

Lettres Persanes 3. Grondwettigheids- toetsing door de rechter: Aristoteles of Montesquieu?

Maurice Adams*

Artikel 142 van de Belgische Grondwet: 'Er bestaat voor geheel België een Arbitragehof, waarvan de samenstelling, de bevoegdheid en de werking door de wet worden bepaald. Dit Hof doet, bij wege van arrest, uitspraak over: 1° de in artikel 141 bedoelde conflicten; 2° de schending door een wet, een decreet of een in artikel 134 bedoelde regel, van de artikelen 10, 11 en 24; 3° de schending door een wet, een decreet of een in artikel 134 bedoelde regel, van de artikelen van de Grondwet die de wet bepaalt [...].'

Sinds 1982 kent België een systeem van grondwettigheidstoetsing door de rechter. Deze taak werd toebedeeld aan een speciaal daartoe opgericht hof dat Arbitragehof werd gedoopt, en dat de wetten die ter beoordeling voorliggen (gedeeltelijk) kan nietig verklaren. Waar in eerste instantie dit Arbitragehof slechts mocht toetsen aan de regels die de bevoegdheden van de verschillende deelentiteiten van de Belgische federale staat vastlegden (vandaar de naam van dat hof: het werd geconcipieerd als een arbiter voor conflicten tussen de Belgische Gemeenschappen en Gewesten), werd het toetsingsrepertoire in 1989 uitgebreid met de artikelen 10, 11 en 24 van de Belgische Grondwet, die respectievelijk het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel vastleggen, alsmede de vrijheid van onderwijs. Via de hefboom van het gelijkheidsbeginsel konden *de facto* echter *alle* rechten en vrijheden door het Arbitragehof in een beoordeling worden betrokken. En dit omdat elke schending van een grondrecht meteen ook een schending van het gelijkheidsbeginsel behelst. Vandaar dat in 2003 de bevoegdheid van dat Arbitragehof, zonder al te veel discussie eigenlijk, nogmaals werd uitgebreid, maar nu met alle rechten en vrijheden vermeld in Titel II van de Belgische Grondwet: 'De Belgen en hun rechten'. Een zaak kan bij het Arbitragehof worden ingeleid door een beroep tot vernietiging dat kan worden

* Universiteit Antwerpen.

ingesteld door iedere bij wet aangewezen overheid of door eenieder die doet blijken van een belang. En dit binnen zes maanden na de bekendmaking van de bestreden norm in het Belgisch Staatsblad. Daarnaast kan een zaak ook prejudicieel aanhangig worden gemaakt door ieder rechtscollege. Het Arbitragehof is overigens samengesteld uit twaalf rechters, die voor het leven benoemd worden door de Koning uit een lijst met twee kandidaten, beurtelings door de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat voorgedragen. Zes rechters behoren tot de Nederlandse taalgroep, zes tot de Franstalige. Elke taalgroep bestaat op haar beurt uit drie rechters met een juridische achtergrond (universiteitsprofessor in de rechten bij een Belgische universiteit, magistraat in het Hof van Cassatie of de Raad van State, referendaris bij het Arbitragehof) en drie rechters die als voormalig parlamentslid een ervaring van ten minste vijf jaar hebben. Die laatste kunnen juristen zijn, maar zijn dat niet noodzakelijk.

Momenteel ligt ook in Nederland een dossier voor met betrekking tot wijziging van artikel 120 van de Nederlandse Grondwet (het voorstel Halsema), dat op 14 oktober 2004 alvast door de Tweede Kamer werd aanvaard. Het voorgestelde systeem toont een aantal belangrijke verschillen met het Belgische: zo concentreert het zich exclusief op de toetsing van formele wetten aan de klassieke grondrechten, en dient in principe iedere rechter tot grondwettigheidstoetsing te kunnen overgaan (gespreide toetsing).

Het klassieke argument contra grondwettigheidstoetsing is natuurlijk het vermeende ondemocratische karakter ervan: een niet door het volk verkozen college van rechters mag de beslissingen van een wel door datzelfde volk verkozen orgaan, het parlement, opzij schuiven. Dat lijkt inderdaad nogal ondemocratisch. Vanzelfsprekend is grondwettigheidstoetsing uiteraard niet, maar toch is dit argument, zo gepresenteerd, niet zo overtuigend. Met name omdat het wonderwel aansluit bij een achterhaalde opvatting van trias politica. Dat wil zeggen: trias politica opgevat als *scheiding* der machten; als de geïnstitutionaliseerde neerslag van het principe van volkssoevereiniteit. Daarin is het de taak van de gekozen wetgever de wil van het volk neer te leggen in wetten, de taak van de uitvoerende macht deze wil uit te voeren, en die van de rechterlijke macht om de uitvoering van diezelfde wil te controleren. Achter deze taakverdeling schuilt een opvatting over het onderscheid tussen recht en politiek als zijnde twee gescheiden sferen. Recht spreken is daarin een onafhankelijke en uitdrukkelijk niet-politieke activiteit, en de rechter dient op neutrale en onpartijdige wijze het bestaande recht toe te passen. Wetgeven daarentegen is wel degelijk een essentieel politieke activiteit, want een wetgever kan en mag politieke keuzes maken, en hoeft niet dezelfde onpartijdigheid te betrachten als de rechter. Die

opvatting is zoals gezegd achterhaald. In de eerste plaats omdat die niet tegemoet komt aan de werkelijkheid: recht en politiek kunnen niet scherp van elkaar afgezonderd worden, en de rechter scheidt, in weerwil van wat een bepaalde theorie zou wensen, *noodzakelijk* recht. En dit omdat het recht tot op zekere hoogte semantisch en normatief onbepaald is. Opvattingen die dit tegenspreken lijken veelal een rechtsscheppings*primaat* te verwarren met een rechtsscheppings*monopolie*. Bovendien en in de tweede plaats, wordt door de klassieke opvatting geen aantrekkelijk beeld geschetst van de bedoeling van de trias politica. Zo verlangde bijvoorbeeld een van de belangrijkste proponenten van het idee van die trias politica, Montesquieu, niet zozeer een scheiding der machten, maar veeleer een ‘gouvernement modéré’, waarbij de uitoefening van de macht over voldoende elkaar in evenwicht houdende schijven loopt om willekeur en een overmatige uitoefening van de staatsmacht te vermijden. De vraag waar het in die visie eigenlijk om gaat, is niet zozeer of de machten absoluut gescheiden zijn, maar of er voldoende waarborgen bestaan voor de burgers tegen machtsmisbruik. Dat is een wat mij betreft aantrekkelijke en ook actueel relevante visie op het idee van de trias politica.

Met deze twee kwalificaties zijn vooral argumenten gegeven die leren dat posities die steunen op de scheiding der machten niet echt dienstbaar zijn *contra* grondwettigheidstoetsing. Toch is daarmee de zaak niet geheel en al beslecht. Het valt immers op dat deze argumenten gelijk lopen met argumenten tegen een (te) creatieve rol van de rechter in het rechtsvindingsproces in zijn algemeenheid. Met grondwettigheidstoetsing is echter iets bijzonders aan de hand. Want door middel daarvan kan de volkswil niet alleen bijgesteld worden, zoals bij de gewone rechter die recht scheidt, maar zelfs *expliciet* opzijgeschoven. En daarmee verschilt het bijvoorbeeld van een ongewenste interpretatie van een wet door de rechter, die de wetgever trouwens met een eenvoudige wetswijziging of een zogenoemde ‘interpretatieve wet’ eenvoudig ongedaan zou kunnen maken. Het behoud van een ongrondwettig verklaarde wet veronderstelt daarentegen een *grondwetswijziging*, die doorgaans verloopt via een zware procedure die buiten het bereik ligt van de gewone meerderheid in het parlement. Daarmee raakt grondwettigheidstoetsing heel dicht de parlementaire politiek. En men zou nu van mening kunnen zijn dat de rechter door grondwettigheidstoetsing *te zeer* in politiek vaarwater dreigt te geraken. In ieder geval nodigt grondwettigheidstoetsing expliciet uit om de relevantie en de proportionaliteit van door de wetgever gemaakte onderscheidingen te beoordelen. Het Belgische Arbitragehof wordt zo beschouwd inderdaad zeer bewust betrokken bij beleidsafwegingen. In het recente verleden bleek dat nog maar eens, toen de Belgische Antidiscriminatiewet gedeeltelijk werd vernietigd (onder meer

omdat discriminaties op grond van taal of politieke overtuiging door de wet werden uitgesloten), evenals de Drugswet en de Belgische kieswet. Allemaal wetten die tot stand waren gekomen na meer dan gewone politieke strijd.

Hoe dan ook, het argument dat grondwettigheidstoetsing door de rechter te zeer aan de klassieke politiek raakt, zou dus hout kunnen snijden. Het is immers niet zo dat aangezien een scheiding tussen recht en politiek niet scherp valt te trekken, het onderscheid geen relevantie heeft. Er bestaat wel degelijk een verschil tussen het politieke van de rechtspraak, en het partijpolitieke. Raakt grondwettigheidstoetsing niet *te veel* aan de politiek?, zo zou de vraag dus moeten luiden. Het antwoord op deze vraag valt echter niet *in abstracto* te geven. Wat mij betreft hangt het af van de maatschappelijke context waarbinnen grondwettigheidstoetsing een plaats zou moeten krijgen. Of er nood is aan grondwettigheidstoetsing hangt zo bezien ten dele af van hoe de wetgever zich gedraagt. En wanneer we de verhouding tussen wetgever en rechter bekijken vanuit de door Montesquie gewenste 'gouvernement modéré', dan lijken er toch wel wat redenen te zijn om aan te nemen dat er in de hedendaagse welvaartsstaat genoeg ruimte bestaat voor grondwettigheidstoetsing. Enigszins gechargeerd gesteld: de politieke rol van de rechter is meer en meer noodzakelijk, en dit als tegenwicht voor het uitdijende politiek-bureaucratisch complex. Waar het dan in essentie om gaat, is dat de overheid is verworden van een garantie voor de handhaving van het recht, naar een van de potentieel grootste bedreigingen voor de uitoefening van rechten. Juist die ontwikkeling verklaart het toenemende belang van de rechterlijke bescherming tegen het optreden van de uitvoerende macht, maar ook, in België door het Arbitragehof, tegen de wetgevende macht. Het Arbitragehof is een echte belangenbeslechter die de negatieve gevolgen voor de burger van de steeds maar groeiende taakuitoefening van de wetgevende macht probeert te beheersen of in te perken.

Concreet nu: in Nederland heeft met name Kortmann (die overigens gematigd voorstander van grondwettigheidstoetsing is), en in het buitenland Waldron, er op gewezen dat op *logische gronden* niet kan worden gesteld dat de rechter het laatste woord moet hebben inzake de grondwettigheid van wetten. Want wie zou dan de rechter weer moeten bewaken? Waarom is de rechter *beter* in staat de grondwettigheid van wetten te toetsen dan de wetgever? Of scherper: wie zal ons beschermen tegen ongrondwettige uitspraken van de rechter? Het antwoord op deze vragen is, opnieuw, niet *in abstracto* te geven. De rechter is inderdaad niet noodzakelijk beter in staat om de grondwettigheid van wetten te controleren. Maar tegelijkertijd kan op dezelfde logische gronden ook niet gezegd worden dat de wetgever het beste in staat is om aan grondwettigheidstoetsing te doen. Er moeten dus

andere argumenten worden gegeven om die taak ook aan de rechter toe te bedelen. En dan kan men betogen dat de rechter een tegenwicht kan vormen tegen een overmatige wetgever. Deze zienswijze past mooi bij een bepaalde opvatting van *trias politica*, waarbij grondwettigheidstoetsing, naar het woord van Witteveen, vooral een soort van compenserende strategie is. Een strategie die een weerwoord kan bieden aan een onevenwicht dat is ontstaan in de verhouding tussen burgers en overheid. En daarin blijft een zekere terughoudendheid voor de grondwettelijke rechter relevant, maar die is er eigenlijk al van nature aangezien hij zich noodzakelijkerwijs beperkt tot een optreden in het kielzog van de wetgever. Daarin schuilt dan ook een belangrijk blijvend verschil tussen de twee entiteiten: de wetgever neemt immers het initiatief en de constitutionele rechter volgt. Hoe dan ook, de kwestie of er al dan niet grondwettigheidstoetsing door de rechter moet bestaan wordt eigenlijk door de zojuist vermelde logica op een verkeerde wijze aangebracht. De meerwaarde schuilt niet alleen in de vraag wie het laatste woord mag hebben, maar vooral in de 'andere' of in ieder geval 'extra' toetsing. In een aantrekkelijke opvatting van *trias politica* loopt de uitoefening van macht immers over meerdere schijven, waardoor die macht zichtbaar wordt gemaakt. Dat geeft aanleiding tot gewicht en tegenwicht, *checks and balances* dus. Zo bezien kan grondwettigheidstoetsing ook worden opgevat als een dialoog: een eventuele ongrondwettigverklaring door de rechter nodigt de wetgever uit tot heroverweging van de wetgeving en van het achterliggende beleid dat men ermee realiseren wil, en kan op die wijze een stimulus zijn voor het democratisch debat. En dan kunnen juist de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter een bijkomend voordeel zijn ten opzichte van de wetgever, die omwille van zijn afhankelijkheid van de kiezer helder zicht op de grondwettelijke finaliteit van wetten zou kunnen verliezen. Dat heeft overigens ook iets te maken met het feit dat de wetgever twee petjes draagt: hij is zowel 'bedreiger' van de grondrechten, als 'beschermer' ervan. Grondrechten mogen veelal immers alleen op basis van een formele wet (door het parlement dus) worden ingeperkt, maar daarnaast is het juist het parlement dat de dwingende opdracht heeft de grondrechten van de burger door middel van wetgeving te waarborgen. Ook deze dubbele hoedanigheid kan wringen, en vraagt om een extra toets.

In zekere zin is hiermee ook het aristotelische argument contra grondwettigheidstoetsing door de rechter, onder meer gehanteerd door Waldron, dat velen meer weten dan enkelen, verworpen. In de *Politica* (Boek III, hoofdstuk 11, 1281b), zegt Aristoteles dat

'the principle that the multitude ought to be supreme rather than the few is one that is maintained, and, though not free from difficulty, yet

seems to contain an element of truth. For the many, of whom each individual is but an ordinary person, when they meet together may very likely be better than the few good, if regarded not individually but collectively [...].'

Het idee is dat door de verscheidenheid aan perspectieven die velen (*in casu* de leden van het parlement) aanbrengen, er een soort van cumulatieve wijsheid ontstaat: het geheel is meer dan de som der delen. Het punt nu is dat grondwettigheidstoetsing niet bedoeld is om de cumulatieve wijsheid van het parlement van nul en generlei waarde te doen zijn. Het parlement wordt immers niet op voorhand uitgeschakeld, en blijft de mogelijkheid genieten om vermelde collectieve wijsheid te vergaren en te veruitwendigen. Het gaat er slechts om dat er door middel van grondwettigheidstoetsing een extra toets op die cumulatieve wijsheid kan plaatsvinden.

Ten slotte nog dit: met dit alles is volgens mij ook de Nederlandse Hoge Raad, die in 1989 in het Harmonisatiewetarrest stelde dat een algemeen geldend toetsingsverbod goed aansluit bij de traditionele plaats van de rechterlijke macht in het Nederlandse staatsbestel, ten dele gedesavoueed. Een dergelijke abstracte benadering geeft immers geen blijk van het inzicht dat argumenten voor of tegen grondwettigheidstoetsing in belangrijke mate relationeel zijn.