 1999

A. Wallrabenstein, *Konzeptionen von Staatsangehörigkeit unter dem Grundgesetz* (diss. Gießen), Baden-Baden: Nomos 1999.

Wolff 2000

H.A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz* (Jus Publicum 44), Tübingen: Mohr Siebeck 2000.

Constitutionele rechtspraak: een vak apart voor een hof apart?

Geerten Boogaard

Inleiding

Is constitutionele rechtspraak een vak apart? Voor iemand die het staatsrecht als wetenschappelijk specialisme beoefent, klinkt dat als de bekende vraag of de Paus katholiek is. Natuurlijk! Toch geldt ook hier: hoe simpeler de vraag, hoe ingewikkelder het antwoord. Dat begint al met de definitie van constitutionele rechtspraak.¹ Daaronder kan men heel specifiek de grondwettigheidsstoetsing van formele wetgeving verstaan, zoals te onzent verboden door artikel 120 Grondwet, maar ook in algemene zin de beslechting van constitutionele geschillen: de handhaving van institutionele normen en internationale grondrechten. Constitutionele rechtspraak in de zin van algemene constitutionele geschilbeslechting kent Nederland al heel lang. En naar algemene waarneming ook steeds meer. Grondrechtenbescherming wordt steeds fijnmaziger en omvangrijker, de politiek schuift steeds meer door en de civiele rechter biedt steeds meer ruimte voor zogenaamde *public interest litigation*. Dat zijn zaken zoals die van Bureau Clara Wichmann tegen de Staat over de SGP. Geen klassieke zaak tussen een slachtoffer en een dader over iets wat in het verleden schade heeft veroorzaakt, maar meer abstract een geschil uit naam van het algemeen belang tegen de Staat als behartiger van het algemeen belang. Niet gericht op compensatie voor onrechtmatigheid uit het verleden maar met toekomstige inspanningen van de overheid als inzet.

Deze bijdrage gaat over de vraag of constitutionele rechtspraak aan een apart constitutioneel hof zou moeten worden opgedragen. Een voorlopig antwoord op die vraag heeft de Hoge Raad zelf al gegeven. Op basis van de groeiende rol als constitutionele rechter die de Hoge Raad bij zichzelf waarnam, meldde president Corstens zijn college in 2014 aan voor de *Conference of European Constitutional Courts* en werd als *full member* toegelaten.² De Hoge Raad beschouwt zichzelf als constitutioneel hof omdat het feitelijk aan constitutionele rechtspraak doet en eigenlijk hebben we dus al tien jaar een erkend constitutioneel hof.³ Toch blijkt daarmee niet alle discussie over het onderwerp te zijn verstomd. Als bijdrage daaraan daarom deze verkenning van het al dan niet bijzondere karakter van constitutionele rechtspraak. Zijn de rechtsvragen soms typisch? Is de motivering typisch? Zijn de redeneringen typisch? Binnen het bestek van deze bijdrage zullen deze vragen niet van systematisch onderbouwd antwoord worden voorzien. In plaats daarvan worden ze meer essayistisch aangeraakt.

¹ Zie bijvoorbeeld de introductie van Van Dommelen 2003 en hoofdstuk 2 van Vetzo 2024.

² www.confeunconstco.org.

³ Naast, uiteraard, het Constitutioneel Hof van Sint Maarten dat het Koninkrijk der Nederlanden sinds 2010 kent.

Typische rechtsvragen?

De positie van de Hoge Raad met constitutionele rechtspraak als bijproduct van civiele en criminele jurisdictie gaat terug op een klassieker in de canon van de constitutionele rechtspraak: de uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court uit 1803 in het geschil tussen Marbury en Madison.⁴ De zaak was in essentie een simpele civiele bevelsactie in de categorie van ons *Rijbewijs*-arrest: mag de rechter een bestuursorgaan bevelen te doen waartoe het is verplicht?⁵ Het algemene antwoord op die rechtsvraag was simpel en bevestigend, maar in de voorvragen ontstond een probleem: beschikt het Supreme Court wel over de benodigde jurisdictie om zo'n bevel te geven? De Amerikaanse Wet op de rechterlijke organisatie en de Amerikaanse Grondwet spraken elkaar op dit punt tegen en daarmee ontstond een constitutionele kwestie van formaat: mag het Supreme Court de wet aan de Grondwet toetsen? Bij het beantwoorden van die vraag deed *chief justice* Marshall allesbehalve gewichtig over de benodigde rechtsvorming. Het is '*virtually a matter of iron logic*' dat een wetgever niets mag doen wat de Grondwet hem verbiedt. Eigenlijk een kwestie van eerstejaarsstof in de categorie *lex superior derogat legi inferiori*. Dus moest de Amerikaanse Wet op de rechterlijke organisatie buiten toepassing blijven en was het Supreme Court niet de bevoegde instantie om Madison te bevelen aan Marbury te geven waarop deze op zich wel recht had. Daarmee ging het Supreme Court het concrete conflict uit de weg, en legde het terloops de basis onder de geruchtmakende rol die het later zou gaan spelen. En dat allemaal zonder dat de rechtsvorming als zodanig veel aandacht kreeg van het hof – eerder het omgekeerde. Gewoon doorlopen, betoogde Marshall in wezen, '*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.*'

Op basis van de redenering uit *Marbury v. Madison* ontwikkelde zich het zogenaamde Amerikaanse model van gespreide constitutionele toetsing. De essentie daarvan is dat als constitutionele kwesties overal kunnen ontstaan waar rechters hun eigenlijke bevoegdheid uitoefenen, die kwesties ook overal moeten kunnen worden afgedaan. Dat geldt dan ook voor de constitutionele rechtspraak in enge zin: de grondwettigheidsstoetsing van formele wetgeving. In Nederland is dit model gevolgd voor de toetsing aan internationale grondrechten op basis van artikel 94 Grondwet. In – grofweg – de rest van Europa is dit model juist niet gevolgd en koos men voor het zogenaamde Europese model zoals Kelsen dat voor Oostenrijk heeft bepleit aan het begin van de twintigste eeuw. In dat model is er voor constitutionele rechtspraak een apart constitutioneel hof, toetsing aan grondrechten vindt dan ook niet gespreid maar geconcentreerd plaats. De in dit verband relevante vraag is dan of Kelsen van mening was dat constitutionele rechtsvragen zo bijzonder zijn dat ze door een apart hof moeten worden beslecht. Maar dat blijkt niet het geval. De rechtsvraag die voor Marshall '*virtually a matter of iron logic*' was, is dat voor Kelsen ook: *Verfassungsgerichtbarkeit* (constitutionele jurisdictie) is een logische consequentie van een grondwet als juridisch document.⁶ Als daar juridische normen in staan dan lenen die zich dus voor toepassing door een rechter.

⁴ USSC 24 februari 1803 5 U.S. (1 Cranch) 137 (*Marbury v. Madison*).

⁵ HR 9 mei 1958, NJ 1960/475 (*Rijbewijs*). Antwoord: natuurlijk.

⁶ Kelsen 2008.

De reden om toch een apart constitutioneel hof op te richten ligt dan ook niet in een vermeende bijzondere aard van de rechtsvraag, maar in de bijzondere eigenschappen van het antwoord. Daarvoor had Kelsen meer oog dan Marshall.⁷ Onrechtmatige wetgeving wordt in de Amerikaanse doctrine simpelweg als nietig (*'null and void'*) genegeerd. In Kelsens *Stufenbau der Rechtsordnung* is elke rechterlijke uitspraak niet alleen toepassing van hoger recht maar ook de vorming van nieuw recht. Een uitspraak waarin een formele wet wegens strijd met de grondwet wordt vernietigd, is in essentie dezelfde rechtshandeling als het intrekken van een wet door een latere wet: een rechtshandeling die in beginsel aan de wetgever zelf is voorbehouden. Een constitutioneel hof dat wetten kan vernietigen is welbeschouwd eigenlijk een *negative Gesetzgeber*, schrijft Kelsen, en dat is wel een andere positie dan de civiele rechter gewoonlijk inneemt als hij geschillen tussen burgers beslecht. Vroeg of laat zal de tegenmacht van een constitutioneel hof dan ook de aandacht van het parlement trekken en zal er politieke druk ontstaan op de benoemingsprocedure. Kelsen was daarvan zeker geen voorstander, maar erkende de realiteit ervan en bedacht een procedure om het verlangen op voorhand in te kaderen. Bijvoorbeeld met een procedure waarin parlementaire fracties van politieke partijen bij toerbeurt gekwalificeerde kandidaten kunnen voordragen voor het constitutionele hof.⁸ Dat voorkomt bovendien de gevaarlijke suggestie dat alle rechters de ideologie van één partij zijn toegedaan. Vergelijking tussen het Amerikaanse Supreme Court en het Duitse Bundesverfassungsgericht suggereert dat de benadering van Kelsen om de politiek meest gevoelige constitutionele rechtspraak niet te verschansen in de gewone rechterlijke macht maar apart te regelen, een remmende werking op het politiseren van de benoemingsprocedure zou kunnen hebben.

Typische motiveringen?

In de uitspraak van Marbury tegen Madison wordt de constitutionele kwestie zelf logisch afgedaan als eerstejaarsstof. Natúúrlijk mag een wetgever geen wetten met terugwerkende kracht vaststellen als de Grondwet dat verbiedt. En als de wetgever dat toch doet, moet de rechter de hogere norm uit de Grondwet toepassen en de terugwerkende kracht van de wet negeren. Want dat is typisch wat rechters doen. Maar Marshall motiveerde zijn oordeel niet alleen met evidente interne juridische logica. In een reeks overwegingen ten overvloede haalde hij ook van alles overhoop om de juridische logica aan te vullen met een motivering met een veel breder bereik. Het constitutioneel toetsingsrecht, betoogde Marshall, hangt wezenlijk samen met de vraag of het Amerikaanse volk überhaupt in staat is om zichzelf met een grondwet een *limited government* te geven. Want als de rechter de beperkingen uit de Grondwet niet handhaaft, wie zal het dan doen? En wanneer niemand het doet, zijn het dan wel echte beperkingen? Later omschreef Prakke het effect van deze overwegingen in Marbury tegen Madison treffend als 'verbaal geweld dat in een opeenvolging van zware rollers over ons heenslaat tot wij voelen dat tegenspraak niet langer mogelijk is'.⁹

⁷ Zie voor meer achtergrond Sillen 2010.

⁸ Kelsen 1929, p. 56-57.

⁹ Prakke 1992, p. 10-11.

Deze neiging om aanvullend op de juridische argumentatie ook meer bredere maatschappelijke overwegingen mee te nemen, is vaker waargenomen in de constitutionele rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court. De Amerikaanse constitutionalist Bobbitt sprak van argumenten '*whose force relies on a characterization of American institutions and the role within them of the American people. It is the character, or ethos, of the American polity that is advanced in ethical argument as the source form which particular decisions derive*'.¹⁰ Het zijn de argumenten waarmee het Supreme Court de conclusies van de juridische logica breder baseert op de constitutionele cultuur waarvan een constitutioneel hof een onderdeel is en gezag ontleent. En waartoe een constitutioneel hof zich in de praktijk ook altijd zal moeten verhouden. In de motiveringen van het Duitse Bundesverfassungsgericht is eenzelfde ontvankelijkheid voor bredere overwegingen waar te nemen. Overwegingen die minder met het recht als logisch systeem te maken hebben maar meer betrekking hebben op de samenleving in het algemeen.¹¹

En zelfs in de Nederlandse constitutionele jurisprudentie is het te zien. Want hoewel de Hoge Raad nog nooit zo kleurrijk heeft gemotiveerd als in de Angelsaksische traditie gebruikelijk is, zijn ook hier de uitspraken over de staatsrechtelijke rol van de rechter regelmatig met aanvullende bredere argumenten gemotiveerd. Al in het nog op de klassiek onleesbare, Franse manier gemotiveerde *Meerenberg*-arrest haalde de Hoge Raad 'het stelsel van de Grondwet ten aanzien van de magt des Konings in het algemeen' erbij om de onverbindendheid van een registratieverplichting kracht bij te zetten.¹² In het centrale arrest over onrechtmatige wetgeving, *Pocketbooks II*, beperkte de Hoge Raad zich niet tot de regels van onrechtmatige daad maar bezon hij zich aanvullend ook op 'de aard van de wetgevende functie'.¹³ En het wetgevingsbevel wees de Hoge Raad later af met algemeen beroep op de 'mede op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden' (cursivering GB).¹⁴

Maar het bekendste voorbeeld is natuurlijk het *Harmonisatiewet*-arrest waarin een constitutionele kwestie voorlag die met *Marbury v. Madison* is te vergelijken: mag de rechter een formele wet aan algemene rechtsbeginselen toetsen? Toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan rechtsbeginselen was reeds mogelijk en de tekst van Grondwet verzette zich na een herziening van de redactie ook niet meer tegen dergelijke toetsing. Toch voelde de Hoge Raad zich niet vrij om tot die toetsing over te gaan. Technisch was het argument dat de grondwetgever met de herziening van de tekst geen uitbreiding van de toetsingsbevoegdheid had beoogd. Maar de Hoge Raad liet het daar niet bij. Hij besteedde uitgebreid aandacht aan de institutionele context van de constitutionele kwestie. In een lange overweging woog de Hoge Raad 'een traditie van niet-toetsing' en 'de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel' af tegen het feit dat 'over de wenselijkheid daarin

¹⁰ Bobbitt 1982, p. 94, aangehaald in Tans 2009, p. 21-22.

¹¹ Tans 2009, p. 21-22.

¹² HR 13 januari 1879, W. (1879) 4330 (*Meerenberg*).

¹³ HR 24 januari 1969, NJ 1969/316 (*Pocketbooks II*).

¹⁴ HR 212 maart 2003, NJ 2003/691 (*Waterpakt*).

verandering te brengen in brede kring geen overeenstemming bestaat'.¹⁵ Dat zijn bepaald geen argumenten van juridische logica maar een beroep op de constitutionele cultuur van de politieke gemeenschap, zoals Marshall dat ook deed. En dat is niet toevallig. Gezaghebbende constitutionele rechtspraak is altijd ingebed in de constitutionele cultuur van een politieke gemeenschap.¹⁶ Effectieve constitutionele rechtspraak moet met die constitutionele cultuur dus een open verbinding houden. In de bredere overwegingen van het *Harmonisatiewet*-arrest doet de Hoge Raad precies dat.

Typische redeneringen?

De typisch bredere motiveringen in constitutionele rechtspraak zijn verwant met de typische methode van rechtsvinding in het staatsrecht. Technisch gezien is het een vorm van systematische interpretatie van institutionele normen, eerder noemde ik dat een institutionele interpretatie.¹⁷ De essentie ervan is dat de argumenten weliswaar worden ontleend aan de tekst van de Grondwet en de bedoeling ervan zoals die valt te reconstrueren uit de geschiedenis van de Grondwet, maar dat de redeneringen wezenlijk gericht zijn op de institutionele verdeling van bevoegdheden. In het kader van deze bijdrage volsta ik hier met een voorbeeld: het verbod op bindende referenda. Dat wordt in artikel 81 Grondwet gelezen. Maar dat artikel bevat primair een procedureel voorschrift: wetten worden vastgesteld door regering en Staten-Generaal gezamenlijk. Naar goed gebruik wordt in dit vormvoorschrift ook een bevoegdheidsvoorschrift gelezen: hier ontstaat de formele wetgever die formele wetgeving mag vaststellen. Omdat die wetgevende bevoegdheid zou worden doorkruist met bindende referenda, worden ze in strijd met artikel 81 Grondwet geacht. Zonder discussie is dat niet, want zijn dan niet alle verplichtingen die de wetgever binden ongrondwettig? Een overtuigender alternatief biedt het samenstel van de oude bepalingen 50 en 67 lid 3 van de Grondwet: de Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk en de leden ervan stemmen zonder last. Een bindend referendum zou die constructie doorkruisen.

Wat hier verder ook van zij, de discussie hierover is geen kwestie van superieur inzicht in de tekst van een artikel of een reconstructie van de bedoeling van de grondwetgever op basis van enkele citaten ergens uit de afgelopen 150 jaar parlementaire grondwetsgeschiedenis. Het is het soort systematisch redeneren wat oog houdt voor institutionele consequenties van een bepaalde interpretatie. Die wijze van redeneren is niet uniek voor het staatsrecht – Scholten stuit in zijn opsomming van methoden van rechtsvinding in het privaatrecht uiteindelijk op iets vergelijkbaars¹⁸ – maar wel typisch.

¹⁵ HR 14 april 1989, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet*) r.o. 3.5.

¹⁶ Esser 2023.

¹⁷ Geïnspireerd op Black jr. 1969 en uitgewerkt in Boogaard 2018, p. 3-24.

¹⁸ Scholten 1974, par. 25.

Conclusie: een hof apart?

Het is, vrij naar Scholten, tijd om de draden die ik spon, samen te binden. Naar aanleiding van de voorliggende voorstellen om constitutionele toetsing in te voeren en een constitutioneel hof op te richten, ging dit essay over de vraag of constitutionele rechtspraak een vak apart is. Het antwoord, uiteindelijk, is dubbel: nee en ja.

Constitutionele rechtspraak is géén vak apart wanneer het om rechtsvragen gaat die een normale rechter niet kan beantwoorden. Zowel onder het Amerikaanse model van gespreide toetsing als onder het Europese model van geconcentreerde toetsing ligt het uitgangspunt dat constitutionele kwesties rechtsvragen zijn als andere. Toch neemt een rechter die aan constitutionele rechtspraak doet in institutioneel perspectief wel een bijzondere positie in. Zeker bij constitutionele rechtspraak in enge zin, de toetsing van formele wetten aan de Grondwet. Dan kan een constitutioneel hof rechtstreeks tegenover het parlement komen te staan als het een formele wet daadwerkelijk vernietigt. De voorgenomen gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod in artikel 120 Grondwet zal de rechter meer rechtstreeks tegenover de wetgever plaatsen. Anders dan met de toetsing over de band van het internationale recht zoals dat wordt uitgelegd door internationale mensenrechtenhoven, zal de rechter zich dan op de eigen Grondwet beroepen zoals die deze zelf heeft uitgelegd. Het valt daarom niet uit te sluiten dat de politieke druk op het benoemingsproces van de hoogste rechters verder zal toenemen. Een dwingende reden om voor constitutionele toetsing een apart constitutioneel hof op te richten, is dat op zichzelf niet. Maar de suggestie dat vasthouden aan het Amerikaanse model van gespreide toetsing de beste garantie biedt tegen politisering van de benoeming van constitutionele rechters, kan in ieder geval niet op ervaringen in Amerika worden gebaseerd.

Constitutionele rechtspraak is echter wél een vak apart in de zin dat constitutionele kwesties binnen het recht een specialisme van geheel eigen aard vormen. Niet alleen is het een vakgebied dat net als elk ander vakgebied alleen na specialisatie grondig kan worden beheerst, constitutionele rechtspraak vertoont ook een typische wijze van institutioneel redeneren en opvallend breed motiveren. Constitutionele rechtspraak staat in open verbinding met de constitutionele cultuur. Constitutionele rechtspraak is een institutionele evenwichtsoefening die verder strekt dan de enkele vraag wie van de partijen juridisch inhoudelijk gelijk heeft. Ook hierin schuilt geen dwingende reden voor de oprichting van een apart constitutioneel hof; de Hoge Raad heeft de rol immers al tweehonderd jaar vervuld op een manier die de Conference of European Constitutional Courts alvast kon bekoren.

Toch zijn de resultaten uit het verleden ook hier geen garantie voor de toekomst. Zeker als de gesignaleerde groei van de constitutionele rol van de Hoge Raad doorzet en steeds meer politieke kwesties hun weg naar de rechtszaal vinden. In het *Urgenda*-arrest wordt het constitutioneel springende punt (de toewijzing van het formele reductiebevel) nogal terloops afgedaan als een kwestie van civiel procesrecht, zonder het soort institutionele bewustzijn dat de Hoge Raad in eerdere uitspraken over vergelijkbare vragen nog wel onder woorden kon brengen. Dat de huidige president van de Hoge Raad de constitutionele kritiek op het *Urgenda*-arrest vervolgens afdeed als iets wat

vanzelf ook wel weer zal verstommen,¹⁹ zal niet elke constitutionalist helemaal geruststellen. Ook in recente lagere jurisprudentie blijkt enige vertrouwdheid met typisch constitutionele rechtsvinding geen gegeven. In de zaak van het Kamerlid Gündoğan tegen VOLT, bijvoorbeeld, signaleert het gerechtshof wel dat er onder staatsrechtgeleerden discussie bestaat over de toepasselijkheid van het arbeidsrecht op Kamerleden, maar houdt het hof zichzelf daar graag buiten.²⁰

Wanneer die trend doorzet, wordt de oprichting van een apart constitutioneel hof weer wel een goed idee. Als baken van constitutionele rechtsvinding en als open verbinding met de constitutionele cultuur.

Literatuur

Black jr. 1969

Ch. L. Black jr., *Structure and relationship in constitutional law*, Baton Rouge: Louisiana State University Press 1969.

Bobbitt 2009

P. Bobbitt, *Constitutional fate. Theory of the Constitution*, Oxford: OUP 1982.

Boogaard 2018

G. Boogaard, 'Democratie en de Nederlandse Grondwet. Een proeve van systematische grondwetsinterpretatie', in: N.S. Efthymiou, J. Goossens & R. de Lange (red.), *Democratie: nieuwe ontwikkelingen. Preadviezen Staatsrechtconferentie 2018*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2018, p. 3-24.

Van Dommelen 2003

S.T. van Dommelen, *Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief*, Den Haag: Boom Juridisch 2003.

Esser 2023

J. Esser, Zomerreeks #10: Paul Kahn's 'The Cultural Study of Law': constitutionele cultuur en de methodologie van het Nederlandse publiekrecht, [Nederlandrechtsstaat.nl](https://nederlandrechtsstaat.nl), 31 augustus 2023.

Kelsen 2008

H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008 (1929).

Louwerse 2021

P. Louwerse, 'Staan voor de onafhankelijke rechtspraak', interview met president De Groot, *Mr.* 12 december 2021, mr-online.nl.

¹⁹ Louwerse 2021.

²⁰ Gerechtshof Den Haag 7 februari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:276.

Prakke 1992

L. Prakke, *Bedenkingen tegen het toetsingsrecht*, Handelingen NJV 1992-I, p. 10-11.

Scholten 1974

P. Scholten, *Algemeen Deel*, Deventer: Kluwer 1974 (1931).

Sillen 2010

J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving. Een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse, Duitse en Nederlandse recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Tans 2009

O.J. Tans, 'De fictie van de constitutie. Over de maatschappelijke functie van ontwerp-denken', *Recht der Werkelijkheid* 2009/1, p.11-26.

Vetzo 2024

M.J. Vetzo, *Constitutioneel procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2024.

Eerder verschenen

2024, nr. 3	Rechtspraak en de media: onlosmakelijk met elkaar verbonden?
2024, nr. 2	Recht en tech
2024, nr. 1	Reflecties op het Visitatierapport van de Rechtspraak 2022-2023
2023, nr. 3	(On)bewuste vooroordelen in de rechtspraak
2023, nr. 2	Juridische ondersteuning van de rechter