

Constitutionele toetsing in de West

Roel Schutgens & Joost Sillen¹

Sint Maarten – het kleinste en minst bevolkte land van het Koninkrijk – kent een heus constitutioneel hof. Op 8 november 2013 wees dit Hof zijn eerste arrest. Dit heeft niet alleen curiositeitswaarde maar is voor Nederlandse juristen ook om inhoudelijke redenen interessant. Het arrest geeft een idee hoe constitutionele toetsing in Nederland eruit zou kunnen zien. Bovendien formuleert het Hof enkele interessante ‘uitgangspunten’ die het bij de uitoefening van zijn toetsingsbevoegdheid in acht zal nemen. Tot slot beantwoordt het arrest rechtsvragen waarover ook de Nederlandse rechter zich mogelijk nog zal moeten buigen, zoals de vraag naar de verenigbaarheid van levenslange gevangenisstraf met het EVRM.

1. Inleiding

Op 8 november 2013 wees het Constitutioneel Hof van Sint Maarten zijn eerste arrest. Dit in 2010 ingestelde Hof is bevoegd om vastgestelde, maar nog niet in werking getreden wettelijke regelingen – waaronder de met formele wetgeving vergelijkbare landsverordeningen – te toetsen aan de Staatsregeling van Sint Maarten.² Uitsluitend de Sintmaartense Ombudsman kan het Hof adiëren.³ Een beroep van de Ombudsman schort de inwerkingtreding van de aangevallen regeling op.⁴ Blijkt deze in strijd met de Staatsregeling, dan kan het Hof haar vernietigen.⁵ Daarmee is het Hof een curiosum binnen het Koninkrijk: hoewel ook op Aruba en Curaçao de rechter landsverordeningen aan de staatsregeling mag toetsen,⁶ gaat het daar om toetsing achteraf door de gewone rechter, die daarbij slechts bevoegd is om de getoetste regeling in een concrete zaak buiten toepassing te laten. In Nederland is toetsing van de wet aan de Grondwet überhaupt niet toegestaan. Sint Maarten – het kleinste en minst bevolkte land van het Koninkrijk – kent een heus constitutioneel hof.

Het arrest heeft echter niet alleen curiositeitswaarde, maar is voor Nederlandse juristen ook om inhoudelijke redenen interessant. Om te beginnen geeft het een idee, hoe constitutionele toetsing in Nederland – door velen bepleit en door sommigen gevreesd – eruit zou kunnen zien. Veel van de grondrechten waaraan het Hof toetst, zijn namelijk sterk vergelijkbaar met hun Nederlandse tegenhangers. Sommige (klassieke) grondrechten zijn zelfs nagenoeg identiek,⁷ inclusief hun beperkingssystematiek.⁸ Een enkel (sociaal) grondrecht kent weliswaar geen Nederlandse tegenhanger, maar heeft toch dezelfde structuur als diverse Nederlandse Grondwetsbepalingen.⁹ Bovendien formuleert het Hof in zijn arrest enkele interessante ‘uitgangspunten’ die het bij de uitoefening van zijn toetsingsbevoegdheid in acht zal nemen (zie par. 2). Tot slot beantwoordt het arrest rechtsvragen waarover ook de

Nederlandse rechter zich mogelijk nog zal moeten buigen, zoals de vraag naar de verenigbaarheid van levenslange gevangenisstraf met het EVRM.¹⁰

Het beroep is gericht tegen verschillende bepalingen uit het nieuwe Sintmaartense Wetboek van Strafrecht, waar- tegen de Ombudsman formele en materiële bezwaren aanvoert. Alle (formele) klachten over gebreken in de wetsprocedure stranden en bovendien zijn deze minder interessant voor Nederland. Daarom bespreken wij hierna alleen de materiële klachten. Na enige opmerkingen over de opzet en de stijl van het arrest (par. 2) bespreken wij de toetsing van de legalisering van dierengevechten (par. 3), de mogelijkheid tot oplegging van een levenslange gevangenisstraf (par. 4), de (discriminatoire) regeling van vervroegde invrijheidsstelling (par. 5) en de legalisering van prostitutie (par. 6).¹¹

2. Opzet en stijl van het arrest

Nu het gaat om zijn eerste arrest, neemt het Constitutionele Hof de gelegenheid te baat om een aantal duidelijke standpunten in te nemen over zijn eigen bevoegdheid en werkwijze.¹² Het doet dat uitgebreid en verwijst daarbij veelvuldig naar de toelichting op de Staatsregeling. Deze algemene overwegingen hebben soms meer weg van een gedeelte uit een juridisch handboek dan van rechterlijk proza.

Het Hof onderscheidt vier materiële beginselen die zijn bevoegdheid gestalte geven, te weten: gepaste rechterlijke terughoudendheid, een presumptie van grondwettigheid van te toetsen regelingen, het streven naar praktische en effectieve toetsing en concordantie tussen de grondrechten in de Staatsregeling en die in mensenrechtenverdragen. In het arrest zijn deze beginselen op twee manieren terug te zien.

Om te beginnen is het Hof van oordeel dat de terughoudendheid van een vóóraf en *in abstracto* toetsende rechter meebrengt dat een regeling alleen mag worden vernietigd, als zij op zichzelf in strijd is met de Staatsrege-

ling. Laat een regeling ruimte om daaraan in de praktijk een met de Staatsregeling conforme toepassing te geven, dan is het niet aan het Hof om de regeling te vernietigen. De gewone rechter moet er dan op toezien dat bij de concrete toepassing van een regeling aan de in de Staatsregeling beschermde belangen voldoende recht wordt gedaan. Bij de toetsing van de legalisering van dierengevechten (par. 3) en prostitutie (par. 6) zal dit uitgangspunt reden zijn om niet te vernietigen. Verder speelt de concordantie, en dan met name de EVRM-conforme uitleg, een grote rol in het arrest, vooral bij de toetsing van de aanvaardbaarheid van de levenslange gevangenisstraf (par. 4).

Het arrest als geheel is helder en duidelijk geschreven. Het Hof heeft in zijn stijl een mooie middenweg gevonden tussen enerzijds de hermetische overwegingen die de Franse *Conseil d'Etat* nogal eens ten beste geeft en anderzijds de breedsprakigheid waaraan Straatsburgse arresten soms lijden. In vergelijking met de hoogste Nederlandse rechters motiveert het Hof zijn beslissing uitgebreid. Het zet steeds duidelijk uiteen wat hem wordt gevraagd en beantwoordt die vraag vervolgens met instructieve en doorgaans overtuigende overwegingen.

3. Dierengevechten

Het nieuwe Wetboek van Strafrecht verbiedt dierenmis-handeling. Uitgezonderd van strafbaarheid zijn echter culturele uitingen of structurele activiteiten waarbij in georganiseerd verband dieren worden gebruikt of ingezet.¹³ Een afzonderlijke bepaling borduurt daarop voort en stelt het zonder vergunning houden van dierengevechten strafbaar.¹⁴ Onder het oude recht was slechts het zonder vergunning organiseren van hanengevechten strafbaar. Over georganiseerde gevechten met honden of andere dieren was niets bepaald. De landswetgever beoogt in het nieuwe wetboek de regulering van dierengevechten uit te breiden.¹⁵ De Ombudsman acht de nieuwe bepaling echter in strijd met artikel 22 Staatsregeling, volgens welke de overheid haar 'aanhoudende zorg' moet richten op 'het welzijn van dieren'. In de ogen van de Ombudsman kunnen alleen zwaarwegende belangen de overheid van die zorgplicht ontslaan. Het in stand houden van dierengevechten als culturele uiting of structurele activiteit, is volgens haar niet zo'n belang.¹⁶

Interessant is dat het Hof hier wordt gevraagd om te toetsen aan een sociaal grondrecht. De regering voert dan

ook het verweer dat de zorgplicht van artikel 22 Staatsregeling zich slechts tot de wetgever richt en bovendien onvoldoende duidelijk is geformuleerd om als toetsingsmaatstaf te kunnen dienen.¹⁷ Het Hof is echter wel tot toetsing bereid. Weliswaar verbiedt artikel 127 lid 2 Staatsregeling hem te toetsen aan een bepaling die zich daarvoor 'niet leent', maar het Hof legt dat verbod eng uit. Een bepaling is een geschikte toetsingsmaatstaf als deze 'gelet op [haar] bewoordingen, context, doel en strekking (...) en de samenhang met andere bepalingen, zodanig concreet en hanteerbaar [is] dat zij door de rechter kan worden toe-

Het Constitutionele Hof neemt de gelegenheid te baat om een aantal duidelijke standpunten in te nemen over zijn eigen bevoegdheid en werkwijze

gepast'.¹⁸ De zorgplicht voor het welzijn van dieren voldoet aan deze voorwaarde. Het Hof stelt evenwel vast dat de bepaling de overheid een grote mate van beleidsvrijheid laat, zodat de rechter bij de toetsing daaraan 'grote terughoudendheid'¹⁹ moet betrachten. Voor het Hof – dat preventief en dus abstract toetst – geldt die terughoudendheid eens te meer. Het dient te beoordelen of de wetgever 'een wezenlijke belangenafweging heeft gemaakt, resulterend in wetgeving waarin de zorg voor het dierenwelzijn een plaats heeft gekregen'.²⁰ Dat is het geval. Bovendien moet het vergunningsstelsel voor dierengevechten nog worden uitgewerkt. Het Hof vertrouwt erop dat de betreffende wetgeving voldoende mogelijkheden zal bieden om het dierenwelzijn middels concrete vergunningsvoorwaarden te beschermen.²¹

Het Hof maakt hier duidelijke keuzes. Het laat zich niet van toetsing aan een sociaal grondrecht weerhouden door het argument dat de betreffende bepaling zich tot een andere staatsmacht zou richten of dat zij geen con-

Auteurs

1. Prof. mr. R.J.B. Schutgens is hoogleraar Algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Mr. drs. J.J.J. Sillen is hoofddocent Staats- en bestuursrecht aan dezelfde universiteit.

Noten

2. Art. 127 lid 2 Staatsregeling. Nadat een landsverordening in werking is getreden, mag bovendien elke (gewone) rechter haar aan de materiële bepalingen van de Staatsregeling toetsen en haar zo nodig buiten toepassing verklaren (art. 119 Staatsregeling). Vgl. H.G. Hoogers, 'Opnieuw: de

Staatsregeling van St. Maarten', *TvCR* 2011, p. 310-314.

3. Art. 127 lid 3 Staatsregeling.
4. Art. 127 lid 4 Staatsregeling.
5. Art. 127 lid 5 Staatsregeling.
6. Zie art. VI.4 jo. art. 1.22 Staatsregeling Aruba; art. 96, Staatsregeling Curaçao.
7. Zo is art. 16 Staatsregeling (gelijkheidsbeginsel) vrijwel identiek aan art. 1 Gw (r.o. 3.4, 3.6 en 3.7) en luidt art. 6. (onaantastbaarheid van het lichaam) nagenoeg woordelijk hetzelfde als art. 11 Gw (r.o. 3.7).
8. Vgl. art. 31 lid 1 Staatsregeling, dat de ongeschreven onderdelen van de Nederlandse beperkingsystematiek (noodzake-

lijkheid, proportionaliteit en specificiteit van de beperking) codificeert.

9. Vgl. art. 22 Staatsregeling (dierenwelzijn) met bijv. art. 21 Gw.
10. R.o. 3.5.
11. Onbesproken blijft de vijfde materiële klacht, gericht tegen het hogere strafmaximum voor diefstal van toeristen. Het Hof constateert dat dit hogere strafmaximum het toerisme op het eiland beschermt en het acht dat een legitieme grond voor onderscheid met diefstal van ingezetenen (r.o. 3.4).
12. R.o. 2.3.
13. Art. 2:235 lid 1, resp. lid 3 Sr.

14. Art. 3:54 Sr. Zie r.o. 3.3.8.

15. R.o. 3.3.7.

16. R.o. 3.3.3.

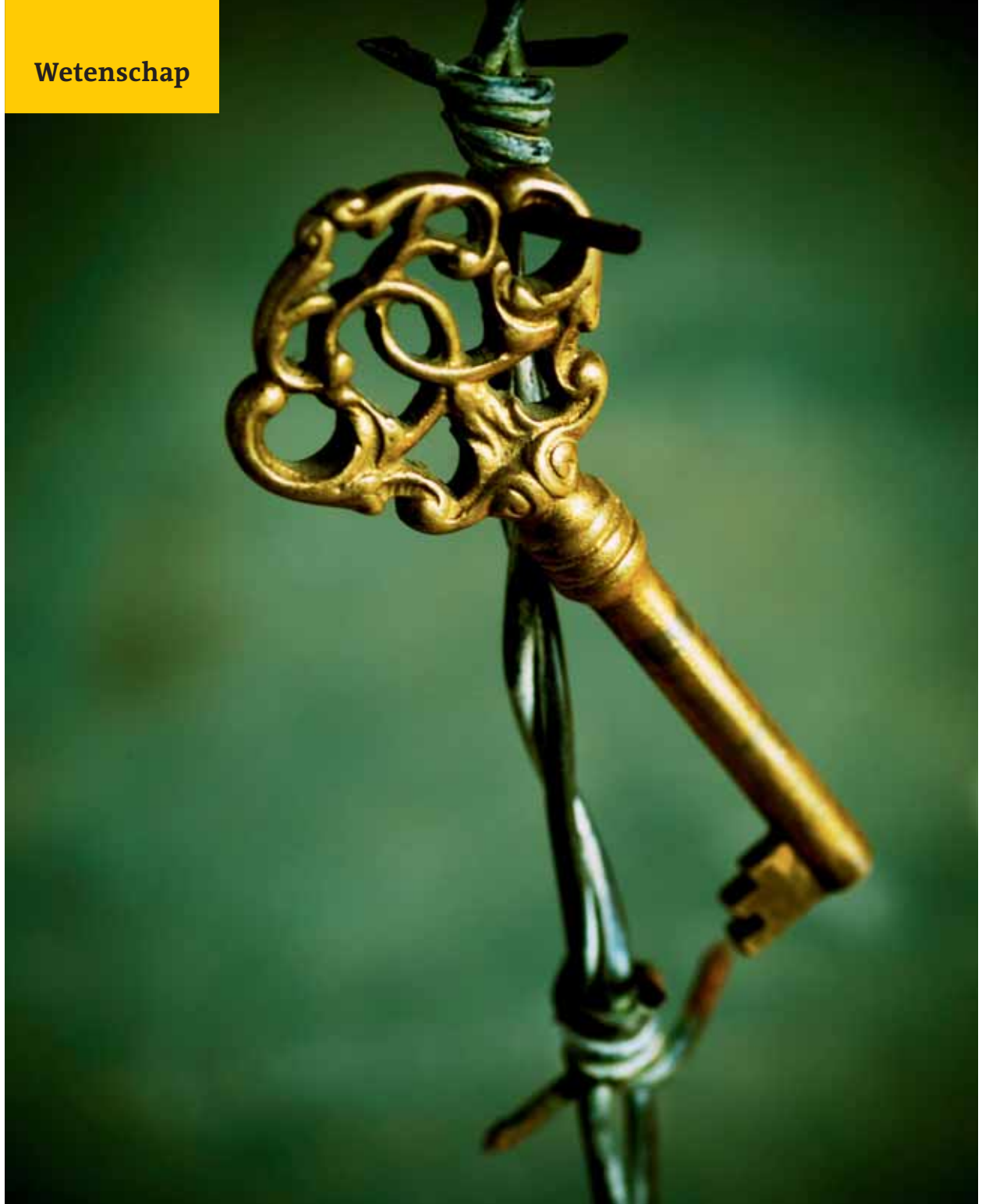
17. R.o. 3.3.4.

18. R.o. 3.3.5.

19. R.o. 3.3.6.

20. R.o. 3.3.6.

21. R.o. 3.3.8. Het overweegt wel dat zolang een wettelijk vergunningsstelsel voor dierengevechten ontbreekt – zodat er geen duidelijkheid bestaat over de voorwaarden die de overheid aan zo'n vergunning stelt – het houden van dierengevechten strafbaar is.



creet resultaat voorschrijft. Hiermee wijkt het Hof af van het door veel Nederlandse juristen uitgedragen standpunt dat sociale grondrechten instructienormen zijn die principieel niet inroepbaar zijn bij de rechter.²² Die keuze achten wij juist,²³ mede omdat de toelichting op de Staatsregeling expliciet uitgaat van deze toetsing.²⁴ Wel geeft het Hof terecht een zeer terughoudende invulling aan die toetsingsbevoegdheid. Het kiest een restrictieve, procedurele benadering. Het gaat slechts na of het beschermde belang doorklinkt in de getoetste wetgeving. Op basis daarvan concludeert het tot verenigbaarheid met de Staatsregeling. Andere benaderingen zijn evenwel denkbaar en hadden tot een andere uitkomst kunnen leiden. Zo had het Hof ook kunnen beslissen dat het grondrecht de overheid verplicht een minimum aan dierenwelzijn te verzekeren. De rechter heeft echter weinig handvatten bij

het bepalen van dat minimum. Volgens sommigen zal dat de rechter er niet van mogen weerhouden een grens te trekken, zoals hem dat ook niet weerhoudt van toetsing aan vage normen in klassieke grondrechten. Anderen zullen om die reden menen dat de rechter die toetsing beter aan de (democratische) wetgever kan overlaten. Wij menen dat 's Hofs keuze bij de positionering tussen deze twee uitersten niet alleen gemaakt moet worden op juridische, maar ook op institutionele gronden.²⁵ Het Hof moet daarbij twee belangen tegen elkaar afwegen: de kans dat de overheid een eventueel minimum aan dierenwelzijn schendt en het gevaar dat het formuleren van zo'n minimum oplevert voor het gezag van de rechter in de wetenschap dat deze weinig mogelijkheden heeft dat minimum te handhaven. In dat licht lijkt de beslissing van het Hof ons juist.

4. Levenslange gevangenisstraf

Volgens artikel 1:13 lid 1 Sr kan de rechter een levenslange gevangenisstraf opleggen.²⁶ De Ombudsman vraagt het Hof om deze bepaling te toetsen aan het verbod op wrede, onmenselijke of vernederende bestraffing van artikel 3 Staatsregeling. Het Hof interpreteert deze bepaling in het licht van het vrijwel gelijklopende artikel 3 EVRM.²⁷ Deze interpretatiemethode werd in de algemene, inleidende overwegingen van het arrest al aangekondigd. Omdat het EVRM ook op Sint Maarten voorrang heeft op alle nationale wetgeving en veel grondrechten van de Sintmaartense Staatsregeling ook worden beschermd in het EVRM, wordt de Staatsregeling in het belang van de rechtseenheid en de rechtszekerheid EVRM-conform en 'harmoniserend' uitgelegd.²⁸ In casu sluit het Hof zich dan ook aan bij het geruchtmakende Straatsburgse *Vinter*-arrest, dat normen geeft voor de verenigbaarheid van de levenslange gevangenisstraf met artikel 3 EVRM.²⁹

Volgens het EHRM is oplegging van een levenslange gevangenisstraf op zich niet in strijd met artikel 3 EVRM.³⁰ Deze straf is echter wel onmenselijk als de veroordeelde geen 'prospect of release and a possibility of review' wordt geboden.³¹ De op termijn vereiste *review* van de straf hoeft niet door een rechter te gebeuren, maar zij moet wel tot invrijheidsstelling leiden als de voortzetting van de straf niet langer door 'legitimate penological grounds' wordt gerechtvaardigd.³² Bovendien moet de veroordeelde al op het moment dat de straf wordt opgelegd, voldoende duidelijkheid kunnen krijgen over de criteria voor zijn invrijheidsstelling, zodat hij aan zijn eigen rehabilitatie kan werken.³³ Dat laat overigens onverlet dat in concrete gevallen (uiteindelijk) kan blijken dat het gerechtvaardigd is om een veroordeelde daadwerkelijk levenslang vast te houden.³⁴

In Nederland wordt een *review* van levenslange gevangenisstraffen verricht als de veroordeelde de regering om gratie verzoekt.³⁵ Volgens artikel 2 van de Gratiwet 'kan' de regering na rechterlijk advies gratiëren als aannemelijk is dat met de voortzetting van de straf 'geen met de strafrechtstoepassing na te streven doel in redelijkheid wordt gediend'.³⁶ Overigens biedt noch de Gratiwet noch het daarop gegronde beleid een duidelijke uitwerking van dat criterium.³⁷

Ook de Sintmaartense regering is krachtens de Staatsregeling tot gratiëring bevoegd, en wel volgens bij of krachtens landsregeling te stellen voorschriften.³⁸ Een dergelijke landsverordening bestaat echter nog niet. Zij is ook niet in voorbereiding.

Bij deze stand van zaken is *in abstracto* moeilijk te zeggen of de mogelijkheid van gratiëring op Sint Maarten een (reëel) *prospect of release* biedt. Bovendien blijven de criteria voor een eventuele invrijheidsstelling – zo die al geformuleerd zijn – onduidelijk. Daarom vroeg het Hof in een tussenbeslissing aan de regering om te bevestigen dat gratie 'zal worden verleend' [cursivering van het Hof] als voldaan is aan het criterium van artikel 2 van de Nederlandse Gratiwet, te weten dat is gebleken dat voortzetting van de straf in redelijkheid geen met de straf-

Het Hof vernietigt artikel 1:13 Sr voor zover het oplegging van levenslange gevangenisstraf mogelijk maakt en alle daarmee verband houdende bepalingen van het Wetboek van Strafrecht

rechtstoepassing na te streven doelen dient.³⁹ De regering antwoordde daarop slechts dat in het bedoelde geval gratie 'kan' worden verleend. In zijn eindbeslissing concludeert het Hof vervolgens dat levenslang gestraften daarmee onvoldoende zicht op invrijheidsstelling wordt geboden, zodat oplegging van de levenslange gevangenisstraf in strijd is met de Staatsregeling. Het vernietigt artikel 1:13 Sr voor zover het oplegging van levenslange gevangenisstraf mogelijk maakt en alle daarmee verband houdende bepalingen van het Wetboek van Strafrecht.

Deze gang van zaken is om verschillende redenen opmerkelijk.

Had de regering wél de verlangde bevestiging gegeven, dan zou het Hof de aangevallen bepalingen in het Wetboek van Strafrecht – naar valt aan te nemen – hebben gesauveerd. Daarmee zou erg veel gewicht zijn toegekend aan een regeringsverklaring die nauwelijks de naam van een beleidsregel waardig is. Toen de regering de gevraagde verzekering echter niet wilde geven, had het Hof weinig andere keus dan artikel 1:13 Sr te vernietigen – met het verrassende gevolg dat een wetsbepaling

22. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 463. In de nieuwste druk van het boek (2012, bew. door P.P.T. Bovend'Eert e.a.) wordt deze toetsing overigens wel mogelijk geacht (p. 385-387).

23. Vgl. J.W.A. Fleuren, 'Toetsing van wetgeving aan de sociale grondrechten van hoofdstuk 1 van de Grondwet', AA 2008, p. 620-621.

24. MvT, p. 74 (te raadplegen op: <http://www.sintmaartengov.org/Laws/Pages/>

Constitution.aspx).

25. Vgl. G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel* (diss. UvA), Oisterwijk: WLP 2013, p. 251-252.

26. Vgl. art. 10 lid 1 Sr in Nederland.

27. R.o. 3.5.3.

28. R.o. 2.3.5.

29. EHRM 9 juli 2013, app.nrs. 66069/09, 130/10 en 3896/10 (*Vinter e.a. vs. Verenigd Koninkrijk*). De Hoge Raad sloot zich al eerder bij die rechtspraak aan, zie HR 16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3741. Zie

W. van Hattum, 'Levenslang 'post Vinter'', *NJB* 2013/1775, afl. 29.

30. *Vinter*, r.o. 106.

31. *Vinter*, r.o. 110.

32. R.o. 119. Overigens noemt het EHRM in r.o. 111 als legitieme strafdoelen: bescherming van de samenleving, afschrikking, rehabilitatie én bestraffing – hetgeen op zijn minst suggereert dat (in uitzonderlijke gevallen?) bij zeer ernstige misdrijven een daadwerkelijk levenslange straf uit oogpunt van vergelding gerechtvaardigd

zou kunnen zijn.

33. *Vinter*, r.o. 122.

34. *Vinter*, r.o. 108.

35. Art. 122 Gw.

36. Art. 2 sub b Gratiwet, geciteerd voor zover relevant; zie art. 4 Gratiwet voor het verplichte rechterlijk advies.

37. Zie uitgebreid Van Hattum 2013.

38. Art. 118 Staatsregeling.

39. Constitutioneel Hof van Sint Maarten, tussenbeslissing van 15 augustus 2013 in zaak 2013/1, r.o. 2.9.

onrechtmatig wordt bevonden vanwege een onbevredigende brief van de regering.

Bij nadere beschouwing is deze beslissing toch niet zo vreemd. Het EHRM zegt slechts dát aan levenslang gestraften de vereiste duidelijkheid moet worden geboden over mogelijke invrijheidsstelling. Het zwijgt over de vorm waarin dat moet gebeuren. Een aantoonbare, jarenlange praktijk van vervoegde invrijheidsstelling zou waarschijnlijk aan de *Vinter*-eisen voldoen. Vermoedelijk heeft het Hof er om die reden van afgezien, artikel 1:13 Sr meteen te vernietigen op grond van het ontbreken van een bijkomende landsverordening die de nodige duidelijkheid biedt over de voorwaarden voor gratiëring. Het EHRM immers eist niet – met zoveel woorden – dat er parlementaire wetgeving is die de vereiste duidelijkheid biedt. Waarschijnlijk mag die duidelijkheid dus ook van de regering komen.

Het Hof had zich overigens veel terughoudender kunnen opstellen dan het nu heeft gedaan. Het had kunnen uitspreken dat artikel 1:13 Sr *in abstracto* niet in strijd is met het EVRM, maar dat slechts de toekomstige toepassing van die bepaling onrechtmatig is als op het moment van toepassing geen gratiëringsbeleid bestaat dat vooruitzicht op invrijheidsstelling biedt. Het Hof had daarmee aangesloten bij zijn algemene uitgangspunt dat een bepaling niet wordt vernietigd als die in de praktijk nog op rechtmatige wijze kan worden toegepast (zie par. 2). Wel was het probleem dan mogelijk verschoven naar de gewone rechter. Door artikel 1:13 Sr meteen te vernietigen dwingt het Hof de regering om actie te ondernemen – als zij er althans aan hecht dat de rechter een levenslange gevangenisstraf kan opleggen. Het streven naar een ‘praktische en effectieve toetsing’ (zie par. 2) was met deze vernietiging wel gediend.

Opmerkelijk is verder dat de Sintmaartense regering haar antwoord dat in bedoelde gevallen gratie ‘kan’ worden verleend, (ook) letterlijk ontleende aan artikel 2 van de Nederlandse Gratiewet. Het Hof vindt dat ant-

Het Hof geeft zo aan het gelijkheidsbeginsel een voor wetstoetsing zinvolle invulling

woord onder de maat. Blijkbaar strookt ook de Nederlandse Gratiewet volgens hem niet met artikel 3 EVRM. Inderdaad is het volgens Straatsburg ‘*axiomatic that a prisoner cannot be detained unless there are legitimate penological grounds for that detention*’.⁴⁰ Krachtens de kan-bepaling van artikel 2 Gratiewet – en volgens de Sintmaartense regering – daarentegen zijn de betrokken regeringen altijd bevoegd om een gratieverzoek af te wijzen. Op de keper beschouwd is de conclusie van het Constitutionele Hof dus niet zo vreemd. Daar staat wel tegenover dat niets aan een EVRM-conforme toepassing van de bepalingen uit de Gratiewet in de weg staat. In de praktijk zal het toch aankomen op de wijze waarop de

regering van haar bevoegdheid tot gratiëring gebruik maakt.⁴¹

5. Voorwaardelijke invrijheidsstelling

Net als in Nederland worden gedetineerden op Sint Maarten na het uitzitten van een bepaald gedeelte van hun straf voorwaardelijk in vrijheid gesteld.⁴² De Sintmaartense Minister van Justitie kan echter in afwijking van de normale regeling besluiten tot eerdere voorwaardelijke invrijheidsstelling als een cellentekort dreigt.⁴³ Daarbij komen de gedetineerden die het einde van hun straf verhoudingsgewijs het dichtst zijn genaderd, het eerst voor een vervoegde voorwaardelijke invrijheidsstelling in aanmerking.⁴⁴ Het Wetboek van Strafrecht maakt op deze regeling enkele uitzonderingen, die volgens de Ombudsman in strijd zijn met het discriminatieverbod van artikel 16 van de Staatsregeling.⁴⁵ De vreemdeling die geen rechtmatig verblijf in het Koninkrijk heeft en die is veroordeeld tot een gevangenisstraf van minder dan vijf jaar, kan in geval van een cellentekort nog eerder dan anderen in vrijheid worden gesteld.⁴⁶ Is dezelfde vreemdeling echter veroordeeld tot een gevangenisstraf van vijf jaar of meer, dan komt hij juist in het geheel niet voor vervoegde invrijheidsstelling in aanmerking.⁴⁷

Volgens de regering bestaan er goede gronden voor dit onderscheid. De mogelijkheid om illegale vreemdelingen die tot een gevangenisstraf van minder dan vijf jaar zijn veroordeeld bij een cellentekort eerder in vrijheid te stellen dan andere gedetineerden, zou gerechtvaardigd zijn omdat aan hun vrijlating de voorwaarde kan en zal worden verbonden dat zij het eiland verlaten. De vreemdelingen leveren dan geen gevaar meer op voor de samenleving van Sint Maarten.⁴⁸ Het niet vervoegd in vrijheid stellen van illegale vreemdelingen met een straf van meer dan vijf jaar, dient een ander doel, namelijk afschrikking. Dit onderstreept dat illegale vreemdelingen op Sint Maarten geen ernstige misdrijven kunnen plegen, zonder daarvan de volledige consequenties te hoeven dragen.⁴⁹

Het Hof vindt een gebrek aan celruimte een legitieme grond om gedetineerden, in afwijking van de algemene regel, eerder vervoegd in vrijheid te stellen, mede omdat zo mogelijk andere mensenrechtenschendingen worden voorkomen. Het aanwijzen van gedetineerden die in aanmerking komen voor die extra vervoegde invrijheidsstelling, moet echter wel berusten op een regel die ‘redelijk en proportioneel’ is.⁵⁰ Daarvan is geen sprake. Bovendien bestaat volgens het Hof onvoldoende rechtvaardiging voor het ingrijpende onderscheid tussen vreemdelingen die tot een gevangenisstraf korter dan vijf jaar zijn veroordeeld en illegale vreemdelingen die een hogere straf hebben gekregen. Het Hof noemt dat onderscheid arbitrair en de gevolgen disproportioneel, zodat het in strijd is met het discriminatieverbod.⁵¹ Het vernietigt daarom de genoemde uitzonderingen, zodat vreemdelingen uitsluitend op gelijke voet met andere gevangenen vervoegd in vrijheid kunnen worden gesteld.⁵²

Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel neemt hier de vorm aan van toetsing aan het willekeurverbod: ongelijke behandeling is verboden als het gemaakte onderscheid arbitrair is. Verbindt de wetgever verschillende rechtsgevolgen aan verschillende categorieën personen, dan ver-

eist het gelijkheidsbeginsel dat die categorisering een deugdelijke rechtvaardiging kent en het verschil in rechtsgevolgen proportioneel is. Het Hof geeft zo aan het gelijkheidsbeginsel een voor wetstoetsing zinvolle invulling. De getoetste regeling doorstaat die toetsing duidelijk niet.

Opvallend is dat het Hof de aangevallen regeling vernietigt en niet uitspreekt dat het aan de wetgever is om een keuze te maken over de wijze waarop de geconstateerde schending van het discriminatieverbod moet worden opgeheven, zoals de Hoge Raad dikwijls doet.⁵³ Voor die keuze zijn twee mogelijke verklaringen. Ten eerste beslist het Hof, anders dan de Hoge Raad, over een nog niet in werking getreden wet. De vernietiging van de wet leidt daardoor niet tot aantasting van reeds opgebouwde aanspraken van burgers. Ten tweede oordeelt het Hof in dit geval over uitzonderingen op een hoofdregel. Vernietiging

prostitutie te verbieden. Onder andere Nederland en Curaçao zijn voorbeelden van landen waar een dergelijk verbod niet bestaat. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt geen positieve verplichting tot strafbaarstelling van prostitutie-exploitatie. Belangrijker vindt het Constitutioneel Hof nog dat concepten als de menselijke waardigheid en de lichamelijke integriteit 'niet een zodanig duidelijke inhoud hebben' dat de aangevallen bepalingen daar vóóraf *in abstracto* aan kunnen worden getoetst. Het is op de eerste plaats de wetgever die aan de menselijke waardigheid gestalte moet geven; het Hof treedt daarin 'niet dan met uiterste schroomvalligheid'.⁵⁵

Het Hof geeft aan de Ombudsman toe, dat er zeker een gevaar is voor excessen in een branche waarin zoveel vrouwen in een afhankelijke positie verkeren. Dat betekent volgens het Hof echter niet, dat een vergunningsstel-

Het is op de eerste plaats de wetgever die aan de menselijke waardigheid gestalte moet geven; het Hof treedt daarin 'niet dan met uiterste schroomvalligheid'

van die uitzonderingen laat de hoofdregel onaangetast. Bij dreigend cellentekort blijft de minister dus bevoegd om een beleid van eerdere invrijheidsstelling te voeren. De invrijheidsstelling betreft alleen andere personen.

6. Legalisering van prostitutie

Tot slot vraagt de Ombudsman het oordeel van het Hof over de nieuwe bepaling die het zonder vergunning exploiteren van een bordeel strafbaar stelt – in tegenstelling tot de oude wetgeving die souteneurschap *tout court* verbodt.⁵⁴ De afhankelijke positie van de veelal buitenlandse vrouwen die in de Sintmaartense prostitutie werkzaam zijn, zou noodzakelijk de schending van de – niet in de Staatsregeling gepositieerde – menselijke waardigheid meebrengen, en daarnaast in strijd komen met een aantal specifieke grondrechten als het discriminatieverbod, de lichamelijke integriteit en het verbod op mensenhandel. De vraag is dus of deze grondrechten een positieve verplichting op de overheid leggen om exploitatie van prostitutie te verbieden. Volgens het Hof is dat om verschillende redenen niet het geval.

Om te beginnen bestaat er binnen de Raad van Europa geen consensus over de noodzaak om exploitatie van

sel per definitie in strijd is met de Staatsregeling en dus voor vernietiging in aanmerking zou komen. Net als bij de dierenrechten zal volgens het Hof veel afhangen van de uitwerking van dat stelsel en de vergunningseisen die in concrete gevallen gesteld gaan worden. Het Hof wil er vooralsnog op vertrouwen dat de regering een deugdelijk vergunningsstelsel zal uitwerken dat de betrokkenen voldoende zal beschermen.⁵⁶

Deze afwijzing lijkt ons een verstandige, om niet te zeggen de enig juiste beslissing. Prostituees vormen een kwetsbare groep mensen die een aanzienlijk risico lopen om slachtoffer te worden van ernstige mensenrechtenschendingen. Een fatsoenlijke overheid probeert daar iets tegen te doen. Hóe zij dat het beste kan doen – door prostitutie geheel te verbieden, door souteneurschap te verbieden, door dat juist toe te staan onder stringent gehandhaafde voorwaarden of door een tussenvorm – is echter geen juridische, maar een feitelijke vraag.⁵⁷ Het is bovendien een netelige kwestie, waarover internationaal geen consensus bestaat en die verweven is met allerlei overwegingen van politieke aard. Het Hof heeft zich daar terecht buiten gehouden.

40. *Vinter*, r.o. 111.

41. De conclusie van Van Hattum 2013, dat Nederland niet voldoet aan de *Vinter*-eisen is dan ook voornamelijk gegrond op het feit dat het *regeringsbeleid* te restrictief is.

42. Art. 1:31 Sr.

43. Art. 1:37 Sr.

44. Art. 1:37 lid 1 Sr.

45. Art. 1:37 lid 4, tweede zin, Sr bevat nog een uitzondering waar de Ombudsman zich

met succes tegen keert. Daarin is bepaald dat gedetineerden die rechmatig in het Koninkrijk verblijven of onderdaan zijn van een ander land van het Koninkrijk uitsluitend voorwaardelijk in vrijheid kunnen worden gesteld als zij voor de duur van die invrijheidsstelling 'een vaste en aanvaardbare woon- en verblijfplaats hebben'. Wij beperken ons echter tot een bespreking van de reeds genoemde uitzonderingen.

46. Art. 1:37 lid 2 Sr.

47. Art. 1:37 lid 4, eerste zin, Sr.

48. R.o. 3.6.4.

49. R.o. 3.6.5.

50. R.o. 3.6.6.

51. R.o. 3.6.7.

52. R.o. 3.6.7-8.

53. Vgl. HR 12 mei 1999, *NJ* 2000, 170 (*Arbeidskostenforfait*).

54. *Prostitutie an sich* was overigens ook

onder het oude recht niet verboden, noch voor de prostituee, noch voor de klant.

Onder het nieuwe wetboek blijft dat zo.

55. R.o. 3.7.8.

56. R.o. 3.7.11.

57. Vgl. r.o. 3.7.9 waarin het Hof opmerkt dat de rechter de effectiviteit van wetgeving slechts met de grootst mogelijke terughoudendheid mag toetsen.

7. Slotopmerkingen

Wij maken drie opmerkingen ter afsluiting.

Ten eerste. Leerzaam is de vergaande mate waarin het Hof de in de Straatsburgse rechtspraak geformuleerde eisen incorporeert in de Sintmaartense Staatsregeling. Er zijn meer constitutionele hoven die op deze wijze te werk gaan; het Belgisch Grondwettelijk Hof is daar een voorbeeld van.⁵⁸ Mocht het voorstel-Halsema ooit nog worden aanvaard, dan valt te verwachten dat ook de Nederlandse rechter – bij zijn toetsing *ex post* – de Grondwet sterk EVRM-conform zal interpreteren. De grote hoeveelheid Straatsburgse *case law* is een evenzo grote bron van concrete criteria die de abstracte en algemene bepalingen van de grondrechten nader invullen. Het overnemen daarvan maakt de toetsing aan de nationale grondrechten eenvoudiger, en waarschijnlijk ook gemakkelijker te ‘verkopen’: de nationale rechter toetst dan niet aan criteria die hij eerst zelf heeft verzonnen, maar past reeds bestaand recht toe.⁵⁹ Het zal dan ook niet verrassen dat de twee punten waarop het Hof vernietigt – de levenslange gevangenisstraf en het maken van arbitrair onderscheid tussen ingezetenen en vreemdelingen – juist onderwerpen betreft waarover strenge rechtspraak van het EHRM bestaat en waarover dus een duidelijke ‘set’ van Straatsburgse normen voorhanden is. Overigens kan in deze werkwijze tevens een relativering worden gezien van de toegevoegde waarde van toetsing aan de nationale grondwet. In het geval van het Sintmaartense Hof heeft vooral de bevoegdheid tot toetsing *ex ante* nog een duidelijke meerwaarde; de Nederlandse rechter zou echter ook na invoering van ‘Halsema’ alleen *ex post* mogen toetsen. Waarschijnlijk zou die toetsing vaak niet veel meer inhouden dan de rechter op grond van artikel 94 Gw nu al mag.

Ten tweede. In de inleiding gaven wij aan dat de rechtspraak van het Constitutioneel Hof van Sint Maarten voor de Nederlandse jurist van belang kan zijn, omdat de Staatsregeling van Sint Maarten in hoge mate vergelijkbaar is met de Nederlandse Grondwet. De hier besproken eerste uitspraak van het Sintmaartense Hof maakt die verwachting waar. Op tenminste twee onderdelen levert het arrest stof voor het Nederlandse juridisch debat, namelijk ten aanzien van de toetsing van wetgeving aan sociale grondrechten en ten aanzien van de vraag of de Nederlandse Gratiwet verenigbaar is met het EVRM.

Tot slot. Het Hof legt zichzelf de plicht op terughou-

dend te zijn. Die terughoudendheid krijgt in dit arrest uitdrukking in de wijze waarop het de bepalingen over dierenvechten toetst aan het sociaal grondrecht van dierenwelzijn. Het vereist daarbij slechts dat het belang van dierenwelzijn in de wetgeving uitdrukking heeft gevonden. Ook het oordeel over de prostitutiebepaling getuigt van terughoudendheid. Het Hof is zich ervan bewust dat het *in concreto* betekenis geven aan de menselijke waardigheid en daarmee verbonden juridische concepten, een hachelijke onderneming is, waarbij de rechter grote terughoudendheid in acht moet nemen. Zijn beslissing om enige bepalingen omtrent de vervroegde invrijheidsstelling bij een cellentekort te vernietigen, doen aan

Op tenminste twee onderdelen levert het arrest stof voor het Nederlandse juridisch debat

die terughoudendheid volgens ons geen afbreuk. De gewraakte bepalingen zijn evident discriminatoir. Terughoudendheid ontslaat de rechter er in zo’n geval niet van daaraan consequenties te verbinden. Twijfel hebben wij echter over het oordeel over de levenslange gevangenisstraf. Uit het *Vinter*-arrest is (voor ons) niet ondubbelzinnig af te leiden in welke mate het voor levenslang gestraften duidelijk moet zijn onder welke voorwaarden zij in vrijheid kunnen worden gesteld. Ook wordt in dat arrest niet de eis gesteld, dat die duidelijkheid moet bestaan op het moment dat de wet de bevoegdheid tot oplegging van een levenslange gevangenisstraf (*in abstracto*) aan de rechter toekent. In dat licht is ’s Hof’s beslissing om de wetsbepalingen over de levenslange gevangenisstraf te vernietigen eerder doortastend dan terughoudend. •

58. P. Popelier, ‘Het Koninkrijk België’, in: L.F.M. Besselink e.a. (red.), *Staatsrecht van landen van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 43.

59. Volgens Popelier 2012, p. 43 leidt het overnemen van EVRM-criteria tot ‘depolitiseren’ van de (Belgische) nationale constitutionele rechtspraak.